

نهج الفقاهة

وهو

تعليق

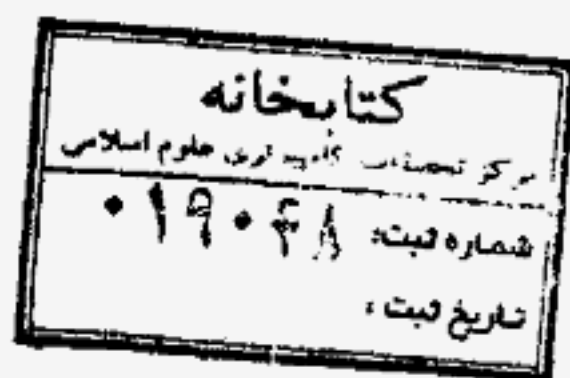
على كتاب البيع من مكاسب الشيخ الاعظم الانصارى «قده»

تأليف

فقيه العصر آية الله العظمى

السيد محمد حسن الطباطبائي الحكيم

قدس سره



نهج الفقهیه



علی کتاب البیع من مکاسب الشیخ الأعظم الأنصاری « قدس سره »

تألیف

فقیه العصر آیه الله العظمی

السید حسن الطباطبائی الحکیم

قدس سره

عنی بنشره انتشارات ۲۲ بهمن ، قم

صندوق پستی ۳۴۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ، واللعنة
الدائمة على أعدائهم أجمعين ، اللهم اني أستعين بك ، واستكفيك وأتوكل عليك ،
فأعني واكفي ، وكن حسي ، ولا حول ولا قوة الا بك .

كتاب البيع

(قوله ره : وهو في الأصل ... الخ) لا يخفى أنه اذا باع زيد فرسه على عمرو
بدينار فهناك أمور « الأول » : العهد الواقع بين زيد وعمرو وهو التزام كل منهما في
نفسه ببيع الفرس بالدينار ، وهذا الالتزام أمر حقيقي قائم في نفس كل منهما ، وهو فعل
اختياري تتعلق به الإرادة والكراهة ، وهو من زيد ايجاب ومن عمرو قبول ،
ومن زيد ابتداء ومن عمرو امضاء ، فالفرق بينهما من قبيل الفرق بين الاعطاء
والأخذ ، ولأجل ما بين الالتزامين المذكورين من الربط الخاص « عبر عنها بالمقد ،
والا فالمقد ينبغي أن يعبر به عن الربط الخاص بين العهدين كأن أحدهما معقود
بالآخر ومشدود به ، ولذا شاع في عرفنا اليوم قولهم : عقد معاهدة ، فالإيجاب
والقبول ينبغي أن يعبر عنها بموضوع العقد لا بالمقد نفسه ، وقد يطلق العقد

على نفس البيع المسبب عن العقد بالمعنى الاول ، وسيأتي التعرض لذلك في كلام الشهيدين ، « الثاني » : المبادلة بين الفرس والدينار فان الدينار بدل والفرس مبدل منه والدينار عوض والفرس معوض عنه ، وهي نوع من الاضافة اعتباري محض لا ذات له في الخارج ولا وجود ، وموضوعه طرفا المعاوضة وهما الفرس والدينار كما أنه موضوع للأمر الاول بمعنى أنه متعلق لذلك الالتزام والعهد فانه الأمر المجهود والملتزم به ، « الثالث » : اللفظ الحاكي عن الإيجاب والقبول مثل قول زيد : بعتك فرسي بدينار ، وقول عمرو : قبلت ، فان (بعت) حاك بالمطابقة عن البيع وبقرينة وروده مورد الانشاء يدل بالالتزام على الالتزام النفسي و (قبلت) يدل بالمطابقة على الالتزام النفسي ، ومن ذلك يظهر أن مفهوم البيع هو الأمر الثاني أعني الأمر الاعتباري الملتزم به الذي يُنشؤه الموجب بقوله : (بعت) اذ لا ريب في أن (بعت) لإنشاء البيع فالبيع هو الأمر المنشأ وهو الأمر الثاني لا نفس الالتزام المقوم للإنشاء ولا اللفظ الدال عليه ضرورة مباينة اللفظ لمعناه مفهومًا وخارجًا ، ولذا قال في المصباح : **والأصل في البيع مبادلة مال بمال ... الى أن قال :** لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التحليك والتملك ، وقولهم : صح البيع أو بطل ونحوه أي صيغة البيع ... الخ . وان كان في بقية كلامه نظر (قوله : وهو في الأصل) يعني أصل اللغة ، وقد يعطى ظاهر العبارة صحة التعريف المذكور لكنه ليس بمراد كما يظهر مما يأتي (قوله : والظاهر اختصاص المعوض) كما هو المتبادر منه ولا يناقيه ما في المصباح لعدم ظهور كون المال يعم المنفعة ، بل لا يبعد ظهوره في خصوص العين كما يساعده المتفاهم العربي ، وظاهر غير واحد من أهل اللغة ، بل صريح مجمع البحرين ذلك . قال : المال في الأصل الملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان (قوله : وعليه استقرار اصطلاح) كما يقتضيه مقابلةهم بين للبيع والاجارة فبحثوا عنها في باين (قوله : في كلمات بعضهم في نقل) الظاهر ان الاستعمال المذكور كان تبعاً للنصوص فلاحظ كلماتهم في باب بيع المدبر واجارته ، ولم يُعهد لهم غير ذلك (قوله : الدال على جواز) كخبر السكوني

عن علي عليه السلام قال (ع) : باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبيع رقبته ، ونحوه غيره (قوله : ويبيع سكنى الدار) في خبر اسحاق بن عمار عن العبد الصالح (ع) قال : سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آباءه من قبله قد أعلمه من مضى من آباءه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعهما ويأخذن منها ؟ قال عليه السلام : ما أحب أن يبيع ما ليس له ، قلت : فانه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا أظنه سيجيء له سارب أبدا قال « ع » : ما أحب أن يبيع ما ليس له ، قلت : ايبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول : أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال « ع » : نعم يبيعها على هذا (قوله يبيع الارض الخراجية) في رواية ابي بردة كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ فقال « ع » : من يبيع ذلك وهي أرض المسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الذي هي في يده ، قال « ع » : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ . ثم قال « ع » : لا بأس اشتري حقه منها ونحوه حق المسلمين عليه (قوله : كالثمرة على الشجرة) قد يقال بانه لا مانع من إطلاق الاجارة في المقام حقيقة لان الثمرة تعد منفعة للشجرة عرفا كما في اجارة الحمام المستلزم لاهراق الماء ، واجارة الشاة للبنها واجارة المروضة كذلك (وفيه) أن مفهوم المنفعة مبين لمفهوم العين ولا ينطبق احدهما على ما ينطبق عليه الآخر ، والقياس على اجارة الحمام غير ظاهر اذ منفعة الحمام الاستحمام والغسل بالماء وأما تلف الماء أحيانا فهو من لوازم الانتفاعين المذكورين لا أن الماء معدود منفعة عرفا للحمام بنحو يملك باجارتها ولذا لو اتلفه متلف يضمن لمالك الحمام لا لمستأجره الا اذا كان تلفه موجبا لتلف المنفعة (واما) اجارة الشاة للبنها ، فغير ظاهر الصحة كالمقام (واما) اجارة المروضة فان كان المقصود اجارتها للارضاع فصحيحة لانها اجارة على عمل وان استلزم تلف اللبن نظير الاجارة على الخياطة على أن تكون الخيوط من الخياط ، وان كان المقصود اجارتها للارتضاع من لبنها فهي كالمقام ايضا غير صحيحة . والمتحصل : أن العين ان كان لها منفعة معتديها يصح بذل المال بازائها جازت اجارتها سواء توقف استيفاء المنفعة على بذل عين أخرى أم لا والا لم تصح

إجارتها (قوله : نسب الى بعض) قال في مفتاح الكرامة : واعتبر بعض المتأخرين عينية العوضين في البيع وهو وهم نشأ من قولهم : البيع لنقل الاعيان . انتهى . والتبادر العرفي يساعد ما في المتن . نعم مقتضى ما عن المصباح ذلك بناء على ما عرفت من اختصاص المال بالعين ، لكن لا مجال للاعتماد عليه في قبال ما عرفت من التبادر وظهور التسالم

كونه عمل الحر مالا

(قوله : فان قلنا انه قبل) ان كان الاشكال المذكور من جهة الاشكال في اختصاص المال بالعين وعدمه فقد عرفت انه مشترك بين عمل الحر والمنفعة (وإن) كان من جهة احتمال توقف مالية المال على وجوده في النعمة او في الخارج وبدونه لا يصدق (ففيه) أن الوجود على النحو المذكور ليس من مقومات المالية قطعاً فان المال يكون معروضا للوجود والعدم فيقال : وجد المال وعدم المال ، نعم لا يصح ان يقال لزيد مال اذا لم يكن موجوداً في الخارج او في الذمة لكن ذلك لا لعدم صدق المال على المفهوم بل لعدم اعتبار الملكية للمال اذا لم يكن موجوداً (وبالحل) : مالية المال تكون بحدوث الرغبة في الشيء على نحو يتنافس فيه وهذا المعنى لا يتوقف على الوجود فان الذهب والياقوت مما يرغب فيها وجداً أو عدماً كما هو ظاهر . ثم انه لا يظهر الفرق بين عمل الحر وبين الاعيان النمية مثل المبيع في السلف والتمن في الذمية فانه لا وجود لهما في الذمة قبل المعاوضة مع انه لا اشكال في صحة المعاوضة عليهما وكونهما مالا (ومن) ذلك تعرف انه لا مجال للتمسك بكلام المصباح لتقرير الاشكال في عمل الحر (قوله : قبل المعاوضة عليه) أما بعد المعاوضة عليه كما لو آجر الحر نفسه لعمل فان المستأجر يكون مالكا لذلك العمل في ذمة الحر الاجير فلا مجال للاشكال في كونه مالا لكونه موجوداً في الذمة ، نعم عرفت الاشكال في عموم المال لما لم يكن من الاعيان ، لكن الاشكال في المقام ليس من هذه الجهة بل من جهة عدم كونه موجوداً في النعمة او في الخارج .

الفرق بين الحق والملك

(قوله : وأما الحقوق الآخر) الحق في اللغة والعرف الأمر الثابت في قبال الباطل غير الثابت وفي الاصطلاح الحقية عبارة عن نوع من الملكية التي هي نوع خاص من الاضافة بين المالك والمملوك والاعتبار الخاص بينهما الذي هو معنى لام الملك في مثل قولك الفرس لزيد ، فإن اللام حاكية عن اضافة بين زيد والفرس على نحو خاص يرى فيه الفرس من توابع زيد وشؤونه ولواحقه يبرعنها بملكية زيد للفرس ، فإذا باع زيد الفرس على عمرو صار الفرس ملكا لعمرو وكانت الاضافة المذكورة بين الفرس وعمرو بعد ما لم تكن ، كما انها حينئذ لا تكون بين الفرس وزيد بعد ما كانت واما اضافة الحقية فهي نوع من الاضافة المذكورة تختلف معها باختصاصها بمورد خاص « توضيح ذلك » ان المملوك في اضافة الملكية (تارة) يكون عينا متقومة بنفسها كالفرس والدرم والدار ، واخرى يكون عوضا ومعنى كالعقد والفسخ وعمل الحر ونحوها (والاول) تارة يكون خارجا كالدرم والفرس الخارجيين (واخرى) يكون ذميا كالبيع في السلم واليمن في النسبة (وثالثة) لا يكون كذلك كما في حق الجناية وحق الزكاة على بعض الأقوال ، ويختلف الاول والاخيران ، في أن وجود الأول قائم بنفسه ووجودهما قائم بغيره وفي أن اعتبار الأول لا يتوقف على اضافته الى مالك ووجود الآخرين اعتباراً يتوقف على اضافته الى مالك فيكون اعتباره ملازماً لا اعتبار اضافته الى المالك فلو انتفى مصحح اعتبار اضافته الى المالك امتنع اعتباره ، فلولو السلف لامتنع اعتبار شيء في ذمة البائع ، كما انه لولا النسبة لامتنع اعتبار شيء في ذمة المشتري ، وكذلك لولا الجناية ووجود سبب الزكاة امتنع اعتبار شيء في العبد أو في النصاب فأقسام الأول وهو العين ثلاثة ، واما الثاني وهو المعنى فأقسامه ثلاثة ايضاً لأنه تارة يكون ذمياً كعمل الحر الأجير المملوك في ذمته للمستأجر بالاجارة (واخرى) لا يكون ذمياً بل قائم بغيره وهو (تارة) لا يكون اعتباره موقوفاً على اضافته الى مالك كما في منافع الأعيان المملوكة كالدار والعبد فإن

اعتبارها في الخارج يكون تابعا لقابلية العين للمنفعة سواء كان لها مالك أم لم يكن (واخرى) يكون موقوفا على ذلك مثل حق الخيار القائم بالعقد ، وحق الشفعة القائم بالمبيع ، وحق القسم القائم بالزوج ، وحق التحجير القائم بالأرض ، وحق القصاص القائم بالجاني ، وحق الرهان القائم بالعين المرهونة . . . الى غير ذلك ، فانها لو لم يكن مصحح لاعتبار اضافتها الى المالك لم يصح اعتبارها ومنه منافع الاجير الخاص الذي يستأجر بلعاط منفعه الشخصية (ولا يخفى) ان اضافة المالكية والمملوكية بين المالك وكل واحد من المذكورات في الجميع على نحو واحد ، فكما أن زيدا مالك للفرس والدرهم الخارجيين كذلك هو مالك بنحو تلك المالكية للدين الذي في ذمة من اشترى منه نسية أو في ذمة من باعه سلفا ، ولمنفعه اذا كان اجيرا ، ولمنفع الأعيان التي استأجرها ، ولفسخ العقد اذا كان مغبونا مثلا ، ولأخذ المبيع بالشفعة اذا كان شريكا ، وللاقتصاص من الجاني اذا جنى عليه عمدا ، ولإستيفاء دينه من العين المرهونة . . . الى غير ذلك من الامثلة ، ولاتفاوت بين أفراد هذه الاضافة في الموارد المذكورة قوة وضعفا بل هي في الجميع على نحو واحد ومرتبة واحدة ، وان كان بعضها يختص اصطلاحا باسم الحقية والآخر باسم المالكية فليس الاختلاف بين المالكية والحقية الا بحسب المورد لا غير (وكيف كان) فالحق اصطلاحا عين أو معنى متعلق بغيره وقائم فيه على نحو لا يصح اعتباره إلا في ظرف اعتبار ملكيته لمالكه فيختص بالقسم الثالث من كل من القسمين فيخرج منه الأعيان الخارجية المملوكة ، وكذا الذميات من أعيان ومعان ، لعدم كونها قائمة بمن له النعمة وانما هي في النعمة كما تخرج عنه منافع الأعيان لصحة اعتبارها من دون اعتبار مالك لها كما عرفت ، ولذا لا اشكال ولا خلاف في عدم سقوطها بالاسقاط . نعم لا فرق بين الذميات من أعيان ومعان في سقوطها بالاسقاط كالحقوق إلا أنها لا تسمى عندم حقوقا لاختصاص الحق كما عرفت بالملك القائم بموضوع ؛ وليست هي كذلك . ومن ذلك يظهر ان الدين في ذمة الحر ليس من الحقوق . والاقتصاص القائم برقبة الحر الجاني منها . ولذا ينعدم الثاني بانعدام موضوعه ، ولا ينعدم الاول بالعدم ذي النعمة بل يستوفي

من تركته أو من غيرها ، ولا يقال للدين انه ثابت في المدينون ، ويقال انه ثابت في ذمته (ومن) ذلك يظهر ان قول المصنف « ره » : واما الحقوق الاخر ... الخ مبني على المسامحة ولذا ضرب في النسخ المصححة على لفظ (الاخر) لظهوره في ان حمل الحر من الحقوق وليس هو منها كما عرفت . نعم عمل الحر اذا كان من قبيل الاجير الخصاص من الحقوق فيسقط بالاسقاط . والفرق بينه وبين منافع الرق ومنافع سائر الاعيان المملوكة جاء من جهة الفرق بينهما بالمملوكة واللاملوكة ، ولذا لو حبس الحر لم يضمن منافعه واذا حبس الرق ضمن منافعه . فلاحظ . كما ان مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحق والحكم فان الحكم لا يصح ان يضاف الى المحكوم عليه اضافة الملكية كما يصح ان يضاف الحق الى المستحق ، مع ان الحق من أحكامه السقوط بالاسقاط للقاعدة المقررة بين العقلاء من ان لكل ذي حق اسقاط حقه كما ذكر المصنف (ره) في مسقطات خيار المجلس ، وليس كذلك الحكم فان سقوطه انما يكون باسقاط الجاعل له ولا يكون باسقاط المحكوم عليه ضرورة ، وصحة قولنا : زيد ان يشرب الماء ، وليس له ان يشرب الخمر ، انما هو لكون اللام فيه لام التعدية المتعلقة بفعل مقدر مثل : يجوز له أو يحل له ، كما في قوله تعالى : (اَحَلَّ لَكُمُ اَيَّةَ الصَّيَامِ الرِّفْتِ) ونحوه غيره وليست اللام فيه للملك مثل قولنا : الخيسار للمغبون ، ولذا كان مجرورها ظرف مستقر بخلاف مجرور الاولى فانه ظرف لغو نعم لا تبعد دعوى كون الظاهر من اللام في مثل قولنا : زيد ان يفعل ، كونها للملك فيكون الفعل من حقوق زيد . وحديثنا فان لم تقم قرينة حالية أو مقالية أو عقلية على كونه حكما بني على كونه حقاً وان قامت قرينة على ذلك كان العمل عليها . وبالتأمل فيما ذكرنا يتضح لك وجه الفرق بين الحق والملك ، ووجه الفرق بين الحق والحكم ، واما الفرق بين ما يسقط بالاسقاط وما لا يسقط به فهو ان الأول ما يكون اعتبار وجوده تابعا لاعتبار اضافته الى مالك كالتعميات اعيانا كانت أو معاني كالحقوق بالمعنى الذي ذكرناه والثاني ما لا يكون كذلك ، بل اعتبار وجوده يكون تابعا لمنشأ آخر كالأعيان الخارجية . فلاحظ وتأمل (قوله : فان لم يقبل المعاوضة)

الظاهر بقريضة المقابلة لما بعده كون عدم قبوله المعاوضة ولو بنحو يستتبع السقوط
وحيث فلا بد أن يكون عدم قبوله لذلك من جهة عدم كونه مالا عند العقلاء ،
وحيث فعدم صلاحيته لأن يكون عوضا في البيع ظاهر ، إذ لا بد في العوض
أن يكون بحيث يصح بذل المال بازائه لئلا يكون اكل المعوض اكلا للمال بالباطل
من دون فرق بين الحق وغيره (قوله : لأن البيع تمليك الغير) يعني من الطرفين
المبيع والعوض ليصح التعليل المذكور (قوله : ولا ينتقض ببيع الدين ... الخ)
فانه لا خلاف بيننا ولا اشكال في جواز بيع الدين على من هو عليه . نعم . في بيعه
على غير من هو عليه خلاف والمشهور ذلك ، وعن الحلبي المنع . قال في الجواهر -
بعد ما حكى عن شرح استاذة اعتبار عدم كونه حقا - : انه لا يخلو من منع لمسا
عرفته من الاطلاق المزبور المقتضي لكونه كالصلح الذي لا اشكال في وقوعه على
الحقوق فلا تبعد صحة وقوعها نمنا في البيع وغيره من غير فرق بين اقتضاء ذلك
سقوطها كببيع العين بحق الخيار والشفعة على معنى سقوطها وبين اقتضاء نقلها كحق
التحجير ونحوه ، وكأنه « ره » نظر في المنع الى الاول باعتبار معلومية كون البيع
من النواقل لا من المسقطات كالصلح ، وفيه أن من البيع بيع الدين على من هو
عليه ولا ريب في اقتضائه حيث لا يسقط ولو باعتبار أن الانسان لا يملك على نفسه
ما يملكه غيره عليه الذي بعينه يقرر في نحو حق الخيار والشفعة . انتهى . وحاصل
ما اجاب به المصنف « ره » ان الذي يقتضيه البيع حدوث تمليك الغير لا بقاءه
والممتنع في النقص هو بقاء تملك الانسان لما في ذمة نفسه لا حدوثه فلا مانع من
صحة بيع الدين على من هو عليه وان كان يسقط بعد ما يملكه المشتري ، ولا مجال
لتقرير ذلك في الحق المحمول عوضا لان المفروض كونه لا يقبل النقل أصلا لحدوثنا
ولا بقاء (قوله : ولذا جعل الشهيد ... الخ) مقصوده الاستشهاد على امكان تملك
الانسان ما في ذمته لغيره (قوله : ولا يعقل ان يتسلط على نفسه) هذا البيان ليس
تتميما للاستدلال على عدم جواز جعل الحق الذي لا يقبل الانتقال عوضا لأن ذلك
يتم بمجرد إثبات كون البيع من النواقل ولا يتوقف على اثبات عدم جواز انتقال

الحق الى من هو عليه ، مع أن الكلام ليس في خصوص جعل الحق الذي يكون على شخص عوضاً عن ماله في البيع ليعتاج الى اثبات امتناع انتقال الحق الى من هو عليه . فالظاهر ان المراد إبداء الفرق بين الملك والحق في جواز انتقال الملك الى من هو عليه وعدم جواز ذلك في الحق وان كان مما يصح نقله الى غير من هو عليه (قوله : والسر ان الحق سلطنة) حاصله أن الحق سلطنة قائمة بين من له الحق ومن عليه فلا بد من تباينهما ، وليس كذلك الملك فانها نسبة بين المالك والمملوك وهي وان كانت تقتضي تباينهما إلا أنها لا تقتضي تباين من له الملك ومن عليه ، فلا مانع من ان يملك الانسان ما في ذمته لتحقق التباين بين المالك والمملوك ، لأن المالك نفسه والمملوك المال الذي في ذمته وهما غيران ، واتحاد المالك ومن عليه الملك غير قاذح ، لما عرفت من عدم اقتضاء الملكية تباينهما ، ويمتنع ان ينتقل اليه الحق الذي عليه لأنه يستلزم اتحاد السلطان والمسلط عليه ، ونحوه « اولاً » انك عرفت ان اضافة الحقية نوع من الملكية وانما تختلف معها مبرداً اصطلاحاً « وثانياً » ان السلطنة من الأحكام التي لا تسقط بالإسقاط ، وموضوعها قارة بكون ملكا واخرى بكون حقا والسلطنة على الحق كالسلطنة على الملك من الأحكام لها كيف يكون الحق نفس السلطنة « وثالثاً » ان ما ذكره من امكان ملك الانسان ما في ذمته لغيره فيسقط ، مع انه خلاف المتسالم عليه ظاهراً كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في صحة هبة ما في ذمة الغير لمن هو عليه ، أن الموجب لسقوط الدين بعينه مانع من ملكه حدوثاً ، فانه كما انه لا اعتبار عند العقلاء للذمة والمهدة بالاضافة الى بقاء الملك كذلك بالاضافة الى حدوثه ، بل كما انه لا اعتبار لها بالاضافة الى حدوث الملك اذا لم يكن مسبوقاً بملك الغير ضرورة عدم ملك الانسان ما في ذمته ابتداء ، كذلك لا اعتبار لها بالاضافة الى ما كان ملكاً للغير « وبالجملة » : كما يمتنع ان يملك الانسان نفسه يمتنع ان يملك الانسان على نفسه لان ملكه لما في نفسه بما هو في نفسه يستتبع سراية الملكية الى نفسه ، ولذلك كان تصحيح بيع السلم والنسيئة والاجارة على العمل بقاعدة السلطنة على النفس لا على المال ، وبذلك افترق ما في الذمة عن الأموال الخارجية ، فان صحة

التصرف فيها بقاعدة تسلط الناس على أموالهم (قوله : ولا يحتاج الى من يملك) هذا يتم في ملك الاعيان الخارجية ونحوها لا في الاعيان والمعاني الذميمة كما هو محل الكلام فإنه محتاج الى ذلك ، ولعل قوله « ره » : فافهم ، اشارة الى بعض ما ذكرنا « قوله : حصر الثمن في المال » قد عرفت أن المال عرفاً يختص بالاعيان ، فان بني على الاخذ بظاهر لفظ المال كان اللازم المنع من جعل عوض منفعة وعملاً ايضاً ولا يختص المنع بالحقوق ، ولو بني على التعددي عنه وان المراد بالمال ماله مالية ويتنافس عليه العقلاء فلا فرق بين الحق وبين المنفعة والعمل في جواز جعلها عوضاً في البيع وهذا هو الظاهر لموافقته للمتفاهم العربي .

تعريف البيع

« قوله : مساحمة واضحة » أشار في محكي المصاييح وغيرها الى وجهها بان البيع فعل فلا يكون انتقالاً لانه انفعال ، وبان الانتقال أثر البيع وغايته المسببة عنه لا نفسه ، وبأنه لا يوافق تصاريح البيوع اذ لا يراد بيعت انتقلت وكذا سائر تصاريحه « قوله : من مقولة المعنى دون اللفظ » يعني ظاهر التعريف المذكور - بقربنة وصف الايجاب والقبول بالدلالة - أن المراد بهما الايجاب والقبول اللفظيان ، « قوله : لم يعقل انشاؤه باللفظ » لان الانشاء انما يعلق بالامور الاعتبارية واللفظ من الامور الحقيقية . مضافاً الى ان اللفظ من مبادئ الانشاء فلا يعقل اتحاده مع المنشأ (قوله : عدل جامع المقاصد) قال في جامع المقاصد - بعد ما حكى عن المختلف تعريفه تبعاً لابن حمزة بأنه عتمد يدل على انتقال عين . . . الخ - : وفيه نظرفات المفهوم من (بيعت) ليس هو عقد البيع قطعاً وانما المفهوم منه هو المفهوم من « ملكت » فان كلا منهما ايجاب للبيع . . . الى ان قال : ولأن البيع هو المقصود بالعقد لانفسه . . . الى أن قال : والأقرب أن البيع هو نقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة . انتهى . وظهره ان الوجه في العدول ليس هو ظهور

التعريف الأول في كونه من مقولة اللفظ كما ذكر المصنف ، بل ما ذكره من الوجهين ، مع أن ظهور التوصيف بالدلالة في كون المراد من الإيجاب والقبول اللفظيين موقوف على كون المراد بالدلالة الدلالة اللفظية وهو غير ظاهر (قوله : ليس مراداً بالنقل) يظهر ذلك من ملاحظة المشتقات مثل : بعتك هذا ، و : نقلتك هذا ، فإن الأول صحيح والثاني غلط ، لكن مجرد عدم الترادف غير قادح في التعريف بل يكون النقل بمنزلة الجنس وما بعده بمنزلة الفصل ، اللهم إلا أن يكون المراد أن مفهوم البيع غير النقل بل النقل ملازمه غالباً (قوله : وإن المعاطاة عنده) هذا إنما يتوجه على المحقق لو كان قوله : بالصيغة ، ملحوظاً قيداً ، أما لو كان ملحوظاً مرآة إلى نفس النقل كما سيأتي فلا مجال له ، لأن الوصف الملحوظ به الإشارة إلى الذات لا يجب أن يكون مساوياً لها بل يجوز انفكاكها عنه « قوله : بأن المراد أن البيع » لا ينبغي التأمل في أن هذا هو المراد « قوله : لزوم الدر » قيل : فيه منع ، لأن المراد من (بعت) لفظه والمقصود تعريفه مفهومه « قوله : وجب الاقتصار على » لكن إذا امتنع الاقتصار عليهما فلا ملزم بالاقتصار عليهما بل يجوز أن يكون المراد مطلق الصيغة التي يصح إنشاء البيع بها سواء أ كانت (نقلت) أم (ملكت) أم غيرها « قوله : إنشاء تمليك عين » هذا محكي عن المصاييح للعلامة الطباطبائي (قدمه) لكن بعد تبديل المال بالمعوض وإضافة قيد (على وجه التراضي) إليه وجعله الأخصر والأسد (وفيه) أن البيع موضوع للإنشاء كما تقدم فكيف يكون نفس الإنشاء . نعم . يصح ذلك تعريفاً لإنشاء البيع لا للبيع نفسه ، ولعل ذلك هو المراد - كما يشهد به كثير من عبارات الكتاب الآتية - فيكون الاشكال في التعبير لا في المراد ، وإن شئت قلت : أنتعريف للبيع بمعنى المصدر لا بمعنى اسم المصدر ، كما هو محل البحث . فتأمل فإنه سيأتي من المصنف (ره) أن مراده من إنشاء التمليك نفس الإيجاب المقابل للقبول ، وسيأتي ما فيه (قوله : ويرده أنه الحق) فيه أن من البيع مالا يكون كذلك كما في الشراء من مال الوقف للأعيان الموقوفة ، ومن مال الزكاة للأعيان الزكوية من علف ونحوه كما سيأتي توضيحه (قوله : ومنها أنه لا يشمل بيع) هذا الإيراد لو تم

توجه على التعريف الاول والثالث ايضا (قوله : ما عرفت وستعرف من) قد تقدم الاشكال فيه (قوله : نظير تملك ما هو مساو) يعني كما أنه في التهاثر يملك كل منها على الآخر ما لا في ذمته فيصقط بعد تحقق الملكية كذا في المقام ، وفيه أن التهاثر ليس من الأحكام العقلية بل هو من الأحكام الشرعية الثابتة بالأدلة والعمدة فيه الاجماع ومعقده صورة تملك كل من الشخصين على الآخر مثل ما عليه فوضوعه التملك ، ولا يعقل أن يتحقق التهاثر الا في ظرف تحقق التملك فلا يعقل أن يكون مانعا عنه لأن الشيء لا يكون مانعا عن علة ، فلا مجال لقياس المقام عليه اذ المانع من تملك الانسان ما عليه وفي ذمته عقلي لا فرق فيه بين الحدوث والبقاء . نعم نظير التهاثر ملك أحد العمودين اذ لا مانع عقلا من ملك الانسان أحد عموده وحينئذ ان دل الدليل على عدم صحة التملك حدوثا وبقاء جري فيه اشكال صحة بيعه بناء على أن البيع تمليك ، وان دل على عدم صحة استقرار ملكيته - كما ربما يظهر من بعض نصوصه - لم يكن اشكال في صحة البيع حتى بناء على ما ذكر من المبنى ، (قوله : غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها) لا ينبغي التأمل في ان مفهوم كل واحد من الألفاظ المذكورة مبين لمفهوم الآخر فإن المبادلة اعتبار قائم بالبديلين راجع الى كون كل واحد منهما بدلا عن الآخر وقائما مقامه ، وصحة اعتبار المفهوم المذكور يتوقف على ان يكون لكل واحد من البديلين منزلة معينة بلعاط أثر خاص به والا فلا معنى لأن يكون بدلا عنه ، واما النقل فهو اعتبار قائم في المبيع بعينه يتوقف على أن يكون المبيع له محل معين فينتقل منه الى محل آخر نظير النقل الحقيقي فينتقل منه الى محل آخر ، واما التملك فهو اعتبار راجع الى جعل اضافة الملكية بين المبيع وبين المشتري فهو قائم بالمبيع ايضا لا غير ولا يتوقف اعتباره على ملاحظة ما يتوقف عليه اعتبار النقل والمبادلة . نعم ربما تجتمع المفاهيم المذكورة في مقام الاعتبار فان زيدا اذا باع فرسه على خالد بالدرهم صح اعتبار البدلية بين الفرس والدرهم لقيام كل منهما مقام الآخر كما يصح اعتبار النقل للفرس لا انتقالها من زيد الى خالد يصح ايضا اعتبار الملكية بين الفرس وخالد ، فالبيع المذكور كما اقتضى البدلية

بين المالكين اقتضى نقل كل منهما من ماله الى مالك الآخر ، واقتضى ملكية كل من المتعاملين للملك الآخر ، وربما تفرق المبادلة عنها كالشراء من مال الزكاة لما في الذمة فإن المبادلة حاصلة بين مافي الذمة ومال الزكاة ولا نقل فيه للمبيع من محل الى آخر ولا تمليك ، وقد تفرق المبادلة عن أحدهما دون الآخر كما في بيع السلف فإنه لا نقل فيه للمبيع وإن صح اعتبار البدلية والتمليك ، وكما في الشراء من مال الوقف والزكاة لما يحتاجان اليه من الأعيان الخارجية فإنه لا تمليك فيه للمبيع وإن صح اعتبار البدلية والنقل ، ومن ذلك تعرف تباين المفاهيم المذكورة ، وأن البيع لا يستلزم النقل ولا التمليك فضلا عن ان يكون هو هو : وسيجيء انشاء الله تعالى صحة بيع الغاصب وشراؤه لنفسه اذا أجاز المالك وأنه يقتضي تملك المالك للغاصب ولو كان مفاد البيع التمليك لاقتضت الاجازة ملك الغاصب لأن ذلك هو المقصود في البيع فأجازته تقتضي نفوذه مع ان بناءهم على ملك المالك ، وليس ذلك الا لما عرفت من ان مفهوم البيع ليس هو التمليك بل مجرد جعل البدلية بين المالكين فاذا أجاز المالك صحته البدلية المذكورة وكان مقتضاها ملك كل من المالكين مال الآخر ، وقصد تمليك الغاصب وتماكه خارج عن قصد المعاملة لخروج متعلقه عنها ، فأجازة المعاملة ليست اجازة لذلك ، ومما يشهد لذلك أنه لا يجوز في انشاء التمليك ان يقول الموجب للوكيل في القبول : ملكتك كذا ، بل انما يقول : ملكت موكلك ، ونحوه مع أنه يجوز للموجب في البيع أن يقول للوكيل عن المشتري : بعتك ، ومما يشهد له ايضا بناء الأصحاب (رض) على عدم صحة شرط البيع بنحو شرط النتيجة وصحة شرط الملكية كذلك ، فلاحظ كتاباتهم في صحة بيع الحامل مع شرط الحمل وبيع الشجر مع شرط الثمر والرهن بشرط كون العين المرهونة مبيعة عند الأجل وغير ذلك « وبالجملة » : لا ينبغي التأمل في أن مفهوم البيع مبين لمفهوم التمليك والنقل بل الظاهر مباينته ايضا لمفهوم البدلية كما يظهر من تعاريفها . نعم البدلية من لوازم البيع التي لا تنفك عنه لأنه يتضمن المعاوضة بين المبيع والتمن كما تقتضيها الباء الداخلة على التمن الا انها لا تتحد معه مفهوما فتفسيره بها تفسير

بأقرب المفاهيم اليه لا أنه تفسير بالمرادف أو الأعم . فلاحظ (قوله : لم يعقل شيء مما) قد عرفت مما سبق أن الملازمة غير ظاهرة : وأنه لا مانع من اعتبار المبادلة بين الدين الذي في النعمة وبين بدله فيسقط بلا حاجة الى اعتبار ملكيته له آنأما كفي يتوقف ذلك على تعقل ملكية ما في النعمة الذي عرفت امتناؤه (فان قلت) : اعتبار البدلية يتوقف في نظر العقلاء على امكان ثبوت ما لكل من البدلين للآخر في ظرف قيامه مقامه فإذا فرض امتناع ملك الانسان لما في ذمته امتنع قيام الدين مقام الثمن لأنه لم يكتسب شيئاً من طواريه وشؤونه (قلت) : يكفي في اعتبار البدلية صلاحية الدين لا كدساب صفة الملكية بحيث يكون مملوكاً لولا المانع ، ولا يعتبر فعلية الملكية حتى يمتنع اعتبار البدلية في ظرف امتناع الملكية ، ولأجل تحقق البدلية المذكورة يسقط الدين عن من هو في ذمته لامتناع ملكيته له كما ان المبدل منه كذلك فإنه لو انقطعت اضافته الى غير من هو في ذمته يسقط ايضاً كما عرفت آنفاً ، (قوله : ومنها صدقه على) هذا الايراد لو تم توجه ايضاً على التعريف الاول والثالث ولا يختص بهذا التعريف (قوله : وانما حقيقته التملك) قد عرفت في أول المبحث ان المشتري من قبيل المفعول المطاوع للبايع فليس له وظيفة اكثر من قبول ما جملة البايع من تملكه أو النقل اليه أو غير ذلك مما هو معنى البيع فهو يقبل ما جملة البايع بعنوان المطاوعة له ، فإذا كان البيع هو التملك فقبوله تملك (قوله : ومنها انتقاض طرده) هذا ذكره في الجواهر ايراداً على تعريف المصاييح ، وهو كما قبله لا يختص بالتعريف المذكور ، بل يرد على التعاريف الثلاثة السابقة (قوله : والمراد بها هنا) يعني في النقض اذ من جملة أنواع الهبة المعوضة أن لا يذكر التعويض شرطاً فيها لكن يتفق تملك المتب للواهب شيئاً من ماله بقصد الجزاء فان ذلك من أنواع الهبة المعوضة التي لا يجوز رجوع الواهب فيها ، قال في الجواهر : ظاهر اطلاق النص والفتوى عدم الفرق في العوض بين ان يكون في نفس العقد أو بعده بان أطلق في العقد ثم بذل العوض بعد ذلك . انتهى . لكن لا يصح النقض بها على التعريف المذكور لعدم كون التملك فيها بعوض (قوله : على جهة المقابلة) يعني بين المالين

واعنا المقصود بالمعاوضة بين الهبتين والتليكين فهي - اعني الهبة المعاوضة - تمليك في قبال تمليك (قوله : وإلا لم يعقل تمليك) اذ بدون تمليك العوض يمتنع اعتبار المعاوضة بين المالين فان العين الموهوبة قد انتقلت الى الموهوب من دون ان يكون للواهب من مال الموهوب شيء ، فلا معاوضة بينهما ولا أحدهما عوض عن الآخر (قوله : الرجوع في هبته) لأنها حينئذ ليست هبة معاوضة فتكون جائزة كما هو الأصل في الهبة (قوله : مقصودة في كل من العوضين) فان ذلك يناق كونه المقصود الهبة لاعتبار المجانية في الهبة لأنها التملك المجاني كما هو ظاهر (قوله : فقد تحقق بما) قد عرفت اشكاله (قوله : كان بيعا) بل الظاهر انه عنوان آخر غير عنوان البيع إلا أن يكون المقصود منه البيع بغير لفظه (قوله : من أن البيع هو الأصل) الذي يظهر من الجواهر ان المراد من الأصل المذكور هو أن تمليك الأعيان مشترك معنوي بين البيع والصلح والهبة ، والخصوصية المميزة لكل من الأخيرين قصده ، والميزة للبيع عنها عدم قصد أحدهما ، وخصوصية البيع عدمية وخصوصية كل منهما وجودية (قوله : كان الأصل اللفظي) فيكون الأصل راجعا على هذا الى أصالة الحقيقة وأصالة الظهور (قوله : ليس مراد الفائل) لما عرفت من انه اصل في مقام الثبوت (قوله : على وجه ضمان المثل) فيكون حينئذ منحلا الى انشاء انشاء التملك وشرط الضمان لا انشاء معاوضة بينهما . مضافا إلى أن الضمان ان كان راجعا الى اشتغال الذمة بنفس المضمون فتكون العين بنفسها في الذمة فلا اثنية لم يمكن اعتبار المعاوضة بين العين وبين ما في الذمة ، وان كان راجعا الى اشتغال الذمة بنفس المثل أو القيمة دون العين فالاثنية المصححة لاعتبار المعاوضة غير حاصلة بالاضافة الى المثل في (المثلي) لأن المراد من المثل نفس الجامع بين العين وبين غيرها من الأمثال ، ولذا لو فرض دفع نفس العين كان وفاء للقرض ولا يمكن اعتبار المعاوضة بين الشيء وبين ما يصلح للاتحاد معه والانطباق عليه (قوله : ربا المماوضة لاختصاصه بالمكيل والموزون والربا في القرض يجري في غيرها . مع أنه بناء على أن ضمان القرض في القيمي بقيقته لا وحدة في المجلس فيه مع اعتبارها في

ربا المعاوضة (قوله : ولا الغرر المنفي فيها) فإن دليل نفي الغرر وإن كان الظاهر اختصاصه بالبيع وهو قوله « ع » : نهى النبي « ص » عن بيع الغرر ، إلا أن المعروف بينهم عمومهم لمطلق المعاوضات ، ومع ذلك فالمحكمي عن تصريح بعض وظاهر آخرين عدم قدح الغرر في القرض . اللهم إلا أن يقال : المصرح به أيضا في كلام جماعة قدحه فيه ، وتصريح بعض بخلافه كتصريح بعض بذلك في المعاوضات « وبالجملة » : قدح الغرر في القرض كقدحه في المعاوضات محل اشكال ، ولكن المعروف بينهم ذلك فراجع . نعم في القيمي ظاهره جواز قرضه مع عدم العلم بقيمته وقت القرض مع بنائهم على ثبوت القيمة في الذمة عندهم (قوله : ولا ذكر المعوض ولا العلم به) فيصح القرض ولو مع عدم العلم بكونه مثليا أو قيميا (قوله : فتأمل) لعله إشارة الى عدم دلالة ما ذكر على عدم كون القرض من المعاوضات إذ يجوز اختلاف أنواع المعاوضات في الاحكام .

استعمال البيع في معناه آخر

« قوله : واليه ينظر من عرف » لا يبعد أن يكون التعريف المذكور مبنيًا على أن يكون المراد بالعقد نفس المعاملة البيعية التي يتكفل بها عقد البيع . وهذا معنى آخر للعقد غير المعنى المشهور وهو الإيجاب والقبول الذي أشرنا إليه في أول الباب ، والظاهر أنه الى هذا ينظر كلام الشهيدين الآتي ، بل وكلام غيرهما فانتظر ، وعليه فالاستعمال المذكور يدل على ثبوت معنى آخر للعقد لا معنى آخر للبيع ، (قوله : حتى الاجارة و) فإنها اسم للأجر المبذول عوضا بخلاف البيع فإنه اسم لما يقوم به البائع ، وبخلاف المزارعة والمصالحة فإنها اسم لما يقوم به كل من الطرفين بناء على أن مفهوم المفاعلة متقوم بالاشتراك كالتمتع (قوله : ليس مقابلا للاول بل) قد عرفت في صدر البحث ان الإيجاب الذي هو احد ركني العقد هو عهد البائع مثلا بالبيع الراجع الى التزامه في نفسه به وبنائه عليه ، واما البيع فهو الأمر

الموجب والمعهود به والملتزم به لا انه نفس المهد والايجاب والالتزام فاذا استعمل في نفس الايجاب كان مجازاً سواء أكان المستعمل فيه مطلق الايجاب أم خصوص الملحق بالقبول « وبالجمله » : البيع من قبيل الاحراق القائم بالحطب لامن قبيل القاء النار على الحطب فانه قائم بالفاعل والايجاب من هذا القبيل فلا يصح جعله معنى للبيع . ثم إن مقتضى التسالم على كون البيع من العقود المقابلة للايقاعات هو انه لا يصح اعتبارها الا في ظرف تحقق القبول ، فكما لا يصح اعتباره بدون الايجاب لا يصح اعتباره بدون القبول ، فاذا تحقق الايجاب لا يصح اعتباره قبل تحقق القبول من المشتري فاذا تحقق القبول منه صح اعتباره لأن الابتياح مطاوع للبيع فلا يصح اعتبار احدهما الا في ظرف يصح فيه اعتبار الآخر فاذا لم يتحقق القبول من المبتاع لم يصح اعتبار الابتياح له فلا يصح اعتبار البيع للبائع وكذلك الحال في النقل والابدال والتمايك ونحوها مما كان من العقود فانه لا يصح اعتبارها بدون تحقق القبول من الطرف الآخر والا خرجت عن كونها عقوداً وهو خلف (وبالجمله) : الفعل والانفعال واحد سواء كانا خارجين كالكسر والانكسار أم اعتباريين كالبيع والابتياح . نعم . يختلفان بالحديثيات فالفعل من حيث إضافته إلى الفاعل فعل ، ومن حيث إضافته إلى المحل انفعال ، وكذا الحال في سائر موارد ، ومنها الوجوب والايجاب فانها كالوجود والايجاب يتمتع انفكاك أحدهما عن الآخر ولا فرق بينهما وبين الكسر والانكسار من هذه الجهة ، وإن كان بينهما فرق من جهة أن الكسر والانكسار حقيقيان والوجوب والايجاب اعتباريان والامور الاعتبارية ربما تختلف باختلاف الانظار فيكون الشيء الواحد دخيلاً في اعتبار أمر بنظر ولا يكون دخيلاً في اعتباره بنظر آخر فعقد يصح اعتباره بنظر الثاني ولا يصح اعتباره بنظر الاول ، وليس كذلك الامور الحقيقية التي لا تدخل للنظر في تحققها بل هو تابع عليها الحقيقية فان وجدت وجدت وإن حسبها الناظر معدومة ، وإن فقدت فقدت وإن حسبها الناظر موجودة ، فيكون النظر خطأ تارة وصواباً أخرى . لكن الفرق من هذه الجهة بين الامور الحقيقية والاعتبارية لا يصح التفكيك بين الفعل

والانفعال بل حيث يصح اعتبار أحدهما لا بد من صحة اعتبار الآخر ، كما أنه حيث توجد حقيقة أحدهما لا بد من وجود حقيقة الآخر فيمتنع اعتبار التملك من دون اعتبار التملك والملكية ، وحيث يصح اعتبار الإيجاب لا بد من صحة اعتبار الوجوب ، فالأمر الصادر من السافل إلى العالي كما يكون إيجاباً بنظر السافل يكون وجوباً أيضاً ، وكما لا يكون وجوباً بنظر العالي لا يكون إيجاباً فالاختلاف بين نظر العالي والسافل في صحة اعتبار الإيجاب والوجوب - لو فرض - إنما يصح اعتبارهما معا بنظر أحدهما ولا يصح اعتبار كل منهما بنظر الآخر لا أنه يصح اعتبار أحدهما بنظرهما معا ولا يصح اعتبار الآخر كذلك ، ومن ذلك تعرف مواقع الإشكال في كلام المصنف (ره) « منها » عدم اعتبار القبول في تحقق مفهوم البيع والنقل والتمليك ونحوها مع أنها عناوين للعقود وعدم « ومنها » أن البيع اسم لنفس الإيجاب لا للأمر الموجب الذي ينشأ بالإيجاب مع أنك قد عرفت أنه يكون بالإيجاب « ومنها » جواز التفكيك بين الفعل والانفعال في الأمور الاعتبارية وعدم جوازه في الأمور الحقيقية مع ما عرفت من مساوئها في تلازمها (قوله : إذ الأثر لا ينفك) تعليل لشرطية القبول للانتقال في الخارج فقاعدة امتناع انفكاك الأثر عن التأثير مختصة بالخارجيات الحقيقية ولا تطرد في الاعتباريات وقد عرفت ما فيه . مضافاً إلى أن الانتقال الخارجي ليس إلا الحركة من مكان إلى آخر وهذا لا يرتبط بالقبول كي يتوقف عليه ، وما عدا هذا المعنى اعتباري سواء أكان في نظر الشارع أم في نظر غيره (وكيف كان) فهو يتوقف على القبول لكنه ملازم للنقل أيضاً بذلك النظر ولا ينفك عنه كما عرفت (فإن قلت) : لو كان مثل البيع والنقل والتمليك ونحوها موقوفة على القبول ولا يصح اعتبارها بمجرد الإيجاب لزم أن تكون من فعل الموجب والقابل معا مع أنها فعل للموجب لا للقابل (قلت) : كل من الإيجاب والقبول دخيل في تحقق المفاهيم المذكورة لكن دخل الأول من حيث أنه يصدر منه ودخل الثاني من حيث أنه يقع عليه ومفعول به ، ولما اختلفت حيثية الدخل اختلفت صحة النسبة فإن أجزاء العلة التامة كثيرة وكل واحد منها له دخل في المعلول

والكن الفاعل هو المقتضي (مثلاً) إذا كسر زيد الاناء ، ففعل زيد دخيل في تحقق الكسر كما أن قبول الاناء له دخيل فيه إلا أن دخل الأول لما كان من قبيل دخل المقتضي ودخل الثاني من قبيل دخل الشرط تعينت نسبة الكسر الى الأول لا غير ، وكذلك نقول في المقام فإن البيع لا يتحقق إلا مع مبتاع ومشتري ، وقبوله لتعلق البيع به موقوف على قبوله الانشائي فإذا لم يقبل لا يتعلق به البيع فلا مجال لاعتباره كما أن الاناء الذي لا يقبل الانكسار لا يتعلق به الانكسار فلا يتحقق كسر في الخارج (قوله : فضلاً عن أن) هذا غير ظاهر إذ لا ملازمة بين عدم أخذ القبول في معنى البيع اصطلاحاً وعدم أخذه في بعض معانيه فضلاً عن كون الثاني أوضح (قوله : وقد بوجه) هذا التوجيه محكي عن السيد الطباطبائي (ره) في المصابيح (قوله : فقد صرح الشهيد الثاني) قد تقدم التصريح به أيضاً في كلام المصباح (قوله : لما عرفت من انه حاصل) وقد عرفت إشكاله وأنه غير حاصل إلا بعد القبول لكونه من عناوين العقود لا الإيقاعات (قوله : وإلى هذا انظر) يعني إلى هذا المعنى - أعني المسبب عن العقد - والوجه فيما ذكره (قدم) أن هذه الأحكام المذكورة من طواريء المعنى المذكور لا من طواريء المعنى الأول الذي ذكره أولاً فإن ذلك من قبيل الإيقاع الذي لا يقبل اللزوم والجواز والفسخ ، لكن عرفت أن معنى البيع ليس إلا هذا وأن المعنى الأول لا أصل له بل البيع من نتائج العقود في جميع الأنظار الشرعية والعرفية من دون فرق بين نظر الموجب وغيره ، نعم . يجوز عقلاً أن يشرع الموجب فيجعله إيقاعاً كما يجوز أن يكون كذلك شرعاً إلا أنه فرض غير واقع (قوله : عقد البيع ونحوه) الظاهر أن المراد بالعقد نفس البيع والاجارة ونحوهما مما هو من نتائج العقود ومسبباتها ، وكذا المراد من العقد في عبارة الشرائع في كتاب اليمين التي كانت عبارة المسالك المذكورة شرحاً لها ، قال في الشرائع : إطلاق العقد ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد ولا يبرأ بالبيع الفاسد لو حلف ليبيعن . انتهى . فإن قوله : (ولا يبرأ ... الخ) ظاهر في أن المراد من العقد هو البيع ونحوه ، ويشهد له أن المتعارف في اليمين الحلف على نفس البيع

ونحوه لا على عقده ، ومثل ذلك أيضا عبارة الشهيد في القواعد بقرينة التعبير بصيغة الجمع . فالمراد من العقود البيع والامارة والرهن ونحوها لا عقدها وإلا كان المناسب الأفراد كما يظهر بالتأمل ، وهذا أيضا أحد معاني العقد واليه نظر من عبر بمثل عقد جائز ، أو لازم ، أو فسخ العقد ، فإن الأحكام المذكورة إنما تعرض على نفس المسببات كما تقدم من المصنف ، وعليه يشكل ما ذكره بأن المعنى المذكور للعقد مما لا يتصف بالصحة والفساد بل هو إما موجود أو معدوم فلا مجال لدعوى الانصراف إلى الصحيح ، ولا لدعوى كونه حقيقة فيه دون الفاسد ، واحتمال أن يكون المراد من العقد الإيجاب والقبول بعيد جدا . فلاحظ (قوله : وصحة السلب) يعني عن الفاسد (قوله : لم يسمع إجماعا) قد عرفت وجهه وأن الفاسد ضده لا فرده (قوله : يوجب عدم جواز) لأن التمسك بالإطلاق إنما يقصد منه رفع احتمال تقييد المطلق بامر زائد عليه لا احتمال اعتبار ما له دخل في ذاته وقوامه والشك في اعتبار شيء في صحة البيع ونحوه من قبيل الثاني الذي يوجب إجمال المطلق وسقوطه عن الحجية من هذه الجهة (قوله : نعم يمكن أن يقال إن البيع) تحقيق فيما ذكره الشهيدان (قوله : الذي يراد من) بدل من الحاصل ، (قوله : لا يستعمل حقيقة) يعني أن البيع ونحوه إنما يستعمل على نحو الحقيقة في خصوص ما كان مصداقا للصحيح - أعني البيع الذي يترتب عليه الأثر - فإن ذلك هو المعنى الحقيقي له ، والاختلاف بين الشرع والعرف ليس في معنى اللفظ ومفهومه بل في فردة ومصداقه ، فإطلاق العرف البيع على بيع الغرر ، وحكم الشارع عليه بأنه ليس ببيع ، ليس للاختلاف في مفهوم البيع بل للاختلاف في التطبيق فالعرف يراه فردا من البيع بالمعنى المتقدم فيقول : (هو بيع) والشرع لا يراه كذلك فينبغي عنه البيع ، كما هو الحال في الاختلاف في التطبيق فيما بين أهل العرف مثل الشبح الذي يرى من بعيد يقول بعضهم : هو إنسان ، ويقول بعضهم : ليس بإنسان ، فإن ذلك ليس لاختلافهم في معنى الإنسان بل لاختلافهم في تطبيق الإنسان بما له من المعنى الواحد لاختلاف أنظارهم ، وعلى هذا فإطلاق العرف البيع على مثل

بيع الغرر حقيقة وإن لم يكن صحيحاً شرعاً . نعم بعد اطلاعهم على أنه ليس بصحيح شرعاً وإذعانهم بذلك يكون الاطلاق المذكور مجازاً لعدم كونه فرداً للبيع في نظرهم الناشئ عن متابعة الشارع ، فلو حلف لبييعين لم يحجز مثل بيع الغرر لأنه ليس فرداً حقيقياً ، ولو أقر بالبيع حمل على الصحيح شرعاً دون الفاسد لأنه ليس بفرد ؛ لكن لو ادعى الجاهل بالحكم الشرعي لم يبعد القبول لأنه ليس إنكاراً بعد الاقرار بل بيان لوجه الاقرار . (هذا) ولكن عرفت أن البيع بالمعنى المسبب لا يتصف بالصحة والفساد بل إنما يتصف بالوجود والعدم لا غير ، فالاختلاف بين الشرع والعرف يكون اختلافاً في الوجود والعدم الناشئ عن الاختلاف في منشأ الاعتبار فما يكون منشأ عند العرف قد لا يكون منشأ عند الشارع وبالعكس فلا خطأ منهم في شيء إذ لا واقع محفوظ يمكن فرض الخطأ فيه تارة والاصابة اخرى ، نعم لا اختلاف بين الشرع والعرف في مفهوم اللفظ بل المعنى عند الجميع واحد وهو الذي عرفت الكلام فيه وأنه المبادلة أو النقل أو التملك أو غير ذلك . فلاحظ (قوله : وأما وجه تمسك العلماء) بظاهر العبارة يقتضي أن يكون المراد أن لفظ البيع في مثل : (أحل الله البيع) مستعمل في الصحيح عند العرف بقرينة ورود الخطاب المذكور على طبق الاستعمالات العرفية فإذا كان المراد منه ذلك يكون إطلاق الحكم بالحل دليلاً على صحته عند الشارع مطلقاً ، إذ لو كانت صحته عند الشارع مشروطة بشرط كان اللازم تقييد الحكم به (وفيه) أنه بعد ما تقدم من أن لفظ البيع موضوع للمؤثر وأن الاختلاف بين الشرع والعرف ليس في مفهومه بل في مصداقه لا وجه لجملة على المؤثر عند العرف ، بل المتعين جملة على المؤثر واقعا فانه معناه عرفاً وشرعاً ، وكون الاستعمال جارياً على طبق الاستعمالات العرفية لا يصلح قرينة على جملة على غيره ، بل يوجب جملة على معناه الحقيقي ، ولو سلم لزوم جملة على خصوص المؤثر عرفاً كان نفس الحكم بالحل ووجوب الوفاء مقتضياً للحكم بصحته شرعاً ولو لدلالته عليه بالالتزام لا أن ذلك مقتضى إطلاقه (فالأولى) أن يقال : إن لفظ البيع يحمل على معناه وهو المؤثر واقعاً ، ولما لم يكن طريق الى معرفته غير

نظر العرف كان مقتضى ورود الكلام في مقام البيان تصديق نظر العرف في التطبيق اذ لو لا ذلك كان الكلام حكماً على موضوع يحمل لعدم معرفة موضوعه ، (وفيه) أيضاً أن الحكم بالحل بعد ما كان نفسه مقتضياً للصحة لا مجال لحمل البيع على الصحيح المؤثر واقعا لأن البيع المذكور توأم الصحة فيكون حمل الصحة عليه لغواً ، بل المتمين حمل البيع على المؤثر عرفاً لا غير ليصح جعله موضوعاً للحكم المذكور ، ويكون المعنى حينئذ أن البيع الصحيح عند العرف صحيح عند الشارع فيكون مفاد نفس الحكم المذكور تصحيح نظر العرف وتصويبهم في كون أفراد البيع صحيحة ، هذا بناء على انصاف البيع المسبب بالصحة والفساد - كما هو مبناه (قد) - أما لو بُني على عدم انصافه بذلك كما عرفت فالمراد من البيع اما البيع في نظر العرف أو للبيع في نظر الشارع ولا ثالث لها كما تقدم ، ولأجل امتناع الحمل على الثاني لما سبق من لزوم اللغوية - اذ ليس الحلية الوضعية الا عبارة عن كونه يباع في نظر الشارع - يتمين الحمل على الأول ، فيكون مفاد الدليل تصديق نظر العرف في تحقق البيع وامضاء الأسباب العرفية ، وتنفيذ سببيتها ، هذا كله بناءً على أن الحلية في مثل (أحل الله البيع) هي الحلية الوضعية كما سيأتي ، ان شاء الله تحقيقه في المعاطاة . فلاحظ وتأمل . والله سبحانه الموفق المعين وهو حسبنا ونعم الوكيل

الكفر في المعاطاة

(قوله : وربما يذكر وجهان) ذكر ذلك في الجواهر (قوله : ان يقع النقل) عبارة الجواهر : أن يقع الفعل - يعني التعاطي - والمراد من الإباحة المزبورة الإباحة التي ذكرها في الصورة الأولى وهي الإباحة المطلقة والتسليط على التصرف (قوله : ويرد الأول) الذي يظهر من عبارة الجواهر أن المقصود من هذا الوجه أن يقصد المعطي مطلق التسليط الحاصل مع الملك ومع عدمه مع عدم قصده للملك ولا لعدمه ، ولذا احتل جملة على الإباحة لأنها الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط لأن غيرها يحتاج الى قصد

آخر بخلافها فانها يكفي فيها مطلق التسليط ، فعليه لا فرق بين هذا الوجه والوجه الأول إلا أن الوجه الأول قصد الإباحة على غير نحو الملك وفي هذا الوجه قصد الإباحة مع الغفلة عن الملك وعدمه فلا مجال لإشكال المصنف (ره) عليه بما ذكر نعم . يتوجه عليه بأن التسليط على نحو الملك ليس تسليطاً مالياً بل هو شرعي فلا معنى لإنشائه من المالك فأنشأوه من المالك راجع الى الإباحة على الوجه الأول ولذا جعل المصنف (ره) الوجه الأول قصد الإباحة من دون نظر الى التملك . فلاحظ (قوله : والثاني بما تقدم) قد عرفت اشكاله ولعل الوجه في الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني عند صاحب الجواهر (ره) أن البيع عنده نفس النقل الذي لا يلزمه التملك وإن كان يترتب عليه أحياناً ، فراجع الوجه الثاني الى قصدهما التملك بعنوان كونه متفرعاً على النقل والمبادلة ، والوجه الرابع الى قصدهما التملك ابتداء . فتأمل جيداً (قوله : لكن بعض المعاصرين لما) المراد به صاحب الجواهر (ره) قال : فما عساه يظهر من المتأخرين ومتأخريهم من أن محل النزاع فيما قصد به البيع مثلاً من الأفعال وغير الأقوال المحصورة مع جميع شرائط البيع عدا الصيغة وأن معظمهم يقولون بالإباحة فيه ، والكركي ومن تابعه بالبيع المنزّل ، والفاضل في النهاية بالبيع الفاسد كما ترى . بل تمكن دعوى القطع بفساده بادق تأمل ، وأنه لا ينبغي أن ينسب الى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم بل لا مناص من القول بالفساد فيه لمن اشترط الصيغة في الصحة فضلاً عن جعله عبارة عنها . نعم يشرع عنده التعاطي بقصد الإباحة على معنى إباحة كل منهما التصرف للآخر على جهة المعاوضة . . . الخ « أقول » : إذا قصد المتعاطيان في إعطائهما إباحة التصرف للآخر . فلا مجال أيضاً للخلاف في أن ذلك بيع صحيح لازم ، أو غير لازم ، وأنه بيع فاسد وأنه إباحة صحيحة ، كما هو المشهور ؛ وبعد وقوع الخلاف على هذا التقدير ليس بأقل من بعده على تقدير إرادة المتعاطيين التملك ، لكن الظاهر من عبارة الجواهر المذكورة وغيرها ليس هو أن محل النزاع ومورد الخلاف والأقوال هو صورة قصد المتعاطيين الإباحة بل مراده أن القول بالإباحة ليس بمورده

صورة قصد المتعاطيين التملك بل خصوص صورة قصد الإباحة فلا ينبغي أن يُعدَّ في قبال القول بالملك والقول بالفساد لعدم كون موردها واحداً ، وليس مقصوده أن محل النزاع ومورد الأقوال المذكورة صورة قصد الإباحة كي يتوجه عليه ما ذكرناه . ولذا ذكر في كلامه أن مورد كلام الشيخ وغيره في مثال الإعطاء للبقي يمكن أن يكون المراد منه الصورة الثالثة وأن يكون الصورة الأولى ، نعم يتوجه عليه ما ذكره شيخنا (قدس) من أنه خلاف ظاهر كلمات القائلين بالإباحة بل خلاف صريح بعضها ، والعمدة ملاحظة كلماتهم واستظهار التقدير الذي هو محل الخلاف ، وإن كان ذلك أيضاً لا يهم بل المهم تنقيح ما هو مفاد الأدلة بعد أن لم يكن إجماع يجب العمل به في قبال المستفاد منها (قوله : ولا ينافي ذلك قوله وليس) وجه عدم المماقة : أن المراد به أنه ليس من العقود الفاسدة التي لا يترتب عليها الأثر أصلاً- يعني لا تحقق المضمون ولا الإباحة - ولو كان موضوع كلامه صورة قصد المتعاطيين الإباحة لما كان مجال لهذا التوهم كي يتعرض لدفعه (قوله : وهو في الظهور قريب) كأن وجه توقفه في دعوى قوة ظهور الكلام فيما ادعاه أن قوله : وإن جاز التصرف للتراضي ، ظاهر في الإباحة المالكية الحاصلة من التسليم فالإعطاء يكون بقصد الإباحة ، لكن لما لم يختص كلامه المذكور بصورة فقد الإيجاب والقبول بل يعم صورة تحققها بقصد التملك وفوات بقية الشرائط فلا بد أن يكون موضوع كلامه صورة قصد التملك وإن كانا بالتسليم بقصدان الإباحة فالكلام لا قصور في دلالة على مراد المصنف (ره) (قوله : وقال المحقق في الشرائع) هذه العبارة إنما تتضمن أن المعاطاة المقصود بها التملك لا تفيد ، ولا تعرض فيها لترتب الإباحة عليها . اللهم إلا أن يعلم من الخارج ، وكذا الحال في عبارة التذكرة (قوله : وحاصله أن المقصود هو الملك) قد عرفت فيما سبق أن البيع هو المبادلة بين المالكين فإذا كان المقصود بالمعاطاة هو المبادلة فعدم ترتب المقصود إنما يكون باستثناء المبادلة لا بعدم حصول الملك لأن قصد التملك إن كان فهو من الخطأ في التطبيق وتخلفه لا يوجب فوات المقصود بالمعاطاة كما في شراء الغاصب لنفسه ، وحينئذ إذا

أمكن اعتبار المبادلة بلحاظ الإباحة بحيث يكون كل من البدلين قائما مقام الآخر بلحاظ إباحته لما لكه لم يلزم وقوع ما لم يقصد ولا قصد ما لم يقع ، اللهم إلا أن يقال : الإباحة المملوكة في جعل البدلية (إن كانت) هي الإباحة المملوكة ففيه أولا أن البدلية إنما تكون بلحاظ الصفات الثابتة قبل جعلها بحيث تكون ثابتة للعين مع قطع النظر عن جعلها كالمملوكة والوقفية ونحو ذلك ، والإباحة المملوكة ليست كذلك فإن العين قبل جعل البدلية لم تكن مباحة لما لكها إباحة مملوكة ، وثانيسا أن الإباحة المملوكة إنما يترتب عليها جواز التصرف إذا كانت مجمولة للمالك في ظرف التفاته إلى كونه مالكا ، ومع قصد انتليك للغير لا مجال لذلك (وإن كانت) هي الإباحة الشرعية فهي ليست قائمة بالعين بما هي بل قائمة بها بما هي ملك مثلا فالملك يمكن البدلية في المملوكة مثلا يمتنع البدلية فيها لامتناع ثبوت الحكم بدون موضوعه وايضا فإن الإباحة الشرعية مجمولة من الشارع لموضوعاتها فيمتنع أن تكون تحت جعل المالك تفصيلا أو اجمالا . مضافا إلى أن ذلك لو تم في البيع المتضمن للمبادلة لا يتم في غيره مما لا يتضمن ذلك (قوله : لكن في عدم هذا من الأقوال تأمل) كانه لأجل أن القول يخرج المعاملة عن كونها بالمعاطات بل تكون بالقول لكن صريح عبارة المختلف والغنية والسراير والتذكرة أن موضوع النزاع في المعاطاة : أن يدفع قطعة إلى البقلي فيقول : اعطني بها بقلا ، وظاهره عدم مناعة القول للمعاطاة وكأنه لأنه لم يقصد بالقول الإنشاء وإنما قصد به الدلالة على ما هو موضوع التراضي ، أولا أنهم يعتبرون صيغة مخصوصة في العقد بشعرا لا يكون القول المذكور منها ، نعم ظاهر عبارة المحقق الثاني اعتبار عدم اللفظ الدال على الإراد . فلاحظ (قوله : حيث أنه يدل على حلية) إذا باع زيد فرسه على عمرو بدراهم معينة مثلا فالتصرفات المترتبة على البيع المذكور مختلفة الأحكام ، فبعضها يكون محكوما بالحل التكليفي كركوب عمرو والفرس ، ووضع يده عليها ، وبعضها محكوم بالحل الوضعي كوقفها ، وبيعها ، وأجارتها ، ونحوها ، وبعضها محكوم بالوجوب كالانفاق عليها ، وبعضها يكون محكوما بغير ذلك ، فحمل الحل المذكور في الآية الشريفة على حل التصرفات مما لا يمكن إذا كان

المراد جميع تلك التصرفات ، وحملها على حل البعض منها مما لا قرينة عليه ولا وجه له ، وإيضاً فإن أحكام تلك التصرفات قد تضمنتها أدلة تشريعها فتشريعها بهذا الدليل ثانياً ممتنع ، وحملها على التأكيّد لتلك الأدلة خلاف الظاهر جداً ، وتشريع حلية ثانية لتلك التصرفات بعنوان البيع كما ترى ، وإيضاً فإن الحمل على التصرفات محتاج إلى تجويز أو تقدير وهو أيضاً خلاف الظاهر ، وعليه يتمين إبقاء الكلام على ظاهره وتعليق الحل على نفس البيع ، ثم يتردد الأمر بدواً بين أن يكون المراد من الحل الحل الوضعي الراجع إلى تحقق البيع وترتب أثره عليه في نظر الشارع وبين أن يكون المراد منه التكليفي (فنقول) : قد عرفت في آخر المبحث السابق أن البيع بالمعنى المسبب مما لا يتصف بالصحة والفساد بل إنما يتصف بالوجود والعدم فإن أريد منه مفهومه بلحاظ إفادته بتوسط اعتبار الشارع تعين حمل الحل على الحل التكليفي - يعني الرخصة في التسبب إليه ونفي العقاب عليه - إذ لا معنى للحل الوضعي الراجع إلى الإرشاد إلى تحقيقه بتحقيق منشأ اعتباره لكون المفروض كونه متحققاً في نظر الشارع ، وإن أريد منه البيع العرفي أمكن كون الحل إرشادياً إلى تحقيقه واعتباره أيضاً في نظر الشارع كما يمكن أن يكون تكليفاً ، ولأجل أن الظاهر من الحل والحرمة في أمثال هذه الخطابات الإرشاد لأن الاهتمام بها أكد لما يترتب على ذلك من الإرشاد إلى أحكام كثيرة كما عرفت ، يتمين حمل البيع على البيع العرفي فيكون مفاد الآية الشريفة تصديق نظر العرف في تحقق البيع وتصويبهم في بنائهم على سببية سببه وكونه منشأ لاعتباره ، ولا ينافي ذلك المقابلة بين حلية البيع وحرمة الربا فإن الحرمة للربا أيضاً إرشادية إلى عدم تملك الزيادة وبقائها على ملك المالك ، إذ لو حمل على الحرمة التكليفية فهي إما عين الحرمة الثابتة لمال النير أو غيرها والثاني لا يمكن الالتزام به لأنه يلزمه الالتزام في المخالفة بترتب عقابين وفي الموافقة بترتب نوايين وهو كما ترى ، والاول يلزم منه التأكيّد وهو خلاف الأصل فيتمين ما ذكرنا ، ولو فرض قوة ظهور البيع في البيع الشرعي المستتبّع لحل الحل على التكليفي فنفس معنى الكلام وإن كان يقتضي

الحل التكليفي للبيع الشرعي لا غير إلا أن مقتضى الإطلاق المقامي للكلام الوارد في مقام البيان الذي لا طريق إلى معرفة موضوعه إلا نظر العرف هو امضاء نظرم كما هو الحال في أمثال المقام ولظواهره ، وما اشتهر من أن نظر العرف إنما يتبع في تنقيح المفهوم لا في تنقيح المصداق يختص بما له واقع محفوظ في نفسه يُخطؤه العرف تارة وبُصيبه أخرى لا ما اذا لم يكن له واقع محفوظ ويختلف اعتباره باختلاف الأنظار ، وما ذكرنا يطرد في جميع الاعتبارات التي تؤخذ موضوعاً للأحكام الشرعية في لسان الشارع فإن مقتضى الإطلاق فيها امضاء الأسباب العرفية فلاحظ (قوله : فرادهم بالبيع المعاملة اللازمة) قال في الغنية : وأما شروطه - يعني البيع - فعلى ضربين . أحدهما شرائط صحة انعقاده ، والثاني شرائط لزومه فالضرب الأول ثبوت الولاية في المعقود عليه ... إلى أن قال : وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري ، ثم شرع في الاستدلال على ذلك ... إلى أن قال : واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري تحريراً ... إلى آخر ما نقله المصنف (ره) ، وصرح عبارات المذكورة دعوى الإجماع على عدم انعقاد البيع بذلك لا عدم لزومه - كما اعترف المصنف (ره) بذلك في ذيل ما يتعلق بنقل كلماتهم (قوله : ولذا صرح في الغنية بكون) قد عرفت أن هذا شاهد على عدم انعقاد البيع بالمعاطاة ، وأنها ليست بيعاً عنده لا أنها ليست بيعاً لازماً ، نعم لو كان مراد ابن زهرة (ره) اعتبار ذلك شرعاً في الصحة وعدم اعتباره عرفاً وأنه يصدق البيع عرفاً بالمعاطاة صح التعليل بما ذكر لكنه غير ظاهر في ذلك ، اللهم إلا أن يكون من جهة تمسكه بالإجماع اذ لو كان لا يرى صدقه عرفاً بالمعاطاة كان التمسك به على البطلان أولى ، لعدم المقتضى للصحة حينئذ بخلاف التمسك بالإجماع فإنه تمسك بالمانع (قوله : قد عرفت الحال فيها) قد تقدم منه في ذيل الكلام على تعريف البيع بتحقيقها « قوله : يظهر وجه التمسك » هذه الآية الشريفة بقرينة المستثنى منه وهو قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ظاهرة في حل التصرف الخارجى الذي هو مثل التصرف بالأكل فلا مجال فيها لما سبق في

الآية الأولى ، نعم مقتضى كون موضوع المستثنى منه هو الباطل الذي لا ينطبق على التجارة سواء أكانت صحيحة شرعاً أم عرفاً لأنها ليست من الباطل يكون الاستثناء منقطعاً الذي هو الاخراج من المفهوم المتوهم ، ثم إن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في المستثنى منه وإن كان يقتضي التوزيع نحو قوله تعالى : (ادخلوا مساكنكم) و (حرمت عليكم أمهاتكم ... الآية) و (قوا أنفسكم وأهليكم) و (أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم) و (وبوصيكم الله في أولادكم) ... إلى غير ذلك . لكن الظاهر منه في المقام حرمة أكل كل مال غيره فالمراد من المستثنى أكل مال الغير بنحو الاتجار والاكتساب عن تراض يعني يجوز أكل مال الغير إذا كان المثل اكتساباً عن تراض والمراد من التجارة فيه التجارة العرفية لا الشرعية بقربنة التقييد بالتراضي ، فتدل الآية على نفوذ التجارات العرفية الواقعة عن تراض بناءً على كون الحل فيها إرشادياً كما هو الظاهر على ما عرفت في الآية السابقة (قوله : لأن صومه باعتبار أنواع) عدم السلطنة على المال (ثارة) يكون لقصور في الفاعل كالأجنبي عن المال فإنه لا سلطنة له عليه لقصوره في نفسه (وأخرى) يكون لقصور في المال كالعين المرهونة التي لا يجوز للراهن التصرف فيها فإن عدم سلطنته على التصرف ناشئ من قصوره في نفس المال لكونه موضوع الحق الخاص (وثالثة) يكون للقصور في السبب مثل بيع المال مع الجهل بالعوضين فإن عدم صحته للقصور في المالك ولا في المبيع ولكنه لقصور في العقد مع الجهل المذكور ؛ والظاهر من النبوي الشريف جعل السلطنة ونفي القصور من الجهتين الأولتين لا مطلقاً ، ولذا لا يُظن أن أدلة الشرائط للعقود والایقاعات مخصصة للحديث الشريف فإذا شك في المقام في اعتبار اللفظ في صحة البيع فلا يصلح الحديث لرفع الشك المذكور لأنه لا يرجع إلى الشك في تخصيصه حتى تكون أصالة العموم محكمة (قوله : حتى المتوقفة على الملك كالمبيع) التوقف في الأمثلة المذكورة ليس على نسق واحد فإن التوقف في الوطء لو سلم فليس لتوقف نفس الوطء عليه بل المتوقف جوازه تكليفاً وفي البيع والعقود المتوقف جوازه وضعاً الراجع إلى توقف ذاته بحيث لو لا الملك

لا بيع ولا عتق حقيقة : ومن هنا يظهر أن ثبوت الاباحة في الوطء من أول الأمر يقتضي ثبوت الملكية كذلك لدلالة ثبوت الحكم على ثبوت موضوعه ولا تتوقف دلالة دليل الاباحة على الملكية على تحقق الوطء بخلاف جواز البيع والعتق وضعا فإنه لو لم يتحقق البيع لا طريق الى ثبوت الملكية « ثم » إن في عموم الاباحة الاستفادة من الآيتين الشريفتين للتصرفات التي هي موضوع الاباحة الوضعية خفاء إذ الآية الثانية انما دلت على حلية الأكل تكليفيا ، والتعدي الى حلية البيع ونحوه وضعا غير ظاهر ، وأما الأولى فهي وإن كانت مطلقة إلا أنه لما لم يكن جامع بين الحلية التكليفية والوضعية امتنع شمولها معا ودار الأمر بين حملها على الأولى والثانية لكن الأولى اظهر (قوله : الذي لا يعلم ذلك منهم) يعني لا يعلم بناؤهم على توقف التصرف على الملك ، بل من الجائز بناؤهم على عدم توقفه عليه كما يقتضيه إطلاق كلامهم في نفي الملك وجواز التصرف « قوله : غاية الأمر » يعني لو بنينا على ثبوت بنائهم على التوقف فالمقدار اللازم من التوقف هو الملكية آنا ما لا من أول الأمر « هذا » ولكن عرفت أن الاباحة في الوطء بناء على التوقف تقتضي ثبوت الملكية من أول الأمر ، مضافا الى أن صحة البيع والعتق ونحوهما وإن لم تقتض ثبوت الملكية من أول الأمر لكن ثبوتها قبل التصرف آنا ما خلاف قاعدة السلطنة الجارية في حق المالك ، وثبوتها من أول الأمر لا مخالفة فيه لها لكونها مقصودة للمتعاطين فيتمتع البناء عليه لئلا يلزم من البناء على الاول تخصيص القاعدة « وبالجملة » : مقتضى عموم جواز التصرف المتوقف على الملك وإن كان هو ثبوت الملك إما مقارنا للتصرف أو من أول الأمر إلا أنه يتعين الثاني لئلا يلزم تخصيص قاعدة السلطنة بالبناء على الاول ، نعم هذا الاشكال يبتني على حجية أصالة عدم التخصيص لإثبات عنوان الموضوع أو نفيه إذ الملكية حال التصرف معلومة والملكية من أول الأمر ليست على خلاف السلطنة كي يكون العموم مرجعا في نفيها فانما المقصود إثبات أن الملكية حال التصرف ثابتة من أول الأمر حتى لا يلزم التخصيص ، والعموم ليس حجة في مثل ذلك على ما هو التحقيق .

(تنبيه)

الوجه في توقف الوطء على الملك قوله تعالى : (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) حيث دلّ على انحصار الجواز في الأمرين غاية الأمر ما دلّ على جواز وطء المحلّة من الإجماع والنصوص اقتضى الخروج عن هذا الظاهر ، لكن المقام ليس منه لعدم الإباحة المالكية فيتعين أن يكون من ملك الممنّ بعد انتفاء الزوجية ، وفيه ما عرفت من توقف ذلك على حجية العام في إثبات عنوان موضوعه ونفيه وهو خلاف التحقيق بل أصالة العموم إنما تكون حجة في ظرف إحراز الموضوع والشك في الحكم فلا تكون حجة في صورة العكس كما في المقام حيث يعلم بجواز الوطء ولكن يشك في تحقق الملك فلا تخصيص للمحصر المذكور وفي عدمه فيلزم التخصيص (وأما الوجه) في توقف البيع على الملك فهو أن البيع من المعاوضات الموجبة لدخول كل من العوضين في ملك من خرج منه الآخر فلولا دخول المبيع في ملك البائع لم يدخل الثمن في ملكه بل يدخل في ملك المعطي ، لكن هذا الوجه يتوقف على الإجماع على دخول الثمن في ملك البائع في المقام كما هو الظاهر (وأما الوجه) في توقف العتق على الملك فهو نفي الخلاف المحكي عن المبسوط . وأما قوله « ع » : (لا عتق إلا في ملك) فغير ظاهر الدلالة على ذلك وإن حكى عن المبسوط التمسك به إذ من المحتمل إرادة أنه لا عتق إلا في ملك المعتق لعدم السلطنة عليه لكن في الاعتماد على نفي الخلاف المحكي تأملا وإن كان هو ظاهر الأصحاب وبترتب عليه عدم جواز التبرع بالعتق عن الغير إلا أن يقوم عليه دليل كما في عتق الابن عن أبيه الميت حيث ورد في حسن (بريد) صحته (وأما وجه) توقف الوصية على الملك فالعمدة فيه عدم الدليل على نفوذها الموجب للرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر ، وإطلاق نفوذ الوصية مختص بالوصية بمال نفسه فلأوصى بمال زيد لعمره بعد وفاته - أعنى وفاة الموصي - لم ينفذ سواء أجاز المالك أم أذن في ذلك قبل الوصية

أم لا ، أما في الثانية فلمعهم السلطنة له على مال الغير ، وأما في الأولى فلأن الإذن أو الإجازة إنما تقتضيان صحة نسبة الوصية إلى المالك وفي المقام لا معنى له لعدم تعليق التملك على وفاة المالك فلا يشملها دليل نفوذ الوصية ، بل مقتضى إطلاق معقد الإجماع على بطلان التعليق البطلان . نعم لو أوصى بمال زيد لعمره على تقدير وفاة زيد عن إذن من زيد أو كان قد أجاز ذلك لزمّت الوصية وكانت وصية زيد لا له بخلاف الصورة الأولى (وأما الوجه) في توقف الإخراج في الخمس والزكاة على الملك فغير ظاهر إذ الظاهر جواز تبرع الغير في الوفاء عما في ذمة المالك منها كما تحرّر في كتاب الزكاة ، إذ هما كغيرهما من الديون التي يجوز التبرع بوفائها ، وكون أداء الخمس والزكاة من العبادات لا ينافي ذلك لأن الأصل جواز النيابة في العبادات على ما تحرّر في مبحث القضاء عن الأموات مع أنه لو فرض البناء على عدم جواز التبرع في نحوهما من العبادات أمكن البناء على الجواز في المقام لأن المفروض تولي المكلف للوفاء بنفسه ، غاية أنه بمال الغير ، فإذا فرض اقتضاء المعاطاة للإباحة وجواز التصرف في العوضين فلا مقتضى للمنع كما في الديون غير العبادية ، ومن ذلك يظهر عدم توقف ثمن الهدي على الملك ، ولا سيما وقد ورد في النصوص جواز الذبح عن العبد والصبي وأن رسول الله « ص » : ذبح عن أمهات المؤمنين بقرة بقرة ، ونحر عن علي « ع » أربعاً وثلاثين بدنة وغير ذلك فإذا جازت النيابة جاز الهدي بملك الغير ، نعم لو اشتراه بالمال المأخوذ بالمعاطاة وبني على تمامية الإجماع على دخوله في ملكه بالشراء توقف ذلك على دخول الثمن في ملكه على ما عرفت من توقف البيع على الملك لكن لا خصوصية حينئذ لثمن الهدي في ذلك بل يجري في ثمن كل مبيع (قوله : فهي كسائر سيراتهم الناشئة) هذا ممنوع جداً ، إذ ذلك سيرة المتدينين المباليين كما يظهر بالمراجعة إلى طريقهم (قوله : مع أن ما ذكر من أن للفقيه) يريد أنه وإن كان يجوز للفقيه الالتزام بالملكية حال التصرف بالنظر إلى دلالة الآيتين الشريفتين ، لكنه لا يمكن ذلك بملاحظة ما ذكره بعض الأساطين « ره » من موجبات الاستبعاد فلا تناقض

بين الكلامين (قوله : مع العلم ببقاء مقابله) في بعض النسخ : (انتفاء مقابله) والظاهر أنه غلط : كما أن ما في النسخة من قوله : (فينبى بالأصل) غلط أيضا ، والصحيح (فيبقى بالأصل) يعني : مع عدم العلم ببقاء مقابله يحكم ببقائه بالأصل ، ومع البقاء لا ملك ومع ذلك تتعلق الأمور المذكورة التي هي من أحكام الأملك (قوله : ليست عند الفائل بالإباحة . . الخ) قد يُؤم التعبير المذكور اختصاص التبعية بالعقود وما قام مقامها شرعا فيوجه عليه الإشكال بالمنع من هذا الاختصاص ، ولكنه ليس ذلك بمراد وإنما كان التعبير المذكور جريا على عبارة شرح القواعد ، وإلا فالتعليل الذي ذكره في قوله (ره) : فإن تبعية العقد للمقصود . . الخ لا يختص بالعقود ، بل يطرد في جميع الأسباب الانشائية من غير فرق بين العقود والإيقاعات وغيرها (وكيف كان) فهذا الإشكال إنما يتضمن رفع امتناع كون المعاطاة المقصود بها التمليك لا يترتب عليها التمليك ويترتب عليها الإباحة وليس فيه مخالفة للقواعد ولا هو من القواعد الجديدة (قوله : يؤثر في ضمان كل من العوضين) لو كان الأمر المذكور للعقد لاقتضى ترتيبه وإن لم يكن قبض ولا يقولون به ، بل الضمان عندم للقبض سواء أكان الوجه فيه الإقدام على الضمان كما هو المذكور في كلام الأكثر أم قاعدة اليد كما هو التحقيق لا أن السبب الموجب للضمان هو الإقدام على الضمان بالمسمى حتى يكون نظيرا لما نحن فيه من جهة عدم ترتيبه ، وإنما المترتب الضمان بالمثل والقيمة ، لما عرفت : من أن الضمان لو كان بالإقدام لزم البناء على الضمان وإن لم يتحقق القبض ولا يقول به أحد ، بل إنما بنوا على الضمان بالمثل في القبض وإن كان الوجه في اقتضائه الضمان هو الإقدام المعاملي فلا يكون المقام نظيرا لما نحن فيه لاختلاف الموضوع (قوله : وتوهم أن دليلهم) سيجيء منه (ره) في قاعدة : (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) أنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام على الضمان بيان عدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال والأعمال من الضمان ، فالضمان يكون عندم باليد لا بالإقدام ، ولو سلم عدم صحة حمل كلامهم على ذلك لم يكف في رفع الاستبعاد ووجود النظر بناؤهم

على ذلك وإن كان خطأ ، فإن النظر المبني على الخطأ لا يرفع الاستبعاد ولا يصلح رداً على شارح القواعد كما لا يخفى ، قوله : ' وكذا الشرط الفاسد ' سيجيء في محله أن الوجه في صحة العقد المشروط بالشرط الفاسد أن إنشاءه على نحو تعدد المطلوب فبطلان المشروط لا يلزم منه بطلان المطلق ، وكذا الحال في بيع ما يملك وما لا يملك على ما يأتي في محله إن شاء الله (قوله : يقع للمالك) قد أشرنا في البحث عن معنى البيع أن الوجه في ذلك هو أن المقصود في البيع المبادلة بين المالكين ، وقصد الملك للمرجب والقابل أو غيرها مما لا دخل له في قصد المبادلة ، ولكنه من المفارقات له فعدم حصول المقصود كما لو كان القصد خطأ من القاصد في التطبيق لا يقدح في صحة المعاملة ، لخروج القصد المذكور عنها فلو اعتقد كل من البائعين أن طرفه أصيل فقصد تمليك بناءً منه أنه من مقتضى المبادلة المذكورة فيتبين أنه وكيل وأن الملك الحاصل من المبادلة لموكله لا يضر ذلك في صحة المعاملة وترتب أثرها عليها ، ولا يكون من وقوع الملم بقصد ولا من عدم وقوع ما قصد لاختصاص ذلك بالقصد الذي هو قوام المعاملة لا ما هو أجنبي عنها وسيجيء إن شاء الله توضيح ذلك في الفصولي (قوله : بجملة دائماً على قول نسبه في) استدلل له في الجواهر - مضافاً إلى ظهور بعض النصوص فيه ، بأن اعتبار الأجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح فع عدم ذكر الشرط لا أثر له بناءً على أن الشرط المقدر لا يجري عليه حكم المذكور ، فقصد النكاح حينئذ بحاله (وتوضيح) ذلك أن الزوجية من الاعتباريات التي يكفي في اعتبارها حدوثاً سببها ولا يحتاج في اعتبار بقائها إلى سبب ، بل يكفي في صحته اعتبار حدوثها ، فلم يوجد المزيل لها يصح اعتبار بقائها فالمُنشأ في النكاح الدائم مجرد حدوث الزوجية لا بقاؤها ودوامها فإنها تبقى وتدوم بنفسها لا بالإنشاء ، وعليه فالفرق بين النكاح الدائم والمنقطع ليس في أن الأول أنشئ فيه الدوام والثاني لم يُنشأ فيه ذلك ، بل الفرق بينهما بعد اشتراكهما في إنشاء حدوث الزوجية في أن الأول لم يُنشأ فيه سوى حدوث الزوجية ، والثاني أنشئ فيه انقطاعها : فالعقد الذي يتضمن

إنشاء الانقطاع منقطع ، والذي لم يتضمن إنشاء الانقطاع دائم فإذا قصد المتنا كحان الانقطاع ولم يذكره لفظاً لم ينفع القصد المذكور في حصول الانقطاع لعدم وقوعه تحت الانشاء فتبقى الزوجية بحالها على مقتضى طبعها كما لو قصدنا اشتراط شيء فنسيا ذكره في العقد « وأورد » عليه المصنف (ره) بأن الذي يظهر من النصوص والفتاوى أن الدائم والمنقطع حقيقتان مختلفتان وليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق والمشروط ، واستدل على ذلك بقول الفقهاء : إذا أخل بالأجل انقلب دائماً ، اذ اولا الاختلاف في الحقيقة كان المناسب أن يقولوا : « يبقى العقد دائماً » وباتفاق النصوص والفتاوى على أن المهر ركن في المنقطع دون الدائم ، فإنه يدل على أن المقصود بالمنقطع المعاوضة بين الانتفاع والمهر فلذا لم ذكر العوض ، وبأنه لولا ذلك كان اللازم انعقاد الدوام عند ترك ذكر المهر والأجل مع أن ظاهر المسالك الاتفاق على البطلان حينئذ ، وبأنه لولا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر عند عدم تمكين الزوجة في بعض المدة في المنقطع مع بنائهم على عدم السقوط بذلك في الدائم « قلت » : ما ذكره (ره) لا يخلو من خفاء ، إذ المذكور في النصوص : أنه نكاح ، وتزويج الى اجل ، في مقابل الدائم الذي هو تزويج بلا اجل او تزويج مقام ، وكذلك المذكور في الفتاوى ، وقد اشتهر في كلامهم التعبير عنها بالنكاح الدائم والمنقطع ، نعم ورد في بعض النصوص تعليل يذنونتها بانقضاء الأجل بأنها مستأجرة ، لكن الظاهر منه بقربة عدم بناء الفقهاء على ترتيب أحكام الإجارة من الفساد لعدم قابليتها للانتفاع بها لمرض . أو موت ، أو حيض ، أو غيرها ، أو لعدم قابلية الزوج لذلك وغير ذلك من أحكام الإجارة ، أنها ليست كالزوجة الدائمة يحتاج في رفع زوجيتها الى رافع بل ترتفع زوجيتها بانقضاء الأجل كما هو مقتضى التأجيل والتحديد ، وكذا يتعين حمل ما ورد من تعليل عدم حرمتها بالفراق الثلث بذلك أيضاً على ارادة أنها ليست كالزوجة الدائمة بقصد منها نوعا الزوجية الدائمة والتناسل وغير ذلك من الدواعي الى التزويج الدائم بل هي يقصد من تزويجها الانتفاع بها في وقت معين فالفرق بينهما

كالفرق بين دار السكنى ودار الاجارة ومنزل الوطن ومنزل الاقامة في السفر ؛ ولذا عطف على التعليل المذكور قوله « ع » : (وهي بمنزلة الاماء) في مرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن زرارة عن ابي جعفر « ع » : قلت له : الرجل يتزوج المتعة وينقضي شرطها ثم يتزوجها رجل آخر حتى بانت منه ثم يتزوجها الأول حتى بانت منه ثلاثا وتزوجت ثلاثة أزواج يحل للأول أن يتزوجها ؟ قال « ع » : نعم كم شاء ليس هذه مثل الحرّة هذه مستأجرة وهي بمنزلة الاماء . فلولا أن يكون المقصود الجهة المشتركة بينها وبين الأمة من كون الداعي الى تزويجها الانتفاع بها موقتا بخلاف الحرّة لم يحسن العطف المذكور فهذا التعبير لم يقصده منه شرح ماهية العقد المنقطع وإنما قصد به تعليل حكم آخر نظير ما ورد في جواز النظر إلى من يريد تزويجها من قوله « ع » : إنما يريد أن يشتريها بأعلى الأثمان ، واما التعبير بالانقلاب في كلام الفقهاء فيكفي فيه الاختلاف بين المقصود والواقع في الدوام والانقطاع ولا يتوقف على الاختلاف بالذات ، مع أنه لا يعارض تعبيرهم بالدائم والمنقطع كما عرفت وكون المهر ركنا في المنقطع لا يدل على شيء لجواز مخالفته للدائم في ذلك كمخالفته له في جملة من الأحكام ، ولذا كان القبض ركنا في السلم ولم يوجب ذلك مخالفته للبيع المعجل ذاتا ، إذ الفرق بينهما في التعجيل وعدمه لا غير ، وإجماع المسالك - إن جاز الاعتماد عليه - كان هو الموجب للخروج عن القاعدة التي عرفتها وإلا كان العمل عليها متعينا ، وسقوط بعض المهر يجوز أن يكون من أحكام التأجيل المذكور تعبدا كغيره من الأحكام - مع أنه معارض بعدم السقوط لو كان المانع غير اختياري من حيض ونحوه - وبما اتفق عليه النص والفتوى من أنه إذا وهبها المدة قبل الدخول لزمه نصف المهر ؛ إذ لو كان مضمون المتعة المعاوضة كان اللازم تمام المهر ، وبغير ذلك فراجع وتأمل (قوله : مطابق للأصل) على ما تقدم في الإراد الأول من أنه لم يدل على صحة المعاظة دليل (قوله : إذا كان مقتضى الجمع) الجمع بين الأدلة المذكورة لا يقتضي كون إرادة التصرفات من المملكات وإنما يقتضي ثبوت الملكية حال التصرف الموقوف عليها في رتبة سابقة عليه ، وأما كون الملك هو

الارادة أو غيرها فشيء لا يقتضيه الجمع بين الادلة ، ومن ذلك يتوجه الاشكال على شارح القواعد أيضا إذ ليس من لوازم القول بالاباحة والملك حال التصرف ذلك أيضا (قوله : فيكون كتصرف ذي الخيار) يعني كما أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه أحد التصرفات المذكورة الموقوفة على الملك يكشف عن انقاسخ العقد ورجوع المال إلى ملكه وكذا تصرف الواهب في الهبة يكشف عن ذلك ، كذلك في المقام يكون التصرف كاشفا عن تحقق ملكية المتصرف قبله آنا ما ، هذا ولكن الذي يظهر من شارح القواعد أن اشكاله المذكور ليس لمحض لزوم كون الارادة من المملكات ، بل لأجل كون ذلك خلاف سلطنة المالك على ماله حيث أن كلام المتعاطين إنما يقصد الملك حال التعاطي ولا يقصد الملك حال التصرف فوقعه حال التصرف خلاف سلطنته على ماله ولأجل ذلك فرق بين المعاطاة وبين قوله : أعتق عبدك غني ، وتصديق بمالي عنك ، لأن تملك عبده لمن أمره بالعتق كان باذن منه ، وتملك المال الذي أمر بالصدقة به عنه كان باذن من المالك وليس فيه مخالفة للقاعدة المذكورة ، وكذا الحال في تصرف ذي الخيار والواهب فيما يخرج منه إذ ليس فيه مخالفة لها أيضا بمسند فرض ثبرت الخيار له ، وجواز رجوعه في الهبة ، « وبالجمل » : الاشكال المذكور وهو لزوم تخصيص قاعدة السلطنة محكم وليس كذلك الحال في النظائر المزبورة كما أشرنا إلى ذلك آنفا وكما اشرنا هناك أيضا إلى أن تمامية الاشكال المذكور مبنية على صلاحية اصالة عدم التخصيص لاثبات عنوان الموضوع ونفيه والا فلا مجال له فراجع (قوله : فهو استبعاد محض) إن كان المراد أن التعلق بغير الأملاك مستبعد محض - كما يقتضيه ظاهر التركيب - ففيه أنه ليس كذلك بل هو مخالف لما دل على اعتبار الملك في موضوع الاحكام كما يظهر منه الاعتراف بذلك فيما عدا الاستطاعة والغنى - مع أنه على هذا يشكل معنى قوله : ودفعها . . . الخ فكان المراد أن عدم التعلق لاء نع من الالتزام به كما تقتضيه القواعد لانتفاء الملكية التي هي شرط في التعلق . نعم هو مستبعد محضا ، ودفع دعوى الاستبعاد المحض بمخالفتها للسيرة فانها قائمة على التعلق فتكون دليلا عليه رجوع إلى السيرة التي

تقدمت المداخلة في حجيتها لا يمكن كونها ناشئة عن عدم المبالاة لكن هذا المعنى خلاف ظاهر التركيب (قوله : لا يتوقفان على الملك) لاتفاق النص والفتوى على تحقق الاستطاعة بالبذل بدون الملك وكذا الغنى فان الظاهر صدقه عرفاً بوجودان ما يحتاج اليه في سنته وإن لم يكن مملوكاً له ، وما اشتهر في ألسنة الفقهاء من تحديد الفقير بمن لا يملك قوت سنته ، يراد به من لا يجد ذلك ولو بنحو الاباحة وان كان لا يخلو من تأمل تعرضنا لوجهه في شرح الزكاة من كتابنا (مستمسك العروة الوثقى) ثم ان ظاهر اقتصار المصنف (ره) على الاستطاعة والغنى الاعتراف بتوقف البقية على الملك وقد يستشكل في توقف تعلق حق الدين على الملك ، بان المباح له وان لم يكن مالكا للمعين إلا أنه لكونه مالكا لأن يملك باسترداد العوض أو بالتصرف فيما عنده فللغريم إزماءه بأحدهما ، وفيه أن المعاطاة عند الفائلين بالاباحة لا توجب ملك (أن يملك) وانما له السلطنة على ذلك التي هي من الاحكام لا من الحقوق كما عرفت ، ولذا لا يكون له إسقاط ذلك . نعم لو كان المراد من الاشكال تعلق وجوب الوفاء أمكن منع توقفه على الملك بناءً على ما هو الظاهر من جواز التبرع في الوفاء عن الغير كما لعله الظاهر من عبارة الاشكال ، واما النفقات فان كان المراد حق الاتفاق فالظاهر أنه لا موضوع له إذ لم يعمد في الشرع حق الاتفاق ، وإن كان المراد وجوب الاتفاق فتوقفه على الملك غير ظاهر ، بل هو خلاف إطلاق الأدلة ، واما توقف تعلق حق المناسحة على الملك فلعله لعدم الإطلاق الذي يرجع اليه في ثبوت الحق مع عدم الملك والأصل عدمه ، لكن القسمة ايضاً من التصرفات فقتضى عموم الاباحة لها جواز المطالبة بها كغيرها من التصرفات الموقوفة على الملك ، واما حق الأخذ بالشفعة فقتضى اختصاص أدلته بالبيع عدم ثبوته بناءً على الاباحة لعدم كون المعاطاة بيعاً على هذا المبنى ، ولو أريد من تعلق حق الشفعة أن المباح له بالمعاطاة له الأخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك للشخص فالحكم اظهر لاختصاص الحق المذكور بالشريك وهو لا ينطبق على المباح له ، واما الموارد بحث فلاختصاصها بالملك والحق وهما منتفیان بناءً على الاباحة ، وأما الربا فهو إما مختص بالبيع أو

شامل لمطلق المعاوضة وعلى الاباحة لا شيء من ذلك ، اللهم إلا أن يكون قصد المتعاطيين للمعاوضة كافيا في المنع إذ لا دليل على الاباحة حينئذ والاصل عدمها « وبالجملة » : القدر المتيمن من الاباحة صورة عدم الربا كما ستأتي الإشارة الى ذلك في كلام المصنف ، وأما الوصايا فقد عرفت الكلام في توقعها على الملك ، ثم إنه يمكن أن يستشكل فيما ذكر بأنه ان قام دليل على ثبوت هذه التعلقات فع البناء على توقعها على الملك يمكن أن يلزم بالملكية آنا ما قبل التعلق جمعاً بين الدليلين ولا يقتضي ذلك ثبوت الملكية من أول الامر إلا اذا كان التعلق من أول الامر كما في بعضها هذا اذا كان دليل التوقف على الملك قطعياً وان كان ظنياً فلا مانع من البناء على تخصيصه ، لما عرفت من عدم حجية أصالة عدم التخصيص لاثبات الموضوع ، ثم إنه كما يمكن توجيه الاشكال على القول بالاباحة بلزوم تعلق الامور المذكورة بما ليس بملك يمكن توجيهه بلزوم عدم تعلق اكثر الامور المذكورة بما هو ملك فان لازم بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك المعطي تعلق الخس والركاة والاستطاعة والديون والنفقات وهكذا لأن معنى الاشكال المنعوية عن تعلقها بالمأخوذ وعدم تعلقها بالمعطي فكما يكون الاشكال على القول بالاباحة لزوم تعلقها بغير المملوك يكون لزوم عدم تعلقها بالمملوك ايضاً . نعم الاشكال في تعلق الربا لا يكون ذا وجهين لان موضوع التعلق نفس المعاملة فالتحريم يطرد في العيين كليهما ، وكذا الحال في الشفعة بناء على اختصاصها بالمبيع هذا لو كان المراد أخذ الشريك ما يشتري المالك بالمعاطاة بالشفعة أما لو كان المراد الصورة الثانية جاء الاشكال ايضاً بالنسبة الى البائع بالمعاطاة فان الشقص اذا كان باقياً على ملكه فاخذه بالشفعة أولى (وبالجملة) كان اللازم إزام القائلين بالاباحة بعدم تعلق الامور المذكورة بالاضافة الى البائع مع أنه مالك - مضافاً الى ما ذكره من إزامهم بتعلقها بالاضافة الى المشتري مع أنه ليس بمالك ولا وجه ظاهر في الاقتصار على الثاني . فلاحظ ! قوله : فقد ظهر جوابه ، يعني أنه مقتضى الجمع بين أصالة عدم الملك وبين عموم توقف التصرف على الملك وقد عرفت تقرب الاشكال والجواب عنه (قوله : باجماع أو سيرة كما)

لم يظهر الفرق بين السيرة في المقام والسيرة المدعاة سابقا على الملك من أول الأمر التي
استشكل في حجيتها بأنها ناشئة عن عدم المبالاة في الدين ، ثم ان العبارة لا تخلو
من مساهلة فان ظاهر قوله : فان ثبت باجماع أو غيره ، أنه إذا ثبت كونه التلف
مملكا للجانبين بالاجماع أو السيرة ، وعليه فلا معنى لقوله بعد ذلك : لأن هذا
هو . . . الخ إذ بعد قيام الاجماع على كونه التلف مملكا للجانبين لا حاجة إلى ضم
دليل آخر اليه لإثباته فالمراد بالاجماع على عدم الضمان بالمثل والقيمة كما سيصرح به
(قوله : رعاية لعموم على اليد) يعني لئلا يلزم تخصيصه لكن عرفت عدم الدليل على
حجية أصالة عدم التخصيص لنفي موضوع العام إذ لم يثبت بناء العقلاء على حجية
العام في عكس نقيضه وان نسب إلى الأصحاب في تقاريرات درس الاستاذ « ره »
تبعا لما في تقاريرات درس المصنف (ره) في تنبيهات الشبهة المصداقية حيث نسبة
إلى استدلالاتهم النعوية جازما به ، فان استدلالهم به في بعض الموارد ينافيه
ترك استدلالهم به في مواضع كثيرة فراجع ، مع أن في شمول العموم المذكور
ليس في المعاطاة بناء على إباحة جميع التصرفات حتى الانلاف تأملا ظاهرا ،
(قوله : أن لكل منها المطالبة) أما الأخذ فلا نه على القول بالإباحة له السلطنة
على جميع التصرفات والمطالبة به من شؤون تلك السلطنة إذ الغصب تضيق لدائرتها
وأما المعطي فلا نه مالك ، نعم إذا كانت مطالبته رجوعا عن مقتضى المعاطاة امتنع
ذلك منه إلا مع بذل ما في يده أيضا (قوله : نعم لو قام إجماع) الظاهر أن
أصل العبارة هكذا : (نعم لو قام إجماع فهو وإلا . . . الخ) يعني أن إطلاقهم
كون التلف من مال المباح له يشمل صورة التلف بيد الغاصب فان تم إجماع عليه
فهو وإلا كان مقتضى القاعدة كون التلف من ملك المالك للأصل إذ الالتزام سابقا
بكون التلف من ملك المباح له كان عملا بمقتضى الجمع بين الأدلة حسبما تقدم
وليس كذلك هنا إذ لا مانع من العمل بعموم : « على اليد » بالنسبة إلى يد الغاصب
المقتضي للضمان بالمثل أو القيمة ، هذا إذا لم يتلف العوض الآخر قبل ذلك في يد
المباح له وإلا كانت تلقه موجبا للتملك من الجانبين حين التلف على ما سبق

« قوله ره لا يقول بانتقال .. الخ » هذا هو الذي جعله في شرح القواعد ظاهر الاكثر ، لكن استشكل فيه بأن لازمه عدم جواز تصرف المباح له فيه لأن شمول الاذن له خفي ، بل لازمه أيضا جواز رجوع المالك فيه وان تلفت العين لأن الأدلة المتقدمة إنما اقتضت ككون التلف مملكا للعين لأنه مملك للنماء ولم يتعرض المصنف « ره » للجواب عن الاشكال المذكور ، ولعله لظهور شمول الاذن للنماء ولو للاطلاق المقامي حيث لم يتعرض المالك للمنع عن التصرف فيه ، ولما كان جريان الأدلة المتقدمة في النماء جريانها في الاصل للاجماع على عدم الرجوع فيه أيضا بعد تلف الأصل ، وأما الاحتمال الآتي فهو الذي جعله في شرح القواعد بعيدا (قوله : عن سائر ما ذكره) فان قوله (ره) (في اللزوم الأخير) : مع الاستناد فيه الى أن . . الخ إنما يلزم القول بالاباحة المالكية لا الشرعية المستفادة من قوله تعالى : أحل الله البيع ، وتجارة عن تراخ ، على ما سبق ، مع أن قوله : « وذلك جار في القبض » غير ظاهر لأن القبض لا يتوقف على التملك حتى تكون الاذن فيه إذنا فيما يتوقف عليه بخلاف التصرفات المتوقفة على الملك فان الاذن فيها إذن فيما يتوقف عليه ومجرد اقتران القبض بقصد التملك لا يوجب المساواة لها فضلا عن الأولوية .

اصالة اللزوم

(قوله : مشكوك الحدوث) يعني ان مقتضى الأصل عدمه فالفردان اللذان يتردد الأمر بينهما أحدهما معلوم العدم وجدانا والآخر معلوم العدم تعبدا ، وان شئت قلت : الاستصحاب له ركنان ، أحدهما العلم بالحدوث ، والآخر الشك في البقاء ، والفردان في المقام أحدهما فاقد للركنين معا ، والثاني فاقد للركن الثاني (قوله : مضا الى امكان) يعني ما ذكر من الاشكال يتم لو كان مجرى الاستصحاب الفرد ، أما لو كان الكلي الموجود في أحد الفردين فلا مجال له لاجتماع الركنين

فيه إذ أن الكلي يعلم بحديثه ويشك في ارتفاعه (قوله : فتأمل) إشارة إلى بعض الاشكالات التي تقرر في صحة جريان الاستصحاب في الكلي المرتد وجوده بين فردين أحدهما معلوم الارتفاع ، والآخر مشكوك الحدوث ، ومحملها مبحث القسم الثاني من استصحاب الكلي فراجع ، ثم إن المصنف (ره) لم يتعرض للجواب عن استصحاب بقاء علاقة المالك ، ولعله لوضوحه من أجل عدم العلم بثبوت العلاقة المذكورة حتى يستصحب بقاءها ، ودعوى أنها مرتبة من مراتب وجود الملكية السابقة للمين ، غير ظاهرة ؛ ولو سلم فهي مرتبة ضعيفة لا تعد موجودة بوجود الملكية حتى يستصحب بقاءها ، مع أن كون الجواز من آثار تلك العلاقة شرعا حتى يكون استصحابها كافيا في وجوب البناء عليه تمهيدا ، غير معلوم فلا دليل على صحة الأصل المذكور شرعا ، كما أنك عرفت في مسألة انقلاب المنقطع دائما عند نسيان الأجل أن الملكية ونحوها من الاعتباريات منشأ اعتبارها حدوثا وجبردا السبب ومنشأ اعتبارها بقاء نفس ذاتها فلا يحتاج في بقاء اعتبارها إلى سبب بل بقاءها مستند إلى استعداد ذاتها فالشك في البقاء دائما يكون من الشك في ارفع لا من الشك في المقتضي فلا يشكل استصحاب الملكية بأنه قد يكون موقوفا على حجبة الاستصحاب مع الشك في المقتضي الذي لا يقول به المصنف (ره) قوله : ليس باعتبار اختلاف (هذا مما لا ينبغي التأمل فيه ، إذ لو كان الجواز واللزوم من الخصوصيات المقومة للملكية امتنع أن تكون ملكية واحدة معروضة تارة للجواز ، واخرى للزوم مع وضوح خلافه فإن البيع المنشأ بالعقد اللفظي يفيد الملكية وهي جائزة في مدة الخيار كخيارى المجلس والحيوان وغيرها ، لازمة في مدة أخرى فلو كان الجواز واللزوم مقومين للملكية لزم أن تكون الملكية في مدة الخيار غيرها في المدة الاخرى ، ويكون من انقلاب ملكية إلى أخرى وليس كذلك فإن الواقع ملكية واحدة مستمرة معروضة لعوارض متضادة في أزمنة مختلفة . نعم اختلاف هذه العوارض ناشئ من اختلاف الخصوصيات التي تكون دخيلة في الاسباب من ذلك نظرا اندفاع ما يقال من أن اختلاف حقيقة السبب تستدعي اختلاف

حقيقة المسبب (وجه) الاندفاع أن السببية قائمة بالقدر المشترك بين الاسباب المختلفة الحقيقية وهو حقيقة واحدة ، والاحكام المتراردة على المسبب الواحد ناشئة من اختلاف الخصوصيات المقومة للسبب المنوعة له انواعا مختلفة الحقيقة ، فالجواز واللزوم المتواردان على الملكية الواحدة بنشآن من الخصوصيات المقومة لأسبابها المقتضية للزوم تارة وللجواز أخرى ، وللجواز واللزوم معاني الوقتين كالبيع المقتضي للجواز في مدة الخيار ، واللزوم في غيرها ، والهبة للأجنبي المقتضية للجواز قبل التصرف ، واللزوم بعده من دون فرق بين أن تكون استفادتها من القضية الشرعية التي موضوعها نفس السبب مثل قول الشارع : « البيع لازم ولا يجوز فسخه » أو غير لازم ويجوز فسخه ، وبين أن تكون من القضية الشرعية التي موضوعها العينان مثل قوله : « يجوز تراد العينين » ونحوه ، ومن ذلك يظهر اندفاع الاشكال على المصنف (ره) بأن الجواز واللزوم إذا كانا بمعنى جواز تراد العينين وعدمه كانا من أحكام نفس المسبب وإنما يكونان من أحكام السبب إذا كانا بمعنى جواز الفسخ وعدمه (وجه) الاندفاع أن الكلام إنما هو في أن الجواز واللزوم ليسا مقومين للملكية بنحو يكون وجود الملكية اللازمة غير وجود الملكية الجائزة ، لا في أن موضوعها في لسان الشارع هو السبب أو المسبب ، فلو فرض كونها في القضية الشرعية حكيم للمسبب لا للسبب فليسا بحيث يتعدد بها وجود الموضوع حتى يكون استصحاب الملكية من استصحاب الفرد المردد بين فردين أحدهما معلوم ازوال والآخر معلوم البقاء لكنه مشكوك الحدوث ، مع أن جواز تراد العينين ليسا حكما للمسبب بل هو حكم لموضوع متعلق بالعين التي هي موضوع للمسبب (قوله : وبديل عليه مع أنه يكفي) ظاهر العبارة أن قوله : « أنه يكفي في الاستصحاب ... الخ » من جملة الأدلة على المدعى ولا سيما بقربنة قوله : (ومع أن المحسوس ... الخ) الذي هو أيضا دليل على المدعى ولا ينبغي أن يكون مرادا ، بل الذي ينبغي أن يراد أنه لا حاجة الى إقامة الدليل على المدعى إذ يكفي في صحة الاستصحاب المذكور الشك في صحة المدعى وعدم الدليل على خلافه ، وكيف كان فما ذكره :

من أنه يكفي في صحة الاستصحاب الشك المذكور ، غير ظاهر إذ مع الشك المذكور لا يُحرز اجتماع ركني الاستصحاب اللذين هما شرط في جريانه ومع عدم إحراز ذلك لا مجال للتمسك بدليله ، لعدم جواز التمسك بالعام ما لم يُحرز عنوان موضوعه (قوله : ومع أن المحسوس ... الخ) هذا بمجرد أنه لا يثبت المدعى وإنما يثبت أن الاختلاف ليس بجعل المالك لا غير ، فينبغي أن يجعل من مقدمات الدليل الآتي فيذكر معطوفا على قوله : كان اللازم التفصيل ... الخ (قوله : كان اللازم التفصيل) يعني إذا كان تخصص الملكية بالجواز واللزوم ناشئا من تخصيص المالك كان اللازم التفصيل في الحكم بأحدهما بين أن يجعل اللزوم فيحكم به لا غير ، وبين أن يجعل الجواز فيحكم به كذلك ، وبين أن لا يجعل أحدهما فلا يكون أحدهما وذلك بديهي البطلان ؛ إذ لا تأثير لقصد المالك في ذلك ولذا لو وهب لأجنبي عينا ولذي رحم أخرى غافلا عن الجواز واللزوم كانت الأولى جائزة ، والثانية لازمة ، ولو قصد في الأولى اللزوم لم تصح لازمة بل إما أن تصح جائزة أو تبطل لو كان اللزوم مقصودا بنحو وحدة المطلوب ، وكذا لو قصد الجواز في الثانية فإنها لا تصح جائزة بل إما أن تصح لازمة أو تبطل ، هكذا ينبغي تحرير الدليل ، والعبارة لا تخلو عن مساهلة فإن المناسب إبدال قوله : المختلفة بحسب ... الخ بقوله المختلفة بحسب قصد الجواز واللزوم ، وكذا قوله بعد ذلك : في الرجوع وعدمه ، وهو متعلق بقوله : تأثير (قوله : لم إمضاء الشارع) بأن يجعل الشارع الملكية اللازمة مع قصد المالك الملكية الجائزة وبالعكس ، وقد يقال : بأن القاعدة المذكورة تختص بالمناوين التي يكون إنشاؤها بجعل العاقد ولا تجري في غيرها ، فإذا بُني على كون الجواز واللزوم لا يكونان بجعل العاقد وإنما يكونان بجعل الشارع فجعل الشارع أحدهما عند قصد العاقد الآخر لا يستلزم الخروج عن القاعدة ، وبما ذكرنا تعرف أن الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف (ره) لا تصلح لإثبات المدعى ، فاللازم الرجوع في إثباته إلى ما ذكرناه آنفا . فلاحظ (قوله : وكذا لو شك في) فإن استصحاب الملكية على النحو المتقدم جار بعينه (قوله : احتل

التحالف في) الذي يظهر من الجواهر أن المدار في تشخيص المدعي والمنكر صورة الدعوى فإذا اختلفا في قدر مال الاجارة فان كانت صورة الدعوى : أن قال أحدهما : « آجرتك الدار بعشرة » فقال الآخر : « آجرتي بخمسة » فهامتداعيان وإن قال أحدهما : لي عليك عشرة أجرة ، وقال الآخر : بل خمسة ، فهما مدع ومنكر ونسب ذلك الى الشيخ في المبسوط وبعض المتأخرين ، وظاهر المشهور المصرح به في كلام بعضهم ان المدار هو الغرض المقصود من التداعي فإذا كان الغرض استحقاق الزائد فهما من المدعي والمنكر في الصورتين ، وان كان الغرض في تعيين العقد وأنه وارد على عشرة أو خمسة لترتب أثر شرعي عليه كانا متداعيين ، وعلى هذا فراد المصنف (ره) من قوله : لو تداعيا ، أنها تداعيا في الجواز والازوم ومراده من قوله (ره) : احتل التحالف في الجملة ، صورة ما إذا كانت صورة الدعوى تعيين العقد ، ومقابل هذا الاحتمال احتمال كون التمين على مدعى الجواز وإن كانت صورة الدعوى تعيين العقد كما هو ظاهر المشهور ، ويحتمل أن يكون المراد من تداعيهما التداعي في تعيين العقد ، والمراد حينئذ من التحالف في الجملة صورة كون الغرض التعيين لا الجواز والازوم في مقابل احتمال التحالف مطلقا الذي اختاره في الجواهر (قوله : جواز تملكه بالرجوع فيه) أما بالنسبة إلى الرجوع بمعنى رد العين في الملك ، فظاهر لأن التملك بالرد تصرف بالعين فلا يجوز أن يكون متحققا بغير سلطنة المالك ، وأما الرجوع بمعنى فسخ العقد فهو وإن كان تصرفا في العقد لا في العين ، إذ بالفسخ ينحل العقد الواقع فيرجع كل مال الى ملك مالكه بالسبب الأصلي لا بالفسخ إلا أن العقد لما كان موضوعه العين ولذا كان تحت سلطنة المالك حدوثا ، يكون تحت سلطنته بقاء لأنه نحو من التصرف في العين . نعم لما كان موضوعه مجموع العينين معا فهو تحت سلطنة المالكين فلا يكون تحت سلطنة أحدهما إلا في ظرف أعمال سلطنة الآخر ولا يكون تحت سلطنة كل منهما مستقلا فانه خلاف سلطنة الآخر ، وكما أنه في الحدوث كذلك فهو في البقاء كذلك فلا يكون فسخه تحت سلطنة كل منهما مستقلا ، وانما يكون تحت

سلطنة كل منها في ظرف إعمال الآخر سلطنته ، وكما لا يجوز للأجنبي عن
 العينين إيقاع العقد بينهما بلا إذن من المالكين ولا لأحد المالكين إبقاءه بلا إذن
 من الآخر ، كذلك في البقاء لا يجوز لثالث فسخه كما لا يجوز لأحدهما إلا في
 ظرف الاذن من الآخر ، « وبالجملة » : تملك العين بلا إذن من المالك بأي سبب
 كان التملك خلاف قاعدة السلطنة (قوله : لا نسلم ملكيته له) لاحتمال خروجه
 عن ملكه بالتملك وحينئذ لا يمكن تطبيق القاعدة لعدم إحراز موضوعها ، وحاصل
 الدفع أن ذلك مسلم بالاضافة الى تصرفات المفسوخ عليه بعد الرجوع فانه لا يمكن
 تنفيذها بقاعدة السلطنة لما ذكر ، لا بالاضافة الى التملك بالرجوع بلا إذن المالك
 فانه خلاف سلطنته على ملكه المعلوم فلا يجوز ولا ينفذ فيكون احتمال خروج المال
 عن ملك المالك منغيا بقاعدة السلطنة (قوله : فائدة الملك السلطنة) يعني فائدة
 ملك المقرض السلطنة على العين وهي مانعة من رجوع المقرض فليس له الرجوع
 بدون إذن المقرض ، ثم إنه قد يستشكل على التمسك بالقاعدة في المقام بانها لا اطلاق
 فيها بالاضافة الى أنحاء التصرف ، وإنما المقصود منها إثبات السلطنة في الجملة في
 مقابل الحجر عن التصرف فالتعنى : أن الناس ليسوا مجبورين عن التصرف في
 أموالهم ، ففني قدرة غير المالك على الرجوع غير مستفاد منها . نعم لو كان لها
 ظهور في العموم بالاضافة الى أنحاء التصرف التي منها التملك بالرجوع ، اقتضت
 فني قدرة الغير عليه لأنها منافية للسلطنة المطلقة التي للمالك ؛ وفيه أن عمومها لجميع
 التصرفات مقتضى إطلاقها ولا سيما مع موافقته للارتكاز العقلائي فلا وجه لدعوى
 إهمالها من هذه الجهة (قوله : يشمل التملك) هذا يتوقف على أن يكون المراد من
 الحلية الحلية الوضعية ليكون موضوعها التصرفات الاعتبارية التي منها التملك ، أما لو
 كان المراد منها الحلية التكليفية كما هو الظاهر منها ولا سيما بقربنة السياق والمورد
 إذ لم نعر على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعة عن أبي عبد الله « ع » في حديث
 قال رسول الله « ص » : من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا
 يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه ، اختصت بالتصرفات الحقيقية مثل

أكله ولبسه ونحوها فلا تشمل المأكلا ، وأما رواية تحف العقول : لا يحل لمؤمن مال أخيه الا عن طيب نفس منه ، فضميعة السند (قوله : غير جار هنا لأن) يعني لو كان المراد بالآية تحريم أكل مال الغير على أنه مال الغير الا اذا كان بنحو التجارة أمكن مجيء التوهم السابق فيقال بالرجوع لم يعلم أنه مال الغير بل يحتمل كونه مال الآكل ، فيحتاج الى الجواب عنه بما سبق ، أما لو كان المراد حصر مجوز الأكل لمال الغير بما انه مال الآكل كما هو مقتضى مفهوم التجارة بخصوص التجارة عن تراخى فمع عدم صدق التجارة عن تراخى على الرجوع يحرم الأكل ولو بمنوان كونه مال الآكل ، فغاد الآية : أنه لا يجوز للانسان أن يأكل مالا على أنه ماله وهو مال لغيره الا اذا كان بسبب التجارة عن تراخى ، فهذه الآية الشريفة نص في المورد بخلاف الآية الاولى فانها تشمل المورد باطلاقها ولذا ورد التوهم المتقدم فاحتيج الى رفعه بالاطلاق (قوله : بالجملة المستثنى منها) يعنى مع قطع النظر عن الاستثناء بخلاف الاول فانه وان كان نمسكا بالمستثنى منه اعنى « جملة النهى » الا انه بملاحظة الاستثناء (قوله : يخرج عن البطلان) قد يقال عليه : بانه ان كان المراد بالبطل الباطل العرفي يكون ترخيص الشارع الا قدس في الأكل - كما في أكل المارة - تخصيصا لا تخصصا لأن الأكل بالترخيص الشرعي لا يخرج عن كونه باطلا عند العرف ، وان كان المراد به الباطل الشرعي امتنع الاستدلال به لما نحن فيه لأن احتمال الجواز ملازم لاحتمال عدم كونه باطلا فلم يحرز موضوع العام ، وفيه أن المراد بالبطل الباطل الشرعي لكن بالاطلاق المقامي يثبت ان الباطل الشرعي هو الباطل العرفي فاذا اذن الشارع في الأكل كان ذلك موجبا لعدم كونه باطلا شرعا فيكون ذلك تقييدا للاطلاق المقامي وردعا عن بناء العرف على كونه باطلا ، فالبطلان العرفي انما كان موضوعا للحكم بلحاظ كونه بطلانا عند الشارع لا انه موضوع له في نفسه مطلقا (قوله : مثل قوله « ع » البيهقي بالخيار) يمكن الاشكال عليه بان الاستدلال به يتوقف على الجمع بينه وبين ما دل على ثبوت الخيار في بيع الحيوان او غيره بالتخصيص ؛ أما لو كان بصرفه الى

جمل اللزوم من حيث المجلس لا مطلقا فلا يدل على اللزوم من سائر الحثيات التي منها محل الكلام (قوله : وقد يستدل ايضا بعموم قوله تعالى : أوفوا بالعقود) قد يستشكل عليه بأنه مع احتمال تأثير الفسخ في حل العقد ونقضه لا مجال للتمسك بالعموم المذكور لأنه يعتبر في صحة الرجوع إلى العام إحراز عنوان موضوعه ، وفيه أن العقد من الأمور الحقيقية التي لا يرد عليها الفسخ وإنما يرد على موضوعه فإذا وقع عقد البيع ثم طرأ الفسخ كانت الفسخ رافعا لموضوعه وهو الأمر الذي يُتعاقد عليه أعني « المبادلة بين المالكين » مثلا لا على نفس العقد (فان قلت) يمكن تقرير الاشكال المذكور بالاضافة الى موضوعه أيضا فيقال : إذا وقع الفسخ احتل ارتفاع المبادلة فلا مجال للوفاء بالعقد عليها (قلت) : قد عرفت في المباحث السابقة أن وجوب الوفاء بالعقود ، والشروط ، والنذور ، وغيرها لا يراد منه جمل حكم تكليفي لزومي لعنوان الوفاء ، وإنما المقصود منه تطبيق أحكام موضوع العقد وترتيبها عليه على اختلافها من كونها وضعية أو تكليفية لزومية أو غير لزومية فيدل بالالتزام العرفي على ثبوت الموضوع ، ولأجل ذلك يدل الكلام المذكور على صحة العقود ونفوذها فإذا فرض جمومه الأزمان كما يقتضيه إطلاقه كان دالا على ثبوت الموضوع في الأزمنة جميعها ، وإطلاقه الشامل لصورة انشاء الفسخ وعدمه يقتضي ثبوت الموضوع حتى في صورة إنشاء الفسخ فلا يكون الانشاء مما له أثر في ارتفاع الموضوع وهذا المعنى راجع الى اللزوم (فان قلت) : موضوع عقد البيع إما أن يكون البدلية حدودا وبقاء ، وإما أن يكون مجرد الحدوث والأول باطل أولا لما سبق في مسألة انقلاب النكاح المنقوع دائما بنسيان الأجل : من أن العقد إنما يقتضي الحدوث وإن البقاء إنما يستند الى استعداد الحادث ، وثانيا أن لازم ذلك امتناع طرؤ الأسباب الناقلة كالبيع ، والصلح ، والهبة ، وغيرها لمنافاتها للوفاء بالعقد ، فيتمين الثاني ، ولازمه كون الآية الشريفة إنما تدل على ثبوت موضوع العقد حدودا ويكون البقاء خارجا من مدلولها فلا يكون الجري عليه وفاء ولا تركه نقضا فلا مجال للتمسك بها لإثبات بقاء موضوع العقد وعدم ارتفاعه بالفسخ (قلت) : ما ذكر

من أن البقاء ليس موضوعاً للعقد ولا مجموعاً للمتعاقدين مسلم ولكن لما كان يرتفع بالفسخ وكان الفسخ بحسب اعتبار العقلاء رجوعاً عن العقد كالبداء في الأحكام العرفية ، وكالفسخ في الأحكام الشرعية ، كان ترتيب أحكام البقاء والاستمرار على ذلك وفاءً بالعقد وترك ذلك نقضاً له ، فالوفاء بالعقد عرفاً ليس مجرد ترتيب أثر العنوان المجمول للمتعاقدين بل لحاظ الحدوث فقط بل يعم الحدوث والبقاء ويقابله تقض العهد وهو ترك العمل بموضوع العقد ولو بقاءً فالوفاة بالعقد هو الذي لا يرجع عن عقده بل يبقى بانياً عليه مستمراً على العمل بموضوعه في مقابل الناقض للعقد الذي لا يعمل كذلك بل يعمل على خلافه راجعاً عن عقده ، وكذلك الوفاء بالنذر ، والوعد ، والعهد لا يراد منه إلا الاستمرار على العمل بل لحاظ المضمون حدوثاً وبقاءً وهو المعنى بقوله تعالى : (يوفون بالنذر) وقوله تعالى : « والموفون بعهدهم إذا عاهدوا » وقوله تعالى : « ومن أوفى بما عاهد عليه الله » وقوله تعالى : « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم » ويقابل ذلك الخلف والنقض ونحوهما ، وإلى هذا يشير ما روي عن أمير المؤمنين « ع » أنه قال لمن أنكر عليه التحكيم وسأله الرجوع عنه : { ويحكم أبعد الرضا والميثاق والعهد ترجع أليس الله تعالى قد قال : أوفوا بالعقود ، وقال : وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها } وما روي من قوله « ع » لابن جريش : { أبعد أن كتبناه تنقضه إن هذا لا يحل } وبالجمل : دوام مضمون العقد ليس داخلاً في مضمون العقد وإنما مضمونه مجرد الحدوث أعني مجرد حدوث الملكية أو البدلية أو نحوهما ، ولأجل ذلك كان مجرد صحته ونفوذه إنما يقتضي تبوت مضمونه حدوثاً من دون فرق بين العقد الجائز واللازم في ذلك وإنما الفرق بينهما في أن الجائز لا يجب الوفاء به بل يجوز رفع اليد عن مضمونه بقاءً ، واللازم لا يجوز فيه ذلك فإذا ثبت عموم وجوب الوفاء بالعقود اقتضى عموم لزومها فإذا قام دليل على عدم وجوب الوفاء وجواز النقص في عقد خاص كان ذلك تخصيصاً لذلك العموم فإن دل على عدم وجوب الوفاء به مطلقاً كان تخصيصاً للعموم الأفرادي ، وإن كان في زمان معين كان تخصيصاً للعموم الأزمانى بالنسبة

الى ذلك الفرد « هذا » كله بناء على الجود على ماتحت الكلام أعني ترتيب آثار المضمون على اختلافه - كما عرفت - واما بناء على ما هو الظاهر من كونه ارشاداً الى نفوذ العقد وترتب مضمونه فلا استدلال به على اللزوم أظهر ، إذ مقتضى إطلاقه الأزمانى والاحوالى ترتب أثره دائماً وإن وقع الفسخ فلا أثر لفسخه في ارتفاع مضمونه ابداً . فلاحظ وتأمل .

(تنبيهات)

« الأول » : أنك عرفت الاشارة إلى أن المراد من وجوب الوفاء بالعقود أحد أمرين إما تطبيق آثار المضمون وأحكامه المختلفة وإما الإرشاد الى ثبوته ، وليس المراد أن الوفاء بما هو معنى قصدي واجب « الثاني » : أن اللزوم المستفاد من الآية الشريفة مجمول شرعي ابتدائي لا أنه مجمول للمتعاقدين بأن يكون المنشأ بلفظ : بعت ، معنيين : أحدهما نفس التبديل ، وثانيهما الالتزام كل منهما بالتبديل المذكور للآخر فيكون كل منهما مالكا لالتزام صاحبه ولأجل أن كلا منهما صار مالكا لالتزام صاحبه بالتبديل المذكور صار لزوم العقد حقا له ولأجل ذلك جاز التقايل وجاز اشتراط الخيار إذ لو كان اللزوم حكما شرعيا امتنع لمخالفتها لحكم الشارع كما ذكر بعض الاعاظم (قدم) إذ فيه أنه لا طريق الى اثبات تحقق إنشائين ومنشأين بل ليس عند العرف إلا إنشاء المضمون وهو التبديل مثلا لا غير ، وكون بتأهم على أن من عقد عقدا يلزم أن يكون بانيا على الالتزام بمضمونه والا لم يقدم أحد على المعاملة الخطيرة مما لا يصلح لاثبات ذلك إذ منشؤه تلازم الدواعي المقتضية للحدوث والبقاء غالبا وندرة الأسباب الموجبة للبداء ، ولأجل ذلك يقدم بعض على معاملة الآخر لا لأنه ينشئ التزاما ببقاء المضمون زائدا على إنشائه نفس المضمون وأما قبح النقص والخلف فليس مما يدل على ذلك بل لأنه يؤدي إلى خيبة الرجاء على العكس من الوفاء فانه حسن ورد المدح عليه شرعا في قوله : تعالى « يوفون بالنذر »

« والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون » « والموفون بعهدهم إذا عاهدوا » ويكفي فيه موافقته للزوم الشرعى ولا يتوقف على كونه مجعولا للمتعاقدين « الثالث » : أن الزوم في العقود على نوعين حكيمى ، وحقي ، والأول مثل زوم عقد النكاح والضمان والثاني كالزوم البيع ونحوه ، وللازم الأول عدم مشروعية التقايل فيه من المتعاقدين وعدم جواز شرط الخيار فيه ، وللازم الثاني خلاف ذلك والأدلة التي ساقها المصنف (ره) على الزوم لا تقتضيه على النحو الأول ، أما الاستصحاب فهو وإن كان يقتضي عدم صحة الفسخ ولو بالتقايل أو شرط الخيار إلا أن دليل مشروعية الإقالة ولو كان هو ارتكاز العرف - بعد عدم ثبوت الردع عنه حاكم عليه ، وكذا دليل نفوذ الشروط بعد جريان أصالة عدم كون الشرط مخالفا للكتاب والسنة فإنه يقتضي نفوذ شرط الخيار على نحو لا يمنع عنه الاستصحاب ، وأما قوله « ع » : « لا يحل مال امرء... الخ » فلا يمنع من الفسخ بالإقالة أو الشرط لأنه بطيب نفس المالك وكذا قوله تعالى : « ولا تأكلوا... الآية لأن ذلك ليس من الباطل ، ولا عما لا يكون تجارة عن تراض ، وكذا قاعدة السلطنة لأن ذلك جار على مقتضى سلطنة المالك ، وأما قوله عليه السلام : « البيعان بالخيار... الخ » فالظاهر أن المراد من قوله عليه السلام : « وجب البيع » نفي الخيار لكل منهما المجمول شرعا فلا يقتضي نفي الخيار المجمول منهما ولا عدم مشروعية الإقالة ، وأما قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » فالزوم المستفاد منه هو المساوق للوفاء بالعقد ، والتقايل الصادر من المتعاقدين لا ينافي الوفاء به فلا ينافي الزوم المستفاد من الأمر بالوفاء ، وكذا الفسخ بالخيار لا ينافيه أيضا ، وكذا الحال في قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » بل مقتضاه نفوذ شرط الخيار لعدم نفوذه كما هو ظاهر (قوله : فإن الشرط لغة) يأتي في مبحث الشرط إن شاء الله تعالى لتحقيق صدق الشرط على الشرط الابتدائي الشامل للعقد (قوله : كما عن المختلف الاعتراف) قال في المختلف : ولا يكفي المعاطاة في العقد ذهب إليه أكثر علمائنا والمفيد (ره) قول يوم الجواز فإنه قال : والبيع منعقد... الخ ثم قال : وليس في هذا تصريح بصحته إلا أنه موم . انتهى .

ومرادده أن العبارة المذكورة توهم صحة المعاطاة وافادتها للملك وليست صريحة في ذلك (قوله : ويقوي إرادة بيان) هذا مما لا ينبغي التأمل فيه ، فإن التراضي والعلم بالموضين من شرائط الصحة ، والافتراق بالأبدان من شرائط اللزوم ، وكذلك التقابض إذ مع عدمه وامتناع أحدهما عن الاقباض يكون للآخر الخيار إذا لم يمكنه إجبار الممتنع عن الاقباض فليس هذا الكلام وارداً في حكم المعاطاة من حيث افادتها للصحة أو اللزوم بل هو وارد في مقام شرائط صحة البيع ولزومه الزائدة على ما يتحقق به مفهومه ، ولذا لم يتعرض للإيجاب والقبول ، مع أنه لا اشكال في اعتبارهما فيه ، فالتقابض المذكور في العبارة يراد به التقابض الجاري على مقتضى البيع فلا يشمل التقابض المعاطائي فإنه يتحقق به البيع ، فلا وجه لظاهر لدعوى كون العبارة موهمة لصحة المعاطاة فضلاً عن كونها موهمة للزومها (قوله : وكذلك نسبته في المختلف) قد تقدمت عبارة (المختلف) والظاهر منها أن النسبة إلى الأكثر في مقابل قول المفيد الموهمة لصحة المعاطاة وافادتها للملك ، والمظنون أن عبارة التذكرة كذلك فليس فيها شهادة على وجود قول باللزوم ، وعبارة التحرير قد تقدم من المصنف (ره) المناقشة في كون المراد منها افادة المعاطاة للملك وأن المراد منها الإشارة إلى القول بافادتها للملك فتكون كعبارة المختلف « وبالجملة » : العبارات المذكورة لو فرض ظهورها في وجود الخلاف المعتقد به غير خلاف المفيد فأنما هو في صحة المعاطاة وافادتها للملك لا في كونها مفيدة للملك اللازم ، فليس ما يدل على عدم تمامية الاجماع الذي ادعاه شارح القواعد (قوله : مشكل لما ذكرنا) يعني أن القول بعدم اللزوم عند الأكثر من جهة بنائهم على عدم الملك فهو من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع ، وفيه أن البناء على جواز النزاع يكشف عن ثبوته عند الشارع وإن كان هو يجتمع مع فساد المعاطاة وصحتها على نحو توجب الإباحة أو على نحو توجب الملك فهو من قبيل الاجماع على القدر المشترك بين الأقوال إذ يمتنع هذا البناء مع كون الحكم الواقعي اللزوم (قوله : من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم) قال في المسالك : والذي اختاره متأخروا الشافعية وجميع

المالكية انعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضي وعده الناس بيما وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدم وما أحسنه وأمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه . انتهى ومن هذا يظهر أن عبارة الكتاب لا تخلو من إشكال لمخالفتها للمسالك ولعدم مناسبتها للمقام (قوله : وقد يظهر ذلك من غير) لم يتضح المراد بهذه النصوص ، نعم ورد في جملة من النصوص التعبير عن الإيجاب والقبول باللفظ كالنصوص الواردة في بيع المصحف ، وبيع اطنان القصب ، وبيع الآبق مع الضميمة ، وفي المزارعة ، وفي النكاح ، وفي غيرها وستجيء الإشارة إلى بعضها في شروط الصيغة إلا أن الجميع غير ظاهر في اشتراط اللزوم باللفظ . نعم قد يتوهم منها اعتبار اللفظ في ترتيب الأثر لكنه ليس بشحو يعتد به في رفع اليد عن عمومات الصحة والتفوذ (قوله : أن يراد من الكلام) مرجع هذا المعنى إلى ملاحظة الكلام نفسه موضوعا للتحليل والتحرير بخلاف المعاني اللاحقة فانه لوحظ فيها مراعاة إلى المعنى ، ولأجل ذلك يتمتع فرض الجامع بين المعنى الأول والمعاني الأخر لا امتناع اجتماع المحاذين ، فان أمكن الحمل على المعنى الأول صح الاستدلال به على المقام وإلا سقط الاستدلال به عليه من دون فرق بين المعاني الثلاثة ، فقول المصنف (ره) « في بيان المعنى الثاني » : الكلام مع مضمونه ، يعنى به الكلام بالمحاذ مضمونه كما في مثل قولهم : هذا الكلام صحيح وهذا الكلام فاسد ، فان موضوع الصحة والفساد نفس المعنى وليس المراد الكلام المقيد بمضمونه (قوله : وعلى هذا المعنى ورد قوله « ع ») فان مضمون قوله : للبقر ثلث وللبدنر ثلث ، غير مضمون قول المزارع لصاحب الأرض : لك ثلث ولي ثلثان ، فلما اختلف المضمون المؤدى اختلف الحكم بالحل والحرمه (قوله : الكلام الواحد) يعنى مع اتحاد مضمونه ، وبذلك يتضح الفرق بينه وبين المعاني الأخر (قوله : أو باعتبار محله وغير) كان المناسب أن يجعل هذا الشق معنى خامسا للكلام إذ لا جامع بينه وبين الشق السابق كما لا يخفى (قوله : ويحتمل هذا الوجه الروايات) الروايات الواردة في المزارعة وهي رواية أبي الربيع المذكورة في المتن ، وصحيح سليمان بن خالد ، وصحيح الحلبي إنما اشتملت على إحدى فقرتي الحصر

وهي قوله « ع » : إنما يحرم الكلام ، فلا يتوجه عليه الاشكل المتقدم على الحصر المذكور في الرواية الأولى ومقتضى الجمود على الفقرة المذكورة أن يكون المراد انحصار المحرم بالكلام فيكون وجوده محرماً وعدمه محلاً وهذا هو الشق الأول من المعنى الثالث ، ونسبة التحريم الى الكلام باعتبار أنه يفسد المعاملة فإذا فسدت حرم العمل وإن كان تحريم العمل حقيقة بمقتضى حرمة التصرف في مال الغير لا بنفس الكلام (قوله : خصوص المقابلة والمواعدة) فاللام على هذا المعنى للمعهد ويكون الفرق بين هذا المعنى والمعنى الثاني هو العموم والخصوص فهذا المعنى خاص وذلك عام (قوله : مع لزوم تخصيص الاكثر) هذا غير ظاهر ، نعم لا مجال للتمسك به في المعاطاة للاجماع على جواز التصرف معها سواء أكانت موصولة للملك أم للإباحة ، (قوله : وكذا المعنى الثاني) لا يخفى أن السائل إنما سأل عن قول الرجل لصاحبه : اشتر لي . . . الخ فقوله عليه السلام : إنما يحرم الكلام - بعد قوله « ع » : ان شاء . . . الخ وقول السائل : نعم ، كالصريح في أن هذا القول إن كان بنحو يمنع من الاختيار في الأخذ وعدمه فهو محرم وإن كان بنحو لا يمنع عنه فهو محال ومن المعلوم أن منعه وعدمه إنما هو باختلاف مضمونه وأنه إن كان مضمونه مجسراً للوعد بالشراء فهو محال وإن كان إيجاب الشراء فهو محرم ، وليس هو إلا المعنى الثاني ، وكان هذا المقدار لا ينكره المصنف (ره) وإنما منع ظوره في المعنى الثاني من أجل أنه ليس هنا مطلب واحد مشترك بين الإيجاب والوعد وقد أخذ في المعنى الثاني بنحو وحدة المطلب ، وفيه أن المقصود تملك السلعة والانتفاع بها ، والكلام سواء أكان مضمونه المواعدة أم إنشاء البيع إنما كان مقدمة لذلك ، فراد الامام عليه السلام أنه ان كان الكلام مواعدة فتملك السلعة والانتفاع بها حلال ، وإن كان إيجاباً للبيع فهو حرام (قوله : فتعين المعنى الثالث وهو) قد عرفت أن المعنى الثالث منحل الى معنيين ، والمراد منه هنا الأول منها وهو كون نسبة التحليل والتحريم الى الكلام بمضمون واحد بملاحظة وجوده وعدمه وهو معنى مستغرب لأن الفاظ الماهيات لا يعبر بها عن العدم وإن عُبِّرَ بها عن الوجود - مضافاً إلى أن

حمل الكلام في إحدى الفقرتين على العدم إن كان في الفقرة الثانية بأن يكون المعنى :
الكلام محتمل وعدمه محرم ، فهذا لا ينطبق على المورد لأن عدم المواعدة لا يكون
محرمًا وإنما المحرم إيجاب البيع ، وإن كان في الفقرة الأولى فالمراد : أن الكلام
محرم وعدمه محتمل ، وهو مع أنه خلاف مقتضى الترتيب بين الفقرتين خلاف
مقتضى تطبيقها بعد قوله « ع » : لا بأس ، وسوقها مساق التعليل له (وتوضيحه)
أن قوله (ع) : أليس إن شاء . . . الخ راجع إلى قضية شرطية حكم منطوقها
التحليل وحكم مفهومها التحريم ، وموضوع التحليل شرطها وهو كون قول الرجل
ليس على نحو الإيجاب والالزام ، وموضوع التحريم نقيضه ، وهو كون قول
الرجل على نحو الإيجاب والالزام فال موضوع فيها هو الكلام الموصوف بالوصف
العدمي والوجودي لا وجود الكلام وعدمه ، ومن ذلك تعرف أن حمل الخبر على
الشق الثاني من المعنى الثالث غير متوجه وإن سلم من الاستغراب ، كما تعرف أنه
كان الأولى للمصنف (ره) الحمل عليه لا على الشق الأول . وأما المعنى الرابع فيبعده
أن الحمل على العهد لا يناسب سوق الكلام مساق التعليل فانه يناسبه العموم لا الخصوص
كما لعله ظاهر (قوله : وعلى كلا المعنيين) قد عرفت أن سقوطه عن الاستدلال به
على اعتبار اللفظ لا يختص بالحمل على المعنيين الأخيرين ، بل هو كذلك لو حمل على
المعنى الثاني ويختص بجواز الاستدلال به على ذلك بما لو حمل على المعنى الأول لا
غير (قوله : نعم يمكن استظهار اعتبار) قد عرفت أن المعاني الثلاثة الأخيرة
مشتركة في أن الكلام ملحوظ عبرة إلى مضمونه ومعناه لا ملحوظ في نفسه ، وعليه
فلا مجال لاستظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع إلا من جهة أن التعبير عن البيع
بالكلام لا بد أن يكون من جهة دخله في ترتب الأثر على البيع والا كان المناسب
التعبير عنه بلفظه حتى يشمل البيع المعاطائي أيضا كالبيع اللفظي ، وفيه أن المصحيح
للتعبير المذكور لا ينحصر فيما ذكر ، بل يجوز أن يكون لأجل كون الغالب في
إنشاء البيع أن يكون باللفظ ، بل كونه الغالب في أداء المقاصد جميعا لا لأجل
أنه دخیل فيه ، هذا ولكن ظاهر عبارة الكتاب أن الاستظهار مبني على ملاحظة

الكلام قيداً لمضمونه وقد عرفت أنه ممتنع لانه يلزم اجتماع المحاذين (قوله : الاول فتأمل) لعله إشارة إلى ما يأتي في التنبيه الثاني من احتمال حصول المعاطاة بالاعطاء من أحد المتعاملين والاخذ من الآخر (قوله : فان الظاهر أن المراد) فيه منع (قوله : المراضة) مأخوذ من قولهم : حتى تتراوض على أمر ، أي تستقر عليه ، ثم إن النصوص المذكورة ليس فيها تعرض لاعتبار الكلام في إيجاب البيع ، وذكر القول فيها إنما هو لتوقف اللفظ عليه غالباً ولو سلم كان مقتضاها عدم إفادة المعاطاة الملك لا عدم لزومه كما هو محل الكلام . فلاحظ وتأمل .

« تنبيه »

لا يخفى أن الحصر في إحدى فقرتيه في الخبر المذكور ينافي الحصر بلحاظ الفقرة الأخرى ، فان مقتضى حصر المحلل بالكلام ارتفاع الحل بعدمه فيكون عدمه محرماً وهو ينافي حصر المحرم بالكلام ، كما أن حصر المحرم بالكلام يقتضي انتفاء التحريم بانتفاء الكلام فيكون عدمه محلاً وهو ينافي حصر المحلل بالكلام ، ولا فرق في حصول التنافي المذكور بين أن يكون المراد من الكلام نفسه كما هو مقتضى المعنى الاول وبين أن يكون المراد مضمونه ، وعلى هذا فلو بني على جعل الحصر اضافياً لرفع التنافي المذكور امتنع الاستدلال بالخبر وإن حمل على المعنى الاول ، إذ مرجع الحصر الإضافي إلى أن نوعاً من الكلام محل لا محرم وإن نوعاً آخر محرم لا محل ، وهو لا ينفع في توقف الصحة كلية على اللفظ . اللهم إلا أن يكون بضميمة عدم القول بالانفصال لكنه ممنوع لانه خلاف القول بالاكتفاء بمطلق الدال . نعم لو كان أحد الحصرين تصريحاً بمفهوم الآخر كان الحصر حينئذ واحداً ولا تنافي لكن عرفت اشكاله ، وبالجملة : الاستدلال بالخبر المذكور يتوقف على علاج التنافي المذكور أولاً فليتأمل فيه . ثم إنك قد عرفت الإشارة إلى أن نسبة التحليل والتحريم إلى الكلام - على أي معنى تحمل - لا تخلو من عناية وتجاوز فإن إيجاب

البيع قبل الشراء لا يكون محرماً بل التحريم مستند الى حرمة التصرف في مال الغير بحيث لو لم يوجب البيع لكاتب حراماً وكذلك نسبة التحليل الى المواعدة والمقاولة فانها لا توجب حلية المال وانما المحلل له الشراء الموعود به والمقاول عليه ، ولأجل ذلك يتوقف الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه على تحقيق معنى له ينطبق عليه . فليحظ .

ينبغي التنبيه على أمور

(قوله : التمسك في مشروعيته بعموم) بناءً على ما تقدم منه « ره » من الاشكال في صلاحية قاعدة السلطنة لتشريع الأسباب لا يناسب التمسك بها لتشريع هذه الاباحة . نعم صاحب « الجواهر » صرح بالاستدلال على مشروعيتها بعموم : « تسلط الناس على أموالهم » و « يطيب انفسهم » و « التجارة عن راض » ونحوها وكأنه لذلك كان تمسكه على عدم اعتبار العلم بالعوضين فيها بالأصل السالم عن المعارض فيريد من الاصل أصالة الاطلاق في أدلتها المذكورة ، ولكنه قد عرفت الاشكال في التمسك بعموم السلطنة ، وكذا آية التجارة لا مجال للرجوع اليها في المقام لاختصاصها بالاكتساب فلا تشمل اباحة التصرف . نعم لا بأس بالتمسك بعموم : (لا يحل) وكذا عموم الوفاء بالعقود ، بناءً على كونها على التقدير المذكور من العقود ، وحيث لو شك في اعتبار شرط فيها كان المرجع الاطلاق (قوله : وجوه يشهد للأول) مرجع الوجوه الثلاثة الى أن أدلة اعتبار الشروط في البيع هل لها اطلاق يشمل البيع العرفي والشرعي اللازم والجائز ، أو لا إطلاق لها من الجهتين ، أو لها الاطلاق من الجهة الثانية دون الأولى ، فالأول للأول ، والثاني للثاني ، والثالث للثالث ، لكن مبنى الوجوه المذكورة وجود اطلاق يقتضي الصحة وإلا فلو فرض عدمه مطلقاً لم ينفع عدم إطلاق أدلة الشروط

من الجهتين في عدم اعتبارها ، إذ الشك حينئذ يرجع فيه الى أصالة عدم ترتب الأثر بخلاف ما لو كان هناك إطلاق يقتضي الصحة فإنه يرجع اليه عند الشك إذ الشك في الاشتراط شك في تقييد ذلك المطلق ، وأصالة الإطلاق تنفيه ، ومن ذلك يظهر أنه لا بد من اعتبار الشروط مطلقا (أما) بناءً على الملك فلا إطلاق أدلة اعتبارها واحتمال انصرافها الى البيع اللازم لتكون شرائط للزوم لا وجه له ، بل لا يمكن الالتزام به لو أريد من اللزوم ما يقابل الخيار أيضا ، إذ لا ينفك البيع عن الخيار لا أقل من خيار المجلس . نعم لو كان الشرط مستفاداً مما لا إطلاق له فاللزام البناء على عدم اعتباره لإطلاق أدلة الصحة التي عرفت (وأما) بناءً على الإباحة فلو سلم عدم إطلاق أدلة الشروط بحيث تشمل المعاطاة بناءً على الإباحة كما هو الظاهر ، إما لأن البيع المتأخوذ في موضوع تلك الأدلة اسم للمسبب المفروض انتفاؤه ، وإما لكونه اسماً للسبب ، لكن منصرف دليل اعتبار الشروط اعتبارها في ترتب المقصود منه وهو الملك أو المبادلة مثلاً ، والمفروض عدم حصوله ، وحصوله عرفاً مما لا يرتبط بتلك الأدلة إذ لا يعقل اعتبار تلك الشروط فيه لأنه مما لا يقبل الجعل التشريعي لكن عدم الإطلاق في دليل الإباحة يوجب الرجوع - مع فقد أحد الشروط - الى أصالة عدمها للشك في ترتبها حينئذ ومما ذكرنا نعرف الاشكال في جملة من فقرات العبارة كما تعرف صحة قوله « ره » : والاحتمال الاول لا يخلو من قوة ؛ (قوله : لا يعتبر التقابض في المجلس ... الخ) هذا مبني على تحقق المعاطاة بالاعطاء من أحد الطرفين والا فإذا لم يتحقق التقابض لم يتحقق المعاطاة (قوله : حيث أن المفيد ... الخ) الأنسب أن يكون التعبير معكوساً بان يقال : حيث أن العقد منحصراً في المفيد للملك ، يعني فإذا لم تكن المعاطاة مفيدة للملك لم تكن عقداً (قوله : هو البيع العرفي) قد عرفت اشكاله . ثم الأنسب مقابلة البيع العرفي بالبيع الشرعي كما تقدم منه لا العقدي ، ولا سيما مع بناءه على كونها عقداً - كما هو مقتضى تمسكه سابقاً على الصحة بعموم : « أوفوا بالعقود » - وعدم افادة الملك لا يلزم منه عدم كونها عقداً عرفياً كما لم يلزم عدم كونها بيعاً (قوله : ولما عرفت من

أن الأصل (هذا هو العمدة كما عرفت (قوله : وبما ذكرنا يظهر) قد عرفت أن كونها بيعا عرفيا لا يجدي في عموم الأدلة لها بناء على القول بالإباحة ، بل الوجه في قدح الربا فيها عدم الدليل على الصحة معه والأصل عدم ترتب الأثر (قوله : بل الظاهر التحريم) هذا الأضراب غير مناسب لما قبله لأنه مسوق مساق الترفي ولا يحصل ذلك بالتحريم بناء على عدم الاختصاص بالبيع كما يقتضيه قوله (ره) : لأنها معاوضة ، الظاهر في أن موضوع حرمة الربا مطلق المعاوضة (قوله : لأنها معاوضة) قد عرفت اشكاله (قوله : بل معاوضة شرعية) يعني معاوضة بين العيينين في الإباحة في مقابل المعاوضة بينهما في الملك ، لكن عرفت الاشكال في ذلك في أوائل مبحث المعاطاة عند الكلام في تبعية العقود للقصود ولو أريد المعاوضة بين الإباحتين في عموم أدلة حرمة الربا لمثل ذلك تأمل ظاهر (قوله : لأنها جائزة عندهم) لا يظهر الوجه في امتناع ثبوت الخيار مع الجواز وهو قد أترجم بثبوته بناء على الملك ، مع أنها جائزة أيضا ، ومجرد عدم ترتب أثر عليه قبل اللزوم لا يوجب لغوية ثبوته لا مكان ترتب أثر عليه بعد اللزوم بطريق أحد الملزمات الآتية ، نعم لو كانت على القول بالإباحة جائزة دائما كان ثبوته لغوا لكنها ليست كذلك ؛ (فان قلت) : إذا لم يترتب على الخيار أثر عملي قبل اللزوم يكون ثبوته حينئذ لغوا (قلت) : يكفي في رفع اللغوية حينئذ جواز إسقاطه بالإسقاط ، أو بالمصالحة عليه حينئذ ، نعم لا بأس على هذا القول بمنع ثبوت الخيار المختص بالبيع لعدم كونها بيعا حينئذ لكن لا يناسبه إطلاق نفي الخيار ولا تعليله بأنه لا معنى للخيار وفي نسخة مصححة ضرب على قوله : « جائزة » وأبدل بلفظ « إباحة » يعني أنها لما كانت مفيدة للإباحة عند المشهور لا معنى للخيار لأن الخيار ملك فسخ العقد ولا معنى للفسخ حينئذ لاختصاصه بالاعتباريات الوضعية التي تكون موضوعا للأحكام التكليفية « وان » شئت قلت : الفسخ إنما يطرأ على مضمون العقد فيرفعه والعقد على هذا القوف لا مضمون له ولا مفاد وغاية ما ثبت إباحة التصرفات وليست هي مضمون العقد من دون فرق بين أن تكون شرعية وأن تكون مالكية إذا الثانية

- لو قيل بها - فهي مستفادة من الاعطاء والتسليط وليست مضمون عقد (قوله : بناء على صيرورتها بيعا) لا يخفى أنه بناء على القول بالملك فهي بيع من أول الأمر وانما يكون اللزوم اذا تحقق احد الملزمات لا انها تكون بيعا حينئذ مضافا الى انها لو لم تكن بيعا من اول الأمر جاء الاشكال في امكان الفسخ حينئذ الموجب لامتناع الخيار .

التنبيه الثاني

(قوله : إلا أن أثره يظهر) يعني الثمرة العملية المعتمد بها وهي القدرة على الفسخ ، وإلا فالأثر في الجملة كالفسخ والاستقاط ثابت من أول الأمر أيضا كما ذكر « ره » (قوله : لاختصاص أدلتها) قد تقدم الاشكال عليه في نظيره (قوله : للشهيد في الدروس) قد عرفت أن كلامه في حاشية القواعد المتقدم في عدم وجوب التقابض في معاطاة النقيدين يقتضي ذلك ايضا (قوله : لا ريب في أنه لا يحصل معنى المعاطاة) كأنه لدعوى أن هيئة المفاعلة دالة على الاشتراك في المبدأ لكنه غير ظاهر في مثل : (سافرت) و (طالعت الكتاب) و (شايئت زيدا) و (كاتبته) و (عاملته) و (بادرت اليه) و (هاجرت اليه) و (عانيتها) و (عابنته) و (ناديتها) و (عاتبتة) و (حايتته) و (جاريته) و (عانده) و (كابرته) و (جاملته) و (ساقيته) و (زارعتة) و (آجرته) و (عارضته) و (زاحته) و (آويته) .. إلى غير ذلك مما لا يحصى كثرة وشيئا (قوله : وأخذ الآخر مملكا له) لا يبعد ذلك ايضا في صورة التعاطي من الطرفين فان إعطاء أحدهما إيجاب ، وأخذ الآخر قبول ، واعطاء الثاني ليس إيجابا ولا قبولا ، وانما هو يجري على مقتضى الاعطاء الاول كما ذكره المصنف « ره » فيما يأتي (قوله : بناء على عموم الحكم) يعني عند الأصحاب ، من أجل أن ذكر المعاطاة من باب أنها بيع فعلي لا خصوصية في التعاطي من الطرفين (قوله : بمجرد إيصال الثمن) يحتمل أن يكون ذلك من قبيل :

« أعتق عبدك عني » في كون الواضع للفلس هو المتولي للمعاملة عن نفسه وعن صاحب المال بإيصاله للفلس إلى المحل المعد له وليس من باب الاذن في التصرف بلا ملك كما قيل (قوله : فيتقاولان على) ينحوي بقصدان انشاء المعاملة المقصودة (قوله : فلاشكال المتقدم) لأنه لا مجال لاحتمال دخول الفرض في المعاطاة .

التنبيه الثالث

(قوله : الثالث تميز البائع من المشتري) لا ينبغي التأمل في أن البائع والمشتري مفهومان متمايزان تمايزا واضحا عند العرف ، فالبائع عندهم مالك الم عوض والمشتري مالك العوض ، فإذا لوحظ كون الدرهم عوض الثوب فمالك الثوب بائع ومالك الدرهم مشتري ، وإذا لوحظ كون الثوب عوض الدرهم كان الامر بالعكس وأما الايجاب والقبول فليسما متمايزين بينهما إذ قد يكون الموجب هو المشتري والقبول هو البائع كما لو قال مالك العوض : اشتريت منك الثوب بدرهم ، فقال مالك الثوب : قبلت ، فان ايقاع المعاملة انما كان من المشتري والبائع لم يقع منه الا قبول ما جعله المشتري . هذا كله في التمايز بينهما في مقام الثبوت ، وأما في مقام الاثبات فان كان أحد العوضين من العروض والآخر من النقود فغلبة كون الثاني ملحوظا عوضا والأول معوضا قرينة على كون مالك الأول بائعا ومالك الثاني مشتريا ، ولو كانا معا من قبيل العروض أو من قبيل النقود فلا يبعد كون تقدم أحدهما قرينة على كونه بائعا والآخر مشتريا جريا على أصالة التطابق بين التقدم الزماني والرتبي ، ولو تساويا لم يبعد الحكم بأن الطالب المساوم هو المشتري والآخر هو البائع للغلبة ، وقد يتفق وجود قرائن مميزة فيعول عليها وإلا فلا ميز بينهما في الظاهر ، وإن علم إجمالا بأن أحدهما بائع والآخر مشتري فيرجع في ترتيب الاحكام عليها إلى الأصول الجارية ، هذا وعبارات المصنف « ره » لا تخلو من اضطراب لأن بعضها ظاهر في كونه في مقام التمييز بين المفهومين ثبوتا ، وبعضها ظاهر في كونه في مقام التمييز بينهما إثباتا

(قوله : ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا) إن أريد كون أحدهما بعينه لوحظ بدلا والآخر مبدلا فقد عرفت أن مالك الأول مشتر وأن مالك الثاني بائع ، والاشكال إنما يكون في الطريق الى معرفة ذلك لتمييز البائع عن المشتري في مقام الاثبات ، ولا وجه للاحتالات الآتية فانها احتمالات في الشبهة المفهومية لا المصادقية التي هي محل الكلام ، وإن أريد - كما هو الظاهر - كون كل منهما ملحوظا بدلا عن الآخر من دون أن يكون أحدهما بعينه ملحوظا بدلا والآخر مبدلا عنه بل الملحوظ المبادلة بينهما فلا ينبغي التأمل في كون المعاملة ليست بيعا فلا بائع فيها ولا مشتري ، ولا وجه للاحتالين الأولين (قوله : بناءً على أن البيع) على هذا لا يختص صدقها معا على كل من المالكين في المقام بل يطرد في كل بيع لصدق العنوانين المذكورين على كل من المتعاملين (قوله : لانصرافها في أدلة) قد عرفت أنه ليس لنا مورد اختصاص على هذا المبنى فلا مجال للانصراف اليه (قوله لصدق الموجب) قد عرفت أن التقدم قرينة على كون المتقدم مالك المعوض فلا يرجع اليها عند انقضاء الحان كما هو ظاهر الفرض (قوله : لأنها بمعنى التسالم) هذا إذا كان الانشاء متعلقا بنفس التسالم لا ما إذا كان متعلقا بموضوع التسالم وإلا لجميع العقود يكون المنشأ فيها موضوعا للتسالم حتى البيع فلما يميز بين الصلح وغيره أن الصلح هو التسالم على أمر ما ولو كان تبديل عين بأخرى الذي هو البيع فإن كان المنشأ التسالم على أمر كان العقد صلحا وإن كان المنشأ موضوع التسالم لم يكن صلحا بل يكون إما بيعا إن كان المنشأ مضمونه ، وإما رهنا إن كان المنشأ مضمونه وهكذا فعلى هذا يتعين كون العقد في الفرض معاملة مستقلة (قوله : في أخذه قابلا) لا يتعين أن يكون القبول بالأخذ بل يجوز أن يكون بالاعطاء كما سبق في التنبيه الثاني ، بل يجوز أن يكون بهما معا أيضا .

التنبيه الرابع

« قوله : لفظ المصالحاة والمساواة » فإن المبدأ إنما يقوم في الأمثلة المذكورة باحد المتعاقدين لا غير « قوله : وربما يستعمل في » كما تقدم في ذيل التنبيه الثاني « قوله : متقومة بالعطاء من » هذا أيضا أحد الفروض فانها قد تتقوم بالعطاء من أحدهما والأخذ من الآخر ، وبالعطاء والأخذ والعطاء معا من الآخر « قوله : وهذا بعيد عن معنى » بل لا ربط له بالبيع لأن البيع هو البدلية بين الأموال التي تكون موضوعا للتملك لا بين تملك شيء وتمليك آخر . نعم لو لوحظ تملك الآخر عوضا عن نفس ماله كان من قبيل البيع إذ لا يعتبر في عوض العين المملوكة في البيع أن تكون عينا بل يجوز أن يكون منفعة : وعملا ، وحقا ، كما سبق في تعريف البيع . نعم قد تشكل صحته من جهة أن التملك ليس مالا فلا يصح أن يكون عوضا عن المال كما يمكن أيضا تصوير آخر بأن تكون عين الآخر في مقابل تملكه عكس الفرض السابق ، وفيه أيضا من الاشكال ما في سابقه ، ولكنه غير ظاهر التوجه لأن ذلك إنما يمنع عن جعله عوضا في البيع لأنه مبادلة مال بمال ، ولا يمنع من جعله عوضا مطلقا إذا لم يكن أكل المال بازائه أو كلا بالباطل كما هو كذلك في الفرضين . نعم ما لا يكون مالا ويكون أكل المال بازائه أو كلا بالباطل لا يجوز جعله عوضا سواء أكان عينا كالخنفس والديدان أم عملا كالكون في المواضع المظلمة والصمود على الجبال المرتفعة ونحو ذلك ، لا مثل ما نحن فيه ، ولأجل ذلك صحح المعاملة المذكورة غير واحد من الاعيان (قوله : إذ لو لم يملكه الثاني هنا) يعني وفي الهبة ليس كذلك بل يتحقق التملك المعوض فيها بالإيجاب والقبول وإن لم يتحقق التملك العوض « وحاصل » الفرق بين الصورة المفروضة والهبة المعوضة أن الصورة المفروضة قد جعل فيها أحد التملكين بازاء الآخر فلا إيجاب الذي يُنشأ به التملك المعوض به يُنشأ التملك المعوض أيضا وبقبول الآخر سواء

أكان بالاعطاء أم بالأخذ يتم العقد فلا يمكن انفكاك أحد التمليكين فيها عن الآخر أما الهبة المعوضة فإيجاب الواهب إنما يتضمن إنشاء تملكه فقط ، وبقبول المتبهب يتم العقد فيتحقق التملك المعوض ، وأما التملك العوض فتعقدته يتوقف على إنشاء آخر من المتبهب وقبول من الواهب فإذا لم يتعقدقا لم يتحقق مع تحقق التملك المعوض فيمكن التفكيك بين التمليكين في الهبة ولا يمكن هنا . نعم يوم قوله : لو لم يملكه الثاني . . . الخ أن التملك العوض محتاج الى إنشاء ابتدائي من الطرف الثاني فيكون منافيا لما ذكرناه لكنه ليس بمراد بقريضة قوله : والمعاملة هنا . . . الخ اذ المراد من تقومها بالعطاء من الطرفين أن العطاء من أحدهما إيجاب ومن الآخر قبول ، وأنه اذا تحقق تحقق التملك فيها يكونان بإيجاب واحد وقبول واحد ولا يحتاج الثاني الى إيجاب وقبول غير ما هما قوام المعاملة « وبالجملة » : الظاهر أن المراد ما ذكرنا وان كان لا يخلو من خفاء ولا سيما مع قوله : لأنه إنما ملكه بأزاء . . . الخ إذ الأنسب في التعبير عما ذكرنا أن يقال : لأن التمليكين يحصلان بقبول واحد وهو الاعطاء الثاني « فان قلت » : الإيجاب المتضمن لجعل التملك للغير بعوض تملكه لعينه يقتضي استحقاق المورج على طرفه التملك فيكون مალكا عليه التملك كما في جعل العمل عوضا فيجب الوفاء عليه بإيجاد التملك كما يجب عليه الوفاء بإيجاد العمل فكيف يكون مجعولا بإيجاب التملك معه ولا يحتاج الى جعل مستقل (قلت) : الأعمال الخارجية لما لم تكن صالحة للجعل الاعتباري كان معنى جعلها أعواضا جعل ملكيتها لمالك المعوض كما هو كذلك في الأعيان المجمولة أعواضا ، أما التملك ونحوه مما يصلح للجعل الاعتباري فيمكن جعلها أعواضا بلحاظ نفسها لا بلحاظ جعل ملكيتها كما يمكن الثاني أيضا ، فإذا جعلت على النحو الأول كانت مجمولة بالإيجاب المتضمن لجعل العوض ، وإذا جعلت على النحو الثاني كان المجمول به ملكيتها لمالك المعوض لا جعل نفسها فيحتاج الى جعل آخر مستقل ، وأما دعوى أن تملك القابل وظيفه القابل فلا يمكن جعله بإيجاب الموجب ففيها أنه لا مانع من ذلك ولذا يصح قولك : « تملك مال زيد اذا قال زيد : « قبلت » » كما يصح اشترت مال زيد

فيقول زيد : « قبلت » : قوله : على نحو الداعي يعني فلا يكون مذناً بإيجاب التملك الموعود بل يحتاج إلى انشاء ابتدائي من المالك : قوله : أو معاوضة مستقلة : قد عرفت في التنبيه السابق ما يقتضي تعين ذلك : قوله : إباحة ماله بعوض : يعني يكون العوض ملكاً للمبيع في قبالة إباحته لا في قبالة العين المباحة كما في الوجه الأول لأن اعتبار العوض للعين المباحة يتوقف على إخلاء محل العوض عنه ليكون العوض فيه ، والمفروض أن المباح لا تغير فيه من هذه الجهة فلا يمكن اعتبار العوض عنه ، ومن ذلك يظهر الاختلاف بين الإباحة والملك من هذه الجهة فإنه بالتملك نزول ملكية المملك عن العين فيمكن اعتبار العوض لها ولا كذلك الإباحة . نعم يمكن جعل التملك بازاء الإباحة كما يمكن العكس : قوله : في صحة الإباحة بالعوض : هذا الاشكال مختص بالصورة الأولى بخلاف الاشكال الأول فإنه جار في الصورتين جميعاً : قوله : فالظاهر أنه لا يجوز إذ التصرف : التعليل المذكور على تقدير تماميته موجب لوضوح عدم الجواز لانتهاء المشروط بانتفاء شرطه والا كان خلافنا فلا مجال للتردد . ثم إن هذا الاشكال تعريض بصاحب الجواهر حيث ذكر أن إباحة كل منهما التصرف للآخر على جهة المعاوضة لا فرق فيها بين أنواع التصرفات ما توقف منها على الملك وغيره على معنى إباحة إيقاعها للمباح له لا للمبيع فتجري عليها أحكام الإباحة المجانية من اللازم بالتلف ، وأحكام المعاوضة من تعيين العوض بالمسمى ؛ وأحكام : (أعتق عبدك عني) و : بيع هذا المال لك ، ونحوه مما يفيد الملك الضمني بوقوع التصرف بناء على جريانه على الفواعد . الخ : قوله : أحدهما أن يقصد المبيع : مرجع هذا الوجه إلى دعوى (أما) تحقق الشرط وهو الملكية قبل البيع لأن إباحة التصرف راجعة إلى توكيل المباح له في انشاء التملك لنفسه قبل البيع أو لأنها راجعة إلى انشاء التملك من المبيع للمباح له ويكون إيجاب التصرف من المباح له قبولا لذلك التملك (وأما) انتفاء المشروط وهو بيع المباح له لنفسه وإنما يبيع للمبيع فيدخل الثمن في ملكه ثم يملكه المباح له لأن الإباحة تقتضي الإذن في هذا التملك : قوله : ولا شك أن المقصود :

شروع في بيان فقدان هذا الوجه « وحاصله » : ان الامور المذكورة كلها إنشائيات موقوفة على القصد من المبيع والمباح له وهو منتف فلا يمكن الا ازام بواحد منها لكن يبقى سؤال الفارق بين المقام وبين مثل : (اعتق عبدك عنى) ولم كان الاول خالياً عن القصد والثاني واجداً له ولو اجمالاً فإنه اذا كان اطلاق الامر بالعق عنه هو الاذن في التملك لأنه من مقدماته فلم لا يكون إطلاق الاذن في البيع لنفسه إذنا في مقدماته التي منها التملك بل هو أولى لأن توقف البيع لنفسه على الملك عقلائي لا شرعي تعبدى فإذا يتعين أن تقول : اذا كان ظاهر لسان الاذن هو البيع عن نفس المأذون وكان مطلقاً وقلنا بأنه موقوف على الملك كان ذلك توكيلاً منه في التملك واذا فيه لأن : « الاذن في الشيء » اذن في لوازمه « فضلاً عن مقدماته » والتحقيق « أن يقال : التصرف الموقوف على الملك لا يكون موضوعاً للإباحة لا بدون الملك لكونه شرطاً فيه ، ولا معه لأن المالك يباح له التصرف لكونه مالكا ولا أثر للإباحة غيره له فإذا قال المالك لغيره : أبحث لك أن تبيع ملكي لك ، كان لغوا الا أن يكون المراد به الكناية عن إباحة التملك . هذا مع اختصاص لسان الإباحة بالتصرف الموقوف على الملك أما مع إطلاقها الشامل للتصرف فيه بالتملك وهو غير موقوف على الملك كما لو قال : أبحث لك مالي : فقتضى إطلاقها جواز التملك وحينئذ يجوز البيع ونحوه مما هو موقوف على الملك لتحقيق شرطه ، وعلى هذا فاشكال المصنف (ره) في عموم الإباحة للتصرفات الموقوفة على الملك (إن) كان راجعاً إلى نفي ندرة المباح له على التصرفات المذكورة من جهة توقفها على الملك ولا طريق إلى الاذن في التملك (ففيه) أن إطلاق الإباحة يقتضي عمومها للتملك فيقتضي ثبوت القدرة عليه الموجبة للقدرة على التصرفات الموقوفة عليه « وإن » كان راجعاً إلى امتناع عموم الإباحة للتصرفات مع الاعتراف بقدرة المباح له عليها للقدرة على التملك « فهو » في محله لما عرفت ، وكذا لو كان راجعاً إلى امتناع اقتضاء الإباحة المطلقة لجواز التصرفات المذكورة بدون تملك ، لما ذكره من أن الإباحة لا تصلح لتشريع الاحكام (قوله : الثاني أن يدل دليل شرعي) مرجع

هذا الوجه الى دعوى { إما } تحقق الشرط بجعل من الشارع قبل التصرف { وإما } انتفاء المشروط أعني التصرف عن المباح له ، بل هو عن المبيع لا غير ، ولكن الملكية تتحقق بجعل من الشارع للمباح له بعد التصرف ، فلا فرق بين الوجهين إلا في أن الملكية في الأول بجعل من المالك أو نائبه ، وفي الثاني بجعل من الشارع « وحاصل » الجواب أنه لا دليل على ثبوت الملكية المذكورة إذ ليس ما يُحتمل صلاحيته للدلالة على ذلك الا قاعدة السلطنة وهي إنما تدل على ثبوت سلطنة المالك على الأسباب المشروعة ولا تصلح لتشريع الاسباب غير المشروعة بمقتضى الأدلة العامة فإذا كان مقتضى عموم الأدلة توقف تصرف المباح له على ملكه لا على ما لا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات مشروعية إذن المالك للمباح له في التصرف الموقوف على الملك في حال عدم الملك ، فكما لا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات إباحة البيع مع الجهل بالمعوضين لا تصلح لاثبات صحة إباحة البيع مع عدم الملك (قوله : للجمع بين الأدلة) يعنى الدليل الدال على صحة الشراء والدليل الدال على عدم ملك العمودين فيجعل الثاني على معنى نفي الملك المستفتر فلا يمنع من الملك أنا ما على نحو تتبعه العتيق ، وكذلك في المقام يُبنى على دخول العوض في ملك المبيع أنا ما على نحو ينتقل الى المباح له بعده « هذا » وقد عرفت في تحقيق معنى البيع أنه لا يتوقف على الملك ، بل يكفي في تحقق مفهومه تحقق البدلية بين الثمن وأحد العمودين بحيث لو لم يكن مانع من ملك أحد العمودين لملكه المشتري وان كان لا يملكه فعلا لوجود المانع ، ولعل هذا المعنى هو المراد من الملكية التقديرية في العبارة ، لكن يمنع عن حملها على ذلك بناء المصنف (ره) فيما سبق على دخول الملكية في مفهوم البيع ، وعليه فلا بد أن يكون المراد من التقديرية الفعلية غير المستفردة ليتحقق مفهوم المعاوضة البيعية إذ لا يكفي فيها على هذا المعنى مجرد الفرض والتقدير ، هذا والمنسوب الى ظاهر الاكثر تحقق الملك أنا ما ثم ينعتق ، ويقتضيه ظاهر مثل صحيح الفضلاء : إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته « وذكر أهل هذه الآية من النساء » عتقوا جميعا الى أن قال عليه السلام : إذا ملكن عتقن

(قوله : وإثبات صحته بعموم) لو تم هذا بأن كانت قاعدة السلطنة صالحة لتشريع الإباحة على النحو المذكور فلا تكون النتيجة استكشاف الملكية آنا ما ، بل كانت صحة التصرف بلا ملكية (قوله : مثل توقف انتقال) تقدم الكلام في وجه هذا التوقف في المسائل المذكورة في الاستدلال على صحة المعاوضة فراجع (قوله : بصيغة خاصة) على هذا لا يحسن إطلاق توقف الوطء على الملك ، بل اللازم أن يقال بتوقفه إما على الملك أو التحليل بصيغة خاصة (قوله : مفهوم المعاوضة) هذا مما لا ينبغي الرب فيه بالنسبة إلى مفهوم المعاوضة من الطرفين ، لكن كون البيع منها محل تأمل لما عرفت سابقا من أن إحدى العينين فيه معوض وهو المبيع ومالكه البائع والأخرى عوض وهو الثمن ومالكه المشتري ، واختصاص الثاني بقاء العوض فلا يصح أن تدخل على الأول شاهد على كون الأول لم تلحظ فيه العوضية عن الثاني ، وعلى هذا لا يصح أن يقول المالك لغيره : بع مالي لك ، ويصح أن يقول : اشتر بعالي لك طعاما ، فيكون الثمن نظير المهر يجوز بذله من الزوج والأجنبي « وبالجملة » : عاوضت هذا بهذا ، ليس بمعنى عاوضت بين هذا وهذا ، فإن الثاني حاله عن المعاوضة بين العينين على نحو واحد ، والأول حاله عن عوضية أحدهما بعينه ، عن الأخرى بعينها ، فمدخول الباء عوض لا غير ، والآخر معوض عنه لا غير ، اللهم إلا أن يقال : عوضية المعوض عن العوض ملحوظة أيضا تبعا ، وبذلك افرق المثال الثاني عن الأول ، فإن العوضية في الطرفين ملحوظة أصالة على نحو واحد وحينئذ يكون الفارق بين المبيع والثمن في البيع كون الأول هو المعوض عنه بالأصالة لكونه المقصود ومحط الغرض وإن كان هو أيضا عوضا عن الثاني والثاني بالعكس (قوله : لما ذكرنا حكم الشيخ) هذا الاستشهاد مبني على كون الإباحة في المعاوضة مالكية كما يقتضيه أيضا قوله (ره) فيما يأتي : مع أن مقصود .. الخ لكنه خلاف ما تقدم منه من كون مقصود المتعاطين التملك ، ونسبة ذلك إلى الشيخ والشهيد وغيرهما ، ولو كانت الإباحة شرعية لم يحسن الاستشهاد لا مكان اختصاصها بغير الفروض المذكورة والأصل عدمها فيها مع أنها لا ترتبط

بعموم السلطنة : قوله : حاكم على عموم : لأنه رافع للجواز المأخوذ موضوعا لعموم السلطنة : قوله : حكومة الدليل الدال على : فإن ذلك الدليل لما كان دالا على عدم نفوذ عتق عبد الغير فقد اقتضى سلب القدرة عليه وهي شرط في صحة النذر لأن الممتنع لا يكون موضوعا لاضافة الملكية التي يتضمنها النذر : قوله : أنا ما فتأمل : لعله اشارة الى أنه على تقدير التعارض بالعموم من وجه يتعين الرجوع في مورد التعارض الى دليل آخر وهو في المقام أصالة عدم ترتب الأثر لا أنه يستكشف الملكية القهرية الشرعية ، واستكشاف الملكية في شراء من ينعق على المشتري كان من أجل عدم إمكان تخصيص كل منها ، لأن قاعدة توقف المعاوضة على دخول الموضع في ملك مالك المعوض لا تقبل التخصيص ، وكذلك دليل صحة الشراء ، لو روده في مورد القاعدة المذكورة فلا يقاس عليه المقام : قوله : بالنسبة الى الميت : فانها تُقدر ملكا له حال الحياة ، ولأجل ذلك تجري عليها أحكام أمواله حال الحياة فيرثها ورثته وتنفذ منها وصاياه ، وتوفى منها ديونه ، لا أنه يملكها بعد الموت وإن قلنا بإمكان ذلك لأنه عليه لا وجه لجريان الأحكام المذكورة ، ولذا لا تجري في دية الجناية على أعضائه بعد الموت ، بل يتعين صرفها في وجوه القرب إجماعا كما عن غير واحد ونصوصا ، نعم ذكر غير واحد أنها يُقضى منها الدين لأنه من أعم القرب وإن كان لا يخلو من اشكال ، بل منعه بعض ، وكيف كان فسدية النفس يُقدر كونها ملكا للميت حال حياته ، ولذا ذكروا أنها في حكم مال المقتول وكأن الوجه في عدم فعالية الملكية أن هذه الفعالية ، إن كانت حال الحياة يلزم تقدمها على العلة وهو الموت ، وإن كانت حال الموت يلزم إجراء أحكام دية الجناية على الأعضاء بعد الموت وكلاهما لا مجال له « أقول » : لو سلم كون القتل ملحوظا شرطا للملكية على نحو الشرط المقارن لا بنحو الشرط المتأخر ، فيمكن أن يكون ملحوظا شرطا لحكم الشارع بالملكية حال الحياة ، فالحكم بالملكية ظرفه بعد القتل لكن الملكية المحكوم بها هي الملكية حال الحياة على نحو الكشف المشهور في باب إجازة الفضولي فلا موجب للالتزام بالملك التقديري دون الفعلي الحقيقي

﴿ قوله : أو شراء المعتقد ﴾ قد عرفت أن الملكية ليست داخلة في مفهوم البيع وحيث أن قام دليل على عدم ملك الانسان لمن يمتع عليه أصلاً ولو آناً أمكن العمل به في شراء من يمتع عليه بلا معارضة بينه وبين ما دل على صحة الشراء له ولا موجب لتقدير الملكية ، وإن كان الدليل أنما دل على عدم استقرار الملكية فلا مانع من الالتزام بأن الشراء يوجب الملكية في الجملة آناً ثم يمتع ، والملكية حيث لا حقيقة لا تقديرية ، وكذا لو قلنا بدخول الملكية في مفهوم البيع فعلى التقدير الثاني لا تراحم بين دليل صحة الشراء ودليل الانعقاد بعد الملكية ، أما على التقدير الأول فالبناء على الملكية التقديرية لا يجدي في الجمع بين الدليلين لأن الملكية التقديرية مرجعها الى الملكية على تقدير مفقود فهي معدومة ، والملكية المعدومة لا تجدي في تحقيق مفهوم المعاوضة البيعية بناءً على دخول الملكية في مفهوم البيع ، فكيف يكون الالتزام بالملكية التقديرية جمعاً بين الدليلين ، وما الفرق بين ذلك وبين عدم الالتزام بالملكية أصلاً بأن لا يكون المراد من الشراء في المقام الشراء حقيقة بل هو معاوضة أخرى يترتب عليها الانعقاد كما أشرنا الى ذلك قريباً ﴿ قوله : المذكور أولاً ﴾ يعني في الوجه الأول والملكية فيه مجعولة ابتداءً من المتعاقدين ﴿ قوله : المذكور ثانياً ﴾ يعني في الوجه الثاني والملكية فيه مجعولة ابتداءً من الشارع اقتضاها الجمع بين الدليلين ﴿ قوله : المذكور ثالثاً ﴾ الفرق بينه وبين المذكور أولاً لا يخلو من خفاء ، اللهم إلا أن يكون من جهة أن الأول مضمون عقد والأخير نتيجة إيقاع لأن الإيقاع يكون وارداً على الفسخ فإذا انفسخ العقد رجعت الملكية الى المالك بالسبب الأول لا يجعل من ائوهاب أو ذي الخبار فتأمل ﴿ قوله : أما لازماً بناءً على ﴾ لا تخلو العبارة من حزازة لأن سوقها يظهر منه أن الجواز وال لزوم مبنيان على المبنيين المذكورين ومن البعيد جداً إرادة ذلك ، والذي ينبغي أن يراد أن نية البائع البيع لنفسه ، إن كانت مقومة ومؤثرة بطل العقد ولو مع الإجازة لما سبق من امتناع المعاوضة ، وإن كانت غير مؤثرة ولا مقومة صح بلا إجازة بناءً على الاكتفاء بالإباحة الصادرة من المالك قبل

البيع أو بشرط الإجازة بناء على عدم الاكتفاء بها كما هو الظاهر لاختصاصها بالبيع للباح له وهو لا يمكن وقوعه ولا تشمل البيع للمالك ﴿قوله : وانه يملك الثمن بدفعه﴾ اذا كان ملك الغاصب للثمن يتحقق بمجرد دفع المشتري اليه فلا يكون مما نحن فيه حتى يحسن جعل ما يظهر من الجماعة مخالفا لما ذكره (قده) في هذا المبحث ، وانما يحسن ذلك لو كان بناؤه على أن التسليط انما يوجب اباحة التصرف لكن ذلك خلاف ما صرح به هنا ويظهر منه في مبحث الفضولي ، بل خلاف ما يظهر من بعض كلماتهم المنقولة في ذلك المبحث ، ولعله لذلك أسره بالتأمل فتأمل جيدا .

الإباحة المعوضة

﴿قوله : ليست معاوضة مالية﴾ لاختصاصها بالأموال وليست الاباحة منها ، وكذلك التمليك ونحوه من العناوين الانشائية بل المال موضوعها كالمال المباح والمملوك لانه محط الأغراض العقلانية المستوجبة لاعتبار مالية المال ، والتمليك والاباحة إنما يقصدان عرضا باعتبار موضوعهما ﴿قوله : بل كلاهما ملك﴾ أما المباح فلبقائه على ملك المبيع إذ لم يصدر منه الا الاباحة وليست موجبة للخروج عن الملك ، وأما العوض فلأن المقصود من عوضيته للإباحة هو ذلك ، أعني كونه ملكا للمبيع ، والمراد من عوضية العوض هنا معنى الجزاء والثواب لا قيامه مقام العوض في الملكية أو نحوها ﴿قوله : يستحق التصرف﴾ يعني تكليفا بلا حق وضمي ولذا لا يسقط بالاسقاط ﴿قوله : خروجه عن المماوضات﴾ قد يتوهم أن التصرف في الحمامات ، والأمكنة المعدة لنزول المسافرين ، والمحلات المعدة لوضع الأجناس التجارية ، ونحو ذلك من هذا القبيل ، وفيه أنه لو كان كذلك لاستحق المبيع المعوض بمجرد الاباحة وليس كذلك في مرتكزات العرف كما أن المرتكز كون العوض عوضا عن التصرف لا عن الاباحة فلا يبعد إذاً أن يكون ذلك من

باب الاباحة على نحو الضمان بالمسمى بعد امتناع كونه من باب الاجارة للجهالة الموجبة للبطلان ، ثم إن الظاهر أن مقصود المصنف (ره) من دعوى عدم المعهودية للخروج عن عموم مثل : (أوفوا بالعقود) لاختصاصه بالعقود المتعارفة لكن التعارف لا يقيد الاطلاق فأولى أن لا يخصص العام : مع أنه لو اقتضى ذلك أشكال التحسك بمثل : (قاعدة السلطنة) و (المؤمنون عند شروطهم) و (آية التجارة) وإن علم صدقها في المقام لا تصرف الجميع الى المتعارف وليس المقام منها : قوله : مع التأمل في صدق التجارة : لا ينبغي التأمل في صدقها بالاضافة إلى المبيع لتحقيق الاكتساب بالاضافة اليه . نعم يبعد جدا صدق التجارة بالاضافة إلى المباح له ، لكن إذا دلت الآية على الصحة بالاضافة إلى أحدهما فقد دلت عليها بالاضافة إلى الآخر للملازمة ، كما أن من الواضح عدم صدق البيع عليها فلا يشملها قوله تعالى : «أحل الله البيع» ونحوه : قوله : من بعض الاخبار الدالة : كصحيح محمد بن مسلم ومنصور بن حازم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام : في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي ، فقال عليه السلام : لا بأس ، هذا ولا يظهر من الصحيحين المذكورين كون المعاملة المذكورة صلحا ، بل من الجائز أن تكون معاملة مستقلة كما أشرنا إلى ذلك في ذيل التنبيه الثالث فراجع ﴿قوله : ما ورد في مصالحة الزوجين﴾ في مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : سألت عن قول الله عز وجل (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) فقال عليه السلام : هي المرأة تكرن عند الرجل فيكرها فيقول لها : إني أريد أن أطلقك ، فتقول له : لا تفعل إني أكره أن تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فأصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي ، فهو قوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) وهذا هو الصلح ؛ ونحوه غيره ، لكن الظاهر منها أن المراد بالصلح الصلح الحقيقي في مقابل النزاع والنشوز لا الصلح الانشائي المقابل لسائر العناوين الانشائية كما لا يخفى ﴿قوله : كفي فيها عموم

الناس ﴿ قد تقدم منه (ره) في الاستدلال على صحة المعاطاة الاشكال في دلالة عموم السلطنة على قدرة المالك على تشريع الأسباب فلا يحسن لذلك الاستدلال به على الصحة في المقام ﴿ قوله : والمؤمنون عند شروطهم ﴾ قد عرفت أن الاستدلال به على المقام يتوقف على صدق الشرط على الشرط الابتدائي وهو محل اشكال كما سيأتي في محله ، فالأولى التمسك لصحتها بعموم : « أوفوا بالعقود » و « تجارة عن تراض » ﴿ قوله : أقواها أولها ﴾ لعموم : المؤمنون عند شروطهم ، بناء على دلالة على اللزوم في مثل المقام ، ولا يعارضه عموم السلطنة بالاضافة الى انبيح لكون المفروض صدور التصرف من السلطان فيكون مقتضى العموم القدرة عليه على ما هو عليه من اللزوم والجواز فلا يصلح لمعارضته ما دل على لزومه لما عرفت من أنها لا تصلح للتشريع ، وبالجمله : عموم السلطنة انما يقتضي شرطية اذن المالك في صحة التصرف فاذا وقع التصرف بارادة المالك وكان لازما لم يصلح العموم لرفع لزومه ، ومن ذلك تعرف وجه الثاني وأنه لا وجه للثالث لو كانت الاباحة على النحو المذكور قولية وأما إذا كانت بالمعاطاة فيمكن القول بالآخر لما سبق في المعاطاة على نحو التملك ﴿ قوله : يظهر مما ذكرنا في ﴾ يعني من خروجها عن المعاوضات المبهودة والظاهر هنا وضوح عدم صدق التجارة فضلا عن البيع ﴿ قوله : الصحة واللزوم للعموم ﴾ يعني عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ﴿ قوله : لأصالة التسلط ﴾ قد تقدم منه ضعف التمسك به في قبال : المؤمنون عند شروطهم ، فيكون اللزوم أقوى ، ولا يظهر الوجه في الفرق بين الصورتين كي يكون اللزوم في الأولى أقوى ولا يكون في هذه الصورة كذلك (ثم) إنه قد يستشكل في التمسك بعموم (المؤمنون .. الخ) بأنه يتوقف على أن يكون للشرط مضمون يشك في ارتفاعه بالفسخ حتى يكون العموم دالا على بقاءه ، ومن المعلوم أن الاباحة المالكية تزول بكراهة المالك وفسخه ، ومنه يظهر الاشكال في عموم : أوفوا بالعقود ، ويندفع بان الذي يزول بالكراهة والفسخ هو الاباحة النفسانية ، واما الاباحة الاعتبارية الانشائية التي هي أيضا موضوع للأثر بشهادة صحة إنشائها فزوالها بالكراهة

غير ظاهر لعدم التناقض بينهما . نعم زوالها بالفسخ موقوف على جواز العقد فإذا دل على لزومه الدليل مثل : أوفو بالعقود ، و : المؤمنون عند شروطهم ، الدالين على ثبوت مضمون العقد والشرط دائماً وهو هنا الإباحة المذكورة فقد دل على عدم زوالها بالفسخ .

التنبيه الخامس

﴿ قوله : ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد ﴾ ذكر ذلك في ذيل كلامه في المعاطاة من كتاب البيع وكذا ذكر في (المسالك) فإنه قال : العاشر ذكر بعض الأصحاب ورود المعاطاة في الإجارة والهبة بأن يأمره بعمل معين ويعين له عوضاً فيستحق الأجرة بالعمل ولو كانت إجارة فاسدة لم يستحق شيئاً مع علمه بالفساد بل لم يحز له العمل والتصرف في ملك المستأجر مع إطباقهم على جواز ذلك واستحقاق الأجر (انتهى) ﴿ قوله : ولم نجد من صرح به في ﴾ هذا الاشكال لا يختص بحرياتها في الإجارة لما تقدم من أن المعاطاة في البيع عند الأصحاب لا توجب الملك وإنما توجب الإباحة ﴿ قوله : موضع نظر لأن ﴾ هذا لا يتوجه على ما حكاه في (المسالك) لتخصيصه المنع بالعمل في ملك المستأجر وكان المنع حينئذ لتوقف جواز التصرف في ملك الغير على الإذن منه وفساد المعاملة يقتضي انتفاءها لا ابتناء الإذن من المالك على المعاملة ، فإذا فسدت - كما هو المفروض - انتفت الإذن المترتبة عليها وحرم التصرف ؛ وأما إذا لم يكن العمل تصرفاً في ملك المستأجر فبطلان الإجارة لا يوجب حرمة لجواز العمل في نفسه مع قطع النظر عن الإجارة ؛ والظاهر أن المراد مما في (جامع المقاصد) المنع في خصوص الصورة الأولى بقربنة فرض المعاطاة التي لا تتحقق إلا بالاعطاء كأن يعطيه ثوباً مثلاً ويأمره بخياطته بعوض معين فيأخذه العامل ، ثم إنه يظهر من قول المصنف (ره) : سيما إذا لم . . . الخ جواز عمل الأجير في الإجارة الفاسدة وإن كان تصرفاً في ملك المستأجر ، لكن عرفت الاشكال فيه وسيجيء في التنبيه الثامن بعض الكلام

فيه : قوله : لأن الظاهر ثبوت أجرة : لقاعدة احترام عمل المسلم إذا لم يقصد التبرع لأنه بالقصد المذكور يكون هو الهاتك لحُرمة عمله وليس كذلك لو لم يقصد التبرع وإن كان عالما بالمسألة فإن علمه به إنما يوجب علمه بعدم استحقاق الأجرة المسماة لا أنه يوجب بذله لعمله مجانا وسيجيء إنشاء الله تعالى تحقيق ذلك في مسألة ضمان المقبوض بالمقد الفاسد ، ولعل مراد (جامع المقاصد) استحقاق الأجرة المسماة مطلقا لكنه بعيد : قوله : لا يدل على جريان المعاطاة : لأن جواز الاتلاف أعم من الملك فلا يدل عليه . نعم بناء على أن المعاطاة تفيد الإباحة فجواز الاتلاف عين الإباحة فالاجماع على جواز الاتلاف اجماع على جريان المعاطاة في الهبة : قوله : وتوقف الملك في : هذا إشكال آخر على المحقق الثاني غير الاشكال الأول فإنه كان إشكالا على استدلاله على مدعاه وهذا إشكال على نفس المدعى : قوله : كما يظهر من المسالك : قال فيها في كتاب الهبة : وظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقا الى العقد القولي في الجملة فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرد الإباحة . الخ لكنه بعد هذا الكلام مال الى جريان المعاطاة في الهدية وإنها تفيد الملك المنزول فراجع : قوله : ومما ذكرنا يظهر المنع : فإن الفساد الذي هو بمعنى عدم ترتيب الملك لا يقتضي المنع من سائر التصرفات لا مكان الحكم بعدم الملك وبجواز التصرف كما سبق في الاستدلال على صحة المعاطاة بقوله تعالى : (أحل الله البيع) : قوله : بناء على جريان المعاطاة في : يعني على نحو توجب الملك : قوله : لكون الفعل مفيدا : يعني فيشملة عموم الصحة ، هذا ولم يتعرض للاتفاق الذي حكاه سابقا عن ظاهر (المسالك) اكتفاء بما يحكيه عن ظاهر (التذكرة) لمعارضته له بل عرفت أنه في (المسالك) لم يعتن بذلك الاتفاق ومال الى جريان المعاطاة في الهدية في كتاب الهبة ، وإلى جريانها في مطلق الهبة في كتاب البيع .

التنبيه السادس

﴿ قوله: لكن استشكله في ﴾ قال في (جامع المقاصد) بعد ما حكى عن (التذكرة) ما ذكر: ويشكل باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالأجماع بخلاف ما هنا أما الاستيجاب والایجاب فنعم ... الخ وظاهره أن جريان المعاطاة في البيع على خلاف القواعد للأجماع على جريانها ولا اجماع على جريانها في الرهن فلا موجب للخروج عن القواعد ، وإشكال ما ذكره ظاهر مما تقدم ، ومنه يظهر الاشكال في قول المصنف (ره) : ولعل وجه الاشكال ، فإن وجهه ظاهر مما ذكره وهو أجنبي عما ذكر المصنف وإن كان هو أيضا وجهها للاشكال بل أوجه مما في (جامع المقاصد) ﴿ قوله : والأول غير متصور هنا ﴾ كان المناسب أن يقال : وكلاهما غير متصور هنا بل المتصور ثبوت الرهن على وجه الجواز أو اللزوم والأول بما في التوق المقوم لمفهوم الرهن ، والثاني خلاف الأجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم ﴿ قوله : ولم يعم هنا اجماع ﴾ هذا هو العمدة لما عرفت من أن الأصل اللزوم والخروج عنه يحتاج إلى دليل ومما يوضح انتفاء الأجماع في الرهن ثبوت القول بجريان المعاطاة فيه مع عدم احتمال كون المراد جريانها فيه على وجه الجواز لما عرفت وكذا الكلام في الوقف المبني على الدوام والتأبيد ولا سيما بملاحظة السيرة المستمرة على جريان المعاطاة على وجه اللزوم في جملة من موارد ، كالمساجد ، والمشاهد ، ومنازل المسافرين ، وما يتعلق بها من فرش ونحوها وغير ذلك ، والمتحصل أنه بعدما كان مقتضى الأصل الصحة واللزوم وأن الخروج عنه إنما كان بالأجماع يجب الاقتصار فيه على القدر المتيقن ، ولما لم يثبت الأجماع على البطلان في الموردين المذكورين تعين القول بالصحة فيها على وجه اللزوم للأصل الذي لم يثبت ما يوجب الخروج عنه ﴿ قوله : نعم يظهر الاكتفاء ﴾ قال في الذكرى : قال الشيخ في المبسوط : إذا بنى مسجدا خارج داره في ملكه فإن نوى به أن يكون مسجدا يصلي فيه كل من اراده زال ملكه عنه وإن لم ينو ذلك فملكه باق عليه سواء صلى أو لم يصل ، وظاهره الاكتفاء بالنية ، وأولى منه إذا

صلى فيه وليس في كلامه دلالة على التلطف وامله الأقرب ، انتهى ١٠ قوله : هو الملزم في باب البيع ١١ يعني هو الملزم في المعاطاة التي تكون في البيع لا طراد وجه اللزوم في المعاطاة في البيع وغيره على نحو واحد ١٢ قوله : لما عرفت من الوجوه الثمانية ١٣ الوجوه المذكورة عدا الاستصحاب عمومات ولأجل أنها في المقام مخصصة بما دل على جواز المعاطاة وعدم لزومها كما هو المفروض بكون المورد من صفريات مسألة ما إذا خصص العام في زمان وشك في تخصيصه أيضا في الزمان الثاني وأن المرجع عموم العام أو استصحاب حكم المخصص ، واختار المصنف (ره) اختصاص الرجوع الى العام بما إذا كان له عموم أزمني بحيث يكون مكثرًا لأفراد العام وإلا فالمرجع استصحاب حكم المخصص وقد اختار في مبحث خيار الغبن كون عمومات اللزوم من قبيل الثاني وأنه لو شك في كون الخيار فورياً أو مستمراً فليست هي المرجع ، وأما الاستصحاب فهو محكوم لاستصحاب الجواز لأنه أصل سببي سواء أكان الجواز حكماً فعلياً أم تعليقياً ، نعم بناءً على التحقيق من أن الاستصحاب التبعي في مورد الاستصحاب التعليقي معارض به لا محذور له وأن الجواز في المقام راجع الى حكم تعليلي وهو الانقاسخ على تقدير الفسخ يتعارض الأصلان فلا أصل يقتضي اللزوم ولا الجواز ، هذا والتحقيق أن دلالة العام على ثبوت الحكم في الزمان الثاني إن كان بعناية ثبوته في الزمان الأول بحيث كان مفاد العام ثبوت الحكم لكل فرد في كل زمان بعنوان الاستمرار والدوام فإذا خصص العام في زمان بنحو ينتقض الاستمرار وينقسم لا مجال للرجوع إلى العام بعد ذلك الزمان وإن كانت دلالة العام على ثبوت الحكم في الزمان الثاني ليست بتلك العناية فلا مانع من الرجوع إلى العام في الزمان الثاني ، ومن ذلك يظهر أنه لو كان التخصيص من أول الأمر لا مانع من الرجوع الى العام وإن كان مفاده على النحو الأول لأن التخصيص المذكور لا يوجب انقصاص الاستمرار ولا انتقاضه وإنما يختلف المفادان عملاً لو كان التخصيص في الاثناء وقد تراضنا لذلك في « حاشية الكفاية » وعلى هذا لا مانع من الرجوع الى عمومات اللزوم في المقام ، لكون الظاهر أن مفادها على النحو الثاني فلاحظ ١٤ قوله :

لقاعدة تسلط الناس على أموالهم ^{البناء} على ما هو الظاهر من أن مورد كلام المصنف (ره) صورة قصد المتعاطين التمايك فالإباحة شرعية لا مالكية ، وعليه تارة يشك في أنها لازمة أو جائزة بمعنى أن للمالك رفعها ، وأخرى يعلم بأنها جائزة ولكن يشك في لزومها بعد جوازها بحيث يكون الشك في بقاء جوازها وارتفاعها ، فعلى الأول يكون مقتضى عموم السلطنة أنها جائزة ، نعم يجري الاشكال المتقدم في التمسك بالعموم المذكور لأنه مخصص بما دل على الإباحة فالرجوع إليه في الزمان اللاحق بعد تخصيصه في الزمان السابق مبني على ما سبق . وعلى مختار المصنف (ره) لا يجوز الرجوع الى العموم : بل المرجع بذبغني أن يكون استصحاب حكم المخصص ، وعلى الثاني كما هو محل الكلام هنا يكون مقتضى العموم المذكور أيضا هو الجواز ، اذ لا فرق بين الزمانين « نعم » الذي يظهر من كلمات جماعة كما تأتي الإشارة إليه في التنبيه السابع أن لزوم المعاطاة على القول بالإباحة راجع الى انعقاد مضمونها وتحقيق المبادلة بين العينين لا لزوم نفس الإباحة والمنع عن ارتفاعها مع بقاء كل من العينين على ملك مالكها فالشك في لزوم المعاطاة على هذا القول مساوق للشك في ترتب الأثر المقصود عليها ونفوذها ، ولا أجل أن مقتضى عمومات الصحة والنفوذ ذلك وأنها خصصت بما دل على مجرد الإباحة في خصوص الزمان الأول وهو ما قبل طرؤ محتمل الملزمة يكون المقام أيضا من صغريات مسألة العام المخصص في زمان وقد شك في تخصيصه في زمان آخر ، واذا عرفت أن التحقيق وجوب الرجوع الى العام لا استصحاب حكم الخاص بتعين في المقام البناء على اللزوم بهذا المعنى ، وعليه فلا فرق بين القول بالملك والقول بالإباحة في أنه مع الشك في ملزمة شيء يُبنى على ملزميته ، نعم لو كان الشك في لزوم الإباحة مع العلم ببقاء العين على ملك مالكها كما يقتضيه الجود على ظاهر عبارة الأكثر فلا يذبغي التأمل في أن مقتضى عموم السلطنة الجواز وعدم اللزوم ، لكن الظاهر أن مرادهم ما هو مصرح به في كلام الجماعة من ارادة المعاوضة لا أقل من الشك الموجب للرجوع الى عموم الصحة ^{قوله} : وأصالة سلطنة المالك ^{في} هذا غير ظاهر لأن ما دل على

الاباحة الشرعية ناقض لتلك السلطنة فلا مجال لاستصحاب بقائها ؛ نعم بحسن الرجوع الى استصحاب بقاء السلطنة الثابتة حال العلم بالجواز لكن يغني عنه العموم المتقدم بل لا يحسن الجمع بينهما كما لا يخفى ؛ قوله : وهي حاكمة على ؛ لأنها أصل سببي واستصحاب الاباحة أصل مسببي ؛ قوله : لو سلم جريانها ؛ كانه لاحتمال كون الشك في موردها من قبيل الشك في المقتضي ؛ قوله : على الظاهر المصرح به في ؛ قال في الحقائق : لا اشكال ولا خلاف عندهم في أنه لو تلفت العينان في بيع المعاطاة فإنه يصير لازماً ؛ وقال في مفتاح الكرامة : لا اشكال ولا خلاف عندهم في انه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً (انتهى) وفي الجواهر عن شرح استاده لا ريب ولا خلاف في أن المعاطاة تنتهي الى اللزوم وان التلف الحقيقي أو الشرعي بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معا باعث على اللزوم ؛ قوله : فواضح لان تلفه ؛ حاصله : أن الرجوع على هذا القول ان كان بالعين فهو ممتنع لأنها تالفه وان كان يبدلها فهو يتوقف على ضمانها ولا أجل انه لا دليل عليه ؛ إذ لا منشأ لترحمه الا عموم على اليد - وسيجيء الاشكال عليه - يكون المرجع اصل البراءة « هذا » وقد عرفت الاشارة الى أن لزوم المعاطاة عندهم بالتلف بناء على الاباحة راجع الى صيرورتها معاوضة بين العينين ولأجل أن التالف لا يقبل المعاوضة عليه لا بد من حمل كلامهم على ارادة كون ما بعد التلف ظرفاً للحكم بكونها معاوضة قبل التلف فيكون التالف من مال من تلف ببده وانتقل اليه لا من مال مالكة الذي انتقل عنه كما ذكر المصنف (ره) وقد عرفت ان هذا المعنى من اللزوم لا يحتاج الى تكلف اثباته بما ذكر بل يكفي فيه العمومات المقتضية لصحة المعاطاة من اول الامر مقتصر في الخروج عنها على القول بالاباحة على ما قبل التلف بالاجماع على الاباحة ويرجع اليها بعد التلف ولعل غرض المصنف (ره) من هذا الاستدلال بيان ان اللزوم لا يتوقف اثباته على ما ذكرناه بل يمكن ان يثبت من طريق آخر ؛ قوله : فلما عرفت من اصالة اللزوم ؛ يعني ان كلا من العينين وان كان مضمراً بضمان المعاوضة ولذا لو تقايلا رجع كل منهما على الآخر بالبدل لكن المانع من الرجوع اصالة اللزوم المتقدمة

﴿ قوله : حتى يستصحب ﴾ قد عرفت أن التحقيق تعين الرجوع الى عمومات
اللزوم كما ذكر (قده) في تأسيس الاصل لا الى الاستصحاب وان اجتمعت اركانه
واعل غرضه بيان عدم اجتماع اركان الاستصحاب وان كان لا يجري لو اجتمعت
اركانه لحكومة العمومات عليه ﴿ قوله : من عوارض العقد لا العوضين ﴾ فان
الجواز في العقد الخياري بمعنى الانحلال بالفسخ وهو قائم بالعقد والجواز هنا بمعنى
التملك بالأخذ والرجوع لا بمنوان الفسخ فهو قائم بالعوضين : وفيه ان الجواز بهذا
المعنى لا يكون مخالفا لاصالة اللزوم المستفاد من ادلته المتقدمة وانما الذي ينافيه
الجواز القائم بالعقد فلا وجه للتمسك في نفيه باصالة اللزوم ، نعم الجواز بالمعنى
المذكور ينافي قاعدة السلطنة لان تملك مال الغير بغير اذنه على خلاف سلطنته عليه
وايضا فان حمل الجواز على هذا المعنى خلاف المقطوع به في كلماتهم اذ لا ينبغي
التأمل في أن مرادهم من الجواز ما يقابل اللزوم ومن الرجوع الرجوع الاعتباري
الانشائي يعني الفسخ بل لا يعرف القول بالجواز بالمعنى الذي ذكره (قده) لأحد
منا لا هنا ولا في الهبة وانما نسبت الى بعض الشافعية في الهبة ولكنه مما لا تساعد
عليه ادلته فيها وان احتمله في الجواهر ﴿ قوله : فلا مانع من بقائه ﴾ لما عرفت
من جواز التقابل ولو بعد التلف الدال على قيام العقد حينئذ بالبدل فيكون الفسخ
موجبا للرجوع بالبدل ايضا ﴿ قوله : لا مطلق الرجوع ﴾ يعني لا مطلق
الرجوع بالعين ولومع تلف الاخرى كما في الهبة فان موضوع الرجوع فيها نفس
العين الموهوبة اذ لا عين اخرى معها كي يتوهم قيامه بهما معا ، ومن ذلك يظهر
الفرق بينه وبين الترادف في المقام فان موضوعه لما كان مجموع العينين امتنع بتلف
إحداها ولا كذلك لو كان الجواز بمعنى الرجوع في العين لا مكان تحققه بالاضافة
الى العين الموجودة ولومع تلف الاخرى ﴿ قوله : في مقابلة اصالة ﴾ قد عرفت
أن الجواز بالمعنى الذي ذكره (قده) لا يقابل اصالة اللزوم بل يقابل اصالة
السلطنة ، وعليه لو شك في أن الجواز في المقام هل هو بالمعنى الاول او بالمعنى
الثاني لا طريق الى تعيينه اذ يلزم من حمله على كل من المعنيين تخصيص احد

العامين ولا مرجح فيسقط العاومان للعلم الاجمالي بمخالفة أحدهما للواقع ويكون المرجع أصالة عدم ترتب الاثر على كل من الفسخ والتملك بالاخذ لو وقع منفرداً ولو وقعاً معاً علم حينئذ برتب الاثر ، كما انه لو انحصر مستند اللزوم بالاستصحاب فعموم اللزوم يدل بالالتزام على بطلان الاستصحاب فيبنى على كون الجواز بالمعنى الأول ، لكن عرفت أنه لا ينبغي التأمل في ان الجواز الذي قام عليه الاجماع هو بالمعنى الاول كما عرفت أنه مع الشك في بقاءه وارتفاعه يكون المرجع عموميات اللزوم ولا حاجة في اثبات هذا اللزوم الى ما ارتكبه المصنف (ره) ﴿ قوله : ومنه يعلم حكم ما ﴾ يعنى يبنى على اللزوم لما عرفت من انه لا معنى لجواز التراد حينئذ لكن عرفت ما ينبغي أن يقال ﴿ قوله : تبعاً للمسالك ﴾ قال فيها : لو تلفت إحداها خاصة فقد صرح جماعة بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى نظراً الى ما قدمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف لتراضيهما على ذلك ، ويحتمل هنا العدم التفاتاً الى أصالة بقاء الملك لما لكه وعموم : الناس مسطون على اموالهم ، والاول أقوى فان ... الخ وهذا كما ترى صريح في اختيار اللزوم بتلف احدى العينين ولذا قال في الجواهر : لم أجد مخالفاً في لزومها ودخول الباقي في ملك من في يده بتلف احداها نعم احتمل في المسالك العدم نظراً الى أصالة بقاء الملك لما لكه وعموم : تسلط الناس على اموالهم ، ثم حكم بان اللزوم أقوى . انتهى ؛ فلا يظهر الوجه في نسبة عدم اللزوم الى المسالك الا أن يكون مقصوده المتابعة في الاستدلال لافي القول ﴿ قوله : لا أصالة بقاء سلطنة ﴾ مقتضى ما ذكره سابقاً من الاستدلال على عدم اللزوم على تقدير القول بالاباحة بقاعدة تسلط الناس على أموالهم الاستدلال بها هنا كما صنع في المسالك . نعم يتوقف ذلك على اثبات الملك بأصالة بقاءه كما ذكر في المسالك أيضاً ولا حاجة في الرجوع الى أصالة بقاء السلطنة الثابتة للمالك على الرجوع قبل التلف ﴿ قوله : وفيه انها معارضة ﴾ هذه المعارضة غير ظاهرة لامكان العمل بالأصليين معاً فيبنى على جواز رجوع مالك العين الموجودة بها وبراءة ذمته عن المثل والقيمة بحيث لا يجوز لمالك العين التالفة الرجوع عليه بيدها إلا أن يكون اجماع على الملازمة بين

الحكمين . هذا ولو بُني على التمسك بعموم السلطنة كما صنع في المسالك فلا معارضة
لحكومة العموم المذكور على اصالة البراءة من الضمان . نعم تقع المعارضة بين اصالة
بقاء الملك لمالكه وبين الأصل المذكور ، والعموم لما لم يُحرز موضوعه إلا بالأصل
كانت المعارضة في الحقيقة بين الأصلين لا غير ﴿ قوله : قبل تلف العين لم تكن ﴾
ان كان المراد من عدم كونها يد ضمان حينئذ انها ليست عادية فالضمان قد لا يكون
مع المدوان وان كان المراد منه انها لا تستوجب الرجوع الى المثل او القيمة بعد التلف
فهذا معنى كونها ليست يد ضمان بعد التلف فلا يحسن جعله في قبالة ﴿ قوله : ولا
بعده اذا ﴾ يعني لا يجوز لصاحب العين التالفة المطالبة بالبدل في ظرف عدم رجوع
صاحب العين الموجودة لعدم اشتغال ذمته به ووجه الاجماع على ما ذكره المصنف
في رد بعض الاساطين كما تقدم ﴿ قوله : من مقتضى اليد ﴾ اذ لو كان من مقتضاها
لترتب في الصورة السابقة بل هو من مقتضى الرجوع . اللهم الا ان يقال انه
من مقتضى اليد لكن بشرط الرجوع جمعا بين عموم على اليد والاجماع المتقدم
﴿ قوله : حاكمة على اصالة عدم كونه الحكومة غير ظاهرة لأنها موقوفة على
كون الضمان المذكور من آثار السلطنة شرعا وهو غير ظاهر بل لو قلنا بان الرجوع
في المقام بمعنى الفسخ كان الأصل النافي للضمان حاكما على اصالة بقاء السلطنة لامتناع
الفسخ في ظرف عدم الضمان اذ لا مجال لاعتباره حينئذ ومن آثار انتفاء الشرط
انتفاء المشروط ﴿ قوله : فلا اصل ﴾ يعني لا تجري اصالة عدم الضمان بالدمى
ولا اصالة عدم الضمان بالمثل والقيمة للمعارضة بينهما فلا معارض لاصالة بقاء السلطنة
على الرجوع ، ويشكل بان الرجوع المقصود اثباته بالأصل المذكور ان كان المراد
منه مجرد الرجوع بالعين الموجودة بلا دفع بدل فهو خلاف الاجماع كما عرفت ،
وان كان المراد منه الرجوع مع دفع البدل فلا دليل على ملك هذا البدل ، ومجرد
عدم جريان الأصل النافي لذلك البدل لا يكفي في استحقاقه كما لا يكفي فيه مجرد
ثبوت السلطنة على العين الموجودة ، وعلى هذا فالرجوع بالعين الموجودة مع استحقاق
بدل العين التالفة لا دليل عليه ، وان كان الجزء الاول مما اقتضاه الأصل لكن ما

لم يثبت الجزء الثاني لا يجوز البناء عليه - مضافا الى أن اصاله عدم الضمان بالمسمى راجعة الى اصاله بقاء الملك فاذا سقطت بالمعارضة مع اصاله عدم الضمان بالبدل بقيت اصاله بقاء السلطنة بلا موضوع فتأمل جيدا - قوله : أو القيمة فتدبر - اشارة الى ما عرفت من أن العموم المذكور ما لم يُحصر موضوعه لا يجوز التمسك به ، وموضوعه وهو ملكية العين الموجودة مشكوك ، واصله بقاء الملكية معارض بما تقدم من اصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمة - مع أن دلالة العموم المذكور على جواز اخذ بدل التالف موقوفة على ثبوت ملك البدل حتى يدخل في موضوع العام ومجرد ملك التالف لا يجدي الا في اثبات جواز أخذه قبل التلف ، وأما أخذ بدله فيتوقف على ثبوت الضمان كما لعله ظاهر . هذا والتحقيق أن يقال في صورة تلف إحدى العينين أما بناء على الملك فاللزام القول بال لزوم لما عرفت من عمومات اللزوم التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على القدر المتيقن من الاجماع على الجواز وهو صورة وجود العينين معا ، وفي غيرها يكون المرجع للعموم لا الاستصحاب وأما بناء على الاباحة فيجوز رجوع مالك العين الموجودة بها لما تقدم في تأسيس الاصل من قاعدة : تسلط الناس على أموالهم ، كما يجوز لمالك العين التالفة الرجوع ببطلان قاعدة ضمان اليد ومجرد الاباحة الشرعية لا يقتضي نفي الضمان لعدم التنافي بينهما بل الاباحة المالكية - لو قيل بها في المقام - لاتنافيه ، وإنما المنافي له الاباحة شرعية أو مالكية بقصد المجانية ولكن لا دليل عليه فعموم الضمان باليد محكم . نعم لو تم الاجماع على عدم جواز رجوع مالك العين التالفة مع عدم رجوع مالك العين الموجودة تعين الخروج عن القاعدة حينئذ فاذا رجع مالك العين الموجودة بها جاز لمالك العين التالفة الرجوع ببطلان عملا بالقاعدة المقتصر في الخروج عنها على القدر المتيقن هذا كله اذا لم يحتمل الملك بعد التلف ، أما مع احتمال - كما هو المصرح به في كلام جماعة - تعين البناء عليه لعموم الصحة فان مقتضاه الملك من حين المعاطاة فاذا وجب الخروج عنه بالاجماع على الاباحة اقتصر في ذلك على القدر المتيقن وهو ما قبل زمان التلف ، وعند التلف يرجع الى العموم المقتضى للحكم

حينئذ بالملك من أول الامر كما يتعين القول بالزوم حينئذ لأدلة الزوم من دون معارض ﴿ قوله : لأن الساقط لا يعود ﴾ لو قيل بأن الساقط يمكن أن يعود لم يُجد ذلك في جواز الرجوع لأنه يتوقف على وجود السبب الموجب للعود وهو مفقود و (دعوى) أنه مضمون بضمان المعاوضة نظير ضمان الراهن للمدين المرهونة ولذا لو تقابلا جاز ورجع الدين إلى ملك مالكة (مدفوعة) بأن ذلك يقتضي عدم سقوط الدين وبقائه في ذمة المدين مضمونا عليه ، لكن حينئذ يصح أن يقال : القدر المتيقن في الخروج عن أصالة الزوم غير الفرض وفيه يرجع إليها لا غير ﴿ قوله : والظاهر أن الحكم كذلك ﴾ فإن الإباحة وإن لم تستوجب السقوط إلا أن الظاهر أن مراد القائلين بها إباحة التصرفات الخارجية والاعتبارية وهذا المعنى من الإباحة لا يتعلق بما في الذمة فيتعين القول بالملك فيجري ما تقدم ﴿ قوله : لامتناع التراد ﴾ يعني فيجبيء فيه ما تقدم في التلف بعينه ﴿ قوله : إذا قلنا بإباحة ﴾ يعني فإذا نفذ التصرف امتنع التراد فيجبيء ما تقدم ﴿ قوله : لامكانه فيستصحب ﴾ قد يشكل بأن التراد لما كان متعذرا قبل الفسخ كان جوازه ساقطا فبعد الفسخ يستصحب سقوطه لا ثبوته ، إلا أن يكون المراد استصحاب جواز التراد على تقدير إمكانه بنحو الاستصحاب التعليقي وبعد الفسخ لما أمكن التراد بكون الجواز فعليا ﴿ قوله : بقول مطلق ﴾ يعني ولو بعد خروج العين عن ملك من انتقلت إليه ، لكن إذا ثبت ذلك لزم العمل بدليله لا بالاستصحاب - مع أن الاستصحاب لا يعارض عمومات الزوم كما عرفت ولا سيما وإن الاستصحاب التعليقي غير ثابت الحجية ﴿ قوله : غير ذلك ﴾ يعني التراد قبل خروج العين ، ﴿ قوله : فالموضوع غير محرز ﴾ هذا الكلام تقدم نظيره في صدر المسألة ولو تم اقتضى المنع من جريان الاستصحاب كلية إذ الشك في الحكم ينشأ من الشك في دخل الحالة السابقة المتغيرة إلى حالة أخرى حينئذ يقال : إن قام الدليل على عموم الحكم للحال الأخرى عمل به لا بالاستصحاب والامتنع الاستصحاب لعدم احراز موضوعه لاحتمال دخل الخصوصية القائمة فيه ، ويندفع بأن الموضوع المعتبر

احرازه في صحة الاستصحاب هو الموضوع العرفي لا الشرعي ، واحتمال دخول الحالة الفائتة انما يوجب عدم احراز الموضوع الشرعي لا العرفي مثلا الماء المتغير بالنجاسة نجس فاذا زال تغيره بنفسه وشك في بقاء النجاسة للشك في دخول التغير فيها وعدمه جرى استصحاب النجاسة لأن الموضوع العرفي للنجاسة هو الماء نفسه وهو باق وان كان الموضوع الشرعي غير محرز وكأن مبنى هذا الاشكال ان المرجع في تعيين موضوع الاستصحاب الدليل لا العرف ومع اجمال الدليل لا يحرز موضوعه لكن المصنف (قدمه) قد حقق في رسالته أن المرجع العرف لا الدليل وان كان كثير من كتابه في هذا الكتاب وفي الرسائل وغيرها يوافق المقام فلاحظ .

قوله : يكشف عن سبق يعني اذا كان التصرف موقوفا على الملك كما يشير الى ذلك أما في غيره فلا وجه لكشفه عن الملك إلا اذا قلنا به في التلف لأنه نظيره

قوله : فلا دليل على زواله يعني يكون المرجع حينئذ أصالة اللزوم قوله : المقطوع بانتفاءها يعني لا انتفاء موضوعها لصيرورة العين ملكا للمباح له ثم المنقول اليه ومقتضى أصالة اللزوم لزومه لعدم المعارض قوله : هو العقد الناقل لا يظهر فرق بين كون الكاشف هو التصرف الناقل كما هو مبنى الاستدلال وبين كونه العقد الناقل كما هو مبنى الاستدراك المذكور إذ الفسخ انما يكون للمفسوخ من حين الفسخ لا من أصله فالحدوث لا يرتفع وانما المرتفع البقاء والكاشف هو الحدث لا غير فكانه يريد من الاستدراك ان يكون الفسخ وارداً على العقد من أصله على نحو يكون ارتفاعه موجبا لارتفاع المنكشف وهو الملكية قوله : عاد الملك الى الاول لكن العود لا يجدي في جواز الرجوع الا بناء على التمسك بقاعدة السلطنة أما بناء على ما ذكره من التمسك بأصالة بقاء السلطنة فلا يجدي لارتفاع السلطنة بارتفاع موضوعها فالمرجع استصحاب عدمها إلا أن يكون بنحو الاستصحاب التعليقي الذي تقدم الاشكال فيه قوله : لم يكن للمالك العين لأن جواز التراد من الأحكام المجعولة لكل منها فع ثبوت موضوعه يثبت ومع ارتفاعه يرتفع ولا دليل على ثبوت جواز إزام المتصرف بالرجوع او رجوعه بنفسه . نعم

لو كان من الحقوق أمكن ذلك بل أمكن منعه من أصل التصرف على اختلاف كيفية جملة قوله : كاشف عن سبق يعني فلا معنى للسلطنة على الغير أو ماله ، قوله : اتجه الحكم بجواز بل هو غير ظاهر لاختصاص الرجوع في الهبة بالواهب عن نفسه وهو هنا المتصرف - مع أنه لازمه عدم جواز رجوع الواهب . هذا مضافا الى ما عرفت من أن اللزوم على القول بالاباحة مساوق للملك عند التصرف فإذا شك فيه كان مقتضى عموم الصحة واللزوم اللزوم وارتفاع الجواز قوله : نفذ بغير اشكال لقاعدة السلطنة وكان وجه الاشكال في اجازة المالك الأول هو وجه الاشكال في صحة التصرفات الموقوفة على الملك إذا صدرت من غير المالك ، ومن ذلك يظهر انعكاس الحكم اشكالا ووضوحا على القول بالاباحة فان اجازة المبيع اجازة من المالك واجازة المباح له اجازة من غير المالك مع توقفها على الملك قوله : ولكل منهما رده لأن من له الاجازة له الرد فيكون رده رجوعا في المعاطاة فترجع العين اليه وحينئذ لا تصح اجازة الآخر لأنها من غير المالك قوله : لنفى الرجوع لأنه رجوع بعد التصرف الملزم قوله : لأنه رجوع هذا خلاف فرض الكشف . نعم لو كان المراد من الكشف غير الحقيقي كان الاحتمال متمينا ولغت الاجازة لأنها من غير المالك قوله : لامتناع التراد لأن المأخوذ بالمعاطاة كان معينا وبالاتزاج صار مشاعا فلا يمكن رد العين قوله : وهو ضعيف لما عرفت (فان قلت) : المشاع عين المعين كما يقتضيه مقايضة باب الشركة بباب القسمة حيث انها على العكس من القسمة فان في الشركة يصير المعين مشاعا وفي القسمة بالعكس فيكون المشاع معينا ، ولذا ذكروا في تعريف القسمة انها تميز الحقوق فالفرق بين المعين والمشاع نظير الفرق بين الفرد والكلبي (قلت) : لو سلم ذلك لا ينافي المغايرة في الجملة الموجبة للشك في جواز التراد الموجب للرجوع الى اصالة اللزوم . نعم على القول بالاباحة لما كان الأصل يقتضي بقاء الجواز كما ذكر المصنف في صدر التنبيه تعين البناء على جواز الرجوع وصيرورة المالك شريكا . هذا ولأجل ما عرفت من أن التحقيق ان الأصل على القول بالاباحة اللزوم ايضا فلا فرق بين القولين قوله :

ملحقاً له بالاتلاف ﴿١﴾ كما اذا كان مزجاً بغير الجنس ولم يوجب زيادة في المأبأة كما اذا خلط مقداراً من ماء الورد بالزيت - على ما مثل له المصنف في خيار الفين - فإنه يُعد تالفاً ويكون المازج ضامناً للمثل اذا كان غير مالك ﴿٢﴾ قوله : فلا لزوم على القول ﴿٣﴾ علته في المسالك باصالة بقاء الملك وحكى عن بعض الأصحاب الجزم باللزوم وعطاه بامتناع الترادف ثم قال (ره) : وعندي فيه اشكال . انتهى ، أقول : ينبغي ابتناء اللزوم وعدمه على ما عرفت من الأصل فعلى ما ذكره المصنف لا لزوم وعلى التحقيق يبنى على اللزوم ﴿٤﴾ قوله : عر في أو حقيقي ﴿٥﴾ لا ريب في أنه عر في لا حقيقي ولذا لو كانت الحنطة أو الثوب نجسين ثم طحنت الحنطة وفصل الثوب جرى استصحاب التجاسة ولا مجال للرجوع الى اصالة الطهارة ، لكن لا وجه للعمل بالاستصحاب في المقام بعد ما عرفت من أن الرجوع عند الشك في بقاء الجواز وارتفاعه الى اصالة اللزوم ﴿٦﴾ قوله : نظير الفسخ في العقود ﴿٧﴾ يعني جواز الفسخ في العقود اللازمة من الحقوق ولذا يورث ويسقط بالاسقاط والجواز هنا ليس كذلك بل هو من الأحكام فلا يسقط بالاسقاط ولا يورث على ما عرفت فيما سبق من المأز بين الحق والحكم لعدم الدليل على ذلك والأصل يقتضي العدم لأصالة عدم ارثه وعدم سقوطه بالاسقاط ﴿٨﴾ قوله : نظير الرجوع في الهبة ﴿٩﴾ فإنه من الأحكام كما يقتضيه الأصل ﴿١٠﴾ قوله : نظير الرجوع في ﴿١١﴾ ظاهره ان الإباحة على تقدير القول بها مالكية وقد عرفت اشكاله لعدم انشاء المالك لها ، بل الظاهر أنها شرعية مستندة الى الإجماع فلا مانع من البناء على ثبوتها مع كراهة المالك الباطنة لولا أنها خلاف الأصل فيقتصر فيها على القدر المتيقن وهو غير حال الكراهة ﴿١٢﴾ ولا يجري الاستصحاب ﴿١٣﴾ اذ لا يقين بالحدوث بالإضافة الى الوارث وإنما كان الحدوث بالإضافة الى الميت فالمرجع بالإضافة الى الوارث اصالة اللزوم ؛ بل عرفت انها المرجع ولو مع امكان الاستصحاب واجتماع أركانه هذا ويظهر من المصنف (ره) أنه على القول بالإباحة يجوز للوارث الرجوع لكن عرفت أنه مع احتمال حدوث الملكية عند الموت يرجع الى صومات الصحة واللزوم المقتضية لذلك ولا إجماع في المقام على خلافها فلا فرق بين القولين

من هذه الجهة : قوله : فالظاهر قيام وليه مقامه : هذا يتوقف على جواز الرجوع للمجنون ليقوم وليه مقامه لكن لا دليل عليه فالرجع - بناء على الملك - أصالة لزوم على ما تقدم منه (ره) في تأسيس الأصل . نعم بناء على الإباحة وعلى أن المرجع عند الشك عموم السلطنة المقتضي للجواز على ما تقدم منه يجوز للولي الرجوع لكن عرفت أن مقتضى عموم الصحة ثبوت الملكية حينئذ كما أن مقتضى أصالة اللزوم . فلاحظ .

التنبيه السابع

قوله : ذكر في المسالك وجهين : قال في المسالك : الثامن على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة فهل يصير بيما أو معاوضة برأسها يحتمل الأول .. الخ
قوله : بيما بعد التلف أو : ظاهره كون نفس البيع أو المعاوضة واقعا بعد التلف فيكون التالف أحد العوضين لكن عرفت أننا أن التالف لا يقبل العوضية - مع أن الالتزام بذلك بلاملزم فلا يتعد أن يكون المراد أنه بعد التلف يحكم بكونها بيما قبل التلف فيكون التالف تالفا من ملك من تلف في يده فيكون التلف شرطا للحكم بالبيع قبله لا أنه شرط لنفس البيع . بل مقتضى العموم الحكم بتحقيق البيع من أول الأمر فالتلف نظير الإجازة على الكشف المشهور لا كالأجازة على النقل ،
قوله : لأن المعاوضات : أن كان المعيار في تعيين كونها بيما أو معاوضة برأسها قصد المتعاطيين تعيين كونها بيما وإن كانت المعاوضات غير محصورة ، وإن كان جعل الشارع فلا بد من ملاحظة دليلها ليتعين ما هو المستفاد منه فإذا دل على كونها معاوضة مستقلة تعيين العمل به ، وحصر المعارضات - لو تم - فأنما هو لعدم الدليل على غيرها ومجرد ذلك لا يوجب رفع اليد عن الدليل إذا دل على ثبوت غيرها - مع أن دعوى أن مفاده غير المعاوضات المحصورة غير ظاهر ، ومن ذلك تعرف الإشكال في قوله : وكونها معاوضة . . الخ مع أن كونها بيما أيضا يحتاج

الى دليل ﴿ قوله : فكيف تكون بيما ﴾ قد عرفت في التنبيه السادس الوجه في كونها بيما بعد التلف وأنه مقتضى عموم صحة البيع ونفوذه المقتصر في الخروج عنه على المتيقن وهو ما قبل التلف ﴿ قوله : لو كان التالف الثمن ﴾ اما لو كان التالف الحيوان انفسخت المعاملة بناء على ثبوت الخيار من حين المعاطاة لأن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له وكذا بناء على ثبوته من حين التلف لأن موضوع المعاوضة حينئذ ان كان هو البذل - اعني القيمة - فليست بحيوان وان كان نفس الحيوان التالف فلا دليل على ثبوت الخيار في مثله لاختصاص الدليل بغيره ﴿ قوله : وعلى تقدير ثبوته ﴾ يعنى بأن يختار كونها بيما ﴿ قوله : والثاني بان التصرف ﴾ كان المناسب ان يقول : ويشكل الثاني بأن التصرف لا يكون بيما ﴿ قوله : والتلف تمامه ﴾ قد عرفت ان مقتضى الجمع بين الادلة كون التلف شرطا للحكم بتحقيق البيع من اول الامر ﴿ قوله : بناء على انها ﴾ لم يتضح هذا الابتناء مع انه خلاف اطلاق ادلة الخيار المذكور وسيجيء انشاء الله تعالى امكان اجتماع الخيارين المحققين فضلا عن غيرهما نعم دليله يختص بالبيع فثبوته في المقام يتوقف على كون المعاطاة بيما وكذا خيار المجلس والفرق بينهما غير ظاهر ﴿ قوله : على التقديرين ﴾ لعموم دليلها لهما معا كما سيأتي انشاء الله تعالى في محله ﴿ قوله : وقد تقدم ان الجواز ﴾ يعنى فلا يثبت فيه الخيار المذكور لكون الجواز فيه حكما لاحقيا من قبيل الخيار ﴿ قوله : يترتب عليه احكامه ﴾ على ما عرفت ﴿ قوله : وكونها معاوضة قبل ﴾ يعنى ان قوله : جائزة او لازمة ، ليس لترديد لانه لا اشكال عنده في جوازها قبل الملزمات وفي لزومها بعدها بل هو للتقسيم بلحاظ الزمان يعنى جائزة قبل الملزمات ولازمة بعدها ، والمراد بكونها معاوضة جائزة قبل الملزمات ان فيها تعاوضا في الاباحة لكن على هذا اذا صارت لازمة بالملزمات تكون معاوضة في الاباحة لازمة لا انها توجب حدوث الملك عند تحقق احد الملزمات . اللهم إلا أن يكون مقصوده انها تكون معاوضة بين العيين فتوجب الملك كما يظهر منهم التسالم عليه ؛ ولو لم يتم ذلك في كلامه أشكل الحال ايضا في كلام غيره ممن قال

بالإباحة فانهم يبروا ايضا بالزوم بالتلف وغيره من الملزمات والجود على التعبير المذكور
ايضا يقتضي كون المراد لزوم الاباحة لاحداث الملك ، ولعله الى هذا اشار بقوله :
فانهم .

التبذية الثامن

﴿ قوله : اما اذا حصل بالقول ﴾ المناسب لما يأتي ابدال شرائط الزوم
بشرائط الصحة بل العقد الفاسد لشرائط الزوم فقط مما لا كلام في انه يترتب
عليه أثر العقد الجائز دون أحكام المعاطاة كما أن المناسب لما يحكيه من عبارة
الروضة التعميم للقول غير الجامع للشرائط وغيره من الأفعال غير القبض
كالإشارة والكتابة وغيرها بل كذلك عبارة صيغ العقود الآتية لاطلاقها
﴿ قوله : وفي الروضة في مقام ﴾ هذه العبارة مختصة ببعض صور المسألة
﴿ قوله : وربما يجمع بين ﴾ الجامع السيد (ره) في مفتاح الكرامة ذكره في
مبحث المقبوض بالعقد الفاسد وتحصل الجمع ان ما ذكره في حكم المقبوض بالعقد
العاسد مختص بصورة تقييد الاذن بالتصرف بصحة المعاملة فلا رضى الا على تقدير
الصحة ، وما ذكره من اجراء حكم المعاطاة مختص بصورة تحقق الاذن بالتصرف
على كل من تقديري صحة المعاملة وفسادها إما ليكون انشاء الاذن الحاصل مقارنا
لانشاء التملك كان على نحو تعدد المطلوب أو لحدوث الرضى بالتصرف بعد علمها
بالفساد فيكون جواز التصرف مستندا الى الرضى الحادث المستمر الى حين القبض
والتصرف ﴿ قوله : المفروض ان الصيغة ﴾ حاصله ان الاذن بالتصرف انما انشئت
في ضمن انشاء التملك فاذا فرض فساد العقد وانتفاء التملك تعين البناء على انتفاء
الاذن لا انتفاء المقييد بانتفاء قيده ، ويشكل بعد ظهور الفرق بين ما نحن فيه وبين
موارد تعدد المطلوب في الانشائيات مثل باب تبعض الصفقة ، وباب خيار تخلف
الوصف ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وغيرها مع بناء المصنف (ره) وغيره

على صحة العقد في الموارد المذكورة ولا يتم ذلك الا بالبناء على تعدد المطلوب في الانشائيات فالعمدة اذاً في الاشكال على الجمع المذكور انه لا وجه لدعوى انشاء الاذن بالتصرف في ضمن انشاء التملك اذ في ظرف التملك لا معنى للاذن في التصرف فان تصرف المالك في ملكه لا يتوقف على اذن غيره فيه . نعم يمكن انشاء الاذن بالتصرف على تقدير عدم تحقق الملك لكنه - لو تم - لم يرتبط بالجمع المذكور ولا يمكن حمل كلام المحقق والشهيد الثانيين عليه لآبائه عن ذلك ﴿ قوله : ومنه يعلم فساد ﴾ فان ما ذكر خارج عن مورد كلامها ﴿ قوله : من دون ملاحظة ﴾ بل حتى مع ملاحظة ذلك لا يكون معاطاة لما عرفت وبأني من اختصاص المعاطاة في كلامهم بصورة قصد المتعاطيين معنى البيع ﴿ قوله : ولا يكفي عدم العلم ﴾ هذا غير ظاهر لامكان اثبات الاباحة بالاستصحاب وكذا الحال في الاذن الحاصل من شاهد الحال ﴿ قوله : فهذا ليس الا التراضي ﴾ هذا غير ظاهر لكون المفروض كونه انشائياً حادثاً بعد العقد المعلوم فساد له لدى المتعاقدين فكيف يكون نفس التراضي السابق المنشأ بالعقد الفاسد وسويجي منه « قدم » الاعتراف بذلك ، ﴿ قوله : لا على وجه المعاوضة ﴾ الظاهر زيادة حرف النفي لأن المفروض ان المعاطاة على وجه المعاوضة وقد تقدم منه (قدم) انها متقومة بقصد المعاوضة ﴿ قوله : فلا اشكال في حرمة ﴾ لا انتفاء طيب النفس المشروط جواز التصرف به ﴿ قوله : جهة تقييدية ﴾ لأن الظاهر من قوله عليه السلام : لا يحل مال امرء مسلم . . . الخ اعتبار طيب نفس المالك بالتصرف بما انه ماله وهو مالكة ولا يكفي طيب نفس المالك بالتصرف بما انه اجنبي عن المال ﴿ قوله : ولعله لصدق طيب النفس ﴾ هذا غير ظاهر لأن طيب النفس كغيره من افعالها يتوقف على حضور الصورة وكما ان الارادة والكراهة تتوقفان على ذلك كذلك طيب النفس . نعم قد يقال بان ظاهر الحديث الشريف ونحوه اعتبار مقارنة التصرف لرضى ولازمه انه مع غفلة الآذن بعد الاذن لا يجوز التصرف وهو مما لا يمكن الالتزام به فلا بد إمام من رفع اليد عن اعتبار المقارنة ، وإمام البناء على كفاية الطيب الشأني بحيث لو التفت الى فعل غير-

لرضي والأخير هو المتعين اذ لو بُني على الاول لم جواز التصرف بمجرد تحقق
 الاذن آنا ما ولو نهى عن التصرف بعدها وهو كما ترى ، فيتعين البناء على الثاني ولا
 يبعد كونه الموافق لسيرة المشرعة فان بناءهم على التصرف بمجرد إحراز الرضى
 الشأني ، وقد أشرنا الى ذلك في مبحث المكان من كتابنا « مستمسك العروة
 الوثقى » لكن ذلك يختص بالتصرفات الخارجية مثل اكله وشربه ولبسه ونحوها
 كما هو مورد الحديث ظاهرا ولا يطرد في التصرفات الاعتبارية مثل بيعه ورهنه
 واجارته فلو باع مال غيره بلا اذن منه لكن كان بحيث لو التفت لاذن لم يصح البيع
 بل يلحقه حكم الفضولي كما سيأتي انشاء الله في مبحث الفضولي ﴿ قوله : ومن ان
 الظاهر ان عنوان ﴾ هذا غير ظاهر كما تقدم منه « ره » في رد صاحب الجواهر
 وفي استدلاله على الصحة بمثل : احل الله البيع ، ونحوه وفي غير ذلك فراجع
 وما ذكر من الأمثلة قد تقدم في التنبيه الثاني احتمال كونه من قبيل : أعتق عبدك
 غني ، مما كان راجعا الى تولية الغير لا يقع المعاملة بين نفسه وصاحب المال ،
 ﴿ قوله : وهذا ليس بيميد على ﴾ هذا بالنظر الى القواعد لحصول الرضى الكافي
 في جواز التصرف ولكن كونه من المعاطاة بيميد لما عرفت . والله سبحانه ولي التوفيق
 وهو حسبنا ونعم الوكيل .

مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع

﴿ قوله : لا اشكال ولا خلاف في عدم ﴾ يقتضي ذلك عمومات الصحة
 والنفوذ ﴿ قوله : هو الأصل ﴾ لأصالة عدم ترتب الأثر بدونه ، اللهم إلا أن
 يكون مراد الفائل من أصالة عدم الوجوب أصالة الاطلاق والعموم في ادلة النفوذ
 الحاكم على أصالة عدم ترتب الأثر ولأجل ذلك لا يحتاج في اثبات عدم الاشتراط
 الى التمسك بالفحوى الآتية ﴿ قوله : بل لفحوى ما ورد ﴾ فان اهتمام الشارع
 الأقدس في الفروج أشد منه في الأموال فاذا صح الطلاق بالإشارة مع القدرة

على التوكيل صح بيعه بها ايضا حينئذ لكن كون الأولوية المذكورة قطعية غير واضح ﴿ قوله : صورة قدرة ﴾ فمع عدم القدرة على اللفظ يكون المورد خارجا عن القدر المتيقن خروجه عن الاصل فيتعين الرجوع فيه الى الأصل المذكور المقتضي لزوم معاطاة الآخرس . هذا ولكن الكلام في عقد الآخرس وبيعه لا في معاطاته والا فلا يظهر الفرق عندم بين معاطاته ومعاطاة غيره في الاحكام ﴿ قوله : والظاهر ايضا كفاية ﴾ لا فرق بين الكتابة والاشارة فيما تقدم ﴿ قوله : لفحوى ما ورد من ﴾ في صحيح البرنطي انه سأل ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال عليه السلام : اخرس هو ؟ قلت : نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال عليه السلام : لا ولكن يكتبه ويشهد على ذلك ، قلت : فانه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال عليه السلام : بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها ، ونحوه خير يونس بل في صحيح الثمالي : سألت ابا جعفر « ع » عن رجل قال لرجل : اكتب يا فلان الى امرأتي بطلاقها او اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقا أو عتقا ؟ قال عليه السلام : لا يكون ذلك طلاقا ولا عتقا حتى ينطق به لسانه او يخطه بيده ... الحديث ، ونسب القول به الى ابني البراج وحزمة والنهاية لكنه - مع حكاية الاجماع من غيرهم على خلافه - معارض بغيره مما دل على انه ليس بشيء حتى ينطق به أو حتى يتكلم به . هذا وقد عرفت الاشكال في الفحوى ﴿ قوله : وفي بعض روايات الطلاق ﴾ هو صحيح البرنطي المتقدم ﴿ قوله : رجوع عما بنى عليه ﴾ هذا غير ظاهر اذ الانشاء انما كان بالأقوال وكذا الافهام وان كان هو بملاحظة القرينة فالقرينة الحالية ما كان بها انشاء ولا افهام وان كانت دخيلة فيه ﴿ قوله : ولذا لم يجوزوا العقد ﴾ الفرق بين المقيمين ظاهر اذ الذي لم يجزوه عقدا هو الانشاء بالفعل المقرون بالقرينة وما نحن فيه يكون الانشاء باللفظ المفهم للمراد بملاحظة القرينة فلا مجال لقياس أحدهما بالآخر ﴿ قوله : الاستدلال المذكور في عبارة التذكرة ﴾ حمل الاستدلال المذكور على ما ذكره (ره) بعيد جدا بل الاقرب

جملة على ارادة الكنايات غير المقرونة بالقرينة وذلك ايضا هو المراد من منع الانشاء بالمجازات يعني ما لم تكن مقرونة بالقرينة ولعل الجمع بذلك بين كلماتهم اولى مما تقدم فالمراد من الصريح ما لا قصور في دلالة على المراد ولو بالقرينة ومن الكناية والمجاز ما لا يكون كذلك ﴿ قوله : ما لم يقصد الملزوم ﴾ قصد المتكلم للملزوم لا دخل له في الدلالة فالعبارة لا تخلو من مسامحة ﴿ قوله : والمفروض على ما تقرر في ﴾ قد تقدم الاشكال في هذه المقايسة ﴿ قوله : فلا يجوز بلفظ الهبة ﴾ عدم جواز ايقاع النكاح بلفظ الهبة ونحوها لا يقتضي وجوب ايقاعه بالفاظ العناوين المعبر بها عنه فان عمومات الصحة والنفوذ اذا كانت تقتضي صحة انشاء البيع وغيره من عناوين المعاملات بالمعاطاة التي هي ليست من منخ الالفاظ والاقوال بل من الافعال فكيف لا تقتضي صحة انشائها بالفاظ الكناية أو المجاز أو المشترك اللفظي أو المعنوي كي يصح ما ذكره الفخر وغيره قدس سرهم من لزوم الانشاء بصيغة مخصوصة ووجوب الاقتصار على القدر المتيقن بالتحقيق ان الاجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم إنما قام على اعتبار مطلق اللفظ في مقابل الفعل لأن ذلك هو القدر المتيقن منه فيرجع في كل لفظ شك في جواز الانشاء به الى العمومات المذكورة . نعم المجازات البعيدة المستبشرة يشكل الرجوع في صحة الانشاء بها الى العمومات لعدم كون انشائها بها منشأ انزع تلك العناوين في نظر العرف ولا تُعد عندهم آلة لانشائها ومثل ذلك مانع من الرجوع الى العمومات بعد تنزيلها على العناوين العرفية أما غير ذلك مما لا يكون ملغى في نظر العرف يتمين البناء على صحة الانشاء به من غير فرق بين ما كان حقيقة ومجازا وكناية ومشتركا لفظيا ومعنويا عملا بالعمومات والاطلاقات المفتضية للصحة والنفوذ من غير تخصيص أو مقيد ظاهر اذ لا منشأ لتوهم التقييد أو التخصيص الا توهم دعوى الاجماع على اعتبار لفظ خاص لسكناها ممنوعة والكلمات المتقدمة شاهد المنع لا اقل من عدم ثبوت الاجماع الموجب للرجوع الى القواعد العامة المفتضية للصحة والنفوذ فلاحظ ﴿ قوله : وعلى هذا فالضابط ﴾ قد عرفت ما هو الضابط ﴿ قوله : رجوع الى عدم اعتبار افادة ﴾ قد عرفت

الاشكال فيه ﴿ قوله : ليس من جذبه ﴾ لا يبعد جملة على ما ذكرنا مما كان استعمال اللفظ في المعنى المنشأ من المجازات المستبشرة والا ففيه الاشكال المتقدم كالاشكل في ظاهر كلام المسالك والكنز ونحوها مما يرجع الى تقييد ادلة النفوذ والصحة من دون مقيد ظاهر ﴿ قوله : تغنيها عن القرينة ﴾ يعنى فيخرج عن حكم المشترك اللفظي الذي تقدم الاشكال فيه ﴿ قوله : ولا يخلو عن وجه ﴾ بناء على ما سبق منه من جواز الانشاء بالمجاز اذا كان الاعتماد على القرينة اللفظية وعدمه مع الاعتماد على غيرها هو التفصيل في جواز الانشاء بلفظ : (شريت) بعد البناء على عدم ظوره في البيع بين ان تكون القرينة على ارادة البيع لفظية فيجوز وغيرها فلا يجوز ﴿ قوله : هو المرادف للبيع ﴾ قد عرفت في البحث عن تعريف البيع الاشكال في ذلك ﴿ قوله : بلفظ غيره مع التية ﴾ هذا يتم بالنسبة الى انشاء المصلحة به لأن الصلح ليس تملكاً : أما بالنسبة الى انشاء الهبة به فغير ظاهر لأن الهبة ايضاً تملك ، غاية الامر انها تملك مجاني يعنى ما لوحظ فيها شيء عوضاً عن العين حتى لو كانت الهبة معوضة فإن العوض فيها إنما لوحظ عوضاً عن التملك لا عن العين المملوكة فانشاء الهبة بلفظ التملك ليس من قبيل انشاء عقد بلفظ غيره بل هو بلفظ نفسه ، الا ان يكون نظره الى قيد التملك - أعني مدخول به عوض - فانه ظاهر في كونه عوضاً عن العين والمقصود منه في انشاء الهبة كونه عوضاً عن نفس الهبة ﴿ قوله : وأما الايجاب باشتريت ﴾ انشاء الايجاب باشتريت (تارة) يكون من قبيل انشاء الايجاب من القابل نظير انشاء التزويج من الزوج بقوله : « تزوجتك » فتقول الزوجة : « قبلت » وانشاء الرهن من المرتهن بقوله : « ارتهنت مالك » فيقول الراهن : « قبلت » ونظيره قول المشتري للبائع : « ابتمت مالك بكذا » او : « تملكته بكذا » فيقول البائع : « قبلت » وسيأتي في مسألة تقديم القبول على الايجاب انه لا بأس به ، وعلى هذا فالمبيع مال القابل وهو المعوض عنه والتمن مال الموجب وهو العوض فيكون المشتري هو الموجب والبائع هو القابل والظاهر ان هذا خارج عن محط كلام المصنف (ره) (واخرى) يكون

« اشتريت » مستعملاً بمعنى « بعت » فيتعلق بمال الموجب ويكون هو الموضع عنه والموضع مال القابل وهو مدخول به المماوضة بأن يقول : (اشتريت مالي بمالك) بمعنى : (بعت مالي بمالك) والظاهر أن هذا هو محط كلام المصنف (ره) وينبغي أن يكون جواز الإيجاب به مبنياً على جواز الإيجاب بالمجاز لأن استعمال « اشتريت » بمعنى « بعت » و « شريت » مجاز في قوله : وفيه اشكال . كأن وجه ظهور كلماتهم في عموم المنع لذلك . قوله : واشتريت وشريت . الأول مأخوذ من « شريت » بمعنى « بعت » والثاني مأخوذ من « شريت » مقابل « بعت » . قوله : وشبهها وجهان . اقواها الانعقاد بها كما في « رضيت » لاشتراك الجميع في اقادة القبول بالإيجاب المقوم لمفهوم القبول ، واستعمالها إيقاعاً مستقلاً في بعض المقامات في قبالة جزئي العقد كما في الفضولي وعقد المكره غير قاذح لا إطلاق دليل النفوذ بها .

مركز تحقيقات فقه تورع علوم اسلامی

﴿ قوله : بالألفاظ المشتركة ﴾ وكذا لو كان بالألفاظ المختصة مع الاختلاف في المتقدم ﴿ قوله : ثم اختلفا في ﴾ كما لو كان اختلاف في الآثار الشرعية بين الموجب والقابل ﴿ قوله : فلا يبعد الحكم بالتحالف ﴾ هذا إذا كانت الآثار الشرعي مترتبة على كل من الدعويين كما لو كان كل من العوضين حيواناً وبني على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري كما لو بيع الفرس بحمار فادعى من انتقل إليه الفرس أنه المشتري وأن له الخيار وكذا ادعى من انتقل إليه الحمار فتأمل أما لو كان مترتبة على إحداها دون الأخرى كما لو كان أحد العوضين حيواناً والآخر ثوباً فادعى من انتقل إليه الحيوان أنه اشتراه بالثوب ليكون له الخيار وقال من انتقل إليه الثوب : انا اشتريت الثوب به وانت بعت الثوب بالحيوان فالحيوان ممن لا مبيع فلا خيار لك ، فالقول قول الثاني وعليه التمين لأصالة عدم الخيار .

مسألة في اعتبار العربية في العقد

﴿ قوله : ولأن عدم صحته ﴾ هذا الاستدلال منقول على تعليق الارشاد ﴿ قوله : وفي الوجهين ما لا يخفى ﴾ اذ التأسى انما يقتضي الصحة في مورده لا انه يصالح لتقييد اطلاقات الصحة والنفوذ الشامل لغير العربي والأولية ممنوعة كما يظهر من ملاحظة ادلة الماضوية ﴿ قوله : صحته بغير العربي ﴾ يقتضيه الاطلاقات والعمومات الدالة على صحة العقود ونفوذ البيع والتجارة والظاهر أن ذلك هو المشهور لعدم تعرض الاكثر للشرط المذكور وانما تعرض له جماعة على ما حكى وهو ما بين ناف له ومثبت ﴿ قوله : بناء على ان دليل ﴾ هذا هو الممدار في أحكام جميع الفروع المذكورة في هذا المقام ، ولأجله يظهر ان بعض التعليقات المذكورة في كلام المصنف (ره) الآتي لا أهمية لها ﴿ قوله : الا اذا ميز بين معنى ﴾ اعتبار هذه الجهة غير ظاهر ولا سيما وأن تمييز بعض الخصوصيات محتاج الى كمال معرفة ومزيد خبرة بل بعضها محل نظر واختلاف بين علماء العربية فكيف يتوقف صدق التكلم بالعربية على مثل هذا التمييز .

اعتبار الماضوية

﴿ قوله : اعتبار الماضوية ﴾ من المعلوم ان الفعل الماضي انما يحكي عن التلبس بالمبدأ في الزمان الماضي ومقتضى ما تحقق في عمله من ان معنى الكلام الخبري والانشائي واحد وانما الاختلاف بينهما في قصد الحكاية في الخبر وقصد الایجاد في الانشاء ان انشاء مثل البيع بلفظ الماضي يقتضي تحقق البيع في الماضي لا في الحال فقصد الانشاء في الحال يتوقف على جواز استعمال الالفاظ المجازية في العقود والایقاعات ولأجل انه لا ريب في جواز الایجاب بالفعل الماضي في البيع وغيره

يظهر أن القول بعدم جواز استعمال المجاز في غير محله كما عرفت ، وأما الفعل المضارع فهو مشترك بين الحال والاستقبال فاستعماله في انشاء المادة في الحال حقيقة فهو من هذه الجهة أولى بالصحة من الفعل الماضي ﴿ قوله : لصراحته في الانشاء ﴾ الفعل الماضي كما يستعمل في الانشاء يستعمل في الاخبار بل الثاني هو الشائع فصراحته في الانشاء إنما تكون بقربنة المقام بل عرفت أنها قرينة المجاز فلم لا تكون القرينة المذكورة قرينة في المضارع على عدم كونه خبرا ولا كونه انشاء للوعد وكذا الحال في فعل الأمر فإنها أيضا تكون قرينة على كونه انشاء للسادة لا أمرا بالفعل « وان شئت » قلت : معنى « إفعل » انشاء الفعل وإنما يحمل في مثل « إضرب » ونحوه على كونه استدعاء لامتناع انشاء الضرب فليكن في مثل : (بع) ونحوه مستعملا في معناه الأصلي ، وحمله على الاستدعاء والأمر بالانفعل إنما كان قياسا على مثل : (اضرب) ونحوه مما كان يمتنع فيه انشاء المادة لأنه معناه الأصلي لا أقل من كون قرينة الحال مانعة من الحمل عليه وإن كان لولاها الحمل عليه من جهة المقايضة التي هي القرينة التوجيهية على الحمل على الاستدعاء ، ومن ذلك تعرف ان الايجاب بالمضارع أولى بالصحة من الايجاب بالماضي والايجاب بالأمر أولى بالصحة منها . نعم الايجاب به غير متعارف ولأجله قد يشكل لشبهة عدم عدمه ايقاعا عند العرف فيكون نظير الايجاب بالمجازات المستبشرة التي تقدم الاشكال في جواز الايقاع بها ﴿ قوله : قرينة المقام فتأمل ﴾ قد عرفت ان قرينة المقام لا بد من الاعتماد عليها أيضا في الايجاب الماضي فكيف يكون ذلك قادما في صحة الايجاب .

مسألة في لزوم تقديم الإيجاب

﴿ قوله : مضافا الى ما ذكر ﴾ يعني الاجماع ﴿ قوله : خلاف المتعارف ﴾ المتعارف لا يوجب تقييد المطلق ولا تخصيص العام ﴿ قوله : يتضمن انشاء نقل ماله في الحال ﴾ يمكن الاشكال عليه بما عرفت من ان القابل ليس ناقلا ولا جاعلا بل ذلك وظيفة الموجب ، والقابل انما وظيفته امضاء الإيجاب على اختلاف مضامينه من كونه نقلا أو تمليكا أو تبديلا أو غير ذلك ، ولو سلم ذلك فلا يسلم اعتبار خصوصية الحال في نقل القابل بل هو تابع لنقل الموجب في الخصوصية فان كان الموجب يجعل النقل في الحال كان القابل كذلك وان كان في غيره فكذلك ، فاذا تقدم الإيجاب كان المقصود منه النقل بعد تمام العقد ، فالمقصود من القبول النقل حاله لانه المطابق للنقل بعد تمام العقد ، واذا تأخر الإيجاب كان المقصود النقل في الحال لانه زمان تمام العقد فيكون المقصود من القبول المتقدم النقل بعد الإيجاب بخصوصية الحال في القبول المتأخر انما لوحظت لمطابقتها لحال تمام العقد والا فلا يظهر الفرق بين الإيجاب والقبول من هذه الجهة (فالأولى) ان يقال : ان مفهوم القبول وان كان في نفسه مما يصح ان يتعلق بالأمر الاستقبالي كما يتعلق بالأمر الماضي نظير الرضى والحب والبغض ونحوها بل لا يمتبر فيه تحقق إيجاب حتى في المستقبل لتعلقه بالوجود الحاضري لا غير الا ان القبول العقدي أعني ما يقوم به المقدوم يكون متمما له مختص بما يتعلق بالأمر الماضي فيكون معنى القبول القابل للإيجاب هو قبول خصوص ما جعل وأنشئ لا ما يجعل وينشأ وان كان يجعل في المستقبل فلو تقدم كان قبولا لما يُجعل لا لما جعل فلا يلتزم مع الإيجاب المتأخر « وبالجملة » : القبول العقدي إمضاء لما وقع لا مجرد الرضى بأمر وان لم يقع ولعل هذا هو المراد من الاستدلال على وجوب تقدم الإيجاب بأن القبول فرع الإيجاب لا أن المراد فرعيته له فرعية الحكم لموضوعه لأن القبول لما كان عارضا على الإيجاب ومتممًا له كان فرعًا

عليه فإن الفرعية بهذا المعنى لا تستوجب التأخر الزماني فإن الرضى بشيء عارض عليه ، ومع ذلك لا يستوجب وجود المعروض خارجا فضلا عن تقدمه زمانا لأن المعروض إنما هو الوجود الذهني المحاطي لا الخارجي كما سيأتي في كلام بعض المحققين ﴿ قوله : فساد ما حكى عن بعض المحققين ﴾ حكى ذلك السيد في مفتاح الكرامة عن استاذة (قدس) ﴿ قوله : ومما ذكرنا يظهر الوجه ﴾ قد عرفت الاشكال فيه بل الوجه ما ذكرنا من غير فرق بين أن يكون بلفظ « قبلت » وغيره لا طراد وجه المنع من التقديم في المقامين ﴿ قوله : منع دلالة رواية سهل ﴾ بل الظاهر من قول الرجل : زوجنيها ، طلب تزويجها وإظهار الرغبة فيه لا إنشاء القبول والا كان معلقا باطلا لقوله : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، على رواية العامة وإضا لو كان إنشاء للقبول لم يكن مطابقا للإيجاب لأن الإيجاب كان مقيدا بمهر خاص قد خلا عنه القبول (ودعوى) جواز المخالفة بين الإيجاب والقبول في وجود المهر وعدمه (لازمها) إما عدم ثبوت المهر المذكور في الرواية على الزواج فيكون ذكره لغوا أو ثبوته على الزوج بدون قبوله وهو مما لا يمكن الالتزام به لكونه من قبيل الشرط على الغير في الأيقاع المنافي لقاعدة السلطنة فتأمل ثم إن الرواية المذكورة لا إطلاق فيها من حيث عدم ذكر القبول بعد إيجاب النبي - صلى الله عليه وآله - لأنها حكاية حال مع أن المقصود الحكاية عن الواقعة الخارجية في الجملة فلا تدل على عدم الاحتياج إلى إعادة القبول بعد الإيجاب فلاحظ ﴿ قوله : الأقوى المنع في البيع ﴾ قد عرفت امتناع تقدم القبول على الإيجاب بأي لفظ كان - مضافا إلى أن الأمر مما لا يصح الإيجاب به ولا القبول تقدم أو تأخر ﴿ قوله : قد صرح في المبسوط بصحته بل ﴾ يعني فلا إجماع على عدم حصول الملك به وحيث يرجع في صحته إلى العمومات المقتضية للصحة وكذلك في اللزوم هذا ولكن عرفت أن تقدم الإيجاب على القبول معتبر في تحقق مفهوم العقد فمع انتفاؤه ينتفي فلا مجال للتمسك بعموم الوفاء بالعقود ونحوه مما كان موضوعه العقد أو نوع منه . نعم لا بأس بالتمسك بعموم حل التجارة لصدقها في المقام وإن لم

يكن عقد ومن ذلك يظهر ان ترتيب احكام البيع على المعاملة مع تقدم القبول لاجمال له لأن البيع العرفي من انواع العقد وقد عرفت انه لا يصدق مع تقدم القبول بل ذلك مقتضى ما ذكره المصنف (ره) من وجه المنع من تقديم القبول لأنه على تقدير تماميته مانع عرفي عن صدق البيع والعقد فيمتنع ايضا لأجله التمسك بعموم الوفاء بالعقود ؛ وعموم حل البيع في حال تقدم القبول ، ومنه بشكل ما ذكره المصنف (ره) ولعله الى ذلك اشار بقوله فتأمل ﴿ قوله : ان الادخال في الايجاب ﴾ يعني مثل (بعت فرسي بدرهمك) ﴿ قوله : وفي القبول ﴾ يعني مثل (اشتريت فرسك بدرهمي) فان تعليق الفعل بالفرس يقتضي دخوله في ملكه وجعل الدرهم عوضا بادخاله العوض عليه يقتضي خروج ماله الى الغير ﴿ قوله : وحينئذ فليس في حقيقة ﴾ لما ذكره من أن « اشتريت » مما يصح الانشاء الحالي به كـ (بعت) وانما بفتركان فيما ذكره (فان قلت) : كيف يتم ذلك مع أن التاء فيه للمطاوعة الدالة على مطاوعة الفاعل لغيره وقبوله لأنزه ، وبالجملة : التاء في (اشتريت) تدل على مطاوعة فاعله لفاعل (شريت) فليس الفرق بين (قبلت) و (اشتريت) الا ان الأول يدل على المطاوعة بمادته والثاني بهيئته (قلت) : تاء المطاوعة لا يجب في مدخولها ان يكون صادرا من فاعل غير فاعل الفعل بل يكفي فيه ان يكون مما يصح فيه ذلك فيقال : (رميت زيدا فارتمى) ويصح ان يقال : (ارتمى زيدا) كما يصح ان يقال : (اكتسى واهتدى) وان لم يكن له رام وكاس وهاد ﴿ قوله : مفقود في الايجاب المتأخر ﴾ يعني أن يكون قبولا للقبول المتقدم فاذا قال المشتري ابتداء (اشتريت فرسك بدرهمي) فقال البائع : (بعتك فرسي بدرهمك) امتنع أن يكون قبولا لايجاب المشتري كي يكون مالك الدرهم بأمنا ومالك الفرس مشتريا لأن المشتري ينقل ماله الى البائع بالالتزام وهو انما ينطبق على مالك الدرهم لا مالك الفرس لأن مالك الفرس نقل الفرس الى الغير بنفس الفعل وهو (بعتك فرسي) بل الذي ينطبق على مالك الفرس هو البائع لأن البائع هو الذي ينقل مال غيره اليه بالالتزام ومالك الفرس كذلك . هذا ولكن يمكن ان يقال : إنه وان امتنع ان يكون قوله

البائع : (بعت) بعد قول المشتري : (اشتريت) اشتراء لكن لا مانع من أن يكون قبولا لإنشاء (اشتريت) إذا كان صادرا بعنوان تنفيذه وقبوله غاية الأمر أن يكون معاملة أخرى عكس البيع من حيث المدلول الصريح والضماني إيجابها « اشتريت » وقبولها (بعت) أو (قبلت) أو نحوهما مما يتضمن القبول والامضاء والتنفيذ وكذا الحال في بقية العقود فكما يصح عقد الزويج بأن تقول المرأة : (زوجتك نفسي) فيقول الرجل : (قبلت) يصح أيضا بأن يقول الزوج : (زوجتك) فتقول المرأة : (قبلت) وكما يصح عقد الإجارة بقول مالك الدار : (آجرتك داري) فيقول المستأجر : (قبلت) يصح بقول المستأجر : (استأجرت دارك) ويقول المالك : (قبلت) وهكذا ﴿ قوله : متعاكسان ﴾ فإن « رضيت » إنما تفيد المطاوعة ، وبها يكون إنشاء لنقل ماله إلى البائع ، ولأجل أن المطاوعة تمتنع مع التقدم امتنع تقدمه و « اشتريت » يفيد الإنشاء بنفسه ولا يفيد المطاوعة إلا إذا تأخر ، ولأجل أنه يفيد الإنشاء جاز تقدمه و « رضيت » يفيد المطاوعة و « اشتريت » لا يفيد إلا إذا تأخر و « اشتريت » يفيد الإنشاء لنقل ماله و « رضيت » لا يفيد إلا إذا تأخر ﴿ قوله : وقبول الأثر فلا ﴾ اعتبار القبول في العقد وكونه أحسد ركنيه مما لا ريب فيه عند العرف وبذلك افترق العقد عن الإيقاع فإن كثيرا من الإيقاعات يتوقف على الرضى ممن بيده جملة وإنشاؤه وبذلك لا تسمى عقودا لأن الرضى المعتبر فيها ليس بالمعنى الذي يكون مطابق مفهوم القبول العقدي المتقوم بالرضى به على نحو المطاوعة والالتحاق فلو قال زيد : ملكت فرسي عمرا بدرم ، وقال عمرو - من دون علم بإيجاب زيد - : تملكك فرس زيد بدرم ، لم يكن ذلك عقدا بل كانا إيجابا بين مستقلين فالعقد ليس منتزعا من مجرد توارد الإيقاعين على أمر واحد ، ولو وقع الوليان إيقاعين لمضمون واحد لم يكن إيقاعا عقدا ، بل لا بد فيه من عناية كون أحدهما تابعا للآخر وامضاء له بلا فرق بين أن يكون القبول بلفظ « قبلت » وغيره كـ « اشتريت » و « ابتعت » ونحوهما . نعم يفرقان في أن الأول لا يصح أن يكون إيجابا بخلاف الثاني فإنه يصح أن يكون إيجابا ، كما

يفترقان أيضا بأن الأول لا يتوقف كونه قبولا على أكثر من قصد مضمونه بخلاف الثاني فإنه إنما يكون قبولا إذا كان صادرا بعنوان التبعية لغيره وامضائه ﴿ قوله : جامعا لتضمن ﴾ قد عرفت أن وظيفة القابل ليس إلا امضاء ما جملة الموجب من دون زيادة على ذلك لا صريحا ولا ضمنا فتملك البائع للثمن ليس يجعل المشتري ولا تملك المشتري للمبيع بل هما يجعل البائع وإيجابه بضميمة قبول المشتري وامضائه ، ﴿ قوله : ولا يعتبر انشاء انفعال ﴾ يعني كي يجب تأخره لكن عرفت اشكاله ، ﴿ قوله : الحلي وابن حمزة ﴾ فإن الثاني قال في الوسيلة : الثامن - يعني من شروط البيع - تقديم الإيجاب على القبول ، وقال الأول في السرائر : فأن كان القبول متقدما على الإيجاب فالبيع غير صحيح ﴿ قوله : ولا فرق بين المتعارف ﴾ قد يمكن الفرق بأن المتعارف هنا من قبيل الغالب المتخلف في بعض الموارد بشهادة ما ورد في بعض نصوص عقد النكاح من قول الزوج : أنزوجك ، وقول الزوجة : نعم ، بخلاف المتعارف في المسألة الآتية فإنه لم يعرف تخلف له ، والتعارف على النحو الأول لا يقيد الاطلاق بخلاف المتعارف على النحو الثاني ﴿ قوله : ثم إن ما ذكرنا ﴾ يعني من جواز تقديم القبول إذا كان متضمنا لانشاء مستقل في نفسه وإن لم يكن قبولا بالمعنى الأخص ﴿ قوله : من جهة تحقق عنوان الرهن ﴾ يعني أن القبول المذكور إنما يسمى قبولا ويتحقق فيه عنوان القبول لتحقيق معنى المطاوعة فيه المطابق لعنوان الارتهان وهو مما يمتنع تحققه بدون تحقق عنوان الرهن لأن الارتهان من قبيل الانفعال الممتنع تحققه بدون الفعل . هذا والظاهر أن هذا التقريب بعينه جار في تقديم قبول البيع إذ يمكن أيضا أن يقال فيه : إن صدق القبول عليه لتحقيق عنوان الابتياح المطاوع للبيع الذي لا يمكن تحققه بدونه فلو تقدم لم إما عدم صدق القبول عليه لو لم ينطبق عليه عنوان الابتياح أو صدقه لو انطبق عليه العنوان مع انفكاكه عن البيع وهو ممتنع ، وعليه كان المناسب ذكره وجها للمنع عن تقديمه وعدم الاقتصار على ما سبق منه (قد) - مضافا إلى أنه لا يظهر الفرق بين القبول بمثل « تملكك » مما كان فيه انشاء أمر وغيره وقد

تقدم منه أنه لا يعتبر في صحة العقد وجود القبول على نحو المطاوعة لعدم الإجماع عليه فما الذي ألجأ إلى اعتباره في مثل هذه الموارد ، لكنه لا يتم في المفامين لأن عنواني الفعل والانفعال كالبيع والابتيع والرهن والارتهان والكسر والانكسار لهما مطابق واحد وإنما الاختلاف بالاضافة فإذا أضيف إلى الفاعل كان فعلاً وإذا أضيف إلى المفعول كان انفعالاً فكما لا يتحقق الانفعال بدون الفعل كذلك لا يتحقق الفعل بدون الانفعال فإذا كان ما ذكر مانعاً من تقدم القبول كان مانعاً من تقدم الإيجاب أيضاً لكنه ليس كذلك إذا ما ذكر إنما يتم لو كان الارتهان منتزعا عن مجرد القبول والرهن منتزعا عن مجرد الإيجاب ، أما لو كانا معاً منتزعين من مجموع الإيجاب والقبول أعني نفس العقد الذي هو منشأ العنوان الواحد الخاص الذي يكون موضوعاً للاضافتين المذكورتين أعني الاضافة إلى الفاعل والاضافة إلى المفعول ، فلا ينطبق على القبول المتقدم عنوان الارتهان ولا على الإيجاب المتقدم عنوان الرهن بل موضوع العنوانين المذكورين الرهن والمرتهن وهما متلازمان في الانطباق عليها ولا يعرضان إلا بعد تحقق تمام منشأ النزاع أعني تمام العقد ، وهكذا الكلام في البيع والابتيع وغيرها ، فلاحظ ﴿ قوله : التزام بشيء ﴾ يعني نقل ماله إلى غيره كما في عقود المعاوضات على ما تقدم منه « قد » ﴿ قوله : بغير عوض ﴾ يعني لا يكون القابل فيها ناقلاً ماله إلى غيره ﴿ قوله : فلما كان ابتداء الالتزام ﴾ قد عرفت أننا إن الإيجاب عبارة عن إنشاء العنوان والقبول تنفيذ ذلك الإنشاء والرضى به فمن قام به الإنشاء موجب تقدم أو تأخر ومن قام به التنفيذ والرضى قابل تقدم أيضاً أو تأخر ولا فرق بين المصالحة وغيرها من العقود نعم بينهما فرق من جهة أخرى لا ترتبط بما نحن فيه وهو أن المصالحة لا يتميز فيها أحد المالكين عن الآخر بانطباق عنوان خاص عليه دون الآخر كما في البيع فإن مالك المعروض بائع ولو كان هو القابل ومالك العوض مشترر ولو كان هو الموجب فلو قال الثاني : اشتريت مالك بمالي ، فقال الآخر : قبلت ، صح على ما عرفت وكان المشتري هو الموجب والبائع هو القابل بخلاف عقد المصالحة فإن الموجب

هو المصالح - بالكسر - دائما والقابل هو المصالح - بالفتح - دائما ﴿ قوله :
 كان ايجابا آخر ﴾ اذ ليس فيه انشاء عنوان القبول بالمعنى المتقوم بالمطابقة على ما
 عرفت من كونه جزءا من العقد ﴿ قوله : بغير لفظ « قبلت » ﴾ يمكن أن
 يكون القبول بمادة الصلح المتضمنة للانفعال مثل « اصطلحت » فينبذ لا مانع من
 تقدمه على القبول كما في « ابتعت » اذ لا يظهر الفرق بين المقامين بل لا مانع من
 انشاء القبول بمثل « صالحتك » وان كان الايجاب بهما ايضا لا أن كونه ايجابا
 مستقلا يتوقف على عدم صدوره بعنوان المطاوعة والتنفيذ والا تعين قبولا وان
 كان بلفظ الايجاب كما عرفت في انشاء القبول : « ملكت » - مشددا - بعد
 انشاء الايجاب : « تملكك » ﴿ قوله : فتلخص مما ذكرنا ان ﴾ قد عرفت ان
 القبول ليس الا مفهوم واحد إما صالح للتقديم مطلقا لو كان بمعنى انشاء الرضى
 بشيء ولو كان مستقبلا من دون فرق بين انواع العقود ، وإما غير صالح للتقديم
 لو كان بمعنى انشاء الرضى بما جعل وانشئ من دون فرق بين انواع العقود ايضا
 فكلمات المصنف « قد » لا تخلو في هذا المقام من غموض واشكال . والله سبحانه
 الموفق .

من شروط العقد الموالاة

﴿ قوله : صورة اتصاله ﴾ يعني تكون الصورة الاتصالية مقومة له عرفا
 بنحو يفتقر بفواتها ﴿ قوله : فيقبح تحليل الفصل ﴾ هذا غير ظاهر من العرف ،
 بل الظاهر الاكتفاء في تحقق العقد ببقاء العهد النفساني في نفس الموجب فاذا كان
 باقيا الى زمان القبول وتحقق كفى ذلك في تحقق العقد عندهم ولو مع الفصل الطويل
 فاذا قال الموجب : بعثك الفرس بدرهم ، فلم يقبل المشتري وبقي ساكنا فصار
 الموجب يعظه وينصحه ويوضح له أن له في الشراء فوائد فلما اقتنع المشتري قبل ،
 صدق العقد وان كان مع الفصل بالكلام الاجنبي ، كما أنه لو لم يبادر المشتري الى

القبول حتى انصرف الموجب عن الايجاب وأعرض فقبل لم يتحقق العقد ، وهذا هو السر في عدم صدق العقد مع الفصل المفترط كسنة أو أزيد على ما ذكره المصنف **« ر ه »** قوله : فلا يضره عدم صدق **﴿** صدق البيع بدون العقد غير ظاهر ، بل الظاهر كونه عند العرف من أنواع العقد فلا يتحقق بدون شرائط العقد ، واما التجارة فهي وإن لم تختص بالعقود فإن حيازة المباحات نوع من التجارة وليست عقداً إلا أن التجارة على نحو المماوضة منها ، لا أقل من عدم ثبوت خلاف ذلك الموجب للرجوع الى اصالة عدم ترتب الأثر وعدم جواز الرجوع الى عموم حل التجارة لعدم إحراز موضوع **﴿** قوله : للرواية فافهم **﴿** لعله اشارة الى ما تقدم من ان اعتبار الموالاة إنما هي في خصوص العقد لا مطلق الأسباب كالتجارة والبيع لأنه خلاف عموم نفوذها ويمكن ان يكون السكاح كذلك .

مشرائط العقد التنجيز

مركز تحقيقات كامپتور علوم اسلامی

﴿ قوله : وظاهر المسالك في مسألة **﴿** قال فيها : واشترائط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود . انتهى . وهو صريح في دعوى الاتفاق ، **﴿** قوله : ادعى الاجماع على **﴿** قال في التذكرة : لا يصح عقد الوكالة معلقاً بشرط أو وصف فإن علقت عليها بطلت مثل أن يقول : ان قدم زيد ، أو : اذا جاء زيد رأس الشهر فقد وكلتك . عند علمائنا وهو أظهر وجهي الشافعية انتهى ، وكان المباركة المحكية في المتن غير هذه العبارة **﴿** قوله : منان للجزم **﴿** كأنه يريد الجزم بوجود المذنب من قبل المورج وإلا فالجزم بوجوده مطلقاً بما لا يمكن اعتباره في الايجاب لتوقف الوجود على القبول وهو مشكوك ، بل ربما يتوقف على أمر آخر من قبض وغيره وهو غير معلوم وكيف كان فلا دليل على اعتبار الجزم بأي معنى فرض **﴿** قوله : وان شرط المشيئة **﴿** يعني ان يقول : بعتك ان شئت **﴿** قوله : وبقاؤها مدته **﴿** يعني لو علم بثبوتها قبل العقد فيمكن الجهل ببقائها حال العقد ،

﴿ قوله : صفة يقتضيها اطلاق ﴾ فان العقد لو اطلق ولم يزيد بمشيئة المشتري فهو مقيد بها ذاتا لأن فرض كونه عقداً يقتضي توقفه على القبول الناشئ من مشيئة المشتري فبدونها لا قبول فلا عتد فلا بيع والا كان ايقاعاً لا عقداً وهو خلف وهذا هو المراد من قوله : لم يشأ لم يشتر ﴿ قوله : ولا رضى الامع الجزم ﴾ هذا غير ظاهر لأن الرضى بشيء لا يتوقف على امكان حصوله فضلاً عن الجزم بوقوعه وكما أن المنشأ المطلق يتعلق به الرضى كذلك المنشأ المعلق ﴿ قوله : لأن الاعتبار بجنس ﴾ الظاهر أن مراده أن الجبل بالحصول المانع من صحة التعليق يراد به الجبل بالحصول بلحاظ نفس مضمون الكلام فان التعليق على أمر ليس فيه تعرض لثبوت ذلك الأمر المعلق عليه المستوجب لجهالة الأمر المعلق فلا ينافي ذلك العلم به من جهة أمر خارج عن الكلام ﴿ قوله : لا متوقع الحصول ﴾ مقتضى هذا الكلام اختصاص المنع بالتعليق على الأمر الاستقبالي ﴿ قوله : كما اعترف به الشهيد ﴾ راجع الى دخوله في معقد اتفاقهم لا الى قوله : لا يجري فيه ، فانه انما لا يجري فيه بناء على ان المراد ظاهره أما بناء على ما فسر به الشهيد فيجري فيه ﴿ قوله : فهو المتيقن من معقد ﴾ يعني من دون فرق بين أن يكون حالياً او استقبالياً لكن بعض الأدلة الآتية على امتناعه تختص بالثاني فيكون هو القدر المتيقن ﴿ قوله : كما لو شرط في البيع ﴾ لا يخفى عدم المناسبة بين المقامين إلا من حيث استعمال لفظ الشرط فيها وان كان المراد به مختلفاً في المقام بمعنى التعليق وفي النظر بمعنى الالتزام في ضمن العقد كما سيشير اليه المصنف (ره) ﴿ قوله : فالمعلق في كلام المتكلم غير ﴾ هذا يتم في الشروط الشرعية وأما الشروط العرفية فهي معلق عليها في كلام المتكلم مثل : ان كانت زوجتي فهي طالق ، لامتناع قصد إنشاء المنشأ بدونها الا أن يشرع الموقع في ايقاعه ولا يجري على ما عند العرف ، ﴿ قوله : بعتك إن قبلت ﴾ وجه التأييد ان القبول مما لا يعلم بوجوده غالباً . ثم ان من هذا الكلام يعلم ان التعليق على امر يتوقف عليه المنشأ لا مانع منه ولو كان استقبالياً فلا يختص كلام المصنف (ره) بالحالي بل يعمه والاستقبالي كما يقتضيه

اطلاق عبارة المصنف « ره » السابقة ﴿ قوله : ان كان هو مدلول ﴾ مدلول الكلام هو نفس المعنى المنشأ ، كما ان مدلول الكلام الخبري هو نفس المعنى المخبر به لكن مراد المصنف (ره) نفس الانشاء بقرينة المقابلة للشق الثاني ﴿ قوله : فالتعليق غير متصور ﴾ وجهه ان الانشاء من قبيل الابداع وكما ان الابداع الحقيقي لا يقبل الاناطة والتعليق لأن ذلك يستدعي الفرض وهو غير التحقيق كذلك الانشاء ، لكن قد يشكل ذلك بان الانشاء للامور الاعتبارية غير الانشاء للامور الحقيقية إذ الثاني عين الوجود والاختلاف بينهما اعتباري ، والوجود عين التحقق المنافي للفرض والتعليق بخلاف الثاني فانه متقوم بقصد حصول المنشأ ، وكما ان القصد قائم بالموضوعات الحافظة الذهنية الحاكية عن الخارج وان لم يكن لها خارج بل قد يكون ممتنعاً في الخارج ، لا مانع من أن يكون منوطاً بشروط الحافظة حاكية عن الخارج ، وكما يصح ان يكون منوطاً بتلك الموضوعات الحافظة بما هي حاكية عن الخارج يجوز ان يكون منوطاً بشروط الحافظة فان الاناطة في المقامين من قبيل واحد وان كان بينهما جهة اختلاف لاختلاف الاضافة القائمة بين الحكم وموضوعه مع الاضافة القائمة بين الحكم وشرطه ، بل ادعى بعض الاعيان أن التعليق في العقود والابقاعات التعليقية انما هو لنفس الانشاء اذ لو كان للمنشأ في القضايا الانشائية لكان للمخبر في القضايا الخبرية ولازمه عدم صدق الخبر بانتفاء الملحق بانتفاء الملحق عليه فيكون قوله تعالى : « لو كان فيها آلهة الا الله لفسدنا » من الخبر الكاذب - والعياذ بالله - وأيضا يكون ذلك مخالفا لما صرحوا به من ان صدق الشرطية لا يتوقف على صدق طرفيها لأنه بانتفاء طرفيها لا يكون للمخبر به واقع فالأخبار عنه بلا واقع فلا يكون صادقا فيتمين لذلك الالتزام بان الشرط في قولنا : ان كانت الشمس طالعة كان النهار موجوداً ، قيد للأخبار بوجود النهار فالأخبار بوجود النهار كان معلقاً على طلوع الشمس فمع طلوع الشمس يكون الأخبار فعلياً ويكون حينئذ أخباراً صادقا ومع عدم طلوع الشمس لا إخبار فعلي بوجود النهار حتى يكون كاذباً ، وهكذا الكلام في الآية الشريفة فعلي فرض تعدد الآلهة

يكون الاخبار بالفساد وهو حينئذ صادق وعلى فرض عدم تعدد الآلهة لا إخبار فعلياً حتى يكون كاذباً ، لكن يرد عليه ان القيود المأخوذة في الخبر به مختلفة فان كانت قيوداً تحقيقية فصدق الخبر يتوقف على تحققها ليتحقق المقيد بها مثل قولنا : ركب زيد فرساً ، فانه لو لم يكن المركوب فرساً يكذب الخبر وان تحقق الركوب فضلاً عما اذا لم يتحقق ، وان كانت القيود تعليلية بأن كان الخبر به مقيداً بها على نحو التعليق لا التحقيق فصدق الخبر لا يتوقف على ثبوتها ولا ثبوت المعلق عليها المقيد بها على نحو التعليق ، بل يتوقف على ثبوت المعلق عليها على تقدير ثبوتها في المثال المتقدم ان كان وجود النهار ثابتاً على تقدير طلوع الشمس يكون الخبر صادقاً وان كان غير ثابت على تقدير طلوع الشمس يكون الخبر كاذباً ، وبالجملة : الاستدلال على النحو المذكور ناشئ من البناء على كون قيود الخبر به كلها على نسق واحد وأنها يتوقف صدق الخبر على تحققها وتحقق المقيد بها وليس كذلك بل هي مختلفة (وكيف كان) فالظاهر من الجمل الشرطية المشتملة على التعليق كون الشرط قيداً لنفس الجزء الذي هو موضوع الخبر تارة كما اذا كان الجراء خيراً والانشاء تارة كما اذا كان انشاء ، وفاء الجزء انما تحكي عن الترتيب بين معنى الجزء والشرط كسائر الأدوات المشتمل عليها الكلام لا الترتيب بين نفس الاخبار والانشاء وبين الشرط كيف ونفس الاخبار أو الانشاء ليس ملحوظاً للمتكلم أصلاً فكيف يكون طرفاً لاضافة التعليق الموقوفة على ملاحظة طرفيها - مضافاً الى ان التحقيق والتعليق متنافيان سواء أكان موضوعها الارادة أم غيرها ، والارادة الخارجية التي تكون منشأ اعتبار الاخبار والانشاء وجود تحقيقي فكيف يمكن ان تكون معلقة للتنافي . نعم يصح تعليق الارادة الاخبارية أو الانشائية بمعنى تعليق مفهومها الصالح في نفسه للوجود التحقيق والتعليق ، وأما المصداق الخارجي لها فلا يمكن تعليقه لانه وجود تحقيقي لا غير فيصح قولنا : اذا جاء زيد أريد الاخبار عنه ، بمعنى تعليق الارادة المفهومية لا تعليق الارادة المصدقية ، ومن ذلك يظهر امتناع تعليق الاخبار في مثل : ان قام زيد قت ، من وجهين كما يمتنع تعليق

الانشاء في مثل : ان قام زيد بعت ، من الوجهين ايضا ﴿ قوله : وان كان
الكلام في انه ﴾ كان المناسب في التعبير ان يقال : وان كان المراد تعليق المنشأ
كالملكية والبيع ونحوهما ﴿ قوله : في مثل أوفوا بالعقود ﴾ لم يتعرض في الدليل
المذكور لخصوص قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) وسببية العقد المذكورة في كلام
المستدل لا يختص دليلها به بل يعمه وغيره من ادلة النفوذ مثل : احل الله البيع ،
و : تجارة عن تراض ، ولو سلم توهم المستدل ذلك كان المناسب الاشكال عليه بعدم
الفرق بين ادلة السببية لا دعوى الفرق بينهما كما قصد المصنف « ره » فان الجميع
من قبيل واحد إما ظاهرة في ترتب الاثر حال وقوع السبب أو غير ظاهرة ﴿ قوله :
وتسلط الناس ﴾ قد تقدم الاشكال في الاستدلال بقاعدة السلطنة على سببية أمر
مشكوك السببية ﴿ قوله : كاف في اثبات ﴾ هذا يتم لو فرض مجرد عدم
صلاحية : اوفوا بالعقود ، لاثبات الصحة أما لو دل على وجوب ترتب اثر العقد
حينئذ بنحو لا يصح الا مع ذلك كان مقدما على مثل : احل الله البيع ، لانه من
قبيل تعارض المقتضي واللا مقتضي . فتأمل ﴿ قوله : اذا وقع ﴾ قيد للعهد
﴿ قوله : هو مدلول العقد ﴾ يعني المضمون العرفي ﴿ قوله : لا يعقل خلافها ﴾
لكون المفروض كونه سببا له فلو لم يترتب لزوم الخلف ﴿ قوله : كثير جداً ﴾
كما في موارد اعتبار القبض كالهبة وبيع الصرف وبيع السلم لكن ثبوت ذلك بالدليل
لا ينافي ظهور دليل النفوذ في خلافه كما بدعيه المستدل . نعم لو كان المدعى
الامتناع العقلي كان ما ذكر رداه عليه في محله ﴿ قوله : لا يلزم هنا تخلف ﴾ لأن
العقد انما يتم بالقبول . نعم يلزم تخلف اثر الايجاب عنه لكن لم يمنعه المستدل ،
﴿ قوله : عدم ترتب الأثر ﴾ يعني الأثر الشرعي وأما الأثر العرفي فيمتنع القصد
اليه مع العلم بعدم ترتبه ﴿ قوله : ما لم يكن سببا ﴾ بأن يكون المقصود من
المعاملة التسبب الى الأثر الشرعي ﴿ قوله : في فقد الشروط المقومة ﴾ قد عرفت
الإشارة الى انه كل ما له دخل في ترتب الأثر العرفي اذا علم بانتفائه لا يمكن القصد
الى المعاملة بلحاظ ترتب اثرها العرفي لأن انتفاء الشرط يوجب انتفاء المشروط ومع

العلم بانتفاء الأثر العرفي يمتنع التوصل إليه من دون فرق بين أن يكون الشرط مقوما لأصل الماهية وأن يكون مقوما لصحتها ﴿ قوله : لأن فساد الوكالة ﴾ كانت المناسب التعليل بأن تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا إنما يقتضي انتفاءها في ظرف عدم كونه مالكا لا انتفاءها ولو كان مالكا في ظرف كونه مالكا يصح الإبقاء من الوكيل ، وأما التعليل المذكور فغير ظاهر (أولا) من جهة أن التعليق الواقعي لا يقتضي الفساد ولذا يجوز الإبقاء بصورة التنجيز وإن كان في الواقع معلقا (وثانيا) من جهة أن بقاء الأذن مع فساد الوكالة محل إشكال وخلاف ، بل الأظهر عدمه لأن الأذن مبنية على الوكالة فلا تبقى بارتقاعها ﴿ قوله : لأن الجزم هنا حاصل ﴾ لا يمكن القصد إلى البيع ولو لم يكن مالكا كما في بيع الفضولي ، ﴿ قوله : دون مثال الطلاق ﴾ كأنه من جهة أن الشرط غير المحرز مقوم فيه وليس كذلك في طرفيه إذ حلية المرأة المتزوج بها من قبيل الشرط الشرعي لترتب الأثر الشرعي لا شرط عرفي وكذلك في بيع أمة الأب فإن كون البائع هو المالك شرط في ترتب الأثر الشرعي ﴿ قوله : لعدم قصده ﴾ قد عرفت أنه لا مانع من القصد إلى المعاملة العرفية ولو مع العلم بانتفاء الأثر الشرعي لا انتفاء شرطه كما في بيع الغاصب .

التطابق بين الإيجاب والقبول

﴿ قوله : من حيث خصوص المشتري ﴾ الخصوصيات المذكورة في العقد منها ما يفوت بفواتها العقد كخصوصية الثمن والمثمن ، ومنها ما لا يكون كذلك كخصوصية وصف المبيع ووصف الثمن وخصوصية الشرط بناء على أن بطلان الشرط لا يقتضي بطلان العقد (فالأول) لا بد من المطابقة فيه بين الإيجاب والقبول لأن تخلفه قصداً موجب لفواته والمفروض أن فواته موجب لبطلان العقد (أما الثاني) فقد يشكل وجوب المطابقة بينهما فيه إذ غاية ما يقتضي ذلك فواته والمفروض أن

فوائده لا يوجب بطلان العقد لتقوم العقد بغيره وتختلفه لا يمنع من صدق العقد بالنسبة الى غيره اذ الوجه في عدم فوات العقد بفوائده انه مُنشأ بنحو تعدد المطلوب فاذا فات العقد بالاضافة الى بعض مراتبه أمكن أن يصح بالاضافة الى بعض آخر والانهلال الى هذه المراتب انما هو بتوسط انهلال الايجاب فان القبول - كما عرفت آنفاً - ليس الا الرضى بالايجاب وامضاه فالتكافؤ كان الايجاب منحللاً الى مراتب متعددة كان القبول تابعا له وان لم يكن منحللاً كان القبول كذلك فاذا كان العمدة في انهلال العقد هو انهلال ايجابه فلا مانع من أن يكون القبول متعلقا ببعض تلك المراتب ويكون العقد متحققا بالنسبة اليها وان لم يكن متحققا بالنسبة الى البعض الآخر مثلا اذا باعه الفرس والحمار بدرهمين فقبل أحدهما بدرهم فقد تحقق العقد بالنسبة الى أحدهما وبطل بالنسبة الى الآخر ومثله ما لو باعه الفرس بعشرة فقبل نصفه بخمسة أو باعه الدابة بشرط خياطة ثوب فقبل بلا شرط { وبالجمله } : البناء على تعدد المطلوب بالنسبة الى بعض الخصوصيات يستدعي جواز المخالفة بين الايجاب والقبول بالنسبة اليها فيصح العقد بالاضافة الى مورد التطابق وببطل بالاضافة الى مورد التخالف فان اريد باعتبار التطابق اعتباره بالاضافة الى تمام مراتب العقد فهو في محله وان اريد بالاضافة الى جميع مراتب العقد فهو غير ظاهر بل ممنوع . اللهم إلا أن يقال : إن انهلال الايجاب انما يترتب عليه الأثر بشرط القبول ، وبعبارة اخرى انهلال الذي يكون موضوعا للأثر انما يكون للعقد لا للايجاب نفسه ولا يخلو من وجه . ثم ان اعتبار خصوصية المشتري والبائع انما يكون في ظرف يكون العوض ذميا لأن اختلافها يوجب اختلاف ما في ذمتها أما اذا كان العوض خارجيا كما لو اعتقد البائع أن الثمن المعين لزيد وقد كان لعمره فقال مخاطبا زيدا : بعتك الفرس بهذا الثمن ، فقبل عمرو صح لأن الخصوصية المذكورة ليست من مقومات المعاملة كما سيجيء التنبيه عليه في بيع الغاصب إذا أجاز المالك ﴿ قوله : لا يبعد الجواز ﴾ اذ الاختلاف انما هو بمجرد العبارة وكذا الحال في المثال الآخر واشكال المصنف (ره) ضعيف .

من جملة الشروط في العقد

« أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منها الانشاء »

﴿ قوله : بل والنوم ﴾ بل والجهل باللغة والصمم والغفلة ونحوها مما يمنع من صحة التخاطب لاشتراك الجهة المانعة ﴿ قوله : عدم تحقق معنى ﴾ غير واضح بالاضافة الى صلاحية القابل حين الإيجاب لكون الظاهر صدق المعاقدة والمعاودة اذا حدثت صلاحيته بعد الإيجاب قبل القبول . نعم لا يبعد ذلك بالاضافة الى بقاء الموجب على الصلاحية الى ان يقع القبول ويتم العقد ﴿ قوله : فان حقيقة الوصية ﴾ كما أوضحنا ذلك في كتاب الوصية ﴿ قوله : وحكذا لو مات ﴾ الظاهر ان أصل العبارة : ولذا لو مات ، يعني لما كان شرطاً قام الوارث فيه مقامه ولو كان ركناً لما قام لأن قيامه مقامه يتوقف على ثبوت حق له والمفروض انتفاء السبب الموجب له بانتفاء جزئه بخلاف ما لو كان شرطاً فان الإيجاب حينئذ يكون تمام السبب وذلك كاف في ثبوت الحق كذا قرره المصنف (ره) في رسالته في الوصية ، والاشكال عليه ظاهر اذ يمتنع ترتب الامر على السبب مع انتفاء شرطه ، ولو قيل بأن الشرط شرط في فعلية الامر لا في ثبوت الحق أمكن أن يقال مثل ذلك لو كان القبول جزء السبب فان كونه جزء السبب بالاضافة الى ملكية الموصي له لا ينافي كون الإيجاب سبباً في ثبوت حق أن يملك والعمدة في هذه المسألة النصوص كما اشرنا الى ذلك في شرح كتاب الوصية ﴿ قوله : ولو رد جاز له القبول ﴾ فذلك يدل على أن القبول ليس ركناً والا لكان الرد مانعاً من التثامه مع الإيجاب كما هو كذلك في عامة العقود . ثم ان جواز القبول بعد الرد عندهم انما هو في الرد الواقع حال حياة الموصي أما ما كان حال موته وقبل قبول الموصي له فلا خلاف في عدم جواز القبول بعده وفي الجواهر : الاجماع بقسميه عليه ، وتحقيق ذلك موكول الى محله ﴿ قوله : لأن الاعتبار فيه عرفاً ﴾ المناسب للحكم المعلن ان يقول :

لأن المعتبر من الرضى ما كان صادراً عن معتبر رضاه حين انشاء الآخر وهو من لم يكن محجوراً ، وهذا ايضا لا يخلو باطلاقة من مصادرة اذ لا ريب في تحقق المعاهدة والمعاقدة من المحجورين وانما الموجب لعدم النفوذ مادل على مانعية الحجر عن التصرف الذي هو بمنزلة المخصص لأدلة الوفاء بالعقود ولذا يصح مع اجازة الفرما ، أو الولي أو المالك أو الوارث . نعم لا بد من ملاحظة دليل الحجر فاذا دل على بطلان العقد اذا قارن ايجابه أو قبوله موجب الحجر في كل منهما تم الشرط المذكور لما ذكره وإلا فللرجع في نفي احتمال ذلك أدلة النفوذ ﴿ قوله : ان الموجب لو فسخ قبل ﴾ يعني لو رد إذ الفسخ إنما يكون للعقد لا للإيجاب . ثم إن مانعية الرد قبل القبول من تحقق المعاهدة لا يصلح لاثبات ما ذكره من لزوم كون القابل حال الإيجاب على صفة القابلية لظهور الفرق بين المقامين . نعم يمكن ان يجعل ذلك دليلاً على اعتبار بقاء الموجب على الصلاحية الى تمام القبول على تأمل واشكال لا مكان الفرق بينهما أيضا . مع أنه لو سلم ما ذكره بالنسبة الى ما ذكره أولاً امكن الاشكال فيه بالنسبة الى ما ذكره أخيراً لما عرفت من أن المرجع فيه أدلة الحجر لا غير ، { وبالجمله } : المناسب ذكر الشرط المذكور أخيراً في عداد شروط المتعاقدين اذا فرض قيام الدليل عليه ، ومن ذلك تعرف الاشكال في بقية العبارة . فلاحظ ، ﴿ قوله : على خلاف القاعدة ﴾ بل قد عرفت انه مقتضى القاعدة وما ذكره « فده » غير ثابت فلا يكون قاعدة .

فرع لو اختلف المتعاقدان في شروط العقد

﴿ قوله : بما يقتضيه مذهبه ﴾ يعني فيكتفى بذلك بالاضافة الى ما يصدر منه فيعمل بالاضافة الى ما يصدر من الآخر بما يقتضيه مذهب الآخر لا مذهب نفسه فاذا اختلفا في اعتبار العربية ، وكان القائل باعتبارها موجبا كفى صدور الايجاب منه بالعربية وان كان القبول بالفارسية وان كان قابلا كفى صدور القبول منه بالعربية وان كان الايجاب بالفارسية ﴿ قوله : وجواز العقد ﴾ الاول للممية والمراد التمثيل للوجه الثالث ﴿ قوله : اردؤها الاخير ﴾ اذ لا يبتني على شيء والامر دائر بين الوجهين الاولين لدوران الامر بين مبنييهما ﴿ قوله : بمنزلة الواقعية ﴾ مجرد كونها بمنزلة الواقعية غير كاف في البناء على الصحة إلا أن ثبت عموم التزويل بلحاظ غير من توجه اليه الحكم من كانت عمل من له الحكم موضوعا لشرعي بالاضافة اليه ايضا كما في المقام ، ولو ثبت هذا العموم امكن البناء على الصحة ولو قلنا هي أحكام عذرية فيكون ذلك الحكم العذري موضوعا للآثر بالنسبة الى غير المحكوم به وكأنه لذلك قيد المصنف « ره » الاحكام العذرية في كلامه الآتي بقوله : لا يعذر فيها الا من اجتهد ... الخ والا فجرد كونها عذرية لا يقتضي المنع من ترتيب الآثر بالنسبة الى الغير لامكان كونها عذرية على نحو تكون موضوعا للآثر بالنسبة الى الغير نظير قوله عليه السلام : لكل قوم نكاح ، مع أن نكاح كل قوم قد لا يكون عذريا ايضا ، وكيف كان فادلة الاحكام الظاهرية لا تدل على كونها أحكاما واقعية ثانوية ولا على كونها عذرية بنحو يصح ترتيب أثر الواقع عليها بالاضافة الى غير المحكوم ، والبناء على ذلك في بعض الموارد انما كان لدليل يختص به لا لوفاء الادلة العامة به ﴿ قوله : واما الموالاة ﴾ الفرق بين القسمين هو أن الخلل في الأول يكون في أحد الجزئين وفي الثاني يكون في جميعها ، وعليه فينبغي عد الترتيب من الثاني لأن الترتيب قائم بالجزئين معا فاذا فات فات منهما معا ولا يختص باحدهما ﴿ قوله : والبناء على ﴾ مرجع هذا الشرط الى انه

يعتبر في كل من الإيجاب والقبول مقارنته لأهلية الطرف للأنشاء فإذا كان الموجب لا يرى ذلك فأوجب قبل حدوث أهلية القابل كان الخلل مختصاً بالإيجاب فإذا حدثت الأهلية للقابل فقبل مع بقاء أهلية الموجب إلى تمام القبول لم يكن القبول مختلاً في نفسه فجعل هذا الشرط من شرائط الجزئين غير ظاهر ولعله أشار إليه بقول : فتأمل ،

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد

﴿ قوله : لا إلى مال من ﴾ فإن المسال يمتنع أن يكون موضوعاً للأحكام التكليفية فلا بد أن يكون المصحح لاعتباره في النعمة أمراً غير التكليف وهو الملكية أما لو كان ما في النعمة فعلاً من أفعال المكلف فإن كان ما يدل على أن المصحح لاعتباره في النعمة الملكية كما في الشروط والأجارات ونحوها فهو ، والا تميز كون المصحح هو التكليف كما في الواجبات الشرعية فإنها وإن كانت مستقرة في النعمة على المكلف لكنها ليست مملوكة لله تعالى ، ومن ذلك يظهر أن قولنا : على زيد أن يصلي ، ظرفه مستقر لا لغو متعلق بمحذوف مثل : يجب عليك ، أو : يلزم عليك ، كما ذكرنا ذلك في مثل قولنا : لزيد أن يشرب الماء ، فإن ذلك لو صح لصح في المحرمات مثل : عليك أن تكذب ، بمعنى يحرم عليك . فتأمل جيداً ﴿ قوله : ومن هنا كان ﴾ يعني من أجل ظهور الرواية في الحكم الوضعي أمكن الأخذ بمومها بالنسبة إلى الطفل بخلاف ما لو كان مفادها الحكم التكليفي فإنه يمتنع شمولها له لحديث : رفع القلم عن الطفل ، وقد يقال : إن هذا انما يتم بناء على تأصل الأحكام الوضعية ، أما بناء على انتزاعها من الأحكام التكليفية كما هو مذهب المصنف (ره) فلا يمكن شمولها للطفل ولو قلنا بظهورها في الحكم الوضعي لانتفاء التكليف في حقه ليصح انتزاع الوضع منه ولو صح انتزاعه من تكليف الولي أمكن الاستدلال بها بالنسبة إلى الطفل ، ولو قيل بظهورها في التكليف بتوجيهه إلى الولي أيضاً ، وفيه أنه بعد ما كانت ظاهرة في ثبوت الحكم بالنسبة إلى ذي اليد فإن حملناها على الوضع لم يمنع

من ثملها للطفل مانع لا مكان انتزاع ذلك الحكم الوضعي من الحكم التكليفي المتوجه الى الولي ، أما لو حملناها على الحكم التكليفي فلا وجه لصرفها الى الولي لأن تخصيصها بادلة رفع القلم أولى من ذلك فيتمين ارتكابه ولذا لم يتوهم احد صرف عمومات الاحكام التكليفية الشاملة للطفل في مثل الصلاة والصيام وغيرها الى الولي ﴿ قوله : اذا لم تكن يدها ﴾ والا لم يصدق عليها اليد فلا تكون موضوعا للحديث ، ﴿ قوله : لعدم التمييز ﴾ تعليل للضعف ﴿ قوله : لم يستوفه المشتري ﴾ ذكره لدفع توهم كون الضمان بالاستيفاء لا ليد ، والوجه في عدم كونه استيفاء أنه ليس انتفاعا منه بها عرفا - مضافا الى أن الضمان بالاستيفاء يختص بما هو مملوك للمضمون وليس كذلك في القرض ﴿ قوله : بطريق أولى ﴾ لان اليد على المنافع إنما هي بتبع اليد على العين فاذا كانت اليد التابعة مضمونة فالمتأصلة بطريق أولى ﴿ قوله : لا المتلف فافهم ﴾ يحتمل أن يكون اشارة الى أن إحداث ثمنها غير قابل للملك نوع من الاتلاف ، أو الى أن الاستيلاد إشغال لها بالولد فهو استيفاء لثمنها ، لكن يشكل الاول بأن الاتلاف الموجب للضمان يقع التلف على مال الغير وليس الاحداث المتقدم منه ، وبشكل الثاني بأن الاشغال بالولد ليس من منافع الجارية عرفا - مع ان الرواية تضمنت قيمة الولد لا قيمة الاشغال به والولد ليس انتفاعا له كي يضمن بالاستيفاء كما عرفت . بل ليس هو مملوكا لمالك الامة كي يصح ضمانه بالاستيفاء لاختصاص الضمان به بذلك (فالاولى) ان يكون اشارة الى ان الوطء اذا كان سببا لحدوث المال غير قابل للملك فاذا كان ذلك مانعا من كون الضمان بالاتلاف يكون ايضا مانعا من الضمان باليد لان التلف تحت اليد انما يكون موجبا للضمان باليد اذا كان التالف ملكا للمضمون له ، والولد ليس كذلك ، فلا تصلح الرواية شاهدا لما نحن فيه ، بل تدل على ضمان الولد بسبب تعبدية غير الاسباب المعروفة ، بل عدم تعرض الرواية لضمان منافع الامة من حين الشراء الى زمان الرد يوحى الى عدم ضمان الرد بالنسبة الى المنافع . فلاحظ .

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

﴿ قوله : والمراد من الضمان في ﴾ الحمل على هذا المعنى كأنه للمحافظة على قرينة السياق المقتضية لكون المراد بالضمان في الصحيح والفاسد معنى واحدا ﴿ قوله : فليس هو معنى ﴾ ولا هو من لوازمه فإن الغاصب إذا تلف المخصوص في يده لا يكون تلفه في ملكه ﴿ قوله : فلا يقال إن الإنسان ﴾ هذا لو تم لا يختص بالشهادة على نفي كون معنى الضمان هو كون التلف في ملك الضامن ، بل يشهد أيضا على نفي كونه بالمعنى الذي سبق منه من كونه بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي إذ على ذلك المعنى أيضا يلزم صحة كون المالك ضامنا لأمواله لأن دركها وخسارتها عليه لا على غيره ، والذي ينبغي أن يقال : إن الضمان عبارة عن التعهد ، والا لزام بمال الغير ، وحكم هذا التعهد وجوب دفعه مع وجوده ودفع بدله من مثله أو قيمته مع تلفه ، وثبوته في المقبوض في العقد الفاسد ظاهر لما عرفت من عموم على اليد ، وأما ثبوته في العقد الصحيح فيتوقف على ملاحظة الجهات التي تكون في العقد الصحيح كي يعرف ما يصح منها لتطبيق العقد الصحيح بلحاظه وما لا يصح فنقول : إذا باع زيد فرسه على عمرو بدينار بيعاً صحيحاً فهنا أمور (الأول) الخسارة الواردة على كل من زيد بخروج الفرس عن ملكه وعمرو بخروج الدينار عن ملكه المتدركة بالمعوض فإن الخسارة الواردة على زيد متدركة بالدينار وعلى عمرو متدركة بالفرس (الثاني) ضمان زيد الفرس قبل قبض المشتري وضمن عمرو للدينار قبل قبض البائع فلو تلفت الفرس كانت خسارتها على زيد ولو تلف الدينار كانت خسارته على عمرو ويسمى هذا الضمان ضمان المعاوضة (الثالث) أنه بعد التقابض لو طرأ فسخ باقالة أو غيرها أو انفساخ فإن كانت العين موجودة دفعها القابض إلى المالك وإن كانت معدومة دفع بدلها من المثل أو القيمة إليه وذلك يدل على ضمان القابض إذ لو لم يكن كذلك امتنع الفسخ مع التلف لانتفاء الموضوع

مع انه لا اشكال فيه في الجملة (فان قلت) : يمتنع ضمان القابض لانه مال له والانسان لا يضمن أمواله (قلت) : لا مانع في الجملة من ضمان الانسان لأمواله اذا كانت موضوعا لحق الغير فان الراهن اذا اتلف العين المرهونة فعليه ضمانها مع أنها ماله ، ومثله اذا اتلف المالك ما نذر التصديق به وكذلك العين الزكوية اذا تعلق بها حق الزكاة بناء على انها من الحقوق فاذا جاز ضمان المالك لماله تبعاً لضمان حق الغير لا مانع من الالتزام في المقام بأن العقد الواقع منها على مالها يستوجب ثبوت حق مضمون على تقدير تلف موضوعه بضمان موضوعه وحيث ان اريد من تطبيق الضمان في الصحيح ملاحظة الامر الأول فليس هو من الضمان المصطلح فان المعاوضة تستلزم ملك كل منهما لمال غيره بعوض لا أن يكون كل منهما ضامناً لمال غيره كيف وقد عرفت أن معنى الضمان كون المال في عهدة الضامن لغيره وذلك أجنبي عن المعاوضة ، وان اريد ملاحظة الامر الثاني فهو ايضا كذلك لبنائهم على ان التلف من مال البائع راجع الى انفساخ العقد عند التلف فيرجع المال الى المالك ويتلف وهو في ملك من هو بيده لا انه يتلف من ملك مالكه ويكون مضموناً على من هو بيده كما في ضمان اليد فاطلاق الضمان عليه بنوع من العناية ولذا سموه بضمان المعاوضة ، وان اريد ملاحظة الامر الثالث كان اطلاقه في الصحيح بالمعنى الذي يكون في الفاسد وان كان في الاول تبعياً وفي الثاني اصلياً وعليه فلا يلزم التفكيك بين معنى الضمان في الفقرتين من دون حاجة الى ارتكاب ما ذكره المصنف (ره) ، ويشهد باطلاقهم الضمان على هذه الجهة قولهم : وبالقبض ينتقل الضمان ، إلا أن ارادته من كلامهم بعيدة ولذا فسر المصنف (ره) الضمان في الفقرة الاولى بالضمان بالمسمى وقبضه في الجواهر فلاحظ كلماتهم وعليه يتعين البناء على التفكيك بين الفقرتين في معنى الضمان ولا بأس به اذا كان هو الظاهر ﴿ قوله : هو لزوم تداركه ﴾ قد عرفت الاشارة الى أن الضمان عبارة عن كون مال الغير في العهدة ولزوم التدارك بمثله أو قيمته من أحكامه الثابتة عند التلف كما أن من أحكامه دفعه بنفسه مع وجوده وليس معنى الضمان لزوم التدارك بالعوض الواقعي ﴿ قوله : نظير المعاطاة ﴾ قد عرفت

أن تعين المالكين فيها للموضوعة عند التلف كان لأجل البناء على صحتها حينئذ فلا مجال لقياس المقام عليها لكون المفروض فساد العقد الى الأبد ﴿ قوله : مخيرة للمعناه في ﴾ قد عرفت انه الظاهر المتعين ولعله الى ذلك اشار بقوله : فافهم ﴿ قوله : لجواز كون نوع ﴾ تعليل لمنع كون عموم المقعد في القاعدة بلحاظ خصوص الأنواع وحاصله انه لو كان العموم بلحاظ الأنواع لزم عدم اطراد عكس القضية فان الصالح الجامع بين الصالح المعاوضي وغيره بما هو جامع بين الصنفين لا يقتضي صحته الضمان فيدخل في عكس القضية وهو : ما لا يضمن بصحته لا يضمن بفاسده ، ومقتضى ذلك ان الصالح الفاسد لا يقتضي الضمان - مع أنه قد يقتضيه اذا كان الفاسد من الصالح المعاوضي ، ونحو ذلك يقرر في الهبة الجامعة بين الهبة المجانية والمعوضة والعارية الجامعة بين المضمونة وغيرها وعارية الذهب والفضة وغيرها فالمتعين أن يكون المراد أصناف تلك الأنواع مثل الصالح المعاوضي الذي يقتضي صحته الضمان وكذا فاسده والصالح غير المعاوضي الداخل في عكس القضية فإنه لا يقتضي صحته الضمان ولا فاسده وكذا الحال في الأصناف المذكورة وغيرها ﴿ قوله : ولعل المراد عارية ﴾ او لعل المراد دخول الأنواع والأصناف معاً مع ملاحظة الحيثية فنوع الصالح او العارية مثلاً لما لم يقتض الضمان بصحته يدخل في عكس القاعدة ويكون الفاسد من الصالح أو العارية من حيث هو صلب أو عارية لا يقتضي الضمان ولا ينافي ذلك أن يكون الصالح المعاوضي وعارية الذهب والفضة من حيث هما كذلك يقتضيان الضمان بصحتهما فيقتضيان الضمان ايضاً بفاسدهما وبدخلان في نفس القاعدة ﴿ قوله : ويظهر من الرياض اختيار ﴾ قال في الرياض فيما لو استعار من الغاصب فرجع المالك على الغاصب : لم يرجع - يعني الغاصب - على المستعير الا مع علمه أو كونه العين مضمونة فيرجع عليه فيها لاستقرار الضمان عليه في الاول واقدامه في الثاني على الضمان مع صحة العارية فكذا عليه الضمان مع الفساد للقاعدة الكلية ان كل عقد يضمن بصحته يضمن بفاسده ، وقال في المسالك في هذه المسألة : فان رجع على المستعير يرجع على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة وإلا

رجع عليه بغير ما أقدم على ضمان ... الى أن قال : لأننا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله على ذلك فاذا تبين فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة وان رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير ان لم تكن مضمونة وإلا رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة . انتهى وفي الجواهر انكر ذلك على المسالك لعدم الدليل على القاعدة في المقام وأن دعوى الاجماع عليها معلومة الفساد إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل وان رجع بقاعدة الغرور ، وظاهره انكار الدليل على ثبوت القاعدة في مثل ذلك لا انكار مفهوم القاعدة له فهو يسلّم أن مقتضى القاعدة ذلك وان اقتضاء العقد الصحيح للضمان أعم مما كان بنفس العقد وبالشرط ، لكن لا يسلّم حجية القاعدة على النحو المذكور ، ولكن التأمل في ذلك ظاهر لان الظاهر من سببية العقد الصحيح للضمان كونه بنفسه مقتضياً له لا بالشرط المذكور في ضمنه . نعم لا يبعد ذلك بناء على أن الباء في قولهم : بصحيحه وبفساده ، ظرفية لكن بشكل أيضاً بما عرفت من أن الضمان في الصحيح إنما هو بمعنى التعويض الجملي فلا يشمل مثل الضمان بالشرط في العارية لانه بمعنى آخر كالضمان في الفاسد ﴿ قوله : وربما يحتمل في العبارة ﴾ المحتمل صاحب الجواهر ذكر ذلك في كتاب الاجارة في مبحث الاجارة الفاسدة ﴿ قوله : وجد له بالفعل ﴾ الظاهر أن المراد أن له فردين صحيحاً وفاسداً ولو فرضاً في مقابل ما ذكره بقوله : لا ما يفرض ... الخ وهو أن يكون له فرد واحد يفرض صحيحاً تارة وفاسداً اخرى فالمراد بالعقد هو الجامع بين فردين لا الفرد الذي يكون موضوعاً للحالين الصحة والفساد ﴿ قوله : إلا بعد القبض ﴾ لكن القبض شرط لسببية العقد للضمان لانه شرط صحته كسائر شرائط الصحة مثل العلم بالعوضين لا شرط في تأثير العقد الصحيح في الضمان ﴿ قوله : ويتدارك برد الثمن ﴾ قد عرفت أن الضمان إنما يكون بانفساخ البيع لا مع صحته فع عدم التلف والانفساخ يكون البيع موجبا لضمان المشتري بالمسمى وان لم يقبض المبيع وكأنه لذلك أمر (قدّه) بالتأمل ﴿ قوله : وكذا الاجارة والنكاح ﴾ ان كان

الضمان في المقام بالمعنى المتقدم فقد عرفت حاله وان كان لا يبدف هو لا ينافي ضمان العقد لأن ضمانه كان بالمسمى على المشتري وضمان البائع له بعدم ملك المشتري له باليد كما لو كان بيد ثالث ، وكيف كان فلا قصور في سببية العقد للضمان بالمسمى ﴿ قوله : لانه المنشأ للقبض ﴾ هذا هو الظاهر كما سيأتي انشاء الله تعالى .

مدرك الفاعلة

﴿ قوله : ثم اضاف الى ذلك ﴾ قال (ره) : والسفر في ذلك - يعني في الضمان - أنها تراضيا على لوازم العقد بحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه - مضافا الى قوله « ص » : على اليد ما اخذت حتى تؤدي ، وهو واضح . انتهى ﴿ قوله : لا الضمان بالمثل ﴾ لو فرض اقدامها على الضمان بالمثل أو القيمة كما لو باعه بمثله أو بقيمته لم يجز ذلك في ضمانه بعد كون المفروض فساد العقد وعدم ترتب أثر عليه فالاقدام على الضمان إذا لم يعضه الشارع الأقدس ليس من أسباب الضمان مطلقا فلا تتم دعوى كونه من أسباب الضمان ﴿ قوله : كما قبل القبض ﴾ اكن موضوع كلامهم ما بعد القبض فرادهم من كون الاقدام موجبا للضمان انه موجب له في المقبوض فلا يتوجه النقص المذكور ﴿ قوله : ضمان المبيع على البائع ﴾ يعني الضمان الذي يتضمنه العقد الصحيح والمناسب التمثيل له بقوله : بعتك بثلثين علي وآجرتك باجرة علي ، لكن قوله (ره) : اذا تلف في يد المشتري ، ظاهر في حصول الاقدام على الضمان العقدي وان الشرط الضمان الاصطلاحي على تقدير التلف مثل ان يقول : بعتك الفرس بدرهم وعلي ضمان الفرس لو تلف عندك ، لكن هذا لا يحسن النقص به لتحقق الاقدام على ضمان الفرس بالدرهم لأن المراد بالاقدام على الضمان في الصحيح ما كان في مقابل الاقدام على المجانية ﴿ قوله : كما اذا قال بعتك ﴾ هكذا في نسختي والظاهر سقوط حرف العطف وان اصل العبارة : وكما اذا قال .. الخ ﴿ قوله : في الاخير عدم ﴾

المراد من الأخير مثال الاجارة - كما تقدم - ومن مثال البيع: بعثك بلائمن ؛ واستشكل العلامة (ره) كان في القواعد حيث قال: وهل يكون مضمونا على التقابض فيه اشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا ودلالة انظمة على اسقاطه . انتهى ﴿ قوله : إلا أن مورد مختص ﴾ لم يرد لهذا الحديث مورد و كأن المراد أنه مختص بالاعيان لأن الظاهر من الموصول الواقع عليه الاخذ خصوص الاعيان ولا ينافيه كون المراد من الاخذ الاستيلاء فان الاستيلاء انما يكون على الامور الخارجية ولا يجري في الامور الاعتبارية كما سيأتي في الأمر الثالث ﴿ قوله مال المسلم ﴾ قد عرفت الاشكال في صدق المال على غير الاعيان فالتمسك بمثل : لا يحل مال امرئ مسلم ، غير ظاهر ولا سيما وان الظاهر منه التكليف وجهة التصرف لا الوضع والضمان . نعم لو سلم ذلك لم يرد عليه انصرافه عن صورة العمل باختيار العامل ورضاه ولا سيما مع كراهة الطرف الآخر وندمه على الأمر بالعمل ، إذ دعوى الانصراف ممنوعة مع فرض كون العمل بداعي الاجرة وجريا على المعاوضة بعنوان كونه مملوكا لمن يعمل له ﴿ قوله : مضافا الى عموم نفي ﴾ هذا يتوقف على كون مفاد العموم المذكور نفي الضرر ولو كان ناشئا من عدم الحكم أما لو اختص بما كان ناشئا من جعل الحكم فلا يصح التمسك به في المقام والظاهر الثاني - كما هو محرز في محله - وقد يستشكل عليه (تارة) بانصراف العموم المذكور من صورة العمل باختيار العامل ورغبته ؛ وفيه ما عرفت (واخرى) بان صورة الاقدام على الضرر خارجة عن العموم المذكور وكون المقام ليس منه يتوقف على جريان العموم اذ لو لم يجر كان من الاقدام على الضرر جريان العموم يتوقف على كون المقام ليس من الاقدام على الضرر ؛ وكونه كذلك موقوف على جريان العموم وهو دور (وفيه) أن عنوان الاقدام على الضرر وعدمه لا بد من إحرازه مع قطع النظر عن العموم ومن المعلوم أن من يعمل بعنوان استحقاق الغير لعمله ليس مقدما على اضرار نفسه (وثالثة) بمعارضة العموم لقاعدة السلطنة الجارية في حق المستأجر لأن اشغال ذمته بالعوض خلاف سلطنته على نفسه ، وفيه ان قاعدة الضرر حاكمة على قاعدة السلطنة حكومتها على سائر أدلة الاحكام . نعم لو كان اشتغال ذمة

المستأجر ضرراً عرفاً كان المورد من موارد تعارض الضررين التي يرجع فيها الى القواعد الأخر كقاعدة السلطنة في المقام ، لكنه غير ظاهر - مضافاً الى أن اشتغال ذمة المستأجر بالمعوض ليس على خلاف سلطنته كيف وهو مقدم على ذلك بإيقاع المعاملة الفاسدة . نعم لا يتم ذلك مع المخالفة بين المعوض الجملي والواقعي ﴿ قوله : لقاعدتي الاحترام و ﴾ قد عرفت الاشكال فيه ، فالعمدة في دليله الاجماع على أن استيفاء عمل العامل لا بداعي المجانية من أسباب الضمان ولا بدفيه من أمور ثلاثة عدم قصد المجانية ، وأن يكون يمت من المستوفي ، وأن يعود نفع العمل اليه ، إذ لو لا الأخيران لم يصدق الاستيفاء ﴿ قوله : من النقص والاعتراض ﴾ قد عرفت تمامية الاعتراض كما عرفت ﴿ قوله : خلافاً لآخرين ﴾ فمن القواعد وجامع المقاصد والتذكرة أنه له أجره المثل لقاعدة : ما يضمن بصحيحه ؛ ولا ينافيه عدم حصول النفع فإن القراض الفاسد يجب فيه أجره المثل وإن لم يحصل نفع بالعمل للمالك ، وفي المسالك تنظر فيه بأن الفرق بين عقد المسابقة وغيره من العقود التي يضمن بفاسدها ليس من جهة رجوع النفع وعدمه ، بل لأن تلك العقود اقتضت الأمر بالعمل بخلاف هذا العقد فإنه لم يقتض ذلك فإن قوله : سابقتك ، على معنى أن من سبق منافاه كذا ، وقاعدة ما يضمن لا دليل عليها كلية بل النزاع واقع في موارد ... الخ { والتحقيق } : أن عقود المراهنات والمطالبات غير عقود المعاوضات فإن عقود المعاوضات يكون المعوض عنه مما يرغب في وجوده مالك المعوض فيبذل المعوض بآرائه ويوقع عقد المعاوضة بداعي حصوله في الخارج ، ولأجل ذلك يكون فعله في الخارج بداعي العقد راجعاً الى فعله بامر بأذل المعوض المستفاد من إيقاع العقد فيكون مستوفياً له اذا كان العقد فاسداً ، وأما عقود المخابلة فالعمل فيها لا يكون محبوباً بل قد يكون مبغوضاً ؛ بل بعد إيقاع العقد يكون مبغوضاً طبعاً لما يترتب عليه من الخسارة التي اقتضاها فاذا وقع جرياً على العقد الفاسد لا يكون مستوفياً لمالك المعوض ، لما عرفت سابقاً من توقف عنوان الاستيفاء على كون العمل بها يعود نفعه الى المستوفي ولا يكون ذلك الا في المحبوب فالعوض في عقود

للمعاوضات من قبيل الثواب وفي المراهنات والمغالبات من قبيل العقاب والمقصود من قولهم: يرجع ثمنه الى المستوفي، أنه محبوب له سواء أ كان من شئونه مثل بناء داره وخياطة ثوبه أم لا يكون من ذلك مثل كنس المسجد وتعليم ولده الذي يولد بعد وفاته ونحوهما ، ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره الجماعة من عدم اعتبار حصول النفع في الضمان مستشهدين على ذلك بالضمان في القراض ، وما في المسالك من موافقتهم على ذلك ، ومن أن الموجب ليس هو ذلك بل الامر وهو غير موجود في المسابقة فالعمدة في وجه عدم الضمان الاصل بعد عدم ما يوجب الخروج عنه من عقد او استيفاء أو نحوهما من أسباب الضمان . فلاحظ وتأمل ﴿ قوله : على انه ملك المدفوع ﴾ قد يقال بأن العقد ليس الا الملكية باعتبار البائع وهي حاصلة اذ المفروض أنه أنشأها وبني على كون المشتري مالكا ، وفيه أن الملكية عند الشارع هي الملكية عند العرف ، وانما الاختلاف في الاسباب المصححة للاعتبار فقد لا يكون السبب الشرعي سبباً عند العرف كما قد لا يكون السبب العرفي سبباً عند الشارع فالجاءل للملكية سواء أ كان شرعياً أم عرفياً إنما يقصد جعل ذلك المفهوم الخاص لكن قد يتوصل الى جعله بالسبب الذي لا يكون عند الشارع سبباً فيكون التشريع منه في السبب لا غير لا في المسبب بحيث يقصد جعل ملكية اخرى غير الملكية الشرعية فالعنوان الذي يكون الدفع مقيداً به حين فساد العقد هو ذلك المعنى الخاص الذي لم يجعل الشارع العقد الخاص سبباً لا معنى آخر وهو الملكية عند العرف في يدعى حصوله . فلاحظ .

قاعدة مالا يضمن بصحيح لا يضمن بفاسده

﴿ قوله : فمعناه أن كل ﴾ مما تقدم في معنى الأصل تعرف معنى العكس وان كل عقد لا يقتضي ضمانا اذا كان صحيحا لعدم كونه متضمنا لمعاوضة فلا يقتضي ضمان المقبوض اذا كان فاسداً وسيأتي الاستدلال عليها في كلام المصنف ﴿ قوله : بل المضمونة بناء ﴾ قد عرفت ما فيه ﴿ قوله : وغير ذلك من العقود ﴾ يعني مما لا يتضمن معاوضة ﴿ قوله : والظاهر ان المحكي عنه ﴾ المذكور في مجمع الفائدة في مسألة اشتراط ضمان العين في عقد الاجارة هو عدم ضمان العين على تقدير فساد العقد لفساد الشرط المذكور مستدلاً عليه بالأصل ، وبما تقرر عند من أن كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده . انتهى ، ولأجل ذلك لم يتضح الوجه لما ذكره المصنف (ره) وعله استفاده من كلام له في غير المسألة المذكورة ﴿ قوله : إما بالخبر وجهها عن ﴾ لعل ذلك ظاهر الرياض حيث استدلل على الضمان بالخبر ولم يتعرض للقاعدة اصلاً ﴿ قوله : ومورد العقد في الاجارة ﴾ فيه أن العين هي مورد الاجارة فيقال : آجرت الدار ، ولا يقال : آجرت المنفعة . نعم المنفعة موضوع للمعاوضة لأن اجارة الدار راجعة الى ايقاع المعاوضة بين منفعتها وبين الاجرة ، وكذا باب الاعارة فإن موردها العين فيقال : أعرت الدار ، وان كان راجعاً الى اباحة المنفعة ، ولو أريد من كون العين مورداً للعقد أنها بسبب العقد صارت معنونة بعنوان خاص وصفة خاصة لم تكن قبل العقد فهو حاصل في العين المستأجرة لأنها بسبب العقد صارت موضوعاً لحق الاستيلاء عليها لأجل استيفاء المنفعة فهي أولى بأن تكون مورداً للعقد من العين في العارية اللهم الا أن يقال : عقد الاجارة لما كان من عقود المعاوضة فهو مما يضمن بصحيحه لما عرفت من معنى الضمان بالصحيح فلا يكون ايضاً مورداً لتطبيق قاعدة مالا يضمن بصحيحه الا بملاحظة الحثيتين وهو غير ظاهر ، فموضوع العكس مالا يكون من

عقود المعاوضة فلا يشمل الاجارة ، وفيه أنه لو سلم ذلك كان اللازم ايضا القول بنفي الضمان لما يأتي من أدلة القاعدة الذي لا يفرق فيه بين المقام وغيره ، وعدم شمول القاعدة لا يوجب الضمان اذا كان دليلاً شاملاً له ﴿ قوله : معارضة هنا بقاعدة ﴾ لم يظهر الوجه في كون ذلك دليلاً على الضمان إلا اذا كانت نتيجة المعارضة تخصيص القاعدة بالخبر اذ لو كانت تخصيص الخبر بالقاعدة لكونها اخص منه مطلقاً تعين القول بنفي الضمان وكذا لو كانت النتيجة التساقط والرجوع الى دليل آخر اذ المرجع في المقام الأصل وهو يقتضي البراءة من الضمان كما هو ظاهر - مع أنه لا يظهر الفرق بين المقام وغيره في تحقق المعارضة المذكورة فاذا كانت وجهها لنفي الضمان في المقام لم سقط القاعدة في جميع موارد ها ﴿ قوله : والأقوى عدم الضمان ﴾ كما عرفت وجهه ﴿ قوله : غير مخصوصة ولا ﴾ الأول اشارة الى رد الوجه الثاني . والثاني اشارة الى رد الوجه الأول وقد عرفت وجه ذلك ، فلاحظ وتأمل ﴿ قوله : فانهم حكموا بضمان المحرم ﴾ قال في الشرائع : لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً لأنه ليس له امساكه فلو أمسكه ضمنه ، ونحوه في القواعد والتحرير وغيرها ، وظاهرهم الضمان بمجرد الامساك فيتوجه النقض به على القاعدة المذكورة ، لكن في الجواهر حمل كلامهم على صورة ارساله بعد امساكه لوجوبه عليه ، ولأن اطلاق كلامهم وان كان يقتضي الضمان بمجرد الامساك لكن من المعلوم ارادتهم صورة ارساله وعليه فلا يكون نقضاً على القاعدة لأن الضمان بالاتلاف غير منفي في العارية الصحيحة وانما المنفي فيها الضمان بالتلف هذا ولا أجل كون ما في الجواهر بعيداً جزم المصنف « ره » بأنهم حكموا بالضمان بمجرد الامساك فيتوجه النقض به حينئذ ﴿ قوله : ناقش الشهيد الثاني ﴾ قال في المسالك - في شرح عبارة الشرائع المتقدمة - مقتضى عبارة المصنف (ره) وجماة أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمة لأنهم جعلوه من العواري المضمونة وان لم يشترط فيها الضمان ، ودليله غير واضح إذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان سواء أقلنا بنسب العقد أم بصحته ، أما مع صحته فالاصل في العارية عندنا ان تكون

غير مضمونة الا ان يدل دليل عليه ولم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه ، وأما مع فسادها فلا ن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه في مواضع قاعدة كلية. انتهى ، ﴿ قوله : بعد البناء على أنه ﴾ يعني اذا قلنا بأنه لا يجب ارساله - كما مال اليه في المسالك - لاختصاص ما دل على وجوب الارسال بغير المملوك فلا يظهر قائل بالضمان كي يصح النقص في المقام ، وان قلنا بوجوب الارسال فانما هو للبناء على خروج الصيد عن ملك مالكه باستيلاء المحرم عليه ، وذلك بمنزلة الاتلاف له فالضمان يكون بالاتلاف لا بالتلف كما لو جعل خله خيراً فلا يتوجه النقص به على القاعدة - كما عرفت - هذا وظاهر عبارة المصنف (ره) لا تساعد على هذا المعنى بل ظاهرها ان وجوب الارسال راجع الى وجوب الاتلاف وهو بنفسه من أسباب الضمان ولكنه غير ظاهر فان وجوب اكل مال الغير عند المخمصة لا يوجب ضمانه الا في ظرف اكله واتلافه : بل قد يشكل الاول ايضاً في صورة علم المعير بالحكم فان الاتلاف الحاصل بوضع بد المستعير كان باذن المالك والاتلاف باذن المالك لا يوجب الضمان . نعم لا يتوجه الاشكال بذلك بناء على ما ذكره في الجواهر من اختصاص الضمان بصورة الارسال اذ الاذن بوضع اليد ليست اذناً في الارسال ، ومجرد العلم بأن تكليف المستعير وجوب ارساله لا يقتضي الاذن به كما لا يخفى ، ويمكن دفع الاشكال على الاول بأن الاذن في الاتلاف إنما يوجب عدم الضمان اذا كان المأخوذ فيه محلاً اذ لا ولاية للمالك على الاذن في الحرام فالاذن بمنزلة العدم فتأمل ﴿ قوله التي لم يستوفها ﴾ أما المنافع المستوفاة فانها مضمونة بالاستيفاء لا باليد فلا تكون مورداً للنقض ﴿ قوله : لان الثمن انما هو بازاء ﴾ عليه تكون المنافع خارجة عن مورد العقد فلا تكون القاعدة متعرضة لها بل يرجع في ضمانها الى دليل آخر من اليد أو قاعدة الاحترام أو غيرها مما يأتي بيانه قريباً فلا يتوجه النقص بها ﴿ قوله : بناء على انه للبائع ﴾ اذ لو كان للمشتري فهو مضمون في البيع الصحيح لانه بعض المبيع فيكون مضموناً ببعض الثمن فلا يتوجه النقص به . هذا والمشهور المنصور أنه اذا لم يشترط أنه للمشتري فهو للبائع وحينئذ فاذا قبضه

المشتري كان أمانة مالكية غير مضمونة لا في الصحيح ولا في الفاسد ، ولو قيل بأنه غير مضمون في الصحيح ومضمون في الفاسد لم يتوجه النقض به أيضا لخروجه عن مورد العقد ، ومنه يظهر عدم صحة النقض بالأوصاف والشروط المضمونة مع فساد العقد - مع أنها غير مضمونة مع صحته . ووجه الظهور أنها ليست مورداً للعقد بل خارجة عنه فلا مانع من أن تكون مضمونة في الفاسد باليد أو بالاستيفاء وإن لم تكن مضمونة في الصحيح لعدم كونه موضوعاً للمعاوضة ﴿ قوله : بالشركة الفاسدة ﴾ لا يخفى أن عقد الشركة في نفسه إنما يقتضي الاشتراك في المالين فإن اشترط فيه جواز التصرف منها أو من أحدها ثبت على نحو ما شرط وإلا لم يقتض جواز التصرف بل يحرم التصرف من كل منهما إلا باذن الآخر وعليه فاقصد النقض به إن كان هو الشركة المقتضية لجواز التصرف - كما هو الظاهر - فإذا فسدت وقلنا بعدم جواز التصرف فكما لا ضمان في الصحيح لا ضمان في الفاسد أيضا لكون المال أمانة والأمانة غير مضمونة ولو كانت فاسدة ، وإن كان هو الشركة غير المقتضية لجواز التصرف لعدم التعرض للتصرف في العقد لم يحز التصرف سواء صح العقد أو فسد وحينئذ يثبت الضمان مطلقاً أيضاً عملاً بعموم على اليد من دون مخصص فالنقض المذكور غير ظاهر ﴿ قوله : على ما تقدم من كلام الشيخ ﴾ تقدم كلامه في صدر المسألة ﴿ قوله : أما من الأقدام ﴾ هذا الشق مما لم يتعرض له الكلام المذكور وإنما الاستفادة منه نفي سبب الضمان غير العقد والمفروض أن الصحيح منه لا يوجب فكيف بالفاسد . نعم مقتضى تعليله الضمان فيما يضمن بصحيحه بالأقدام أن الضمان منتف في المقام لعدم الأقدام ﴿ قوله مؤثرة في رفع الضمان ﴾ هذا إنما يصح إذا كان البناء على ثبوت مقتضى الضمان في العقود الصحيحة فيكون الصحيح رافعا له والفاسد لا رافعية فيه لفساده لكن عرفت أن سوق كلام المبسوط ظاهر في عدم مقتضى للضمان غير العقد ﴿ قوله : فإن قلت إن الفاسد ﴾ هذا إيراد على ما ذكره الشيخ في الاستدلال على عدم الضمان في الفاسد لا على الخدشة التي ذكرها المصنف « ره » ﴿ قوله : وهي عموم

مادل على ﴿ هذا العموم يستفاد من النصوص الواردة في المستعير والمرتهن والودعي والمستبضع والأجير على العمل كالانصار والجمال والجمال ونحوهم والمسناجر للعين وغير ذلك المتضمنة لعدم ضمانهم ومقتضى ترك الاستئصال في بعضها عموم الحكم لصورتي صحة العقد وفساده فتدل هذه النصوص على أن المالك إذا استأمن غيره على ماله فدفعه اليه لم يكن له ضامنا سواء أكان الاستئمان ثابتا شرعا لصحة العقد أم غير ثابت لفساده فإنها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله « ع » : في الغسال والصباغ ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق وكل قليل له أو كثير فإن فعل فليس عليه شيء . . . الحديث وصحيح أبي بصير عنه « ع » : عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاء ، قال : فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاء ، وليس عليه شيء ، فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء ، وصحيح الحلبي عنه « ع » : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال : ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن ، فإن التلف المسؤول عن حكمه مما يحتمل وقوعه بعد العقد بنحو تمتنع صحة العقد معه ، وترك الاستئصال يقتضي العموم لمثل ذلك ، ومثل هذه النصوص كثير في الأبواب المتفرقة فراجعها ، أما صحيح الحلبي فدلالته على العموم ظاهرة لأن الظاهر من قوله (ع) : مؤتمنان ، الإشارة الى قاعدة عدم ضمان المؤتمن ، والظاهر منه أيضا - ولو بقرينة إطلاق - الموضوع الشامل لصورة التلف بنحو يكشف عن فساد العقد من اول الامر - هو الائتمان العرفي الانشائي فيشمل صورتي صحة العقد وفساده فتأمل جيدا ﴿ قوله : بل ليس لك ان تتهمه ﴾ في رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله (ع) : ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته ﴿ قوله : بطريق أولى ﴾ هذه الاولوية غير ظاهرة . نعم يمكن أن يدعى انصراف عموم على اليد عن مثل ذلك فإن المراكز العقلاني أن الوجه فيه احترام المال لاحترام مالكه فكما لا يشمل صورة ما لو كان المالك في مقام بذل ماله لغيره مجانا - كما لو قدم طعامه الى ضيفه - كذلك لا يشمل صورة تملكه له مجانا - كما لو وهبه المال ودفعه اليه - بل اليد في

الثاني أولى بانصراف العموم المذكور عنها لان المالك في مقام قطع العلاقة عن المال بالمرّة بخلاف الاول .

الأمر الثاني

« وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد »

﴿ قوله : على تقدير عدم جواز ﴾ الظاهر أن هذا المقدار غير كاف في وجوب الرد بل غاية ما يقتضي حرمة الامساك ولا يتوقف الفرار عن مخالفة الحرمة على الرد ، بل يحصل بالتخلية بل يحصل بوضعه في مكان لا يتمكن المالك من الوصول اليه فانه لا يصدق التصرف حينئذ كما لا يصدق الرد فائبات وجوب الرد لا يكفي فيه ما دل على حرمة التصرف ﴿ قوله : كما يلوح من ﴾ راجع الى نفي الخلاف على التقدير المذكور ﴿ قوله : الا ان يقيد بغيرها ﴾ لوقام دليل على وجوب الرد فلا فرق بين المؤنة الكثيرة والقليلة في صلاحية عموم نفي الضرر لنفي وجوب الرد المتوقف على المؤنة لأطلاق دليله . نعم اذا كانت المؤنة القليلة غير ممتد بها في صدق الضرر عرفاً فالعموم المذكور لا يرفع وجوب الرد اذا توقف عليها ﴿ قوله : لقوله عجل الله تعالى ﴾ هذا التوقيع مرهوي عن احتجاج الطبرسي ﴿ قوله : كفى عموم قوله ﴾ (ص) ﴿ في موثق سماعة عن ابي عبد الله ع ﴾ في حديث : قال رسول الله (ص) : من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه ، وتعليق الحل بالمال في نفسه وإن كان لا يخلو من اجمال لاحتمال كون المقدر هو الاستعمال ، وكونه الانتفاع ، وكونه التصرف ، لكن بقريضة سوق تحريم المال مساق تحريم الدم المراد منه اتلافه واعدامه يكون ظاهراً في اتلاف المال إلا أن ذلك لما لم يناسب جملة علة لوجوب أداء الامانة تمين حمله على عموم المنع لحبسه واتلافه وامساكه وانواع التصرف فيه . نعم يشكل اثبات وجوب الرد بالمعنى الوجودي به لان عموم المنع

للافعال المتعلقة به إنما يقتضي التخلية بينه وبين المالك ورفع الاستيلاء عليه الحاصل ذلك بمجرد رفع يده عنه ولا يتوقف على نقله الى مالكه ولا ينافي ذلك وجوب الاداء المذكور في صدر الحديث إذ ظهور التعامل مقدم على ظهور المعلن فيتعين حمل الاداء في الصدر على ما يقابل الحبس والمنع - اعني تحصيل الاداء من قبله لا غير - والتوقيع الشريف أولى بعدم الدلالة على ذلك فلا استدلال على وجوب الرد فوراً بالحديثين غير ظاهر ﴿ قوله : انما ملكه اياه عوضاً ﴾ هذا يختص بالمقبوض في العقود المعاوضة ومحل الكلام أعم فالأولى في الجواب ان يقال : إن الدفع في العقود التمليلية معاوضة كانت أو مجانية إنما كان بعنوان كونه ملكاً للمدفوع اليه فالأذن بالتصرف - لو فرضت - فهي اذن بتصرف المالك في ماله ومثلها غير كاف في الجواز ، بل لا بد أن تكون بعنوان كونه ملكاً للأذن لا للقابض - مع أنك عرفت في مبحث المعاوضة ان انشاء مثل هذه الأذن غير ممكن لعدم ترتب الاثر عليها فتأمل ، وأما العقود الاستيمانية فالأذن بالاستيلاء إنما كان بعنوان مضمون العقد الجاري عليه الدفع فمع انتفائه تنقضي نعم قد يحرز طيب النفس بالتصرف في العقود التمليلية المجانية كما لو وهبه ماله مجاناً فإنه قد يحرز رضى الواهب بالتصرف على تقدير فساد الهبة فإن حصل ذلك جاز التصرف لكن ذلك غير الأذن في القبض بعنوان التملك المقصود للمالك الذي هو محل الكلام اذ قد لا يجوز الرضى ايضاً لاحتمال مانع اتفاق عنه .

(تنبيه)

قد يتوهم مما ذكرنا في وجه عدم عموم قاعدة على اليد للمقبوض بعد التملك المجاني من ان الحكم بالضمان ناشئ من احترام المسالك وماله فلا يشمل صورة ما لو كان المالك في مقام رفع اليد عن ماله ، كما لا يشمل صورة ما لو كان باذلاً له لغيره أن ذلك مطرد في مثل : لا يحمل مال امرئ مسلم ، و : لا يجوز لأحد ان يتصرف ،

فإن تحريم التصرف بالمال أيضاً ناشئ من احترام المالك وماله فينصرف عن الصورة المذكورة أيضاً ومقتضاه جواز التصرف في المقبوض بعقد الهبة الفاسدة ، وبدفعه ثبوت الفرق بين دليل الضمان ودليل حرمة التصرف بأشمال الثاني على استثناء صورة الاذن فإن الاقتصار على صورة الاذن ظاهر في تحديد الاحترام بذلك والغاء الانصراف وعدم العناية بخلاف دليل الضمان فإنه لما لم يتعرض فيه لصورة الاذن ولا لغيرها كان ذلك ظاهراً في العناية بالانصراف على اطلاقه اذ لو لم يكن الامر كذلك لكان عليه البيان وتحديد مقدار الاحترام كما لعله ظاهر بالتأمل فلا يحسن قياس أحد الدليلين بالآخر ﴿ قوله : وقد تقدم من التحرير ﴾ هذا لم يتقدم في هذا الامر ولا فيما قبله ولم اعرف موضعاً من المباحث السابقة تقدم فيه ذلك .

الامر الثالث ضمانه المنافع المستوفاة

﴿ قوله : صورة الجهل ﴾ يعني جهل القابض بالفساد ﴿ قوله : الاتفاق على الحكم ﴾ لأن المغصوب مضطون على قابضه بذاته وبمنافعه المستوفاة ﴿ قوله : بناء على صدق المال ﴾ لو تم ذلك فأنما يقتضي الحديث الشريف مجرد الحكم التكليفي المستلزم للائم عند المخالفة مع اجتماع شروط التجيز ولا بدل على الضمان إذ لا ملازمة بين جهة التصرف وبين الضمان كما لا ملازمة بين جواز التصرف وعدم الضمان وكان الاولى الاستدلال بقاعدة : من اتلف . لأن الاستيفاء للمنفعة إتلاف لها فيوجب ضمانها ، لكن يبقى الاشكال في صحة المبنى - أعني كون المنفعة مالا - وقد تقدم ويأتي التعرض له ، بل يمكن أن يقال بعدم اعتبار المال في قاعدة الاتلاف لعموم دليلها مثل : من أضر بطريق المسلمين فهو له ضامن ، و : كل من أعطيته أجراً ليصلح فأفسد فهو ضامن ، وما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله (ع) : فهو ضامن بما جنت يده ؛ ونحو ذلك من موارد الضمان بالتعدي التي لا تحصى : وجملة منها موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن

والوديعة والاجارة وغيرها إلا أن يقال : الأدلة المذكورة وإن لم يعتبر في موضوعها المال لكنها واردة في خصوص ما كان أمراً خارجياً من عين أو صفة فلا تشمل ما كان اعتبارياً محضاً كالمنافع فيشكل التمسك بها لاثبات ضمانها ، فالعمدة فيه - مضافاً الى الاتفاق الذي لا يقدر فيه خلاف الوسيلة - لأنه لشبهة - أنه من الأحكام العرفية التي لم يثبت الردع عنها ، فلاحظ ﴿ قوله : تمنا في البيع ﴾ تقدم الكلام فيه في تعريف البيع ﴿ قوله : وصدقا في النكاح ﴾ هذا يتوقف على اشتراط كون الصداق ما لا على نحو لا يقبل التخصيص وفي الامرين منع ظاهر ﴿ قوله : خلافاً للوسيلة فنفى ﴾ قال فيها : فإذا باع أحد بيعاً فاسداً وانتفع به المشتري ولم يعلم بفساده ثم عرف واسترد البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولدان حملت الأم عنده وولدت لأنه لو تلف لكان من ماله والخراج بالضمان انتهى ، ﴿ قوله : فالباء للسببية أو المقابلة ﴾ بآء السببية هي الداخلة على الاسباب مثل قوله تعالى : (ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون) وبآء المقابلة هي الداخلة على الأعراض مثل : اشتريته بألف وكافيت احسانه بضعف ، ومن ذلك يظهر أن الاستدلال بالحديث المذكور إنما يتم بناء على كون الباء للسببية إذ لو كانت للمقابلة دلت على أنه اذا ثبت الخراج يكون الضمان عوضاً عنه ، وهذا غير الدعوى ﴿ قوله : مثل قوله (ع) في مقام ﴾ الظاهر أن هذا أجنبى عن هذا المعنى بل المقصود منه التنبيه على ان العين في مدة الخيار ملك للمشتري فالمنفعة تكون له للتبعية بين العين والمنفعة في الملك ، وكذا الخبر الوارد في الرهن فلاحظها ، وليس المقصود سببية الضمان للملك الخراج وأن الضامن لعين يملك خراجها ولا قاعدة : تمن له الثمن فعليه الثمن ﴿ قوله : ليس مما أقدم عليه ﴾ يحتمل أن يكون مراد المفسر مما ذكره في صدر عبارة التفسير من الاقدام على الضمان التمهيد للضمان الذي هو بازائه الخراج وهو الضمان بمعنى اسم المصدر الناشئ من القبض الجاري على مقتضى عقد المعاوضة الفاسد ، لا تطبيق الضمان في الرواية على الضمان بالمعنى المصدرى فلا يرد عليه ما ذكر ثم ان هذا التفسير ليس للوسيلة ولعل الوجه في بناءه على عدم ضمان المنافع في المقام

وضمانها في المنصوب أن دليل ملك الخراج بالضمان مخصص في المنصوب بصحيح أبي ولاد لا لعدم انطباق الضمان فيه على الضمان في المنصوب لكون المراد منه المعنى المصدرى كما لا يرد عليه أن الباء كما يحتمل أن تكون سببية يحتمل أن تكون للمقابلة فيكون الكلام مجرلا ، إذ فيه أن الأصل أن تكون سببية بل لعل المقابلة راجعة للسببية بنحو من التجوز والعناية ﴿ قوله : فالمراد بالضمان الذي ﴾ هذا أيضا لا قرينة عليه ولا يدل عليه طبع الكلام إذ كما يحتمل أن يكون المراد المعنى المصدرى وهو التعهد بالشئ يحتمل أن يكون المراد اسم المصدر وهو كونه في المهدة ، وأيضا كما يحتمل أن يكون المضاف إليه الضمان - أعني المضمون - نفس العين ذات الخراج يحتمل أن يكون نفس الخراج ، وأيضا كما يحتمل أن يكون المراد أن الخراج يكون للضامن بسبب ضمانه يحتمل أن يكون المراد أن الخراج يكون عليه بسبب ضمانه لأن ضمان العين يستوجب ضمان منافعتها ومع هذه الاحتمالات يسقط الكلام عن الحجية في الجميع حيث لا قرينة على التعيين ولم يُعرف مورد له بخصوصه كي يمكن أن يستفاد منه معنى بعينه ﴿ قوله : المالك فتأمل ﴾ يحتمل أن يكون إشارة إلى منع اقتضاء العارية ملكا لا للمنفعة ولا للانتفاع ، بل إنما توجب الإباحة ويحتمل أن يكون إشارة إلى أنه يكفي في كون الخراج بالضمان أنه يستوفي الخراج بلا ضمان له مع ضمان العين ﴿ قوله : في شراء الجارية المسروقة ﴾ وهو خبر زرارة : قالت لأبي عبد الله (ع) : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة قال (ع) يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه في قيمته ما أصاب من لبنها وخدمتها ؛ ﴿ قوله : وأضعف من ذلك ﴾ إنما كان أضعف لأنه ليس في موردها عقد فاسد بخلاف ما قبلها فإن فيه عقدا بين غير مالكين ﴿ قوله : عبارة السرائر المتقدمة ﴾ يعني قوله : إن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان ، ومن المعلوم أن منافع المنصوب مضمونة ولو لم تكن مستوفاة ﴿ قوله : إلا أن يندرج في ﴾ لكن لو اندرجت في العموم المذكور اقتضى ضمانها وإن لم تكن أموالا إذ

لم يؤخذ في موضوعه عنوان المال ﴿ قوله : لا يوجب صدق الأخذ ﴾ لا يخفى أن الأخذ والحصول في اليد متقاربان مفهوماً فإذا صدق الحصول في اليد صدق الأخذ فالأولى أن يقال : إن الاكتفاء في تحقق قبضها حيث يكون موضوعاً لحكم شرعي بقبض العين لا يكفي في فهمها من إطلاق : ما أخذت ﴿ قوله : بقبض الأعيان مشكلة ﴾ لما عرفت في الأمر الأول من أن الاستيلاء على شيء يتوقف على كونه موجوداً حقيقياً ولا يصح بالاضافة إلى المنافع التي هي من الأمور الاعتبارية ولا وجود لها حال الاستيلاء على العين فنسبة الاستيلاء إليها يتوقف على نحو من التجوز والعناية وذلك مما لا قرينة عليه فيختص الدليل بضمان العين لا غير ﴿ قوله : واتلافه بلا عوض ﴾ قد عرفت أنه لا يقتضي الضمان وإنما يقتضي حرمة التصرف لا غير من دون فرق بين الاستيفاء وعدمه . نعم يمكن التمسك على الضمان بالاستيفاء بقاعدة : من اتلف ، لكن عرفت الأشكال في ذلك وأن أدلتها مختصة بالاضرار في العين بالجناية على ذاتها أو صفاتها فلا يشمل استيفاء منافعها ﴿ قوله : قد يدعى شمول ﴾ فيه أن المنافع في البيع ليست مورداً للعقد فلا تكون مورداً للقاعدة فالمرجع في ضمانها وعدمه غير القاعدة من دليل أو أصل ﴿ قوله : والانصاف أن للتوقف ﴾ لم يذكر الوجه في رفع اليد عن الأصل أو التوقف عن العمل به ليكون التوقف مقتضى الانصاف ﴿ قوله : خمسة الأول ﴾ عد التوقف من الأقوال في المسألة كما ترى ﴿ قوله : الضمان الامع علم ﴾ كأن الوجه في هذا التفصيل ما تقدم في قاعدة : ما يضمن بصحيحه ، فراجع ﴿ قوله : فالقول بالضمان لا يخلو ﴾ لكن الاعتماد على نقل الإجماع مع تحقق الخلاف لا يخلو من ضعف ولا سيما مع البناء على عدم حجية الإجماع المنقول مع تحقق الخلاف - على أن إجماع التذكرة إنما حكي في الغصب لا في مطلق اليد العادية ، بل من المحتمل أن يكون المراد من اليد العادية الغصب بقرينة التفريع ، كما أن من المحتمل كون المراد مما في السرائر من قوله : بمنزلة المنصوب ، هو ضمان العين لا غير فإذا البناء عدم على ضمان المنافع غير المستوفاة - كما يقتضيه الأصل الذي لا يخرج عنه - هو المتمعن

المثلي والقيمي

﴿ قوله : ما يصدق عليه ﴾ على هذا يكون المراد من أجزائه مصاديقه فموضوع المثلية هو الكلّي الذي تتساوى أفراده ومصاديقه في القيمة لكن ظاهر الأجزاء الأبعاض التي يتألف منها الكل فيكون موضوع المثلية نفس الفرد ؛ ومثليته بلحاظ تساوى أجزائه معه .

تعريف المثلي والقيمي

﴿ قوله : ولذا قيل في توضيحه ﴾ هذا التوضيح هو الذي ذكرنا أنه ظاهر العبارة وعليه فلا يناسب جعله توضيحاً لما سبق لاختلافها ، ويمكن دفع ذلك بأنه إذا تساوت مصاديقه في القيمة مع ملاحظة نسبة المقسود فلا بد أن يستوي الجزء والكل في القيمة مع ملاحظة النسبة لأن الجزء أيضاً مصداق له كالكل فيكونان مصداقين كغيرهما فلا بد من تساويهما في القيمة مع ملاحظة النسبة كغيرهما إلا أن يقال : التفسير الأول لا يقتضي توقف عنوان المثلي على كون أبعاض المصداق مصداقاً بخلاف ما ذكر في التوضيح فإنه يتوقف على ذلك ولذا يكون الدرهم والدينار والمصوغ من النقدين مثلياً على الأول وقيماً على الثاني ﴿ قوله : ومن هنا رجح الشهيد ﴾ يعني بما ذكره في التوضيح ﴿ قوله : إلا أن يقال إن الدرهم ﴾ لكن عرفت أنه على هذا يكون المصوغ من النقدين أيضاً مثلياً مثل الخاتم والسوار والخلخال ونحوها لتساوي أمثالها في القيمة كالدرهم الصحيح ، كما عرفت أيضاً أن هذا رجوع إلى تفسير المثلي بما ذكره أولاً - أعني ما تساوت أفراده في القيمة - وهو غير مبني النقض بالدرهم إذ هو مبني على ما ذكر في التوضيح ﴿ قوله : فلا يرد ما قيل ﴾ الفائل المحقق الأردبيلي في جمع البرهان ﴿ قوله : بعيد جداً ﴾

لم يظهر الفرق بين انطباق التعريف وانطباق المعرف في الثرب والبعء اذ انطباق المعرف انما هو بلحاظ مفهومه وهو نفس التعريف ﴿ قوله : وهو أبعد ﴾ لأنه يكفي عندهم في ضمان المثلي تفريغ التهمة بدفع المثل لا غير ﴿ قوله : ولذا اختار العلامة في ﴾ قال في التذكرة : مال العرض إن كان مثليا وجب رد مثله إجماعا ... الى أن قال : وإن لم يكن مثليا فإن كان مما يضبط بانوصف وهو ما يصح السلف فيه كالحيوان والثياب فلا يقرب أنه يضمنه بمثله من حيث الصورة لأن النبي (ص) استقرض بكرا ورد بازلا ... الخ والغرض من حكاية ذلك الاستشهاد على أن القيميات أيضا من ذوات الامثال بحيث تعد مثلية وتشتغل التهمة في ضمانها بالمثل . هذا ولكن المراد بالمثلي في عبارة التذكرة غير المثلي المقابل للقيمي لتقييد المائلة فيها بالصورة والا فوضوح كلامه ما لم يكن مثليا ﴿ قوله : لم يوجب ذلك اصلاح ﴾ قال في الجواهر : ولا يرد النقص بالتوب أو الارض الذي يمكن رفعه بعدم غلبة ذلك فيها وفرض بعض الافراد كذلك لا يناسب اطراد قواعد الشرع . انتهى ، وحاصل اشكال المصنف (ره) عليه أنه يكفي في عدم اطراد التساوي في القيميات ولو نادراً لكن لو فهم التقييد بالغالب ولو من قرينة حكمهم بضمن المثلي بالمثل الذي يبعد جدا تنزيهه على النادر كفي ذلك في إصلاح اطراد التعريف ولا سيما وأن هذا التعريف كغيره من التعاريف الجارية على السنة المصنفين انما يقصد منها الاشارة الى المعنى شبه التعاريف اللفظية فلا يقدر فيها الخلل في الطرد أو العكس ﴿ قوله : مع مخالفة الباقي ﴾ هذا مما لا ريب فيه لو كان الاختلاف في تعيين المفهوم أما لو كان في تعريف المفهوم وكيفية الاشارة اليه فلا يقدر الاختلاف المذكور في ترتيب الأثر على المفهوم عند احرازه وتطبيقه والظاهر أن اختلاف الكلمات في تعريف المثلي والقيمي من هذا القبيل ، كما أن الاختلاف منهم في مصداقه مثل الاختلاف في أن الذهب والفضة غير المسكوكين قيميان أو مثليان وكون العنب والرطب قيميين أو مثليين ونحو ذلك من موارد الاختلاف إنما نشأ من الخطأ في التطبيق لعدم وضوح المفهوم بنحو لا يقع فيه الخطأ لا لاختلافهم في نفس المفهوم كي يتعين

الرجوع في جميع موارد الاختلاف الى الأدلة الأخرى ، والمستفاد من كلماتهم الواردة في تحديده وفي النقض على الحدود بعدم الطرد أو العكس هو أن المثلي ما يكثر وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلافها الرغبات والقيمي بخلافه ، ومنه يظهر أن الذهب والفضة المسكوكين من المثلي ، وكذا غير المسكوكين إذا لم يكونا مصوغين وأما المصوغان فهما من القيمي لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات واختلاف المالية ، وكذا الحديد والنحاس والرصاص إذا لم تكن معمولة فإنها مثلية وإذا كانت معمولة فإن تساوت في المقدار والبيئات - كما هو الشائع في زماننا هذا - مما يصنع في المعامل الأفرنجية وشبهها فكذلك والافهي قيمية ، وأما الرطب والعنب فإن كانا من نوع بعينه مثل الرطب الخستاي والعنب الرازقي فهما مثليان قطعاً ، وإن لم يكونا كذلك فالظاهر أنها كذلك ، أما الثياب فالمصنوع منها في مثل المعامل الأفرنجية مثلية والافهي قيمية والمرجع في غير ذلك من موارد الخلاف الضابط الذي ذكرناه ﴿ قوله : أو كل صنف ﴾ هذا هو المتعين كما عرفته سابقاً ﴿ قوله : وما المعيار في الصنف ﴾ الظاهر أن المعيار فيه أن يكون له أفراد كثيرة شائعة يغلب اتفاقها في الصفات المنوطة بها الرغبات ﴿ قوله : لأصالة براءة ذمة ﴾ عما ﴿ هذا يتوقف على أن يكون الفرق بين المثل والقيمة هو الفرق بين الأقل والأكثر فإذا شك في وجوب المثل فقد شك في وجوب الأكثر ، والتحقيق أن الأصل فيه البراءة من الزائد ، لكنه غير ظاهر إذ المراد من القيمة في المقام النقد الذي يقع ثمنها غالباً كالدرهم والدنانير فيكونان من قبيل المتباينين اللذين يرجع عند الشك في أحدهما بعينه الى أصالة الاحتياط - مع أنه لو سلم كون المراد من القيمة مطلق المال الصادق على النقد وعلى العروض فالفرق يكون هو الفرق بين الكلي وفرده فيكون المقام من قبيل الشك بين التعمين والتخيير ، والمعروف عند المحققين وجوب الاحتياط فيه بالبناء على التعمين فيتعين في المقام دفع المثل ، ومن ذلك تعرف مبنى الاحتمالات الثلاثة في المقام وجوب دفع الأمرين المثل والقيمة ، وجوب دفع المثل بعينه ، والتخيير

بين الأمرين وأن الأول هو المتعين وأما احتمال تعين القيمة فلا يظهر وجهه إلا من جهة احتمال كون المراد من قوله « ص » : على اليد ... الخ كون خسارة المأخوذ على ذي اليد بقيته وبالإجماع خرج منه المثلي فع الشك فيه يرجع الى العام المذكور، أو من جهة احتمال أن يكون المراد من المائلة في آية الاعتداء الآتية المائلة في مقدار الاعتداء في المالية - مع دلالتها على الضمان كما سيأتي ، وكلاهما كما ترى ﴿ قوله : فان فرض إجماع ﴾ هذا ظاهر في أن عدم تخيير الضامن مظنة الإجماع ، ولكنه غير ظاهر والإجماع على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة كما تقدم إجماع في الحكم الواقعي لا في الحكم الظاهري الذي هو محل الكلام ﴿ قوله : فالأصل تخيير المالك ﴾ قد عرفت أن الاحتمالات المعتد بها ثلاثة فإذا قام الإجماع على انتفاء تخيير الضامن وتردد الأمر بين الاحتمالين الآخرين تعين تخيير المالك لأنه أوفق بالأصل ﴿ قوله : فان مقتضاه ﴾ بعد انعقاد الإجماع على تخصيصه عند تعذر العين والبناء على ارتفاع الضمان بدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي فع التعمذر وتردد الأمر بين المثلي والقيمي يعلم بخروج المورد عن مرجعية العام ، ولكون التردد بين عنواني الخاص فلا مجال للرجوع الى العام بل يرجع الى استصحاب بقاء الضمان ، كما أنه لو كان أداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي من مراتب أداء العين فع الشك في القيمي والمثلي يشك في تحقق الأداء ، ولأجل أن الشك من جهة الشبهة المفهومية يكون المرجح استصحاب بقاء الضمان لاعموم العام ﴿ قوله : من أول الأمر ﴾ يعني مع قطع النظر عن الإجماع على عدم تخيير الضامن ﴿ قوله : لا يخلو من منع ﴾ كما عرفت ﴿ قوله : والإجماع على عدم تخيير ﴾ يعني تخيير المالك واقعا كما سبق في تخيير الضامن ﴿ قوله : عند التشاح ﴾ بأن كان الضامن لا يأذن الا بقبض ما هو عليه واقعا والمالك لا يرضى إلا بما هو له واقعا فع الجهل بالواقع - كما هو المفروض - لا يمكن حصول اليقين بالبراءة . هذا ولا يخفى ان الدوران بين المحذورين المستتبع لحكم العقل بالتخيير انما يكون في أمرين لا يمكن فعلهما ولا تركهما كما لو دار الأمر بين وجوب شيء وحرمة أو بين وجوب شيء

ووجوب ضده للذين لا ثالث لهما وفي المقام لما وجب على الضامن تفريغ ذمته بدفع المثل أو القيمة يمكنه دفع كل منهما واذنه للمالك بأخذ ما شاء منها بعنوان كونه أصلاً أو بدلاً وحيث يجب على المالك أخذ أحدهما إما لكونه أصلاً أو بدلاً لأنه يجب عليه تفريغ ذمة غيره من ماله المتوقف على ذلك فيرجع الأمر، بالآخرة إلى تخيير المالك لا تخيير الضامن ، والسرفى ذلك أن وظيفة الضامن الدفع ووظيفة المالك الأخذ وهو متأخر عنه وإن شئت قلت بعد ما وجب تمكين المالك من قبض ماله وتوقف ذلك التمكين على تمكنه من المحتملين معا وعلى اذنه في قبض كل منهما فهذه الاذن (قارة) تكون اباحة للقبض بلا عنوان (وأخرى) تكون بعنوان كونه هبة على تقدير أن لا يكون مصداقاً لما في الذمة (وثالثة) تكون بعنوان كونه بدلاً عنه ، والمتعين هو الأخير لأن الاذن على الوجه الاول وإن اقتضت الرخصة في وضع اليد على المحتملين معا لكن ينهي الأمر بعد الوضع إلى أن يكون أحدهما للمالك والآخر للضامن فيحتاج إلى علاج إيصال مال المالك إليه المعين واقعا المبهم ظاهراً ، وعلى الوجه الثاني خلاف قاعدة نفي الضرر وخلاف أصل البراءة بخلاف الاذن على الوجه الأخير فإنها إنما تكون مخالفة لأصل البراءة احتمالاً بالنسبة إلى ما يختاره المالك لا جزماً ولا بأس بارتكابه لتعذر إيصال المال إلى مالكه إلا به فهو كما لو تعذر المثل في المثلث بنحو لا يرجى التمسك منه إلى آخر العمر فإن بقاء المال في ذمة الضامن إلى آخر العمر ضرر يستكشف من دليل نفيه سقوط أصل البراءة الاحتمالية ولو فرض عدم الدليل على وجوب تفريغ الذمة من مال الغير أو تفريغ ذمة الغير من المال إذا لم ذلك فللضامن أن لا يرضى بالمبادلة الاحتمالية كما أنه للمالك أن لا يرتضي بها تعين الرجوع إلى الحاكم الشرعي في رفع التشاح وعلى كل حال فليس للضامن التخيير ﴿ قوله : فهو من باب تخيير المجتهد في المكان الوجه في كون المقام من هذا الباب دعوى أن تخيير المجتهد من أجل الدوران بين المحذورين لأن الخبر أن كان صادراً وجبت الفتوى على طبقه وإن لم يكن صادراً حرمت الفتوى على طبقه فإذا تردد الصادر بين الخبرين فقد تردد الأمر بين الوجوب والحرمية ،

وفيه أن وجوب الفترى ليس من أحكام صدور الخبر بل من أحكام العلم بالصدور
 فمع التردد في الصادر بين الخبرين تحرم الفترى بكل منهما لا تنفاه العلم والبناء على
 التخير عند تعارض الخبرين مع فقد المرجح ليس لما ذكر بل إما للدلالة الخاصة
 بالدالة على التخير بناء على أصالة التساقط في المتعارضين - كما هو التحقيق - أو
 لكونه مقتضى قاعدة الزاحم - كما ذهب إليه بعضهم - وكيف كان فليس منه المقام
 إذ لا دليل على التخير فيه بالخصوص ولعدم الزاحم لما عرفت من إمكان الجمع
 وكأنه لما ذكرناه أشار (قده) بأمره بالتأمل ^{على} قوله : ولكن يمكن أن يقال
 ان ﴿ هذا استدلال على ما ذكره أولاً من ضمان المثل بالمثل والقيمي بالقيمة مع
 قطع النظر عن الإجماع ، وحاصله أن استفاد من بناء العرف الممضى بمقتضى
 الاطلاقات المقامية لأدلة الضمان المتفرقة أن الضمان في الجميع يكون بالمثل ثم بالقيمة
 ومعرفة المثل موكولة الى العرف ولا تتوقف على انعقاد الإجماع على كون الشيء
 مثلياً أو قيمياً . نعم لو شك العرف فالمرجع الأصل المتقدم ﴿ قوله : إلا ما شذ
 ونذر ﴾ كصحيح أبي ولاد وخبر إسحاق المتقدم في بيع الجارية المسروقة
 ونحوها ﴿ قوله : فلولا الاعتماد على ﴾ تقرب للإطلاق المقامي الدال على امضاء
 البناء العرفي ﴿ قوله : وقد استدلل الشيخ في المبسوط ﴾ قال في المبسوط في
 كتاب الغصب بعد ما قسم الاموال على ضربين حيوان وغير حيوان وغير الحيوان
 على ضربين ماله مثل ومالا مثل له وعرف الاول بما تساوت اجزأؤه : فاذا غصب
 غاصب من هذا شيئاً فإن كان قائماً رده وإن كان تالفاً فعليه مثله لقوله تعالى : (فمن
 اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأن مثله يعرف مشاهدة وقيسته
 تعرف بالاجتهاد وما يعلم يقدم على ما يجتهد فيه ، ولأنه إذا أخذ المثل أخذ وفق
 حقه وأما إذا أخذ القيمة ربما زاد أو نقص فكان المثل أولى . انتهى ، وهذه
 الأدلة كلها كما ترى مساقاة لضمان المثل بالمثل لا لضمان القيمي بالقيمة ولعل مأخذ
 حكاية المصنف (ره) غير ما ذكرنا ﴿ قوله : في مقدار الاعتداء ﴾ توضيح
 ذلك أن المائلة بين الاعتداءين ليس المراد منها المائلة بينهما ذاتاً فإن ذلك من

ضروريات كونها اعتداء بل المراد المائلة بينهما في المعتدى به وهو مدخول الباء في قولنا : اعتدى عليه بضربه ، أو : باتلاف ماله ، أو : بقطع يده ، أو نحو ذلك ، وجهة المائلة بالمعتدى به (تارة) تكون بلحاظ ذاتيهما مثل أن يعتدي عليه بالضرب فيعتدي عليه بالضرب (وأخرى) يكون بلحاظ الكم مثل أن يضربه مرة فيشتمه مرة (وثالثة) بلحاظ الأثر الخاص المترتب عليه مثل أن يضربه ضرباً مؤدياً إلى بكانه فيجازه به بالشتم المؤدي إلى بكانه مثلاً (ورابعة) بلحاظ المالية مثل أن يتلف مال زيد المساوي درهماً فيأخذ منه زيد درهماً ، وقد يكون بلحاظ غير ذلك من الخصوصيات من زمان أو مكان أو مقارنات . ثم نقول : إن كلمة (ما) في الآية الشريفة إما أن تكون مصدرية فيكون المعنى : فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه ، وإما أن تكون موصولة فيكون المعنى : فاعتدوا عليه بمثل الذي اعتدى به عليكم ، وقد عرفت أن المتحصل من المعنيين واحد وأن الجهات الملحوظة في المائلة بين الاعتداءين راجعة إلى الجهات الملحوظة بين الأمرين المعتدى بهما ، ومرجع المناقشة إلى أن الظاهر المائلة في مقدار المالية في المعتدى به ولو مع اختلاف ذاتيهما وإن كان ظاهر العبارة وغيرها من العبارات المتعرضة لذكر المناقشة المذكورة الفسق بين مقدار الاعتداء ومقدار المعتدى به ، لكن المراد ما ذكرنا ولذا قال بعض من ذكر الاحتمال المذكور على ما حكاه في الجواهر : والمراد بالمقدار - يعني مقدار اعتداء المعتدى - هو أن يحكم أهل العرف بأنهما سيان في المنفعة والفائدة ويرضى العقلاء بتملك كل منهما مقام الآخر ﴿ قوله : وفيه نظر ﴾ لأنه خلاف إطلاق المائلة بل الذي نقاه هو المتيقن من إطلاق المائلة وسائر الجهات مقتضى إطلاقها ﴿ قوله : في الحقيقة والمالية ﴾ المالية من الاعتباريات التي لا خارجية لها ولا ينصرف إليها إطلاق المائلة وكان الأولى إبدالها بالصفات الخارجية التي تختلف الرغبات باختلافها فإن مقتضى الإطلاق اعتبارها في الاعتداء المائل سواء أكان اختلاف في المالية أم لا . هذا بالنسبة إلى الآية الشريفة وكذا أيضاً بالنسبة إلى بناء العقلاء ، ﴿ قوله : إزام الضامن بتحصيل ﴾ لا يعمد ذلك في بناء العرف ولكنه غير

ظاهر بالنسبة الى الآية لما عرفت من ظهورها في اعتبار المائلة في الحقيقة فإذا كان العدوان بالاتلاف فالمجازاة تكون به لا بالأخذ - مضافا الى ان ظاهرها وظاهر سياقها الترخيص في الاعتداء لا وجوب تهية المعتدي الاول المقدمات المجازي له على اعتدائه فوجوب احضار المعتدي للذراع ليأخذه منه المعتدى عليه غير مستفاد منها ، اذ لا تعرض فيها لاستحقاق ذلك عليه واشتغال ذمته به فلا آية الشريفة أجنبية عن اثبات الضمان وايضا فان قوله (ره) : ولو باضعاف قيمته ، ينافي دعوى ظهورها في اعتبار المائلة في المالية اذ ذلك يوجب كون المجازاة باكثر من المثل ﴿ قوله : صدق أداء القرض ﴾ بعد فرض كون ما في الذمة هو القيمة كيف يكون أداء العين أداء للقرض اذ أداء ما في الذمة انما يكون بأداء فرده وفي الجواهر علة بأن مبنى القرض المشروع للارفاق على ذلك ، وبأولية العين من القيمة ولأن ثبوت القيمة في القيمي لتعذر المثل ثم قال (ره) : الا ان الجميع كما ترى ، انتهى ، نعم لو قيل بجواز عقد القرض من قبل المقرض كان ما ذكر في محله ﴿ قوله : ضمان المثل بالمثل ﴾ الظاهر ان أصل العبارة : ضمان القيمي بالمثل ﴿ قوله : في الحقيقة والمالية ﴾ قد عرفت الاشكال في دخل المالية في المائلة مع أن فرض تقص المائل في القيمة غير ظاهر إذ بناء على بقاء نفس العين في العهدة الى حين الاداء فالمندفوع مساو للعين في المالية غاية الامر أن العين التي في الذمة تقصت ماليتها عن زمان التلف ، وبناء على ثبوت المثل بمجرد التلف فالثابت من المثل في الذمة مساو للعين في المالية حين ثبوته . نعم قد ينقص عن المالية بعد ثبوته الى حين أدائه لكن ذلك ليس اختلافا بين المضمون والمضمون به في المالية كما هو المقصود بل نقص في مالية المضمون أو المضمون به بعد ثبوته في الذمة كنقص مالية العين على تقدير بقائها فانه لا يقدر في سقوط ضمانها بردها كما لا يقدر فيه ارتفاع قيمتها كما لا يخفى ﴿ قوله : الحق خلافه ﴾ وجهه غير واضح ومقايضة المقام بصورة بقاء نفس العين مع سقوطها عن المالية توجب توجه الاحتمال المذكور ﴿ قوله : في المثالين المتقدمين ﴾

يعني بها مثال اتلاف ذراع من الكرباس واتلاف العبد مع كون المتلف مشغول
 الذمة بعبد مثله لما لك والمثال الثالث مثال نقص القيمة ﴿ قوله : من أن العام
 المخصص ﴾ فإن عموم الآية يقتضي الضمان بالمثل حتى في القيمي لكنه مخصص
 بالاجماع على ضمان القيمي بالقيمة ومع اجمال مفهوم القيمي يقتصر في التخصيص على
 المتيقن منه ويرجع في مورد الشك الى عموم الآية وكذا الكلام في اطلاق ادلة
 الضمان المتفرقة ، بل التحقيق وجوب الرجوع الى العام في المخصص اللبي حتى في
 الشبهة الموضوعية ﴿ قوله : بناء على تحقق الاجماع ﴾ فقد عرفت انه مقتضى
 الدليلين ايضا ﴿ قوله : مضافا الى الخبر الوارد ﴾ هو الصحيح : سأله معاوية بن
 سميد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع
 بها شيء. ألساحب الدراهم الدراهم الأولى أو الحاضرة التي تجوز بين الناس ؟ فقال
 عليه السلام : لصاحب الدراهم الدراهم الأولى ، ونحوه مكاتبة يونس : كان لي على
 رجل عشرة دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاء بدراهم أعلى من تلك الدراهم
 ولها اليوم وضيمة فأني شيء لي عليهما الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي
 اجازها السلطان ؟ فكتب « ع » : لك الدراهم الأولى . هذا ومورد المكاتبة
 صورة نقص المالية بل هو ظاهر قول السائل في الاول : أو تغيرت . ولا ينافيه
 قوله : ولا يباع بها ، لا مكان حمله على ارادة نفي رواج المعاملة بها لا سقوطها عن
 المالية ويعارضها مكاتبة يونس الاخرى والترجيح للاولين ﴿ قوله : الحق بالقيمي ﴾
 كأنه لعدم امكان المثل المائل في المالية فيكون من قبيل تعذر المثل الموجب لجواز
 دفع القيمة ، وفيه أن الوجه للانتقال الى القيمة فيما لو تعذر المثل غير آت هنا فاذا
 كان مقتضى الدليلين السابقين اعتبار المائلة في المالية وهي مفقودة كان الدليلان
 قاصرين عن الدلالة على الاجزاء به ، ولأجل أنه لا دليل على الاجزاء بالقيمة دار
 الأمر بين المثل والقيمة والمرجع فيه الأصل المتقدم الذي قد عرفت أنه يقتضي
 الرجوع الى اختيار المالك فربما يختار القيمة - كما هو الغالب - وربما يختار المثل
 لبعض الدواعي وكأنه الى ذلك اشار بقوله : فتأمل . هذا وقد عرفت ان المالية

خارجة عن منصرف الدليلين وإن ظاهرهما المائلة في الحقيقة والصغات الخارجية
وحينئذ يكون مقتضاها الإلحاق بالمثلي في الفرض لا بالقيمي ولا مجال للرجوع إلى
الأصل المتقدم .

حكم عدم وجهه المثل الباكتر من محله المثل

﴿ قوله : فحوى حكمهم ﴾ كأن الوجه في هذه الدعوى أن التحفظ من
ضرر المضمون له أولى من التحفظ من ضرر الضامن ﴿ قوله : وربما احتل
بعضهم ﴾ ذكر هذا الاحتمال في الفوائد من دون ترجيح له ولا خلافه ومال إليه
في الجواهر ﴿ قوله : لعين ما ذكر في ﴾ يعني من عموم النص والفتوى وأما
قاعدة الضرر فلا مجال للعمل بها لأنها مخصصة بأدلة الضمان فيتمتع الرجوع إلى
إطلاق الخاص . نعم إذا لم الإجحاف بحال الضامن لم يجب الشراء لقاعدة نفي
الخرج ﴿ قوله : وفقاً لظاهر المحكي ﴾ وخلافاً لما عن المبسوط من لزوم قيمته
في بلد الغصب أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفي ذلك للضرر المنفي ، وفيه ما عرفت
من الاشكال في العمل بقاعدة نفي الضرر ﴿ قوله : لعموم الناس مسلطون ﴾ فإن
إطلاقه يقتضي جواز المطالبة في كل مكان وفي كل زمان وليس للضامن حبه عنه
ولأجله لا يهيم قصور مثل : على اليد . . . إلخ أو : كل مفصوب مهدود ، عن
صلاحية الاستدلال به من جهة دعوى انصرافه إلى خصوص مكان ذلك المال مع
أن الدعوى ممنوعة في نفسها بنفيها الإطلاق .

لو تعذر المثل

﴿ قوله : لأن منع المالك ظلم ﴾ كونه ظلماً موقوف على الانتقال إلى القيمة وهو عين الدعوى ﴿ قوله : لم يمتد عليه أزيد ﴾ هذا لا يجدي في وجوب دفع القيمة حتى يثبت كونها مثلاً وإلا كان الاعتداء بغير المثل والآية الشريفة لا تقتضي جوازه ، وكونه مثلاً واضح المنع ، مضافاً إلى ما عرفت من الأشكال في صحة الاستدلال بالآية على الضمان ، وكذا الأشكال في التمسك بقاعدة الميسور إذا القيمة مبالغة للمثل لا ميسوره - مع أنه لا دليل على قاعدة الميسور كلية وكذا ما يقال من أن له إلغاء حقه من الخصوصية الزائدة على المالية والمطالبة بالمالية إذ المالية هي صفة اعتبارية لا معنى للمطالبة بها ، ولو أريد المطالبة بما هو موضوع المالية - أعني ما يكون مصداقاً لمفهوم المال فأنما تصح لو كان الثابت في الذمة كذلك ، أما لو كان الثابت مالا خاصاً وهو المثل فليس له المطالبة إلا به والمفروض تعذره المانع من صحة المطالبة به ، والتفكيك بين خصوصية المالية وغيرها في الإلغاء والمطالبة غير جائز ، ولذا لا يجوز ذلك مع التمسك من المثل - مضافاً إلى ما عرفت من أن القيمة ليست من مرائب وجود المثل بل مبالغة له لأنها مال خاص لا مال محض فالعمدة في اثبات ما ذكره المصنف (ره) دعوى بناء العرف على ذلك الممضى بالإطلاق المقامي لادلة الضمانات فيكون ميسوراً في مناهم الاستناط لا ميسوراً للمثل الثابت في ذمة الضامن ﴿ قوله : فلا دليل على الزامه ﴾ لا ينبغي التأمل فيه بناء على بقاء المثل في الذمة لعدم ثبوت بناء العرف على الإلزام بالقيمة حينئذ أما لو بني على انتقال ما في الذمة إلى القيمة فلا ينبغي التأمل في جواز إلزام المالك بقيضها لأن الامتناع عنه تصرف في ذمة الضامن بغير حق والأصل يقتضي البناء على الأول ﴿ قوله : ويؤيد ما ذكرنا أن ﴾ وجه التأييد أن التعبير بيوم المطالبة يدل على أن موضوع كلامهم صورة المطالبة ﴿ قوله : فليتأمل ﴾ اعلمه إشارة

الى أن التأييد يتوقف على مساواة القرض لغيره في الحكم ﴿ قوله : فلا دليل عليه ﴾ هذه مناقشة في المبنى وظاهره تسليم الابتناء أعني أن لازم البناء على الانتقال الى القيمة عند تعذر المثل البناء على أن القيمة قيمة يوم التعذر ، وقد يشكل بأن الثابت في الذمة إذا كان بعنوان كونه قيمة فمقتضى المحافظة فيه على العنوان المذكور أن لا يكون مقدرا بقدر معين بل يزيد وينقص بزيادة قيمة العين ونقصها الى أن يتحقق الدفع فلو زادت قيمة العين بعد التعذر قبل الدفع ولم يزد ما في الذمة خرج عن كونه قيمة للعين وصح قولنا : ليس قيمة للعين ، بل كان قيمة لها ، وهو خلف وكذا الحال في صورة النقيصة ولزام ذلك أن يكون المدار على قيمة يوم الدفع ، ويمكن دفعه بأن الضمان بالمثل في مقابل الضمان بالقيمة إذ الأول مبني على المحافظة على الحقيقة والصفات مع عدم المحافظة فيه على المالية فلو فرض هبوط المالية فيه الى آخر درجة منها لم يخرج المثل عن كونه مضمونا به ولا يكون ذلك التفاوت مضمونا بخلاف الثاني فإنه مبني على المحافظة على المالية دون غيرها من الحقيقة والصفات لمباينة القيمة للعين ذاتا وصفة والمحافظة على المالية إنما تكون بتدارك ذلك المقدار من النقص الوارد على المالك عند تلف العين فالقيمة المضمون بها العين عند تلفها في القيميات هي المرتبة الخاصة من المالية التي فأت على المالك فقولنا : القيمي مضمون بقيمته ، يراد بالقيمة فيه الإشارة الى تلك المرتبة الخاصة من المالية لا بعنوان كونه قيمة للعين كي يتوجه ما ذكر ، وكذا في المقام حينما يقال : ينتقل الى قيمة المثل عند تعذره ، يراد به الإشارة الى تلك المرتبة الخاصة من المالية الثابتة للمثل حين تعذره لا بعنوان كونها قيمة للمثل كي يتوجه ما ذكر ، والوجه فيما ذكرنا أنه المطابق للمرتكزات العرفية في مقام التفرير والتضمن فيتمين البناء على قيمة يوم التعذر . نعم يتوقف ذلك على أن القيمة الثابتة حينئذ قيمة للمثل فتكون بدلا عن المثل الذي هو بدل عن العين لا قيمة للعين وبدلا عنها على نحو تكون القيمة والمثل كلاهما بدل عن العين على الترتيب لا في عرض واحد إذ لو قلنا بذلك تعين قيمة يوم تلف العين لا يوم تعذر المثل لما عرفت من أن ضمان القيمة إنما هو لتدارك المالية التي فأت على

المالك بتلف العين فلا بد من مساواتها لتلك المالية لكن المبني المذكور ضعيف لأن المثل بعد ما استقر في الذمة بدلا عن العين كانت نسيا منسيا وكان المثل هو ملك المالك فإذا تعذر وبني على ثبوت القيمة بدلا فالبديلية ملحوظة عنه لا عن العين لأنها ليست مملوكة حينئذ للمالك ، ومن ذلك أيضا يظهر ضعف كون القيمة بدلا عن الجامع بين العين والقيمة كما يأتي التعرض له في كلام المصنف (ره) قوله : لا يخلو من تحكم لعل الوجه في الفرق أنه في القيميات لا يرجى إمكان المثل الذي به يكون الشيء مثليا فلا معنى لاعتبار وجود المثل في الذمة فيه إذ لا يترتب على اعتباره أثر بخلاف المثلي المتعذر مثله فإنه يرجى وجود المثل له فلا مانع من اعتبار بقاء المثل في الذمة فيه ، وبالمجمل : ليس المناط في كون الشيء مثليا كونه متعذرا للمثل فيشكل الفرق بين التعذر الابتدائي والطارئ ، بل المناط كونه غير شائع المثل وإن كان له مثل موجود وهذا المعنى أمر آخر غير التعذر الطارئ.راجع الى عدم وجود المثل أصلا وإن كان له مثل شائع الوجود ولو في الأزمنة القريبة اللاحقة . ثم إن التحكم المذكور لم يسلّم فانما يمنع عن الفرق بينها وهو كما يكون بالالتزام بتساويها في ثبوت القيمة عند التعذر يكون أيضا بالالتزام بتساويها في ثبوت القيمة عند الأداء فيكون القيمي مضمونا بمثله كما في المثلي الى أن يتحقق المسقط وهو دفع القيمة ، ويكون أيضا بالالتزام بثبوت نفس المضمون أعني العين في الذمة في المثلي والقيمي ودفع المثل عند التلف في المثلي كدفع القيمة عند التلف في القيمي ، وكذا في المثلي المتعذر مثله من قبيل المسقط لا لاشتغال الذمة به وانتقال ما في الذمة اليه فوجوب دفع الأقرب الى التالف من قبيل وجوب المسقط تكليفا لا وضعا وهذا الأخير غير بعيد عن الارتكاز العرفي قوله : من اعتبار القيمة هذا متفرع على المبني المذكور لا أنه نفسه قوله : فتكون القيمة صفة مرجعة الى أن القيمة بدل عن المثل الذي هو بدل عن العين فتكون القيمة بدل البدل في مقابل الاحتمال الآخر الذي هو كون القيمة بدلا عن العين نظير المثل فيكون للعين بدلان المثل والقيمة لكنها ليسا بدلين عرضيين بل طوليين وبديلية

القيمة مشروطة بتعذر المثل أما بدلية المثل فطلقة كما تقدمت الإشارة الى ذلك ،
﴿ قوله : فإن قلنا بالأول ﴾ يعني ان المثل المستقر في النعمة قيمى ﴿ قوله :
بيوم التلف ﴾ قد عرفت آنفاً أنه الأقوى ، وان المرتكز العرفى في الضمان بالقيم
تدارك الخسارة المالية الواردة على المالك بتلف العين فالمضمون به ما يساوي تلك
الخسارة حين التلف ﴿ قوله : وهذا مبني على ﴾ لأن زمان الغصب هو زمان
الضمان ﴿ قوله : من يوم تلف ﴾ لأنه زمان ضمان المثل ﴿ قوله : بيوم الغصب ﴾
لأنه يوم الضمان كما عرفت ﴿ قوله : المشترك بين العين ﴾ قد عرفت الإشارة الى
ضعف هذا الاحتمال وكيف والجامع بين العين والمثل ليس مملوكا ولا مضمونا ولا
مضمونا به إذ حال وجود العين هي بخصوصها مملوكة ومضمونة ، وبعد تلفها المملوك
والمضمون به هو المثل بخصوصه ، والجامع بينهما ليس موضوعا للأثار المذكورة
فكيف يكون قيميا وموضوعا للقيمة ﴿ قوله : الى دفع المثل ﴾ الظاهر ان أصل
العبارة : دفع القيمة ﴿ قوله : منها فافهم ﴾ لعله إشارة الى الاشكال في الحكم
المذكور هنا وفي الغصب ﴿ قوله : لا إطلاق كلامهم ﴾ حيث لم يقيدوه بصورة
التمسك من المثل ﴿ قوله : يجب اشتراط ﴾ يعني ولو بالقيمة ﴿ قوله : قيمة
المفصوب ﴾ يعني بدلا عن العين لا عن المثل على ما تقدم من الاحتمالين لكن
عرفت الاشكال فيه وأن المثل بعد ما استقر في النعمة بدلا عن العين صار هو المملوك
للمالك وصارت العين نسيانها فاذا تعذر المثل وفرض البناء على الانتقال الى القيمة
فالقيمة بدل عن المثل الذي هو ملك المالك لا عن العين التي خرجت عن الملكية
للمالك واستقر بدلها في النعمة ، وبناء العرف على الانتقال الى الاقرب فالاقرب
الى التالف مسلم لكنه من أول الأمر أما بعد اشتغال النعمة بالاقرب وصيرورته
بدلا عن التالف وخروج التالف عن الملكية وصيرورة بدله ملكا للمالك يكون ذلك
البديل هو الملحوظ في مقام الخروج عن العهدة لا العين . فلاحظ ﴿ قوله :
توجه ما اختاره الحلي ﴾ وهو القول باعتبار يوم الاعواز كما تقدمت نسبتة اليه في
صدر الكلام على الاحتمالات ومبانيها ، وقد يشكل بما عرفت آنفاً من أن الانتقال

الى القيمة يوم الاعواز لا يقتضي ذلك لأن القيمة إذا كانت بدلا عن العين كانت تداركاً للنقص المالي الوارد على المالك بتلف العين فلا بد من أن تكون القيمة قيمة يوم تلفها لا يوم الاعواز ، ومجرد كون الانتقال الى القيمة يوم الاعواز لا يقتضي ذلك لما عرفت من أنه لا يظهر مقتض لتعين قيمة يوم الانتقال بنحو القاعدة الكلية كي يُبنى عليه هنا ، بل المناط ما ذكرنا ، ولأجل ذلك يُبنى على قيمة يوم الاعواز لو كانت القيمة بدلا عن المثل لأن المقصود بها تدارك مالية المثل الواردة على مالكة فلا بد أن تكون بتدر ذلك النقص والنقص انما كان يوم الاعواز بقدر قيمة المثل ﴿ قوله : اذ كما ان ارتفاع القيمة ﴾ يعني ان ارتفاع القيمة انما لا يكون مضمونا بشرط عدم انتهاء الذوبة الى دفع القيمة بل كان ارتفاع الضمان بسبب دفع العين أو مثلها أما إذا انتهت الذوبة الى دفع القيمة لتلف العين وتعدر المثل فارتفاع القيمة يكون حينئذ مضمونا ، وهذا الارتفاع المضمون يكون من زمان الضمان الى زمان تعين القيمة وثبوتها في الذمة او الى زمان أدائها بناء على ثبوت المثل في الذمة الى زمان الأداء ﴿ قوله : على ما اعترف به ﴾ تقدم نقل نصريحه بذلك في صدر المسألة ﴿ قوله : فلا نعم صورة المعجز ﴾ لا يكفي ذلك في البناء على ثبوت القيمة بل لا بد فيه من أن تدل على اشتراط التمكن في ثبوت المثل على نحو ينتفي بانتفائه وإلا دار الأمر بين المثل والقيمة ولا دليل على تعين القيمة ، ﴿ قوله : ولا دليل على سقوط ﴾ يعني فيرجع في بقاء المثل الى الاستصحاب ﴿ قوله : لم يكن له المطالبة ﴾ يعني المطالبة بالمثل لأنه غير ما يملكه في ذمة الضامن وهو القيمة ﴿ قوله : وفيه تأمل ﴾ كأنه من جهة احتمال ان بدلية القيمة الثابتة في ذمة الضامن عند تعدر المثل منوطة بتعذره فمع امكان دفعه ترتفع ويكون هو البديل نظير ثبوت القيمة عند تعدر العين على نحو يلحق بالتلف ، ﴿ قوله : وليس هنا تحديد ﴾ ربما يحتمل أن يكون ما في التذكرة تحديداً لجواز مطالبة المالك للضامن بالقيمة وان كان يجب على المالك تحصيل المثل لكنه بعيد ﴿ قوله : تعين ما عن جامع المقاصد ﴾ لأن لفظ الاعواز يرجع فيه

الى العرف كسائر الالفاظ التي تذكر في معاهد الاجماع وفي الكتاب والسنة
﴿ قوله : الرجوع الى الاخص ﴾ هذا اذا لم يكن الاعم مذكورا أيضا في
بعض معاهد الاجماع وإلا فالاجماع على الاخص لا ينافي الاجماع على الاعم فيؤخذ
بالاعم . اللهم إلا أن يعلم بوحدة المراد حينئذ فيكون مجعلا فيرجع الى الاخص
لأنه المتيقن . ثم ان جعل التعذر اخص من الاعواز غير ظاهر بالنظر الى معناها
العرفي واللغوي اذ هما واحد فكون التعذر اخص من الاعواز مبني على أن المراد
من الاعواز الاعواز الاضافي وهو المعنى المذكور في التذكرة والمسالك ، والمراد
من التعذر معناه الحقيقي . هذا ولا يبعد أن يكون غرض العلامة (ره) ومن
تبعه تفسير الاعواز بذلك ليس تفسير الاعواز بالمعنى المقابل للتعذر بل تفسير الاعواز
والتعذر المذكورين في كلامهم المراد بهما معنى واحد فلاشكال حينئذ يكون في
ما أخذ هذا التفسير مع انه خلاف الظاهر ومخالف لمقتضى عموم السلطنة ﴿ قوله :
بل الظاهر منه عرفا ما ﴾ لا يظهر الفرق بين المقام وأخبار السلم فاذا كان الظاهر
من عدم القدرة فيها المعنى العرفي فلم لا يكون الظاهر من التعذر في كلامهم ذلك .
اللهم الا أن يكون الوجه في ظهور نصوص السلم في ذلك ملاحظة مواردنا من النبي
والجذع والحنطة والشعير ونحوها مما يمتنع فرض التعذر المطلق فيها فيتمتعين الحمل
فيها على التعذر العرفي بخلاف كلامهم في المقام فانه ليس لمورده هذه القرينة فيتمتعين
العمل على ظاهر التعذر - أعني التعذر المطلق - ولا يكفي التعذر في البلد وما حوله
في رفع اليد عن عموم السلطنة المقتضي لوجوب احضار المثل . نعم لو لم من احضار
المثل حبس المالك عن الانتفاع بماله فلا يبعد جواز مطالبته بالقيمة كما في بدل
الحيلولة كما تقتضيه قاعدة الميسور الممول عليها عند العرف في مثل المقام كما أشرنا
الى ذلك في صدر التنبيه التي لا فرق في جريانها بين التعذر المطلق والتعذر الاضافي
فراجع ﴿ قوله : الظاهر الأول ﴾ اذا كانت القيمة قيمة للمثل وبدلا عنه عند
التعذر فلا بد من ملاحظة الحال التي يكون عليها عند التعذر التي تختلف بها القيمة
مثل وجود الراغب وعدمه وكثرته وقلة وكثرة الوجود وعزّة الوجود ونحوها

من الخصوصيات الخارجية الموجبة لاختلاف المالية ، ويتعين التقويم بلحاظها لما عرفت من أن الغرض من القيمة تدارك النقص المالي الوارد على المالك بتعذر المثل ، وكذلك الحكم لو بني على كون القيمة قيمة للعين وبدلاً عنها فإنه لا بد من ملاحظة الاحوال التي كانت عليها العين حين التلف ليعرف بذلك مرتبة ماليتها فيتدارك بالقيمة ، وأما إذا كانت القيمة مسقطاً للمثل حال الاداء بناء على المشهور من بقاء المثل في الذمة الى حين الاداء كما اختاره المصنف (ره) فالقيمة حينئذ قيمة للمثل المفروض الوجود في ذلك الزمان على ما هو عليه من عدم المائل - مع ملاحظة الخصوصيات الخارجية من وجود الراغب وعدمه وقلته وكثرته ومزيد الرغبة فيه لترتب الفوائد المهمة عليه وعدمه فنطاق التقويم الخصوصيات الخارجية لا الفرضية ، مثل كونه عند المالك أو يتوقف عليه علاج الملك أو نحو ذلك ، لأن المالية المنوطة بالحيثيات الفرضية فرضية لا حقيقية ، والمالية الفرضية ليست موضوعاً لوجوب التدارك فالغرض إنما يتعلق بوجود المثل لا غير ، وأما ما عداه من الخصوصيات التي بها تختلف المالية فلا بد من كونها حقيقية لا فرضية ﴿ قوله : أم بلد التلف وجره ﴾ أما الاعتبار ببلد التلف فينبغي أن يكون مبنيًا على انتقال مافي الذمة الى القيمة ، وكون القيمة قيمة للعين لأن خصوصية البلد لما كانت دخيلة في مالية العين فالتلف الوارد عليها في البلد الخاص اقتضى نقص تلك المرتبة الخاصة من المالية فلا بد من تداركها بتلك المرتبة ، وتداركها بالمرتبة الخاصة ببلد المطالبة ليس تداركاً لمالية حقيقية بل تقديرية ، لأن الخصوصية الموجبة لها ليست ثابتة للعين الا تقديرًا ، أما الاعتبار ببلد المطالبة فينبغي أن يكون مبنيًا على بقاء العين أو المثل في الذمة الى زمان المطالبة لأن القيمة المدفوعة الى الضامن تكون قيمة لما في الذمة الفرضي فإذا كان المالك يستحق المطالبة به في بلد بعينه فهو يستحق تطبيق مافي الذمة على الخارجي في ذلك البلد ، فخصوصية البلد من قبود ذلك الأمر المستحق فيتمتع دخلها في التقويم ، ولو بني على الانتقال الى القيمة وكونها بدلاً عن المثل عند التعذر تعين قيمة بلد التعذر ، اذا فرض مخالفته لبلد المطالبة في مالية المثل

لما عرفت ، وأما ضمان أعلى القيمتين فهو مبني على ضمان ارتفاع القيم وكون المضمون الجامع بين العين والمثل وبقاء المثل في الذمة الى زمان المطالبة على ما تقدم في نظيره فلاحظ ﴿ قوله : وفصل الشيخ في المبسوط ﴾ شقوق التفصيل المذكور غير ظاهرة الارتباط بما نحن فيه ، إذ الشق الاول راجع الى جواز المطالبة بغير بلد التلف لكن لم يتعرض فيه لتعيين القيمة ، والشق الثاني راجع الى جواز المطالبة في ظرف التساوي في القيمة وهو غير محل الكلام ، والشق الثالث راجع الى عدم جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف وهو غير مبني الكلام في المقام ، وكان الاولى حكاية هذا التفصيل في ذيل مسألة جواز المطالبة في كل بلد ﴿ قوله : الأقوى بل المتعين هو الاول ﴾ لأن المائنة المعتبرة في ضمان المثل يُراد بها المائنة في الحقيقة والمالية ، والمراد من المائنة في المالية دخولها تحت عنوان المال بحيث يكون كل منها مالا فاذا خرج عن المالية فقد خرج عن كونه مثلاً ، وفيه ما عرفت الاشارة اليه آتيا من أن الضمان بالمثل في قبيل الضمان بالقيمة اذ الملحوظ في الاول الذات والصفات فقط ، بخلاف الملحوظ في الثاني فإنه تدارك المالية فقط ، ولذا لو هبطت قيمة المثل لم يجب على الضامن دفع التفاوت مع المثل كما أنه لو ارتفعت قيمة المثل لم يجز له الرجوع بالتفاوت عند دفع المثل فاذا سقطت عن المالية لم يخرج عن كونه مثلاً كما هو الحال في ضمان نفس العين قبل التلف فإنه لو سقطت عن المالية لا يكون ذلك من قبيل تلف العين أو تعذر ردها ، ولذا مال في الجواهر الى لزوم المثل لا غير لعدم الدليل على الانتقال الى القيمة والأصل عدمها (ويمكن) ان يستدل على ما ذكرنا بالصحيح المتقدم في ذيل التذييه الرابع في الدراهم التي سقطت فان قول السائل : أو تغيرت ، وان كان ظاهراً في حصول التفاوت في المالية ولذا تقدم الاستدلال به على عدم ضمان التفاوت ، ولكن قوله : وسقطت تلك الدراهم ، بقربنة المقابلة لقوله : تغيرت ، ظاهر في السقوط عن المالية بالمرّة فدل على الانتقال الى القيمة ، اللهم إلا أن يكون المراد من السقوط اسقاط السلطان ، ومن التغير السقوط لامن السلطان بل من غيره فيكون السقوط شاملاً لصورتي ابتغاء المالية

وتفاوتها ، وإذا كان معارضا بمكاتبة يونس الثانية: كتبت الى الرضا (ع) : إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الايام وليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدراهم باعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس ؟ قال فكتب الي : لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس ، و الجمع بينهما يقتضي حمل المكاتبة على صورة السقوط عن المالية بالمرّة بقربنة المكاتبة الاولى المتقدمة أيضا لاختصاصها بصورة حصول التفاوت إذ بعد تقييد الثانية بالاولى تكون الثانية أخص من الصحيح فيقيد بها ويرفع التنافي بين النصوص ، لكن هذا خلاف ظاهر إطلاق السقوط في الصحيح بل الظاهر ما ذكرنا أولا فيكون التنافي بين الصحيح والمكاتبة موضوعا للتعارض وأحكامه والترجيح فيه للصحيح ، ومورده وإن كان القرض إلا أنه مما نحن فيه لأنه تملك بالضمان فلا فرق بين الضمان الجعلي والشرعي ، بل يمكن التعدي الى كل كلي في الذمة سقطت عن المالية كالمبيع في السلف والثمن في النسبة وغيرها ، لانه أولى بالحكم المذكور من الثابت بمناط ضمان المين اذ لا مجال لتوهم الاشكال عليه بانهم خلاف مقتضى الضمان الراجع الى تدارك المالية في الجملة وإن عرفت أيضا اندفاعه ، وكيف كان فلا دليل يظهر على الانتقال الى القيمة والاصل عدمه ، قوله : بل حكي عن بعض حكي ذلك في الجواهر عن جامع المقاصد ثم قال : لم نعر على من تعرض له بالخصوص غير من عرفت . انتهى ، مشيراً الى التذكرة والايضاح والدروس ، قوله : ويحتمل آخر مكان ، إذا كان المقروط عن المالية تدريجياً بحسب الزمان كما لو تنزلت القيمة يوماً فيوما حتى سقطت بالمرّة كان المتيقن آخر زمان التنزل لانه وقت الانتقال الى القيمة ، وإذا كان الاختلاف في المالية لاختلاف الامكنة وفي بعض الامكنة لا مالية له أصلاً مع كون الزمان واحداً وكان التلف في مكان له فيه مالية والمطالبة في مكان لا مالية له فيه ، فاذا بني على الانتقال الى القيمة لامتناع ضمان مالا مالية له ترددت القيمة بين الاقل والاكثر والاصل البراءة من الاكثر ، وتعين قيمة مكان الضمان لادليل عليه لأن المفروض كونه مثلياً في ذلك المكان ، وكذلك

بالإضافة الى كل مكان له فيه مالية فكيف يضح ضمانه بالقيمة فضلا عن تعين قيمة مكان بعينه لانه ترجيح بلا مرجح نعم لو احتمل بقاء المثل في الذمة الى حين الاداء وان خرج عن المالية غاية الامر أنه لا يستوفى الا بما هو مال فالاصل يقتضي الاكثر لاصالة عدم فراغ الذمة بدفع الاقل ، لكن هذا الاحتمال بعيد عن مبنى القول المذكور ، ومن هنا يشكل القول المصرح به في كلام الجماعة جداً لما عرفت من عدم المقتضي للقيمة في كل مكان فضلا عن قيمة مكان الضمان ﴿ قوله : لان القيمة حينئذ بدل الحيلولة ﴾ هذا ان تم اقتضى وجوب المثل عند التمكن بناء على مختاره من بقاء نفس المثل في الذمة بطريق الاولى ، فان اقتضاء دفع ما في الذمة لسقوطه بنحو لا يعرّد أولى من اقتضاء دفع بدله لذلك .. مع أنه غير تام لاختصاص بدل الحيلولة بالعين التي لا تخرج عن ملك المالك بتعذر أدائها لعدم الموجب ودفع المضمون به انما هو تدارك لما فات على المالك بتعذرها ، ولا يحجى في المثل الذي تبدل الى القيمة في الذمة وخرج عن كونه مملوكاً للمالك لانتفاء الوجود الخارجي له والذي ، أوسقط عن الذمة بدفع بدله كما هو على مختار المصنف (ره) و المشهور نعم لو احتمل بقاء المثل في الذمة على هذا القول حتى بعد اداء القيمة كان لما ذكر وجه لسكده لا قائل به وخلاف المرتكزات العرفية

التنبيه السابع

﴿ قوله : مقتضى اطلاق أدلة ﴾ يعني الاطلاق المقامي لأدلة الضمانات حيث لم يتعرض فيها لكيفيته مع انها واردة في مقام البيان ، فلا بد ان يكون المتكلم قد اتكل في بيانها على الكيفية العرفية ، كما اشار الى ذلك المصنف (ره) في التنبيه السابق ﴿ قوله : وفي الشرائع في باب القرض ﴾ قال في الشرائع في قرض القيمي : انه يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ولو قيل يثبت مثله كان حسناً . انتهى ، وفي التذكرة : وان لم يكن مثلياً فان كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح

السلف فيه كالحَيوان والشباب فالأقرب أنه يضمن بمثله من حيث الصورة لأن النبي (ص) استقرض بكر... الخ ؛ وظاهره الموافقة للشرائع ، وفي الجواهر :
 الا نصاب عدم خلو القول به من قوة باعتبار معردة كون قرض الشيء بمثله بل
 مبنى القرض على ذلك ، بل قد يدعى انصراف إطلاق القرض اليه ، وربما يؤيده
 نصوص الخبر الذي يقوى كونه قيمياً ولذا تجب قيمته في اتلافه بأكل ونحوه ؛ قوله :
 فإراده إطلاقاً هذه الإطلاقات - على تقدير تماميتها - ليست في القرض فالتعمدي منها
 إلى القرض غير ظاهر ؛ ولا إجماع على عدم الفصل فإن خلاف الجماعة في القرض ووافقهم
 في غيره شاهد بذلك ، فالارتكاز العرفي في القرض من الضمان فيه بالمثل مطلقاً
 لا رادع عن العمل به فيتمين ؛ قوله : ومنها رواية تقويم العبد المضمون
 المذكور تضمنه جملة من الروايات ، منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) :
 سألت عن مملوك بين شركاء فيعتق أحدهما نصيبه فقال (ع) : إن ذلك فساد على
 أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا موأجرته فقال (ع) : يقوم قيمة فيجعل على
 الذي اعتقه عقوبة وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسد ، ونحوه صحيح سليمان بن
 خالد ، وموثق سماعة ، وقريب منها غيرها ، لكن في ظهورها في الضمان الذي
 هو محل الكلام تأملاً لاحتمال كونه معاوضة شرعية قهرية وباب التقويم غير باب
 التضمنين بل لعل ذلك ظاهر بعضها ؛ قوله : سقط من الذمة بحسابه المذكور
 في بعض النصوص أنها يتراد أن الفضل ، وفي بعضها إن كان أكثر من مال المرتين
 فهلك إن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه
 صاحبه فضل ماله وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء ، وفي بعضها ما هو قريب
 من ذلك ، ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين أن يكون الرهن مثلياً وقيمي ، كما
 أن إطلاق بعضها يقتضي أيضاً عدم الفرق بين كون الدين قيمياً ومثلياً ، وحملها
 على ما نحن فيه يتوقف على حملها على كون كل من الدين والرهن قيمياً أو كون الدين نفس
 القيمة التي يضمن بها الرهن لكونه قيمياً وإن كان الدين مثلياً إذ لو كانا مثليين
 كانت النصوص اجنبية عما نحن فيه ، كما أنه لو كان أحدهما مثلياً والآخر قيمياً كان

مقتضى القاعدة ضمان المثلي بمثله والقيمي بقيمته لا ضمان أحدهما بالآخر ، وكذا لو كان الدين مثليا وكان من القيمة وكان الرهن قيميا فلا يضمن ضمانه بعين الدين ، مثلا إذا كان الدين من الدراهم وكان الرهن قيميا فالبناء على ضمانه بالقيمة لا يقتضي ضمانه بنفس الدراهم لجواز ضمانه بغيرها من القيم كالدينارين والدوانيق ، ومن ذلك يظهر أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على مثل هذه التكاليف ، ولعل حملها على المعاوضة الشرعية قهراً أو على صورة التراضي بين الراهن والمرتهن بذلك أولى ، **﴿ قوله ﴾** ومنها غير ذلك من **﴿ مثل رواية السفرة المطروحة في الطريق التي رواها السكوني وبعض ماورد في اللقطة ﴾** ، لكن الظاهر أن ذلك ليس مما نحن فيه بل هو من باب جواز التصرف بالقيمة نظير التملك بالقيمة ، وقد عرفت أن باب التقويم غير باب التضمن ، ولذا يمكن الالتزام به حتى في المثلي ، بل البيض واللحم مورد رواية السكوني وهما من المثلي فلاحظ **﴿ قوله ﴾** بال التزام مال معادل **﴿ والمعادلة إنما تكون بين النقص المالي على المالك وبين المال المعادل له والنقص إنما يكون في حال التألف لا فيما قبله ولا فيما بعده إذ فيما قبله مال المالك على حاله لا نقص عليه فيه ولذا لو دفعه إليه قبل التلف برى من ضمانه وفيما بعده لا مال للمالك حتى يتصور فيه نقص على المالك ، فالمتعين تدارك النقص المالي الوارد على المالك بلحاظ حال التألف لا غير ﴾ قوله :** إذ يلزم حينئذ أن **﴿ يعني يلزم أن يكون الغاصب اخف حكماً من غيره وهو باطل لأنه إما مساو لغيره أو اشق ﴾** وفيه أنه يمكن أن التدارك في المنصوب على نحو خاص تارة يكون فيه الغاصب اخف واخرى يكون اشق كما إذا كانت قيمته يوم الغصب أكثر من قيمته يوم التلف **﴿ قوله ﴾** مواخذة له بأشق **﴿ يعني فلا يتمدى منه الى غيره في حكمه .**

صحيحة أبي ولاد

﴿ قوله : فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد ﴾ رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي ولاد الحنط ، ورواه الكليني (ره) عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد مثله ﴿ قوله : إما باضافة القيمة المضافة ﴾ لم يعمد في الاستعمال اضافة الاسم مرتين ؛ بل قيل انه ممتنع سواء أكانت الاضافتان في رتبة واحدة أم في رتبتين اذ في الاول يلزم ان يكون الاسم الواحد منظورا اليه في حين واحد بنظرين متباينين ؛ وفي الثاني يلزم ان تكون الاضافة الواقعة في الرتبة الاولى ملحوظة باللحاظ الآلي كما هو مقتضى كونها اضافة خاصة واقعة بين المضاف والمضاف اليه الموجبة للربط بينهما ، وبالحفاظ الاستقلالي كما هو مقتضى كونها مقومة للمضاف (وقد) يستشكل في الاول بمنع اللازم . نعم يلزم أن يكون الاسم الواحد ملحوظا طرفا لاضافتين كما في مثل قولنا : قام غلام زيد ، فان الغلام وقع طرفا لاضافته الى القيام اضافة الفاعل لفعله وطرفا لاضافته الى زيد اضافة الاختصاص ولا مانع منه واختلاف نسخ الاضافة لا أثر له في الامكان . نعم لا بد أن يكون للمضاف جهات تقوم بها الاضافات المختلفة ، ومن المعلوم ان الحيثية التي تقوم بها اضافة القيمة الى البغل غير الحيثية التي تقوم بها اضافتها الى اليوم اذ الحيثية الاولى كونها مقوما بها وانه ماليته وبدله والثانية حيثية كونها مظلوفة لليوم فكما يصح ان تقول : لزمني قيمة بغل ، و : لزمني قيمة يوم الجمعة يصح ان تقول : لزمني قيمة بغل يوم الجمعة ، وفي الثاني بأن الموجب لكونها ملحوظة بالحفاظ الاسمي كونها طرفا للاضافة لا كونها مقومة لطرف الاضافة والثاني لا مانع منه كما إذا قلت : اكرم ولد زيد ، فان موضوع الاكرام ليس ذات الولد بل الولد المضاف الى زيد (وفيه) ان الاضافة لما كانت معنى حرفيا قائما في غيره وملحوظة تبعا لغيرها فلا يمكن تعددها مع وحدة لحاظ غيره لانه من اجتماع المثليين ؛ نعم يكفي

في تعددها تعدد طرفيها ولو كان لتعدد الجهات الملحوظة فيه فيكون الأمر الواحد موضوعاً لاضافتين بلحاظ جهتين ، وذلك إنما يكون مع اختلاف سنخ الاضافة لأجل قيام كل سنخ منها بجهة كما في الجمل التركيبية ، وأما مع وحدة سنخ الاضافة الموجب لتعلق كل فرد منها بعين الجهة التي تعلق بها الفرد الآخر فلا تعدد في الموضوع لا ذاتاً ولا عرضاً فيمتنع تعددها ، ومن ذلك يظهر الوجه في جواز قيام الاضافتين بالغلام في المثال المذكور فإن اضافة الفاعلية قائمة به بلحاظ جهة خاصة واطافة الاختصاص قائمة به بلحاظ جهة أخرى وعدم الجواز فيما نحن فيه لاتحاد الجهة وكذا في مثل : قام زيد عمرو ، و : ضربت زيدا عمراً ، فإن اضافة الفاعلية في الاول واطافة المفعولية في الثاني إنما تكون بلحاظ جهة واحدة لا تكرر فيها فلا يمكن تكرار الاضافة معها ، ولذا لم يصح المثالان المذكوران ، نعم يصح العطف في مثل : قام زيد وعمرو ، لأن العطف بمنزلة التكرار فكأنك قلت : قام زيد قام عمرو ، واطافة الاختصاص سنخ واحد وإن تعدد منشؤه فكما لا يجوز : قام غلام زيد عمرو ، لا يجوز : عندي خاتم حديد زيد ، هذا اذا كانت الاضافتان في رتبة واحدة ، وأما لو كانتا مترتبتين مثل قولنا : ماء لحم زيد ، و : خاتم حديد زيد ، على أن يكون المضاف الى زيد ماء لحم وخاتم حديد ، فاذكر وإن لم يكن مانعاً عن الاضافة الثانية لتعدد الجهة ولا يلزم منه ملاحظة الاضافة الاولى باللحاظ الاستقلالي ، لكنه غلط في اللغة العربية فإنه لا يجوز اضافة المضاف وإن جاز اضافة المضاف اليه المعبر عنه بتتابع الاضافات كما لو قصد اضافة الاسم والحديد الى زيد في المثالين المتقدمين ، وكيف كان فلو أبدل المصنف (ره) هذا الاحتمال باحتمال كون يوم المخالفة جالاً من القيمة أو صفة لها لم له المقصود من دون حاجة الى ما ذكر . فلاحظ ﴿ قوله : فيكون اسقاط حرف ﴾ حرف التعريف إنما يسقط من المضاف لا من المضاف اليه والبغل ليس مضافاً الى اليوم ، وإنما المضاف اليه القيمة ولو أراد كون المجموع هو المضاف فلا ينفع أيضاً لأنه يكون من قبيل المركب واطافته لا تقتضي الحذف ﴿ قوله : قيداً للاختصاص ﴾

الظاهر ان الاختصاص عين الاضافة الخاصة القائمة بين المضاف والمضاف اليه فان لوحظت باللاحاظ الاستقلالي كانت معنى اسمياً مدلولاً عليه بلفظ الاختصاص ونحوه وإن لوحظت باللاحاظ الآلي كانت معنى حرفياً مدلولاً عليه بالهيئة التي عليها المضاف والمضاف اليه أو باللام الظاهرة أو المقدرة وحيث لا يتعلق بها الجار والمجرور إذ لا بد في متعلقهما من أن يكون ملحوظاً معنى اسمياً لان تعلق شيء بآخر يستوجب اضافة بينهما وتلك الاضافة لا تقوم بالمعنى الحرفي بل لا بد ان تقوم بمعنى اسمي ليكون ملحوظاً على نحو الاستقلال وتلاحظ الاضافة تبعاً له كما هو ظاهر قوله : لأن السائل إنما حصله أن ملاحظة السؤال تقتضي علم السائل بأن اللزوم بعد التلف - كما يقتضيه تعليق اللزوم على العطب والنفوق - فإذا كان ظرف اللزوم التلف امتنع أن يكون يوم المخالفة قيداً له لانه يلزم ان يكون ظرفه يوم المخالفة ايضاً ، وذلك متناف فلا بد أن يكون يوم المخالفة قيداً لآخر غير اللزوم ، وايضاً فان ظاهر السؤال السؤال عن المقدار اللازم بالتلف بعد العلم بثبوت الضمان به فلا بد أن يحمل الجواب على إرادة بيان المقدار وذلك يقتضي تعليق ظرفه بغير اللزوم وإلا لم يكن جواباً عن السؤال قوله : كما يدل عليه رأيت لا يخفى أن ضمير الفاعل في قول السائل : يلزمي ، راجع الى البغل فان حمل الاستفهام على الحقيقي فقد دل على جهل السائل بلزوم البغل على تقدير التلف فلا طريق الى دعوى علم السائل باللزوم فضلاً عن كونه بسبب المخالفة ولا الى كون السؤال عن المقدار اللازم ، وإن حمل على الاستفهام التقريري فقد دل على علم السائل بلزوم البغل وحيث لا بد أن يكون الغرض من التقرير المذكور إما الاستشكال في قوله « ع » : أرى له عليك ... الخ من جهة مناقاة الضمان للزوم الاجرة او غير ذلك ، وكيف كان فلا دليل على كون السؤال عن المقدار اللازم بسبب المخالفة - كما لعنه ظاهر - ومما ذكرنا يظهر أنه لا داعي الى حمل السؤال على الاستفهام التقريري ، بل لا يجوز لعدم مساعدة الجواب على ذلك فيتعين حله على الاستفهام الحقيقي ويكون ذكر القيمة في الجواب ردعاً عن توهم لزوم نفس البغل كما أن ذكر يوم المخالفة كان ردعاً عن توهم ثبوت الضمان

بمجرد القبض ، وعلى هذا فالظرف متعلق بفعل مقدر مدلول عليه بحرف الجواب أعني قوله : يلزمك ، كما أن لفظ : قيمة ، فاعل له وإذا كان صالحا لتعلق الفاعل به فالولى أن يتعلق به الظرف ويكون حاصل الجواب : يلزمك يوم المخالفة قيمة بفعل على تقدير التلف ، ولا منافاة بين كون ظرف اللزوم التلف وكون اللزوم يوم المخالفة إذا لم يجعل يوم المخالفة ظرفا للزوم المطلق ، وإنما جعل ظرفا للزوم المذكور في السؤال وهو اللزوم على تقدير التلف فلا يدل على قيمة يوم المخالفة في قبيل يوم التلف ولا على قيمة يوم التلف في قبيل يوم المخالفة إلا إذا أريد من يوم المخالفة زمانها في مقابل الزمان السابق عليها ، وهو زمان قبض العين ويكون ذكر يوم المخالفة لدفع توهم الضمان قبله بمجرد القبض - كما هو غير بعيد - فإنه على هذا يكون دليلا على اعتبار زمان التلف لا غير ، وبالحجة : يدور الأمرين جعل الظرف قيда للقيمة حالا أو صفة وبين جعله قيدا للزوم على تقدير التلف والثاني أولى لعدم احتياجه الى تقدير المتعلق الذي هو خلاف الأصل ، لا أقل من الاجمال الموجب للرجوع الى المرتكزات العقلية المقتضية لكون القيمة قيمة يوم التلف ﴿ قوله : فالظرف متعلق ﴾ ذكر في الجواهر أن نسخة التهذيب المصححة المحشاة التي تحضره قد سقط منها لفظ (اليوم) وإن المذكور فيها قوله « ع » : ترده ، فلا توقيت فيه بل مفاده وجوب رد الارش لا غير ﴿ قوله : بيوم الرد اجماعا ﴾ يعني يوم رد العين لا رد الارش ، لكن هذا الاشكال بعينه جار في جعله قيدا (عليك) إذ يوم رد العين ليس زمان وجوب القيمة وثبوتها في النعمة اجماعا بل زمانه يوم حدوث العيب ﴿ قوله : دون العيب القليل ﴾ يعني بشرط لا وإلا فهو مضمون في ضمن الزيادة الحادثة ﴿ قوله : على مقتضى الفتوى ﴾ هذا مقتضى اطلاق فتوى جماعة والمصرح به في كلام بعض هو السقوط قال في الشرائع : فرعان الأول لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت الصفة ثم عادت الصفة والقيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية ، وفي المسالك : لو هزلت الجارية ثم سمحت وعادت القيمة كما كانت ففيه قرآن ، انتهى . وفي الجواهر قال - في أثناء كلام له

في المقام - : فكل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة وتزداد القيمة بذلك هي لا تنجر بالمتجدد وكل صفة لا يمكن تقديرها مع المتجددة أو أمكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المتجددة بل هي أو تنقص لا تضمن وتنجر بالثانية ، انتهى والعمدة في ذلك قصور أدلة الضمان عن إثباته مطلقا إذ العمدة فيه مثل هذه الصحيحة وهي - كما ترى - إما ظاهرة في العيب يوم الرد كما يقتضيه كون العيب أقرب إلى الظرف فالولى أن يتعلق به من الأبعد - مضافا إلى ما عرفت من الاشكال في تعلقه بالقيمة و : (عليك) أو محتملة لذلك وحينئذ لا تدل على تعيين أحد الأمرين ، والرجوع إلى الارتكاز العقلائي يساعد ما ذكره في الشرائع وغيرها فإن بناءهم على عدم الضمان في العيب المرتفع لا أقل من الشك الموجب للرجوع إلى الأصل ﴿ قوله : من عدم اختلاف ﴾ كما أشار إلى ذلك في الجواهر ﴿ قوله : دفع ما ربما يتوهم ﴾ لو كان المقصود ذلك لكان ينبغي به التعبير بيوم التلف بل هو واضح فيه من دون أقل ابهام كما هو في التعبير بيوم المخالفة فالمدلول إليه بلا وجه ظاهر ، ﴿ قوله : من حيث أنه يوم المخالفة ﴾ إذ العناية به كذلك تقتضي التعبير عنه بلفظه لا بلفظ آخر . هذا ومثل هذا الأشعار حاصل بالنسبة إلى يوم التلف حيث عبر تارة بيوم الاكتراء واخرى بيوم المخالفة ولم يعبر عنه بلفظه أصلا فيكون عدم العناية فيه أولى إلا أن هذا لا يعارض الدليل عليه لو تم ﴿ قوله : بمشهد من الناس ﴾ لم يتضح الوجه في دعوى هذه الغلبة في ذلك العصر ولو سلم فمثل هذا التنبيه إنما يحسن لو كان الخطاب لصاحب البغل لا للغاصب ﴿ قوله : لم يكن وجه لكون ﴾ هذا الاشكال وما يليه وإن كان مشتركا بين القول باعتبار يوم المخالفة والقول باعتبار يوم التلف إلا أن دفعه على الثاني أسهل كما سيأتي منه (ره) ولذا عده مؤبداً لا قرينة على ارادة يوم التلف ﴿ قوله : ان القول قول المالك ﴾ لأنه لا بد ان يدعي عدم التزل والغاصب يدعي التزل والأول موافق للأصل ﴿ قوله : في قيمة البغل سابقا ﴾ أو في القيمة يوم التلف مع جهلها بالقيمة السابقة أو اختلافها في صمود القيمة فبدعي المالك صمودها وبشكره الغاصب فإن الغاصب في هاتين

الصورتين يكون منكراً والمالك مدعياً فعلى الأول اليمين وعلى الثاني البينة بل الأول أقرب من غيره ﴿ قوله : أعني حلف الغاصب ﴾ يعني إذا لم يكن للمالك بينة لما عرخت من أنه مدع وعليه البينة ﴿ قوله : أو اللاحق له ﴾ إذا اتفقا على القيمة في الزمان اللاحق وادعى الغاصب كونها في يوم المخالفة أقل كان منكراً وإن كان لازم دعواه زيادة القيمة في اللاحق فإن هذه الزيادة لما لم تكن موضوعاً لاثراً شرعياً فإصالة عدمها غير جارية فلا يكون موافقاً منكراً ، كما أن الاستصحاب القهري وإصالة تشابه الأزمان ليس على حجيتها في المقام دليل ﴿ قوله : وادعى الغاصب نقصانه عليه ﴾ يكون هو المدعي ويكون اليمين على المالك وأما الحكم بسماع بينة المالك فلا بد من حمله إما على صورة دعواه زيادتها يوم المخالفة أو على صورة عدم اتفاقها على شيء بل يدعي المالك أنها يوم المخالفة مقدار بعينه وينكر ذلك الغاصب على نحو ما مر بناء على اعتبار يوم التلف ﴿ قوله : ولا يخفى بعده ﴾ كأنه من جهة عدم ابتلاء الغاصب بالبطل قبل المخالفة ليصح اتفاقه مع المالك على قيمته حينئذ ، وفيه - مع أن هذا لا يطرد فيما ذكره من اتفاقهما على القيمة في الزمان اللاحق ليوم المخالفة - أن ذلك قريب بملاحظة زمان المالك للعين لنسبة الثغابن وغلبة الشراء بقيمة المثل بل هذا أقرب مما ذكره « قدس » إذ مجرد الابتلاء به قبل التلف مما لا يدعو إلى الاتفاق على القيمة . فلاحظ ﴿ قوله : وأبعد منه حمل النص ﴾ لا يخفى أن غالب صور الاختلاف في القيمة بين المالك والغاصب أن يكون المالك مدعياً والغاصب منكراً لأن المالك يدعي زيادة القيمة والغاصب يدعي النقص ، وحمل الرواية على الغالب يوجب مخالفتها للقواعد من الوجهين اللذين أشار إليهما المصنف « ره » من جعل اليمين وظيفاً للمالك ومن قبول بينته لكن يرجعان في الحقيقة إلى امر واحد لأن قبول بينة المدعي مما لا إشكال فيه فالمخالفة للقواعد من جهة قبول قول المالك المدعي بيمينه فقط ومن الجائز أن يكون الخصومة المالك والغاصب خصوصية لأجلها صح قبول قوله بيمينه مع كونه مدعياً لأنه أعرف بقيمة بطله وأبعد عن الاتهام بخلاف الغاصب الذي هو أجنبي

عن البغل وموضع الاتهام لتعديه وظلمه ، ولذا اشتهر انه يؤخذ بأشق الأحوال ، وحمل النص على التعبد في خصوص مورده لما ذكرناه مما يساعده ارتكاز الغرض في الجملة ليس بأبعد من حمل الاحكام المذكورة في النص على صور مختلفة كلها بعيدة فان ذلك التزام بعيد في بعيد كما لا يخفى . هذا ويمكن حمل الرواية على صورة التداعي عند الحاكم كما يقتضيه قول السائل : فمن يعرف ذلك ، فانه ظاهر في السؤال عن طريق معرفة القيمة التي يلزم اداؤها ويكون الجواب متكفلا لبيان ثلاثة طرق إخبار المالك مع يمينه ، واخبار الغاصب كذلك ، والبينة ، فيكون قوله « ع » : اما ان يحلف ... الخ تفسير لقوله « ع » : انت وهو ، وقوله « ع » : او يأتي .. الخ بيان لطريق ثالث وهو البينة فالجواب بيان لطرق القيمة في الجملة وليس المراد منه بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة كي يتمين حمل الكلام على بيان طرق الحاكم المترتبة التي هي البينة ثم يمين المنكر ثم اليمين المردودة ، بل الكلام بيان لطرق معرفة القيمة في الجملة كل في محله فع جهل الغاصب والمالك تكون البينة طريقا لهما ومع جهل الغاصب وعلم المالك يكون اخبار المالك مع يمينه حجة للغاصب ومع جهل المالك وعلم الغاصب يكون اخبار الغاصب مع يمينه طريقا للمالك ، والتأمل في قول السائل : قلت فمن يعرف ... الخ يوجب الوثوق بظهور الرواية فيما ذكرنا فلا تشمل صورة النزاع والترافع الى الحاكم بحيث يكون ما ذكرناه طريق الحاكم في حكمه فلاحظ ﴿ قوله : كما حكى عن الشهيد الثاني ﴾ حكاه في الجواهر عن كتابيه المسالك والروضة فقال في المسالك : إن في خبر أبي ولاد ما يدل على وجوب اعلی القيم بين الوقتين ، وقال في الثاني : انه قوي لمكان هذا الخبر الصحيح فلاحظ ﴿ قوله : ولم اظفر بمن وجه ﴾ يمكن توجيهه بأن المراد من يوم المخالفة زمان المخالفة لا خصوص يوم حدوثها وحيثئذ يدخل الاقل من القيم تحت الاكثر على حسب ما ذكره بقوله : نعم استدلو ... الخ وقد اشار في الجواهر الى بعض الوجوه في توجيه الاستدلال بالصحيح فراجع ﴿ قوله : بعض من تأخر ﴾ هو صاحب الجواهر (رحمه الله) فانه بعد الاستدلال عليه بقاعدة الضرر قال : ومن هنا كان خيرة العلامة

الأكبر الآقا محمد باقر البهبهاني (قدّه) فيما حكى عنه الا انك قد عرفت فيما تقدم
اقتضاء القاعدة المزبورة فوات الأعلى مع فواته وإن رد العين نفسها وهو مخالف
للاجماع بقسميه . انتهى . وقد يشكل ما ذكر بأن الاجماع على عدم العمل بالقاعدة
عند رد العين نفسها لا يقتضي سقوط القاعدة في غيره من الموارد التي لا اجماع على
خلافها ، فالعمدة في سقوط القاعدة عدم شمولها للمقام لأنها إنما تقتضي نفي الحكم
الضرري لا اثبات حكم يلزم من عدم ثبوته الضرر ﴿ قوله : اذ لا فرق مع عدم
التمسكين ﴾ لا يخفى وضوح الفرق بين التلف والبقاء إذ في التلف يكون الذي
القيمة وفي البقاء يكون المضمون نفس العين ، وهذا الفرق هو الفارق بينهما فيما
نحن فيه ؛ وموجب للاحاق صورة بقائها الى أن تتلف بصورة بقائها الى أن تدفع
الى المالك ، لأن التلف في زمان أعلى القيم يوجب اشتغال الذمة بالأعلى على ما عرفت
من أن مقتضى الضمان مع التلف تدارك النقص المالي وهو لا يحصل إلا بذلك ، أما
مع عدم التلف فلا موجب للاشتغال بالأعلى ما دامت العين موجودة - مع أن عدم
تمسكين المالك لو كان موجبا للاحاق بالتلف لزم قيمة يوم المخالفة كما سيأتي نقله عن
التحرير ، لا أعلى القيم بعده إذ الأعلى حينئذ يكون كالأعلى بعد التلف لا يكون
مضمونا على الغاصب ﴿ قوله : تدارك تلك المالية ﴾ قد عرفت أنه مع وجود
العين لا موجب للتدارك لعدم النقص والا فلا وجه للاكتفاء في التدارك برد
العين ، وكون ارتفاع القيمة أمراً اعتبارياً مسلم ، لكنه لا يجدي فيما نحن فيه
لأن المضمون في القيميات ليس هو نفس ارتفاع القيمة بل المال المساوي للتلف في
القيمة ، وإلا فعدم ضمان الارتفاع مطرد في جميع القيميات ولا يضمن بنفسه
فيها ، ومن ذلك تعرف الاشكال في قوله : والحاصل ان ... الخ ﴿ قوله :
اكثرها فتأمل ﴾ يحتمل أن يكون اشارة الى ما ذكرنا آنفاً ﴿ قوله : حيث أن
الشك في التكليف ﴾ الشك انما هو فيما اشتغلت به الذمة من المال لا في التكليف .
ثم إن الجواب المذكور ذكره في الجواهر دفعاً للدعوى المذكورة ﴿ قوله :
باستصحاب الضمان ﴾ هذا يتم لو كان مفاد الحديث كون ما في الذمة نفس المأخوذ

الى ان تدفع القيمة اذ الشك على هذا يكون في فراغ الذمة من العين بدفع الأقل
أما إذا كان الثابت في الذمة القيمة وترددت بين الأقل والأكثر فلاستصحاب يقتضي
عدم ثبوت الاكثر لا أنه يقتضي ثبوت الاكثر كما حقق في مبحث الأقل والاكثر
الارتباطيين ﴿ قوله : والقبض فافهم ﴾ لعله اشارة الى الاشكال في التخصيص
بالمورد المذكور ﴿ قوله : ولعله كما قيل ﴾ ذكر ذلك في الجواهر ثم قال : - وهو
كما ترى - مع ضعف المبني عليه ينبغي تقييده بما اذا تعذر المثل { أقول } : مقتضى
بعض الأدلة المتقدمة الاعتبار بالزيادة هنا كما قبل التلف ﴿ قوله : وتداركه بحسب
مالية ﴾ يعني أن الوجه المعين لقيم زمان التلف وهو تداركه النقص المالي الوارد على
المالك الذي هو ملاك الضمان في القيميات بعينه يعين قيمة مكان التلف لأن النقص
الوارد على المالك إنما هو بمقدار مالية المال في ذلك المكان فيتمتع التدارك بذلك
المقدار . هذا بناء على الاعتبار بقيمة يوم التلف أما بناء على الاعتبار بيوم المخالفة
فالقيمة باعتبار مكان الضمان كما أن البناء على الاعتبار بأعلى القيم يقتضي البناء على
الأعلى في جميع امكنة العين من مكان المخالفة الى مكان التلف ﴿ قوله : فالظاهر
كما قيل عدم ﴾ قال في الشرائع - فيما لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت : أما لو
تجددت صفة غيرها مثل أن سمحت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت
صنعة فزادت قيمتها ردها وما ضمن بفوات الاولى . قال في الجواهر : بلا خلاف
اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه .

برل الجبولة

﴿ قوله : لما دل من الضمان ﴾ يدل على ذلك أخبار كثيرة وارادة في ضمان
الأمين والأجير والمستعير وغيرهم فلاحظ الوسائل في الأبواب المذكورة وغيرها ،
﴿ قوله : أو بعدم رجاء ﴾ مورد هذا الضائع ومورد ما قبله المسروق والغريق
والآبق ونحوهم ﴿ قوله : نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة ﴾ قد تقدم

الاشكال في ذلك في التنبيه السادس وأن العمدة فيه بناء العرف عليه الذي لم يثبت الردع عنه أو المعضى بالاطلاقات المقامية وعليه يشكل البناء على إجراء حكم التلف في الفرض الأخير لعدم ثبوت بناء العرف عليه ، بل يمكن التأمل في الفرض الثاني أيضا لذلك ، ودعوى دخوله في أدلة الضمان - كما ذكر المصنف - غير ظاهرة . نعم هو مقتضى الفتاوى فإن كان اجماعا فهو والا فهو غير ظاهر الوجه ﴿ قوله : بحيث لا يحصل ﴾ كأنه من جهة توقف تحقق مفهوم الغرامة والتدارك على حصول النقص والقوت على من له الغرم فإذا كان قصر المدة مانعا من صدق فوت مال المالك عليه ونقصه لم تصدق الغرامة فلا موجب لها . ثم الظاهر اختلاف الموارد في ذلك قرب عين بمنعها يصدق الفوت والنقص على المالك في مدة قليلة لا يصدق في عين غيرها والمدار على كثرة الحاجة وقلتها فالعين المحتاج لها في كل يوم مرة أو مرات غير العين التي يحتاج اليها في السنة أو أكثر مرة ﴿ قوله : المسقط للتكليف ﴾ بأن كانت مقدمات تحصيله غير اختيارية سواء أطالت المدة أم قصرت في قبيل التعذر غير المسقط للتكليف بأن كانت مقدمات تحصيله اختيارية سواء أطالت المدة أم قصرت . ثم إن الوجه في استظهار المصنف (ره) أطراد الدليل المتقدم الذي عرفت اشكاله في صورتين على نحو واحد ﴿ قوله : التعبير بالتعذر ﴾ قال في الشرائع : وإذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل ، وقال في القواعد : يجب رد العين ما دامت باقية فإن تعذر دفع الغاصب البديل ﴿ قوله : برد العين فتأمل ﴾ لعله إشارة الى أن ذلك خلاف عموم السلطنة الذي قرره آتفا ﴿ قوله : ولعل المراد به التعذر ﴾ هذا بعيد عن كلامهم جداً فإن ظاهر التعذر التعذر المطلق كما لا يخفى ﴿ قوله : فلا يجوز ﴾ تفريع على المنفي ﴿ قوله : وبديل عليه قاعدة تسلط ﴾ هذا يتم لو كان دفع البديل يستلزم تصرفا في ملك المالك كما لو بني على كونه عوضا عنه ، أما لو لم يكن كذلك بل كان مال المالك باقيا على ملكه فليس في ذلك تصرف في الملك فلا يكون منافيا لقاعدة السلطنة على المال . نعم لو كان الدفع حقا للمالك فع الشك فيه يرجع في نفيه الى قاعدة السلطنة على النفس لا المال ﴿ قوله : خروجه

عن التفويم . يعني بذهاب وصف مثل الاتصال في الاناء المنكسر كما سيأتي ،
 قوله : وتوقف تملك المغصوب . الظاهر أن أصل العبارة العطف : (أو)
 ليكون قولاً آخر في قبال الأول للمباينة بين الأمرين المانع من العطف بالواو . ثم
 إن البناء على توقف الملك على اليأس لا يرفع الاشكال المتقدم إذ مع اليأس أيضاً
 تكون العين باقية على ملك المالك - مع أن المبدول ملك له فيلزم الجمع بين العوض
 والمعوض ، بل هو حاصل حتى مع العلم بعدم وجدان العين كما لا يخفى . اللهم إلا
 أن يفرق بين صورة اليأس من الحصول وغيرها بأنه في الأولى يسقط عن المالية
 فلا يكون الجمع فيه بين العوضين ممتنعاً بخلاف صورة العلم بالحصول أو رجائه فإنه
 لا يخرج بذلك عن كونه مالا . وحينئذ يمتنع الجمع فيه بين العوضين كما سيأتي
 تقريبه فانتظر . قوله : أن معنى ضمان العين ذهابها . لم يتضح الوجه فيما ذكره
 (قدس) فإن ضمان العين وغيرها بمعنى كون المضمون في عهدة الضامن ولازم ذلك
 إقامة بدله مقامه عند عدم التمكن منه ، ولازم ذلك كون ذهاب المضمون من
 مال الضامن إذا لم يتبرع عنه في وفاء ما عليه وإلا كان الذهاب من غيره فالذهاب
 من مال الضامن لازم بعيد غالباً للضمان . قوله : في الوجوه التي بها قوام
 الملكية . الظاهر أن صحيح العبارة : قوام المالية ، بقرينة ما يأتي
 من كلامه « قدس » وغيره مما يظهر بالتأمل . قوله : وتداركاً للسلطنة
 القائمة . هذا يتم لو كان اللازم التدارك هو السلطنة ، أما لو كان موضوع
 السلطنة كما يقتضيه أدلة الضمان فإن حديث : على اليد ما أخذت ، إنما يقتضي
 لزوم نفس المأخوذ الذي هو موضوع السلطنة فيقتضي لزوم تداركه نفسه
 لا تداركه ما فات من عوارضه وطوارئه من سلطنة وغيرها كيف ولازم ذلك عدم
 ارتفاع الضمان بدفع نفس العين لأنه لا يتدارك به السلطنة القائمة من حين الأخذ
 إلى حين الدفع وهو كما ترى « وبالجملة » : لا ريب في أن ضمان العين يستتبع لزوم
 تدارك نفسها وذلك إنما يكون بقيام عين أخرى مقامها بلحاظ جميع الحيثيات
 المتعلقة بها من دون فرق بين الحيثية القائمة وغيرها فإن ذلك هو المستفاد من أدلة

الضمان المعتضدة بظاهر كلمات الأصحاب ؛ وبالأرتكاز العرفي ، وإن البديل المضمون به قائم مقام المضمون فإن كان ملكا كان ملكا وإن كان وقفا كان وقفا ، وإن كان زكاة كان زكاة ، وهكذا فالتدارك له والبديل بدله في جميع شؤون وأطواره وهذا مما لا ينبغي التأمل فيه ، ومافي جامع المقاصد إنما كان اشكالا في بقاء العين على ملك المالك لا في ملك المالك للبديل ، وقد اعترف المصنف (ره) أيضا به بقوله في صدر كلامه : ولو لا ظهور الاجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا ... الخ وقد كان ينبغي له (قدس) الجزم بذلك فإنه الذي يساعده الارتكاز العرفي أيضا ، وكيف يسوغ التفصيل بين التلف والحيلولة مع وحدة لسان أدلة الضمانات بل مورد بعضها كلا النوعين (فإن قلت) : إذا فرض أن الغائات من المضمون ليس إلا السلطنة امتنع اعتبار البدلية بين المضمون به بالنسبة الى ما عداها من الحثيات لأن المفروض بقاءه المضمون فكيف يصح اعتبار البدلية بالنسبة اليه ، بل يختص اعتبارها بالنسبة الى السلطنة ويكون المضمون به قائما مقام المضمون بلحاظها لا غير (قلت) . الحثيات المذكورة إذا كانت ملحوظة بنحو العمام الجيعي ثم ما ذكر ، أما لو كانت ملحوظة بنحو العام المجموعي نظير المركب الذي يفتني بانتفاء أحد أجزائه فلا مانع من أن يكون المضمون به بدلا عن المضمون بلحاظ جميع الحثيات لانتهائها بانتفاء السلطة التي هي بعضها ﴿ قوله : على ملك مالكا ﴾ هذا قرينة على أن العبارة السابقة صحيحة أقوام المالية لا أقوام الملكية وإلا لفرض فوات ما به قوام الملكية يمنع عن بقاء الملكية للمالك ، وعلى هذا يتوجه على المصنف (ره) اشكال آخر ؛ وهو أنه إذا كان الغائات المالية لم تداركها كما لم تدارك السلطنة لأن ملك الضمان تدارك المالية فإذا فأت كانت أولى بالتدارك من السلطنة فلا بد من البناء على ملكية المالك للمال المضمون به لا الاقتصار على الإباحة ﴿ قوله : ما ليس به قوام الملكية ﴾ الظاهر أن صحيح العبارة : قوام المالية ﴿ قوله : لم يبعد انكشاف ذلك ﴾ الظاهر أن صحيح العبارة : لم يبعد كشف ذلك ... الخ ، ثم إن الوجه في هذا الانكشاف امتناع اعتبار

الضمان والتدارك لاختصاصه بصرة تلف المال ليحصل التدارك بالمضمون به والمفروض عدمه والنقص المالي لو فرض ثبوته وكونه مضمونا فأنما يتتضي ضمان الأرض لأنعام القيمة كما هو ظاهر الدليل فيدور الأمر بين أن يكون معاوضة شرعية قهرية وأن يكون حكما جزائيا على نحو آخر غير الضمان والأول أظهر ؛ لكن لو تم هذا جرى في أكثر موارد بدل الخيلولة مما يرجى حصوله بعد مدة طويلة أو قصيرة أو يعلم بحصوله كذلك كما في اللوح المنصوب في السفينة اذ في جميع ذلك لا يخرج المضمون عن كونه مالا . نعم ربما كان تنقص ماليته وتنخفض قيمته فيتمتعين الالتزام بالمعاوضة الشرعية القهرية فيه ولا يكون من باب الضمان ﴿ قوله : مع بقائها على مقدار ملكيتها ﴾ المظنون أن أصل العبارة : مقدار ماليتها ، اذ الملكية ليست هي ذات مراتب ومقادير ، وعلى هذا يكون هذا الكلام إشارة الى القسم الثاني ، والمراد من بقائها على مقدار ماليتها بقاؤها على ذلك بالاضافة الى نفسها وان كانت قد فانت ماليتها لأجل الخيلولة في مقابل القسم الثالث وهو ماتفوت المالية فيه بالاضافة الى نفس العين لتفريق أجزائها ﴿ قوله : لأن القيمة عوض الأوصاف ﴾ يعني فلا يتوجه الاشكال بلزوم الجمع بين العوض والمعوض لأن المعوض عنه هو الاوصاف والأجزاء وهي فائتة وليست موضوعا للملكية المسالك كي يتمتع بملك القيمة التي هي عوض عنها ، وفيه أن ما ذكره وإن كان فرارا عن الاشكال المذكور لكنه خلاف الارتكاز المعرفي ، فإن المضمون عندهم نفس العين التي فانت ماليتها والقيمة عوض عنها لا عن وصفها وكأن من هذا يظهر أن الوجه في التزامه (قدم) في القسم الثاني بأن المعوض ليس مملوكا للمالك وإنما هو مباح له هو الفرار عن الاشكال المذكور ، لكن عرفت الاشكال فيه ، بل هو فيه أوضح منه هنا وإن كان هنا يتوجه عليه إشكال آخر وهو أن الأوصاف المذكورة تضمن بالقيمة لا بالمثل ولا يظن التزامه بها ، وأما الاشكال المذكور فدفعه أن المعوض عنه ليس نفس العين مطلقا بل العين الخاصة ذات المالية وهي منتفية بانتفائها ولا جمع بين العوض والمعوض ، بل الجمع إنما كان بين العوض وذات المعوض ولا مانع منه اذ المعوض

ليس نفس الذات بل الذات الخاصة كما لا يخفى ، فلا مانع من بقاء الذات الفاقدة للمالية على ملكية المالك وملكيتها لما هو عوض عن العين ذات المالية الخاصة التي هي غير مملوكة لفقد المالية . نعم لو فرض عدم سقوط العين عن المالية بالمرّة امتنع حينئذ الجمع بين ملكيتها وملكيتها البديل لاختصاص الضمان بصورة تدارك المالية فلا يمكن الجمع بين المالكين في الملكية لخروج ذلك عن كونه تداركا لما فات كما عرفت في الحيوان الموطوء ، ولعله الى ذلك أشار الشهيد الثاني في كلامه المتقدم كما أشرنا اليه آنفا ﴿ قوله : فيقوى عدم جواز ﴾ هذا غير ظاهر لأن الأدلة العامة الدالة على حرمة التبصر في مال الغير مختصة بما هو مال فلا يشمل ما هو ملك وليس بمال وكونه ظلما حراما عقلا غير ظاهر بنحو يستتبع حرمة شرعية كما هو محقق في محله ﴿ قوله : واستجوده بعض المعاصرين ﴾ هو صاحب الجواهر ، قال في الشرائع : ولو خاط ثوبه بخيوط مخصوبة فإن أمكن نزعا ألزم ذلك وضمن ما يحدث من نقص ولو خشي تلفها بانزعاعها لضعفها ضمن القيمة ، ووصله في الجواهر بقوله : كما في القواعد والدروس وغيرها لكونه كلاما مدعوما باعتباره تعذير رده ، وظاهره عدم وجوب الاخراج حينئذ كما اعترف به في المسالك . ثم حكى عن جامع المقاصد والمسالك القول بوجوب النزع وإن أفضى الى التلف . ثم قال : وهو كما ترى مناف لظاهره الذي اعترف به في المسالك سابقا ، ومن هنا جزم في مجمع البرهان بعدم وجوب النزع في مثل الفرض بل قال : يمكن انه لا يجوز ، ثم نقل تمام كلامه المذكور في العبارة ثم قال : وهو جيد موافق لما قلناه سابقا من اقتضاء ملك المالك القيمة خروج المخصوب عن ملكه لكونها عوضا شرعيا عنه . ثم أبدى ذلك بما تقدم منه في وطء حيوان الغير ، وبما تقدم أيضا من أن من كان في يده المخصوب لو رجع المالك عليه وغرمه كان له الرجوع على من استقر التلف في يده ثم قال : بل ستمتع ملك الغاصب المخصوب إذا أدى قيمته للحيلولة وإن كان منزولا ، بل كأن ذلك مفروغ عنه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهرة أو صريحة في أن المؤدى عن المضمون عوض شرعي عنه على وجه يقتضي الملك للطرفين من غير فرق

بين الموجود من العين مما لا قيمة له وبينها إذا كانت كذلك لو انتزعت كما في الغرض انتهى . لكنه في مبحث بدل الخيولة ذكر ما ظاهره المخالفة لذلك قال في الشرائع : وإذا تعذر تسليم المنصوب دفع الغاصب البديل ويملكه المنصوب منه ولا يملك الغاصب العين المنصوبة ولو عادت كان لكل منها الرجوع ، قال في الجواهر : كما صرح بذلك كله غير واحد من أساطين الأصحاب كالشيخ وابن ادریس والفاضل والشهد والكركي وغيرهم بل في المسالك نسبته اليهم مشعراً بالاتفاق عليه . . . إلى أن قال في أثناء كلامه : والعين باقية على الملك للأصل ولأنها منصوبة وكل منصوب مردود واخذ القيمة غرامة للدليل الشرعي لا ينافي ذلك . . . إلى أن قال في الاستدلال على ذلك : مضافاً إلى أصالة بقاءه على ملكه وإلى ما عرفته من الاتفاق عليه ولذا لم يذكروا خلافاً ، بل ولا اشكالاً في ملك نمائه المنفصل له ، ودعوى أنه من الجمع بين العوض والمعوض عنه الممنوع عنه شرعاً واضحة الفساد . انتهى ، أقول : لا ينبغي التأمل في أن الرطوبة المنصوبة والخيوط كذلك ليسا من قبيل واحد لأن الرطوبة مآلها إلى الجفاف ولا ينفذ بها على الحال المذكور فهي ساقطة عن المالية أما الخيوط فهي ذات منفعة معتد بها فعلاً بل هي أولى بكونها ذات منفعة منها حال كونها غير مخيط بها إذ منفعتها في هذه الحال إنما هو بلحاظ صيرورتها مخيطاً بها فهي غير تالفة . نعم ردها قد يستلزم تلفها وقد لا يستلزم فإن لم يستلزم فلا اشكال في وجوب رد عينها كسائر الأعيان المنصوبة وحينئذ لا مجال لتوهم الانتقال إلى البديل من مثل أو قيمة أما لو استلزم تلفها فوجوب الرد غير ظاهر لعدم الدليل عليه بنحو يشمل صورة لزوم التلف فلو غصب صوفاً فغزله أو غزلاً فذسجه مع غزله لم يجب عليه نقض الغزل ورده صوفاً وله فصل النسيج ورده غزلاً . نعم لا يجوز التصرف فيه بغير إذن المالك كما لا يجوز للمالك التصرف في الثوب المخيط والمنسوج بغير إذن الغاصب وحينئذ يتعين التخلص إما بالبناء على الاشتراك في المالية أو العين أو بالرجوع إلى الحاكم الشرعي ولا يتضح الوجه في البناء على الضمان بالمثل أو القيمة . فلاحظ ﴿ قوله : أو كان الذاهب السلطنة ﴾ قد عرفت

أن الذاهب في الجميع هو العين الخاصة أعني ذات المالية وذلك هو موضوع الضمان فيجب تداركها بعين أخرى مثل أو قيمة تقوم مقامها إما في الملكية ان كانت الذاهبة مملوكة أو غيرها من العناوين الخاصة التي كانت ثابتة للعين الذاهبة ، وحينئذ يقع الكلام في أن عرضية البديل للعين الذاهبة تهل تقتضي عرضيتها للبديل على نحو تكون معاوضة من الطرفين كسائر المعاوضات ليرتب عليه ملك الضامن للعين الثالثة فيكون الاناء المكسور والرطوبة الباقية على الاعضاء ملصكا للغاصب كما اختاره في الجواهر في احد كلاميه أو لا يقتضي ذلك كما هو ظاهر الاصحاب ، واختاره في الجواهر في كلامه الآخر ، الذي يقتضيه الاصل الثاني والذي يساعده الارتكاز الأول ، وما ذكره المصنف (ره) من ان وجوب البديل من باب الغرامة يقصد به تدارك التالف لا ينافي ذلك لأن تدارك التالف كما يكون بنحو المعاوضة يكون بنحو العرضية ولا يشترط أن يكون على النحو الثاني (فان قلت) العين الثالثة لا تقبل الملك ولا غيره من العناوين التي يقصد قيام البديل مقامها فكيف يمكن اعتبارها فيها وكيف يمكن دعوى يكون ذلك مقتضى الارتكاز العرفي (قلت) المدعى هو المعاوضة من الطرفين على نحو الاقتضاء لا على نحو الفعلية نظير شراء من ينعتق على المشتري فإنه لا يستوجب معاوضة فعلية من الطرفين - مع أن الشراء من أظهر المعاوضات وقد عرفت أنه يكفي في صحة اعتبار ذلك أنه يترتب عليه كون العين الموجودة ملصكا للضامن ، ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره المصنف (ره) بقوله : فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البديل له ، فلاحظ ثم إنك عرفت الاشارة الى ان الاقسام الثلاثة المذكورة في كلام المصنف (ره) لم تستوف جميع اقسام المضمون فان من جملة الاقسام لبديل الحيولة مالمو علم حصول العين بعد مدة طويلة أو يرجى حصولها كذلك ، وهذا المقدار مما لا يوجب سقوطها عن المالية فلا يكون داخلا في أحد الأقسام الثلاثة لا شترأ كما في فوات المالية وينبغي ان لا يكون الحكم فيه هو الضمان بنحو المعاوضة كما هو كذلك في الحيوان الموطوء على ما تقدم ، لكن عرفت في صدر البحث

الاشكال في جواز المطالبة بالمضمون على نحو يجب على المالك دفع البديل من مثل
أو قيمة إذ النصوص غير ظاهرة في مثله بل ظاهر مواردها غيره مما كان بحكم التلف
من ضياع أو سرقة ونحوهما مما لا يرجى حصول العين فيه ، وقاعدة قبض الظلم
ولزوم الجمع بين الحقين قد عرفت الاشكال في اقتضاءها ذلك في التنبيه السادس كما
عرفت الاشكال في التمسك بقاعدة الضرر ، وأما الاجماع على الضمان فغير ثابت
بنحو يرفع به اليد عن القواعد فلم يبق الا بناء العقلاء عليه فان تم فهو على نحو
المعاوضة من الطرفين لا بنحو المعاوضة من طرف واحد فان فيه الجمع بين العوض
والمعوض ، وعليه فلا ينبغي التأمل في كون دفع البديل في القسم المذكور يستوجب
دخول العين المضمونة في ملك الضامن فلاحظ وتأمل ﴿ قوله : عهدة مالية ﴾
يعني اشتغال النمة بمال لأن المفروض انتفاء مالياتها ﴿ قوله : سقوطه فتأمل ﴾ له
إشارة الى عدم جريان القاعدة من جهة الاقدام على الضرر مع العلم بكون الغصب
مستتباً لوجوب الرد لكن الاشكال فيه لأن الاقدام على الضرر عرفاً لا يتحقق
بمثل ذلك ﴿ قوله : من أن ظاهراً عدم وجوب ﴾ هذا ذكره في مسألة الخشبة
المقصودة التي استدخلت في البناء قال (زة) : ولو بلغت حد الفساد على تقدير
الخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها وهل يجبر على
إخراجها حينئذ ؟ نظر ، من فوات المالية وبقاء حق المالك في العين ، وظاهرهم
عدم الوجوب وأنها تنزل منزلة المعدومة ولو قيل بوجوب إعطائها المالك إذا طلبها
كان حسناً . انتهى ، نعم في مسألة خيط الجرح بالخيوط المقصودة ذكر أنه
إذا كان الحيوان غير ما كره فالحكم فيه كالاولى يعني لا يزرع الخيط وعلى الغاصب
القيمة لأنه لا ينتفع به مع ذبحه . انتهى ، وظاهره المفروغية من عدم وجوب
الزرع وإن لم يلزم من نزعها نقص قيمتها أو سقوطها لأجل لزوم الضرر على صاحب
الحيوان وإن كان هو الغاصب . هذا وكلمات المسالك في المسألتين لا تخلو من تناف
فراجع ﴿ قوله : محمول على صيغة تضرر ﴾ هذا ربما ينافيه قوله في المسالك :
ولو قيل بوجوب . . . الخ فلاحظ ﴿ قوله : فاستشكل في القواعد ﴾ بناء على

ثبوت حق الأولوية لا ينبغي الاشكال في وجوب الرد لأنه من أحكام الحق المذكور كما هو من أحكام الملك فلا إشكال فيه إما للاشكال في ثبوت الحق المذكور كما يظهر من محكي المسالك فإنه تبع القواعد في الاستشكال ، وإما للبناء على كون مقتضى الضمان العوضية من الطرفين ، ومن هنا لم يحسن قوله (ره) آتفا : مع بقاء حق الأولوية ، الظاهر في المفروغية عن ثبوت الحق ولا سيما بملاحظة قوله (ره) بعد ذلك : ولم يكن المالك الا أولى به ، الظاهر في البناء على انتفاء الحق المذكور ﴿ قوله : بلا خلاف ظاهر ﴾ يعني في صورة صيرورته خلافاً قبل دفع البدل أما بعد دفع البدل فاستشكل فيه غير واحد على ما يظهر من محكي عباراتهم لكن ذلك أيضاً لا ينافي نفي ظهور الخلاف ثم إن الوجه في جعله مؤبداً للقول بثبوت الحق لادليلا عدم الملازمة بين ملك المالك له لو صار خلا وبين ثبوت الحق لجواز أن يكون دخوله في ملكه لأجل كون أصله ملكاً له حين كان خلا فهو نظير الملك بالتبعية ﴿ قوله : وعن التذكرة وبعض آخر ﴾ قد حكاه في الشرائع قولاً ونسبه في الجرائد الى التذكرة ومحكي الميسر وظاهر غيرها وجعله الموافق للتحقيق لبقاء العين المغصوبة على ملك المالك وعلى وجوب ردها على الغاصب مع التمكن وعلى ضمانها وضمان ثمنائها ، وأن القيمة للحيلولة غرامة شرعية ثبتت بالأدلة وهي لا تقتضي براءة ولا تغييراً للحال الاولي ، وفيه أن القيمة المدفوعة اقتضاها الضمان على نحو اقتضائه لها في التلف على ان تكون تداركاً لما فات فكأنه لم يفت من غير فرق بين أن تكون بدلاً عن العين أو عن الحيلولة فكأن العين في يده فكيف تكون حينئذ مضمونة ، ومن هنا جعل في الشرائع القول بعدم ضمان الاجرة أشبه ﴿ قوله : مقتضى القاعدة ضمانه ﴾ يعني لو بقي الارتفاع الى يوم الدفع أما لو نقصت القيمة يوم الدفع فالتعين قيمة يوم الدفع وكذا الحال لو لم ترتفع النيمة بل نقصت بعد التعذر فان المدار على قيمة يوم الدفع مطلقاً لأنه زمان الانتقال الى القيمة ﴿ قوله : لعموم على اليد مأخذت ﴾ قد تقدم منه (ره) الجزم بارتفاع الضمان بإداء القيمة ، وهو ينافي التمسك

بالنبوي على وجوب الرد هنا لأن الأداء المذكور فيه غاية للضمان أن انطبق على أداء القيمة كما هو مقتضى البناء على ارتفاع الضمان بدفعها امتنع أن ينطبق على أداء العين ثانياً وإن انطبق على أداء العين امتنع أن ينطبق على أداء القيمة فلا وجه للبناء على ارتفاع القيمة بادائها وأيضاً فإن الحديث الشريف إنما يدل على ثبوت الضمان ولا تعرض فيه لوجوب الرد كما سبق من الاعتراف بذلك عند الاستدلال به على ضمان المقبرض بالعقد الفاسد ، وأيضاً فإن التمسك به في المقام منافي لما سيأتي منه من أن التمسك من الرد لا يوجب حدوث الضمان للعين ولا عهد جديدة بل هي مضمونة بالقرامة ولو تمسك بمثل قولهم (ع) : كل مغصوب مردود ، وغيره مما تقدم التمسك به لوجوب رد المقبرض بالعقد الفاسد كان أسد في قوله : فلا يجوز استصحاب (لأن السقوط المذكور عقلي لا شرعي) قوله : هو الضمان (كأن المراد من الاستصحاب استصحاب وجوب الرد الثابت قبل التعذر المعلق على التمسك فيقال : كان حال التعذر لو تمسك من رده وجب فكذا بعده إلى زمان التمسك ، لا استصحاب وجوب الرد العقلي الثابت قبل التعذر لارتفاعه في حال التعذر ولا استصحاب الضمان لكون المختار عنده (قدس سره) ارتفاع الضمان بدفع المبدل خلافاً لصاحب الجواهر ومن سبقه كما سبق ، ويمكن الأشكال في الاستصحاب المذكور بأن التمسك ليس من الشرائط الشرعية لوجوب الرد حتى يكون الوجوب المعلق عليه شرعياً بل هو شرط عقلي للوجوب العقلي ، والوجوب العقلي لا يجري فيه الاستصحاب كالسقوط العقلي ، كما أن استصحاب وجوب الرد لا يقتضي الضمان لعدم كون الضمان من أحكام الوجوب الشرعية (قوله : المدلول عليه بقوله (هذا متعلق بالعموم لا بالضمان يعني العموم المدلول عليه ... الخ) قوله : أظهرها الثاني لاستصحاب (قد اشرنا آنفاً إلى أن التمسك بالاستصحاب والعموم على الضمان في المسألة السابقة ينافي التمسك هنا على عدمه بالاستصحاب ، وكيف كان فالمتحصل بناء على بقاء المضمون على ملك المالك وعدم اقتضاء ضمانه العوضية من الطرفين هو وجوب رد المال المضمون على مالكه عند ارتفاع الحيلولة عملاً بما دل على وجوب

رد كل مال الى مالكه على ما تقدم في وجوب رد المقبوض بالمقد الفاسد وبقائه مضمونا بالغرامة المبذولة — حسبما ذكر المصنف (ره) — أما بناء على اقتضاء الضمان العوضية من الطرفين فمقتضى الاستصحاب بقاء تلك العوضية بعد ارتفاع الحيلولة فلا يجوز للمالك المطالبة بالمضمون ولا للضامن المطالبة بالغرامة المبذولة ولم يتضح بناء للعرف على خلاف ذلك كي يعول عليه في رفع اليد عن الاستصحاب المذكور فيلزم العمل عليه ﴿ قوله : ما يزيد ملكيته ﴾ قد تقدم منه أن الضمان في بدل الحيلولة إنما يقتضي بدلية البديل في السلطنة لافي الملكية فهو باق على ملك الغارم ﴿ قوله : لا يوجب عود سلطنته ﴾ إذا كان التعذر سببا لفوات السلطنة تعين كون التمسك سببا لعودها ﴿ قوله : بل كان بدلا عن أصل ﴾ يعني أن البدلية ملحوظة بين البديل والسلطنة حينئذ وبقائه في زمان التعذر تكون العين بدلا عن السلطنة في ذلك وفي زمان التمسك لو بقي البديل ملكا للمالك كان ملكا له بلا مبدل منه لعدم فوات السلطنة في ذلك الزمان ﴿ قوله : مع تلفه ﴾ قيد لدفع بدله وقوله : أو خروجه ، معطوف عليه ﴿ قوله : ولا يجب رد نمائه ﴾ لأنه ملكه بما أذه نماء ملكه لا بما أنه بديل عن السلطنة حتى يجري عليه حكم العين فيرجع الى ملك الغارم أما المتصل فهو تابع للعين عرفا فينتقل الى من تنتقل اليه العين ﴿ قوله : ولذا لا يباح لغيره ﴾ يعني لأجل أن له السلطنة على المطالبة للعموم المذكور كان ذلك العموم بعينه مانعا من اباحة المال لغير المالك لأن الاباحة خلاف مقتضى العموم المذكور ، ولا يكفي في الاباحة المذكورة بذل الغرامة لأن الغرامة ليست بدلا عن السلطنة المذكورة ﴿ قوله : وعلى تقدير فيتحقق ﴾ يعني سواء أ كانت الغرامة عوضا عن العين أم عوضا عن السلطنة يكون المقام من موارد التراد من الطرفين لا الرد من خصوص أحدهما ﴿ قوله : فلكل من صاحبي ﴾ لأن الامتناع من التسليم في ظرف امتناع الطرف الآخر الذي هو من الأحكام العرفية كما يكون في الأخذ يكون في الرجوع على نمط واحد ﴿ قوله : والمعرض للغرامة السلطنة ﴾ هذا هو الشق الثاني المذكور في وجه ما جزم به في التحرير فلا يكون جوابا عنه ، كما

أنه لا موقع لقوله: إلا ان يقال ... ألخ رجوعه إليه، وليس نقضا لما سبق، كما لا يظهر الوجه في كون الأقوى الأول (الهم) إلا ان يستشكل في كلية لزوم التقابض من الطرفين في المعاوضة الشرعية فضلا عن الترادف تأمل جيداً قوله: لأنه حبسه بحق يعني والغصب انما يكون بالقبض عدواً بغير حق قوله: لأنه قبضه لمصلحة يعني يكفي في الضمان الاستصحاب قوله والظاهر أنه بقيمة يوم إذا قلنا بأن الغرامة في بدل الحيلولة عوض عن نفس العين وأنه بالتمكن من الرد لا تنفسخ المعاوضة فالتلف بعد ذلك لا يوجب تغيراً في الضمان لأن التلف حينئذ من مال الغارم وفي ملكه، وإن قلنا بانفساخ المعاوضة حين التمكن فالتلف حينئذ يكون من مال المالك وفي ملكه فيضمنه الضامن ضماناً جديداً ويجرى عليه أحكام الضمان ومنها كون القيمي مضموناً بقيمته يوم التلف على ما تقدم، وإن قلنا بمقالة المصنف (ره) من أن الغرامة باقية على ملك الغارم كما أن العين باقية على ملك المالك والعوضيّة كانت بين السلطنة الفاتية على العين والسلطنة على الغرامة فالتلف يكون موجبا لتبديل الضمان، والتدارك حينئذ يكون لنفس العين التالفة لأنها هي الفاتية فتضمن بمثلها أو قيمتها حين التلف بعد ما كان المضمون السلطنة عليها لأنها هي الفاتية والمضمون به السلطنة على الغرامة، ومن ذلك يظهر أن ما ذكره المصنف (ره) من الضمان بقيمة يوم التلف لا ينافي ما تقدم منه من جريان استصحاب ضمان العين بالغرامة قبل التلف فلاحظ وتأمل، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد وآله الطاهرين. إلى هنا انتهى ما أردنا إيراداً من شرح كلمات شيخنا الأعظم (قدس سره) ونحن على أمر عظيم من تشويش الفكر وقلق البال واضطراب الاحوال وارتباك الشؤون الشخصية والنوعية كل ذلك من جراء الحرب العالمية الثانية ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم وبالنظر لهذا الامر العظيم العام لم يتسع الصدر للتعليق على عبارات شيخنا الاعظم (ره) بالشرح بل اتخذنا خطة اخرى هي اخف مؤنة علينا وعلى حضار درسنا وهو البحث في كل مسألة من مسائل هذا الكتاب الشريف على الاستقلال مع التعرض لمطالب شيخنا (قدس سره) على

الترتيب الذي نهجه وماتوفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب وهو حسبنا ونعم الوكيل
وكان ذلك ضحى الخميس ناسع جمادى الأولى سنة ستين بعد الالف والثلاثمائة هجرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكهرم في شروط المتعاقديه

قوله (ره) : « مسألة » المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي
... الخ الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين (الأول) في ادلة القول المشهور فنقول : قد
استدل له بأمور (الأول) حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم الذي رواه في الخصال
عن ابن ظبيان عن علي « ع » وكذا رواه في دعائم الاسلام بتفاوت يسير وروى
في الخصال عن الرضى (ع) أنه قال : وفي حديث الصبي لا يجري عليه القلم حتى
يبلغ ، وفي موقق عمار عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال (ع) : إذا أتى
له ثلاث عشرة سنة فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ...
الحديث وتقرب الاستدلال به ، أن رفع القلم إما أن يراد به رفع الحكم : أو رفع
المؤاخذة ، أو رفع الاستحقاق ، لكن يمنع عن الأخير أن الاستحقاق ليس
موضوعاً لجرى القلم لأنه حكم عقلي فلا يكون موضوعاً لرفع القلم (قالت قلت)
الاستحقاق وإن كان حكماً عقلياً لا يكون موضوعاً لجرى القلم بلا واسطة لكنه
يكون موضوعاً له بواسطة المنشأ وهو الحكم كما ذكر ذلك في حديث رفع التسع
« قلت » : فرق بين جعله موضوعاً للرفع - كما في حديث الرفع - وجعله موضوعاً
لرفع القلم - كما في الحديث المذكور - فإن الحكم العقلي إذا كان ناشئاً من الحكم
الشرعي يمكن أن يكون موضوعاً للوضع والرفع بواسطة وضع المنشأ ورفع ، ولا
يمكن أن يكون موضوعاً لرفع القلم ووضعه ولو بالواسطة لاختصاص القلم

بما يكون شرعياً فرفع القلم لا يتعلق بما لا يكون شرعياً أصلاً سواء أكان بعناية
الواسطة أم بلا عناية ، ويمنع عن الثاني أن مقتضاه العفو مع الاستحقاق وهو
خلاف المقطوع به فيتمين الأول ، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الحكم التكليفي
والوضعي ، وفيه ان القلم جرياً ورفعاً لا يختص بالمجموعات الشرعية ، وقد اشتهر
في النصوص التعبير بكتابة الحسنات والسيئات ، بل رواية ابن سنان الواردة في
المقام قد تضمنت أنه إذا بلغ كتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات . وهذا هو
الظاهر في المقام ولو سلم كون موضوع رفع القلم هو الحكم فالظاهر منه خصوص
الحكم الذي يكون وضعه ثقلاً عليه ولا يشمل مثل ما نحن فيه (الثاني) الروايات
المتضمنة بمنطوقها أو بمفهومها عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء فان اطلاق
نفي الجواز يقتضي نفي الأثر لعقده ولو كان باذن الولي (وفيه) أن الظاهر من
الجواز الجواز على نحو الاستقلال مقابل الجواز الثابت للبالغ فلاحظ الروايتين
المذكورتين في المتن وغيرهما فان المقابلة بين حال الصبي والبلوغ قرينة على ذلك
- مضافاً إلى أن نفي مطلق الجواز عن عقد الصبي لا ينافي النفوذ بعنوان كونه عقداً
للولي فان إذنه مصححة لنسبته إليه وان أسب إلى الصبي ايضاً ولا تنافي بين عدم
نفوذه بملاحظة كونه عقداً للصبي لعدم مقتضى النفوذ فيه ، وبين نفوذه بملاحظة
كونه عقداً للولي لوجود مقتضيه فيه (الثالث) الروايات المتضمنة لكون محمد
الصبي خطأً ففي صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله « ع » : عمداً لصبي وخطؤه
واحد ، وفي خبر اسحاق : ان علياً (ع) كان يقول : عمداً للصبيان خطأً يُحمل
على العاقلة ؛ وفي خبر أبي البخري عن علي (ع) كان يقول في المجنون والمعتوه
الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ : عمداً خطأً تحمله العاقلة وقد رفع عنها القلم ،
(وفيه) أن الظاهر منها تنزيل العمد منزلة الخطأ فيما له من الأحكام فيختص بما اذا
كان للخطأ حكم شرعي ليصح التنزيل بلحاظه كما في باب الجنائيات ؛ ولا يجري فيما
نحن فيه مما كان الأثر فيه للعمد فقط ، ولو كان المراد منه مثل ما نحن فيه لكان
الاولى التعبير بمثل : عمداً للصبي كلاً وعمداً وقصده كلاً قصد ؛ بل قوله (ع) في

الخبرين : تحمله العاقلة ، و : يحمل على العاقلة ، كالصريح في الاختصاص بسباب الجنائيات لأن الضمير المستتر في فعل الجمل والبارز اراجع الى العمد لا يكون في غيرها كما لا يخفى - مضافا الى أن الالتزام بكون المراد منه ، تنزيل قصده منزلة العدم يوجب البناء على تقييده في كثير من الموارد التي لا يمكن الالتزام فيها بذلك مثل صلاته وصومه وإفطاره وسفره وإقامته وإحرامه ونحوها من الأفعال التي تقوم بالقصد فلا أقل من أن يكون ذلك قرينة على الاختصاص ، وأيضا فإن استعمال العمد والخطأ في الجنابة العمدية والخطئية شائع جداً في النصوص العامة والخاصة على نحو صار كاصطلاح خاص فع تردد المراد بكون الكلام من قبيل المجمل ، ففي صحيح أبي بصير : في غلام لم يدرك وامرأة قتلا رجلا خطأ فقال : إن خطأ المرأة والغلام عمد ... الحديث ؛ وفي صحيح ضريس في امرأة وعبد قتلا رجلا خطأ فقال : إن خطأ المرأة والعبد مثل العمد ، ونحوها غيرها ، وبالحجة : لا ينبغي التأمل في قصور النصوص عن صلاحية الاستدلال بها لما نحن فيه إذ لا أقل من عدم ظهورها فيه ، وأشكل من ذلك دعوى استفادة المقصود من حديث رفع القلم بملاحظة خبر أبي البختري المتقدم فان قوله (ع) : وقد رفع عنهما ، في ذنبه ليس له وجه ارتباط بما قبله الا من جهة كونه معلولا لقوله : عمد الصبي خطأ ؛ أو علة لثبوت الدية على العاقلة اذ يكفي في ارتباطه به كونه حكما اخرويا وما قبله حكما دنيويا فيكون المقصود في الحديث بيان الجهتين معاً من دون عليّة ولا معلولية - مع أنه ينفي الاولى خلوه عن مثل الفاء واللام الدالتين على ذلك ، وينفي الثانية المخالفة في كيفية التعبير من حيث الاشتمال على (قد) الدالة على تحقيق مدخولها وخلو جملة : تحمله العاقلة ، عنها فاذا القول المشهور لادليل عليه ظاهر (المقام الثاني) فيما يمكن الاستدلال به على خلاف المشهور وهو أمور (الاول) قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) لظهورها في كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير عنهم باليتامى ، وقوله تعالى : (حتى) سواء أ كانت للنسابة أم للابتداء ، والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الأموال ، واختبار رشدهم

فيها، وحملها على الابتلاء بمقدمات العقد ، خلاف الظاهر (ودعوى) أن قوله تعالى: (فادفعوا) الآية ظاهر في اختصاص دفع المال بأبناس الرشد بعد البلوغ فلا يكون الابتلاء السابق على البلوغ بدفع المال (مندفعة) بأن الظاهر من دفع المال بعد البلوغ وأبناس الرشد ارتفاع الحجر والاستقلال بالتصرف ودفع المال كناية عنه يعني : إذا آتسّم منهم رشداً فولاية أموالهم لأنفسهم لا لكم أيها الأولياء مع أن الابتلاء بالبيع والشراء لا يتوقف على دفع المال حتى يكون الأمر بالدفع بعد البلوغ منافياً له فلا مانع من الالتزام بصحة عقدهم الاختباري وإن لم يحجز دفع المال إليهم حينئذ ولو سلم فلما رد دفع بقية أموالهم الزائدة على المقدار المحتاج إليه في اختبارهم ونفقاتهم . نعم تمكن المناقشة في الدلالة بأن الاختبار لا يتوقف على صحة المعاملة فتكون معاملاتهم تمرينية كعباداتهم على القول بكونها تمرينية لكنها خلاف الظاهر (الثاني) رواية السكوني عن أبي عبد الله « ع » قال « ع » : نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء فانها إن لم تجدزنت إلا أنه قد عرفت بصحة يد ، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة يبيعهم فإنه إن لم يجد سرق ، فإن التقييد والتعليل ظاهران في نفوذ كسبه في الجملة ولو حمل النهي على الكراهة فالدلالة أظهر وحمله على الكسب بنحو الالتقاط أو العمل بأمر الغير مما لا يكون عقداً خلاف الإطلاق بل خلاف ظاهر التعليل جداً (الثالث) السيرة التي ادعاها الكاشاني وسيد الرياض على ما حكى عنها المصنف (ر) والظاهر أنها ليست مورداً للتشكيك إذ لا يحتمل عدم مداخلة الصبيان المميزين في أمر المعاملات في عصر المعصومين (ع) كيف وقد استقرت على ذلك سيرة العقلاء إذ لا يفرقون في جواز المعاملة مع المميزين بين من بلغ الخمس عشرة سنة ومن لم يبلغها إلا بعد أيام أو ساعات ، وغاية ما ثبت الردع عن بناءهم على استقلالهم في التصرف فيبقى جواز التصرف بأذن الولي بحاله بلا رادع ، ومن ذلك تعرف وهن الاشكال على السيرة المذكورة باحتمال كونها ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كوهن الاشكال عليها بأنها ليست مطلقة بل مختلفة باختلاف عمر الصبي وموضوعات معاملاته إذ فيه أن هذا الاختلاف ليس للبناء على عدم الجواز ، بل

الاحتياط في المحافظة على المال والحذر من الوقوع في الغبن ولذا اختلفت السيرة في توكيل البالغ في المعاملات فرب شخص يوكل في شراء الحيوان لا يوكل في شراء العقار ، وبالعكس وهكذا ومثل ذلك لا يقتضي التفصيل في جواز التوكيل بين الموارد المذكورة ، وكذا في المقام ؛ وبالجمله لا ينبغي التأمل في ثبوت سيرة العقلاء على ذلك في جميع الأعصار على نحو غيرها من سيرهم التي لم يثبت الردع عنها ، والظاهر أن سيرة المتشعبة جارية عليها فلا ينبغي التأمل في حجيتها ، ودعوى أن ما عليه السيرة هو المعاطاة التي يكفي فيها الاذن بالتصرف والرضى به أو أن ذلك من اذن الولي في تولي البالغ طرفي العقد غير ظاهرة ، بل ممنوعة - مع أن الدعوى الثانية لا تتاح مع كون الطرفين غير بالغين فلاحظ وتأمل فاذاً لا يبعد القول بصحة عقد الصبي اذا كان باذن الولي كما اختاره جماعة منهم المحقق الأردبيلي وقبله الفخر في الايضاح على ما حكى عنها واختاره في إجارة الشرائع وتردد فيه ، واختاره في عاريتها وحكي عن جماعة .

مركز تحقيقات كميتر علوم اسلامی اشرط قصد مدلول المقصد

قوله : « مسألة » ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدها لمدلول العقد الذي يتلفظان به . . . الخ لا ريب في اعتبار القصد المذكور في ترتب الأثر على العقد كيف وعنوان العقد من البيع وغيره من عناوين العقود قصديات لا يصح اعتبارها عند العقلاء الا في ظرف قصدها ، لكن في عد ذلك من الشرائط فضلاً عن كونه من شرائط المتعاقدين تأملاً ظاهراً إذ هو من مقومات العقد التي ينتفي بانقائها ذاتاً لا مما ينتفي بانقائها أثره وحكمه . ثم إن من الواضح أن المراد من قصد مدلول العقد قصد إيجاده وإنشائه وإرادته إيقاعه في مقابل عدم قصد إيجاده سواء أكان لعدم قصد اللفظ - كما في لفظ الغالط - أم لعدم قصد معناه أصلاً - كما في عقد الهازل - أم لعدم قصده على نحو الإيقاع - كما لو قصد الحكاية عنه والاختبار - ثم

إنه لا ينبغي التأمل في عدم الاكتفاء بقصد العنوان المردد بين عنوانين كما لو قال :
 بعتك الدار ، أو : آجرتكها ، فيقصد الموجب ايقاع الأمر المردد بين البيع
 والاجارة ، وكذا لو كان المردد موضوع العنوان كما لو قال : بعتك الدار ، أو :
 الفرس ، لأن المردد لما لم يكن له مطابق لم يصح اعتباره ، كما لا يصح أن يكون
 موضوعا للأحكام ولو كانت اعتبارية فلا يصح اعتبار المردد بين البيع والاجارة كما
 لا يصح اعتبار البيع للمردد بين الفرس والدار فلا بد في صحة العقد من قصد
 العنوان بموضوعه على نحو التعيين ، وأما تعيين من له العقد فيختلف باختلاف
 عناوين العقود فإن كان العنوان محمدا يتقوم بمن له العقد فلا بد من تعيينه لما عرفت
 فلا يصح : ملكت فرسي ، ولا : زوجت ابنتي ، مع عدم تعيين من له التملك
 والتزويج ، إذ لا اعتبار بالتزويج والتملك مع عدم اضافتهما الى معين وإن كانت
 العنوان لا يتقوم بمن له العقد فلا موجب لقصده كما في عقود المعاوضات فإن المعاوضة
 إنما تقوم بالمعوضين لا غير فيصح أن يقول القائل : بدلت الفرس بالحمار ، و : عوضت
 الفرس بالدينار ، ومنه : بعت الفرس بالدينار ، بناء على ما عرفت من أن البيع
 المبادلة بين المالين . نعم إذا لم يكن العوضان خارجيين اعتبر القصد الى من له
 العقد لأن التذميات لا تصح أن تكرن موضوعا للمعاوضة إذا لم تكن مضافة الى
 ذمة معينة سواء لم تكن مضافة الى ذمة أصلا كما لو قال : بعت فرسا بدينار ، أم
 كانت مضافة الى غير معين كما لو قال : بعت فرسا في ذمة زيد أو عمرو بدينار في
 ذمة أحدهما ، مع عدم قصد واحد بعينه فلا بد من تعيين من له العقد ليصح جعل
 المموض عوضا ، بل في القسم الأول وإن لم يكن من له العقد مقصوداً تفصيلاً
 لكنه مقصود إجمالاً لا تبعا لقصد المعاوضة إذ مرجع المعاوضة بين الشئيين قيام
 كل منهما في مقام الآخر بلحاظ اضافته الى من له العقد فرجع : بعت الفرس بالدينار ؛
 الى جعل الفرس عوضا عن الدينار من حيثية اضافته الى مالكه وجعل الدينار عوض
 الفرس من حيث اضافتها الى مالكها ، ومن هنا صح أن يقال : إن من له العقد
 لا بد من قصده إما اجمالاً أو تفصيلاً إمارجوع قصد البدلية اليه أو لتوقف

قصدها عليه ، ومن ذلك يظهر امتناع قصد البدلية عن غير من يكون له البديل لأن التنافي بين الأمرين مانع عن القصد اليها لأن اجتماع المتنافيين محال فقصد محال فيمتنع قصد أن يبيع الإنسان مال نفسه عن غيره كما يمتنع أيضا قصد أن يبيع مال غيره لنفسه ، وكذا قصد شراء شيء لنفسه بمال غيره وشراء شيء لغيره بمال نفسه لا أنه يتحقق القصد اليها ويكون القصد عن غير من له المال لغواً لا يترتب عليه أثر لما عرفت من استحالة القصد المذكور لاستحالة متعلقه وشراء الفاعب لنفسه بالعين المخصوصة مبني على نحو من المسامحة لتزليل نفسه منزلة غيره ، ففى الحقيقة يقصد الشراء عن المالك لكنه يرى أنه المالك ، وكذا الحال فى أمثاله من الأمثلة فلاحظ . ثم إنه يقع الكلام فى أمور (الأول) الظاهر أنه لا مانع من توجيه الخطاب بالاجاب الى غير من له العقد إذا كان عنوان العقد مما يقوم بغير من هو له مثل البيع والاجارة كما اذا قال البائع للوكيل أو الولي أو الفضولي : بعتك فرسي بحمار زيد ، قاصداً أن يكون الفرس لزيد وكذا اذا قال له : آجرتك داري بدينار زيد ، ولا يصح اذا لم يكن العنوان كذلك ، فلا يصح أن يقول له : ملكتك فرسي بحمار زيد ، كما لا يصح أن تقول الزوجة لوكيل الزوج : زوجتك نفسي ، والسرفى ذلك ظاهر إذ لما صح : ابتعت لزيد ، واستأجرت لزيد ، صح فى القسم الأول ولما لم يصح ان يقول : تملك لزيد ، و : تزوجت لزيد ، لم يصح فى القسم الثانى (الثانى) الظاهر أنه لا يجب معرفة من له العقد فلا يلزم معرفة الموجب من له الابتىاع ولا معرفة المبتاع من له البيع فيصح أن يقول الموجب : بعته هذا الفرس بهذا الدينار ، فيقول المشتري : قبلت ، من دون أن يعرف البائع من له الدينار وأن يعرف المشتري من له الفرس ؛ لعدم الدليل على قدح الجهالة المذكورة وأدلة نفي الفرر إنما تدل على قدح الجهالة بالصفات التى يكون عليها المبيع والتمن مما تختلف الرغبة باختلافها فليست معرفة المالك الا كمعرفة مكان المبيع حين البيع ومعرفة السبب الباعث على البيع ونحو ذلك مما لا يرتبط بالرغبة ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الموضان خارجيين وان يكونا ذميين وان يكونا مختلفين (الثالث) اذا

جاز توجيه الخطاب الى غير من له العقد وتردد بين أن يكون الانشاء للابحباب أو القبول أصالة عن نفس الموجب أو عن غيره ولاية عليه أو وكالة عنه أو فضولا فالظاهر يقتضي الأول فإذا قال زيد لعمر : بعثك مذاً من حنطة بمئتين من أرز ، بني على اشتغال ذمة زيد بمن الحنطة لعمر ، واشتغال ذمة عمرو بمئتين من الأرز لزيد ، إلا أن تقوم الحجة على خلاف ذلك (الرابع) إذا علم أن العاقد باع أو اشترى لغيره فتارة يكون وكيلا في مجرد إجراء الصيغة وأخرى يكون وكيلا في نفس المعاملة ففي الأولى لا يجوز الرجوع اليه في تسليم الثمن أو المثمن لعدم المقتضي لذلك بعد ما لم يكن مستحقا عليه ذلك ، وأما في الثانية فالظاهر أنه لا إشكال في جواز الرجوع اليه في ذلك إذا كان قد اشترط عليه ذلك في العقد لعموم نفوذ الشرط ، أما لو لم يشترط فالظاهر جواز رجوعه عليه مطلقا سواء أكان عالما بذلك حال العقد أم جاهلا ، إما لأنه من الشرائط الضمنية أو لأنه من الأحكام العرفية للعاقد كما يشهد به مرتكزات العرف وسيرتهم من الرجوع الى من يفوض اليه أمر المعاملة كعامل المضاربة ونحوه ، ويظهر ذلك بأقل مراجعة لهم في ذلك ، ولا فرق بين أن يكون موضوع المعاملة ديناً في الذمة أو عينا بيده أو بيد الموكل ، وما عن جامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والمفاتيح من اختصاص المطالبة بمن في يده العين غير ظاهر ، وجواز الرجوع الى من في يده العين لأن عينه في يده لا ينافي جواز الرجوع الى غيره إذا كان ذلك من أحكام إيقاع العقد كما لا ينافي جواز الرجوع الى من في ذمته الدين جواز الرجوع الى غيره فيما لو كان الموضوع ديناً ، فالتفصيل بين الدين والعين ضعيف ، وكذا الحكم لو كان الموضوع ديناً وقد دفع الموكل فرداً منه الى الوكيل ليدفعه الى مستحقه لا طراد الوجه المتقدم في الجميع ، ومن ذلك تعرف ضعف ما في الشرائع وعن غيرها من اختصاص المطالبة بالوكيل مع الجهل وبالموكل مع العلم سواء أكان المراد الجهل المستمر أم الجهل حال العقد أو إلى زمان القبض إذا كان مرجع الاول الى عدم جواز الرجوع الى الوكيل أصلاً والرجوع اليه مع الجهل بالوكالة إنما كان اعتماداً على أصالة كون العقد عن نفسه كما عرفت في الأمر السابق ، ووجه الضعف

حينئذ ما عرفت من أنه خلاف الارتكاز العرفي وسيرتهم وكأن وجه الثاني قاعدة الغرور ؛ لكن لو تمت كلية اختصت بصورة ورود الضرر على المغرور ليرجع الى الغار في تداركه لا أنها تقتضي جواز الرجوع بالعوض والمطالبة به الذي هو محل الكلام وكأن وجه الاخير أن العلم قبل القبض مانع من تحقق الوقوع في الغرور لامكان الامتناع عن الاقباض الا بعد القبض ؛ لكنه أيضاً مبني على الرجوع الى قاعدة الغرور ، وقد عرفت اشكاله. ثم إن الظاهر جواز الرجوع الى الاصيل أيضاً لأن العقد حقيقة له فيعمل معه بمقتضاه. ثم إن مما ذكرنا تعرف أن دعوى البائع كونه وكيلًا غير أصيل غير مسموعة بلحاظ الأثر المذكور لترتبه على كلتا الحالتين ، والدعوى إنما تكون مسموعة اذا كان الأثر ثابتاً على تقدير ثبوت المدعى دون ما اذا لم يثبت ، أما إذا كان ثابتاً على كل من تقدير ثبوته وعدمه فلا تكون مسموعة كما هو ظاهر . ثم إنه حيث يجوز الرجوع الى الوكيل في المطالبة بالثمن أو المثلثين يجوز الرجوع اليه أيضاً عند الفسخ بالخيار فلو وجد المشتري عيباً في المبيع كان له مطالبة المثلثين من الوكيل والموكل بالثمن عند فسخ البيع ورد المبيع لعين الوجه المتقدم ونظام الكلام في هذا المقام في كتاب الوكالة فراجع

عقد المكره

قوله : « مسألة » ومن شرائط المتعاقدين الاختيار والمراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب . . . الخ قد عرفت آنفاً أن الانشاء متقوم بقصد وقوع المنشأ فاذا لا يكون قصد لا يكون انشاء ، وهذا القصد عين الاختيار لوقوع المنشأ ، ومن الواضح أن اختيار وقوع الشيء حقيقياً كان أو اعتبارياً يتوقف على ترجيح وجوده على عدمه في نظر المختار الموجب لميل النفس اليه الموجب لتعلق الارادة والقصد به ، وهذا الميل هو المعبر عنه بطيب النفس ، وعلى هذا فاعتبار القصد الى المنشأ في حقيقة الانشاء راجع الى اعتبار الاختيار فيه ،

واعتبار طيب النفس به فضلا عن الرضى به ، فهذا الشرط ليس راجعا الى اعتبار طيب النفس لسكناية الشرط السابق في اعتباره ، بل راجع الى اعتبار عدم الاكراه لا غير فعقد المكره لا يصح من جهة صدوره عن اكراه لا لفقد الرضى وطيب النفس : لما عرفت من امتناع تحقق القصد الى وقوع مضمونه مع عدم تحقق الرضى وطيب النفس به « ودعوى » أن الرضى وطيب النفس الحاصلين في عقد المكره إنما كانا بملاحظة ما يترتب على تركه من الضرر المتوقع به أما بالنظر الى ذاته فلا رضى به ولا طيب نفس : والمقصود من هذا الشرط اعتبار الرضى وطيب النفس بالنظر الى ذاته « مدفوعة » بأن أكثر المعاملات الصحيحة إنما يكون الرضى وطيب النفس بها بملاحظة ما يترتب على فعلها من دفع مفسدة أهم أو جلب منفعة كذلك فلا يعتبر في صحة المعاملات الرضى وطيب النفس الذاتيين ضرورة ، فيتعين أن يكون المعتبر فيهما ماهو أهم مما كان بالعنوان الأولي والثانوي كما في عقد المكره : ومن ذلك يتضح ما ذكرناه من أن بطلان عقد المكره من جهة محض صدوره عن اكراه لا لنقص الرضى أو طيب النفس به : ومن ذلك أيضا يظهر أنه لا يصح الاستدلال على اعتبار هذا الشرط بقوله « ع » : لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه . نعم يصح الاستدلال عليه بقوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض : لظهور التجارة في الاختيار فاعتبار التراضي فيها لا بد أن يكون في مقابل الاكراه لا بالمعنى المساوق للاختيار : وهذا هو العمدة فيه - مضافا الى الاجماع المحقق وحدث رفع الاكراه بناء على ظهوره في رفع السببية ولو بقربنة استدلال الامام « ع » به في صحيح البرزنجي عن أبي الحسن « ع » : في الرجل يستكره على الجمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملكه أيلزمه ذلك ؟ فقال « ع » : لا قال رسول الله « ص » : وضع عن أمي ما اكراهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا ، او نصوص بطلان طلاق المكره بناء على عدم الفصل بينه وبين المقام لكن عدم الفصل لم يثبت بنحو يكون في مقابل الاجماع المتقدم ليكون دليلا مستقلا .

المكره قاصد للمعنى أو لا

« وينبغي التعرض لأمور » الأول أنك قد عرفت أن محل الكلام في هذا الشرط هو العقد الجامع لجميع شرائط العقد من القصد والرضى وطيب النفس عدا الاختيار بالمعنى المقابل للاكراه بأن لا يكون مكرها عليه ، وقد صرح جماعة بأن المكره قاصد الى اللفظ دون مدلوله بل هو ظاهر من جعل الاختيار شرطا للعقد في مقابل البلوغ والعقل ، وأخرج به عقد السكران والمعنى عليه والمكره بل أصر في الجواهر على ذلك فقال : من المعلوم انتفاء إرادة معنى العقد من المكره لعدم تصور الاكراه عليه « وفيه » - مضافا الى ما سيأتي من أن الاكراه قد يقتضي الدهشة فيضطر المكره - بالفتح - الى قصد إيقاع مضمون العقد فضلا عن قصد مدلول اللفظ - أن ذلك لو تم اقتضى بطلان عقد المكره حتى لو كان بحق أو لحقه الرضى ، والاجازة. والالتزام بالصحة في الفرضين المذكورين تعبدالا بعنوان البيع مما لا يمكن ارتكابه - مع أن البناء على خلو المكره عن القصد الى المعنى مما يوجب وضوح حكم عقده على نحو لا يحسن التمسك له بما دل على اعتبار الرضى أو طيب النفس أو حديث رفع الاكراه أو نحو ذلك ، اذ مع انتفاء القصد لا مجال لتوهم الصحة لا انتفاء العقد باقتفاء القصد كما عرفت فيما سبق وكيف كان فلا بهم توجيه كلام الجماعة بعد وضوح الحال وصعوبة التوجيه

معنى الاكراه

« الثاني » الظاهر أن الاكراه لغة وعرفا محل الغير على ما يكره بتوعيده بالضرر غير المستحق ، فإيقاع العقد المكروه إذا لم يكن ناشئا عن حمل غيره بل يكون بداع آخر لا يكون اكراها كالمريض المحتاج في علاجه الى المال فيلتجئ الى بيع داره مع كراهته لذلك ، وكذا لو كان يحمل غيره بتوسطه وعده بالنفع كما

لو وعده بأن ينصبه واليا اذا باع داره وكذا لو وعده بالضرر المستحق كما لو قال الدائن المديون : إن بعت دارك أبرأت ذمتك من الدين ، بل في الحقيقة ذلك من الوعد بالنفع . ثم إن الاكراه قد يكون نفسيا كما لو أمره السلطان ببيع داره ، وقد يكون غيريا كما لو أمره ببناء قنطرة إذا كان لا يتمكن من بنائها إلا ببيع داره وصرف ثمنها فإن ذلك اكراه على البناء نفسيا وعلى البيع غيريا لأن الاكراه على ذى المقدمة إكراه على المقدمة إلا أن الظاهر أنه لا اشكال في صحة البيع إذ الأدلة المتقدمة على قدح الاكراه في الصحة غير جارية ، أما الاجماع فظاهر ، وأما حديث الرفع فاطلاقه اللفظي وإن كان شاملا للمقام إلا أنه لما كان امتنانا امتنع شموله له أنه يكون تطييق ، خلاف الامتنان لأن ابطال البيع في الفرض تفسير لاتيسير وتضييق لا توسعة ، ومثله يقال أيضا فيما لو كان الاكراه بحق فان اجراءه خلاف الامتنان في حق صاحب الحق فلو اكراه على بيع داره لوفاء دينه كان بيعه صحيحا لأن ابطاله ضرر على الدائن فلا يشمل الحديث الشريف « الثالث » قد عرفت أنه لا يمتنع في المنع من الاكراه كراهة الفعل المكروه عليه لولا الاكراه وأن الرضى به بل فعله إنما كان فرارا عن الضرر المترعد به فيكون من باب ارتكاب اخف المحذورين وأقل القبيحين وعلى هذا يمتنع صدق الاكراه مع امكان التفصي بما لا ضرر فيه على المكره ، إذ حينئذ لا يكون تراحم بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب اخف المحذورين لا مكن الفرار عن المحذورين معاً بارتكاب الامر المتفصي به ، فلو فعل المكره عليه حينئذ كان فعلا لغير المكروه فلا يكون اكراه اقادحا في صحة العقد ، والظاهر عدم الفرق فيما به التخلص بين التورية وغيرها وقد يستظهر من رواية عبدالله بن سنان قال لي ابو عبد الله « ع » : لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكراه ، قال : قلت أصلحك الله فما الفرق بين الجبر والاكراه ؟ فقال « ع » : الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والأم والأب وليس ذلك بشيء ، لكن وجهه غير ظاهر بل الظاهر منها الفرق بين مراتب الضرر الذي يخاف عنسه

عدم فعل المكره عليه فان كان مما يتوقع وقوعه من السلطان فالحمل على الفعل جبر ، وإن كان مما يتوقع من غيره فهو اكرام . مع أنه لو فرض تمامية الاستظهار المذكور وجب التصرف فيه وار بالاقتصار على مرده ، إذ لا يجوز رفع اليد عن الأدلة الأولية بمثله مع ظهور الاتفاق على خلافه ، ومثله في الاشكال مافي كلام شيخنا الاعظم « ره » من أن حمل عموم رفع الاكرام وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره ومعاقدة الاجاعات والشهادات المدعاة على اعتبار المعجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جداً ، إذ لا بعد في ذلك بعد ما عرفت من عدم صدق الاكرام حينئذ بل البعيد جداً عموم ذلك كله لصورة امكان التفصي بالتورية فان لازمه أن لا يكون المراد بالاكرام ماهر معناه لغة وعرفاً مع عدم نصب قرينة عليه ، وكذا مافي كلامه « قدس سره » من ان المعجز عن التورية لو كان معتبراً لأشير اليه في الاخبار المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والاكرام انتهى ، إذ فيه أن التفصي بالتورية شيء نادر جداً ، خصوصاً في موارد الخطر العظيم لأن استعمال اللفظ في غير معناه على نحو التورية غير مألوف المتكلم يحتاج الى عنايات لا تخفى على السامع الا اذا كان المتكلم من أهل الملكات في ذلك الناشئة من كثرة المزاولة والممارسة ولذا ترى كثيراً من الناس يعرف كذبه بمجرد النطق لقلة المزاولة مع أن الكذب أخف مؤنة من التورية ، ولعل ترك التنبيه على التورية لأنها غالباً لا يحصل بها التفصي بل الوقوع في الخطر ، أو لأن البناء عليها خلاف الاحتياط في لزوم دفع الضرر المتوقع به إذ لا يؤمن من ظهور الحال بنحو يوجب الوقوع في الضرر . نعم اذا كان الأمر المتفصي به ضرراً على المكره فامكان التفصي لا يوجب انتفاء الاكرام لو فعل المكره عليه اذ يكون حينئذ من قبيل الضرر المتوقع به ولا فرق بين أن يكون أشد ضرراً من المكره عليه أو أخف أو مساوياً لأن المدار في صدق الاكرام الحمل على الفعل بتوسط إحداث داعي الخوف وهو في الجميع حاصل ، ومجرد كونه أخف في الواقع لا يقتضي كونه أخف في نظر المكره الذي هو المدار في صدق الاكرام . هذا ولو تنصى المكره

بما به التفصي لم يكن اكراهها لعدم الحمل عليه لا نفسيا ولا غيريا ، ومجرد وقوعه عن خوف الامر المتوعد به لا يكفي في صدق الاكراه ما لم يكن قد حمل عليه نظير ما لو باع داره خوفا من أن يغتصبها الظالم أو من أن يكرهه على بيعها على بعض أعوانه أو نحو ذلك فإن ذلك كله ليس من الاكراه في شيء لعدم الحمل المعتبر في مفهومه .

الاكراه في المحرمات

(الرابع) : قد عرفت أنه يعتبر في مفهوم الاكراه أن يكون المحمول عليه مكروهاً للمكره — بالفتح — وأن باعثة الحمل عليه بمناط ارتكاب أقل المحذورين واهونها وهذا المعنى يختلف باختلاف الأفعال المكروه عليها فإن كان مما لا اقتضاء فيه شرعي بأن يكون مما يجوز فعله شرعا فكراهة الأمر المكروه عليه وكراهة الأمر المخوف الذي يكون الأمر المكروه أهون منه إنما هما بلحاظ الجهات النفسانية والدواعي الجبلية بلا دخل للشارع فيها ويكون الحكم المرفوع هو الحكم الوضعي مثل الاكراه على البيع والطلاق ونحوهما وإن كان مما فيه اقتضاء شرعي كما لو كان محرما شرعا فكراهته وكراهة الأمر المخوف إنما هو بلحاظ الاقتضاء الشرعي فيها فلو حمل على شرب الخمر لم يكن ذلك اكراهها الا بلحاظ كراهتها لكونها محرمة وإن ارتكابها أهون من الوقوع في محرم آخر ولا عبرة بالدواعي النفسانية في مثل ذلك . وهذا مما لا اشكال فيه وكأن السرفية أن أدلة الأحكام الاقتضائية دالة على إلغاء نظر المكلف وإهمال دواعيه النفسانية وأنه لا عبرة بشوقه الى الفعل ولا بكراهته من غير جهة الحكم الشرعي فلا كراه المأخوذ في موضوع أدلة نفي الاكراه ينزل على الاكراه بالنظر الى حكم الشارع فتكون أدلة الأحكام الاقتضائية من هذه الجهة حاكمة على أدلة نفي الاكراه وإن كانت محكومة لها من حيث عمومها لحال الاكراه ومن هذه الجهة تعرف أنه لا يلزم مما ذكرنا استعمال لفظ الاكراه في معنيين اذ لم يستعمل الا في معنى واحد وهو الحمل على المكروه فراراً عما هو مكروه غاية الأمر

أن الكراهة بملاحظة نظر المكاف حيث لا يكون نظر للشارع وبنظر الشارع حيث يكون له نظر فليس فيما ذكرنا إلا اختلاف الموارد من حيث كون التطبيق في بعضها بنظر وفي بعضها الآخر بنظر آخر ، بل هناك قسم ثالث لا تكون فيه الكراهة المأخوذة في موضوع الإكراه بلحاظ الاقتضاء الشرعي ولا بلحاظ الدواعي النفسانية ، وذلك كما في إكراه الولي على بيع مال الصبي فإن الإكراه الراجع للصحة فيه إنما هو بلحاظ مصلحة الصبي فإذا كانت مصلحة الصبي في ترك البيع فإكراهه عليه كان باطلا ولو لم يكن مكروها بلحاظ دواعي الولي النفسانية ولا بلحاظ مناط الحكم الشرعي الاقتضائي وإن كان البيع مصلحة للطفل كان صحيحاً ، وإن كان مكروها للولي بلحاظ دواعيه النفسانية فإذا الكراهة التي هي شرط صدق الإكراه يختلف النظر في تطبيقها باختلاف المقامات الثلاث ، ومن ذلك تعرف الأشكال في كلمات شيخنا الأعظم (ره) في الفرق بين الإكراه المسوغ للمحرّمات والإكراه الراجع للحكم الوضعي فلاحظ .

مركز تحقيقات كامپيوتر علوم اسلامی

الإكراه على الجامع

(الخامس) : إذا إكراه على إيجاد جامع بين فردين أو أفراد فلما أن يكون الأثر الشرعي ثابتاً لذلك الجامع وإما أن يكون ثابتاً لبعض أنواعه دون بعض ففي الأول لو فعل فرداً من أفراد ذلك الجامع كان ذلك الفرد مكروهاً عليه بلحاظ الجامع وحينئذ لا يترتب أثر الجامع عليه وفي الثاني لو فعل الفرد الذي له الأثر لم يرتفع ذلك الأثر لأن موضوع الأثر وهو النوع لم يكن مكروهاً عليه والجامع المكروه عليه لا أثر له (فإن قلت) : لما امتنع وجود الجامع بنفسه بل لا بد أن يوجد مع الخصوصية فالجمل على الجامع حمل على الخصوصية فتكون الخصوصية موضوعاً للإكراه فيرتفع أثرها بحديث رفع الإكراه (قلت) : الخصوصية لما لم تكن موضوعاً للإكراه ولا مقدمة لما هو موضوعه امتنع أن تكون موضوعاً للإكراه النفسي

والغيري ومجرد الملازمة بين وجود الجامع ووجودها لا يقتضي أن تكون موضوعاً للاكراه لأن التلازم بين الشئيين لا يستدعي التلازم بينهما في الحكم — كما هو محذور في محله — فلو أكرهه على طلاق زوجته ليتزوجها فطلقها بطل الطلاق ولو أكرهه على طلاقها ولو فاسداً فطلقها صحيحاً صحح الطلاق ؛ لما عرفت من عدم كونه مكرهاً على ما هو موضوع الأثر فلا موجب لارتفاع أثره ، والاكراه على الجامع بين موضوع الأثر وغيره ليس اكراهاً على الفرد إلا بالمعنى الجامع والمفروض أنه لا أثر له ، ومثله ما لو كان أثر الجامع بالنسبة إلى بعض الأفراد لا يرتفع بحديث الرفع كما لو أكرهه على طلاق زوجته زينب أو هند مع كون طلاق هند واجباً عليه بحق لمجزئه عن نفقتها ، ففي الفرض لو طلق زينب كان صحيحاً لعين ما ذكر ، ومثله ما لو أكرهه على بيع داره أو إيفاء دينه ، ولا فرق من هذه الجهة بين موضوعات الأحكام الوضعية والتكليفية ، فلو أكرهه على شرب الخمر فشرب إناءً منه كان مباحاً ، ولو أكرهه على شرب ما بيع خلا كان أو خمرأ فشرب الخمر كان حراماً لما عرفت تحقيق كافيته علوم إسلامي

الأكراه على أهم الأضرب أو الأمور

« هذا كله » لو كان الاكراه على الجامع ، أما لو أكرهه على إيجاد أحد أمرين أو أمور تخيراً فقال له : طلق زينب أو هند ، أو بعم دارك أو فرسك ، فإن قلنا بأن الوجوب التخيري راجع إلى الأمر بالجامع تعييناً لحكم الأقسام ما سبق ، وإن قلنا بأنه نوع آخر من الوجوب متعلق بنفس الأبدال التخيرية على نحو خاص بحيث يقتضي وجود كل واحد منها في ظرف عدم الآخر — كما هو التحقيق — كان الاكراه متعلقاً بكل منها على نحو خاص فكل واحد وقع في حال عدم الآخر كان مكرهاً عليه كما كان مأموراً به ؛ وحينئذ لو كان كل منهما موضوعاً لأثر شرعي ارتفع أثره كما لو أكرهه على طلاق إحدى زوجته فقال له : طلق زينب أو هند ،

فأيها اختار طلاقها كان باطلا ، وكذا لو أمره بشرب الاناء الأصفر من الخمر أو الأحمر فأيها اختار شربه كان مباحا ، ولو كان الأثر لاحدهما دون الآخر فاختار ماله الأثر بطل لصدق الإكراه وإمكان التفصي بما لا أثر له لا يقدح في صدقه بالاضافة الى ماله الأثر بعد ما كان كل منهما مكروها وقد حمل عليه تحييراً ، ونحوه ما لو قال له : بع دارك أو أذ دينك . نعم إذا كان أحدهما موضوعاً للحكم التكليفي دون الآخر كما لو أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء مع كراهته لشرب الماء لم يصدق الإكراه بالنسبة الى شرب الخمر لو اختاره لما عرفت من أن الكراهة في موضوع الحكم التكليفي انما تكون بملاحظة الحكم ، وشرب الماء ليس مكروها بهذا الاعتبار فلا يكون مكروها بدلا لشرب الخمر حتى يكون مكروها عليه ولو تحييراً .

أكراه أهم الشخصين

(السادس) : لو أنكرته شخصين على نحو الوجوب الكفائي فأيها أقدم في ظرف عدم إقدام الآخر كان مكروهاً فيجري عليه حكم المكره ، إذ قد تحقق في محله أن المخاطبين بالوجوب الكفائي بمنزلة أفراد الواجب التخييري فكما أن كل واحد يجب في ظرف عدم الآخر كذلك كل واحد من المخاطبين بالوجوب الكفائي يجب عليه الفعل في ظرف عدم فعل الآخر ، وكذلك الحال في الإكراه على نحو الكفاية فإنه أيضاً يقتضي إكراه كل منهما في ظرف عدم فعل الآخر فلو علم أحدهما إقدام صاحبه على الفعل المكره عليه على كل حال لم يكن العالم مكروهاً فلو فعل ما أكره عليه كان بطيب نفسه لارتفاع شرط الإكراه وهو الخوف من الضرر المتوعد به لحصول الأمن منه بفعل الآخر ، فلو أكره كلا من زيد وعمر على طلاق زوجته فطلق أحدهما مع علمه بإقدام الآخر على الطلاق كان طلاق العالم صحيحاً لعدم الإكراه ، وكذا لو أكره كلاهما على شرب الخمر على نحو الوجوب الكفائي فشرب أحدهما مع علمه بإقدام الآخر على الشرب كان آثماً (فإن قلت) :

إذا قام أحد المكلفين بالواجب الكفائي كان مؤديا للواجب وإن علم بقيام غيره لو لم يقم هو فما الفرق بين الإكراه الكفائي والوجوب الكفائي (قلت) : أنه يكفي في امتثال الوجوب الكفائي قصد الثواب ولو مع الأمن من العقاب ولا يكفي ذلك في الإكراه الكفائي لما عرفت آنفاً من أنه لا بد أن يكون انبعاث المكره بداعي الفرار عن الضرر المتوقع به ، وقد عرفت أنه في الفرض المذكور لا ضرر في ترك المكره عليه فيكون المقام من باب إمكان التضيي ؛ بل بتحقيقه المسانع من صدق الإكراه ضرورة . نعم لو أكره كلاً من الوليين على بيع مال صبي بعينه على نحو الكفاية فإنه لو باع أحدهما كان مكرهاً وإن علم بإقدام غيره عليه لو لم يبيع لأن الطبيب المعتبر في المقام ما كان بلحاظ مصلحة الصبي لا بلحاظ مصلحة نفسه فإذا لم يكن مصلحة للصبي كان مكرهاً ؛ وإقدام الغير عليه ليس تخلصاً عن المكره بل وقوع فيه ففعل الولي الثاني لا يكون سبباً للتخلص فلا يكون العلم به مجدياً في رفع الإكراه ولا يجري ذلك فيما لو أكره شخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية لأن الحرمة قائمة بحيثية الصدور وهي متعددة فيمكن لذلك التخلص بفعل الغير بخلاف المقام فإن السكران قائم بالبيع بمعنى اسم المصدر وهي حيثية واحدة لا يمكن فيها التخلص . فلاحظ .

صدر تعلق الإكراه

(السابع) : الإكراه تارة بتعلق بالمالك والسلطان ، وأخرى بتعلق بغيره فإن تعلق بالاول فتارة يكون المكره عليه العقد ، وأخرى يكون التوكيل في العقد ، فالاول كأن يقول له : بيع فرسك ، والثاني كأن يقول له : وكل في بيع فرسك ، وحكم الاول ظاهر ؛ وأما الثاني فحكمه - لو وكل في بيع فرسه - بطلان الوكالة لعموم نفي الإكراه فيكون بيع الفرس الذي وكل فيه كما لو صدر بالتوكيل يجري عليه حكم الفضولي ، والثالث تارة يكون الإكراه فيه من المالك

وأخرى من الاجنبي فالثاني كأن يقول له : بيع فرس زيد ، والاول كأن يقول له : بيع فرسي ، والظاهر صحة البيع لعموم أدلة الصحة وقصور أدلة نفي الاكراه عن شمول المقام ، أما الاجماع فلا تتفانه ، وأما لنصوص طلاق المكره فلخروج المورد عنها ، وأما حديث رفع الاكراه فلظهوره بقرينة وروده مورد الامتنان في إكراه المالك أو السلطان فلا عموم له يشمل المقام ، ومن ذلك يظهر أن الوجه توقف صحة البيع في الثاني على الاجازة من المالك لكونه فضولياً فإن اجاز صح وإن كان المتولي للعقد مكرها عليه لعدم الدليل على القسح في مثله . ثم إنه إن أحرز تحقق إنشاء الامر المكره عليه من المكره فلا اشكال ، أما لو شك فيه للشك في تحقق القصد الى ايجاده فلا يبعد بناء العقلاء على ثبوته كما في غير المكره إذا علم أنه في مقام إيقاعه . نعم لو شك في أنه في ذلك المقام او في مقام التخلص عن الاكراه ولو بنحو التورية فلا أصل يقتضي كونه قاصداً للإنشاء .

الاكراه على بيع عبد من عبدي

(الثامن) : لو اكراه على بيع عبد غير معين من عبيدين فهنا صورتان (الأولى) ان يبيعهما تدريجاً فيكون الاول باطلاً لأنه مكره عليه لاجتماع شروط الاكراه فيه من كونه مكروها صدر عن أمر المكره بداعي الفرار من الضرر ، والثاني صحيحاً وان كان مكروها لعدم صدوره عن أمر المكره لسقوطه بفعل الاول فلا يدعوى الى غيره ، ومجرد دخل الاكراه في وقوعه غير كاف في صدق كونه مكروها عليه كما عرفت سراً ، ومن ذلك تعرف انه ليس للمكره أن يجعل الثاني المكره عليه دون الأول اذا الاكراه اذا كان يسقط بالاول فكيف يمكن أن يكون باعثاً على الثاني ، والأول اذا كان مكروها قد حمل عليه الاكراه فكيف لا يكون مكروها عليه ، ومن ذلك ايضا تعرف انه لا معنى للرجوع الى المكره في تعيين المكره عليه اذا انطبق الاكراه على الاول دون الثاني واقعي ذاتي لا انه باختياره

فلاحظ (الثانية) أن يبيعها دفعة فإن كان كارها لبيع كل منها لولا الاكراه - كما هو مفروض المسألة - فلا بد أن يكون بيع مجموعها ناشئاً عن غرض آخر زائد على الاكراه مثل سهولة بيع مجموعها بالاضافة الى بيع أحدهما منفرداً أو لأنه يشق عليه التفرقة بينها لكونها والدأ وولداً أو لعدم وجود من يشتري أحدهما منفرداً أو نحو ذلك فيفتد يكون بيع كل منها مكروها قد حمل عليه أمر المكره لكن لما عرفت أن الشرط في تحقق الاكراه ترتب الضرر على ترك المكره عليه وهذا المعنى لا ينطبق على كل منهما في عرض انطباقه على الآخر بل ينطبق على كل على البديل فيكون أحدهما مكروها عليه دون الآخر ولأجل ان انطباقه على واحد بعينه بلا مرجح تعين البناء على بطلانها معا ، ومن ذلك تعرف ضعف احتمال صحة الجسيم لأنه خلاف المكره عليه ، ولأن الظاهر أنه لم يقع شيء منها عن اكراه إذ الاول ممنوع إلا إذا كان الاكراه على بيع أحدهما بشرط لا وهو خلاف المفروض كالثاني لما عرفت من تحقق الكراهة لبيع كل منهما وأن وقوعها كان عن أمر المكره ولولاه لم يكن ، غاية الامر أنه لم يتعلق الاكراه بهما معا بل بأحدهما لا بشرط الحاصل في ضمنها ، ولو أكرهه على بيع عبدين معينين فباعهما معا دفعة أو تدريجاً فلا ينبغي التأمل في صحة بيع ما لم يُكره على بيعه لوجود المقتضي وعدم المانع لانتفاء الاكراه بالنسبة اليه وإن كان لولا الاكراه على بيع المعين لما باعه ، لكن هذا المقدار لا يكفي في صدق الاكراه اذ لم تتعلق به إرادة المكره ولم يتخوف من الضرر المتوعد به على تقدير تركه كما لا ينبغي التأمل في بطلان بيع ما أكره على بيعه لصدق الاكراه بالنسبة اليه لاجتماع شرائطه كما لعله ظاهر ، ولو أكرهه على بيع معين فباع نصفه فإن كان الاكراه شاملاً لبيع كل نصف ولو تدريجاً بطل بيع النصف للاكراه سواء أ كان المكره - بالفتح - ناوياً ببيع النصف الثاني بعد ذلك أم لا بأن كان يحتمل اقتناع المكره - بالكسر - ببيع ذلك النصف وحده ، لعدم الفرق في صدق الاكراه على بيع النصف المذكور وإن لم يكن الاكراه شاملاً لبيع النصف وحده لاختصاصه ببيع مجموع النصفين دفعة صح بيع النصف لعدم كونه

مكرها عليه وإن كان الحامل له عليه الاكراه بمعنى أنه لولاه لما وقع ، لعدم كفاية ذلك في صدقه كما عرفت ، فاللحاق نظير ما لو أكره على بيع عبده فباع فرسه لاحتمال عدول المكره عن إكراهه على بيع العبد فالت ذلك لا يستوجب صدق الاكراه على بيع الفرس ضرورة .

الاكراه على الطلاق

(التاسع) : قال في التحرير لو أكرهه على الطلاق فطلق نأربا فلا قسرب وقوع الطلاق ، والظاهر أن مراده صورة إمكان التفصي بمجرد التلفظ دون قصد وقوعه ، وحينئذ يكون الوجه في الصحة أن إمكان التفصي بمثل ذلك يقدر في صدق الاكراه الذي هو موضوع أدلة الفساد كما أن الوجه في الفساد ما عرفت من احتمال كونه قادما في صدق الاكراه فلا تشمل الأدلة ، أو أن نفس الطلاق وإن لم يكن إكراهياً إلا أن اللفظ صادر عن إكراه ، ومقتضى حديث نبي الاكراه نفي سببته والآخر ظاهر المسالك في توجيه عدم الصحة وكلا الوجهين ضعيف ، أما الأول فلما عرفت ، وأما الثاني فلان نية الطلاق بعد ما اقتضت الرضى وطيب النفس به وعدم صدوره عن إكراه لعدم كونه مكروها اقتضت الرضى وطيب النفس بنفس اللفظ أيضا لأن إرادة الشيء تقتضي إرادة مقدمته فلا فرق بين الطلاق وبين اللفظ في عدم انطباق الاكراه عليهما جميعاً - مع أنه لو سلم كون التلفظ مكروها عليه فلا امتناع في رفع سببته فكيف يصح إجراء الحديث لرفعها . هذا وينبغي التعرض لصور وقوع الطلاق بعد الاكراه وبيان أحكامها فنقول : (الأولى) أن يكون الطلاق مبهوضا ومكروها محضا لولا الاكراه فيكون لأجله محبوبا من باب ترجيح أقل الضررين منه ومن الضرر المتوعد به ولا اشكال في بطلان الطلاق حينئذ (الثانية) أن يكون محبوبا لولا الاكراه فيتملق به الاكراه وبناء كد لأجله الداعي الى ابقائه ولا ينبغي التأمل في صحة الطلاق حينئذ لاختصاص أدلة نفي الاكراه بما كان مكروها

فلا تشمل ما كان محبوباً من دون فرق بين أن يكون صالحاً للسببية المستقلة في الحل على الطلاق المذكور لأن الضرر المتوعد به مما يتعين في نظر المكره - بالفتح - الفرار عنه بفعل الطلاق على كل حال ، وبين أن لا يكون كذلك بحيث لو لم يكن الطلاق محبوباً لما كان الاكراه باعثاً اليه ولا حاملاً عليه (الثالثة) أن يكون الاكراه بعض السبب المؤثر بأن يكون في الطلاق بعض الجهات الموجبة لمحبوبيته بضميمة الاكراه بحيث لو لا تلك الجهات لم يؤثر الاكراه في وقوعه ولم يكن حاملاً عليه ولا باعثاً اليه ، كما أنه لو لا الاكراه لم تؤثر تلك الجهات في محبوبيته لمزاحمتها بما يوجب مبغوضيته ، والظاهر بطلان الطلاق حينئذ لصدق الاكراه فيشملة إبطال الحديث الشريف . ثم ان الضرر الذي يتخوف عند عدم فعل المكره عليه (تارة) يكون وارداً على المكره نفسه (وأخرى) على غيره ولا إشكال في تحقق الاكراه في الاول وكذا في الثاني إذا كان الغير مما بهم أمره المكره كزوجته وولده وخادمه ونحوهم ممن يتعلق به ، أما إذا كان نفس المكره - بالكسر - كما لو قال له ولده : طلق زوجتك والا قتلت نفسي ، ففي صدق الاكراه إشكال لاحتمال اعتبار أعمال المولوية من جانب المكره - بالكسر - في مفهوم الاكراه عرفاً وهو غير حاصل في الفرض هذا ولا فرق في الضرر بين أن يكون دينياً كما لو قال له : طلق زوجتك وإلا أخذت مالك ، أو مال ولدك ونحوه ، وأن يكون دينياً كما لو قال له : طلق زوجتك والا منعتك من الصلاة أو منعت ولدك ، ونحوه . نعم إذا كان الفرار من الضرر الديني لا يحصل الا بالطلاق الصحيح كما لو قال له : طلق زوجتك لا تزوجها وإلا زنت بها ، امتنع تطبيق أدلة نفي الاكراه إذ يلزم من تطبيقها الوقوع في الضرر لأن تطبيقها موجب لعدم صحة الطلاق فيكون التزويج بها باطلاً وهو مكروه للمكره ، ومن هنا يشكل صدق الاكراه لأن المفروض كون المكره - بالفتح - كارهاً لازناً فيكون خلافه محبوباً له وهو متوقف على الطلاق الصحيح فيكون الطلاق الصحيح محبوباً له غيراً . مضافاً الى الاشكال في صدق الاكراه مع كون الضرر المتخوف وارداً على المكره - بالكسر - كما عرفت .

تعقيب الرضى للمقصد

(العاشر) : المنسوب الى مشهور المتأخرين ؛ بل عن غير واحد حكاية الاتفاق عليه ، أنه لو رضى المكره بما أكره عليه صح ؛ وفي مجمع البرهان استظهار البطلان لعدم حصول القصد ، بل وعدم صدور العقد عن تراض على ما هو ظاهر الآية ، ولأنه لا اعتبار بذلك الإيجاب في نظر الشارع فهو بمنزلة العدم ، ثم قال : وبالجملة : لا إجماع فيه ولا نس والاصل والاستصحاب ، وعدم الكل بالبطلان إلا أن تكون تجارة عن تراض ، وما سر ، بدل على عدم الانعقاد . إلا أن المشهور الصحة وما نعرف لهم دليلاً ، وفي الكفاية بعد نسبة الصحة الى الاستصحاب قال : استناداً الى عمليات اعتبارية من غير نص . انتهى . وفي الجواهر : إن لم تكن المسألة اجماعية فلننظر فيها مجال كما اعترف به في جامع المقاصد ضرورة عدم اندراجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية ، وأن صدور اللفظ كصدوره من الهازل والمجنون ونحوهما { أقول } : قد عرفت الأشكال في دعوى انتفاء القصد في عقد المكره وكذا في دعوى انتفاء ارضى وطيب النفس ، وأما دعوى صدق الكل بالبطلان فاشكالها أظهر إذ لو سلم صدق البطلان بمجرد الاكراه مع وجود العوض فلا نسلم صدقه بعد ارتفاع الاكراه ؛ وقد عرفت أن العمدة في إثبات قدح الاكراه الاجماع وحديث الرفع ، ودلالتهما على قاذبية مختصة بحال وجود الكراهة لولا الاكراه فاذا زالت الكراهة المذكورة وتبدلت بالرضى لولا الاكراه فلا يصلحان لاثبات البطلان وانتفاء الاثر ، أما الاجماع فظاهر لشهرة القول بالصحة حينئذ ، وأما حديث الرفع فلان اجراءه حينئذ خلاف الامتنان في حق المكره فلم يرجع حينئذ إما عموم النفوذ أو استصحاب الحكم السابق الذي هو من قبيل استصحاب حكم المخصص ، وحيث أن التحقيق الرجوع الى عموم العام في مثل المقام حيث يدور الامر بينه وبين الرجوع الى استصحاب حكم المخصص يتعين البناء على صحة العقد

ونفوذه ، كما انه لو بني على الرجوع الى استصحاب حكم المخصص يتعين البناء على البطلان . فلا حظ .

الرضى طائفتان

(الحادي عشر) : لو قيل بالصحة مع لحوق الرضى فهل يكون الرضى كاشفا او ناقلا مقتضى العمومات كما يأتي انشاء الله في مبحث الفضولي الأول على معنى انه بعد الرضى يحكم بثبوت المضمون من حين العقد فان المجهول بالعقد هو المضمون حاله فاذا حكم الشارع بنفوذه بعد الرضى كان مقتضاه ثبوته كذلك على حسب جعل المتعاقدين ، وقياس المقام بالقبض في الصرف والسلم والهبة غير ظاهر لامكان التفكيك بينهما من أجل ظهور أدلة القبض في عدم حصول المضمون قبله أصلا حتى ينحو الكشف ، ومثله القياس بالنقض زمان الخيار على مذهب الشيخ (ره) بخلاف المقام الذي عرفت أن ظاهر أدلة نفوذ العقد بعد الرضى نفوذه بمضمونه (ودعوى) أن مضمون العقد مجرد النقل أو الملك مثلا من دون ملاحظة زمان العقد أو غيره (مدفوعة) بأن لازم ذلك أن لا يتعين عند الإطلاق في الحال لأنه بلامعين كما لا وجه لتعيينه في المؤجل فيبقى على الإبهام ، ولأجل ذلك افرق المقام عن مقام الطلب مثل : قم ، و : اقعد ، فان كون المادة مطلقة غير مقيدة بالفور أو التراخي لا يوجب انتهاء الأمر الى الإيهام لأن الفرد المأتي به خارجا لما كان ينطبق عليه الماهية المطلقة قهراً كان ذلك الانطباق سبباً لتعيين بخلاف المقام لعدم ما يوجب التعمين ، ومقدمات الحكمة انما تجدي في التعمين في مقام الاثبات لا في مقام الثبوت كما هو ظاهر ، وأما قياس المقام بالفسخ الذي هو حل العقد من حينه لا من حين العقد ففيه أن مفهوم فسخ العقد وان كان عبارة عن حله ونقضه ومقتضاه حله من أصله بارتفاع أثره من أصله لا قطع امتداده ورفع استمراره إلا أن المرتكز عند العرف أنه رافع لاستمرار الأثر فتكون نسبة الفسخ الى العقد مبنية على المساعدة والعناية إذ

الاستمرار لا يستند الى العقد وإنما يستند الى استبعاد الذات فان عقد الزوجية إنما يوجب حدوث الزوجية وعقد الهبة إنما يوجب حدوث الملكية وهكذا والاستمرار والبقاء للزوجية والملكية وغيرها إنما يستند الى استبعاد الذات لا الى العقد حدوثا اذ ليس حدوثه الا موجبا لثبوت مضمونه وهو صرف الوجود للآثر بلا ملاحظة الاستمرار ولا له بقاء لأن العقد مما يتصرم فلا بقاء له ليعترب عليه الأثر . نعم لما كان حدوث الآثر مستنداً الى العقد فكان العقد باق مادام الآثر موجوداً فرفع الآثر كأنه رافع للعقد أولاً لأن مثل هذه الاعتباريات إنما يعتبر بقاؤها بلحاظ السبب الموجب للحدوث فإلم يطرأ عليه الرفع تكون باقية فإذا طرأ عليه ارتفعت ولا ينافي ذلك أن بقاءها ناشيء من استبعادها للبقاء لجواز أن يكون عدم طرؤه الرفع للسبب من قبيل الشرط في البقاء والاستمرار ، ومثل هذا في الاشكال النقص بالقبول وبالقبض في الصرف والسلم والهبة حيث يبي فيها على النقل لا الكشف إذ فيه أن القبول لما كان من أركان العقد في العناوين العقدية كان مقصود المتعاقدين الانشاء بعده وأن العدة في البناء على النقل في القبض الأدلة الخاصة الدالة على اعتباره . فلاحظ . هذا وسيأتي انشاء الله تعالى في مبحث الغضولي ما له نفع في المقام .

فرع يتعلق بالمكره

(الثاني عشر) : لو منع السلطان الجائر بيع السلعة بأكثر من درهم فباعها المالك بدرهم خوفاً منه كان البيع صحيحاً لعدم كونه مكرهاً على ذلك وإنما المكره عليه ترك البيع بأزيد من درهم الملازم للبيع بالدرهم أو لترك البيع رأساً ، وكذا لو منع الظالم من العبور في غير سفينة زيد فاضطر العابر الى الاستئجار من زيد فإنه وإن كان مكروهاً لكن الوقوع فيه ليس بدعوة من الظالم كما تقدم نظير ذلك في ذيل التنبيه الثالث .

عقد المملوك

« مسألة » من جملة شروط المتعاقدين إذن السيد إذا كان العاقد عبدا فلا ينفذ تصرفه في نفسه أو ماله أو مال غيره إلا بإذن سيده كما لعنه المشهور المعروف، والعمدة فيه صحيح زرارة عن أبي جعفر « ع » وأبي عبد الله « ع » قالا : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده ، قلت : فإن كان السيد زوجه بيد من - الطلاق ؟ قال « ع » : بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فشيء الطلاق ، وظاهر القدرة الاستقلال فنفذها إنما يقتضي نفي استقلال العبد في التصرف فلا يترتب عليه الأثر المقصود منه بمجرد إبقاء ، أما مع إذن المولى فلا إشكال في نفوذه وبقتضيه صريح الاستثناء في الصحيح المتقدم . مضافا إلى عموم الصحة ، لما عرفت من قصور نفي القدرة عن تخصيصه في حال الاذن ، ولأجل ذلك يتعين أيضا البناء على الصحة مع الإجازة اللاحقة . مضافا إلى ما ورد في صحة نكاح العبد إذا أجاز المولى من تعليل الصحة بقوله « ع » : إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز ، الظاهر في أن الإجازة اللاحقة كافية في نفوذ تصرف العبد ولا يعتبر الاذن السابقة ، بل لعل ذلك كاشف عن أن الاذن في الاستثناء في الصحيح أعم من اللاحقة ، اللهم إلا أن يقال : الاذن إنما تتعلق باللاحق فلا تعم اللاحقة فالجمع بين الصحيح وبين ما دل على صحة النكاح بالإجازة لابد أن يكون بالتخصيص فإنه الجمع العرفي لا يحمل الاذن على معنى الرضى الذي يتعلق بالسابق واللاحق . وهذا وربما يقتصر في الاستدلال على عدم نفوذ عقد العبد بدون إذن المولى على الآية الشريفة نفسها لكن قصورها عن ذلك ظاهر لظهورها في مجرد التمثيل ولو بالفرض والتقدير ولا سيما بملاحظة ما بعدها من قوله تعالى : وضرب الله مثلا رجلين أحدهما أبكم لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يات بخير ، فلا دلالة فيها على حكم تشريعي ، كما أنه ربما

يُخَدِّشُ فِي عَمُومِ الصَّحِيحِ لِتَصَرُّفِ الْعَبْدِ فِيهِ لَا يَرْجِعُ إِلَى الْمَوْلَى كَمَا لَوْ عَقَدَ لغيره
بِإِذْنٍ مِنَ الْمَعْقُودِ لَهُ بِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ أَنَّ ذِكْرَ الْمَمْلُوكِيَّةِ تَمْهِيدٌ لِمَعْدَمِ
الْقُدْرَةِ فَيَخْتَصُّ بِنَفِي الْقُدْرَةِ عَلَى الْمَمْلُوكِ لِلْمَوْلَى وَلَا سِيَّما وَكَوْنُ مَوْرَدِهِ التَّزْوِيجُ
وَالطَّلَاقُ الْمُتَعَلِّقَيْنِ بِهِ : وَفِيهِ أَنَّ الْمَمْلُوكِيَّةَ كَمَا تَنَاسَبَ ذَلِكَ تَنَاسَبَ نَفِي الْقُدْرَةِ مُطْلَقًا
بَلْ هِيَ فِي ذَلِكَ أَنْسَبُ وَلَا سِيَّما بِمِلَاحِظَةِ إِطْلَاقِ الشَّيْءِ وَعَدَمِ تَقْيِيدِهِ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَبْدِ
وَمِثْلِهِ فِي الْأَشْكَالِ مَا يَظْهَرُ مِنَ الْجَوَاهِرِ فِي هَذَا الْمَقَامِ حَاكِيًا لَهُ عَنْ شَيْخِهِ فِي شَرْحِ
الْقَوَاعِدِ مِنَ الْقَوْلِ بِالصَّحَّةِ فِي تَصَرُّفِ الْعَبْدِ لغيره وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْمَوْلَى ، بَلْ مَعَ
نَهْيِهِ لَهُ لِأَنَّهُ مَجْرَدُ الْأَثْمِ فِي إِيقَاعِ الْعَقْدِ لِلغيرِ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَالِ الْمَوْلَى لَا بِوَجِبِ
الْبَطْلَانِ لِمَعْدَمِ الْمُقْتَضَى لِذَلِكَ وَإِلَّا لَمْ تَنْفَعِ الْإِجَازَةُ لِأَنَّهَا لَا تُوجِبُ انْقِلَابَ الْفِعْلِ
الْوَاقِعِ عَمَّا هُوَ عَلَيْهِ . مَعَ أَنَّ النُّصُوصَ الْوَارِدَةَ فِي تَزْوِيجِ الْعَبْدِ دَالَّةٌ عَلَى الصَّحَّةِ
بِالْإِجَازَةِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْوَجْهُ فِي بَطْلَانِ تَكْلِيفِهِ لِنَفْسِهِ بِدُونِ إِذْنِ الْمَوْلَى كَوْنُهُ
تَصَرُّفًا فِي مِلْكِ الْمَوْلَى فَيَكُونُ مِنْ قِبَلِ الْفَضُولِيِّ الَّذِي تَلَحُّقُهُ الْإِجَازَةُ لَا كَوْنُهُ إِيقَاعًا
مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ « وَفِيهِ » أَنَّ ضَرْبَ تَكْلِيفِ النُّصُوصِ تَوْقِيفٌ نَفُوذُ تَصَرُّفِهِ عَلَى إِجَازَةِ
الْمَوْلَى وَأَمَّا كَوْنُ ذَلِكَ لِكُونِهِ تَصَرُّفًا فِي مِلْكِ الْمَوْلَى فَلَا طَرِيقَ إِلَى تَعْيِينِهِ لِاحْتِمَالِ
كَوْنِ ذَلِكَ حَكْمًا تَعْبِيدِيًّا لِلْعَاقِدِ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا لِأَنَّ جِهَةَ انْقِلَابِ عَقْدِهِ مِنَ الْأَثْمِ إِلَى
خِلَافِهِ « فَانْ قُلْتَ » : غَايَةُ مَا يَقْتَضِي الصَّحِيحُ - كَمَا تَقْدُمُ - نَفِيَّ اسْتِقْلَالِ الْعَبْدِ
فِي التَّصَرُّفِ فَإِذَا كَانَ تَصَرُّفُهُ مُتَعَلِّقًا بِمَالِ الْغَيْرِ فَلَا أَشْكَالَ فِي عَدَمِ نَفُوذِهِ بِدُونِ رِضَى
الْمَالِكِ ، وَهَذَا الْمَقْدَارُ كَأَنَّهُ فِي نَفِيَّ اسْتِقْلَالِ الْعَبْدِ وَحِينَئِذٍ إِذَا أَجَازَ الْمَالِكُ كَانَ
مُقْتَضَى الْعُمُومَاتِ النُّفُوذُ عَلَى مَا يَأْتِي فِي مَبْحَثِ الْفَضُولِيِّ وَلَا يَقْتَضِي الصَّحِيحُ
تَخْصِيسَ تِلْكَ الْعُمُومَاتِ إِذْ هِيَ لَا تَقْتَضِي اسْتِقْلَالَ الْعَبْدِ فِي التَّصَرُّفِ كِيَّ بِنَافِيهَا الصَّحِيحُ
« قُلْتَ » : الظَّاهِرُ مِنْ عَدَمِ قُدْرَةِ الْعَبْدِ الْمَدْلُولِ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ عَدَمُهَا بِالْإِضَافَةِ
إِلَى الْمَوْلَى لِامْتِلَاقِهَا ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَنَافِي صِحَّةَ عَقْدِهِ بِدُونِ رِضَى الْمَوْلَى وَلَوْ مُنَوَّطًا
بِرِضَى غَيْرِهِ كَيْفَ وَهَذَا الْمَعْنَى مِنْ عَدَمِ الْقُدْرَةِ لَا يَخْتَصُّ بِالْمَمْلُوكِ بَلْ يَطْرُدُ فِي
الْحُرِّ أَيْضًا

عقد الفضولي

« مسألة » من جملة شرائط العاقد أن يكون سلطانا على العقد لكونه مالكا أو وكىلا أو وليا فلا يصح عقد الفضولي ولا يترتب مضمونه عليه بدون اجازة السلطان إجماعا أماما مع الاجازة في صحته خلاف وأما إيقاع الفضولي فالمحكي عن غاية المرام الاتفاق على بطلانه ولو مع الاجازة لكن الاعتماد على مثل هذه الحكاية لا تحلوا من نظر لظهور بناء الاصحاب على خلافها في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناء على الظاهر من كونها إيقاعا كما ذهب اليه بعضهم مع اتفاق النص والفتوى على صحتها مع الاجازة ، وفي عتق الرهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن ، فان المعروف بينهم الصحة مع الاجازة ، بل لعمله لاخلاف فيه بناء على صحة الفضولي لاحتمال كون البطلان المحكي عن بعض مبني على القول منه ببطلان الفضولي أو على كون المراد البطلان بدون الاجازة ، وفي عتق المرتهن بدون إذن الرهن فان المحكي المصريح به في كلام جماعة والمحكي عن آخرين وإن كان البطلان مع الاجازة ، بل في الروضة : انه باطل قطعا ، لكن علله بالحديث المشهور لاعتق الا في ملك ، وفي محكي الايضاح : اتفق الكل على اضرار الصحة في قوله « ع » : لاعتق الا في ملك ، وفي مفتاح الكرامة : إن كان هناك إجماع فلا كلام وإلا فالفضولي جار في مثله اذا اعتقه المرتهن عن الرهن . انتهى ، وفي مسألة تصرف المفلس في ماله بالبيع والهبة والرهن احتتمل في القواعد البطلان من راس والايقاف على الاجازة ، وعن التذكرة نفي الباس عن الايقاف وعن جامع المقاصد : فيه قوة ، وعن المسالك : لعله أقوى ، وفي مفتاح الكرامة : انه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي . انتهى ، وهذه الكلمات كما ترى ظاهرة في عدم ثبوت الكلية المذكورة والا لاعتمدوا عليه وذكروها في وجوه المنع التي ضعفوها وأشكلوا عليها مثل لزوم التعليق بالمنوع عنه الذي اشكلوا عليه بان التعليق بالمنوع التعليق في الانشاء لا تعليق الحكم الشرعي بالصحة

على مثل الاجازة ومثل وقوع المتق بدون الاذن منها عنه فيمتنع التقرب به الذي هو شرط في صحته الذي أشكوا عليه بان مثل التصرف الاعتباري ليس منها عنه بل المنهي عنه خصوص التصرف الخارجي ونحو ذلك من التعليقات فلاحظ ، ولذا اختار في الجواهر جريانه في العقود وغيرها من الافعال كالقبض ونحوه والاقوال التي رتب الشارع عليها الأحكام إلا ماخرج بالدليل وحكى عن استاذة في شرحه جريان الفضولي فيما جرت فيه او كالة من العبادات كالانكاح والزكوات وأداء الزنور والصدقات ونحوها من مال من وجبت عليه أو من ماله ، وفيما قام من الافعال مقام العقود وكذا الايقاعات مما لم يقم الاجماع على المنع فيها وجهان أقواهما الجواز ويقوى جريانه في الاجازة واجازة الاجازة وهكذا... الخ فالتحقيق أنه لا أصل لهذه الكلية أعني عدم صحة الفضولي في الايقاعات نعم قد يكون البطلان في بعض الموارد معقد الاجماع كالطلاق ، فمن قواعد الشهيد انه لم نجد قائلًا من الاصحاب بالصحة فيه الا ان في كفاية هذا المقدار في ثبوت الاجماع تأملا ولا سيما بملاحظة الاستدلال عليه بما دل على أن الطلاق بيد من أخذ بالساق كما هو ظاهر هذا وظاهر الاصحاب - على ما في مكاسب شيخنا الأعظم (ره) - أن عقد الفضولي شامل للعقد المقرون برضى المالك ولا يكفي مجرد رضاه في صحة العقد وترتب أثره ، بل لا بد من اجازته لكنه قوى الاكتفاء برضاه وعدم الحاجة في ترتيب الاثر على الاجازة اعتمادا على عموم الوفاء بالعقود والتجارة عن تراض وقوله (ع) : لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه ، وما دل على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه له ، ولما في رواية قصة عروة من اقباضه المبيع وقبضه الثمن ، إذ لو كان فضوليا لم يحز له ذلك ولتعبيرهم عن شرط الصحة بالرضى مثل قولهم في المقام : الشرائط كلها حاصلة الا الرضى ، وقولهم : لا يكفي السكوت لانه أعم من الرضى ، ولعدم الدليل على توقف صحة الفضولي على الاجازة مطلقا ، ولأن المانع من صحة عقد العبد معصية السيد وهي منتفية مع رضاه ، وفيه أن عموم الوفاء بالعقود لا عموم فيه لكل عقد بل يختص بالعقد المضاف الى من وظيفته

الوفاء به لا مطلق العقد وإضافة العقد لا يكفي فيها مجرد الميل اليه فضلا عن الرضى به ، بل ، لابد في تحققها من الالتزام بمضمونه على نحو التزام الموجب والقابل الحاصل « تارة » بالوكالة « وأخرى » بالاذن « وثالثة » بالاجازة فعقد الوكيل أو المأذون أو المحجاز وإن كان صادراً من غير من وظيفته الوفاء به إلا أن مرجع الوكالة والاذن والاجازة اللاحقة لما كان الى الالتزام به ، كان ذلك المقدار مصححاً للإضافة الى الموكل والماذون والمجيز ومجرد الرضى لا يكفي مصححاً للإضافة المذكورة فإن كثيراً من العقود الواقعة بين المالكين تكون محبوبة لكثير من الناس لحصول الأغراض المحبوبة لهم بها ولا تكون منسوبة اليهم ولا مضافة اليهم أصلاً ولذلك اختلف الرضى والاجازة في أن الأول يصح ممن ليس له تعلق بموضوع العقد ولا من شأنه الوفاء به والاجازة لا تصح من ذلك بل لابد من صدورهما ممن له العقد ووظيفته الوفاء به ومن شأنه أن يصدر منه ، وليس الفرق بين الرضا والاجازة من قبيل الفرق بين الطريق وذي الطريق كي تكون الاجازة من قبيل اظهار الرضى والدليل عليه ، بل الاجازة مرجعها الى الالتزام بالعقد الواقع في مقابل الاذن والوكالة اللذين هما التزام بالعقد اللاحق ، ومن ذلك تعرف أن تأثير الاذن في صحة العقد ونفوذه ليس من جهة أنها إظهار الرضى بالعقد بل من جهة أنها التزام بالعقد الذي يقع فلو لم يكن الالتزام المذكور بل كان الصادر من المالك مجرد إظهار الرضى بالعقد كالرضى بعقد الغير على ما له الذي هو أجنبي عنه لم يكف ذلك في صحة العقد ونفوذه لعدم كون العقد له لعدم الالتزام به ، فالوجه المصحح للنسبة التي هي سبب للنفاذ والدخول تحت أدائه وجوب الوفاء بالعقود هو الالتزام بالعقد المشترك بين الاذن السابقة والاجازة اللاحقة لا مجرد الرضى المقابل للسخط والكراهة ، ومن ذلك تعرف الاشكال في التمسك بمثل قوله تعالى : أحل الله البيع ، وقوله تعالى : تجارة عن تراض ، مضافاً الى ما عرفت في مبحث الاكراه من ان المراد بالتراضي عدم الاكراه لا الرضى بالمعنى المذكور إذا التجارة لا تكون الا مع الرضى بالمعنى المذكور ، وأما قوله (ع) : لا يحل ... الخ فمختص - كما عرفت

في مبحث المعاطاة - بالحل التكليفي فلا يشمل ما نحن فيه ، وإما ما ورد في نكاح العبد فظاهر الإقرار فيه امضاء العقد إنشاء لا مجرد طيب النفس ؛ وأما رواية عروة فالاعتماد عليها لا يخلو من إشكال كما سيأتي ومراد الأصحاب من رضى المالك الرضى الانشائي أعني ارتضاءه وامضاءه ، وعدم الدليل على توقف الفضولي على الإجازة مطلقا لا يكفي في البناء على صحة العقد ما لم يقيم الدليل على عدم الحاجة إليها ولا فرق فيما ذكرنا بين عقد العبد بغير إذن مولاه وعقد غيره ، وما ورد من أن المانع من صحة عقد العبد معصية السيد المراد منه وقوع العقد بغير إذن السيد لا المعصية التكليفية ولذا قال (ع) في النص : فإذا أجاز جاز ، ومقتضاه انحصار سبب الجواز بالإجازة التي هي من المفاهيم الانشائية نعم . قد يقع الإشكال في كفاية الإنشاء النفساني بلا إنشاء له خارجي بفعل أو قول أو بلا أمارة تدل عليه ، لكن الظاهر عدم كفايته لعدم ثبوت ذلك عند العرف المنزل عليه إطلاق الخطابات البيانية والأصل عدم ترتب الأثر عليه ، ويؤيده عدم الاكتفاء به في عناوين العقود والایقاعات المعروفة مع صدورها عن له العقد ، فالأولى أن لا يكتفى به هنا ولعله يأتي في مبحث الإجازة ماله نفع في المقام فانتظر . ثم إن الكلام يقع في مسائل « الأولى » أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع من المالك ، والمعروف القول بالصحة ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا وعن الفخر وجماعة من متأخري المتأخرين البطلان واستدل للآول بأمر { منها } عموم وجوب الوفاء بالعقود بالتقريب المشار إليه آنفا من أنه ليس المراد منه وجوب الوفاء على كل أحد بكل عقد صادر منه أو من غيره مطلقا فانه خلاف الظاهر ، بل المراد منه وجوب الوفاء على كل أحد بمقده نظير قوله تعالى : وليوفوا نذورهم ، وإضافة العقد إلى الشخص تارة بلحاظ صدوره منه وأخرى بإحاطة التزامه به وإن كان صادرا من غيره ، ولا يمكن الحل على الأول إذ مقتضاه في عقد الوكيل والمتأذن أن لا يجب على الموكل والأذن الوفاء لعدم صدور العقد منها لا مباشرة ولا نسبيا إذ مجرد الأذن والوكالة لا يقتضي ذلك ، فيتعين الأخير والالتزام المصحح للإضافة لافرق فيه بين الأذن

السابقة والاجازة اللاحقة كما عرفت ، وأما ما يظهر من كلمات شيخنا الاعظم (ر) في تقريب الاستدلال من دعوى ظهورها في كل عقد ويبيع وان لم يكن صادرا ممن له وظيفة إيقاعه ، ولا مضافا اليه ويكون خروج العاري عن الاذن والاجازة من باب التخصيص « ففيه » مضافا الى ما عرفت من أنه خلاف الظاهر أن عقد الفضولي قبل الاجازة اللاحقة إما أن يكون داخلا في العمومات المذكورة من اول الامر أو من حين الاجازة ولازم الاول الكشف الحقيقي وسيأتي أنه خلاف مختاره ، ويتوقف الثاني على جواز الرجوع الى العام بعد خروج الفرد منه وكلامه في أصواته بأباه ولا سيما وأن العموم المذكور مما يمتنع أن يكون زمانيا لأن مضمون العقود إنما يقصد المتعاقدان مجرد إيقاعه فلا نظر الى ثبوته في الزمان الثاني ودليل النفوذ تابع لجمل المتعاقدين وليس المقصود منه إلا ثبوت نفس المضمون وحدوده لا غير ، فالعمدة إذا في تقريب الاستدلال بها ما ذكرنا الذي يساعد الارتكاز العرفي كما لعله ظاهر بالتأمل فلاحظ « ومنها » رواية (١) عروة البارقي حيث دفع اليه النبي « ص » دينارا وقال : « اشتري لنا به شاة للضحيق فاشترى شاتين ثم باع إحداها في الطريق بدينار فأتى النبي « ص » بالشاة والدينار فقال له رسول الله « ص » : « بارك الله تعالى لك في صفقة يمينك » ، فان بيع إحدى الشاتين لم يكن عن إذن فيكون من الفضولي ؛ وأما الشراء فتمتضي الجود على عبارة الاذن أنه كذلك لكن تمكن دعوى أن الاذن بشراء شاة واحدة بدينار تمتضي الاذن بالفحوى بشراء شاتين كشراء شاة واحدة بنصف دينار إلا أن تدفع الفحوى الأولى بأن ظاهر الاذن كون الدينار منه اثنان لاتمامه ؛ وحينئذ يكون شراء الشاة

(١) هذه الرواية رواها العامة في كتبهم كالبخاري في صحيحه وابن حنبل في مسنده وغيرها ولا خلاف بينهم في كون صاحب القصة هو عروة ولكن الشيخ في رجاله نسب الدعاء بالبركة الى عروة المدني والعلامة نسبه الى عروة الأزدي ولعل ذلك في قضية أخرى ، منه مد ظله

بنصف الدينار نفس موضوع الاذن لا أنه مدلول عليه بالفحوى ، لكن دعوى الظهور كذلك غير ظاهرة (١) كاحتمال أن المراد من الشاة في موضوع الاذن الجنس الصادق على الواحد والكثير إذ يأتي ذلك الاحتمال ببيع عروة إحدى الشاتين « وكيف كان » فظهور الرواية في كون البيع فضوليا مما لا مجال له لتأمل فيه . نعم قد يشكل حملها على الفضولي من جهة قبض عروة للثمن وإقباضه المبيع فإن البيع الفضولي قبل الاجازة كالعقد الفاسد لا يجوز فيه القبض والإقباض إلا بناء على الكشف الحقيقي ولو بني على جواز إقباضه المبيع لكفاية الرضى النفساني على تقدير الالتفات في جواز التصرف في مال الغير كفي في الاشكال حرمة القبض للثمن ، وحمله على صورة علم المشتري بذلك ليكون أمانة في بدعروة الى أن تحصل الاجازة ليس أولى من حمله على كون عروة موضوعا اليه شؤون هذه المعاملة وأطوارها من قبل النبي « ص » فلا يكون عقده فضوليا ، ومع هذا الاحتمال تسقط الرواية عن صلاحية الاستدلال بها بل تكون من قضايا الأحوال المجملة (ومنها) صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر « ع » : قضي أمير المؤمنين « ع » في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولتها الذي اشتراها فولدت منه غلاما سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال « ع » : الحكم أن يأخذ وليدته وابنها ، فناشده الذي اشتراها فقال (ع) له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال له : ارسل ابني ، قال : لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني : فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه ، وقد ذكر في الجواهر وغيرها موهنات كلها موهونة والعمدة ظهور جملة من ففرائها في تحقق رد البيع قبل الاجازة مع دعوى الاجماع من بعضهم على كون الرد مانعا

(١) هذا بلحاظ المتن المحكي في صحيح البخاري وغيره لكن في مسند ابن حنبل وغيره لم يذكر الظرف اعني (به) وإنما ذكر : اشتر لنا شاة .

منه مد ظله

من صحة الاجازة كما سيأتي فان المخاصمة ، واطلاق حكم الامام (ع) بأخذ الوليدة وابنها من دون تقييده بصورة رد البيع ، ومناشدة المشتري للامام (ع) ، وإلحاحه عليه في فكك ولده ، وحبس سيدها الأول للولد المستولد المستفاد من قول المشتري : حتى ترسل ابني ، كل ذلك ظاهر في تحقق الرد (اللهم) إلا أن يقال : الرد المانع من صحة الاجازة إنما هو بمعنى حل العقد ورفع صلاحيته لقبول الاجازة لا مجرد ترك الاجازة والامور المذكورة كما تجتمع الرد وتجتمع التردد فيه مع عدم الاجازة ولا تختص بالرد لتدل عليه ، اذ ليست هي الا عملاً بمنتهى بقائه على الملكية السابقة فكيف تدل على الرد بالمعنى المتقدم ، لا أقل من وجوب الحمل على مالائني الاجماع على مانعية الرد من تصحيح الاجازة بقربنة ظهور الرواية في صحة البيع بالاجازة ، فان ذلك أولى من التصرف في ظهور الرواية نحو آخر ، وما ذكرناه هو العمدة في تقريب الاستدلال بها (وأما) ما ذكره شيخنا الاعظم (ره) من أن الاستدلال بها لا يتوقف على ذلك لظهور الرواية ظهراً لا ينكر في أن البيع مطلقاً قابل للاجازة وإن لم يتم ذلك في مورد الرواية (فغير واضح) فان قوله « ع » : حتى ينفذ البيع لك ، ظاهر في البيع الخالص وكذا قول الباقر « ع » : أجاز بيع ابنه ، فاذا امتنع الأخذ بظاهر التنفيذ والاجازة امتنع استفادة الكلية المدعاة لاجمال المراد (ومنها) مخوى ما دل على صحة النكاح من الفضولي في الحر والعبد فان تملك بضع الغير اذا صح بالاجازة كان تملك ماله أولى (وفيه) أن النكاح ليس فيه تملك البضع بل مجرد التسليم عليه ، ولو سلم فالأولوية خفية إذ صحة بيع الجهاد ليست بأولى من صحة بيع الجوار ذوات البضع ، بل من الجواز اعتبار أمر في صحة الأول لا يعتبر في صحة الثاني ، وقد اختلفت الأحكام باختلاف المبيع اختلافاً فاحشاً ، وأما شدة الاهتمام في أمر النكاح لأنه يكون منه الولد — كما في بعض الأخبار — فالظاهر أن المراد به لزوم الاهتمام به والاحتياط من حيث الفتوى بالصحة والفساد لا في مقام بيان اهتمام الشارع في أسبابه وتضييق دائرتها على نحو يعتبر فيه مالا يعتبر في صحة البيع كي يترتب عليه ثبوت الأولوية المذكورة ، ومما ذكرنا

في معنى الخبر يظهر التأمل فيما ذكره شيخنا الأعظم (ره) من دعوى ظهور الخبر في عكس الأولوية المدعاة بقريضة وروده في مقام الرد على بعض المخالفين المدعين للفرق بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالحكم بالصحة في الثاني والبطلان في الأول ، لأن المال له عوض والبضغ لا عوض له فيكون المراد منه أن النكاح أولى بالصحة من البيع ، عكس دعوى القائل بالفرق ، فإن ما ذكره (قدم) خلاف الظاهر منه بقريضة التعبير فيه بالاحتياط الذي هو من وظائف المكلف فالمراد من الخبر أن النكاح لأجل أنه يكون منه الولد أولى بأن يتورع ويحتاط في مقام الفتوى بصحته ، وأجدر بأن لا يعتمد فيه على التعليلات العلية والتكلفات الباردة السخيفة في معرفة حكمه من غيره من موارد الفتوى ولا يتعلق الكلام بآثبات أولويته بالصحة من البيع ، أو أولوية البيع بها منه ؛ بل هو أجنبي عن ذلك . ثم إنه لو ثبت زيادة اهتمام الشارع بالأقدس في النكاح كما يظهر من بعض النصوص لم تتم الأولوية المذكورة أيضاً إذ الاهتمام به لا يقتضي تضيق دائرة أسبابه بالإضافة إلى غيره ، بل ذلك تابع لجهات أخرى تقتضي ذلك . فلاحظ ، نعم يمكن الاستدلال بالتعليل الوارد في نكاح العبد بغير إذن مولاه للرد على من أفتى بأن النكاح فاسد ، ولا تحل إجازة السيد له حيث قال « ع » : إنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده فإذا إجازته فهو له جائز ، فإنه ظاهر في كبرى كلية وهي أن كل عقد صحيح لو كان عن إذن السلطان عليه يصح لو كان قد إجازته السلطان ، وإن لم يكن عن إذن منه ، إذ التعليل المذكور قد اشتمل على أمرين عدم معصية الله تعالى ومعصية السيد ، ومن المعلوم أن الثاني لا دخل له في صحة العقد بالإجازة وإنما هو دخيل في عدم صحة العقد بلا إجازة ، فالأول يكون هو العلة في صحة العقد بالإجازة وهو مطرد في جميع موارد الفضولي الذي لا خلل فيه إلا من جهة فقد الإذن ممن له وظيفة إيقاعه ، وقد أشار إلى ذلك شيخنا الأعظم (ره) في ذيل أدلة الصحة لكن جعله مؤيداً وظاهره المناقشة فيه مع اعترافه بأنه تعليل للحكم بالصحة مع الإجازة ، وشأن التعليل التعدي عن مورده إلى غيره ، ولعله أشار

الى الفرق بين المقامين من جهة أن عقد العبد واقع ممن له العقد وإنما المانع كونه مولى عليه ، وليس كذلك الفضولي ، لكن فيه أن عقد العبد تصرف في مال المولى فيكون من الفضولي من هذه الجهة ويزيد عليه من الجهة المذكورة . نعم لو كان عقد العبد على مال الغير باذنه فصحته بإجازة المولى تقتضي صحته في المقام ، (ومنها) الروايات الواردة في المضاربة مع تعدي العامل عن مقتضى الإذن مثل موثقة جميل : في رجل دفع الى رجل مالا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي أمره ، قال (ع) : هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه ، ونحوها غيرها بناء على حملها على صورة رضى المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح — كما هو الغالب — أو للجمع بين هذه الأخبار وبين ما دل على اعتبار رضى المالك ، (وفيه) أن حملها على ذلك يقتضي أن يكون جميع الربح للمالك لا أن يكون بينه وبين العامل لكون المفروض بطلان المضاربة بالمخالفة ، ولذا استوجبت الضمان ، وبالجملة : إن كانت المعاملة الواقعة من العامل المخالف لشرط المالك جارية على إذن المالك بأن يكون التقييد بالخصوصية ملحوظا على نحو تعدد المطلوب ، لم تكن من عقد الفضولي ، لكن لا وجه للضمان حينئذ ، وإن كانت جارية على خلاف الإذن كانت من عقد الفضولي ، لكن مقتضى الصحة بالإجازة أن يكون جميع الربح للمالك فالجمع بين الضمان وكون الربح بينهما لا ينطبق على قاعدة عقد الفضولي ولا المأذون فيه (اللهم) إلا أن يكون المراد من تقييد العامل ببعض الخصوصيات هو اشتراط الضمان على تقدير المخالفة بناء على عدم قدح ذلك في صحتها ، لكن — مع أن الظاهر من بعض النصوص أنه قاذح فيها — أنه خلاف ظاهر النصوص المذكورة وإن كان قد يشهد له صحيح الحلبي : في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال فإن العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا إذا كيد رطبة فإن خالفت شيئا مما امرتك به فانت ضامن للمال ، ونحوه رواية أحمد بن محمد بن عيسى . فلاحظ . (ومنها) ما ورد في أنجار غير

الولي بمال اليتيم لمن ان الربح لليتيم والمتجر ضامن المال فان الضمان يدل على عدم إذن الولي فالتجارة يكون من الفضولي فان بني على اطلاق كون الربح لليتيم كما عن جماعة لم يكن مما نحن فيه ، وإن كان مشروطا بالاجازة كانت من افراد الفضولي ، لكن ورد مثلها في اتجار الولي إذا لم يكن له مال ، فزمتضى الضمان إذا كان عدم جواز التصرف وخروجه عن موضوع الولاية كان التصرف باطلا ولا ربح ، فالحكم برجوع الربح لليتيم لا بد أن يكون نمبدا فلا تكون مما نحن فيه وسياق الجميع واحد ، ويحتمل أن يكون ثبوت الولاية في القسمين تابعا للمصلحة ، فع الربح يكون التصرف من الولي فيصح ، ومع المفسدة تنفي الولاية فيستوجب الضمان ، لكن من المحتمل قريبا أن يكون المراد من الضمان كون الخسران على المتصرف لافساد العاملة فلاحظ « نعم » لا بأس بالاستدلال برواية مسمع الذي استودع رجلا مالا له فبجده وحلف له عليه ثم جاء بالمال بعد سنتين أربعين الف درهم ربحها فيه وقال له : اجعلني في حل فتوقف من أخذ المال والربح ، فقال (ع) له : خذ نصف الربح وأعطه النصف انه نائب والله يحب التوابين ، فان الظاهر من التعليل كونه تعليلا لاعطاء النصف ، وقريب منه صحيح الحابي الوارد في الاقالة بوضيعة « فتأمل » وربما يؤيد الحكم بالصحة ببعض النصوص الواردة في موارد أخرى لسكن التأييد بها ضعيف يظهر ذلك بالتأمل في كلمات شيخنا الأعظم « ره » فراجع وتأمل

ادلة بطلان الفضولي

واستدل للقول بالبطلان بأمر « الاول » قوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ، حيث دل بمفهوم الحصر على عدم جواز أكل المال بغير التجارة عن تراض ، وبمفهوم القيد على عدم حله بالتجارة لاعتراض ، وعقد الفضولي ليس عن تراض وإن لحقته الاجازة ،

وفيه أنه يتوقف على كون التجارة اسماً للسبب إذ لو كان المراد بها المسبب فاعتبار التراضي شرطاً فيها بنحو الشرط المتقدم لا يمنع من صحة عقد الفضولي بعد الإجازة وأما الاشكال على الدليل المذكور بمنع دلالة على الحصر لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين ، فيندفع بأنه لا فرق في الدلالة على الحصر بين الاستثناء المنقطع والمتصل ، ولذا ذكر في معنى المنقطع أنه إخراج من المفهوم ، غاية الأمر قد لا يكون المفهوم المخرج منه المستثنى متضح الحدود من حيث سعة العموم وضيقه فيقتصر على القدر المتيقن ، ولا ريب في أن المقدر في المقام يشمل التجارة لاعتراض ، فالاعتراض في الإخراج على التجارة عن تراض يقتضي بقاء التجارة لاعتراض على حكم العام ، ومثله في الاشكال احتمال كون (عن تراض) خبراً ثانياً لتكون لاقيداً للتجارة فإنه بعيد ، بل لعله ممتنع على قراءة الرفع ، وأبعد منه دعوى كون « عن تراض » قيماً للتجارة المضافة إلى الملاك المفهوم من الكلام « يعني كون التجارة لكم عن تراض » نعم دعوى ثبوت مفهوم القيد محل نظر ولا سيما إذا كانت وارداً مورد الغالب كما في المقام فلاحظ « الثاني » النصوص كالنبوي المستفيض : لا تبع ما ليس عندك ، ومثله ما عن أبي عبد الله « ع » في مناعي النبي « ص » : نهى عن بيع ما ليس عندك ، وفيه أن مقتضى الجود على ما تحت الكلام إرادة المنع عن بيع ما لم يكن في يده سواء أكان مملوكاً أم لا ، مقدوراً على تسليمه أم لا ، كلياً ذمياً أم جزئياً خارجياً ، وحمله على ما لم يكن مملوكاً بل كان ملكاً لغيره مما لا قرينة عليه ، بل الحمل على ما لم يكن مقدوراً على تسليمه أقرب منه ، ولو سلم فالظاهر منه وإن كان الارشاد إلى عدم الصحة لكن منصرفاً ، عدم ترتب الأثر على البيع نفسه كببيع ما عنده لعدم ترتب الأثر مطلقاً ولو كان الأثر ضمناً بأن يكون الأثر منوطاً بالإجازة كما هو مقتضى القول بصحة الفضولي مع الإجازة ، ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال بالنبوي : لا بيع إلا فيما يملك ، وبالتوقيع إلى الصفار : لا يجوز بيع ما ليس يملك ، ولا سيما وقد افترق الكلام في الأخير

بقوله (ع) : وقد وجب الشراء فيما يملك ، مما يصلح قرينة على حمل نفي الجواز على ما يقابل الوجوب ، وأما توقيع الحميرى : إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالسكها أو بأمره ورضى منه ، فدلالته على المنع غير ظاهرة ، إذ الابتياح من الفضولي مع إجازة المالك ابتياح برضى المالك ؛ ومثله صحيح ابن مسلم الوارد في أرض بنهم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون : هي أرضنا ، وأهل الاستان يقولون : هي من أرضنا فقال (ع) : لا نشترها إلا برضى أهلها (الثالث) الإجماع الذي ادعاه الشيخ في الخلاف وابن زهرة في الغنية على البطلان ، وعن الحلبي في باب المضاربة نفي الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب ، وفيه أنه لا مجال للاعتماد على مثله - بعد حكاية القول بالصحة عن معظم القدماء ونسبته إلى علماءنا كما تقدم (الرابع) ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه ، وفيه أنه مختص بالتصرف الخارجي - كما يشهد به جواز مالا يحصى من التصرفات الاعتبارية بضرورة الشرع والعقل والعرف (ودعوى) أنه يعم خصوص ما نحن فيه من نقل المال من مالكه إلى غيره لسكونه أقرب في نظر العقلاء من بعض التصرفات الخارجية « فيها » أن مثل ذلك مما يمتنع تعلق التكليف به لأنه من أفعال المعتبر وهو الشارع لا من أفعال المكلف نعم فعل المكلف من دواعي وقراءه فالتكليف به لا بد أن يرجع إلى التكليف بالسبب لا غير فتأمل ، ولو سلم عموم التصرف المحرم له فالمراد من عدم الجواز فيه التكليفي ، وحينئذ يكون أيضا أجنيا عما نحن فيه ، لأن الكلام في ثبوت التصرف لا في جوازه تكليفا ، وحرمة التصرف لا تقتضي انتفاءه ولا نفي القدرة عليه لعدم الملازمة بينهما عقلا ولا عرفا (ودعوى) أنه إذا كان محرما كان مبهوضا للشارع وحينئذ يمتنع اعتباره له لامتناع إيجاد ماهر مبهوض (فيها) مع - أنك عرفت أن مقتضى البناء على كونها فعل الشارع عدم تعلق التكليف بها - أن المانع من الوجود المبهوضية المطلقة لا مطلق المبهوضية ولو من قبل المكلف فإن أفعال العباد أيضا مستندة إليه ولو بتوسط اختيارهم مع وقوع ماهر مبهوض له

منها لجواز أن تكون مصلحة في اعتبار ذلك الاسم الاعتباري منوطاً بوجود سببه من عقد أو إيقاع ، فإن ضرب الولد مبعوض للوالد ومع ذلك يقع من الوالد عند صدور ما يقتضي التأديب من الولد ، والمقام نظيره - مع أنه لو تم ذلك لجري في المكروه أيضاً كبيع الأكفان والنذر وغيرها فإن المكروه المطلق أيضاً لا يصح إيقاعه مع فاته بتحقيق اعتباره عند وجود سببه ، وأشكل من ذلك توجيه ما ذكر بأن الحرمة توجب سلب القدرة ، إذ فيه أنها إما توجب سلب القدرة التشريعية بمعنى إحداث الداعي إلى تركها لاسلب القدرة الحقيقية على إنجازها بإيجاد سببها ولو سلم ذلك فأنما هو قبل الإجازة إذ بعدها يكون بأذن المالك ورضاه فلا يكون محرماً (الخامس) أن القدرة على التسليم شرط في البيع والفضولي غير قادر (وفيه) أن المعتبر هو قدرة من له وظيفة الوفاء فقد يكون هو العاقد كـ لو كـيل المفوض إليه أمر المعاملة وإن لم يكن المالك قادراً عليه ، وقد يكون هو المالك دون العاقد كـ لو كـيل في مجرد إجراء الصيغة وفي الفضولي يكون المالك هو الذي يكون له وظيفة الوفاء فالمعتبر قدرته لا قدرة الفضولي (السادس) أن الفضولي غير قاصد إلى مدلول اللفظ وفيه ما تقدم في بحث الإكراه فراجع

المسألة الثانية

أن يبيع الفضولي عن المالك مع سبق منع المالك: وقد ينسب إلى جماعة صريحاً أو ظاهراً البطلان مع القول بصحة الفضولي وكأنه لأن المنع قبل العقد يستلزم غالباً بقاء الكراهة بعد العقد ولو آتاما ، وهذه الكراهة رد للعقد مانع من لحوق الإجازة كالرد الواقع بين الإيجاب والقبول (وفيه) أن العرف لا يساعد على ذلك ، ويشهد له البناء على صحة عقد المكروه إذا أجاز مع تحقق الكراهة بعد العقد قبل الإجازة ، فإذا العمومات المقتضية للصحة في المسألة الأولى مقتضية لها هنا من دون فرق - مضافاً إلى ما ورد في المضاربة مع نهى المالك بناء على كونه

من الفضولي ، وأما رواية محمد بن قيس فظاهر قول المالك فيها : باعها بغير إذني ، عدم تحقق النهي وإلا كان المناسب ذكره فإنه أدخل في الإنكار وعدم الصحة (وأما) ماورد في نكاح العبد بغير إذن مولاه فظهوره في منع المولى - ولو بشاهد الحال - غير ظاهر ، وأما التعليل بمعصية السيد فالظاهر أن المراد به مجرد العقد بغير إذنه - كما هو المصرح به في صدر الرواية - لا العقد المسبوق بنهيه ، وكذا الحال فيما ورد في بيع مال اليتيم والمغصوب فلاحظ

المسألة الثالثة

أن يبيع الفضولي لنفسه : والمشهور - على ما قيل الصحة أيضا للعمومات بالتقريب المتقدم ، ولروايي مسمع والحاجي المتقدمين : بناء على صحة الاستدلال بها للصحة ، وأما فحوى صحة النكاح بغير ظاهرة لاحتمال كون القصد لنفسه مانعا من ثبوتها ، وأما نصصر من نكاح العبد بغير إذن مولاه فموردها - وإن كانت النكاح لنفسه - لكن الإجازة فيها لنفس العبد لا للمولى فلا ترتبط بما نحن فيه ومثلها دعوى ظهور صحيح محمد بن قيس فإنه لا مأخذ له بل المناسب بقول المالك : باعها ابني بغير إذني ، أنه باعها للأب ، ولو كان البيع لنفسه كان التنبيه عليه أولى لأنه أدخل في الإنكار نظير ما تقدم ثم إنه قد يستشكل في ذلك لوجوه قد ذكرها شيخنا الأعظم (ره) والعمدة منها وجهان (الأول) أن قصد البيع لنفسه ينافي قصد المعاوضة الحقيقية للتنافي بين المقصودين لأن قوام المعاوضة أن يكون كل من العوضين قائما مقام الآخر في النسبة الخاصة به فإذا كان المبيع ملكا لغير البائع فعوضيته الثمن راجعة الى قيامه مقام المبيع في نسبته الى مالكه ، ومن المعلوم أن ذلك ينافي نسبته الى البائع فيمتنع قصدها معا ، وقد أجاب شيخنا الأعظم (ره) عن ذلك بأن ذلك يتم لو لم يكن تصرف من البائع بادعاء كونه مالكا حقيقيا ، أما معه فلا بد أن يرجع قصد المعاوضة الى قصد دخول الثمن في ملكه ،

ولا مانع من أن تكون المعاوضة حقيقية مع ابتنائها على أمر ادعائي نظير المجاز الادعائي في الأصول ، ويشكل بالفرق بين المقامين بأن المجاز الادعائي إنما لا ينافي الاستعمال الحقيقي لأنه يكفي في كون الاستعمال حقيقياً استعمال اللفظ في معناه الحقيقي وإن جعل المعنى مرآة لأمر غير حقيقي ، ولا يكفي في انشاء المعاوضة مجرد إحضار مفهوم المعاوضة وإن كان مرآة لغيره بل يكون المذنب حينئذ ذلك الغير لأنه هو المقصود لإنشاؤه وإيجاده لا مفهوم المعاوضة لكون المفروض أن المفهوم إنما لوحظ مرآة وعبرة إلى غيره فتعلق القصد هو ذلك الغير المحكي لا نفس الحاكي ، ولذا كان استعمال الألفاظ المجازية في العقود والابقاعات لا يخرجها عن كونها إنشاء لفاهيمها الحقيقية إلى كونها إنشاء للمعاني الحقيقية لتلك الألفاظ فاستعمال لفظ البيع في عقد الاجارة لا يجعله إنشاء للبيع لا للاجارة كما لعله ظاهر (والذي ينبغي) أن يقال : إن الغاصب إن كان يرى أنه مالك للعين بأن كان الغصب في نظره منشأ لاعتبار ملكيته لها فقصد البيع عن نفسه راجع إلى اعتباره ملكية الثمن لقيامه مقام المبيع الذي يراه مملوكاً له ، ومثله لا ينافي قصد المعاوضة ، بل يلزمه ، والذي ينافيه قصد ملكية الثمن لغيره الذي ليس مالكا للمبيع في نظره وإن كان لا يرى نفسه مالكا للعين المفضوعة بأن لا يكون الغصب في نظره منشأ لاعتبار الملكية حقيقة ، فقصد كون البيع لنفسه ليس على الحقيقة بل على الادعاء ، ومثله لا ينافي قصد المعاوضة الحقيقية وإنما الذي ينافيه قصد البيع لنفسه على الحقيقة ، وبالجمله : إن كان المقصود من الاشكال أن قصد المعاوضة الحقيقية لغير المالك مع الالتفات إلى ذلك ممتنع فهو في محله ، وإن كان المقصود أن بيع الغاصب لنفسه — على ما هو المتعارف — أمر ممتنع فهو — مع أنه خلاف ضرورة العرف — ممنوع جداً لما عرفت إما لكون قصده لنفسه ليس على الحقيقة أو لأنه على الحقيقة في نظره ، فلا ينافي قصد المعاوضة . فلاحظ (الوجه الثاني) من وجهي الاشكال أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت الاجارة بهذا المضمون كان مقتضاها صيرورة الثمن للفضولي لا للمالك المجيز ، وإن تعلقت بغيره لم تكن اجارة

للعقد ولا كان العقد ملحوقاً بالاجازة وهو باطل بلا كلام ، وعن المحقق القمي الجواب عن ذلك بأن مرجع الاجازة في المقام الى تبديل رضى الغاصب بالبيع لنفسه برضى المالك بالبيع لنفسه ، وظاهره أنه تصرف في الايجاب فقط من دون تصرف في القبول ، فيشكل بأنه — لو صح ذلك — لم يكن مطابقاً لقبول المشتري لأن قبوله إنما تعلق بايجاب البائع لا بمضمون الاجازة فلا يلزم منها فيمتنع دخوله تحت أدلة النفوذ ، وفي المحكي عن بعض عباراته الجواب بأن مرجع الاجازة في المقام الى التصرف في طرفي العقد مما يفادها أن العقد الذي وقع على المال المعين لنفس البائع الغاصب قد بدلت الى كونه على هذا الملك بعينه لنفسه فتكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال في الاجازة (واستشكل) فيه شيخنا الاعظم (ره) بأنه مخالف للاجماع والعقل ، وكأن وجه مخالفته للعقل امتناع ان يكون الانشاء الواحد ايجاباً وقبولا (وفيه) أن الاشكال المذكور إنما يتوجه على ظاهر التعبير بكونها عقداً جديداً ، لا على ما يظهر من عبارة الجواب من أن مفاد الاجازة التصرف في طرفي العقد مما لا ينافي من ذلك ، وأجاب شيخنا الاعظم (ره) بأن ايجاب البائع الفضولي إنما تضمن تملك المشتري بالعوض ، وأما دخول المعوض في ملكه فامر خارج عن مضمون الايجاب . نعم مقتضى طبع المعاوضة المقصودة دخوله في ملك مالك المبيع فإذا كان يرى نفسه مالكا له ادعاء أو اعتقاداً كان قاصداً لملك المعوض كذلك ولا أجل أن المبيع ملك حقيقة لمالك في نظره يكون قاصداً لملك المعوض لمالكه حقيقة ، وحينئذ لا مانع من تعلق الاجازة بالمعاوضة الحقيقية المقصودة ، لكنه « قد » استشكل فيما لو كان الفضولي مشترياً لنفسه فإن قبوله بلفظ : تملكيت ؛ و : ملكت ؛ - بالتخفيف - متقوم بتمليك نفسه فيمتنع أن يكون موضوعاً للاجازة . ثم تنص عن هذا الاشكال بأن نسبة الملك الى المشتري الفضولي ليست بما هو هو ، بل بما هو مالك فحيثية المالكية جهة تقييدية والثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية ، ففي الحقيقة يكون المنسوب اليه الملك هو المالك وهذا المضمون هو موضوع الاجازة . هذا محصل كلامه (فده)

(وفيه) ان حبيثة المالكية لو كانت ملحوظة فهي حبيثة تعليلية من دواعي التملك ، وليس المجمول هو التملك الفائم بالمالك لتكون حبيثة تقييدية ؛ ولوسلم فلا إطلاق لها يشمل غير المشتري فإن كاف الخطاب مستعملة في خصوص المشتري لا فيما هو المالك حقيقة الأعم من المشتري وغيره حتى تكون إجازته موجبة لملك المجز المالك — مضافا الى أن القبول بلفظ : ملكتك ، ونحوه ليس انشاء للتملك وإنما هو قبول للإيجاب فإذا كان مفاده مجرد جعل المعاوضة بين المالكين كان مفاد القبول امضاء له ، وقصد كونه لنفسه كقصد البائع الفضولي خارج عن قصد المعاوضة فأجازتها نفسها لا مانع منها ، وبذلك أيضا يندفع الاشكال فيما لو كان الإيجاب بلفظ : ملكتك ، بأن مضمونه الصريح تملك المشتري الفضولي فقبول المشتري قبول لهذا المضمون فيمتنع إجازته للمالك ، ووجه الاندفاع أنه إذا كان مقصود الموجب المعاوضة بين المالكين كان قصد تملك المخاطب خارجا عنها ، كقصد تملك الموضع على ما تقدم في دفع الاشكال ، فلا يلزم من اجازة المعاوضة اجازة الخصوصية المذكورة ؛ ~~فلا مانع من اجازة المعاوضة فقط على حسب ما تقتضيه من صيرورة كل من المالكين في مكان الآخر ولو في الملكية ، فإذا المتحصل في الجواب أن المقصود الأولي بالعقد (تارة) يكون نفس المعاوضة ، وتكون خصوصية رجوع الثمن ملكا لشخص بعينه ورجوع المثل كذاك أسرا زائدا على المقصود الأولي وكان قصدها ناشئا من اعتقاد أو بناء أو ادعاء ، وحينئذ لا مانع من اجازة العقد بمضمونه الأولي فيترتب عليه مقتضاه من دون فرق بين كون التملك مدولا صريحا للإيجاب كما لو قال البائع الفضولي : ملكتك هذا بهذالي ، أو مدولا غير صريح منها كما لو قال : بدلت هذا بهذا ، أو في أحدهما كما لو قال : ملكتك هذا بهذا ، أو : بدلت هذا بهذالي (وتارة) يكون المقصود هو الخصوصية المذكورة كما لو قال البائع الفضولي للمشتري الفضولي : ملكتك هذا بهذالي ، فقبل المشتري مع غفلتها عن عنوان المعاوضة ، بل لم يقصد الا ما تحت اللفظ بحيث لو صادف كونها مالكين كان معاوضة حقيقية بالحمل الشائع ، لكن~~

لما لم يتفق ذلك كان معاملة أخرى وحينئذ تمتنع اجازة المالك لنفسه لازوم كون مضمون العقد غير مجاز ، وما هو مجاز غير مضمون العقد ، لكن الفرض المذكور خارج عن المتعارف المعروف من بيع الغاصب ونحوه . وهذا وبما ذكرنا يندفع إشكال ثالث يختص بصورة علم المشتري بكون البائع غاصباً . وحاصله أن الاصحاب حكموا بأن المالك لو رد البيع فليس للمشتري المذكور الرجوع على البائع بالتمن وذلك كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية بينها وإلا تعين بالرد رجوع كل من الموضعين الى ملك ماله (وجه الاندفاع) ما عرفت أن المبدأ بين الغاصب والأصيل هو المعاوضة الحقيقية ، وحكم الاصحاب غير ثابت النسبة اليهم ولا المأخذ . نعم حكى عن بعضهم ذلك بتوهم أن التسليط الخارجي مع العلم بفساد العقد يقتضي الاذن بالتصرف مجاناً (وفيه) أن التسليط كان بعنوان المعاوضة لأنه كان جرياً على مقتضى العقد الواقع بينهما لا بعنوان المجانية فلا يستوجب الاذن بالتصرف مجاناً — مع أنه لو تم ذلك في صورة الرد لا مجال لقياس صورة الاجازة عليها ، لا مكان دعوى كون قصد المجانية إنما هو في صورة الرد لا مع الاجازة — مضافاً الى أن الاشكال لا يتوجه بناء على الكشف إذ عليه يكون تسليط المشتري متأخراً عن صحة العقد ودخول الثمن في ملك المالك ، فيكون تسليط المشتري تصرفاً في ملك الغير فلا ينفذ في يوجب عدم صحة الاجازة لانتفاء موضوعها { وبالجمله } : تكون الاجازة رافعة لموضوع التسليط لأن التسليط رافع لموضوع الاجازة .

(تنبيهان)

(الأول) : أنك عرفت في بعض المباحث السابقة أن ما في الذمة مالم يكن مضافاً الى ذمة معينة لا يكون موضوعاً لاعتبار الملكية عند العقلاء فالعاقد ان لم يحمل العوض في ذمة معينة بطل العقد وان لحقته الاجازة منه أو من غيره ، وان

أضافه الى ذمة معينة فان كانت ذمته صح العقد له ، وإن كانت ذمة غيره من دون
إذنه كان فضوليا وتوقفت صحته على الاجارة كما لو عقد على عين غيره ، وحينئذ
لو عقد لنفسه على ما في ذمة غيره كما لو قال : اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة
زيد ، أو عقد لغيره على ما في ذمة نفسه كما لو قال : اشتريت هذا لزيد بدرهم في
ذمتي ؛ امتنع القصد الى المعاوضة مع قصد نفسه في الأول وقصد غيره في الثاني
لما عرفت من تنافي القصدين بتنافي موضوعيهما فان ثبت قصد المعاوضة انتفى قصد
نفسه في الأول وقصد غيره في الثاني ، وان ثبت قصد ذلك انتفى قصد المعاوضة
ولا مرجح لأحد القصدين بعينه كي ينتفي الآخر . هذا في مقام الثبوت أما في
مقام الاثبات فلا يبعد أن تكون اللام في (لنفسي) و (لغيري) للملك على نحو
ما تقدم في بيع الغاصب لنفسه ويحتمل أن تكون لغير الملك بل للتعليل أو نحو
ذلك كما تقول : اشتريت الهجام للفرس . فيكون التصرف في قوله : لنفسي ولغيري
ويحتمل أن لا يكون المقصود المعاوضة بين المالين من الطرفين بل المقصود عوضية
العوض — أعني مدخول بآء العوض عن المعوض عنه لا غير — وحينئذ تكون
المعاملة معاوضة في الجملة ، ولا يبعد البناء على صحتها لعموم وجوب الوفاء بالمقود
وإن لم تكن بيما ، وعلى هذا يكون التصرف بقوله : اشتريت ؛ لعدم قصد الشراء
حقيقة لكنه بعيد ، وأقرب منه احتمال أن يكون المراد من قوله : في ذمتي ، في
المثال الثاني التعهد بوفاء الدرهم إما بتحصيله من المالك أو بالدفع عنه تبرعا ، وعلى
الاحتمال الأول يكون المثال الأول من الفضولي إن أجاز زيد لزمه الثمن ، وإن رد
بطل العقد ، والمثال الثاني يكون من غير الفضولي فيصح للعاقدة سواء رد الغير أم
أجاز ، وعلى الاحتمال الثاني يكون العقد في المثالين من الفضولي لكنه ليس بيما
لعدم كونه معاوضة من الطرفين ؛ وكذا المثال الثاني على الاحتمال الأخير، لكن قال في
محكي التذكرة — فيما لو اشترى الفضولي --- : وإن كان في الذمة لغيره وأطلق
اللفظ قال علماءنا : يقف على الاجارة فان أجاز صح ولزمه أداء الثمن وإن رد نفذ
عن المباشر وبه قال الشافعي في القديم وأحمد وإنما يصح الشراء لأنه تصرف في ذمته

لا في مال غيره وإنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له فإن أجازته لزمه وإن رده
لزم من اشتراؤه . . . الخ (والاشكال) فيه ظاهر مما عرفت إذ لو كان الفرض
صورة القصد إلى كون الثمن في ذمته وكون الشراء له بعنوان المعاوضة فهو ممتنع
وإن كان لا بعنوان المعاوضة — كما هو مقتضى الاحتمال الثاني — فلو قيل بالصحة
بشرط الإجازة لأن دخول المال في ملك أحد قهراً عليه خلاف سلطنته على نفسه
لكن لو أجاز فكان الشراء له لم يكن وجه لإلزامه بالثمن لكون المفروض ككون
الثمن معمولاً في ذمة العاقد ، وعلى الاحتمال الأول لا يكون من الفضولي بل يصح
بلا إجازة وعلى تقديرها لا يلزمه الثمن أيضاً ، وعلى الاحتمال الأخير يكون من
الفضولي فيصح مع الإجازة ، لكن لو رد يبطل لأنه يكون الثمن في ذمة العاقد
فإنه خلاف ما قصد (ومثله) في الاشكال ما في الشرائع في شراء عامل المضاربة
من يمتع على رب المال بغير إذنه وكان الشراء بالذمة : من وقوع الشراء للعامل إلا
أن يذكر رب المال ، فإن الظاهر من الشراء بالذمة في المقام الشراء بما في ذمة
المالك لما في ذمته ، وإن كان ظاهر الجواهر الحل على الثاني لتعميمه ذكر رب
المال لما إذا كان بمجرد النية لكنه خلاف الظاهر (اللهم) إلا أن يكون القرينة
على ذلك لزوم الاشكال المذكور ، ويحتمل أن يكون المراد وقوع الشراء للعامل
ظاهراً فلو عجز عن اثبات قصده الشراء عن الغير لزمه الثمن في ظاهر الشرع لأنه
يكون الثمن في ذمته واقفاً (واشكل) من ذلك توجيهه بأن المقصود كون الثمن
في ذمة العاقد وإنما يلزم المجيز دفع الثمن بالإجازة لبناء العاقد على أن يكون الثمن
في ذمته وأن يأخذه ممن قصد كون الشراء له فيتعلق الثمن بذمة المجيز مرتباً على
تعلقه بذمة العاقد ولو رد بقي في ذمة العاقد (توضيح) الاشكال أن تعيين
الذمة إنما هو لتعيين العوض فإذا تمين العوض بتعيين الذمة — أعني خصوص ذمة
العاقد — كان المضمون أجنبياً عن الغير فلا معنى لإجازته منه ، ولو سلم امتنع أن تكون
الإجازة موجبة لانقلاب مضمون العقد « وإن شئت » قلت : تحقق الإجازة مشروط
بكون موضوع العقد متعلقاً بالمجيز فيمتنع أن يكون ذلك مشروطاً بالإجازة . فلاحظ

الفضولي في المعاطاة

(الثاني) : الظاهر جريان الفضولي في البيع المعاطاتي بناء على إعادته المالك إذ لا فرق بين الانشاء القولي والعملي في صحة الإضافة إلى المالك بالإجازة فتشمله حينئذ أدلة النفوذ (ودعوى) أن الإقباض بغير إذن المالك منهي عنه والنهي عنه يقتضي الفساد (مندقمة) بإمكان حصول المعاطاة بالإعطاء من الأصل فقط كما لو باع الفضولي لغيره بالذمة — مع أنه قد يكون نفس الإعطاء باذن المالك وإن لم يكن إنشاء التمليك به باذنه — مع أن النهي في مثله لا يقتضي الفساد — مع أن الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه لا يقدح في الصحة على تقدير الإجازة — كما تقدم نظيره في الاستدلال على البطلان بما دل على حرمة التصرف في . ل الغير — وأما بناء على إعادته للإباحة الشرعية فيشكل جريان الفضولي حينئذ بأن العمدية في دليل هذه الإباحة الإجماع وثبوته في الفضولي غير معلوم — مع أنه لا يتم على الكشف المشهور لامتناع جعل الإباحة في الزمان الماضي فلا يمكن أن تكون الإجازة سبباً للحكم بها من حين العقد وكذا الاشكال لو كان المالك مسبباً عن نفس التصرف إذا انشاء الذي يضاف إلى المالك ليس سبباً ، والسبب المؤثر لا يرتبط به الإجازة . ولا تتوقف مؤثرته عليها ، ومثله ما وقيل بالإباحة المالكية فإن إجازة الإباحة الصادرة من الفضولي بنفسها إباحة مالكية حقيقية ، لا أن إباحة الفضولي تكون إباحة مالكية بالإجازة

القول في الإجازة

لا بد من التعرض في هذا المقام لأمر « الأول » حكمها وقد اختلف الفائلون بصحة الفضولي بمد اتفاقهم على توقعها على الإجازة في كونها نافذة — يعني موجبة لترتب الأثر من حينها — أو كاشفة إما عن تمامية سببية العقد ، أو عن وجود شرط التأثير حينه كالرضا التقديرى ، أو وصف التمقب ، أو الحقوق ،

أو عن نفس الأثر ، لكونها شرطاً متأخراً عنه ؛ أو أنها موجبة لحكم الشارع بثبوت الأثر من حين العقد ، أو موجبة لثبوت أحكامه كذلك وجوه أو أقوال

وجوه الكشف

(أولها) : ظاهر ما عن جامع المقاصد والروضة من الاستدلال على الكشف بأن العقد سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى : أوفوا بالعقود ، وتماه في الفضولي إنما يعلم بالاجازة فإذا أجاز تبين كونه تاماً يوجب ترتب الملك (وفيه) أن العموم المذكور إذا كان يقتضي السببية التامة للعقد كان اللازم البناء على ترتب الأثر عليه بلا انتظار الاجازة ، وإن لم يقتض ذلك لما عرفت من اختصاصه بالعقد المضاف الى المالك أو لتقييد إطلاقه بمادل على اعتبار رضى المالك ، كان اللازم البناء على عدم تمامية السبب وعلى دخل رضى المالك في ترتب الأثر عليه فلا يترتب الأثر الا بعده .

مركز تحقيقات كميونر علوم اسلامی

الرضا التقديرى

(ثانيها) : ما ذكره المحقق الرشتي (قدس) في إجارته من أن الشرط هو الرضى التقديرى من المالك والاجازة كاشفة عنه كما يكشف عنه شاهد الحال (وفيه) ما عرفت في أوائل المبحث من عدم كفاية الرضى الفعلي في صحة عقد الفضولي فضلاً عن الرضى التقديرى - مع ان كشف الاجازة غير ظاهر لجواز اختلاف الأحوال والطوارئ الموجبة لاختلاف حال المالك من حيث الرضا والكراهة والرغبة كما لا يخفى .

(ثالثها) : ما نسب الى جماعة من الأعلام من أن الشرط ليس الاجازة المتأخرة لامتناع تأخر الشرط لأنه من أجزاء العلة التامة وهي ما يمتنع تأخرها عن المعلوم للزوم تأثير المعلوم بل الشرط الوصف الانزاعي منه كالتعقب (وفيه) أن الوصف المذكور قائم بالمتعقب فلا يكون حاصلًا إلا عند حصول موضوعه فإذا كان المتعقب معدوماً كان التعقب كذلك فالفرار من شرطية المتعقب لما يلزم منها من تأثير المعلوم في الوجود الى شرطية نفس التعقب فرار من المحذور اليه في زمان المتقدم ليس الا التقدم وفي زمان المتأخر ليس إلا التأخر ، وكون التقدم والتأخر متضايغين لا يقتضي وحدتها زمانا ، بل يقتضي وحدة زمان اعتبارها بحيث معها اعتبر التقدم اعتبر التأخر وبالعكس ولو مع اختلاف العنوانين زمانا ، ولو سلم حصول نفس التعقب حال العقد لكونه انزاعيا يجوز انزاعه من المتأخر ، أعني نفس الاجازة فاذا امكن انزاع مثله من المتأخر المعلوم حال الانزاع امكن أيضا انزاع مثل الملكية من الاجازة المتأخرة ، وإذا امتنع ذلك امتنع انزاع التعقب من الاجازة ، فالفرار من احدهما الى الآخر لا داعي اليه أولا مصحح له - مضافا الى ان مقتضى ذلك جواز التصرف بمجرد وقوع العقد من الفضولي وهو مخالف لما دل على اعتبار اجازة المالك سواء أكان ما دل على اعتبار الرضا او اختصاص عموم نفوذ العقد بما هو مضاف الى المالك لا مطلقا على ما عرفت في ادلة الصحة .

(رابعها) : ما يظهر من الجواهر من أن الشرط نفس الاجازة ولو كانت متأخرة ، وامتناع تأخر الشرط عن المشروط في العلل العقلية لا يقتضي امتناعه في العلل الشرعية ، بل المدار على جعل الشارع فقد يقتضي ما يشبه تقديم المسبب على السبب - كما في غسل الجمعة يوم الخميس -- فضلا عن تقديم المشروط على شرطه قال (ره) : لو أخبر المعصوم بأنه يحصل الرضى من المالك الذي يؤثر رضاه كفى ذلك في ترتيب الآثار الآن عليه لتحقق الشرط حينئذ كتحققه بنفس وقوعه إذ الشرط الحصول فعلا ولو في المستقبل ؛ ولا ريب في تحقق الحصول في المستقبل

بالإخبار لأن مثل هذا الشرط لا بأس بحصول مشروطه قبله بعد أن كان من الأوضاع الشرعية التي منها ما يشبه تقدم المعلوم على العلة ، وما ذكره (قدس) وإن كان صحيحاً في نفسه إذ الشرط في مثل المقام لا يراد منه معنى الشرط باصطلاح أهل المعقول - أعني ماله دخل في قابلية المقتضي أو الأثر في قبيل المقتضي الذي يستند إليه الأثر ، بل يراد منه ما أخذ قيداً للمشروط بحيث يكون التقييد به منافياً لاطلاقه فمعنى شرط الوجوب كونه مقيداً به الوجوب لا بمعنى كونه دخيلاً في وجوده ، إذ الوجوب من أفعال المرجب الاختيارية والعلة التامة في الفعل الاختياري إرادة الفاعل فلا محتاج في تأثيرها إلى شرط كي يتوهم أن شرط الوجوب شرط بذلك المعنى . نعم لما كان تعلق الإرادة بالفعل الاختياري موقوفاً على ترجحه في نظر الفاعل المختار الناشئ ذلك الترجيح من دخل الفعل في الغرض المحبوب فقد يكون الوجود بقول مطلق راجحاً في نظر الفاعل ومرتباً عليه الغرض ، وقد لا يكون كذلك إلا على تقدير دون تقدير ، فإن كانت الأولى تعلقت به مطلقاً فيكون وجوباً مطلقاً ، وإن كان الثاني تعلقت به الإرادة على ذلك التقدير فكان وجوباً على تقدير ووجوباً مشروطاً ، والتقدير الذي يكون الترجيح معلقاً عليه قد يكون سابقاً ، وقد يكون لاحقاً ، وقد يكون مقارناً ، وقد يكون أعم من السابق واللاحق والمقارن ، واختلاف هذه الأحوال باختلاف الأغراض ومحصلاتها ، وكذا الحال في سائر الأحكام التكليفية والوضعية فقد يختص التقدير بالسابق كما لو قيل : يحرم الزويج بامرأة أرضعتك فإن الرضاع سابق على زمان الحرمة ومعلوم حالها ، وقد يختص باللاحق لا غير كما لو قيل : يجب عليك شرب الدواء الذي ينفعك ، وقد يختص بالمقارن كما لو قيل : يحرم شرب الماء إذا كان نجساً ، وكذا نقول في المقام : لا مانع من أن يجعل الشارع الملكية في حال العقد إذا كان يُجسّز ولو لاحقاً ، إذ الإجازة ليست دخيلة في الملكية بل تمام العلة فيها هو إرادة الجاعل لا غير ، والتنبيذ بها إنما نشأ من عدم ترتب الغرض المقصود من جعل الملكية إلا في ظرف تكون هناك إجازة ولو متأخرة

فان كانت الاجازة موجودة في الزمان المتأخر كانت الملكية السابقة عليها موضوعا للغرض وإلا فلا ، نظير المركبات التدريجيات فان الجزء الاول انما يترتب عليه الغرض في ظرف وجود الاجزاء اللاحقة ، ولذا لا تتعلق الارادة بكل جزء مستقل بل إنعسا تتعلق به في ضمن إرادة الباقي ، إذ في حال عدم بعض الأجزاء لا يكون الجزء موضوعا للغرض فيمتنع تعلق الارادة به لعدم الترجيح فالملكية حال العقد إنما تكون موضوعا للغرض الموجب ذلك لترجيحها في ظرف وجود الاجازة ولو متأخرة لا مطلقا ، ولذلك كانت شرطا للعقد في حصول الملكية حاله ، فالبناء على امتناع الشرط المتأخر الشرعي قياسا على الشرط العقلي المقابل للمقتضي غير ظاهر ، وكأن المنشأ في ذلك توهم كون الشرط في المقام بمعنى الشرط العقلي وهو غير ظاهر (وأما جا) ذكره بعض الاعاظم « قد » في وجه امتناع تأخر الشرط في المقام من أنه لو ثبت الحكم مع تأخر الشرط لزم ثبوت الحكم بلا موضوع لان الشرط المعلق عليه الحكم في الحقيقة قيد للموضوع يفتني بانتفاء الموضوع (فغية) انه إنما يتم لو لوحظ الشرط المعلق عليه الحكم مقارنا ، أما لو لوحظ لاحقا فانتفاؤه الموجب - تنفاه الموضوع هو انتفاؤه في ظرفه ، فاذا قال : يجب الحج على من يستطيع غذا ، فال موضوع الشخص الذي تتحقق له الاستطاعة في المستقبل فاذا وجد شخص وعلم بأنه تكون له الاستطاعة في المستقبل كان ذلك تمام موضوع الحكم لأن موضوعه الذات المضافة الى القيد المتأخر وهو حاصل وتأخر القيد لا يوجب تأخر الاضافة فاذا كانت الاضافة حاصلة كان المضاف حاصلا فيثبت له الحكم ولا يكون من ثبوت الحكم بلا موضوع كما أشار الى ذلك في الجواهر ، ومن ذلك يظهر لك النظر في بعض كلمات بعض الاعاظم (قد) على ما في تقارير درسه الشريف - فلاحظ لكن الالتزام في المقام بما ذكره في الجواهر خلاف ظاهر أدلة اعتبار الاجازة والرضى كما عرفت في سابقه .

الكشف النقابي

(خامساً) : ما يظهر من الاستدلال بأن الاجازة رضى بمضمون العقد وهو النقل من حينه فقتضى حكم الشارع الأقدس حين الاجازة بصحة العقد هو الحكم حين الاجازة بثبوت المضمون من حين العقد ، وأشكل عليه شيخنا الأعظم (ره) بمنع كون مضمون العقد هو النقل من حينه ، بل نفس النقل مجرداً عن ملاحظة زمان خاص . (وقد يشكل) ذلك بأنه يصح قولنا : بعثك غداً ، بنحو يكون المقصود إنشاء البيع في المستقبل فمع عدم التقييد بالزمان المستقبل إما أن يكون المقصود إنشاء مطلق البيع الشامل للحالي والاستقبالي ، أو المبهم المردد بينهما ؛ أو خصوص الحالي أو خصوص الاستقبالي : والأول ممتنع لأن المنشأ جزئي حقيقي لا يصلح للانطباق على فردين ، وكذا الثاني لأن المبهم ليس موضوعاً للأثر - مع أنه لا معين له في فرد بعينه ، والجل على الأخير بلا قرينة فيتمين الثالث لأن عدم القرينة على غيره يقتضي الحمل عليه (وقية) أن المقصود من قولنا : بعثك غداً ، إن كان تقييد البيع بالغد فذلك ممتنع لخروج القيد عن الاختيار الموجب لخروج القيد به عنه ، وإن كان تعليق البيع على مجيء الغد كما في سائر موارد التعليق فهو - وإن كان صحيحاً عرفاً بل شرعاً في بعض الموارد كالتدبير والوصية التملكية - لكنه مع عدم التعليق يكون المنشأ غير معلق لا أنه يكون مقيداً بالزمان الحالي . نعم مقتضى كون المنشأ غير معلق أن يكون الانشاء إيجاباً له في الحال ، وفرق بين كون المنشأ في الحال وكونه مقيداً بالحال على نحو يكون زمان الحال داخلاً في المضمون النشأ - مع أنه لو كان داخلاً في المضمون اقتضى ثبوت المضمون في زمان الإيجاب لأن القبول ليس إلا إمضاء للإيجاب فهو تابع له فتحدد المضمون إنما يتكفل به الإيجاب لا غير ، فلو كان مقيداً بزمان الحال كان مقتضى القبول إمضاءه بقيده (اللهم) إلا أن يقال : لما كان القبول مقوفاً للعقد في نظر العرف يتعين

أن يكون مقصود الموجب الايقاع بعد القبول فتأمل ، وأيضا لو كان المضمون النقل من حينه لكان مقتضى الفسخ رفع المضمون من حينه إذ الفسخ ليس الا حل العقد ورفع مضمونه (اللهم) إلا أن يقال : إضافة الفسخ الى العقد مبذية على العناية إذ العقد من الامور الحقيقية غير القارة فلا يقبل الحل فوضوح الفسخ في الحقيقة نفس المضمون اكن المضمون وهو النقل مثلا من حينه لما كان مستمرًا بذاته بلا جعل من المتعاقدين وكان الفسخ رافعا لاستمراره بحسب الارتكاز العرفي كان الفسخ كأنه وارد على العقد وموجب لانحلاله ، ورفع المضمون من أصله وإن كان أنسب في نسبه الى العقد ، لكنه خلاف المرتكز العرفي فان المرتكز عند العرف أنه رافع لاستمرار المضمون لا أصل المضمون سواء أكان النقل من حينه أو صرف النقل فتأمل جيداً ، وقد استشكل شيخنا الاعظم (ره) على الاستدلال المذكور ثانياً بما حاصله أن وجوب الوفاء بالعقود إنما يصح تطبيقه بعد الاجازة لا اختصاص موضوعه — أعني العقد — بعقد المالك ، والاضافة الى المالك إنما تكون بالاجازة وحينئذ يمتنع الحكم بثبوت المضمون حين العقد لأن الملكية إنما تنزع من التكليف بوجوب الوفاء وحرمة التصرف ونحوهما فلا يمكن اعتبار الملكية في زمان قبله (وفيه) أولاً أن المحقق في محله أن الملكية ونحوها ليست منزعة من التكليف لأنها مأخوذة في موضوعه فتكون متقدمة عليه رتبة فلو انتزعت منه كانت متأخرة عنه (وثانياً) لو سلم الانزعاع على النحو المذكور فغاية ما يقتضي امتناع تقدم اعتبار الملكية على ثبوت التكليف لا امتناع تقدم نفس الملكية عليه فتكون الاجازة موجبة لتوجه التكليف بالوفاء الذي هو منشأ اعتبار الملكية السابقة ، ولا يحتاج اثبات ذلك الى دلائل غير عموم وجوب الوفاء ونحوه. هذا وعبارة شيخنا في تقريب هذا الاشكال لا تخلو من غموض فانها توهم أن يكون غرض المستدل من قوله : إن الاجازة متعلقة بالعقد فهو رضى بمضمونه ، أن الاجازة تنفيذ تشريعي نظير اجازة الشارع لا مجرد الرضا بمضمون العقد كما هو شأن الاجازة المالكية — مع أن ذلك لا توهمه عبارة المستدل فضلاً عن أن تكون

ظاهرة فيه ، بل لا يمكن توهمه من أحد ؛ وقد استشكل شيخنا الاعظم « ره »
 ثالثا على الاستدلال المذكور بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعدم الاجازة
 لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة
 خروج الشيء عما وقع عليه فإذا دل الدليل على ذلك تعين صرفه الى نفوذ العقد
 من حينه حكما لا حقيقة (وفيه) أنه إنما يتم لو كان الأثر المقصود من نفوذ
 العقد حقيقيا وليس كذلك اذ الملكية ونحوها من آثار العقد اعتباريات محضة ،
 وفي مثلها لا مانع من اعتبارها بعد الاجازة لموضوع العقد من حينه ، بأن يحكم
 من حين العقد الى حين الاجازة بعدم نفوذ العقد وبقاء كل من العوضين على ملك
 مالكه ؛ وبعد الاجازة يحكم بانتقال كل من العوضين الى ملك مالك الآخر من
 حين العقد لجواز اختلاف الاعتبار باختلاف المنشأ الموجب لاختلاف العنوان
 المصحح لاختلاف الأمر المعتبر ، مثلا لو شك عند الزوال في طهارة ماء كان
 أصل الطهارة موجبا لاعتبار طهارته وبعد الوضوء به أو غسل العضو النجس به اذا
 قامت البيئة على نجاسته قبل الزوال فينبذ يرجع الى استصحاب النجاسة الى حين
 الزوال فيكون محكوما بالنجاسة حينئذ بعد ما كان محكوما بالطهارة ، فلمساء
 الواحد في زمان واحد محكوم في وقت بطهارته وفي وقت آخر بنجاسته ، ولا مانع
 في مثله من خروج الشيء عما كان عليه ، لما عرفت من اختلاف الطوارئ الموجب
 لاختلاف العناوين الموجب لاختلاف الاعتبار . نعم يمتنع ذلك في الأحكام
 التكليفية لأن الغرض منها وهو الزجر واليهت لا يحصل لخروج الزمان الماضي عن محل
 الابتلاء فلا يصح أن يقال في مقام الانشاء: الفعل في أمس واجب أو حرام ولا يقاس عليها
 الأحكام الوضعية لترتب الأثر عليها ولو بلحاظ الزمان الحالي أو الاستقبالي . هذا
 مضافا إلى أنه لو تم عدم المعقولية كان الواجب خروج الفرد عن حكم العام لا
 الحمل على الفرد الحكمي فانه تصرف غير عرفي ولا قرينة عليه . نعم لو قام دليل بالخصوص
 على صحة العقد كذلك بعد الاجازة تعين حمله على ما ذكر لانه خاص لا يقبل التخصيص
 لكنه غير مفروض البحث ؛ ومن هنا نعرف أن الكشف الحكمي ضعيف المأخذ جدا كما

تعرف أن الكشف الانقلابي في محله بناء على أن مفاد العقد ثبوت مضمونه من حينه ، لكن عرفت إشكاله ، ومن هنا يشكل القول به بالنظر إلى العمومات اذ هي لا تدل على أكثر من نفوذ العقد في مضمونه (اللهم) إلا أن يقال : زمان العقد وإن لم يؤخذ قيداً للمضمون لكن من المرتكزات العرفية كون المضمون من آثار العقد ومسبباً عنه على نحو المسببات الحقيقية الناشئة عن أسبابها من كونها مقارنة لها غير منفكة عنها ، وهذا الارتكاز العرفي موجب لحل العمومات على تنفيذها على النحو المذكور فإذا كانت الإجازة مصححة لتطبيق العمومات على العقد كان مقتضاها النفوذ من حينه لا من حين الإجازة وهذا قريب جداً (ومن) ذلك تعرف أن الكشف الحقيقي الانقلابي أقوى من النقل ومن سائر وجوه الكشف فهو المتيقن وبعبارة أخرى وبعبارة الكشف على الوجه الرابع . هذا كله بالنظر إلى العمومات (وأما) بالنظر إلى الأخبار الخاصة ، فرواية عروة على تقدير تمامية دلالتها ظاهرة في الكشف الحقيقي إذ أخذ الدينار وتسليم الشاة لا يناسب الكشف الانقلابي ولا الحكمي فضلاً عن النقل ، وصحيفة محمد بن قيس ظاهرة في الكشف المردد بين وجوهه في قبس النقل لأن أخذ الولد مجاناً لا يناسب النقل ، وكذا روايات المضاربة والاتجار بمال اليتيم على ما يأتي بيانه في ثمر ، الكشف والنقل (وقد) يستشهد بصحيفة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الآمرة بعزل الميراث من الزوج الذي بلغ فأجاز فوات . للزوجة غير البالغة حتى تبلغ وتخلف ، إذ بناء على النقل يكون عزل الميراث تصرفاً في مال الوارث بغير سلطنته ، وهو خلاف قاعدة السلطنة ، أو في مال الميت كذلك بناء على بقاءه على ملك الميت المخالف أيضاً لعموم أدلة الموارث ، أما بناء على الكشف فلا مخالفة فيه لذلك لتردد المال بين كونه ملكاً للزوجة وكونه ملكاً للوارث فيكون في عزله تقديم احتمال كونه للزوجة احتياطاً في المال ، وهو - وإن كان منافياً لأصالة عدم الإجازة - لكن لا يختص بالكشف بل جار على النقل أيضاً (وفيه) أن تمامية الاستشهاد مبنية على جواز التمسك بالعام في عكس نفسه ، والمحقق في محله عدله ، ومن ذلك يظهر عدم تمامية التمسك بها لا الكشف

الحقيقي في قبال الكشف الانقلابي من جهة لزوم المخالفة في الثاني للقواعد المتقدمة
فلاحظ وتأمل .

ثمرات الكشف والنقل

(بقي الكلام) في بيان الثمرة بين الكشف على وجوهه والنقل ، ونظهر
في أمور « الأول » جواز التصرف لكل منها فيما انتقل اليه على تقدير العلم
بإجازة المالك فعلى الوجوه الثلاثة الأول للكشف يجوز التصرف ، لأنه ملكه ،
وعلى الكشف الانقلابي والحكمي والنقل لا يجوز لعدم انتقاله حينئذ فيكون
تصرفا في مال الغير ولو وطئ الجارية التي اشتراها من البائع الفضولي فاستولدها
كانت أم ولد على جميع وجوه الكشف فانها وإن لم تكن ملكا له حال الوطء - بناء
على الكشف الانقلابي والحكمي - لكن بعد الإجازة صارت محكومة بأنها ملكه
حين الوطء حقيقة أو حكما فيكون الاستيلاء في الملك الحقيقي أو الحكمي فيجري
عليه حكمه . نعم بناء على النقل لا تكون أم ولد ، بل لا يلحق به الولد لأنه زان
لعدم كونها ملكا إلا بعد الإجازة حينئذ ؛ ومن ذلك تعرف الاشكال في كلام
شيخنا الأعظم (ره) فراجع (الثاني) نقل المالك العين الى غيره قبل الإجازة ،
فعلى النقل لا أثر للإجازة لأنها من غير المالك فلا مانع من النقل فيصح ، وعلى
الكشف الحقيقي يبطل النقل ، لأنه من غير المالك ، وكذا على الكشف الانقلابي
إذ عليه يحكم بعد الإجازة بأن المنقول ملك لغير الناقل ؛ فلا يكون النقل من
المالك ، وكذا على الكشف الحكمي لأن الحكم يكون النقل من غير المالك مقتض
لبطلانه (ودعوى) أن الجمع بين الحكم بصحة النقل وصحة الإجازة يقتضي
الاتقال الى القيمة فيضمن الجيز القيمة لأن نقله للمسال إتلاف له على مالكه نظير
النقل قبل فسخ ذي الخيار (مدفوعة) بأنه لو تم التزام بين الأمرين فانما هو في
العين ومقتضاه التساقط لا الرجوع الى القيمة ، ولو سلم فلا وجه ظاهر لتعين

الجمع بذلك إذ كما يمكن ذلك يمكن أيضا أن يكون بدفع القيمة إلى مشتري العين من المالك لا من الفضولي ، والقياس على فسخ ذي الخيار بعد نقل العين غير ظاهر لأن الفسخ متعلق بالعقد من حينه لا من حين العقد والاجازة متعلقة به من حينه — كما هو مقتضى الكشف الحكمي — لا من حينها — كما هو مقتضى القول بالنقل — فإذا وجب ترتيب حكم المضمون من حين العقد وجب الحكم بكون نقل المالك وارداً على مال الغير ، ومقتضاه بطلان النقل لا ضمان المنقول بقيمته والمتحصل أنه لو بني على صحة الاجازة وجب البناء على بطلان نقل المالك للعين من غير فرق بين وجوه الكشف حتى الكشف الانقلابي والحكمي ، لكن البناء على صحة الاجازة غير ظاهر إذ بعد نقل المالك العين إلى غيره بكون أجنبياً عن العين فلا دليل على نفوذ إجازته فيكون النقل رافعاً لموضوع الاجازة فيصح النقل وتبطل الاجازة من غير فرق بين القول بالنقل والقول بالكشف الانقلابي والحكمي وغيرهما من وجوه الكشف . نعم بناء على كفاية الرضا التقديري وكشف الاجازة عنه لا فرق بين الاجازة من المالك قبل حصول النقل منه وبينها بعده ، وعليه بتعين القول ببطلان النقل وصحة الاجازة . ثم إنه لا فرق في ذلك بين نقل المالك ماله إلى غيره وبين عتقه واتلافه ونحوهما من موانع تملك العوض بالعقد الفضولي ، ومما ذكرنا يظهر لك النظر في كلمات شيخنا الأعظم (ره) فراجع (الثالث) :
النماء الحادث قبل الاجازة فعلى النقل هو لمن انتقلت عنه العين لأنه نماء ملكه ، وعلى الكشف هو لمن انتقلت إليه العين لأنه نماء ملكه ، من غير فرق أيضاً بين الكشف الانقلابي والحكمي وغيرهما ، إذ على الأول يُحكم بعد الاجازة بأنه ملك لمن انتقلت إليه من حين حدوثه ، وعلى الثاني يُحكم بعد الاجازة بأنه ملك له بعدها لأنه من آثار ملكيته لأصله حال حدوثه ، وعلى باقي الوجوه يُحكم قبل الاجازة حال حدوثه بملكه له تبعاً لملكه أصله قال في الروضة : وتظهر الفائدة في النماء فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع ، ولو جعلناها ناقلة فهي للمالك المجزأته

وكان مورد كلامه فرض المسؤولية من الطرفين كما ربما يقتضيه صدر عبارته فلاحظ
 (الرابع) فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر فإنه بناء على النقل يكون
 مبطلاً لما حكى من الإجماع على جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء
 صاحبه ، بل قبل تمامية شرائط صحة العقد كالقبض فيما يعتبر فيه القبض ، وبناء
 على الكشف لا يكون مبطلاً له . نعم قد يشكل بعدم تمامية المبنى إذ المقدار الممكن
 تسليمه جواز الإبطال قبل إنشاء الآخر لعدم صدق العقد عرفاً حينئذ لا جوازه قبل
 تمامية شرائط الصحة فإنه خلاف إطلاق الأدلة من دون ثبوت مقيد — مع أنه لا يتم
 بناء على الكشف الانقلابي أو الحكمي لكون الإجازة عليها من شرائط الصحة ،
 بل وعلى الكشف على نحو الشرط المتأخر لعدم تحقق الشرط وهو الإجازة . اللهم
 إلا أن يكون المراد جواز الإبطال قبل تحقق الأثر ، وعلى هذا القول يكون
 الأثر مترتباً حال العقد ، لكن ثبوت الأثر مع احتمال فسخ الفسخ غير معلوم ؛
 (الخامس) تصرف الأصل فيما انتقل عنه فإنه يجوز بناء على النقل لأنه ملكه ،
 وما عن جامع المقاصد : من أنه لا يجوز للبائع ولا للخاصب التصرف في العين لا مكان
 الإجازة ولا سيما على القول بالكشف . انتهى ، غير ظاهر فإن المال لما لم يخرج عن
 ملك الأصل بناء على النقل لا يكون العلم بلحوق الإجازة مانعاً عن جواز التصرف
 فضلاً عن احتماله ، وأما على الكشف فالذي يستفاد من كلام جماعة وظاهر آخرين
 عدم جواز التصرف كما ادعاه شيخنا الأعظم (ره) واختاره بناء على المشهور في
 معنى الكشف من كون الإجازة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً
 فيكون موضوع وجوب الوفاء نفس العقد غير مقيد بالإجازة متمسكاً على ذلك
 بمسوم وجوب الوفاء بالعقد فإنه يقتضي لزومه على الأصل وحرمة نقضه من جانبه
 (وفيه) أن الوفاء بالعقد ليس إلا عبارة عن العمل بمقتضاه ، والجري على
 مضمونه ، فإذا فرض أن الإجازة شرط في مؤثرية العقد وفي حصول مضمونه وأنها
 مشكوكة التحقق فقد شك في ثبوت مضمونه وتحققه فكيف يمكن العلم بالحكم المذكور
 مع الشك في ثبوت موضوعه ، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الإجازة قيداً

للعقد الواجب الوفاء به وأن تكون قيداً لمؤثره فإن قيد الموضوع المنوط به الحكم قيد للحكم لأن الحكم المنوط بموضوع مقيد منوط بقيدته أيضاً فالفرق بين أن تكون الاجازة قيداً للعقد الواجب الوفاء وأن تكون قيداً لوجوب الوفاء بمجواز التصرف على الاول وحرمة على الثاني غير واضح . نعم الاستدلال بالعموم المذكور يتوقف على أمور (الاول) أن يستفاد منه الحكم التكليفي لا أن مفاده مجرد الارشاد الى نفوذ العقود وترتب مضامينها (ثانيها) أن يكون موضوع الوفاء نفس العقد لا موضوعه كالبيع ونحوه ولا هو بلحاظ ترتب موضوعه (ثالثها) أن يكون الرضا شرطاً لوجوب الوفاء بالاضافة الى الرضي لا مطلقاً ، إذ لو انتفى الاول لا موجب لحرمة التصرف مع عدم ترتب المضمون قبل الاجازة كما هو المفروض ، كما أنه لو كان موضوع الوفاء هو مضمون العقد أو نفس العقد بلحاظ ترتب مضمونه انتفى بانتفائه قبل الاجازة ، كما أنه لو كانت الاجازة شرطاً لوجوب الوفاء بالاضافة الى المتعاقدين معاً فمع انتفائها من أحدهما يذتنى وجوب الوفاء بالاضافة الى الآخر أيضاً . هذا ولكن اثبات الاول في غاية الاشكال ، فان تصرف البائع في المبيع حرام بما أنه مال الغير فإذا حرم أيضاً بما أنه ترك وفاء بالعقد لم أن يكون حراماً من وجهين وهو — كما ترى — بعيد ، بل يلزم أن يكون دفع البائع المبيع الى المشتري بما أنه ماله لا بعنوان الوفاء بالعقد ليس إطاعة لوجوب الوفاء بالعقد ، وليس وفاء بالعقد ، وهو خلاف الارتكاز جداً ؛ لا أقل من أن يكون هذا المقدار قرينة على حمل الكلام على الارشاد الى صحة العقود ونفوذها من دون أن يكون تكليف اصلاً ، وكذا الاشكال في ثبوت الثاني لأن العقود من حيث هي مع قطع النظر عن موضوعاتها ومضامينها ليس لها أحكام اقتضائية ليكون عمل المكلف وفاء بها تارة ولا وفاء أخرى وإنما الاحكام الاقتضائية لموضوعاتها من بيع أو اجارة أو تزويج فوجوب الوفاء بها إما أن يكون المراد به الوفاء بمضمونها كما في قوله تعالى : (يوفون بالنذر) وقوله تعالى : (ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجراً عظيماً) أو المراد به الوفاء بنفس العقد بلحاظ ترتب مضمونه

عليه ، يعني : إذا عقدتم ثبت ما تعاقدتم عليه فوجب الوفاء بالعقد ، وليس المراد إذا عقدتم وجب ترتيب أحكام المضمون وإن لم يترتب ، فإنه خلاف الظاهر جداً بل يمكن منع صدق الوفاء حينئذ فإن العقد إذا كان موضوعه تمليك مال الأصيل لغيره فإذا فرض عدم حصول الملك وبقاء المال على ملك الأصيل فتسليم المال المذكور إلى المشتري ليس وفاء بالعقد لأنه لم يجعله على نفسه ، ولم يتعهد بدفع مال نفسه إلى المشتري إذ الحكم الاقتضائي للبيع دفع مال المشتري إليه لا دفع مال البائع ، وكذا الحال في بقية الأحكام الاقتضائية مثل حرمة التصرف فإن ما يكون وفاء ترك التصرف في مال المشتري لا في مال نفسه فتطبيق الوفاء حقيقة إنما يكون في ظرف ثبوت المضمون ، ولذا استفيد من العموم المذكور صحة العقود وترتب مضامينها ويكون الدليل الدال على شرائط الصحة تقييداً للعموم المذكور (وأما) الأمر الثالث فغير بعيد ثبوته فإنه لو ثبت كون مفاد العموم الحكم التكليفي وأن موضوع الوفاء نفس العقد فالدال على اعتبار الإجازة إنما يدل على اعتبارها في وجوب الوفاء على من له وظيفة الإجازة ، فلو كان أحد المتعاقدين أصيلاً توجه إليه وجوب الوفاء ولو لم يجز الآخر بعد ، وكون وجوب الوفاء بالنسبة إلى المتعاقدين ارتباطاً بخلاف ظاهر العموم في مثل المقام من موارد مقابلة الجمع بالجمع فلاحظ . ولو تم إثبات الأمور الثلاثة لا فرق في حرمة تصرف الأصيل في ماله بين القول بالنقل والكشف على اختلاف وجوهه حتى لو كان الشرط هو التعقب لأن شرطيته لوجوب الوفاء إنما هو بالإضافة إلى المالك المتوقع إجازته لا بالإضافة إلى الأصيل ، ومن ذلك تعرف مواقع النظر والاشكال في كلمات شيخنا الأعظم (ره) . فلاحظ وتأمل .

تفصيل

قال العلامة في القواعد في فصل الأولياء : ولو نوى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة فإن كان زوجا حرم عليه الخامسة والأخت والبنت والأم إلا إذا فسخت على إشكال في الأم ، وقال المحقق الثاني في شرح العبارة : والتحقيق أن المباشرة من أحد الطرفين لا تقتضي ثبوت النكاح من ذلك الطرف فإن النكاح أمر واحد نسي لا يعمل ثبوته إلا من الجانبين وإنما قلنا أنه يلزم في حق المباشر بناء على أن الإجازة كاشفة عن ثبوت العقد ولزومه من حين وقوعه كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك فلو فسخ المباشر ثم أجاز الآخر بيننا أن فسخه وقع بعد ثبوت العقد ولزومه فلم يؤثر شيئا ، والحكم بحرمة المصاهرة إنما كان لأن العقد الواقع نقل عن حكم الحل الذي كان قبله وإن كان سببيته وعدم سببيته الآن غير معلومة فلم يبق حكم الأصيل كما كان ، ومثله ما لو اشترت الزوجة المنعقدة عليها عقداً صحيحاً لازماً بغيرها ، فإن تحريم المصاهرة ثابت بالنسبة إليهما معاً ، وكذا القول فيما لو اشتبه الطاهر بالنجس ، والحلال بالحرام ، وبهذا البيان يظهر أنه مع الفسخ يتبين أنه لا عقد أصلاً فلا تحريم أصلاً ، وهذا هو الصحيح انتهى وكلامه (ره) يدل على أن البناء على حرمة انصاهرة ليس للزوم الوفاء بالعقد بل لأمر آخر وإن كان هو أيضاً محل نظر ، وسيمتدح به في الجملة وقال في القواعد - في فصل المصاهرة - : وهل يشترط - يعني في التحريم - لزومه مطلقاً أو من طرفه أو عدمه مطلقاً نظر ، فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة في تحريم الأم قبل الإجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر . انتهى وقال في جامع المقاصد : لما حصله إن بنينا على كون الإجازة ناقلة فالذي يقتضيه صحيح النظر عدم التحريم ، وإن قلنا إنها كاشفة فالتحريم الواقعي تابع للإجازة وقبل حصولها ينبغي الحكم بالمنع من باب الاحتياط نظير ما لو عقد لامرأة على اثنين والتبس العقد السابق ، أو التبتست

المعقود عليها بغيرها وإن كان بينهما وبين المقام فرق لثبوت السبب التام فيها بخلاف المقام فلا احتياط التحريم وإن كان الطرف الآخر لا يخلو من وجهه ، وفي كشف اللثام استوجه التحريم من طرف الأصل لصدق العنوان المحرم (وفيه) المنع الواضح إذ بعدم عدم ترتب الأثر على مجرد الإيجاب من طرف الأصل كيف يصدق : أمهات نسائكم ، ونحوه من العنوانات المحرمة ، ومن الغريب أنه في شرح العبارة الأولى نفي الاشكال في تحريم الخامسة والأخت إذا كان المباشرة الزوج — مع أن مصنفه في العبارة الثانية مصرح بالنظر والتأمل . فلاحظ وتأمل ، (السادس) ما لو انسلخ أحد المتعاقدين أو أحد العوضين عن قابلية الملك بموت أو تلف أو نحوها قيل على النقل : لا يصح العقد لامتناع ترتب الأثر عليه وعلى الكشف يصح لعدم المانع فتشمله العمومات ، (وتحقق) الحال أن العارض إن كان الموت أمكن القول بالصحة على النقل أيضاً ، لعدم المانع من التزام ملك الميت حين الإجازة فينتقل إلى وارثه — كما يستفاد من الحكم بذلك في جملة من الموارد — إلا أن يقال : لم يثبت ذلك بنسخ الكلية فيشكل الحكم ، ولو قلنا بصحته — كما هو الظاهر — ولولبناء العقلاء عليه — أشكل الأمر في حكمه ، لعدم الدليل على انتقاله إلى الورثة ، والمستفاد من عموم الأدلة خصوص ما مات عنه فلا يشمل ما ملكه بعد الموت . هذا ولاجل أن العوض قد انتقل إلى ورثته تعين الرجوع إليهم في إجازة العقد الصادر من أيهم فإن أجازوا نفذ وإن ردوه بطل ، فإن مجرد إيقاع العقد لا يستوجب ثبوت حق لطرفه في تملك ماله ، فيكون العوض منتقلاً إلى الورثة خالياً عن الحق فيستقل الورثة في التصرف فيه ، ولو قيل بأن البيع مجرد المبادلة بين المالكين وإن لم يكن تملك فالحكم كذلك ، لأن العوض قد انتقل إلى الوارث فالمبادلة بين ما لهم وبين مال الآخر فلا بد من رضاهم . هذا كله في موت الأصل المتولي لأحد ركني العقد ، أما لو مات المالك الذي أوقع عنه الفضولي فالحكم أوضح ، لأن المال انتقل عنه إلى ورثته فلا بد من إجازتهم فإن أجازوا نفذ لهم وإن ردوا بطل ، من دون فرق بين الكشف والنقل في ذلك ، كما لا فرق

بين القول بأن البيع نفس المبادلة أو التملك (ودعوى) أن المقصود تملك الميت لا تملك الوارث فكيف يصح البيع لهم بالاجازة (قد تقدم) اندفاعها في بيع الغاصب لنفسه (وأما) الانسلاخ بالارتداد الفطري فالحكم فيه كما ذكر أيضا لأنه كالموت يوجب انتقال المال الى الوارث (وأما) الانسلاخ بالارتداد الملى مع كون المبيع مصحفا أو عبداً مسلماً فإن كان المرتد مباشراً لأحد ركني العقد فعلى الكشف تسح اجازة طرفه ؛ وعلى النقل لا تسح بناء على بطلان نقل المصحف أو المسلم الى الكافر ؛ وإن كان المرتد هو المجيز فكذلك (اللهم) إلا أن يستفاد من أدلة عدم صحة البيع على الكافر فصور سلطنته على تملكه ولو في حال الاسلام اذا كان يؤدي الى ملكه حال الكفر ، ولو كان العارض تلف العوض فإن كان التالف مال الأصيل فاجاز المالك صحيح على الكشف دون النقل . نعم لو كان التالف قبل القبض يكون بالتلف من مال المالك فلا ترتب ثمرة عملية إلا أن يكون له ثناء فترتب الثمرة ؛ لأن الثناء يكون لمن انتقل اليه ، وإن كان التالف مال المجيز بطل على القولين لأن التلف يوجب انقطاع سلطنته فلا مجال لاجازته ، ولو كان الطاريء عروض النجاسة فلما لم يكن موجبا لزوال الملك ولا لانقطاع سلطنته مطلقا صح العتد على الكشف دون النقل كما ذكر في الثمرة من دون فرق بين مال الأصيل ومال المجيز ، ولو تجددت القابلية فإن كانت شرطا للبيع بالمعنى المصدري بطل العقد لانقضاء الشرط ، وإن كانت للبيع بمعنى اسم المصدر صح على النقل دون الكشف ، ودعوى اعتبار استمرار القابلية من زمان العقد الى زمان الاجازة غير ظاهرة المأخذ كلية ، فلا بد من ملاحظة دليل اعتبارها في كل مورد بخصوصه والعمل فيه على ما ذكرنا من دون فرق بين شرائط العوضين والمتعاقدين وشرائط العقد فما كان شرطا في حال الإيقاع بطل العقد بفقده وما كان شرطا في حال الموقع صح مع وجوده حاله وإن كان مفقودا حال الإيقاع فتأمل جيدا .

تنبيهات في الاجازة

وينبغي التنبيه على أمور (الاول) أنه بناء على النقل لو قصد المحبير الامضاء من حين العقد فإن كان الوجه في البناء على النقل امتناع الكشف عقلا بجميع معانيه بطلت الاجازة لامتناع مضمونها ، وإن كان الوجه قصور الأدلة عن اثبات الكشف فالظاهر أنها كذلك لأن الاجازة على النحو المذكور لا تستوجب اقتضاء الأدلة للكشف . نعم لو أمكن أن تكون الاجازة بنفسها موضوعا لدليل النفوذ فيكون حينئذ مقتضاه ثبوت مضمونها وهو ثبوت مضمون العقد من حينه لا من حينها صحت ، لكنه ممنوع ، فإن الظاهر أنه لا اشكال في بطلان العقد اذا وقع على النحو المذكور بأن يقول البائع : بعثك أمس : فيقول المشتري : قبلت ، فضلا عن الإيقاع من أحد المالكين بمثل الاجازة كما هو ظاهر ، أما بناء على الكشف لو قصد المحبير الامضاء من حين الاجازة فلاجل أنها منافية لمقتضى الأدلة كانت الأدلة على خلافها فتبطل . ثم إن المراد من البطلان بطلان الاجازة المقيدة أما بطلانها من أصلها بحيث لا يكتفى بها في صحة العقد بل يحتاج الى اجازة أخرى فبني على أن التنفيذ بالقيود المذكور كان على نحو وحدة المطلوب فلو كان على نحو تعدد المطلوب صح العقد وبطل القيد وحسده والظاهر الاول (الثاني) قد عرفت في صدر المبحث ان الاجازة من المعاني الانشائية فهل يعتبر في تحققها انشاؤها باللفظ الصريح أو ما يعمه والكناية أو ما يعمها والفعل أو يكفي مطلق الالتزام النفساني اذا علم من أي طريق كان ؟ وجوه ولاجل ما عرفت من أن صحة الفضولي مستفادة من العمومات الدالة على نفوذ العقود المضافة الى المالك وأنه يكفي في صحة الاضافة اليه الانشاء الفعلي كان المتمين البناء على صحة الاجازة بالفعل فضلا عن القول الدال بنحو الكناية ، وما عن صريح بعض وظاهر آخرين من اعتبار اللفظ لانه مقتضى الاستقراء في النواقل الاختيارية مندفع — لو تمت

حجية الاستقراء — بأن النقل في المقام إنما يستند الى العقد لا الاجازة ؛ ومثله احتمال الاكتفاء بنفس الرضا النفساني إذا علم من أي طريق كان عملاً بعمومات صحة العقود بعد تقييدها بما دل على اعتبار الرضا ؛ إذ قد عرفت أن العمومات مختصة بالعقود المضافة الى المالكين ولا تكون الاضافة بمجرد الرضا النفساني لا أقل من الشك الموجب للرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر المانع من العمل بالاحتمال المذكور ؛ وما قد يشهد له مما يوجد في بعض الفتاوى لم يبلغ هذا بشئ يصح الاستناد اليه ، إذ ليس هو إجماعاً بل ولا مظنة له (وأما) النصوص المدعى شهادتها به (فمنها) ما لا يمكن العمل بظاهره كخبر السكرانة التي زوجت نفسها في حال السكر حيث قال « ع » فيه : اذا قامت معه بعد ما أفأقت فهو رضا منها ، إذ لا ريب في أن العقد الصادر من السكران باطل لا تصححه الاجازة بعد الافاقه ولو باللفظ الصريح ؛ ومثله ما تضمن أن قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه : طلق ؛ إقرار له بالنكاح ؛ إذ لا ريب في عدم كون المقصود منه إقرار النكاح ولا هو حاك عن الرضا به (ومنها) ما هو وارد في مورد خاص مثل ما تضمن أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار له منه عليه (ومنها) ما ليس مما نحن فيه مثل ما تضمن أن تصرف ذي الخيار رضا بالعقد فإن الرضا فيه يراد منه إمضاؤه على نحو لا يقبل الفسخ الذي هو أحد عدلي الخيار في مقابل الفسخ لا الرضا بمعنى ارتضاء أصل العقد في مقابل الرد ولا ملازمة بين الامرين في الاحكام ، على أن النصوص المذكورة إنما كان موضوعها الفعل الحاكي عن الرضا حتى نصوص سكوت المولى اذ الظاهر من قوله (ع) فيها : ولم يغيروا علي ، استمرارهم على حسن المعاشرة معه فيشكل ان يستفاد منها أن نفس الرضا النفساني هو تمام موضوع الحكم نظير ما لو وقع الايجاب والقبول الفعليان فحكم بانتقال المال الى المشتري معلاً بأن الايجاب والقبول بيع فانه لا يدل على أن البيع النفسي هو موضوع الحكم بل يدل على أن موضوعه هو البيع ، فاذا كان البيع لا يتحقق عند العرف الا بالفعل لا يكون ذلك التعليل ردعاً عما عند العرف ، وقد عرفت أن الرضا النفساني والاجازة

من الانشائيات التي لا تتحقق إلا بالقول أو بالفعل لا أقل من الشك في ذلك ، والأصل عدم ترتيب الأثر حيث لا دليل ، والنصوص المذكورة لا تصلح للدلالة على خلافه . ثم إنه يظهر من كلمات شيخنا الأعظم (ره) في هذا المقام وفي صدر المبحث أن الرضا الذي يحتمل الاكتفاء به في صحة الفضولي هو بمعنى طيب النفس مقابل الكراهة لا الرضا بمعنى الارتضاء وقد عرفت الاشكال فيه في صدر المبحث فراجع (الثالث) حكى عن صريح بعض دعوى الاجماع على أن من شروط الاجازة أن لا يسبقها الرد من المالك فلورد بطل العقد وان أجاز بعد ذلك ، واستدل له بأن الاجازة بمنزلة أحد طرفي العقد فكما يقدر رد القابل قبل القبول في صدق العقد على الإيجاب والقبول كذلك في المقام ، وبأن مقتضى سلطنة المالك على ماله قطع علاقة الطرف الآخر عن ماله ، وفي الوجهين نظر ظاهر (أما الأول) فلمقدم الدليل على ثبوت الحكم في المقاس عليه فضلا عن المقاس مع وضوح الفرق بين المقامين بتامة العقد في الثاني غاية الأمر أنه محتاج الى إضافته الى المالك التي يكتفى فيها بمجرد الاجازة والامضاء مطلقا ولو سبق الرد بخلاف الأول لا مكان دعوى كون الرد المتخلل مانعا من الالتئام بين الإيجاب والقبول فلا يتم العقد فتأمل ، (وأما الثاني) فلا أن السلطنة على المال إنما تقتضي السلطنة على التصرف فيه فيستدعي ذلك سلب سلطنة غير المالك على التصرف فيه ، وحدوث عقد الفضولي فضلا عن بقاءه ليس تصرفا في المال ليكون تحت سلطنة المالك ويخرج عن سلطنة غيره ، وإنما التصرف مضمون العقد وحينئذ لا يكون مقتضى سلطنة المالك دفع قابلية العقد عن حقوق الاجازة (الرابع) الاجازة التي تكون للمالك ليست من الحقوق التي تورث ، بل هي من الأحكام لأنها نوع من التصرف في المال واللام في قولنا : له أن يجوز ، كاللام في قولنا : له أن يبيع ، لام التمعية والظرف لغو متعلق بمثل : يجوز ، ونحوه فعنى قولنا : له أن يجوز البيع ، هو معنى قولنا : يجوز له أن يبيعه ، كقولنا : له أن يبيع . الذي هو بمعنى قولنا : يجوز له ان يبيع ، وليست اللام فيه للملك والظرف مستقر في يكون مدخولها حقا من الحقوق ،

ولأجل ذلك لا يسقط بالاسقاط على ما عرفت في اول كتاب البيع أنه المايهين الحق والحكم ، فإذا مات مالك الأرض التي قد بيعت فضولا انتقلت الأرض الى غير الزوجة من الورثة وكان لهم أن يجيزوا كما كان لمورثهم ، وليس للزوجة حق في اجازة البيع المذكور بوجه لعدم إرثها من الأرض كما هو موضح في كتاب الميراث (الخامس) هل تجري الفضولية في القبض^(١) فإذا قبض الفضولي عن غيره فأجاز للمالك ترتب عليه الأثر من صحة العقد أو الإيفاء المعتبر فيه ، ومن انتقال الضمان في البيع ونحو ذلك ؟ والكلام تارة في قبض المعين وإقباضه ، وأخرى في قبض غير المعين وإقباضه (أما الأول) فهو أن من الواضح أن القبض من الأفعال الخارجية الحقيقية له احكام خاصة تكليفية أو وضعية ، وليس من سنخ الانشاء والإيقاع لتكون اجازته من قبيل اجازة عقد الفضولي أو إيقاعه ، بل مرجع الاجازة فيه الى الرضا بوقوعه ، وحينئذ يكون ترتب آثاره عليه بالاجازة موقوفا على كون مفاد دليلها ثبوتها للقبض الواقع من المالك أو ممن يرضى المالك بقبضه حدوداً ، كما لو أذن له في قبضه ، أو بقاء كما لو كان في يد ولده أو عبده فأشتراه ورضي ببقائه في يده قابضه ، والظاهر أنه لا اشكال في ترتب الأثر على القبض المذكور وليست اجازة القبض الا من قبيل الثاني فلا مجال للتوقف في ترتب الآثار عليه بالاجازة كترتيبها عليه بالأذن السابقة ، وما في كلام شيخنا الاعظم (ره) من أن مرجع اجازة القبض الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري غير ظاهر لان ضمان الثمن إنما هو مثل ضمان المبيع قبل القبض لا يراد منه اشتغال ذمة المشتري به ، بل يراد به أنه لو تلف تبين انفساخ البيع قبل التلف فيكون تلف الثمن من مال المشتري لا من مال البائع ويكون تداركه عليه — كما هو معنى الضمان — والضمان بالمعنى المذكور من الاحكام التي لا تقبل الاسقاط — مع أنه لو سلم جواز الاسقاط فلا ملجئ الى الالتزام به — بعد ما عرفت من رجوع الاجازة الى الاذن بالقبض — والحكم في الإقباض هو الحكم في القبض (وأما الثاني) فحكم القبض فيه هو حكم القبض في المعين لجريان ما ذكر فيه بعينه ، وأما إقباضه فلما كان إيقاعاً لما فيه من تعيين

المملوك في المعين الذي هو معنى الشائي فوقه من الفضولي من وقوع الايقاع منه ، وقد عرفت سابقا الكلام في جريان الفضولي في الايقاع ، ولا فرق بين المقام وغيره من موارد الايقاع فراجع ما تقدم في صدر المبحث وتأمل . ثم انه لو بني على صحة القبض بالاجازة فاجازة العقد ليست اجازة للقبض لعدم الاستلزام نعم لو كان القبض شرطاً في صحة العقد كانت اجازة العقد دون القبض لغوياً ، فصدورها من المالك في مقام الانفاذ يقتضي اجازة القبض أيضاً ، ولو قال : أجزت العقد دون القبض ، تنافي القصدان ثبوتاً ، وثبوت أحدهما بعينه بلا مرجح ، كما ان التنافي اثباتاً موجب للاجمال (السادس) مقتضى اطلاق الادلة أن الاجازة ليست على الفور بل هو ظاهر صحيحة محمد بن قيس . ثم لو قلنا بعدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه فلزم من عدم المبادرة الى الاجازة الضرر عليه جاز له الفسخ بقاعدة الضرر بناء على تمامية دلالتها على جواز الفسخ ، كما يأتي في خيار الغبن انشاء الله ، أما جواز إجبار المالك على أحد الأمرين من الرد والاجازة فلا تصلح لاثباته لعدم ثبوت حق له على المالك أو ماله في يستحق به جواز الاجبار ، وقاعدة الضرر لا تصلح للاثبات ، ولا فرق بين عقد النكاح وغيره ، (ودعوى) أن النكاح لا يثبت فيه الخيار إلا بامور مخصوصة ليس المقام منها (فيها) أن قاعدة الضرر حكمة على دليل الحصر في الامور المذكورة ولا سيما وأن دليل الحصر يختص بالنكاح الصحيح كما لا ينافي ذلك ايضاً كون الخيار فيه حكماً لاحقياً إذ شأن القاعدة المذكورة ايضاً اثبات الخيار ولو حكماً (السابع) هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً وخصوصاً أم لا ؟ الذي ينبغي أن يقال : انه اذا كان الاختلاف في أركان العقد كالثمن والمثمن على نحو المبينة فلا ينبغي التأمل في قدح مثله في صحة العقد كما لو باع الفضولي الفرس فجاز في الحمار ، أو اشترى الفضولي بدينار فجاز بدراهم ، لعدم تعلق الاجازة بالعقد وان كان الاختلاف فيها على نحو اختلاف الجزء والكل مع تعدد الموضوع عرفاً كما لو باع الفرس والحمار فجاز في الفرس أو في الحمار فلا ينبغي التأمل في الصحة

لكون العقد المذكور منحلًا الى عقدين عرفًا لتمدد الموضوع ، فلا مانع من أن يجزأ أحدهما ويرد الآخر . نعم مع وحدة الموضوع عرفًا — كما لو باع الفرس بدينار فأجاز في نصفها بنصف دينار --- فعقد الفضولي وإن كان منحلًا الى عقود متعددة بتعدد الاجزاء ، ولذا لو باع الشريك تمام العين المشتركة ورد شريكه البيع في جزئه المشاع صح البيع بالاضافة الى المقدار المملوك للبائع وكان للمشتري خيار تبعض العنققة ؛ ولو لم يكن العقد منحلًا الى العقود المتعددة كان اللازم البناء على بطلان البيع في الجميع ، لكن لما كان واحدًا عرفًا لوحدة موضوعه أمكن التأمل في صحته بالاجازة لعدم المطابقة فلا تكون اجازة للعقد الواقع ، « وفيه » أنه لو تم ذلك اقتضى البطلان مع تعدد المالك للمبيع الواحد فأجاز بعضهم ورد الباقي ، ولا يظن الالتزام به ، والفرق بين المسألتين غير ظاهر ، ومن ذلك يظهر الحكم فيما لو كان اختلاف في وجدان الشرط وفقدانه كما لو اشترط الفضولي شيئًا على المالك فأجاز بدون شرط إذ الشرط ليس قيداً للمنشأ ، وإنما هو التزام في ضمن الانشاء على نحو تعدد المطلوب ، ولذا كان التحقيق أن فساد الشرط لا يقتضي فساد العقد فلا مانع من تعلق الاجازة بنفس العقد المشروط بلا اجازة للشرط ، وكذا لو اشترط الفضولي للمالك فأجاز بلا شرط ، بل هنا يصح العقد ويلزم ؛ بخلاف الصورة الاولى فيمكن البناء على الخيار فيه للمشروط له ، بناء على أنه حكم الشرط الفاسد ، ولو خلا العقد عن الشرط واقرنت الاجازة به فإن كان للمجيز على غيره ولم يرض المشروط عليه بطل الشرط قطعاً لعدم الدليل على صحته ، وعموم : المؤمنون عند شروطهم ، يختص بالمشروط عليهم لا لهم ، وصح العقد على ما عرفت . نعم يكون للمجيز الخيار على ما عرفت ، ولو رضي كان من قبيل الشرط الابتدائي لا في ضمن العقد ، وصحته محل تأمل يأتي انشاء الله في محله ، وإن كان الشرط قد جعله المجيز على نفسه كان من الشرط في الايقاع وإن رضي المشروط له لأن ذلك لا يجعله في ضمن العقد إذ المراد بكونه في ضمن العقد أن يكون زائداً على موضوع الايجاب والقبول ولا يكفي أن يكون نفسه

موضوعاً لها فلو قال : زيد علي أن أخيط ثوبه ، فقبل زيد كان شرطاً ابتدائياً نظير الهبة .

القول في المجيز

وفيه أمور (الأول) : يشترط في المجيز أن يكون حين الاجازة جائز التصرف لأنها نوع من التصرف في المال فلا بد من اجتماع شروط نفوذه حالها من البلوغ والعقل والرشد وعدم المرض ، بناء على عدم نفوذ تصرف المريض في ماله (الثاني) : قال في الزوائد : والأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال انتهى وظاهره اعتباره وجود ذات المجيز وإن أشكل فمرض انتفائه إذ المال المملوك لا بد أن يكون له مجيز ، إما المالك أو وليه — كما قيل — ويحتمل أن يكون المراد اعتبار وجود القابلية للاجازة حال العقد — كما عمله عليه بعضهم — وكيف كان فدل عليه غير ظاهر فإن مقتضى العمومات الصحة مع الاجازة ولو لم تكن ذات المجيز حال العقد أو قابليته للاجازة ، وامتناع الصحة حال العقد لا يقتضي امتناع الصحة حال الاجازة ، ولزوم الضرر على المشتري بناء على حرمة تصرفه في الثمن والمثمن مشترك الورود بين ما ذكر وغيره ، كما عرفت وجه اندفاعه آنفاً — مع أن الضرر غير لازم مطلقاً كما لا يخفى (الثالث) : يكفي في صحة الاجازة كون المجيز جائز التصرف حاله — ولا يعتبر كونه جائز التصرف حال العقد (والكلام) يقع في مسائل (الأولى) أن يكون المانع من صحة التصرف كون المبيع متعلق بحق غير المالك كما لو باع الرهن العين المرهونة ثم فككت من الرهن بوفاء منه أو من غيره أو بإبراء ، ولو لأجل إرث الرهن للمرتهن ، ولا يلغى التأمل في صحة العقد بل لا حاجة إلى الاجازة إذ الاحتياج إليها إنما هو لتحقيق كون العقد للمالك والمفروض تحقق ذلك لصدوره منه ، وإنما المانع حق غيره ، فإذا زال المنع زال سببه أراققتضى اثره لعموم أدلة السببية (الثانية) أن يكون المانع كونه محجوراً عليه لصفه

ونحوه ، ولا ينبغي التأمل أيضا في صحة العقد لو أجاز بعد ارتفاع الحجر لما سبق من عمومات الصحة ، والظاهر الاحتياج الى الاجازة فلا يصح بدونها وإن كان العقد صادراً من المالك لأن أدلة الحجر مقيدة لأدلة النفوذ بصورة اضافة العقد الى السلطان ، ولا تحصل إلا بالاجازة بعد ارتفاع الحجر ، والفرق بين المقام وما سبق أن في المقام قصوراً في سلطنة العاقد وفيما سبق مزاحمة سلطنته بسلطنة من له الحق .

من باع ثم ملك

(الثالثة) : أن لا يكون المميز مالاً كما حال العقد كما لو باع مال غيره ثم ملكه بشراء أو ارث ، والظاهر الصحة مع الاجازة والبطلان بدونها لما عرفت في المسألة السابقة وهو ظاهر محكي التحرير وعن صريح الدروس ، وظاهر الصيمري ، وعن تعليق الارشاد للمحقق الثاني البطلان واستبدل له بامور (الأول) أنه باع مال غيره لنفسه : وقد تقدم تقريب كونه محذوراً في بيع الغاصب كما تقدم أيضاً أنه غير قاذح (الثاني) أنه بلا رضى من المالك لا مقارناً للبيع ولا لاحقاً ، وفيه أن المعتبر الاجازة من المالك حال الاجازة والمفروض حصولها كذلك لأنه بالشراء من المالك صار البائع هو المالك فإذا أجاز كانت اجازة من المالك (الثالث) انتفاء القدرة على التسليم وفيه أن المعتبر القدرة على التسليم في ظرف لزومه ، ولزومه إنما يكون في حال الاجازة والقدرة حينئذ حاصلة — مع أنه لو سلم اعتبار قدرة المميز حال العقد فربما تكون حاصلة ايضاً فاطلاق المنع غير ظاهر (الرابع) أنه لا يتم بناء على الكشف لامتناع انكشاف ملكية المشتري من العاقد من حين العقد لأنه يلزم منه دخوله في ملك المشتري قبل دخوله في ملك البائع ، لأن المفروض شراء البائع له بعد العقد — مع أن المشتري إنما يتلقى الملك من البائع ، ويلزم أيضاً أن يكون المبيع من حين عقد الفضولي الى حين شرائه من المالك ملكاً للمالك وملكاً

للمشتري من الفضولي — مع أن الملكيتين متضادتان ، واجتماع الضدين محال لأن كلا منهما يلزم عدم الآخر فاجتماعها موجب لاجتماع الوجود والعدم في آن واحد، ويلزم أيضا أن يكون بيع المالك على الفضولي موقوفا على اجازة المشتري من الفضولي لأن البيع واقع في ملكه — مع أن ملكه موقوف على اجازة الفضولي الموقوفة على ملكه الموقوف على بيع المالك الأصلي ، فيلزم توقف اجازة كل من الفضولي والمشتري منه على اجازة الآخر وتوقف صحة كل من بيع المالك الأصلي واجازة المشتري من الفضولي على الآخر ، وأيضا إذا انكشف أن المبيع ملك للمشتري من الفضولي — ولذا توقف بيع الثاني على اجازته — تعين البناء على كون ثمنه في البيع الثاني له فإن كان أكثر من ثمن العقد الاول كانت الزيادة له أيضا ، وإن كان مساويا له كان ثمنه للمبيع بلا عوض الرجوع عوضه اليه بالبيع الثاني ، وإن كان أقل كان النقص الوارد على المشتري بمقدار التفاوت ، وكيف كان لم يرد عدم ثمن المالك الأصلي لشيء من المثلثين والثمن إذا الاول ملك المشتري الاول والثمن ثمن ملكه فلا يعود للمالك الأصلي « **كأنه لو باع** » اللوازم الأخيرة جعلت في مقام الاستدلال على البطلان اشكالا واحداً ، وهو الدليل الخامس في مقابل اللازم الاول الممبر عنه بالدليل الثالث واللازم الثاني الممبر عنه بالدليل الرابع « **وكأنه لو** » مبنية على الكشف عن الملك حين العقد وكان المناسب لجعل كل لازم اشكالا أن يجعل الخامس اشكالات متعددة لتعدد اللوازم الباطلة المذكورة في تقريره ، « **وكيف كان** » فالذي يدفع الاشكالات المذكورة بأسرها على القول بالكشف الالتزام بالكشف من حين العقد الثاني فراراً عن المحاذير المذكورة لا رفع اليد عن أدلة الصحة بالمرة والالتزام بالبطلان — كما يراه المستدل — إذ وجود المانع عن العمل بالأدلة في الزمان الاول لا يقتضي سقوطها عن الحجية بالمرة لا لأن أدلة الصحة من قبيل العموم الزماني كي لا يكون خروج فرد من الزمان موجبا لانتفاء حجيته في غيره من الازمان فإنها من حيث ثبوت مضمون العقد ليست متكلفة للثبوت في الازمنة المتعددة فان مضامين العقود والايقاعات إنما يكون المقصود جعلها

حدوثنا فقط ، وبقاؤها ليس تحت الجعل وإنما يكون مستنداً الى استعداد ذاتها فانها اذا حدثت دامت إلا أن ينطراً الراجع فبقاؤها ليس مجعولا بالايقاع والانشاء وإنما المجمول نفس الحدث — كما اشرنا الى ذلك في بعض مباحث المعاطاة — بل الوجه أن البناء على الثبوت من حين العقد لما كان مستنداً الى اطلاقها فلا مانع من تقييد ذلك الاطلاق بالدليل العقلي أو التعبدى كدليل اعتبار القبض في الصرف والسلم بناء على أن ظاهر أدلة اعتبار القبض كونه بنحو الشرط المقارن فيكون ثبوت مضمون العقد مقارناً له وإن تأخر عن العقد بمدة طويلة وسياً في ماله دخل في المقام فانتظر (الخامس) أن رد المالك للعقد كما يكون بالقول يكون بالفعل ومنه بيع العين على العاقد أو غيره لمنافاته للاجازة ، ولذا ذكروا أن بيع الواهب للعين الموهوبة فسخ لعقد الهبة ، وتصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بالبيع ونحوه فسخ للعقد الخيارى ، فاذا ثبت ذلك في العقود الجائزة فيها أولى لأن فسخ العقد الذي لم يترتب مضمونه أسهل من فسخ ما يترتب مضمونه (وفيه) أن الرد والفسخ من الامور الابقاعية الموقوف اعتبارها على قصد الايقاع ، ومجرد الفعل نفسه غير كاف في اعتباره عند العقلاء ، فلا يكون البيع ردّاً إلا بم قصد ايقاع الرد لكنه غير محل الكلام . نعم يمكن أن يقال : إن البيع وإن لم يكن ردّاً إبقاعياً إلا أنه مانع من صلاحية تعلق الاجازة بالعقد لأن البدلية التي يرجع اليها مفهوم البيع متقومة بالاضافة الى المالك حال العقد ، فبدلية الثمن للمثل يرد بها بدليته في اضافته الى المالك ، وهذا المضمون يمتنع أن تتعلق به اجازة العاقد لخروجه عن سلطنته — مع أنه غير مقصود له ، وإنما المقصود له بالاجازة بدلية الثمن عن المثل في اضافته له ، وهو غير مضمون العقد (وكون) خصوصية المالك حال العقد ليست ملحوظة على نحو تكون مقومة لمضمون العقد بل ملحوظة مودداً للمضمون من باب الاتفاق فتبدل المالك لا يوجب انتفاء المضمون (غير ظاهر) وإن جعله بعض الأعيان في حاشيته مقتضى التحقيق في دفع الاشكال ، لا أقل من الشك المانع من تطبيق عمومات الصحة بعد البناء على كون موضوعها العقد المجاز للشك في عنوان العام . نعم لو

انتقل العين الى غير المالك حال العقد بالارث لم يكن مانع من الاجازة لأن الانتقال بالارث بحسب اعتبار العقلاء راجع الى بدلية الوارث عن الموروث فاجازة الوارث اعتبارا راجعة الى اجازة نفس مضمون العقد ادعاء ، ولا مجال لقياس المقام عليه — كما اشار الى ذلك بعض الأعظم (قدس) في تحقيقات درسه — وأما ما ذكره شيخنا الأعظم (ره) في دفع الاشكال المذكور من انه نظير الاشكال في عكس المسألة وهو ما لو باع الغاصب لنفسه فاجاز المالك لنفسه المندفع بما تقدم في بيع الغاصب ففيه ما عرفت من أن قصد الغاصب نفسه في البيع في طول قصده المالك لا انه منصف له ؛ فاجازة المالك اجازة لمضمون العقد ، ولا مجال لتقدير ذلك في المقام ولعله الى ذلك اشار بقوله : فتأمل (السادس) الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي « ص » عن بيع ما ليس عندك ، الظاهر في بطلان البيع المذكور إماما مطلقا أو بالنسبة الى خصوص المخاطب ، ومقتضى اطلاقها البطلان حتى لو تملك المبيع ثم أجاز ، بل بعضها صريح في صورة التملك بعد البيع كالصحيح عن يحيى بن الحجاج : سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي : اشتري هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك كذا وكذا . قال (ع) : لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها ، وفي رواية خالد بن الحجاج الواردة في السؤال المذكور : أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلى ، قال (ع) : لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، وفي صحيحة ابن مسلم : ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه ، وفي صحيحة منصور : إنما البيع بعد ما يشتريه ، وحملها على أن المقصود عدم ترتب الأثر على مجرد البيع المذكور مع قطع النظر عن تعلق الاجازة به بعد التملك خلاف إطلاق النهي ، بل ظاهر ذيل الصحيحتين الأخيرتين شرطية تملك المبيع حال البيع ، فلا يصح مع عدمه ، بل هو أيضا ظاهر : لا تبع ما ليس عندك ؛ وحمله على كون النهي لفقد السلطنة خلاف الجود على ما تحت التعبير ، بل تعرض الامام (ع) لبيان ذلك — مع أنه غير فرض السؤال — مما يؤكد الظهور ليكون تنبيهها على حكم تعبدية زائداً على الحكم

الارتكازي ، وهو عدم تنوذ بيع من لا سلطان له على المبيع ، كما أن كون مورد بعض النصوص المبيع الكلي المتعين حمله على الكراهة لحكاية الاجماع على الجواز فيه لا يقتضي التصرف في النصوص الواردة في الشخصي كما لا يخفى . ثم إن مقتضى إطلاق النصوص عدم الفرق في البطلان بين أن يكون البيع مع ترقب الاجازة بعد التملك أو لا مع ترقب التملك أو لا . نعم تختص بصورة البيع عن نفسه لا بمعنى قصد نفسه بالمعاوضة ، لما عرفت من منافاة ذلك لقصد المعاوضة ، بل المراد البيع عن المالك على أن يكون مثال المبيع الى نفسه بملاحظة شرائه من ماله واجازة البيع ولا تشمل صورة ما لو كان مقصود البايع البيع عن المالك محضاً ، والمرجع فيه القواعد المقتضية للبطلان - على ما عرفت في الدليل الخامس - ولو باع عن ثالث بالمعنى المتقدم في البيع عن نفسه فحكمه حكم ما لو باع عن نفسه في البطلان للأولوية الموجبة لدلالة النصوص عليه بالفحوى - مضافاً الى ما عرفت . هذا كله لو اشتراه وأجاز ، وكذا لو اشتراه ثالث فأجاز فانه وإن لم يكن مشمولاً للنصوص السابقة لكن الاشكال المتقدم جارٍ فيه أيضاً ، أما لو لم يشتره فأجاز المالك كان المورد من صفريات عقد الفضولي ولا تشمل النصوص ولا يتوجه فيه الاشكال المتقدم . نعم من قال ببطلان بيع الغاصب لنفسه اذا اجاز المالك يقول به هنا لانها من قبيل واحد ؛ ومما ذكرنا يظهر لك ضعف القول بالصحة بلا حاجة الى الاجازة وان استظهر ذلك من الشيخ (ره) وحكي عن الفخر فانه الفرد المتيقن من نصوص النهي مع ورود الاشكال المتقدم فيه ؛ ولو أغمض النظر عن ذلك امكن الاشكال في شمول عمومات الصحة له مثل : أوفوا بالعقود ، ونحوه لاختصاصها بالعقود المضافة الى من له وظيفة إبقائها وليس المقام منها لصدور العقد من غير المالك ، وصورته بعد ذلك مالكا لا يجدي في حصول الاضافة المذكورة لان المضاف اليه فيها المالك بما هو مالك ولا يحصل ذلك الا باجازه حال الملك ، ولو سلم شمول العموم فهو محكوم لقاعدة السلطنة ، ولذا لم يصح العقد للمالك قبل الشراء منه اذ ليس ذلك الا لانه على خلاف سلطنته (ودعوى) أن

مقتضى عموم : أوفوا بالعقود ، نفوذه قهراً على المالك ، فلو بني على تقديم القاعدة على العموم يلزم سقوط العموم عن المرجع (فيها) أن نفوذ العقد وثبوت مضمونه من آثار السلطة لا مناف لها ، ولذا لم يكن عقد غير السلطان نافذاً بخلاف عقد السلطان . نعم لو كان مناد العموم اللزوم أو وجوب الوفاء تكليفاً كان من هذه الجهة مقدماً على قاعدة السلطة لو كانت منافية له ، لكنه ليس محل الكلام إذ الكلام في ثبوت المضمون حدوثاً الذي هو معنى صحة العقد ، وإثباته بالعموم المذكور لو تم في نفسه فعارض بالماعدة المتقدمة عليه فلاحظ ، ولو باع مال غيره عن المالك أو عن ثالث ثم ملك فالإبطال فيه على تقدير عدم الإجازة أظهر ، لأنه لو صح لم يكن مقصوداً له لكون المفروض كونه قاصداً للمالك أو الثالث فكيف يدخل في عموم : أوفوا بالعقود .



لو باع معتقداً أنه غير جازر التصرف فتبين أنه جازر التصرف وصورها أربع لأن عدم جواز التصرف ، إما لعدم كونه مالكا ، أو لعدم كونه وليا ، وفي كل منها إما أن يبيع عن نفسه أو عن المالك (فالصورة الأولى) أن يبيع عن المالك فتبين كونه وليا عليه والمعروف اللزوم ، بل في كلام شيخنا الأعظم أنه لا ينبغي الإشكال فيه ، ولو بناء على إبطال الفضيولي وكأنه لا إطلاق أدلة الولاية ونفوذ تصرف الولي من دون دليل على التقييد بصورة الالتفات إليها ، فما عن القاضي من أنه لا يصح تصرف العبد إذا لم يعلم باذن سيده ولا علم به أحد ، غير ظاهر (الثانية) أن يبيع لنفسه فينكشف أنه ولي ، والظاهر انتصحة لما سبق فإن مرجع هذه الصورة إلى الصورة السابقة على ما عرفت في بيع الناصب لنفسه . نعم إذا كان قصد نفسه منافيا لأمانته ويكون بذلك عاديا كما لو كان عن عمد فكأن موجبا لانتفاء ولايته على البيع كان موقوفا على إجازة الولي ، لكنه خارج

عن محط الكلام (الثالثة) أن يبيع عن المالك فيتبين كونه مالكا ، ومثل له بما لو باع مال أبيه بظن حيانه فبان ميتا ، وعن المشهور الصحة ، وفي محكي قواعد الشهيد : لو قيل بالبطالان أمكن ، وعن نهاية الأحكام والإيضاح احتماله ؛ لأنه إنما قصد نقل المال عن أبيه لا عن نفسه فيمتنع ثبوت مقصوده ، ولأنه في الحقيقة معلق والتقدير : إن مات مورتي فقد بعتهك ، ولأنه كالعابث لاعتزاده عدم قدرته على البيع ؛ واشكال الجميع ظاهر ، وفي احتياجه الى الاجازة وعدمه قولان ثانيهما عن غير واحد لأن الاحتياج الى الاجازة إما لتحقيق إضافة العقد الى المالك ، أو الرضا بمضمون العقد وكلاهما حاصل بصدر العقد من المالك ، وعن المحقق والشهيد الثانيين الأول والعمدة فيه أن أدلة اعتبار الرضا في التجارة ظاهر - بقرينة مناسبة الحكم والموضوع - في اعتباره مع التفتات المالك الى ماله لا مع اعتقاد كونه مال غيره نظير أدلة اعتبار الرضا في جواز التصرف في مال الغير ، فلو قدم لغيره طعاما يعتقده أنه ليس مالا له بل مال لغيره فلا يجوز لغيره أكله إذا كان يعلم أنه مال الآذن فكذا في المقام - مع أنه لو صح مثل هذا البيع بلا إجازة فقد صح بلا سلطة المالك لأن الجهل بالموضوع مانع من وقوع الفعل على ماله عن اختياره وذلك خلاف قاعدة السلطة على المسال (فان قلت) : إن كان العاقد قصد المعاوضة على المال بقيد كونه مال الغير فاذا انكشف كونه مال نفسه انكشف عدم قصده المعاوضة عليه وحينئذ لا معنى للاجازة لانتفاء العقد ، وإن قصد المعاوضة عايه مطلقا ولو كان مال نفسه فلا حاجة الى الاجازة لحصول الرضا بها لو كان مال نفسه (قلت) : الحيثية المذكورة تعليلية لا تقييدية والحيثية التعليلية بوجودها العلمي مؤثرة ، فالمعاوضة على ماله الواقعي مقصودة ، وإن لم يكن ملتفتا الى أنه ماله ، ولذا ذكروا أن تخلف الداعي لا يضر في قصد المعاوضة نعم في خصوص المقام لما كان ظاهر الدليل اعتبار الرضا بالمعاوضة على نحو خاص وهو الالتفات الى أنها واردة على ماله وكان مفقودا توقفت الصحة على حصوله . نعم لو كانت حيثية كونه مالا له أو لغيره ملحوظة تقييدية جاء الاشكال لكنه

خلاف الفرض المتعارف ، ومما ذكرنا يظهر توقف الصحة على الاجازة فلا يترتب
مضمون العقد الا منوطا بها ، وعن بعض المتأخرين الصحة وتوقف لزوم على
الاجازة لدليل نفي الضرر ، وفيه ما عرفت — مع أن مقتضى نفي الضرر في المقام
عدم الصحة بلا اجازة لأن الضرر اللازم انما كان لانتقال المال بلا رضى المالك
وليس لأمر راجع الى أحد العوضين كضرر العيب أو الغبن كي يتدارك بالخيار ،
(ودعوى) أن قاعدة الضرر نافية للأحكام الثابتة لا مثبتة للتقييد (فيها) أنه
يكفي في كونها مقيدة أنها نافية لثبوت الأثر في ظرف الضرر ، ولذا تكون
حكمة على أدلة الأحكام اذا لم من إطلاقها الضرر . نعم يبقى الاشكال في الفرق
بين المقام وموارد الغبن والعيب ونحوهما حيث كان الضرر فيها ناشئاً عن لزوم العقد
لا عن صحته ، ولذا كان نفي الضرر نافياً للزوم ، وهو غير ظاهر بل الضرر
يحصل من ملك الناقص المالية أو المعيب فينبغي أن يكون المنفي الصحة لا اللزوم .
ثم لو قلنا ببطلان الفضولي اعتماداً على ظهور قوله تعالى : (الا أن تكون تجارة عن
تراض) في اعتبار مقارنة العقد للرضا تعين القول بالبطلان في المقام : وان كان
الوجه الاجماع ومثل : لا تبع ما ليس عندك ، أو نحوه تعين القول هنا بالصحة
لعدم اطرائها فيه حتى مثل ما دل على قبض التصرف في مال الغير (الا) أن
يكون موضوع القبح الوجود العلمي لا الواقعي الحقيقي وهو في المقام حاصل
لكن ذلك خلاف ظاهر القائل ببطلان الفضولي لأعماده على مثل التوقيع : لا يجوز
لأحد أن يتصرف في مال غيره الا بأذنه ، وهو لا ينطبق في المقام (الرابعة) :
أن يبيع مال الغير عن نفسه فيتبين أنه ماله وحكمها حكم سابقها رجوعها اليها لما
عرفت في الثانية ، وقد يقال بعدم الحاجة الى الاجازة لأن قصد نفسه مستلزم لبنائه
على كون المال لنفسه فرضاء بالبيع رضا ببيع مال نفسه ، وحيث لا مقتضى
الاجازة (وفيه) مع منع الاستلزام المذكور أن المعتبر رضا ببيع مال نفسه
حقيقة لا بناءً أو ادعاءً ، فلاحظ .

القول في العقد المجاز

وفيه أمور (الأول) أن الاجازة ليست بيعاً ولا عقداً وإنما هي دخيلة في تحقق ما هو موضوع الأثر -- أعني العقد الخاص -- فالشروط المعتبرة في تحقق العقد أو في حصول مضمونه لا بد من حصولها على النحو المعتبر فإكان شرطاً للعقد على نحو الشرط المقارن يجب مقارنته له ، وما يعتبر في رتب الأثر على العقد يجب تحقيقه على النحو المستفاد من دليل اعتباره ، وقد تقدم في ذيل البحث عن ثمرات الكشف والنقل ماله نفع في المقام فراجع (الثاني) قد عرفت أن وجه الحاجة إلى الاجازة في صحة عقد الفضولي تحقيق إضافة العقد إلى المالك أو رضاه به ، ووقوعه عن سلطانه ، فليست إلا كالإذن السابق لا يعتبر فيها إلا ما يعتبر في الإذن السابق فيجوز تعلقها بغير المعين إذا كان متعيناً في الجملة بنحو يجوز معه التوكيل ، وكونها أحد ركني العقد ممنوع ، كما لا مانع من تعلقها بالعقد المحتمل الوقوع فيجيزه على تقدير وقوعه ، وليس ذلك من التعليق المبطل في العقود فضلاً عن الاجازة .

العقود المرتبة

(الثالث) عقد الفضولي إما أن يتحدد أو يتعدد فإن وقع على مال الغير فلما أن يكون أول العقود ، أو آخرها ، أو وسطاً بين عقدين موافقين له في الوجود على مال الغير ، أو مخالفين له في ذلك ، أو بين سابق موافق ولاحق مخالف ، وبين العكس فهذه صور ست يجمعها ما لو باع عبد المالك بفرس ، فباعه المشتري بكتاب ، فباعه المشتري بدينار ، فباع البائع الثالث الدينار بجارية ، وباع الأول الفرس بشاة ، فبيع العبد بالفرس أول العقود ، وبيعه بالدينار آخرها وبيعه بالكتاب وسط بين عقدين على مورده وها يبيع العبد بالفرس وبيعه بالدينار ، وبين

عقدين على غير مورده وهما بيع الفرس بالشاة وبيع الدينار بالجارية ، وهذه الصور
بمعناها ممكنة بالإضافة الى عقد الفضولي على عوض مال الغير مع كون العوض
شخصيا ، كما لو باع عبد المالك بفرس ، فباع المشتري الفرس بشاة ، فباع
المشتري الفرس ببقرة ، فباع المشتري الفرس بجمل ، فباع البائع الجمل بفزال ،
فان بيع الفرس بالشاة أول العقود على العوض ، وبيعها بالجمل آخرها ، وبيعها
بالبقرة وسط بين بيعين موافقين له في المورد ، ووسط بين بيعين مخالفين له فيه
وهما بيع العبد بالفرس وبيع الجمل بالفزال ، ولازم ذلك أن يكون وسطا بين
سابق موافق ، ولاحق مخالف ، ووسطا بين سابق مخالف ولاحق موافق ،
(أما العوض) البدلي غير الشخصي كما لو باع العبد بفرس فباع الفرس بشاة
فباع الشاة ببقرة فباع البقرة بجمل فيمكن فيه فرض الأول والآخر والوسط بين
الموافقين في الورد على عوض العبد ، والوسط بين لاحق موافق ، وسابق
مخالف ، وهو بيع العبد بالفرس فإنه ليس وارداً على العوض بل على نفس مال
المالك لكن لا يمكن فرض الوسط بين المخالفين اذ كل عقد لاحق لابد أن يكون
على العوض البدلي لمال الغير فيمتنع أن يكون أيضاً بين سابق موافق ولاحق
مخالف فلا يمكن في العقد على العوض البدلي إلا فرض أربع صور لا غير بخلاف
البدل الشخصي فإنه يمكن فيه فرض ست صور كالعقد الوارد على نفس مال الغير
على ما عرفت . ثم ان تعلقت إجازة المالك بالعقد الوارد على ماله صح فيكون
المالك أجنبيا عن المال فالعقود السابقة على العقد المجاز لا تصح بإجازة المالك بعد
ذلك ، وحينئذ إن قلنا بجواز اختلاف المالك حال العقد مع المالك حال الإجازة
أمكن أن يصح واحد منها بإجازة المشتري ، وإن لم نقل بذلك بطلت اذ لا يمكن
أن تصح بإجازة أي مالك كان ، وأما العقود اللاحقة للمجاز فهي صحيحة لازمة
بناء على الكشف لصدورها من المالك أما بناء على النقل فاللاحق صادر من غير
المالك وبعد الإجازة يصير مالكا فيدخل في مسألة من باع ثم ملك (وإن)
تعلقت الإجازة بالعقد على العوض الشخصي صح المجاز وصح العقد السابق المخالف

له وهو بيع العبد بالفرس في المثال المتقدم لأن إجازته لبيع الفرس بالجل مثلًا مبنية على إجازته لبيع العبد بالفرس إذ لو لم يُجزَّه كان أجنبيًا عن الفرس فلا معنى لإجازته ببيع كما لا يخفى ، وأما العقود السابقة على المجاز الواردة على العوض كبيع الفرس بالاشاة فحكمها حكم العقود السابقة على المجاز إذا كان وارداً على نفس مال المالك ، وكذلك حكم اللاحقة فانه حكم اللاحقة للمجاز الوارد على نفس مال المالك وإن تعلقت الإجازة بالعقد الوارد على العوض البدلي صح وما قبله إذ لو لم يصح يكون المالك أجنبيًا عن مورد العقد المجاز نظير ما سبق وأما ما بعده فهو من صغريات مسألة اختلاف المالك حال العقد مع المالك حال الإجازة .

تقديم

قال في القواعد : وللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته ومع علم المشتري اشكال . انتهى ، ونحوه ما عن نهاية الأحكام ، وقد يقرر الاشكال « تارة » في العقد الأول بناء على أن تسليم المشتري الثمن للبائع مع علمه بكونه فضوليًا تملك منه إياه ، ومعه تمتنع صحة العقد بالإجازة لامتناع كونه للمجيز بعد فرض كونه ملكًا للفضولي « وأخرى » في العقد للترتب عليه ، وهو العقد على العوض كما لو باعه الفضولي ، لانه بعد ما ملكه بتسليم المشتري كان المالك أجنبيًا عنه فإذا باعه الفضولي فقد باع ملكه وكان البيع له لا للمالك . وهذا الاشكال يبتني أولاً على أن تسليم المشتري للثمن تملك للفضولي وهو غير ظاهر ، وثانياً على القول بالنقل اذ على الكشف يكون المال ملكًا للمالك فيمتنع أن يكون تسليمه الى البائع الفضولي تملكًا له إياه ، لانه تصرف في مال غيره لا يصح بغير سلطان ، وقد اشار الى الثاني الفخر في محكي ايضاحه ، بل يمكن منعه بناء على النقل أيضا بأن التسليم الى الفضولي إنما يكون تملكًا له على تقدير عدم الإجازة لا مطلقاً ، لعدم الدليل عليه . وسيأتي انشاء الله تحقيق ذلك قريباً فانتظر .

القول في الرد واعطاء

قد عرفت سابقا أن من شرائط الاجازة أن لا يسبقها الرد ، ولا ينبغي التأمل في أنه كالأجازة من العناوين الانشائية التي تنحقق بالالتزام النفسي المحكي باللفظ مثل : رددت ، ونحوه وبالفعل الحاكم عن الالتزام المذكور عسرفا ، أما التصرف في المين « فتارة » يكون معدما لموضوع العقد حقيقة أو حكما كاحراقه وكسره وتمزيقه « واخرى » يكون مخرجا له عن ملك المالك الى ملك غيره أو لا الى ملك غيره « وثالثة » يكون مخرجا له عن ولايته « ورابعة » يكون معدما لمنافعه « وخامسة » يكون مخرجا لمنافعه عن ملكه الى ملك غيره أو لا الى ملك غيره « وسادسة » يكون غير مؤثر فيه ولا في منافعه ، ولكنه يدل على بنائه على مالكته له « فان كان » التصرف على النحو الاول فهو وإن لم يكن رداً فعليا ولا انشاء له بالفعل إلا أنه لما كان مفوتاً لموضوع العقد وموجبا لصيرورة المالك أجنبيا عنه بنحو لا تجدي اجازته في صحته ، لأن الاجازة المصححة للعقد اجازة ممن له وظيفة إبقائه وبعد انعدام المال يخرج المالك عن هذه الوظيفة. يكون التصرف المذكور مبطلا (وإن كان) على النحو الثاني كان ايضا كذلك لأن خروج المال عن الملك موجب ايضا لصيرورة المالك أجنبيا فلا تنفع اجازته فيبطل العقد فلو باع المالك المين قبل الاجازة أو اعتق بطل عقد الفضولي ، (وإن كان) على النحو الثالث لحقه ايضا حكم ما قبله كما لو استولد الجارية أو رهنها ، فانه لما كان موجبا لقصور سلطنته عن التصرف في المين وصيرورته كالأجنبي لا تجدي اجازته ولا يصح تصرفه كان مبطلا للعقد (وإن كان) على النحو الرابع كما لو سكن الدار أو تركها خالية فاجاز فلا مانع من تعلق الاجازة بالعقد لعدم التنافي بينها وبين التصرفات المذكورة فعلى النقل بحكم بالانتقال من حين الاجازة وتكون التصرفات المذكورة من أهلها في محلها ، وعلى الكشف

ينكشف وقوعها في ملك المشتري فتكون مضمونة له على المتصرف وعلى الكشف
 الانقلابي تكون حين وقوعها من أهلها في محلها وبعد الاجازة يحكم بكونها من
 حين وقوعها في مال الغير فتكون مضمونة وكذلك على الكشف الحكمي ،
 (وان كان) على النحو الخامس كما لو آجر الدار المبيعة ثم أجاز فالحكم فيها
 كذلك إذ هي أيضا غير منافية للاجازة ولا مخرجة للمالك عن صلاحية إبقائها فإذا
 أوقعها انكشف وقوع الاجارة على ملك الغير فتكون فضولية موقوفة على اجارة
 المشتري . هذا بناء على الكشف الحقيقي وعلى الكشف الانقلابي ينقلب عقد
 الاجارة من كونه من المالك الى كونه من غير المالك فيصير فضوليا محتاجا في صحته
 الى اجازة المشتري فان أجاز صح وإن رده بطل (ودعوى) أن وقوع الاجارة
 صحيحة مناقض لوقوع الاجارة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحبا
 فلا بد من امتناع وقوع الاخير أو إبطال صاحبه ، أو إبقائه على غير وجهه ،
 وحيث لا سبيل الى الأخيرين يتمين الأول (مندفع) بأنه لا مانع من الالتزام
 بالإبطال اذا ساعد عليه الدليل ، وقد عرفت في تقرير الكشف الانقلابي أنه
 لا مانع من البناء على ملكية المالك للمبيع قبل الاجازة وبعد الاجازة يحكم بكونها
 ملكا للمشتري من حين العقد وكذا نقول في عقد الاجارة فإنه صحيح قبل
 الاجازة وبعد ما يحكم ببطلانه (فان قلت) : لا يمكن عموم دليل النفوذ لعقد
 الاجارة وللعقد المجاز فلا بد من البناء على خروج أحدهما : وعند الدوران
 يتمين البناء على خروج اللاحق (قلت) : السبق الزماني لا أثر له في الترجيح
 ما لم يكن تقدم رثي ، ومن المعلوم ان صحة العقد المجاز لما كانت مقتضية
 خروج المال عن ملك المالك كان رافعا لموضوع عقد الاجارة لاختصاص دليل
 النفوذ بما كان صادرا عن المالك فشمول العموم للعقد المجاز يوجب خروج عقد
 الاجارة عن موضوع النفوذ فيكون تخصيصا بخلاف شموله للاجارة واخراج
 العقد المجاز فإنه تخصيص بلاخص . ثم لو سلم شمول الدليل لعقد الاجارة فغاية ما يقتضي
 امتناع الكشف من حين العقد لا بطلان العقد رأسا كما تقدم ذلك في مسألة :

من باع ثم ملك ، وإجماع أهل الكشف على كون الاجازة مؤثرة من حين العقد ليس بثابت على نحو يكون حجة ، ولذا لم نلتزم به في تلك المسألة فلاحظ ، ومن ذلك تظهر صحة الاجازة على الكشف الحكمي ، وأما بناء على النقل فلا اشكال كما لو باع بعد الاجازة فان البيع لا يبطل ولا الاجازة تمنع منه (وإن كان) التصرف على النحو السادس كتمريض المبيع للبيع (فتارة) يكون مع الالتفات الى العقد (وأخرى) مع عدمه (فان كان) الأول فالظاهر عدم الفرق بين المقام وغيره من موارد الإيقاع في تحققه بالفعل كتحقيقه بالقول لأنك قد عرفت أن حقيقة الإيقاع الالتزام النفساني بالمرقوع واعتبار اللفظ أو الفعل من باب الطريق اليه ، وكما أن اللفظ طريق اليه كذلك الفعل (ودعوى) أن الفعل لا دلالة فيه لاجماله واحتماله الوجوه المختلفة (مدفوعة) بأن الفعل قد يكون محفوفاً بما يكون قرينة على صدوره عن داعي الالتزام المذكور ، ولا يعتبر في الطريق الى الالتزام أن يكون دالاً بنفسه بلا قرينة كيف ودلالة اللفظ على ذلك الالتزام أيضاً بالقرينة الحالية وإلا فهو مشترك بين الخبر والانشاء ، وتعين أحدهما إنما يكون بقرينة خارجة عن اللفظ فإذا صدق الرد عرفاً جرت عليه أحكامه للإطلاق المقامي لأدلة تلك الأحكام ، واحتمال اعتبار خصوص اللفظ في صدق الرد عرفاً تعسداً منهم مجازفة لعدم خصوصية له من بين الإيقاعات العقدية والإيقاعية . نعم يمكن أن يقال : مانعية الرد من تأثير الاجازة بحيث يخرج به العقد عن صلاحية الاضافة الى المالك بالاجازة إذا كان مستفاداً من دليل نفي يمكن أن يكون له الإطلاق المفامي الموجب لتطبيقه على الرد الفعلي العرفي ، أما إذا كان مستفاداً من دليل لبي — وهو الإجماع — بتعين الرجوع في غير الفرد المتيقن الى الدليل الدال على صحة العقد بالاجازة وإن تخلل الرد ، ومن ذلك يظهر الاشكال في التمسك بصدق الرد على الرد الفعلي كصدقه على الرد الفولي كالأشكال في التمسك بفحوى الإجماع على حصول الفسخ من ذي الخيار بمثل الوطء والبيع والعتق — مضافاً الى الاشكال في الفحوى من جهة توقف التصرفات المذكورة على الفسخ وعدم التوقف

في المقام على الرد فتأمل جيداً (وان كان) الثاني فلا ينبغي التأمل في عدم كونه رداً لا تنفاه الالتفات المقوم للانشاء ، وقد عرفت أنه إنشائي لا يتحقق الا بقصد وقوعه
« مسألة »

إذا لم يُجز المالك (فان) كانت العين في يده فلا اشكال ، وإن كانت في يد الفضولي أو غيره جاز له انتزاعها منه أن كانت موجودة (وان) كانت تالفة فان لم تكن اليد ضامنة فلا شيء أيضاً وان كانت ضامنة رجع بيدل العين من مثل أو قيمة ؛ وكذا بمنافعها على ما تقدم في حكم المقبوض بالعقد الفاسد .

حكم المشتري مع الفضولي

(واما) حكم المشتري مع الفضولي (فتارة) يكون في رجوعه عليه بالثمن الذي دفعه اليه (وأخرى) في رجوعه بما غرمه للمالك أو لغيره فهنا مقامان « الأول » في رجوعه عليه بالثمن باقياً كان أو تالفاً فنقول : إن كان المشتري جاهلاً رجع بالثمن اجماعاً — كما في مفتاح السكينة — لعدم ما يوجب خروجه عن ملكه ، ومقتضى صوم على اليد رجوعاً عليه مع التلف « وان كان » عالماً فالمشهور — كما قيل — أنه لا يرجع عليه بالثمن مع بقاءه ، بل عن الايضاح نسبتة في موضع الى قول الأصحاب وفي آخر الى نصهم ، وعن موضع من جامع المقاصد نسبتة الى ظاهر الأصحاب ، وعن الروضة الى ظاهر كلامهم ، وعن جملة من كتب العلامة وولده والشهيد وغيرهم جواز الرجوع لعدم ما يقتضي الانتقال الى البائع وبطلان ما يقتضي الانتقال الى غيره ، ومجرد تسليط المشتري البائع لا يقتضي ملكه اياه « ودعوى » أنه ملكه الغاصب لا عراض المالك أو بأسه منه أو كون ذلك عقوبة له حيث دفع ماله معاوضاً به على محرم كاترى « واما » مع تلفه فالمحكي عن جماعة دعوى الاجماع على عدم رجوع المشتري ببذله وبرامته من ضمانه قال في محكي التذكرة : لو كان عالماً لا يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا ، ونحوها غيرها واستدل له بأنه سلطه على الثمن بلا عوض ، وأوضح ذلك شيخنا

الأعظم (ره) بأن الضمان إن كان لعموم على اليد فهو مخصص بموارد الاستئمان كالوديعة والعارية ومال المضاربة والعين المستأجرة، فإذا دل الدليل على خروجها عن العموم المذكور فقد دل بالفحوى على خروج المقام أيضا لأن التسليط فيه ليس مقيدا بحيثية دون أخرى ولا ينتظر فيه انتهاء أمد بعينه بخلاف الموارد المذكورة (فان قلت) : التسليط في المقام ليس مجانيا بل في مقابل العوض وهو المبيع فهو نظير التسليط في سائر موارد العقود الفاسدة لا يمنع من تطبيق عموم اليد ولا مجال للمنايسة بموارد الأمانات التي لا معاوضة فيها أصلا (قلت) : العوض المقصود المعاوضة عليه ليس مال البائع لكون المقروض كونه فضوليا فتسليطه على الثمن ليس في مقابل ماله بل في مقابل مال غيره فدفعه إليه كدفعه الى ثالث لا يخرج عن كونه تسليطا مجانيا له (ومن) ذلك يظهر الفرق بين المقام والمقبوض بالعقد الفاسد الذي يكون التسليط فيه في مقابل مال القابض لا مجاني، كما أن من ذلك يظهر عدم الضمان في المقام لو قلنا به في المقبوض بالعقد الفاسد لقاعدة الإقدام كما تمسك بها بعض العظام إذ لا إقدام من البائع هنا على ضمان العين بماله وإنما أقدم على ضمانها بمال غيره، وذلك إقدام منه على قبضها بلا ضمان (ويشكل) ما ذكر «أولاً» بأن دفع الثمن الى البائع لم يكن ابتدائيا بل كان جريا على الممارسة الواقعة بينها فالثمن المدفوع لم يكن مدفوعا بعنوان كونه مال الدافع بل بعنوان كونه مال المدفوع اليه ولو تشريعا مبنيا على تشريعه مالكية الغاصب المصحح لا بقصع المعاوضة له فكيف يصح قياسه على موارد الاستئمان فضلا عن كون الدلالة عليه بالفحوى — مع أن المدفوع فيها لم يكن بذلك العنوان وإنما كان بعنوان كونه مال الدافع على أنه لو بني على الغرض عن تشريع مالكية الغاصب فالدفع بعد ما كان بداعي الوفاء بالمعاملة والجري على مقتضاها لا بد أن يكون بعنوان كونه مال المالك للمبيع لا بعنوان كونه مال نفسه — أعني المشتري — فلا مجال للخروج عن عموم على اليد مجرد تخصيصه بموارد الاستئمان للفرق بين المقامين كما لعله ظاهر بالتأمل (فان قلت) : الدفع الخارجي بعد ما كان من الأمور الخارجية

امتنع تقييد موضوعه بمثل العنوان المذكور لأن موضوعها الفرد الخارجي على ما هو عليه من القيود وليس صالحا للاطلاق والتقييد في يصح تقييده بالعنوان المذكور فن ضرب أحدا لكونه عدواً وقع عليه الضرب ولو كان صديقا فإذا كان الثمن ملكا للمشتري فدفعه الى البائع كان دفعا له بما هو مال المشتري وبمقتضى تقييده بما هو مال المدفوع اليه أو مال المالك (قات) : الدفع الخارجي ليس موضوعا لأثر شرعي بل الأثر الشرعي تابع لقصد الدافع فدفع الانسان ماله الى غيره « تارة » يكون بقصد تمليكها فيكون هبة « وأخرى » بقصد المعاوضة عليه فيكون بيعا « وثالثة » بقصد الاذن والترخيص في التصرف فيه فيكون عارية « ورابعة » بقصد استئمانه على حفظه فيكون ودیعة فالأثر إنما يكون لذلك المعنى الايقاعي الحائلي عنه الدفع الخارجي ، ومن المعلوم أن المعاني الايقاعية ونحوها مما يتعلق بالصور الذهنية مما يجوز تقييد موضوعه بأي عنوان كان له دخل في ثبوته له فيصح أن تقول : بعتك هذا العبد الكاتب ، وإن لم يكن كاتباً فلا مانع من أن يتقيد موضوع الدفع بعنوان كونه مالا المدفوع اليه عوضا عن ماله من دون فرق بين صورتی الجهل بالفساد والعلم به غاية الأمر أنه لا يمكن قصد الدفع المتعلق بالمال الخاص إلا بعد البناء على ثبوت الخصوصية ولو للتشريع في السبب كما في دفع الثمن الى الغاصب ؛ بل وكذا في مطلق المدفوع جريا على العقد الفاسد في المقام لم يقصد الدافع دفع مال نفسه ليتصرف فيه الغاصب وإنما قصد دفع مال الغاصب اليه فليس المقصود الا تمكين الغاصب من ماله لا من مال الدافع { وبالجملة } لا فرق بين المقام والمقبوض بالعقد الفاسد ، ومجرد الفرق بأن المشتري في المقام لم يقصد تضمين البائع بالمعاوضة معه وإنما قصد تضمين المالك بخلاف باب المقبوض بالعقد الفاسد لا يجدي بعد بنائه على كون البائع مالكا ولو لأجل التشريع في السبب فيكون الدفع اليه دفعا لماله لا لمال المشتري (وبذلك) أيضا يندفع ما يقال انه لا يمكن تضمين الغاصب بهذا الدفع لأن المفروض ان الضمان المعاوضي مع المالك وفي مال واحد لا يمكن جعل ضمانين (وجه الاندفاع) ان تضمين الغاصب

الجمالي ليس في عرض تضمين المالك وإنما هو في طوله لأجل التشريع في مالكيته — كما عرفت — والتضمين الشرعي باليد لا ينافي ذلك التضمين الجملي الذي لم يسلم للمشتري بعد فرض بطلان العقد (وثانيا) بأنه لو سلم ذلك فغاية ما يقتضي الحاق المقام بموارد الاستئمان عدم الضمان باليد لا عدمه بالاتلاف فإنه لا اشكال في ثبوت الضمان به فيها . نعم لو كان الملشأ في نفي الضمان التسليط المجاني كان المتعين نفي الضمان ولو مع الاتلاف ، لكن ذلك أيضا لا يناسب القول بحرمة التصرف لأنه أكل للمال بالباطل كما قواه شيخنا الأعظم (ره) ﴿ والمتحصل ﴾ أن مقتضى القواعد الأولية الضمان باليد في المقام كما هو حكم المقبوض بالعقد الفاسد ، وكأنه لذلك كان المحكي عن المحقق (ره) في بعض تحقيقاته ذلك ، وعن اللمعة والروضة أنه غير بعيد اذا كان المشتري متوقفا للأجازة ، وعن المسالك أنه لولا دعوى الاجماع عليه في التذكرة لكان في غاية القوة ، ومثله عن الرياض لكن في جواز الاعتماد على مثل هذا الاجماع المعلوم المستند تأمل أو منع ، ومن ذلك يظهر حرمة تصرف الفضولي بالتمن لأنه بلا إذن بعد ما كان الدفع بعنوان كونه مالا له لا مالا للدافع على ما عرفت في المقبوض بالعقد الفاسد .

تنبيه

فساد العقد الذي يستتبع القبض ﴿ تارة ﴾ يكون لصدوره من الفضولي ﴿ وأخرى ﴾ يخلل فيه من غير جهة العوضين ﴿ وثالثة ﴾ يكون من جهة عدم اشتماله على التعويض من الطرفين كما في : بعتك بلا تمن ، و : آجرتك بلا اجرة ، ﴿ ورابعة ﴾ من جهة كون أحد العوضين ليس مالا شرعيا مع كونه مالا عرفيا كالخمر ﴿ وخامسة ﴾ من جهة عدم كونه مالا عرفيا كالخشرات ، وقد عرفت هنا أن القبض في الاول يستتبع الضمان كما عرفت في مبحث القبض في العقد الفاسد ان القبض في الثاني يستتبع الضمان ايضا ، وكذا في الرابع لعدم الضمان باليد ،

وأما الثالث والخامس فالتبض فيها لا يستتبع الضمان لقصور عموم على اليد الوارد
مورد احترام مال المالك عن شمول صورة كون المالك في مقام الاقدام على هتك
حرمة ماله ﴿ المقام الثاني ﴾ في رجوع المشتري على الفضولي بغير الثمن مما
اغترمه للمالك أو لغيره وهو إما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن
كما لو تلفت العين وكانت قيمتها أكثر من الثمن الذي رجع به فان هذه الزيادة
يستحقها عليه المالك فإذا دفعها اليه رجع بها على المشتري ، وإما أن يكون في مقابل
المنافع المستوفاة كسكنى الدار ، وأما أن لا يكون في مقابله تقع عائد اليه سواء
أكان الاغترام للمالك كضمان المنافع غير المستوفاة أو الاعيان التالفة من صوف أو
لبن أو قيمة الولد المنعقد حراً ، أو لا للمالك كالنفقة وما صرفه في العارة أو نحو
ذلك ، والظاهر أنه لا إشكال في عدم الرجوع بشيء من ذلك إذا كان عالماً ،
وفي الجواهر : لا خلاف ولا إشكال ، لعدم الدليل والاصل يقتضي العدم ،
وأما إذا كان جاهلاً فالمعروف الرجوع على المشتري في القسم الثالث ، بل قيل إنه
اجماع ، بل في الجواهر الاجماع بتفصيله عليه ، واستدل له تارة بقاعدة : المغرور
يرجع على من غره ؛ وأخرى بقاعدة نفي الضرر ، لكن العدة في دليل الاول
النصوص الواردة في خيار التدليس المتضمنة لرجوع الزوج الى المدلس بالمهر
وبما اغترم من قيمة الولد معللاً بقوله (ع) : لأنه دلسها ، وبقوله (ع) : كما
غر الرجل وخدعه . وظاهرها الاختصاص بصورة علم البائع بالحال فلا يشمل
صورة الجهل لعدم صدق الخديعة معه ، وقاعدة الضرر تختص بصورة ترتب
الضرر على اثبات الحكم فلا تتم صورة ترتبه على عدمه — كما في المقام — فان
الموجب للضرر عدم الحكم برجوع المشتري على البائع فلا تصلح لاثبات الحكم
بالرجوع — مضافاً الى أن الرجوع على البائع بالفراصة ضرر على البائع فلا تصلح
القاعدة لاثباته . نعم تدل عليه صحيحة جميل عن ابي عبد الله (ع) في الرجل
يشترى الجارية من السوق فيولدها ثم يحبى مستحق الجارية قال (ع) : يأخذ
الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية

وقيمة الولد التي أخذت منه ، فإن حرية الولد إما أن تعد نفعاً للمشتري أولاً ، وعلى التقديرين يثبت المطلوب ، إذ على الأول تكون الدلالة بالفحوى وسكوت روايتي زرارة وزريق عن التعرض لذلك لا بهم ؛ إما لعدم كون الكلام في مقام البيان من هذه الجهة فلا مجال لتوهم المناقاة للصحيحة أو في مقام البيان فتقدم عليه الصحيحة لأنها أظهر كما لا يخفى ، ومن ذلك يظهر ضعف ما في الحدائق من عدم الرجوع على المشتري لخلو رواية زريق عن التعرض لذلك مع أنها في مقام البيان ، (وأما) القسم الثاني — أعني ما يكون في مقابله نفع عائد إلى المشتري — فالمشهور فيه الرجوع إلى البائت أيضاً . بل عن التقيج : أن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق على العمل بها فيمن قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله ، فإن المالك إذا رجع إلى الآكل بالبدل رجع الآكل إلى الباذل إجماعاً ظاهراً كما ادعاه شيخنا الأعظم (ره) ، ولا يوجد فرق بينه وبين المقام ، كما أنه ورد في الأخبار رجوع المحكوم عليه على شاهد الزور ، ولا يوجد أيضاً فرق بينه وبين المقام ، وفيه أنه إذا كان المقصود عدم وجدان الفرق بين ما نحن فيه وبين المقامين في ثبوت حكم الرجوع ، فعدم وجدانه لا يقتضي عدم وجوده وإن كان المقصود عدم وجدان الفرق في شمول دليل القاعدة فلا بد أولاً من النظر فيه ليعلم شموله وعدمه (فنقول) : قد استدلل للقاعدة تارة بقاعدة الضرر كما قد نسب إلى الرياض وإن كانت عبارته لا تساعد عليه (وأخرى) بقاعدة الائتلاف كما يقتضيه جماها مبنية على قوة السبب على المباشر ، كما هو ظاهر الجواهر في كتاب الغصب أو قاعدة الائتلاف بالنسبة إلى الغرامة الواردة على المشتري كما يظهر من شيخنا الأعظم (ره) حيث جعل من الوجوه المصححة للقاعدة كون الغار سبباً في تغريم المغرور كشاهد الزور (وثالثة) بالاجماع المحكي عن الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى ؛ (ورابعة) بالنصوص الواردة في تدليس الزوجة المتضمنة للرجوع على المدّاس بالمر وغيره معللاً في بعضها بأنه دلس ، وفي آخر بأنه غرّ وخدع ، والواردة في ضمان شاهد الزور على اختلاف مواردنا والنبوي : المغرور يرجع على من غره ،

هذا وقد عرفت أننا الاشكال في التمسك بقاعدة الضرر في المقام ، أما قاعدة
الاتلاف المبذبة على فرة السبب بالاضافة الى المباشر ففي التمسك بها (أولا) المنع
من هذه السببية في المقام اذ لم يصدر من البائع الا البيع القائم به وبالمشتري وليس
البائع سببا لغوات تلك المنافع بل المشتري المباشر بالاختيار (وثانيا) لو تم
اقتضى رجوع المالك عليه كما اختاره في الشرائع في كتاب الغصب لا رجوع
المشتري عليه كما لا يخفى ، وأما قاعدة الاتلاف بالنسبة الى الغرامة فيظهر اشكال
التمسك بها مما سبق فان خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان وهو مستند
الى الاتلاف الاختياري للمشتري وليس الاتلاف مستندا الى تسبب البائع ببيعته ،
بل مستند الى الدواعي التي في نفس المشتري كسائر الأفعال الاختيارية وليست تلك
الدواعي مستندة الى البائع — مع أن الاكتفاء بمثل هذا المقدار من التسبب في
الضمان وفي صحة نسبة الاتلاف يقتضي رجوع المالك الى البائع لا الى المشتري لأن
اتلاف مال المالك اذا كان ترتبه على البيع يوجب استثناء خسارة المشتري المترتبة
عليه الى البائع فلان يوجب استثناء خسارة المالك المترتبة عليه الى البائع بطريق أولى
لاكتفاء الواسطة بين الخسارة المذكورة وبين الاتلاف ووجودها في خسارة المشتري
وقد عرفت أن مقتضى ذلك رجوع المالك الى البائع لا الى المشتري فيرجع به
المشتري على البائع كما هو مقتضى قاعدة الغرور (وأما) الاجماع على تقديم
السبب اذا كان أقوى فع اجمال مفعده والمتيقن منه صورة صحة نسبة الاتلاف
عرفا الى السبب دون المباشر كما في الريح العاصفة الموجبة للاحراق والشمس
الموجبة لاذابة الدهن ونحوهما بما يكون المباشر بمنزلة الآلة عرفا ، وابن ذلك مما نحن فيه
أن مقتضاه ايضار رجوع المالك على البائع لا رجوع المشتري عليه بعد رجوع المالك
عليه على ما عرفت فيما سبق (وأما) الاخبار الواردة في تدليس الزوجة فالتعليل فيها
وان كان يقتضي التعدي عن موردها الى غيره مما شاركه في الخديعة والتدليس
الكنه يختص بصورة علم الغار ولا يشمل صورة الجهل كما عرفت آنفا — مضافا الى
أن الأخذ بظاهر التعليل يقتضي الالتزام بالضمان في موارد كثيرة لا يُظن بناء

الاصحاب على الضمان فيها كما لو أخبر بخبر بأن الاكل الفلاني نافع لمرض كذا
أوله فائدة كذا أو أن الموضع الفلاني فيه معدن كذا فعلم بخبره فلم
يحصل لهم الغرض المقصود فانه لا يظن الالتزام بضمان الخسارة في امثال ذلك ،
(وأما) النصوص الواردة في شاهد الزور فالتعدي عن موردها الى المقام يحتاج
الى قرينة . نعم قد يظهر من صحيح جميل عموم الحكم فقد روى عن ابي عبدالله
عليه السلام في شاهد الزور : إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وإن يكن
قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل ، لكن ظاهر موده الشهادة عند الحاكم
وترتب حكم الحاكم على الشهادة بنحو اللزوم واللابدية لوجوب الحكم على طبق
الشهادة وليس كذلك في مطلق الغرور - مع أن الظاهر من شهادة الزور الشهادة مع
العلم بالخلاف فلا يشمل صورة الجهل - مضافاً الى أن مفاد الصحيح الضمان للمالك
لا للحاكم المغرور ، وكذا مفاد ما ورد في الشهادة بالزنا فقتل المشهود عليه
وقال الشاهد : تعدت الشهادة زوراً ، وما ورد في من شهد بالسرقة فقطعت
يد المشهود عليه ثم رجع الشاهد ، وكذا ما ورد في من شهد بموت الزوج أو
طلاقه فزوجته فزوجت ثم جاء زوجها أو رجع الشاهد ، فان في بعض تلك
النصوص أن الشاهد يضمن للزوجة المهر عن الرجل . نعم في بعضها انه يضمن
الرجل لكن ليس فيه فرض غرور الرجل ، بل ظاهره الشهادة للمرأة فتكون
هي المغرورة بالشاهد وهي الغارة لزوجها الثاني لا الشاهد ، فرجوع الزوج على
الشاهد ليس من رجوع المغرور الى الغار ، بل يشبه أن يكون من الرجوع الى
السبب الاول فلاحظ « وبالجملة » : ظاهر نصوص شاهد الزور أن الضمان فيها
بالاتلاف المستند الى التسبب بالغرور لا بقاعدة الغرور ، ولذا عد في الجواهر
نصوص ضمان الشاهد في سلك نصوص ضمان السبب وان عد منها ايضاً ما دل على رجوع
المغرور ، ولعل مراده ازجوع في ضرر نفسه لا في ضرر غيره الذي ضمنه ،
وأما النبوي المشهور : المغرور يرجع على من غسره ، فسنده قاصر ولم يثبت
انجباره بعمل ومجرد الموافقة لفتوى المشهور في بعض المقامات لا يكفي في الانجبار

(والذي) يتحصل مما ذكرنا أنه لا داليل على قاعدة الغرور كالية ، وأنه يمكن استفادتها في خصوص صورة علم الغار من نصوص تدليس الزوجة ومنه يظهر الاشكال في التمسك بها في المقام على ضمان البائع مطلقا ولو كان جاهلا كالأشكال في التمسك بصحيفة جميل المتقدمة لعدم ثبوت كون موردها — أعني حرية الولد — من قبيل النفع العائد اليه ؛ بل الظاهر منه النفع المالي وليست الحرية منه كما يظهر الاشكال أيضا فيما في غصب الشرائع من بئانه على رجوع المالك الى البائع الغاصب في ضمان ما حصل للمشتري في مقابلة نفع كسكى الدار وثمره الشجرة والصوف والبن لأنه سبب الاتلاف ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة فيكون السبب أقوى كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك حكاك قولاً وجعله الأشبه ، اذ فيه أن هذا المقدار من الغرور لا يصحح نسبة الاتلاف الى الغار كي يكون الضمان عليه لا غير . نعم لو أمكن التعدي عن مورد نصوص شاهد الزور كان القول المذكور في محله لكن عرفت اشكاله — مضافا الى مخالفته لنصوص التدليس لاتحادها معها مورداً ومخالفتها لها حكماً ، كما يظهر الاشكال أيضا فيما حكاك في الشرائع قولاً آخر ونسب الى الخلاف وموضع من المبسوط والسرار وظاهر الرياض ومال اليه في الجواهر : من عدم رجوع المشتري على الغاصب مطلقا بعد رجوع المالك عليه للاصل ، وعدم جريان قاعدة الغرور في المقام إما لاختصاصها بصورة الضرر المنتفي في المقام لحصول العوض للمشتري كما في الرياض أو لاختصاصها بصورة ترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداء كالإباحة والهبة والعارية ونحوها بخلاف ترتب فعل المشتري على زعم كونه مالكا كما في الجواهر (وجه) الضعف ما عرفت من أن الاختصاص المذكور خلاف اطلاق دليلها المتقدم والفرق بين زعم المجانية والملكية بعيد جداً ، ولا يظن من الجواهر الالتزام بأن من قدم طعاماً الى شخص فأكله فتبين انه مال غيره فإن كان المقدم أخبره بأنه لنفسه أي الباذل رجع الآكل عليه للغرور وإن أخبره أنه للآكل لم يرجع عليه . ثم إنه لا فرق في رجوع المشتري الى البائع الغار له بين أن يكون تغريره بإخباره بأن العين له وبين أن يكون بمجرد

كون العين تحت يده فإن استيلاءه على العين إذا كان اماراً على كونها له كان اخباراً بالفعل لا بالقول . نعم لو قلنا بأن حجية اليد على الملكية من باب الأصل العقلائي لا بكونها اماراً عليها كان اعتماد المشتري عليها اعتماداً على غير البائع فلا يكون مغروراً من قبله ولا مجال للرجوع عليه بقاعدة الغرور لكن المبني ضعيف ، ﴿ وأما القسم الأول ﴾ فيظهر حكمه مما سبق لا شترأ كما في عدم الدليل على الضمان بالخصوص وفي جريان قاعدة الغرور وعنده (ودعوى) الفسوق بأن المشتري أقدم على ضمان العين وليس في ذلك مغروراً من قبل البائع بخلاف ما سبق ، (مندفع) بأن الاقدام إنما كان على الضمان بمقدار الثمن لا بما زاد عليه فالضمان بمقدار الثمن لا رجوع فيه على الغاصب بخلاف الضمان بالزيادة عليه لعدم الغرور في الأول وثبوته في الثاني — كما لعله ظاهر بالتأمل — ولا فرق بين أن تكون الزيادة حاصلة حين العقد كما لو اشترى ما يساوي عشرين بعشرة فتلف في يد المشتري وبين أن تكون حاصلة بعد ذلك كما لو اشترى ما يساوي عشرة بعشرة فتلف في يد المشتري بعد ما صارت قيمته عشرين ، بل الحكم بالرجوع في الثاني لعله أظهر منه في الأول لعدم مجيئ شبهة الاقدام فيه على ضمان الزيادة بخلاف الأول فتأمل ، ومنه يظهر حكم ضمان الجزء الفائت فانه يحكم بضمن العين فإن ضمنه المشتري بما يقابله من الثمن لم يرجع به على البائع وإن ضمنه بأزيد رجع به عليه لما تقدم في ضمان الزيادة وأما الوصف الفائت فلما لم يكن طرفاً للمعاوضة كان حاله حال ضمان المنساقع وانما لا شترأك الجميع في الغرور الموجب للرجوع على البائع ، فلو رجع المالك على المشتري بالعين فوجدها فاقدة لوصف رجع عليه ببذله لكونه مضموناً عليه باليد ، ورجع المشتري على البائع لكونه مغروراً من قبله ، ولا فرق بين وصف الصحة وغيره من الاوصاف في كون الجميع ليس طرفاً للمعاوضة وثبوت الارش في خيار العيب تعبدى لا لكون وصف الصحة طرفاً للمعاوضة ، ولذا لم يتعين الرجوع الى الارش فيه ، ولو كان العقد فاسداً من غير جهة الفضولية ففي رجوع المشتري بالغرامات الواردة عليه على البائع كما لو كان صحيحاً من غير

الجهة المذكورة لصدق الغرور في الجملة وعدمه لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية كانت الغرامة ثابتة أيضا لفساد العقد من جهة أخرى وجهان أقربهما الأول ، لأن الموجب للضمان القبض الجاري على مقتضى المعاملة الفاسدة والغار هو السبب في الوقوع فيها إذ لو لم يغر المشتري فآخيره أنه غاصب لما اشترى ولما وقع في القبض الجاري على ذلك الشراء المستتبع للضمان ، فالغرور هو الموضع في الضمان وقولنا : لو كان صادقا لما وقع المشتري في الضمان : إن كان المراد به أنه لو كان الواقع على طبق قوله لما وقع المشتري في الضمان فهو وإن كان صحيحا لكنه لا يُجدي في رفع الضمان عن الغار لأن الرفع للضمان عنه عدم الغرور بمعنى مطابقة قوله للواقع لا مطابقة الواقع لقوله « وبالجملة » : المعاملة الخاصة لو لم يغر البائع المشتري فيها لما اشترى لأن شراءه كان عن اعتقاد كون البائع مالكا ناشئ عن إيهام البائع وخديعته وإن كان أيضا ناشئا عن اعتقاد صحة المعاملة من سائر الجهات فمجموع الاعتقادين مؤثر في الإقدام وباعث عليه فالعلة في أحد الاعتقادين وهو الغرور علة للمجموع فيكون علة للمعاملة والقبض الجاري عليها والضمان المسبب عنه فلا حظ وتأمل .

تنبيه وتلخيص

كما يجوز رجوع المالك على المشتري بالعين ومنافعها المستوفاة أو ما يعمها وغير المستوفاة : وكذا في الزيادات من اللبن والصوف والتمر ونحوها يجوز أيضا له الرجوع على البائع بجميع ذلك فهو مخير في الرجوع على أيهما شاء لكن لو رجع على المشتري رجع هو على البائع في تدارك تلك الخسارة إن كان مغرورا من قبله ، وإلا فلا رجوع له عليه (وإن) رجع على البائع فإن كان المشتري مغرورا من قبل البائع لم يرجع البائع عليه ، وإن لم يكن مغرورا من قبله رجع البائع عليه ، أما رجوعه على كل منها فهو مقتضى اليد ، وأما أنه لو رجع على

المشتري المغرور رجع المشتري على البائع فلما عرفت من قاعدة الغرور وأما عدم رجوع المشتري غير المغرور فقتضى الأصل وأما أنه لو رجع على البائع الغار لم يرجع على المشتري فإنه لغو ، إذ لو رجع عليه رجع المشتري عليه للغرور (وأما) أنه لو رجع على البائع غير الغار رجع البائع على المشتري (فالظاهر) أنه لا إشكال فيه ولا خلاف وهذه المسألة هي مسألة تعاقب الأيدي وحكمها ما عرفت من رجوع المالك على كل من ذوي الأيدي فإن رجع على السابق رجع هو على اللاحق وإن رجع على اللاحق لم يرجع على السابق إلا مع الغرور .

تعاقب الأيدي

والكلام فيها في مقامين (الأول) حكم المالك بالاضافة الى كل واحد منهم (والثاني) حكم كل واحد منهم بالاضافة الى الآخر . أما المقام الأول ففصل الكلام فيه أن ضمان كل واحد من ذوي الأيدي المتعاقبة يلزم منه أن يكون للشيء الواحد ضمانان وضامنان لأن المضمون أن كان نفس العين لزم أن تكون العين الواحدة في ذم متعددة والواحد لا يكون في محال متعددة وإن كان البديل من المثل أو القيمة لزم أن يكون للشيء الواحد بدلان ، وأن يكون المالك ملك شيئين كل واحد منهما بدل عن ماله ، والبديل لا يقبل التعدد والتكثر والالتزام بأن البديل عن العين ليس كل واحد منهما بل أحدهما على البديل إن كان المراد به أن كل واحد منهما بدل عن العين والآخر بدل عنه فهو ممتنع لأن عنواني البديل والمبديل متضادان لا يمكن اجتماعهما في شيء واحد ، وإن كان المراد به أن البديل أحدهما المردد فذلك مما لا خارجية له إذ كل ما يفرض في الخارج فهو متعين فلا يكون مصداقاً للمردد ، وإن كان المراد أن كلا منهما بدل عند عدم ثبوت الآخر فأنه كان المراد العدم السابق لزم ثبوت البديلين معاً ، وإن كان المراد العدم المقارن لزم انتفاؤهما معاً لأن ثبوت أحدهما إما مانع أو ملازم للمانع ، وإن كان المراد أن البديل أحدهما في

ظرف عدم المطالبة أو عدم الأداء لزم ثبوت البدلين معا قبل المطالبة والأداء - مع أنها فرع ثبوت البديل فيلزم المحذور ، ويمكن أن يقال : إن ضمان العين إن كان بمعنى كونها في العهدة - كما قد يقتضيه الجود على ظاهر الموصول في النبوى : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، لظهوره في كون المأخوذ بنفسه في الذمة وأداء المثل أو القيمة إنما صار غاية للضمان بلحفاظ كونه نحو أداء للعين ولو على سبيل العناية والمجاز - فالمحذور اللازم من تعدد الضامن ليس الا لزوم وجود الأمر الواحد في الذمم المتعددة وكون الشيء الواحد في المحال المتعددة لكنه ليس بمحذور اذ لا مانع من تعدد المحل الاعتباري للأمر الواحد الحقيقي بلحفاظ تعدد الوجود الاعتباري نظير وجود الشيء الواحد في الأذهان المتعددة بتعدد صورته واعتباراته ووجوب الأداء المتوجه الى كل واحد من ذوي الذمم ليس الا كسائر الوجوبات الكفائية المتعلقة بالمكافئين المتعددين التي تسقط بفعل واحد وان صح عقاب كل واحد في ظرف عدم فعل واحد منهم ، وإن كان الضمان بمعنى كون البديل - أعني المثل أو القيمة في الذمة - بأن يكون التصرف في كلمة الموصول الواقعة في النبوى المتقدم بتطبيقه على البديل من المثل أو القيمة مع المحافظة على ظاهر الأداء المذكور في ذنبه بحمله على الأداء الحقيقي لما في الذمة والباعث على ذلك أن ما لا يمكن ادائه لا يصح اعتباره في الذمة فع التلّف لا بد أن يكون ما في الذمة هو البديل - مضافا الى ما دل على الانتقال الى القيمة في زمان التلّف ، فالمحذور ليس الا لزوم أن يكون للشيء الواحد بدلا وهو ممتنع لان البديل لا يتكرر ولا يتكرر ، لكنه إنما يلزم المحذور او كان البديل في كل ذمة حصة غير الحصة التي في الذمة الاخرى ، أما لو كان نفس البديل الواحد في الذمة نظير العين الواحدة التي تكون في ذمتين بأن يكون ما في ذمة أحد الضامنين عين ما في ذمة الآخر فالمحذور المذكور غير لازم لوحدة البديل وان تعدد محله ، وقد عرفت أن مثل هذا التمدد لا يوجب تعدد الحال (ودعوى) أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة (غير ظاهرة) اذ لا مانع من اعتبار الأمر الواحد

في الذمم المتعددة ، وقياس الأمور الاعتبارية على الحقيقية غير واضح ، بل
اللازم قياس المقام بباب تعدد الحاكم مع وحدة الحكم والمحكوم عليه فإن تعدد
ظرف الحكم بتعدد الحاكم لا يقتضي تعدد الحكم ولا المحكوم عليه ، ومن هذا
الباب الواجب الكفائي فإن الواجب على كل من المكافين أمر واحد مثلاً إذا قال :
يجب على الناس قتل زيد أو كسر الأبناء أو إراقة هذا الماء ، أو نحو ذلك مما يمنع
فيه تكرار المأمور به وتعدده فقد وجب أمر واحد على كل واحد من الناس لا أنه
وجب على كل واحد أمر غير ما وجب على الآخر لكنه ليس على التعيين بل على
البذل وعلى نحو الوجوب المشروط أو على نحو آخر كما أشير إليه آنفاً في تقريب
دفع الاشكال ، بل الواجب أمر واحد ومقتضى وحدته سقوط طلبه مع وجوده
لا أنه يجوز تركه حينئذ في إشكال بأن الواجب لا يجوز تركه ^{بما} وتحصل ^{بما} مما
ذكرنا أن كل واحد من قوى الأيدي المتعاقبة ضامن لمال المالك بمقتضى عموم
ضمان اليد وإن نسبتهم إلى العين نسبة واحدة ، فيجوز للمالك الرجوع على كل
واحد منهم فلو رجع على أحدهم امتنع رجوعه ثانياً على الآخر لحصول التدارك
لما له بدفع البذل من أحدهم فلو رجع على غيره أيضاً لم يرجع عليه بالتدارك ، بل
كان بوجه آخر والمفروض عدمه ، ومن ذلك يظهر أنه لا مانع من صحة الضمان
على طريقة الجمهور من أنه ضم ذمة إلى أخرى ، ولا من ضمان الاثنين على وجه
الاستقلال كما عن ابن حمزة في الوسيلة والعلامة (ره) في درسه الشريف كما عن
الفخر والشهيد حكاية ذلك عنه ، بل ظاهر عبارتهما موافقته بل قيل : إنهم جزموا
فيها إذا قيل للمالك : ألق متاعك في البحر وعلى كل واحد مناهضانه ، بل في
مفتاح الكرامة تطابق الفتاوى ممن تعرض له عليه (وأما) ضمان الأعيان
المضمونة فليس مما نحن فيه لوحدة الضامن لا غير ، والاشكال فيه ، بل المنع
من جماعة من جهة أن الضمان نقل ما في ذمة إلى أخرى ، والأعيان ليست في
الذمة والضمان فيها إنما هو بمعنى أن لو تلغت ثبت في الذمة مثلاً أو قيمتها فهي
مضمونة بالقوة لا أنها مضمونة بالفعل لتكون بنفسها في الذمة فضمانها قبل التلف

من قبيل ضمان ما لم يجب ، والقول بالصحة إما للبناء على صحة ضمان ما لم يجب في مثل المورد وإما للبناء على كونها بنفسها في الأئمة حتى بعد التلف - على ما عرفت - وكذا الحال في ضمان عهدة العوضين ، فإنه أيضا ليس مما نحن فيه ، بل الضامن فيه واحد لا غير ولا شكال فيه عندهم حتى لو قلنا بعدم جواز ضمان الأعيان المضمونة لاستقرار السيرة عليه في جميع الأعصار كما عن مجمع البرهان (وإما الكلام) في المقام الثاني وهو أنه إذا رجع المالك الى السابق رجع هو على اللاحق إلا إذا كان غار له فلا يرجع عليه ، وإن رجع الى اللاحق رجع هو الى السابق إذا كان مغرورا من قبله فلا يرجع اليه ، ووجه شيخنا الأعظم (ره) بأن السابق قد اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق فيكون اللاحق قد ضمن شيئا له بدل ومرجعه الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل ، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيننا من دون البدل ، وإلا خرج بدله عن كونه بدلا ، وحاصله أن يد الغاصب الاول لما استوجبت ضمان العين بالبدل فالبدل الثانية تكون واردة على عين لها بدل فضاها ضمان عين لها بدل ، وضمان ماله بدل راجع الى ضمان العين وبدلها على البدل إذ لو كان الضمان للعين تعييننا فخرج البدل عن كونه بدلا (وفيه) أن عموم على اليد إنما يقتضي ضمان المأخوذ لما سكه ، والمأخوذ إنما ينطبق على العين ، ولا ينطبق على البدل ، ودليل بدلية البدل الاول ليس ناظرا الى ضمان البدل الثانية حتى يكون مفاده كون المضمون بها العين أو بدلها الاول ، والآخر عن كونه بدلا وإنما مفاده كونه بدلا عن العين في ملكية المالك بحيث يقوم مقامها في تدارك خسارة المالك الحاصلة بتلف العين ، وهذا المعنى من البدلية لا ينافي ضمان البدل الثانية للعين تعييننا فلا يلزم منه خروج المبدل عن كونه بدلا ، ولو سلم ذلك فغايتة أن يكون مفاد دليل الضمان أن ذا اليد اللاحقة ضامن للمالك العين ببدها أو بدلها ببدها فيكون ضامنا لكل من العين والبدل على البدل ، لكن الضمان للبدل على البدل يكون للمالك كالضمان للعين فإذا استوفى المالك حقه من الاول فقد حصل التدارك وسقط الضمان عن الثاني من دون فرق بين أن يكون ضمان الاول والثاني على البدل

— كما ذكره (قده) — أو على التعمين — كما عرفت — ولا تكون نتيجة ذلك أن يكون على الثاني تدارك خسارة المالك أو خسارة الأول على البديل — كما هو المدعى — وبالمجمل : فهذا التوجيه بظاهره غريب (وفي الجواهر) وجه الحكم المذكور بأن من تلف المال في يده ذمته مشغولة بالبديل المالك وان جاز له إلزام غيره باعتبار العصب بأداء ما اشتغلت ذمته به فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية ، وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذي ادل على اشتغال ذمته متعددة بمال واحد حينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو (وفيه) أن عموم على اليد نسبته الى كل واحد من ذوي الايدي المتعددة نسبة واحدة فاما أن يكون مفاده في الجميع حكما وضعيا ، وهو ضمان المال واشتغال الذمة به أو حكما تكليفيا وهو وجوب الاداء ، والتلف في اليد لا أثر له في الضمان إذ لا دليل على سببته له ف ضمان من تلف في يده المال انما هو باليد وهي حاصلة بالنسبة الى غيره ، ولا وجه للفرق بينهما بكون الخطاب في الأول ذميا وفي الثاني شرعيا ولو سلم فقتضاه عدم جواز رجوع الغارم على من لحقه اذا لم تتلف العين في يده (وقد يوجه) أيضا بأن الأول اذا أدى العوض الى المالك فقد ملك المين الثالثة بالمعاوضة القهرية فيقوم مقام المالك في جواز الرجوع الى الايدي المتأخرة الى أن يستقر الضمان على من تلف المال في يده ولما كان اللاحق هو السبب في استقرار الضمان على السابق لم يجز رجوعه على السابق (وفيه) مع أنه لا يتم بناء على ثبوت البديل في الذمة عند التلف لأن المعاوضة إن كانت بجعل البديل في الذمة فبناء على ثبوت بديل واحد في جميع الذمم — على ما اخترناه — يلزم أن يكون كل واحد من الضمماء مالكا للمين ، وتعدد المالك مع وحدة المملوك ممتنع — مضافا الى أن أداء البديل من واحد مفرغ للجميع الذمم فلا مجال لرجوع المؤدي الى غيره ، وبناء على ثبوت البديل في إحدى الذمم على البديل فاذا رجع على واحد بعينه تعين ما في ذمته للبديلية فلا اشتغال لذمة غيره كي يصح رجوعه عليه ، ومن ذلك تعرف الاشكال في التوجيه المذكور بناء

على حصول المعاوضة بدفع البديل فإن البديل المدفوع عين ما اشتغلت به الذمم جميعاً أو على البديل فلا اشتغال بعد دفعه لا تعييناً ولا على البديل فلا موضوع للرجوع . نعم بناء على ثبوت العين في الذمة إلى حين دفع البديل يمكن تقييم التوجيه المذكور فتكون العين ملكاً للضامن الدافع للبديل فيرجع بها على غيره ، لكن يبتى الاشكال في ثبوت هذه السببية اللاحق بمجرد وضع يده على العين ولا سيما إذا كان يدفع الأول وتسليمها إليه - مع أن اقتضاء السببية كلية لجواز الرجوع غير ظاهر لعدم الدليل عليه ، ومن ذلك يظهر الاشكال في توجيه رجوع السابق على اللاحق ولو بناء على عدم المعاوضة بأن اللاحق هو السبب في ضمان السابق بمعنى استقرار العوض في ذمته اذ لو لايد انلاحق لا يمكن السابق الخروج عن تبعه الضمان بدفع نفس العين إلى المالك فلا يقع في خسارة البديل فيرجع عليه لهذا التسبب كما يرجع على الغار (وقد يوجه) بأن رجوع السابق إلى اللاحق وإن لم يكن من مقتضيات أدلة الضمان - كما سبق - لكنه من مقتضياته بحسب بناء العرف الممضى من جانب الشارع لعدم الردع عنه (وفيه) أن ثبوت ذلك عند العرف كلية غير ظاهر . نعم لا يبعد فيما لو كان اللاحق قد أخذه قهراً على السابق فالإلزام بالرجوع في غير ذلك غير واضح المأخذ « اللهم » إلا أن يكون اجماعاً لكن ثبوته بنحو يصح الاعتماد عليه في الخروج عن القواعد الأولية غير ظاهر « هذا كله » مع تلف العين أما مع وجودها فيرجع المالك على من هي في يده ، أو على من جرت عليها يده فيرجع هو على من هي في يده لعموم قوله « ع » كل مغصوب مردود ، ومقتضاء عدم الفرق بين تمكن المالك من استردادها ممن هي في يده وعدمه ، كان في الاسترداد منه كلفة أو لم يكن ، كما لو كان الغاصبان معاً حاضرين عند المالك وكان من في يده العين باذلاً لها ، (لكن) قد يشكل الحكم بالرجوع على الأول في الفرض إذا الظاهر من الرد رفع المانع عن الأخذ والمفروض عدمه . نعم لو كان الاسترداد ممن هي في يده محتاجاً إلى عمل جاز للمالك مطالبة الغاصب السابق لوجوب الرد عليه ، ولو طلب

المالك العوض على الاسترداد فهل يتعين على الغاصب السابق دفعه إليه أو يجوز له مباشرة الاسترداد بنفسه ؟ مقتضى وجوب المبادرة الى الرد الأول لأن في الثاني مزيد تعطيل للمال عن وصوله الى مالكه ، ولا مجال للرجوع الى قاعدة الضرر لنفيه فإن وجوب الرد في نفسه ضرري فيؤخذ بإطلافه . نعم اذا طلب العوض الذي يكون إجحافا على الغاصب أمكن جريان القاعدة لنفيه بدعوى انصراف وجوب الرد عنه ، ومن ذلك يظهر الحكم فيما لو لم يقدر على استرداد العين إلا المالك فإنه يجب عليه بذل العوض له على الاسترداد إلا أن يكون إجحافا على الغاصب فيتمين الرجوع الى بدل الحيثولة .

فرعائه

في الأول : إذا أبرأ المالك واحداً من ذوي الأيدي المتعاقبة فهل له الرجوع الى غيره أو لا ؟ إن ذمة الجميع وجهان لا يخلو ثانيهما من قوة لأن الحق الذي للمالك واحد سواء قلنا بثبوته في ذمة الجميع في عرض واحد أو على البدل ومرجع الإبراء عن الحق اواحد قطع العلة بينه وبين الحق فلا مجال لشوته في ذمة غير من أبرأه لأن اواحد لا يقبل أن يكون موضوعاً للعلة ولا موضوعاً لها (ودعوى) أن مرجع إبراء اواحد الى افراغ ذمته عن الحق الذي لا ينافي اشغال ذمة غيره (مندفعة) بأن الافراغ إنما يصح بقطع العلة بينه وبين الحق والا فلا سلطة للمالك على الافراغ لولا ذلك لا حدوثاً ولا بقاء لأنه من المجموعات الشرعية ، المأمور إلا أن يقال : انه وإن كان كذلك لكنه لما كان من الاحكام الارفاقية كان منوطاً بعدم إقدام المالك على خلافه فاذا اقدم المالك على افراغ ذمة الضامن المعين من دون اقدام على افراغ ذمة غيره تحقق الفراع بالنسبة اليه دون غيره ، ويساعد على هذا التعميك ارتكاز العقلاء فانهم في مقام إبراء ذمة واحد بعينه يرون لانفسهم حق الرجوع على غيره فلو قال : أبرأت ذمة زيد دون عمرو ،

لا يرون ذلك تناقضا منه والظاهر انه لا فرق بين البناء على كون الضمان في الجميع عرضيا وكونه بدليا لان جهة الارفاق بمد ما كانت موجبة لفصمور الدليل عن شمول المنصود براهه يخرج عن حيلة الضمان على كل حال (الثاني) : اذا انتقل المضمون الى اجنبي مجانا بارت أو هبة أو بموض ببيع أو صلح قام المنتقل اليه مقام المالك فيجوز له الرجوع على كل واحد من الضمنا ، واذا رجع الى السابق جاز له الرجوع الى اللاحق دون العكس - على حسب ما ذكر في رجوع المالك - ولو كان الانتقال الى أحد الضمنا جاز له الرجوع على اللاحق كالمالك ولم يحجز له الرجوع على السابق لانه لو رجع عليه رجع هو عليه ايضا فيكون رجوعه لغوا والله سبحانه العالم بحقائق الاحكام ومنه نستمد التوفيق في البدء والختام .

بيع الفضولي ماله مع مال غيره

« مسألة »

مركز تحقيقات كاتو نور علوم اسلامی

(لو باع) الفضولي مال نفسه ومال غيره صدقة واحدة « فان قلنا » بصحة البيع فيما يملك لو باع ما يملك وما لا يملك لعدم توجه الاشكالات الآتية تعين القول بالصحة هنا في مال نفسه سواء قلنا ببطلان الفضولي أم بصحته ، رد المالك أم أجاز ، إذ على تقدير البطلان - ولو للرد - يكون المقام من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك « وان لم نقل » بالصحة هناك لتوجه بعض الاشكالات المزبورة تعين القول بالبطلان هنا (وان) اجاز المالك وقلنا بصحة الفضولي بناء على النقل أو الكشف الحكمي أو الانقلابي للزوم التبعيض في المبيع حين العقد . نعم لو قلنا بالكشف على نحو الشرط المتأخر أو نحوه مما يرجع الى الصحة من حين العقد وقد أجاز المالك تعين القول بالصحة في مال نفسه ايضا ان لا تبعض في المبيع . هذا بالنظر الى الفوائد الاولى ، أما بالنظر الى الصحيح المتضمن قوله (ع) : لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشراء فيما يملك ، والاجماع المحكي عن غير واحد من المتعین

الصحة وان بني على توجه الاشكالات الآتية لعدم كونها موانع بنحو لا يمكن التشريع على خلافها ، ثم ان القول بالصحة في مال نفسه على تقدير البطلان في مال غيره انما هو من حيث ضم مال غيره الى مال نفسه لا مطلقا ، والا فلو كان مانع من غير هذه الجهة ثمين البطلان كما لو لم الربا كما لو باع ديناره ودرهم غيره بدينارين فانه لو بطل البيع في الدرهم لم يبيع ديناره باكثر من دينار وهو الربا ، وكذا لو باع عبده الا بقى بضميمة من غيره فلو بطل البيع في الضميمة لم يبيع الا بقى بلا ضميمة وهو غير صحيح . هذا وعن الاردبيلي احتمال البطلان في مال نفسه على تقدير عدم اجازة غيره في ماله لانه انما حصل التراضي والعقد على المجموع لا على الجزء فلو صح في مال نفسه حينئذ صح بلا عقد ولا تراض ، وعن الشافعي الاحتجاج للبطلان بأن اللفظة الواحدة لا يتأتى تبعضها فلما ان يغلب الصحيح على الفاسد او بالعكس ، والثاني أولى لان تصحيح العقد في الفاسد ممتنع ، وابطاله في الصحيح غير ممتنع ، ولانه لو باع درهما بدرهمين او زوج باختين حكم بالفساد ، ولان الثمن المستحق يتوزع عليهما ولا يدرى حصة كل واحد منها عند العقد فيكون الثمن مجهولا ، وقد يجاب عن الاول بأن المجموع عين الاجزاء فالرضا به والعقد عليه رضا بها وعقد عليها فينحل العقد الواحد الى العقود المتعددة بتعدد الاجزاء لانحلال موضوعه اليها لان القائم بالمتعدد متعدد ، وفيه ان الكل وان كان عين الاجزاء لكنه عينها في حال الاجتماع لا مقيداً به ولا مطلقا فالجزء الذي يكون عين الكل ويكون الرضا به رضا به والعقد عليه عقداً عليه لا اطلاق فيه يشمل حال الانفراد ، فلا بد في الجواب عن الاشكال المذكور ان يضم الى ذلك بأن العقد الوارد على الجملة تارة ينشأ عن غرض واحد قائم بالجملة فيكون المنشأ على نحو وحدة المطلوب ، وأخرى ينشأ عن غرضين أحدهما قائم بالجملة والآخر قائم بالأجزاء فيكون المنشأ على نحو تعدد المطلوب ، وحينئذ لا مانع من التفكيك بين أبعاض العقد بلحاظ أبعاض موضوعه ، كما لا مانع من تحقق الرضا بكل واحد من هذه الأبعاض ولو في حال الانفراد ، وبذلك يظهر

اندفاع المحكي أولاً عن الشافعي ، وأما ما ذكر ثانياً ففيه أنه قياس مع الفساق لا امتناع التبعض في المقيس عليه من جهة لزوم الترجيح بلا مرجح وليس كذلك في المقام ؛ وأما أشكال لزوم جهالة الثمن فغير ظاهر لعدم قدح الجهالة في مثل ذلك وإنما القادح الجهالة في المبيع التام والألفالجهالة حاصلة ولو مع الصحة في الجميع بأن أجاز غير المالك في ماله وقلنا بصحة الفضولي ، ولا يلزم الخصم بقدها حينئذ . ثم إن صحة البيع في مال نفسه بحصة من الثمن كما أن صحته في مال غيره على تقدير الإجازة أيضاً بحصة منه ولهم في معرفة الحصة والتقسيم طرق (الأول) أن يقوم كل واحد منهما منفرداً فتنسب قيمة كل منهما إلى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة فإن كان الثمن ثلاثة وكانت قيمة مال نفسه أربعة وقيمة مال غيره اثنين رجع المشتري بثلث الثمن - أعني واحداً - لأن نسبة قيمة مال غيره - أعني الاثنين - إلى مجموع القيمتين - أعني الستة - الثلث . وهذا هو المحكي عن الحق والشهيد الثانيين ، ونسب إلى ظاهر السرائر والارشاد (الثاني) أن يقوم مجموع المالكين ثم يقوم مال غيره وبعد نسبة قيمته إلى قيمة المجموع يؤخذ بتلك النسبة ، فإذا كان قيمة مصرعي الباب عشرة وقيمة أحدهما اثنين رجع المشتري بخمس الثمن ، وهذا هو المشهور المنسوب إلى الأصحاب (الثالث) أن يقوم كل منهما في حال الانضمام إلى الآخر ثم تنسب قيمة كل منهما إلى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، مثلاً إذا كان قيمة الجارية في حال الانفراد ستة وفي حال الانضمام أربعة وقيمة البنت بالعكس فجوع القيمتين عشرة ويكون لمالك الجارية أربعة وللمالك البنت ستة فإذا كانت البنت مال الغير رجع المشتري بثلاثة أخماس الثمن وإن كانت الجارية للغير رجع المشتري بخمسين منه . وهذه الطرق لا تختلف عملاً مع عدم اختلاف قيمة أبعاض المبيع بلعناظ حالي الاجتماع والانفراد (أما مع) الاختلاف فيختلف الثاني عن الآخرين لما عرفت من رجوع المشتري في مثال مصرعي الباب بخمس الثمن على الطريق الثاني وعلى الآخرين بنصفه ، ويختلف الأخير مع الأولين فيما لو كان

اختلاف القيمة بلحاظ الاجتماع والانفراد في الابعاض ليس على نحو واحد بأن كان أحدهما تزيد قيمته بالاجتماع والآخر تنقص كما في مثال الجارية وابنتها فقد عرفت انه على الأخير يرجع المشتري بثلاثة أخماس الثمن لو كانت البنت لغير البائع لكن على الأولين يرجع بخمسين منه ولو كانت الجارية لغير البائع يرجع المشتري على الأخير بخمس الثمن وعلى الأولين بثلاثة أخماسه . ثم إن مرجع تقويم كل في حال الانضمام المذكور في الطريق الثالث الى تقويم مجموع المالكين المذكور في الطريق الثاني فالطريقان يشتركان في ذلك وإنما يختلفان في انه على الثاني يكون المنسوب الى قيمة المجموع قيمة أحدهما منفرداً ، وعلى الثاني قيمة أحدهما منضماً ، ولو أريد من تقويم أحدهما منفرداً ما يقابل تقويمها جميعاً فيكون قولهم : منفرداً ، حالاً مؤكدة فلا ينافي تقويمه في حال الانضمام كما احتمله في الجواهر رجوع الثاني الى الثالث ﴿ وكيف كان ﴾ فالمتعين الطريق الثالث فإن الابعاض إنما قُرِبت بالثمن في حال الانضمام لا مطلقاً فلا بد من ملاحظته عند التقسيط فلا وجه لتقويمها في حال الانضمام كما لا يخفى ، وإشكال منه الطريق الثاني المبني على ملاحظة الانضمام في تقويمها معاً وملاحظة الانفراد في تقويم مال غيره فإنه مع توجه ما سبق عليه يرد عليه أن تقويم مال غيره منفرداً ليس بأولى من تقويم مال نفسه كذلك الموجب لكون ثمن مصراع نفسه في المثال المتقدم اثنين فيرجع عليه المشتري بأربعة أخماس الثمن لا بخمس الثمن ، بل هذا أولى لأن ما يملكه مصراع واحد منفرد لا مجتمع ، وإيضاً فقد يكون الاجتماع موجباً لنقصان القيمة بحيث تكون قيمته منفرداً مساوية لقيمتها معاً أو أزيد فلو رجع المشتري بقيمته منفرداً ربما رجع بتمام الثمن أو أكثر وهو كما ترى . هذا كله في المبيع القيمي اما المثلي فإن كان مال غيره حصة مشاعة في العين قسط الثمن على حسب نسبة الحصة فإن كانت نصفاً رجع بنصف الثمن ، وإن كانت ربعاً رجع بربعه ، وهكذا وإن كان معيناً فإن تساوت قيمة الابعاض فالحكم كما في المشاع وإن اختلفت فكما في القيمي ، ومثله ما لو كان بعضه مثلياً وبعضه قيمياً ، والله سبحانه ولي التوفيق .

بيع نصف الدار

﴿ مسألة ﴾ إذا باع من له نصف دار نصف تلك الدار فلا ينبغي التأمل في أنه يصح أن يقصد نصف نفسه ، ونصف غيره ، ونصف النصفين ، ونصفا في النصفين ولو بأن يكون ربعه — أي ربع النصف — من أحدهما ، وثلاثة أرباعه من الآخر أو ثلثه من أحدهما وثلثيه من الآخر أو نحوها ، وحيث أن علم أنه قصد البيع على أحد الأنحاء المذكورة عمل على مقتضاه ، وإن لم يعلم ذلك ، بل علم أنه قصد ما هو الظاهر من اللفظ فلا بد من تحقيق ما هو الظاهر وتعيينه ليحكم بأنه هو المراد للبائع (فالكلام) يكون في مقام الإثبات لا الثبوت « فنقول » أما النصف المضاف إلى شيء فهو وإن كان صالحا للتقييد بالإشاعة — فبراد منه النصف المشاع — والتعيين — فبراد منه النصف المعين — إلا أن جملة على الثاني يحتاج إلى قرينة خاصة بخلاف جملة على الأول فإنه يكفي فيه عدم القرينة على الثاني ، وأما الدار المضاف إليها النصف فإنها وإن أمكن أن تكون ملحوظة بذاتها بلا ملاحظة أمر زائد عليها ، وأن تكون ملحوظة بما هي مشتركة وموضوع للنصفين لكنها عند الإطلاق تحمل على الأول ، وحملها على الثاني محتاج إلى القرينة أيضا ، وحيث أنه لا قرينة على ملاحظة التعيين في النصف ولا على ملاحظة الاشتراك في الدار يكون الظاهر من نصف الدار هو النصف المشاع فيها نفسها فيكون مردداً بين تمام نصف البائع وتمام نصف شريكه وبعض النصفين على السوية أو على التفاضل ، وحيث لا مزاحم لظهور البيع في كونه لنفسه فيجب العمل عليه فيحمل على نصف نفسه كما صرح بذلك جميع من تعرض له ، بل في غصب جامع المقاصد والمسالك إرساله إرسال المسلمات ، بل عن الثاني نسبته إلى الأصحاب كما في الجواهر ، (ومما ذكرنا) يظهر أنه لا فرق بين ما نحن فيه وبين قول البائع : بعت غانما ، مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبده غيره الذي حكى عن نحر الدين الإجماع على

انصرافه الى عبده ، كما لا فرق ايضاً فيما ذكرنا بين كون البائع أجنبياً وكونه وكيلًا على بيع النصف الآخر أو ولياً على ماله ، ومن ذلك يظهر الاشكال فيما يظهر من شيخنا الأعظم (ره) : من ظهور لفظ النصف في المقام في النصف المشاع في النصفين ، ومعارضة هذا الظهور بظهور المبيع فيما يصح له فيه التصرف أو بظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه فتكون المسألة ذات احتمالين احتمال تقديم الظهور الاول واحتمال تقديم الظهور الثاني . ثم قوى أن المعارض لظهور النصف هو الظهور الاول وبني عليه الفرق بين الاجنبي والوكيل أو الولي لحكم في الأخيرين بأن العمل على ظهور النصف في المشاع في النصفين اعدم المعارض لأن النصفراجع إليغير في الوكيل والولي يجوز للبائع فيه التصرف فإن فيه مواقع للنظر ، ﴿ منها ﴾ ما عرفت من ظهور النصف في المشاع في الدار لا في النصفين ، ﴿ ومنها ﴾ أنه لا أصل لظهور المبيع فيما يصح فيه التصرف . نعم الاصل صحة التصرف لكنها لا تثبت كون البيع واقعا على ماله ﴿ ومنها ﴾ أنه لا وجه لدعوى عدم مقاومة ظهور التصرف في الاصالة عن نفسه لظهور النصف في المشاع في النصفين — لو سلم من جهة أن ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق — فإنه ان كان المراد ان ظهور الموضوع مقدم على ظهور الحكم فليس ذلك قاعدة كلية بل المدار على تقديم الاقوى على الاضعف في صرفه اليه فقد يكون ظهور الموضوع أقوى وقد يكون ظهور الحكم أقوى ولذا كان ظهور (يرى) مقدماً على ظهور (الأسد) في قولنا : أسد يرى : كما صرح (قدمه) بذلك في شرح حقيقة النقض في أدلة الاستصحاب ، وان كان المراد المطلق والمقيّد الاصطلاحيين فليس مما نحن فيه . هذا وربما كان نظير ما نحن فيه ما لو وهبت المرأة نصفاً مشاعاً من مهرها فطلقت قبل الدخول فإنه وان احتمل ان يكون للزوج نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب — بناء على أن النصفراجع الى الزوج بالطلاق مشاع في النصفين الموهوب والباقي — لكنه غير ظاهر لان الطلاق كالفسخ في رجوع نصف المهر الى الزوج فكما أن المهر الثابت للزوجة بالعقد ذات المهر كذلك نصفهاراجع بالطلاق الى

الزوج نصف ذات المهر من دون ملاحظة امر آخر ، وهو كما ينطبق على الموهوب ينطبق على الباقي ولاجل وجود المانع من رجوع الاول وعدم المانع من رجوع الثاني يتمين الثاني للرجوع الى الزوج ولا وجه للرجوع الى الفيمة « ولاجل » ما ذكرنا يشكل ما هو المشهور فيما لو أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالارث ولم يقر للآخر ثم صالح المقر على ذلك النصف كانت النصف مشانا في نصيبها فان أجاز الآخر نفذ وإن رد نفذ في الربع المختص به وبطل في الربع الراجع لشريكه ، إذ لا يخفى أن الاقرار — ولو لأجل كونه اخباراً من ذي اليد — إنما اقتضى ثبوت النصف للمقر له على نحو الاختصاص حسبما يدعيه المقر له ولا وجه للاشتراك فيه بيده وبين شريكه في سبب الملك ومجرد الاعتراف بوحدة السبب المملك لا يقتضي ذلك ، فانت كلاً من الشريكين يعترف للآخر بملك النصف كما يدعيه كل منهما وتصديق ذي اليد أحدهما دون الآخر تثبت لمدها دون الآخر لا تصديق لها في بعض الدعوى وتكذيب في بعضها الآخر وحينئذ إذا وقع الصلح على النصف المذكور كان وارداً على مال المقر له لا غير فلا يحتاج الى اجازة الآخر ، ولو صالحه على نصف المال مشاعاً انصرف البيع الى البيع عن نفسه فيختص بنصفه — كما عرفت في بيع من له نصف الدار نصف تلك الدار — ولذا قال في محكي جامع المقاصد : لقائل أن يقول : لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة لان الصلح إنما هو على استحقاق المقر له وهو أمر كلي يمكن نقله من مالكة الى آخر ، ولهذا لو باع أحد الورثة حصة من الارث صح ولم يتوقف على رضا الباقيين . انتهى (وبالجمل) اقرار المقر له باتحاد السبب المملك وأنه موجب للشركة في العين لا يقتضي الاقرار بالاشتراك في نصيبه المشاع ، بل ليس معنى الاشتراك في العين الا اختصاص كل منهما بنصيبه فالصلح عليه لا يكون صلحاً على نصيب الآخر كي يترقب نفوذه على اجازة الآخر ويكون مقتضاه الاشتراك في العرض . هذا ومقتضى ما ذكرنا انه لو كانت العين بيد اثنين فأقر أحدهما بأن ثلثها لثالث فمقتضى اضافة الثلث الى العين

ان المراد ثلث ذات العين الصالح للانطباق على الثلث من نصفه ، والثلث من نصف شريكه في اليسد ، والثلث من النصفين على السوية ، أو التفاضل فهو متردد بين جميع ذلك وليس هنا ما يرفع التردد والاجمال كما كان في المسألة الأولى من تصرف يكون الأصل فيه صدوره على انه عن المتصرف لا غير فيبقى الاجمال مستحكما الا أن تقوم القرينة على كون المراد انه له الثلث ولنا الثلاث — يعني بيننا أثلاثا — فيكون الثلث المقر به مشاعا في النصفين على السوية فيكون للمقر له في كل من النصفين سدس ، وربما تقوم القرينة على الاقرار بالثلث في نصفه كما لو قال : انا مقر بان لفلان ثلثا في الدار ، فان مقتضى كونه إقراراً أنه في ماله لا في مال غيره لكن ذلك يصح مع التفاته الى اعتبار هذه الجهة في مفهوم الاقرار ﴿ وكيف كان ﴾ فلو انكر الشريك كان ظلما للمقر له بسدس — لو صح الاقرار — فلو صالح المقر أجنبيا على نصفه كان فضوليا بالنسبة الى السدس اراجع للمقر له فلو اجاز كان له في الثمن ثلثه الموازي لسدسه ولو رد بطل بالنسبة اليه فيستحق المقر من مال المصالحاة ثلثيه . نعم لو كان الاستيلاء من كل من الشريكين على نصف معين فلو كان مثل هذا الاخبار حجة كان نصف مشتركا بين الثلاثة اثلاثا والاستيلاء يكون على ما هو ملك لهم على السوية ، اما لو كان الاستيلاء منها على المشاع كما لو قبضا على لجام دابة او رباط سفينة أو نحو ذلك فالنصف الذي يكون تحت استيلاء المقر للمقر له فيه السدس كالنصف الذي تحت استيلاء المنكر ولا اشتراك بينهما الا على النحو المذكور . نعم لو انتهى الامر الى القسمة بين المقر والمنكر فان قلنا بصحة قسمة الغاصب مع الشريك للسيرة ولأدلة الحرج — على ما حكى عن بعض الأكابر — كان للمقر له في النصف المفروز للمقر سدس فيقسمان النصف اثلاثا وان قلنا ببطلان القسمة — كما هو الظاهر — اذ لو سلم ثبوت الحرج فغاية ما يقتضيه دليل نفي الحرج جواز التصرف ، والسيرة لم تثبت ، ولو ثبتت لم تكن بنحو تكشف عن رأي المعصوم ليجب العمل عليها ، أشكل الامر في النصف المفروز للمقر بل كان باقيا بنظره على الاشتراك بينهم اثلاثا ولا يجوز تصرف المقر ولا المقر له

فيه الا بطريق المقاصة - لو اجتمعت شرائطها - وحينئذ تكون نسبته اليها على حد واحد لأن كل واحد له ثلث في نصف المنكر فاستيلاؤه عدوانا على ثلثيها في نصفه يسوغ لها التصرف في ثلثه في نصف المقر على حد سواء ، وحينئذ لو سبق احدهما الى المقاصة كان له ثلثه سواء كان المقر او غيره ، ولو ترافعا المقر له والمنكر الى الحاكم فان لم يكن للحكم موضوعية فالحكم كذلك وان قلنا بموضوعيته على نحو يتبدل الواقع بنظره وحكمه كان للمقر له سدس في نصف المقر لا غير وكذا لو اقتسم المقر والمنكر بطريق الصلح ونحوه فان مقتضى المصلحة ان يكون ثلث المنكر في النصف المفروز للمقر لا غير فلا يشاركه فيه المنكر ولو استولى المقر على النصف المذكور بلا اذن من المقر له لم يكن عاديا عليه في الثلث المذكور فيكون ثلثا النصف للمقر احدهما بالأصل والآخر بالصلح والثلث الثالث للمقر له . هذا ما تقتضيه القواعد في باب الاقرار . نعم عن المشهور بل عن الايضاح نسبته الى الاصحاب انه لو اقر احد الاخرين بثالث دفع اليه الزائد عما يستحقه وهو الثلث ولا يدفع اليه نصفه وكأنهم اعتبرت في ذلك على جملة من النصوص المستفاد منها ذلك كما احتمله في الجواهر واستظهره شيخنا الاعظم (ره) فراجع وتأمل . والله سبحانه أعلم .

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبل

مسألة ١٠ لو باع في صفقة واحدة ما يقبل التملك وما لا يقبله كأن باع خمرًا وخلًا وشاة وخزيرًا صح فيما يقبله وبطل فيما لا يقبله على المشهور بل ظاهر ما عن جامع المقاصد الاتفاق عليه وعن الغنية الاجماع عليه وتقتضيه عمومات الصحة من دون معارض وقد تقدم في مسألة بيع الفضولي مال نفسه ومال غيره دفع بعض الاشكالات الواردة في المقام فراجع ، وقد استدل له شيخنا الاعظم (ره) باطلاق صحيحة الصغار المتقدمة المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس بملك العامل لعدم القابلية

للملك ، وفيه أن ظاهر قول السائل فيها : فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له بعض هذه القرية ، السؤال عن نفوذ بيع مـا ليس بملك من حيث كونه صادرا من غير المالك فلا نظر له الى غيرها من جهات المنع لئتمسك باطلاقة فالعمدة في وجه الصحة العمومات ، وربما يقيد الحكم بالصحة بصورة جهل المشتري بالفساد اذ مع العلم به يكون المبذول بازاء ما يقبل الملك مجهولا فيبطل لكن عرفت سابقا ما فيه وأنه لا يعتبر اكثر من العلم بثمن المبيع ببيع واحد . ثم ان المراد من قولهم : لا يقبل الملك ، مجرد عدم صحة بيعه بالنظر الى نفسه وان كان يقبل الملك كالاناء المكسور وآلات القمار وأواني الذهب والفضة ونحوها مما لا يصح بيعه — مع أنها مملوكة ومضمونة على الغاصب لكونها مالا شرعا وعرفا وان قلنا يبطلان المعاملة عليها ، ومن ذلك يظهر أن بعض المبيع الذي يبطل البيع بالاضافة اليه على اقسام ﴿ منها ﴾ ما يكون مملوكا لمالكه ومالا شرعا وعرفا كالامثلة المذكورة وان كان لا يصح بيعه ﴿ ومنها ﴾ ما لا يكون مملوكا ولا مالا شرعا وان كان مالا عرفيا كالخمر ﴿ ومنها ﴾ ما يكون مملوكا ولا يكون مالا شرعا وان كان مالا عرفيا كالخمر بناء على جواز ملكها ولو للاستصحاب ﴿ ومنها ﴾ ما يكون مملوكا وليس بمال شرعا ولا عرفيا كرضاض الاناء المكسور ، ويختص الاخير بامتناع القصد الى بيعه بناء على ما عرفت من أنه مبادلة مال بمال ، وامله خارج عن محل الكلام ، فلو وقع كان ملحوظا تبعا للبيع الآخر ويكون تمام الثمن بازائه أو يكون المقصود من البيع الهبة ، أو يكون بيعه مبنيا على أنه مال ولو مع العلم بعدم كونه كذلك لما عرفت آنفاً من أنه لا مانع من قصد البائع ايقاع البيع على عنوان مفقود . ثم إن كيفية التقسيم هنا هي الكيفية المتقدمة في بيع الفضولي مال نفسه ومال غيره ، وتقويم مالا يصح بيعه لا بد أن يكون بلحاظ العنوان الذي لاحظته المشتري مصححا لبذل المال سواء أكان خطأ منه كما لو اشترى شاة وخزيراً على أنه شاة ، أم مهداً كما لو اشترى عبداً وحرّاً تشريفاً منه في كونه عبداً . فلاحظ .

ولاية الأب والجدة

﴿ مسألة ﴾ لا اشكال في جواز تصرف الأب والجدة له في مال الطفل بالبيع والشراء ، وبديل عليه — مضافا الى الاجماع — النصوص الواردة في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ما شاء ، وما ورد في جواز اتجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه بذلك ، وفيها كفاية : وأما نصوص الأخذ من مال الولد (فع) ان الظاهر منها الأخذ الخارجى لا التصرف الاعتبارى (أن) موردها الأخذ من الكبير : ومثله قوله « ص » : أنت ومالك لأبيك ، فلو وصل بها لم تكن مما نحن فيه ، بل في نصوص التقويم ما ورد في الكبير فلاحظ صحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد أهداها اليها أبوها حين زواجها ، ومصحيح اسحاق الوارد في تقويم جارية الابن والوقوف عليها إذا لم يكن قد مسها الاب ، لكن فيما تقدم كفاية ولا سيما مع اعتضاها بالاجماع ، وتأبيدها بما ورد في نفوذ تزويج الأب والجدة لولده بل استدلل بها على المقام بالفحوى ، لكن الفحوى غير ثابتة — كما أشير اليه في مبحث الفضولي — نعم النصوص الواردة في البيع والشراء مختصة بالأب والدليل على إلحاق الجدة هو الاجماع — مضافا الى ما ورد في تعليل تقديم عقد نكاح الجدة على عقد الأب من التعليل بانها وأبهاا للجدة لو أمكن العمل به في غير مورده كما هو ظاهر محكي التذكرة إذا كانا موجودين اشتركا في الولاية ، وكان حكم الجدة أولى : وحكام في مفتاح الكرامة قولاً واختاره وفي محكي تعليق الارشاد أن كلام الاصحاب في باب الانكحة يقتضيه ، وظاهره الميل اليه . هذا وينبغي الكلام في أمور .

اعتبار العدالة

§ الأول : المشهور كما قيل عدم اعتبار العدالة لاطلاق الأدلة والاعتماد فيه على الأصل غير ظاهر فإن الأصل عدم ثبوت ولاية الفاسق أو عدم نفوذ تصرفه واصله عدم اشتراط الولاية بالعدالة ان رجع الى اطلاق دليل الولاية فليس هو دليلاً مقابلاً للاطلاق ، وإن رجع الى غيره فلا أصل له ، وعن الوسيلة والايضاح اعتبارها ، وعن الأخير الاستدلال له بانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً بقبل اقراراته واخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه . انتهى (وفيه) أن مرجعه ان كان الى المانع العقلي فغير ظاهر ، وإن كان الى المانع السمي فمفهوم ، إذ المراد بنص القرآن ان كان آية النهي عن الركون الى الظالمين ، فالتمسك بها يتوقف على كون المراد من الظالم مطلق النافي ، وإن جعل الولاية نوع من الركون اليه ، وكلاهما محل تأمل كما يظهر من ملاحظة مبادئ المالكي من الوكيل والودعي وعامل المضاربة وغيرهم من الأمناء — مع أن الآية لا تشمل فعل الشارع فإن النهي والأمر لا يشمل الناعي والآمر ، والاشتراك في المفردة غير ظاهر لامكان الاختلاف ولو لوجود المزاحم — كما هو ظاهر — وقبول الاخبار والاقرار وان كان من فعل المكلف لكنه أمر آخر خارج عن مفهوم الولاية بلحفاظ نفوذ التصرف وترتب الأثر عليه فلو دلت الآية الشريفة عليه أمكن تخصيصها بقاءة : (من ملك شيئاً ملك الاقرار به) التي لا فرق في دليلها بين العادل والفاسق . ومن ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال المذكور لو كان المراد آية النبا مضافاً الى الاشكال في التمسك بها على عدم قبول خبر الفاسق .

اعتبار المصلحة في التصرف

﴿الثاني﴾ : المنسوب الى المتقدمين اعتبار المصلحة في نفوذ التصرف بل استظهر من التذكرة في باب الحجر نفي الخلاف فيه بين المسلمين ، وقد صرح به جماعة كالشيخ في المبسوط والحلي في السرائر والفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى ، وكأنه لظاهر قوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) لكن في عمومه للاب منع لعدم صدق اليتيم مع وجوده ، وحينئذ فالمرجع اطلاق دليل ولايته لكن عرفت أنه منحصراً بالاجماع الذي لا مجال للرجوع اليه مع تحقق الخلاف والنص المنحصر في رواية وصية الأب بالمضاربة في مال الولد الصغير التي لا تدل على جواز التصرف مطلقاً فان الانحياز بالمال مما جرت عليه طريقة العقلاء وبرونه مصلحة للمالك . نعم تدل على سقوط الضمان الثابت على الولي لولا الوصية وهو غير ما نحن فيه ، ورواية تفويض الجارية ، لكن ورود مثلها في الكبير مما يوهن اتمسك به في المقام ، ويقوى احتمال أن يكون له سلطنة على التصرف اراجع اليه ، نظراً ما ورد في الأخذ من مال الولد الكبير بغير اذنه فإنه وإن بني على تقييده بما دل على اعتبار أن لا يكون فيه سرف - كما في صحيح ابن مسلم وخبر ابن أبي العلاء - أو كونه بالمعروف - كما في خبر علي بن جعفر - أو كونه مما لا بد منه معللاً بأن الله لا يحب الفساد - كما في صحيح الثمالي - لكن ظهوره في عدم اعتبار الاذن لا مجال لانكاره ولا سيما بملاحظة التفصيل بين الوالد وبين الولد والوالدة فلا يمكن التعدي الى مطلق التصرف في مال الولد ولو لم يرجع اليه فلا إطلاق يدل على جواز التصرف ولو لم يكن مصلحة للولد وحينئذ فاصالة عدم ثبوت الولاية مع عدم المصلحة أو عدم نفوذ التصرف لا مانع من العمل بها - مع أنه لو تم الاطلاق الدال على جواز التصرف ولو مع عدم المصلحة فظاهر الآية اعتبار المصلحة في الجد ، وبضميمة عدم الفصل تكون معارضة للاطلاق المذكور بالعموم من وجه ، والمرجع

اصالة عدم الولاية أيضا ، واحتمال الفصل منفي بالتعليل في رواية تقديم عقد الجدة على عقد الأب فتأمل جيداً . نعم قد يأتي في ولاية غيرها ما يدل على جواز التصرف ولو مع عدم المصلحة فدلالته على الجواز في الأب بالفحوى لكنه محل تأمل واشكال . فانتظر .

مشاركة الجد للأب

﴿الثالث﴾ : الظاهر انه لا خلاف في أن الجد وان علا يشارك الأب في الولاية وان اختلف في اعتبار حياة الأب في ولاية الجد في عقد النكاح - كما عن كثير من القدماء - اعتماداً على موثق الفضل بن عبد الملك عن ابي عبد الله : إن الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز ، بناء منهم على أن مفهوم القضية الشرعية عدم جواز عقد الجد اذا لم يكن أبوها حياً ، وفيه أن المفهوم من قبيل مفهوم الوصف - كما حكاه في الجواهر عن بعض - لا مفهوم الشرط - كما اختاره فيها - لان الشرطية مسرفة لتتحقيق الموضوع فلا تفيد المفهوم ومفهوم الوصف غير ثابت وحيد فراجع اطلاق دليل ولايته من النصوص الذي منه ربما يستفاد حكم المقام ، ولو فقد الأب فهل تختص الولاية بالجد الأدنى لقوله تعالى : (وادلوا الارحام بعضهم أولى ببعض) فانه وان كان ظاهراً في نفسه في أولوية الارحام من الاباعد ويقضيها الاستشهاد به في بعض النصوص على ذلك إلا ان الاستشهاد به في بعض النصوص الآخر على أولوية الاقرب من غيره من الارحام يدل على أن المراد به ما يعم الامرين بان تكون القرابة بذاتها وبمراتبها المختلفة شدة وضعفا موجبة للأولوية ومقتضاه أولوية الجد الأدنى من الأعلى ، ولا ينافي ذلك مشاركة الأب والجد الأعلى في الولاية لا مكان أن يكون ذلك للدليل الخاص الموجب للخروج عن ظاهره فيقتصر على مورد لا غير (وفيه) أن الجهة الملحوظة في الأولوية في الآية الشريفة لا تشمل الولاية ، ضرورة عدم ثبوتها

لغير الأب والجد من الارحام ، وأن ثبوتها لها على سبيل المشاركة ولا سيما مع ملاحظة تقدم عقد الجد على عقد الأب فلا تكون الآية مرجعا فيها اصلا . نعم لما كان إطلاق دليل الولاية منحصراً بالنصوص الواردة في النكاح فإن أمكن التعمدي منه الى المقام — كما عرفت — فهو وإلا أشكل البناء على ثبوت الولاية للأبنياء إذ هو خلاف أصالة عدم ثبوتها الا ان يرجع الى استصحاب ثبوتها له قبل موت الأب فلا حظ وتأمل .

مسألة

من جملة أولياء التصرف في مال غيره في الجملة الحاكم الشرعي وهو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى { فنقول } : الولاية تتصور باحد معنيين ﴿ الاول ﴾ استقلاله بالتصرف على نحو يكفي في نفوذ تصرفه مجرد نظره بلا حاجة الى اخذ من غيره ﴿ الثاني ﴾ عدم صحة تصرف غيره بدون إذنه فيكون نظره شرطا في نفوذ تصرف غيره . هذا ولاجل أن ولايته مجمولة من قبل الشارع ، وأن من جملة ما يستدل به عليها ما دل على أنهم ورثة الانبياء كان المتعين النظر في مقدار ولاية النبي « ص » والائمة عليهم السلام .

ولاية النبي والامام (ع)

﴿ فنقول ﴾ : مقتضى قوله تعالى : (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم) ونحوه مثل قوله « ص » في رواية أيوب بن عطية : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، وقوله (ص) — في حديث الغدير — : ألت أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا : بلى قال : من كنت مولاه فهذا علي مولاه ، ثبوت الولاية للنبي « ص » والامام علي النفوس ، ومقتضى عدم الفصل والاولوية ثبوت الولاية على الاموال ايضا ،

(ودعوى) قوة احتمال الاختصاص بصورة التزام إما للانصراف ، أو لأن الولاية لا تقبل الشدة والضعف فلا بد أن يكون التفضيل مجازياً ، والمراد ثبوت الولاية عند التزام النبي (ص) وانتفاؤها عن غيره (مدفوعة) بأن الانصراف ليس بنحو يعتد به في رفع اليد عن إطلاق الكلام ، وعدم قبول الولاية للشدة والضعف غير ثابت ، وظهور الكلام يقتضيه فالعمل عليه متمين وكون المأمور من سيرتهم في الناس على حد سيرة بعضهم مع بعض من الاستثنائات من البالغة الرشيدة في تزويجها ، وبيع مال الغير بأذنه ونحو ذلك أعم لجواز عدم تعلق إرادتهم بالتصرف على نحو الاستقلال . هذا وأما الاستدلال على ذلك بما دل على وجوب اطاعتهم وحرمة مخالفتهم مثل قوله تعالى : أطيعوا الله ورسوله ... الآية ، وقوله تعالى : فليعذر الذين يخالفون عن أمره ... الآية ، ونحوه فغير ظاهر لعدم دلالة على الولاية بالمعنى المذكور فادراج مثل ذلك في سلك الأدلة كما ترى ، ومثله الاستدلال بالمعقل لحكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم - عليهم الصلاة والسلام - أولياء النعم ، أو من جهة أن الأبوة إذا اقتضت وجوب الطاعة فالنبوة والامامة أولى أن تقتضي ذلك ، فإن الدليل المذكور أيضاً يرجع إلى تحقيق وجوب الطاعة لا غير - كما لعله ظاهر - وأما ثبوت الولاية بالمعنى الثاني فقد ثبت في جملة من التصرفات كالحدود والتمزيكات والحكومات وغيرها لما ورد من أنها لأئمة المسلمين ، وتحقيق ذلك موقوف على مراجعة الأدلة الخاصة الواردة في تلك الموارد . نعم لو لم يتم الدليل على ذلك كان المرجع إما إطلاق دليل الجواز أو دليل المنع - ان كان - وإلا كان المرجع أصل الجواز ؛ إلا أن لا يصح الرجوع إلى الأصل حيث يمكن الرجوع إلى الإمام فإن الأصول الجارية في الشبهات الحكمية يتوقف العمل بها على الفحص اللازم ، ومع التمسك من الرجوع إلى الإمام يتعين الفحص بالرجوع إليه كما لا يخفى .

ولاية الحاكم الشرعي

(وأما) ولاية الحاكم فتد قبل بثبوتها اعتماداً على ما ورد في شأن العلماء مثل ما رواه في البحار عن الصدوق في الامالي وثواب الأعمال والصفار في بصائر الدرجات والمفيد في الاختصاص وفي بعضها صحيح السند وفي آخر مصحح إبراهيم بن عاصم مع تفاوت في المتن يسير : ان العلماء ورثة الانبياء ان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما ، ولكن ورثوا العلم فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر ، وما في البحار عن الغوالي عن النبي « ص » : الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا : وما عن تحف العقول عن الحسين بن علي (ع) : مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله الأمناء على حلاله وحرامه ، والمرسل في مكاسب شيخنا الاعظم : علماء أمتي كأَنْبياء بني اسرائيل ، وعن جامع الأخبار انه « ص » قال : أفتخر يوم القيامة بعلماء أمتي فأقول : علماء أمتي كسائر الأنبياء قبلي ، وفرت منه ما عن الرضوي ^{رحمته} وما عن نهج البلاغة : أولى بالأنبياء أعلمهم بما جاءوا به ، وما رواه في البحار عن الاماني والعيون ومعاني الاخبار بأسانيد مختلفة ، وعن الغوالي وصحيفة الرضا (ع) عن النبي « ص » انه قال « ص » : اللهم ارحم خلفائي ، ثلاثا : قيل : يا رسول الله ومن خلفاؤك ؟ قال « ص » : الذين يأتيون من بعدي يروون حديثي وسنتي ، وما في مقبولة ابن حنظلة : قد جعلته عليكم حاكما ، وفي مشهورة أبي خديجة : جعلته عليكم قاضيا ، والتوقيع الرفيع المروي عن اكمال الدين وكتاب الغيبة واحتجاج الطبرسي : وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وأنا حجة الله تعالى ؛ هذا ولا يخفى أن ما ورد في شأن العلماء — مع ضعف سند بعضها — قاصر الدلالة على ثبوت الولاية بالمعنى المقصود فان الاول صريح في ارث العلم ؛ والثاني ظاهر في الائتمان على الأحكام وتبليغها ، والثالث لا يخرج عن اجمال مع أن العلماء بالله غير العلماء بالأحكام الذين هم موضوع البحث ، والرابع ظاهر فيما

هو ظاهر الثاني كما يناسبه جداً التشبيه بأنبياء بني اسرائيل لا بنفس النبي (ص) ،
 ومثله الخامس ، والسادس لا يتخلو من اجمال في الاولوية - مع أن موضوعه
 الأعم المطلق لا مطلق العالم ، والسابع ظاهر في الاستخلاف في رواية الحديث
 والسنة ﴿ وبالجمله ﴾ : النصوص المذكورة ظاهرة في خصوص الوظيفة الدينية
 البحتة ، وأما الحاكم في المقبولة فالظاهر منه من له وظيفة الحكم إما بمعنى الحكم
 بين الناس فيختص بفصل الخصومة أو مطلقاً فيشمل الفتوى -- كما يناسبه العدول
 عن التعبير بالحكم الى التعبير بالحاكم - حيث قال (ع) : فليرضوا به حكماً فاني قد
 جعلته عليكم حاكماً - مضافاً الى ما يأتي مثله في المشهورة وليس له ظهور بمعنى
 السلطان أو الأمير كي يكون له ولاية التصرف في الامور العامة فضلاً عن أن يكون
 بمعنى من له الولاية المطلقة بالتصرف في النفوس والاموال (ودعوى) أن
 إطلاق الحكم الذي جعل من وظائفه يقتضي ذلك فان قولنا : زيد له الحكم ، مثل
 قولنا : زيد له الأمر ، ظاهر في نفوذ جميع تصرفاته التشريعية والتكوينية ،
 (مدفوعة) بان ذلك المعنى بأباه قوله (ع) : فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه ... الخ
 فانه ظاهر في الحكم المتعلق بفعل المكلف فلاحظ : وأشكل منها المشهورة فان جعله
 قاضياً فيها إنما يقتضي أن يكون له وظيفة القضاة من فصل الخصومة فقط أو ما يعمه
 وبعض الأمور الأخر مثل الولاية على أخذ الحق من الماثل ، وحبه ، وبيع
 ماله . والتصرف في مال القصير ونصب القيم عليه : ونحو ذلك مما ثبت كونه من
 وظائف القضاة في عصر صدور الرواية المذكورة : بل قد احتشكل في تعميمه
 لذلك من جهة خصوص مورده بالخصومة لكن يدفعه انه لو كان مختصاً بذلك لكان
 يكفي فيه قوله (ع) : اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حالنا وحرامنا ، ولا حاجة الى
 ضم قوله (ع) : فاني قد جعلته عليكم قاضياً ، فذلك شاهد بأن المراد تطبيق جعله
 قاضياً في المورد شبه الكبرى الكلية التي يكون المورد من صغرياتها (وكيف كان)
 فغاية ما تدل عليه المشهورة ان المجمول لانغميه وظيفة القاضي مطلقاً : ومن المعلوم
 أن الولاية بالمعنى الذي هو محل الكلام ليس منها (وأما) التوقيع الرفيع فاجمال

الحوادث المسئول عنها مانع من التمسك به ، إذ من المحتمل أن يكون المراد منها الحوادث المجهولة الحكم ؛ ويكون الرجوع الى الرواة لمعرفة حكمها ، ولا ينافي ذلك وكول نفس الحادثة اليه من أجل أنه لو كان المراد الرجوع في حكمها كانت المتعين التعبير بقوله : ارجعوا في حكمها الى رواة حديثنا ، وجه عدم المناقاة أنه لا بد من ارتكاب التقدير على كل حال اذ الحادثة الواقعة لا معنى لا يكال نفسها الى الغير لانه تمصيل الحاصل فالمراد إما إيكال حكمها أو إيكال الشأن اللازم فيها اليه وتعين الثاني غير ظاهر ؛ كما لا ينافي ذلك ايضاً ما يقال من ان الرجوع الى العلماء في معرفة الاحكام من البداهيات التي لا تخفى على مثل اسحاق فكيف يمكن أن يكتبه في مسائل اشكات عليه ، إذ فيه أنه يكفي في السؤال احتمال الارجاع الى صنف خاص من العلماء ولذا صدر السؤال عن ذلك من جماعة كمعبد العزيز بن المهدي : سألت الرضا (ع) فقلت : اني لا ألقاك في كل وقت فعمن آخذ معالم ديني ؟ فقال « ع » : خذ عن يونس بن عبد الرحمن ، وكعلي بن المسيب الهمداني حيث قال للرضا « ع » : شققتي بعيدة والبيت أصل البك في كل وقت فمن آخذ معالم ديني ؟ قال « ع » : من زكريا بن آدم القمي ، ونحوها غيرها كما لا ينافي ذلك أيضاً التعليل بقوله « ع » : فانهم حجتي عليكم ، فانه يناسب الامور الراجعة اليه « ع » التي هي من منصبه ، ولو كان المراد الرجوع في الحكم كان المناسب التعبير بقوله (ع) : فانهم حجة الله تعالى ، وجه عدم المناقاة أنه يكفي مصححاً للتعبير المذكور كونه واسطة في الارجاع المذكور بل التعبير بالحجة يناسب التكليف جداً اذ الحجة ما يكون قاطعاً للعذر ومصححاً للعقاب وذلك انما يكون في التكليف فانه المستتبع له كما لا يخفى ، فالتعليل من هذه الجهة على الخلاف أدل نعم ظاهر التعبير بالحوادث الواقعة أن المراد منها الحوادث الاتفاقية لا الاعمال اليومية المستمرة وتخصيصها بالسؤال يقتضي اختصاصها بالجهة المسئول عنها وتعين المرجع في معرفة حكمها مما لا يختص بها فلا بد أن يكون المسئول عنه أمراً غير الحكم ، وبقرينة الجواب يعلم ان المراد السؤال عن يقوم بشئون تلك الحوادث ،

وظائفها ، ولكن يدفعه أيضا أن من الجائز أن تكون الأعمال اليومية التي استمر عليها مما اتضح له حكمها بمراجعتها «ع» ولو بواسطة علمية ويكون سؤاله عن الحوادث الاتفاقية التي لم تكن محل الابتلاء له إلى حين السؤال التي اختصت من بين الأعمال بجهل الحكم ولذلك اختصت بالسؤال (وبالجملة) : لا ينبغي التأمل في اجمال التوقيع الشريف فلا مجال للركون إليه في اثبات الولاية في الأمور العامة للفقهاء فضلا عن صلاحيته لاثبات الولاية العامة - كما هو - محل الكلام - ومن ذلك نعرف أن التوقيع الشريف أجنبي عن اثبات الولاية بالمعنى الثاني للفقهاء . نعم مشهورة أبي خديجة تقتضي أن ما يكون من وظائف القضاة فهو من وظائف الفقهاء فلا بد من رجوع غيره إليه فيها ولا يجوز تصرفه إلا بأذنه وعليه يحتاج إلى تحقيق ما هو من وظائف القاضي وتمييزه ليجري عليه الحكم المذكور وتكون المشهورة حينئذ مقيدة لإطلاق دليل مشروعيتها في حق غير الفقهاء بصورة إذن الفقهاء له فيه . هذا لو كان دليل على مشروعيتها مطلقا وإلا فلو كان مقتضى الأصل أو العموم عدم مشروعيتها حتى بالنسبة إلى الفقهاء كانت المشهورة دليلا على المشروعية بالنسبة إلى الفقهاء وغيره بأذنه أما ما لم يثبت كونه من وظائف القضاة فلا مجال للرجوع فيه إلى المشهورة بل المرجع لإطلاق دليل مشروعيتها أو عدمها للفقهاء وغيره لو كان ، ولو لم يكن فالمرجع فيه الأصل المقتضي للجواز أو الحرمة على اختلاف المقامات . نعم لو علم بمشروعيتها في الجملة وشك في اعتبار اذن الفقهاء فإن كان مقتضى الأصل الجواز كان مقتضاه عدم اعتبار اذن الفقهاء ، وإن كان مقتضى الأصل اعتبار اذنه كما لو علم بوجوب التصرف وشك في وجوبه على جميع المكلفين كفاية أو على خصوص الفقهاء عينا كان مقتضى الأصل الثاني للشك في سقوط التكليف المتوجه إليه بفعل غيره : ولعل من ذلك التصرف في أموال الغائبين والمجانين والمعنى عليهم والأموات الذين لا ولي لهم ، وملاك المسلمين كافة كالأرض الخراجية ونحو ذلك من الموارد التي يعلم بوجوب التصرف فيها أو بمشروعيتها لئلا يلزم الفساد فانه إذا علم بالمشروعية وشك في إطلاقها أو اختصاصها بالفقهاء كان مقتضى الأصل الثاني ،

وكذا لو علم بالوجوب وشك في كونه كغائباً أو عيانياً على الفقيه فلاحظ ، وأما الروايات المتضمنة أن كل معروف صدقة وأن عون الضيف من أفضل الصدقة فهي لا تصلح لتشريع مثل البيع والشراء والزويج ونحوها من التصرف الاعتباري لأن الشك في الولاية يستوجب الشك في تحقق العون والمعرف ومع الشك في عنوان العام يسقط عن الحجية ولا يصلح لاثبات مبرءه . نعم إطلاق مثل ذلك يكفي في تشريع التصرفات الخارجية مثل حفظ عن التلف والضياع لصدق المعروف عليه قطعاً . ثم انه قد اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب كما في كلام شيخنا الاعظم (ره) بل نسبت روايته عن النبي « ص » الى كتب الخاصة والعامة : السلطان ولي من لا ولي له : والظاهر منه ثبوت الولاية لسلطان في كل ما يحتاج الى ولي والاستدلال به لما نحن فيه من ثبوت الولاية للفقيه في ذلك موقوف على عموم النيابة وقد عرفت أنه غير ثابت .

مركز تحقيقات كاتو نور علوم
ولاية العدول

مسألة : في ولاية عدول المؤمنين . قد عرفت أن مقتضى المشهورة وجوب الرجوع الى الفقيه في كل ما هو وظيفة القضاء : ومقتضى ذلك انتفاء الولاية عن غيره من سائر المكاتب عدولا كانوا أو غيرهم كما أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين صورة القدرة على الرجوع الى الفقيه وعدمها ، وأما ما لم يكن من وظائف القضاء فإن كان إطلاق يقتضي مشروعيتها ولو مع القدرة على الرجوع الى الفقيه كان هو المعتمد ، وإلا فإن كان إطلاق يقتضي المنع عنه نعين المنع عنه والا كان المرجع في مشروعيتها وعدمها الاصل المقتضي للجواز تارة والمنع أخرى من غير فرق في ذلك بين العدول وغيرهم والثقات وغيرهم . نعم ربما يعلم من مذاق الشارع رجحان بعض التصرفات التي يكون مقتضى الاصل أو الدليل عدم جوازها فيتمين العمل بالعلم وبه يخرج عن دليل المنع ، وأحتمل اعتبار اذن الفقيه ماقط

بالتعذر لأنه خلاف فيجوز لمن علم ذلك التصرف بل قد يجب اذا علم وجوبه . نعم لو احتمل اعتبار اذن العادل او الثقة مثلاً في جواز التصرف تعين الرجوع اليه كما تقدم مثل ذلك في ولاية الفقيه ، كما تقدم ايضاً أنه لو شك في وجوبه على العدل تعييداً او كفاية كان المرجع للعدل قاعدة الاشتغال ، ولغيره أصل البراءة . ولعل لذلك خص المشهور بالولاية بالعدل ، وربما يستدل لهم بصحيح اسماعيل بن سعد : سألت الرضا (ع) عن رجل مات ... الى أن قال : وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغير وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك ؟ فان تولاه قاض قد تواضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال (ع) : اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك ، لكنه بظاهره لا يخلو من اشكال لظهور القاضي الذي قد تراضوا به في القاضي الشرعي الذي له الولاية على مال الصغير مطلقاً وان لم ينضم اليه العدل اجماعاً ، وحمله على القاضي غير الشرعي لا داعي اليه — مع أنه مطلق من حيث التمكن من الرجوع الى الفقيه وعدمه ، وكون البيع بما لا بد منه لئلا يحصل الضرر وعدمه ، فالحل على خصوص صورة عدم التمكن من الرجوع الى الفقيه مع كون ترك البيع ضرراً . ثم الاستدلال به على ما نحن فيه كما ترى . اللهم الا أن يكون للاجماع أولاً به مقتضى الجمع بينه وبين ما دل على كون مثل هذا التصرف من وظائف الفقيه لا غير فيتمتعين الحل على صورة عدم التمكن منه ، ومثله في الاشكال الاستدلال بصحيح علي بن رثاب على كفاية الامانة وملاحظة مصلحة القيم قال : سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل يني ويدينه قرابة مات وترك أولاداً صغيراً وترك ممالك وغلماً ورجلاً يوصي فأتري فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد ؟ وما ترى في بيعهم ؟ قال (ع) : إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم : قلت : فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد ؟ فقال (ع) : لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم ... الحديث فان الولي القيم ظاهر في الشرعي فلا

تكون مما نحن فيه . اللهم إلا أن يكون قوله (ع) : الناظر فيما يصلحهم ، تفسيراً للقيم بقربة السؤال الظاهر في تحير السائل ، ولو كان هناك ولي شرعي لم يكن موجب للسؤال والتحير ، وأما صحيح ابن بزيع : رجل مات من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة ، فصر عبد الحميد القيم بما له وكان الرجل خلف ورثة صفاراً ومتاعاً وجواري فباع عبد الحميد المتاع فلما أراءه يبيع الجواري ضعف قلبه عن بيعه إذ لم يكن الميت صير إليه وصية ، وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنه فروج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر (ع) وقلت له . . . إلى أن قال : فقال عليه السلام : إذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس ، فجهة المائلة محتملة لوجوه كاللشيم والفقاهة والوثاقة والعدالة (وتعيين) الأخير لأن الحمل على الثالث يستلزم ثبوت البأس مع انتفائه ولو مع تعذر الفقيه ولا يمكن الالتزام به فيتمين الحمل على الثلاثة الآخر : ولأجل اختلافها بالعموم والخصوص يقتصر على الآخر وهو الأخير لأنه المتيقن (فيه) أولاً أنه لم يفرض في السؤال لأبدية البيع وحينئذ لا بأس بالالتزام بثبوت البأس في البيع مع انتفاء الفقاهة ولو مع التعذر بالحمل على فرض عدم الأبدية للبيع ، بل لعل ترك التعرض لذلك في السؤال قرينة على عدمها لأهمية دخلها في جواز البيع (وثانياً) أن الحمل على العدالة ياباه تصرف عبد الحميد بالبيع بمجرد نصب القاضي له كما يظهر من توقفه من بيع الجواري لأنهن فروج ولا ينائي ذلك ما عن بعض نسخ التهذيب من توصيف عبد الحميد بأنه ابن سالم الذي قد نص على توثيقه جماعة (أولاً) أن المحكي عن بعض النسخ خلوه عن ذلك (وثانياً) أنه لا يقتضي اتحاد مع ابن سالم العطار لجواز مغايرتها ، وليس كل مسمى عبد الحميد بن سالم مذكوراً في كتب الرجال - مع أن في توثيقه اشكالا كما يظهر من ملاحظة كتب الرجال (وثالثاً) أن الوثاقة أعم من العدالة ، ومن هنا يشكل الحمل على الفقاهة فإن العدالة شرط في ولاية الفقيه وعليه فجعل الرواية دليلاً على الاكتفاء بالوثاقة لا غير أولى لمكن موردها خصوص المنصوب من قبل القاضي فتأمل . نعم موثق سماعة : في رجل مات وله

بنون وبنات صفار وكبار من غير وصية وله خدام ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك ؟ قال « ع » : إن قام رجل ثمة فاسمهم ذلك كله فلا بأس ، دال على الاكتفاء بالوثيقة وإطلاقه يقتضي عدم الفرق بين إمكان الرجوع إلى الفقيه وعدمه ولا بديلة القسمة وعدمها ، لكن مودعه خصوص القسمة ، فالعمل بإطلاقه مع الاختصار على مودعه في محله إلا أن يقوم اجتماع على خلافه « وأما » حسنة الكامل . قلت لأبي عبد الله « ع » : إننا لدخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعه خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فأتري في ذلك ؟ قال « ع » : إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وإن كان فيه ضرر فلا ، فالظاهر منها السؤال عن تصرف الولي بالأذن في الدخول في دارهم وأكل طعامهم وشرب مائهم واستخدام خادمهم لا في تصرفهم الابتدائي فلا تكون مما نحن فيه . هذا والذي ينبغي أن يقال : أن النصوص المتقدمة بين ما يظهر منه اعتبار العدالة وبين ما يظهر منه الاكتفاء بالوثيقة والجمع العرفي بينهما وإن كان هو التقيد والعمل على الأول لكن عرفت إياه صحيح ابن بزيع عن ذلك فلا يبعد البناء على الاكتفاء بالوثيقة ولا سيما بملاحظة قربنة مناسبة الحكم وموضوعه . هذا كله بعد البناء على الغض عن بعض الإشكالات السابقة لا مكان اندفاعها بعد التأمل فلاحظ . هذا وظاهر شيخنا الأعظم (ره) حمل ما دل على الاكتفاء بالأمانة ، وملاحظة مصلحة اليتيم على صحة التصرف وجوازه واقعاً ، وحمل ما دل على اعتبار العدالة على اعتبارها على نحو الطريقة في ترتيب الأثر على التصرف بالنسبة إلى غير المتصرف فلو علم كونه التصرف على نحو المصلحة جاز ترتيب الأثر ولو كان صادراً من الفاسق (وفيه) أن الأصل في الوصف المأخوذ قيداً أن يكون قيداً للحكم الواقعي لا الظاهري — مع أن قول السائل في صحيح اسماعيل : أي طيب الشراء منه ؟ . لو كان ظاهراً في الطيب الظاهري ، وكذا قوله : أي محل الشراء ، فمثله موجود في صحيح ابن رثاب وغيره لقول السائل فيه : فأتري فيمن يشتري منهم . . . الخ وقول السائل

في موثق سماعة : كيف يصنع الورثة . . . الخ فان المراد منه ترتيب الورثة الكبار الأثر على القسمة — مع أن رواية ابن بزيغ خالية عن التعبير بمثل ذلك وظاهرة في حكم التصرف نفسه فتأمل (وبالجمل) : فهذا الجمل مما لا قرينة عليه ، ومثله في الاشكال ما يظهر منه (قد) من الفرق بين تصرف العادل وتصرف الفاسق وأنه يجوز ترتيب الأثر على الأول كالشراء منه ولا يجوز في الثاني لعدم حجية خبره ، وعدم جريان أصالة الصحة في تصرفه ، لأن الأثر لم يحمل على التصرف الصحيح ، وإنما حمل على إصلاح المال ولا يمكن احرازه بأصالة الصحة ، لأن الإصلاح من قبيل المقوم للفعل لا من قبيل المصحح فالشك فيه نظير الشك في أصل وجود الصلاة على الميت لا نظير الشك في صحتها بعد احراز وجودها (وجه) الاشكال (أولا) عدم ثبوت حجية قول العادل في المقام (وثانيا) أن الإصلاح من قبيل شرط الصحة لأنه شرط الاذن في ايقاع التصرف وليس من قبيل المقوم ، ومثله لو شك المشتري في بلوغ البائع . نعم لو كانت المصلحة شرطا في كل من الإيجاب والقبول فأصالة صحة الإيجاب لا تثبت بشرط القبول إلا بناء على الأصل المثبت ، ولعل هذا هو العمدة في عدم ترتيب أثر الصحة بمجرد تصرف الفاسق ، ومن هنا يكون الحكم في المقام أشكل من فرض الشك في بلوغ البائع لأن البلوغ إنما يكون شرطا في صحة الايقاع ، فبلوغ البائع شرط في إيجابه وبلوغ المشتري شرط في قبوله ، فبطلان قبول البالغ لا يوجب غير البالغ لبطلان الإيجاب لا لفقد شرط القبول بخلاف المقام فان تملك مال اليتيم تصرف فيه وقرب اليه ، كما أن تملكه كذلك والتصرف الخاص — أعني البيعي — قائم بكل منهما فعدم المصلحة مانع من صحة كل منهما في عرض الآخر لا في طوله ولا فرق في هذه الجهة بين العادل والفاسق . نعم لو كانت العين في يد أحدهما فبإبائها كان بيعها إخباراً فعلياً بجوازها وبكونه مصلحة فيمكن قبوله من باب إخبار ذي اليد من دون فرق بين العادل والفاسق ، ومثله في ذلك ما لو أذن المالك في بيع ماله بشرط المصلحة فان مجرد بيعه انشاء لا يكفي في صحة القبول . نعم لو كان المالك قد جعل نظير

المأخوذ طريقاً الى وجود المصلحة فالخير بان نظره أن البيع مصلحة كان إخباره حجة ؛ كما في كل ناظر فانه مؤمن على نظره يقبل خبره فيه فلو باع إنشاء كان بيعه اخباراً فعلياً عن كون نظره أن البيع مصلحة فيجوز الشراء منه لثبوت نظره ولو تعبدت فلاحظ وتأمل « وينبغي » التعرض لأمر .

تنبيهات في الولاية

﴿ الأول ﴾ أنه حيث يجوز التصرف لاحد فان كان تصرفاً خارجياً كان المجمول تكليفاً محضاً ^{لها} وان كان اعتبارياً من بيع ونحوه فالمجمول يكون حكماً وضعياً وهو السلطنة على إبقائه ؛ وحينئذ يكون المتصرف ولياً في قبالة الحاكم أو نائباً عنه ولا يظهر أمين احد المحتملين لقصور دليل الجمل عن افادة ذلك . نعم لو كان المراد النيابة عن الحاكم الموجود أو كان الجمل لتعذر الوصول اليه فإطلاق الروايات بنفيها ^{في الثاني} ^{لو سلم} ^{والحد من العدول مثلاً الى} التصدي لبيع مال اليتيم ^{﴿ مثلاً ﴾} فهل يجوز للأخر مزاحمة بان يسبقه الى بيعه فينفذ بيعه ؟ وجهان مبنيان على إطلاق دليل الولاية بنحو يشمل ذلك وعدمه فان كان المستند النص ص فلا يبعد إطلاقها وان كان المستند الإجماع أو قضاء الضرورة فلا يبعد إهمالها ؛ وحينئذ يكون المرجع أصالة عدم الولاية لا استصحاب ثبوتها قبل التصدي لأن الشك سار الى ذلك الحين لاحتمال اختصاص الولاية بالواقعة التي لا يتصدى فيها العدل فالمرجع استصحاب عدم لا الثبوت ^{﴿ الثالث ﴾} الظاهر أن الحكم المذكور يجري في أحكام الشرع فان كانت الواقعة مما ثبتت النصب فيها بدليل لفظي — كما في الوقائع التي يرجع فيها الى القضاة — جازت المزاحمة على النحو السابق ؛ وان كانت مما استفيد النصب فيها من إجماع أو نحوه لم تجز ^{﴿ ودعوى ﴾} انه لو كان المستند عموم النيابة المتضمن أن فعل الفقيه كفعل الامام ^{﴿ د ع ﴾} ونظره كنظره لم تجز المزاحمة لان نصدي الحاكم يكون كنصدي

الامام ، فتصدي الاخير يكون مزاحمة للامام وهي غير جائزة ﴿ فيها ﴾ أن موضوع النيابة هو ما يكون موضوعاً للآثر الشرعي فيختص بالتصرف نفسه كالبيع ونحوه ولا يشمل مقدماته التعريفية كالعرض للبيع ونحوه ، فلمدعى ان كان هو المزاحمة في موضوع النيابة فهو ممنوع جداً لفرض عدم وقوعه من الفقيه الاول وقد سبق اليه الثاني ، وان كان في مقدماته فلا يقدح في نفوذ تصرف الثاني لما عرفت من ان المقدمات ليست موضوعاً للنسبة كي تكون مزاحمة الثاني الاول فيها مزاحمة للامام ﴿ وأما ﴾ كون نظره كنظر الامام وأمره كأمر الامام فلا يجدي في منع المزاحمة لان اعتبار نظره وأمره من باب الطريقة لا على نحو الموضوعية فمع علم الثاني بخطأ نظره ومخالفة أمره للمصلحة لا اعتبار بأمره ولا بنظره ، فاذا أدى نظر الفقيه الثاني الى خلاف نظر الاول تعين عليه العمل بنظره ومخالفة الاول ولو كانت قد أدى نظر فقيه الى بيع المال من زيد فشرع في مقدماته فسبقه الثاني الى البيع من زيد لم يكن بيع الثاني مخالفاً لنظر الاول كي يتوجه الشبهة بأن مخالفته مخالفة لنظر الامام فلا مانع من صحته كما لا يخفى ، (الرابع) قد عرفت فيما سبق ان المشهور المدعى عليه الاجماع ظاهراً او صريحاً في كلام غير واحد اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم وان كان المتصرف اباً أو جداً فهل يعتبر ذلك في تصرف الحاكم أو العدل أو الثقة ؟ أو يكفي عدم المفسدة ؟ مقتضى الاصل الاول ، بل لعله ظاهر اطلاق قوله تعالى في سورتي الأنعام والاسراء : ﴿ ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده .

ولا تقربوا مال اليتيم . الآية

ولابأس بالتعرض لمعنى الآية الكريمة تبما لما في الجواهر وغيرها (فنقول) يقع الكلام في أمور (الأول) النهي المستفاد من (لا) الناهية يحتمل بدوياً أن يكون مولوياً ، وأن يكون ارشادياً ، وأن يكون مولوياً في مورد وارشادياً في آخر وتعيين أحد المحتملات موقوف على ملاحظة ما يأتي في الثاني في القرب الذي هو مدخول لأداة النهي ^{كأن} كان في نفسه ظاهراً فيما يقابل البعد ؛ ولكن الظاهر منه في المقام التصرف بمال اليتيم نظير قوله تعالى : (ولا تقربوهن حتى يطهرن ، والتصرف بمال اليتيم تارة يكون خارجياً مثل أكله وشربه ولبسه ونحوها وأخرى يكون اعتبارياً مثل بيعه ورهنه وإيجاره ونحوها ؛ فإن أريد الأول تعين حمل النهي على ظاهره من كونه مولوياً ، وإن أريد الثاني كان مقتضى حمل النهي على المولوي أن يكون التصرف حراماً وإن كان نافذاً شرعاً ؛ وإن حمل على الارشادي كان مقتضاه البطلان ، وإن أريد ما يعم النوعين من التصرف أمكن حمل النهي على المولوي في الموردين كما أمكن حمله على ما يعم المولوي والارشادي ولا مانع منه لأن الاختلاف بين المولية والارشادية لاختلاف الدواعي لا لاختلاف ذاتي كما لا يخفى في الثالث بعد ما عرفت من أن المراد من القرب التصرف فمحتملاته كثيرة فانه « تارة » يراد منه أقرب ما يكون الى مصداق القرب أعني أول مراتب التصرف مثل مسه ووضع اليد عليه « وأخرى » يراد ما يعمه وسائر التصرفات الخارجية « وثالثة » يراد منه ما يعم ذلك وإبقائه على حاله بترك التصرف فيه « ورابعة » يراد منه التصرف الاعتباري كالبيع ونحوه « وخامسة » يراد ما يعمه وإبقائه على حاله بترك التصرف فيه « وسادسة » يراد منه الجامع بين الثاني والرابع « وسابعة » يراد منه الجامع بين الثالث والخامس فيكون المراد منه الجامع بين التصرف الخارجي والاعتباري وتركها ، والذي يظهر من عبارة شيخنا الاعظم (ره) الاقتصار على

الاول والثاني والرابع والسابع ، ولأجل أن منصرف القرب الى الشيء هو القرب المكاني يتردد الامر بين أحد المعاني الثلاثة الاول ، سكن الثاني منها أوفق باطلاق الكلام بلا عناية فيكون هو الأقرب ، وعليه فالنهي مولوي لا غير وتكون الآية اجنبية عن التعرض لحكم التصرف الاعتباري ، وحينئذ يشكل الاستدلال بها على الصحة والبطالان — مع أن بناء الاصحاب (رضي الله عنهم) على ذلك ، ويمكن أن يكون الوجه فيه أن جعل المستثنى — التي هي أحسن — مجروراً بحرف الجر يقتضي أن يكون المستثنى منه مقدواً ومجروراً بالحرف ، مثل : (حيثية) أو كيفية ، أو نحوها فعنى الكلام : لا تقربوا مال اليتيم بكيفية إلا بالتي هي أحسن ، وحينئذ لا يكون معنى الكلام النهي عن قرب المكلف الى مال اليتيم ، بل وصل فعله به ، فالقرب بما له من المعنى غير ملحوظ كي يكون ظهوره في القرب المكاني موجبا لظهوره في التصرف الخارجي ، بل الملحوظ القرب الى المال بفعل شيء فيه ، إذ فرق بين قولنا : لا تقرب زيدا ، وبين قولنا : لا تقرب زيدا بشيء أو بفعل ، فإن معنى الاول القرب المكاني اليه ومعنى الثاني أن يوصل فعله به أو أن يفعل به شيئاً ، وحينئذ يكون مقتضى الاطلاق في المقدر المستثنى منه العموم للتصرف الخارجي والاعتباري ولا سيما وأن الإبتلاء بالتصرف الاعتباري في مال اليتيم شائع كثير ، بل لعله أكثر من غيره فتخصيص المنع بغيره بعيد جداً

﴿ الرابع ﴾ أن الاحسن اما أن يراد منه التفضيل أو مجرد الحسن ، وعلى الاول إما أن يراد الاحسن من تركه أو الاحسن مطلقاً ، وعلى الثاني فالمراد إما ما فيه مصلحة أو ما لا مفسدة فيه بناء على أنه أحد معاني الحسن ولأزم الاول أنه لو كان ترك التصرف لا حسن منه لم يحجز التصرف لعدم كونه أحسن إذ التفضيل يتوقف على الاشتراك في المبدأ والمفروض عدمه ، ومنه يظهر أن لازم الثاني أن لو فرض انتفاء الحسن في بعض التصرفات التي يدور الامر بينها لم يحجز أي تصرف يفرض لعدم الاشتراك في المبدأ ، كما أن لازم الثالث جواز التصرف الذي فيه مصلحة وإن كان غيره أصح ، ولأزم الرابع جواز التصرف إذا لم يكن فيه مفسدة

وان كان غيره فيه المصلحة الاكيدة ، ومن ملاحظة اللوازم المذكورة تعرف أن المعاني المذكورة كلها خلاف الظاهر فالمتعين حمله على التفضيل المجازي أعني ما يترجح على غيره في نظر العقلاء سواء أ كان لأن مصلحته أأكدم من مصلحة غيره أم لأن فيه مصلحة وغيره لا مصلحة فيه ، أو فيه المفسدة (هذا) ولكن الذي يظهر من حسنة الكاهلي المتقدمة جواز التصرف مع عدم المفسدة لأن الظاهر من قوله (ع) : أن كان في دخولكم . . . الخ تحقق المنفعة لهم بالدخول المساوية لما يؤكل من طعامهم لا مطلق المنفعة ولو لم تكن موازية ، ضرورة بطلان ذلك فيكون مفهومه إذا لم يكن في دخولكم منفعة موازية إما لعدم المنفعة أصلاً أو لعدم كونها موازية فذلك ضرر عليهم لا يجوز ، فالشرطية الثانية عين مفهوم الشرطية الاولى . نعم لو أريد صرف طبيعة المنفعة ولو قليلة كان المفهوم إذا لم يمكن منفعة أصلاً سواء أ كان ضرر أم لم يكن فلا يجوز . وحينئذ يكون للمفهوم فردان أحدهما مصرح به في الشرطية الثانية والآخر غير مصرح به ، ويتحقق التعارض بين الشرطيتين فيما إذا لم يكن منفعة ولا ضرر فيحتاج حينئذ إلى الجمع بينهما بحمل الثانية على الاولى ولكن المراد ليس كذلك لما عرفت ولأن مجرد عدم الضرر بالدخول غير كاف ما لم يتدارك ضرر استيفاء المال كما لا يخفى ، فالمتعين حمل الكلام على ما ذكرنا لئلا يلزم المحذور في منطوق الاولى ومفهوم الثانية فلاحظ ، وأوضح منه خبر علي بن المغيرة قلت لأبي عبد الله (ع) : إن لي ابنة أخ يتيمة فربما أهدي لها شيء فأكله منها ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول : يا رب هذا بذاء فقال : لا بأس ، وصحيح منصور عن أبي عبد الله (ع) في رجل ولي مال يتيم فقال : إن علي بن الحسين (ع) قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس ، ونحوه خبر البرنطلي ، ويستفاد أيضاً من الروايات الواردة في تفسير قوله تعالى : (وان تحالطوهم فآخوانكم في الدين) فلاحظ . نعم لو دار الامر بين تصرفين أحدهما أحسن من الآخر مثل أن يخاف عليه من التلف فيشعير ببيعته ويدور الامر بين بيعه بدينار وبيعه بدينارين لاختلاف المراضع أو الدلائل أو نحو ذلك فالنصوص

المذكورة منصرفه عنه ويتمين الأحسن عملاً بالآية « الخامس » أن قوله تعالى :
 حتى يبلغ أشده ، يراد منه — ولو بمعونة النصوص المنسرة له — البلوغ الذي به
 يخرج عن اليتم ، فلو بني على مفهوم الغاية كانت دالة على انتفاء الحكم عند البلوغ
 بناء على ما هو الظاهر من كونها غاية للحكم ، ولو بني على مفهوم الوصف كانت
 الغاية المذكورة مؤكدة لوصف اليتم في الدلالة على انتفاء الحكم بانتفائه . ثم إن
 الحكم المعني بها يحتمل أن يكون المستثنى منه فتدل على جواز القرب بغير الأحسن
 بعد البلوغ ولا مانع منه « فإن قلت » : أيضا يحرم القرب بعد البلوغ لأنه
 تصرف في مال غيره « قلت » : نعم ولكنه إذا كان باذنه فهو جائز بخلاف ما
 قبل البلوغ فإنه يحرم وإن كان باذنه ، ويحتمل أن يكون المستثنى فتدل على عدم
 جواز القرب بالأحسن بعد البلوغ ولا مانع منه فإنه تصرف في مال غيره . نعم
 يختص بصورة عدم الإذن ، وحيث أن الظاهر أن يكون غاية للحكم في المستثنى
 والمستثنى منه بلحاظ إطلاقه فكل من إطلاق حرمة القرب بغير الأحسن وإطلاق
 جوازه بالأحسن ينزه بالبلوغ ، والله سبحانه العالم .

مركز بحوث ودراسات إسلامية

بيع العبد المسلم على الكافر

« مسألة » : لا يصح بيع العبد المسلم على الكافر عند أكثر علماءنا - كما عن
 التذكرة - وعن غيرها نسبتها إلى الفقهاء تارة وإلى أصحابنا أخرى ، واستدلوا بالمرسل
 عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله (ع) : إن أمير المؤمنين (ع) أتني بعبد ذمي قد أسلم
 فقال (ع) : اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده ،
 إما لأن حرمة الإبقاء المستفادة من قوله (ع) : ولا تقروه ، تلازم عرفاً حرمة
 الشراء وحرمة تقتضي الفساد ، وإما لأن الأمر بالبيع من المسلمين يدل على اعتبار
 الإسلام في المشتري في صحة البيع فمع انتفائه تنفي « وفيه » أن حرمة المعاملة
 لا تقتضي فسادها سواء أكانت متعلقة بالسبب أم بالمسبب ، واستفادة الفساد من

النهي في أبواب المعاملات ناشئة من ظهوره في الارشاد الى المانعية وليس هــا
 كذلك ضرورة أن البيع واعطاء الثمن الى الكافر يدل على بقاء ملكيته فلا مجال
 لاحتمال زوال ملكية الكافر للعبد من حين إسلامه فضلا عن دعوى دلالة النص
 عليه فضلا عن دلالة على امتناع ملكية الكافر للمسلم حدوثنا (وأما) الامر
 بالبيع من المسلمين فإن كان مولويا فقد دل على وجوب ذلك تكليفاً ولا يدل على
 حرمة البيع من الكافرين إلا بناء على حرمة الضد فضلاً عن الدلالة على الفساد .
 نعم لو كان ارشادياً دل على اعتبار الاسلام فيمن يشتري المسلم اكراه غير ظاهر
 لقرب كون الوجه في تخصيص البيع بالمسلم الفرار عن المحذور اللازم من البيع على
 الكافر وهو وجوب بيعه ثانياً أو الوقوع في الحرام بناء على دلالة النص السابق
 على حرمة تملك الكافر للمسلم حدوثنا وبقاء ضمن الامر والنهي على الارشاد الى
 الجزئية أو الشرطية والمانعية في باب المعاملة مشروط بأن لا يكون ما يصلح للقرينة
 على الخلاف كما في المقام ؛ واستدل له أيضاً بقوله تعالى : (وان يجعل الله للكافرين
 على المسلمين سبيلاً) فان ملكية الكافر للمسلم سبيل عليه فلا يكون مجمولاً ،
 وفيه : أن الحمل على ذلك يستلزم دلالتها على خروج عن الملك بمجرد
 الاسلام وعلى عدم تملكه بالارث ، وبناء الأصحاب على خلاف ذلك يؤدي الى
 تخصيص الآية بغير ذلك وهي آية عن التخصيص ؛ وايضاً فإن لازم ذلك الانعتاق
 على المشتري بناء على عدم دخول الملك في مفهوم البيع لا بطلان الشراء من أصله
 ولذا قيل في شراء الغريب المسلم بذلك ولم يمنع أصل الشراء — مع أن مفهوم السبيل
 للملكية غير ظاهر فإن السبيل الى شيء غير السبيل عليه ؛ والاول ظاهر في الوصول
 الى ذاته والاستيلاء عليه ، والثاني ظاهر في القدرة على التصرف به ، والملكية
 من قبيل الاول لا الثاني فحمل الآية على الثاني متعين فتسدد على نفي السلطنة على
 التصرف بالمسلم كما هو ظاهر النص المتقدم المتضمن للامر ببيعه بدون استثناءات
 مالكة وعدم توجيه الامر بالبيع اليه ؛ ولأجابه يتمين الخروج عن عموم قاعدة
 سلطنة الناس على أموالهم . نعم منصرفها السلطنة المستوجبة لنوع من المهانة لا

مطلقاً كما سيأتي ، وأما ما ورد في تفسيرها من أن المراد نفي الحجة فلا مجال للعمل به بعد اعراض الاصحاب عنه ، وأما جملة على التفسير بالباطن بنحو لا يمنع عن العمل بظاهر الآية فمحتاج الى دليل والافو خلاف ظاهر دليله . نعم سياق الآية الشريفة ظاهر فيما يتعلق بأمر الآخرة فإن ما قبلها قوله تعالى : (فإله يحكم بينهم يوم القيامة) والنفي فيها كان باداة الاستقبال ولو لا ذلك كانت دلالتها على نفي القدرة على التصرف فيه مما يكون سبباً عليه عرفاً مما لا ينبغي التأمل فيها كما لا يخفى وتكون حينئذ مقيدة لاطلاق قاعدة الساطنة على المال وإن كان بينهما عموم من وجه ، فإن لسانها لسان أدلة المناوين الثانوية ولذا كانت مقدمة عليها عرفاً وليس تقديمها عليها من باب الحكومة إذ ليس فيها تعرض للقاعدة بوجه ، ولا بد في صدق الحكومة من ذلك ﴿ أما ﴾ الرجوع الى استصحاب الصحة في بعض الموارد كما لو كان كفر المشتري مسبوقاً بالاسلام أو اسلام العبد مسبوقاً بالكفر ثم التعدي الى غيره من الموارد بعدم القول بالفصل فلا مجال له ﴿ أولاً ﴾ لأنه من الاستصحاب التعليقي وفي جويانه اشكال محذور في محله ﴿ وثانياً ﴾ من جهة أن عدم القول بالفصل لا يجدي في نفي الفصل ما لم يكن اجماع على عدم الفصل — مع أن عدم الفصل بين الموارد في الاحكام الواقعية لا يجدي في التعدي ما لم يكن عدم الفصل في الاحكام الظاهرية لجواز التفكيك في جريان الاصل بين المتلازمات إلا بناء على القول بالاصل المثبت فإن استصحاب الصحة التعليقي يكون مقدماً على استصحاب الفساد التنجيزي بناء على كون الاول سببياً والثاني مسببياً — كما هو مبنى القول بحجية الاستصحاب التعليقي — لكن عرفت الاشارة الى الاشكال فيه . ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا بين البيع وغيره من أسباب الملك الجملي كالوصية والهبة والصلح وغيرها .

أجارة المسلم على الكافر

وهل يجري ذلك في ملك المنافع كالأجارة فلا تصح أجارة المسلم على الكافر - كما عن ظاهر القواعد والابضاح - أو تصح أجارته عليه - كما عن التذكرة وغيرها - أو تفصيل بين وقوع الأجارة على النعمة وغيرها فتصح في الأول - كما عن جامع المقاصد والمسالك وغيرها - دون الثاني أو تفصيل بين الحر فتصح وغيره فلا - كما عن ظاهر الدروس - وجوه وكأن وجه الثاني المنع من صدق السبيل بمجرد منع العمل خارجاً أو في النعمة عليه لانصرافه إلى السبيل المطلق ، وفيه منع الانصراف المذكور ولا سيما بملاحظة كون السبيل نكرة في سياق العموم ، ووجه الثالث أن العمل في النعمة كالدين الذي لا اشكال في جواز ثبوته للكافر في ذمة المسلم كضمن الذمية وكالمبيع سلفاً والبذل في الضمانات وغير ذلك بخلاف العمل الخارجي فإن أجارته تستوجب السبيل عليه ، باستثنائه ، وكأن وجه الرابع إما انصراف الآية - بمناسبة ورودها مورد الامتنان - إلى نفي الجمل الابتدائي فلا يشمل صورة إقدام المسلم على ذلك بأجارة نفسه باختياره أو لأن الاستيلاء على الحر لا يكون بالأجارة لأنه لا يكون تحت اليد بخلاف العبد لأنه يكون تحت اليد فأجارته من الكافر تستوجب استيلاءه عليه فينتفي بنفي السبيل ، ولأجل ذلك قيل بأن حقيقة أجارة الحر تمليك الانتفاع لا المنفعة من جهة أن تمليك المنفعة يستدعي تسليمها بتسليم العين والحر لا يقبل ذلك « وفيه » أنه لا فرق بين الحر والعبد في إمكان دخوله تحت اليد ، وأما عدم ضمان الحر فليس لأنه لا يكون تحت اليد بل لعدم كونه مالا لغيره كما تقدم في بعض المباحث السابقة - - مضافاً إلى أن الأجارة لا تقتضي الدخول تحت اليد مطلقاً ، ولأجل ذلك تعرف الاشكال في دعوى كون أجارة الحر تمليك الانتفاع - مع أن الانتفاع أيضاً يتوقف على قبض العين فيعود المحذور ، وإيضاً فإن الانتفاع فعل المستأجر فكيف يكون تحت سلطان المؤجر لملكه للمستأجر

وايضاً فان التفكيك بين اجارة الحر والعبد خلاف المرتكز العرفي ، ويرد على ما قبله أن مقتضى ذلك جواز اجارة العبد باذنه وعدم جواز اجارته بغير اذنه كما لو كان قد آجر نفسه لغيره فيؤجره المستأجر لثالث ، ويرد على ما قبله أن الدين المستوجب للسلطنة على المطالبة اذا لم يكن منقياً بالآية الشريفة لعدم انصراف السبيل اليه فلم لا يكون العمل كذلك ؟ والفرق بين كون المملوك في الذمة أو في الخارج غير فارق { فالتحقيق } : أن السبيل المنفي ما كان موجبا لمذلة المسلم ومهانة عليه لا مطلقا فاذا لم تكن الاجارة موجبة لذلك صحت بلا مانع من دون فرق بين كونه في الذمة او في الخارج كما لو استأجره لخياطة ثوبه ، وإن كانت موجبة له كما لو استأجره على أن يكون تحت يده وفي قبضته وتحت سلطانه وسيطرته ونحو ذلك مما كان مهانة على المسلم كان اللازم البناء على فساد الاجارة لو كان مفاد نفي السبيل نفي موضوع السلطنة كما سبق وإلا كان اللازم البناء على نفوذ الاجارة وانتفاء السلطنة وإن وجب على الاجير العمل عملاً بمقتضى الاجارة « والكلام » في العارية بعينه الكلام في الاجارة في التفصيل بين اقتضاءها كون العبد تحت سلطان الكافر وقبضته فلا تصح ، وبين عدم اقتضاءها ذلك كما لو استعار الكافر لخياطة ثوبه ونحوها فتصح .

ارتهاان المسلم عند الظاهر

« وأما » ارتهاان عند الكافر فلا يظهر ثبوت السبيل فيه عليه حتى لو كان قد شرط فيه أن يكون تحت يده لأن مجرد ذلك لا يعد سبيلا عليه ، والسلطنة على استيفاء دينه منه بتوسط بيع الحاكم أو المالك ليس سبيلا عليه بل على المالك وكذا منع المالك عن التصرف فيه وأوضح منه في الجواز استيداعه عند الكافر اذ هو لا يقتضى الا جمعه في يد الكافر بداعي حفظه وليس ذلك من السبيل عليه .

وقف المسلم على الظاهر

« وأما » وقف العبد المسلم على الكافر فالظاهر جريان التفصيل المتقدم في الاجارة والعارية فيه بعينه ، ثم إن الظاهر من المسلم في الرواية ما كان بالمعنى الأعم المقابل للكافر فيعم جميع فرق المسلمين حتى الناصب والغالي ، وأما ما ورد في كفر الناصب والغالي فالظاهر منه الكفر بلحاظ الآثار الاخرية نظير ما ورد في كفر المخالف ، والتعجاسة وحلية المال أعم من الكفر فلا يدلان عليه ؛ وكذلك ظاهر نفي السبيل فإن الظاهر من المؤمن فيها ما يقابل الكافر ولا سيما بملاحظة زمان نزولها إذ المراد بالإيمان حينئذ الاقرار بالشهادتين ، ويشهد بما ذكرنا رواية جرير قال « ع » فيها : والاسلام ما ظهر من قول وفعل وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلها وبه حققت الدماء وعليه جرت الموارث وجاز النكاح واجتمعوا على الصلاة والزكاة والصوم والحج فخرجوا بذلك من الكفر وأضيفوا الى الإيمان . . . الحديث ، ونحوه غيره لا أقل من الاجمال المفتضي لارجوع الى صومات الصحة ، ومن ذلك يُشكل إلحاق الناصب والغالي بالكافر فيما نحن فيه ، ومن ذلك يظهر لك الحكم في المخالف فإنه لا يلحق بالكافر « وأما » اطفال الكفار فالخافهم محل نظر لعدم صدق الكافر عليهم ولو كان بمعنى عدم الاسلام لتقابلها تقابل العدم والملئكة لا تقابل النقيضين . نعم لا يبعد ذلك في الطفل المميز ، ومن ذلك يظهر لك النظر في إلحاق اطفال المسلمين بهم فتأمل جيداً .

موارد الاستثناء من بيع المسلم على الكافر

« هذا » وقد استثنى من الحكم المذكور موارد ﴿ منها ﴾ ما اذا كان الشراء موجبا للانعتاق لكون المشتري قريبا فعن النهاية و السرائر والمتأخرين كإفاد الجواز إما لأن الشراء في المقام لا يستوجب ملكا بناء على ما عرفت في تعريف البيع من أن الملك ليس من مقومات البيع : ولأجل أن القريب لا يملك قربه كذا نتيجته المباعدة بين المالكين الالعتاق على المشتري واذا لا ملكية لا مجال لأعمال آية في السبيل ، وإما لأن الشراء وإن استوجب الملك كما يقتضيه ظاهر النصوص الواردة في عدم ملك القريب المتضمنة قولهم « ع » : اذا ملكوا عتقوا واذا ملكن عتفن ، إلا أن الملكية آتيا بالملحوق بالانعتاق ليست من السبيل المنفي لانصرافه الى الملكية المستقرة ، ولو قيل بأن السبيل المنفي هو السلطنة لا نفس الملكية فارادى لا يكون المورد منه لأن السلطنة التي لا يمكن اعمالها لعدم قرار موضوعها ليست مهانة بوجه فلا تكون منفية كما سبق ، ومن ذلك تعرف ضعف ماعن المبسوط والقاضي من المنع لأن التملك سبيل ﴿ ومنها ﴾ ما لو أقر الكافر بحرية العبد المسلم فاشتراه فإن الاقرار يستوجب المنع من التصرف فيه فلا يكون له سبيل ، ويشكل بالعلم التفصيلي ببطلان البيع إما بحرية العبد أو لكفر المشتري ، وإجمال السبب لا يقدح في وجوب العمل بالعلم المذكور ، ومجرد المنع الظاهري عن التصرف أخذا بالاقرار لا يوجب انتفاء السبيل واقعا كي يرتفع العلم التفصيلي كما لا يخفى . نعم لو كان المنفي هو السبيل الظاهري فلا سبيل عليه حيثئذ لكنه خلاف ظاهر الآية الشريفة « واشكل » من ذلك دعوى صحة البيع على تقدير كذب الاقرار لامكان ادراجه في المعاملة الاستثنائية فإنه ثبت في الشريعة صحة هذا النحو من المعاملة فليكن المقام منه كما لو اشترى المسلم مسلما من كافر استرقه ، إذ فيه أن البناء على ذلك مناف لما دل من الاجماع

والنصوص على عدم صحة بيع الحر وثبت ذلك في مورد لدليل لا يسوغ التعدي منه الى غيره - على أنه غير ثابت والمعاملة في المثال المذكور صورية لاجل الاستنقاذ والبناء على صيرورة المال المذكور فيئاً للمسلمين لو اغتتموه من الكافر لو تم لا يوجب كونه ماله شرعاً ، بل يجوز أن يكون لمعوم ما دل على كونه المقتنم للمقاتلة فراجع ﴿ ومنها ﴾ ما لو قال الكافر المسلم : أعتق عبدك عني ، بناء على اعتبار ملك المعتق عنه في صحة العتق فإن انشاء عتق المسلم وإن كان يقتضي ملك الكافر له لكن لما كان الملك ملحوقاً بالعتق جرى فيه الكلام المتقدم في الأمر الاول من أن الملكية غير المستقرة ليست من السبيل المنفي وكذلك ما تستتبعه من السلطنة ، ومنه يظهر ضعف ما عن المبسوط والخلاف من المنع فيه لما ذكر في الاول ، كما من ذلك يظهر الاشكال في استيضاح الجواز في الاول والتوقف هنا على ما يظهر من كلمات شيخنا الاعظم (ره) . نعم لو كانت الوجه في صحة الشراء في الاول عدم اعتبار الملكية في مفهوم البيع كما سبق أمكن التفكيك بينهما في وضوح الجواز وعدمه لحصول الملكية في الثاني دون الأول فلاحظ ﴿ ومنها ﴾ ما لو اشترط البائع عتقه فإن الجواز محكي عن الدروس والروضة فإن كان الشرط بنحو شرط النتيجة فهو في محله -- على ما عرفت في المورد الثالث -- وإن كان بنحو شرط الفعل ففيه نظر لأن الملكية القابلة للاستدامة نوع من السبيل ومجرد وجوب العتق عملاً بالشرط لا يخرجها عن السبيل المنفي والا تعين القول بجواز البيع بلا شرط لوجوب بيعه على غيره ولا فرق إلا في أن وجوب العتق مع الشرط من نواجع الحق الحاصل بالشرط ومع عدم الشرط حكم تكليفي محض ولا يكون ذلك بفارق بعد الاشتراك في ثبوت الملكية المستقرة لو لا الوجوب فتأمل جيداً « هذا » كانه حكم الملك الابتدائي الجملي « أما » الملك الابتدائي القهري فإن كان بالارث فالمعروف فيه الجواز ، بل عن جامع المقاصد الاتفاق عليه ، وبقتضيه عموم دليل الارث من دون معارض لما عرفت من الاشكال في دلالة آية نفي السبيل على عدمه في السبب الاختياري فضلاً عن المغام -- ولو تمت دلالتها على ذلك فقد

عرفت أنها مقدمة على عموم أدلة الموارث ، ومقتضى ذلك انتقال الارث الى غير الكافر ممن كان في طبقة لاحقة ولو كان الامام ، إذ لا فرق بين عدم وجود الكافر ووجوده الممنوع من الارث ، فكما يجري ما ذكرنا في الاول يجري في الثاني ، ومن ذلك يظهر الاشكال في دعوى التعارض بين عموم الارث وآية نفي السبيل والتساقط ، ثم الرجوع الى أصالة بقاء الرقية ، لما عرفت من أن المقام مما يتعين فيه الترجيح الدلالي الذي هو مقتضى الجمع العرفي - مضافا الى أنه لا مجال لاستصحاب الرقية إلا بناء على جريان الاستصحاب في القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي فإن الرقية للموروث زالت بالموت والرقية المحتملة حدوثها الرقية للوارث والاصل عدمها ، إلا أن يقال : ثبوت الملكية للوارث بمنية كونه قائما مقام الموروث في نظر العرف فتكون ملكيته عين ملكيته عرفا وإن كانت وجوداً آخر دقة فتأمل . هذا وإذ عرفت أنه لا مانع من ارث الكافر للمسلم لعدم دلالة الآية على خلافه لعرف أنه لا فرق بينه وبين غيره من الملك القهري الذي لم يكن بانشاء وتجعله سيواً أم كان بسبب اختياري كما لو زوج أمته من عبده فاسلم فوطئها وانعقد منها الولد ، فإن الولد محكوم باسلامه ومملوكيته للمولى الكافر قهراً بسبب التزويج الاختياري أم بسبب قهري كما لو وطئ عبده المسلم أمته شبهة لاشتراك الجميع في عموم دليل الملكية من دون معارض (ثم) إنك عرفت سابقاً أن مقتضى رواية حماد المتقدمة المتضمنة لقوله (ع) : اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا اليه ثمنه ولا تقروه عنده ، بقاء العبد على ملك الكافر وأنت . ولاية بيعة لغيره فانه مقتضى اطلاق الامر بالبيع لغيره وحمله على صورة عدم اقدام المولى على بيعه لا قرينة عليه ، ومن ذلك يضعف القول بأن ولاية البيع للمولى فإن امتنع وجب اجباره . اللهم إلا أن يدعى عدم صلاحية الرواية لاثبات ذلك لضعف سندها بالارسال وعدم ثبوت الجابر ، والآية منصرفة عن مثل السلطنة على البيع المؤدي الى الخروج عن ملك الكافر فتأمل ، كما يظهر أيضا ضعف ما عن الايضاح من خروجه عن ملك المولى بمجرد الاسلام وإن بقي

له حق استيفاء الثمن اذا خرج عن ملك المولى مانع من رجوع الثمن في البيع اليه .
 إذ الثمن انما يرجع الى مالك المبيع — مع أن الخروج عن الملك إن كان بمعنى
 صيرورته حراً فكيف يباع ويملكه المشتري وإن كان بمعنى صيرورته رقاً بلا مالك
 فهو — لو كان معقولاً — غريب ؛ ولو تولى البيع الحاكم الشرعي أو المولى — بناء
 على جوازه — فهل يثبت الخيار مطلقاً عملاً بأدلة وقصور آية نفي السبيل عن شمول
 الملك كما عرفت (أولاً) مطلقاً بناء على تمامية دلالتها على نفي الملكية (أو) بفصل
 بين الخيار المستفاد من أدلة نفي الضرر كخيار الغبن والعيب فيبنى على ثبوته لغو
 أدلة نفي الضرر على نحو لا تقوى الآية الشريفة على تقييدها وبين غيره فيعيد بها
 دليلاً (أو) بفصل بين أن يكون المتضرر المسلم فيبنى على ثبوت الخيار حيثئذ
 وبين غيره ولو تضرر الكافر لأن ضرر الكافر مستند الى كفره الاختياري فلا
 يكون منقياً (أو) بفصل بين أن يقال بأن الزائل العائد كالذي لم يزل فيبنى على
 ثبوت الخيار لأنه لا يكون انملك حدوثياً بل بقائياً فلا تشمله آية نفي السبيل وبين
 القول بأنه كالذي لم يمد فلا خيار لأنه تملك حدوثياً ؟ (والجوه) وبمضها أقوال
 أقواها الأول بناء على ما عرفت من عدم دلالة الآية إلا على نفي السلطنة ولا تدل
 على نفي الملكية ، ولو سلم ذلك تعين الثاني (وأما الثالث) فوجهه أن أدلة نفي
 الضرر حكمة على أدلة الاحكام — ومنها دليل نفي السبيل — وليس نسبة دليل
 نفي السبيل الى دليل نفي الضرر كنسبته الى أدلة الاسباب حتى يكون تقديمه عليها
 موجبا لتقديمه على دليل نفي الضرر أيضا ، بل النسبة هنا على العكس اذ هو
 محكوم لأدلة نفي الضرر كغيره من أدلة الاحكام (وفيه) أنك عرفت أن الوجه
 في تقديم دليل نفي السبيل بناء على أن المراد منه السلطنة كونه من قبيل دليل
 العنوان الثانوي ، والقاعدة من قبيل دليل العنوان الاولي ، والجمع العرفي بينهما
 يقتضي حمل الاول على الحكم الاولي والثاني على الثانوي (وأما الوجه) في تقديمه
 على أدلة الاسباب — بناء على أن المراد من السبيل ما يشمل الملكية — فهو أن أدلة
 الاسباب لا نظر فيها الى احراز قابلية المحل ، ودليل نفي السبيل ناف للقابلية

فيعمل بدليل نفي السبيل لنفي القابلية ، ويعمل بدليل السبب على تقدير احراز القابلية بلا تناف بينهما ولا تعارض أصلا ، ومن ذلك تعرف أن أدلة نفي الضرر إنما تصالح للحكومة على أدلة اللزوم فيثبت بها الخيار ولا تصالح أن تكون حاكمة على أدلة نفي السبيل بنحو يثبت بها القابلية لأن شأنها الاثبات لا النفي فدليل نفي القابلية بحاله وحينئذ لا يجدي نفي اللزوم في صحة الفسخ ورجوع العبد الى الكافر كما لا يخفى (ثم) إنه لو فرض صلاحية دليل نفي الضرر للحكومة على دليل نفي السبيل بنحو يثبت به السبيل فلا فرق بين ضرر المسلم والكافر فككون الكافر اختياريا لا يقتضي اقدامه على الضرر كي لا يتجه جريان دليل نفيه ، ومجرد كون الحكم الشرعي ناشئا من فعل اختياري غير كاف في رفع اليد عن دليل نفي الضرر ولا في حصول الاقدام على الضرر ، إذ الاول خلاف إطلاق الدليل ، والثاني خلاف الوجدان (ومنه) يظهر ضعف الوجه المتقدم للاحتمال الرابع (واما الاخير) ففيه أنه بعد ما فرض الزوال والعود الذي هو الوجود بعد المدم فكونه كالأصل لا بد أن يكون على نحو التزويل والادعاء لا على نحو الحقيقة وإلا كان خلفا فهذا التزويل إن كان شرعيا واقفيا في مقام الثبوت فليس هو الا باعاط الحكم الذي هو محل الكلام - أعني جواز الفسخ وعدمه - ولزم اتحاد المبني والمبني عليه وإن كان ظاهريا في مقام الاثبات فرجعه الى أن المفهوم من آية نفي السبيل هل السبيل الحادث بسبب جديد ؟ أو مطلق الحادث ، وهذا وإن كان مبني الخلاف في المسألة إلا أنه لا يحسن التعبير عنه بمثل العبارة المذكورة الظاهرة في كونها خلافية مستقلة فلاحظ . ثم إنه لو بني على سقوط خيار الميب الفل يثبت الارش فيجوز الرجوع به ؟ أو لا وجهان مبنيان على (إطلاق) دليل ثبوته لمثل المقام مما تعذر فيه الرد لما نفع من قبل الراد لا لما نفع في العين (وعدمه) هذا وقد احتمل في القواعد الرجوع بالقيمة لو تحقق الفسخ ووجهه شيخنا الأعظم رحمه الله بأن فيه الجمع بين أدلة الخيار ونفي السبيل ثم قال (ره) : وهو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر المسلم المكشوف باستحقاق بدله : انتهى .

وقد يشكك بأن المفروض امتناع ملكه الفعلي ولذا بني على الرجوع الى البدل فلم يبق الا الملك التقديري الاقتضائي لتصحيح البدلية ومثله ليس من السبيل المنفي كما يشكك ايضا توجيهه بأن الجمع بما ذكر لا دليل عليه إذ الرجوع الى البدل إنما يكون مع التلف عقلا أو شرعا أو عرفا وليس المقام منه ، إذ لا قصور في العين ولو عرضا وإنما القصور في المالك وإلحاقه بالتلف محتاج الى دليل فلاحظ وتأمل .

بيع المصحف على الطافر

مسألة : المشهور - كما قيل - عدم جواز نقل المصحف الى الكافر - كما صرح بذلك جماعة - واستدل له بوجوب احترام المصحف ، وغوى المنع من بيع العبد المسلم على الكافر ؛ لكون وجوب الاحترام رائدا على ترك المهانة لا دليل عليه فضلا عن المرتبة الخاصة التي ينافيها البيع - مع أن مجرد المناقاة للواجب لا يقتضي الفساد ، ومن ذلك يظهر أنه لو فرض كون البيع مهانة على المصحف الشريف كان حراما تكليفاً لحرمه المهانة جزماً لا أنه حرام وضماً إلا بناء على أن النهي يقتضي الفساد مع أن في كونه مهانة اشكالا بل منعا (واما) الفحوى المدعاة فغير ظاهرة لعدم وضوح المناط الموجب للتكليف بعد أن عرفت أن العمدة في بطلان بيع العبد المسلم على الكافر الاجماع . نعم لو علم بماسة الكافر المصحف اقتضى ذلك حرمة تداوله اليه فيبطل البيع لعدم القدرة على التسليم ، وكأن الوجه في استحسان شيخنا الأعظم (ره) للمنع كونه المطابق للمرتكزات الشرعية ، ولكن لم تثبت بنحو يصح الاعتماد عليها . فلاحظ . والله سبحانه العالم .

القول في شرائط العوضين

﴿ مسألة ﴾ : قد عرفت سابقاً أن البيع من سنخ المعاوضات المالية ، وأنه مبادلة مال بمال فلا بد فيه من أن يكون كل من العوضين مالا ، والمالية اعتبار عقلائي ناشئ عن كون الشيء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه على نحو يتنافسون فيه ؛ ويتسابقون إليه ؛ ويتنازعون عليه سواء أكان ذلك لدفع ضروراتهم الأولية كالاقوات اللازمة أم المرضية كالادوية والعقاقير ، أم لتحصيل اللذة كبعض النواكه والاشربة ، ولا يحصل التنافس بمجرد ذلك ، بل لا بد فيه من عزة الوجود فإلما في الشاطئ ليس مالا ، وكذا الحطب في الغابات ، والرمل في بعض الصحاري ؛ كما لا يعتبر تعلق الغرض النوعي به ، فقد يكون الغرض لواحد مؤدياً إلى ذلك كما لو تعلق غرض الملك بالرماد فأعلن بأنه يعوض عن صاع منه بدينار ، صار الرماد مالا وقيمة الصاع منه درهما بعد أن لم يكن كذلك ، كما أن الحاجة قد تكون إلهية ، وقد تكون بجعل جاعل كما لو قرر السلطان أن لا يأذن في السفر لأحد ، ولا يسمع دعوى لمدع إلا لمن كان عنده شيء ، كذا مما لا يكون موضع حاجة في نفسه ، فإنه بمجرد ذلك يصير ذلك الشيء مالا بعد أن لم يكن لحدوث الحاجة النوعية اليه بتوسط جعل السلطان ولأجل ذلك صارت الطوابع المتعارفة في عصرنا مالا ، وكذا الأوراق النقدية المسماة بالنوت فللمالية في جميع هذه الأمور ليست أمراً حقيقياً وإنما هي صفة اعتبارية منتزعة من الأسباب المؤدية إلى التنافس في الشيء ولو كانت بجعل جاعل ، كما أنه يمكن إلغاء المالية من المال بجعل الجاعل إذا كان الجعل مؤدياً إلى رفع التنافس عليه سواء أكان الجعل ارشادياً كما لو نهى الطبيب عن استعمال بعض المأكولات إذا كان بحيث يوثق بارشاده فإنه يسقط عن المالية أم مولوا كما لو نهى السلطان عن اتخاذ آلات السلاح على نحو أدى الخوف منه إلى

إلقائها في الطرق والصحارى ، وكذا نهي الشارع الاقدس عن الحر والخزير اذا أدى الى ذلك ، أما اذا لم يؤد اليه لقلة المبالات بنهي الشارع كما في بعض الازمنة والامكنة لم يكن ذلك موجبا لافاء المالية أصلا . نعم للشارع إلغاؤها حكما بأن يحكم ببطلان بيع المال وعدم ضمانه بالاتلاف أو اليد ونحو ذلك من الاحكام فذلك إلغاء للمالية تنزيلا لا حقيقة (وكيف كان) فما ليس بمال لا يمكن بيعه لما عرفت من اعتبار المالية في قوامه ولا حاجة في الاستدلال على بطلان بيعه الى قوله « ص » : لا بيع الا في ملك ، بل يشكل الاستدلال به عليه اذ الملكية غير المالية فان المعادن ونحوها من المباحات الاصلية أموال وليست بأموال كما أن مثل الاناء المكسور ملك وليس بمال . نعم الحديث الشريف دال على اعتبار الملكية في البيع لكن ظاهره لا يخلو من اشكال ، اذ لا ريب في جواز بيع الكليات الذمية ونعم الصدقة وآلات الوقف ونماء وقف المشاهد والمعابد ونحو ذلك بماله مصرف بعينه وليس ملكا لملك فعمله على ارادة بيان اعتبار السلطنة في البيع وأنه لا يصح بيع ما ليس للبائع أولى من البناء على تخصيصه كما لا يخفى ، ومن ذلك يظهر انه لا تعتبر الملكية في صحة البيع وان ذكره في الشرائع وغيرها وفرع عليه عدم جواز بيع الحر وماله نعمة فيه والمباحات الاصلية كالكلاب والماء والوحوش والسموك ، واستدل عليه في الجواهر بالاجماع بقسميه عليه ، وبالنصوص الواضحة الدلالة والمرسل المتقدم . انتهى ؛ إذ المرسل قد عرفت حاله ، والنصوص غير ظاهرة ، وكذا الاجماع وعدم جواز بيع الحر وماله منفعة فيه لفقد المالية ، وعدم صحة ما يشترك فيه الناس من المباحات بالاصل مثل الماء والكلاب والسموك والوحوش قبل حيازتها لعدم السلطنة فلو كانت البائع من له الولاية على بيعها صح بيعها منه وكانت ملكا للمشتري وخرجت عن الاباحة الاصلية فاعتبار الملكية في البيع لا دليل عليه ، ولو سلم لم يكف ذلك في عدم جواز بيع الارض المفتوحة عنوة ؛ بل لا بد في الاحتراز عنه من اعتبار الملكية على نحو لا يشمل نحو ملكية الارض المفتوحة عنوة والافهي مملوكة هذا وحيت انجر

الكلام الى ذكر الارض الخراجية فينبغي التمرض لاقسام الارض واحكامها في الجملة .

اعطاء الاراضي

﴿ فنقول ﴾ : الأرض إما موات أو عامرة وكل منها إما هي كذلك بالأصل أو بالعارض فالاقسام أربعة .

الأرض الموات

« الأول » : الموات بالأصل بان لم يكن موتها مسبقا بمهارة والظاهر أنه لا إشكال عندكم في أنها من الانفال ، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ؛ ويقتضيه جملة من النصوص المتضمنة أن من الانفال كل أرض خربة كصحح حفص وموثق سماعة ومصحح ابن مسلم وخبر الشحام وغيرها والمصرح به في كلامهم أنها تملك بالاحياء مع الاذن لا بدونه ، وعن جماعة كثيرة الاجماع على ذلك نفيا واثباتا وهل يملكها الكافر بالاحياء أم لا قولان ، بل ظاهر محكي التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام في الملك بالاحياء قال : ولا يملكها الكافر بالاحياء ولا يأذن الامام له في الاحياء ، فان أذن الامام له فاحياها لم يملك عند علمائنا ، ونحوه ما عن جامع المقاصد لكن قال بعد ذلك : لو أذن له بالملك قطعنا بحصول الملك ، وإعنا البحث في أن الامام هل يفعل ذلك ؟ نظراً الى أن الكافر أهل أم لا والذي يفهم من الاخبار وكلام الاصحاب العدم . انتهى ، وفي الجواهر استغرب دعوى الاجماع بتحقيق الخلاف في صريح المبسوط والخلاف والسرار والجامع وظاهر المذهب والمنافع واللمعة ، كما استغرب ايضا دعوى أنه المفهوم من الاحياء ، مع أن اخبار التملك بالاحياء بعضها مطلق شامل للكافر وبعضها مختص به كصحيحي

محمد بن مسلم وأبي بصير الواردين في شراء الأرض من أهل الذمة ، وخبر زرارة : لا بأس بأن يشتري أرض أهل الذمة إذا عملوها وأحيوها فهي لهم ، نعم في المرسل عن النبي « ص » : « مَوْتَانِ الْأَرْضُ لِلَّهِ تَعَالَى وَلِرَسُولِهِ (ص) ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنْ أَيْهَا الْمُسْلِمُونَ ، لَكِنَّهُ ضَعِيفُ السَّنَدِ ، وَفِي صَحِيحِ الْكَابِلِيِّ : مَنْ أَحْبَبَ أَرْضًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَعْمُرْهَا . . . الْخَ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِنَحْوِ يَقَاوِمِ صَرِيحِ النَّصْرِ الْمَتَقَدِّمَةِ فَلْيَحْمِلْ عَلَى بَعْضِ الْحَامِلِ . هَذَا وَالظَّاهِرُ مِنَ النَّصْرِ وَالْفَتْوَى أَنَّ الْمَلِكَ بِلَا عَوْضٍ ، وَعَنْ فَوَائِدِ الشَّرَائِعِ لِلْكَرِّيِّ اِحْتِمَالُ الْعَوْضِ لِأَنَّهَا مِلْكُ الْغَيْرِ وَلَا يَبَاحُ بِجَانَا ، وَفِيهِ أَنَّ الْأَصْلَ فِي مَالِ الْغَيْرِ أَنْ لَا يَبَاحَ مُطْلَقًا وَلَوْ بِعَوْضٍ ، وَكَأَنَّ تَعْيِينَ الْخُرُوجِ عَنْهُ بِالْدَّلِيلِ الدَّالِّ عَلَى الْإِبَاحَةِ تَعْيِينَ الْخُرُوجِ عَنْهُ بِالْدَّلِيلِ عَلَى الْمَجَانِبَةِ . نَعَمْ فِي صَحِيحِ الْكَابِلِيِّ وَعَمْرُ بْنُ يَزِيدَ مَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ دَفْعِ الطُّسُقِ ، وَظَاهَرُهَا وَلَا سِيَّامَا الْأَوَّلُ مِنْهَا عَدَمُ الْمَلِكِ بِالْأَحْيَاءِ الَّذِي هُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ النَّصْرِ وَالْفَتْوَى وَلَا سِيَّامَا مَا تَضَمَّنَ أَنَّ عَلَيْهِ الصَّدَقَةَ ، فَلَا مَجَالَ لِلرَّكُونِ إِلَيْهَا وَلَا سِيَّامَا مَعَ مَا فِيهَا مِنْ أَشْكَالٍ إِيصَالِ الطُّسُقِ إِلَى الْإِمَامِ فِي حَالِ الْغَيْبَةِ فَابْتِكَالِ تَعْيِينِ الْمُرَادِ مِنْهَا إِلَى قَائِلِهَا (ع) مُتَعَيِّنٌ .

الأرض العامة

« الثاني » : العامة بالأصل ولم تزل كذلك ، واستظهر شيخنا الأعظم رحمه الله أنها للإمام (ع) بل استظهر ذلك بما ذكره الأصحاب من قولهم : وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام ، ذكر ذلك في الشرائع والقواعد وغيرها ، وفي مفتاح الكرامة : طفعت به عباراتهم وفي التذكرة الإجماع عليه انتهى ؛ وفي الجواهر : لا خلاف أجده فيه . انتهى ، نعم في الجواهر - في مبحث الانتفال - استشكل في كون هذا القسم من الأرض للإمام مستظهرا من ظاهر كلامهم خلافا ، وشيخنا الأعظم (ره) في رسالة الخمس استظهر من الأصحاب تقييد النص من المتضمنة أن الأرض التي لا رب لها للإمام بما تضمن أن المبته أو

الخربة للامام « وكيف كان » فالذي يدل على انها للامام مصحح اسحاق بن عمار المروي عن تفسير الفمّي حيث عدّ فيه من الانفال التي للامام : كل أرض لا رب لها الشامل للمعامرة ، ونحوه خبر أبي بصير المروي عن تفسير العياشي ، ويعارضها ما في رسالة حماد حيث عدّ في جملة الانفال الارض الميتة التي لا رب لها فان تقييد الارض بالميتة في مقام الحصر يدل بالمفهوم على أن المعمورة ليست للامام وحمل القيد على الغالب لأن الغالب في الارض التي لا مالك لها كونها مواتا ليس بأولى من حمل المطلق على الغالب ، بل الثاني أولى لأن التصرف بالمطلق أحرز من التصرف بالمقيد — مضافا الى أن الميتة لم تؤخذ قيدا لما لا رب لها وإنما أخذت قيدا للارض فلاحظ (وبالجملّة) : الأخذ باطلاق المصحح المتقدم غير ظاهر ولا سيما — مع ما عرفت من ظهور كلماتهم في خلافه والكلية المذكورة في كلامهم في كتاب الاحياء غير ظاهرة المأخذ وليس بناوهم على الاخذ بها فان مقتضاها أن جميع اراضي الكفار للامام سواء أكانت في دار الحرب أم دار الاسلام ، وهو خلاف النص والفتوى فلاحظ ^{شمس الله لو بني على أنها للامام فلاجل أنها بحياة} لا معنى لملكها بالاحياء وهل تملك بالحيّازة ؟ اشكال ، والنبوي : من سبق الى من لم يسبق اليه معلم فهو أحق به ، غير صالح لاثبات ذلك إذ الحق أعم من الملك — مع أنه وارد في مقام منع غير السابق من مزاحمته بقرينة التعبير بصيغة التفضيل — مضافا الى اختصاصه بما يجوز السبق اليه فلا يشمل السبق الى مال الغير بغير اذنه ومنه مال الامام فيما نحن فيه ، وأما نصوص التحليل فمع انها مختصة بالشيعة غير ظاهرة في الملك فتأمل .

الأرض العامرة بعد الحوات

« الثالث » : ما يكون عامراً بعد أن كان ميتاً فإن كانت العمارة بسبب سماوي فهو ملك الامام قطعاً ويقتضيه الاصل والادلة المتقدمة في القسم الثاني — لو تمت — وان كان بالاحياء فالمعروف المدعى عليه الاجماع في كلام جماعة انها ملك الهوي . نعم قد تشعر عبارة جماعة بالاولوية دون الملك فعن المبسوط : إذا حجر أرضاً وباعها لم يصح بيعها ، ومن الناس من قال : يصح ، وهو شاذ فاما عندنا فلا يصح بيعه لأنه لا يملك رقبة الأرض بالاحياء وانما يملك التصرف ... الخ ونحوه عن المذهب والسرائر لكن الظاهر ان مرادهم بالاحياء التحجير ولا سيما بملاحظة تصريحهم بالملك بالاحياء في كثير من المواضع في كتبهم فلاحظ ، وهو الذي يقتضيه ظاهر النصوص الصحيحة المتضمنة أن من أحيا مواتاً فهو له : لظهور اللام في الملك — مضافاً الى النصوص المتضمنة لجواز الشراء من الهوي معللاً له بأنها بالاحياء صارت له ، وحمل اللام على الاختصاص والشراء على شراء الحق لا مقتضي له . نعم ظاهر صحيح الكاظمي وعمر بن يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه ودفعه الى الامام عدم الملك لكن قد عرفت وجوب التصرف فيها بنحو لا ينافي المجانية .

الحوات بعد العمارة

« الرابع » : ما عرض له الموت بعد العمارة فإن كانت العمارة سماوية فهي ملك الامام لعموم ما دل على ان الميتة للامام ومقتضاه دخولها في ملك الامام بعد ان لم تكن بناء على أن العمارة بالأصل من المباحات الاصلية وان كانت العمارة من معمر ففي خروجها عن ملكه بالموت قولان يظهر اولها مما في المسالك تبعاً لما في

التذكرة من الاستدلال على كونها ملكا للمحيي الثاني بأن الأرض أصلها مباح فإذا تركها الأول حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة ، ولأن العلة في تملك هذه الأرض الأحياء والعمارة فإذا زالت العلة فيزول المملوك وهو الملك ؛ لكن في كلا الوجهين ما لا يخفى ، إذ الاستفادة من الأدلة أن حدوث الأحياء علة لحدوث الملك ولم يثبت أن بقاءه علة بقاءه فيتمتع الرجوع إلى دليل آخر من استصحاب أو غيره ؛ ومثله في الاشكال الاستدلال عليه بما دل على أن موتان الأرض لله ورسوله ، لتقييد ذلك بما دل على التقييد بما لا رب لها كما عرفت نظيره آنفا ، وعليه فما يستدل به للقول الثاني من الاستصحاب محكم . ثم انه لو أحيائها آخر فهل تكون له أو للأول ؟ قولان ذهب في التذكرة إلى الأول وتبعه عليه جماعة لصحيح معاوية بن وهب : سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : أيما رجل أتى خربة بأرة فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها فإن عليه الصدقة فإن كانت أرضا لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطعمها فإن الأرض لله ولمن عمرها ، وصحيح الكاظمي عن أبي جعفر (ع) : وجدنا في كتاب علي (ع) . . . إلى أن قال : والأرض كلها لنا فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها فأزركها وأخربها فخذها رجل من المسلمين فاعمرها فليؤد خراجها فله بيتي . . . الحديث . نعم يعارضها الصحيح على الظاهر — سليمان بن خالد — قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ما ذا عليه ؟ قال : الصدقة ؛ قلت : فإن كان يعرف صاحبها قال (ع) : فليؤد إليه حقه ، ونحوه صحيح الحلبي المروي في الوسائل فإن الحق الذي أمر (ع) بإدائه إما الأرض أو أجرتها ﴿ وكيف كان ﴾ يدل على بقاءها على ملك الأول الذي قال به جماعة من القدماء والمتأخرين منهم المبسوط والمهذب والسرائر والجامع والتحرير والدروس وجامع المقاصد لسكن يمكن الجمع بين النصوص بأن صحيح الكاظمي يختص مورد به ملك الأول بالأحياء وصحيح سليمان

والحلي مطلقان ولما بينهما من التنافي يحملان على غير مورد صحيح الكابلي - أعني صورة ما اذ ملك الأول كان بغير الاحياء - وحيث يدور الامر بين الاخذ بها في هذا المورد فيحمل صحيح معاوية على غيره - أعني مورد صحيح الكابلي -- وبين طرحها بالسكينة والاخذ باطلاق صحيح معاوية وحيث دار الامر بين الطرح والتخصيص كان الثاني متعيناً لأنه أولى من الطرح . وهذا نحو من الجمع العرفي كما حقق في محله وعليه يتجه القول الاول ، ويحتمل في الجمع حمل ما في صحيح معاوية من قوله (ع) : ولمن عمرها ، على أنه لبيان الاحقية الفعلية فلا ينافي استحقاق المالك الاول للاجرة المحمول عليها الحق في الصحيحين الاخيرين وعليه يتجه القول الثاني ، ويحتمل ايضاً في الجمع حمل الصحيح الاول على صورة ما اذا كان الخراب مستنداً الى اهل المالك للارض وترك المزاولة لها - كما هو صريح مورده - وحمل الاخيرين على غير ذلك لاطلاقها الشامل للصورتين فيحمل المطلق على المقيد وحيث يتجه التفصيل بين أن يكون الموت عن اهل المالك فتنتقل للثاني وغيره فهي على ملك الاول ، ويتوجه على الأخير أن المراد ان كان التفصيل بين الاهال الاختياري وغير الاختياري ، فلا يظهر ذلك من الشرطية لعموم الترك والاضراب المذكورين في الشرط الاختياري والاضطراري ، وإن كان المراد التفصيل بين الخراب المستند الى الاهال الأعم من الاختياري وغيره ، والمستند الى غير الاهال من الاسباب السماوية ، فهو وإن كان يظهر من الشرطية بدواً لكن الظاهر أنه ذكر تمهيداً لفرض الاحياء من اللاحق لأن الخراب السماوي يمتنع فيه الاحياء الثماني غالباً ، ومن ذلك يظهر إشكال ما رجمنا بتوهم من أن الجمع المذكور مقتضى مفهوم الشرطية المذكورة في كلام الامام « ع » فضلاً عن كونه مقتضى الجمع بين المطلق والمقيد وأبعد منه الوجه الثاني فإنه تصرف في الدليلين بلا شاهد ، لظهور الحق في الصحيحين الاخيرين في نفس العين فالتامين الاول فلاحظ (ثم) إن الظاهر أنه لا مانع من التمسك بمفهوم ملكية الاحياء لاثبات ملك الثاني فيكون مقدماً على استصحاب ملكية الاول ، والقطع بتخصيصه في ملك الغير في غير محله

كيف والموات كلها ملك للامام . نعم ثبت تخصيصه في موات العامة المفتوحة عنوة بالاجماع المدعى في كلام جماعة أو في مطلق ما يكون مملوكا بغير الاحياء لعدم الخلاف المدعى في التذكرة فيقتصر في الخروج عنه على المتيقن ويرجع في غيره اليه « ودعوى » امتناع عمومه للملك بالاحياء لامتناع أخذ الحكم قيدا في موضوعه « مندفعه » بما ذكر في نظائره ، وأشكل من ذلك دعوى ظهور العموم المذكور في الملكية المستمرة فيمتنع الطباقه بلحاظ احياء الثاني لتنافي التطبيقين ومقتضى ذلك عقلا وان كان عدم انطباقه على واحد منهما لانه ترجيح من غير مرجح إلا أن العرف يبني على تطبيقه على الاول ويكون كانه رافع لموضوع الثاني إجماعا منه لحكم المانع على الضد فيمتنع التطبيق الثاني بعينه ، وجه الاشكال أن المستفاد من دليل السببية في المقام أن المجموع صرف الملكية وكذا في عناوين العقود والابقاعات المجمولة بالعقد والابقاع كما أشرنا الى ذلك في مبحث المعاطاة ، (ثم) القسم الثالث إما أن تكون العمارة من مسلم أو من كافر ففي الاول يملكه المعمار على ما عرفت ولا يزول ملكه الا بناقل أو بطرود الخراب بناء على ما عرفت من ظاهر بعض أو بطرود العمران من معمار على أحد القولين السابقين ، وكذلك في الثاني بناء على عدم اعتبار الاسلام في الملك بالاحياء ، أما بناء على اعتباره فهي باقية على ملك الامام .

الأرض المفتوحة عنوة

« هذا » اذا كانت في دار الاسلام أمالو كانت في دار الكفر فاصلها للامام وبالاحياء صارت للمحيي — على ما عرفت — ويزول ملكه عنها بما يزول به ملك المسلم ، وباغتنام المسلمين لها كسائر أموالهم المغتنة فالقول ملك للمقاتلين خاصة وغيره من الارض والشجر والبناء ملك لعامة المسلمين من وجد ومن سيوجد اجماعا حكاه جماعة كثيرة وفي الجواهر انه محصل : وتدل عليه النصوص المستفيضة

كصحيح محمد الحلبي : سئل أبو عبد الله (ع) عن السواد ما منزلته ؟ قال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم وان لم يخلق بعد ؛ فقلت : الشراء من الدهاقين ؟ قال « ع » : لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها ، قلت : فإن أخذها منه قال « ع » : يُرد عليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل ، والصحيح عن أبي بردة قلت لأبي عبد الله « ع » : كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال - عليه السلام - : من يبيع ذلك وهي أرض المسلمين ؟ قلت : يبيعها الذي هي في يده ، قال « ع » : يصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال (ع) : لا بأس اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليها وأملى بخراجهم منه ، وخبر أبي الربيع : لا تشتري من السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فأما هي في المسلمين ، ونحوها غيرها ، والمراد من السواد - كما في الجواهر - عن المنتهى : الأرض المغنومة من الفرس التي فتحت في زمن عمر بن الخطاب وهي سواد العراق . . . الى أن قال : سميت سواداً لأن الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سموها السواد لذلك . . . الخ ودلالة النصوص على الملك ظاهرة كدلالته على المنع من التصرف فإن قوله (ع) في الثاني : هي أرض المسلمين ، تعليل للمنع عن البيع المستفاد من الاستفهام الانكاري - كما هو صريح الثالث - ومثلها في ذلك غيرها ، ولذلك كان المشهور المنع من التصرف فيها بالبيع والوقف والهبة ونحوها ، بل ظاهر المبسوط المنع من التصرف ولو ببناء ونحوه ، وبقتضيه - مضافاً الى النصوص المتقدمة - ما دل على المنع من التصرف في مال الغير بغير اذنه ، لكن قال في المسالك - في شرح قول مصنفه : ولا يجوز بيعها ولا وقفها ولا هبتها ، اي : - لا يصح شيء من ذلك في رقبته مستقلاً أما لو فعل ذلك بها تبعاً لآثار المتصرف من بناء وغرس وزرع فجاز على الأقوى فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في المبيع على سبيل التبعية وكذلك الوقف وغيره ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري

والموقوف عليه وغيرها هكذا ذكر جمع من المتأخرين وعليه العمل . انتهى ،
 — وهو كما ترى — غير ظاهر ، وما يظهر من جملة من النصوص من المفروغية
 عن مشروعية بيع أرض الخراج وإن لم يكن وارداً لبيان ذلك مثل خبر اسماعيل
 ابن الفضل : عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن
 اناساً من أهل الذمة نزلوها له أن يأخذ منهم أجرة البيوت . . . الحديث وغيره
 فلا بد من طرحها أو حمل الشراء على نحو من التجوز كما اشير اليه في النصوص
 السابقة لا أنها يجمع بينها وبين ما سبق بالتفصيل المذكور فانه بلا شاهد (وبالجملة)
 لا دليل على تملك الأرض تبعاً للآثار فيها ولا جواز بيعها كذلك فلا معدل عن
 دليل المنع من الاصل والنص (ثم) ان ظاهر النصوص المذكورة أنها مملوكة
 لجميع المسلمين على الاشاعة ، ولا بأس بالبناء عليه بمجرد عدم وجوب توزيع العين
 والمنافع غير كاف في رفع اليد عن الظاهر إذ لا مانع من كونه الحكم على خلاف
 القواعد الأولية لبعض الجهات الخارجية .

مركز تحقيقات كاتوير علوم اسلامی

التصرف في الأرض المفتوحة عنوة

﴿ إلحاق ﴾ : لا خلاف ولا إشكال في أن ولاية التصرف في الأرض
 المفتوحة عنوة للامام في صحيح البرنطي : وما أخذ بالسيف فذلك للامام يقبله
 بالذي يرى كما صنع رسول الله (ص) بخير ، ونحوه غيره وعليه لا يجوز التصرف
 فيها إلا بأذنه . نعم ورد في النصوص جواز التقبل من السلطان الجائر ، وجواز
 شراء الخراج منه ، وجواز أخذ الخراج منه بنحو الارتزاق أو الجزية ، لكنه
 لا ينافي بثبوت الولاية للامام الحق لجواز أن يكون ذلك إمضاء لبعض التصرفات
 لمصلحة اقتضت ذلك . هذا في حال الحضور أما في حال الغيبة فهل يجوز التصرف
 فيها مطلقاً ؟ لما دل على تحليل الأرض لشيعتهم أو لا يجوز إلا باستئذان السلطان
 الجائر كما يظهر من محكي فوائد الشرائع للكركي قال : لا يجوز جردها يعني

الخراج والمقاسمة ولا منعها ولا التصرف فيها الا باذنه باتفاق الاصحاب ولو لم يكن عليها - يعني الارض - يد لاحد فقضية كلام الاصحاب توقف جواز التصرف فيها على اذنه حيث حكموا بأن المقاسمة والخراج منوط برأيه وهما كالعوض عن التصرف واذا كان العوض منوطا برأيه كان المعوض كذلك . انتهى ، أو لا يجوز إلا بالاستئذان من الحاكم الشرعي لعموم دليل النيابة أو بفصل بين أن يكون المتصرف ممن له نصيب من الخراج فيجوز له وبين غيره فلا كما يستفاد من مثل صحيح ابن سنان قلت لأبي عبد الله (ع) : إن لي أرض خراج وقد ضقت بها أفادها ؟ قال : فسكت عني هنيئة ثم قال : إن قأنا لو قد قام كان نصيبك من الارض اكثر منها ، وفي خبر الحضرمي قال أبو عبد الله (ع) لي : لم تركت عطائك قلت : مخافة على ديني ؛ قال (ع) : ما منع ابن أبي السماك أن يبعث اليك بعطائك أما علم أن لك في بيت المال نصيباً ؟ أو يفصل بين ما عرض له الموت من الارض المحياة وقت الفتح وبين الباقية على عمارتها فيجوز الاحياء في الاول لعموم أدلة الاحياء وخصوص رواية سليمان احتمالات ، بشكل وبوجه « الاول » بأن أخبار التحليل مختصة بما كان لهم ومن حقوقهم ولا تشمل ما كان من حقوق الناس ؛ « والثاني » بعدم ثبوت الاتفاق المذكور ، بل في الجواهر : لم نعرف للاصحاب كلاماً في توقف حياها على اذن الجائر مع عدم كون الارض في يده . انتهى ، بل المفهوم من الأدلة العقلية والنقلية عدم ثبوت الولاية له على ذلك غاية الامر ثبت من النصوص جواز تقبل الارض منه وبرائة الزمة بدفع الخراج اليه وجواز شراؤه منه واخذ جوارزه ، وذلك لا يدل على الولاية بوجه ، بل يدل على نفوذ تصرفه في الموارد المذكورة وقياس غيرها عليه بنحو يخرج به عن القواعد الاولية غير ظاهر « والثالث » بأنك قد عرفت سابقاً الاشكال في عموم دليل النيابة « والرابع » بأن مورد الصحيح الارض التي بيد السلطان وظاهره أن كونه ممن له نصيب له دخل في رفع ما فيه من ضيق الصدر لالة للاذن فانك عرفت الاذن في التقبل من السلطان اذا كانت الارض في يده وان لم يكن التقبل ممن له نصيب ، ويحتمل

أن يكون ما بيده من الأرض كان إقطاعاً من السلطان مجاناً ، ولأجل ذلك ضاق صدره فيكون الاستحقاق من الأرض مصححاً لذلك ، وأما الخبر فمورده الأخذ من الخراج وقد عرفت أنه سائغ ولا سيما إذا كان ممن له نصيب فيه ولا دخل له فيما نحن فيه « والخامس » بما عرفت من أن أدلة الملك بالأحياء مختصة بغير المقام بلا خلاف فلا مجال للرجوع إليها فيه ؛ كما عرفت أن مصحح سليمان المتقدم محمول على لزوم أداء الأرض لا الأجرة فلاحظ . ولكن لما كان المقام من قبيل ما علم من الشارع عدم المنع من التصرف فيه لئلا يلزم الضياع فيكون كسائر الموارد التي بني فيها على ولاية الحاكم عند التمكن لاحتمال دخل إذنه في جواز التصرف فلا بد فيه من مراجعته إن أمكن ، واحتمال دخل إذن السلطان منفي قطعاً لما فيه من تقوية شوكة وترويج باطله ^١ وبالجملة لا اشكال في جواز التصرف في المقام وإنما الاشكال في جوازه مطلقاً ولو بدون مراجعة الحاكم أو بشرط المراجعة له فإزالة المنع تقتضي تعيين الثاني فيكون من قبيل الموارد التي بني فيها على ولاية العدول على ما تقدم تفصيله ^٢ فراجع ، ولا فرق في ذلك بين نفس الأرض وما يتولد فيها من نبات وشجر ونحوها فإنه تابع لها في الملك للمسلمين فلا بد في التصرف فيه من مراجعة الحاكم إن أمكن . نعم السيرة قائمة على جواز ثلثك بعض أجزاء الأرض وما يكون فيها من حشيش وورق شجر ونحوها مما لا مالية له فلا بأس بالعمل بها في الموارد التي يتحقق ثبوتها فيه ومنها الطين الذي يعمل أواني وآجرا كما أنه لا اشكال ولا خلاف في أن مصرف الخراج هو المصالح العامة أجمعاً بقسميه - كما في الجواهر - مضافاً إلى مرسلته حماد ، وعليه فلو جاز التصرف بدون مراجعة السلطان فاللزام صرف طسهما في تلك المصالح سواء أكان المتولي هو الحاكم أم نفس المتصرف ، وما في الجواهر من أن الأقوى لعدم لظاهر نصوص الإباحة والسيرة المستمرة في سائر الأعصار والامصار بين العلماء والأعوام انتهى ، غير ظاهر إذ نصوص الإباحة قد عرفت أنها مختصة بحقوقهم ، والسيرة غير ظاهرة إلا فيما أخذ من السلطان أرضاً كان على نحو الإقطاع أو نفس الخراج

على نحو الجائزة أو الشراء أو الارتزاق فمقتضى أصالة الاحترام عدم الخروج عن
الغمان إلا بما يصرف في مصارف الخراج فلاحظ .

تنبيه

المذكور في كلام جماعة كثيرة من المتأخرين أنه يشترط في كل من العوضين
أن يكون طلقاً والمراد من الطلعية في كلامهم أن لا يكون فيه مانع عن التصرف لأن
الطلعية من الاطلاق مقابل التقييد فإذا كان أحد العوضين مقيداً امتنع بيعه وإن
كان مطلقاً جاز بيعه وبهذا المعنى من الطلعية صح أن يفرضوا على اشتراطها عدم
جواز بيع الوقف ونحوه مما يوجد مانع فيه عن الانتقال . نعم لو كان المراد من
الطلعية السلطنة على التصرف أشكل التفريع المذكور إذ السلطنة على التصرف راجعة
إلى جواز التصرف ولا معنى لتفريع عدم جواز البيع على عدم جواز التصرف
كما هو ظاهر .

مركز تحقيقات كميوتير علوم اسلامی

بيع الوقف

﴿ مسألة ﴾ : لا يجوز بيع الوقف اجماعاً ونصوصاً ، وفي الجواهر
يمكن دعوى تواترها ، انتهى . بل عن بعض الاساطين دعوى الضرورة ، ومن
النصوص خبر أبي علي بن راشد سألت أبا الحسن (ع) قلت : جملت فذاك إني
اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بالنسي درهم فلما وقرت المال خبرت أن الأرض وقف
فقال (ع) : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في مالك ادفعها إلى من
أوقف عليه ، قلت : لا أعرف لها رماً ، قال (ع) : تصدق بغلتها ، وماروي
في صدقات أمير المؤمنين (ع) من قوله (ع) : هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب
وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى

يرثها الله تعالى الذي يرث السموات والارض ، بناء على أنه وصف مقوم للنوع لا للشخص اذ لو كان شرطاً خارجاً عن النوع كان المناسب تأخيرها عن ركن العقد وهو الموقوف عليهم ، وفيه أنه بعد ما كان التعبير بلفظ الصدقة يتمتع أن يكون عدم البيع مقوماً للنوع لأن نوع الصدقة مما لا يعتبر فيه ذلك جزماً ليس هو المدعى . نعم انما يتم الاستدلال لو كان التعبير بلفظ الوقف — مع أنه قد يشكل أيضاً بأنه خلاف الأصل في القيود والشروط اذ الأصل التأسيس كما لا يخفى إلا أن يقال : اصالة التأسيس انما تكون مرجعاً مع الشك في المراد لا مع العلم به والشك في المعنى الحقيقي نظير اصالة الحقيقة ، ولذا قيل : الاستعمال اعم ، لكن لو تم ذلك اقتضى عدم الظهور في خروجه عن مفهوم الصدقة لا أنه يكون ظاهراً في دخوله فيه ، وأيضاً فان قوله (ع) : صدقة ، ظاهر في كونه مفعولاً مطلقاً فيمتنع جعل قوله (ع) : لا يباع ، وصفاً له اذ هو من صفات العين المتصدق بها لا من صفات نفس الصدقة فيتمتع كونه شرطاً خارجاً عن الصدقة ، وجمعه به صفة له بلحاظ موضوعه خلاف الظاهر (وكيف كان) فلا يصلح ما ذكر دليلاً على ما نحن فيه (وأما) الاشكال بأنه لو كان شرطاً خارجاً لكان فاسداً على اطلاقه لأنه مخالف لما دل على جواز البيع في بعض الموارد (وفيه) أنه لا مانع من تقييده بما دل على الجواز نظير ما في الرواية السابقة من اطلاق المنع عن البيع — مع أنه وارد ايضاً على تقدير كونه فصلاً مقوماً فإنه ايضاً لا يصح على اطلاقه ، ومثله في الاشكال التمسك بالمكاتبة التي رواها الصفار عن ابي محمد (ع) : الوقف على حسب ما يقفها أهلها إنشاء الله ، إذ لا يتم إلا اذا كان عدم البيع مأخوذاً قيداً للوقف في نظر الواقف اذ لو أخذ خلافه قيداً دل على جواز البيع ، كما أنه لو بني على أن عدم البيع مقوم للوقف كفي في اثباته ما دل على عموم الصحة والنفوذ ولم يحتج الى التمسك بالمكاتبة ، بل قد يشكل التمسك بها لظهورها في القيود الزائدة على ما هو قوام الوقف مثل خصوصية الموقوف عليه وخصوصيات الصرف زماناً ومكاناً ونحو ذلك فلاحظ (فالاولى) الاستدلال عليه — مضافاً الى رواية أبي على

المتقدمة - بما أشار اليه بعض الاساطين في محكي شرحه بأن الدوام والتأبيد مأخوذ في حقيقة الوقف ، والبيع وأضرابه من المعاوضات ينافي ذلك ، فدليل صحة الوقف مانع من نفوذ البيع لأن دليل أحد المتنافيين دليل على عدم الآخر ولذلك تصح دعوى ان صحة البيع تلازم بطلان الوقف كما تصح دعوى ان صحة الوقف تلازم بطلان البيع ، ومن ذلك يظهر وجه ما في الجواهر من أن الوقف ما دام وقتنا لا يجوز بيعه ، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقتنا من التضاد . نعم إذا بطل الوقف أتجه جواز بيعه . انتهى ، بناء على أن مراده من الجواز الجواز الفعلي بمعنى الصحة وثبوت المضمون . نعم يشكل لو كان المراد الجواز التعليقي يعني جواز البيع على تقدير وقوعه فإن مثل هذا الجواز التعليقي الثابت بمجرد طروء بعض المسوغات لا ينافي الوقف كي يلزم من ثبوته بطلان الوقف فإن بعض الموارد التي حكم فيها بجواز البيع بالمعنى المذكور لم يلتزم احد فيها ببطلان الوقف . نعم مثل هذا الجواز إنما ينافي لزوم الوقف فيكون حينئذ جائز الابطال بالبيع لا أنه منافي لصحته بحيث يبطل بمجرد طروءه ولا يوجب الجواز المذكور ، اذ لا مقتضي لذلك لئلا لا يبعد ان يكون مراد الجواهر الاول اعني الجواز الفعلي فلا يتوجه عليه الاشكال واستظهار الثاني من كلامه بقرينة جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف غير ظاهر اذ كون المنع من البيع بمعنى بطلانه من مقتضيات الوقف مما لا غبار عليه بل لا ينبغي الرب فيه لمنافاة البيع للتأبيد جزما واعترف به شيخنا الاعظم (ره) في كلامه في حكم الصورة الثانية وغيره لكنه لا يقتضي المنافاة بين صحة الوقف وجواز البيع على نحو التعاميق وإنما يقتضي المنافاة بين صحة الوقف وجواز البيع على نحو التنجيز . نعم لو كان الطارئ المسوغ للبيع بنفسه مبطلا للوقف كالحراب والسقوط عن الانتفاع بطل الوقف بطروءه ولو لم يتحقق البيع ، وبمقتضى أن يكون مراد الجواهر خصوص هذا المورد . هذا بناء على دخول التأبيد في مفهوم الوقف أما بناء على أنه مجرد التملك الترتيبي للعقبات كما يظهر من كتابات شيخنا الاعظم (ره) في حكم الصورة الاولى فجواز البيع لا يبطل

الوقف ولو آتاه قبل البيع ، بل البيع يقع على نفس العين المرقوفة فتخرج به عن كونها وقفا على اشكال يأتي هناك فلاحظ . ثم إن الأصحاب (قدس الله سرهم) بعد بناءهم على أصالة المنع عن البيع في الوقف اختلفوا في الخروج عن هذا الأصل وعدمه ، كما أنهم اختلفوا في موارد الخروج وكلماتهم لا تخلو من تشوُّش واشكال . كما اعترف به غير واحد . ويظهر ذلك بمراجعتها في الكتب المعدة لنقلها كفتح الكرامة والمقاييس ومكاسب شيخنا الأعظم (ره) ولا يهمنا الآن نقلها وتحقيق ما يظهر منها ، وإنما المهم معرفة ما هو المستفاد من الأدلة (فنقول) : قد ذكر شيخنا الأعظم (ره) أن الوقف منه مؤبد ومنه منقطع وأن الخلاف في جواز البيع وعدمه في المؤبد إنما هو فيما يكون ملكا للموقوف عليهم الذي تكون منفعة لهم ويجوز إيجاره ويجب ضمانه لهم أما لا يكون كذلك كالمساجد والمدارس الذي هو فك ملك كالتحرير ولا يجوز إيجاره ، ولا تضمن منافعه بالاستيفاء بلاحق ، فالظاهر أنه لا خلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك . انتهى ، « والذي » ينبغي أن يقال : **الوقف بجميع أقسامه** نوع من الصدقة غاية الأمر أن التصديق (تارة) يجعل العين صدقة مطلقة كما لو قال : داري أو بستاني صدقة مطلقة : فإن العين تكون حينئذ صدقة كسائر الصدقات فتجري عليها أحكامها والتصرف فيها يكون راجعا إلى ولي الصدقات فتكون العين نظير الزكاة المعزولة التي هي صدقة مصرفها الأصناف الثمانية (وأخرى) يجعل العين على شأن خاف من دون اعتبار التأبيد والدرام نظير بناء الوقف كما لو قال : بستاني صدقة على العلماء ، وحينئذ تكون صدقة خاصة تصرف في مصالح العلماء ، ويجوز صرف عينها وبدلها ببيعها (وثالثة) يجعلها صدقة مؤبدة وحينئذ تكون وقفاً لا يجوز بيعها ولا تأميكها ولا غيرها مما يناهز تأبيد كونها صدقة كما عرفت فالوقف إذا هو الصدقة المؤبدة فتخرج العين عن ملك المالك ولا تدخل في ملك مالك كما لا يجوز التصرف فيها بالتأملك ونحوه مما يناهز تأبيد التصديق بها .

اقسام الوقف

ثم إن الوقف يكون « تارة » على موقوف عليه يعود نفعه اليه إنساناً كان حياً أو ميتاً أو حيواناً أو جماداً أو جهة « وأخرى » لا يكون كذلك بل يكون لمجرد حفظ عنوان وإيجاده كما في وقف المساجد فإنه لم يلاحظ في وقفها انتفاع أحد به وإنما وقف العرصة على أن تكون مسجداً لا غير فتكون بذلك مسجداً ، ولو وقف العرصة على المصلين أو الساجدين أو العابدين لم تكن مسجداً ولا تجري عليها أحكام المساجد مثل حرمة تجديسها وفضل الصلاة فيها ونحوها من أحكام المساجد وإنما تكون وقفاً على الصلاة نظير وقف العرصة للوضوء والغسل ونحوها من الأفعال فلم يلاحظ في وقف المسجد موقوف عليه ، وإنما لوحظ مجرد إيجاد عنوان المسجدية ، ولأجل ذلك لا يكون خراب المسجد وسقوطه عن الانتفاع به بالمرّة منافياً للتأييد واستمرار الوقف لأن عنوان المسجدية ليس قائماً بالمهارة ولا متوقفاً عليها بخلاف الوقف على أحد الأنحاء الآخر فعدم دخول المساجد في محل النزاع لهذه الجهة التي بها اختلفت عن سائر الأوقاف التي لوحظ فيها موقوف عليه تصرف منافعها فيه » وهذه « على أقسام » الأول « أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليه به بلحاظ صيرورة المنفعة ملكاً لهم كما لو قال : هذا وقف على أولادي على أن تكون منافعه لهم ، فتكون المنافع مملوكة للموقوف عليه وتجرى عليها أحكام الملك من كونها تحت سلطانهم يتصرفون فيها كيف شاءوا ويرثها وارثهم وتجاوز المعاوضة عليها منهم وتضمن لهم عند طرود سبب الضمان من يد أو إتلاف كسائر أملاكهم » الثاني « أن يلاحظ صرف المنفعة فيهم من دون تملك ولا تملك كما لو قال : بستان وقف على العلماء تصرف منافعه فيهم ، وهذا لا توارث فيه فلو مات أحد من العلماء بعد تحقق الثمرة وقبل صرفها عينا أو عوضاً عليه لا يرثها وارثه ، كما أنه لا ولاية فيه للموقوف عليه إذ لا دليل عليه بعدم الملك

بل ولايتها للحاكم الشرعي ، ويجوز له المعاوضة عليها لعدم مناقاتها لما لاحظته
الواقف كما أنها مضمونة باليد أو الائتلاف كما تضمن الزكاة المعزولة بذلك لعموم
أدلة الضمان ، واعتبار الملك في الضمان لا دليل عليه ، بل الاطلاق على خلافه
ويكفي في صحة اعتباره عند العقلاء قيام المضمون به مقام المضمون في حفظ عنوان
الصدقة كما لا يخفى (الثالث) أن يلاحظ الواقف صرف نفس المنفعة في الموقوف
عليه كما اذا قال : هذه الشجرة وقف على أولادي يا كاون من ثمرتها ، وفي مثله
لا توارث ولا ولاية للموقوف عليه ولا تصح المعاوضة عليها حتى من الولي العام
لأنه خلاف ما لاحظته الواقف . نعم تضمن منافعها بطرؤه سبب الضمان لما عرفت
في القسم السابق (الرابع) أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليه به مباشرة
كما في وقف الخانات والرباطات وكتب العلم والأدعية والزيارات ونحوها مما يقصد
الواقف انتفاع الموقوف عليه به باستيفاء منفعتها . وهذا القسم كما لا يجوز فيه
التوارث ولا المعاوضة حتى من الولي العام ولا يكون ولايته للموقوف عليه لا يجوز
فيه الضمان للمنافع لو استوفى منافعها ظالم بغير حق ، لأن اعتبار الضمان يتوقف
على ملاحظة مضمون له والمفروض أن الواقف ما جمل منافعها ملكا لملك ولا مضافة
الى جهة ولا مضمونة بعنوان خاص مثل كونها صدقة فكيف يصح حينئذ فرض
البديلية بالمثل أو القيمة والمبديل منه ليس له عنوان خاص يمكن اعتبار البديلية بلحاظه
كما لا يخفى ، فائلافها كائلاف المباحات الاصلية لا معنى لاعتبار الضمان فيه . نعم
مقتضى اطلاق الضمان باليد والائتلاف ضمان نفس الاعيان الموقوفة بها ، وعدم
كونها مملوكة لملك لا يقدح في ذلك لما عرفت من عدم الدليل على اعتبار المالك في
المضمونات فانه — مع إنه خلاف اطلاق الادلة — خلاف المقطوع به في مثل
زكاة المعزولة — مع أن التحقيق أنها ليست ملكا لا للفقراء ولا لغيرهم وانما هي
صدقة مصرفها الاصناف الثمانية — كما حقق ذلك في محله — ومن ذلك يظهر
لك النظر في كلمات شيخنا الأعظم (ره) فلاحظ ، كما أن من ذلك يظهر انه
قد يجتمع ضمان في وقف واحد بلحاظ أجزائه كما في وقف المساجد المعمورة قبل

الوقف فإن المسجدية لما كانت قائمة بالعرصة دون ما فيها من بناء وسقوف ونحو ذلك كان مرجع وقف المجموع الى وقفين وقف العرصة مسجدا ولا ينقطع تأييده بالخراب كما عرفت ووقف البناء ونحوه فانه من قبيل وقف الخانات فاذا انهدم السقف ولم يمكن إرجاع أنقاضه الى ما كانت عليه لم يكن مانع من بيعها بناء على ما يأتي من أن السقوط عن الانتفاع يبطل الموقف وكأيه لذلك ورد ما تضمنه جواز بيع ثوب الكعبة وصحة شراؤه فلا يتوهم التناقض بينه وبين ما عرفت . فلاحظ وتأمل والله سبحانه الموفق المعين .

صور بيع الوقف

ثم ان الكلام في بيع الوقف يقع في صور ^{في} الاولى : أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالحيطان المنبوح والجذع البالي ، والمعروف جواز بيعه حينئذ أما بناء على ما عرفت من أن قوام الوقف الذي به امتاز عن أقسام التصديق هو التأبيد والدوام بلحاظ الانتفاع بالمنفعة الخاصة فاذا بطلت بطل الانتفاع الحكم بانتفاء موضوعه واذا بطل التأبيد بقي صرف التصديق على الموقوف عليه ، فيرجع الى القسم الثاني الذي لا مانع من بيعه ولا مجال للعمل بأدلة المنع إذ لا إجماع على المنع حينئذ وقوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، وقوله « ع » : الوقف على حسب ما يقفها اهله ، بناء على كونه منها يتوقف اعماله على ثبوت الوقف والمفروض بطلانه وانتفاؤه . أما بناء على أنه تملك العين لكل طبقة من الموقوف عليهم على الترتيب بترتيب طبقاتهم ويكون ملكهم للمنافع تبعاً لملك المين لا يجعل من الواقف مجرد امتناع المنفعة لا يوجب بطلان الوقف لعدم منافاة ذلك له ولا لدليله فلا بد في اثبات جواز البيع من دعوى انصراف دليل المنع — أعني قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف — عن الفرض لكنه محل اشكال ، بل لو قيل بأن مفهوم الوقف راجع الى التملك الترتيبي المتقدم على أن تبقى المين بنفسها

مستمراً دائماً ، فيكون المنع من البيع من لوازم مفهومه ، كان مقتضى اطلاق الصحة والتفوذ المنع عن البيع ولو مع الخراب وعدم المنفعة لعدم ارتباط هذا المعنى من التأييد بالمنفعة كي يكون بطلانها موجبا لبطلانه فيحتاج أيضا في إثبات جوازه الى دعوى انصراف دليل الصحة ، لسكونها غير ظاهرة ايضا لا أقل من الشك الموجب للرجوع الى استصحاب المنع « ودعوى » أن المنع السابق على الخراب كان في ضمن وجوب العمل بالوقف وهو انتفاع جميع البطون وقد ارتفع ذلك قطعاً فلا يبقى ما كان في ضمنه « مندفعة » بأن المراد من وجوب العمل بالوقف إن كان الرجوع الارشادي الى ثبوت مضمونه فهو غير معلوم الارتفاع فيستصحب ، وان كان زائداً على ذلك فغير ثابت — كما أشرنا الى ذلك في المباحث السابقة — مع أن مجرد كون الوجود ضمناً لا يمنع من جريان الاستصحاب فيه الا مع تعدد الموضوع عرفاً وهو ممنوع « ومثلها » دعوى كون استصحاب المنع تعليقاً وفي حججته بحث « إذ فيها » أن عمدة المناقشة في حججته معارضته بالاستصحاب التنجيزي ، والاستصحاب التنجيزي هنا معارضد لامعارض فالتأصل عدم ترتب الأثر كما لا يخفى ، ومثل ذلك في الاشكال الاستدلال على الجواز بأن الأمر دائرين تعطيله حتى يتلف بنفسه وبين انتفاع البطن الموجود به بالتلاف وبين تبديله بما يبقى وينتفع فيه الكل والاول مناف لحق الله تعالى وحق الواقف وحق الموقوف عليه والثاني مناف لحق البطون اللاحقة ومستلزم لجواز البيع لعدم الفرق بين اتلافه ونقله فيتعين الثالث وهو المطلوب إذ فيه أنه لا يظهر حق لله تعالى في العين الموقوفة وكون الوقف من العبادات — لو سلم — فالمراد به فعل الواقف فهو له تعالى على أن تكون اللام للتعليل لا للملك ولا للاختصاص فلا حق له تعالى في الفعل فضلاً عن العين ، وكذا لا يظهر حق للواقف فيها بعد ما خرجت عن ملكه إما لكونها صدقة — كما هو الظاهر — أو لكونها ملكاً للموقوف عليهم ، وأما حق الموقوف عليهم فهو — لو كان ثابتاً — بناء على أن الملك التعليلي يستلزم ثبوت حق في العين ، لكن

إبقائها بلا بيع الى ان تتلف لا ينافي الملك المذكور كما في سائر الاملاك التي تسقط
عن الانتفاع ، كما لا ينافي أيضا الحقين السابقين على تقدير ثبوتها فاذا ليس في
ترك العين على حالها تضییع لحق من الحقوق المذكورة ؛ ولو سلم فلا بأس به اذا
اقتضاه الدليل الدال باطلاقه على عدم جواز بيع الوقف فاذا العمدة في جواز البيع
على هذا المبنى أعني كون مرجع الوقف للمليك الترتيبي ، دعوى النصارى دليل
المنع وقد عرفت أنه محل اشكال ، واشكل من ذلك ما يقال من ان الواقف وإن
وقف عين الرقبة لكن حيث أنها مما نزول خصوصيتها الشخصية فكانه وقفها
بمراتبها وتعلق نظره أولا بشخصيتها ثم بماليتها فاذا لم يمكن الانتفاع بشخصيتها
الخاصة فيتعلق بماليتها « وفيه » ما عرفت في احكام المقبوض بالعقد الفاسد
من أن المالية ليست موضوعا للمنازعة الخاصة كالوقفية والملكية والبيعية ونحوها
وإنما موضوعها المال الذي هو موضوع المالية ولو سلم فللمالية القائمة بالعين الخارجية
الخاصة غير المالية القائمة ببدلها فالوقف المتعلق بالاولى ليس له اطلاق يشمل الأخرى
بل موضوعه الاول لا غير فاذا ابطال فيها احتيج في ثبوته للبطلان الى موجب ، وقاعدة
الميسور الشرعية — لو تم تطبيقها في المقام — لا دليل عليها والمجموعة من الواقف
غير ثابتة ولا قرينة عليها ، وإن لم يبطل كان مقتضى اطلاق دليل المنع عن البيع
عدم جوازه « ثم » إنه بناء على ما هو الظاهر من كون الوقف صدقة على نحو
خاص يقتضي الدوام والتأييد فاذا خربت العين بطل التأييد فبقي أصل التصديق على
الموقوف عليه ، لأن الظاهر كون انشائه على نحو تعدد المطلوب فيجوز لمن له
الولاية عليها بيعها ويكون ثمنها صدقة عليهم ؛ وكذا الحال في جميع الابدال
الطولية كما يجوز وقف الثمن أو ثمنه لعدم منافاة وقعه لعنوانه إذ لا يخرج عن كونه
صدقة عليهم . نعم لا بد من أن يكون مصلحة في نظره أما بناء على كون الوقف
تمليكا ترتيبيا بشرط بقاء العين بلا بيع ولا نقل كما يظهر من بعض عبارات شيخنا
الأعظم (قدس) فاذا خربت بطل الفيد المذكور وبطلت الوقفية لفوات قوامها فتبقى
العين ملكا ترتيبيا ، وحينئذ لا مانع من بيعها فاذا بيعت انتقل الثمن الى ملك

البطن الموجود طلقا فلهم اتلافه والتصرف فيه بكل وجه على نحو سائر الاملاك كما تنتقل العين الى مالك الثمن ، فاذا انقضى البطن الموجود حين البيع انتقلت الى ملك البطن الثاني كما لو لم يتحقق البيع من البطن الاول ؛ اذ هو مقتضى جعل الواقف ودعوى قيام الثمن مقامها في ذلك عارية عن الشاهد اذ الملكية المجمولة للبطن الثاني تعليلية وليس لها وجود فعلي حال البيع كي يقوم الثمن مقام العين بلحافظها فلا وجه لثبوتها في الثمن بدل العين ، بل لو قلنا بأن الملكية التعليلية تستوجب ثبوت حق فعلي للبطن اللاحق ولذا لا يجوز اتلافها لم يمكن موجب لا تنقل ذلك الحق الى الثمن اذ لا دليل عليه ولم لا يكون كحق الجناية عند جماعة من الاصحاب لا يمنع من بيع العبد الجاني ولا ينتقل الى ثمنه ، نعم لم يصرف قائل بذلك لكن هذا المقدار لا يسوغ الخروج عن القواعد بالانزاع ببدلية الثمن حتى بلحافظ الملكية الشأنية او بلحافظ الحق الناشئ منها لوقيل به ولعل ذلك كله اشارة على عدم تمامية المبنى المذكور . ومن ذلك يظهر لك الحكم بناء على ما يظهر من اكثر عبارات شيخنا الاعظم (ره) في المقام من أن مرجع الوقف الى الملك الترتيبي بلا شرط عدم التصرف إذ لا فرق بين هذا وبين ما قبله فيما ذكرنا وان كان بينهما فرق في جواز البيع على هذا المبنى لو لا الدليل الشرعي التعبدى وعدم جوازها على الاول إلا بعد البطلان من جهة الخراب فلاحظ ، وكيف كان فالمبنى المذكور ضعيف فان الوقف على زيد ليس معناه تملكه لا عرفا ولا شرعا كيف وقد يكون الموقوف عليه لا يقبل التملك كالحيوان والجماد والجهات ؛ والانزاع بأن الوقف على ما يقبل الملك فهو ما يخالف الوقف على ما لا يقبله كما ترى خلاف مرتكزات المتشريعة ، ومثله الالتزام بقبول الحيوان والجماد ونحوهما للملك فانه خلاف المرتكز العقلائي اذ المذكورات عندهم قاصرة عن الملكية ﴿ فالتعين ﴾ ما عرفت آنفا من أن الوقف تصدق بالعين على نحو خاص على وجه التأيد ، كما يستفاد من النصوص والفتاوى ومرتكزات المتشريعة فاذا خربت العين الموقوفة بطل التأيد وبقي التصديق الخاص لا يكون التأيد ملحوظا قيداعلى نحو تعدد المطلوب والتصدق الخاص لا مانع من

بيع موضوعه كما عرفت فاذا بيع كان الثمن بمنزلة في كونه صدقة خاصة بلا تأييد فيجز بيعه ايضا ، وكذا الحال في جميع الابدال الطولية لانها بمنزلة المبدل منه ، « وهل » يجب شراء المائل كما عن جماعة لكونه أقرب الى مقصود الواقف ؟ الظاهر عدم لعدم انضباط غرض الواقف وعدم الدليل على وجوب ملاحظة مقصوده فضلا عن الاقرب اليه وانما الواجب العمل بمضمون الوقف لدليل الصحة والنفوذ ولو مع عدم الطباق غرض الواقف عليه لجواز تخلف الاغراض وليس غرض الواقف كغرض الشارع الذي يستتبع حكما شرعيا يجب موافقته عقلا فلاحظ (ثم) إنك عرفت أنه بناء على كون الوقف صدقة تكون ولايته لولي الصدقات إلا أن يكون الواقف قد عين ناظرا فيكون هو المتولي لها يتصرف فيها حسبما يقتضيه نظره من بيع أو غيره على حسب اختلاف النظارة المجمولة عموما وخصوصا وان كان اطلاق النظارة منصرفا الى غير البيع أما بناء على التملك الترتيبي فولايته للبطن الموجود ، فلو بني على البيع كان المتولي له البطن الموجود مع الحاكم أما الاول فللملك ، وأما الثاني فلا القيمة على المعلوم والمنفروض كونه ملكا لهم أيضا بناء على صحة دعوى ثبوت حق في العين لهم ينتقل الى بدله . نعم لو نصب الواقف ناظرا على الوقف فالحكم كما سبق لا أقل من الشك الموجب للرجوع الى اصالة عدم ، ولو استبدل بالوقف فهل للناظر المنصوب من الواقف الولاية على البديل لتعلق حقه بالعين فينتقل الى بدله ؟ أولا لأن الولاية ليست من الحقوق ولذا لا تسقط بالاسقاط الاقوى الثاني . نعم لو كان المستفاد من لسانه جعل النظارة عموما للبديل لزم العمل عليه ، ولو خرب بعض الوقف جاز صرف ثمنه في مصلحة البعض العاصر لأنه من مصارف الصدقات أولا لأنه صرف في مصلحة المالكين ومثله صرفه في وقف آخر وهل يجب لو كان الباقي محتاجا في انتفاع البطون اللاحقة الى ذلك ؟ وجهان أقواهما الثاني لعدم الدليل على ذلك لا شرعا ولا يجعل الواقف ، ومثله لو توقف انتفاع البطون اللاحقة بالوقف على صرف منفعة الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود ، نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف

ذلك تعين ، ولو اتجر الولي بضمن الوقف المبيع كان الربح تابعا للاصل صدقة أو ملكا ترتيبيا للبطون لأنه جزء البذل فكما ان الاصل مملوك للبطون ترتيبيا كذلك أبداله الطولية وليس هو كائنا الخارجى أو المنافع فانها خارجة عن موضوع الوقف زائدة عليه بخلاف الربح كما لا يخفى « هذا » وقد عرفت فيما سبق أن جواز البيع في هذه الصورة لا يختص بنوع من الوقف بل يجري في اقسامه كافة حتى مثل وقف خانات الزوار وكتب العلم والمدارس والرباطات ونحوها نعم لا يجري في وقف المساجد لما عرفت من كون المقصود من وقفها ليس هو الانتفاع لبنتي بالخراب بل المقصود حفظ عنوان المسجدية وإيجاده وهو لا يختلف باختلاف حالتي العمارة والخراب فلاحظ وتأمل .

الصورة الثانية

أن يخرب بنحو يسقط عن الانتفاع المعتد به مع كونه ذا منفعة يسيرة ملحقة بالعدم عرفا كما وربما يستظهر الجواز من القائلين بالجواز في الصورة الأولى بحمل الخراب فيها على ما يشمل هذه الصورة كما يستظهر المنع أيضا منهم بحمل الخراب فيها على ما يسقط به عن الانتفاع بالمرّة لكن كلماتهم مختلفة فبعضها ظاهر في المنع هنا وبعضها ظاهر في الجواز ﴿ وكيف كان ﴾ فالمتبع الدليل وقد عرفت أن مقتضى الوقف وإطلاق قوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، هو المنع إلا أن يدعى انصراف المنفعة المأخوذة موضوعا لتأييد الوقف عن غير المعتد بها وحينئذ يقصر النص عن شمولها أيضا وهي غير بعيدة . نعم بناء على كون المنع عن البيع تعديا تشكل دعوى الانصراف كما عرفت في الصورة الأولى . هذا ولو كانت الوقف وارداً على موضوع لوحظ معنونا بعنوان خاص كالبيتان والدار ونحوها فبناء على ما ذكرنا من كون الوقف صدقة على نحو التأييد في الانتفاع بالمنفعة الملحوظة موضوعا للتأييد ان كان خصوص منفعة الدار والبيتان فإذا بطلت بطل

الوقف فيرجع صدقة على الموقوف عليهم فلا مانع من بيعه وبناء على ما ذكره شيخنا الأعظم (ره) من كونه ملكا ترتيبيا فالملكية وإن أمكن تخصيصها بالمعنون على نحو تفوت بفوات عنوانه لكن المرتكزات العقلية لا تساعد عليه فلا موجب لبطلان الوقف بفوات العنوان فلا مانع من تطبيق قوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، فيتمين القول بعدم جواز البيع .

الصورة الثالثة

أن يخرب بنحو تقل منفعته من دون أن تلحق بالمعدوم ، والمنسوب الى صريح جماعة المنع ، بل نسب الى ظاهر الأكثر لما عرفت من أدلة المنع من دون مخرج « ودعوى » الانصراف ممنوعة ، وعن الشيخ (ره) الجواز معللا بأنه لا يمكن الانتفاع به الا على هذا الوجه ذكر ذلك في النخلة المنقلبة لكن التعليل في مورده غير ظاهر لا يمكن الانتفاع بالنخلة في وجوه كثيرة ولو فرض العدم لم يكن الفرض مما نحن فيه ، وكذا لو كان مراده ما تقدم في الصورة الثانية مما لوحظ فيه منفعة عنوان خاص فبطل لكن العبارة لا تساعد عليه وكيف كان فالأقوى المنع وأظهر منه ما لو قلت منفعة العين من دون خراب .

الصورة الرابعة

أن يكون بيع الوقف أنفع للموقوف عليه ، والمعروف المنع عن البيع بل لم يعرف القول بالجواز إلا من المفيد (ره) وعن السرائر أن كلام المفيد متأول ، كما أنه لم يعرف له وجه مصحح للخروج عن اصالة المنع إلا رواية جعفر بن حيان عن أبي عبد الله « ع » عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمه ... الى أن قال : قلت فلورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الارض ان احتاجوا ولم

يكنهم ما يخرج من الغلة ؟ قال « ع » : نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع أعود لهم باعوا ، وما في توقيع الحميري عن صاحب الزمان عليه وعلى آباءه أفضل الصلاة والسلام — بعد ما سئل عن الخبر المأثور عن الصادق « ع » من أنه إذا كان الوقف على قوم باعياهم وأعقابهم واجتمع أهل الوقف على بيعه وكان أصلح لهم جاز بيعهم ، وأنه هل يجوز الشراء من بعضهم دون بعض ؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه — أجاب « ع » بأنه إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما بقدرت على بيعه مجتمعين ومتفرقين ، لكن فيه — مع ضعف الأول بجهالة جعفر ، ووجود الحسن بن محبوب السراد الذي هو من أصحاب الإجماع في السند لم يثبت كونه كافيا في الحجية فتأمل ، وإعراض الأصحاب عنها — قصور دلالتها فإن كون البيع خيرا لهم وأصلح غير ظاهر في الأعداء الأنفع لما بينهما من العموم من وجه مع أن (الأول) لا إطلاق له يشمل صورة عدم الحاجة لأن ذكرها في السؤال يصلح قرينة على الاختصاص بها ولا يقول به القائل (الثاني) ظاهر في الجواز مطلقا ، وذكر الأصلح في السؤال لا يصلح قرينة على تخصيص الجواب به لاختلاف الجواب في الحديثين من حيث الابتناء على السؤال فلاحظ .

الصورة الخامسة

أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة ، وظاهر محكي عبارات جماعة جواز البيع وأيسر له دليل ظاهر يخرج به عن أدلة المنع غير خبر جعفر بن حيان المتقدم ، ودلالته لا تخلو من نظر بل منع لأن الحاجة وعدم كفاية الغلة فيه أعم من الضرورة الشديدة ، بل بينهما عموم من وجه — وإطلاق التوقيع الشريف المتقدم وإن كان يقتضيه ، لكنه بظاهره غير معمول به ومؤوله ليس بحجة ، لعدم القرينة عليه فالعمل بأدلة المنع متمين التي لا يقدح فيها الاتفاق المحكي في

الانتصار على الجواز كالأجماع المحكي في الغنية عليه لوضوح الخلاف (١).

الصورة السادسة

أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو غيرها فجوزه العلامة في محكي الارشاد ، وتوقف فيه في محكي القواعد ، وفصل في محكي جامع المفاصد بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز وبين غيره فلا ، والذي ينبغي أن يقال إن كان التأييد المنافي للبيع من مقومات الوقف فاشتراط البيع يكون منافيا للوقف سواء أ كان بنحو شرط النتيجة أم بنحو شرط الفعل الذي هو محل الكلام أما الأول فواضح ، لأن المفروض المناقاة بين البيع والوقف والفصد الى المتنافيين ممتنع ، وأما الثاني فإنه وإن لم يكن قصد الى انشاء نفس البيع حينئذ ، وإنما كان قصداً الى جعل الداعي اليه لكن ارادة شيء أيضاً تنافي ارادة جعل الداعي الى ما ينفيه ، وحينئذ يشكل قصد انشاءه فضلاً عن صحته . نعم يصح لو كان راجعاً الى اناطة التأييد بعدم عروض السبب المجوز للبيع وحينئذ يكون الوقف منوطاً لا مطلقاً فاذا حدث السبب ارتفع الوقف فجواز البيع ، وأما تصحيحه بارجاعه الى شرط فسخ الوقف أولاً ثم يبيع ففيه أن الفسخ أيضاً ينافي التأييد كالبيع فلا يمكن شرط فعله في عقد الوقف والمناز بين الوقف وسائر العقود التي يجوز فيها شرط الفسخ أن المجهول فيها مجرد حدوث المضمون من دون نظر الى بقاءه ودوامه فلا مانع من شرط الفسخ بنحو شرط النتيجة فضلاً عنه بنحو شرط الفعل بخلاف الوقف حسب الفرض من كون التأييد والدوام مقوماً له ومجموعاً لا يحمل الواقف وكيف كان (٢) فصحة الوقف المنوط بشيء يقتضيها العمومات، والاجماع على بطلان التعليق غير ثابت مع تحقق الخلاف ، واحتمال ان الخلاف كان لشبهة لا لجواز التعليق غير ظاهر فالعمل بالعمومات متعين وحينئذ يهمل الوقف بطروء السبب المنوط به الشرط فلا مجال للتمسك على بطلان الشرط بانه

مخالف للسنة لقوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف ، لا تنفاه موضوعه ، وكذا لا حاجة في تصحيحه الى التمسك بقوله (ع) : الوقف على حسب ما يقفها أهلها ، فان الرجوع اليه ايضا فرع ثبوت موضوعه ﴿ وأما ﴾ لو لم يكن التأييد المنافي للبيع من مقومات الوقف فلا مانع من الشرط المذكور ثبوتاً . نعم يشكل صحته بمخالفته للسنة كما عرفت وتصحيحه بعموم : الوقف على حسب ما يقفها أهلها ، غير واضح لاحتمال انصرافه عن مثل ذلك ولا سيما بملاحظة ما دل على عدم جواز بيع الوقف . هذا اذا كان المقصود البيع لجميع الموقوف عليهم أما لو كان المقصود البيع لخصوص البطلن الموجود بحيث يصرف في مصالحهم كان الشرط ايضا منافياً للموقف : فيتمين في رفع التنافي أن يكون الوقف ايضا منوطاً بعدم طرؤه ما جعل شرطاً في البيع فيجري فيه ما عرفت من البناء على صحته للعمومات وأنه لا مجال للتمسك بعموم : لا يجوز شراء الوقف ، ولا بقوله (ع) : الوقف على حسب ما يقفها أهلها ، ويمضد ما ذكرنا الصحيح الحاكي لوقف أمير المؤمنين (ع) ماله في عين بذبح المتضمن لشرط البيع في فروض متعددة فلاحظ .

الصورة السابعة

أن يؤدي بقاءه الى خرابه المؤدي الى سقوط الانتفاع به بنحو يعتد به علماً أو ظناً لهؤلاء أكان من جهة الاختلاف بين أربابه أم لا ، واختار شيخنا الأعظم - رحمه الله - فيه جواز البيع وفقاً لظاهر محكي كلام جماعة حيث أطلعوا جواز البيع عند خوف الخراب كالمبسوط والغنية والوسيلة وفقه القرآن والجامع والزهرة واستدل له بقصور أدلة المنع عن شمول الفرض لعدم الاجماع وانصراف نصوص المنع ، لكن لو بني على كون المنع من البيع من مقتضيات الوقف احتيج في دعوى الجواز الى دعوى انصراف نظر الواقف ولكن دعوى انصراف رواية المنع ونظر الواقف عن ذلك غير ظاهرة ولا سيما الثانية ، إذ لا قصور في المنفعة حين البيع

الى زمان الخراب فلا موجب لانصراف جعل الوقف عنها ، ومجرد كون الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فاذا دار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه فالثاني أولى إنما يجدي لو بني على لزوم العمل بفرض الوقف وقد عرفت أنه ممنوع وأن اللازم العمل بمجموع الوقف لا غير والبيع بتأنيده حسب الفرض فكيف يسوغ ارتكابه . نعم يتم ذلك في آخر أزمته بقاءه اذ لا منفعة حينئذ تكون موضوعاً للتأيد لكنه فرض لا وجود له ، وأما الاشكال بأن البيع قبل ذلك قد يؤدي الى ضرر البطن الموجود للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البديل أو كون البديل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي فلا يهم بعد ما كان البطن الموجود هو المتولي للبيع المستلزم لاقدامه على الضرر المذكور . نعم يقدر ذلك في القول بوجوب البيع حينئذ لأنه على خلاف قاعدة نفي الضرر ، فالتمت حصل أن الكلام في جواز البيع في هذه المسألة ان كان في جواز البيع في آخر أزمته بقاء التعمير المتصل بزمان الخراب فالحكم هو الحكم في الصورة الثانية والدليل هو الدليل ، وان كان في جواز البيع عند طروء ما يوجب العلم أو الظن بالخراب لو بقي مع تحقق المنفعة له الى زمان الخراب فالوجه عدم الجواز إما لكون البيع خلاف مقتضى الوقف أو لاطلاق ما دل على المنع عنه ، ومجرد عدم إمكان البيع بعد ذلك بحيث لو لم يبع عند طروء الطارئ تعذريته وخرب بعد حين لا يسوغ البيع الممنوع عنه وليس المقام من التراجع كي يؤخذ بأقل المحذورين « ومنه » يظهر ضعف ما يقال من أن إبقائه على حاله اضاءة واتلاف للمال فان ذلك لا يصلح مخصصاً لأدلة المنع كما يظهر ضعف القول بجواز بيعه إذا أدى بقاءه الى خرابه الموجب لقلة المنفعة مع الاعتداد بها عرفاً فضلاً عما اذا لم يكن مؤدياً الى ذلك الذي لا يظن الانزام بجواز البيع فيه من أحد ومسوغية الخراب المذكور في كلامهم إنما هو بملاحظة ما يترتب عليه من فوات المنفعة كلاً أو بعضاً .

الصورة الثامنة

أن يقع الاختلاف بنحو لا يؤمن معه تلف المال أو النفس ، وقد يظهر من عبارة جملة جواز البيع فيه ، وكأنه لمكاتبة ابن مهزيار الى ابي جعفر (ع) فيمن وقف ضيقة وجعل له (ع) في الوقف الخس يسأله عن رأيه في بيع حصته أو تقويمها على نفسه أو بدعها موقوفة ؟ فكتب (ع) اليه انه بأمره ببيع حصته - عليه السلام - أو تقويمها على نفسه فكتب اليه : ان الرجل ذكر بين من وقف عليهم بتمية الضيقة اختلافاً شديداً وليس بأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان يرى أن يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك فكتب - عليه السلام - بخطه : واعلمه أن رأيي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف ان بيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفس (وفيه) أن قوله « ع » : فانه ربما . . . الخ ان كان تعليلاً لجواز البيع مع الاختلاف كان مقتضى عموم التعليل جواز البيع بمجرد احتمال تلف النفوس والأموال وان لم يكن بسبب الاختلاف ، وان كان حكمة لجواز البيع عند الاختلاف كان اللازم البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقاً وعلى كل حال لا تصلح الرواية لاعتبار القيدين معاً (اللهم) الا أن يبنى على اجمالها ويكون اجتماع القيدين هو المتيقن ، ومن ذلك تعرف عدم دلالة الرواية على جواز البيع في « الصورة التاسعة » وهي أن يؤدي الاختلاف الى ضرر عظيم وان لم يكن نفساً أو مالا ولا سيما مع وضوح خلوها عن التعرض لمطلق الضرر وعن اعتبار الاداء الواقعي الى ذلك لصراحتها في كفاية الاحتمال وأما في « الصورة العاشرة » وهي أن يلزم من بقاء الوقف فساد يستباح منه الأنفس كدلالة الرواية على الجواز فيها مبنية على ملاحظة الذيل تعليلاً ، لكنك عرفت صراحتها في الاعتبار بتلف الأموال إما منضمّة الى النفوس أو مستقلة على الاحتمالين ، فلا وجه للاقتصار على النفوس فيها ،

كما عرفت أيضا صراحتها في الاكتفاء باحتمال الأداء ولا يعتبر الاداء الواقعي كما ذكر في الصورة المذكورة وحيث أن الظاهر كون الذيل تعليلا تكون الرواية ظاهرة في جواز البيع عند احتمال أداء بقائه الى تلف النفوس والاموال فان أمكن العمل بها كان اللازم البناء على الجواز حينئذ ولا يتوقف على حصول الاختلاف ولا على العلم أو الظن بالأداء الى ذلك ولا كون التلف على الوقف ولا على الموقوف عليهم ، لكن قد يشكل العمل بها من وجوه ﴿ الاول ﴾ عدم عمل الاصحاب بظاهرها ﴿ وفيه ﴾ أن الظاهر من اصحاب العمل بها والاعتماد عليها واختلاف كلماتهم في موضوع الجواز لاختلافهم في فهم المراد منها ﴿ الثاني ﴾ مخالفتها للقواعد المانعة من البيع ولا سيما بملاحظة ما فيها من قسمة الثمن على البطن الموجود لا غير (وفيه) أنه لا مانع من تخصيص القواعد العامة بالدليل المقتضي لذلك ، ﴿ الثالث ﴾ عدم ظهورها في الوقف المؤبد لعدم ذكر الاعقاب فيها (وفيه) ان ظاهر اطلاق الوقف الحبل على المؤبد وعدم التعرض للاعقاب لاجل عدم كون السائل في مقام البيان من هذه الجهة ﴿ الرابع ﴾ عدم ظهورها في حصول القبض الذي هو شرط الصحة وفيه ان الظاهر من الوقف الوقف الصحيح الذي يترتب عليه الأثر وعدم التعرض للقبض لا يقدر لما سبق (المهم) الا ان يقال : ظاهر قول المكاتب : وجعل لك في الوقف الخمس ، أن وقف الضيقة كان على الامام « ع » وعلى غيره وفقاً واحداً ، ويشير اليه قوله بعد ذلك : أو بدعها موقوفة ، ثم إن ظاهر قول المكاتب : ويسألك عن رأبك في بيع . . . الخ أنه سؤال على وجه الاستشارة لا على نحو الاستفتاء عن جواز بيع الوقف كما يشير اليه ذكر تقويم الحصة على نفسه بالقيمة التي اشترى بها الارض في مقابل البيع وتركها موقوفة ، فتكون الرواية ظاهرة في مفروغية السائل عن جواز البيع وانما كان رده في ترجيح إحدى الخصال الثلاث على الباقيتين فسأل الامام « ع » عن ذلك كما يشير اليه أيضا أمر الامام « ع » له بالبيع وترجيحه على غيره من الخصلتين الآخرين اللتين إحداهما التقويم على نفسه الا اذا كان أرفق فراجع الجواب الى

الارشاد الى لزوم البيع في قبال التقويم وقبال ترك الحصة موقوفة لا الى بيان حكم جواز بيع الوقف في قبال عدم جوازه . نعم تدل على اعتقاد السائل جواز بيع مثل هذا الوقف ، ولذا سأل عن الارجح منه ومن معادليه وتقرير الامام - عليه السلام - له على ذلك دليل على صحة اعتقاده ولا تعرض في الرواية لموضوع جواز البيع وعدمه : فلا بد حينئذ من الرجوع في تعيينه الى دليل آخر ، ومن ذلك يظهر أن الوقف المسؤول عن بيعه لما بين أربابه من الاختلاف قبل وقوعه ولا يؤمن تفاقه بعده هو الوقف الاول والسائل فيه هو السائل الاول الذي كان عالماً بمجواز بيع الوقف فالسؤال فيه جار مجرى السؤال الاول ليس سؤالاً عن جواز بيعه شرعاً بل استشارة في العمل بما هو أرجح من ابقائه وبيعه وتقسيم ثمنه على البطن الموجود ، ويشير اليه قوله « ع » في الجواب : وأعلمه أن رأيي أن بيع الوقف أمثل ، والمظنون ماعن المجلسي « ره » في بعض حواشيه من ارادة الوقف العرفي الحاصل بمجرد انشاء الوقف من دون قبض مصحح له وموجب لترتب أثره شرعاً عليه ، والمحصل : أن الرواية صريحة وذيلة وسؤالاً وجواباً ظاهرة في الاستشارة في بيع الوقف لا في الاستفتاء عن جوازه وعدمه والتعليل بأنه لا يؤمن تلف النفوس والاموال ذكر مرجحاً لا مسوغاً فلا مجال لالتمسك بها على الجواز معه لاجمال موضوعه وترك الاستفصال عن وجود المسوغ لا محل له فلا مجال للتمسك به لا أقل من عدم ظهورها في الاستعلام عن جواز بيع الوقف فلا تصلح للحججة فلاحظ وتأمل ، ثم إنه لو بني على ظهور الرواية في جواز البيع مع اختلاف الموقوف عليهم فظهورها في قسمة الثمن على البطن الموجود لا مجال لانكاره فيتمين العمل به ﴿ وما ﴾ عن ظاهر جماعة وصريح جامع المقاصد من أنه يشترى بثمنه ما يكون وفقاً لظاهر الرواية من غير وجه ظاهر الا المخالفة للقواعد المقتضية لكون ثمن الوقف يصرف في مصالح جميع طبقات الموقوف عليهم لكنه غير كاف في رفع اليد عن ظاهر الدليل كما عرفت آنفاً فلاحظ « هذا » كله في الوقف المؤبد .

الوقف المنقطع

وأما المنقطع وهو الوقف على من ينقرض غالباً كأن يقف على عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض فالكلام فيه في مقامين (الأول) في صحته وقتنا أو حبساً وبطلانه رأساً فنقول : المصريح به في كلام جماعة اعتبار الدوام في الوقف ، وفي الجواهر الاجماع محصلة ومحكية في الغنية وعن المختلف والسرائر عليه ، وفي ظاهر جامع المقاصد والمسالك عدم الخلاف فيه ، ومقتضى ذلك بطلان الوقف في مدة معينة كسنة ونحوها وبطلان الوقف على من ينقرض كما لو وقفه على زيد أو البطن الاول من ولده ، لكن حكى في المبسوط وغيره قولاً بالصحة وهو المصريح به في كلام جماعة فكان المراد من الدوام عدم الاقتران بمدة كما لعله الظاهر منه فان ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة لا ينافي دوامه فان انتفاء العارض بانعدام موضوعه ضروري وكيف كان فالتيقن من معقد الاجماع ذلك وفي غيره يرجع الى القواعد المقتضية للصحة مضافاً الى مكانة الصغار الى أبي محمد (ع) يسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو فقد روي أن الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة وإذا كان موقفاً فهو صحيح ممضى قال قوم : إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه فإذا انقضىوا فهو للفقراء والمساكين الى ان يرث الله تعالى الارض ومن عليها ، وقال آخرون : هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر في آخره الفقراء والمساكين الى أن يرث الله تعالى الارض ومن عليها ، والذي هو غير موقت ان يقول : هذا وقف ولم يذكر أحداً ، فما الذي يصح من ذلك ؟ وما الذي يبطل فوقع (ع) : الوقوف بحسب ما يوقعها أهلها انشاء الله ، ولأجله يتضح المراد بمكاتبة ابن مهزيار : كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة وكل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة ، ولو لم تحمل على الاولى أشكلى

الأخذ بظاهر صدرها فإنه خلاف الاجماع وذيلها يحمل المراد لا مجال للعمل به فلاحظ ، ومنه يظهر ضعف القول بالبطلان لفقد الدوام الذي هو شرط في الوقف ثم على تقدير القول بالبطلان فهل يصح حبسا — كما صرح به جماعة — لان التقييد قرينة على ارادة الحبس أولا لان القرينة مبنية على المناقاة عرفا بين الوقف وبين التقييد كي يكون التقييد قرينة على ارادة غير الظاهر وهي ممنوعة إذ الدوام شرط للصحة لامقوم لمفهوم الوقف ، فيثبت لامانع من أن يكون المراد مفهوم الوقف وان كان مجمولا لمن ينقرض فالحمل على الحبس لا طريق اليه ومثله ما يقال من أن مفهوم الوقف والحبس واحد وإنما الاختلاف بالدوام وعدمه فإذا انقضى الدوام كان حبسا ، وجه الضعف أن مفهوم الوقف مغاير لمفهوم الحبس فان الاول تصرف في العين والثاني تصرف في المنافع لا غير ثم على تقدير الصحة وقفاً فإذا انقرض الموقوف عليه فهل يرجع الوقف الى ورثة الواقف ، أو ورثة الموقوف عليه أو يصرف في سبيل الله أقوال صرح جماعة بالاول ونسبه في المبسوط الى روايات اصحابنا وكأن المراد بها رواية جعفر بن حيان المتقدمة لكنها ظاهرة في شرط دفع ثلثمائة درهم على الموقوف عليهم فلا تكون مما نحن فيه فلاحظ ، واختار في الجواهر القول المذكور اعتمد على مكتبة ابن مهزيار بعد تفسيرها بمكتبة الصغار المتقدمة فان الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم من غير الموقت فيبطل وان كان قبل ذلك من الموقت فيصح وفيه أن ظاهر المكتبة غير الموقت أصلا فلا تشمل ما نحن فيه بل هو من الموقت ودعوى أنه قبل انقراض الموقوف عليه من الموقت وبعده غير موقت خلاف ظاهر المكتبة وقوله (ع) : مردود على الورثة ، لا يصلح قرينة على ذلك فضلا عن ظهورها في خصوص ما نحن فيه لأن الظاهر أن ذكر الورثة بالخصوص لا مر ما يقتضيه وإلا فالبطلان يقتضي الرد الى المالك سواء كان هو الواقف أم ورثته كما لا يخفى ، وإذا كانت الرواية قاصرة عن الدلالة على الرجوع الى الواقف أو ورثته فلا بد من العمل بالقواعد في تعيين المرجع فنقول : إن كان مرجع الوقف على من ينقرض الى اشتراط رجوع الوقف الى الواقف بعد انقراض الموقوف عليه — كما في الوقف

الى مدة — فهو وان كان في نفسه لا يتخلو من اشكال لان الوقف من الابقاعات اللازمة ، ولذا لا يجوز فيه شرط الخيار عندهم ، وفي الجواهر : لم أعرف خلافا في عدم جوازه عدا عبارة في محكي التحرير لم يعلم أنها له أو للشيخ . انتهى . لكن يمكن تصحيحه بعموم : الوقوف بحسب ما يقفها أهلها ، وإن لم يرجع الى الشرط بل كان المجمول مجرد كونه وقفا على فلان فان قلنا بكون الوقف عليك للموقوف عليه فبانقراضه يكون ملكا لو ارثه كسائر أملاكه لأن المانع من انتقال العين الموقوفة من أحد البطون الى وارثه وتعين انتقالها الى البطن الثاني هو جعل الواقف فاذا كان المفروض أن المالك لم يجعل بعد البطن المنقرض ملكية العين لاحد انتفى المانع عن التوارث فيكون مقتضى العموم ثبوته كما لا يخفى ، وإن قلنا بأنه تصدق بالعين على نحو خاص فان كان لحاظ الخصوصية على نحو تعدد المطلوب فاذا بطلت بقي أصل التصديق فيجري عليها حكم الصدقة فيجوز صرف عينه في مصرف الصدقات كما يجوز ابقاؤه وصرف ثمنه فيها كل ذلك بنظر الولي الا ان يفهم من الواقف ارادة الدوام فيتعين الثاني ، وكأنه على ذلك بنى القائل برجوعها الى سبيل الله كما حكاه في المبسوط قولا لبعض الأصحاب ونسب الى ابن زهرة في الغنية وان كان على نحو وحدة المطلوب فاذا بطلت الخصوصية بطل أصل التصديق فترجع الى الواقف او وارثه ، ولأجل أن الأصل في القيود أن تكون ملحوظة بنحو وحدة المطلوب تعين البناء في المقام على الرجوع الى ورثة الواقف الا أن تقوم القرينة على خلاف ذلك ، ولا فرق فيما ذكرنا بين الوقف على من ينقرض غالبا والوقف على غيره مما لا ينقرض غالبا وان كان ظاهر المشهور في الثاني بقاء الوقف وصرف منافعه في وجوه البر ولعل مرادهم — كما قيل — صورة ما اذا ظهر من بعض القرائن التقييد بنحو تعدد المطلوب فلاحظ ﴿ المقام الثاني ﴾ في جواز بيعه وعدمه فنقول : بناء على أن المنع من البيع من مقتضيات الوقف لا يجوز بيعه والفرق بين الوقف المنقطع وغيره في ذلك غير ظاهر وكذا بناء على اطلاق الدليل المانع من بيع الوقف كما هو الظاهر فان قوله (ع) : لا يجوز شراء الوقف

شامل للمنقطع كما لدائم . نعم بناء على خلاف ذلك كله فان قيل ببقاء على ملك
الواقف لم يحز الموقوف عليه بيعه لعدم السلطنة وجاز للواقف فيكون العوض وقعا
كعوض الوقف الذي بيع للخراب على ما ظهر للاصحاب ، أما لو أريد بيعه
على ان يبقى مريضاً لا تتنازع الموقوف عليه نظير بيع العين المستأجرة والعبد
الجاني فيكون حق الموقوف عليه باقياً بحاله في العين — كما احتملناه آنفاً — فلا
مانع منه أيضا الا من جهة جهالة المدة الموجبة للغرر في البيع ، ولا فرق في ذلك
بين البيع على الموقوف عليه أو من انتقل اليه حق الموقوف عليه بصلح أو غيره
وغيرها لا طراد الغرر للمانع ، اللهم الا أن يستند الجواز من رواية الحسين بن نعم
الدالة على جواز بيع المالك داره التي جعل سكنها لرجل ولعقبه من بعده اذ الفرق
بين المقام وموردها غير ظاهر على هذا المبنى ، وقد عرفت اختلاف مفاد الوقف
من حيث ملك الموقوف عليهم للمنفعة أو كونهم مصرفا لها أو مجرد البذل وكذلك
تكون السكنى فيرجع المنقطع اليها . هذا ولو انتقل حق الموقوف عليه الى الواقف
بعقد أو نحوه جاز للواقف البيع حينئذ لعدم المانع حيث أن العين تنتقل الى المشتري
بجميع منافعها بمجرد البيع كما في سائر الموارد فلا اشكال ، ومثله ماوافق المالك
والموقوف عليه على نقل العين بمنافعها جميعا فانه لا مانع عنه نعم لا بد أن يكون
النقل المذكور على نحو الصلح اذ لا عقد سواه يتضمن نقل المنافع في عرض نقل
العين وجهالة مقدار المنفعة لا تقدر في بيع الصفقة فضلا عن المقام هذا ولو قيل
بانتقاله الى ملك الموقوف عليه لم يحز للواقف البيع لعدم السلطنة وجاز للموقوف
عليهم ان قلنا بانتقاله الى وارثهم كما رأينا ملاحه وان قلنا بانتقاله الى الواقف أشكل البيع
سواء كان حق الانتقال الى الواقف باقيا في العين بعد البيع نظير حق الجناية أو منتقلا
منها الى العوض نظير حق الرهانة لا جهل بزمان الانتقال المؤدي الى الغرر ، ولو قيل بشعين
صرفة في سبيل الله تعالى بعد انقراض الموقوف عليه لم يحز نقله على كل حال لانه بعد الانقراض
يكون وقفا على سبيل الله تعالى فيكون من الوقف المؤبد نعم لو بني على جواز صرف
عينه في سبيل الله تعالى لسكوته بعد الانقراض صدقة مطلقا لم يكن مانع من بيعه

إلا من جهة الجهالة فلو كانت المعاوضة عليه مما لا تقدر فيها الجهالة جازت بلا مانع أصلاً ؛ لكن الولاية على ذلك لاولي العام فلا يجوز المعاوضة عليه لأمن الواقف ولا من الموقوف عليه إلا على نحو العقد الفضولي فلاحظ وتأمل والله سبحانه الهادي إلى سواء السبيل : وهو حسبنا ونعم الوكيل ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

بيع أم الولد

مسألة : من جهة ما يوجب خروج المال عن كونه طلقاً صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها ، وعن مجمع البرهان والحدائق أنه لا خلاف فيه بين المسلمين وبدل عليه جملة من النصوص الآتية بعضها ، بل يظهر من رواية السكوني لقول أمير المؤمنين (ع) لمن أراد بيع أمه التي أرضعت ولده : خذ بيدها فقل : من يشتري مني أم ولدي ، كون البيع من المنكرات الإسلامية ، وكذا ظاهر الصحيح عن عمر بن يزيد : لم يباع أمير المؤمنين (ع) أمهات الأول ، فلاحظ

الكلام في أمور

والكلام يقع في أمور : الأول : أنه ألحق جماعة — كما قيل — بالبيع سائر النواقل ولو لم يكن على نحو المعاوضة ؛ بل عن الإيضاح الإجماع عليه صريحاً ؛ وعن جماعة إرساله إرسال المسلمات ، بل ظاهر ما في المقاييس من قوله (ره) : الاستيلاد مانع من صحة التصرفات الناقصة من ملك المولى إلى ملك غيره ، أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالهن على خلاف في ذلك . انتهى ، الاتفاق عليه وبقتضيه ظاهر بعض نصوص المنع مثل رواية السكوني المتقدمة فإن الظاهر كون الاستنكار من جهة كونها ذات علة خاصة به التي لا فرق في مانعيتها

عن النقل بين البيع وغيره ، ومثله الصحيح ، بل ما فيه من التفصيل بين الدين الذي هو بمن رقبته وغيره أيضا كذلك ، فإنه لو كان يجوز نقلها بغير البيع لوجب لوفاء الدين ولما جاز السكوت عنه ، وبالجملة : استفادة عموم الحكم لغير البيع من النواقل غير بعيدة ، ولأجلها يظهر ضعف ما جزم به بعض من الجواز بغير البيع للأصل وخلو كلام المعظم عنه ، ومن ذلك يظهر عدم الجواز هاهنا لعدم قابليتها لاستيفاء الدين منها كما لا يخفى .

جواز بيعها بعد موت واملها

﴿ الثاني ﴾ أنه لا اشكال في جواز البيع بعد موت ولدها ويشهد به جملة من النصوص ، ولو كان قد خلف ولدها ولداً (ففي جريان) حكم الولد عليه — كما عن الايضاح — لأصالة بقاء المنع أو لصدق الولد أو لعدم لظهور الولد في الصلبي ، وإطلاق ما دل على جواز بيعها بعد موت الولد الحاكم على أصالة المنع ، أو التفصيل بين الوارث فكالولد للاشتراك في الجهة المقتضية للمنع وهو رجاء انعاقها من نصيب الولد وغيره لما تقدم في الثاني (وجوه) حكى الأخير عن المذهب البارع ونهاية المرام (وفيه) أن الجهة المقتضية للمنع غير واضحة بل على خلافها صحيح محمد بن مارد الآتي ومما ذكرنا في الوجه الثاني تعرف ضعف الأول .

المانع مطلق الموقوف

﴿ الثالث ﴾ لا ينبغي التأمل في أن الولد ظاهر في المنفصل لكن لا اشكال ولا خلاف في كون المراد منه هنا ما يشمل الحمل لصحيح محمد بن مارد عن أبي عبد الله (ع) فيمن تزوج الجارية فتلد له أولاداً ثم يشتريها ثم يبيدو له في

بيمها ؟ قال (ع) : هي أمته ان شاء باع ما لم يحدث عنده حمل وان شاء أعتق ؛ ورواية السكوني في مكتوبة يطؤها مولاهما فتحبل ؛ فقال (ع) : يرد عليها مهر مثلها وتسمى في قيمتها فان عجزت فهي من أمهات الاولاد ، وقد يتوقف في دلالتها على الاكتفاء بمجرد الحمل لأن الحكم بكونها من أمهات الاولاد إنما كان بعد السعي والمعجز غريب الحمل والغالب ولوج الروح حينئذ (وفيه) أن المعجز لا يتوقف على طول مدة السعي بل قد يتحقق بدون السعي أصلاً . ثم إنه لا ريب في صدق الحمل على المضغة وعن الرياض الاتفاق عليه ، وفي المقاييس الاجماع ظاهراً عليه ، ويشهد به صحيح ابن الحجاج في عدة الحامل ، وفي صدقه على العلقة تردد عن بعض ومنع عن آخرين ولكن عن الايضاح والمذهب البارع الاجماع عليه وبقتضيه المتفاهم العرفي منه كما يقتضي أيضاً صدقه على النطفة مع استقرارها في الرحم كما عن النهاية وكذا عن المبسوط في باب العدة مستدلاً بعموم الآية والاخبار . نعم مع عدم استقرار النطفة في الرحم لا يصدق الحمل بمجرد وجودها لعدم كونها مبدأ نشوء آدمي وتتم وجود قابليتها لذلك غير كاف ولو شك في استقرار النطفة وعدمه تعين الرجوع الى الأصل فلو اسقطت بعد ذلك انكشف بطلان البيع حين وقوعه .

﴿ الرابع ﴾ الظاهر الاكتفاء في صدق العنوان بكل ما يوجب الحاق الولد بالآب فلو كان الحمل بغير الوطء مثل الإرفافة على الفرج أو بالمساحقة كفي ذلك في ترتيب الحكم المذكور كما أنه لو كان الوطء بالزنا لم يترتب الحكم لكونه منفيًا شرعاً اللهم الا أن يتأمل في تحقق النفي مطلقاً والمنصوص مجرد عدم الارث ، وقاعدة : الولد للفراش ، ظاهرية فلا مجال لها مع العلم بالقلاح فتدبر .

﴿ الخامس ﴾ الظاهر أنه يعتبر في ترتيب الحكم المذكور أن يكون للقاح حال الملك فلو كانت ذات ولد بالتزويج قبل الملك لم يترتب الحكم المذكور كما يشهد به مضافاً الى اختصاص العنوان المذكور بذلك عرفاً صحيح محمد بن مارد المتقدم ؛ ومن ذلك تعرف الاشكال فيها عن الشيخ وابن حمزة من المنع حينئذ لصدق كونها

أم ولد وبكونها في معرض الانعتاق فإن ضعف الوجهين ظاهر مما ذكرنا .
 ﴿ السادس ﴾ الذي يظهر من النصوص كصحيح محمد بن مارد ورواية
 السكوني المتقدمتين وغيرها أن المنع من بيع أم الولد قاعدة كلية يرجع إليها عند الشك
 ولا ينافي ذلك صحيح زرارة أو حسنه عن أبي جعفر (ع) عن أم الولد قال (ع)
 أمة تباع وتورث وتوهب وحدها حد الأمة ، لا مكان حملها على موارد الاستثناء
 الآتية جمعا عرفيا بين الأدلة ، وأما الإجماع على القاعدة المذكورة فينافية الخلاف
 في بعض الموارد ، اللهم إلا أن يكون إجماعا على الحكم الظاهري فيجب العمل
 بالقاعدة ظاهراً حتى يثبت خلافها لكن ثبوته حتى مع قصور نصوص المنع عن إثباته
 في بعض الموارد غير ظاهر .

مواضع الاستثناء من المنع عن البيع

﴿ السابع ﴾ المواضع القابلة للاستثناء من قاعدة المنع من بيع أم الولد كثيرة مرجعها إما إلى ثبوت
 جهة راجعة إلى غيرها أولى بالملاحظة ، أو راجعة إلى نفسها ، أو قصور المقتضي
 للحكم ، ومن الأول ما إذا كان على مولاهما دين وليس له ما يؤدي هذا الدين ،
 وظاهر الاقتصار بالمنع من بيعها مطلقاً والأصحاب في الجملة على خلافه إذ الدين
 تارة يكون ثمن رقبتها وأخرى غيره وكل منهما تارة يكون مع حياة السيد وأخرى
 مع موته ، أما إذا كان ثمناً مع موت السيد فالمرور جواز البيع وعن جماعة
 حكاية الاتفاق صريحاً أو ظاهراً عليه ويقتضيه الصحيح عن عمر بن يزيد قلت
 لأبي إبراهيم (ع) : أسألك عن مسألة ؟ فقال « ع » : سل ، قلت : ألم باع
 أمير المؤمنين « ع » أمهات الأولاد ؟ قال « ع » : في فكاك رقابهن ، قلت :
 وكيف ذلك ، قال « ع » : أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع
 من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها فبيعت وأدى ثمنها ، قلت : فيبعت فيما سوى
 ذلك من دين ؟ قال « ع » : لا ، وفي رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن

— عليه السلام — عن أم الولد تباع في الدين ؟ قال : نعم في ثمن رقبتها ؛ ومقتضى اطلاق الثانية الجواز حتى مع حياة المولى — كما هو مذهب الأكثر — بل قيل لم يعرف الخلاف فيه صريحا ، وعن نهاية المرام والكفاية أن المنع فيه نادر لكنه لا يخلو من قوة ، وفي الجواهر وجهه بأن الصحيح الأول يختص بحال موت المولى بقربة قول السائل : ولم يدع . . . الخ وظاهره حصر الجواز بذلك إما لظهوره في جواب السؤال عن جميع موارد بيع امهات الأولاد وإما لظهور ذيله في نفى الجواز في غير مورد السؤال فيقيد به اطلاق غيره ، وفيه منع ظهورها في الحصر بكلا وجهيه فان قول السائل في السؤال الاول : لم يباع . . . الخ وان لم يكن ظاهرا في توليه (ع) للبيع بنفسه — لاستبعاد ذلك — ولأن جهة السؤال فيه هي الرخصة والاذن في البيع فالظاهر منه ارادة السؤال عن اذنه في البيع وهو وان كان أهم من صورة حياة المولى وموته إلا أنه لما كان سؤالا عن قضية خارجية لم يكن له صوم يشمل حال الحياة فلا يكون متعرضا لجميع موارد البيع فلا يكون الجواب تخصيصا لجميع الموارد بصورة تحقق القيود المذكورة ، وأما الذيل فأنما يتعرض لنفي الجواز في صورة وجود الدين مع عدم كونه من ثمن الرقبة ولا تعرض فيه لنفيه في غير مورد الحياة فلاحظ ، وقد يوجه أيضا بأن ظاهر قوله : تباع في الدين ؛ كون البائع غير المولى فتختص بحال الموت ، وفيه منع ذلك ولو سلم فلا يدل على الاختصاص بالموت لا مكان فرض الحجر على المولى بنحو لا يتولى بنفسه البيع فتأمل ، وقد يوجه أيضا أن بين الرواية المذكورة وصحيح ابن مارد صومًا من وجه لاختصاصه بحال حياة المولى واختصاصها بدين رقبتها وفي مورد التعارض يرجع الى قاعدة المنع عن بيع أم الولد التي دل عليها النص والاجماع ، وفيه أن الرواية من قبيل دليل العنوان الثانوي وصحيح ابن مارد بقربة كون المنع استثناء من دليل جواز بيع الأمة من قبيل دليل العنوان الاول وفي مثل ذلك يكون دليل العنوان الثانوي مقدما على دليل العنوان الاول — مضافا الى أن قاعدة المنع عن بيع أم الولد قد عرفت أنها غير ثابتة عند قصور النص والاجماع كما هو المفروض

وكون المستفاد من النصوص والفتاوى أن الاستيلاد يثبت لها حقاً مانعاً عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعاة مسلم حيث يكون دليل المنع باقياً على حجتيه لا مع سقوطه بالمعارضة كما هو المفروض ، وربما يستدل على الجواز بأن قاعدة المنع معارضة بقاعدة وجوب أداء الدين فيرجع إلى عموم السلطنة ؛ وفيه أنق. قاعدة وجوب أداء الدين لا تصلح لتشريع بيع ما لا يصلح بيعه فالعمل بها إنما يكون على تقدير صحة البيع فدليل المنع عن البيع بلا معارض . نعم قد يشكل العمل بالرواية لضعف السند بالمعلى بن محمد البصري لكن — مع أنه من مشايخ الاجازة كما عن الذخيرة — يمكن دعوى انجباره بالعمل فلا حظ .

تفريعات

﴿ الاول ﴾ لو قيل بالجواز فالظاهر أنه لا إشكال في اعتبار اعسار المولى ولأجله يخرج عن اطلاق الرواية المقتضي الجواز بيعها ولو مع امكان الوفاء من مال آخر ، ومن ذلك يظهر أن مقتضى الاقتصار على المتيقن في التقييد جواز بيعها ولو مع وجود ما يستثنى في وفاء الدين كما صرح به في الجواهر — ر وحكاه عن الحدائق وان كان اطلاق الاكثر يقتضي المنع فيه ايضاً ، اللهم إلا أن ينزل كلامهم على ذلك ولا سيما بملاحظة ندرة الفرض اذ لا اقل من وجود ثيابه وثيابها فلا حظ .

﴿ الثاني ﴾ لو كانت أم الولد من المستثنيات في الدين لحاجة المولى اليها لا ينبغي الاشكال في عدم وجوب بيعها لما دل على عدم لزوم بيع المستثنيات والظاهر جوازه لما عرفت من الاطلاق الذي لا اجماع يقتضي الخروج عنه ، وبمحتمل المنع ، لأن جواز البيع حيث يكون تقديم الحق الديان على حق الاستيلاد فإذا فرض سقوط حق الديان بمزاحمة حق المالك لم يكن ما يوجب اهمال حق الاستيلاد لكنه لا يرجع ذلك الى دليل يقيد به الاطلاق ﴿ الثالث ﴾ لو مات ولم يخلف الا ما يحتاج اليه في تجيزه جاز البيع لصدق قوله « غ » في الصحيح ؛ ولم يدع من المال ما يؤدي

عنه ، لأن ذلك المقدار مما لا يؤدي به الدين ﴿ الرابع ﴾ لا اشكال في جواز بيعها اذا كان ثمنها الذي يملكه البائع باقيا في ذمة المالك والحق به ما اذا استدان المالك مالا فاشترى به الجارية كما هو ظاهر محكي السراير في باب ابتياع الحيسوان وكأنه بدعوى صدق كون بيعها حينئذ في ثمن رقبته « وفيه » أن الظاهر من الثمن ما يملكه البائع بازاء المثلثين والمال المذكور انما كان ديناً بالقرض ومملوكا في ذمة مالئها به لا بالبيع ، ووضح منه ما لو استدان لوفاء ثمنها اذ بيعها لوفاء الدين المذكور ليس في ثمنها ولا عوضا عن ثمنها كما لا يخفى ولذا خص في المقاييس الحكم بالصورة الاولى ﴿ الخامس ﴾ صرح في المقاييس بأنه لا فرق بين بقائه جميع الثمن في ذمته وبعضه ، ونسبه الى اطلاق الاخبار وكلام معظم الاصحاب لصدق قوله « ع » : ولم يؤد ثمنها ، في الحالين كما صرح أيضا بعدم الفرق بين مساواة القيمة للثمن الباقي في الذمة ونقصانها عنه وزيادتها عليه لا اطلاق النص والفتوى وفي جواز بيع الجميع مع امكان الايفاء بالبيع كما هو ظاهر المقاييس عملا بالاطلاق أو لزوم الاختصاص على البيوع لو أمكن كما عن الشهيد في غاية المراد لعدم صدق البيع في ثمن الرقبة بالنسبة الى الجميع نظير الاكراه على البيع الذي لا يدعو الى فعل الجميع وجهان اقواهما الثاني ﴿ السادس ﴾ لو كان الثمن مؤجلا لم يحجز البيع قبل حلول الأجل وان كان مأيوساً من اداء الثمن عند الأجل كما صرح به في المقاييس لأن ذلك زمان الاستحقاق ولا مكان الابراء أو تبرع آخر بالاداء وفيه أن زمان الاستحقاق زمان الشراء والأجل زمان استحقاق المطالبة فالعمدة اذا دعوى انصراف الاطلاق ومن ذلك يظهر الحكم مع عدم مطالبة البائع بالثمن او رضاه بالتأخير فان ذلك لا يمنع من صدق الدين في ثمن رقبته الا أن يدعى الانصراف ﴿ السابع ﴾ لو تبرع متبرع بالاداء فان سلم الى البائع سقط الدين فلا يجوز البيع وان بذله للورثة ففي جواز البيع وجهان مبنيان على انصراف الدليل عن ذلك وعدمه ثم على الثاني لا يجب عليهم القبول أما على الاول فوجوبه مبني على وجوب قبول الهبة مقدمة لاداء الدين كما هو غير بعيد حيث لا يلزم

خرج على المديون فيه ولو رضي البائع باستسمائها ففي جواز البيع نظر كما في المقاييس ، والوجه فيه احتمال انصراف دليل الجواز كما لو رضي البائع بالتأخير ولو دار الامر بين بيعها على من تمتع عليه أو بشرط المتق وبيعها على غيره ففي وجوب تقديم الاول اشكال لا يتناهى على الانصراف ايضا فلو أدى الولد ثمنها الى البائع بطريق الشراء كان الحكم كما ذكر وان كان بطريق التبرع امتنع بيعها كما عرفت وان أدى ثمن حقه انعتق نصيبه ويعلم حكم نصيب غيره من مسائل السراية ،

﴿ الثامن ﴾ لو امتنع المولى من أداء الثمن فهل يجوز للبائع اخذها مقاصة ؟ اشكال لقصور أدلة المقاصة عن شمول المورد مما لا يجوز بيعه ولذا قال في المقاييس : والأوجه المنع عملا بظاهر الفتاوى او تغليباً لجانب الحرمة ، ولأن المنع لحق الولد فلا يسقط بامتناع المولى ﴿ التاسع ﴾ لو كان الدين شرطاً في عقد بيعها فخران حكم الثمن عليه غير ظاهر وكون الشرط له قسط من الثمن ليست بنحو يعتمد عليها فيما نحن فيه مما كان من أحكام الثمن نفسه وعلى العدم لو فسخ البائع فان قلنا بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ اتردت كما سيأتي الكلام فيه وان قلنا بمنعه انتقل الى القيمة ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ لاداء القيمة بدعوى دخولها في الثمن المجوز اداؤه لبيعها أمكن القول بجواز استردادها بالفسخ لانه لا بد من ثقلها على كل حال لكن الاظهر عدم جواز بيعها لاداء بدلها لانه ليس من بيعها في ثمنها ﴿ العاشر ﴾ الظاهر من الثمن في الصحيح وغيره ما يكون عوضاً عنها سواء أ كان في عقد البيع أم الصلح . فلاحظ وتأمل .

في مالوكه الميريه غير منحها

هذا ولو كان الدين الذي على مولاهما في غير منحها فع حيلة المولى لا يجوز بيعها اجماعا على الظاهر وفي المقاييس أنه يجمع عليه بين الاصحاب ، وبقتضيه النصوص المتقدمة ، وأما مع موته فلامعروف من مذهب الاصحاب كما في المقاييس المنع أيضا ، وبقتضيه - مضاءا الى أنه مقتضى استصحاب المنع الثابت حال الحياة روايتا عمر بن يزيد الدالتان عليه منطوقا ومفهوما وبها يخصص مفهوم المقطوعة ليونس في أم ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها قال (ع) : وان كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد واذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها ، مع أن في حجبتها اشكالا ظاهرا وعن المبسوط وابن حمزة وجماعة من المتأخرين مهم الشيباني في الدمة والروضة جواز البيع مع كون الدين مستغرقا للتركة ودليله في قبالة اطلاق اردائتين السابقتين غير ظاهر الا يقتضي أنه علم استغراق الدين لا ارث فلا سبيل الى انعاقها الذي هو الغرض من المنع عن بيعها فينتفي المنع لانتفاء عتقه لكن في نكاح المسالك قال : وجوابه أن الاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقا وان منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيمتنع نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين ويلزمه اداء قيمة النصيب من ماله وقد استشكل عليه في المقاييس (تارة) بألف المستفاء مما دل على أنها تمتنع من نصيب ولدها ان ذلك بلا تقويم عليه (واخرى) بظهوره في النصيب المستغرر الثابت فلا يشمل المقام مما يتعين صرفه في وفاة الدين (وثالثة) بأن الملك المستوجب للامتناع على المالك لا يتم الملك في المقام اذ ليس عليه دليل معتبر ولا نص عليه الاصحاب ، ولذا لا يمتنع العبد الموقوف على من يمتنع عاياه بناء على صحة الوقف وانتقال الموقوف الى الموقوف عليه (ورابعة) بأن لازم ما ذكره أنه متى كان نصيب الولد من التركة باجمها ما يساوي قيمة أمه يقوم عاياه سواء أكان هناك دين مستغرق أم لا وسواء أكان نصيبه الثابت في

البقي بعد الديون ونحوها يساوي قيمتها أم لا ، وكذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان ويسقط من القيمة نصيبه الباقي بعد الدين إن كان له نصيب ويطلب بالباقي وهذا لا يقوله أحد وينبغي القطع ببطلانه هذا ولأجل انحلال ما في المسالك إلى دعويين أحدهما الانعقاد من نصيب الولد وثانيتهما التقويم عليه بأخذ قيمتها منه كان الاشكال الثاني والثالث راجعين إلى منع الدعوى الأولى بتقريب أنه لو كان مستندها مادل على انعقاد أم الولد من نصيب ولدها. فيدفعها ظهور النصيب فيما زاد على الدين وهذا يحصل الاشكال الثاني وإن كان مستندها ما تضمن عدم ملك العمودين وأنه إذا ملكهم انعتقوا فيدفعها ظهور الملك في الملك المطلق وهذا يحصل الاشكال الثالث وعلى تقدير تماميتها لا يكون مانع عن البيع لأن المنع إنما يكون مقدمة للانعقاد فإذا بطل بطل قيمته ما ذكره الشيخ ربه من جواز البيع وأما الاشكال الأول والأخير فرجعهما إلى منع الدعوى الثانية أعني التقويم على الولد لأنه خلاف ظاهر أدلة الانعقاد من نصيب الولد كما هو الاشكال الأول أو إلى أنه لم يقل أحد به كما هو الاشكال الأخير ، ويدفع الاشكالين الأولين أن عدم استقرار النصيب أو الملك إنما يتم لو أمكن استيفاء الدين منها وإلكنه خلاف إطلاق مادل على المنع من بيعها في الدين اللهم إلا أن يستظهر من النصيب ما زاد على الدين كما تقدم في بعض عبارة تقرير الاشكال لا مجرد النصيب الذي لا يتعلق به حق الدين فلا يدفع الاشكال الأول لكن هذه المناقشة لا تتوجه على دفع الاشكال الثاني وفي اندفاعه كفاية في اثبات المطلوب كما أن دفع الاشكالين الآخرين يتعين باقامة الدليل على كون القيمة على الولد فإن لم يمكن ذلك يتعين الالتزام بالاشكالين والبناء على الاستسعاء والذي ينبغي التمرض لامور « الأول » عدم جواز بيعها في الدين غير ممن رقبتها بعد موت مولاهما لما عرفت من الروايتين « الثاني » انعقاد نصيب الولد منها لعموم مادل على انعقاد نصيب الولد منها بناء على عمومها لصورة وجود الدين المستغرق وعدم تأني المناقشة فيه بدعوى ظهوره في النصيب الزائد على الدين كما ذكر في

الاشكال الثاني واستظهره في الجواهر أو لمعوم ما دل على أن الولد لا يملك والديه وأنه إذا ملكه انعق عليه إلا أن يناقش فيه تارة بعدم عمومته للجزء وفيه انت مناسبة الحكم والموضوع تقتضي عمومته له كالكل أو يناقش فيه بأن الانعتاق مناف لحق الديان ، وفيه ما يأتي من عدم ثبوت كون أم الولد موضوعاً لحق الديان فتأمل « الثالث » سرابة العتق في نصيب باقي الورثة المساوي لنصيبه من باقي التركة كما لعله ظاهر عبارة المسالك المتقدمة بقرينة ذكر التركة في المقام وقوله : كما لو لم يكن دين ، وإن كان الكلام على هذا المعنى محتاجاً إلى تقدير كما يظهر بالتأمل ووجهه ليس أدلة السراية لاختصاصها بالعتق الاختياري بل عموم ما دل على انعتاقها من نصيب الولد الشامل للمقام بناء على اندفاع المناقشة المتقدمة ودعوى أن لازم ذلك خروج نصيبه من باقي التركة عن كونه موضوعاً لحق الدين مع كونه في نفسه موضوعاً له غير ظاهرة إذ الدليل المذكور يرجع مفاده إلى تعيين حصته من التركة في أم الولد وتعيين حصته غيره في غيرها من التركة فيبقى موضوعاً لحق الديان على ما كان غاية الأمر أن حق الدين المتعلق بباقي التركة كان موضوعاً لولا الدليل المذكور مشتركاً بين الورثة ولأجل الدليل المذكور صار مملوكاً لغير الولد فيدل الدليل المذكور على القسمة الشرعية بين الورثة وليس فيه تضييع أو مزاحمة لحق الديان هذا إذا قلنا أن أم الولد موضوع لحق الديان أما إذا لم تقل بذلك لم سقط بعض الدين على نسبة أم الولد وبقاء بعضه على نسبة الباقي ولا فرق بين أن تبغى الشركة على نحو الاشاعة في الجميع أو تختص أم الولد بولدها فتعنتق عليه كما هو مفاد الدليل المذكور ، وبالجملة لا فرق في العمل بدليل انعتاقها من نصيب الولد بين نصيبه من أمه ونصيبه من مجموع التركة في الأوزام والأحكام فلا يظهر وجه استغراب الانعتاق في الثاني دون الأول فلاحظ فالعمدة حينئذ في دفع ذلك منع عموم الدليل لما نحن فيه كما سبق نعم يدل على السراية ما في موثق أبي بصير من قوله (ع) : وإن مات مولاها وعليه دين قومت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها ، وظاهره السراية في جميع الأمة وإن زادت قيمتها على نصيب الولد من تمام التركة وعن الشيخ العمل

به في النهاية ولكنه مهجور عند الاصحاب ولأجل ذلك يسقط عن الحجية (ارابع)
لو بني على عموم أدلة الانعتاق من نصيب الولد لما نحن فيه فهل يكون ذلك بموضع
عليه أو عليها أولا ؟ لا يظهر دليل على احد الامرين كما اعترف به في الجواهر في
مبحث الاستيلاد ومقتضى الأصل عدم ورواية ابي بصير وان دلت على التقويم
على الولد لاسكنها مهجورة كما عرفت (الخامس) هل يتعلق بها حق الديان أولا ؟
لا ينبغي التأمل في أن مقتضى المنع عن بيعها في الدين عدم تعلق حق الدين ببيعها
وقد عرفت أنه لا دليل على ثبوت العوض لها كي يكون موضوعا للحق المذكور نعم
لو قام دليل على ثبوت العوض فقد دل بالالتزام على كونه موضوعا للحق المذكور
اذ لا موجب له الا ذلك كما لا يخفى كما انه لو ثبت كونها موضوعا لحق الديان امتنع
التمسك على انعتاقها بما دل على ان الولد اذا ملك عموديه انعتقا لقصوره عن
المزاوجة للحق المذكور وكذا ما دل على انعتاقها من نصيب الولد وإنما يمكن
الرجوع اليها بعد قيام الدليل على انها لا تباع في الدين المانع من تعلق الحق
ببيعها ولولاه امتنع الرجوع اليها نعم لو أمكن ان يستفاد منها ثبوت العوض
ليكون موضوعا للحق المذكور ارتفعت المزاوجة حينئذ وكانا حاكمين على أدلة
تعلق الحق بها لاسكنه مجرد فرض كما عرفت (السادس) اذا لم يتعلق حق الديان
ببيعها ولا بعرضها فهل يتعلق بمنافعتها كما عن بعض احتماله في ام ولد المفلس أولا ؟
مقتضى عموم ما دل على تعلق الدين بالتركة الأولى لأن المنافع منها ولو تبعا للعين
ولذلك لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد وفاة الدين الكاشف ذلك عن تعلق
الدين بما كان تركة للميت ولو تبعا وتبعيتها للعين في الملكية لا تقتضي تبعيتها
لها في عدم تعلق حق الديان فالعموم المذكور بلا معارض « والمتحصل » مما
ذكرنا أن أم الولد لا تباع في الدين ، وينعتق نصيب الولد منها بلا تقويم عليه ،
وتستسمى في وفاة الدين فان عجزت سقط الدين عنها اصلا ، ومن ذلك يظهر
لك الوجه فيما ذكره في المقاييس من أن الجمع بين فتاوى الاصحاب وادلتهم مشكل
جدا حيث أنهم قلدوا الدين بكونه ثمنا وحكوا بانها تعلق على ولدها من نصيبه

وأن ما فضل من نصيبه ينعتق بالسراية وتسمى في أداء قيمته انتهى « السابع »
المشهور أنه إذا انعتق شقص من رق قهراً استسمى في الباقي ، ومقتضي ذلك
أنها تستسمى فيما زاد على نصيب الولد والمشهور أن هذا الاستسعاء ليس على سبيل
الوجوب بل باختيار الرق والكلام في ثبوت العموم الدال على ذلك بنحو يشمل
ما نحن فيه غير ظاهر لنا عاجلاً فليوكل الى كتاب العتق والله سبحانه ولي التوفيق

بيع ام الولد في الكفن

ومنه على ما حكي في المسالك وعن الروضة ما لو مات مولاها ولم يخلف ما
بكفن به فتباع في الكفن ، واستدل له بأن المنع عن البيع لغاية العتق المتوقف
على الارث وهو مفقود مع الحاجة الى الكفن فان الارث بعد الكفن ، وفيه أن
صوم ما دل على أنها لا تباع في غير من رقبتها يقتضي عدم جواز بيعها في الكفن
فتكون موروثة وان لم يكن للميت كفن ، ولا بأس بتخصيص ما دل على ان
الارث بعد الكفن إذا قام عليه الدليل وإذا تحقق الارث تحققت الغاية المقصودة
من المنع عن بيعها — مع أنك عرفت انها حكمة غير مطردة ولا منعكسة . نعم بناء
على جواز بيعها في مطلق الدين يمكن تقريب الجواز هنا بأن الكفن مقدم على الدين
فاذا جاز بيعها في الدين جاز بيعها في الكفن بطريق أولى ، بل يمكن تقريب الجواز ولو
قيل بالاختصاص بالدين الذي يكون من رقبتها لان الكفن مقدم عليه كغيره من
أفراد الدين وقد عرفت في المسألة السابقة انه اذا لم يكن للميت الا مقدار الكفن
وأم الولد جاز بيعها في فسكك رقبتها فانه لو كانت حق الاستيلاد مقدما على
الكفن كان اللازم صرف مقدار الكفن في وفاء الدين وعدم جواز بيع ام الولد
لذلك محافظة على حق الاستيلاد (وفيه) أن الدليل المانع عن بيعها في غير من
رقبتها مخصص لما ذكر لانه دال على عدم جواز بيعها في الكفن الموجب ذلك
لتقدم حق الاستيلاد على الكفن عند الدوران بينهما مع ان الكفن مقدم على من

الرقبة كغيره من أفراد الدين فلا مجال لدعوى تقدم الكفن على حق الاستيلاد ،
 ﴿ وبالجمله ﴾ : لو كانت قاعدة تقدم الكفن على الدين قطعية لا تقبل التخصيص
 كان ما دل على جواز بيعها في ثمن رقبتهادالا بالالزام على جواز بيعها في الكفن
 فيتمتعين تخصيص ما دل على أنها لا تباع إلا في ثمن رقبتهاد بحمله على ما عدا الكفن
 وحينئذ يتعين بيعها في الكفن اذا لم يترك الميت ما يكفن به سواها وان كانت ظنية
 قابلة للتخصيص تعين تخصيصها بما دل على انها لا تباع الا في ثمن رقبتهاد مقتضي
 لعدم جواز بيعها في الكفن اذا لم يكن للميت سواها فإنه اولى من تخصيص عموم
 المنع عن بيعها في غير ثمن رقبتهاد بما دل على تعلق حق الكفن بالتركة المقدم على حق
 الدين لما عرفت في المسألة السابقة من كون العموم الثاني من قبيل العنوان الأولي
 والاول من قبيل العنوان الثانوي المقدم على ما كان من قبيل الاول ، ومن ذلك
 يظهر أنه لو لم يترك ما يكفن به وكان عليه ثمن رقبتهاد جازيها في وفاة الثمن ولا يجوز
 بيعها في الكفن وتقديم الكفن على الدين مختص بصورة الامكان والقدرة على الكفن
 والمفروض سلب القدرة عليه لدليل المنع عن بيعها في غير الثمن . نعم يمكن أن يقال بوجوب
 استسماها في ثمن الكفن لتعلق حق الكفن بمقتضاها كما سبق في المسألة السابقة .

جناية ام الولد

﴿ ومن الأول ﴾ ما اذا جنت على غير مولاها فان كانت الجناية بعد وفاته
 فلا اشكال في حكمها لأنها إما حرة خالصة أو رق كذلك فيجري عليها حكمها وان
 كانت حال حياته فان كانت عمدا فان اقتصر منها حيث يجوز القصاص فلا اشكال وان
 اختار الاسترقاق فان كانت ملكا طافا لا يلحقها حكم الاستيلاد كما صرح به في
 الجواهر وغيرها ، بل الظاهر الاجماع عليه وبقتضيه ظاهر النص الدال على الاسترقاق
 — مضافا الى عموم السلطنة المانع من العمل بالاستصحاب لو تمت اركانه — مع أنها
 غير تامة لأن المنع السابق كان موضوعه النقل من مولاها والمقصود اثباته النقل من

المسترق . هذا وإن كانت الجناية خطأ فالمذسوب الى المشهور أن المولى مخير بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها الى المجني عليه وبين فداؤها بالارش كما عن الشيخ وغيره أو بالأقل منه ومن قيمتها كما عن المشهور ، وعن المختلف واستيلاء المبسوط والسرار أنه لا خلاف في أن الجناية تتعلق برقبته ، لكن عن ديات المبسوط أنها على سيدها بلا خلاف الا من أبي ثور فإنه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق وما ذكره من نفي الخلاف في كون الجناية على سيدها غير ظاهر ، وعن المختلف نسبته الى الغفلة ، وفي المقاييس الظاهر ارادة نفي الخلاف من العامة ولا يبعد أن يكون المراد من كونها على سيدها أنها في ماله ولو كان نفس الامة في مقابل نفي الخسارة عنه أصلاً بأن تكون في ذمتها وليس المراد وجوب فداؤها من ماله سواها ﴿ وكيف كان ﴾ يدل على المشهور اطلاقات أدلة أحكام جناية مطلق المملوك الشامل لام الولد كغيرها اذ الاستيلاء لا يخرجها عن الملك ؛ وعن المبسوط والمهذب والمختلف لزوم فداؤها على سيدها ، ويشهد له رواية مسند : أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها ، والمرسل عن علي « بيع » : المتعلق في ذمته من انثك وما جنى هو وأم الولد فالمولى ضامن لجنايتها ، وعن الصدوق رواه مسنداً ويؤيدها ان الاستيلاء مانع من أحد طرفي التخيير فيتمين الآخر لكن الروايتين محتملتان لما عرفت في توجيه عبارة ديات المبسوط ، والمؤيد مصادرة اذ الاستيلاء إنما يمنع عن نقل المالك لا عن كل ما يؤدي اليه كترك الفداء المؤدي الى الاسترقاق أو التخلية والتسليم الى المجني عليه ليسترقها ، بل النقل إنما ينطبق على الاسترقاق الذي هو فعل المجني عليه لا أقل من عدم الاطلاق في دليل المنع عن النقل على نحو يشمل أحد طرفي التخيير ليطمين الطرف الآخر كما ذكره المؤيد . هذا ولو كانت الجناية على مولاهما بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجني عليه غير المولى ففي المسالك وعن الروضة عن بعض الاصحاب جواز بيعها ، والمشهور المنع لاطلاق دليل المنع وجواز الاقتصار لا يستلزم ذلك ، والاسترقاق الجديد لا معنى له لأنه تحصيل الحاصل وثبوته حكمة لا دليل عليه وكون المنع ارفاقاً بها وهو لا يناسب الجاني عمداً مجرد

تضمن في تخمين ، ولو كانت الجناية على مولاها خطأ ففي المسالك وعن الروضة
عن بعض الاصحاب جواز بيعها ، ووجهه غير ظاهر إلا ما قد يستفاد من وجهه
الجواز في العمدة مما عرفت ضعفه فيه فضلا عن المقام كيف وفي رواية غياث : اذا
قتلت أم الولد سيدها خطأ فهي حرة ، ونحوها رواية وهب بن وهب نعم في رواية
حماد اذا قتلت أم الولد سيدها سعت في قيمتها ، ولعل المراد السعي فيما زاد على
حصة الولد كما احتمله في المقاييس و حكى عن الشيخ في الاستبصار الجمع بينهما
بحمل الثانية على صورة موت الولد وكون السعي على وجه الجواز ، وفي التهذيب
بغير ذلك والامر سهل بعد اعراض الاصحاب عن الثانية

فما اذا جنى عليها

(ومنه) ما اذا جنى عليها جرمًا فيه ديتها فيحتمل أن يجري عليها حكم
غيرها من تخيير الولي بين امساكها ولا شيء له وبين أخذ الدية فيتعين دفعها الى
الجاني لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعووض ، ويحتمل المنع من أخذ الدية لئلا يلزم
استحقاق الجاني رقيتها لانه من النقل الممنوع عنه ، ويحتمل منع الجاني من أخذها
وإن اخذ مولاها الدية ، و يذنبني ابتناء الحكم على أن أخذ الدية من الجاني على
نحو المعاوضة على الرقبة فيتعين الثاني أو على نحو تدارك الغائت بسبب الجناية فيتعين
الاول ، وهذا هو الظاهر ، ومن ذلك يظهر انه لا وجه للاحتمال الاخير (ومنه)
ما اذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت (ومنه) ما لو أسرها المشركون ثم استعادها
المسلمون فجرت عليها القسمة ثم علم أنها ملك لمسلم بناء على عدم نقض القسمة ويغرم
لمالكها من بيت المال كما عن الشيخ في النهاية (ومنه) ما اذا كان مولاها ذميا
نخرج عن الذمة فانه تباح أمواله (ومنه) ما اذا كان مولاها ذميا فقتل مسلما
فانه يدفع وأمواله الى اولياء المقتول فان عموم دليل صحة الاسترقاق في جميع هذه
الصور بلا معارض والمنع عن نفلها لا يشمل وبعد الاسترقاق لا مانع عن التصرف

فيها بالبيع ونحوه لاختصاص أدلة المنع عن بيع المولى أبي الولد ونقلها عن ملكه فلا تشمل بيع غيره ونعم الكلام في هذه الموارد موكول إلى محالها والله سبحانه ولي التوفيق .

لو أسلمت وهي عند الذمي

﴿ القسم الثاني ﴾ ما تكون فيه جهة راجعة إلى نفسها أولى بالملاحظة من حق الاستيلاء (ومنه) ما لو أسلمت وهي أمة ذمي فإنها تباع عليه بناء على أن حق إسلامها الموجب لنفي سلطنة الكافر عليها أولى من حق الاستيلاء المعرض للعتق كما عن موضع من المبسوط وابن ادریس وتبعهما الفاضلان في الشرائع والتحرير والشهيدان في غاية المراد والمسالك والخيوري في الكنز والصيمري والكركي في مريض من شرحه — على ما حكى عنهم — بل عن ظاهر الأولين نسبته إلى الأصحاب لأن دليل المنع عن بيع أم الولد وإن كان بينه وبين ما دل على لزوم بيع العبد المسلم عموم من وجه إلا أن الثاني أولى بالتقديم لموافقته للاعتبار ، ولحكومة قاعدة نفي السبيل على جل القواعد ولقوله (ص) : الإسلام يعلم ولا يعلم عليه أولان دليل المنع ظاهر في مجرد نفي سلطنة المولى على البيع فلا ينافي ثبوت السلطنة لغيره على البيع كما هو ظاهر الدليل الأمر ببيع العبد المسلم لا أقل من إمكان الجمع بين الدليلين بالحمل على ذلك ولو سلم التساوي فالمرجع عمومات صحة البيع (وفيه) أن ظاهر دليل المنع قصور أم الولد عن البيع لا قصور سلطنة المالك فيبطل الوجه الثاني ، وكذا الأول لأن قاعدة نفي السبيل ونحوها وكذا ما دل على الأمر ببيع العبد المسلم لا تعرض فيه لاثبات القابلية وإنما يدل على نفي سلطنة الكافر على المسلم وسلطنة غير المولى على البيع من دون تعرض فيه لاثبات القابلية ولذا لا يصلح لتشريع بيع العبد الآبق أو المجهول أو غيرها مما لا يكون واجداً لشروط البيع ، وحينئذ فالدليل الدال على نفي القابلية ومنه ما دل على المنع من بيع أم الولد — بلا

معارض كي تنتهي النوبة الى الترجيح أو الرجوع الى دليل آخر وكأنه لذلك ذهب جماعة الى المنع عن بيعها وان اختلفوا في أنها لا تقر في يده وتكون عند امرأة مسلمة كاعن موضع من المبسوط أو يتركها الحاكم عند من يرى تركها عنده مصلحة كما عن النزهة أو يحال بينهما وتسكب في يد غيره كما عن التذكرة أو تستسعى في قيمتها كما عن المختلف والمهذب وغيرهما أو غير ذلك كما عن غيرهم نعم قد يستشكل في عموم الدليل للبيع الذي لا يكون باختيار المولى كما هو في الفرض كذلك ، وحينئذ لا مانع من اطلاق الدليل الدال على انها تباع قهراً على مولاهما ولذا جاز نقلها بالاسترقاق كما تقدم فيما لو جنت عمداً على غير مولاهما (وفيه) أن مورد صحيح صهر بن يزيد بيع التركة لوفاء دين المولى ومن المعلوم أن حق الديان يتعلق بالتركة ويقتضي وجوب بيعها لوفاء الدين كالعين المرهونة فكيف يمكن اختصاص المنع بالنقل الاختياري لهم يختص المنع بما كان للمولى ولو كان من وكيله أو وليه ولو قهراً فلا يشمل النقل الذي لا يكون للمولى أصلاً ولا يضاف اليه بتا كاسترقاق ولي المجني عليه — على ما تقدم — فإنه لا ينسب للمولى أصلاً ومن هنا يظهر الاشكال في كلام بعض الاعيان فراجع وتأمل

لو عجز مولاهما عنه نفقتها

(ومنه) ما اذا عجز مولاهما عن نفقتها فمن اللمعة والكفر وغيرهما اذا تباع على من ينفق عليها لكن دليله غير ظاهر وأهمية حق النفقة من حق الاستيلاء غير ظاهرة في قبال عموم المنع وان لم الضرر وعموم نفي الضرر لا يصلح لتشريع الصحة لانه ناف محض لا مثبت (فان قلت) ليس المرفوع عدم الصحة الثابت لبيع أم الولد بل المرفوع تقييد البيع الصحيح بعدم كون المبيع أم الولد والتقييد امر وجودي لا عدي (قلت) مرجع تقييد موضوع الصحة الى منع عموم الصحة لغير المقيد ونفي الصحة مع عدم القيد فرفع التقييد راجع الى تعميم الصحة لغير

المقيد وهذا المعنى لا يمكن اثباته بقاعدة نفي الضرر لانها نافية محضة لاثباته كما عرفت ولاجل ذلك لا يصلح لتصحيح بيع المجهول أو الآبق أو مالا يتمول اذا لم من عدم صحة بيعها الضرر نعم تقييد موضوع الحكم التكليفي كوجوب الصلاة قائماً وان كان راجعاً ايضاً الى عدم تعميم الوجوب للصلاة جالسا ، لكن الضرر يستند الى ثبوت الوجوب للصلاة قائماً لالعدم الوجوب للصلاة جالسا ، واذا كان الضرر مستندا الى الحكم الوجودي أمكن رفعه بقاعدة نفي الضرر ، لكن لا طريق الى ثبوت الوجوب لغير المقيد إلا قاعدة الميسور أو نحرها ، وإلا فقاعدة نفي الضرر أيضا لا تصلح لاثباته فلا حظ وتأمل ، واحتمال دليل المنع لترجيح حق الاستيلاء على حق المالك لا على حقها خلاف الظاهر منه كما عرفت ، فالبناء على المنع من بيعها مطلقاً أوفق بالعمل بالقواعد

بيعها على من تنفق عليه

(ومنه) بيعها على من تنفق عليه كما عن الجماعة المتقدم اليهم الاشارة وكان وجه انصراف دليل المنع الى الملك المستقر اذ غير المستقر فيه تعجيل حقها ومثله بيعها بشرط العتق فورا ويلحق بها بيعها على من أقر بحريتها فانه يوجب الانعتاق ظاهراً فلا يستقر ملك المشتري عليها ، لكن دعوى الانصراف الى الملك المستقر غير ظاهرة — مضافاً الى ان العتق الظاهري لا يجدي مع احتمال الملك واقفاً ولا سيما مع العلم التفصيلي ببطلان البيع إما لكون المبيع حراً ، أو لكونه أم ولد كما تقدم نظيره في بيع العبد المسلم على الكافر (ومنه) مالومات قريبها وكان له تركة وليس له وارث سراها فمن الجماعة المتقدم اليهم الاشارة جواز بيعها حينئذ فتعق وتثرت الباقي بعد ثمنها لما سبق من أن فيه تعجيل حقها ، ولأن البيع بلا اختيار من المولى لانها تباع قهراً عليه ، ولكنك قد عرفت اشكاله ووجوب البيع لا يصلح لتشريعه ولا يحفظ قابلية المحل كما سبق في المورد الاول

الاستيلاد المسبوق ببيع الغير

﴿ القسم الثالث ﴾ وهو ما يكون الاستيلاد فيه مسبوقا بحق للغير وجعل هذا القسم في مقابل القسم الأول باعتبار سبق الحق على الاستيلاد فيه وتأخره عنه في القسم الأول وإن كانا مشتركين في كون الجواز فيها لجهة راجعة إلى غير أم الولد وقد ذكر له موارد ﴿ منها ﴾ ما إذا كان علوقها بعد الرهن ، وعن الشيخ « ره » وجماعة من المتأخرين جواز بيعها وعلى بعدم الدليل على بطلان حكم الرهن بالاستيلاد اللاحق فإن بين دليل المنع عن بيع أم الولد ودليل وجوب بيع العين المرهونة وإن كان عموما من وجه ، لكن لما لم يترجح تخصيص أحدهما على تخصيص الآخر كان المرجح بعد التساقط الأصل المقتضي لبقاء أثر السابق وإتفائه أثر اللاحق وليس المقام من النزاع إذا شك في تمامية المقتضي لكل من الحكمين ومقتضى أعمال قواعد التعارض في العامين من وجه الرجوع بعدم التساقط إلى حجة ولو كانت أصلا كما في المقام « وفيه » أنك عرفت في أول المبحث أن دليل المنع عن بيع أم الولد مانع عن صلاحيتها لتعلق حق الرهانة بها ، ولا فرق في هذه الجهة بين الحدوث والبقاء فبمجرد طرؤه الاستيلاد يسقط حق الرهانة فيكون دليل المنع بلا معارض . نعم لو كانت دليل المنع مختصا بالنقل الاختياري كان حق الرهانة مانعا عن ثبوت حكم الاستيلاد لعدم كون بيع العين المرهونة اختياريًا لكنك عرفت في المورد الأول من القسم الثاني ضعف الدعوى المذكورة ، وأضعف من ذلك دعوى انصراف دليل المنع عن صورة سبق حق الرهانة ، ومن ذلك تعرف أن السبق الزمني لا أثر له في ترجيح دليل حكم السابق نعم لو كان كل واحد من الحكمين بحيث لو ثبت كان رافعا لموضوع الآخر كان دليل السابق مقدما في نظر العرف على دليل اللاحق وإن لم يكن مقدما عقلا في مقام النزاع ومما ذكرنا يظهر وجه ماعن الشرائع والسرار من المنع مطلقا (وأما

ما عن الشهيد « ره » في بعض تحقیقاته من الفرق بین وقوع الوطء باذن المرتبه فلا یجوز البیع وبدونه فیجوز ، فکأنه مبني علی أن الاستیلاء انما یکون مانما من البیع اذا کان محلا لکنه غیر ظاهر لاطلاق أدلة المنع ومن ذلك تعرف الحكم فیما لو کان علوقها بعد افلاس المولی والحجر علیه وكانت فاضلة عن المستثنیات لجریان ما سبق فيه بعینه فان أدلة المنع فی الاستیلاء رافعة لموضوع حق الغرماء ولا مجال للرجوع الى استصحاب أثر الافلاس فانه لا یقاوم الدلیل ، وأما دفعه بانه لم یثبت تعلق حق الغرماء بالاعیان فیجوز أن یکون الثابت مجرد وجوب بیع الحاكم فقیه أن الاستصحاب لا یتوقف جریانه — لو تمت أركانه — علی كون الثابت حقا لا حکما بل علی الثاني یجری كما یجری علی الاول — مع أن الاستیلاء أيضا لیس من الحقوق ولذا لا یسقط بالاسقاط ﴿ وكيف کان ﴾ فا عن جماعة من جواز البیع فی المورد غیر ظاهر ، ومثله ما عن بعض من جواز البیع اذا کان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها فانه راجع الى الرهن فیجری علیه حکم تقدمه علی الاستیلاء الذي عرفته ، وكذلك یمال ما اذا کان الاستیلاء بعد تعلق حق الجنایة بها الذي لا یجوز البیع لو کان لاحقا والا فلا أثر للتقدم ، وأما اذا کان علوقها بعد ثبوت الخيار لبائعها فالحکم عن الحلی جواز الاسترداد وکان وجهه اختصاص دلیل المنع بالنقل المضاف الى المولی ولو کان قهراً علیه فلا یشمل غیره کالنقل بالفسخ نظیر ما عرفت فی الاسترقاق ، ولأجله یظهر ضعف ما عن العلامة وولده والمحقق والشهید الثانیین وغیرهم من الحكم بجواز الفسخ والرجوع بقيمة أم الولد لصيرورتها بمنزلة التالف لأن المانع الشرعی کالمانع العقلي ، إذ فيه أنه لا دلیل علی المنع فی مثله .

لو طاه علوقها بعد نذر كونها صدقة

﴿ ومنها ﴾ ما لو كان علوقها بعد نذر كونها صدقة ومحصل ما يمكن أن يقال : إن النذر « تارة » يكون بنحو نذر النتيجة « وأخرى » يكون بنحو نذر الفعل ، وكل منهما إما مطلق أو مشروط والثاني إما أن يكون شرطه حاصلًا أو لا والثاني إما معلوم الحصول أو مشكوك « فإن كان » بنحو نذر النتيجة وكان مطلقا فالمنسوب الى الأكثر صحة النذر لكن قد قربنا في كتاب الزكاة من كتابنا « مستمسك العروة الوثقى » بطلانه لوجهين مبينين على كون السلام في قول الناذر : لله علي كذا ، للملك كما هو الظاهر ﴿ الاول ﴾ ان مضمون الجملة تمليك المنذور له تعالى فقتضى صحة النذر حصول هذا المضمون أما حصول نفس المنذور فامر آخر يحتاج الى جعل مستقل فان جعل النسبة بين الأمرين غير جعل المنسوب والاول مفاد كان الناقصة والثاني مفاد كان التامة والجملة لا تحتل المفادين معاً بل مفادها الاول لا غير فيحتاج الثاني الى سبب ﴿ الثاني ﴾ أن نتائج العقود والايقاعات لا تقبل أن تكون طرفاً لاضافة الملكية الا اذا كانت مضافة الى ذمة فإذا اضيفت الى ذمة رجع النذر الى نذر الفعل فراجع ، وعلى تقدير الصحة تكون صدقة بمجرد النذر فاستيلادها بعد ذلك لا يرتب عليه الأثر لاختصاص موضوعه بمن كانت ملك المولى ولذلك لا يجوز التصرف فيها بالوطء ولا بغيره كسائر الاماء المملوكة للأجانب ، ولو كان مشروطا بشرط حاصل فالحكم كذلك ولو كان معلوم الحصول في المستقبل كأن يقول : لله علي أن تكون صدقة إذا هل شهر رمضان ، أو إذا مات زيد ، فان كونها صدقة منوط بحصول الشرط وقبله باقية على ملك المولى ، والكلام تارة في مناقاة الاستيلاد لمقتضى النذر ، وأخرى في حكم الوطء تكليفا ووضعيا ، أما الأول فالظاهر عدم المناقاة اذ الاستيلاد إنما يمنع عن النقل بالمعنى المصدري بعده كما هو ظاهر الأدلة أما قبله

فلا وحينئذ فلا مانع من ضرورتها صدقة عند حصول المعلق عليه النذر ولأجل ذلك صح استثناء المورد من قاعدة المنع عن نقل أم الولد . نعم لو كان زمان الشرط المعلق عليه النذر بعدم موت المولى تحققت المناقاة لأنها بالموت تنمق من نصيب الولد فيمتنع أن تكون صدقة فرجع الى الرقبة ، وكذا لو قلنا بأن الاستيلاد مانع من الانتقال مطلقا فإنه يتعارض دليل صحة النذر ودليل منع الاستيلاد لكن العمل على الثاني لأنه رافع لموضوع الاول لأن دليل نفوذ النذر مشروط بمشروعية مضمونه ولا يصلح هو لاثبات المشروعية فدليل نفي المشروعية وارد عليه ، فيكون الاستيلاد بمنزلة الاتلاف ولأجل ذلك يكون الوطء الموجب له حراما لأنه مخالفة للنذر فيستوجب الحنث والكفارة « ونوم » اختصاص الكفارة بنذر الفعل ﴿ فيه ﴾ أنه خلاف إطلاق دليلها . هذا والظاهر على هذا القرض ضمان الحائث قيمة الأمة المستحقى الصدقة لتفويتها عليهم بعد استحقاقهم لها ولو معلقا على وجود الشرط بناء على اقتضاء مثل ذلك الضمان كما يظهر منهم فيما لو اتلف الطبقة الاولى العين الموقوفة ~~ببناء~~ ^{على} كون الوقف ملكا ترتيبيا — فإن ضمانهم انما هو للطبقات اللاحقة التي تملكها ملكا منوطا بانقراض الطبقة الاولى وضمان الراهن العين المرهونة بالاتلاف بلحاظ حق المرتهن وهو الاستيفاء المعلق على الاجل وامتناع الراهن من الوفاء ونحو ذلك ﴿ وبالجمله ﴾ ثبوت الضمان في أمثال ذلك مع أن المضمون له انما يستحق في المستقبل بقتضي الضمان هنا . نعم لو كان مرجع النذر الى نذر ابقاء العين على القابلية للصدقة ونذر كونها صدقة على تقدير بقائها على القابلية فالاستيلاد موجب للعنت بالاضافة الى النذر الاول فيستوجب الكفارة ولا يكون منافيا للنذر الثاني لأن النذر لا يوجب حفظ شرطه فلا موجب للضمان هذا ولو شك في ترتب الاستيلاد على الوطء جاز الوطء لاصالة العدم ولأصالة البراءة للشك في كونه مخالفة للنذر . نعم قد يوجه الاحتياط بأن الوفاء بالنذر بعد ما اشتغلت به الذمة وجب اليقين بالفراغ منه والوطء مانع عن حصوله لكنه مندفع في محله اذ لا يخرج الشك في انقضاء عن كونه شكا في التكليف بنحو يسع

الوطء الخاص نظير الشك في المفطر بنحو الشبهة الموضوعية فلاحظ ، ولو كان الشرط مشكوك الحصول جاز الوطء وان علم بترتب الاستيلاد عليه لاصالة عدم حصول الشرط ولاصالة البراءة أيضا (ودعوى) أنه يجب الاحتياط في المقام لانه من قبيل الشك في القدرة (غير ظاهرة) اذ الشك في القدرة راجع الى الشك في السقوط والشك هنا في الثبوت والمرجع فيه البراءة. نعم لو تبين حصول الشرط ثبت الضمان لما عرفت دون الكفارة للمعذر. ولو كان النذر بنحو نذر الفعل فان كان مطلقا او مشروطا بشرط حاصل لم تخرج الامة عن ملك المولى به فلو وطأها لم يكن زانيا لكنه يحرم لو علم بترتب الاستيلاد عليه لمنافاته للمنذور لان التصديق نقل يمنع عنه الاستيلاد فالوطء الموجب له تعجيز عن فعل المنذور فيحرم وبوجب الكفارة للحنث ، ويحتمل تقديم النذر بدعوى اختصاص منع الاستيلاد بالنقل الاختياري لانصرافه اليه فلا يعم الواجب ولو بالنذر لكان فيه منع كما عرفت في القسم الثاني أو لانه سابق فيكون أولى بالتقديم ، وفيه ما عرفت أيضا من أن السبق لا يكون سببا للتقديم اذا كان اللاحق رافعا لموضوع السابق كما في المقام فان دليل مانعية الاستيلاد رافع للقدرة على المنذور ودليل صحة النذر لا يصلح لاثبات القدرة عليه فيكون دليل المانعية مانعا من تطبيقه وقد تقدم ذلك فلاحظ ، واما الضمان فلا موجب له اذ لا استحقاق لامنجزا ولا معلقا كما في نذر النتيجة وانما الثابت حق الله سبحانه وهو أن يتصدق وضمانه بالكفارة لا غير ، ولو كان معلقا على شرط يعلم بحصوله في المستقبل حرم الوطء مع العلم بترتب الاستيلاد عليه ، لانه تعجيز أيضا عن المنذور فلو فعله حنث وعليه الكفارة وقد يحتمل تقديم حق النذر على الاستيلاد لما سبق في الصورة السابقة (وفيه) ما عرفت ، وقد يحتمل انحلال النذر لصيرورة التصديق مرجوحا (وفيه) أيضا ما عرفت من ان دليل منع الاستيلاد يقتضي صيرورة التصديق معجوزا عنه لامرجوحا ، والمعجز الناشئ من سوء اختيار المالك موجب للحنث لا للانحلال ولو كان معلقا على شرط مشكوك الحصول جاز الوطء وان علم بترتب الاستيلاد لما سبق فلو انكشف حصول الشرط لم يكن حنث ولا

كفارة للنذر ولا ضمان كما عرفت في الفرض السابق ، ومن ذلك تعرف ضعف بعض الاحتمالات المذكورة في كلام شيخنا الاعظم ره فلاحظ (ومنها) ما اذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته فانه يجوز للمولى بيعها على ما حكاه في الروضة عن بعض الاصحاب لانها بعد انفساخ الكتابة خرجت عن كونها أم ولد حر وهي أمته ولسكن صحة الاستثناء مبذية على كونها قبل الانفساخ أم ولد للمكاتب كما عن القواعد ولو قلنا بعدم — كما عن التحرير — لعدم كون المكاتب حراً خرج المورد عن موضوع المستثنى منه فلا يكون استثناء (القسم الرابع) مالا يكون بقاؤها في ملك المولى مؤديا الى عتقها لعدم ارث الولد لوجود بعض موانع الارث فيه من كفر أورق أو قتل ، والبناء على جواز البيع في هذا القسم مبني على ان العلة في المنع الانعتاق من نصيب الولد ، لسكن عرفت أنه غير ظاهر من الأدلة ، بل خلاف ظاهر صحيح ابن مارد — كما سبق — فكيف يصح الخروج عن إطلاق أدلة المنع عن بيعها في حياة المولى وبعد وفاته نعم لو اتفق النسب من طرف الأب أو الأم خرجت عن كونها أم ولد بالمعنى الذي يكون موضوعا للأحكام فلا بأس ببيعها حينئذ بعد قصور أدلة المنع عن الشمول لكن عده استثناء من قاعدة المنع مبني على المسامحة والله سبحانه ولي التوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل .

بيع العين المرهونة

﴿ مسألة ﴾ من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا والكلام فيه يقع في أمور ١ الاول ٢ أن العمدة في اثبات ذلك الاجماع المحكي صريحا وظاهرا في كلام جماعة كثيرة من القدماء والمتأخرين على المنع من التصرف في الرهن بالبيع وغيره من دون نقل خلاف أو تأمل واشكال من أحد من الاصحاب رضي الله عنهم. نعم ربما تأمل بعضهم في بعض افراد التصرف كالوطء لما في بعض

النصوص من جرازه وكذا مالا ضرر فيه على المرتين من تقبيل واستخدام ونحوها لكنه لو تم فهو غير مانح فيه (وأما) النبوي المشهور النقل كما عن بعض والمتمتع عليه كما عن آخر: الرهن والمرتين ممنوعان من التصرف، فدلالتهم لا تخلو من اشكال لعدم ظهور التصرف فيه فيما يعم التصرف بالبيع ونحوه من التصرفات الاعتبارية كما تقدم في مبحث الفضولي (وأما) قاعدة السلطنة فهي لا توجب منع الرهن إلا إذا كان البيع منافيا لحق الرهانة إذ حينئذ تكون قاعدة السلطنة على الحق مانعة عن تسلط غير من له الحق على رفعه لكن المناقاة غير ظاهرة إذ لا مانع من أن يكون حق الرهانة قائما بالعين ولو انتقلت من الرهن الى غيره والاستيفاء كما يكون من مال المديون يكون من مال غيره ولذا جازت الاستعارة للرهن. اللهم إلا أن يكون ذلك خلاف المرتكبات العرفية كما هو غير بعيد (الثاني) لو باع المرتين المين كان البيع فضوليا فيجري عليه حكمه من البطلان أو الصحة على تقدير الاجازة وغير ذلك من احكامه (وأما) لو باعها الرهن فهل يكون موقفا على اجازة المرتين أو سقوط الحق أو يبطل من اصله : الاول ظاهر عبارات جماعة من القدماء والمتأخرين ، والثاني صريح بعض وظاهر آخرين ، ويقتضيه فحوى ما دل على صحة الفضولي لصدور البيع هنا عن المالك السلطان غاية أنه قاصر السلطنة بخلاف البيع في الفضولي ، وما دل في المقاييس الى البطلان للاجماع المدعى في كلام جماعة على المنع من التصرف وحكاية الشيخ ورود الاخبار في ذلك وللنبيري المتقدم ، فان اطلاق المنع فيه يقتضي الفساد كافتضاءه في أم الولد والوقف وغيرها مما كان الوجه في النهي ملاحظة جهة راجعة الى الغير ولاجل ذلك افترق المقام عن الفضولي فلا مجال للعمل بالفحوى والفرق بين الرهن والمرتين ان المرتين لعدم كونه مالكا يمكن ان يقع بيعه على وجه النيابة عن المالك وعلى وجه الاستقلال فان وقع على الوجه الاول لم يعد تصرفا فلا يكون منها عنه فيصح على تقدير الاجازة كالفضولي وان وقع على الوجه الثاني كان محرما وباطلا ، والرهن لسكونه مالكا لا يقع بيعه الا مستندا الى ملكه اذ

لامعنى لقصدته النيابة عن غير المالك فهو منهى عنه فيكون باطلا « واما » التعليل
الاراد في تكاح العبد بغير اذن مولاه من قوله « ع » : إنه لم يعص الله وإنما
عصى سيده ، فانما يجري فيمن ليس له مال « أما » المالك المحجور عليه فهو
عاص لله سبحانه بتصرفه ولا يقال : انه عصى المرتن ، لعدم كونه مالكا وإنما
منع الله سبحانه من تقويت حقه وكذا كل مالك محجور لعارض « وفيه » أن
الاجماع المدعى لاجمال للاعتماد عليه بعدم وضوح الخلاف كما عرفت من تصريح
جماعة وظاهر آخرين من الصحة على تقدير الاجارة واما حكاية الشيخ الاخبار
على انه ليس له - يعني الراهن - ان يكرى داره المرهونة أو يسكنها إلا باذن المرتن
انتهى ، فمع انها ليست في البيع إنما تدل على كون المنع من حقوق المرتن ولذا جاز
بأذنه فإذا أجاز ارتفع المنع ، والتخصيص بالأذن السابقة على العقد فلا تنفع الاجازة قد
عرفت اندفاعه في مبحث الفضولي « وأما » التبري فقتضى الجمود على عبارته
وان كان هو المنع التعبدى بناء على عموم ما نحن فيه لكن بقرينة كون المورد
موضوعا للملكية أحدهما وحق الآخر يحتمل المنع على كونه من أجل حق الآخر
والمنع الحقي يرتفع بالاجازة كالاذن السابقة ، وبذلك يفترق المنع في المقام عن
المنع عن بيع أم الولد والوقف فإنه لاحق لاحد غير المالك فيها ولذا لا تجدى الاذن
من أم الولد في صحة بيعها وكذا من ولي الطبقات اللاحقة في صحة بيع الوقف
« ومن » ذلك تظهر الصحة في أمثال ما نحن فيه مع الاجازة من ذي الحق كبيع
أعيان المفلس ، والعقد على بنت الاخ والاخت على العمة والخالة ، وعلى
الامة على الحرية ونحوها من موارد الحقوق التي تجدى فيها الاذن ، كما يظهر أن
المقام من قبيل الفضولي الذي ورد فيه مثل : لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال
غيره إلا بأذنه ، ولا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفسه ، لامن قبيل بيع أم
الولد والوقف والتفكيك في بيع المرتن بين أن يكون على وجه الاستقلال فيكون
نصرافا وبين أن يكون عن المالك فلا ، غير ظاهر كالتفكيك بين الراهن والمرتن
في امكان تأتي النعوين المذكورين في الثاني دون الأول ضرورة امكان ان يبيع

برجاء اذن المرتهن واجازته ومجرد كونه مالكا لا يمنع من ذلك بعد التفاته الى ان المرتهن له حق الرهن المانع من البيع على نحو الاستقلال الذي هو عدوان عليه وعلى حقه اذ العدوان كما يكون على المالك ببيع ما كونه على ذي الحق ببيع موضوع حقه ، ولأجل ذلك يتضح الوجه في تطبيق التعليل الوارد في رواية نكاح العبد بغير اذن مولاه على ما نحن فيه فان الراهن اذا باع لم يعص الله سبحانه وانما عصى المرتهن بتضييع حقه باذهاب موضوعه فاذا اجاز ذوالحق جاز البيع . نعم لو ثبت كون المنع عن بيع الراهن تعديلا لأجل حق المرتهن كان مقتضى التعليل عدم الصحة بالاجازة لأنه على هذا يكون عاصيا لله لا للمرتهن ولكن عرفت الاشكال عليه ، كما أنك بمراجعة ما تقدم في الفضولي تعرف مواقع النظر في كلامه غير ما ذكرنا ﴿ الثالث ﴾ لو باع الراهن باذن المرتهن أو بدونه فاجاز المرتهن صح البيع كما عرفت وبطل حق الرهانة في العين فيملكه المشتري بلا حق فيه بلا خلاف ولا اشكال ، وكأنه لان حق الرهانة ليس قائما بذات العين ولا بعنوان حاصل لها في ظرف خروجها الى ملك المشتري بل بعنوان كونها مملوكة للمالكها ، ولأجل فوات هذا العنوان فاقطع الحق القائم به وهل ينتقل هذا الحق الى الثمن فيكون رهنا أولا ، المعروف الثاني وفي محكي المبسوط الاول وتبعه في التحرير والدروس وعن الثاني تعليله بأنه قضية عقد الرهن ولا يخلو من خفاء ، وكأنه يريد أن حق الرهانة راجع الى حق الاستيفاء ولومن البديل ضرورة جواز استيفاء الدين من العين المرهونة ولو يبيعها والاستيفاء من ثمنها . وهذا الذي ذكره « قدس » هو العمدة في ثبوت حق الرهانة في الثمن لا مجرد كون الثمن بدلا عن المثل فان البدلية إنما تقتضي انتقال الحق الى البديل في ظرف صلاحيته الانتقال فلا بد في الحكم بالانتقال من احراز صلاحيته لذلك . نعم مع قطع النظر عن اقتضاء حق الرهانة في نفسه للانتقال الى البديل يمكن أن تستفاد صلاحيته لذلك من ثبوته في البديل المضمون به لو أتلفه متلف ، فانه لا إشكال في كون البديل رهنا كالمضمون ، (وتوهم) أن ثبوت الحق في البديل لأجل كونه مضمونا بالانلاف كالعين فالمتلف متلف لملك الراهن وحق المرتهن

مما فيكون ضامنا لها معا فيكون مقتضى الضمان الثبوت في البدلية ﴿ مندفع ﴾ بأن ضمانه للحق بضمان موضوعه فرع صلاحية الحق للقيام ببذله والانتقال اليه من المبدل فلا بد من اثبات ذلك مع قطع النظر عن دليل الضمان ولا يصلح دليل الضمان بالاتلاف لاثباته . نعم لو دل الدليل على الضمان في خصوص المورد كما عرفت من الاجماع فقد دل على كونه صالحا للانتقال . مع أن ثبوته في المبدل لو كان مترتبا على ضمان نفس الحق كان اللازم البناء على عدم كون المبدل موضوعا للحق في صورة اتلاف المرتهن العين فان اتلافه اتلاف لحقه فلا يكون ضامنا له مع بنائهم على كون المبدل المضمون به رهنا حتى في صورة اتلاف المرتهن ؛ فاذا التحقّق انه مع بيع الراهن للمدين واجازة المرتهن يكون الثمن رهنا ايضا الا ان تكون قرينة على كون الاجازة اسقاطا للحق لكنه خارج عن محل الكلام ﴿ الرابع ﴾ في أن اجازة المرتهن نظير اجازة المالك في الفضولي لما عرفت آنفا من أن مرجعها الى اعمال سلطنته في موضوع حقه تبعا لسلطنته على حقه ، وليس مرجعها الى اسقاط حقه فيكون الكلام في كون الاجازة في الفضولي نافذة او كاشفة حقيقيا او حكما او انقلابيا بيمينه جار في الاجازة هنا ، والاشكالات المتقدمة على الكشف بوجوهه جارية هنا كوجوه اندفاعها ؛ كما أن الكلام في احتياجها الى الانشاء وعدم الاكتفاء بالرضا النفساني جار هنا ، لأن العقد مضاف الى كل من المالك والمرتهن لاشتراكهما في السلطنة على التبديل فلا بد من اضافة العقد الى السلطان ليدخل في العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء فاذا كانت الاضافة محتاجة الى الانشاء كانت هنا كذلك . نعم لو كان حق الرهانة مانعا من نفوذ البيع و مرجع الاجازة الى اسقاطه أمكن حينئذ القول بالنقل هنا ، ولو قلنا بالكشف في الفضولي لأن عدم الحق يكون حينئذ من شرائط الصحة كالقبض في الصرف فيقرب القول بالنقل به ولا يتحد مع الفضولي فلاحظ ﴿ الخامس ﴾ في انه لا اشكال في أنه لا أثر للرد بعد الاجازة فهل تنفع الاجازة بعد الرد هنا ؟ وجهان فان قدح الرد السابق في نفوذ الاجازة في الفضولي ان كان لأجل قدحه في نسبة العقد الى من

هوله كان في المقام قائما أيضا لما عرفت من أن المرتهن بمن له العمد، وإن كان تعبدًا للاجماع فثبوت الاجماع غير معلوم هنا في السادس في أن سقوط حق الرهانة بأسقاطه أو إسقاط الدين أو وفائه هل هو بمنزلة الاجازة يصح معه عقد الراهن أولا؟ قد يتوهم الثاني لأن المرتهن لما كان شريكا في سلطان الراهن لاشتراكه فيه في اضافة العين اليه فإذا سقط الحق بعد ذلك كان المورد من باب : من باع شيئا ثم ملكه الذي عرفت أن صحته محل اشكال حتى مع الاجازة من العاقد فضلا عما لو لم تكن ، وفيه أن الاشكال إذا جاء في مسألة : من باع شيئا ثم ملكه من أجل أن الاضافة الملحوظة في مقام جعل البدلية حدثت للعاقد بعد ما لم تكن وليس هنا كذلك إذ لم يحدث للراهن شيء وإنما كانت اضافة للمرتهن في طول اضافته فكانت سببا لمزاحمة سلطنته بسلطنته فزالت الاضافة فزالت السلطنة المزاحمة لسلطنة العاقد ، فاقترضيه جعل البدلية من قبله لم يكن فيه تغير ولا تبدل ، بل هو على ما كان فكيف يلحقه الاشكال في تلك المسألة الذي كان مبنيا لزوم ثبوت شيء لم يثبت بجعل العاقد الذي كان مبنيا للإبطال أو لزوم صحة التصرف مع عدم ارضائه بما هو وارد على مال المتصرف الذي كان مبنيا القول باعتبار الاجازة ، ومن هنا يظهر الاشكال في التمسك باستصحاب عدم ترتب الاثر فانه على خلاف عموم الصحة إذ المقام لما كان من التخصيص من أول الامر تعين الرجوع في غير مورد التخصيص الى العام وإن لم يكن له عموم زمني كما حرر في الاصول ، وهذا هو العمدة في سقوط الاستصحاب لا العلم بارتفاع المناط الثابت أولا فانه لا يقدر في جريانه بعد اتحاد القضية المشكوكة والمتيقنة عرفا ، ولو سلم قدحه في الاستصحاب فغايته أنه لا يثبت عدم ترتب الاثر اما الشك في ترتب الاثر فلا رافع له الا العموم نعم ربما يظهر من بعض الروايات عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده وان أعني لكنه غير مانح فيه لأن عدم صحة نكاح العبد ليس بمجرد كونه تصرفا في ملك المولى بل لكون المتصرف أيضا مملوكا وان كان موضوع التصرف لغير المولى كما لو عقد لغير مولاه باذنه فانه لا يصح ، وبذلك افرق عن المقام ، على أن الظاهر من

بعض الصحاح الصحة ايضا فراجع ﴿ السابع ﴾ في أن سقوط حق رهانة باحد الوجوه المتقدمة هل يقتضي صحة العقد من حين السقوط أو من حين العقد؟ قد يُقرب الثاني بأن حق الرهانة اذا كان مانعا عن صحة العقد فلو بني على الكشف لزم ثبوت المتأمنين ، ويشكل بأن حق الرهانة لا مانعية فيه ، ولذا يصح البيع لو أجاز المرتهن ولو بني على ثبوت حق الرهانة ، بل المانع من صحة سلطان الراهن لسلطان المرتهن فإذا سقط حق الرهانة واستقل الراهن بالسلطان تعين العمل بأدلة الصحة والنفوذ ، فإذا كان مقتضاها ترتب الأثر مقارنة للسبب وجب البناء عليه وصح الكشف الانقلابي الذي عرفت أنه المتعين من بين وجوه الكشف ، وإن لم تكن ظاهرة في المقارنة تعين القول بالنقل ﴿ والاشكال ﴾ على الكشف بأنه يلزم أن تكون المين من حين العقد الى زمان سقوط الحق رهنا وكونها ملكا للمشتري ﴿ بعينه ﴾ الاشكال المتقدم في الفضولي على القول بالكشف — أعني كون المين من حين العقد الى زمان الإجازة ملكا للمبيز وملكاً للمشتري — وقد عرفت هنا أنه لا بد من إيجابه لا استحالة في ذلك اذا كان زمان الاعتبارين متغايراً وإن اتحد زمان الأمرين الاعتباريين ، وكذا الحال لو كان مستند الكشف أنه مقتضى مفهوم الإجازة لأنها امضاء العقد من حينه ، فإنه ايضا يصح أن يقال : إنه مقتضى العقد لأن المقصود جعله بالعقد هو المضمون من حينه فتأمل جيداً .

بيع العبد الجاني

﴿ مسألة ﴾ إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاقه فالأقوى كما نسب إلى جماعة كثيرة بل المشهور جواز بيعه لعدم مناعته لحق الجناية لبقاء الحق في العين ولو انتقلت إلى المشتري ؛ وبذلك افترق عن حق الرهانة الذي قد عرفت أنه لا يبقى في العين لو انتقلت من الرهن ؛ وفي محكي المختلف العدم لأنه قد باع مالا يملكه (وفيه) أن خروجه عن الملك خلاف الأصل والنصوص دالة على استرقاق ولي المجني عليه التي يجب أن يحمل عليها ما يدل بظاھرہ على دخوله في ملك الولي فانه مقتضى الجمع العرفي بينهما ، واحتمال خروجه عن ملك المولى وعدم دخوله في ملك الولي لا مقتضي له كما لا يخفى ؛ وقد يستدل على المنع « تارة » بخروجه عن المالية المعتبرة في صحة البيع وفيه انه لو سلم ذلك فليس بنحو السكينة كما هو ظاهر « وأخرى » بأن وجوب دفعه إلى ولي المجني عليه يوجب المنع من تسليمه إلى المشتري والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع ، وفيه انه لو سلم وجوب الدفع فقد يكون العبد بيد المشتري على نحو لا يقدر البائع على أخذه ودفعه إلى ولي المجني عليه ، وبكفي هذا المقدار في صحة البيع ، وقد يستدل أيضا بأن كونه في معرض الخطر يوجب كون البيع من بيع الغرر المنهي عنه ، وفيه مع أنه قد يحصل الوثوق بالعفو أحيانا أن هذا المقدار من الغرر مطرد في بيع المريض والأرمد والصحيح في أيام الوباء كيف ومن لم يمت فجأة يمرض فجأة والمنع عن البيع لمثل هذا الغرر كما ترى

إذا جنى خطأ

﴿ مسألة ﴾ إذا جنى العبد خطأ فالمشهور صحة بيعه ، بل قيل : لا خلاف فيه ، ويقتضيه ما عرفت في الجاني عمداً ، بل الجواز هنا أولى ، وعن المختلف والسرائر أنه لا يجوز إلا إذا فداه المولى أو التزم بالفداء ، ودليله غير ظاهر إلا ما عرفت من كون بيعه من بيع الفرر الذي قد عرفت إشكاله هذا ويظهر من المختلف وغيره صحة البيع وضمان الفداء ، وفيه أن البيع بمسءد مالم يكن منافياً للحق لا يوجب ضمانه ولو سلم كونه منافياً كان باطلاً لأنه على خلاف سلطة ذي الحق فالجزم بين الصحة والضمان غير ظاهر والله سبحانه اعلم .

القدرة على التسليم

﴿ مسألة ﴾ : الثالث من شرائط العوضين في الجملة القدرة على التسليم اجماعاً حكاه جماعة كثيرة بل يظهر من الانتصار اجماع العامة عليه وجعلها من شرائط العوضين — مع أن القدرة قائمة بالمتعاضين المناسب ذلك لجعلها من شرائط المتعاقدين كالبلوغ والعقل — هو لأن المراد من القدرة ما يقابل المعجز الناشيء عن قصور في العين مثل الطير الطائر والعبد الآبق والجلل الشارد ونحوها ، لا ما يقابل المعجز الناشيء عن قصور في العاقد مثل مالهو تعاوضاً على عين معينة وهما في سجن لا يرجى إطلاقهما منه فإن الظاهر أن القدرة من هذه الحقيقة ليست موضوعاً للشرطية في كلامهم فعدمها لا يقتضي الفساد ، وربما بوجه ذلك بأن القدرة مناط مالية المال فمع عدمها لا يكون الشيء مالا عند العقلاء فرجع اشتراط القدرة على التسليم الى اشتراط المالية التي هي من شرائط العوضين ، ويشكل ذلك — مضافاً الى أن اشتراط القدرة عندكم في مقابل اشتراط المالية ، أن ذلك لا يطرد

في كل مالا يقدر على تسليحه وقت التسليم حتى مع رجاء حصوله بعد ذلك فضلا عن صورة العلم به بعد مدة مع بناء جماعة على البطلان فيها ، وكيف كان فقد استدل على الشرطية بالمرسل المنعبر ضعفه بالاشتهار بين الخاصة والعامة ، بل قيل إنه أجمع عليه المخالف والمؤلف : نهى النبي « ص » عن بيع الغرر ، اما كون مانحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء بل اللغويين فقد مثل لبيع الغرر المذكور في الحديث فيما عن الصحاح والمغرب والمجمل والمجمع ببيع السمك في الماء والطير في الهواء ، وعن التذكرة نسبة تفسيره بذلك الى اهل اللغة ولكن قد يشكل بأن الظاهر من الغرر — كما يستفاد من موارد الاشتقاق — توهم حسن ما هو قبيح ولذا قال في محكي النهاية : إنه (ص) نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول ، وعن الغريبين حكايته عن ابن عرفة وكان تفسيره بالجهل تارة والخديعة اخرى والخطر ثالثة من باب التفسير ولو باللازم فانها معان متباينة ولذا جمعها في محكي الصحاح فقال : الغرة الغفلة ، واغتر بالشئ خدع به ، والغرر الخطر ، كما ان تمثيله بعد ذلك لبيع الغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء لا بد ان يكون اعنادا على قرينة حافة بالكلام اذ المثال لا يناسب المعاني المذكورة اذ لا غفلة فيه ولا خديعة نعم فيه نوع من الخطر الا ان مثله لو قدح في البيع لقدح في بيع المريض والهرم ونحوهما مما هو مظنة الضياع والتلف فليس النهي عن البيع المذكور لذلك فحمل الغرر في الحديث على المثالين المذكورين لا بد ان يكون لقرينة تقتضيه والا فهو خروج عن المعاني التي ذكرها كما هو خروج عما هو المتفام عرفا من مادة الغرر ، وكأنه الى هذه القرينة اشار الشهيد (ره) في القواعد حيث قال : الغرر ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه قاله بعضهم ومنه قوله تعالى متاع الغرور ، وشرعا هو جهل الحصول وأما المجهول المعلوم الحصول ومجهول الصفة فليس غررا ... الخ فكون بيع الطير في الهواء والسمك في الماء من بيع الغرر مراد شرعي لامعنى لغوي أو عرفي ، لكن هذا المراد الشرعي لو ثبت فهو في خصوص الحديث الشريف لا في كل لفظ الغرر

المستعمل في لسان الشارع كما قد يظهر من القواعد ، والاعتماد على فهم الجماعة المذكورة في اثبات القرينة الصالحة للصرف الى هذا المعنى غير واضح ، والمحصل مما ذكرنا أن المفهوم من مادة الغرر لغة وعرفاً انه ليس هو الخطر ولا الجهل ، بل هو توهم حسن ما هو قبيح في الواقع ، المناسب ذلك لتفسيره بالخدعة — بمعنى اسم المصدر — وأن تفسيره بالجهل والغفلة والخطر تفسير باللائم كما أن تفسير الحديث الناعي عن بيع الغرر ببيع الطير في الهواء والسماك في الماء ليس جارياً على معنى اللفظ ولا على لازمه بل لقرينة تقتضيه ، ولذا جعله الشهيد مراداً شرعياً ، لكن لما لم تتضح لنا تلك القرينة أشكل حمل الحديث عليه بعد ما كان خروجاً عن المتفاهم منه عرفاً ولغة المقتضي لحمله على بيع ما هو مدلس مما له ظاهر محبوب وباطن مكروه ، فلا استدلال به على ما نحن فيه غير ظاهر ثم اني قد عثرت — بعد كتابة هذا — على رواية ابن مسعود قال رسول الله (ص) : لا تشتري السمك في الماء فانه غرر ، رواها أحمد في مسنده والبيهقي في سننه ، والطبراني في الكبير ولا يبعد أن تكون هذه الرواية هي القرينة على تفسير الحديث المذكور وعليها اعتمد الجماعة فكان الاولى الاستدلال بها لا بحديث النهي عن الغرر هذا والظاهر من الغرر في هذه الرواية بعد تعذر الحمل على المعنى الحتمتي الذي هو الانخداع لعدم تحققه حقيقة الخطر من جهة عدم الحصول كما اشير اليه في رواية المنع من بيع الآبق الا مع الضميمة وفي روايات المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها علماً واحداً ، وأما حمله على الجهل فبعيد بقرينة حمله على نفس الشراء فان المناسبة المصححة لحمل الجهل على الشراء بعيدة عن ذوق العرف بخلاف حمل الخطر ، وإن مناسبة السببية قريبة فيه مع ان اجمال المراد يستوجب الاقتصار على المتيقن وهو صورة الخطر المالي نعم يبقى الاشكال في الاستدلال به على صورة الخطر لاحتمال قوات بعض مراتب المالية للجهل ببعض صفات الثمن أو المثلث لأنه يتوقف على اطلاقه الشامل لذلك ولا يخلو من اشكال ولا سيما بملاحظة كون الأصل في التعليقات كونها ، ووافقة لمرتكزات العقلاء ومن المعلوم أن المناسب لمرتكزاتهم الحمل على الخطر

من جهة احتمال فوات أصل المال كما في المقام لا ما يشمل فوات مرتبة منه ولا سيما بملاحظة لزوم كثرة التخصيص لو حمل على ذلك فإن مالا يكال ولا يوزن عادة كالزرع والتمر على الشجر والحيوانات المقصود لحماها وغير ذلك مما لا اشكال ظاهرا في جواز بيعها جزافا مع حصول الخطر فيه في مراتب المالية لا أقل من الاجمال الموجب لسقوطه عن الاستدلال على ذلك ، وكأنه لذلك فسرهُ اللغويون ببيع السمك في الماء ونحوه ، لا بمثل بيع المسكيل أو الموزون بلا كيل أو وزن فلاحظ ثم ان الفرق بين بيع السمك في الماء وبيع المريض والهرم أن الموت في المريض والهرم تلف طارئ على المال واحتماله موجود في أكثر الاموال بخلاف السمك في الماء فإنه غير معلوم الحصول من أصله فالحديث لا يدل على المنع من بيع المريض والهرم فتأمل جيدا ، وقد يستدل على هذا الشرط بما اشتهر عن النبي « ص » أنه قال لحكيم بن حزام ، لا تبع ما ليس عندك ، فإن الجمود على التعبير وإن كان يقتضي الحل على بيع ما لم يكن حاضرا عنده كالغائب والسلف لكن الاجماع على الجواز فيها بمنع عنه كما يمنع عن حمله على ما لم يكن مملوكا له اذ لو كان المراد ذلك كان الاولى ذكر لام الملك ويمنع عن حمله على مالا يقدر على تسليمه تمسك الفقهاء به على عدم جواز بيع مال غيره لنفسه ثم شرائه من مالكه ولو مع سلطنته على التسليم لكونه وكيفا في بيعه على نفسه فإن السلطنة على التسليم حاصلة بالقدرة على مقدمته وهو البيع من نفسه المأذون فيه ، فيتعين أن يكون المراد السلطنة الفعلية التي تتوقف على الملك وعلى كونه في يده حتى كأنه عنده وإن كان غائبا عنه نظير ماورد في اشتراط الزكاة بالقدرة على التصرف المعبر في بعضه بقوله : في يده ، وفي آخر بكونه عنده لكن قد يشكل ذلك بأنه إنما يتم لو كان المخاطب بالنهي عاما مثل أن يقال : لا يجوز أن يبيع أحد ما ليس عنده ، أما لو كان خاصا -- كما في المقام -- كان مجحولا لجواز أن يكون مورد الخطاب محفوقا بقرينة تقتضي غير ذلك ، بل قيل : ان الخطاب -- وهو حكيم بن حزام -- كان دلالا ، ومن المعلوم أن المتعارف بين الدالين أن اصحاب الأموال بأثوانهم

بالأموال فيبيعونها لاهلها لا لانفسهم فيكون (ص) قد ناه عن بيع المال المأذون في بيعه اذا لم يكن حاضراً عنده ، ولعله لان بيعه بالوصف ربما يؤدي الى النزاع في اشتراط الوصف أو في ثبوته في العين فيكون في بيع ما ليس عنده تعريض للوقوع في الحزازات وان تعين حينئذ حمل النهي على الكراهة اجماعاً ، ولا أجل ذلك يشكل أيضاً الاستدلال به على المنع عن بيع العين الشخصية ثم شرائها من مالكتها ، واستدلال العلماء به على ذلك ان علم أنه لقريظة حافة بالكلام تعين البناء على اجماله ايضاً لعدم معرفة مقدار دلالتها ، فكان الاولى الاستدلال في المقام برواية سليمان بن صالح وصححها في الجواهر عن ابي عبد الله « ع » : نهى رسول الله « ص » عن سلف ، وبيع ، وعن بيعين في بيع ، وعن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن ، فان حكاية النهي دليل العموم ، لكن قد يشكل أيضاً بأن المصرح به في جملة من النصوص جواز بيع ما ليس عند البائع تبكيتاً على المخالفين الذين اشتهر عندهم المنع عنه والنقض عليهم ببيع السلف ، ﴿ والمتحصل ﴾ من ملاحظة اكثر النصوص الواردة في الباب هو المنع من بيع ما ليس عنده من مال الغير ثم شرائه وتسليمه الى المشتري ، ففي صحيح منصور عن ابي عبد الله « ع » في رجل أمر رجلاً يشترى له متاعاً فيشتره منه قال « ع » : لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتره ، ونحوه غيره ، ولاجل ذلك بتعين حمل النهي عن بيع ما ليس عنده على ذلك ، وان كان يظهر من جملة أخرى المنع عن بيع الذي حالاً اذا لم يكن له فرد عنده ، ففي صحيح ابن سنان عن ابي عبد الله (ع) : لا بأس بأن يبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجه على نفسك ثم تبيعه منه بعد ، ونحوه غيره ولعل الجمع العرفي يقتضي حملها على صورة بيع الشخصي ﴿ وبالجمله ﴾ النصوص الواردة في هذا الباب مختلفة المقادير في المنع والجواز والعموم للشخصي والذمي والاختصاص باحدهما والجمع بينهما لا يخلو من صعوبة ، فكيف يمكن الاستدلال بها على ما نحن فيه ولذلك قال في الوسائل : المراد — يعني من رواية سليمان بن صالح المقدمة —

أنه لا يجوز أن يبيع شيئاً معيناً ليس عنده قبل أن يملكه ويجوز أن يبيع أمراً كلياً موصوفاً في النمة ، ويحتمل الكراهة والنسخ والتقية في الرواية لما مضى وبأني انتهى ، وإن شئت قلت : ظاهر الرواية المنع عن بيع ما لم يكن حاضراً عنده فإذا امتنع الأخذ بهذا الظاهر فليس التصرف بالموضوع بحمله على ما ذكر أولى من التصرف في الحكم بالحمل على الكراهة ، بل الثاني أقرب — مع أن حمل الكلام على السلطنة القمائية على التصرف بحيث لا يكون موقوفاً على مقدمة مقدرة مما لا يمكن الالتزام به لندرة الفرض — مضافاً إلى أن تمسك الخاصة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة لم يثبت كونه بهذا الحديث بل الظاهر أنه كان بالنصوص الصحيحة الصريحة التي اشرنا إليها ﴿ وأما ﴾ تمسك العامة به فقد عرفت أن الذي يظهر من نصوصنا أنه كان استدلالهم به على جواز بيع ما لم يكن حاضراً سواء أكان شخصياً أم ذمياً فلاحظ وتأمل . وهذا وأما الإراد على الاستدلال بالحديث بأن غاية مدلوله عدم ترتب الأثر على بيع ما ليس عنده ولا يدل على عدمه مطلقاً ولو صار بعد ذلك عنده لأن الحكم بالترتب على عنوان إنما يدل على ثبوته ما دام العنوان لا مطلقاً فلا مانع من الرجوع إلى عمومات الصحة إذا صار المبيع عنده ، ولو سلم فلا أقل من وجوب حمله على ما ذكر لئلا يلزم تخصيصه في بيع الرهن ، وبيع ما يملكه بعد البيع ، وبيع العبد الجاني ، وبيع المحجور عليه لرق أو فلس ، فإن الجزع عن التسليم في هذه الأنوار حاصل مع البناء على الصحة ، فيشكل ﴿ أولاً ﴾ بأن إطلاق عدم نفوذ بيع ما ليس عند البائع يقتضي عدم نفوذه وإن صار بعد ذلك عنده ، وقاعدة أن الحكم الثابت لعنوان مستمر لا يثبت مع ارتفاع العنوان مسلمة لكنها إنما تقتضي فيما نحن فيه قصور حكم ما لا يقدر على تسليمه وهو عدم جواز بيعه فلا يشمل حال القدرة على التسليم لو تبدل عنوانه لا قصور حكم البيع فإنه ليس عنواناً مستمراً بل هو آني فاذا دل على عدم نفوذه الدليل كان اللازم التمسك باطلاقه دائماً ، ومثله ما لو دل الدليل على عدم جواز بيع الخمر فإن حكم الخمر هو عدم جواز البيع لا يثبت له لو انقلب خلا لكن لو بيع الخمر فعدم النفوذ الثابت

ليبيعه يثبت دائماً وإن انقلب خلافاً له مقتضى الإطلاق وهكذا الحكم في نظائره إلا أن تقوم القرينة على خلافه ولو كانت مناسبة الحكم وموضوعه ﴿ وثانياً ﴾ بأن التسليم الذي تجب القدرة عليه في صحة البيع هو التسليم المستحق والقدرة على مثله حاصلة في الموارد المذكورة فإن بيع الرهن إذا كانت صحته موقوفة على اجازة المرتهن كان تسليم المبيع مستحقاً حينئذ لا قبلها وكذا الحال في بقية الامثلة وكأن ذكر بيع الجاني عمداً في المقام بناء على عدم جواز تصرف المولى فيه والا فقد تقدم أن التحقيق نفوذ بيعه وجواز تسليمه بدون إذن المجني عليه ﴿ وثالثاً ﴾ بأن أصالة عدم التخصيص إنما تكون حجة مع الشك في حكم الخاص أما مع العلم به كما في الامثلة المذكورة فإصالة عدم التخصيص ليست بحجة ولا توجب حمل الدليل على ما لا يلزم من حمله عليه تخصيص ﴿ ورابعاً ﴾ أنك عرفت الاشكال في اعتبار القدرة بالمعنى المقابل للعجز الناشئ عن قصور في العاقد فيشكل لذلك ذكر موارد الحجر فيما نحن فيه فتأمل جيداً ، وقد يستدل على ما نحن فيه بأن لازم العقد وجوب التسليم فيجب أن يكون مقبوراً لا امتناع التكليف مع العجز ، واجيب بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم مطلقاً منعنا الملازمة وإن أريد وجوبه في الجملة فلا يناق كونه مشروطاً بالتمكن كما لو تجدد العجز ، واعترض عليه في الجواهر بإصالة عدم تقييد الوجوب ثم دفعه بمعارضته بإصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط ﴿ وفيه ﴾ أنه إن أريد بإصالة عدم تقييد الوجوب الأصل العملي فلا أصل له ؛ وإن أريد إطلاق دليل الوجوب فهو مسلم لكنه مقيد عقلاً بالتمكن ، ولو سلم فإصالة عدم تقييد البيع لا مجال له لأن الإطلاق المذكور حاكم عليه ؛ ومثله في الاشكال ما قيل من أن الغرض من البيع الانتفاع بالمعوض وهو لا يتم إلا بالتسليم « إذ فيه » أن المقصود أن كان الاستدلال في صورة العلم بالعجز فيمتنع أن يكون الغرض ذلك لامتناعه حسب الغرض ، وإن كانت في صورة اعتقاد القدرة أو احتمالها فلو سلم أنه الغرض فتخلفه لا يستوجب الفساد ، وقد اشتهر أن تخلف الغرض لا يوجب بطلان العقد — مع أن كون الغرض الانتفاع

المرتّب على التسليم غير ظاهر ، ومثله الاستدلال بأن بذل الثمن على مالا بقدر على تسليمه سفيه وأكاه أكل المال بالباطل « إذ فيه » مع أنه لا يتم فيما لو كان الثمن غير مقدور على تسليمه المنع من كونه سفيها كلية لجواز أن يكون الغرض بذله للمسلمين وإباحته لهم ، ولو كان مع رجاء حصوله في يده فالامر أوضح ولا سيما مع كونه مالا كثيراً والمبذول قليلاً . هذا والذي يظهر من عبارات الأصحاب ومعاقد الإجماع أن القدرة على التسليم شرط في صحة البيع ، ومال في الجواهر إلى أن مرادهم أن المعجز مانع لأن القدرة شرط وجعل الثمرة في ذلك جواز البيع مع الشك على الثاني لاصالة عدم المانع وعدمه على الأول لاصالة عدم الشرط ، واستشهد على ذلك بوقوع الخلاف منهم في صحة بيع الضال والضالة والحيوان الممتنع كالجمل الشارد والفرس الغارفانه لو كانت القدرة شرطاً عندهم تعين بناؤهم على البطلان لعدم العلم بها فلا يس ذلك إلا لبنائهم على مانعية المعجز لممكن البناء على الصحة مع الشك لما عرفت « وفيه » (أولاً) أن المانع هو الامر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم ، والمعجز أمر عديم فإنه عبارة عن عدم القدرة عما من شأنه أن يكون قائماً فالتقابل بينه وبين القدرة تنال العدم والملكية والعدم لا يكون مانعاً (وثانياً) أنه لو سلم ذلك فالمرجع عند الشك فيه استصحاب الحال السابقة فإن كانت القدرة عمل عليها وإن كانت المعجز عمل عليه ، ولا اصل لاصالة عدم المانع إذا لم ترجع إلى الاستصحاب كما حقق في محله (وثالثاً) لو سلم ذلك اختص بالمانع الوجودي لا العدمي إذ مبنى الأصل المذكور أو اوية العدم بالمكن من الوجود فاذا كان المانع عديمياً كان مقتضى ذلك ثبوته لا عدمه ، (ورابعاً) أن ما ذكره من الاختلاف في الموارد المذكورة لا يصلح شاهداً على ما ذكر (أولاً) من أجل أنه لو كان مرادهم ما ذكر تعين بناؤهم على الصحة للشك ولا وجه لهذه الأقوال المحكية (وثانياً) أن لازم ما ذكره القول بالبطلان على تقدير انكشاف المعجز لأن الحكم بالصحة اعتماداً على اصالة عدم المانع ظاهري (وثالثاً) أن الذي يظهر من كلمات الفاضلين بالصحة أن الوجه

فيه عندم التشكيك في صدق الغرر عرفاً أو التشكيك في عموم حكمه فيرجع الى
عمومات الصحة وسيأتي في بيع الآبق التعرض لذلك فانتظر . ثم ان العبرة في
الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم فانه المستفاد من الادلة المتقدمة
ويترتب على ذلك عدم اعتبارها مع كون العين في يد المشتري اذ لا معنى لاستحقاقه
التسليم حينئذ ، وكذا لو كان المبيع يمتنع على المشتري فانه لخروجه عن ملكه
وصبرورته حراً لا يكون مما يستحق تسليمه ، وكذا في بيع السلف ونحوه مما
كان التسليم فيه مؤجلاً فانه لا يقدر فقدحاً قبل الاجل لعدم كونه زمان التسليم
المستحق ، وكذا الكلام في عقد الفضولي ونحوه مما يتوقف على اجازة غير العاقد
فان عدم القدرة غير قاذح قبل الاجازة لعدم تمامية السبب الموجب لاستحقاق التسليم
— مع أن الاشكال فيه يختص بصورة عجز المالك عن التسليم اذ لو كان قادراً عليه
حين العقد كان الشرط حاصلاً وان كان العاقد عاجزاً عنه ، لأن الشرط قدرة من
يجب عليه التسليم والوفاء بالعقد وهو المالك . هذا وقد يستشكل في الفضولي بناء
على القول بالكشف لتحقق الملك من حين العقد مع عدم القدرة على التسليم ،
ويدفع بعدم ثبوت الاستحقاق للتسليم بمجرد الملك ، بل لا بد فيه من الاجازة
« وفيه » أنه خلاف قاعدة السلطنة « فالاولى » دفعه بما عرفت من أن عجز
العاقد غير قاذح وانما القاذح عجز المالك وهو غير المفروض ، ولو سلم اعتبار قدرة
العاقد فبناء على الملك بضميمة ما دل على استحقاق المالك لأخذ ملكه جواز تسليمه
اليه ومنع ذلك قبل الاجازة تنكيك بين الحق وحكمه كما هو مبني الاشكال من دون
وجه ظاهر كالتفكيك بين الملك واستحقاق التسليم كما هو مبني الدفع فلاحظ وتأمل
ولو لم يقدر المشتري على تسليم الثمن في السلم لم يقدر ذلك في صحة العقد لو اتفق
حصوله لا تناء الملك قبله فلا عجز عن التسليم المستحق ، والنهي عن بيع الغرر
لا مجال لتطبيقه الا في الغرر الحاصل في البيع الصحيح لولا الغرر فلا يشمل الغرر
في القبض الذي هو شرط الصحة فيكون دليل اعتبار القبض حاكماً على دليل النهي
عن بيع الغرر فالقبض في الصرف والسلم نظير الاجازة في عقد الفضولي كلاهما دخيل

في استحقاق التسليم والعجز عنه لا يستوجب صدق الغرر الفاسد في الصحة ،
والغرر في البيع العرفي ليس قادحا لعدم عموم النهي المتقدم له حينئذ ووجوب
التسليم بمجرد العقد في السلم لو تم الدليل عليه فهو حكم تعبدى لا عن استحقاق
التسليم اذ هو خلاف أدلة شرطية القبض . نعم لازم ما ذكرنا جواز الجهل بالعوضين
في الفضولي اذا علم بهما حال الاجازة ولا بأس بالالزام به الا ان يقوم الدليل على
خلافه وكذلك الكلام في الصرف والسلم . ثم ان مقتضى اطلاق معاقدة الاجماع بل
صريح بعضها اعتبار القدرة حتى مع العلم بالحال فما عن الفاضل القطيبي من الحكم
بالصحة مع العلم غير ظاهر لا سيما بناء على التمسك بحديث النهي عن بيع الغرر ،
بناء على أن المراد به الجهل ولو بالحصول فان العلم بالعجز لا يرفع الجهل المذكور ،
ولو كان المشتري قادراً على التسليم فمن جملة صحة العقد لعموم الصحة وظهور
معاقدة الاجماع في غيره ، لا أقل من عدم ظهورها فيه ، ولقصور النهي عن الغرر
لا تنفاه الغرر حينئذ . هذا ومقتضى ظاهر كتاباتهم ومعاقدة اجماعهم ان المدار في
الصحة وعدمها على القدرة الواقعية فيها يصح العقد وان جهلت ومع انتفائها يبطل
وان اعتقد حصولها ، لكن مقتضى حديث نفي الغرر — بناء على التمسك به —
أن المدار على العلم بحصولها ولا يكفي وجودها الواقعي في الصحة ما لم يعلم لصدق
الغرر حينئذ سواء اريد منه الجهل او الخطر . نعم لو اعتقد حصول القدرة
فانكشف عدمها وكان ذلك موجبا لانتفاء المالية رأساً تعين البطلان لانتفاء المالية ،
والظاهر كفاية الوثوق بها في انتفاء الغرر عرفاً فلو اعتاد الطائر العود صح بيعه كما
عن الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم وفي الجواهر : لم أعرف مصرحاً بالمنع ،
واحتمال عدم عدم الوثوق بالعود اذ ليس للطائر عقل باعث عليه كما عن نهاية الأحكام
ضعيف اذ العادة كالعقل بل ربما تكون أقوى في الحيوان منه في غيره ، ولو كانت
القدرة معلومة الحصول بعد زمان الاستحقاق بمدة فان كانت المدة يسيرة يتسامح بها
فلا ينبغي الاشكال في الصحة لقصور معاقدة الاجماع وكذا النهي عن الغرر ولو
كانت طريقة مضبوطة لا يتسامح بها كسنة او اكثر في الصحة وعدمها قولان اختار

اولها في الشرائع وتبعه عليه جماعة ويقتضيه اطلاق الادلة من دون مقيد ظاهر إذ الاجماع على خلافه غير واضح بل منتف مع خلاف الجماعة المانع من حجية اطلاق المحكي منه ولا غرر مع العلم بالحال ، وما تقدم من اعتبارها في زمان الاستحقاق يراد منه ما يقابل وجودها قبله . نعم لا يبعد حينئذ ثبوت الخيار مع الجهل للنقص من غير اقدام عليه ولو كانت المدة غير مضبوطة كالعبد المسافر لحاجة لا يعلم زمان انقضائها في صحة البيع اشكال واستظهر في الجواهر الجواز للعموم المؤيد باطلاق الفتوى بجواز بيع ما لم يمكن تسليمه الا بعد مدة حيث لم يشترطوا انضباط المدة وكلامهم في جواز بيع الغائب والوديعة والغارية والمنصوب والآبق والسك كالنقص في ذلك ضرورة عدم انضباط المدة في ذلك ولا غرر بعد امكان التسليم ، وفوات المنفعة مدة التعذر ليس من الغرر في البيع ، وانما هو غرر في غيره ، ويشكل بأن اطلاق الفتوى بالجواز غير ناظر الى هذه الجهة بل ناظر الى مجرد جواز البيع في مقابل عدمه وكذا اطلاقهم جواز بيع الغائب ونحوه : ولذا حكموا بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتبرة بالاقرار لجهة وقت التسليم ، ولا فرق بين الجهل بالحصول والجهل بزمان الحصول في صدق الغرر في البيع . نعم تقدم في بيع الوقف رواية الحسين بن نعيم المتضمنة لجواز بيع الدار المجهول سكانها لرجل ولحقبه من بعده ، لكن التعدي عن موردها الى المقام غير ظاهر اذا كان مقتضى القواعد العامة المنع الا ان يستشكل في عموم النهي عن الغرر على نحو يشمل المقام كما عرفت في صدر المبحث والاجماع والنصوص الدالة على اعتبار العلم بالعوضين غير ظاهر فيما نحن فيه وسيأتي في مبحث اعتبار العلم ماله نفع في المقام انشاء الله تعالى . هذا ولا اشكال في اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا كما لا اشكال في عدم الاعتبار بقدرته اذا كان وكلا في مجرد اجراء الصيغة كما لا اعتبار بعلمه بالعوضين الذي هو شرط في صحة البيع ، أما لو كان وكلا في المعاملة وشئونها نظير عامل المضاربة فلا اشكال في كفاية قدرته وان كان المالك عاجزا عن التسليم ، بل الظاهر كفاية قدرة موكله ايضا لعدم الدليل على اعتبار اكثر

من ذلك فبناء على اعتبار العلم بالقدرة يكفي العلم بقدرة احدهما اما العاقد او الموكل ولا يحتاج في الاكتفاء بقدرة الموكل الى رضا برجوع المشتري اليه ولا رضا المشتري بالرجوع اليه وان كان يظهر من الجواهر حكايته عن بعض اذ لا موجب له بعد ما عرفت من عدم الدليل على تقييد عمرم الصحة بذلك ومنه يظهر ضعف دعوى البطلان في الفضولي لفقد الشرط المذكور مضافا الى ان تقرير البطلان في الفضولي على ذلك غير ظاهر اذ الفضولي ليس من قبيل الوكيل ومثلها في الاشكال الاعتراض عليها بانه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك فيتحقق له القدرة على التسليم حال العقد ، اذ فيه ما عرفت في تقريب الاستدلال بقوله (ص) : لا تبع ما ليس عندك ، من أن المراد من القدرة القدرة الفعلية التي لا تحصل بالقدرة على ارضاء المالك ، ومثل الاعتراض المذكور في الاشكال دفعه بان الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع غايته حصولها بالفحوى ، اذ فيه ما عرفت في مبحث الفضولي من أن الاذن التقديرية غير كافية في صحة العقد مع أن القدرة على ارضاء المالك لا تستوجب الاذن بالفحوى وشاهد الحال فلاحظ وتأمل .

بيع الآبق منفرداً

﴿ مسألة ﴾ المشهور بين الاصحاب بل المحكي عليه الاجماع صريحاً وظاهراً كما عن جماعة انه لا يجوز بيع الآبق منفرداً ويقتضيه مضافاً الى هذه الاجماع وما تقدم آنفاً منها صحة النخاس الآتية فان قوله (ع) فيها : لا يصلح ، وان لم يكن ظاهراً في المنع لكن قوله (ع) في ذيلها : فان ذلك جائز ، قرينة على ارادة نفي الجواز من قوله (ع) : لا يصلح ، مضافاً الى حديث النهي عن بيع الفرر — على ما عرفت من تقريب الاستدلال به — وكما لا يجوز جعل الآبق منفرداً مثمناً لا يجوز جعله ثمناً لعدم الفرق بينهما في معاقب الاجماع هنا وفي اعتبار القدرة على

التسليم ، وفي صدق الفرر ، وذكر المثمن في كلامهم من باب المثال لاشتراك
 مناط المنع عندم والتردد من بعضهم في الثمن مبني على عدم وضوح المناط عنده ،
 وإن كان الظاهر ما ذكرنا كما قربه التردد وهل يلحق الصلح بالبيع في ذلك أولا
 لعدم ظهور المناط المطرد فيه ومعاقد الاجماع قاصرة عن شموله وللشكل في اقتضاء
 النهي عن بيع الفرر للمنوع لتوقفه على الفناء خصوصية مورده وهو غير ظاهر ،
 وما دار على السنة أكثر الاصحاب من نفي الفرر على نحو يستدلون به في غير
 المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالأجارة والمزارعة والمساقاة والجمالة مما لم
 يتضح له أصل يعتمد وما يرسل في كلمات بعض عن النبي « ص » أنه نهى عن
 الفرر ، فالظاهر أن المراد به ماسبق من النهي عن بيع الفرر والافق البعيد جداً
 صدور النهي عن الفرر في كل شيء حتى لو كان المراد به الخديعة ضرورة
 جوازها في كثير من الموارد بل رجحانها في بعضها كما لا يخفى ، فالقول بعدم
 اعتبار القدرة على التسليم في الصلح كما عن المسالك في مسألة رهن مالا يقدر على
 تسليمه غير بعيد عملاً بالعموم الدال على جوازه ومنه يظهر ضعف القول باعتبارها
 فيه مطلقاً أو فيما لم يكن مبنيّاً على المسامحة نعم لو بني على التمسك في البيع برواية
 ابن مسعود كان المنع في الصلح المتضمن للمعاوضة في محله ، لعموم التعليل الذي
 لا يطرد في الصلح الذي لا يتضمن معاوضة مثل أن يقول : صالحتك علي أن يكون
 هذا لك وذلك لي فلاحظ

بيع الفضال والمجود والمنصوب

هذا ومقتضى الاجماع على اعتبار القدرة على التسليم والنهي عن بيع الغرر عدم جواز بيع الفضال والمجود والمنصوب كما عن جماعة ، وكأن القول بجواز بيعه مراعى بالتسليم فلو تمذر تخير المشتري كما عن اللمعة مبني على التوقف في عموم معتقد الاجماع لذلك وانتفاء الغرر بالخيار ولكن التشكيك في عموم الاجماع غير ظاهر والخيار لو اقتضته القواعد لا يصلح لرفع الغرر بمعنى الجدل في البيع نعم يرفع الغرر بمعنى الخطر لتدارك الضرر به لكن ادلة النهي عن بيع الغرر مقتضاها فساد البيع الخطري مع قطع النظر عن الحكم الشرعي اذ ثبوت الحكم فرع ثبوت موضوعه فلا يثبت الخيار الا في فرض صحة البيع في نفسه فلو كان البيع الخطري فاسدا امتنع ثبوت الخيار وكذا الحال في حكم الشارع بضمان المبيع على البائع قبل القبض ، أو بعدم وجوب تسليم الثمن فانها ايضا لا يخرجان المورد عن الغرر القادح في الصحة سواء أكان المراد به الجدل أم الخطر ، لتفرعها على صحة البيع نعم لو كان الضمان أو الخيار مجعولين للمشتري يجعل المتعاقدين خرج البيع عن كونه خطريا فلو كان المستند في المنع عن بيع الآبق حديث النهي عن بيع الغرر ، وفسر بالخطر كان القول بصحة بيع الآبق اذا كان مضمونا على البائع كما عن الاسكافي والعلامة في المختلف في محله ، وكذا لو كان المستند في المنع عن بيع الآبق مختصا بالنصوص فان القول بالجواز في الفرض وجها لا مكان دعوى انصرافها عنه .

بيع الآبق مع الضميمة

﴿ مسألة ﴾ لا اشكال ظاهرا في جواز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة ؛ وعن المختلف نفي الخلاف فيه ، ويقتضيه صحيحة رفاة النخاس قلت لأبي الحسن (ع) : أ يصلح لي أن اشترى من القوم الجارية الآبقة وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا ؟ قال (ع) : لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم : اشترى منكم جاريتم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهما فإن ذلك جائز ، وموثق سماعة عن أبي عبد الله في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله قال (ع) : لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا آخر فيقول أشترى منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا درهما ، فإن لم يقدر على العبد كان الذي تقدمه فيها اشترى معه وظاهر الطلب المذكور في سؤال الأولى وقوله (ع) في الثانية : فإن لم يقدر ... الخ الاختصاص بصورة رجاء الوجدان ؛ بل قيل إنه أيضا من معاهد الاجماع المنقولة فلأبوس من الظفر به لا يجوز بيعه ولو مع الضميمة للمقرر بناء على ما عرفت ، كما أن الظاهر من التعليل في الثانية الاختصاص بصورة كون الضميمة مما يجوز بيعه منفردا فلا يجوز كونها مما لا يقدر على تسليمه ثم إن ظاهر النص والفتوى كون الشراء واقعا على الآبق والضميمة ، ومقتضى قاعدة أن التلف قبل القبض في ملك البائع ؛ أنه لو صار العبد مأبوسا من الظفر به يوزع الثمن عليه وعلى الضميمة ، بناء على شمول القاعدة له كما هو ظاهر دليلها الوارد في سرقة المبيع ، لسكن ظاهر قوله (ع) في الموثقة : فإن لم يقدر ... الخ عدم الرجوع على البائع فيما يقابل العبد من الثمن ، بل لعل ظاهره أن وقوع الشراء على الآبق سراعى بالظفر به فإن لم يقدر عليه كان على الضميمة لا غير كما عن ظاهر كشف الرموز إذ لو كان المراد انقلاب المعاملة كان المناسب التعبير بقوله (ع) : صار الذي ... الخ اللهم الا ان يحمل على ذلك بقرينة ظهور المصدر في وقوع الشراء منه جزأ على المجموع لا معلقا على الظفر

بالآبق ، بل الصحيحة ، كالصريحة في ذلك ، فالوجه حينئذ حمل قوله (ع) :
كان الذي ... الخ على معنى الانقلاب بعد التعذر ، ولو مات العبد فلم يقدر عليه
لذلك لم يبعد إجراء القاعدة لخروج الفرض عن ظاهر النص أو منصرفه ، ولو
تلفت الضميمة قبل القبض ، فإن كان بعد قبض الآبق كان تلفها على البائع فيرجع
المشتري بما قابلها من الثمن ، وإن كان قبله لم يبعد انقاسخ البيع حتى بالاضافة
الى الآبق لظهور النصوص في عدم الفرق في عدم صلاحية الآبق للبيع بين
الحدوث والبقاء ، ومثله لو فسخ البيع في الضميمة لخيار ونحوه ، وأوضح منه
مالو عقد على الضميمة فضرراً فلم يجوز المالك منها وأجاز في الآبق ، ولو وجد
في الآبق عيباً بعد القدرة عليه أو قبلها جرى عليه حكم العيب من الرجوع بالارش
فعم لو كان ذلك بعد تعذر الإدراك فليس له ذلك لانقلاب المعاملة وخروج العبد
عن بعض المبيع كما عرفت فلا مجال حينئذ الرجوع بالارش عيه

العلم بقدر الثمن
مركز بحوث كميوتير علوم إسلامي

﴿ مسألة ﴾ المعروف اشتراط العلم بقدر الثمن فلا يجوز البيع بحكم احدهما
إجماعاً صريحاً وظاهراً حكاه جماعة ، ويقتضيه مادل على نفي الفرر في البيع بناء
على كون المراء منه الجهل أو الخمر ولو بلمحظ بعض مراتب المالية ، أما لو
اختص بالخمر على أصل المالية كما اشرنا الى وجهه آنفاً فلا استدلال به على المقام
غير ظاهر. هذا وفي صحيحة رفاعه سألت أبا عبد الله (ع) فقلت له : سأومت
رجلاً بجارة فباعنيها بحكمي فقبضتها منه ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت له هذه
الالف درهم حكمي عليك فإني أن يقبضها مني وقد كنت مستها قبل أن أبعث اليه
بالف درهم فقال (ع) : أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فإن كانت قيمتها أكثر
مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة ، وإن كانت قيمتها أقل مما بعثت
اليه فهو له قلت له : أرأيت ان اصببت بها عيباً بعد أن مستها ؟ قال عليه السلام

ليس عليك أن تردها عليه ولك أن تأخذ ما بين الصحة والعيب . ولسكنها لا تخلو من تدافع لانه لو صح البيع بحكم المشتري فلا وجه للتقويم بالقيمة العادلة ان كانت اكثر من حكمه ، والانصراف الى القيمة السوقية يقتضي لزومها وان كانت اقل من حكمه ، الا ان يدعى الانصراف اليها بمعنى عدم جواز حكمه باقل منها ، لكنه خلاف الظاهر ولا سيما لحظته عمل رفاعة ، وان بطل فلا وجه لمس الجارية ، ولا الزام المشتري بالقيمة التي عينها ، ولا الزام المالك بارش العيب فيتعين تأويلها ولعل الاقرب حملها على تركيل المشتري في البيع ويكون عدم قبول حكمه فيما لو كان اقل من القيمة السوقية لاجل الخيار من جهة الغبن او الحيوان بناء على ثبوته للبائع وكيف كان فلا مجال للاخذ بظواهرها كما عن الحدائق بعد اعراض الاصحاب عنها ، واضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البائع : بعثك بسمير مابعت ، ويكون للمشتري الخيار اذ فيه انه ان صح البيع فلا مقتضي للخيار وان بطل للغرر فلا يصححه الخيار لان الحكم لا يثبت مريضاً ، كما عرفت آنفاً

المساكيل والموزونة

(مسألة) العلم بالثمن قدرا شرط أيضا في صحة البيع إجماعا صريحاً وظاهراً حكمه جماعة ، وبقتضيه حديث نفي الغرر في البيع على ما عرفت ، واستدل له بصحيح الحاي في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا المعدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت قال (ع) : لا يصلح الا بكيل ، قال : وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام ، ويمكن الاشكال فيه بأن الاستدلال بالفقرة الاولى بنافيه ما دل من النمس والفتوى على جواز الاعتماد على اخبار البائع عن المقدار — مع أن (لا يصلح) ، أعم من المنع ، والاستدلال بالفقرة الثانية بتوقف على كونه قوله (ع) : سميت فيه كيلاً ، بمعنى كونه مكبلاً وهو غير ظاهر

بل المحتمل كون المراد منه شراءه بعنوان الكيل فلا يدل على وجوب الكيل كلية — مع أن لفظ الكراهة لا يصلح ، أعم من الحرمة ، وفيه أن اطلاق الكراهة ولا يصلح ، ظاهر في المنع على أن المحكي عن الفقيه روايته : فلا يصح بيعه بحارفة ، وأما الظهور في عدم الاعتماد على أخبار البائع فلا بد من رفع اليد عنه بالجل على كون الأخبار مبنيًا على الخدس المتهم فيه البائع لا على الاختبار ، ويناسبه عدم أخبار البائع بالكيل قبل كيل العدل الأول ، فالعمدة في الاشكال منع ظهور : سميت فيه كيلا ، في كونه مكيلا واجماله يسري إلى الفقرة الأولى ، فيشكل التمسك به من هذه الجهة ، وبموتقة سماعة سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن بغير كيل ولا وزن فقال (ع) : أما إن تأتى رجلا في طعام قد كيل ووزن تشترى منه سراجه فلا بأس إن اشتريته ولم تكاه ولم تزنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع : إني أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس ، ودلالاتها ظاهرة ، وبرواية محمد بن حمران المتضمنة للمنع عن البيع بغير كيل إذا كان اشتراؤه كذلك اعتمادا على أخبار البائع ، وبرواية أبي العطار قلت : فأخرج السكر والكرين فيقول الرجل أعطني بكيلك فقال : إذا ائتمنتك فلا بأس ، ونحوها غيرها ثم إن القدر المستفاد من النصوص المذكورة اعتبار الكيل أو الوزن فيما يكال ويوزن سواء أزم من تركها غرر أم لا ، كما إن مقتضى حديث النهي عن بيع الغرر مانعية الغرر سواء أكان العوض مما يكال أو يوزن أم لا فبين مقتضى الدليلين عموم من وجه ، فمثل بيع الثمار على الأشجار والزرع قائما والحيوان المقصود منه اللحم ونحوها باطل بمقتضى دليل النهي عن الغرر لحصول الغرر فيه لعدم العلم بمقداره حتى مع المشاهدة ، ولا تقتضي النصوص بطلانه لعدم كون الأمور المذكورة مما يدخلها الكيل أو الوزن عادة ، كما أن بيع أحد المتساويين في القيمة بالآخر مع تساويهما في المقدار باطل بمقتضى النصوص إذا كانا مما يكال أو يوزن ولا يقتضي الحديث بطلانه ، إذ لا خطر فيه على المال نعم لو كان الغرر بمعنى الجهل اقتضى النهي عنه البطلان في الفرض المذكور لفرض

الجهل بالمقدار ، وأما فتاوى الاصحاب ومعاقد اجماعاتهم فتمتضاها بوافق مقتضى النصوص لكن قد يوهن ظهورها في ذلك استدلالهم بحديث النهي عن الغرر ، وكيف كان فقد عرفت الاشكال في الاستدلال بالحديث في المقام وكذا برواية ابن مسعود فالعمدة هو النصوص ولو سلم امكان الاستدلال بحديث الغرر فلا منافاة بينه وبين النصوص لكونها من قبيل المثبتين فالعمل باطلاقها متعين ، والظاهر قصورها عن اثبات البطلان في التعليل الذي لم يتعارف وزنه كما لو دفع قلنا الى الدهان وأراد به دهنا لحاجة يكفيها اليسير منه ، وكون جنسه من المكيل لا يقتضي اعتبار الكيل فيه مطلقا نظير الثمار التي تباع على الاشجار والزرع الذي يباع قائما والخطب الذي يباع في الآجام والحيوان الذي يباع للاكل وغير ذلك فان المدار على حاله حال البيع فاذا كان يختلف حاله من حيث كونه مكيلا أو موزونا في حال وليس كذلك في أخرى فالمدار في اعتبار احدهما على كونه في تلك الحال مما يدخل في المكيال أو الميزان ، فان كان كذلك تعين كياله أو وزنه والا فلا حاجة اليه (واما) المسكوكات السلطانية فالظاهر أن ماليتها تابعة لاعتبار السلطان ولادخل للمقدار فيها ولاجل ذلك لا حاجة الى معرفة وزنها لخروجها عن مورد النصوص المتقدمة ، بل هي أولى بالخروج عنه من الثمار على الاشجار فان الثمار تختلف ماليتها باختلاف مقدارها وزنا أو كيلا وليس كذلك المسكوكات السلطانية فاذا جاز بيع الثمار بلا كيل أو وزن فادعى أن يجوز بيع المسكوكات كذلك فانها حينئذ أولى من الثمار في أن لا يكون من المكيل والموزون ، ومن ذلك يشكل إجراء احكام الربا فيها كما اشار الى ذلك الاردبي في مجمع البرهان فتكون الدراهم بمنزلة الثوب الذي ورد النص بجواز بيعه بالغزل الذي هو من الموزون لاشتمال الثوب على خصوصية أوجبت خروجه عن ملاحظة الوزن في ماليتها الا أن تكون من الموزون في عصر الشارع فتكون من هذه الجهة موردا للربا للاجماع على دخول الربا فيما كان موزونا في زمان الشارع وان صار غير موزون في الزمان اللاحق ، والظاهر أنه لا خلاف في وجوب معرفة العدد في المعدود ، وتشير اليه

صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) انه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدده فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكالم ما بقي على حساب ذلك العدد قال (ع) : لا بأس به ، فانها وان لم تكن واردة في بيان وجوب العدد في الجوز لكنها ظاهرة في اعتقاد السائل ذلك فتقريره عليه حجة عليه ، ومنها يظهر ضعف ما في جمع البرهان من عدم الدليل على عدم جواز بيع المعدود إلا عدا ، وأن الأصل والعمومات وحصول التراضي الذي هو العمدة في الدليل دليل قوي فاثبات خلافه مشكل .

بيع المكيل وزنا وبالعكس

﴿ مسألة ﴾ اختلفوا في جواز بيع المكيل وزنا وبالعكس وعدمه على أقوال ثالثها التفصيل بين الاول فيجوز والثاني فلا ، لان الوزن أصل المكيل وأضبط وإنما عدل اليه في المكيلات للتسهيل والذي ينبغي ان يقال : إن تقدير المبيع مثلا بأحد التقديرين اذا كان المتعارف تقديره بالآخر تارة من حيث كونه طريقا الى التقدير المتعارف فيه ، واخرى من حيث كونه أصلا في قبالة ، والاول تارة يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه وأخرى يكون مما لا يتسامح فيه ، ولا ينبغي الاشكال في الجواز في الاول من دون فرق بين كيل الموزون ووزن المكيل فانه في الحقيقة تقدير بما يتعارف فيه ، ويشهد به رواية عبد الملك بن عمرو قلت لأبي عبد الله (ع) : اشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فازنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال (ع) : لا بأس ، واما الثاني فالجواز فيه لا يخلو من اشكال مالم تثبت الطريقة شرعا كما ثبتت بطريقة إخبار البائع بالمكيل والا فجرد الطريقة العرفية من جهة حصول الظن غير كاف في الخروج عن مقتضى النص المتقدم ، واما كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصلا فلمنسوب الى جماعة بل في الرياض نسبتته الى المشهور كفاية الوزن في المكيل والنصوص المتقدمة

على خلافه ، وكون الوزن أصل الكيل — لو سلم — لا يجدي في جواز الخروج عنها (ودعوى) أن التقدير بالوزن موجب للخروج عن البيع جزافاً (ممنوعة) اذ معرفة وزن المبيع المكيل لا ترتبط بمعرفة مقداره الذي تدور المالية مداره وليس معرفة وزنه المتعارف في غيره الا كمعرفة وزنه غير المتعارف كثقل صخرة مجهولة المقدار كما لا يخفى ، ومن ذلك يظهر الاشكال في جواز بيع الموزون بالكيل فانه لا يخرج عن كونه جزافاً ولا فرق بينه وبين معرفة مقداره بكيل مجهول المقدار مثل ملء اناء أو ظرف معين ، فكما أن معرفة مقدار كيله بذلك لا يخرج عن بيع الجزاف كذلك كيله بالمسكايل المتعارفة في غيره هذا وفي الدروس : ولو أسلم في الكيل وزنا وبالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق (ع) ، انتهى . ومراعاة رواية وهب عن الصادق (ع) : لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن ، لكن الظاهر من معنى الرواية إنما هو لا بأس بسلف المكيل في الموزون وبالعكس لا جواز تقدير المكيل بالوزن وبالعكس ، واحتمل في مفتاح التكرار أن يكون قوله : وزنا ، في عبارة الدروس بمعنى الموزون فيوافق ظاهر الرواية لكنه يخالف ظاهر كلامه ، وكيف كان فالرواية لا تصلح لاثبات ما هو ظاهر العبارة لقصورها سنداً ودلالة كما في الرياض وغيرها ، وأما الممدود فاستعمال الكيل أو الوزن فيه طريقاً الى العدد لا اشكال فيه ظاهر إذا كان لا يحتمل الخطأ الا بمقدار يتسامح فيه وإلا أشكل ذلك ، بل ظاهر التقييد بالتعذر في الشرائع وغيرها ، بل المنسوب الى كثير عدم جوازه لقوات التقدير بالعدد نعم يجوز في حال الضرورة لما تقدم من صحيح الحلبي ، اذ الظاهر كون موردها من هذا القسم ، ولأجل ذلك يشكك حمل التقييد في كلام السائل بعدم استطاعة العد على بيان سبب العدول عن العد لأجل اعتقاد عدم الجواز كي يكون عدم الردع تقريراً من الامام (ع) فاعن الروضة وفي المسالك من الجواز مطلقاً ضعيف الهم إلا أن يستند في الجواز مطلقاً الى عموم الصحة إذ لا اجماع على المنع والتقييد في كلام السائل يحمل الوجه فلا تصلح الرواية لتخصيص

العموم واما استعمال الكيل اصلا فيشكل جوازه بل الظاهر عدمه لانه جزاف ولا يزيد على المشاهدة واما استعمال الوزن اصلا فيه فظاهر ما ذكره في جواز اسلام المعدود وزنا جوازه عندهم ولا يخلو من اشكال لمخالفته ظاهر الرواية المتقدمة والحديث النهي عن بيع الغرر بناء على صحة الاستدلال به على اعتبار العلم بقدر العوضين .

اختلف البهران في الكيل والوزن

﴿ تنبيه ﴾ مقتضى الحديث المذكور أن لو اختلف البلدان في الاوزان والمكاييل كما في زماننا هذا وجب علم من لم يكن من اهل البلد أن يعرف مقدار نسبة الوزن والمكيال الى ما في بلده من الوزن والمكيال اذ لولا ذلك كان غرراً بل هو ظاهر المنع عن بيع المجازفة في صحيح الحلبي لان المكيال المتعارف اذا كان مجهول المقدار كغير المتعارف فتأمل ، واما بقية النصوص فلا اطلاق فيها يقتضي جواز التقدير بكل كييل أو وزن وان كان مجهول المقدار لانها في مقام اعتبار الكيل والوزن في مقابل تركها ، واما صحيح الحلبي : لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر ، فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس أنه صاع مصر ، كما صرح به في ذيل خبر محمد الحلبي فلا اطلاق له يدل على جواز البيع بصاع مصر وان جهل مقداره ، فما عليه سيرة المسافرين من الشراء بوزن البلد الذي يحضرونه او بكييله مع جهلهم بالمقدار لا يخلو من اشكال اللهم الا ان تكون سيرة معتدأ بها في اثبات جواز ذلك أو ان يكون المراد بالمجازفة في الصحيح التخمين بلا وزن ولا كيل اصلاً كما هو مورده ومع كونه متعارفاً في البلد يشكل صدق الخطر معه ، فيشكل لذلك تطبيق حديث النهي عن الغرر فلاحظ وتأمل .

المكيل والموزون في عهد الشارع

﴿ تذييل ﴾ قال في مجمع البرهان : ثم اعلم أنهم قالوا : المراد بالمكيل والموزون ما ثبت فيها الكيل والوزن في زمانه « ص » وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها فإكان مكيلا في بلد أو موزونا فيه يباع كذلك والا فلا ، ونحوه قال في الكفاية ، وظاهره النسبة الى الاصحاب ، وفي الحدائق نسبتته الى تصريح الاصحاب ، وكأن مأخذ هذه النسبة ما عن المبسوط من قوله : اذا كانت عادة الحجاز على عهده (ص) في شيء الكيل لم يحز الا كيلا في سائر البلاد ، وما كانت فيه وزنا لم يحز فيه الا وزنا في سائر البلاد والمكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة هذا كله بلا خلاف فان كان مما لا تعرف عادة فيه في عهده (ص) حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء ، فاعرف بالكيل لا يباع الا كيلا وما كان العرف فيه الوزن لا يباع الا وزنا . انتهى . قال في مفتاح الكرامة — بعد حكاية ذلك عن المبسوط — : وذلك كله خيرة التذكرة ونهاية الاحكام والكتاب والمختلف وحواشي الشهيد والمسالك وغيرها وهو المنقول عن القاضي . انتهى . وكأنه يريد بالنقل من القاضي ما في المختلف فانه بعد ما حكى عبارة المبسوط المتقدمة قال : وكذا قال ابن البراج وهو الأقرب . انتهى . ومن ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر من قوله (ره) : ودعوى الاجماع هنا على كون المدار على زمان النبي — صلى الله عليه وآله — على الوجه الذي عرفته غريبة فاني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين فضلا عن أن يكون اجماعا . نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الربا كما تسمعه في محله لا انه كذلك ايضا بالنظر الى الجهالة والعلم والغرر وعدمه الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه « ص » في رفع شيء من ذلك واثباته انتهى . وهذا هو العمدة في الاشكال عليه ﴿ وأما ﴾ الاشكال بان المقطوع به بعد التبع أن الموضوع هنا وفي مسألة الربا واحد وهو المكيل والموزون قد حمل عليه

حكما أحدهما عدم صحة بيعه جزافا والآخر عدم صحة بيعه متفاضلا ﴿ ففيه ﴾ أن ذلك مسلم لولا ما ذكره في باب الربا من أن الاعتبار بالمكيل والموزون ما كان في عصر النبي (ص) فإن تعرضهم لذلك هناك وعدم تعرضهم له هنا يقتضي التفكيك بينهما في المراد ، ومثله في الاشكال الاشكال بأن المذكور في كلام جماعة تصريحاً وتلويحاً أن من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطا في صحة بيعه ومنهم المحقق في الشرائع قائمه فرغ على اعتبار الكيل والوزن في الربا عدم الربا في الماء معللا ذلك بعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه ، وقد اعترف في الجواهر بذلك في شرح هذه المسألة حيث أورد على احتمال جريان الربا في الماء لأنه لا يباع سلفا إلا وزنا بقوله : وفيه أن الوزن في السلم للضبط لا لأنه يعتبر في صحة بيعه ذلك فلا قوى عدم جريان الربا فيه الخ... وجه اندفاع الاشكال أن من الجائز أن يكون مرادهم اعتبار الكيل أو الوزن في صحة بيعه في عهد الشارع لا مطلقا فلا منافاة بين كلامهم هذا وبين اعتبارهم الكيل والوزن في زمان الشارع . وهذا الاحتمال وإن كان بعيداً عن ظاهر الكلام إلا أنه يمكن أدراكه بقراءة عدم تعرضهم لذلك في المقام ، فإذا العمدة الاشكال الأول من ظهور الاتفاق في كلام جماعة على أن المدار في التقدير للمعتبر في صحة البيع التقدير المعروف في زمان الشارع فكيف يصح حينئذ استغراب دعوى الاجماع أو انكار وجوده في كلام أحد من الاساطين . نعم يوهن الاتفاق المذكور اعتبارهم العلم بالمعوضين في البيع واعتبارهم لاكيل في المكيل والوزن في الموزون والعد في المعدود لكونها طريقا الى العلم المذكور واستدلالهم على اعتباره بحديث النبي عن الفرر ، والنصوص المتقدمة الظاهرة في اعتبار الكيل طريقا الى العلم فإن ذلك كله لا يناسب اعتبار التقدير المتعارف في زمان الشارع بالخصوص تعبداً ولو مع حصول الفرر وعدم العلم بالمقدار كما لا يخفى ، ولو انغمض النظر عن ذلك فلا دليل على ما ذكره من أنه إذا لم يعلم تقديره في زمان الشارع يتعين التقدير بالمتعارف في البلدان في زمان البيع ولا يجوز التقدير المتعارف في بلد بالخصوص ومع اختلاف البلدان يتعين التقدير المتعارف في بلد البيع ،

وتوجيهه الاعتبار في التقدير بعادة الشارع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع فيه أن الكلام ليس في مفهوم لفظ الكيل والوزن بل في مصداقه وظاهر الأدلة المتقدمة الاعتبار بمصداقه في زمان البيع كما يقتضيه ظاهر تعليق الحكم على العنوان مثل: المسافر بقصره و: الحاضر يتم و: صل خلف العادل و: أسأل العالم، ونحوها، ومنه يظهر الاشكال في توجيهه كون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المرفية بأن الحقيقة المرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية كتوجيهه كون المرجع عادة كل بلد اذا اختلفت البلدان بأن: العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه فان ذلك في غير ما نحن فيه وان حكي عن جماعة من الاعاظم و: ومن هنا يظهر موهن آخر للاجماع المحكي في كلام الجماعة، ولأجله يشكل الاعتماد عليه في الخروج عن ظاهر الأدلة المتقدمة. ثم لو بني على الاعتماد عليه فقد يشكل الحكم في موارد ﴿ منها ﴾ ما لو علم بالتقدير في عهد الشارع وتعدد بين الكيل والوزن مثلاً ومقتضى الأدلة المتقدمة العمل بالمتعارف في مكان البيع فان كان كل منها متعارفاً تخبر لعدم الترجيح بينهما ^{لأنهم لو كان المورد داخلاً في معقد الاجماع المتقدم بناء على شموله لصورة العلم الاجمالي كان مقتضاه الاحتياط بالتقدير بها معاً} ﴿ ومنها ﴾ ما لو علم أنه غير مقدر في عهد الشارع فقد يقال بعدم لزوم التقدير فيه عملاً بالسيرة في زمان الشارع لكن لما كان من المحتمل أن يكون ترك التقدير لعدم الاعتداد بمالية ما به التفاوت على نحو يلزم الغرر من ترك التقدير لم يحجز رفع اليد عن عموم أدلة الغرر ولو صار ما به التفاوت ذا مالية معتد بها في صدق الغرر — مضافاً الى اطلاق ما دل على اعتبار التقدير من النصوص المتقدمة المختصر في الخروج عنها على مورد الاجماع وهو غير ما نحن فيه وعدم دخول ما نحن فيه فيها لخروجه عن موضوعها في عهد الشارع لا يقتضي خروجه عنها بعد دخوله في موضوعها في العهد اللاحق. اللهم الا أن يكون الاجماع المتقدم قرينة على حمل النصوص على خلاف ظاهرها كما عرفت من الجماعة فحينئذ لا يمكن العمل بها في المقام ويكون المرجع الاطلاق المقتضي لعدم التقدير وكذا لو استمر عدم التقدير فيه (ومنها)

ما لو فرض كون الشيء في عهد الشارع مقدراً في بلد غير مقدر في بلد آخر فانه لا اشكال في الحكم في بلد التقدير ، وأما بلد عدم التقدير فالكلام فيه هو الكلام فيما قبله ﴿ ومنها ﴾ ما لو بيع في الصحراء والحكم فيه أنه مع اتفاق البلدان في التقدير وعدمه يجري عليه حكمها لصدق العنوان الوجودي والمعي ومع الاختلاف في البلدان لا يجب فيه التقدير لعدم شمول النصوص لمثله حينئذ . نعم لو بني على صلاحية حديث النهي عن الفرر للاستدلال به على المقام كان هو المرجع فيجب فيه التقدير الراجع للفرر . فلاحظ وهو سبحانه ولي التوفيق .

« مسألة »

قال في محكي التذكرة : لو أخبر البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا ، وعن الرضا أنه لا خلاف في جواز الاعتماد في الكيل والوزن على اخبار البائع . انتهى . ويشهد له غير واحد من النصوص وما تقدم في صحيح الحلبي من المنع عن الاعتماد على اخبار البائع بحمول على الاخبار عن الحدس كما عرفت ، ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين صورة عدالة البائع وغيرها . نعم لا يبعد انصرافها الى صورة سكون المشتري الى الاخبار ، وبقتضيه ما في خبر أبي العطارد المتقدم من قوله (ع) : اذا ائتمنتك فلا بأس ، فلا يكفي مجرد الخبر ولو مع التهمة الموجبة لعدم كون الخبر طريقاً عرفياً ، اللهم الا أن يقال : اذا كان المستند في وجوب التقدير حديث النهي عن الفرر فهو لا يقتضيه لانتفاء الفرر بداهة المتعاملين على المقدار الخاص فان ذلك ليس بأدون من بيع المين الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد . اللهم الا أن يقال بالفرق بين المقامين بان التعهد بالوصف تعهد بغير ما هو ركن المعاملة بخلاف المقام ولذا لو تبين القصصان كان التحقيق وجوب الرجوع بيمين الثمن لبطلان البيع في بعض المبيع لانتفاء موضوعه فلو كان مثل هذا التعهد موجبا لانتفاء الفرر لجاز بيع ما لا يعلم وجوده ولو في المستقبل لحصول التعهد المعاملي فيه مثل ما نحن فيه فان تعهد البائع بكون المبيع عشرة مع احتمال كونه تسعة راجع الى تعهدين ﴿ أحدهما ﴾ التعهد بوجود العاشر المقابل

ببعض الثمن وهو تعهد بوجود المبيع ، ولذا يستوجب التخلف فيه الرجوع ببعض الثمن ﴿ وثانيهما ﴾ تعهده بوجوده بلحاظ وصف الانضمام الى التسعة وهو زائد على التعهد المعاملي نظير التعهد بالوصف ، ولذا يستوجب خيار تبعض الصفقة بالاضافة الى بيع التسعة فالتعهد الاول ليس زائداً على ما تقتضيه المعاملة فلو كان مثله كافياً في رفع الغرر كان اللازم جواز بيع مجهول الوجود رأساً وهو كما ترى — مضافاً الى ما يأتي انشاء الله تعالى من الاشكال في ارتفاع الغرر بمجرد توصيف المبيع من حيث هو بل لا يبعد كون ارتفاعه باعتبار أن التوصيف راجع الى الاخبار عن الوصف لما اشتهر من أن الاوصاف قبل العلم بها أخبار فراجع . هذا ولو تبين الخلاف فلما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة. ﴿ في الاول ﴾ فهل يبنى على بطلان العقد أو على صحته فيتخير المشتري بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن أو ببعض الثمن ؟ ﴿ وجوه ﴾ أو أقوال أقواها الأخير اذ المقام من باب تبعض الصفقة الذي يكون الانشاء فيه بنحو تعدد المطلوب فلا يتم البطلان المبني على خروج الناقص عن موضوع المعاملة كما لا يتم البناء على الامضاء بتمام الثمن المبني على كون القدر من قبيل الوصف الملحوظ عنواناً للمبيع زائداً عليه لا طريقاً اليه وهو خلاف المرتكز العرفي في التقدير المعتبر في صحة البيع . نعم ربما يكون كذلك اذا لم يكن معتبراً في الصحة مثل الدبس الذي هو من الموزون يباع مائة من منه على أن يملأ عشرة أصوع فتبين أنه مائة من ولا يملأ عشرة أصوع ، لكنه خارج عما نحن فيه وحكمه التخيير بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن ولذا قد تكون الزيادة في القدر نقصاً للوصف المعتبر فيه حين البيع مثل أن يتبين أنه يملأ عشرين صاعاً في المثال المذكور لرقته فان مثل هذه الزيادة تستوجب الخيار للمشتري لأنها نقص وصف نظير ما لو باعه ثوباً اذراعاً معينة على أن يكون وزنه مائة مثقال فتبين أن وزنه مائتا مثقال لغاظه ﴿ وبالجمله ﴾ : التقدير المعتبر في صحة البيع ما لوحظ طريقاً الى كم المبيع فاذا فات فات بعض المبيع المقابل ببعض الثمن فيبطل البيع بالنسبة الى البعض المذكور ويبقى منه للمشتري . نعم له الخيار في الباقي

لتخلف وصف الانضمام نظير باب تبعض الصفقة ومن ذلك يتعين حمل ما في القواعد من قوله « ره » : فان نقص أو زاد تخير المعبون ؛ انتهى . على أنه تفسير المشتري مع النقيصة والبائع مع الزيادة ، وتسميته مغبونا بلحاظ فروات شرطه لا أن الخيار خيار الغبن كما ذكر في مفتاح الكرامة وفرع عليه عدم الاعتبار بالتفاوت اليسير كما هو حكم الغبن في المالية فإنه لا وجه له اذ قد لا يكون تفاوت بين الواجد للوصف والفاقد في المالية ، ومثله في الاشكال ملعن بعض من تعليل ذلك بأن الخيار انما يثبت في تخلف الوصف اذا اشترط في متن العقد اذ فيه أن ذلك المقدار انما يقتضي عدم كونه من خيار تخلف الوصف ولا يثبت كونه خيار الغبن . هذا ومن ذلك تعرف حكم ما لو تبينت الزيادة فإنه لا وجه ظاهر للبطلان فيه ولا للخيار للبائع بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن بل يتعين رجوعه بالزيادة ويكون للمشتري الخيار للشركة بين المالكين من دون اقدام منه عليها ، وأما البائع فإنه وان لم من البيع الشركة في ماله وهو المقدار الزائد الا انها ليست شركة في موضوع البيع ومثله لا يستوجب الخيار ، ومن ذلك تعرف ان ما تقدم عن القواعد من الخيار للمغبون المنطبق في الفرض على البائع مبني على ان الخيار من قبيل خيار تخلف الوصف اللازم للامضاء بتمام المثلث لا الامضاء ببعض المثلث كما قرئناه والا فقد عرفت أن الخيار للمشتري فقط . ثم ان في حكم اخبار البائع سائر الطرق العرفية القائمة على مقدار الموضن فعلا يصح البيع ولو انكشفت الزيادة والنقيصة جرى ما تقدم من تبعض الصفقة وخيارها .

تفسير

ما ذكرنا كله إنما يجري مع قصد المماوضة على المقدار بإبعاضه مثل الصبرة المسكية على أن يكون كل صاع منها بكذا أو السمن الموزون على أن يكون الرطل بكذا أما إذا اتفق تعلق الغرض بصرف الوجود بدون ملاحظة القدر وتطبيق ابعاض الثمن على ابعاض المثلثين في وجوب الكيل والوزن فيه تأمل لاحتمال اختصاص نصوصها بالصورة السابقة، نعم الظاهر عموم حديث النهي عن بيع الغررله كغيره ، لكن عرفت الاشكال في الاستدلال بالحديث على امثال المقام وكيفكان فلو أخبر البائع بالكيل أو الوزن ارتفع الغرر وصح البيع فسلو تبينت التقيصة أو الزيادة كان الخيار للمشتري أو البائع ؛ ولم يجوز الرجوع ببعض الثمن أو المثلثين وما يظهر من شيخنا الاعظم ره في صدر هذه المسألة وفي صدر المسألة السابقة في توجيه صحيحة الحلبي من البطلان حينئذ غير ظاهر اذ لا دليل على اعتبار ملاحظة تطبيق ابعاض الثمن على ابعاض المثلثين من حيث القدرة في صحة البيع فلا حظ .

بيع الثوب والارض مع المشاهدة

﴿ مسألة ﴾ قال في الشرائع : يجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة وإن لم يمسحوا وإن مسحوا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك وتمذر ادراكه بالمشاهدة وإن لم يمسحوا ، انتهى . وفي الجواهر في الخلاف المعتد فيه ، وفي المسالك ان هذا الاحتياط ليس على وجهه ، انتهى . وعن التذكرة لو باع مختلف الاجزاء مع انشاهدة صح كالثوب والدار والغنم بالاجماع ، انتهى . وقد يشكل ذلك بما حكاه في الجواهر عن شرح استاذة للقواعد قال : والحق أن قاعدة الغرر مثبتة

لا يسوغ هدمها الا باقري منها وأنى لنا بذلك فيدور الحكم مدارها فما كان من الثياب مخيطا يطلب وصفه لاذرعه ومن الارض يطلب فسحته ومن البهائم يطلب هيئة اجتماعها لاعددها ولا بتوقف بيعها على ذرع او عد وما بني على المداقة فلا بد من ذلك فيه : انتهى . والظاهر ان المراد من قوله: وما بني على المداقة ... الخ انه كذلك بنظر العرف فيكون من المذروع والمعدود عرفاً ولذلك كان في بيعه بدون ذلك غرر قاذح في البيع لكن عرفت الاشكال في عموم قاذحية الغرر لمثل المقام لعدم ظهور الحديث فيه ، ومن هنا يسهل البناء على ما ذكره الاصحاب. نعم لو قصد المعاملة بين العوضين بملاحظة أبعاض المقدار بأن يشتري ما يتردد بين الخمسة والستة بستة دراهم بانيا على شراء كل واحد بدرهم الذي عرفت ان حكمه البطلان في الزائد على تقدير النقيصة اشكل القول بالجواز لكنه خلاف المتعارف اذ المتعارف شراء ذات المجموع بستة فان كان في الواقع ستة كان كل واحد بدرهم وان كان خمسة كان كل واحد بدرهم وخمس وقاذحية الغرر في مثله غير ثابتة فلاحظ وتأمل

بيع بعض من متساوي الاجزاء

﴿ مسألة ﴾ بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيमान أو متفرقتها يتصور على وجوه « الاول » أن يراد منه كسر واقعي من الجملة مقدرا بالصاع ، فإذا كانت الصبرة عشرة أصوع كان المبيع عشرةا ، وإذا كانت خمسة كان المبيع خمسا ، فالصاع لوحظ مرآة الى الكسر المشاع المساوي للصاع المجزى. تقديره عن معرفة مقدار الصبرة ، والظاهر أنه لا اشكال في صحة البيع المذكور كما أن الظاهر ان مرجعه الى تشريك المشتري في الصبرة ، فان الصبرة بعد ما كانت مملوكة على الاستقلال مثلا للبائع صارت مملوكة المشتري على الاشتراك ، بمعنى كونها تحت ملكية واحدة للمالكين بعد اعتبارهما كما لك واحد ولو لم يلاحظا واحدا فالملاكييتان ناقصتان للمالكين ، كما أنه لو اعتبر الشيء

المشترك كمورا متعددة كان كل كسر ملكا لمالك على نحو الاستقلال فهذه الجهات تختلف باختلاف هذه الاعتبارات والا فلا انشاء البائع حقيقة ليس الا التشريك لا أن المبيع حقيقة هو الكسر ، وإلا فإن كان كليا خرج عن كونه مشاعا مع أن لازمه خروج المتعين الخارجي عن ملك الشركاء ، لكون المملوك لكل واحد منهم هو الكلي في المعين وان كان جزئيا مرددا فلا خارجية له كما سيأتي ، فالتعبير ببيع العشر لا بد ان يرجع الى ما ذكرنا من معنى التشريك وليس المراد ظاهره وهذا المعنى من التشريك لا يتوقف على القول بامتناع الجزء الذي لا يتجزأ فان الجزء الذي لا يتجزأ لو قيل به يصح ان يضاف الى مالسين باضافة واحدة كما يصح ان يضاف الى مالك واحد فان كل واحدة من الاضافتين الضمنتين بعد ما كانت اعتبارية يصح أن تقوم بما لا يتجزأ كما يصح ان تقوم بما يتجزأ وكما يصح التشريك في الملكية يصح التشريك في الملكية والوقفية فيكون الشيء الواحد ملكا ووقفا على نحو الضمنية فيصح بحسب الاعتبارات يقال : بعضه وقف وبعضه ملك ، كما يصح ان يقال : إنه وقف وملك ، واما القسمة فهي عند العقلاء وبحسب اعتبارهم تميز الحقوق الضمنية فالدرهمان المشتركان بين المالكين ان تراضيا على أن يكون الابيض لاحدهما والاصفر للآخر كان ذلك عند العقلاء قسمة ، وان تراضيا على ان يكون حق أحدهما في الابيض بدلا عن حق شريكه في الاصفر كان ذلك بيعا لا قسمة وان كانت النتيجة للاسرين واحدة فالقسمة عند العرف تميز لا تبدل فلو كانت المعين مشتركة بين الوقف والملك جازت القسمة ولا يجوز التبدل. هذا والظاهر انه لا اشكال في صحة البيع في الصورة المذكورة ومثله مالو باع عبدا من عبيدين اذا كان المراد من العبد الكسر المشاع يعني نصف العبيدين سواء اتفق العبدان في القيمة أم اختلفا لعموم الأدلة ، وما عن التذكرة من انه لو قصد الاشاعة في عبد من عبيدين أو شاة من شاتين بطل بخلاف الذراع من الارض ، انتهى . غير ظاهر لما عرفت من أن قصد الاشاعة راجع الى قصد الكسر ومعه لا فرق بين الامثلة « بالوجه الثاني » ان يراد منه بعض مردد بين

صيمان الضيرة ، ولا اشكال كما قيل — في بطلان البيع مع اختلاف المضاديق في القيمة لانه غرر ، أما مع اتفاقها فيها فلمشهور المنع بل هو المنسوب الى الاصحاب للجهالة التي يبطل معها البيع كما في المختلف والسرائر وغيرها ، أوللا بهام في المبيع كما في الايضاح وغيره ، أو للغرر كما فيه أيضا أولان المردد لا خارجية له فلا يقبل الملكية والبديلية ونحوهما من الاعتبارات ، لكن الاول ممنوع اذلا واقع محفوظ في نفسه محمول للمتعاقدين — مع ان قدح الجهل مطلقا غير واضح وان كان يوهمه ما ذكره من اعتبار العلم بالموضين وما ذكره غير واحد من تعليل البطلان به في المقام على نحو يظهر انه اجماع لكن لم يثبت بنحو يعتمد عليه والابهام مسلم لكن لم يدل دليل على قدحه ، والغرر قد عرفت الاشكال في قدحه على نحو الكلية — مع انه ممنوع مع تساوي الافراد في المالية ولو كان مثل ذلك قادحا لم يجز بيع الكلي في المعين مع تساوي الافراد في المالية — مع أن بناءهم على الجواز فالعمدة اذا في المنع هو الاخير (والاشكال) عليه بمنع احتياج صفة الملك الى موجود خارجي فان الكلي المبيع سلما أو حالا مملوك للمشتري ولا وجود لفرد منه بصفة كونه مملوكا للمشتري (مندفع) بأنه ليس مرجع الاشكال الى أن الملكية لا تقبل القيام بما لا يكون خارجيا كي يتوجه عليه المنع من ذلك وانها ليست من الصفات الحقيقية كالحوضة والسواد وإنما هي من الاعتبارات التي يصبح قيامها بالكلي التمي ، بل مرجعه الى ان المردد يمتنع ان يكون له مطابق في الخارج وما يكون كذلك لا يقبل الملكية ونحوها ، وكأن الوجه في الاشكال المذكور مقايضة الفرد المردد بالكلي الصالح للانطباق على كل واحد من الأفراد مثل مفهوم فرد الانسان أو الانسان المقيد باحد الشخصات ونحو ذلك الذي لا ريب في امكان انطباقه على كل فرد خارجي ، ولكنه ليس كذلك فان الفرد المردد جزئي نظير الفرد المعين لكنه مما يمتنع ان يكون في الخارج فان كل ما في الخارج من الافراد معين في نفسه لا مردد ، وبالجملة اذا باع أحد العبيدين فان أراد مفهوم الواحد منها أعني العبد المقيد باحد الشخصين

فالمبيع كلي — وسياً في الكلام فيه — وإن أراد مصادق أحدهما المردد بينهما الذي يحكيه قولنا : هذا أو هذا فذلك يمتنع أن يكون له مطابق في الخارج فإن كل ما في الخارج يشار إليه بقولنا : هذا ، ولا يشار إليه بقولنا : هذا أو هذا ، وإذا لا يكون له مطابق خارجي امتنع أن يكون موضوعاً للملكية ونحوها من الاعتبارات ، ومن ذلك تعرف الأشكال فيما ذكره جماعة أولهم المحقق الأردبيلي « ره » من عدم دليل معتبر على المنع ، ولولا تعرض جماعة للفرق بين الكلي في المعين وبين الفرد المردد لا يمكن حمل كلام الأردبيلي وغيره ممن قال بالجواز على صورة بيع الكلي في المعين ويكون النزاع حينئذ لفظياً ، وأما الرواية التي حكاهما الشيخ « ره » في الخلاف المتضمنة جواز بيع أحد العبدین فالمتمين حملها على الكلي .



لواختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع وقال البائع : أردت معينا ، فمن التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملاً بأصالة الصحة وأصالة عدم التعيين انتهى ؛ لكن أصالة عدم التعيين لا أصل لها لأنها لا تثبت الإشاعة لأنها من اللوازم العقلية والصحة ليست أثراً شرعياً لها ، وأما أصالة الصحة فهي من الأصول الصحيحة التي قام عليها الدليل لكنها تجري حيث لا يتسالمان على صيغة ظاهرة في التعيين المفتضي للفساد والاكاذيب على الظهور فانه حجة (ودعوى) أن أصالة الصحة صارفة للظهور (موقوفة) على كون حجبتها من باب ظهور الحال لكنه خلاف التحقيق إذ الظاهر أنها أصل تعبدي عقلائي لنفسه فلاحظ .

﴿ الوجه الثالث ﴾ أن يراد منه الكلي المنطبق في نفسه على كل واحد من الأفراد ويمبر عنه بالكلي الخارجي لانحصاره في الأفراد الخارجية المعينة ولذا يمبر عنه بالكلي في المعين أيضاً ؛ وبذلك افترق عن الكلي في التهمة أو الكلي الذي فإن الثاني لم يلاحظ فيه أفراد معينة وإنما لوحظ في التهمة لا غير .

ثم انه بتصور الكلّي المذكور في مقام موضوعيته للبيع على أنحاء ﴿ الأول ﴾ أن يلحظ لا بشرط أعني لا بشرط الوحدة والتعدد بل بنحو صرف الوجود وبهذه الملاحظة يصلح للانطباق على الواحد والمتعدد فكما ينطبق على كل واحد من صيعان الصبرة ينطبق على مجموع صيعانها ﴿ الثاني ﴾ أن يلحظ بشرط لا أعني صاعاً واحداً مطلقاً وبهذه الملاحظة يمتنع أن ينطبق على مجموع الصيعان وإن صح أن ينطبق على كل واحد منها انطباقاً عرضياً أعني في ظرف للطبقة على واحد ينطبق على الآخر ﴿ الثالث ﴾ أن يلحظ صاعاً مهلاً لا مطلقاً ولا مقيداً وبهذه الملاحظة يمتنع أن ينطبق على صاع من أصوع الصبرة لا بنفسه ولا بتطبيق المالك لأن الانطباق فرع الاتحاد في الحدود والمفروض إهمال تلك الحدود ، ﴿ الرابع ﴾ أن يلحظ بشرط لا بنحو لا يمكن أن ينطبق بما هو موضوع البيع الأعلى واحد لا أكثر ، وبهذه الملاحظة لا ينطبق بنفسه على واحد معين لأنه ترجيح بلا مرجح فلا بد أن يكون انطباقاً باختيار البائع أو المشتري على ما يأتي والظاهر أنه لا إشكال في بطلان البيع في الأول للجهل بالقدر وكذا في الثالث لما عرفت من امتناع انطباقه على معين . وأما الثاني فالظاهر أنه لا مانع منه مع العلم بقدر الصبرة لأن مرجعه إلى بيع جميع صيعانها فإنه مقتضى أخذه مطلقاً فإنه كغيره من الطبائع المطلقة المأخوذة موضوعاً للأحكام ، وأما الرابع فالمرور بينهم صحة البيع فيه بل لا خلاف ظاهر فيه إلا ما يظهر من محكي الإيضاح من المنع وعن بعض متابعتة واستدل له في الإيضاح بالابهام وغيره ، واستدل له من تابعه — مضافاً إلى ذلك — بأنه لم يعمد ملكية الكلّي في غير النمة إلا على وجه الإشاعة وباتفاقهم على تنزيل الارتطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة « وفيه » ما عرفت من عدم الدليل على قدح الإبهام والغرر مطلقاً وعدم المهورية ممنوع ، وأوسلم فلا يصلح دليلاً على المنع ، وتنزيل الارتطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة للاجماع أو للظهور أو غير ذلك — كما سيأتي — لا يدل على بطلان بيع الكلّي في الممين كيف وقد عرفت أن الصحة فيه مظنة الاتفاق

فكيف يصح التمويل في المنع فيه على الاتفاق في مسألة الارطال المستثناة من بيع الثمرة كما لا يخفى. ، وربما يستدل على المنع بان الافراد الخارجية بما هي حصص الكلي وبمخصصاتها ملك للبائع قبل القبض فليس المشتري اذا مال كالمال هو خارجي فيتمين ارجاع الكلي الخارجي الى الكلي الذي ويكون المقصود اشتراط تسليمه من الافراد الخارجية ، وفيه ان خارجيته باعتبار كونه جامعا بين الافراد الخارجية الخاصة في قبالة الذي لم يلاحظ فيه ذلك وانما لوحظ كونه في الذمة وان لم يكن له فرد خارجي أصلا ، وعدم انطباق المبيع على واحد من الافراد الخارجية لعدم المرجح لا ينافي كونه خارجيا بمعنى كون أفرادها التي ينطبق عليها انطباقا بدليا خصوص الافراد الخارجية بحيث لو تلفت قبل القبض كان من تلف المبيع قبل القبض لا من قبيل تعذر الشرط كما في الكلي الذي اشترط تسليمه من الافراد الخارجية فلاحظ .

بيع صاع من صبرة
مركز بحوث كميّة علوم إسلاميّة

﴿ مسألة ﴾ لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الكسر المشاع أو على الكلي في المعين ؟ قولان حكى ثانيهما عن الشيخ والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم لانه المنسب إلى النهم ، ولصحيحة يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله (ع) في رجل اشترى من رجل صبرة آلاف طن قصب (كذا) في انبار بمضيه على بعض من اجرة واحدة والانبار فيه ثلاثون الف طن فقال البائع : قد بعته من هذا القصب عشرة آلاف طن ، فقال المشتري : قد قبلت واشترت ورضيت ، فأعطاه من ثمنه الف درهم ووكل المشتري من يقبضه فأصبحوا وقد وقع النار في القصب فأحرق منه عشرون الف طن وبقي عشرة آلاف طن ، فقال (ع) : العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع ، وقد يدفع الاول بأن مقتضى الوضع في قوله : صاعا من صبرة ، هو الفرد المنتشر الذي قد عرفت بطلان

بيعه على المشهور أو اجماعاً ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع وظاهره الاشاعة ، وفيه أن تنوين التنكير إنما يقتضي كون المراد بدخوله الطبيعة المفيدة باحد الشخصات فيكون كلياً كما هو الوجه الثالث لا جزئياً مردداً كما هو الوجه الثاني وتحقيق ذلك في الأصول ﴿ ودعوى ﴾ أن مقتضى التفاهم العرفي الحل على الاشاعة غير ظاهرة بل ممنوعة جداً ، ومن ذلك يظهر لك الاشكال في دفع الثاني بأن الرواية ظاهرة في الفرد المنتشر . نعم يمكن دفعه بأن الرواية مع اجمالها وعدم تعرضها لظهور البيع المفروض فيها في كونه على نحو بيع الكلي في المعين لا تصلح لاثبات قاعدة كلية — كما هو محل الكلام — لأنها قضية في واقعة كالأمر يخفى ، ومن ذلك تعرف قوة القول الثاني . هذا ويتفرع على هذا الخلاف أمور ﴿ الأول ﴾ انه بناء على المختار يكون تعيين المبيع بيد البائع لأن الافراد قبل تطبيق الكلي على واحد منها ملك للبائع بحصصها ومشخصاتها فليس للمشتري السلطنة عليها لخروجها عن ملكه ، ومجرد ملك الكلي إنما يستوجب السلطنة عليه لا غير ، ومن ذلك يظهر الاشكال فيما عني المحقق القمي « ره » من أن تعيين الكلي بيد المشتري ، وأما بناء على القول الآخر فتمام الافراد مشتركة بين البائع والمشتري فلا يتعين حق أحدهما في عين الا بالقسمة المشروطة بالرضا منها معاً ، ﴿ الثاني ﴾ أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مقدار المبيع فملى المختار بتعين دفعه للمشتري ويكون التالف من ملك البائع أما الثاني فلما عرفت من ان الافراد الخارجية لم تخرج عن كونها ملكاً للبائع بمجرد بيع الكلي الصادق على كل واحد منها صدقاً تبادلياً وإذا كانت للبائع كان تلفها منه ضرورة ، وأما الاول فلأن تلف الكلي إنما يكون بتلف جميع افراده والمفروض تلف البعض وبقاء البعض فملك المشتري لم يرد عليه نقص ولا تلف فيتمين دفع الباقي اليه كما تدل عليه ايضاً الصحيحة السابقة بناء على ظهورها فيما نحن فيه كما عرفت ، وأما على القول الآخر فيكون التالف منها معاً كما في سائر موارد الاشتراك لأن التالف مشترك بينهما ﴿ الثالث ﴾ أنه لو باع المالك صاعاً آخر من شخص آخر فتلّف

الجميع الا صاعا واحدا فعلى الاشاعة يكون التالف على الجميع والباقي لهم على حسب نسبة سهامهم كما في سائر موارد الشركة ، وأما على المختار فيحتمل ان يكون الباقي للمشتري الاول لان الصاع المبيع ثانيا هو الساري في ملك البائع وهو الصبرة عدا صاع لا الصبرة بتمامها فاذا تلفت الصبرة عدا صاع فقد تلف موضوع البيع ثانيا فيجري حكم التلف قبل القبض بالاضافة الى البيع الثاني ، ويحتمل أن يكون لها لان الكلي المبيع أولا لما لم ينطبق بنفسه على احد الافراد لانه ترجيح بلا مرجح وإنما يكون انطباقه باختيار المالك فقبله لا انطباق له فتكون أجزاء الصبرة بتمامها باقية على ملك البائع فاذا باع الكلي ثانيا على شخص آخر كان موضوعه تمام موضوع المبيع الاول بعينه ونسبة كل واحد من الصيعان التي تشتمل عليها الصبرة اليه كنسبتها الى موضوع البيع الاول فاذا لم يبق الا صاع واحد كان نسبته الى كل من المبيعين كنسبته الى الاخر فصيروته لاحدهما بعينه ترجيح بلا مرجح كما عرفت والترتب الزمني بين البيعين لا يستوجب الترتيب الزمني كي يقال: ان موضوع البيع الثاني الوجود بعد الوجود وموضوع الاول صرف الوجود بالحكم في البيعين المترتين في الزمان حكم البيعين الواقعين دفعة ، وعلى هذا فيحتمل ان يكون لها معا فيبطل البيعان معا بالاضافة الى نصف كل من المبيعين ويحتمل ان يكون الحكم تابعا لاختيار المالك فاذا عينه لاحد المشتريين بطل البيع بالنسبة الى الآخر والاول اقرب لان ولاية التطبيق انما كانت للمالك باعتبار كونه المالك للخصوصية فليس لاحد حق المطالبة بخصوصية دون أخرى ، أما في المقام فليس الا خصوصية واحدة بزاحم فيها الحقائق ومقتضى الزاحم كونهما لها معا وولاية المالك على ترجيح احد الحقين على الآخر غير ثابتة ثم اعلم ان المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض وأما اذا قبض فان قبض منفرداً تعين للمشتري وان قبضه منضمماً الى غيره بقي على كليته سواء قبضه مع بعض الصبرة كما لو اقبضه البائع صاعين منها او مع تمام الصبرة كما لو اقبضه تمام الصبرة على ان يكون صاع منها له والباقي امانة لعدم الدليل على

التميين بمجرد ذلك كي يترتب عليه الاشتراك فالمبيع في الفرضين باق على كليته
وتعام المقدار المقبوض باق على ملكية البائع لاغير

الفرق بين الاستثناء والبيع

واعلم أن الاصحاب ذكروا فيما لو باع ثمرة الشجرة واستثنى منها اوطالا
معلومة أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه ، وظاهر ذلك تنزيل الارطال
المستثناة على الاشاعة وعليه قد يشكل الفرق بين هذه المسألة وما نحن فيه من بيع
الصاع من صبرة مع ان المشهور كما عرفت تنزيله على السكلي ولهم في ابداء الفرق
بين المسألتين وجوه الاول النص وهو صحيح بريد المتقدم وأشكل عليه بأنه ان
أمكن التعدي عن مورد النص لم يكن فرق بين المسألتين لخروجهما معا عن مورد
فاذا صح التعدي الى مسألة البيع مطلقاً صح التعدي الى مسألة الاستثناء والا
وجب الاقتصار على موردده وهو بيع القصب وتعين الرجوع في كل من المسألتين
الى غيره ، الثاني الاجماع على ترتيب احكام الاشاعة في مسألة الاستثناء واشكل
بأنه تقطع بعدم استناد المجمعين الى توقيف بالخصوص وإنما اعتمدوا على القواعد
العامة التي لا فرق فيها بين المسألتين (الثالث) لزوم القبض في مسألة البيع لوجوب
اقبال المبيع المشتري على البائع وعدم لزومه في غيره واعتباره في لزوم البيع وعدم
اعتباره في لزوم غيره ، وفيه مع أن اعتباره في الزوم لادخل له في الفرق وان لزوم
القبض مشترك بين المسألتين لوجوب اتصال مال الغير الى اهله ان ايجاب القبض على البائع
يتوقف على بقاء المبيع اذ مع تلفه يبطل البيع وبقاء المبيع في مسألة البيع
يتوقف على نفي الاشاعة فلا يمكن اثبات نفي الاشاعة بوجوب القبض كما لا يخفى ومن
ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره في مفتاح الكرامة في الفرق بين المسألتين حيث قال
ويمكن الفرق بان التلف من الصبرة قبل القبض فلزم على البائع تسليم المبيع منها وان
بقي قدره فلا ينقص البيع لاجله بخلاف الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض والمستثنى

يبد المشتري امانة على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما ولهذا لم يحكم بضمائم المشتري هنا بخلاف البائع هناك ، انتهى . وجه الاشكال ان ما ذكره أولا بقوله بان التلف من الخ: مسلم لو لم يكن البيع على نحو الاشاعة والا اقتضى البطلان في المقدار التالف وما ذكره ثانيا في مسألة الاستثناء من ان التلف بعد القبض ان كان المراد منه بعد قبض المشتري فذلك انما يقتضي خروج البائع عن الضمان للمشتري ولا اثر له في حل الاستثناء على الاشاعة وان كان المراد منه انه بعد قبض البائع يعني ان الكلي المستثنى كان بيد البائع وفي قبضته فالتلف يكون بعد قبض البائع فهو مسلم لكن اقتضاه توزيع التالف غير ظاهر لان مجرد كونه في يد البائع لا يوجب الاشتراك والقياس على صورة ما لو دفع البائع مجموع الصبرة المبيع صاع منها الى المشتري التي قد تقدم احتمال الاشتراك فيها غير ظاهر لاختصاص ذلك بما لو كان الدافع له ولاية تعيين الكلي وهو في مسألة الاستثناء للمشتري لا البائع على انك عرفت الاشكال في ذلك فلاحظ : الرابع : ان الوجه في الاشاعة في مسألة الاستثناء ليس حمل المستثنى على الكسر للصاع ، بل لان المستثنى لما كان ظاهراً في الكلي كانت وحدة السنجية بين المستثنى والمستثنى منه تقتضي حمل المستثنى منه على الكلي ففني : بعتك هذه الصبرة الا صاعاً ؛ بعتك الكلي الخارجي الذي هو المجموع عدا الصاع فهو كلي كنفس الصاع فيكون كل واحد منهما مالكا للكلي ، ولان نسبة كل جزء من الموجود الى كل منهما على السواء لعدم المرجح يكون الموجود بينهما والتالف كذلك فيكونان من هذه الجهة مشتركين كسائر الشركاء ؛ وهذا بخلاف بيع الصاع من الصبرة فان ملك البائع ليس ملحوظا بعنوان كلي لعدم وقوعه موضوعا للحكم في هذا الكلام حتى يلاحظ بعنوان كلي كنفس الصاع ، وفيه مع أن الظاهر من المبيع المستثنى منه هو نفس الموجود الخارجي لا الكلي ان لازم ذلك رجوع مسألة الاستثناء الى مسألة البيع التي عرفت ان التلف فيها من البائع ؛ وكون المستثنى من قبيل الكلي لو سلم لا يقتضي ملك البائع للكلي لان المستثنى لم يلاحظ موضوعا لملك البائع وانما لوحظ تحديداً للمبيع ومقتضاه ليس إلا

عدم كونه مبيعا لان الاستثناء من الاثبات يقتضي نفي الحكم عن المستثنى لاثبات ثبوته له فدعوى كون البائع مالكا لاكلي كالمشتري غير ظاهرة ، ومن ذلك يظهر أن حال المستثنى حال الباقي فيما لو باع صاعا من صبرة لم يلحظ موضوعا للحكم ولو سلم فمجرد ذلك لا يستوجب الاشتراك لان الخصوصيات الخارجية باقية على ملك البائع لم تخرج عنه فهي له خاصة فكيف تصح دعوى نسبة كل جزء الى كل منهما على حد سواء (فالاولى) في وجه الفرق بين المسألتين أن ظهور الصاع في مسألة البيع في الكلي بلا مزاحم ، وظهوره في مسألة الاستثناء مزاحم بظهور وحدة السنجية بين المستثنى منه والمستثنى وهو اقوى فيتمين لاجله حملة على الكسر المشاع الذي يكون بقدر المستثنى ليكون من سنخ المستثنى منه ، ولو حمل على الكلي توقف ملك البائع له على جعله ملكا ابتداءيا له لانه لم يكن مملوكا للبائع وانما كان المملوك له تمام الافراد فاذا فرض بيع تمام الافراد كان ثبوت ملك البائع لاكلي محتاجا الى سبب (فان قلت) المحافظة على وحدة السنجية كما تكون بذلك تكون بحمل المستثنى منه على الكلي (قلت) نعم التصرف في المستثنى بالحمل على الكسر المشاع أولى من التصرف في المستثنى منه بالحمل على الكلي لقوة ظهور المبيع في العين الخارجية جدا نعم قد يشكل الحمل على الاشاعة من جهة ان مقتضاه عدم جواز تصرف المشتري في المبيع مع ان السيرة على خلافه ومن جهة ان مقتضاه ان لو تصرف المشتري بالانلاف لزم ضمان حصة البائع بالمثل او القيمة — مع ان بناء الاصحاب على تعين دفعها من الباقي كما في سائر موارد الشركة ، ولاجل ذلك الزم بعض الاعاظم بالتزبل على الكلي في المسألتين معاً لكن يدفعه ان بناء المتعاملين في مسألة الاستثناء على الاذن للمشتري في التصرف وفي تعيين ملك البائع وذلك لا ينافي الاشاعة بوجه العمل عليها في صورة التلف بالتوزيع في محله فلا حظ وتأمل والله سبحانه الهادي الى سواء السبيل وهو حسبنا ونعم الوكيل .

اقسام بيع الصبرة

واعلم ان الشهيد في حواشي القواعد والشهيد الثاني في الروضة قالا على ما حكى عنهما : ان اقسام بيع الصبرة عشرة لانها إما ان تكون معلومة المقدار أو مجهولة فان كانت معلومة صح بيعها أجمع وبيع نصفها أو ربعها وكل جزء منها معلوم مشاع وبيع مقدار كقفيز تشتمل عليه وبيعها كل قفيز بكذا لا يبيع كل قفيز منها بكذا ، والمجهولة كلها باطلة الا الثالث وهو قوله : بعتك قفيزاً منها وهي مشتملة عليه ، انتهى . ولو لم يعلم باشمالها عليه في القواعد وعن التذكرة وحواشي الشهيد والروضة وغيرها البطلان للفرق من جهة الجهل بوجود بعض المبيع المستوجب للجهل بوجود المبيع الضمني كما لو جهل بوجود أصل المبيع ، وعن ظاهر الدروس واللمعة الصعبة ، وحكي أيضاً عن ظاهر المبسوط وان حكى عن الايضاح حكاية خلافة ، ولعله لمنع الفرق مع بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع غير المعلوم الوجود بتمامه نعم لو بني العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود كان ذلك غرراً قادحاً ، وفيه انه لا يظهر الفرق بينه وبين سائر موارد الجهل بالقدر اذا كان القدر ملحوظاً موضوعاً للمعاملة وأخذ العنوان موضوعاً للمعاملة صريحاً لا يرفع الفرق كما اشرنا الى ذلك في مسألة اخبار البائع بقدر المبيع (وبالجملة) لافرق بين قوله : بعتك قفيزاً من هذه الصبرة ، وبعتك هذه الصبرة التي هي قفيز وبعتك هذه الصبرة ، مع كون مبنى المعاملة على كون القدر موضوعاً لفتح الجهل بالقدر يكون بعض المبيع مجهول الوجود فيلزم بذلك بعض الثمن بازاء ما لا يعلم وجوده فلو لم يكن ذلك غرراً أو لم يكن غرراً قادحاً لاختصاص دليل القادحية بصورة الخطر على أصل المالية كما احتملناه آنفاً جاز البيع في الجميع ومع انكشاف الخلاف يتبعث الثمن وان عم الدليل صورة البعض كالكل لم يكن فرق بين الجميع ، وأما الرابع في المجهولة وهو بيعها كل قفيز بكذا ، فالمشهور كما في الكفاية أنه لا يصح

وعن الشيخ في الخلاف انه لا مانع منه ، والاصل جوازه وفي الكفاية أنه غير بعيد
 واورد في مفتاح الكرامة على القول بالبطلان بان المبيع معلوم بالمشاهدة والمشتن
 معلوم لانه مما يمكن ان يعرف وهو ان تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفز انها
 فيعلم مبلغه وله نظائر ذكر جملة منها في التذكرة ، انتهى . وفيه نظر لان العلم
 بالعوضين بعد البيع لا يجدي مع الجهل بها حينه ، وعن المختلف الصحة في القفيز
 الواحد لانه معلوم ومقتضاء الصحة في الزائد عليه أيضا اذا كان معلوما ، وفيه أن
 العلم ببعض المبيع لا يرفع الغرر في البيع والا جاز البيع مع الجهل بالكيل والوزن
 لحصول العلم ببعض فيصح فيه

مسألة

اذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد واقتضت العادة تغيره عن صفاته
 السابقة الى صفات مجهولة عند أحد المتبايعين لم يصح البيع لأن الرؤية القديمة على
 النعمو المذكور لا ترفع الغرر ، ولو اقتضت العادة بقاءها فلا اشكال في الصحة ولا
 خلاف لعدم الصحة من دون معارض لا تنفاه الغرر بذلك ، وان احتمل الامران
 لم يبعد الجواز لان اصاله البقاء من الاصول المعلوم عليها عند العقلاء في الجملة
 فيرتفع لاجلها الغرر أيضا نعم لو كانت بحيث لا يعول عليها عندم لوجود اشارة على
 خلافها كان البيع غرريا فلا يجوز الا بذكر الصفات في العقد ، بل لو كانت الامارة
 قوية لم يجز البيع كما في القسم الاول حتى مع ذكر الصفات لان ارتفاع الغرر بذلك
 رجوعه الى الاخبار عن الصفات وارتفاع الغرر عرفا بالاخبار يختص بما لو كان
 الخبر له نحو طريقية عرفا وذلك منتف حيث تكون الامارة على خلافه ولو كان
 مجرد العادة . اللهم الا ان يتمسك باطلاق ما دل على الاعتبار باخبار البائع عن الكيل
 والوزن بناء على إلغاء خصوصية مورده والتعدي الى سائر الخصوصيات التي يكون
 الجهل بها موجبا للغرر القادح كما هو غير بعيد (وكيف كان) فذلك كله خارج عن

البيع بالرؤية القديمة فلو باع أو اشترى بالرؤية القديمة وانكشف التغير ثبت الخيار للمغبون نظير خيار الرؤية ولعله يأتي دليله انشاء الله تعالى في اقسام الخيار ، بل يظهر من محكي نهاية الاحكام والمسالك انه راجع الى خيار تخلف الشرط لان الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي فيدل عليه ما دل على خيار تخلف الشرط ، لكنه يشكل بما اشتهر من عدم الاعتبار بالشروط غير المذكورة في متن العقد صريحاً أو انصرافاً ، وبمجرد توقف صحة العقد على كون العقد مبنيًا عليها لا يكفي في كونها من قبيل الشروط الضمنية التي تفهم حين العقد ولو بملاحظة القرآن العامة المستوجبة لسكون العقد مبنيًا عليها عرفاً . نعم لو توقفت صحة العقد عرفاً على كونه مبنيًا عليها كانت من قبيل الشروط الضمنية لكنه خلاف المفروض. هذا كله في الأوصاف التي لا تسكون موضوعاً للمعاملة عرفاً أما ما كان كذلك كالتقدير مثل الكيل فيما يكال والموزون فيما يوزن فلا ينبغي التأمل في تبعض الثمن بتغيرها فلو اشترى صبرة قد كالمها قبل العقد فكانت عشرة أصوع بعشرة دراهم فتغيرت حال العقد ونقصت الى ثمانية كان المشتري استرجاع درهمين لان القدر المرئي موضوع للمعاملة عرفاً وانشاؤها انشاء للتقييد به فيكون من قبيل الشروط الضمنية هذا وعن نهاية الاحكام احتمال البطلان ، وكأنه مبني على كون الوصف المرئي ملحوظاً قيداً وأن فواته موجب لفوات موضوع المعاملة وقد عرفت الاشكال في الاول ، وأما الثاني فيختص بالصفات المقرمة عرفاً دون غيرها فلاحظ وتأمل ، والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم النبيين (محمد) وآله الطيبين الطاهرين . الى هنا انتهى التدريس في كتاب البيع في جوار الحضرة العلوية المقدسة على مشرفها أفضل الصلاة والسلام والتحية في شهر صفر المظفر من سنة الالف والثلاثمائة والثالثة والستين هجرية ، وبه انتهى الجزء الاول من كتاب « نهج الفقاهة » بقلم الفقير الى الله الغني ﴿ محسن ﴾ خلف العلامة المرحوم السيد ﴿ مهدي ﴾ الطباطبائي الحسكبي ولا حول ولا قوة إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تنبيه

كانت النيسة منعقدة على اتباع الجزء الأول من كتاب (نهج الفقاهة)
 مجزئه الثاني الذي هو تعليق على مباحث الخيارات من مكاسب شيخنا الاعظم
 الانصاري - قدس سره - في الطبع والنشر ، ولكن سيدي الوالد المؤلف - مد
 ظله العالي - لم يشأ أن يُنشر الآن قبل ان ينظر فيه مجددا نظرا الى ان العهد على
 تأليفه قد بعد بعدا لا يقل عن ثلاثين عاما ولعل الوقت يتسع والتوفيق يساعد على
 تجديد النظر فيه والله سبحانه ولي التوفيق . ولكن هناك ورقات من أوله قد
 سنحت الفرصة في عهد ماض بتجديد النظر فيها فالحقناها بالجزء الأول حبا
 للاسراع الى ابراز ما فيها من فوائد والله الموفق والمعين وهو حسبنا ونعم الوكيل
 ٢٩ ذي الحجة ١٣٧١ يوسف الطباطبائي الحكيم

مركز تحقيقات كميتر علوم اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الغر الميامين الطيبين
الطاهرين المعصومين ﴿ قوله : من الاختيار ﴾ نص على ذلك في القاموس وكأنه
مأخوذ بحسب أصل اللغة من الخير بلحاظ أن ما يختاره خير له ﴿ قوله : في ملك
فسخ العقد ﴾ يذنبني التعرض في هذا التعريف لأمر

﴿ الاول ﴾ أن الملكية إضافة خاصة بين المالك والمملوك تحكيها
عند ملاحظتها معنى حرفيا لام الملك في قول القائل : المال لزيد ، ومن المعلوم أن
الخيار ليس من قبيل الإضافة فإنه يضاف إلى ذي الخيار إضافة الملكية فيقال الخيار
لزيد ، وجعلت الخيار لنفسه ، ونحو ذلك فهو من قبيل المملوك لا الملكية فلا
بد من الالتزام بالمساحة في هذا التعريف إما في المعرف بأن يراد تفسير ملكية
الخيار وحقيقته لأنفسه كما التزم بذلك في تعريف الفقه بأنه علم بالأحكام الشرعية... الخ
وفي تعريف علم الأصول بأنه علم بالقواعد المعمدة... الخ ونحو ذلك مما هو كثير
في مقام تعريف الفنون ، أو في التعريف بأن يراد من الملك المملوك فالإضافة إلى
الفسخ إضافة بيانية ، والموجب لهذه المساحة التنبية على أن الخيار المجمول من
قبل الشارع الأقدس أو من نفس المتعاقدين كما في شرط الخيار من قبيل الحقوق
المضافة إلى صاحبها إضافة الملكية لما عرفت في أول كتاب البيع من أن إضافة
الحقبة نوع من إضافة الملكية بعينها والاختلاف بينها وبين غيرها من أفراد
الإضافة الملكية من قبيل اختلاف أفراد السكلى المتواطىء لامن قبيل اختلاف

مراتب الكلي المشكك بالشدة والضعف ، ولو أشكل وجه التعبير المذكور فلا ينبغي الاشكال في ثبوت المسامحة فيه لما عرفت من وضوح كون الخيار من قبيل المملوك لا من قبيل الملكية

﴿ الثاني ﴾ قد عرفت أن الخيار اسم مصدر الاختيار فالفرق بينهما هو الفرق بين المصدر واسم المصدر ، ومن المعلوم أن الفسخ ليس من هذا القبيل فإنه موضوع للخيار لأنه مختار لمن له الخيار والاختيار لانفس الخيار ، فذكره في التعريف مسامحة أيضا ، ولعل الباعث على ذلك أن الخيار خارج عن الاختيار وليس مما يترتب عليه أثر شرعي فيمتنع أن يكون مملوكا أو محقوقا لأن اضافة الملكية لا تقوم بما لا أثر له فجعل الخيار لصاحبه لا بد أن يكون راجعا الى جعل عدلي الخيار وطرفيه ملكا لذي الخيار على التخيير ولو كان راجعا الى ملك الجامع بينهما لان الاثر إنما يترتب على كل منهما لا على الاختيار المتعلق بهما فغنى قوله (ع) : صاحب الحيوان بالخيار ، أنه له الفسخ وله عديله لا أنه يملك الاختيار

﴿ الثالث ﴾ أن اضافة الفسخ الى العقد لا تخلو من مسامحة لان العقد من الامور الحقيقية العينية يستند وجوده وحدوثه وبقاءه الى علته ولا يترتب على بقاءه أثر ، وإنما الاثر المؤثر في ثبوت مضمونه مجرد حدوثه فلا يكون لذلك موضوعا للفسخ وإنما موضوع الفسخ مضمونه كالبديلية في عقد البيع والتحكك في عقد الهبة فذلك الذي ينحل بالفسخ وينفسخ لا العقد

﴿ الرابع ﴾ أن الخيار كالتخيير لا يقوم بطرف واحد وقد أهمل في هذا التعريف ذكر العدل الآخر للخيار فيحتمل بدو أن يكون إقرار العقد كما جعل في التعريف الآتي في كلام المصنف ويحتمل أن يكون عدم الفسخ ولعل الاول يرجع اليه لأن إقرار العقد لا يقبل الجمل بنفسه وليس من الامور الجمالية وإنما يكون بترك الفسخ فاذا اختار عدم الفسخ فقد اعمل الخيار وحينئذ يسقط الخيار باعماله فلا سلطان له على الفسخ فيكون العقد بذلك قارا غير منزول وعلى ذلك يحمل ما ورد في روايات خيار الحيوان من قوله « ع » : فذلك رضا بالبيع ، وقوله « ع »

في رواية قرب الاسناد : يستحلف بالله ما رضى به ، وقوله « ع » في رواية السكوني
 فيمن اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فاراد بيبعه قال « ع » :
 ليشهد أنه قد رضى به واستوجبه ثم ليبعه ان شاء ، وفي رواية الشحام في مثل
 ذلك قال « ع » : ان رغب في الربح فليوجب على نفسه الثوب ولا يحمل في نفسه
 ان رآه عليه أن يردده ، وبالجملة : بعد فرض صحة العقد وثبوت مضمونه لا معنى
 لجعله ولا لجعل شيء فيه فمعنى جعل اقراره او اختيار اقراره اختيار عدم الفسخ ،
 وعلى هذا فالخيار يكون بين الفسخ وعدمه وكلاهما مملوك لذي الخيار فان اختيار
 الفسخ انفسخ وان اختيار عدمه سقط الخيار لأنه قد استوفى ما هو له فيستقر العقد
 ويخرج عن المعرضة للزوال ، ومن ذلك تعرف أن سقوط الخيار باختيار عدم
 الفسخ أجني عن سقوطه بالاسقاط لأن الاول سقوط بالأعمال وهو غير السقوط
 بالاسقاط ، والفرق بينهما كالفرق بين سقوط الأمر بالامتنال وسقوطه بالنسخ ،
 ﴿ اللهم ﴾ إلا أن يقال : اختيار عدم الفسخ راجع الى رفع اليد عن الفسخ
 وهو عين اسقاطه ، لكن هذا المقدار لا يوجب اتحادها مفهوما ولا خارجا فاختيار
 عدم الفسخ استيفاء للخيار وأعماله لا إسقاط له ، بل قد يقال بأنه في ظرف
 اختيار عدم الفسخ لا يكون الفسخ ملكا له كي يصح اعتبار اسقاطه لان الفسخ
 وعدمه تقيضان يمتنع اجتماعهما فيمتنع اعتبار الملكية لهما في عرض واحد فلو بني على
 ملكيتها لذي الخيار فهي بدلية فالمملوك ما هو المختار لا غير فاذا اختار عدم الفسخ
 كان ذلك أصلا للخيار ولا مجال لاعتبار كونه اسقاطا له أصلا ومما ذكرنا تعرف
 أنه كان المناسب ذكر عدم الفسخ بدلا للفسخ في هذا التعريف فيقال : الخيار
 ملك الفسخ أو عدمه ، والاقتصار على ذكر الفسخ مسامحة كغيرها من المسامحات
 الواقعة في هذا التعريف التي أشرنا اليها وكان الأولى تعمير بلفظه بالخيار بين الفسخ
 وعدمه ﴿ قوله : ولعل التعبير بالملك ﴾ يظهر من التعبير بحرف الترجي مع
 تعبيره في الموارد المتقدمة بالملك وما يأتي منه من التعبير بالقدرة والسلطنة أن المراد
 من الملك في كلامه نفس السلطنة التي هي من الأحكام لا الملكية التي هي موضوع

السلطنة ولا يخفى ان جعل الخيار من هذا القبيل كما ترى سواء أريد منه نفس الحق
الخيارى او موضوع الحق أعني المحقوق يسقط بالاسقاط فان كلا منها
موضوع للسلطنة لا نفسها . ثم إنه لا مجال لتوهم دخول خيار المالك في الفضولي بين
الرد والاجازة ، وكذا خيار الوارث بين رد العقد على ما زاد على الثلث واجازته
فان الرد ليس من قبيل الفسخ للعقد لعدم ترتب أثر على العقد بدون الاجازة فأرارد
ليس فسخ العقد وإنما أثره رفع صلاحية العقد لتعلق الاجازة به فلا مجال لتوهم
دخول ذلك في التعريف الذي هو ملك الفسخ كما علمه ظاهر قوله : لان المتبادر
من النص لا يخفى ان الوكيل في اجراء الصيغة وكيل في ايقاع البيع وإيجاده
فاذا أوقعه فقد فعله وهو فعله والبيع كسائر المشتقات اسم لفاعل المبدأ وكذلك
البائع . نعم يفرق عن الوكيل في البيع انه لا يقوم بشرائط الصحة كالعلم بالعوضين
والقبض بخلاف الوكيل في البيع فإنه يقوم بإيقاع البيع وشرائط صحته وهذا
المقدار لا يوجب فرقا بينهما في صدق المشتق وعدمه ، بل الظاهر صدق المشتق
عليها معا وان كان صدقه على ما نحن فيه أخفى بخلاف صدقه على الوكيل في البيع
بشرائطه فإنه أجلى ولذا لو كان الموقع المباشر هو المالك وكان الوكيل قائما بشرائط
الصحة اذا كان مما يقبل التوكيل كالقبض فإنه مما لا ريب في صدق البيع والبائع
عليه وعلى هذا فدعوى تبادر غيره غير ظاهرة . نعم المناسق من النصوص صكون
الخيار مجعولا إرفاقا بالمالك لاتعبد المصلحة ناشئة من مجرد قيام المبدأ بالموقع وذلك
مما يوجب انصراف البيع عنه بلا فرق بين اقسامه ولا يكفى في الارفاق ثبوته
للوكيل على نحو ليس له اعماله الا بنظر الاصيل اذ مع أنه لا يتم مع ارادة الاصيل
الفسخ وامتناع الوكيل عنه أن ثبوته للوكيل خلاف الارفاق بالمالك اذ العقد له
وموضوعه ماله وملكه وهو اجنبى عن ذلك فكيف يجعل له فيه الحق وعليه فلا
يبعد كون قرينة الارفاق توجب ظهور البيع فيمن له البيع وهن المالك وان كان
ظاهر المشتق من كان البيع فعله وهو المباشر له مالكا كان أو وكىلا لكن لازم
ذلك أن يكون الاجتماع المنوط به الخيار والافتراق المجمعول غاية له اجتماع المالكين

وافتراقها ولكنه خلاف ظاهر النص من جداً لاذ الظاهر من الافتراق في النصوص ما يقابل الاجتماع الذي لا بد منه في حصول البيع وهو اجتماع المباشرين لا المالكين والاولى أن يقال : ان لفظ البيع وان كان ظاهراً في مطلق من فعل البيع لكن قرينة الارفاق توجب ظهوره في خصوص المالك ومقتضى الجود على ما تحت العبارة وان كان الاقتصار على صورة مباشرة المالك كما عن جامع المقاصد الا ان القرينة المذكورة توجب الغاء قيد المباشرة فيتمدى عن صورة المباشرة الى غيرها ومرجع ذلك الى ثبوت الخيار للمالك مطلقاً وان لم يباشر وعدم ثبوته للوكيل مطلقاً في جميع اقسامه . هذا بالنسبة الى قيد المباشرة واما قيد الاجتماع والافتراق فمقتضى الجود على عبارة النصوص الاقتصار على اجتماع المالكين المباشرين وافتراقها الا ان مناسبة الحكم والموضوع تساعد على التعمدي في صورة التوكيل الى اجتماع الوكيلين وافتراقها لا اجتماع المالكين وافتراقها ، والذي يوضح ما ذكرنا أنه لو فرض ورود النصوص في خصوص الموارد التي كان المباشر فيها هو المالك لا يظن التوقف في ثبوت الخيار للمالك في صورة التوكيل منوطاً باجتماع الوكيلين فلاحظ وتأمل قوله : **فإن مقتضى ما تقدم من مقتضى** هذا يتوقف على أن حق الخيار قائم بالعين ولو يتبع قيامه بالمقد وإلا فلو كان قائماً بنفس العقد لا غير لم يتوقف اعماله على السلطنة على العين اصلاً كي يكون دليلاً دالاً عليه بشرط ثبوت السلطنة على العين ، ولعل المراد كونه منوطاً بالسلطنة بضمنية على الفسخ ولو بضميمة سلطنة الآخر عليه فانه لولا دليل الخيار يكون الفسخ تحت سلطنة المالكين معاً اذ لا ريب في مشروعية التقابل فدليل الخيار يدل على أن الفسخ تحت سلطنة كل من المالكين ولو لم يرص الآخر ، لكن هذا خلاف ظاهر العبارة وكيف كان فظهور الأدلة في ذلك غير واضح ولا مأخذ له والاطلاق بنفسه لولا قرينة الارفاق فلا ينبغي عد هذا وجهاً لنفي ثبوته للوكيل في قبال ظهور الدليل في الارفاق ، **فإن قوله** : ألا ترى أنه لو شك **فإن مقتضى ما تقدم من مقتضى** قد عرفت ان امتناع الرد لا ينافي الخيار ولا يوجب امتناع الفسخ بناء على التحقيق من كون الخيار متعلقاً بالعقد فكيف يمكن

رفع الشك في جواز اطلاق أدلة الخيار ، وايضا لا مناصرة بين المقام والأمثلة المذكورة فان الشك في السلمة في الموارد المذكورة من جهة الشك في قصور المحل وأدلة السلطنة لا تصلح لنفيها فضلا عن أدلة الخيار ، أما الشك في سلطنة الوكيل على الفسخ فهو من الشك في قصور الفاعل وأدلة الخيار تثبت السلطنة المطلقة وترفع الشك المذكور لو لا قرينة الارفاق فللمقايضة بين المقامين غير واضحة ﴿ قوله : بعض أخبار هذا ﴾ مثل صحيح ابن مسلم : المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترا ، وظهوره في وحدة من له الخيار في البابين واضح ﴿ قوله : وان لم يكن من تعارض ﴾ لأن شرط التعارض التنافي وهو غير حاصل في المتيقنين مثل : العالم يجب اكرامه ، و : العالم العادل يجب اكرامه ﴿ قوله : سياق الجميع يشهد ﴾ هذا لو تم اقتضى اختصاص الخيار بالمالك دون الوكيل ﴿ قوله : كما هو ظاهر الحدائق ﴾ ما ذكره في الحدائق يقتضيه الجود على عبارة النص من دون ملاحظة قرينة الارفاق ولازمه جواز الفسخ ولو مع منع الأصيل ﴿ قوله : لم يحث ببيع ﴾ هذا يتوقف على قصد الناذر المباشرة ولو قصد ماتحت العبارة فهو في محله ﴿ قوله : كالألة ﴾ هذا ادعائي وكيف يكون التفاعل المختار كالألة ﴿ قوله : شائعة ﴾ لكنه مجاز نظير : بنى الأمير المدينة ، فلا يحمل عليه الكلام من دون قرينة وقد عرفت ان الاشكال في صدق البائع على المالك أولى من الاشكال في صدقه على الوكيل لعدم قيامه الا ببعض شروط العقد المتوقف عليها الصحة ﴿ قوله : مع حضورهما في ﴾ قد عرفت ان الاجتماع المنوط به بقاء الخيار هو الاجتماع الذي لا بد منه في البيع وهو اجتماع الوكيلين ولذا اطلق في النصوص ذكر الافتراق واجتماع المالكين وافتراقهما غير اجنبيان عن ذلك ؛ ومن ذلك تعرف الاشكال في كلمات المصنف « قد » ، ﴿ قوله : لمعوم النص ﴾ قد عرفت ان أكثر الوجوه المتقدمة منه (ره) في نفي تبره لوكيل بالمعنى الاول جار هنا ﴿ قوله : اذا استندت الى الغلبة ﴾ قد عرفت استنادها الى قرينة الارفاق ﴿ قوله : الوجه الاخير ﴾ يعني وجهه

الثبوت للمالك وما ذكره (قدس) في محله وانما الاشكال في ثبوته للوكيل ، واشكل منه ثبوته لهما معا فان لفظ البيع لا يصاح لارادة المعنيين معا وعموم المجاز وان كان ممكنا عقلا لكنه يحتاج الى قرينة ظاهرة وهي مفقودة ﴿ قوله : وهذا فرض من ﴾ العمدة في الفرق ان الحق المجعول حق واحد ثابت للجامع بين الافراد فاذا سبق واحد منهم الى استيفائه سقط بالاستيفاء سواء كان استيفاءه بالامضاء او بالفسخ فلو كان الحق متعدداً بتعدد افراد الجانب الواحد فان سبق أحد منهم الى استيفائه لم يسقط حق الباقيين فلو سبق أحدهم الى استيفائه بالامضاء كان الآخر استيفاء حقه بالفسخ . نعم لو سبق أحدهم الى استيفائه بالفسخ انتفى الموضوع فلا مجال لاستيفاء الآخر حقه بالامضاء . هذا وكأن الوجه في كون ثبوت الحق في المقام على هذا النحو اطلاق موضوع الخيار وهو البيع فان مقتضى الاطلاق ثبوت الخيار لصرف الطبيعة المقتضي لكون الحق واحداً لموضوع واحد وحمله على الطبيعة السارية بخلاف الاطلاق لكن هذا مبني على عموم البيع للمالك الموكل والعاقد الوكيل بحيث تكون نسبته الى المالك والوكيل نسبة واحدة فلو فسخ الوكيل لم يكن للمالك الامتناع وبالعكس وربما يتنافى هذا ما ذكره (ره) سابقا في مناقشة الحقائق بقوله (ره) : وأضعف منه تعميم الحكم . . . الخ اللهم الا أن يكون مقصوده ترتب الاثر على السابق اذا كان وكيلاً في ظرف عدم منع الموكل فلاحظ ﴿ قوله : فهل العبرة فيه بتفرقها ﴾ مبني الاحتمالات المذكورة ان ثبوت الخيار للموكلين من جهة عموم البيع لهما أو من جهة الفحوى ؟ وعلى الاول فالمضاف اليه التفرق مطلق الطبيعة او الطبيعة المطلقة ؟ وعلى الثاني فالافتراق مقابل الاجتماع حال العقد مطلقا او في خصوص مجلس العقد او في مقابل اجتماع العاقدين فقط ؟ فالثالث مبني على الاخير ، والثاني مبني على ما قبله ، والاول مبني على ما قبله ، والرابع مبني على ما قبله ، ولم يذكر احتمال الاكتفاء بخروج واحد اصيلا أو وكيلاً فيسقط به الخيار وهو احد المحتملات ويبتني على اول الوجوه الموافقة لاطلاق الدليل بناء على عموم البيع للاصيل والوكيل معا ﴿ قوله : أو بتفرق

الكل ١٠ يعني عن مجلس العقد كما يأتي منه (ره) بيانه ١١ قوله : تفويض الامر ١٢ يعني نقل الحق الى الوكيل فيكون ذا حق دون المالك ١٣ قوله : الاقوى عدم لأن لا ينبغي التأمل في أن دليل الخيار ليس مرجعا في المقام لأنه انما يتعرض لمجرد ثبوته لاهله شرعا اما جواز نقله من مستحقه الى غيره فيكون مجموعا ما لكيا فالمرجع فيه غيره فان كان الشك في قابلية نقله وعدمها فلا دليل يقتضي اثبات هذه القابلية والمرجع اصل عدم وان كان الشك في قدرة ذي الخيار على نقله مع احراز قابلية الحق لذلك فقاعدة السلطنة على الحق كقاعدة السلطنة على المال تقتضي عمومها ثبوت قدرته ، ومن ذلك تعرف الاشكال في استدلال المصنف (ره) على عدم ١٤ وبالجمله الكلام ليس في الجمل الشرعي في يرجع الى ادلة الجمل وانما هو في الجمل المالك فيرجع فيه الى دليل سلطنة المالك ان امكن ١٥ قوله : لاندفاعه بأن ١٦ هذا الاندفاع غير ظاهر فان البيع في لسان الشارع اذا اخذ موضوعا لحكم شرعي فالمراد منه البيع الشرعي لا غير . نعم مقتضى الاطلاقات المقامية ان البيع الشرعي هو البيع العرفي لكن ذلك حيث لا دليل على خلافه كما هو المفروض ١٧ قوله : ويندفع ايضا ١٨ هذا غير ظاهر ايضا فانه لا ينبغي التأمل في عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض بل كيف يصح اعتبار الخيار مع عدم ترتيب الاثر على العقد يكون موردا للفسخ ١٩ قوله : لا يصح على مذهب الشيخ ٢٠ لكنه اشكال على الشيخ وتابعيه ولا بد لهم من التصرف في ظاهر الدليل فيراد من البيع انشاء البيع الجامع لشرائط ترتيب الاثر لولا الخيار وكذا الكلام لو بني على ثبوت الخيار قبل القبض في السلم والصرف ٢١ قوله : فالوجه في عدم ثبوته ٢٢ الكلام في للعضولي بعد الاجازة هو الكلام في الوكيل بعينه فراجع . نعم بناء على ان الاجازة عقد مستأنف لا مجال لاحتمال ثبوت الخيار للعضولي لو بني على الغض عن قرينة الارفاق كما بني على ثبوته للوكيل لعدم صدق البيع عليه كما كان يصدق على الوكيل ٢٣ قوله : على ما تقدم ٢٤ على هذا لو كان احدهما مالكا والآخر فضوليا فلا بد من اجتماع الجهز والاصيل من مجلس

العقد الى مجلس الاجازة لأن العقد تألف من الاجزاة وانشاء المالك فيها كالايجاب والقبول ﴿ قوله : التزمت فتأمل ﴾ لعله اشارة الى ان الالتزام الحاصل بالاجازة ليس بأء كد من الالتزام الحاصل بالايجاب والقبول ﴿ قوله : فلو تباع غاصبان ﴾ هذا ليس من فروع المقام بل من فروع الفصولي .

اتحاد الموجب والقابل

﴿ قوله : وجعل الغاية التفرق ﴾ لا يخفى ان منشأ الاشكال في ثبوت الخيار في المقام أمران « الاول » قوله (ع) : البيعان ، فانه موضوع للتثنية ولا بد فيها من التعدد « الثاني » قوله (ع) : حتى يفترا ، إذ الافتراق لا يكون الا في المتمدد لكن الذي يوهن الاشكال من الجهة الاولى أن التثنية المذكورة ليست بالاضافة الى طبيعة واحدة ليكون المراد فردين فلا تصدق على الفرد الواحد ، بل هي بالاضافة الى طبيعتين وهما طبيعة البائع والمشتري ، والتثنية مبنية على التغليب فهي مجازية والمراد منها البائع والمشتري ، والظاهر من مثل هذا التعبير هو طبيعة البائع والمشتري لأنه الأصل في اللفظ الموضوع للطبيعة ، وحمله على الفرد يحتاج الى قرينة وعناية ، وعلى هذا فقطضى الاطلاق ثبوت الحكم للطبيعتين وان اجتمعتا في وجود واحد ، فالاشكال من هذه الجهة ضعيف ، واما الاشكال من الجهة الثانية فحكم إذ الافتراق بعد ما كان مفهوماً وذاتاً موقوفاً على الإثنية في الوجود يكون اقتران الكلام به موجبا رفع الاطلاق لانه لا أقل من كونه صالحاً للقرينة على تعدد الوجود ، وبذلك افترق عن صورة عدم امكان الافتراق خارجا ووجودا كما اذا كانا في سجن واحد مؤبدا او ملتصقين بحيث يمنع فصلهما وافتراقهما فان امتناع الافتراق في هذه الموارد لا يقدح في ثبوت الخيار لان الحكم المنيا بغاية لا يختص بصورة امكانها بل يعم صورة امتناعها لان الامكان والامتناع من هذه الجهة خارجان عن مفهوم

الكلام فلا يتقيد بها بخلاف الامتناع بالنظر الى المفهوم فانه داخل في مفهوم الكلام فيمنع من عمومته واطلاقه ومن هنا يظهر أن البناء على عدم الخيار في الفرض متعين وأما دعوى تنقيح المناط في المقام فيثبت لاجله الخيار فغير واضحة ، ومن ذلك تعرف أن قوله (ع) : ما لم يفرقا مانع من اطلاق الحكم بالخيار من دون فرق بين ان يكون قيدا للموضوع وأن يكون قيدا للحكم وان كان الثاني اظهر كما هو الاصل في القيود

المبيع المنعق على المشتري

﴿ قوله فلا اشكال في ثبوت ﴾ لان الاشكال انما جاء من الانعتاق المترتب على الملك فاذا بني على عدم الملك قبل انقضاء زمان الخيار انتفى منشأ الاشكال ﴿ قوله : لان مقتضى الأدلة الانعتاق الخ ﴾ هذا مسلم لكن يمكن الاشكال بمعارضة الأدلة المذكورة بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بناء كونه متعلقا بالعين وبين الطائفتين عموم من وجه فكما يمكن تخصيص أدلة الخيار باخراج المورد منها عملا باطلاق أدلة الانعتاق يمكن تخصيص أدلة الانعتاق باخراج المورد منها عملا باطلاق أدلة الخيار فالبناء على الأول يحتاج الى مرجح نعم لو بني على عدم تعلقه بالعين وانه متعلق بالعقد لم تكن مزاحمة بين مقتضى الدليلين ولا معارضة بين مدلوليهما وحيث أن الامتناع من الأخذ باطلاق كلا الدليلين فيبنى على الانعتاق وثبوت الخيار الا ان يستشكل في الخيار من أحد وجوه ﴿ الاول ﴾ أن شراء المبيع المنعق على المشتري اطلاق له في الحقيقة وسيجىء سقوط الخيار بالانقلاب ، وفيه أن الانقلاب انما يكون مسقطا للخيار اذا كان كاشفا عرفا عن الالتزام بالعقد أو اسقاط الخيار لا أنه مسقط تعبدا وحصول هذا الكشف غير ظاهر في المقام ، ومنه يندفع ايضا توهم سقوط خيار البائع بدعوى ان يبيعه على من ينعق عليه اقدام على انلافه و اخراجه عن المالية مع أنه لو سلم ذلك كان فسخا لان تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ للعقد ﴿ الثاني ﴾ أن الاصحاب (قدس سرهم) قد ذكروا قاعدتين مترتبتين تنفرع إحداها على الاخرى ﴿ الاولى ﴾ قاعدة الضمان قبل القبض ومهجمها الى

ان المبيع اذا تلف قبل قبض المشتري له يكون مضمونا له بالمسمى على البائع يعني يكون التلف كاشفا عن انفساخ المعاملة قبل التلف آتاما فيرجع الثمن الى ملك المشتري (الثانية) انتقال الضمان بالقبض ومرجعها الى ان قبض المشتري للمبيع يوجب كون ضمانه عليه بمعنى أن لو فسخ العقد يرجع البائع عليه بالعين إن كانت موجودة وببطلانها ان كانت تالفة ولما امتنع تطبيق القاعدة الاولى في المقام لان تقدير المبيع ملكا للبائع قبل الانعقاد الذي هو بحكم التلف مانع من الانعقاد على المشتري فاذا امتنعت القاعدة الاولى امتنعت القاعدة الثانية لكونها متفرعة عليها واذا امتنع ضمان المشتري امتنع الفسخ لامتناع رجوع العين وبطلانها الى البائع أما العين فللانعقاد وأما البطلان فلفرض عدم الضمان (وفيه) أن تفرع القاعدة الثانية على الاولى غير ظاهر إذ لا يجمعها دليل واحد كي يتوهم ذلك فهما قاعدتان مستقلتان وتعبير الاصحاب بقولهم : وباقبض ينتقل الضمان لا يقتضي ذلك مع ان امتناع القاعدة الاولى في المقام ليس لامتناع حكمها بل لامتناع موضوعها لان الانعقاد على المشتري بمنزلة قبضه فلاحظ (الثالث) ان ثبوت الضمان على المشتري بالقبض لا دليل عليه لفظي كي يتمسك باطلاقه والعمدة في دليبه الاجماع على جواز الاقالة مع التلف وهو غير ثابت في المقام وفيه ان المستفاد من كلماتهم في مبحث الاقالة مشروعيتها حتى مع التلف والظاهر انه لا خلاف في مشروعيتها هنا وانما هو في ثبوت الخيار لكل من المتبايعين على سبيل الاستقلال من جهة قصور الادلة ذاتا او عرضا فالاولى في تقرير المنع ما اشرنا اليه من ان الخيار وان كان في نفسه لا يمنع عنه التلف لكن نصوص الباب بقريئة الارفاق ظاهرة في ثبوت الخيار في ارجاع العين بالفسخ فمع وجود المانع عن ارجاعه لا مجال للخيار فيدور الأمر بين تخصيص أدلة الخيار وتخصيص ما دل على الانعقاد بمجرد الملك وتخصيص ما دل على عدم رجوع الحر رقا ، ولأجل أن عموم الأخيرين قوي جدا بل الظاهر الاجماع على امتناع تخصيصها يتمين تخصيص أدلة الخيار لا أقل من وجوب الرجوع الى عمومات الزوم بمدكون التعارض بين الأدلة بنحو العموم من وجه ولو بني على منع تعلق الخيار بالعين

أصلا ولو تبعنا للمقد فلا مانع من الخيار ولا من عموم الأدلة للمقام من دون فرق بين ضرورة العلم بالانعتاق بالملك وعدمه ، وبمجرد العلم بذلك لا يوجب إسقاط الحق الخيارى لعدم المناقاة بينهما حتى يكرن الأقدام على أحدهما إقداما على عدم الآخر ومن ذلك تعرف الأشكال في كلمات المصنف قدس سره وكلام المقاييس فلاحظ ﴿ قوله : ومنها العبد المسلم ﴾ قد تقدم في مسألة عدم جواز بيع المسلم على الكافر انه بناء على عدم تمامية دلالة آية نبي السبيل على امتناع ملكية الكافر للمسلم لا مانع من الخيار فيتمتع بالعمل بعموم دليله وبناء على تمامية دلالتها على ذلك اذ قيام دليل آخر عليه يتمتع الخيار فيتمتع تخصيص دليل الخيار والظاهر انه لا فرق في ذلك بين القول بتعلق الخيار بالعين وعدمه اذ على الثاني لا مجال في المقام للرجوع الى البدل اذ هو إنما يمكن في التلف وما يحكمه وليس منه المقام اذ لا قصور في العبد وإنما القصور في البائع المانع من ملكه للمسلم كما هو الظاهر ولاجل انه لا دليل على امتناع ملك الكافر للمسلم فالوجه في المقام ثبوت الخيار عملا بأدلة ﴿ قوله : ومنها شراء العبد نفسه ﴾ لا يخفى ان الكلام تارة يكون بناء على عدم ملك العبد واخرى بناء على ملكيته في الجملة فعلى الاولى لا وجه لثبوت الخيار لعدم كون البيع على حقيقته فان المال كله مال المولى وتبديل بعض المال ببعض لا معنى له لان البدلية تتوقف على ان يكون للمبدل منه عنوان خاص كي يصح اعتبار بدلية البدل له وصيرورته بدلا عنه في حفظ ذلك العنوان فليس الشراء على هذا المبنى الا صوريا ونتيجته خروج العبد عن الرقية تعسدا (وأما) على الثاني فالشراء حقيقي لصحة اعتبار البدلية فان الثمن قبل الشراء كان ملكا للعبد وبعده صار ملكا للمولى والعبد قبل الشراء كان ملكا لمولاه وبعده خرج عن الرقية للمولى وصار حرا نعم يشكل ذلك بناء على ان البيع عليك اذ لا يعقل ملك العبد لنفسه فكيف يصح عليك نفسك لكن عرفت في أول مبحث البيع ان التمليك والملكية خارجان عن حقيقته وليس هو الا البدلية بين المالكين فان لم يكن مانع من دخول كل من العوضين في ملك من خرج الآخر عنه تحقق

التحكيم والإفلاكا في الشراء من مال الزكوة ومال الوقف ومن يشترى على المشتري بناء على عدم دخول العمودين في ملك القريب أصلاً لأنهما ولاه مستقرا وكما في المقام لما عرفت من أن إضافة الملكية لا تقوم بطرف واحد بل لا بد لها من طرفين متغايرين ، ومن هنا يظهر لك الأشكال فيما ذكره بعض الأعظم قدس سره في درسه من إمكان ذلك وأنه لا ينافي ملكية العبد لنفسه عدم تسلطه على بيع نفسه فالت ملكية لا تلازم السلطنة ومثله في الأشكال ما ذكره في دفع الأشكال على دعوى كون العبد مالكا لماله وأن العبد وما يملك ملك للمولى من أنه يلزم أن يكون مال العبد مالكا له والمولى ولا يمكن اجتماع المال كين على مملوك واحد وكيفية الدفع أن المال الواحد لا يمكن اجتماع مال كين عليه في عرض واحد وأما طرلا فلم يقد على امتناعه دليل (وجه) الأشكال أولا بأن أخذ الملكية الأولى التي للعبد في موضوع الملكية الثانية التي للمولى غير معقول إذ الملكية من الاعتبارات المحضة التي ليس لها ما يجزاء في الخارج فيمتنع أن تكون مملوكة لمالك ولا تكون طرفا لإضافة الملكية وشرط التحكيم في ضمن العقد إنما صح بناء على أن الشرط مملوك للمشتري كما هو الظاهر فذلك باعتبار إيقاع السبب من الشروط عليه وهو الإنشاء على النحو الخامس وهو أمر حقيقي كما لعله ظاهر ، وثانيا أن هذا الاختلاف لا يصح تعدد المالك مع وحدة الذات فلا يصح أن يكون ذات الشيء ملكا لمالك وذاته بما هي موصوفة ملكا لمالك آخر ولأجل ذلك لا بد من القول بأن البناء على أن العبد ملك لماله مانع من البناء على كون مال العبد ملكا للمولى بل ليس له إلا نفس العبد لا غير (ثم) أن الكلام في ثبوت الخيار هنا بعينه الكلام في ثبوته في مسألة شراء من يشترى على المشتري بل الثبوت هنا أشكل لا مكان تأتي دعوى كون حق الخيار مانعا عن الانعقاد في تلك المسألة بخلاف المقام لا امتناع تلك العبد نفسه هنا فلا بد من تحقق الانعقاد نعم لو بني على إمكان رجوع الحر إلى الرقية هناك أمكن القول بها هنا فلاحظ قوله : لو اشترى جمدا في شدة الحر ففي الخيار أشكال ١٠ لعله من جهة احتمال كون الخيار في المقام قائما بالعين فيسقط بطلانها مطلقا ولو تدرج بها.

فهرس الكتاب

٣	تحقيق في مراد المتعاقدين من الايجاب والقبول
٤	تحقيق في معنى البيع
٥	عمل الحر مال اولاً
٦	الفرق بين الحق والملك
٨	الفرق بين الحق والحكم
٨	المائز بين ما يقبل الاسقاط وما لا يقبله
٩	جواز وقوع الحق عوضاً في البيع
١١	كلمات العلماء في تعريف البيع والمناقشات فيها
١٧	استعمال البيع في غير معناه
١٨	اعتبار القول في مفهوم البيع
٢٠	البيع اسم للصحيح
٢٣	الكلام في المعاوضة
٢٤	وجوه المعاوضة
٢٧	الدليل على افادة المعاوضة الملك
٣٠	التصرفات الموقوفة على الملك
٣٤	نسيان ذكر الاجل في المنقطع
٣٧	اشكال شارح القواعد
٤١	اصالة لزوم
٤٢	التمسك بالاستصحاب
٤٦	التمسك بمبوم لا يحل مال امرئ مسلم
٤٨	تحقيق في معنى الوفاء بالعقد

٥٠	تنبيهات في أمور مهمة
٥٣	المراد من قوله انما يحرم الكلام
٥٧	تنبيهات المعاطاة
٦٠	التنبيه الثاني
٦١	التنبيه الثالث
٦٣	التنبيه الرابع
٧١	الاباحة المعوضة
٧٤	التنبيه الخامس
٧٦	التنبيه السادس
٨٨	التنبيه السابع
٩٠	التنبيه الثامن
٩٢	خصوص الفاظ عقد البيع
٩٧	اعتبار العرية في العقد
٩٧	اعتبار الماضوية
٩٩	لزم تقديم الايجاب
١٠٥	اعتبار الموالاة في العقد
١٠٦	اعتبار التنجيز في العقد
١١١	التطابق بين الايجاب والقبول
١١٣	من شروط العقد ان يقع كل من الايجاب والقبول في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء
١١٥	اذا اختلف المتعاقدان في شروط العقد
١١٦	المقبوض بالعقد الفاسد
١١٨	قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
١٢٢	مدرك القاعدة



مركز بحوث كافي في علوم إسلامي

قاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده	۱۲۶
وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد	۱۳۱
ضمان المتافع المستوفاة	۱۳۳
المثلي والقيمي	۱۳۷
حكم عدم وجدان المثل الا باكثر من ثمن المثل	۱۴۶
اذا تعذر المثل	۱۴۷
صحيحة أبي ولاد	۱۵۹
بذل الحيلولة	۱۶۷
الكلام في شروط المتعاقدين	۱۸۰
اشترط قصد مدلول العقد	۱۸۴
عقد المكره	۱۸۸
المكره قاصد للمعنى أولا	۱۹۰
معنى الاكراه	۱۹۰
الاكراه في المحرمات	۱۹۳
الاكراه على الجامع بين افراد	۱۹۴
الاكراه على أحد الاسمين أو الامور	۱۹۵
إكراه احد الشخصين	۱۹۶
صور الاكراه	۱۹۷
الاكراه على بيع عبد من عبيد	۱۹۸
الاكراه على الطلاق	۲۰۰
تعقيب الرضا للعقد	۲۰۲
الرضا كاشف أو ناقل	۲۰۳
فرع يتعلق بالاكراه	۲۰۴
عقد المملوك	۲۰۵



مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

عقد الفضولي وأدلة صحته	٢٠٧
أدلة بطلان الفضولي	٢١٦
الفضولي في المعاطاة	٢٢٧
القول في الاجازة	٢٢٧
وجوه الكشف	٢٢٨
الكشف الاتقلافي	٢٣٢
نمرات الكشف والنقل	٢٣٦
تذبيبات في الاجازة	٢٤٤
القول في المجيز	٢٥٠
من باع ثم ملك	٢٥١
من باع معتقدا انه غير جائز التصرف فتبين انه جائز التصرف	٢٥٦
القول في العقد المجاز	٢٥٩
المقود المترتبة	٢٥٩
القول في الرد واحكامه	٢٦٢
حكم المشتري مع الفضولي	٢٦٥
قاعدة الغرور	٢٧٢
نماقب الايدي	٢٧٦
بيع الفضولي ماله مع مال غيره	٢٨٣
بيع نصف الدار	٢٨٧
بيع ما يقبل التملك مع مالا يقبله	٢٩١
ولاية الاب والجد	٢٩٣
اعتبار المصلحة في التصرف	٢٩٥
مشاركة الجد للاب	٢٩٦
ولاية النبي (ص) والامام (ع)	٢٩٧



مركز تحقيقات كاتوليكي علوم إسلامي

بيع العبد المسلم على الكافر	٣١٣
اجارة المسلم على الكافر	٣١٦
ارتهاز المسلم عند الكافر	٣١٧
وقف المسلم على الكافر	٣١٨
موارد الاستثناء من بيع المسلم على الكافر	٣١٩
بيع المصحف على الكافر	٣٢٤
القول في شرائط الموضين	٣٢٥
احكام الاراضي الموات	٣٢٧
الارض العامرة	٣٢٨
الارض العامرة بعد الموات	٣٣٠
الارض المفتوحة عنوة	٣٣٣
التصرف في الارض المفتوحة عنوة	٣٣٥
بيع الوقف	٣٣٨
اقسام الوقف	٣٤٢
صور بيع الوقف	٣٤٤
الوقف المنقطع	٣٨٥
بيع أم الولد	٣٦٢
مواضع الاستثناء من المنع عن بيع أم الولد	٣٦٥
لو كان الدين غير ثمنا	٣٧٠
بيع أم الولد في الكفن	٣٧٤
إذا جني عليها	٣٧٧
لو اسلمت وهي عند الذمي	٣٧٨
لو عجز مولاها عن نفقتها	٣٧٩
بيعها على من تمتع عليه	٣٨٠

الاستيلاد المسبوق بحق الغير	٣٨١
لو كان علوقها بعد نذر كونها صدقة	٣٨٣
بيع العين المرهونة	٣٨٦
بيع العبد المجاني	٣٩٣
القدرة على التسليم	٣٩٣
بيع الآبق منفردا	٤٠٥
بيع الضال والمجهود والمقصوب	٤٠٧
بيع الآبق مع الضميمة	٤٠٨
العلم بقدر النحن	٤٠٩
المسكيل والموزون	٤١٠
بيع المسكيل وزنا وبالعكس	٤١٣
اختلاف البلدان في السكيل والوزن	٤١٥
المسكيل والموزون في عهد الشارع	٤١٦
اخبار البائع بقدر المبيع	٤١٩
بيع الثوب والارض مع المشاهدة	٤٢٢
بيع بعض من متساوي الاجزاء	٤٢٣
بيع صاع من صبرة	٤٢٨
الفرق بين الاستثناء والبيع	٤٣١

عنى بنشره انتشارات ۲۲ بهمن ، قم

صدهوق پستی ۳۴۳