



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

هُدًى إِلَى طَرِيقِ الْإِسْلَامِ

إِلَى

شَرِيعَةِ الْمَكِّيِّينَ

تَأليف: سماحة آية الله العظمى

الشيخ محمد باقر الرضائي

١٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# هدى الطالب الى شرح المكاسب (انصاري)

كاتب:

السيد محمد جعفر الجزائري المروج

نشرت في الطباعة:

مؤسسه التاريخ العربي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية



# الفهرس

5	الفهرس
30	هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]
30	هوية الكتاب
30	المجلد 1
30	اشارة
33	لفت نظر
34	المقدمه
34	كتاب البيع (1)
34	اشارة
43	[تعريف البيع لغة]
60	[اختصاص المبيع بالأعيان]
64	[استعمال البيع في نقل المنافع]
89	[الثمن في البيع أعم من العين والمنفعة]
97	[جواز وقوع عمل الحرّ ثمنا في البيع]
116	[أقسام الحقوق ووقوعها عوضا في البيع]
116	اشارة
119	[القسم الأول الحقوق غير القابلة للإسقاط]
120	[القسم الثاني الحقوق غير القابلة للنقل]
120	اشارة
121	[الفرق بين إسقاط الحق وبيع الدين]
137	[القسم الثالث الحقوق القابلة للانتقال]
224	[تعريف البيع في كلمات الفقهاء]
224	اشارة

226	[تعريفه بالانتقال]
228	[تعريفه بالعقد الدال على الانتقال] .....
233	[تعريفه بالنقل بالصيغة المخصصة] .....
242	[المختار في تعريف البيع] .....
252	[مناقشات في التعريف المختار] .....
252	اشارة .....
253	[ا توقف التعريف على جواز الإنشاء بالتمليك] .....
256	[ب خروج بيع الدين عن التعريف] .....
265	[ج انتقاض تعريف البيع بالمعاطة] .....
267	[د انتقاض تعريف البيع بالشراء] .....
274	[ه انتقاض تعريف البيع باستتجار عين بعين] .....
275	[و انتقاض تعريف البيع بالصلح] .....
277	[ز انتقاض تعريف البيع بعقد الهبة المعوضة] .....
277	اشارة .....
294	[أصالة البيع في تملك الأعيان] .....
298	[ح نقض تعريف البيع بعقد القرض] .....
312	[إطلاق البيع على معان أخرى] .....
312	اشارة .....
319	[تحقيق إطلاق البيع على معان أخرى 1- إطلاقه على الإيجاب المنضم الى القبول] .....
327	[إطلاق البيع على الأثر] .....
330	[3- إطلاق البيع على العقد مجازا] .....
338	[ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح أو للأعم] .....
338	اشارة .....
346	[امتناع التمسك بالإطلاق بناء على الوضع للصحيح] .....
349	[توجيه الوضع للصحيح] .....

353	[طريق التمسك بالإطلاق بناء على الوضع للصحيح]
366	الكلام في المعاطاة (1)
366	اشارة
367	[المقام الأول: تعريف المعاطاة]
367	اشارة
368	[صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين]
376	[المقام الثاني: آراء الفقهاء في حكم المعاطاة]
376	اشارة
382	[تحرير محلّ النزاع في المعاطاة]
413	[تفصيل الأقوال في حكم المعاطاة]
423	[المقام الثالث: الاستدلال على القول المختار]
423	[الدليل الأول: السيرة]
425	[الدليل الثاني: آية حلّ البيع]
439	[الدليل الثالث: آية التجارة عن تراض]
446	[الدليل الرابع: حديث السلطنة]
470	[الدليل الخامس: الإجماع المركّب]
470	اشارة
473	[استلزام القول بالإباحة تأسيس قواعد جديدة]
473	اشارة
474	[القاعدة الأولى: عدم تبعية العقود للقصود]
475	[القاعدة الثانية: مملّكية التصرف أو إرادته]
477	[القاعدة الثالثة: ترتيب آثار المملك على المباح]
483	[القاعدة الرابعة: مملّكية تصرف أحد المتعاطين للآخر]
484	[القاعدة الخامسة: ترتب آثار غير معهودة على التلف]
488	[القاعدة السادسة: التصرف سبب مملّك قهرا أو اختيارا]

489	..... [القاعدة السابعة: مملّكية حدوث النماء]
491	..... [القاعدة الثامنة: مملّكية التصرف تستلزم اجتماع المتقابلين]
493	..... [المناقشة في القواعد المرتبة على القول بالإباحة]
493	..... [1- المناقشة في ما يتعلق بقاعدة التبعية]
507	..... [2- التصرف مملّك للمتصرف]
511	..... [3- تعلق الاستطاعة والغنى بالمأخوذ بالمعاطاة]
514	..... [4- تصرف أحد المتعاطيين مملّك للجانب الآخر]
515	..... [5- تلف إحدى العينين مملّك للطرفين]
521	..... [6- يجوز للمبيح والمباح له المطالبة من الغاصب]
522	..... [7- احتمال حدوث النماء في ملك المبيع]
526	..... [المناقشة في سائر وجوه الاستبعاد]
529	..... [فذلكة الكلام في المقام الثالث]
533	..... [المعاطاة تقيد المملك اللازم أو الجائز]
533	..... اشارة
535	..... [أدلة القول باللزوم]
535	..... [الدليل الأول: استصحاب المملك الحادث بالمعاطاة]
564	..... [الدليل الثاني: حديث السلطنة]
571	..... [الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه]
579	..... [الدليل الرابع: حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض]
582	..... [الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل]
589	..... [الدليل السادس: أخبار خيار المجلس]
596	..... [الدليل السابع: الأمر بالوفاء بالعقود]
608	..... [الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط]
686	..... المجلد 2
686	..... هوية الكتاب

686	.....	اشارة
690	.....	[تتمة كتاب البيع]
690	.....	[تتمة بحث المعاطاة]
690	.....	[تنبيهات المعاطاة]
690	.....	اشارة
690	.....	[التنبيه الأول: جريان شروط البيع وأحكامه في المعاطاة]
690	.....	اشارة
691	.....	[المقام الأول]
720	.....	[المقام الثاني: جريان أحكام البيع في المعاطاة]
720	.....	[حرمة الربا]
724	.....	[ب: جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها]
733	.....	[التنبيه الثاني: إنشاء المعاطاة بوجوه أربعة]
749	.....	[التنبيه الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة]
761	.....	[التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين]
761	.....	اشارة
762	.....	[القسم الأول: المقابلة بين المالكين في الملكية]
766	.....	[القسم الثاني: المقابلة بين التملكين]
771	.....	[القسم الثالث: المقابلة بين إباحة أحدهما وتمليك الآخر]
772	.....	[القسم الرابع: المقابلة بين الإباحين]
832	.....	[التنبيه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع]
865	.....	[التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة]
865	.....	اشارة
868	.....	[الملزم الأول هو التلف]
898	.....	[الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً]
902	.....	[الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز]

928	[الملزم الرابع: مزج إحدى العينين]
928	اشارة
932	[التصرف غير المغيّر للصورة ملزم للمعاطاة أم لا]
935	[الملزم الخامس: موت أحد المتعاطين]
935	اشارة
938	[الفرق بين موت المتعاطين وجنونهما]
941	[التنبيه السابع: المعاطاة بعد اللزوم بيع أو معاوضة مستقلة]
957	[التنبيه الثامن: إلحاق الصيغة الملحونة بالمعاطاة]
990	[مقدمة في ألفاظ عقد البيع]
990	اشارة
1016	[ما يعتبر في صيغة البيع مادة وهيئة]
1016	اشارة
1023	[الجهة الأولى شرائط مادة العقد]
1023	[المبحث الأول: اعتبار الدلالة الوضعية]
1065	[المبحث الثاني: ألفاظ الإيجاب والقبول]
1065	[ألفاظ الإيجاب]
1089	[ب: ألفاظ القبول]
1097	[المبحث الثالث: اعتبار العريية]
1112	[الجهة الثانية: اعتبار الماضوية]
1121	[الجهة الثالثة شرائط الهيئة التركيبية]
1121	[المبحث الأول: تقديم الإيجاب على القبول]
1190	[المبحث الثاني: شرطية الموالاتة بين الإيجاب والقبول]
1218	[المبحث الثالث: اعتبار التجيز]
1285	[المبحث الرابع: التطابق بين الإيجاب والقبول]
1297	[المبحث الخامس: اعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد]

- 1311 ..... [اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة]
- 1344 ..... المجلد 3
- 1344 ..... هوية الكتاب
- 1344 ..... اشارة
- 1348 ..... [تمة كتاب البيع]
- 1348 ..... [المقبوض بالعقد الفاسد]
- 1348 ..... اشارة
- 1349 ..... [الأمر الأول المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: عدم الملك]
- 1349 ..... اشارة
- 1350 ..... [أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]
- 1350 ..... اشارة
- 1351 ..... [أ: الإجماع]
- 1352 ..... [ب: الحديث النبوي «على اليد ..»]
- 1391 ..... [ج: الدليل الثالث: أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة]
- 1399 ..... [د: الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»]
- 1405 ..... [بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا]
- 1405 ..... اشارة
- 1406 ..... [المبحث الأول: المراد بالعقد ما يشتمل على المعاوضة]
- 1410 ..... [المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد]
- 1423 ..... [المبحث الثالث: عموم «كل عقد» هل يكون بلحاظ الصنف أو غيره؟]
- 1429 ..... [المبحث الرابع: اعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط]
- 1440 ..... [المبحث الخامس: حرف «الباء» ظرفية أو سببية]
- 1457 ..... [مستند قاعدة «ما يضمن»]
- 1457 ..... [الأول: إقدام المتعاملين]
- 1466 ..... [الدليل الثاني: قاعدة الاحترام]

- 1469 ..... [الدليل الثالث: قاعدة نفي الضرر]
- 1471 ..... [الدليل الرابع: حديث «على اليد...»]
- 1480 ..... [عدم اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة]
- 1486 ..... [قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده]
- 1501 ..... [الجهة الثانية: موارد النقص على قاعدة «ما لا يضمن»]
- 1501 ..... اشارة
- 1501 ..... [أ: النقص بعارية الصيد]
- 1512 ..... [ب: النقص على القاعدة بمنفعة المبيع فاسدا]
- 1515 ..... [ج- النقص على القاعدة بحمل المبيع فاسدا]
- 1519 ..... [د- النقص على القاعدة بالشركة الفاسدة]
- 1521 ..... [الجهة الثالثة: مستند قاعدة «ما لا يضمن»]
- 1521 ..... [أ: الأولوية]
- 1530 ..... [ب: عموم دليل الهبة و الأمانات]
- 1544 ..... [الأمر الثاني المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: وجوب ردّ المبيع فاسدا إلى مالكه فوراً]
- 1556 ..... [الأمر الثالث ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد]
- 1556 ..... [أ: المنفعة المستوفاة]
- 1594 ..... [ب: ضمان المنفعة الفاتئة]
- 1637 ..... [الأمر الرابع ضمان المثليّ بالمثل]
- 1637 ..... اشارة
- 1663 ..... [حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً]
- 1706 ..... [الخامس ارتفاع ثمن المثليّ]
- 1718 ..... [السادس: لو تعدّر المثل في المثليّ]
- 1718 ..... اشارة
- 1746 ..... [الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعدّر، ومبانيها]
- 1759 ..... [استظهار بعض الوجوه المتقدّمة من أدلّة الضمان]



- 1764 ..... [اختصاص انقلاب الضمان إلى القيمة بالتعدّر الطارئ]
- 1772 ..... [هل مناط تعدّر المثل فقده في البلد وما حوله؟]
- 1778 ..... [المعيار في قيمة المثل المتعدّر]
- 1781 ..... [هل العبرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى القيمتين؟]
- 1787 ..... [لحقوق حكم سقوط المثل عن المالبية بتعدّره]
- 1794 ..... [القدرة على المثل بعد دفع القيمة]
- 1799 ..... [السابع ضمان القيمي بالقيمة]
- 1799 ..... اشارة
- 1819 ..... [الأقوال في القيمة المعتمدة في ضمان القيمي]
- 1819 ..... [أ: اعتبار قيمة يوم التلف]
- 1825 ..... [ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان]
- 1825 ..... اشارة
- 1826 ..... [الاستدلال بصحيفة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الضمان]
- 1858 ..... [تضعيف دلالة الصحفة على اعتبار قيمة وقت الضمان]
- 1873 ..... [ج: القول الثالث: ضمان أعلى القيم]
- 1891 ..... [د: ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم البيع]
- 1893 ..... [حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف]
- 1896 ..... [ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة]
- 1897 ..... [ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]
- 1899 ..... [مباحث بدل الحيلولة]
- 1899 ..... اشارة
- 1901 ..... [أ- مورد بدل الحيلولة]
- 1905 ..... [ب: المراد بالتعدّر هو العرفي لا العقلي]
- 1908 ..... [ج: جواز امتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة]
- 1909 ..... [د: خروج العين عن المالبية]

- 1910 ..... [ه: هل البدل ملك المضمون له أم مباح له؟] .....
- 1913 ..... [و: دفع بدل الحيلولة لا يقتضي انتقال العين الى الغارم] .....
- 1919 ..... [ز: اشتراط وجوب البدل بفوات معظم منافع العين] .....
- 1933 ..... [ح: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل] .....
- 1935 ..... [ط: ضمان ارتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البدل إلى المالك] .....
- 1937 ..... [ي: وجوب ردّ العين فوراً بارتفاع العذر] .....
- 1940 ..... [ك: هل ينتقل البدل إلى الغارم بتمكّن دفع العين؟] .....
- 1947 ..... [ل- لو حبس العين فتلفت، فالعبرة بأيّ القيم؟] .....
- 1985 ..... المجلد 4 .....
- 1985 ..... هوية الكتاب .....
- 1985 ..... اشارة .....
- 1989 ..... الجزء الرابع .....
- 1989 ..... [تمة كتاب البيع] .....
- 1989 ..... [شرائط المتعاقدين] .....
- 1989 ..... اشارة .....
- 1991 ..... [الشرط الأول: البلوغ] .....
- 1991 ..... اشارة .....
- 1992 ..... [الوجوه المستدل بها على اعتبار البلوغ] .....
- 1992 ..... [أ: الإجماع] .....
- 1998 ..... [ب: حديث رفع القلم عن ثلاثة] .....
- 2000 ..... [ج: عدم جواز أمر الصبي] .....
- 2021 ..... [د: حديث «عمد الصبي خطأ»] .....
- 2050 ..... [بعض الأقوال الأخرى في المسألة] .....
- 2050 ..... [1- التفصيل في معاملة الصبي بين الخطير و الحقيق] .....
- 2056 ..... [2- التفصيل بين استقلال الصبي و آليته] .....

- 2060 ..... [3- إفادة معاملة الصبي لإباحة التصرف].
- 2081 ..... [الشرط الثاني: القصد إلى المدلول].
- 2081 ..... إشارة.
- 2087 ..... [هل يعتبر تعيين المالكين في العقد أم لا؟].
- 2087 ..... إشارة.
- 2104 ..... [المناقشة في ما أفاده صاحب المقابس].
- 2115 ..... [هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري، و القابل للبايع أم لا؟].
- 2115 ..... إشارة.
- 2119 ..... [التفصيل في اعتبار تعيين الموجب و القابل بين مثل البيع و النكاح].
- 2134 ..... [الشرط الثالث: الاختيار، بطلان عقد المكره].
- 2134 ..... إشارة.
- 2136 ..... [الدليل على بطلان عقد المكره].
- 2141 ..... [المراد من جملة «المكره قاصد إلى اللفظ دون مدلوله»].
- 2163 ..... [حقيقة الإكراه، و ما يعتبر في صدقه].
- 2167 ..... [هل يتوقف الإكراه على العجز عن التخلص بالتورية أو غيرها؟].
- 2190 ..... [الفرق بين الإكراه على ارتكاب الحرام و الإكراه على المعاملة].
- 2215 ..... [إكراه أحد الشخصين على فعل واحد].
- 2218 ..... [تعلّق الإكراه بإنشاء المالك تارة، و العاقد اخرى].
- 2227 ..... [الإكراه على بيع عبد من عبيد مبهما].
- 2227 ..... إشارة.
- 2237 ..... [تحليل كلام العلامة في التحرير].
- 2251 ..... [صححة عقد المكره المتعقب بالرضا].
- 2278 ..... [الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟].
- 2290 ..... [الشرط الرابع: إذن السيد لو كان العاقد عبدا].
- 2290 ..... إشارة.

- 2320 ..... [فزع لو أمر العبد أن يشتري نفسه من مولاه، فباعه مولاه] .....
- 2328 ..... [الشرط الخامس من شروط المتعاقدين: ملك التصرف] .....
- 2328 ..... اشارة .....
- 2332 ..... [التعرض لمسألة عقد الفضولي] .....
- 2332 ..... اشارة .....
- 2337 ..... [حكم العقد المقرون برضا المالك] .....
- 2357 ..... [الصور المتصورة في بيع الفضولي] .....
- 2357 ..... اشارة .....
- 2358 ..... [الصورة الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك] .....
- 2358 ..... اشارة .....
- 2360 ..... [المقام الأول: ما استدل به على صحة عقد الفضولي] .....
- 2360 ..... [الطائفة الأولى الأدلة العامة] .....
- 2360 ..... [أ: عموم الكتاب] .....
- 2364 ..... [ب: حديث عروة البارقي] .....
- 2372 ..... [ج: صحيحة محمد بن قيس] .....
- 2391 ..... [د: فحوى ما دلّ على صحة النكاح الفضولي] .....
- 2411 ..... [الطائفة الثانية: النصوص الخاصة] .....
- 2411 ..... [أ: ما ورد في المضاربة] .....
- 2422 ..... [ب: أخبار الاتجار بمال اليتيم] .....
- 2429 ..... [الطائفة الثالثة: ما يؤيد الصحة] .....
- 2429 ..... [أ: ما ورد في شراء العبد المأذون] .....
- 2437 ..... [ب: ما ورد في الإقالة بوضعية] .....
- 2443 ..... [ج: ما ورد في شراء السمسار] .....
- 2449 ..... [د- التعليق الوارد في نصوص نكاح العبد] .....
- 2455 ..... [المقام الثاني: أدلة بطلان بيع الفضولي] .....

- 2455 ..... [أ: آية التجارة عن تراض]
- 2470 ..... [ب: الستة، وهي أخبار]
- 2470 ..... [الأول: النهي عن بيع ما ليس عنده]
- 2473 ..... [الثاني: التوقيع الناهي عن ابتاع الضيعة بغير رضا مالكيها]
- 2474 ..... [الثالث: النهي عن شراء الأرض إلا برضا أهلها]
- 2474 ..... [الرابع: النهي عن شراء ما لا يملكه البائع]
- 2476 ..... [المناقشة في دلالة الستة على بطلان بيع الفضولي]
- 2494 ..... [ج: الإجماع]
- 2497 ..... [د: حكم العقل بفتح التصرف في مال الغير بلا إذن منه]
- 2504 ..... [الاستدلال على بطلان البيع الفضولي بوجوه أخرى]
- 2509 ..... [المسألة الثانية بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك]
- 2524 ..... [المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه]
- 2524 ..... إشارة
- 2528 ..... [الأدلة المانعة من صحة هذا النوع]
- 2528 ..... [منها: إطلاق ما تقدّم من النوبين]
- 2532 ..... [و منها: بناء المسألة على ما سبق]
- 2534 ..... [و منها: أن الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة]
- 2545 ..... [و منها: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه]
- 2572 ..... [أدلة صحة هذه الصورة]
- 2572 ..... إشارة
- 2574 ..... [أحدهما كون صحة إجازة عقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي]
- 2576 ..... [الثاني: أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد]
- 2600 ..... [اتمة تتضمن أمرين:]
- 2600 ..... [الأول: عموم بحث بيع الفضولي للدين كالعين]
- 2632 ..... [الأمر الثاني: جريان بيع الفضولي في المعاطاة]

2667	المجلد 5 .....
2667	هوية الكتاب .....
2667	اشارة .....
2671	[اتمة كتاب البيع] .....
2671	[اتمة شرائط المتعاقدين] .....
2671	[اتمة الشرط الخامس] .....
2671	[اتمة بيع الفضولي] .....
2671	القول في الإجازة و الرد (1) .....
2671	اشارة .....
2672	[الإجازة كاشفة أو ناقلة] .....
2672	اشارة .....
2680	[ما استدل به على القول بالكشف] .....
2684	[المناقشة في ما استدل به على القول بالكشف] .....
2725	[كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة] .....
2725	اشارة .....
2729	[أحدها: - وهو المشهور- الكشف الحقيقي و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً] .....
2730	[الثاني: الكشف الحقيقي، و التزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة] .....
2731	[الثالث: الكشف الحكمي] .....
2743	[الثمرة بين أنحاء الكشف] .....
2743	اشارة .....
2743	[الثمرة بين قسمي الكشف الحقيقي] .....
2746	[الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي] .....
2764	[ثمرات الكشف و النقل] .....
2764	اشارة .....
2765	[الاولى: النماء] .....

- 2769 ..... [الثانية: جواز فسخ الأصل، بناء على النقل].
- 2776 ..... [الثالثة: تصرف الأصل فيما انتقل عنه].
- 2803 ..... [الثمرة الرابعة: سقوط أحد المتبايعين عن أهلية التملك].
- 2805 ..... [الثمرة الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية].
- 2806 ..... [الثمرة السادسة: تجدد القابلية].
- 2807 ..... [الثمرة السابعة: فقد شرط العقد].
- 2817 ..... [ثمرات اخرى للقول بالكشف و النقل].
- 2820 ..... [ظهور الثمرة في العقود المترتبة].
- 2821 ..... [تبيهاات الإجازة].
- 2821 ..... اشارة .
- 2821 ..... [الأول: الخلاف في الكشف و النقل حكمي لا مفهومي].
- 2826 ..... [الثاني: هل يشترط في الإجازة التلفظ بها؟].
- 2853 ..... [الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد].
- 2868 ..... [الرابع: الإجازة لا تورث].
- 2872 ..... [الخامس: إجازة البيع ليست إجازة للقبض].
- 2881 ..... [السادس: لا تشترط الإجازة بالفور].
- 2885 ..... [السابع: هل تعتبر مطابقة الإجازة للمجاز؟].
- 2891 ..... [الكلام في ما يعتبر في المجيز].
- 2891 ..... اشارة .
- 2891 ..... [الأول: اعتبار الكمال حين الإجازة].
- 2893 ..... [الثاني: اشتراط وجود مجيز حال العقد].
- 2910 ..... [الثالث: هل يشترط في المجيز جواز التصرف حال العقد؟].
- 2910 ..... اشارة .
- 2911 ..... [المسألة الأولى: لو كان المالك المجيز محجورا عن التصرف].
- 2915 ..... [المسألة الثانية: عدم جواز تصرف المجيز لعدم الملك].

- 2918 ..... [حكم المسألة الأولى] .
- 2918 ..... اشارة .
- 2920 ..... [القول الأول الصحة]
- 2922 ..... [الثاني الصحة مع الإجازة]
- 2924 ..... [القول الثالث البطلان]
- 2926 ..... [أدلة البطلان و الجواب عنها]
- 2926 ..... اشارة .
- 2928 ..... [الأول: أنه قد باع مال الغير لنفسه]
- 2931 ..... [الثاني: أنا حيث جوتنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك ورضا المالك و القدرة]
- 2934 ..... [الثالث: أن الإجازة حيث صحت كاشفة]
- 2944 ..... [الرابع: أن العقد الأول إنما صح و ترتب أثره بإجازة الفضولي ..]
- 2961 ..... [الخامس: أن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول ..]
- 2966 ..... [السادس: أن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك و فسخه فعل ما هو من لوازمهما]
- 2979 ..... [السابع: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع ما ليس عندك]
- 3026 ..... [المسألة الثالثة: لو باع بزعم عدم جواز التصرف، فبان جوازه]
- 3026 ..... اشارة .
- 3028 ..... [الصورة الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع]
- 3033 ..... [الصورة الثانية: أن يبيع لنفسه، فانكشف كونه ولياً]
- 3035 ..... [الصورة الثالثة لو باع عن المالك، فانكشف كونه مالكا]
- 3062 ..... [الصورة الرابعة لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فانكشف أنه له]
- 3066 ..... [الكلام في المجاز]
- 3066 ..... اشارة .
- 3066 ..... [الأول اعتبار كون العقد المجاز جامعاً للشروط]
- 3066 ..... اشارة .
- 3075 ..... [هل يعتبر بقاء شروط العوضين إلى زمان الإجازة؟]



- 3076 ..... [الثاني: هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلاً؟]
- 3083 ..... [الثالث حكم العقود المترتبة على مال الغير]
- 3083 ..... اشارة
- 3103 ..... [إشكال جواز تتبع العقود لو علم المشتري بالغصب]
- 3103 ..... اشارة
- 3121 ..... [التفصيل في ورود الاشكال بين الكشف و النقل]
- 3129 ..... [مسألة: في الرد]
- 3129 ..... اشارة
- 3129 ..... [ما يتحقق به الرد]
- 3129 ..... [الرد بالقول]
- 3130 ..... [الرد بالتصرف المخرج]
- 3131 ..... [الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك]
- 3137 ..... [التصرفات غير المنافية لملك المشتري من حين العقد]
- 3152 ..... [فائدة الرد و ما يترتب عليه شرعاً]
- 3155 ..... [حكم المالك مع المشتري لو لم يجز]
- 3159 ..... [حكم المشتري مع الفضولي]
- 3159 ..... اشارة
- 3161 ..... [الأولى: المشتري الجاهل بالفضولية يرجع بالثمن إلى الفضولي]
- 3200 ..... [المسألة الثانية: حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن]
- 3200 ..... اشارة
- 3203 ..... [عدم الرجوع بالغرامات لو كان المشتري عالماً]
- 3203 ..... [حكم المشتري مع الجهل]
- 3203 ..... [1- رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما ينتفع به]
- 3220 ..... [2- ما يغترمه المشتري قبال المنافع المستوفاة]
- 3246 ..... [3- حكم ما اغترمه المشتري في قبال العين]

- 3254 ..... [4- ما يغرمه المشتري بإزاء الجزء التالف] .....
- 3255 ..... [5- ما يغرمه بإزاء أوصافه] .....
- 3260 ..... [كيفية ضمان ذمم متعددة لمال واحد] .....
- 3276 ..... [حكم الأبايدي المتعاقبة بعضها مع بعض] .....
- 3292 ..... [مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه] .....
- 3324 ..... المجلد 6 .....
- 3324 ..... هوية الكتاب .....
- 3324 ..... اشارة .....
- 3328 ..... [تممة كتاب البيع] .....
- 3328 ..... [تممة شرائط المتعاقدين] .....
- 3328 ..... [تممة الشرط الخامس] .....
- 3328 ..... [تممة بيع الفضولي] .....
- 3328 ..... [لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار] .....
- 3328 ..... اشارة .....
- 3330 ..... [حمل النصف على النصف المختص بالبائع أو المشاع بين المالكين] .....
- 3337 ..... [الفرق بين النصف وبين مثل بعت غانما] .....
- 3341 ..... [لو كان البائع وكيلًا في بيع النصف] .....
- 3351 ..... [لو وهبت المرأة نصف صداقها المعين] .....
- 3356 ..... [الإقرار بالنصف للغير في المال المشترك] .....
- 3365 ..... [اقتضاء القاعدة حمل النصف على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه] .....
- 3377 ..... [لو أقر أحد الأخوين بأخ ثالث] .....
- 3381 ..... [تحقيق مسألة الإقرار بالنسب] .....
- 3386 ..... [بيع ما يملك و ما لا يملك] .....
- 3386 ..... اشارة .....
- 3387 ..... [صحة البيع فيما يقبل التملك خاصة] .....

- 3392 ..... [دعوى تقييد الحكم بصورة جهل المشتري و دفعها]
- 3400 ..... [طريق تقويم المملوك و غير المملوك]
- 3402 ..... [طريق معرفة قيمة غير المملوك]
- 3405 ..... [كلام الفاضل النراقي في تقويم ما لا يملك]
- 3406 ..... [أولياء التصرف]
- 3406 ..... [1- ولاية الأب و الجدّ]
- 3406 ..... اشارة
- 3407 ..... [ما استدل به على نفوذ تصرفهما في مال الصغير]
- 3409 ..... [المشهور عدم اعتبار العدالة في ولايتهما]
- 3416 ..... [اشتراط جواز تصرف الأب و الجد برعاية المصلحة و عدمه]
- 3429 ..... [الأقوى كفاية عدم المفسدة]
- 3437 ..... [مشاركة الجدّ و إن علا للأب]
- 3438 ..... [لوفقد الأب و بقي الجدّ الأدنى و الأعلى]
- 3454 ..... [2- ولاية الفقيه]
- 3454 ..... اشارة
- 3455 ..... [للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:]
- 3457 ..... [ولاية التصرف في الأموال و الأنفس تتصور على وجهين]
- 3461 ..... [مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشي ء]
- 3462 ..... [الكلام في ثبوت الولاية للنبي و الأنمة عليهم السّلام]
- 3462 ..... [الولاية لهم بمعنى استقلالهم بالتصرف]
- 3471 ..... [ولايتهم بمعنى اشتراط تصرف الغير بإذنهم]
- 3484 ..... [ما استدل به على ولاية الفقيه بمعنى الاستقلال في التصرف]
- 3484 ..... اشارة
- 3493 ..... [المناقشة في الأدلة على المدعى]
- 3498 ..... [ولاية الفقيه بمعنى إناطة تصرف الغير بإذنه]

- 3514 ..... [ثبوت الولاية للفقير في الأمور التي تكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغا عنها].
- 3530 ..... [3- ولاية عدول المؤمنين].
- 3530 ..... إشارة .
- 3531 ..... [مورد ولاية العدول و دليله].
- 3534 ..... [أهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع].
- 3544 ..... [اعتبار العدالة في المؤمن المتصدّي].
- 3551 ..... [الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة وملاحظة مصلحة اليتيم].
- 3554 ..... [صحيفة إسماعيل بن سعد على اشتراط تحقق عنوان العدالة].
- 3557 ..... [مختار المصنف].
- 3559 ..... [جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة إلى نفسه].
- 3562 ..... [مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة إلى فعل غيره].
- 3563 ..... [عدم كفاية حمل فعل المسلم على الصحة].
- 3569 ..... [جواز تصرف المؤمنين، على وجه التكليف].
- 3572 ..... [حكم مزاحمة فقيه لفقير آخر].
- 3580 ..... [الفرق بين الأولياء والوكلاء].
- 3584 ..... [حرمة مزاحمة الفقيه لمثله].
- 3585 ..... [اشتراط المصلحة في غير الأب والجد وعدمه].
- 3586 ..... [الاستدلال بالإجماع وبالأية الناهية عن قرب مال اليتيم].
- 3588 ..... [معنى القرب في الآية].
- 3607 ..... [أهل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟].
- 3624 ..... [الشرط السادس من شروط المتعاقدين كون من ينتقل إليه أهلا لذلك المبيع].
- 3624 ..... [نقل العبد المسلم إلى الكافر].
- 3624 ..... [يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ان يكون مسلما].
- 3626 ..... [أدلة المشهور على بطلان النقل].
- 3631 ..... [المنافسة في أدلة المشهور].

- 3652 ..... [لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات]
- 3653 ..... [تمليك منافع المسلم للكافر]
- 3662 ..... [رهن العبد المسلم عند الكافر]
- 3664 ..... [إعارة العبد المسلم من كافر]
- 3667 ..... [وقف الكافر عبده المسلم]
- 3668 ..... [المقصود من الكافر هنا]
- 3678 ..... [موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]
- 3678 ..... إشارة
- 3680 ..... [منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للاعتناق]
- 3687 ..... [و منها ما لو اشترط البائع عتقه]
- 3691 ..... [حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]
- 3702 ..... [حكم ثبوت الخيار في إخراج العبد المسلم بالبيع]
- 3723 ..... [نقل المصحف الى الكافر]
- 3723 ..... [حرمة نقل المصحف الى الكافر]
- 3726 ..... [استدلوا عليه بوجه]
- 3732 ..... القول في شرائط العوضين
- 3732 ..... [الأول: التمول]
- 3739 ..... [الثاني الملك]
- 3739 ..... [لا يجوز بيع ما يشترك فيه الناس]
- 3743 ..... [لا يجوز بيع الأرض المفتوحة عنوة]
- 3743 ..... إشارة
- 3758 ..... [أقسام الأرضين]
- 3758 ..... إشارة
- 3758 ..... [الأول الموات بالأصالة]
- 3782 ..... [الثاني ما كانت عامرة بالأصالة]

- 3791 ..... [الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت] .....
- 3804 ..... [الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة] .....
- 3809 ..... [أحكام القسم الثالث] .....
- 3838 ..... [حكم ما ينفصل عن الأرض المفتوحة عنوة] .....
- 3844 ..... [الثالث من شروط العوضين: كون الملك طلقاً] .....
- 3844 ..... اشارة .....
- 3845 ..... [المراد بالطلق] .....
- 3851 ..... [الحقوق الثلاثة المانعة عن البيع] .....
- 3853 ..... [الحقوق المانعة لتقضى الملك التي ذكرها المحقق الشوشترى] .....
- 3870 ..... [مسألة بيع الوقف] .....
- 3870 ..... اشارة .....
- 3870 ..... [الأدلة المانعة عن بيع الوقف] .....
- 3870 ..... اشارة .....
- 3871 ..... [الأول الإجماع] .....
- 3877 ..... [الثاني مكتبة الصفار] .....
- 3880 ..... [الثالث رواية علي بن راشد] .....
- 3882 ..... [الرابع ما ورد من حكاية وقف بعض الأنمة (ع)] .....
- 3895 ..... [الموانع الثلاث من بيع الوقف] .....
- 3900 ..... [البيع لا ينافي بقاء الوقف] .....
- 3915 ..... [الأقوال في بيع الوقف] .....
- 3915 ..... اشارة .....
- 3915 ..... [أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً] .....
- 3919 ..... [الثاني الخروج عن عموم المنع في المنتقطع في الجملة] .....
- 3928 ..... [الثالث الخروج عن عموم المنع] .....
- 3930 ..... [نقل كلمات العلماء] .....

- 3947 ..... [أقسام الوقف]
- 3947 ..... اشارة
- 3947 ..... [أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم]
- 3949 ..... [و الثاني: ما لا يكون ملكا لأحد]
- 3970 ..... [بيع ثوب الكعبة]
- 3975 ..... [حكم حصر المسجد و أرضه]
- 3983 ..... [حكم المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة]
- 3987 ..... [صور جواز بيع الوقف]
- 3987 ..... اشارة
- 3989 ..... [الاولى: أن يخرِب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به]
- 3989 ..... اشارة
- 3991 ..... [الأقوى جواز بيعه لعدم المانع]
- 4005 ..... [الثمن لا يخصّ به البطن الموجود]
- 4022 ..... [عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البدل]
- 4027 ..... [عدم وجوب شراء المماثل للوقف]
- 4041 ..... [المتولّي للبيع هو البطن الموجود]
- 4046 ..... [لو لم يمكن شراء بدله]
- 4051 ..... [لا فرق في عروض الخراب للكل و البعض]
- 4068 ..... ..... المجلد 7
- 4068 ..... هوية الكتاب
- 4068 ..... اشارة
- 4072 ..... لفت نظر
- 4074 ..... [تتمة كتاب البيع]
- 4074 ..... [تتمة القول في شرائط العوضين]
- 4074 ..... [تتمة الثاني من شرائط العوضين أن يكون طلقا]

- 4074 ..... [اتمة مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه وقفا].
- 4074 ..... [الوقف الدائم]
- 4074 ..... [اتمة الصور التي يجوز فيها بيع الوقف]
- 4074 ..... [الصورة الثانية أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به]
- 4119 ..... [الصورة الثالثة أن يخرب بحيث يقلّ منفعته]
- 4124 ..... [الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]
- 4157 ..... [الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة]
- 4164 ..... [الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة]
- 4191 ..... [الصورة السابعة أن يؤدي بقاؤه إلى خرابه]
- 4194 ..... [الصورة الثامنة أن يقع بين الموقوف عليهم إختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس]
- 4196 ..... [الصورة التاسعة أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم]
- 4197 ..... [الصورة العاشرة أن يلزم فساد يستباح به الأنفس]
- 4270 ..... [و أمّا الوقف المنقطع]
- 4308 ..... [مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيرورة المملوكة أمّ ولد لسيدها]
- 4308 ..... اشارة
- 4365 ..... [و أمّا المواضع القابلة للاستثناء]
- 4365 ..... اشارة
- 4367 ..... [القسم الأول ما تعلّق حقّ للغير بها]
- 4367 ..... اشارة
- 4367 ..... [المورد الأول ما إذا كان على مولاه دين و لم يكن ما يؤدي هذا الدّين]
- 4448 ..... [المورد الثاني بيعها في كفن مولاه]
- 4460 ..... [المورد الثالث إذا جنت على غير مولاه في حياته]
- 4481 ..... [المورد الرابع إذا جنت على مولاه بما يوجب صحة استرقاقها]
- 4489 ..... [المورد الخامس إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها]
- 4494 ..... [المورد السادس إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقّت]



- 4498 ..... [المورد السابع إذا خرج مولاهما الذمي عن الذمة]
- 4498 ..... [المورد الثامن إذا قتل مولاهما الذمي مسلماً]
- 4500 ..... [وأما القسم الثاني وهو ما إذا عرض لها حتى لنفسها أولى بالمراعاة من حتى الاستيلاء]
- 4500 ..... إشارة
- 4500 ..... [المورد الأول ما إذا أسلمت وهي أمة ذمي]
- 4512 ..... [المورد الثاني ما إذا عجز مولاهما عن نفقتها]
- 4517 ..... [المورد الثالث بيعها على من تتعتق عليه]
- 4519 ..... [المورد الرابع بيعها بشرط العتق]
- 4521 ..... [المورد الخامس بيعها على من أقرّ بحريتها]
- 4523 ..... [المورد السادس ما إذا مات قريبها وخلف تركته ولم يكن له وارث سواها]
- 4547 ..... [المورد السابع إذا كان حملها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته]
- 4550 ..... [القسم الرابع وهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرض لها]
- 4553 ..... [مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً]
- 4622 ..... [مسألة إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كلاًه أو بعضه]
- 4641 ..... [مسألة إذا جنى العبد خطأ صحّ بيعه على المشهور]
- 4652 ..... [الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم]
- 4754 ..... تعريف مركز

## هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]

### هوية الكتاب

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416ق. = - 1375.

ISBN : 1250 ريال (ج.1) ؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان : العربية.

ملحوظة : الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة : ج. 5 (1421ق. = 1379) 10000 ريال : (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة : ج. 4 (چاپ اول: 1420ق. = 1378) 27500 ريال : ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة : كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/BP190/الف 8م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

المجلد 1

اشارة

الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing - Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440-455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

ص: 2

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الانبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين سيما الامام المبين وغيات المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن على أعدائهم أجمعين الى يوم الدين.

وبعد غير خفي على أهل العلم والفضل أن كتاب «المتاجر» الذي صنفه فخر الطائفة. تاج الفقهاء والمجتهدين، علم العلم والتق، شيخنا المرتضى الأنصاري «نور الله مضجعه» من خير ما ألفه فقهاؤنا الأبرار في قسم المعاملات من الفقه الشريف، لما أودع فيه - بفكره الثاقب - آراء بديعة وأنظار دقيقة وتحقيقات شامخة جعلته محوراً للدراسات العليا في الحوزات من العلمية، وأقبل عليه جهابذة الفقه بالبحث والتدريس، والشرح والتعليق. وقد كان من فضل الله عليّ أن وفقني لشرح شطر وإف من هذا الكتاب الشريف أثناء اشتغالي ببحثه حينما كنت متشرفاً بجوار باب مدينة علم الرسول «صلى الله عليها وأهلها» ولم يتيسر نشره إلا في هذا الأوان، فأعدتُ النظر فيه - على ما أنا عليه من ضعف الحال وانحراف المزاج - ونهجت فيه منهج شرحي على الكفاية من الفصل بين توضيح المتن والتعليق عليه، عسى أن يكون عوناً لإخواني المحصلين في اتقان مطالبه وتفهم نكاته. وأسأله سبحانه وتعالى التوفيق لإتمامه، وأن يتقبل هذا الجهد بقبول حسن وأن يجعله خير الزاد ليوم المعاد.

قم المقدسة - 17 ربيع الأول 1416

محمد جعفر الموسوي الجزائري المروج

ص: 3

كان المأمول العثور على مصوِّرة النسخة الأصلية من كتاب «المكاسب» ب-خط شيخنا الأعظم ليعول عليها في الشرح و لئلا يتكلف التلفيق بين الطبعات المختلفة. الا- أنه لم يتيسر لنا - مع الأسف - ذلك رغم الفحص عنها، و السؤال ممن له خبرة بالمخطوطات. ولكن حصلنا - والحمد لله - على مصوِّرة نسخة معتبرة، وهي المطبوعة عام 1286، و بهامشها تصحيحات بخط سيدنا الاستاذ العلامة الورع آية الله السيد علي النوري تغمده الله ب-ه برحمته، كان يعتمد عليها في التدريس، قائلاً: انها مصححة على نسخة المؤلف بواسطة واحدة أو بدونها - و التردد لبعده العهد - فاعتمدناها دون الطبعات الاخرى. هذا بالنسبة الى ما عدا الأخبار وكلمات

الأصحاب، و أما هما فقد راجعنا المصادر و نبهنا غالباً على موارد الاختلاف.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين.

## كتاب البيع (1)

### إشارة

(1) الذي هو من كتب ثاني الأقسام الأربعة المنقسم إليها الفقه الشريف، ولعلّ التعرض له دون غيره من سائر العقود المعاوضية لأجل كثرة الابتلاء به ودورانه بين الناس، ووقوع أكثر المعاوضات والمبادلات المالية به.

وكيف كان فلا بأس قبل الخوض في تعريف البيع بتقديم أمور:

الأول: أنّ العقد عبارة عن الربط الخاص الحاصل بين التزامين، مثلاً إذا قال أحد المتعاقدين: «بعث كتابي بدينار» وقال الآخر: «قبلت» فهنا أمور ثلاثة:

أحدها: التزام كل منهما بمبادلة الكتاب بالدينار اعتباراً، وهذا الالتزامان قائمان بهما، وكلّ منهما أمر خارجي حقيقي يتعلق به الإرادة تارة والكراهة أخرى، ويكون الالتزام الأول إحداثاً، والثاني إمضاء، نظير الإعطاء والأخذ، والإقباض والقبض، فالالتزام الثاني منفعل بالالتزام الأول، والأول فاعل له. وهذا الربط الخاص بين الالتزامين يسمّى عقداً، فلو لم يكن هذا الربط الخاص بين التزامين كما إذا التزم أحدهما ببيع الكتاب بدينار، والتزم الآخر بشراء دفتر بدرهم لم يكن ذلك عقداً، لعدم الربط بينهما، بل كل منهما أجنبي عن صاحبه.

وبالجملة: فالعقد هو الربط الخاص المتحقق بين التزامين، لا الإيجاب والقبول، لأنّهما

موضوعان للعقد أي الربط، بإطلاق العقد عليهما مسامحة. و الوجه في هذا الإطلاق المسامحي هو قيام الربط بهما.

فملخص هذا الأمر: أنّ العقد حقيقة هو نفس الربط الحاصل بين الالتزامين لأنفسهما وإن أطلق عليهما مسامحة.

ثانيها: الأمر الاعتباري الذي هو إضافة محضة قائمة بالكتاب و الدينار، المعبر عنه بمبادلة مال بمال، و لا وجود له في الخارج، و الالتزام- الذي هو الأمر الأوّل- يتعلق بهذه الإضافة، فكل من الالتزامين متعلق بها، فهذه الإضافة ملتزم بها، و هي الأمر المعهود به.

ثالثها: الصيغة الحاكية عن الإيجاب و القبول، فإنّ قوله: «بعت الكتاب بدينار» حاك بالمطابقة عن الأثر- أعني به الأمر الاعتباري- المترتب على البيع، و بالالتزام عن الالتزام النفساني، بقرينة وروده في مقام الإنشاء، و قول الآخر: «قبلت» حاك بالمطابقة عن الالتزام النفساني، و بالالتزام عن الأمر الاعتباري، فالقبول- من هذه الحيثية- عكس الإيجاب، إذ مدلول «بعت» مطابقة مدلول التزامي ل «قبلت» و بالعكس.

و قد ظهر مما بيّناه في هذا الأمر: أنّ البيع القابل للإنشاء بقوله: «بعت» هو الأمر الاعتباري أعني به المبادلة. و أمّا الالتزام النفساني فهو أمر حقيقي خارجي قائم بالنفس، نظير الطلب الحقيقي القائم بها غير القابل للإنشاء. و كذا الصيغة من الإيجاب و القبول، فإنّها أمر خارجي متصرّم الوجود. و عليه فمفهوم البيع هو الإضافة الاعتبارية المحضة أي المبادلة بين المالين، إذ هي القابلة للاعتبار و الإنشاء سواء قلنا بمقالة المشهور من كون الإنشاء- قولاً أو فعلاً- إيجاداً للأمر الاعتباري، أم كونه إبرازاً له كما اختاره بعض الأجلّة.

هذا ما يتعلق بأصل العقد من غير فرق بين اللازم و الجائز، و أمّا كونه مطلق العهد أو خصوص الموثق منه فلا علاقة له بما ذكرناه، و سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

الثاني: أنّ العقد الذي يتوقف على إنشاءين يكون على ثلاثة أقسام:

أولها: العقود الإذنية كعقد الوكالة، وتسمية هذا القسم بالعقد إنما هي باصطلاح خاص، وهو اصطلاح الفقهاء، إذ العقد بالمعنى اللغوي و العرفي - كما أفيد - هو العهد المؤكد و الالتزام المشدّد، و هذا المعنى مفقود في العقود الإذنية، لأنّ حقيقتها الإذن و الرضا بالتصرف في ما له ولاية التصرف فيه، و ليس فيها إلزام و التزام. و لعلّ وجه التسمية بالعقد هو كونه مرتبطاً بشخصين كارتباط العقد بهما.

و كيف كان فليس هذا عقداً حقيقة، فلا يشمل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فعدم شمول «العقود» لهذا القسم يكون من باب التخصص، لا التخصص حتى يلزم تخصيص الأكثر.

ثانيها: العقود العهدية التعليقية، و هي التي يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء «ب» «إن» و نحوها من أدوات التعليق، كالسبق و الرماية و الجعالة، بناء على كونها عقداً منوطاً بالقبول و إن كان فعلاً، و كالوصية التمليكية بناء على المشهور، فإنّ المنشأ فيها - أعني به الملكية - معلق على موت الموصى. و على هذا فالعقود العهدية التعليقية عقود حقيقة، لما فيها من الإلزام و الالتزام المنوطين بشيء يتوقّع حصوله.

ثالثها: العقود العهدية التنفيذية، و هي التي لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء، كالبيع و الإجارة و النكاح، فإنّ المنشأ في الأوّل - على المشهور - تمليك العين، و في الثاني تمليك المنفعة، و في الثالث التزويج، و لا تعليق فيما ينشأ في هذه العقود أصلاً. و تنقسم العقود العهدية إلى معاوضية مالية و غير معاوضية، فالبيع عقد عهدي تنجيزي معاوضي مالي. و يمتاز عن سائر العقود المالية كالصلح و الهبة بما سيأتي في تعريفه قريباً إن شاء الله تعالى.

الثالث: أنّ الأسباب المملّكة - الموجبة لحصول علقه الملكية بين المال و الشخص - تنحصر في ثلاثة أقسام، إذ السبب إمّا أن يكون قهرياً كالإرث، و إمّا أن يكون اختياريّاً، و السبب الاختياري إمّا أن يكون من الأمور الاعتبارية الإنشائية كالبيع و الإجارة و الهبة، و إمّا أن يكون فعلاً خارجياً كالحيّزة و إحياء الموات، و لا ترتب بين هذه الأقسام، بل هي في



رتبة واحدة، و البيع من القسم الثاني، فإنه من العقود المعاوضية المالية [1].

[1] خلافا لما يظهر من المحقق الايرواني قدس سره من إرجاع جميع النواقل إلى حيازة المباحات، وترتب سائر الأسباب عليها، وقد أفاد ذلك في تعليقه مفصّلة لا بأس بالتعرض لجملة منها:

أولها: أنّ أمّ الأسباب المملّكة هي حيازة المباحات، وكلّ ما عداها من المعاملات الاختيارية والنواقل القهرية- كالإرث- متفرّع عليها وارد في موضوعها، لا أنّها أسباب في عرضها ورتبتها، فكّلّ الأموال كانت أجنبية عن الأشخاص، وكانت نسبتها الى الكل نسبة واحدة، و بالحيازة صارت مرتبطة بالأشخاص، و وردت في سلطانها، و مملوكة لها، فالحيازة هي السبب الوحيد في حدوث الملك، و سائر النواقل تنتهي إليها و لو بوسائط، فإن ملكنا شيئا بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للثمن و لو بوسائط، و ان ملكنا شيئا بالهبة أو بالإرث فقد ملكناه بحيازة من انتقل عنه المال إلينا بما أنّ حيازته حيازتنا كما في الإرث، أو بتفويض منه حقّ حيازته إلينا كما في الهبة.

مثلا- إذا حاز بالصيد طائرا، و باعه، فالمنتقل إلى المشتري- بحسب اللّب و الواقع- هو سلطنة الحائز، فكأنّ المشتري صار مالكا بالحيازة. هذا إذا لم تكن واسطة بين الحائز و المشتري، و كذا الحال مع فرض الوسطة، كما إذا مات الحائز و انتقل المال الى وارثه فباعه، فإنّ المشتري صار مالكا بالحيازة بواسطة قيام الوارث مقام مورّثه.

و على هذا لا ينبغي جعل الناقل القهري و المعاملات الاختيارية المملّكة في رتبة الحيازة، بل هما متأخران عنها و متفرّعان عليها.

ثانيها: أنّ الملكية كما تحصل بالحيازة تزول بالإعراض عن المال و صرف النظر عنه، فالحيازة و الإعراض متقابلان، كالنكاح و الطلاق بالنسبة إلى علقة الزوجية إيجابا و إعداما.

وقد فصل المحقق الايرواني الكلام في مسألة زوال الملك بالإعراض في رسالة «جمان السلك» المطبوعة مع حاشية المكاسب، فلاحظها.

ثالثها: أن المعاملات الموجبة لنقل الربط وتحويل السلطان من شخص الى آخر تنقسم إلى أقسام، لكون اختلاف بعضها مع بعض تارة في مجرد العبارة والألفاظ المنشئة بها، مع اتحاد الواقع والحقيقة، و اخرى بحسب المتعلق، وثالثة في كون بعضها لنقل ربط خاص، و بعضها لنقل ربط آخر.

أما القسم الأول- وهو الاختلاف في مجرد العبارة مع وحدتها جوهرًا وحقيقة- فكالبيع والهبة والصلح، فكل منها يقوم مقام الآخر، إذ كان المؤدى واحداً، والاختلاف في مجرد التعبير، فإذا أراد نقل كتابه إلى زيد بمبلغ كذا جاز له تأدية مقصوده بما يدل على كل واحد من هذه العقود، لاشتراكها في نقل الملك بالعوض.

نعم تختلف في أن الهبة تدل على نقل الملك بالمطابقة، سواء عبّر بها بلفظ التمليك أم الهبة، والبيع والصلح يدلان عليه بالكناية والالتزام. أما البيع فلأن حقيقته تبديل طرف الإضافة، ولأزم هذا التبديل الخاص نقل الملك. وأما الصلح فلأن حقيقته التسالم، فمعنى قوله: «صالحتك عن هذا بكذا هو: أتى مسالمك غير منازعك في هذا، ولئن بسطت يدك لأخذ هذا ما أنا بباسط يدي إليك لأمنعك» وهذه العبارة إذا أتى بها في مقام التمليك أفادته بنحو أبلغ.

وعلى هذا فاختلاف ألفاظ العقود الثلاثة في تأدية نقل الملك بالعوض يكون بالصرحة والظهور، نظير تأدية معنى واحد بعبارات متفاوتة، كقولك: «زيد جواد، ومهزول الفصيل، وكثير الرماد» إذ المراد الجدّي هو الإخبار عن كرم زيد وسخائه، وهو مدلول مطابق للجملّة الأولى، وكنائي للأخيرتين.

و مقتضى اتحاد البيع وأخويه حقيقة اشتراكها في الآثار والشرائط، لكن اختلاف التعبيرات المؤدية إليها صار منشأ لاختلاف الآثار. ولا غرو في ذلك، فإذا أنشأ إعطاء سلطانه

لآخر بعوض بلسان التبديل بين الأصل و العوض كان بيعا، و جرى فيه خيار المجلس، و اعتبر فيه معلومية العوضين، و غير ذلك. و إذا أنشأه بلسان التصالح أو بنفس إعطاء السلطنة- لا بلسان آخر- لم يجر فيه أحكام البيع.

و أما القسم الثاني- و هو الاختلاف في المتعلق- فيمكن التنظير له بالبيع و الوديعة مثلا لكون المقصود بالأول نقل الملك، و بالثاني الاستيمان في الحفظ.

و أما القسم الثالث- و هو كون بعض العقود لنقل ربط خاص غير ما ينقله الآخر- فكالبيع و الإجارة، فإن نقل المنفعة بالبيع و الهبة و الصلح و إن كان صحيحا، و لا يختص البيع بنقل الأعيان كما توهم، إلا أن الفارق بين الإجارة و البيع هو عموم الثاني لنقل العين و المنفعة و الحق، و اختصاص الأول- إذا تعلق بالعين- بنقل المنفعة، فإذا أراد نقل رقبة الدار تعين التعبير بالبيع، و إذا أراد نقل سكنها تعين التعبير بلفظ الإجارة، فالإجارة شأنها نقل ربط خاص غير ما هو شأن البيع، فصح أن الفرق بين الإجارة و البيع معنوي، لا في مجرد العبارة كما في الفرق بين البيع و أخواته» (1). هذا محصل جملة مما أفاده قدس سره في المطالب الثلاثة، و تركنا جملة أخرى من إفاداته خوفا من الإطالة.

لكن في كلماته قدس سره مواقع للنظر ينبغي ذكر بعضها:

فمنها: ما أفاده في المطلب الأول من انتهاء جميع النواقل إلى حيازة المباحات، و وافقه بعض الأجلة كالسيد المحقق الخويي قدس سره على ما في تقرير بحثه الشريف (2).

إذ فيه: أن الظاهر عدم انتهاء النواقل إلى الحيازة خاصة، لاختصاص مملكية الحيازة بالمنقول، مثل ما يحاز بالاحتطاب، أو بالصيد أو بالغوص، و أما غير المنقول- كالأرض- فالظاهر توقف ملكيتها على الإحياء، و عدم كفاية التحجير و إن أوجب حقا. بل لا يتم ذلك

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 71، لاحظ رسالة «جمان السلك في أحكام الملك» ص 216

(2) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 5 الى 7، مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة، ص 358

حتى في المنقول كَلِيَّة، كما في بيع الحرِّ عمله للغير، لتصريح المحقق الايرواني قدس سرّه بجوازه، لكونه من شؤون سلطنته على نفسه، ولا معنى لمالكِيته بالحيازة. وكذا في تملك غنائم الحرب، واسترقاق العبيد و الإمام، لأجنية ذلك كَلّه عن الحيازة المصطلحة.

هذا إذا كان المقصود من كون الحيازة أمّ الأسباب هو الملكيات المتعارفة بين العقلاء.

ولو كان مقصوده قدس سرّه إنهاء جميع النواقل إليها حتى ما ليس متداولاً فعلاً كان أوضح منعاً، فإنّ مالكية النبي و الامام «صلى الله عليهما و آلهما» للأنفال- كرؤوس الجبال و المعادن و الأرض الميتة التي لا ربّ لها- بالملكية الاعتبارية ابتدائية بتفضّله تعالى، و غير مسبوقه بحيازة و لا بسبب آخر، و من المعلوم أنّ الملكيات المتأخرة بهبة الإمام عليه السّلام و بيعه و وقفه و تحليله لا تنتهي إلى الحيازة التي جعلها المحقق الإيرواني قدس سرّه أمّ الأسباب المملّكة.

و لو سلّم انتهاء جميع النواقل إلى الحيازة لم يكن ذلك مصحّحاً لقيام المنتقل إليه مقام الحائز، على ما صرّح به في آخر كلامه بقوله: «فان ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للثمن و لو بوسائط، أو ملكنا شيئاً بالهبة أو بالإرث فقد ملكناه بحيازة من انتقل المال منه إلينا بما أنّ حيازته حيازتنا ..» و ذلك لتوقف مملّكية الحيازة التي هي فعل اختياري على التصدي لها مباشرة أو تسبباً بالاستنابة. و أمّا مجرد الشراء من الحائز الفاقد لكل من المباشرة، و التسبب فلا يوجب صدق الحيازة عليه قطعاً خصوصاً مع كثرة الوسائط.

و منها: ما أفاده في المطلب الثاني من تقابل الحيازة و الإعراض. إذ فيه: عدم كون الإعراض بنفسه مزيلاً لعلاقة الملكية الحادثة بالحيازة، و ليس كالطلاق الرافع لعلاقة الزوجية الحادثة بالنكاح، بل الظاهر كون الاعراض رافعاً للمانع عن تملك الغير بالأخذ و وضع اليد على ما أعرض عنه مالكة، فلو لم يأخذه الغير كان باقياً على ملك المعرض، لوضوح توقف زوال الملك- كإحداثة- على الجعل الشرعي و لو يامضاء سيرة العقلاء الحاكمة بإباحة تملك الغير لا بزوال ملك المعرض بمجرد الإعراض.

ولو شك في ذلك كان مقتضى إطلاق دليل السبب المملّك - أحوالها و أزمانها - بقاء سلطنة المعرض إلا ما أخرجه الدليل، و من المعلوم أنّ المتيقن من السيرة في باب الإعراض هو رفع المانع عن تملك الغير، لا كونه بنفسه مزبلا للعلاقة و الربط.

ولو فرض كون دليل السبب المملّك ليّلا - لفظيا حتى تجري المقدمات فيه كان مقتضى استصحاب الملكية بقاءها و عدم زوالها بالإعراض.

و منها: ما أفاده قدّس سرّه في المطلب الثالث من اشتراك البيع و الصلح و الهبة المعوضة في جامع التملك بالعوض، و افتراقها في مجرد التعبير. و هو كما ترى غير متضح المراد، فان كان مقصوده اتحاد النتائج المترتبة على كلّ منها - و إن تعددت المنشئات حقيقة - كان متينا، إذ لا ريب في حصول هذا النقل الخاص - أعني به نقل الملك بعوض - سواء أنشئ بعنوان البيع أم الهبة أم الصلح. و لا ينافيه اختلاف الآثار و الأحكام بتبع اختلاف المضمون المؤدّي إلى ذلك النقل الخاص.

و إن كان مقصوده قدّس سرّه وحدة هذه العناوين الثلاثة ماهية و حقيقة - فضلا عن اتحاد نتائجها - و كون الاختلاف بينها في مجرد العبارة كما ربما يستفاد من تنظيرها في إفادة التملك بعوض بباب الحقيقة و الكناية فهو غير ظاهر، لوضوح مغايرة البيع و الصلح و الهبة مفهوما، فالبيع في حدّ ذاته متقوم بالمبادلة بين مالين كما سيأتي نقله عن المصباح و مصطلح الفقهاء.

و الهبة هي العطية الخالية عن الأعراض و الأغراض كما في عدة من كتب اللغة، فالمجانّة مأخوذة في حقيقتها، و لذا كان العوض - في الهبة المعوضة - في قبال الفعل لا العين، و لازم ذلك صدق العنوان حتى مع تخلف الموهوب له عن الوفاء بالشرط. فيستند استحقاق ردّ العين الى تخلف الشرط، لا الى انتفاء العنوان. و هذا بخلاف المبادلة في باب البيع، فإنّه لولا العوضان لم يصدق العنوان قطعا.

و أما الصلح فمفهومه - كما قالوا - التراضي و التسالم بين المتنازعين، و هو عقد شرّع

لقطع المنازعة، فالمنشأ فيه هو التسالم على مبادلة مالين أو على أمر آخر، ولا ربط له بنفس المبادلة.

والحاصل: أن البيع والهبة والصلح أمور اعتبارية متميزة حقيقة، ولذا يعتبر في تحقق كل منها في وعاء الاعتبار إنشأؤه بما يصلح عرفاً للدلالة عليه صراحة أو ظهوراً ولو بمعونة القرينة. ولعلّ اختلاف حقائقها منشأ اختلاف أحكامها كاشتراط الهبة بالقبض، واختصاص البيع بخيار المجلس ونحوه، ومن المعلوم أجنبية هذا المعنى عن إفادة مقصود وحداني بالمطابقة تارة وباللزوم أخرى، كما في الإخبار عن جود زيد بعبارات متفاوتة صراحة و ظهوراً.

ووجه الفرق كون المخبر به في المعاني الكنائية واحداً حقيقة، بحيث يكون مدار صدق الخبر وكذبه هو نفس المخبر به كالجود، لا هزال الفصيل ولا كثرة الرماد، وهذا أجنبي عن التملك المشترك بين البيع وأخويه.

ومنها: ما أفاده من تعلق البيع والهبة والصلح بكل من العين والمنفعة والحق. إذ فيه:

أنّه مخالف للمشهور- بل لما تسالموا عليه- من اعتبار كون المعوّض عيناً، وإن أصرّ هذا المحقق قدّس سرّه على الأعمية و ادعى القطع بها.

ومنها: ما أفاده من «أنّ النسبة بين البيع والإجارة العموم المطلق، لكون البيع ناقلاً للعين والمنفعة، والإجارة للمنفعة خاصة» وهو لا يخلو من تهافت لكلامه الآتي بعد أسطر من: أنه لو أراد نقل العين تعيّن الإنشاء بعنوان البيع، ولو أراد تملك المنفعة تعيّن الإنشاء بعنوان الإجارة.

ووجه التنافي ظاهر، إذ بناء على صدق البيع على نقل متعلق السلطان- عينا كان أو منفعة أو حقاً- بعوض لا وجه لتعين نقل المنفعة بعنوان الإجارة، لاقتضاء هذا التعيّن عدم أعمية البيع واختصاصه بنقل الأعيان.

هذا بعض ما يتعلق بكلام المحقق الايرواني قدّس سرّه وإن أمكن التأمل في بعض آخر من

(1) هذا الضمير راجع إلى البيع في قوله: «كتاب البيع» وليس المراد به فعل البائع.

توضيحه: أن «البيع» يطلق على معان ثلاثة:

الأول: فعل البائع- وهو باذل السلعة غالبا- سواء كان بالإنشاء القولي مثل «بعت الكتاب بدينار» أم الفعلية بإعطاء المثلن وأخذ الثمن. و البيع بهذا المعنى يقابل الشراء الذي هو فعل المشتري القابل. وإطلاق البيع على إنشاء الموجب شائع، بل هو المتبادر منه.

الثاني: فعل القابل، وهو معنى حقيقي للبيع أيضا، لكونه من الأضداد كما صرح به ابن منظور «1» وغيره. واستشهد على إرادة الشراء من البيع بما رواه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«لا- يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه، قال أبو عبيد: كان أبو عبيدة وأبو زيد وغيرهما من أهل العلم يقولون: إنما النهي في قوله: لا يبيع على بيع أخيه إنما هو لا يشتري على شراء أخيه، فإثما وقع النهي على المشتري لا على البائع .. إلخ» «2».

الثالث: المعاملة البيعية المعدودة من العقود المعاوضية، وهي في قبال سائر المعاملات من الصلح والإجارة. وهذا المعنى شائع في الأدلة وفي الكتب الفقهية، وهو المراد في قوله تعالى أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَذَرَا الْبَيْعَ وفي قوله عليه السلام في دليل خيار المجلس: «وجب البيع» وفي قول الفقهاء: «كتاب البيع، أحكام البيع» ونحوها.

و الظاهر أن مقصود المصنف من التعرض لكلام المصباح هو بيان معنى المعاملة البيعية المقابلة لسائر المعاملات كالإجارة والهبة و الصلح، فلذا يكون المناسب إرجاع ضمير «هو» إلى البيع بهذا المعنى، لا بمعنى فعل البائع أو المشتري.

إفاداته كجعل مآل عقد النكاح والمزارعة والمساقاة إلى الإجارة، و جعل القرض هبة واستئمانا، فراجع كلامه بتمامه زيد في علو مقامه.

(1) لسان العرب، ج 8، ص 23

(2) لسان العرب، ج 8، ص 23

تعريف البيع لغة

(1) قال في المصباح: «و الأصل في البيع مبادلة مال بمال، لقولهم: بيع رابح و بيع خاسر، و ذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازاً، لأنّه سبب التمليك و التملك، و قولهم: صح البيع أو بطل و نحوه: أي صيغة البيع، لكن لما حذف المضاف و أقيم المضاف إليه مقامه- و هو مذكّر- أسند الفعل إليه بلفظ التذكير» (1).

و يستفاد من كلامه: أن كلمة «البيع» تطلق على أمرين، أحدهما حقيقي، و هو المبادلة بين المالين، و ثانيهما مجازي، و هو العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، من باب إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على سببه. و على هذا فالمراد بالأصل بقريضة قوله: «أطلق على العقد مجازاً» هو المعنى اللغوي الحقيقي الذي كان متداولاً في الأيام السالفة بين عامة الناس. و لعلّ الوجه في التنبيه على مجازية إطلاقه على العقد هو شيوع هذا الإطلاق بحيث ربما يتوهم كون البيع مشتركاً بين المبادلة و العقد، أو كونه منقولاً عن المعنى الأول إلى الثاني [1].

[1] و قد يقال: بإمكان إرادة معنى آخر من الأصل «و هو ما كان متعارفاً في الأيام السالفة من كون البيع عبارة عن مطلق المبادلة بين الأموال، بديهية أنه لو كان غرض الفيومي من هذه الكلمة هو اللغة لوجب أن يصدرّ كلامه بلفظ الأصل عند شرح كل مادة ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب و مجمع البحرين في مادة المال» (2).

لكن قد يشكل بأنّ كون البيع في الأيام السالفة عبارة عن مطلق المبادلة بين المالين لا ينافي إرادة الموضوع له من «الأصل» بعد مقابلته للمعنى المجازي بقوله: «ثم أطلق على العقد مجازاً» لصلاحيّة هذه المقابلة للقرينية على إرادة المعنى بحسب الوضع الأولي من كلمة

(1): المصباح المنير، ج 1، ص 69

(2) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 10



---

«الأصل» بناء على تسليم كون اللغوي من أهل الخبرة بالأوضاع لا بمجرد موارد الاستعمال، كما هو غير بعيد بالنسبة إلى أئمة اللغة الذين كان دأبهم استكشاف معاني الألفاظ من تتبع موارد الاستعمال واستعلامها من محاورات أهل البوادي والقرى بلا إعمال نظر من أنفسهم حتى يكون إخبارهم حدسيًا.

وأما الاستشهاد بما في لسان العرب والمجمع فلم يظهر صراحة كلاهما في أنّ المراد بالأصل هو المعنى المتعارف في الأيام السالفة- لا المعنى الحقيقي اللغوي- قال في اللسان:

«قال ابن الأثير: المال في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتني ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم» «1». إذ المذكور في هذه العبارة معان ثلاثة للمال، أحدها الذهب والفضة، ثانيها كل عين متمولة. ثالثها الإبل. وحيث إن إطلاق المال على الأخيرين حدث في عصر متأخر بمقتضى قوله: «ثم أطلق» كان مقصوده من الأصل هو المعنى الحقيقي الموضوع له اللفظ أولًا، ثم نقل إلى وضع تعيني ثانياً وهو مطلق الأعيان المتمولة.

وعلى هذا فلا يبعد أن يراد بالأصل في كلام المصباح واللسان معنى واحد، وهو الموضوع له، والنكتة في تصدير الكلام بالأصل هو التنبيه على أنّ الموضوع له أولاً مغاير لما يستعمل فيه اللفظ في عهد متأخر، وأنّ هذا المعنى الحادث إمّا مجاز بعلاقة السببية والمسببية كما في استعمال البيع في العقد، وإمّا حقيقي أيضاً من باب النقل أو الاشتراك كما في إطلاق المال على كل عين متمولة. فلو لم يكن للفظ معان متعددة لم يكن وجه لتصدير المعنى بالأصل، كما لم نظفر بذلك في موارد وحدة المعنى. نعم عبارة المصباح لا تخلو من مسامحة سيأتي بيانها ان شاء الله تعالى.

---

(1): لسان العرب، ج 11، ص 636

(1) فالبيع اسم للمبادلة التي هي الملتزم بها، لا للعقد الذي هو نفس الالتزامين المرتبطين، و من المعلوم مغايرة الالتزام للملتزم به، لكون الثاني نتيجة للأول، فإطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة التسيب، كما تقدم في كلام المصباح بقوله: «ثم أطلق على العقد مجازاً».

(2) قد تقدم أنفاً كلام ابن الأثير في معنى المال، ونحوه عبارة مجمع البحرين، لكن فسّره في القاموس بأن «المال ما ملكته من كلّ شيء» (1) ويحتمل التعميم لغير الأعيان، من المنافع والحقوق، فيكون مخالفاً لمن خصّه بالأعيان، كما يحتمل إرادة عدم اختصاص المال بالذهب والفضة، وشموله لكل عين متموّلة، بلا- نظر إلى إطلاقه على المنافع، وعلى هذا الاحتمال الثاني لا يختلف معنى «المال» بحسب اللغة، لكون «الأعيان» هي القدر المتيقن من «المال».

ثم إن مقتضى الجمود على تعريف المصباح اعتبار عينية كلا العوضين في صدق مفهوم البيع.

لكن الظاهر إطلاق المال على ما هو أعم من الأعيان، وصدقه على المنافع أيضاً. ولو لم يكن المال حقيقة في الأعم فلا أقل من استقرار اصطلاح الفقهاء عليه، كما يظهر بمراجعة كلماتهم، ولذا حكم المصنف قدس سرّه بجواز وقوع المنافع عوضاً في البيع، وهو كاشف عن إطلاق المال عليها حقيقة كإطلاقه على الأعيان المتمولة. وكذا لا ريب في كون الإجارة من نواقل الملك، مع أنّ العوضين أو أحدهما من المنافع.

نعم تفتقر الإجارة عن البيع من جهة المتعلق، فالبيع تمليك عين بعوض، والإجارة تمليك منفعة كذلك. وسيأتي في المتن اعتبار عينية المبيع [1].

[1] بقيت أمور تتعلق بتعريف المصباح:

الأول: أنّ المبادلة بين المالكين قد تكون خارجية بحسب المكان والزمان ونحوهما كجعل شيء مكان آخر كتبديل ثوب برداء، وقد تكون اعتبارية. ولما كان البيع من نواقل الملك تعين إرادة المبادلة الاعتبارية في الإضافة القائمة بالمالكين، لما أفيد من أنّها من سنخ

(1): القاموس المحيط، ج 4، ص 52

المعاني التي لا استقلال لها في التحصّل، بل لا بدّ أن تكون بلحاظ أمر كالحكومة والرئاسة والملكية، وحيث كانت مضافة هنا إلى المال- بما هو مال- علم منها إرادة التبديل المعاملي، و التسبب الى جعل شي ء مكان شي ء في الملكية أو الحقيقيّة أو المصرفية، وإن كان أظهر خواص البيع التمليك كما لا يخفى.

ثم إنّه بناء على كون الملكية إضافة اعتبارية، تتحقّق أمور ثلاثة، الأول: المضاف إليه، وهو المالك، الثاني: المضاف وهو المال، الثالث: نفس النسبة الخاصة و الإضافة المتحققة بين المالك و المملوك، المعبر عنها بالملكية.

البيع تبديل الإضافة و طرفها و لا- ريب في اقتضاء البيع- و سائر النواقل- التبديل في المضاف أعني به المالكين المملوكين، فكّل من المتعاملين يخلع يده عن ماله و يحلّ ربطه به و يشدّها بعوضه، إنما الكلام في أنّ البيع هل يقتضي بدليّة إحدى الإضافتين عن الأخرى بعد الفراغ عن اقتضائه بدليّة المضاف، أم يؤثّر في بدليّة المضاف خاصة و بقاء الإضافة على حالها؟ ذهب شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه إلى الثاني، و لأجله فسّر تعريف البيع «بالمبادلة بين مالين» بأنّه: تبديل أحد طرفي الإضافة بطرف إضافة أخرى، لا نفس تبديل إضافة بإضافة أخرى.

و محصل كلامه قدّس سرّه: أنّ التبديل إمّا أن يكون بين المالين أو بين المملوكين، و لا معنى للتبديل بين الملكيتين، فالملكية الاعتبارية تكون كالخيوط الذي أحد طرفيه بيد المالك، و طرفه الآخر بالمملوك، ففي باب الإرث يحلّ الربط الملكي عن المورث و يشدّ بالوارث مع بقاء الربط و المال على حالهما، و لذا لو كان المال متعلق حق الغير انتقل الى الوارث كذلك.

و في العقود المعاوضية- و كذا الخالية عن العوض كالهبة- يحدث التغيير في الطرف الآخر و هو المملوك، فيحلّ ربط المالك عن ماله و يشدّ بالعوض، و لا يحدث تغيير في المالين و لا الملكيتين. و هذا هو المقصود من اقتضاء البيع بدلية أحد المضافين عن الآخر،

لا بدلية إحدى الملكيتين عن الأخرى.

و يدل عليه أمران، أحدهما: أن نفوذ تصرف المالك في ماله بالتصرفات المشروعة يستند إلى قاعدة السلطنة، و من المعلوم أن المجعول هو السلطنة على الأموال لا على الملكية الاعتبارية الكائنة بين الملاك و أموالهم، فلو اقتضى البيع تبديل ملكية بملكية أخرى- لا تبديل مملوك بمثله- لزم إثبات سلطنة المالك على ملكيته، و الملكية هي السلطنة على أنحاء التصرفات في المال، و لا معنى للسلطنة على السلطنة، لما عرفت من أن موضوع مثل «الناس مسلطون على أموالهم» هو الأموال لا الأحكام. و لعلّه لهذا يقال بعدم زوال الملكية بالإعراض، إذ لا دليل على ثبوت سلطنة المالك على إزالة ملكيته عن ملكه، و لذا لم يبين الجلل لولا الكلل على مشرعية قاعدة السلطنة.

ثانيهما: أن الوجدان حاكم بأن فعل المتبايعين نقل الأموال، لا نقل الملكية القائمة بها، فالبائع يعطي المثل، لا أنه يعطي واجديته له، و المشتري أيضا يعطي الثمن لا واجديته له.

و كذا الحال في الهبة الخالية عن العوض، فإن الواهب ينقل ماله إلى المتهب في عالم الاعتبار، و لازمه انعدام الإضافة الاعتبارية، و حدوث إضافة أخرى بين المتهب و العين الموهوبة، لا أن فعل الواهب- ابتداء- نقل إضافته إلى المتهب. هذا محصل ما أفاده مقرر بحثه الشريف (1).

و الإراد عليه بالنقص «تارة ببيع الكلي الذي لا ريب في صحته مع أنه لا نقل فيه من طرف إضافة البائع إلى طرف إضافة أخرى، لعدم كونه مملوكا له. و اخرى ببيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه، لعدم خروج شيء عن طرف إضافة ملكية إلى طرف إضافة ملكية اخرى» لعلّه نشأ من عدم ملاحظة تمام كلامه، و أن تعريف البيع بتبديل طرفي الإضافة مخصوص بالبيع المتعارفة بين الملاك، و مورده الأعيان الخارجية، فموردا النقض خارجان عن حدّ التعريف المتقدم. أما بيع الكلي فقد قال فيه المحقق النائيني: «ليس المعتبر في البيع إلا كون

(1): المكاسب و البيع للعلامة الحجة الشيخ الآملي، ج 1، ص 86، 87

المبيع منتقلا عن البائع إلى المشتري، وهو حاصل بالبيع، ولا يكون لاعتبار الأزيد منه دليل حتى يكون الالتزام به موجبا للإشكال» (1).  
نعم في تملك البائع للكلي بنفس البيع أو قبله أنا ما كلام لعلّه سيأتي التعرض له في اعتبار عينية المبيع.

وأما بيع وليّ الموقوفة فقد أفاد في حلّه بقوله: «إنّ الملكية المعتبرة في البيع عبارة عن السلطنة على البيع، ولذا يصح بيع الولي لماله الولاية على بيعه، مع أنه ليس ملكا له، والمراد بالملك في قوله: - لا يبيع إلا في ملك - هو السلطنة على البيع ..» (2).

نعم يشكل المساعدة على جملة ممّا أفاده الميرزا قدّس سرّه.

منها: «جعل البيع تبديل طرفي الإضافتين، على خلاف باب الإرث الذي يتبدل فيه المضاف إليه بمضاف إليه آخر، مع بقاء نفس الإضافة و المضاف وهو المال على حالهما، فالبائع يحلّ ربطه بالثمن ويعقده بالثمن». ووجه الإشكال فيه: أنّ القابل للنقل وإن كان هو المضاف لا- الإضافة القائمة به، إلاّ أنّها تزول قطعا بزوال أحد طرفيها، إذ الإضافات تتشخص بأطرافها، فحلّ الإضافة من طرف المملوك- وهو المبيع- مع بقائها في طرف المالك- أعني به البائع- محال، ضرورة امتناع بقاء الإضافة المتقومة بطرفين بعد ارتفاع أحدهما، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع فلا محالة تزول الإضافة عن البائع أيضا، لتقومها به وبالمبيع، فتحدث إضافة أخرى قائمة بالبائع وبالثمن. وكذا الحال في المشتري. وذلك لتضاييف المالكية والمملوكية، وهما متكافئتان في القوة والفعل. فكما لا يعقل بقاء المملوك بلا مالك- ولو كان كليّا، كما في مالكية السادة للخمس، والفقراء للزكاة- فكذا لا يعقل بقاء المالك بلا مملوك، فكيف تبقى إضافة المالكية للبائع بعد زوال إضافة المملوكية عن المبيع؟ وعليه فلا بد من الالتزام بتبدل نفس الإضافة القائمة بالبائع والمبيع أيضا، و حدوث إضافة مثلها قائمة بالبائع و الثمن.

ومنّه يظهر حكم باب الإرث، لاستحالة بقاء المملوكية و الملكية مع انخلاع يد

(1) المكاسب و البيع، ج 1، ص 89

(2) المكاسب و البيع، ج 1، ص 89

المورث وقيام الوارث مقامه، فلا بد من حدوث إضافة جديدة أيضا بين الوارث و مال المورث.

ومنها: «الاستدلال على مدّاه بقاعدة السلطنة و كون الملكية هي السلطنة».

ووجه غموضه أولا: منع كون الملك سلطنة، بل هي من لوازمه و آثاره، كما تثبت في غير الملك أيضا على ما سيأتي ان شاء الله تعالى في بحث الحقوق من افتراق أحدهما عن الآخر كما في ملك الصبي المحجور عن التصرف في ماله، و سلطنة ولي الموقوفة على التصرف الناقل عند طروء المسوّغ. و كذا عدّ الماتن قدّس سرّه بعض الحقوق سلطنة، مع اختلاف إضافتي الملكية و الحقيّة سنخا. و الاستشهاد بحديث السلطنة غير ظاهر، إذ لو كانت الملكية هي السلطنة- كما تكرر في كلماته- كان الحديث مسوقا لتوضيح الواضح أعني به «الناس مالكون لأموالهم». و هو مما يباه الذوق السليم. مضافا الى عدم التزامهم به كما سيأتي تفصيله في أدلة مملكية المعاطاة إن شاء الله تعالى. فالصحيح أنّ السلطنة من أحكام الملك لا نفسه، لأنّ المسلّط عليه ليست المباحات الأصليّة، بل بقريّة إضافتها إلى الملاك هي الأموال المملوكة لهم، فالمقصود كون المالك سلطانا على أنحاء التصرفات المشروعة في ماله و لو بإخراجه عن الملك ببيع أو هبة أو إعراض.

و ثانيا: أنّ المحذور الذي ألجأ هذا المحقق الى جعل البيع تبديل طرفي الإضافة- لعدم سلطنة الناس على الملكية التي هي السلطنة، بل متعلقها الأموال- يترتب على كلامه أيضا، و ذلك لأنّ مقتضى تفسير الملكية بالسلطنة إثبات طرفيها و هما السلطان و المسلّط عليه أي المالك و المملوك، فخلع المال عن طرفية السلطنة تصرّف في موضوعها، و المفروض أن الناس مسلّطون على أموالهم لا على سلطانهم، فلا يتكفل الحديث التصرّف في نفس السلطنة القائمة بطرفين، و المفروض ارتكاب التصرف قهرا بإخراج المسلّط عليه عن طرفية السلطنة، و لازمه كما مرّ أنّ انتفاء أصل السلطنة، مع أنّ إعدام السلطنة ليس مدلول الحديث كما اعترف به.

ومنها: تفسير الملكية تارة بالجددة كما في قوله: «فالبائع يعطي المثلن لا واجديته له» و اخرى بالإضافة مكرّرا. و التنافي بين الجدة الاعترابية و الإضافة الاعترابية واضح، فإما أن تكون الملكية اعتبار مقولة الجدة تنزيلا لها منزلة الملكية الحقيقية المفسّرة في كلمات بعضهم بالجددة و ب «له»، وإما تكون اعتبار مقولة الإضافة كما مال إليها بعض المحققين قدّس سرّه.

وقد تحصّل: أنّ البيع يفيد بديلة المضاف و المضاف إليه و الإضافة، لما عرفت من أنّ الملكية- و نحوها- من البسائط المتقومة بطرفيها، و يستحيل تبدل الطرف و بقاء الإضافة. و الأمور الاعترابية و ان افترقت عن المقولات و الحقائق المتأصلة، إلّا أنّها مشاركة لها في جملة من الأحكام كما لا يخفى، و لا فرق في استحالة بقاء الإضافة بدون المضاف بين المقولية و الاعترابية.

المبادلة بين المالين تحصل بإنشاء البائع الأمر الثاني: أن المبادلة- التي هي البيع حقيقة- هل تتحقق بفعل البائع أم تتوقف على فعل المشتري أيضا؟ الظاهر ذلك، لأنّ ما ينشؤه البائع هو المبادلة، غاية الأمر أن تأثير إنشائه منوط بقبول المشتري.

و بعبارة أخرى: جعل كلّ من المالين قائما مقام الآخر و تلوّن كل منهما بلون الآخر يتحقق بإيجاب البائع، لأنّ تبديل المبيع بالثلن يستلزم العكس، لكون البديلة من المتضائفات، فصيرورة المبيع بدلا توجب بديلة الثمن أيضا عن المبيع، فإنشاء البائع يوجب اتصاف كل من المالين بالبديلة. لكن تعارف التعبير عن أحدهما بالمعوض و عن الآخر بالعوض، من جهة أنّ الملحوظ في إنشاء البيع- غالبا- مبدلية المبيع و أصلته، و بديلة الثمن عنه، كما يدلّ عليه دخول الباء في الثمن في قول البائع: بعتك هذا بدينار مثلا.

و الحاصل: أنّ عنوان المبادلة و المعاوضة يقتضي اتصاف كل منهما بالبديلة. فباب المعاوضة يكون نظير الأبدال العرضية، كخصال الكفارة المخيّرة، لا الأبدال الطولية كالكفارة

المرتبة، والأبدال الاضطرارية كالصلوات العذرية، فإنها وإن اتصفت بالبدلية، لكن لا تتصف مبدلاتها- وهي الصلوات الاختيارية- بالبدلية، لأنها واجبات أولية، وليست هي أبداً عن الصلوات الاضطرارية التي هي واجبات ثانوية كما لا يخفى.

لا يختص المبادلة في البيع بالإضافة الملكية الأمر الثالث: قد ظهر أنّ المبادلة البيعية تكون في الإضافة المالكية غالباً، وهل يتوقف صدق مفهوم البيع على هذه المبادلة الخاصة بحيث لولاها لم يكن المنشأ يباع بل معاملة أخرى، أم أنها غير دخيلة في تحقق العنوان؟ الظاهر عدم اعتبار وقوع المبادلة في خصوص إضافة الملكية، لصدق مفهوم البيع على نقل الأعيان الموقوفة العامة بعوض - عند طرؤ المسوّغ لبيعها- لعدم كون الوقف العام ملكاً لأحد، والمتولي الخاص أو الحاكم الشرعي وإن كان سلطاناً على البيع، إلا أنه لا مالك في البين. وكذا في بيع الحاكم الأجناس الزكوية أو حق الامام عليه السلام، أو اشترى به شيئاً- بناء على عدم صيرورته ملكاً لأحد، بل جعل لمصرف خاص، فالمبادلة تكون بين إضافة مصرفية من طرف، وإضافة ملكية أو غيرها من طرف آخر.

وعليه فأخذ التمليك في حدّ البيع منزّل على الغالب، وليس لحصر المفهوم فيه.

اعتبار مالية العوضين وكيف كان فهل يعتبر مالية العوضين في صدق البيع عرفاً أم لا؟ وعلى الأوّل فهل اللازم الاتصاف بها قبل إنشاء المعاملة أم يصح البيع ولو صار مالا بنفس البيع كما هو مبنى التشكيك في مالية عمل الحر قبل المعاوضة عليه، وعدم وقوعه ثمناً في البيع أم تكفي ماليته مطلقاً؟ الظاهر اعتبار مالية العوضين وإن كان الاتصاف بها بعد البيع، لصدق المبادلة بين مال و مال، فليتأمل.

وأما إنكار أصل المالية بدعوى: «أن المدار على صدق المعاوضة بين شيئين سواء أكانا



---

مالا عند العقلاء أم لا كالحشرات، فإذا لم يكن المبيع مما يرغب فيه النوع الذي هو المناط في مالية الأشياء لا الرغبات الشخصية و اشتراه بأعلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. كما إذا اشترى أحد تصوير جدّه أو خطّه لرغبته في حفظه، ولم يكن بنظر العقلاء يساوي فلنسا صحّ شراؤه.

و المعاملة وإن كانت سفهية، إلا أنّه لا دليل على بطلانها، بعد ما شملتها أدلة الإمضاء، و الفاسد شرعا معاملة السفهية من جهة الحجر لا المعاملة السفهية. و عليه فأخذ المال في تعريف المصباح مبني على المسامحة، إذ لا تعتبر المالية فيه عرفا و شرعا، و لو سلّم قيام الدليل الشرعي على اعتبار المالية فيه كان ذلك حكما تعديدا غير مرتبط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه «1».

فلا يخلو من غموض، و دعوى دخل المالية في مفهوم البيع عرفا قريبة جدّا، و دخلها شرعا في الصحة و النفوذ ليس لتعبد خاص، بل لتوقف صدقه على ذلك، لأنّ المقصود بالبيع هو المعاملة الاعتبارية التي يتداولها العقلاء لغرض تسديد حوائجهم و تمشية أمورهم، و هذا هو موضوع أدلة الإمضاء، و من المعلوم أنّ ما لا يتنافس العقلاء على اقتنائه و لا يرغبون في تحصيله لعدم ترتب فائدة عليه لا يتعاملون عليه، إذ لا غرض يتعلق بالمبادلة بين ما يكون فاقدا لمناط المالية، فيصح سلب عنوان البيع عن تبديل مقدار من الثلج بمثله في فصل الشتاء في منطقة جليدية، و عن تبديل كأس من ماء النهر بمثله على الشاطئ، و نحو ذلك، بل نفس هذا التبديل لغو بحيث لو صدر من بعضهم كان سفهيا.

و الحاصل: أنّ البيع ماهية اعتبارية تدور في كل مورد مدار اعتبار العقلاء و تباينهم، و ليس التبديل بين ما لا يتعلّق غرضهم بتحصيله بيعا. و حيث اعتبر مالية العوضين في صدق مفهومه فدخلها في البيع النافذ شرعا أمر مفروغ عنه. و لا أقل من كون الشبهة مفهومية، و لا مجال حينئذ للتمسك بالإطلاقات.

هذا بحسب الكبرى. و أما خصوص المثال المذكور في كلامه قدّس سرّه من بذل الثمن بإزاء

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 24

اقتناء خط الجدد ونحوه فيمكن أن يقال: بكونه بيعا، لوجود مناط المالية- وهو الرغبة النوعية- فيه، إذ من المتعارف- لا سيما في هذا العصر- بذل المال الكثير لاقتناء آثار السلف كتراث يتحفظ عليه، ف شراء شخص خط جدّه لا يعدّ بنظر العقلاء سفهيا بل هو أمر جرت سيرتهم عليه، لما عرفت من أن ما يوجب انحفاظ الخصوصيات و صفات الأب و الجد أو غيرهما- ممّن له علقه طبيعية أو معنوية بمن يطلب تصويره أو خطّه أو سائر آثاره- مال قطعاً. و لو نوقش في صدق البيع عليه أمكن جعلها معاملة مستقلة.

و عليه فتعريف المصباح من جهة أخذ المال فيه سليم عن المناقشة.

نعم نوقش فيه بوجه أخرى:

مناقشات في تعريف البيع بالمبادلة بين المالين أ- أعمية المال من العين و المنفعة منها: ما في حاشية السيد قدّس سرّه من قوله: «ثم لا يخفى ما في تعريف المصباح من المسامحة، لأنّ مطلق مبادلة مال بمال لا يكون بيعا، و إلا فالصلح و الإجارة و نحوهما كذلك. و أيضا البيع ليس مبادلة بل تمليك عين بعوض .. و أيضا يعتبر أن يكون المبيع عينا، و المال أعم، فيعلم من هذه أنه ليس بصدد بيان الحقيقة إلا في الجملة ..» (1).

أقول: لا ريب في عدم كون شأن اللغوي تحديد المفهوم من جميع الجهات، خصوصا في الأمور الاعتبارية التي هي من البسائط الفاقدة للجنس و الفصل و نحوهما ممّا يبيّن حقيقة الشيء و يكشف عنه، كما اعترف السيد قدّس سرّه بذلك في آخر كلامه.

لكن لو فرض كون تعريف المصباح لفظيا لم يرد عليه بعض ما أورده السيّد عليه.

أما الإشكال الأوّل فلا يخلو من تهافت مع الثالث، و ذلك لابتناء النقض بالإجارة على فرض أعمية المال من العين، فلو قيل باختصاصه بها- كما هو مبنى الاشكال الثالث- لم ينتقض

---

(1): حاشية المكاسب، ص 53

تعريف المصباح بالإجارة، لفرض عدم كونها مفيدة لتمليك العين سواء قيل في تعريفها بأنها تمليك منفعة بعوض، أم بأنها التسليط على العين لاستيفاء منفعتها كما اختاره السيد في العروة.

وعلى كل لا تقع العين طرفاً للتمليك إلا بناء على جعل حقيقة الإجارة «تمليك العين في جهة خاصة» في قبال البيع المفيد لملك العين من جميع الجهات، لكنه لا يخلو من بحث سيأتي التعرض له إن شاء الله تعالى.

والحاصل: أن النقض بالإجارة موقوف على أعمية المال من العين، كما هو مبنى الأشكال الأول، فلو قيل باعتبار كون المبيع عيناً وهو الصحيح - كما أفاده في الأشكال الثالث - لم يبق مجال للنقض بالإجارة كما هو واضح.

وأما النقض بالصلح فغير ظاهر أيضاً، لما تقدم في ما يتعلق بكلام المحقق الإيرواني قدس سره من أن المناط في العناوين المعاملية القصديّة هو المنشئات لا النتائج المترتبة عليها، ولما كان المنشأ بعقد الصلح نفس التسالم - مهما كان المتسالم عليه - لم ينتقض تعريف البيع به.

وأما الإشكال الثاني - وهو كون البيع تمليكا لا - مبادلة - فنوقش فيه بظهور التمليك في المقابلة بين التسليطين لا المالكين، وحيث إنّ السلطنة حكم شرعي موضوعه الأملك لا الأحكام، فإنّ الناس مسلطون على أموالهم لا على أحكامهم، لم تكن قابلة للنقل إلى الغير حتى يكون البيع نقلاً لها، وإنما القابل له طرف الإضافة وهو المال، وإلا فالسلطنة والملكية كجواز شرب الماء أحكام شرعية ليست ممّا يتعلق به السلطان حتى تنتقل إلى الغير (1). هذا محصّل ما في تقرير بحث المحقق النائيني قدس سره.

لكن يمكن أن يقال: بأنّه إن أريد بالتمليك إحداث السلطنة التي هي حكم شرعي، اتجه الأشكال عليه، لكونه نظير إحداث جواز شرب الماء، وهو غير قابل للنقل إلى الغير. وإن أريد به الإضافة الاعتبارية المعبر عنها بالملكية فالظاهر جواز نقلها إلى الغير بما جعله الشارع ناقلاً لها، كما لا مانع من سلبها عن نفسه بالإعراض بناء على زوال الملك به. و المبادلة البيعية وإن

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 34

كانت بين المالكين، إلا أنّ أشخاص الملكيات و الإضافات تتغيّر أيضا بعد ما تقدم من تشخيص كل إضافة بطرفيها، و من عدم كون السلطنة هي الملكية بل من آثارها.

نعم يمكن منع إشكال السيد قدس سرّه بعدم كون إنشاء التمليك جامعا لجزئيات البيع، لاختصاصه بما إذا نقل الملك. و أمّا في مثل بيع العبد تحت الشدة و بيع آلات البناء لتعمير القناطر و الخانات و المساجد بسهم سبيل الله من الزكاة، فلا تمليك في البين إلا على توجيه لا يخلو من تكلف.

و على هذا فلو كان مقصود الفيومي من تعريف البيع بالمبادلة خصوص التبديل الملكي كان إشكال عدم جامعية التعريف باقيا عليه. و لو كان مراده ما هو أعم من ذلك، أي قيام كل منهما مقام الآخر فيما له من الأوصاف- نظير التنزيلات الشرعية كتزليل الطواف منزلة الصلاة في مالها من الأحكام و الآثار- كان متينا. كما لو باع المتولّي العين الموقوفة- عند طروء مسوِّغ بيعها- فإنّها تصير ملكا للمشتري و تكتسب لون الثمن و هو الملكية، كما يكتسب الثمن لون المبيع و يصير وقفا، و من المعلوم كون المبادلة حيثية و إضافة قائمة بالمالكين، و هذه الحيثية دعت الى تفسير البيع بالمبادلة. هذا إذا كان مقصود السيد قدس سرّه أخذ التمليك في مفهوم البيع من جهة كونه من العقود المعاوضية الناقلة للملك.

و إن كان مقصوده لحاظ حيثية إضافة الفعل الى فاعله و مبدأ صدوره و هو البائع المتصدّي لتبديل الإضافة الاعتبارية من دون دخل لقبول المشتري إلا في التنفيذ و الإمضاء- و هذا يناسبه التعبير بالتبديل دون المبادلة- فسيأتي بيانه في إشكال صاحب الكفاية إن شاء الله تعالى.

ب- البيع تبديل بين مالين لا مبادلة بينهما و منها: ما أورده المحقق الخراساني قدس سرّه على تعريف المصباح بقوله: «التعبير بالمبادلة لا يخلو من مسامحة، و حقه أن يقال: تبديل مال بمال، فإنه من فعل الواحد، لا الاثنين،

و محصله: أن المنسوب إلى مشهور علماء العربية في الفرق بين بابي المفاعلة و التفعيل دلالة الأول على قيام المبدأ باثنين و اشتراكهما في صدور الفعل كما هو ظاهر مثل «ضارب زيد عمرو» و تلبسهما بالضرب معاً، بخلاف الفعل الثلاثي المجرد من هذه المادة مثل «ضرب زيد عمرو» الظاهر في قيام المبدأ صدورا بزيد و وقوعاً بعمرو. و دلالة الثاني - و هو التفعيل - على قيام الفعل بالفاعل مع لحاظ حيثية التعدية إلى الغير. و حيث إن إنشاء البيع يكون بيد البائع فقط و لا دخالة للمشتري فيه سوى الإمضاء كان المناسب التعبير بالتبديل لا المبادلة الظاهرة في تصدي كل من الموجب و القابل لها، هذا.

و اعترض عليه تلميذه المحقق الأصفهاني قدس سره بوجهين، يبتني أحدهما على تصحيح التعبير بالمبادلة على مختار مشهور علماء الأدب، و ثانيهما على مبنى آخر ابتكره في مدلول هيئة المفاعلة و التفاعل.

و محصل هذا الوجه الثاني: أن باب المفاعلة وضع للدلالة على مجرد تعدية المادة و إنهاؤها إلى الغير من غير فرق بين الأفعال اللازمة و المتعدية، فإن صوغها من باب المفاعلة يدل على أن حيثية إنهاء المادة إلى شخص آخر ملحوظة فيها. و استشهد على مدعاه بعدد من استعمالات هذه الهيئة في الكتاب العزيز و غيره مع عدم صحة إفادة الاشتراك في المبدأ، أو عدم إرادته، و قد تصدى قدس سره لإثبات مراده ببيان أوفى في تعليقه الأنيقة على الكفاية (2) و قد تعرضنا له و لما يتعلق به في رسالة لا ضرر، فراجع (3).

و لهذا فالأولى الاقتصار هنا على ما أفاده في الوجه الأول من الاشكال قال قدس سره: «و يمكن أن يقال: ان التبديل مجرد جعل شيء ذا بدل، سواء كان له مساس بالغير أم لا، و المبادلة

(1): حاشية المكاسب، ص 3

(2) نهاية الدراية، ج 2، ص 317، الطبعة الحجرية.

(3) منتهى الدراية، ج 6، ص 566 الى 573

تكون بهذا المعنى مع المساس بالغير، وينسب الفعل المشتق منها إلى من هو الأصيل في التبدل كالموجب في البيع، ومع الأصالة في الطرفين ينسب إليهما التبادل كما هو الفارق بين المفاعلة و التفاعل في فنّ الأدبية، فتبيّن وجه التعبير عن البيع بالمبادلة دون التبدل ..» (1).

أقول: الظاهر أولوية تعريف البيع بالمبادلة سواء أريد به المعاملة البيعية أم فعل البائع وإنشاؤه. أمّا على الأوّل- كما هو الظاهر، إذ المقصود تعريف البيع و تمييز حقيقته عن سائر العقود المالية- فواضح، لقيام هذه الماهية الاعتبارية بطرفين و بمالين و لو كان قبول المشتري مجرد إمضاء و مطاوعة لإيجاب البائع.

و أمّا على الثاني فلأنه لا بدّ من وفاء التعريف بما يكون دخيلاً في المعرّف، و هو في المقام أمران، أوّلهما: أنّ الملحوظ حين إنشاء البيع- غالباً- هو مبدلية المبيع و أصلته، و بدلية الثمن عنه، حيث يعتني المشتري بخصوصية المبيع. لا مجرد ماليته، بخلاف البائع الذي لا يهتمّه إلّا حفظ مالية ماله. فالبيع يمتاز عن سائر المعاوضات بهذه الجهة.

ثانيهما: أن البيع و إن كان من العقود القائمة بطرفين، إلّا أنّ إنشاء ماهيته يكون بيد البائع، و شأن المشتري المطاوعة و الإمضاء، لا إحداث فرد آخر من المبادلة الاعتبارية.

و المتكفل لهذين الأمرين هيئة المفاعلة لا التفعيل، فإنّها تدل على قيام المبدأ بطرفين مع حيثية أخرى لا تتكفلها هيئة التفاعل بعد تضمن كلا البابين للاشتراك في المادة، و الفارق- كما نسب الى مشهور علماء الأدب- دلالة المفاعلة على انتساب المادة إلى أحدهما بالأصالة و إلى الآخر بالتبع، كما في «ضارب زيد عمروا». و دلالة التفاعل على استواء نسبتها إليها بلا أصالة من أحدهما و تبعية من الآخر كما في: تضارب زيد و عمرو.

و عليه فتعريف البيع بالمبادلة يدلّ على أنّ الأصيل في التبدل هو البائع، و يكون قبول

---

(1): حاشية المكاسب، ص 2

---

المشتري تبديلا ضمنيا تبعا، فحيثية الأصالة و التبعية الملحوظة في الإيجاب و القبول مدلول عليها بهيئة المبادلة.

و من المعلوم قصور «التبديل» عن إفادة دخل هذه الحيثية في البيع، لما أفاده المحقق الأصفهاني - و يظهر بمراجعة اللغة- من أن التبديل مجرد جعل الشيء ذا بدل و لو بتغيير هيئته كتغيير صورة الخاتم بالحلقة، و تغيير صورة الثوب بالرداء، و هذا لا ربط له بالبيع القائم بطرفين. قال في لسان العرب: «و تبديل الشيء تغييره و إن لم تأت ببدل. و الأصل في التبديل:

تغيير الشيء عن حاله. و الأصل في الإبدال: جعل شيء مكان شيء آخر .. و بادل الرجل مبادلة و بدالا: أعطاه مثل ما أخذ منه ..» (1).

و على هذا فالبيع و إن كان فعل البائع، لكن المفروض مساسه بالغير و هو المشتري، و الدال على هذه الحيثية- مع الأصالة و التبعية- هي هيئة المفاعلة لا التبديل.

كما أنه تستفاد حيثية كون المبيع أصلا و الثمن بدلا من حرف الجر في «بمال» فإتفا للعوض، فتدل على مبدلية المال الأول و بدلية المال الثاني عنه. هذا لو لم يدل نفس هيئة المبادلة على لحاظ معوضيّة المبيع و عوضيّة الثمن، و إلا كان الدال على هذه الحيثية أمرين أحدهما هيئة المبادلة و ثانيهما حرف الجرّ.

و الحاصل: أنّ تعريف المصباح يتكفل الأمور المعتمدة في البيع من قيامه بطرفين، و كون إنشائه بيد البائع، و من ملاحظة المبيع أصلا و الثمن بدلا، كما ظهر قصور تعريفه بالتبديل عن إفادتها.

و لا فرق فيما ذكرناه- من أولوية المبادلة من التبديل- بين المصير الى ما هو المشهور بين علماء العربية من دلالة المفاعلة على نسبة المادة إلى أحد الطرفين أصالة و إلى الآخر تبعا،

---

(1): لسان العرب، ج 11، ص 48

ص: 30

## اختصاص المبيع بالأعيان

(1) أي: الظاهر من إطلاق «البيع» اختصاص المعوض بالعين، ومقصوده قدس سره تصحيح تعريف المصباح وعدم كون مطلق مبادلة مال بمال آخر بيعاً، بل البيع مبادلة عين متمولة بمال آخر، ويستفاد اعتبار عينية المبيع من نفس عنوان البيع، بحيث لو قال المتكلم: «بعت» استفيد منه نقل عين، ولو قال: «بعت عيناً» كان تأكيداً لما دلّ عليه مادة البيع. ولو قال: «بعت كتاباً» كان ذكر المبيع لأجل تعيينه، لا لتوقف صحة إطلاق البيع على ذكره حتى يتوهم أعمية المفهوم من تملك العين والمنفعة.

و الغرض من هذا البحث تحديد موضوع الأدلة المتكفلة لإمضاء البيع وأحكامه وشروطه، مثل «البيع حلال» و «وجب البيع» إذ يحتمل إرادة المعاوضة التي يكون العوضان عينين، كما يحتمل إرادة ما يكون المعوض فيه عيناً سواء أكان العوض عيناً أم منفعة أم حقاً قابلاً للنقل إلى الغير.

و توضيح ما أفاده المصنف قدس سره: أنّ «المال» إما أن يختص بالأعيان ذوات المنافع كما تقدم عن ابن الأثير، ويترتب عليه اعتبار عينية كلا- العوضين كما ذهب إليه الوحيد البهبهاني قدس سره لعدم صدق المال على المنافع، و لا أقلّ من الشك فيه. وإما أنّ يعمّ المنافع كسكنى الدار وركوب الدابة و خياطة الثوب. و على هذا الاحتمال الثاني يبتني استظهار

و بين ما اختاره نجم الأئمة في شرح الشافية من إنكار هذه الدلالة رأساً، و ظهورها في مجرد المشاركة في المبدأ (1). و ذلك لدلالة الباء الجارة على حيثية معوضيّة المبيع وأصالته، و بدلية الثمن و عوضيته عنه.

(1): شرح الشافية، ج 1، ص 96



المصنف قدّس سرّه اختصاص المعوّض بالعين، لتصريحه بجواز وقوع المنفعة عوضاً في البيع، مع وضوح اعتبار المالية في كلّ من الثمن و المثلّمن.

ولأجل صدق المال على المنافع تصدّى لتمييز البيع- من ناحية المتعلق- عن الإجارة ونحوها من العقود المالية، وقال باعتبار كون المعوّض عيناً.

وهذه الدعوى تتوقف على أمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المتبادر إلى الأذهان في هذه الأعصار من «البيع» هو تملك العين لا مطلق المال.

ثانيهما: إحراز ذلك في عصر التشريع حتى يحمل إطلاق «البيع» في الأدلة على تملك خصوص العين، وعدم إطلاقه على تملك المنافع إلا بالمسامحة.

وكلا الأمرين مسلم. أمّا الأوّل فلوجهين: التبادر وصحة السلب، وهما من علائم الحقيقة والمجاز. أمّا التبادر فلأنّ المنسب من إطلاق «البيع» ومشتقاته هو مبادلة عين بمال، ويكفيه شاهداً تعريفه في كتب الفقهاء بذلك، وجلّهم من أهل اللسان. وأمّا صحة السلب، فلاعترافهم بمجازية استعمال البيع في تملك المنافع، كما إذا أنشأ تملك سكنى الدار بقوله: «بعتك سكنها سنة بكذا» وهذا كاشف عن صحة سلب عنوان «البيع» عن تملك غير الأعيان من الأموال، وعن مجازية إطلاق البيع على تملك غير الأعيان.

وأما الثاني- أعني به إحراز كون معنى البيع في عصر التشريع تملك الأعيان- فلأصالة عدم النقل الجارية في معاني اللغات عند الشك في الموضوع له سابقاً، وأنّه هل هو المعنى المتبادر من اللفظ فعلاً أم أنّه نقل المعنى الفعلي عن الوضع الأوّلي؟ فبناؤهم على التمسك بأصالة عدم النقل لإثبات وحدة المعنى. وعليه يحرز كون معنى «البيع» الوارد في الأدلة الشرعية هو المنسب إلى أذهاننا من تملك خصوص العين، لا كلّ ما يملك وإن لم يكن عيناً.

هذا منشأ استظهار المصنف قدّس سرّه اختصاص المعوّض بالعين، وقد ظهرت المسامحة في تعريف المصباح، حيث أطلق كلمة «المال» ولم يقيدّه- في جانب المعوّض- بالعين.

(1) قد تطلق «العين» ويراد بها ما يقابل الكلّي، أي الأعيان الخارجيّة، وقد تطلق ويراد بها ما يقابل المنفعة والحق، والمراد بها هنا المعنى الثاني، سواء أكانت موجودة بالفعل أم ممّا يمكن أن يوجد في المستقبل، فالعين في المقام هي ما إذا وجدت خارجا كانت جسما، وفي قبالتها المنفعة التي هي عرض قائم بالعين، وحيثيّة فيها توجب بذل المال بإزائها كسكنى الدار و خياطة الثوب و بناء الدار ونحوها.

والدليل على عموم «العين» للشخصية و الكلية و عدم اختصاصها بالجزئيات الخارجية هو تسالمهم على جواز كون المبيع كلّيا في موارد:

الأول: بيع الكلّي في المعين، كصاع من صيعان صبرة الحنطة بدينار، فإنّ الصاع منتشر في الصبرة، و يتعين بعد البيع في مقام الوفاء بالعقد.

الثاني: بيع الكلّي المشاع، كبيع نصف الدار بمائة دينار، إذ لا تعين للنصف قبل الإفراز و التقسيم، و يتعين بالتقسيم.

الثالث: بيع الكلّي الذمي، و هو على أنحاء، فتارة يكون المبيع كلّيا ثابتا في ذمة غير البائع، كما إذا كان زيد مالكا لمنّ من الحنطة في ذمة عمرو، فيبيعه زيد من بكر، فتشتغل ذمة عمرو و لبكر بعد ما كانت مشغولة لزيد. و أخرى يثبت الكلّي في ذمة البائع، إمّا بأن يسلم المبيع حالّا، كم إذا باع زيد متّنا من الحنطة، الموصوفة بكذا من عمرو، و يسلمه بعد العقد. و إمّا بأن يسلم المبيع بعد مضيّ زمان، كما هو الحال في بيع السلف، كما إذا باع زيد في ذمة نفسه متّنا من الحنطة على أن يسلمها بعد ستة أشهر مثلا.

وصحة البيع في هذه الموارد كاشفة عن عدم اعتبار كون المبيع عينا خارجية متشخصة، بل يكفي وجودها في المستقبل، و لو وجد كان عينا لا عرضا لعين.

فلا يعمّم (1) إبدال المنافع بغيرها (2)، و عليه (3) استقرّ اصطلاح الفقهاء (4).

(1) هذا متفرّع على اختصاص المبيع بالعين، يعني: أنّ إبدال المنافع وتمليكها ليس بيعاً، بل هو إجارة، فتمليك منفعة الدار- وهي سكنها مدة عام مثلاً سواء أكان العوض عينا كالدينار والكتاب، أم منفعة كخياطة الثوب- ليس بيعاً، بل لا بد من إنشائه بما يدل على نقل المنفعة، مثل «آجرتك الدار، أو ملكتك سكنها، أو أكرمتك الدار» ولا يصحّ إنشاؤه بمثل «بعتك منفعة الدار أو سكنها مدة عام مثلاً» سواء أكان العوض عينا كالدينار والكتاب، أم منفعة كخياطة الثوب، لعدم تعلّق البيع بما عدا العين. نعم لو قصد الإجارة وقيل بصحة إنشاء العقود بالمجازات جاز ذلك، كما سيأتي بيانه في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(2) أي: بغير المنافع، وهذا الغير هو العوض سواء أكان عينا أم منفعة أم حقاً.

(3) يعني: استقرّ اصطلاح الفقهاء على اختصاص المعوّض بالعين، حيث جعلوا البيع في قبالة الإجارة، وقالوا: البيع لتمليك الأعيان، و الإجارة لتمليك المنافع. والمائز بينهما تعلق البيع بالعين، و الإجارة بالمنافع. و يترتب عليه أنه لو شكّ في صدق عنوان البيع على تمليك غير الأعيان كفى في عدم جواز التمسك بأدلة نفوذ البيع، لكون الشبهة مفهومية، فلا وجه لترتيب الأحكام المختصة به عليه.

(4) كما يظهر بمراجعة كلماتهم في تعريف البيع، و سيأتي طائفة منها في المتن، وهي وإن اختلفت مضامينها من الانتقال والنقل و العقد الدال على الانتقال أو على النقل و غير ذلك، إلا أنّها تطابقت على أخذ «العين» و اعتبارها في المبيع، فمنها قول شيخ الطائفة قدّس سرّه: «انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي» «1» و اختاره ابن إدريس و العلامة في كثير من كتبه كالنذكرة و التحرير و القواعد و النهاية «2».

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 76

(2) السرائر، ج 2، ص 240؛ تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462؛ تحرير الأحكام، ج 1، ص 164؛ قواعد الأحكام، ص 47؛ نهاية الأحكام، ج 2، ص 447

ص: 34

نعم (1) ربما يستعمل في

ومنها: قول ابن حمزة: «البيع عقد على انتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة [وجه] التراضي» (1) واختاره العلامة في المختلف (2).

ومنها: قول المحقق: «أما البيع فهو الإيجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوض مقدر» (3).

ومنها: قول المحقق الثاني: «نقل العين بالصيغة المخصوصة» (4).

وعليه فاختصاص «البيع» بتمليك الأعيان كآته من المسلمات، ولعله لذا قال في الجواهر: «ثم لا خلاف ولا إشكال في اعتبار كون المبيع عيناً» (5).

نعم ورد تعريفه في بعض الكلمات بنقل الملك: كما في الشرائع واللمعة، إلا أن المراد بالملك هو العين لا ما يعم المنفعة، كما ستقف عليه في التعليقة.

#### استعمال البيع في نقل المنافع

(1) هذا استدراك على ما نسبه إلى الفقهاء من اعتبار كون المبيع عيناً. وحاصل الاستدراك: منع اختصاص البيع بكون المعوض عيناً، و منع استقرار اصطلاح الفقهاء على اعتبار عينية المبيع، وذلك لما يترأى من استعمال «البيع» في نقل المنافع وبعض الحقوق على حد استعماله في تمليك الأعيان، ولا قرينة في ذلك الاستعمال حتى يدعى مجازيته. فالظاهر كون الجميع معنى حقيقياً للبيع، ومعه لا وجه لدعوى اختصاص المعوض بالعين.

وقد ورد استعمال البيع في تمليك ما عدا الأعيان في موضعين:

(1): الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص 740

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 51

(3) المختصر النافع، ص 118

(4) جامع المقاصد، ج 4، ص 55

(5) جواهر الكلام، ج 22، ص 208



الأول: في كلام غير واحد من الفقهاء كالشيخ والإسكافي، والثاني في عدة نصوص.

أما الأول فقد عبّر شيخ الطائفة قدّس سرّه عن تملك منفعة العبد المدبّر بالبيع، فقال في المبسوط في مسألة «عدم جواز بيع رقبة العبد المدبّر إلا إذا أراد نقض تدييره» ما لفظه: «لأنّ عندنا يصحّ بيع خدمته دون رقبته مدة حياته» (1). وقال في النهاية- في بطلان بيع رقبته:- «إلا أن يعلم المبتاع أنّه يبيعه خدمته» (2).

و حكي نحو ذلك عن ابن الجنيد، من أنه «تباع خدمته مدة حياة السيد» (3).

وأما الثاني، فقد استعمل «البيع» في روايات متعددة وأريد منه نقل غير العين، كما سنذكرها إن شاء الله تعالى.

(1) أي: تملك غير الأعيان، وهذا الغير هو المنفعة وبعض الحقوق.

(2) هذا إشارة إلى الموضع الثاني- وهو استعمال البيع في النصوص في إبدال غير الأعيان- والإتيان بأداة الإضراب لأجل التنبيه على أنّ استعمال البيع في كلام بعض الفقهاء في إبدال المنافع يمكن توجيهه بكونه مسامحياً غير مناف لاستقرار ظهور اللفظ في تملك الأعيان خاصة، إذ التنافي يترتب على اشتراك المادة لفظاً بتعدد الوضع، أو معنى بالوضع لجامع نقل الملك، وأما إذا كان اللفظ حقيقة في حصّة من طبعي النقل و مجازاً في حصّة أخرى منه بمعونة القرينة لم يكن بأس بكلا الاستعمالين.

وهذا التوجيه- لو تمّ- لا يجري بالنسبة إلى استعمال «البيع» في الكتاب و السنّة في غير نقل العين مجرداً عن قرينة المجاز، ضرورة وروده في الأخبار في نقل الأعيان و المنافع و بعض الحقوق بوزان واحد. و معه يشكل ما استظهره المصنف قدّس سرّه من اختصاص المعووض بالعين و استقرار الاصطلاح الفقهي عليه.

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 6، ص 17

(2) النهاية، ص 552

(3) الحاكي هو الشهيد في الدروس الشرعية، ج 2، ص 233

يظهر ذلك (1) من كثير من الأخبار، كالخبر (2) الدال على جواز بيع خدمة العبد المدبّر (3)، وبيع (4) سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها،

---

(1) أي: استعمال البيع في إبدال المنافع.

(2) المراد به الجنس لا الواحد الشخصي، لتعدد الأخبار الدالة على جواز بيع خدمة العبد المدبّر، وهو المملوك المعلق عتقه على موت مولاه.

(3) كصحيح أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال: أي ذلك شاء فعل» (1). والشاهد في تقرير الامام عليه السلام لسؤال الراوي من إطلاق البيع على تملك خدمة الأمة و عملها، ولا قرينة في الكلام على مجازية هذا الإطلاق.

ونحوه خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ عليهم السلام، قال: «باع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خدمة المدبّر، و لم يبع رقبته» (2). ونحوهما غيرهما. والتقريب كما تقدم أنفاً.

(4) معطوف على «بيع خدمة» وهذا إشارة إلى المورد الثاني من موارد استعمال البيع في الأخبار في تملك غير الأعيان، ولا قرينة على مجازية الاستعمال، كمعتبرة إسحاق بن عمّار عن عبد صالح عليه السلام، قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له، و لم تزل في يده و يد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم، و لا يدرون لمن هي، فيبيعها و يأخذ ثمنها؟

قال: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها و لا يدري لمن هي، و لا أظنّه يجيء لها ربّ أبداً؟ قال: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده، فيقول: أبيعك سكناي، و تكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم، يبيعها على هذا» (3).

ودلالاتها على المدعى أوضح مما تقدم، لإطلاق الإمام عليه السلام البيع على تملك السكنى

---

(1): وسائل الشيعة، ج 16، ص 74، الباب 3 من أبواب التدبير، الحديث: 1

(2) المصدر، الحديث: 4

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 250، كتاب البيع، الباب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: 5

ص: 37

بعد كراهته عليه السلام بيع الرقبة، و لا قرينة في الكلام على كون الإطلاق بالعناية و المسامحة.

(1) معطوف على «كالخبر الدال ..» و هذا إشارة إلى المورد الثالث مما استعمل فيه البيع في إبدال غير الأعيان، كاستعماله في نقل حقه من الأرض الخراجية، كما في خبر أبي بردة بن رجا، قال: «قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: و من يبيع ذلك؟ هي أرض المسلمين. قال: قلت: يبيعهما الذي هي في يده، قال: و يصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس، اشترى حقه منها و يحول حق المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه» (1).

و تقريب الاستدلال: أن الامام عليه السلام أفاد في جواب السائل حكيمين، أحدهما: النهي عن بيع رقبة الأرض، لكونها ملكا لكافة المسلمين، و ليس لأحد منهم أن يبيعهما.

ثانيهما: جواز بيع الحق و شرائه، لقوله عليه السلام: «لا بأس، اشترى حقه منها» و المراد بالحق هو ماله من جواز التصرف، دون ملكية رقبة الأرض، قال شيخ الطائفة قدس سره: «إن أهل الذمة لا يخلو ما في أيديهم من الأرضين من أن يكون فتحت عنوة أو صولحوا عليه؛ فإن كانت مفتوحة عنوة فهي أرض المسلمين قاطبة، و لهم أن يبيعوها إذا كانت في أيديهم بحق التصرف، دون أصل الملك، و يكون على المشتري ما كان عليهم من الخراج كما كانت خبير مع اليهود.

و ان كانت أرضا صولحوا عليها فهي أرض الجزية يجوز شراؤها منهم إذا انتقل ما عليها إلى جزئه رؤوسهم، أو يقبل عليها المشتري ما كانوا قبلوه من الصلح، و تكون الأرض ملكا يصلح التصرف فيه على كل حال» (2).

و على هذا فلما كانت ولاية التصرف من منافع الأرض الخراجية و هي مما يبذل المال بإزائها صحّ المعاوضة عليها بتفويض حق الانتفاع الى الغير. و بهذا يثبت استعمال البيع

(1): وسائل الشيعة، ج 11، ص 118، الباب 71 من أبواب جهاد العدو، الحديث: 1، و نحوه أخبار آخر وردت في ج 12، ص 274 و 275، الباب 21 من أبواب عقد البيع.

(2) الاستبصار، ج 3، ص 111



و الشراء في إبدال المنافع و الحقوق، و عدم اختصاص استعماله بما كان المعوِّض عينا.

هذا ما أشار إليه المصنف قدس سره من الموارد الثلاثة، و كذا ورد إطلاق البيع و الشراء على غير تملك العين، في مواضع اخرى:

منها: جواز نظر مرید تزويج إلى وجه المرأة و محاسنها، كما في معتبرة محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يريد أن يتزوج المرأة أن ينظر إليها؟ قال: نعم، إنما يشتريها بأعلى الثمن» (1).

و دلالتها على المدعى ظاهرة، إذ ليس المقصود شراء الرقبة، بل استيفاء منفعة خاصة، فأطلق الشراء- المقابل للبيع- على بذل المال بإزاء التمتع الخاص.

و منها: جواز أخذ الزوجة مالا على إسقاط حق القسم، كما في معتبرة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: «سألته عن رجل له امرأتان، قالت إحدهما: ليلتي و يومي لك يوما أو شهرا أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس» (2).

و هي كالرواية السابقة في إطلاق الشراء على نقل غير العين، كرفع اليد عن حق القسم.

و الحاصل: أن شيوع استعمال البيع و الشراء في الأخبار في غير تملك الأعيان مانع عن استقرار ظهور «البيع» في الأدلة المتكفلة لأحكامه- كأدلة خيار المجلس- في خصوص مبادلة الأعيان، بل مقتضى القاعدة تعميم المعوِّض لمطلق ما يبذل بإزائه المال عينا كان أو منفعة أو حقا.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 59، الباب 36 من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الحديث: 1

(2) وسائل الشيعة، ج 15، ص 85، الباب 6 من أبواب القسم و النشوز، الحديث: 2

(1) غرضه قدس سره منع الاستدراك المتقدم بقوله: «نعم ربما يستعمل ..» و توجيه استعمال البيع في الروايات و كلمات بعض الفقهاء في إبدال غير الأعيان. و محصّل التوجيه: أنّ التنافي بين ما ذكرناه من اختصاص البيع بنقل العين و بين استعماله في الكلمات في الأعمّ من ذلك مبنيّ على كونه حقيقياً في كلا المقامين، لصيرورة «البيع» مشتركاً بين معنيين أحدهما أخص و هو ما يعتبر فيه عينية المعوض، و ثانيهما أعم و هو كفاية كونه مالا سواء أكان عيناً أم منفعة أم حقاً، و نتيجة الاشتراك إجمال موضوع الأدلة، لدورانه بين الخاص و العام.

لكنك عرفت أنّها أمارية التبادر و صحة السلب على كون البيع حقيقة في خصوص مبادلة الأعيان بعوض، و هو الذي استقرّ عليه اصطلاح الفقهاء، كاستقرار اصطلاحهم على اختصاص الإجارة بنقل المنافع بعوض. و على هذا يكون استعمال البيع في غير تملك الأعيان مسامحة، كالمسامحة في إطلاق «الإجارة» في بعض الأخبار على تملك العين. و عليه يتعيّن حمل «البيع» في الأدلة على معناه الحقيقي، إلّا مع قيام قرينة على إرادة المعنى المجازي.

و بالجملة: لا منافاة بين الاصطلاح المزبور و بين استعمال البيع في نقل غير العين، إذ المفروض كون الاستعمال المذكور مبنيّاً على العناية و المسامحة، و هو غير قادح في حمل «البيع» على نقل الأعيان خاصة.

(2) غرضه إقامة الشاهد على أنّ الاستعمال المسامحي غير قادح فيما استقرّ عليه الاصطلاح، و حاصله: أنّ البيع الموضوع لنقل العين كما يستعمل مجازاً في نقل المنفعة، كذلك الإجارة- التي استقرّ اصطلاح الفقهاء على كونها حقيقة في نقل المنفعة- قد تستعمل مجازاً في «تبديل العين بعوض» الذي هو معنى حقيقي للبيع، و لمّا كان الاستعمال في المقامين مبنيّاً على العناية و المسامحة، لم يلزم إجمال في أدلة كلا البابين، فيحمل «البيع» بدون القرينة على تملك العين، و الإجارة كذلك على تملك المنفعة مع بقاء العين على ملك المؤجر.

(1) مقصوده قدس سره أن الإجارة تطلق مسامحة على نقل الثمرة حال كونها على الشجرة، مع أن الثمرة عين، فلا بد من نقلها بالبيع لا بالإجارة، فإن مقتضى المقابلة للبيع هو إرادة إطلاق لفظ الإجارة على نقل العين، كإطلاق لفظ البيع على نقل المنفعة في روايات بيع خدمة العبد المدبر وبيع سكنى الدار المجهول مالها وبيع الأرض الخراجية. وليس المقصود من استعمال الإجارة في تملك العين إجارة الشجرة للانتفاع بثمرتها أو إجارة الدار للانتفاع بسكنائها، وذلك لوضوح كون المقصود تملك منفعة الشجرة والدار، وهذا هو مورد الإجارة.

و كيف كان فقد ورد استعمال الإجارة- مسامحة- في تملك العين في معتبرة عبيد الله الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «تقبّل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة، وإن شئت أكثر.

و إن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر» (1). و الشاهد إنما هو في استعمال الإجارة في تملك العين، إذ المراد بالتقبّل بقرينة الذيل - أعني به قوله عليه السلام: فلا تستأجر - هو الإجارة، فمحصل معنى الرواية- والله العالم- هو: أن الثمار إذا ظهر بعضها جاز بيعها سنة أو أزيد. و إن لم تظهر- ولو بعضها- لم يجز بيعها، وقد عبّر بالإجارة عن نقل العين مسامحة، هذا [1].

[1] و على هذا فلا وجه للإشكال على المتن «بعدم العثور على إطلاق الإجارة على نقل الثمرة، لا في الأخبار و لا في كلمات الفقهاء» (2) و ذلك لكفاية رواية الحلبي لإثبات ما أفاده المصنف من استعمال الإجارة في نقل العين مسامحة.

ثم إن للسيد قدس سره كلاما في الحاشية و العروة ينبغي التعرض له، قال في حاشيته على المتن: «الظاهر أن المراد إذا أجز الشجرة لثمرتها قبل وجودها، لا بعده، فإنه لا يصح الإجارة حينئذ، و لا يطلق عليه أيضا لفظها لو ملكها بعنوان البيع مثلا. و أما الأول فصحيح، و لا يضرّ كونه نقلا للعين، لأنّها تعدّ منفعة للشجر عرفا، كما في إجارة الحمام المستلزم لإهراق الماء،

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 8، الباب 2 من أبواب بيع الثمار، الحديث: 4

(2) محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 15

---

وإجارة الشاة للبينها، وإجارة المرصعة كذلك، فإنّ الإجارة في جميع ذلك صحيحة» (1).

وقال في إجارة العروة: «يجوز استئجار المرأة للإرضاع، بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها- وإن لم يكن منها فعل- مدة معيّنة.. إلخ» (2).

وقال فيها أيضا: «يجوز استئجار الشاة للبينها، والأشجار للانتفاع بأثمارها، والآبار للاستقاء، ونحو ذلك، ولا يضرّ كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، لأنّ المناط في المنفعة هو العرف، وعندهم يعدّ اللبن منفعة للشاة، والثمر منفعة للشجر، وهكذا. ولذا قلنا بصحة استئجار المرأة للرضاع وإن لم يكن منها فعل بأن انتفع بلبنها في حال نومها، أو بوضع الولد في حجرها، وجعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض العلماء من إشكال الإجارة في المذكورات- لأنّ الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، وهو خلاف وضع الإجارة- لا وجه له» (3).

أقول: فيما أفاده قدّس سرّه مواقع للنظر:

منها: قوله في الحاشية: «الظاهر أن المراد إذا أجر الشجر لثمرتها..» إذ فيه: أن مراد الشيخ الأعظم- كما تقدم في التوضيح- هو إطلاق لفظ الإجارة على نقل نفس الثمرة، لا إطلاقها على الشجرة لمملكية ثمرتها كما هو صريح كلام السيد في الحاشية، فليس هذا بيانا لمقصود الشيخ، مع أن ظاهره بيان مراده وتوضيح مرامه.

ومنها: قوله: «لأنها تعدّ منفعة.. إلخ» إذ فيه: أن للمنفعة إطلاقين:

أحدهما: ما يتولّد ويتكوّن من شيء، كاللبن و الثمرة المتولدين من الشاة و الشجر، ونحو ذلك من موارد التولّد.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 54

(2) العروة الوثقى، كتاب الإجارة، الفصل السادس، المسألة السابعة، ص 618 من العروة المحشاة المطبوعة في مجلدين.

(3) المصدر، ص 620، المسألة 12 من الفصل السادس.

ثانيهما: ما يقابل العين من الحيثية القائمة بها التي تستوفى تارة ولا تستوفى اخرى، كالسكنى القائمة بالدار، والاستغلال القائم بالأشجار، والتنزه القائم بالبستان، ونحو ذلك من الحيثيات القائمة بالأعيان.

ولا ينبغي الإشكال في تعلق الإجارة بالمنفعة بهذا المعنى، وإلا لكانت جلّ الأعيان- بل كلّها- منافع، وجازت إجارة الحيوانات لتملك نتائجها، و الجارية لتملك ولدها، ضرورة كونها منافع لامهاتها، لتولدها منها، فإنّ الولد واللبن والثمره والسبخال ونحوها- ممّا يتكوّن من الأعيان- أعيان في أنفسها ومنافع لغيرها، فالبيع الذي هو تمليك الأعيان يوجب نقلها، والإجارة التي هي تمليك المنافع توجب نقل الحيثيات القائمة بها، فكما لا يصح تمليك الدار والدكان بلفظ الإجارة فكذلك لا يصح تمليك الثمرة واللبن ونحوهما ممّا يتكوّن من الأعيان بلفظ الإجارة.

ومنها: قوله: «كما في إجارة الحمّام المستلزم لإهراق الماء» إذ فيه: أن ظاهره كون الماء منفعة للحمّام، كاللبن والثمره اللذين هما منفعتا الشاة والشجرة. وهو كما ترى، لعدم صدق المنفعة- بشيء من معنيها المتقدمين- على الماء. أمّا معناها الأوّل فواضح، لعدم تكوّن الماء من الحمّام ليكون كاللبن المتكوّن من الشاة.

وأمّا معناها الثاني فلعدم كون الماء عرضاً قائماً بالحمّام وحيثية عارضة له، كسائر منافع الأعيان التي هي أعراض قائمة بمعرضاتها. بل الماء جوهر قائم بنفسه، وليس عرضاً متقوماً بغيره، فلا يعدّ منفعة للحمّام، فجعل ماء الحمّام كلبن الشاة وثمر الشجرة في غير محله، لصدق المنفعة بمعناها الأوّل عليهما، بخلاف ماء الحمّام، فإنّه لا يصدق عليه المنفعة بشيء من معنيها، هذا.

ومنها: قوله: «إنّ الإجارة في جميع ذلك صحيحة» إذ فيه: أن ظاهره التسالم أو الشهرة على صحة الإجارة في الجميع، مع عدم كونه كذلك، إذ المشهور- كما قيل- المنع عن إجارة الشاة للبنها. وفي إجارة الشجرة للثمره قيل بعدم الخلاف في فسادها. وفي استيجار البئر

للاستقاء قد حكي أن العلامة في القواعد و موضع من التذكرة، و المحقق الثاني في جامع المقاصد اختارا المنع.

و منها: قوله: «بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها و إن لم يكن منها فعل ..» إذ فيه: أن الانتفاع تارة يكون بنحو الارتضاع، فتصير المرأة كالدار وغيرها من الأعيان ذوات المنافع، في مقابل الإرضاع، الذي تكون الإجارة له كإجارة العامل للعمل. و اخرى لا يكون بنحو الارتضاع، بأن يحلب في إناء ليشربه الطفل، كحلب لبن البقر و الشاة في إناء ليشرب. و الإجارة صحيحة في الأولى دون الثانية، لكون اللبن بعد الحلب كالخبز و غيره من الأعيان التي لا يجوز استيجارها، لتلفها بالانتفاع بها، فلا يجوز إجارة الخبز للأكل، و اللبن للشرب، و الحطب و الشمع للإشعال.

و عليه فلا بد من تقييد الانتفاع باللبن بأن يكون بنحو الارتضاع كما هو الحال في التقام الطفل ثدي المرأة و امتصاصه، الذي هو استيفاء لمنفعة المرأة مع بقاء عينها، كاستيفاء سكنى الدار مع بقائها على حالها. فمجرد إطلاق الانتفاع باللبن لا يصحح الإجارة، لصدق التبعية للعين على اللبن ما دام في الثدي و كونه منفعة لها، و عدم صدقها على اللبن المحلوب في الإناء، و كذا على الثمرة المقتطفة من الشجرة، مع أن الإجارة تتعلق بالعين ذات المنفعة، و لا بدّ من بقاء العين التي تعلقت الإجارة بها، و عدم تلفها بالاستيفاء.

و لعلّ ما عن جامع المقاصد- من تعليل بطلان الإجارة للرضاع «بأنّ الإجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان، و اللبن من الثانية» بل قيل: أنّه يظهر من محكي التذكرة: «الإجماع على الفساد فيه، و أنّه يتم على قول المخالفين من أنّ الإجارة قد تكون لنقل الأعيان»- ناظر إلى اللبن المنفصل عنها بالحلب في إناء ثم شرب الطفل منه، لا إلى صورة امتصاص المرتضع ثدي المرضعة، لصدق تبعية اللبن للمرأة، فلا مانع من استئجار المرأة لذلك، لأنّها حينئذ بمنزلة الدار و نحوها من الأعيان ذوات المنافع، و لذا يكون الارتضاع مغايرا حكما لشرب لبن المرأة من الإناء، لانتشار الحرمة بالأول دون الثاني. و لو كانت الشاة كذلك جاز استيجارها للانتفاع بها

---

بامتصاص ثديها.

وبالجملة: الانتفاع بالعين المستأجرة إن لم يكن متلفاً لنفس تلك العين جاز الاستيجار له وإن استلزم الانتفاع بها إتلاف عين أخرى، كالاستيجار على الخياطة المنوطة بإتلاف الخيط، والاستيجار على إيجاد السرير أو الباب أو غيرهما ممّا يتوقف العمل على إتلاف عين من الخشب و المسمار، ونحو ذلك.

تحقيق اختصاص المبيع بالأعيان ثم إن تحقيق ما في المتن من اختصاص المعوّض بالعين يستدعي بسط الكلام في مقامين، أحدهما: في أصل اعتبار عينية المبيع، و ثانيهما في عدم الفرق بين الأعيان الشخصية و الكليّة.

أمّا المقام الأوّل، فمحصّله: أنّه لا ريب في اعتبار عينية المبيع عند المشهور، كما يشهد به تعريفهم للبيع بنقل العين ونحوه، بل لا يبعد دعوى تسالمهم عليه. و الظاهر تقوّم صدقه العرفي بذلك، بمعنى عدم إطلاق «البيع» على تمليك غير العين إلاّ بالعناية و المسامحة، فيكون أخذها في التعريف ناظراً الى دخلها في المفهوم العرفي الموضوع لأحكام خاصة، لا للتعبد الشرعي، خصوصاً مع ما تقدم عن ابن الأثير من عدم إطلاق المال على غير الأعيان المتمولة.

لكن أنكر المحقق الايرواني قدّس سرّه ذلك، و ادّعى القطع بصدق البيع على إبدال المنافع و غيرها، و أنّ معناه نقل متعلق السلطان عينا كان أو منفعة أو حقّاً، و لأجله جاز للإنسان أن يبيع نفسه لولا التعبد الشرعي على المنع، و أن يبيع منفعته و عمله، كما جاز أن يشتري نفسه إذا كان مملوكاً للغير «1».

و تظهر ثمرة النزاع في إنشاء تمليك المنافع بعنوان البيع، كأن يقول: «بعتك سكنى الدار بكذا» فبناء على المشهور لا ينعقد بيعاً، و لا تجري فيه أحكامه المختصة به كخيار المجلس.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 74

وصحته بعنوان الإجارة منوطة بدلالة البيع على نقل المنفعة، وعلى جواز إنشاء العقود اللازمة بالكناية و المجاز كما سيأتي تفصيله في بحث ألفاظ العقود إن شاء الله تعالى. وبناء على مختار المحقق الايرواني قدّس سرّه يصح إنشاء المزبور بعنوان البيع، لصدق «نقل متعلق السلطان بعوض» عليه.

ولمّا كان «البيع» موضوعاً لأحكام خاصة تعيّن تحديده و تمييزه عن سائر العناوين المعاملية، فنقول و به نستعين:

قد استدللّ للمشهور بالتبادر عند أهل اللسان، و صحة سلب العنوان عن تملك ما عدا الأعيان، بضميمة أصالة عدم النقل عن معناه العرفي. و ممّا اشتهر بين الفقهاء جعل الفارق بين البيع و الإجارة كون الأوّل تملك الأعيان، و الثاني تملك المنافع.

و يمكن استظهار هذا المعنى من كلماتهم في بابي البيع و الإجارة، أمّا في البيع فلما تقدّم في التوضيح من تعريفه بنقل العين أو بانتقالها أو بالعقد الدال على النقل أو على الانتقال، مضافاً إلى تصريح بعضهم كالعلامة بعدم انعقاده على المنافع. و اشتهار المعنى بين الأصحاب من عصر شيخ الطائفة إلى المتأخرين كاف لإثبات معناه العرفي، و لا يقلّ عن أخبار اللغوي بما استعمل فيه اللفظ. و لعلّه لهذا نفى صاحب الجواهر قدّس سرّه الخلاف في المسألة، بل ادّعى الإجماع صريحاً الشيخ الفقيه كاشف الغطاء في شرحه على القواعد معلّقاً على قول العلامة «فلا ينعقد على المنافع» بما لفظه: «للأصل، مع القطع بعدم صدق الاسم، لما مرّ، أو الشك فيه، و للإجماع».

و أمّا في الإجارة فيكفي تصريح العلامة بذلك، حيث قال: «الإجارة عقد يتعلق بنقل المنافع، و ليست يباعا عندنا. و قال الشافعي و أحمد: الإجارة نوع من البيع، لأنّها تملك من كل واحد منهما لصاحبه.. و هو غلط، لأنّ البيع مختص بنقل الأعيان. إذا ثبت هذا فلو قال في الإيجاب: بعتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا، لم يصح عندنا، لما بيّنا من اختصاص لفظ البيع



---

بنقل الأعيان» «1». وكلمة «عندنا» لا تخلو من ظهور في الإجماع بل هي من ألفاظه. ولا وجه للخدشة فيه بأنه إجماع منقول لا يعتمد عليه، إذ المقصود استكشاف معنى اللفظ عند أهل اللسان، ومثله يثبت بدعوى الاتفاق على مدلول اللفظ.

فإن قلت: لم يثبت الاتفاق على اختصاص البيع بتمليك الأعيان، بل ثبت الخلاف فيه كما يظهر من كلام بعضهم في البيع والإجارة. أما في البيع فقد عرّفه المحقق في الشرائع بأنه «العقد الدال على نقل الملك» «2» وتبعه في ذلك جماعة من أساطين الفقه كالمحقق الثاني والشهيد والفاضل السبزواري، والفاضل التراقي «3». وحيث إنّ الملك أعم من العين، فدعوى اختصاصه بالعين كما ترى.

وأما في كتاب الإجارة فقد تردّد المحقق في إنشاء الإجارة بلفظ البيع ولم يحكم ببطلانه، قال: «ولو قال: بعثك هذه الدار ونوى الإجارة لم يصح، وكذا لو قال بعثك سكنها، لا اختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان. وفيه تردد» «4». كما تردّد الشهيد أيضا في المسألة، ومعه لا سبيل لاستكشاف مدلول اللفظ بالاتفاق، بعد وقوع الخلاف فيه بين الفقهاء.

قلت: كلمات هؤلاء الأجلّة- في الموضوعين- غير قادحة في دعوى الإجماع على اختصاص البيع بتمليك الأعيان، وإطلاقه على نقل المنافع مجازا. أمّا تعريف البيع بنقل الملك فلا يدلّ على صدق البيع على تمليك المنفعة حقيقة، لكون مرادهم بالملك العين لا ما يعمّ المنفعة، فالمحقق عرّف البيع في المختصر النافع «بالعقد الناقل للعين المملوكة» «5».

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 291

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 7

(3) لاحظ جامع المقاصد، ج 4، ص 55، الروضة البهية في شرح اللمعة، ج 3، ص 221؛ كفاية الأحكام، ص 88، مستند الشيعة، ج 2، ص 360

(4) شرائع الإسلام، ج 2، ص 140؛ الروضة البهية في شرح اللمعة، ج 4، ص 328

(5) المختصر النافع، ص 118

ص: 47

---

والمحقق الثاني صرّح بمجازية البيع في تملك المنفعة «1» كما سيأتي نقل كلامه. والشهيد عرّفه في الدروس بأنه «نقل العين» «2»، و صرّح في رهنه أيضا «ببطلان رهن المنفعة، لعدم إمكان بيعها» «3». والفاضل النراقي اعتبر في شرائط العوضين «أن يكونا عينين، فلو كانا منفعة كسكنى الدار مدة لم ينعقد للإجماع» «4».

و لأجل تسالمهم على الاختصاص وعدم كون المسألة خلافية أورد الشهيد الثاني في المسالك على تعريف المحقق بما لفظه: «أن الملك يشمل الأعيان والمنافع، فينتقض في طرده أيضا بالإجارة، فإن عقدها أيضا لفظ دالّ على نقل الملك- وهو المنفعة- بعوض معلوم» «5» و بمثله أورد في الروضة على تعريف الشهيد في اللعة.

و عليه فما ذكره في تعريف البيع بنقل الملك لا ينافي تسالمهم على اعتبار عينية المبيع.

وأما ما ذكره في الإجارة من التردد في بطلان إنشائها ببيع السكنى فلا يصادم الاختصاص المزبور، وذلك لعدم كون منشأ التردد احتمال إطلاق البيع على نقل الملك عينا أو منفعة، بل منشؤه الاختلاف في اعتبار الصراحة والظهور الوضعي في أفاظ العقود مطلقا أو خصوص اللازمة منها، وعدم تحققها بالمجاز والكناية والمشارك. ويشهد له بيان الشهيد الثاني في المنع عن إنشاء الإجارة بلفظ العارية، حيث قال: «و لا يخفى أنّ التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة» «6».

---

(1): جامع المقاصد، ج 7، ص 83

(2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191

(3) المصدر، ص 387

(4) مستند الشيعة، ج 2، ص 371

(5) مسالك الأفهام، ج 3، ص 146

(6) مسالك الأفهام، ج 5، ص 173

---

وقال في الجواهر في جواز إنشاء البيع بلفظ السِّلْم: «قولان أشبههما العدم، لأنه مجاز في مطلق البيع، والعقود اللازمة لا- تنعقد بالمجازات كما صرّحوا به» (1). وقال المحقق الثاني:

«وإذا قال: بعتك سكنها سنة فقد تجوّز في السنة، فإنّ السكنى لا يقع عليها البيع إلا مجازاً» (2).

والحاصل: أنّ اختصاص البيع عندهم بنقل الأعيان و مجازيّته في نقل المنافع من الواضحات، و مقصودهم بيان المتفاهم العرفي بما أنّهم من أهل اللسان، و لذا استند بعضهم إلى التبادر، و عليه فلا وجه لإشكال بعض الأعظم على الاستناد إلى كلمات الأصحاب «بأنّ غرضهم بيان موضوع الأثر شرعاً، مع أنّ الكلام في تحديد المعنى عرفاً» و ذلك لأنّ الاستشهاد بكلماتهم ناظر إلى كونهم من أهل اللسان، لا إلى كونهم فقهاء حتى يكونوا بصدد بيان المعنى الشرعي، بل صرّح بعضهم بأنّ المعرف هو المعنى العرفي لكونه المتبادر من اللفظ عند الإطلاق. و احتمال استناده إلى القرائن لا إلى حاقّ اللفظ مندفع بأنّ الحجة على الوضع عندهم أحد أمرين، تنصيب الواضع، و انسباق المعنى إلى الذهن عند سماع اللفظ مجرداً عن القرينة (3).

وقد تحصّل مما ذكرناه: أنّ مستند الفقهاء في أخذ العين في البيع هو التبادر عند أهل اللسان، و ليس الغرض تحديد ما هو موضوع الأثر شرعاً، بل تحديد معناه العرفي. هذا ما يتعلق بالقول المشهور.

و أمّا القول الثاني - و هو عدم اعتبار عينية المبيع - كما اختاره المحقق الايرواني و غيره فيستدلّ له بإطلاق البيع في الاستعمالات الفصيحة على غير نقل الأعيان بلا قرينة، كما في مثل قوله تعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى (4). فإنّ المقابلة بين البيع و الشراء تقتضي كون المبيع هي الهداية التي ليست من سنخ الأعيان و المنافع التي يبذل بإزائها المال.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 248

(2) جامع المقاصد، ج 7، ص 83

(3) معارج الأصول، ص 50 للمحقق الحلبي.

(4) البقرة، الآية: 16

---

وقوله تعالى وَ لَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ «1».

وقوله تعالى وَ لَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا «2» و غير ذلك من الآيات التي أطلق فيها البيع و الشراء على غير نقل العين، على حد إطلاقهما عليها في قوله تعالى وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ «3».

و تقدمت روايات بيع خدمة العبد المدبر و سكنى الدار و نحوهما من إطلاق البيع على نقل المنفعة و الحق بلا عناية. كما تعارف في هذه الأزمنة إطلاق البيع على نقل بعض الحقوق كالسرقلية، و غيرها. و لا ريب في أن كثرة موارد الاستعمال - المجردة عن قرينة المجاز - كاشفة عن أعمية الموضوع له، أو المتفاهم من اللفظ، و أنّ البيع بمعنى نقل خصوص العين صنف خاص من طبيعي النقل المستفاد من إطلاقاته في الكتاب و السنة و المحاورات العرفية.

ولعله لهذا ذهب المحقق الأصفهاني قدس سره إلى أنّ البيع العرفي بمعنى نقل العين صنف من مفهومه العام، حيث قال في التسبب إلى حقيقة الإجارة بالإعارة و البيع ما لفظه: «فإنّ أخبار بيع خدمة المدبر و الإطلاقات الشائعة القرآنية و غيرها من دون عناية أصدق شاهد على أنّ مفهوم البيع عرفاً غير مقصور على تمليك العين بعوض، و إن كان البيع المقابل للإجارة المحكوم بأحكام خاصّة صنفاً مخصوصاً من طبيعي معناه اللغوي و العرفي» «4».

لكنك خبير بأنّ مجرد شيوع استعمال البيع في غير نقل الأعيان لا يكشف عن أعمية الموضوع له بعد ما عرفت من تبادل صنف خاص الى الذهن، و هو من أمارات الوضع. و يؤيده تصريح مثل المحقق الثاني بمجازية البيع في تمليك المنفعة.

و عليه فالوضع للأعم أو وضعه تارة للصنف و اخرى لطبيعي النقل منوط بقيام إحدى

---

(1): البقرة، الآية: 96

(2) المائدة، الآية: 48

(3) يوسف، الآية: 20

(4) كتاب الإجارة، ص 8

---

أماراته عليه، ولا يكفي نفس الاستعمال، لما تقرّر من كون أصالة الحقيقة من الأصول المرادية التي يعوّل عليها عند الشك في مراد المتكلم بعد إحراز الحقيقة والمجاز.

وما نسبته المحقّق الأصفهاني إلى اللغة و العرف محل تأمل، إذ لم أقف على معنى آخر في اللغة أعم من «مبادلة مال بمال» و ظهوره في حصر المعنى فيه لا كونه صنفا من معناه العام ممّا لا ينكر. وكذا في العرف كما تقدم.

مع أنّ لازم وضع البيع لطبيعي التبديل لغة و عرفا إجمال الأدلة المتكفلة لأحكام البيع كآية حلّ البيع و دليل خيار المجلس و نحوهما، لعدم إحراز الموضوع. حيث لا قرينة معيّنة على موضوعية الصنف أو الطبيعي.

و دعوى حمل البيع المقابل للإجارة على نقل العين غير ظاهرة، لفرض تردّد الموضوع في مثل «البيعان بالخيار» بين كون المعوّض عينا و ما يعمّ المنفعة، لفرض صدق البيع على بيع سكنى الدار حقيقة، و يلزمه إجراء أحكامه عليه، و لا أقلّ من كون الشبهة مفهومية، مع تسالمهم على مرجعية تلك الأدلة بلا- فحصر عن قرينة تعيّن المراد من البيع، و هذا كاف في استقرار ظهور اللفظ عندهم في ما كان المعوّض عينا.

و الحاصل: أنّ ما ذهب إليه المشهور من اختصاص البيع بتمليك الأعيان و نقلها هو المتيقن من مفهومه العرفي.

و لو شكّ في شموله لنقل المنافع امتنع التمسك بالإطلاقات لتصحيحه، للشك في الموضوع حسب الفرض، كما أفاده المحقّق النائيني قدّس سرّه «1». و مجرد «صدق العقد العرفي على إنشاء نقل المنفعة بعنوان البيع فيحكم بصحته للأمر بالوفاء بالعقود و تنفيذها» لا يقتضي ترتيب الأحكام المختصة بالبيع عليه. بل يشكل ترتيب آثار الإجارة عليه أيضا، إلّا بناء على دلالة البيع- و لو بمعونة القرينة- على تمليك المنفعة، و على كفاية الإنشاء بالمجازات، و تحقيقه موكول الى بحث ألفاظ العقود.

---

(1): المكاسب و البيع، ج 1، ص 88

---

هذه جملة من الكلام في المقام الأوّل وهو أصل اعتبار العينية في المبيع.

لا فرق في المبيع بين الأعيان الشخصية والكلية بأقسامها و أما المقام الثاني - وهو عدم الفرق في العين بين الشخصية والكلية بأقسامها - فنخبة الكلام فيه: أنّ الظاهر عدم اختصاص المبيع بالعين الشخصية، فتعمّ الكلية بأقسامها من المشاع والمعيّن والدين والذمي، لصدق العين المقابل للمنفعة والحق على جميع ذلك، وادّعى السيد الطباطبائي قدس سرّه «الإجماع على الصحة» (1).

وربما يشكل انطباق مفهوم البيع على الكلّي الذمي، ومنشأ الاشكال أمران، أحدهما:

انتفاء الملكية، وهو مشترك بين قسمي الذمي من الدين والحال، و ثانيهما: انتفاء المالية، وهو مختص ببيع الكلّي في ذمة نفسه من دون أن يكون ديناً على غيره.

وتقريب الاشكال المشترك هو: انتفاء الملكية مع أن البيع تملك عين بعوض، و بيانه:

أنّ الملكية تكون من قبيل الأعراض التي لا - تتحقق في دار الوجود إلا في موضوع محقّق، نظير السواد والبياض اللّذين يكون وجودهما المحمولي وجوداً نعتياً لمعروض فعلي. و حيث إنّ الكلّي الذمي معدوم امتنع اتصافه بالمملوكية، و من المعلوم عدم صدق البيع بانتفاء الملكية التي تقع المبادلة فيها. و لا فرق في هذه الجهة بين الدين وغيره، لأنّ مناط الإشكال امتناع قيام الملكية بالمعدوم، نعم بيع الكلّي المشاع والمعيّن سليم عن هذا المحذور، لكون معروض الملكية موجوداً بالفعل.

وتقريب الإشكال الثاني - المختص بالكلّي الذمي غير الدين - هو: أنّ البيع مبادلة مال بمال، و ظاهره اعتبار مالية العوضين مع الغصّ عن تعلق العقد بهما، و من المعلوم أنّ الكلّي الذمي لا يعدّ مالاً قبل البيع، فلا يقال لمن ليس له حنطة: انه ذو مال بالنسبة إلى ألف منّ منها، نعم بعد تملك كلّي الحنطة للغير يكون المشتري ذا مال في ذمة البائع، لكنّ المناط في صدق البيع

---

(1): حاشية المكاسب، ص 53

كون كل من العوضين في حد نفسه مالا.

هكذا قرّر السيد قدّس سرّه الإشكاليين، و جعل مصبّهما الكلّي الذمي دينا أو غيره، ثم أجاب عنهما بما سيأتي.

لكن الظاهر أنّ إشكال ملكية المعدوم جار في القسمين الآخرين أعني بهما: المشاع و المعين. أمّا في المشاع كبيع نصف الدار فلما قيل من أنّ الوجود مساوق للتعين، و لا تعين للكسر المشاع قبل الإفراز، إذ الموجود هو الدار، و النصف بعد التقسيم موجود مستقل لا يصدق عليه النصف. فصحّ أن يقال: الكسر المشاع معدوم فلا ملك حينئذ.

و أمّا في الكلّي في المعين كصاع من صبرة فكذلك، فإنّ الشيء ما لم يوجد لم يتشخص، فالوجود مساوق للتشخص، و الصّاع بوصف كليته الصادق على كل واحد من صيعان الصبرة غير موجود بالفعل، لأنّ الموجود أبعاض الصبرة و آحادها، و الواحد الشخصي غير قابل الصدق على الكثير، مع أنّ المبيع حسب الفرض هو الصاع بوصف قابلية الانطباق على كل واحد من الصيعان، و ليس صاعا شخصيا، و لذا لا يملكه المشتري قبل التقسيم و الإفراز.

و الحاصل: أن محذور بيع الكلّي الذمي - أعني به انتفاء معروض الملكية - جار في المشاع و المعين، وإن كان الفارق تقيّد المبيع بصنف من الطبيعي و هو المحصور في الدار و الصبرة، و عدم تقيّد الذمي به، لكن هذا المقدار من الفرق غير رافع للإشكال.

و الغرض الإشارة إلى عموم المحذور، و تحقيقه موكول إلى مسألة بيع نصف الدار و بيع الصاع.

و كيف كان فيندفع إشكال عدم كون الكلّي الذمي مملوكا بأنّ الملكية تطلق تارة على الملكية الحقيقية التي يراد بها إحاطة القيومية المعبر عنها بالإضافة الإشراقية التي هي إفاضة الوجود على الممكنات، و هذه الإحاطة نظير إحاطة النفس بالصور المخلوقة لها. و الملكية بهذا المعنى ليست من المقولات، بل هي عين الإيجاد.

و اخرى على الملكية المقولية المعبر عنها بالجدة، التي هي هيئة حاصلة من إحاطة جسم بجسم، كإحاطة العمامة بالرأس، و القميص بالبدن، و الملكية بهذا المعنى عرض مقولي يتوقف على محيط و محاط خارجيين.

و ثالثة على الملكية الاعتبارية، و هي الإضافة الخاصة بين شيئين لوحظ فيها تبعية أحدهما للآخر، كما في قولنا: «الدار لزيد» فإنّ اللام تحكي عن كون الدار مضافة بالإضافة الملكية التي روعي فيها حيثية التبعية و المتبوعية، فلو كان طرفا هذه الإضافة من سنخ واحد كما إذا كانا جمادين غير صالحين لمتبوعية أحدهما للآخر امتنع اعتبار الملكية، لأنّ جعل أحدهما تابعا للآخر ترجيح بلا مرجح و خال عن المقتضي.

و عليه فالملكية الاعتبارية- التي هي مدار المعاملات- ليست من الأعراض المقولية المنوطة بوجود موضوعاتها خارجا، فلا تتوقف على وجود معروضها كذلك، بل يكفي في اعتبارها وجود محلها اعتبارا بلحاظ ترقب حصوله، فيكون كل من الملكية و المملوك- بل و كذا المالك في بعض الموارد ككلي السيد و الفقير- أمرا اعتباريا، و من المعلوم أنّ العقلاء يعتبرون الملكية للكلي الذمي- بقسميه- خصوصا الدين، كما يعتبرونها للثمرة المتجددة فيما بعد، و للمنفعة المعدومة، و للأعيان الشخصية الموجودة بالفعل.

و الحاصل: أنّ الملكية الاعتبارية تابعة لاعتبار العقلاء و الشارع، سواء أ كان المملوك فعلياً أم مما يتوقع وجوده، و يكفي شاهدا عليه تعارف بيع السلف عندهم بعد إحراز أهلية المتعهد، فالبائع مالك لألف منّ من الحنطة في ذمة نفسه و إن لم تكن موجودة بالفعل.

و دعوى: أن الملكية الاعتبارية محققة في بيع دين على ذمة الغير، و أما «بيع السلم و نحوه فيشكل، إذ لا مملوك لا خارجا و لا في الذمة. أما انتفاؤه في الخارج فواضح، و أمّا في الذمة فلائّه لا ملك قبل العقد حسب الفرض، فإن لم يعتبر مالكية نفسه للمبيع لم يكن بيعا، و إن اعتبرها بنفس إنشائه لزم إيجاد موضوع المبادلة بمحمولها المتأخر عنه، و من المعلوم استحالة إيجاد المتقدم بالرتبة بما هو متأخر عنه كذلك» غير مسموعة، لكفاية اعتبار مالكية المبيع أنا ما



---

قبل الإنشاء كما التزموا بها في موارد كالمعاطاة بناء على الإباحة، و شراء العمودين و نحوهما ممّن ينعق عليه بمجرد الشراء قهرا.

و ما أفاده بعض الأجلة قدّس سرّه من تصحيح بيع الكلي الذمي «بالملكية الرّتبّية، نظير فسخ ذي الخيار» «1» فإن كان مراده بالرتبة الملكية الزمانية الآتية- حيث لا اعتبار للملكية في غير وعاء الزمان- فهو متين، و لعلّ تنظيره بعود المال الى ملك ذي الخيار بمجرد فسخه الفعلي شاهد على إرادة الملكية الآتية. و إن كان مراده بالرتبة ما يصطلح عليها في باب العلة و المعلول، مع وحدة وجودهما زمانا بمقتضى تكافؤ المتضايين فغير ظاهر، إذ لا علّية بين اعتبار ملكية الكلي و بين إنشاء البيع عليه.

هذا كلّ في حلّ الاشكال عن بيع الكلي الذمي من جهة اعتبار ملكية المبيع.

و أما الإشكال الثاني- و هو انتفاء المالية المعتبرة في البيع- فقد أجاب عنه السيد قدّس سرّه بما لفظه: «ان المعتبر في البيع بل سائر التمليكات ليس إلّا كون المتعلق ممّا يتموّل في حدّ نفسه و إن لم يعدّ كونه مالا عرفيّاً للمملّك، و من المعلوم أن ألف ممّن من الحنطة مال بهذا المعنى» «2».

و بيان المحقق الأصفهاني قدّس سرّه: ان المالية صفة ثبوتية تنتزع من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع، كالممنّ من الحنطة، فإنّه ليس في حدّ نفسه كالممنّ من التراب. إلّا أنّ المالية كالملكية صفة اعتبارية، و ليست كالأعراض المقولية المنوطة بوجود معروضاتها خارجا، فمنشأ الانتزاع موجود خارجا تارة، و اعتبارا أخرى. و المال بهذا المعنى صادق على الكليات الذمية بلحاظ توقّع وجودها، و لذا يتنافس العقلاء على شرائها سلما «3».

---

(1): جامع المدارك، ج 3، ص 69

(2) حاشية المكاسب، ص 54

(3) حاشية المكاسب، ص 3

---

ولوقيل بأنّ عدم مالية الكلي الذمي ينشأ من تقيده بالذمة المانع عن قابلية وجوده خارجا، ومثله يمتنع اتصافه بالمالية، قلنا: إنّ العهدة ظرف للكلي لا قيده حتى يمتنع وجوده العيني، ومن المعلوم عدم اقتضاء الظرفية المانع عن قابلية الانطباق على ما في الخارج، والمالية تتوقف على هذه القابلية كما لا يخفى.

وقد تحصّل اندفاع إشكال بيع الكلي من ناحيتي الملكية والمالية معا، هذا. مضافا الى الإجماع المدّعى في كلام صاحب العروة قدّس سرّه.

وقد أجب عن إشكال الملكية بوجوه اخرى تعرض السيّد لها ولما فيها، ونحن نقتصر على بيان وجهين منها:

الأول: ما أفاده الفاضل النراقي قدّس سرّه في تصوير بيع المعدوم كالسّلم بقوله: «قلت: اللازم في البيع تحقق النقل حال البيع، لا تحقق الملك حينئذ، لجواز نقل الملك المتحقق غدا أو بعد شهر اليوم، كما في نقل المنفعة في الإجارة، سيّما إذا لم يكن مبدؤها متصلا بالعقد...» (1).

ومحصله: أنّ محذور بيع الكلي يتوقف على كون البيع نقلا للملك الفعلي، فيشكل حينئذ بامتناع التملك مع انتفاء المملوك. ولكن البيع نقل الملك، ولا مانع من فعلية النقل واستقبالية المملوك، لعدم كون النقل عرضا حتى تتوقف فعليته على فعلية معروضه وهو الملك، هذا.

ولكنك خبير بأنّه لا وجه للتصرف في معنى البيع بجعله نقلا فعليا وإن كان المنقول معدوما حين النقل، بل يمكن تصحيحه حتى بناء على كون البيع نقلا للملك الفعلي، وذلك لأنّ الملكية والزوجية- كما صرّح به الفاضل النراقي بعد أسطر (2)- من الأحكام الوضعية، ومن المعلوم أنّها أمور اعتبارية لا ثبوت لها إلّا في أفق الاعتبار بعد تحقق مصحّح الاعتبار عند

---

(1): عوائد الأيام، ص 38

(2) المصدر، ص 39

العقلاء و الشرع، و ليست من الأعراض المقولية التابعة لمعروضاتها قوة و فعلا. و لا ريب في اعتبارهم مملوكية المعدوم بعد تعارف بيع السلم عندهم، و هو كاشف عن كفاية فرض الوجود لطرف إضافة الملكية في المعاملة عليه، و عدم اعتبار وجوده العيني، و على هذا لم يتوقف تصحيح بيع الكلبي على التصرف فيه بما أفاده الفاضل قدس سره من كون الملكية حكما وضعيا دائرا مدار الاعتبار، و ليست عرضا مقوليا حتى يتخيل امتناع قيامها بالمعدوم.

مع أن عدوله الى جعل البيع نقلا فعليا- و إن كان المنقول استقباليا- غير مجد، أما أولا:

فلأن النقل و إن لم يكن عرضا مصطلحا، إلا أنه من المعاني التي لا استقلال لها في التحصل، بل لا بد أن يكون بلحاظ مكان أو إضافة، فإذا لم تكن إضافة الملكية إلى المعدوم معقولة فالنقل بلحاظها غير معقول أيضا، فكما أن الملكية غير فعلية فكذا النقل غير فعلي، و إنما هو معلق على أمر متأخر، و من المعلوم مبطلية التعليق إجماعا.

و لو قيل: بأن الملكية فعلية، و الموجود بالقوة هو المملوك، فنقل الملكية فعلي و لا ربط له بالتعليق، قلنا: إن الملكية نسبة خاصة بين المالك و المملوك، و مع انتفاء المملوك حسب الفرض لا يعقل وجود الملكية فعلا، و هذا كرّ على ما قرّ منه.

هذا ما أفاده السيد «1» و المحقق الأصفهاني «2» قدس سرهما بتوضيح منّا.

و أمّا ثانيا: فللنقض بما في كلام السيد أيضا من: أن لازم كلام الفاضل قدس سره بطلان البيع إذا تعذر بعد ذلك تسليم الكلبي، أو أمكن و لم يحصل للبائع، لكونه كاشفا عن أنه باع ما ليس له، و من المعلوم أنه لا يكون باطلا، بل له خيار تعذر التسليم «3».

---

(1): حاشية المكاسب، ص 54

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 3

(3) حاشية المكاسب، ص 54

---

إلا أنه يمكن ذبّه بتصريح الفاضل بدلالة الأخبار على اشتراط المملوكية حال البيع، وإنما يخرج عنه بدليل كما في بيع السلم وبيع المعدوم مع الضميمة. ومقتضى هذا البيان الالتزام بصحة بيع الكلّي سلماً، وتعذر التسليم لا يستلزم البطان بل يوجب الخيار.

الوجه الثاني: ما أفاده السيد، قدّس سرّه و محصله: أنّ الملكية وإن كانت من الأعراض الخارجية، إلا أنّ حقيقتها عين اعتبار العقلاء أو الشارع، فيمكن أن يكون محلّها موجوداً في وعاء الاعتبار كالكليّ الذمي والمنفعة المعدومة والثمره المتجددة، نظير الوجوب والحرمة، فإنّهما وإن كانا عرضين إلا أنّهما يتعلقان بكلّي الصلاة والشرب قبل وجودهما في الخارج (1).

أقول: إن كان مراده قدّس سرّه من كون الملكية عرضاً خارجياً ما اصطلاح عليه أهل المعقول- أي الماهية التي لو وجدت وجدت في موضوع- في قبال الجوهر توجه عليه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من امتناع الجمع بين كونها عرضاً واعتباراً عقلياً، لما بينهما من التقابل، فالعرض المقولي أمر واقعي، والاعتبار المقابل للمقولات لا ثبوت له إلا في أفق الاعتبار، فعدها من الأعراض معناه توقف فعليتها على فعلية معروضها أي المملوك، كما أنّها إن كانت من الاعتبارات المغايرة سنخاً للمقولات كان نفس اعتبارها منشأ لترتيب الآثار عليها. وكان المناسب أن يقتصر السيد قدّس سرّه على أن حقيقتها عين اعتبار العقلاء.

وإن كان مراده من العرض معناه اللغوي وهو اللحق لا العرض المقولي فما أفاده متين، فالملكية نسبة بين المالك والمملوك و يتصف بها المال، ومعنى خارجيتها عدم كونها مجرد تخيّل كأنياب الأغوال. ولا تنافي حينئذ بين توصيف الملكية بالعرض الخارجي وبالامر الاعتباري، هذا.

و الإنصاف أن ما ألزمه به المحقق الأصفهاني في محله، لكونه أخذاً بظاهر الكلام.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بالمعوض.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 54

و أما العوض (1) فلا إشكال (2) في جواز

التمن في البيع أعم من العين و المنفعة

(1) قد عرفت اختصاص المعوّض بالعين، و أما العوض فلا يعتبر فيه ذلك، بل يكفي كونه مالا يرغب فيه و يتنافس عليه، سواء أ كان عينا أم منفعة أم حقًا، و حيث إنّ صدق البيع على ما إذا كان كلا العوضين عينا من المسلّمات لم يتعرض له المصنّف قدّس سرّه، و إنّما عقد الكلام في مقامات ثلاثة، أحدها: في كفاية كون العوض منفعة، و ثانيها: في حكم عمل الحرّ.

و ثالثها: في جواز جعل بعض الحقوق عوضا، و سيأتي تفصيل الكلام فيها عند تعرض المصنّف له إن شاء الله تعالى.

أما إذا كان العوض عينا فيجري فيه ما تقدّم في المعوّض من الأقسام، من الشخصية و الكليّة بأنواعها.

(2) من هنا شرع المصنّف في بيان المائز بين التمن و المثن، و هو إشارة إلى المورد الأول أعني به البحث عن جواز كون التمن منفعة، خلافاً للوحيد البهبهاني قدّس سرّه القائل باعتبار عينية العوضين معا.

ثم إن المنفعة تطلق على معينين:

الأول: ما يقابل العين، و هي حيثية قائمة بالعين، سواء أ كانت منفعة الأعيان الجامدة كسكنى الدار، أم منفعة الأعيان الناطقة كالأعمال المحترمة التي يعملها الكسوب- حرّا كان أو عبدا- كالخياطة و الطبابة و النجارة.

الثاني: ما يشمل العين، فيكون بمعنى الرّبح و الفائدة، فكما يقال: استفاد بتجارته عشرة دنانير مثلا أو ربح فيها، فكذا يقال: إنه انتفع فيها بعشرة، و من المعلوم أنّ المنفعة بهذا المعنى أعمّ من العين الخارجية و من الحيثية القائمة بالعين.

و المقصود بالمنفعة هنا هو المعنى الأول أي ما يقابل العين، كما لا يخفى.

ثم إنّ المصنّف قدّس سرّه بحكم بجواز وقوع المنافع ثمنا في البيع سواء أ كانت كسكنى الدار أم

كونها (1) منفعة، كما في غير موضع من القواعد (2) وعن التذكرة (3) و جامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه (4).

خدمة العبد أم عمل الحرّ، وفصل في الأخير بين وقوع معاوضة عليه قبل جعله ثمنا في البيع، وبين عدم وقوع المعاوضة عليه قبله، بالجواز في الأوّل والتأمل في الثاني كما سيظهر.

(1) تأنيث الضمير باعتبار الخبر.

(2) قد ظفرت بتصريح العلامة بجواز كون العوض منفعة في موضعين من القواعد، أولهما بيع السلف، حيث قال فيه: «ولو كان الثمن خدمة عبد أو سكنى دار مدّة معيّنة صحّ» (1) ومن المعلوم عدم الفرق بين بيع السلف وغيره في الحكم.

وثانيهما: عوض الإجارة، حيث قال: «وكلّما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون عوضا، عينا كان أو منفعة، ماثلث أو خالفت» (2).

(3) قال في إجارة التذكرة: «مسألة: كلّما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون عوضا في الإجارة، لما بينهما من التناسب حتى ظلّنا واحدا. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعة» (3).

(4) أي: في جواز كون العوض منفعة، قال في الجواهر: «وأما الثمن فالظاهر من إطلاق الأدلّة والفتاوى وما صرّح به في المصابيح من أنّه مطلق المقابل، فدخل فيه الشخصي والكلّي، والعين والمنفعة، فيكون البيع بالنسبة إلى ذلك كالإجارة والصلح يقع بكلّ منهما، ولا فرق بينهما من هذه الجهة» (4).

(1): قواعد الأحكام، ص 52

(2) قواعد الأحكام، ص 89

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 292، ولا حظ كلام المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 7، ص 103

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 209

ص: 60

نعم (1) نسب (2) إلى بعض الأعيان (3) الخلاف فيه (4).

ولعله (5) لما اشتهر في كلامهم من «أن البيع لنقل الأعيان».

---

(1) استدرأك على نفي البعد عن تحقق الإجماع على وقوع المنفعة ثمنا في البيع، و حاصله:

أنه نسب الى بعض الأعيان اعتبار كون العوض عينا كالمعوض، و مع وجود المخالف في المسألة لا تتجه دعوى نفي الخلاف.

(2) المناسب هو الفقيه الكبير الشيخ جعفر النجفي في شرحه على بيع القواعد، قال فيه:

«و منع بعض الأعيان ناش من قول بعض الفقهاء: انه موضوع لنقل الأعيان. و ليس إلا نظير قولهم: الإجارة موضوعة لنقل المنافع».

(3) و هو الوحيد البهبهاني قدس سره في رسالته الفارسية في المعاملات، قال فيها ما ترجمته:

«و من شرائط البيع كون المبيع و الثمن عينا لا منفعة، إذ البيع انتقال عين بإزاء انتقال عين. و أما المنفعة فيمكن انتقالها بعنوان اللزوم بعقد إجارة أو صلح» «1». و وافقه الفاضل النراقي قدس سره «2».

(4) أي: في جواز كون العوض منفعة.

(5) أي: و لعلّ خلاف بعض الأعيان، و مقصوده قدس سره توجيه فتوى الوحيد البهبهاني قدس سره من اعتبار عينية كلا العوضين، و هذا التوجيه مذكور في مفتاح الكرامة و الجواهر «3»، و سبقهما في التنبيه عليه الفقيه الكبير كاشف الغطاء قدس سره. و توضيحه: أنه يمكن أن يكون خلاف بعض الأعيان ناظرا إلى ما اشتهر في كلمات الفقهاء «رضوان الله عليهم» في مقام الفرق بين البيع و الإجارة «أن البيع نقل الأعيان، و الإجارة نقل المنافع» و عليه لا يصدق مفهوم البيع

---

(1): آداب التجارة، ص 25، و هذا نصّ كلامه: و از جملة شرائط بيع آن است كه مبيع و ثمن عين باشند نه منفعت، چه بيع انتقال عين بإزاء انتقال عين است. و أما منفعت پس انتقال آن بعنوان لزوم بعقد إجاره می شود یا صلح.

(2) مستند الشيعة، ج 2، ص 371

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 148؛ جواهر الكلام، ج 22، ص 209

و الظاهر (1) إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إنّ الإجارة لنقل المنافع.

إلا إذا كان كلا العوضين عينا، فمثل «تمليك كتاب بسكنى دار شهرا» ليس يباعا.

(1) هذا ردّ التوجيه المزبور، و حاصله: أنّ المراد بهذه الجملة المعروفة بين الفقهاء تعيين حال المعوّض خاصة، سواء في باب البيع و الإجارة، فمرادهم بوضع البيع لنقل الأعيان هو اعتبار عينية المبيع، كما أنّ مقصودهم بوضع الإجارة لتمليك المنافع هو اعتبار كون المعوّض منفعة، من دون نظر الى بيان حال العوض. و الشاهد على هذه الدعوى تصريح بعضهم - كما تقدم في عبارة قواعد العلامة - بجواز كون عوض الإجارة عينا و منفعة، فإذا أجر داره سنة للسكنى جاز أن يجعل الأجرة مائة دينار، كما جاز أن يجعلها خياطة ثوب أو بناء غرفة، و نحوهما. و هذا كاشف عن كون قولهم: «الإجارة لنقل المنافع» ناظرا إلى المعوّض خاصة، بلا نظر الى العوض، فيتعيّن حينئذ أن يراد بقولهم: «البيع لنقل الأعيان» اختصاص المعوّض بالعين، فالعوض إنّما تعتبر ماليته سواء أ كان عينا أم منفعة أم حقّا، على خلاف في الأخير سيأتي بيانه.

هذا تمام ما أفاده المصنف في المقام الأوّل مما يتعلق بالعوض، و صار حاصله:

جواز كون المنافع ثمنا في البيع، إلا صنفا خاصّا منها و هو عمل الحرّ كما سيأتي [1].

[1] ما أفاده المصنف قدّس سرّه من نفي الاشكال عن كون العوض منفعة لا بدّ أن يكون لصدق «المال» عليها حتى ينطبق عنوان البيع أي «مبادلة مال بمال» على تمليك عين بمنفعة.

ولكنه ينافيه تردّده في مالية المنافع فيما يتعلق بالمقبوض بالعقد الفاسد من قوله تارة:

«بعد تسليم كون المنافع أموالا حقيقة» و أخرى: «بناء على صدق المال على المنفعة» و إن كان الصحيح ما اختاره هنا، من كفاية كون الثمن منفعة، إذ لا وجه لتخصيص الأموال بالأعيان كما هو ظاهر.

و كيف كان فيمكن الانتصار لمذهب الوحيد البهبهاني قدّس سرّه بوجوه اخرى غير ما تقدم



---

في كلامه من كون البيع لنقل الأعيان.

الأول: انصراف أدلة البيع الى المتعارف من البيوع المتداولة بين الناس، من كون الأثمان أعيانا كالدرهم و الدينار، لا منافع وإن كانت أموالا حقيقة.

وفيه: أن الموجب لانصراف الإطلاق إلى حصة من الطبيعي هو التشكيك في الصدق، لا مجرد غلبة الوجود. فمع الاعتراف بمالية المنافع كالأعيان- و صدق «مبادلة مال بمال» حقيقة على تملك عين بمنفعة- لا وجه للشك في شمول الأدلة له كما هو واضح. نعم لا بأس بهذا الانصراف في مثل أدلة مانعية لبس ما لا يؤكل في الصلاة عن أجزاء الإنسان مع كونه من أفراد.

الثاني: التردد في صدق «المال» على المنفعة، إمّا للجمود على ظاهر كلام ابن الأثير وغيره من عدم تسلّم صدقه على المنفعة، فيتوقف صدق البيع على كون العوضين من الأعيان.

وإمّا لأنّ المنافع معدومة حال العقد، و لا مالية للمعدوم، كما لعلّه يستفاد من كلام الشهيد قدّس سرّه في قواعده من أنّ «مورد الإجارة العين لاستيفاء المنفعة، لأنّ المنافع معدومة» (1).

وفيه: أنّ المال صادق عرفا على المنافع بل الحقوق أيضا، فلو شكّ في سعة مفهومه لها لغة كفى التعويل على معناه لدى العرف العام، مع أنّ ظاهر القاموس تعميم المال للمنافع، لقوله:

«ما ملكته من جميع الأشياء» إلا أن يدعى عدم إطلاق الشيء إلا على الأعيان، فليتأمل.

وأمّا مجرد كون المنفعة معدومة فلا يقتضي سلب المالية عنها، لما تقدم في بيع الكلي من أن المناط في الملكية و المالية وجود مصحح الاعتبار العرفي أو الشرعي، لا وجود ذات المال و الملك خارجا. و عليه فسكنى الدار مثلا مما يبذل بإزائه المال و يرغب فيه، و معه لا وجه لنفي مالية المعدوم و لا ملكيته بقول مطلق.

الثالث: أن المنافع غير مملوكة، و هو إشكال حكاه المحقق الأصفهاني قدّس سرّه في

---

(1): القواعد و الفوائد، ج 2، ص 272، القاعدة: 264

---

بيعه وإجارته عن بعض أهل الدقة- و وافقه بعض الأجلة- من المنع عن جعل المتعلق في إجارة الأعيان هو المنفعة، بل لا بد أن يكون تملك العين في جهة خاصة. و محصل الاشكال:

أن المقصود من تملك المنفعة تسليط الطرف المقابل على حيثة من حيثيات العين ذات المنفعة كالدائر للسكنى فيها، و الدابة للركوب عليها. و هذا مما يمتنع تحققه، لعدم كون السكنى من أعراض الدار حتى تكون مملوكة لمالك الدار بتبعها، بل هي عرض قائم بالسكن، و عرض الساكن لو كان مملوكا لكان لموضوعه لا لغيره، و إذا لم يملكه الموجر فكيف يملكه المستأجر؟

و لأجله لا بد من تعريف الإجارة بأنها «تمليك العين في جهة خاصة في مدة مخصوصة» في قبال البيع الذي هو تملك العين من جميع الجهات بلا تقييد بجهة و لا مدة (1).

و هذا الاشكال- لو تم- منع عن تملك المنفعة وحدها، بل يتعين تملك العين في جهة استيفاء منفعتها، و لا فرق في كون الاستيفاء عرضا قائما بمن يستوفيهها- لا بالعين التي تقع موردا للإجارة- بين جعل المنفعة معوضا كما في باب الإجارة، و بين جعلها عوضا كما في البيع. و لا يقدح اختلافهما في قصر السلطنة في الأول على حيثة معينة من العين، و شمولها في الثاني لجميع شؤونها، و وجه عدم الفرق استحالة تملك المنفعة وحدها.

و أجاب عنه المحقق الأصفهاني قدس سره بمنع مبنى العدول عن تعريف المشهور للإجارة إلى تعريفها بتمليك العين في جهة خاصة. و محصل ما أفاده:- بتوضيح مّا- أنّ سكنى الدار ليست عرضا قائما بالمستأجر خاصة حتى يتوهم عدم مملوكيتها للموجر حتى يمتنع تملكها للمستأجر، بل سكنى الدار كما هي مبدأ لعنوان الساكنية المنتزع من ذات الساكن- أي المستأجر- كذلك هي مبدأ لعنوان المسكونية المنتزع من الدار، كما هو حال كل عنوانين متضايقين، فما هو من شؤون الدار و حيثياتها هي حيثية المسكونية، لا حيثية

---

(1): حاشية المكاسب، ص 7 (رسالة الحق)، كتاب الإجارة، ص 5

السكنية التي هي عرض قائم بالمستأجر. غاية الأمر أن حيثية المسكونية لها نحوان من الوجود.

أحدهما: وجودها الاستعدادي القائم بالدار على حدّ وجود المقبول بوجود القابل كالنظفة و الطفل، و هو في الدار قابليتها للسكنى، و هذا أمر قارّ غير متدرج في الوجود، و باق ما دامت الدار باقية على حالها و لم تسقط عن قابلية السكنى فيها.

و ثانيهما: وجودها الفعلي أي المنفعة التدريجية، حيث إنّ فعليّتها تكون بفعلية مضافها القائم بالمستأجر في مقام الاستيفاء، و من المعلوم أنّ متعلق الإجارة هو هذه الحيثية التي تكون من شؤون الدار، و لا ريب في أنّ شؤون العين قابلة لعروض الملكية لها بتبع مملوكية العين.

و الحاصل: أنّ مورد الإجارة هو حيثية المسكونية الفعلية المضافة للسكنية الفعلية، و ما هو من أعراض المستأجر حيثية السكنية، و ليست هي محطّ النظر.

هذا مضافا إلى: أنّ حقيقة السكنى - التي هي مبدأ عنواني السكنية و المسكونية - و إن كانت هي عين الكون في الدار، و هو عرض لذات الكائن لا للدار، إلا أنّ هذا العرض حيث إنه من الأعراض النسبية التي لها نسبة إلى غير موضوعاتها - في قبال الأعراض غير النسبية - جاز أن يكون زمام أمره بيد مالك الدار، و لا نعني بالملكية إلا ذلك.

فتحصّل: أنّ منافع الأعيان مملوكة بتبع الأعيان، لكونها من شؤونها و حيثياتها. و عليه فلا وجه للتحاشي عن تعريف الإجارة بتملك المنفعة.

و لو فرض تسليم الاشكال فتعريفها «بتملك العين من جهة» لا يجدي في دفع الغائلة، إذ لو كان معروض الملكية نفس تلك الجهة - كالسكنى في الدار - لا العين عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة. و لو كان معروضها نفس العين المخصّصة بجهة بما هي مقيدة بها لزم اجتماع ملكين استقلالين على عين واحدة. و تقيّد مملوكيتها للمستأجر بجهة، و إطلاقها للموَجّر لا يوجب تعدد الموضوع. و دعوى خروجها عن ملك الموَجّر مؤقتا، و صيرورتها ملك

---

المستأجر خاصة فلا يلزم اجتماع مالكين على عين واحدة، ممنوعة، للقطع بمشروعية التصرفات المالكية فيها للموَجَر من بيعها وهبتها و سائر الآثار المترتبة على ملك الموَجَر لها غير المزاحمة لانتفاع المستأجر بها. و كل ذلك دليل على بقاء الرقبة على ملك الموَجَر «1».

ونتيجة هذا البحث: أنّ المنع عن وقوع المنافع عوضاً في البيع و معوّضاً في الإجارة مّا لا وجه له، لا من جهة التشكيك في ملكية المعدوم، ولا في مالية المنفعة.

ولو انتهى البحث الى الشك في صدق المال على المنفعة لزم الاقتصار على القدر المتيقن من مفهوم البيع وهو عينية كلا العوضين، لكون الشبهة مفهومية، وفي مثلها لا مجال للتمسك لفيه بإطلاق ما دلّ على حلية البيع - كما في بعض الكلمات - لكون الشك في موضوع الدليل حسب الفرض.

نعم لا بأس بالتمسك لصحة هذه المعاوضة بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود، وبحلّية الأكل بالتجارة عن تراض ونحوهما من العمومات، وإن لم يترتب عليها الأحكام المختصة بالبيع.

هذا بناء على عدم كون عنوان «العقد» مشيراً إلى خصوص العقود المتعارفة في عصر التشريع، وإلا امتنع التمسك بالآية أيضاً لمشروعية تمليك العين بالمنفعة ما لم يحرز التعارف في ذلك العصر. إلا أنّ الحمل على المشيرية مخالف لظهور العناوين المأخوذة في الخطابات في الموضوعية، كما هو ظاهر.

هذا كله فيما يتعلق بجعل المنفعة عوضاً، وسيأتي الكلام في المقام الثاني وهو عمل الحر.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 7 و 8 (رسالة الحق)؛ كتاب الإجارة، ص 5

جواز وقوع عمل الحرّ ثمنا في البيع

(1) استدراك على قوله: «وَأَمَّا العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة» وعمل الحرّ وإن كان صنفا من طبيعَي المنفعة، إلا أنّ وجه إفراجه بالبحث هو الشبهة في ماليته، بخلاف سائر المنافع التي لا ريب في ماليتها. وقد أشرنا إلى أنّ الثمن إمّا أن يكون عينا أو منفعة أو عمل حرّ أو حقّا، وتقدم الكلام في مطلق المنفعة، وجواز وقوعه عوضا، ويقع الكلام في المقام الثاني وهو استثناء عمل الحرّ عن حكم كلّ المنفعة، للشك في صدق مفهوم «المال» عليه.

وتوضيح ما أفاده المصنف قدّس سرّه: أنّ منفعة الآدمي - التي يقصد جعلها ثمنا في البيع - إمّا أن تكون خدمة مملوك، وإمّا أن تكون عمل حرّ، والثاني إمّا أن تقع المعاوضة عليه قبل البيع، وإمّا لا، فالأقسام ثلاثة:

الأول: أن تكون المنفعة عمل مملوك كما إذا أراد السيّد شراء كتاب وجعل ثمنه خدمة مملوكه يوما، ولا شبهة في صحة هذا البيع، لكون الثمن مالا مملوكا يتبع ملك رقبته، ومن المعلوم سلطنة السيّد على أنحاء التصرفات المشروعة في ماله، ومنها جعل عمل عبده أو أمته ثمنا في شراء سلعة.

الثاني: أن تكون المنفعة عمل حرّ قد عومل بها، كما إذا أجر زيد نفسه لخياطة ثوب عمرو بدينار، وصارت الخياطة مملوكة للمستأجر في ذمة أجيره، فإذا اشترى المستأجر كتابا من بكر صحّ جعل عوضه الخياطة التي يملكها في ذمة زيد، وتصير مشغولة حينئذ لبكر بعد ما كانت مشغولة لعمرو. والوجه في الصحة كون هذه المنفعة الخاصة مالا مملوكا للمستأجر، ولا يعتبر في البيع إلا صدق «مبادلة مال بمال» والمفروض تحقّقه في عمل الحرّ بعد وقوع معاوضة عليه بإجارة أو صلح.

الثالث: أن تكون المنفعة عمل حرّ وأريد جعله ثمنا في البيع ابتداء من دون سبق معاوضة عليه، وهذا هو مورد البحث فعلا، كما إذا اشترى الحرّ الكسوب كتابا وجعل ثمنه

خياطة ثوب، بأن يقول البائع: «بعتك كتابي بخياطة هذا الثوب» وقبله المشتري. وفي صحة هذا البيع وجهان أحدهما الصحة، والآخر البطلان.

ووجه الأول: انطباق تعريف البيع عليه، إذ المراد بالمال كل ما يتنافس العقلاء عليه وبيدلون بإزائه شيئاً، عينا أم منفعة أم عمل حرّ أم خدمة عبد، ومن الواضح صدق المال على عمل الحرّ كخياطته ونجارته سواء وقعت معاوضة عليه أم لم تقع، فالمناط كون العمل في حدّ نفسه مما يرغب فيه النوع. ولولاه لزم بطلان إجارة عمل الحرّ، لوضوح اعتبار مالية المنفعة في باب الإجارة أيضاً، مع أنّه لا ريب في صحتها. ومن المعلوم أن وزان الإجارة وزان البيع في مبادلة الأموال، غايته أن هذا يفيد تملك الأعيان، وتلك تفيد تملك المنافع.

ووجه الثاني: - وهو البطلان - احتمال اعتبار مالية العوضين - في حدّ ذاتهما - قبل ورود البيع عليهما، لظهور تعريف المصباح في وقوع المبادلة بين شيئين اتّصفاً بالمالية مع الغض عن المعاوضة، ومن المعلوم أن عمل الحرّ - قبل المعاوضة عليه بإجارة أو صلح - ليس مالا، بل ماليته تتوقف على المعاوضة عليه، فالخياط بمجرد معرفته بالخياطة ليس ذا مال، وإنّما يصير كذلك إذا ملّك عمله للغير بعوض.

ويكشف عن عدم مالية عمل الحرّ - في حدّ ذاته - ما ذكره في مسائل:

الأولى: في الاستطاعة المالية للحج، حيث لا يعدّ الكسوب المحترف مستطاعاً من ناحية كسبه وصنعتة، وتوقف استطاعته المالية على أن يؤجر نفسه للغير - قبل الحج - بما يفي بمثونة حجه، فلو خرج مع الرّفقة ولا يجد ما يحجّ به لا يجب عليه أن يؤجر نفسه في الطريق بما يكفي لنفقته، لأنّه تحصيل للاستطاعة، ومن المعلوم عدم وجوب تحصيلها.

ولو كان نفس عمل الحر وصنعتة مالا - سواء أجر نفسه للغير أم لا - لكان مستطاعاً قبل الإجارة وواجداً لما يحجّ به، ووجب عليه إجارة نفسه مقدّمة لأداء الحج الواجب عليه.

فان قلنا (1): إنه قبل المعاوضة عليه (2) من الأموال فلا إشكال، وإلا (3)

الثانية: في ضمان حابس الحرّ الكسوب لمنافعه الفائتة منه في الحبس، حيث فصلوا بين كون المحبوس أجيرا لغيره- قبل الحبس- فيضمنها الحابس، وبين عدم كونه أجيرا فلا يضمنها. ولو كان ذات عمله و منفعته متصفة بالمالية لزم تغريم الحابس مطلقا، ولم يبق وجه للتفصيل المزبور.

الثالثة: في حجر المفلس، حيث إنه محجور بالنسبة إلى أمواله، لتعلق حق الغرماء بها، وليس محجورا بالنسبة إلى أعماله. ولو كانت أعماله أموالا لكان محجورا بالنسبة إليها أيضا.

والحاصل: أن التريديد في صدق المال على عمل الحرّ- قبل المعاوضة عليه- يكفي في المنع عن جعله عوضا في البيع، ولا يلزم الجزم بعدم ماليته، لوضوح مانعية الشك في المالية عن التمسك بإطلاق أدلة الإمضاء، لكونه من الشك في موضوع الدليل.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - إيران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 69

هذا توضيح كلام المصنّف قدّس سرّه في عمل الحرّ. و محصله: عدم صلاحية عمل الحر لوقوعه ثمنا في البيع، وذلك لمقدماتين:

الاولى: عدم كون عمله في حدّ نفسه مالا، و البيع مبادلة بين مالين.

ثانيتها: أنّه يعتبر مالية العوضين قبل البيع، و لا يكفي اتصاف عمل الحرّ بالمالية بنفس البيع.

وقد ظهر مما ذكرناه وجه تقييد العمل بكونه عمل الحرّ، و هو الاحتراز عن عمل العبد، فإنّه مال مملوك لمولاه بلا ريب كما تقدم.

(1) هذا وجه تصحيح جعل عمل الحرّ- كسائر المنافع- ثمنا في البيع، و كأنّه قال: «و أما عمل الحر ففيه وجهان فان قلنا ..» و كيف كان فقد عرفت توضيح وجه الصحة بقولنا:

«و وجه الأوّل انطباق تعريف البيع عليه .. إلخ».

(2) هذا الضمير و ضمير «انه» راجعان الى عمل الحرّ.

(3) أي: و إن لم نقل بكون عمل الحر مالا في حد نفسه- بل تتوقف ماليته على المعاوضة عليه- أشكال وقوعه ثمنا في البيع. و قد عرفت وجه الاشكال بقولنا: «و وجه الثاني-

ففيه (1) إشكال، من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة (2)، كما يدلّ عليه (3) ما تقدّم عن المصباح [1].

---

وهو البطلان- احتمال اعتبار ..».

(1) أي: ففي جواز كون عمل الحرّ عوضاً في البيع إشكال، منشؤه احتمال اشتراط البيع بمالية العوضين ذاتاً، لا حدوث المالية لهما أو لأحدهما بالبيع.

(2) أي: قبل المعاوضة البيعية، يعني: سواء استؤجر على عمله قبل البيع أم لم يستأجر عليه، فليس المراد بكلمة «المعاوضة» هنا مطلق المعاملة، إذ لو أجز الحرّ نفسه لخياطة ثوب فقد صحّ أنه عاوض على عمله، فيقع عمله المملوك للمستأجر عوضاً عن المبيع.

(3) أي: على اعتبار كون العوضين مالا قبل إنشاء البيع. ووجه دلالة تعريف المصباح عليه هو: أن «مبادلة مال بمال» مؤلّفة من موضوع و محمول، فالموضوع هو المالان، و المحمول هو المبادلة بينهما، و لا ريب في ظهور التعريف في وقوع المبادلة بين المالين الفعلين، لا بين ما سيصير مالا- بنفس البيع، و لو فرض عدم هذا الظهور كان نفس الشك في الموضوع كالقطع بانتفائه في عدم جواز التمسك بدليل الإمضاء.

---

[1] لا يخفى ظهور المتن في أن المراد بعمل الحرّ هو فعله بمعناه المصدرى كما مثلنا له بالخياطة ونحوها من الحرف، كما أنّ منشأ تردّد المصنف قدّس سرّه في كونه عوضاً في البيع هو عدم اتصافه بالمالية قبل المعاوضة عليه، لا عدم كونه ملكاً.

وقد يقال: إنّ المقصود من العمل معناه الاسم المصدرى، و هو أثره ككون الثوب مخيطاً، و توضيحه: أن المالية صفة وجودية تنتزع من الموجود، و فعلية الأمر الانتزاعي و شأنيّة منشئه غير معقولة، و العمل المتصف بالمالية بعد المعاوضة عليه هو الأثر، ضرورة كون العمل قبل الشروع فيه و بعد الفراغ منه معدوماً، و هو في حال التلبس به معدوم أيضاً بمقتضى تدرجه في الوجود و عدم كونه قازاً، و المعدوم ليس بمال. فما يقبل الاتصاف بالمالية



---

هو أثره المحسوس كالخياطة و الصباغة، و هذا بخلاف ما لا يبقى أثره كصلاة الأجير و صومه، فإنّ صدق المال عليه مشكل، هذا ما قيل.

لكنك خير بإمكان اتصاف المعدوم بالمالية و المملوكية، كما في الكلي المبيع، و الثمن في النسيئة، و المنفعة المتدرجة الوجود في باب الإجارة. و لو سلّم قيامهما بالموجود العيني لا الاعتباري لم يكن وجه لصرف العمل عن معناه الحدّثي إلى أثره بعد ظهور الكلام بل صراحته في إرادة جعل العمل - بما هو صنف من طبيعي المنافع - عوضاً في البيع، و من المعلوم كون المنفعة متصرّمة الوجود لا قرار لها، و لازمه الالتزام بمنع مالية مطلق المنافع، لا خصوص عمل الحرّ، و هو كما ترى.

ثم إنّ الاشكال في عمل الحرّ كما ينشأ من الترديد في ماليته أو الجزم بعدمها، فكذا ينشأ من انتفاء ملكيته، لعدم كونه مضافاً إليه بإضافة الملكية الاعتبارية، مع أنّ البيع مبادلة المالكين في الملكية، و يظهر من بعض أهل النظر حمل المتن - من الشك في المالية - على انتفاء الملكية بين الحرّ و عمله، و إن كان هذا التنزيل خلاف الظاهر جدّاً.

و كيف كان فالمسألة ذات وجوه:

أحدها: كون عمله مالا مطلقاً سواء أكان قبل المعاوضة عليه أم بعدها، كما يظهر من تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه «1». ثانياً: عدمه كذلك.

ثالثها: التفصيل بين وقوع المعاوضة عليه و عدمه كما في المتن.

رابعها: التفصيل بين عمل الكسوب و غيره كما مال إليه السيد قدّس سرّه «2».

و لا يبعد أن يقال بمالية عمله مطلقاً، لصدق حدّ المال عليه من «كونه شيئاً يبذل بإزائه المال» أو «شيئاً يدّخر لوقت الضرورة و الحاجة» أو «شيئاً يجري فيه الشح» فعمل الحرّ كعمل

---

(1): المكاسب و البيع، ج 1، ص 92

(2) حاشية المكاسب، ص 55

---

العبد في الرغبة و النفع و الأثر، فكما لا تكون المعاملة على خدمة العبد سفهية، فكذا على عمل الحرّ، و لذا يصحّ جعله صداقاً في النكاح، و أخذ العوض بإزائه في الإجارة و الصلح.

و الجزم بعدم ماليته قبل المعاوضة عليه أو الشك فيها إمّا أن يكون لاختصاص المال بالأعيان ذوات المنافع، و إمّا أن يكون لتقوم مالية الشيء بوجوده فعلاً لا قوّة. و كلاهما ممنوع كما مرّ آنفاً، و في بحث جعل مطلق المنفعة عوضاً في البيع.

بل يمكن الالتزام بصحة وقوعه عوضاً في البيع- قبل المعاوضة عليه- مع اعتبار مالية العوضين، لكفاية ماليته بنفس البيع كما تقدّم في تصوير الملكية الأثمانية في بيع الكلّي سلفاً و نحوه.

و أما إشكال عدم تملك الإنسان لعمل نفسه بالملكية الاعتبارية ففيه:- بعد تسليم اعتبار الملكية بهذا المعنى في صحة المعاوضة- أنّ البيع مبادلة مال بمال، لا مبادلة مال مملوك بمثله، بشهادة جواز بيع الوقف عند طرؤ المسوّغ، و شراء الحاكم الشرعي آلات البناء للمساجد مثلاً بسهم سبيل الله، مع أنه ليس ملكاً لأحد.

و عليه فلا مانع من جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع بعد صدق المال عليه عرفاً.

و أمّا ما تقدم في التوضيح- من الاستشهاد على عدم مالية عمله قبل المعاوضة عليه بمسألة الاستطاعة و ضمان الحابس و نحوهما- فلا ينفي ماليته، بل مالكيته لعمله بالملكية الاعتبارية العقلانية.

توضيحه: أمّا الاستطاعة فلائها- كما يظهر من أخبارها- منوطة بوجودان نفقة الحج فعلاً من الزاد و الراحلة و نحوهما من المؤمن، و عدم كفاية مجرد التمكّن من تحصيلها، ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام تفسير السبيل بقوله عليه السّلام: «أن يكون له ما يحجّ به» (1) و في معتبرة هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السّلام في تفسير آية الاستطاعة: «من كان صحيحاً في بدنه

---

(1): وسائل الشيعة، ج 8، ص 22، كتاب الحج، الباب 8 من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: 3

---

مخلى سربه، له زاد وراحلة» «1» و نحوهما غيرهما «2»، و ظهور اللام في الملك مما لا ينكر، و من المعلوم أنه لا يصدق على أرباب الأعمال- قبل المعاوضة عليها- أنهم مالكون للأموال.

و إضافة العمل الى الحرّ ليست كإضافة الكتاب الى زيد اعتبارا في «كتاب زيد» بل من إضافة العرض الى موضوعه في القيام به تكويننا. نعم للحرّ سلطنة على تملك عمله للغير، لكونها- كما أفيد- من مراتب سلطانه على النفس بجميع شؤونها.

فان قلت: إن مقتضى نصوص الاستطاعة وإن كان ملك الزاد و الراحلة فعلا، و عدم كفاية القدرة على تحصيلها في وجوب الحج، إلا أن الحرّ الكسوب و ذا الصنعة ممن يستطيع الحج أيضا، و ذلك لأن الأخبار المفسّرة للاستطاعة كما ورد فيها ما يكون ظاهرا في ملك النفقة فعلا كقوله عليه السلام: «له ما يحج به» كذلك ورد فيها كفاية وجدان المؤمن، كما في رواية حذيفة بن منصور عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الله عزّ و جلّ فرض الحجّ على أهل الجدة...» «3».

و مادة الوجود و الوجدان و إن كانت ظاهرة في حصول الشيء فعلا، فهي مساوقة لقوله عليه السلام: «له ما يحج به». إلا أن هذا المضمون ورد أيضا في نصوص زكاة الفطرة الظاهرة في حصر المكلفين في صنفين، أحدهما من يجب عليه أن يزكي و هو «الواجد و الغني و ذو المرّة»، و ثانيهما من لا يجب عليه ذلك، و هو «الفقير و من لا يجد».

ففي رواية عبيد الله بن ميمون عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام: «قال: ليس على من لا يجد ما يتصدّق به حرج» «4». و في رواية الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قلت له: لمن تحلّ

---

(1) وسائل الشيعة، ج 8، ص 23، الباب 8 من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: 7

(2) المصدر، الحديث: 1 و 4 و 9

(3) وسائل الشيعة، ج 8، ص 11، الباب 2 من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: 2، و نحوه الحديث 4 و 5

(4) وسائل الشيعة، ج 6، ص 223، الباب 2 من أبواب زكاة الفطرة، الحديث: 2

الفطرة؟ قال: لمن لا يجد، و من حلّت له لا تحلّ عليه، و من حلّ عليه، لم تحلّ له» (1).

و ظاهرهم حمل الوجدان على التمكن و القدرة على تحصيل المال، لا مالكيته فعلا، قال السيد قدّس سرّه في العروة: «و كذا لا يجوز- يعني أخذ الزكاة- لمن كان ذا صنعة أو كسب يحصل منهما مقدار مؤنثه» (2) و مقتضاه عدم كون الحرّ المحترف فقيرا مستحقا للزكاة، بل هو غني بمجرد تمكنه من الكسب و أعمال صنعته، و أنّ فقده للنقد ليلة العيد لا يقدح في غناه و واجديته لما يتصدّق به، و لا يوجب فقره و استحقاقه للزكاة.

و عليه فليكن المراد من الوجدان في نصوص الاستطاعة المالية مجرد القدرة على تحصيل الزاد و الراحة، لا مالكيتهما فعلا بملك النقد و الثمن.

و الحاصل: أنه لا وجه للتفكيك بين الاستطاعة و الزكاة، فإنّما أن يراد من كلمة «يجد» في المقامين فعلية المال، التي مقتضاها عدم وجوب الزكاة على الكسوب، بل هو مستحق لها، و إنّما أن يراد منها في المقامين ما يعمّ القدرة على التحصيل، و لازمه وجوب الحجّ على الكسوب الفاقد للنقد، القادر على تحصيلها بالعمل في الطريق.

قلت: لا منافاة بين المقامين، لأنّ «الجدّة و الوجود و الوجدان» و ما يشتق منها غير ظاهرة في الغنى و إصابة المال فعلا، بل قد يراد بها ذلك و قد يراد بها اليسار و التمكن، و التعيين منوط بالقرينة. و كذلك وردت في اللغة، ففي اللسان: «التهذيب: يقال: وجدت في المال- و جدا و جدا و جدا و وجدانا و جدة أي: صرت ذا مال .. و الوجد .. اليسار و السعة» (3). و في المفردات: «و يعبر عن التمكن من الشيء بالوجود، نحو: اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم، أي: حيث رأيتموهم .. فلم تجدوا ماء: فمعناه: فلم تقدروا على الماء، و قوله: من وجدكم أي:

(1): وسائل الشيعة، ج 6، ص 224، الحديث 9

(2) العروة الوثقى، ج 2، ص 306، كتاب الزكاة، الفصل السادس في أصناف المستحقين.

(3) لسان العرب، ج 3، ص 445

تمكنكم و قدر غناكم، ويعبّر عن الغنى بالوجدان و الجدة، وعن الضالة بالوجود ..» (1).

وفي بعض أخبار التيمم تفسير وجدان الماء بالتمكن منه و لو بالشراء مع عدم إصابته فعلا، كرواية الحسين بن أبي طلحة عن العبد الصالح عليه السّلام: «قال: فان لم تجدوا بشراء و بغير شراء» (2) فالقدرة على تحصيل الماء بالشراء وجدانه حقيقة.

والحاصل: أن هذا المبدأ يستعمل تارة في حضور الشيء فعلا و القدرة الفعلية على التصرف فيه، و اخرى في التمكن من تحصيله مع فقدته فعلا. و يتوقف استظهار كلّ منهما على قرينة معيّنة.

و عليه فلا- وجه لجعل نصوص الاستطاعة و زكاة الفطرة من باب واحد، لفرض إجمال مادة الوجدان و الوجود، و احتمال إرادة اليسار و الغنى الفعلين، و إرادة القدرة على تحصيله.

و من المعلوم أنّ النصوص المشتملة على «لام» الملك كقوله عليه السّلام: «له ما يحج به» ظاهرة جدّا في إصابة المال و القدرة الفعلية على التصرف فيه، و عدم كفاية التمكن من تحصيله، فتكون قرينة على المراد من «الجدّة» في الأخبار المشتملة عليها. و لذا قال السيد قدّس سرّه في باب الاستطاعة: «إذا لم يكن عنده الزاد، و لكن كان كسوبا يمكنه تحصيله بالكسب في الطريق لأكله و شربه و غيرهما من بعض حوائجه هل يجب عليه أو لا؟ الأقوى عدمه، و إن كان أحوط» (3).

و هذا بخلاف باب زكاة الفطرة، إذ لم يرد فيها ما يصرف اللفظ عن ظهوره في التمكن من التحصيل، و لذا أفتوا بعدم كون الكسوب مستحقا للزكاة لكونه ممّن يجد المال.

و الحاصل: أن عمل الحرّ و إن كان مالا عرفا، إلّا أنّه لا يوجب الاستطاعة، من جهة اعتبار وجدان المال فعلا فيها، إمّا بملك أو بإباحة كما في الحجّ البدلي.

و أما فرع ضمان حابس الحرّ ظلما لما فات من منافعه عنه في الحبس، فتفصيله: أنّ في

---

(1): مفردات ألفاظ القرآن، ص 513

(2) وسائل الشيعة، ج 2، ص 998، الباب 26 من أبواب التيمم، الحديث: 2

(3) العروة الوثقى، ج 2، ص 430، كتاب الحج، الفصل 2 (شرائط وجوب الحج) الشرط الثالث، المسألة: 5

أحدهما:- وهو المشهور بل المدعى عليه الإجماع- عدم ضمان منفعه.

وثانيهما: الضمان، ذهب إليه المحقق الأردبيلي «1»، ووافقته جمع من أعيان الفقه كالوحيد البهبهاني والسيد الطباطبائي.

قال في الشرائع: «و لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به، لأنّ منفعه في قبضته» «2». وعلق عليه صاحب الجواهر قدس سرّه بقوله: «فضلا عن غير الصانع، بلا خلاف أجده فيه. بل في الكفاية: هو مقطوع به في كلام الأصحاب، وإن عبّر في التذكرة بلفظ الأقوى مشعرا باحتمال الضمان فيه. بل في مجمع البرهان: قوة ذلك، لقاعدة نفي الضرر مع كونه ظالما وعاديا، فيندرج في قوله تعالى فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةً مِّثْلُهَا وَ غيرهما مما دلّ على المقاصّة والعقاب بمثل ما عوقب به، فالضمان حينئذٍ لذلك، لا للغصب الذي لا يقتضيه باعتبار عدم كون المغصوب مالا تتبعه منفعه ولو شرعا في الدخول تحت اليد واسم الغصب و غيرهما. و حكاها في الرياض عن خاله العلامة في حواشيه عليه، حيث قال: إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب، وإلا فالأمر كما ذكره الشارح، و مال إليه في الرياض، حيث يكون الحابس سببا مفوّتا لمنافع المحبوس ..

إلخ» «3».

و المستفاد منه أنّ في المسألة قولين كما تقدم بيانه. و المهمّ صرف النظر إلى أدلتهم، فنقول: يمكن أن يستدل على الضمان بوجوه:

الأول: ما في كلام المحقق الأردبيلي قدس سرّه من الآيات الدالة على جواز الاعتداء بمثل ما اعتدى، و جواز سيئة سيئة مثلها، و جواز القصاص بالعقاب بمثل ما عوقب به، بتقريب: أن

(1): مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 513

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 185

(3) جواهر الكلام، ج 37، ص 39

---

حبس الحرّ ظلماً اعتداءً عليه و عقاب و سيئة، فيجوز المقاصّة و العقاب بمثل ما عوقب به (1)».

هذا.

لكن الظاهر أنّ الحكم الوضعي - أعني به الضمان - أجنبي عن مساق الآيات، لكون العقاب بالمثل عبارة عن إيجاد عمل مماثل لما عوقب به، و من المعلوم أنّ العقاب بالمثل هو الحبس و نحوه من الاعتداء الذي وقع عليه.

إلا أن يقال: بصحة إطلاق العقاب و السيئة على كلّ من الحرمة الوضعية و التكليفية، لأنّ كلّاً منهما سيئة و اعتداء، و عليه فالحابس ضامن، لكون ضمانه مماثلاً لحبسه.

الثاني: ما في كلامه أيضاً من الاستناد إلى قاعدة نفي الضرر، فإنّ تفويت المنفعة بلا تدارك ضرر منفي في الشريعة المقدّسة، و هو أيضاً مفروض فيما إذا كان الضرر مسبباً عن الحبس، كتسبب الضرر عن استعمال الماء في الوضوء.

إلا أن يقال: إنّ المقام من عدم النفع، لا الضرر الذي هو النقص، فلا يصح التمسك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان.

و أما منع جريانها في أمثال المقام بدعوى: «أنّها نافية للأحكام التي ينشأ منها الضرر كوجوب الوضوء و لزوم العقد، و عدم الضمان ليس حكماً شرعياً حتى تجري فيه القاعدة» فغير مسموع، لأنّ العدم غير القابل للرفع بالقاعدة هو العدم الواقعي كعدم الوجوب و عدم الحرمة، لانتفاء الجعل الشرعي، و أمّا عدم الحكم إنشاءً كأن يقول الشارع: «لا يجب أو لا يحرم» فهو لكونه مجعولاً شرعياً تجري فيه الأحكام الثانوية، لوضوح كون الأعدام بعد التشريع مجعولة و لو بالإمضاء، فإبقاء الشارع لها جعلها بقاء لا إخبار ببقاء الأعدام الواقعية على حالها كما زعمه بعض. و هذا المقدار من الجعل كاف في نفيها بالقاعدة الامتنانية التي تقتضي حكومتها تقييد إطلاق كل ما يصح أن ينسب إلى الشارع. و من المعلوم أنّ الحكم بعدم ضمان المنافع الفاتئة في الحبس ضرر على الحرّ الكسوب الذي لو لا حبسه لكان يعوّضها بالمال.

---

(1): مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 513

وعليه فالشبهة المانعة عن جريان القاعدة هنا هو كون الفأنت منفعة، ولا يصدق «النقص» الذي هو المناط في جريانها.

وإن أمكن الخدشة فيه باختلاف الموارد، فقد يكون المحبوس ثريًا بحيث يعدّ الفأنت منه مدة حبسه منفعة، ولا يبدو نقص في أمواله أصلاً. وقد لا يكون كذلك، بل عليه العمل في كل يوم لإعاشة عياله بحيث يلزمه الاستدانة مدة حبسه للإئفاق عليهم، فإنّه لا ريب في صدق النقص عليه حينئذ، ولا مانع من جريان القاعدة في حقه.

الثالث: قاعدة التفويت أعني بها المنع عن الوجود، فإنّ الحبس يمنع عن وجود المنفعة، فيضمنها الحابس. وهذا يفرض فيما لو كان فوات المنفعة مسبباً عن الحبس، لا- عن تساهل المحبوس، كما إذا حبسه الظالم في مكان يمكنه العمل فيه، لكنه أهمل ولم يعمل باختياره وإرادته، لا لمانعية الحبس عن عمله، لأنّ التفويت إيجاد المانع عن الوجود، وعنوان المانع لا يصدق إلّا بعد وجود المقتضي- وهو إرادة الوجود- إذ العدم يستند إلى أسبق علله أعني به عدم المقتضي، لا إلى وجود المانع، ولذا لا يصحّ أن يستند عدم احتراق الثوب مثلاً إلى الرطوبة مع عدم وجود النار، بل يستند إلى عدم المقتضي له كما لا يخفى.

وقد ظهر أنّ المناط في ضمان المنافع الفائتة هو صدق التفويت أي المنع عن الوجود، في قبال قاعدتي الاستيفاء الذي هو استخراج المنافع من القوة إلى الفعل، والإتلاف الذي هو إعدام الموجود، هذا.

ولا- يخفى أنّهم عبّروا- في قبال فوت منفعه في الحبس- تارة بالانتفاع كما في الشرائع، وأخرى بالاستخدام كما في الإرشاد، وثالثة بالاستعمال كما في شرحه للمحقق الأردبيلي «1»، ورابعة بالاستيفاء كما في التذكرة، والكل صحيح.

لكن في عبارة التذكرة مسامحة، حيث قال: «منفعة الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات ..» «2»

ثم فسّر التفويت بالاستيفاء والاستعمال، والفوات بمجرد عدم تحقق المنفعة.

---

(1): مجمع الفائدة والبرهان، ج 10، ص 513

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 382



و الظاهر أنّ هذا مجرد اصطلاح، وإلا فظاهر التفويت هو الفوت المستند الى قاهر خارجي، بخلاف الفوت الظاهر في عدم المقتضي لوجود المنفعة، والأمر سهل.

الرابع: ما أفاده سيّدنا الخويي قدّس سرّه من السيرة العقلائية القطعية على تضمين مانع الحرّ الكسوب عن عمله بحيث لولا منعه عنه لكان يكتسب المال «1».

و الظاهر استقرار سيرتهم على التّغريم وعدم اقتصارهم على مجرّد اللّوم والتوبيخ، فالمناقشة في أصل السيرة لا تخلو من مكابرة. إنّما الكلام في الإمضاء. ولا يبعد كونها من السّير المرتكزة عندهم مرّ الأعصار، من حيث كون الإنسان مدنيّاً بالطبع مع الغضّ عن تديّنه بشريعة، وليست من السّير الحادثة بعد عصر الشّريع حتى يدعى توقفها على الإمضاء، بل الردع عنها منوط بالبيان، وحيث لا رادع شرعا عنها فهي ممضاة، مضافا الى وفاء الأدلة المتقدمة بامضاءها.

نعم لو نوقش في الأدلة المتقدمة وتمّ الإجماع المتصافر نقله في الكلمات على عدم الضمان أمكن جعله رادعا عن هذا البناء العملي. لكن الاعتماد عليه مشكل كما سيأتي.

هذا كله في أدلة الضمان، وقد ظهرت تماميتها في نفسها لولا وجود المعارض وهو الدليل النافي للضمان.

ويستدل على عدم الضمان - كما في الجواهر - تارة بنفي الخلاف، بل دعوى قطع الأصحاب بذلك كما في كفاية الفاضل السبزواري قدّس سرّه من قوله: «والمقطوع به في كلام الأصحاب أنّه لو حبس صانعا حرّاً مدّة لها اجرة لم يضمن أجرته ما لم يستعمله، لأنّ منفعه في قبضته» «2». ونحوه كلام العلامة في التذكرة.

و اخرى: بأن منفعه تابعة لما لا يصحّ غصبه، فأشبهت ثيابه وأطرافه.

وثالثة: بأنّ منفعه في قبضته، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد المضمّنة، فمنفعه تفوت

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 36

(2) كفاية الأحكام، ص 255؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 382

---

تحت يده، فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال، هذا.

و الظاهر رجوع هذا الوجه الى سابقه، لأنّ تبعية المنافع لما لا يصح غصبه - كالحِرّ - تستلزم كون المنافع تحت قبضة نفس الحرّ، هذا.

و كيف كان ففي الوجوه المتقدمة ما لا يخفى. أمّا الإجماع ففيه: أنه لا عبرة به حتى لو سلّم اتفاق الكلّ على الفتوى، لكونه معلوم المدرك، وذلك لتعليل عدم الضمان في كلام المجمعين بمثل «لأنّ منفعه في قبضته» أو «لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد». و من المعلوم ظهور التعليل في أنّ المتفق عليه ليس عدم ضمان منافع الحرّ بعنوانه، بل المجمع عليه كبرى عدم ضمان ما لم يقع تحت اليد، فطبّق هذا العموم على منافع الحرّ. و لا ريب في أنّ مثله غير مجد، إذ لا يستند القائل بالضمان إلى قاعدة اليد حتى توجب المناقشة في الضمان اليدي إنكار أصل الضمان المستند إلى وجوه أخرى. و لذا ذهب المحقق الأردبيلي قدّس سرّه الى الضمان، لجواز الاعتداء على الظالم بمثل ما اعتدى، و لدفع الضرر و نحوهما، مع اطلاعه على كون المسألة اتقاقية بينهم، لقوله: «و لعلّهم ليس لهم خلاف فيه» [1].

و الحاصل: أنّ حجية الإجماع تتوقف على كشفه عن رأي المعصوم عليه السّلام أو عن حجة معتبرة، و المفروض استناد المجمعين في المقام الى قصور حديث «على اليد» عن شموله للمنافع، و من المعلوم عدم منافاته لما إذا قيل بالضمان بدليل آخر غير اليد.

و أما الوجه الثاني - و هو تبعية المنافع لما لا يصح غصبه - ففيه: أنّ الضمان المدّعى ليس لتبعية المنافع للمغصوب حتى يقال: إن الحرّ لا يصح غصبه، بل لقاعدة التفويت و غيرها مما ذكر.

و أما الوجه الثالث - و هو أنّ منفعه في قبضته - ففيه: أنّ منفعه تفوت بالتفويت الذي هو من موجبات الضمان، و هذا أجنبي عن التعليل بعدم دخول الحر تحت اليد، إذ ليس الإشكال في الضمان من ناحية دخول المنافع تحت اليد و عدمه حتى يقال: بعدم دخولها تحتها

---

(1): مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 513

تبعاً لعدم وقوع نفس الحرّ تحت اليد.

والاشكال على ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء تارة بعدم كونها مالا، لأنّ المالية صفة وجودية و لو بوجود منشأ انتزاعها، فلا تنتزع من المعدوم. و اخرى بعدم صدق المال عرفاً على عمل الحر، و لذا لا يقال: إنه ذو مال، و لأجله لا يصدق عليه المستطيع حتى يجب عليه الحج، و لا يضمن عمله إذا حبسه الظالم، إلا إذا قدر بمال كما إذا صار أجيراً للغير، فإنّ عمله حينئذ مال له كما لا يخفى.

مندفع، إذ في الأول: أنّ الوجود ليس مقوماً لمالية المال، و لذا يحمل عليه الوجود تارة و العدم اخرى، فيقال: المنّ من الحنطة مثلاً موجود أو معدوم، فلو كان الوجود مقوماً لها لم يصح حمل الوجود و العدم على الشيء المتصف بالمالية كالمنّ من الحنطة، و عليه فالمقوم للمالية هو الوجود الاعتباري لا الخارجي.

و الحاصل: أنّ الذمة أو الخارج ظرف لوجود المال لا مقوم لماليته.

و في الثاني:- بعد النقض بالمبيع و الثمن الكليين الذميين و المنافع العملية في الإجارة- أنّ غاية ما يقتضيه هذا الوجه هو نفي إضافة الملكية الاعتبارية، و عدم كونه ذا مال، لا نفي المالية. و ذلك لأنّ المالية و الملكية اعتباران عقلايين، تنتزع الأولى من الشيء باعتبار ما فيه من الخصوصية الذاتية الموجبة لميل الناس إليه و تنافس العقلاء عليه، و بذلهم الأموال بإزائه، فإنّ المنّ من الحنطة في حدّ نفسه ليس كالمنّ من التراب في انتزاع اعتبار الماليّة عن الأول باعتبار ما فيه من الخصوصية، دون الثاني. و المالية و إن كانت صفة وجودية، لكنّها اعتبارية، و الشيء المتصف بالمالية الذاتية يكون موجوداً تارة، و معدوماً أخرى.

نعم فعلية بذل العقلاء مالا بإزائه موقوفة على تقدير وجوده في الذمة، أو تقدير وجوده بوجود العين كالمنفعة التي هي من حيثيات العين و شؤونها.

و تنتزع الثانية- أعني بها إضافة الملكية الاعتبارية- من كون الشيء المتصف بالمال مضافاً إلى شخص بالأصالة كمالكية السيّد لرقبة مملوكه، أو بالتبع كمالكيته لمنفعة عبده بتبع

رقيته. فالمرق من الحنطة قبل التعهد، و المباحات قبل الحيازة و عمل الحرّ قبل المعاوضة عليه أموال، و ليست أملاكاً بالملكية الاعتبارية، و إن كان بعضها كعمل الحرّ مضافاً الى صاحبه بالملكية الذاتية التكوينية، فإنّ عمل كل شخص و نفسه و ذمته مملوكة له ملكية ذاتية، و هذه المرتبة من الملكية فوق الملكية الاعتبارية و دون الملكية الحقيقية التي هي له تعالى بما أنه فاعل ما منه الوجود، و لأوليائه عليهم السلام بما أنّهم فاعل ما به الوجود.

و المراد بالملكية الذاتية السلطنة على التصرف في نفسه و شؤونها، لحكم الوجدان و الضرورة و السيرة العقلانية بتسلط كل أحد على عمل نفسه و ما في ذمته، و أنّ له السلطنة على تمليك عمله بالإيجاد و غيره، و بيع ما في ذمته، و هذه السلطنة ممضاة شرعاً و غير مردوع عنها. فالسلطنة الذاتية موضوع للسلطنة على إيجاد الملكية الاعتبارية إلا ما خرج بالدليل، كعدم سلطنته شرعاً على التمليك الاعتباري بالنسبة الى بعض المملوك الذاتي كالخمر المصنوع له، و آلات اللّهو التي صنعها، فإنّ الشارع ألغى الملكية الاعتبارية فيها.

و بالجملة: فالملكية الذاتية لعمل الحرّ ثابتة، دون الملكية الاعتبارية، إذ لا مجال لها مع الملكية الحقيقية، للغويتها و كونها من تحصيل الحاصل.

و قد تحصّل مما ذكرناه أمور:

الأول: أنّ عمل الحرّ مال عرفي مملوك له بالملكية الذاتية التكوينية التي هي السلطنة على النفس و الذمة بتمليك عمله و ما في ذمته للغير، و ليس مملوكاً له بالملكية الاعتبارية.

فيشترك عمل الحرّ و العبد في المالية و الملكية الذاتية، و يفترقان في إضافة الملكية الاعتبارية، حيث إنّ عمل العبد - مع كونه مملوكاً لنفسه ذاتاً - مملوكٌ لسيدته تبعاً لرقبته بالملكية الاعتبارية، كسائر الأعيان المملوكة له كالدار و الدابة و نحوهما. بخلاف عمل الحرّ، فإنّه مملوكٌ له بالملكية الذاتية دون الاعتبارية، إلا بعد تمليكه للغير بإجارة أو غيرها، فإنّه يصير حينئذ مملوكاً للمستأجر كمملوكية عمل العبد لمولاه. و مقتضى مملوكية عمل العبد لمولاه و جوب الحج على المولى إن كان عمله مساوياً لمال يفي بالحج، و اجتمع سائر شرائط وجوبه.

الثاني: أن عمل الحرّ مال عرفا، فلا مانع من جعله ثمنا في البيع الذي هو مبادلة مال بمال، إذ ليست الملكية الاعتبارية شرطا في صحة البيع العرفي ولا الشرعي، فليس البيع مبادلة مال مملوك بالملكية الاعتبارية بمال كذلك، بل هو مبادلة المالين العرفيين.

الثالث: أنّ عدم حصول الاستطاعة- التي يترتب عليها وجوب الحج- بعمل الحرّ إنّما هو لأجل دخل الملكية الاعتبارية أو الإباحة في حصول الاستطاعة، وعدم كفاية الملكية الذاتية في حصولها، فراجع نصوص الاستطاعة كما أشرنا إلى بعضها.

الرابع: أنّ مقتضى مالية عمل الحرّ عرفا ضمانه بالتفويت، إلاّ أنّه قد ادّعي ظهور أدلة الضمان في اعتبار إضافة الملكية الاعتبارية فيه، ولذا قال في الشرائع في عبارته المتقدمة:

«لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به .. إلخ». لكنه يشكل المساعدة عليه، لأنّ حكمه بالضمان في صورة انتفاع الحابس به إن كان لأجل كون المنفعة ملكا اعتباريا للحرّ، ففيه ما لا يخفى، لما عرفت من أن مالكية الشخص لعمله ذاتية لا اعتبارية.

وإن كان لأجل كفاية الملكية الذاتية في الضمان وعدم إناطته بالملكية الاعتبارية فقد ثبت المطلوب.

والحاصل: أنّ قاعدة اليد أو الإتلاف أو الاحترام أو غيرها من موجبات الضمان- لو سلّم دلالتها على اعتبار الملكية الاعتبارية في الضمان- يمكن أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بينها وبين ما دلّ على جواز الاعتداء بالمماثل والتّقص به ونحوه مما يدل على الضمان من دون تقييد بالملكية الاعتبارية هو: أن المضمون لا بد أن يكون مضافا إلى شخص أو هيئة حتى تقوم تلك الإضافة بالمضمون به، فإذا أتلّف الزكاة أو الخمس أو عوائد الوقف الخاص- كالوقف على الذرية، ومثله الوقف على العناوين كالفقراء والزوّار والعلماء- قامت إضافة الوقفية ببدل التالف، ويتصف البدل بالعنوان الذي كان قائما بالمبدل التالف.

ولا فرق بين كون الإضافة ذاتية واعتبارية، إلاّ إذا ألغى الشارع مالّية المملوك الذاتي كالخمر، فإنّ المسلم إذا صنعه كان مالكا لها بالملكية الذاتية، لكن الشارع أسقط ماليتها المعبرة

في الضمان، فلا يضمنها المسلم إذا غضبها من مسلم. فالملكية الذاتية توجب الضمان ما لم يبلغ الشارع مالية المملوك الذاتي. ولذا نقول بضمان منافع الحرّ إذا استوفاه الحابس، مع أنّ عمل الحرّ قبل وقوع المعاوضة عليه - مع كونه مالا - ليس ملكاً لأحد بالملكية الاعتبارية.

ولو كان الضمان منوطاً بالملكية الاعتبارية لزم الاقتصار في ضمان الحابس على ما إذا قدّر عمله بإجارة أو صلح، وعدم تضمينه بمجرد الاستيفاء. مع أنّ ضمانه في مورد الانتفاع به لعلّه إجماعي عندهم، مستدلّين عليه «بأنه أخذ منه ماله بلا عوض، فكأنّه غضب منه مالا وحقاً أو أتلفه، فيضمن».

مع أنّ الضمان لو كان دائراً مدار غضب المال المضاف الى مالكه بالملكية الاعتبارية أو إتلافه توجه سؤال الفرق بين استخدام الحرّ قهراً و استعماله و بين منعه عن العمل، إذ المفروض عدم كون عمله ملكه بالملكية الاعتبارية ما لم تقع معاوضة عليه، بل هو مملوك له ذاتاً، فكيف يحكم بضمان الحابس لو استعمل الحرّ؟

وقد مرّ أنّ سبب الضمان غير منحصر في اليد حتى يوجّه ضمان الحابس في صورة الاستخدام بوضع اليد العادية عليه، دون ما إذا منعه عن العمل، لعدم صدق وضع اليد عليه هذا.

الخامس: أنّ عمل الحرّ الصانع المحبوس مضمون على الحابس إذا لم يكن مانع عن وجود عمله إلاّ الحبس، بمعنى أنّ يكون المقتضي لوجوده - وهو إرادة الحرّ لإيجاد العمل - موجوداً، ولم يكن مانع عن وجوده إلاّ الحبس بحيث يتصف الحبس بالمانعية والتفويت، و يستند العدم إليه لا إلى عدم المقتضي.

ولا فرق في ذلك بين الحبس والمنع، لوحدة المناط وهو المانعية.

وعليه فما في الجواهر من قوله: «أما لو منعه من العمل من غير حبس، فإنّه لا يضمن منفعه وجهاً واحداً، لأنّه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منفعه فالحرّ أولى». وكذا ما ذكره بقوله:

«على أنّ التسبب الذي ذكره - يعني صاحب الرياض - إنّما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، و منفعة الحرّ معدومة، فلا يتصور التسبب لتلفها». الى أن قال ما محصله: «أنّه لو بني

---

على شمول قاعدة الضرر وغيرها من الآيات للفرض و هو ضمان عمل الحرّ المحبوس لأثبتت فقها جديدا، لاقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله، وغير ذلك مما عرفت عدم القول به من العامة الذين مبنى فقهم على القياس والاستحسان، فضلا عن الإمامية الذين مبنى فقهم على القواعد المقررة الثابتة من أهل بيت العصمة عليهم السلام، فلا وجه للضمان في الفرض كما قطع به الأصحاب، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعا، بل منافعه في قبضته كثيابه باقية على أصالة عدم الضمان و ان ظلم و أثم بحبسه أو منعه» (1) في غاية الإشكال، لعدم استلزام القول بالضمان فقها جديدا، فإنّ التفويت من موجبات الضمان. و معدومية عمل الحر لا تقتضي سقوطها عن المالية كما مرّ مفصّلا، و الإجماع المدعى على نفي الضمان في الحبس و المنع معلوم المدرك، فلا يصلح للاعتماد عليه و لا لردع السيرة العقلانية على تغريم المانع عن الكسب و العمل.

كما أنّ تخصيص السيرة- في كلام السيد الخويي قدّس سرّه- بالمنع دون الحبس لم يظهر له وجه، إذ لا فرق في بنائهم على التغريم بين الحبس و مجرد المنع عن العمل. و لو أريد رعاية الإجماع المنقول على عدم الضمان في الحبس فليل بالضمان في المنع خاصة دون الحبس ففيه ما لا يخفى، ضرورة ظهور كلام العلامة قدّس سرّه في التذكرة «بعدم الضمان وجها واحدا»- مع تعبيره بالأقوى في الحبس- في اتفاق عمّة المسلمين على نفي الضمان في المنع دون الحبس، و مثله أولى بالرعاية في الفتوى، و عدم مخالفته.

و لعل مقصوده قدّس سرّه من المنع عن العمل ما يشمل الحبس، أي تفويت المنافع عليه قهرا، و هو مورد بناء العقلاء على الضمان، و قد أمضاه الشارع و لو بعدم الردع، بعد ما عرفت من قصور ما استدل به على نفي الضمان.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بعمل الحر.

---

(1): جواهر الكلام، ج 37، ص 40

و أما الحقوق (1) [الأخر]

### أقسام الحقوق و وقوعها عوضا في البيع

(1) معطوف على قوله: «و أما عمل الحرّ» و مقصوده قدّس سرّه تحقيق حال الحقوق من حيث قابليتها لوقوعها عوضا في البيع و عدمها. و قد أشرنا في شرح قوله: «و أما العوض» الى: أنّ الثمن في البيع- بعد عدم اشتراطه بكونه عينا- يجوز أن يكون منفعة، و وقع الخلاف بينهم في عمل الحرّ و الحقوق، و قلنا: إنّ البحث يقع في مقامات ثلاثة، و تقدّم الكلام في مقامين، و هما كون العوض منفعة و حكم عمل الحرّ، و انتهى البحث الى المقام الثالث، و هو ما عنونه بقوله:

«و أما الحقوق».

ثمّ إنّه ينبغي بيان أمور ثلاثة قبل شرح المتن، فنقول و به نستعين:

الأمر الأوّل: أنّ كلمة «الأخر» موجودة في بعض النسخ المصحّحة دون جميعها، و الأولى حذفها، لعدم سبق ذكر لبعض الحقوق حتى يحترز بها عن سائر الحقوق. و على فرض وجودها في النسخة الأصليّة بقلم المصنّف أعلى الله مقامه لا بدّ من توجيهها إمّا بالاحتراز عن العين و المنفعة، لكونهما من الحقوق بالمعنى الأعمّ حيث يقال: يحقّ للمالك أن ينتفع، و للحرّ المختار أن يعمل، فالمراد بالحق هو الثبوت. و إمّا بالاحتراز عن خصوص عمل الحرّ إذا استحقه شخص بالإجارة و نحوها من المملّكات، فيكون عمل الحرّ بعد تملّك الغير له من الحقوق، يعني يستحقه المستأجر.

و كالا- الأمرين لا يخلو من تكلف. و احتمال بعض الأجلّة قدّس سرّه أن كلمة «الأخر» لم تذكر هنا، و إنّما يناسب وقوعها أوّل القسم الثالث، بأن كانت العبارة هكذا ..: «و أما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة .. و أما الحقوق الأخر القابلة للانتقال كحق التحجير ..» و الأمر سهل بعد وضوح المطلب.

الأمر الثاني: في معنى الحق، و لم يظهر من المتن تعريف عام لكافة الحقوق، لكنه في القسم الثاني منها جعل الحقّ سلطنة فعلية، فبناء على هذا التفسير يكون ذو الحق سلطانا على المتعلق، و أدنى مراتب السلطنة هو جواز إسقاط حقه على ما ذكره قدّس سرّه في الخيارات. كما في



مثل حق الخيار في العقود اللازمة أو الجائزة، فإنّ ذا الخيار إمّا مالك لأمر العقد من حيث الفسخ والإمضاء، وإما لمتعلقه من حيث الرد والاسترداد.

والحقّ - بناء على كونه سلطنة - يشارك الحكم المصطلح من التكليفي والوضعي في كونه مجعولا شرعيا تأسيسا أو إمضاء، ويفارقه في أنّ الملحوظ في الحقوق نوع سلطنة على المتعلق، بخلافه في الحكم، حيث لا يعتبر فيه إلا الرخصة وعدم المنع من الشيء، مثلا يطلق على جواز فسخ العقد بالخيار: أنه حقّ، وعلى جواز الرجوع في الهبة: أنه حكم.

والوجه فيه أنّ ذا الخيار اعتبره الشارع مسلطا على أمر العقد، ومن آثار سلطنته جواز إسقاطه ورفع اليد عنه. ولكن الجواز في الهبة حكمي، بمعنى أنّ الشارع رخص للواهب في الرجوع عن هبته، كترخيصه في سائر المباحات، ولم يعتبر سلطنة على الرجوع، ولذا لا يرتفع هذا الجواز الحكمي بإسقاط الواهب، بل يبقى ما دامت العين الموهوبة باقية بعينها.

هذا معنى الحق، وقد ذكرناه بنحو الإجمال والإشارة، وإن شئت الوقوف على أنظار الأعلام في تعريفه فلاحظ التعليقة الآتية إن شاء الله تعالى بعد الفراغ من توضيح المتن.

الأمر الثالث: في ما هو المقصود من جعل الحق ثمنا في البيع، إذ يحتمل فيه وجهان:

أحدهما: أن يراد بالحق نفس الإضافة الاعتبارية المعبر عن بعض أقسامها في المتن بالسلطنة الفعلية، ومعنى وقوع الحقّ عوضا في البيع تفويض هذه السلطنة الاعتبارية إلى البائع بدلا عن سلطنته على المبيع، فإذا باع زيد كتابا من عمرو وجعل عمرو ثمنا حقّ الخيار الثابت له في معاملة أخرى، انتقل حقّ الخيار إلى زيد، وصار كتابه ملكا لعمرو.

ثانيهما: أن يراد بالحق متعلقة، بدعوى عدم قابلية نفس الحق - بمعنى الإضافة والسلطنة - للنقل إلى الغير، لأنّ الإضافة نسبة قائمة بين طرفيها - وهما من له الحق، وما يتعلق به الحق - سواء أكان عينا كالأرض المحجرة التي هي متعلق حقّ المحجر، أم منفعة أم عمل حرّ. هذا.

والظاهر أنّ مقصود المصنف قدس سرّه من البحث عن حكم جعل الحقوق عوضا هو

الاحتمال الأول، وذلك لوجهين:

الأول: أنه قدس سره تعرض لحكم العوض في البيع، وأفاد جواز كونه عينا- كالمعوض- و منفعة- عدا عمل الحر- ثم تعرض للبحث عن قابلية الحقوق لوقوعها عوضا و عدمها.

و هذا يقتضي أن يكون مراده من الحق نفس الإضافة أي السلطنة، إذ لو كان مقصوده منه متعلقه لما كان وجه لإفراد الحقوق بالبحث، فإن متعلق الحق إما عين كما في مثل حق التحجير و الرهانة، وإما منفعة كما في مثل حق الاستمتاع بالزوجة، وإما عمل حر كما في مثل حق الولاية و حق الحضانة، و ليس متعلق الحق أمرا خارجا عن هذه الأقسام حتى يختص بالبحث و النظر. و عليه فعقد أحكام الحقوق على حدة كاشف عن أن المبحوث عنه قابلية نفس الحق لوقوعه عوضا، لا متعلقة.

الثاني: أن المصنف قدس سره استشكل في وقوع الحقوق عوضا في البيع- حتى ما يقابل بالمال في الصلح كحق التحجير- بدعوى اعتبار المالية في العوضين، و هي مشكوكة الصديق على الحقوق. و لو كان محط البحث و النزاع متعلق الحق لما كان وجه للتشكيك في ماليتة حق التحجير، إذ لا-ريب في ماليتة الأرض المحجرة و تنافس العقلاء عليها، فلا بد أن يكون المقصود من الحق المشكوك ماليتته هو نفس الإضافة الاعتبارية لا متعلقه.

و بهذا ظهر غموض ما في بعض الكلمات من «أن المراد عوضية متعلقات الحقوق بدعوى عدم قابلية نفس الحق للعوضية و المعوضية» و ذلك لأنه على فرض تسليمه ليس بيانا لما أفاده المصنف كما تقدم.

إذا عرفت ما ذكرناه فنقول: اختلف الفقهاء قدس سرهم في صحة جعل الحقوق عوضا في البيع، فذهب الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدس سره الى المنع مطلقا، و اختار صاحب الجواهر قدس سره الجواز كذلك. و فصل المصنف بين أقسام الحقوق فجزم بالمنع في قسمين منها- و هما ما لا يقبل المعاوضة و ما لا يقبل النقل- و تردد في القسم الثالث و هو ما يقبل الانتقال القهري و النقل بالصلح، و إن كان مآله الى عدم وقوعه عوضا كالقسمين الأولين:

كما أنه قدس سره تعرض في القسم الثاني للفرق بين بيع الدين ممن هو عليه و بين نقل الحق

فإن لم تقبل (1) المعاوضة (2) بالمال كحقّ الحضانة والولاية (3) فلا إشكال (4).

الى من عليه الحق، بجواز الأوّل دون الثاني، وسيأتي توضيح تمام ما أفاده بعونه تعالى.

القسم الأوّل: الحقوق غير القابلة للإسقاط

(1) هذا هو القسم الأوّل من التقسيم الثلاثي للحقوق بنظر المصنف، وضابطه- على ما قيل- كل حقّ روعي فيه مصلحة غير من قام به الحق كحقّ الحضانة التي لوحظ فيه مصلحة الطفل من حيث تربيته وإصلاح شأنه، وكحقّ الولاية المراعى فيه مصلحة المولّى عليه وغبطته، فليس زمام الحق في هذين الموردين بيد من له الحق وهو الأمّ والولي كالأب والجد حتى يجوز لكل منهما التصرف فيه بنقله الى الغير أو إسقاطه للتخلص من تبعاته. فإذا اشترت الأمّ سلعة لم يجز لها جعل الثمن حق حضانتها لولدها، وكذا لا يجوز للولي جعل حق ولايته ثمنًا لمتاع يشتريه من المولّى عليه.

و الوجه في عدم جواز جعل هذا القسم عوضا هو: أنّ البيع مبادلة مال بمال، وتمليك للغير، وهو غير محقّق فيما كان الثمن هذا الصّنف من الحقوق، لفرض قيامه بذى الحق وعدم انفكاكه عنه، فهو غير قابل للإسقاط عمّن عليه الحق فضلا عن أن ينتقل الى غيره.

(2) ظاهر كلمة «المعاوضة» هو المبادلة بين المبيع وبين الحق، لكنه غير مراد هنا بقريئة ما سيأتي في القسم الثاني من الحق غير القابل للنقل، فيكون المقصود بالمعاوضة هو إسقاط الحق، وإطلاق المعاوضة عليه من جهة وقوع إسقاط الحق عوضا عن المبيع.

(3) أي: حق الولاية للحاكم الشرعي ولسائر الأولياء كالأب والجدّ له.

(4) يعني: فلا إشكال في عدم وقوع هذا القسم عوضا في البيع، لعدم دخول شيء في ملك البائع الذي خرج المعوّض عن ملكه.

وكذا (1) لو لم تقبل النقل

القسم الثاني: الحقوق غير القابلة للنقل

(1) يعني: وكذا لا إشكال في عدم وقوع القسم الثاني من الحقوق عوضا في البيع.

والمقصود بهذا القسم هو الحق الذي استفيد من دليله جواز إسقاطه مجاناً ومع العوض، لكنه لا يقبل الانتقال الى الغير بحيث يقوم الحق بالمنتقل إليه على نحو قيامه بالمنتقل عنه.

ومثل المصنف قدس سره له بحق الخيار وحق الشفعة، كما إذا باع زيد كتابه من عمرو ودينار على أن يكون له الخيار إلى شهر مثلا، ثم أراد شراء سلعة من عمرو- وهو من عليه الخيار- بجعل الثمن حق الخيار الذي كان له في بيع الكتاب بدينار.

ووجه في عدم قابلية هذا القسم من الحقوق لوقوعه عوضا هو: تقوم مفهوم البيع بالتمليك من الطرفين، وحيث إن مثل حق الخيار لا ينتقل الى الغير، لا متناع اتحاد المسلط والمسلط عليه- كما سيأتي توضيحه- لم يصح جعله عوضا. نعم لا بأس بأخذ المال بإزاء إسقاطه عمّن عليه الخيار، لكونه قابلا للإسقاط، بخلاف القسم الأول الذي دلّ دليله على عدم سقوطه عمّن يقوم به فضلا عن انتقاله الى الغير.

فإن قلت: لا وجه لجعل القسم الأول مقابلا للقسم الثاني، فإنّ ما لا يقبل المعاوضة لا يقبل النقل المعاوضي الى الغير. وعليه فكل حق استفيد من دليله عدم قابليته لأخذ العوض بإزائه كان غير قابل للنقل أيضا، وكلّ حق دلّ دليل تشريعه على عدم نقله عمّن له الحق فهو غير قابل للمعاوضة عليه. وعليه ينبغي جمع القسمين تحت عنوان واحد، وهو ما لا يقبل المعاوضة والنقل.

قلت: قد أفاد بعض أجلة المحشيين قدس سره- وتقدمت الإشارة اليه- إنّ المعاوضة أعم من النقل، فالمراد بالحق غير القابل للمعاوضة هو ما لا ينتقل الى الغير، ولا يجوز إسقاطه أصلا سواء أكان الإسقاط مجانا أم بإزاء عوض. والمراد بالحق غير القابل للنقل هو القابل لأخذ العوض بإزاء إسقاطه.

وعليه فمحصل الفرق هو قابلية القسم الثاني للإسقاط مطلقا، وعدم قابلية القسم الأول له كذلك، فلا تداخل بين القسمين. كما أنّ القسم الثالث في كلام

كحق الشفعة (1) و حق الخيار، لأنّ (2) البيع تمليك الغير.

و لا ينتقض (3) بيع الدين

المصنف قدس سره هو القابل للإسقاط و للانتقال القهري بالإرث، و للنقل الاختياري ببعض وجوهه كالصلح، و لكن يشكل جعله ثمنا في البيع.

(1) و هو استحقاق الشريك الحصة المبعة في شركته، كما إذا كانت الدار مشتركة بين زيد و عمرو، فباع زيد حصته من بكر، فيحدث لعمرو حق على البيع الواقع بين زيد و بكر، و يجوز له دفع الثمن الى بكر و ضمّ الحصة المبعة إلى حصته. فلو اشترى عمرو من بكر كتابا فهل يجوز له جعل ثمنه حق شفعته من الدار حتى لا يتمكن من فسخ العقد الواقع بين زيد و بكر أم لا؟ قد أفاد المصنف قدس سره عدم جوازه، لما تقدم من إناطة البيع بانتقال كل من العوضين الى ملك الآخر، و حيث كان الحق قائما بصاحبه بحيث لا ينتقل الى غيره- و إن جاز إسقاطه- لم يتحقق الانتقال الملكي.

(2) هذا تعليل لعدم قابلية وقوع مثل حقي الشفعة و الخيار- مما يقبل الإسقاط و لا يقبل النقل الى الغير- عوضا في البيع، و محصله: كون البيع من نواقل الأملاك، فإذا تعدد انتقال الحق الى غير من له الحق لزم كون المبيع بلا عوض، و من المعلوم عدم صدق مفهوم البيع عليه حينئذ.

الفرق بين إسقاط الحق و بيع الدين

(3) يعني: و لا ينتقض عموم قولنا: «لأن البيع تمليك الغير»- في مقام تعليل عدم قابلية القسم الثاني من الحقوق لوقوعه عوضا- ببيع الدين ممن هو عليه، إذ لا تمليك فيه، بل هو إسقاط لما في ذمة المديون.

و لا يخفى أن كلام المصنف هنا إلى آخر القسم الثاني من الحقوق تعريض بما أفاده صاحب الجواهر قدس سره من تصحيح جعل الحقوق عوضا في البيع، خلافا لشيخه الفقيه كاشف الغطاء، و لمسيس الحاجة الى توضيح الأمر لا مناص من بيان مرام كل منهم قدس الله أسرارهم الزكية، فنقول و به نستعين: إن هنا مطالب ثلاثة، أولها كلام كاشف الغطاء، ثانيها مناقشة

صاحب الجواهر فيه، ثالثها تحقيق المصنف.

أما الأول، فقد ذكر فيه الفقيه الكبير في شرحه على القواعد ما لفظه: «و أما الحقوق فالظاهر أنّها لا تقع ثمنا ولا مثمنا» و مقتضى إطلاقه عدم قابلية شيء من الحقوق لوقوعها ثمنا في البيع. و أما عدم كونها مثمنا فمن مسلماتهم، لاختصاص المعوض بالعين، فليس نقل المنفعة و الحق بيعا عندهم.

و أما الثاني، فقد قال فيه في الجواهر: «نعم في شرح الأستاذ اعتبار عدم كونه- أي الثمن- حقًا، مع أنه لا يخلو من منع، كما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضى لكونه كالصلح الذي لا إشكال في وقوعه على الحقوق، فلا يبعد صحة وقوعها ثمنا في البيع وغيره، من غير فرق بين اقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار و الشفعة على معنى سقوطهما، و بين اقتضائه نقلها كحق التحجير و نحوه. و كأن نظره في المنع إلى الأول، باعتبار كون البيع من النواقل لا من المسقطات، بخلاف الصلح. و فيه: أنّ من البيع بيع الدين على من هو عليه، و لا ريب في اقتضائه حينئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه، الذي بعينه يقرّر في نحو حق الخيار و الشفعة، و الله أعلم» (1).

و لا بأس بتوضيحه، فنقول: قد أفاد صاحب الجواهر قدس سرّه أنّ المراد بالثمن في باب البيع- على ما صرح به السيد بحر العلوم قدس سرّه في مصابيح- هو مطلق المقابل للمثمن، لا خصوص العين الشخصية، و لذا جاز أن يكون العوض عينا كليّة و منفعة. و كذا يجوز كونه حقا سواء أكان قابلا للنقل الى الغير كحق التحجير، أم لا و لكن جاز إسقاطه كحق الشفعة.

و الدليل على جواز كون الحقوق ثمنا وجوه ثلاثة:

أحدها: إطلاق أدلة صحة البيع كقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** لاقتضائه حلّيّة كل ما صدق عليه البيع عرفا، و لم ينهض دليل على تقييد الحلّيّة و الصحة بما إذا لم يكن العوض

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 208، 209

حقًا حتى يدعى بطلان عوضية الحقوق.

ثانيها: إطلاق الفتاوى بصحة البيع سواء كان العوض عينا أم منفعة أم حقًا. و ظاهره دعوى اتفاق الفقهاء على ذلك.

ثالثها: الاستشهاد بما ذكره من جواز الصلح على العين بحق الخيار و الشفعة و التحجير، وإن كانت ثمرة الصلح على الحقوق مختلفة، فإذا صالح الكتاب على حق التحجير انتقل الحق من المتصالح الى المصالح، وإذا صالح الكتاب على حق الخيار سقط الحق و لم ينتقل الى المصالح. و لَمَّا كان الصلح على الحقوق نافذا شرعا فليكن بيع الأعيان بالحقوق صحيحا أيضا.

و لعلّ نظر كاشف الغطاء- المانع من جعل الحقوق عوضا في البيع- الى خصوص الحقوق التي لا تنتقل الى الغير كحق الشفعة القائم بشخص الشريك، لا إلى مطلق الحقوق حتى ما كان قابلا للنقل الى الغير كحق التحجير.

و الفارق بين البيع و الصلح بنظره قدس سرّه- حيث يجوز الصلح على مطلق الحقوق سواء القابل منها للإسقاط فقط أم القابل له و للنقل الى الغير، و لا- يجوز جعلها ثمنا في البيع- هو كون البيع من نواقل الملك، و هو غير صادق على ما إذا كان العوض حقًا لا يقبل النقل إلى الغير كحق الخيار، إذ لا يتحقق النقل الملكي من الجانبين. و هذا بخلاف الصلح، فإنه من المسقطات، لا من النواقل، فيجوز جعل الحق غير القابل للنقل عوضا عن المتصالح عليه، و يكون أثره سقوط الحق عمّن عليه الحق و هو المصالح.

كما إذا صالح من عليه حق الشفعة مع من له الحق على كتاب بعوض حق الشفعة، فإنه صلح نافذ، و أثره سقوط حق الشريك، و زوال سلطنته على حلّ عقد شريكه مع المشتري.

ثم أورد صاحب الجواهر على شيخه الفقيه قدس سرّهما بالنقض عليه بيع الدين، حيث يظهر به عدم كون الفارق المذكور بين البيع و الصلح مانعا عن جعل الحقوق عوضا في البيع.

و تقريب النقض: أنه إذا كان زيد مديونا لعمر و بمائة منّ من الحنطة جاز لعمر و أن يبيع هذا المملوك الذمي من زيد، بأن يقول له عمرو: «بعتك ما أملكه في عهدتك بدينار» و يقول

زيد: «قبلت» ولا ريب في صحة بيع الدين ممن هو عليه، مع عدم ترتب النقل من طرف البائع إلى المشتري، لعدم إعطائه إياه شيئا، وإنما أسقط دينه المستقر على عهدة زيد، وفرغت ذمته عما اشتغلت به لعمره.

وعليه فإذا كان أثر البيع في بعض الموارد إسقاط الدين كان كالصلح في إفادته النقل تارة والإسقاط أخرى. وهذا النقض كاشف عن بطلان عموم التعليل المتقدم في المتن من «أن البيع تمليك الغير» لما عرفت من صحة بيع الدين، مع أن التمليك يكون بدينار من طرف المشتري فقط - وهو المديون - لا من الجانبين. هذا توضيح ما أفاده صاحب الجواهر في تصحيح جعل الحق القابل للإسقاط عوضا في البيع.

ونتيجة هذا البيان: أن القسم الثاني من الحقوق يجوز كونه ثمنا في البيع، وليس البيع منوطا بالمبادلة الملكية من الطرفين، بل يكفي تمليك أحدهما، وإسقاط الآخر لحقه، بشهادة مشروعية بيع الدين ممن هو عليه، مع انحصار أثره في السقوط وفراغ ذمة المديون.

وأما الثالث: وهو إشكال المصنف على صاحب الجواهر قدس سرهما فمحصله: أن النقض ببيع الدين ممن هو عليه ممنوع، للفرق بينه وبين وقوع الحق عوضا، وبيانه: أن تحقق عنوان البيع في جميع الموارد منوط بالانتقال الملكي من الجانبين، وهذا المعنى حاصل أيضا في بيع الدين من المديون، وذلك لأن الدائن يملك دينه للمديون، ويتملك المديون لما في ذمة نفسه، لكن لما لم يعتبر العقلاء مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه دائما فلذا يتملك المديون دينه أنا ما، ثم يسقط عما في ذمته. لا أن البيع يفيد سقوط الدين كما زعمه صاحب الجواهر. بل المديون يتملك الدين ثم يسقط عن عهده.

وعليه فالتعليل المتقدم وهو «أن البيع تمليك الغير» كبرى تامة لم يرد عليها تخصيص، لا ببيع الدين ولا بغيره. وهذا بخلاف الصلح على الحق الذي أثره سقوطه ممن عليه الحق، لعدم توقف الصلح على النقل والانتقال الملكي، بل يكفي نفس الصلح في ترتب السقوط عليه.

وبعبارة أخرى: الذي يقتضيه البيع في جميع الموارد حدوث تمليك الغير لا بقاءه،



مَمَّن (1) هو عليه، لأنَّه (2) لا مانع من كونه (3) تمليكاً، فيسقط (4)، ولذا (5) جعل الشهيد

والذي يقتضيه نقض صاحب الجواهر ببيع الدين هو امتناع بقاء تملك الإنسان لما في ذمة نفسه، لا حدوثه. ومع اختلاف الاقتضاءين لا مانع من الالتزام بصحة بيع الدين مَمَّن هو عليه، لكونه كسائر أفراد البيع تمليكاً من الطرفين هذا.

وقد ظهر الفرق بين المقيس - أعني به الحق القابل للإسقاط دون النقل - وبين المقيس عليه أعني به بيع الدين، فإنَّ الدين قابل لدخوله في ملك المديون أنا ما - أي حدوثاً - وإن امتنع بقاءه على ملكه، بخلاف الحق غير القابل للنقل، فإنَّ عدم قابليته للدخول في ملك من عليه الحق حدوثاً وبقاء مانع عن جعله عوضاً في البيع المتوقف على التملك من الجانبين.

وعليه فقياس الحق بالدين مع الفارق. هذا توضيح ما أجمله المصنف قدس سره في المتن من النقض ببيع الدين والجواب عنه.

(1) يعني: المديون.

(2) الضمير للشأن، وهذا تعليل لقوله: «و لا ينتقض» وقد تقدم تقريب عدم ورود النقض بقولنا: «ان تحقق عنوان البيع في جميع الموارد منوط بالانتقال الملكي .. إلخ».

ومحصله: أنَّ المعتبر في البيع - سواء أ كان المبيع عينا شخصية أم كلية - هو حدوث ملكية العوضين للمتبايعين، وأما بقاءها فغير معتبر فيه، و من المعلوم حدوث تملك المديون لما في ذمة نفسه أنا ما، و سقوطه في الآن اللاحق غير قادح في تحقق عنوان البيع. و هذا المنط غير محقق في نقل الحق الى من عليه الحق، لاستحالة اجتماع المتقابلين - و لو أنا ما - و هما من له الحق و من عليه الحق.

(3) أي: كون بيع الدين من المديون تمليكاً للمديون، و أثره فراغ الذمة.

(4) الفاء تدل على ترتب سقوط الدين - عن الذمة - على تملكه فوراً، و هذا النحو من الملك يعبر عنه بالملكية الآتية.

(5) يعني: و لأجل أنَّه لا مانع من كون بيع الدين مفيداً للملكية الآتية جعل الشهيد،

في قواعده (1) الإبراء مردّدا بين الإسقاط و التملك.

و الحاصل (2): أنه يعقل أن يكون مالكا لما في ذمّته، فيؤثر

و غرض المصنّف تأييد ما ذكره- في جواب صاحب الجواهر قدّس سرّه- من أن مالكية المديون لما في ذمة نفسه أنا ما و سقوط الدين بعده ليست محالا بل ممكنة، فإنّ الشهيد قدّس سرّه جعل إبراء الدائن لما يملكه في ذمة مديونه مردّدا بين كونه إسقاطا لما في ذمته ابتداء، أو تمليكا له، ثم سقوط الدين عن الذمة في الآن الثاني. و لو لم يكن أصل تملك المديون لما في ذمة نفسه ممكنا لم يكن وجه لهذا التريد، إذ لا يعقل التريد بين ما هو ممتنع و ما هو ممكن، فالتريد بين شيئين كاشف عن إمكان كليهما، و عدم كونهما من المحالات. و عليه فبيع الدين من المديون يفيد الملكية أنا ما فيسقط، و ليس أثر البيع هو السقوط من أوّل الأمر كما زعمه صاحب الجواهر قدّس سرّه حتى يكون إسقاط الحق مثل بيع الدين.

(1) ذكر الشهيد ذلك في قاعدة عنونها بقوله: «قد تردّد الشيء بين أصلين يختلف الحكم فيه بحسب دليل الأصلين، منه الإقالة .. و من المتردّد بين الأصلين: الإبراء، هل هو إسقاط أو تملك؟» «1».

(2) هذا تقرير آخر لما أفاده من عدم جواز جعل القسم الثاني من الحقوق ثمنا في البيع، و جواز بيع الدين ممن هو عليه، توضيحه: أنّ الفرق بين الحق و الملك ينشأ من مغايرتهما جوهرها و ذاتا، و لذا يترتب عليه استحالة انتقال الحق ممّن له الحق الى من هو عليه، و إمكان مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه أنا ما.

و الدليل على الفرق ما أفاده بقوله: «و السر» و بيانه: أنّ هذا القسم من الحقوق نوع من أنواع السلطنة الاعتبارية، و هذا المبدأ لا يتعدى بنفسه بل بحرف الاستعلاء، كما ورد في النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم» و مقتضى هذه التعدية تقوم السلطنة بطرفين، أحدهما سلطان و الآخر مسلط عليه، و هما متقابلان يستحيل اجتماعهما في شخص واحد.

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 291، رقم القاعدة: 102.

ص: 96

و على هذا فلو صحَّ وقوع مثل حق الخيار عوضاً في البيع بأن ينتقل الى من عليه الخيار لزم كون شخص واحد مجمعا لعنوانين متقابلين («و هما المسلط و المسلط عليه») و استحالته من الواضحات. مثلاً: حق الخيار سلطنة على من عليه الحق بحلّ عقده، كما إذا تباع زيد و عمرو داراً بألف دينار، و شرط زيد لنفسه الخيار، أي السلطنة على إقرار العقد و فسخه، فإذا اشترى من عمرو كتاباً و جعل ثمنه الخيار - الثابت له في بيع الدار بالألف - لزم صيرورة عمرو - و هو من عليه الحق - مجمعا لعنوانين متقابلين أنا ما أي كونه من له الحق و من عليه الحق، أو السلطان و المسلط عليه، و قد تقرّر استحالة اجتماع المتقابلين في واحد شخصي و لو في لحظة واحدة.

و هكذا الكلام في حق الشفعة، إذ مناط الاستحالة في المقام كون هذا الحق سلطنة، و السلطنة بحسب طبعها تقوم بطرفين، و يمتنع قيامها بواحد و لو أنا ما.

و هذا بخلاف الملكية، فإنها تتعدى بنفسها الى المملوك، و لا تتعدى بحرف الاستعلاء، فيقال: «ملك زيد الدار» فهي إضافة اعتبارية - لا مقولية - و علاقة يعتبرها العقلاء و الشارع بين المالك و المملوك، و لا يتوقف وجودها في وعاء الاعتبار على قيام المبدأ - أي الملكية - بشيء آخر يكون هو المملوك عليه. و حيث كانت الملكية ربطاً و نسبة صحَّ اعتبارها في شخص واحد بأن يكون هو من له الملك و من عليه الملك - أي مالكا و مملوكا.

و عليه لا مانع من مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه، لتحقق المغايرة المعتبرة بين المالك و المملوك، لكون المالك نفسه، و المملوك المال الذي في ذمته، و هما متغايران.

و بهذا البيان يظهر غموض تنظير صاحب الجواهر «أعلى الله مقامه» جواز جعل الحق - القابل للإسقاط عوضاً في البيع - ببيع الدين لمن هو عليه. لما عرفت من أنه يعتبر في البيع حصول التمليك من الطرفين سواء أكان مستمراً أم زائلاً - كما في بيع الدين للمدين، و هذا التمليك الأنبي لا يتحقق في نقل الحق إلى من عليه الحق، لاستحالة اجتماع المتقابلين و لو أنا ما، فإن اجتماع المسلط و المسلط عليه في شخص واحد يرجع الى التناقض و هو كونه سلطاناً و غير سلطان، و هو كما ترى.

تمليكه (1) السقوط، ولا يعقل (2) أن يتسلط على نفسه.

و السر (3): أن مثل هذا الحق (4) سلطنة فعلية (5) لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد (6)، بخلاف الملك، فإنه نسبة بين المالك و المملوك (7)،

(1) يعني: أن تملك البائع دينه للمدين أثره سقوط الدين عن ذمة المدين.

(2) يعني: أن ما ذكرناه- من حدوث الملكية في بيع الدين ثم سقوطه- غير جار في القسم الثاني من الحقوق، لأن انتقال الحق الى من عليه الحق- و لو حدوثا- يستلزم صيرورة شخص واحد سلطانا و مسلطا عليه، و من المعلوم عدم الفرق في استحالة اجتماع المتقابلين بين الحدود و البقاء.

(3) قد عرفت أنه تعليل للفرق بين بيع الدين و بين عوضية الحق، و قد أوضحناه آنفا بقولنا: «و الدليل على الفرق ما أفاده بقوله: و السر .. إلخ».

(4) أي: القسم الثاني من الحقوق، كحق الخيار و الشفعة مما يقبل الإسقاط دون النقل.

هذا بناء على النسخة المصححة المعتمد عليها.

وإن كانت العبارة: «أن الحق سلطنة ..» فلا- بد أن يكون اللام للعهد الى قسم خاص من الحقوق، و هو الذي يكون محل النزاع بين صاحب الجواهر و المصنف قدس سرهما، كالقسم الثاني من الحقوق، و ليس مقصوده تفسير مطلق الحقوق بالسلطنة الفعلية المتقومة بتعدد طرفيها، لوضوح أن حق التحجير لا يقوم بشخصين.

(5) التقييد بالفعلية في قبال السلطنة الشأنية الموجودة في الملك كما في موارد الحجر، فإنّ الصبي و السفية مالكان لأموالهما بالملكية الاعتبارية، إلا أنه لا قدرة لهما- فعلا- شرعا على التصرف فيهما، للحجر. و عليه فالسلطنة و إن كانت أثرا مشتركا بين الحق و الملك، إلا أنّها في الحق فعلية و تتقوم بطرفين، و في الملك أعم من الشأنية و الفعلية، فيصح اعتبار الملكية و لو لم تحدث قدرة فعلية على التقلب و التقلب في المملوك.

(6) لما عرفت من استحالة اجتماع المتقابلين.

(7) و هذه النسبة الاعتبارية مغايرة طبعا للحق، فيصح اعتبارها بين المالك و المملوك و إن اجتمعا في شخص واحد.

و لا يحتاج (1) إلى من يملك عليه حتى يستحيل (2) اتحاد المالك و المملوك عليه، فافهم (3) [1].

(1) يعني: لا يتوقف اعتبار الملكية- في جميع موارد- على وجود مملوك عليه، و ان احتيج إليه أحيانا، و هذا في قبال الحق المتوقف- بحسب طبعه- على وجود مسلط عليه.

ففي المقام إذا باع الدائن دينه من المديون لا تتوقف مالكية المديون لما في ذمة نفسه على وجود مملوك عليه، بل يكفي وجود طرفين أحدهما المالك، و الآخر المال المملوك، و سيأتي مزيد توضيح له في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(2) إذ لو توقفت الملكية على وجود المملوك عليه استحال بيع الدين من المديون، كما استحال انتقال حق الشفعة ممّن له الحق إلى من عليه الحق، لوحدة المحذور- أعني به اجتماع المتقابلين في واحد- في كلا المقامين.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ استحالة قيام طرفي السلطنة بشخص واحد إنما تلزم إذا لم يكن نقل الحق إلى من هو عليه إسقاطا له، إذ بناء عليه لا يلزم امتناع اتحاد السلطان و المسلط عليه.

نعم يلزم إشكال اتحادهما بناء على كون نقل الحق الى من هو عليه تمليكا له.

إلا أن يقال: إنّ لزومه مبني على بقاء الحق بعد انتقاله إلى من عليه الحق، و أمّا بناء على سقوطه عنه بالتمليك كترتب سقوط الدين عن المديون على مجرد تمليكه- كما أفاده المصنف قدّس سرّه- فلا يلزم محذور الاتحاد أصلا.

أو إشارة إلى: أنّ الحق هو الملك، و السلطنة تكون من أحكامه، لا أن الحق نفس السلطنة، كما سيأتي في التعليقة إن شاء الله تعالى.

[1] ما أفاده المصنف قدّس سرّه في القسم الثاني من الحقوق- و هو ما لا يقبل النقل الى الغير- قد ناقشه المحققون من المحشيين بوجه، بعضها ناظر إلى تنظير الحق ببيع الدين، و بعضها إلى منع إطلاق قيام الحق بطرفين، و بعضها الى توقف بيع الدين على وجود من يملك عليه، فيكون كالحق، و بعضها إلى أصل تصوير الملكية- و لو أنا ما- في بيع الدين حتى يترتب عليه السقوط.

فمنها: ما أفاده السيد قدّس سرّه تارة: بأنّ تعليل امتناع جعل الحق عوضا بمحذور استحالة

---

المتقابلين أخصّ من المدّعي: الذي هو عدم قابلية الحقوق لوقوعها ثمنًا في البيع سواء أ كان البائع من عليه الحق أم غيره، و محذور الاتحاد يقتضي تخصيص المنع بما إذا انتقل الحقّ إلى من عليه الحق، لا إلى غيره.

و اخرى: بعدم لزوم محذور اتحاد المتقابلين لو انتقل الحق إلى من هو عليه، لعدم قيامه بشخصين في مثل حقّ الخيار و الشفعة، لكون متعلق الحق في الشفعة عقد الشريك مع المشتري لحصته، و في حقّ الخيار عقد من عليه الخيار، و عليه فلا موضوع لاستحالة اجتماع المتقابلين في شخص واحد.

و ثالثة: بأنّ التفرقة بين الملك و الحق بجعل الأوّل نسبة و الثاني سلطنة غير مجد في تصحيح بيع الدين ممن هو عليه مع اعتبار ترتب الملك على البيع، و ذلك لتوقف الملك في بيع ما في الذمم على مملوك عليه، إذ لا بدّ من التزام الذمة القابلة للتعهد بالوفاء بالكلّي، و يعود حينئذ محذور اجتماع المسلّط و المسلّط عليه في واحد، لفرض لزوم مغايرة المالك للمملوك عليه و تعددهما. و عليه فجعل الملك نسبة اعتبارية غير نافع لحلّ الإشكال في بيع الدين ممن هو عليه «1». هذا.

أقول: أمّا الإشكال الأوّل فتفصيله: أنه إن كان مقصود المصنف قدّس سرّه منع جعل الحق عوضًا في البيع مطلقًا سواء أ كان ممن هو عليه أم من غيره تمّ ما أفاده السيد قدّس سرّه من الأخصية.

و إن كان مقصوده البحث مع صاحب الجواهر- القائل بجعل الحق عوضًا عن مبيع يبذله من عليه الحق على وجه الاسقاط- لم يتّجه عليه هذا الاشكال، لكون النظر حينئذ مقصورًا على ردّ مقالة الجواهر، فالنقض على المصنف- بما إذا كان البيع من غير من عليه الحق- في غير محلّه، لكونه أجنبيًا عن مورد كلام الجواهر، و إن كان أصل المطلب حقًا.

و بعبارة أخرى: محطّ الاستدلال باستحالة اجتماع المسلّط و المسلّط عليه هو صورة

---

(1): حاشية المكاسب، ص 57

انتقال الحق الى من هو عليه، وليس انتقاله إلى الأجنبي موردا للبحث حتى يورد على المصنف بالأخصية. نعم عدم جواز جعل الحق عوضا لغير من عليه الحق وإن كان صحيحا، لكنه لا بمناط اتحاد من له الحق و هو من عليه، بل بمناط عدم قابلية الحق للنقل و التملك إلى الغير.

و أما الإشكال الثاني- و هو تعلق حَقِّي الخيار و الشفعة بالعقد لا بمن هو عليه- ففيه: أن مثل حقي الشفعة و الخيار و إن لم يكن كحق القصاص في تعلقه بشخصين، فطرف الحق هو العقد كما صرَّح به المصنف في الخيارات، لا السلطنة على استرداد العين، إلا أن السلطنة على فسخ عقد الغير سلطنة عليه حقيقة، لاستلزام الاستيلاء على حلّ العقد- و هو الالتزام المرتبطان- للسلطنة على الملتزم و العاقد، و معه يعود محذور اتحاد المسلَّط و المسلَّط عليه عند نقل مثل حق الخيار الى من هو عليه. و كذا الحال في حق الشفعة، فإنَّ السلطنة على عقد الشريك مع المشتري سلطنة على المشتري حقيقة و بلا عناية، فتأمل.

و أما الإشكال الثالث- و هو توقف ملك الكلي على من يملك عليه- فيمكن أن يقال: إنَّ توقف الملك في الكليات الذميمة على مغايرة المالك للمملوك عليه و إن كان صحيحا، لكن الظاهر أنَّ مقصود المصنف من نفي الحاجة الى المملوك عليه في المقام هو ملاحظة واقع الأمر بعد انتقال الدين إلى المديون، لا-قبله، و المتوقف على المملوك عليه هو الدين كما إذا تعهَّد البائع بالكلي سلفا أو حالا لغيره، فالمالك هو المشتري و المملوك هو الحنطة مثلا، و المملوك عليه هو البائع، و هذا مسلّم. لكن إذا باع المشتري ما يملكه في ذمة البائع من نفس البائع لا من الأجنبي لا تتوقف مالكية المديون لما في ذمة نفسه أنا ما- ثم سقوطه- على طرف آخر.

و بهذا يسلم كلام المصنف عن الاشكال، و لا مجال لتنظيره ببيع الحق ممن هو عليه في استلزامه الاستحالة. إلا أن يناقش في أصل تصوير مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه بالملكية الاعتبارية.

و منها: ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره- مضافا إلى إشكال الأخصية المتقدّم في كلام صاحب العروة- من وجهين:

أحدهما: أنَّ مورد الكلام هو عدم صحة جعل الحق عوضا في البيع، فلا يناسبه التعليل

---

بقوله: «لأن البيع تملك الغير» لعدم دلالة على لزوم النقل من طرف الثمن أيضا، كما لا يناسبه النقض ببيع الدين أصلا، لعدم كونه بصدد بيان عدم وقوعه عوضا، إذ المفروض كون الدين مبيعا لا ثمنا.

وثانيهما: أن الحق ليس بنفسه سلطنة، بل هي من آثاره، كما تكون لازمة للملك أيضا، فلو امتنع اتحاد طرفي الحق لاستحالة اجتماع المتقابلين لزم في بيع الدين ممن هو عليه أحد محذورين، إما اتحاد المسلّط و المسلّط عليه لو حصلت السلطنة للمدين بصيرورته مالكا لما في ذمته، وإما تفكيك الملكية عن السلطنة التي هي أثرها لو قيل بأنّ الحاصل في بيع الدين من المدين هو مجرد الملكية و السقوط، لا السلطنة على نفسه حتى يترتب عليه اجتماع المتقابلين المحال «1».

أقول: أما الإشكال الأول فالظاهر عدم وروده على المتن بناء على مبناه من أن إنشاء التملك في البيع يكون من الطرفين، وإن كان من طرف المشتري ضمّنيّا كما صرّح به المصنف في الجواب عن النقض الرابع على تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال. و عليه يكون تعليل عدم وقوع الحق - غير القابل للنقل - عوضا في البيع بقوله: «لأنّ البيع تملك الغير» في محله، لعدم تمكن المشتري من تملك الثمن - و هو الحق - للبائع، لفرض عدم قابليته للنقل، فلا يتحقق مفهوم المبادلة المأخوذة في تعريف المصباح.

و أما نقض عدم وقوع الحق ثمنا ببيع الدين ممن هو عليه فالمقصود منه النقض بالأولية، لأنّ كل من اكتفى بالإسقاط في ناحية المعوّض الذي هو المبيع الملحوظ فيه الأصالة فقد اكتفى بالإسقاط في طرف العوض - الذي هو مورد البحث - بطريق أولى، فتأمل.

مضافا إلى: أنّ مقصوده منع تنظير صاحب الجواهر سقوط الحق ببيع الدين.

و أما الإشكال الثاني فالظاهر. وروده على المتن، فإنّ الملك الاعتباري - بأيّ معنى فسّر -

---

(1): حاشية المكاسب، ص 4



موضوع للسلطنة كما يقتضيه مثل ما روي عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» فلو امتنع قيام طرفي السلطنة الفعلية- في الحق- بواحد من جهة استحالة اجتماع المتقابلين لزم امتناعه في الملك أيضا، كما أنه لو أمكن تصوير قيامه بشخص واحد- كما سيأتي في كلام المحقق الأصفهاني- جرى ذلك في الملك أيضا.

والحاصل: أن الحق و الملك بوزان واحد إمكانا و امتناعا.

و منه يظهر أن المناقشة فيه «بأنّ الحق سلطنة اعتبارية هي من الأحكام الوضعية كاعتبار الملكية، و جواز التصرف تكليفا و وضعيا يعبر عنه بعنوان السلطنة، لا أنه هناك سلطنة اعتبارية حتى يكون في كل ملك اعتبار الملكية و اعتبار السلطنة» (1) غير ظاهرة، لكون المجعول نفس السلطنة في مورد المالك بالنسبة إلى أموالهم، و لو كانت عنوانا مشيرا إلى مشروعية التصرفات تكليفا و وضعيا كانت حكما مشتركا بين الملك و الحق، إذ لا يراد من كون الحق سلطنة إلا جواز تصرف ذي الحق في حقه.

و الحاصل: أنّ السلطنة أثر مشترك بين الملك و الحق، و هي إما اعتبار وضعي، و إما عنوان جامع بين أنحاء التصرفات، فلا وجه للتفكيك بين الملك و الحق بجعل السلطنة في الملك نفس الجواز تكليفا و وضعيا، و في الحق اعتبار السلطنة.

هذا بناء على الاقتصار على ما في المتن من كون الملك نسبة اعتبارية متزعة من جواز التصرف و نحوه من الأحكام التكليفية كما هو مبناه المصرّح به في باب الاستصحاب و غيره من انتزاع الأحكام الوضعية من التكليفات، و ليست مستقلة بالجعل، كما أنّ الملكية ليست عنده كالطهارة و النجاسة من الأمور الواقعية التي كشف عنها الشارع- على ما نسبته السيد إليه.

فعلى كلّ تكون السلطنة على التقليل و التقلب من آثار الملك و أحكامه.

و أمّا بناء على ما أفاده المصنف قدس سرّه في رسالة قاعدة «من ملك» من التصريح بكون الملكية سلطنة فعلية، فالإشكال أكد، لمساوغة اعتبار الملكية لاعتبار السلطنة على المملوك،

(1): حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 13

ولذا تكون سلطنة الصبي و المحجور على ماله شأنية لا فعلية، و حينئذ يكون محذور استحالة قيام طرفي الملك بواحد- كما في مالكية المديون لما في ذمة نفسه أنا ما- محذور اجتماع المسلط و المسلط عليه في واحد.

و على كل حال فالسلطنة ملحوظة في الملك سواء أ كان حقيقته إضافة اعتبارية أثرها السلطنة، أم كانت نفس السلطنة الاعتبارية، هذا.

و الحاصل: أن إشكال المحقق الخراساني وارد على المتن و لا دافع له.

هذا مضافا الى ما في تفسير مثل حق الخيار بالسلطنة الفعلية من إشكال آخر، و هو:

أنه لا خلاف في كونه موروثا، فلو ورثه الصبي كان كسائر ما يرثه مما له سلطنة اقتضائية عليه لا فعلية، و سلطنة وليه الفعلية لا ربط لها به. و دعوى انتزاع سلطنته من جواز تصرف الولي ممنوعة، إذ لا معنى لقيام الأمر الانتزاعي بالصبي و نحوه من القصر، و قيام منشأ الانتزاع بمن له الولاية.

و منها: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من وجهين:

أحدهما- بتوضيح منّا:- أن منشأ استحالة انتقال الحق إلى من هو عليه تضافات عنواني السلطان و المسلط عليه، و المتضايفان متقابلان لا يجتمعان في واحد. لكنه ممنوع، لعدم اقتضاء مطلق التضافات للتقابل، بل إنما هو شأن قسم خاص منه، و هو المتضايفان المتغايران وجودا كالعلة و المعلول و التقدم و التأخر، و أما العالمية و المعلوماتية و المحببة و المحبوبة فيقومان بوجود واحد بلا ريب.

و حقيقة السلطنة- كالملكية الحقيقية- تكاد أن تكون من القسم الثاني، إذ ليست حقيقة السلطنة إلا كون الشخص قاهرا على شخص، و كون الغير طوع إرادته في حركاته و سكناته، و من المعلوم أن أولى الأشخاص بهذا المعنى هو الإنسان بنفسه، فإنه لا يتحرك إلا بإرادة نفسه، فهو مسلط على نفسه حقيقة. و لا محذور في ذلك بعد كون مرتبة من النفس قاهرة على مرتبة اخرى منها، كما هو المشاهد في أصحاب الرياضات و المجاهدين بالجهاد الأكبر لأجل قهر

النفس و جعل زمامها بأيديهم و طوع إرادتهم.

و عليه فالسلطنة الحقيقية- فضلا عن الاعتبارية- لا تتوقف على تعدد الطرف حتى يلزم المحال من اجتماعهما في شخص واحد.

و دعوى توقف السلطنة على تعدد الوجود- و امتناع قيامها بواحد- لأن خصوصية الاستعلاء المقتضية لكون السلطان فوقاً على المسلّط عليه موجبة لمغايرتهما وجوداً، لاستحالة كون الشخص فوق نفسه، فيتجه كلام الماتن من عدم معقولية قيام طرفي الحق بواحد (ممنوعة) بأن السلطنة هي القهر و الاستيلاء، و لا تتوقف بحسب طبعها على تعدد الوجود، و إن كانت كذلك في بعض الموارد كما في السلطان و رعيتيه، و لكن لا تتوقف عليه في مثل كون النفس بمرتبة مريدتها قاهرة على مرتبة انفعالها و إطاعتها.

ثانيهما: أنّ محذور الاستحالة- على فرض ثبوته- إنّما هو في السلطنة الحقيقية، لا الاعتبارية التابعة للأثر المصحح للاعتبار، فكما يعقل مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه، و أثرها السقوط، فكذا في السلطنة الاعتبارية. و كما أنّ اعتبار هذا المعنى لغو في السلطنة بدون أثر السقوط كذلك في الملكية.

و عليه لا مانع من أن يعتبر الشارع من عليه الخيار مسلّطاً و مسلّطاً عليه، إذ الكلام في السلطنة الاعتبارية. و امتناع اجتماع طرفي السلطنة الحقيقية في واحد لا يقتضي امتناعه في أمثال المقام، لكون التضاييف و التقابل من خصوصيات دار الوجود لا المفاهيم الاعتبارية.

نعم يشكل أصل اعتبار الملكية في بيع الدين كي يترتب عليه السقوط من جهة أنّ سقوط ملكية ما في الذمة إن كان لعدم أثر لاعتبار كون الإنسان مالكا لما في ذمته فلا يبقى، ففيه:

أنّ الحدوث كالبقاء في الامتناع و الإمكان. و إن كان السقوط بنفسه أثر الملكية ففيه: أنه لا يعقل أن يكون الشيء علة لعدم نفسه.

و الظاهر ورود هذين الإشكاليين على المتن من عدم معقولية اتحاد طرفي السلطنة.

و دعوى أجنبية بيع الحق ممن هو عليه عن سلطنة مرتبة النفس على مرتبة اخرى، لأن

---

مقتضى سلطنته على العقد تمكّنه من حلّه وإقراره، و مقتضى كونه ممّن عليه الحق عدم نفوذ تصرف فيه، ولا معنى لاعتبار قبض اليد و بسطها معاً، (غير مسموعة) بما تقدم في بيان المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من دوران الأمور الاعتبارية مدار الأثر المصحّح، و حيث التزم شيخنا الأعظم بمالكية المديون لما في ذمة نفسه أنا ما فليكن الأمر كذلك في انتقال الحق إلى من هو عليه.

ومنها: ما أفاده العلامة الشيخ البلاغي قدّس سرّه من منع تصوير مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه أنا ما، و ذلك لأنّ المقصود بها هنا هي الملكية الاعتبارية التي يكون المرجع في سعة دائرة اعتبارها و ضيقها العقلاء، و من المعلوم أنّ الذمّة بنفسها ليست وعاء تميّز حصة من الكلّي للأغراض و الأحكام من دون سائر حصصه، و إنّما يكون منشأ اعتبار مملوكية ما في الذمة التزام صاحب الذمة به، و استحقاق الغير لأدائه. و هذا المعنى غير محقق في مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه، إذ لا يستحقه الغير، و لا التزام بأدائه له. و عليه فلا منشأ لانتزاع ملك الدين عند العقلاء، و لا لما يترتب عليه من السقوط «1».

و هذا الاشكال لا يخلو من وجه، و لأجله يتفصّل عنه في مسألة بيع الدين تارة بالالتزام بالإبراء بالعوض دون التمليك، و كفاية هذا المقدار في صدق مفهوم البيع. و اخرى بأنّ الملكية الحاصلة في بيع الدين هي الذاتية لا الاعتبارية، فالإنسان كما يملك نفسه و أعماله و منافعه كذلك يملك ما في ذمة نفسه حقيقة لا اعتباراً. و ثالثة بالتهاتر، و سيأتي تحقيق الكلام عند تعرض المصنّف للنقض الثاني على تعريف البيع إن شاء الله تعالى، فانظر.

لكن تنزيل قول الماتن هنا: «لا مانع من كونه تمليكا فيسقط» على الملكية الذاتية- كما في تقرير بعض الأعظم قدّس سرّه «2»- لا يخلو من نظر، لأنّ شيخنا الأعظم قدّس سرّه جعل الفارق بين الملك و الحق كون الأول نسبة و الثاني سلطنة فعلية، و هذه المقابلة تقتضي إرادة الإضافة

---

(1): التعليقة على المكاسب، ص 4

(2) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 39

القسم الثالث: الحقوق القابلة للانتقال

(1) هذا بيان حكم القسم الثالث من الحقوق من حيث وقوعها ثمنا في البيع و عدمه.

وقد أشرنا إلى أنّ المصنف قدّس سرّه لم يجزم ببطلان ذلك، بل تردّد فيه وإن كان مآله إلى عدم جواز جعله عوضا.

و محصل ما أفاده في الإشكال على وقوعه عوضا هو: أنّ مثل حق التحجير وإن كان قائما بشخص المحجّر كسائر الحقوق القائمة بذويها، إلّا أنه يجوز نقله إلى الغير بصلح و نحوه و يصحّ أخذ المال بإزائه، فالمحذور المتقدم في القسمين الأوّلين - من عدم قابليتهما في حد ذاتيهما للنقل إلى الغير - غير جار في هذا القسم. إلّا أنّ المانع من جعله عوضا في البيع هو الخصوصية الملحوظة في مفهوم البيع لغة و عرفا، و هي وقوع المبادلة بين مالين، و صدق «المال» على الحقوق غير ظاهر لو لم يكن ظاهر العدم، و عليه فلا يجوز جعلها عوضا في البيع.

أمّا أخذ «المال» في معنى البيع لغة فلما تقدم في تعريف المصباح له بقوله: «مبادلة مال بمال» فلو لم تحرز مالية العوضين لم تكن المبادلة بينهما بيعا.

و أمّا أخذه في مفهومه عرفا - مضافا إلى استكشافه بقول اللغوي - فلما يظهر من تعريف الفقهاء للبيع العرفي، كما تقدّمت جملة منها عند البحث عن اعتبار عينية المبيع، و قد

الاعتبارية التي تكون بين الملاك و أموالهم سواء أ كانت فعلية كما في ملك غير المحجور عن التصرف، أم اقتضائية كما في ملك القصد ر ممن لا سلطنة له فعلا على التصرف في ماله.

و عليه فيكون مقصود الشيخ قدّس سرّه من مالكية المديون لما في ذمة نفسه هو الملكية الاعتبارية لا الذاتية، فتوجيه معقولة ملك المديون للدين «بأنه من شؤون سلطنة النفس على ذمته و عمله ذاتا لا اعتبارا» لعلّه من التوجيه الذي لا يرضى به صاحبه.

و أما أصل تصوير مالكية الشخص لما في ذمة نفسه فسيأتي في نقوض تعريف المصنف للبيع إن شاء الله تعالى.

عرفت أيضا أن الموضوع للأدلة المتكفلة لأحكامه هو ما يصدق عليه البيع عرفا، إذ لا حقيقة شرعية ولا متشرعية له.

ويدل على اعتبار مالية العوضين أيضا ما أفاده الفقهاء (قدست أسرارهم) في موضعين:

أحدهما: في شرائط العوضين من البيع، و ثانيهما: في شرائط الأجرة في كتاب الإجارة.

وعليه فلا يجوز جعل هذا القسم من الحقوق أيضا عوضا في البيع.

ثم إن المصنف قدس سره لم يتعرض لوجه جواز جعل هذا القسم ثمنا، ولعله لكون «المال» المأخوذ في تعريف البيع و سائر العقود المعاوضية عبارة عن مطلق ما يتنافس عليه العقلاء وإن لم يكن عينا ولا منفعة، ومن المعلوم كون الحق مما يبذلون شيئا بإزاء نقله و إسقاطه وإراحة أنفسهم عنه، كم يبذلونه بإزاء ما اشتغلت ذمهم به من أموال الناس عينا ومعنى.

وبعبارة أخرى: يكون أخذ «المال» في تعريف البيع منزلا على الغالب من البيوع المتعارفة بين الناس، و مثلا لكل ما للشخص سلطنة عليه، وهذا المعنى العام صادق على الحقوق أيضا، لأنها أموال عرفا.

(1) قد يراد بالانتقال ما يعم النقل الاختياري بالبيع و الشراء، و القهري بالإرث، و قد يراد به ما يخص النقل القهري، كما يختص النقل بالاختياري و مقصود المصنف قدس سره من الانتقال هو الأول، لقوله بعده: «قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح».

هذا بيان المراد، و لكن الانصاف مقابلة الانتقال للنقل، لاختصاصه بالناقل القهري كاختصاص النقل بالاختياري.

(2) فيجوز للمحجر نقل حقه إلى الغير، و يصير المنقل إليه- كالأصيل- أولى من غيره في تملك الأرض بالإحياء، و لا يجوز للأجنبي مزاحمته فيه.

(3) كحق الرهانة و القصاص و الشرط كما قيل «1».

(1): حاشية السيد الطباطبائي على المكاسب، ص 56

النقل (1) وقوبلت بالمال في الصلح (2)، إلا (3) أن في جواز وقوعها (4) عوضا للبيع إشكالا، من (5) أخذ المال في عوضي المبايعة لغة (6) و عرفا (7)، مع (8) ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض

(1) يعني: فلا يرد الإشكال على هذا القسم بما أورد على القسمين المتقدمين من قوله:

«لأن البيع تملك الغير» إذ المفروض قابلية قيام القسم الثالث- من الحقوق- بالغير، فالإشكال في عوضيه هذا القسم من الحقوق لا بد أن يكون من ناحية الشك في صدق «المال» عليه.

(2) قال في الجواهر- في مسألة جواز الصلح على عين بعين أو بمنفعة، وبالعكس- ما لفظه: «للعومات المقتضية لذلك، ولغيره من الصلح عن الحق إسقاطا أو نقلا، كحق الخيار وحق التحجير وحق الشفعة، بل الظاهر أنها- أي عومات الصلح- تقتضي صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعا» (1).

(3) هذا استدراك على قوله: «و ان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح» و محصله:

التفرقة بين باب البيع و الصلح، للاغتفار فيه بما لا يغتفر في البيع، فجواز الصلح عن الحقوق لا يقتضي جواز وقوعها عوضا في البيع.

(4) أي: وقوع الحقوق القابلة للانتقال.

(5) هذا وجه عدم الجواز، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «و محصل ما أفاده في الإشكال على وقوعها عوضا في البيع .. إلخ».

و وجه الإشكال أمران، أحدهما: دخل مالية العوضين في مفهوم البيع العرفي و اللغوي، و ثانيهما: ظهور كلمات الفقهاء في ذلك في موضعين.

(6) فإنّ ظهور تعريف المصباح للبيع- بالمبادلة بين مالين- في اعتبار المجانسة بين العوضين في المالية ممّا لا ينكر.

(7) لتسالمهم على دخل مالية العوضين في مفهوم البيع عرفا.

(8) هذا هو المنشأ الثاني للإشكال في وقوع الحقوق عوضا في البيع، و هو الاستشهاد بكلمات الفقهاء في موضعين.

(1): جواهر الكلام، ج 26، ص 230

لشروط العوضين (1)، ولما (2) يصحّ أن يكون اجرة في الإجارة في (3) حصر الثمن في المال.

(1) هذا هو الموضوع الأوّل من كلمات الفقهاء، وهو بحث شرائط العوضين في البيع.

(2) عطف على «لشروط» أي: عند التعرض لما يصحّ اجرة في باب الإجارة، وهو الموضوع الثاني من كلمات الفقهاء.

(3) متعلق بـ «ظهور كلمات الفقهاء» أي: أنّ الكلمات ظاهرة في انحصار ثمن البيع و اجرة الإجارة في المال، وهو مشكوك الصدق على الحقوق القابلة للانتقال.

وقد تحصّل: أن المصنف قدّس سرّه فصلّ في جعل الحقوق عوضا في البيع بين صور تقتصر على ذكر مهماتها:

الاولى: إن لا يكون الحق قابلا للمعاوضة- بمعنى عدم كونه ممّا يقبل الإسقاط و النقل الاختياري و الانتقال القهري، إذ المعاوضة لا بدّ و أن تكون بإزاء النقل أو الإسقاط- كولاية الأب و الجدّ و الحاكم على ما قيل. و حكم هذه الصورة أنه لا يصح جعله عوضا في البيع، لكون البيع من النواقل المعاوضية.

و الظاهر أنّ هذه الصورة خارجة عن مورد النزاع بين المصنف و بين صاحب الجواهر قدّس سرّهما القائل بجواز جعل الحقوق عوضا في البيع، كما لا يخفى وجهه.

الثانية: أن يكون الحق قابلا للإسقاط دون النقل كحق الشفعة، فجعله عوضا عن المبيع قد يكون بنحو النقل إلى من عليه الحق، كأن يقول البائع: «بعتك هذا الكتاب بحقّ الشفعة الذي لك عليّ». أو إلى غير من عليه الحق، كأن يقول البائع: «بعتك هذا الكتاب بحقّ الشفعة الذي لك عليّ زيد عليّ أن ينتقل الحق إليّ». وقد يكون بنحو الإسقاط.

فإن كان بنحو النقل لم يصح جعله عوضا في البيع مطلقا- سواء أ كان البائع من عليه الحق أم غيره- إذ المفروض عدم قبوله للنقل، و البيع من النواقل، فجعله عوضا بنحو النقل مساوق لكون البيع بلا ثمن، فلا بد أن تكون هذه الصورة أيضا خارجة عن مورد كلام الجواهر بجواز جعل الحق عوضا في البيع.

وإن كان بنحو الإسقاط، فتارة يكون البائع من عليه الحق كأن يقول البائع: «بعتك



هذا الكتاب بأن يسقط ما لك من حقّ الشفعة عليّ». و أخرى يكون أجنبيًا، كأن يقول البائع لصاحب الحق: «بعتك هذا الكتاب بأن يسقط ما لك على زيد من حقّ الشفعة».

فإن كان البائع من عليه الحق ففساد البيع فيه مبنيّ على كون البيع هو النقل من الطرفين، كما هو مقتضى تعليل المصنف قدّس سرّه لذلك بقوله: «لأن البيع تمليك الغير». وأمّا بناء على عدم اعتبار النقل من الطرفين في البيع وكفاية مطلق انتفاع المتبايعين بالعوضين - أو انتفاع أحدهما بأحد العوضين - في تحقق البيع ولو بنحو الإسقاط و تخليص نفسه عن حق الغير، حيث إنّه انتفاع عقلائي مرغوب فيه عندهم، فلا مانع من صحته.

و حيث إنّ المصنف اعتبر في البيع النقل من الطرفين التزم بالفساد، و صاحب الجواهر لمّا لم يعتبر النقل من الطرفين - و اكتفى في تحقق البيع بمطلق الانتفاع بالعوضين، أو أحدهما و إن لم يكن بنحو الانتقال - حكم بالصحة، هذا.

و إن كان البائع أجنبيًا عمّن عليه الحق، ففساده مبنيّ على اعتبار أحد أمرين في صحة البيع، إمّا النقل من الطرفين كما هو مذهب المصنف قدّس سرّه، و إمّا الانتفاع بالعوضين و لو بغير النقل كما هو مذهب الجواهر. و كلاهما مفقود فيما إذا كان البائع أجنبيًا عمّن عليه الحق، ضرورة عدم نقل المشتري شيئًا إلى البائع، إذ المفروض كون العوض إسقاط الحق لا نقله، و من المعلوم أن البائع الأجنبي عمّن عليه الحق لا ينتفع بإسقاطه، فالبايع لا ينتقل إليه الحق، و لا ينتفع أيضا بإذها به، فلا يصح البيع.

و عليه ينبغي إخراج هذه الصورة أيضا عن مورد نزاع صاحب الجواهر و المصنف، لاقتضاء مذهب كل منهما بطلانه، لفقدان شرط صحته من النقل من الطرفين، أو الانتفاع بالعوضين و لو بغير الانتقال فيما إذا كان البائع غير من عليه الحق، هذا.

الثالثة: أن يكون الحق قابلا للنقل و مقابله بالمال في الصلح، لأجل قابليته لكلّ من النقل و الإسقاط، كحق التحجير، فإن جعل عوضا عن المبيع على وجه الإسقاط، جرى فيه ما تقدم من بطلان البيع على مذاق المصنف، لفقدان النقل من الطرفين المعترف في البيع

سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره. وصحته على مذاق صاحب الجواهر القائل بكفاية انتفاع كل من المتبايعين بالعوضين ولو بغير الانتقال إن كان البائع من عليه الحق. وبطلانه إن كان البائع أجنبيًا، إذ لا ينتفع البائع بشيء من أنحاء الانتفاعات بإسقاط الحق عمّن هو عليه.

وإن جعل الحق عوضًا عن المبيع على وجه النقل - سواء أكان البائع من عليه الحق أم أجنبيًا - فقد استشكل فيه المصنف قدّس سرّه بعدم وضوح صدق المال على الحق، مع لزوم اعتبار مالية كلا العوضين في البيع، فمقتضى أصالة الفساد في العقود فساد البيع.

ولو كان البائع أجنبيًا ففي صحة البيع إشكال آخر، وهو عدم انتفاع البائع بعوض المبيع بنحو من الأنحاء. إلا أن يكون في انتقال حق التحجير إلى الغير - بهذا البيع - غرض عقلائي، فلا مانع من صحته حينئذ.

فاتضح من جميع ما ذكرناه: أنّ المصنف قدّس سرّه يمنع جعل الحقوق بأسرها عوضًا عن المبيع، للإشكال في صدق المال على الحقوق، و لكون البيع من النواقل، والأول جار في جميع الحقوق، والثاني في خصوص الحقوق غير القابلة للنقل، فلاحظ وتأمل.

قد يعد الحق عند جمع من الأعظم نوعاً من الملك أو مرتبة منه، فينبغي البحث أولاً في

تعريف الملك، ثم في ماهية الحق وأقسامه وأحكامه، فيقع الكلام في موضعين:

#### الموضع الأول: في الملك

اختلفت كلماتهم في تعريف الملكية الاعتبارية المنشأة في المعاملات على أقوال. منها: ما اختاره المصنف الله في المتن من أنها نسبة بين المالك والمملوك. وينبغي أن تكون منتزعة من الحكم التكليفي كجواز التصرف، بناءً على ما حققه في الأصول من عدم تأصل الأحكام الوضعية في الجعل.

ومنها: ما إختاره في رسالة من ملك في من يصح منه الإقرار بالملك من أنها سلطنة فعلية كما تقتضيه اللغة واحترز بها عن إقرار الصبي بما يملكه، إذ ليست سلطنته إلا بالاقتضاء،

فراجع.

ومنها: أنها سلطنة ولعل المراد بها ما يعم الفعلية والشأنية، إختاره جمع، منهم السيد، حيث قال تارة في تفسير الحق: «سواء جعلناه إضافة ونسبة بين الطرفين، أم سلطنة كما في الملك، وأخرى في تعريف الملكية: «ويمكن أن يقال: إن الملكية هي نفس السلطنة الخاصة لا العُلقة الملزومة لها ب.

أ.

رسالة من ملك» المطبوعة مع عدة رسائل فقهية أخرى، ص 184

ب حاشية المكاسب . ص 57 (آخر (الصفحة) و ص 58

ص: 113

ومنها: أنها مرتبة من مقولة الجدة، كما في تقرير بحث شيخ مشايخنا المحقق النائيني قليل من: «أن الملكية في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، أي: إعتبار كون شيء لشيء آخره.

ومنها: أنها إضافة، كما ربما يظهر من المحقق الخراساني في باب الأحكام الوضعية، حيث قال: «ان الملك يقال بالاشتراك على ذلك - أي الجدة المقولية - وعلى إختصاص شيء بشيء خاص».

ومنها: أنها برزخ بين الإعتبارات الذهنية الصرفة وهي الوجودات الإدعائية كأنياب الأغوال العارية عن الحقيقة، الزائلة بالغفلة وذهول النفس وبين الإضافات المقولية والنسب الخارجية، كما في تقرير شيخنا المحقق العراقي لج.

ومنها: أنها تساوق الإحتواء والوجدان تقريباً، كما مال إليه المحقق الإصفهاني تقليل الورد

ومنها: أنها إحاطة وسلطنة، كما في تقرير السيد الخوئي قليل

ومنها غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

الظاهر أنّ التعاريف المذكورة تقريبية، لوحظ في كل منها حيثية من حيثيات الملك وأثر من آثاره. ولعل الأقرب - بالنظر إلى ورود هذه المادة في الإستعمالات الفصيحة هو الوجدان، فإنه المنسب منه الى الذهن سواء في الملك الحقيقي والإعتباري الذي هو مورد البحث، فقد تكرّر في الذكر الحكيم التعبير بعدم الوجدان فيمن لا يستطيع الهدى، وفي الكفارة، المرتبة قال عز من قائل: ( فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج ) . وفمن لم

-

:: المكاسب والبيع ، ج 1 ، ص 84

:

كفاية الاصول، ج 2، ص 307 المطبوعة مع حواشي العلامة المشكيني.

ج نهاية الافكار . ج 4 ، ص 102

د حاشية المكاسب ، ج 1، ص 7

هـ - : مصباح الفقاهة ، ج 2، ص 44

و : البقرة الآية : 196:



تعريف الملك .....

يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله . و ( فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة

أيمانكم ) ب.

و روي عنه لا : الى الواجد بالدين يُحل عرضه و عقوبتهج و المقصود به

صَلَّ اللَّهُ عَلَيَّ

المماثلة بالدين مع القدرة على أدائه. ووردَ في النصوص المفسرة للاستطاعة المالية التعبير بالواجد وأهل الجدة كما أريد بها الغنى و اليسار فيمن يجب عليه زكاة الفطرة، وقد تقدم

جملة منها.

وعرفه اللغويون بالإحتواء و هو إحراز الشيء بحيث يتمكن المالك من التصرف في ملكه، ففي اللسان نقلاً عن ابن سيدة: «الملك و الملك و الملك و الملك: إحتواء الشيء، و القدرة على الإستبداد به و نحوه في القاموس وغيره و الإحتواء و إن لم يكن بنفسه منسباً إلى الذهن، لكن تقييد المفهوم بالقدرة على الإستبداد به في التصرف يجعله بمعنى الوجدان تقريباً و يدل على أخذ خصوصية في الملك بها تكون أضيق مفهوماً من الوجدان، و هي كون المالك متبوعاً و من ذوي الإرادة والعقل، فلا يقال للدار الواجدة للبيوت: «أنها مالكة لبيوت خمسة وإنما يقتصر على التعبير عنها بالوجدان.

ولا فرق في دخل هذه الحثية في مفهوم الملك بين مطابقاته التكوينية و الإعتبارية،

كما سيظهر.

كما أنه لا بد من تنزيل كلام اللغوي على الغالب لظهوره في دوران صدق الملك مدار سلطنة المالك فعلاً على التصرف في مملوكه و عدم كفاية السلطنة الشأنية فيه، و من المعلوم أن لازم هذه صحة سلب الملك عن القاصر المحجور عن التصرف في ماله، مع أنه لا ريب في صدق الملك عليه حقيقة عرفاً و شرعاً. أما عرفاً فلأن المحاكم العرفية المانعة عن تصرف

أ النساء الآية : 92 ،

ب المائدة . الآية : 5

ج: وسائل الشيعة . ج 13، ص 90 . الباب 8 من أبواب الدين و القرض ، الحديث : 4

راجع الصفحة 73

لسان العرب، ج 10، ص 492

ص: 115

... هدى الطالب / ج 1

الأطفال في أموالهم قبل بلوغ الثامنة عشر من العمر تلتزم بمالكيتهم لما يرثونه من الأموال

و أما شرعاً فلو صرح حكمه بمالكية الصبي - بل الجنين - لحصته من تركة مورثه.

و المستفاد مما ذكرناه كفاية السلطنة الإقتضائية في الملك و إن كانت السلطنة الفعلية

للولي، و بطلان تعريفه بها.

بل قد يقال بأجنبية مفهوم الملك عن السلطنة حتى الشأنية، إذ الملك يتعدى بنفسه،

و السلطنة تتعدى بحرف الإستعلاء، فلا ترادف بين مفهوميهما. وعليه فالملك الإعتباري أمر آخر، و من أحكامه - عرفاً و شرعاً - السلطنة

على أنحاء التصرفات.

وبالجملة: فالملك العقلاني و الشرعي هو الوجدان كم-ا م-ال إليه المحقق الإصفهاني له . وليكن المراد به إعتبار الواجدية، لوضوح كون

الملك مفهوماً عاماً له مطابقات حقيقية و جعلية. و المقصود بالبحث هنا و إن كان تعريف الملك الإعتباري، إلا أنه لم-ا ك-ان وجوداً

إدعائياً للملك الحقيقي كان المناسب الإشارة الى مطابقاته، فنقول: يطلق الملك ع-ل-ى

معان:

إطلاق الملك على معان أربع

الأول: الملكية الحقيقية و الإضافة الإشراقية، حيث يكون المالك قيوماً على مملوكه

بحسب ذاته و جميع شؤونه و له السلطنة الحقيقية عليه، و الإحاطة التامة به كما في ملك الباري جلّت عظمته لما سواه، قال عز من قائل: و

عنت الوجوه للححي القيوم و قد خاب من حمل ظلماً) و القيوم هو القائم الحافظ لكل شيء، و المعطي له ما به قوامه و ذلك هو

المعنى المذكور في قوله تعالى: ( الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى )

و مثلوا للملك بهذا المعنى في عالم الممكنات بوجدان النفس الناطقة للصور الادراكية المرتسمة في صفعها، حيث إن النفس واجدة لها

حقيقةً، و هي قيومها، بحيث تتمحي عنها

أ: طه . الآية : 111

ب مفردات ألفاظ القرآن الكريم . ص 417

ص: 116





الحقيقي بالإشراق والإيجاد.

الثالث : الملك المقولي، أي ما يُعد في فنّ المعقول من الأعراض النسبية، المعبر عنه بالجدّة أيضاً، قال في الأسفار و ممّا عدّ من المقولات الجدّة و الملك، و هو هيئة تحصل بسبب كون جسم في محيط ب كله أو بعضه، بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط، مثل التسليح و التقمص و التعمم و التختّم و التعل، و ينقسم الى طبيعي كحال الحيوان بالنسبة إلى إهابه و غير طبيعي كالتسليح و التقمص ... الخ .

(

ب

و جعل في شرح الهداية ملكية البارّي تعالی من الإختصاص الطبيعي، ككون القوى

و إدراج ملك البارّي تعالی في الجدّة مجرد اصطلاح، لا بمعنى إنقسام الملك المقولي الى الطبيعي و الإعتباري، لوضوح أن المبدأ الأعلى جل و علاه و فعله الإطلاقي المعبر عنه بالإضافة الإشراقية جلّ أن يندرج تحت المقولات التي هي أجناس الماهيات الامكانية من الجواهر و الأعراض. بل الأمر كذلك في ملك النفس لقواها، فإنه حيثية وجودية، و الوج--ود مطلقاً ليس بجوهر و لا عرض إلا بالعرض و التفصيل في محله.

و المقصود أن بعض الأمثلة المذكورة في مقولة الجدّة - بمعنى الهيئة التكوينية الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر به - أجنبي عنها، فمالكية النفس للقوى مثلاً مصداق للملكية الحقيقية، كما أن مالكية زيد للفرس إعتباري، لا ربط لها بالموجودات الحقيقية المنحصرة في الجواهر و الأعراض. إلا أن يراد من مالكية زيد للفرس الهيئة الحاصلة من ركوبه

عليه

الرابع : الملك الإعتباري و هو وجود إدعائي تنزيلي للملك الحقيقي أو المقولي.

و ليس المراد بالإعتبار هنا ما يصطلح عليه في فنّ المعقول من إطلاقه تارةً على الإعتبارات الذهنية، سواء أكان ظرف العروض و الإنصاف الذهن كالكلية و الجنسية، فأنهما مفهومان

أ الأسفار الأربعة، ج 4. ص 223 ب شرح الهداية الأثرية، ص 274

عارضان لمعرض ذهني، أم كان ظرف العروض الذهن و ظرف الإنصاف الخارج كالوجوب و الإمكان، و هما من المعقولات الثانية في قبال المعقولات الأولى كالانسان و الحجر من

المفاهيم الماهوية.

و أخرى على الأصالة و الاعتبارية في بحث أصالة الوجود أو الماهية، حيث إنَّ مقصودهم بالإعتبارية تحقق الشيء بالعرض في قبال ما يكون تحققه بالذات، فبناءً على أصالة الوجود تُنسب الآثار الخارجية الى الوجود حقيقة و أصالة، و إلى الماهية بالعرض. و ينعكس الأمر بناءً على أصالة الماهية و إعتبارية الوجود. و على كُـلِّ إعتبارية الوجود أو الماهية تغاير الإعتبارية بالمعنى الأول، فإنَّ الماهيات أمور ، حقيقية، وليست كالوجوب و الإمكان المنتزعين

من ذات الممكن و الواجب.

بل المراد بالاعتبار هنا هو الفرض و التنزيل، أي: جعل ما ليس مصداقاً حقيقياً لمفهوم مصداقاً له إدعاءً و تنزيلاً، ثم استعمال اللفظ فيه نظير المجاز العقلي و الحقيقة الإدعائية في كلام، السكاكي و يترتب عليه كون استعمال اللفظ في الفرد الإدعائي حقيقة لا بالعناية، فيقال: ان «الأسد» موضوع للحيوان الشجاع، إلا أن له مصداقين أحدهما حقيقي، و الآخر فرضي تنزيلي و هو الرجل الشجاع و استعمال اللفظ في الفرد الإدعائي أجنبي عن إستعماله في غير ما وضع له، لكونه إستعمالاً في ما ينطبق عليه المفهوم و إن كانت مصداقيته له إدعائية لأجل ترتيب آثار المصداق الحقيقي الواقعي - أو أظهر خواصه - على الفرد التنزيلي.

والحاصل أن الملكية العقلانية تكون من سنخ المعاني الإدعائية التي يعتبرها العقلاء لنظم شؤونهم الإجتماعية إقتصادياً و سياسياً كالزوجة و الحرية و الرئاسة و الحكومة و نحوها، و يكون وعاء تقريرها الإعتبار الذي هو برزخ بين الوجودين الذهني و العيني، و يترتب على وجودها في ذلك الصُّقع أحكام و آثار ..

و حقيقة الإعتبار توسعة في المفاهيم الحقيقية و إعطاء حكم المعتبر عنه للمعتبر له، كاعتبار زيد رئيساً على قومه، فإن معناه تنزيله منزلة الرأس من الجسد، فالملكية الإعتبارية إعتبار للملك الحقيقي أو لمقولة الجدة كما سيظهر، يعني: أنه لو وجد في الخارج لكان مصداقاً المقولة الجوهر أو كيف أو الجدة، أو الإضافة، لكنه لا حظ له من الوجود الخارجي حتى

يكون مصداقاً حقيقياً للمقولة.

و الإعتبار بهذا المعنى يسري الى سائر المقولات أيضاً، فالأسد» مثلاً مُطابقه الحقيقي هو الحيوان المفترس، الذي هو نوع من الجسم النامي، الذي هو نوع لمطلق الجسم، و هو نوع من مقولة الجوهر. و مطابقه الإعتباري هو الرجل الشجاع كزيد، مع أنه مباين له حقيقة، لكونه نوعاً آخر من الحيوان وكذا البياض فإنه عرض متأصل و مطابقه الحقيقي نوع من مقولة

الكيف المبصر المفرق للبصر ، ويعتبرونه لغير الجسم، فيقال: «قلبه أبيض» و المقصود منه بيان

أمر معنوي.

و الفوقية مثلاً إضافة حقيقية في مقولة الاين عند كون جسم في أين بالنسبة الى جسم آخر بينه و بين الأرض. ولكنها تطلق على المجردات تنزيلاً وإدعاء، فيقال: «علم زيد فوق علم عمرو و هكذا في سائر المقولات. فالعمى مثلاً هو عدم البصر في المحل القابل له، مع إطلاقه

في الذكر الحكيم على الضلال المقابل للهداية و الرشد.

و الغرض من ذكر المعاني الإعتبارية هو النظر في ما ذهب إليه شيخنا الأعظم . و . و من

تبعه من دعوى إنتزاع الملكية من التكليف، لكونها من الإعتباريات الذهنية التي يمتنع جعلها إستقلالاً كما سيأتي بيانه.

ثم إنه ينبغي تتميم البحث في الملكية بالتعرض إجمالاً لأمر:

الأمر الأوّل : أنّ إطلاق الملك على الموارد الأربعة المتقدمة حقيقي لا عناية فيه أصلاً، ولكنه ليس من إطلاق الكلي المشكك على جزئياته، إذ التشكيك صدق طبيعة واحدة على أفرادها بالتفاوت بأولية و شبهها و ليس مطلق عموم المفهوم من التشكيك، إذ لا جامع أصيل بين كل ما ينطبق عليه الملك حتى يكون صدقه على بعض أولى من صدقه على غيره، و ذلك لأن مطابقات الملك أمور متباينة بالذات لا تندرج تحت طبيعة واحدة، فمالكية الباري تعالى بإضافته الإشرافية وإحاطته الوجودية في مرحلة فعله بإيجاد الممكنات، و من المعلوم أن الوجود مطلقاً ليس بجوهر ولا- عرض إلاّ بالعرض، فكيف بالوجود المطلق؟ و الملك بمعنى الجدة عرض نسبي، و هو وإن كان موجوداً خارجاً بوجود ناعتي، إلا أنّ

الماهيات أمور عدمية و إن لم تكن أعداماً.

و الملكية الإعتبارية لا خارجية لها أصلاً، ولذا عدوها دون مرتبة المقولات التي هي أجناس للموجودات الإمكانية؟ ومع تباين هذه المطابقات لا وجه لدعوى صدق الملكية

عليها بالتشكيك.

ولا ينافي تباين هذه الموارد سنخاً صدق المفهوم عليها حقيقةً، بلحاظ سعته وعمومه

لمراتب الموجودات، فينطبق على الموجود في وعاء الإعتبار وعلى المقولة، وعلى ما هو خارج عن أفق المقولات طراً. ونظيره العلم فإنه بمعنى الحضور، وهو مفهوم عام صادق على مقولات مختلفة وعلى ما هو خارج عن حدود المقولة، فحضور الصورة المجردة للجوهر العاقل من مقولة كيف على المشهور و علم الجوهر النفساني بذاته من مقولة الجوهر النفساني و علم العقل بذاته من مقولة الجوهر العقلاني، و علمه تعالى بذاته وبمصنوعاته في مقام ذاته وجود واجبي خارج عن أفق المقولات، بل علمه الفعلي في مقام الإيجاد بعين الوجود المنبسط، وهو لا جوهر ولا عرضاً.

وبهذا يظهر غموض ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني من و تقرير السيد المحقق الخوني له من كون الملكية ذات مراتب أربع أطلق عليها بالتشكيك ب لما تقدم من أن الحقائق المتباينة بالذات لا تندرج تحت جامع أصيل مع أن جعلها مراتب لمقولة الجدة لا يخلو من تأمل آخر، إذ ليست مالكية الباري تعالى للعالم إلا بالإشراق، مع أن الجدة المقولية هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر بكله أو بعضه. كما أن كون الملكية

الإعتبارية مرتبة لمقولة الجدة محل بحث كما سيأتي. الأمر الثاني: قد تقدم أن الملكية العقلانية و الشرعية ليست من الأمور الإعتبارية بحسب اصطلاح أهل المعقول، كالكلية و الجنسية لأنها عوارض ذهنية لمعروضات ذهنية، و الملكية الشرعية و العرفية من عوارض الموجودات الخارجية سواء وجدت بالفعل أم بالقوة، إذ الموصوف بالمالكية زيد الخارجي لا الذهني و الموصوف بالمملوكية هو العين

أنهاية الدارية. ج 5، ص 116 المكاسب والبيع، ج 1، ص 84؛ مصباح الفقاهة، ج 2، ص 20 و 44

{

الخارجية أو المنفعة المتدرجة في الوجود.

وكذا ليست من سنخ المقولات العرضية سواء الموجود بوجود ما بحذائه أو الموجود بوجود منشأ إنتزاعه كمقولة الإضافة، وذلك لأنّ الأعراض المقولية برمتها يتوقف وجودها

الناعتي على وجود معروضاتها خارجاً. والملكية الاعتبارية لا تتوقف فعليتها على موضوع، محقق، فقد يعتبرها المعبر في ظرف عدم أحد طرفي الاضافة أو كليهما، فتتعلق الملكية بالمعني المفعولي - أي المملوكية - بالكلي الذمي في بيع السلف، للاجماع على صحته. وكذا تتعلق في أبواب الضمانات بالمثل أو القيمة، وربما لا يكون له وجود خارجي. كما أن الملكية

بالمعنى الفاعلي - أي المالكية - تتعلق بطبيعي السيد والفقير في بابي الخمس والزكاة.

وعليه فتمام المناط في الاعترافات الوضعية التي منها الملكية هو اعتبار من بيده الأمر عند تحقق الجهة المقتضية للاعتبار و الجعل من عقد أو حيازة مباح أو إحياء موات أو موت

مورث و نحوها. ولا يعتبر فعلية طرفي إضافة الواجدية في جعلها كما عرفت.

و حيث كانت الملكية الادّعائية التنزيلية خارجة عن حدود المقولات العرضية فهل هي اعتبار لمقولة الكيف أو الاضافة أو الجدة أو غيرها؟ لا يبعد أن تكون إعتبار الواجدية، من جهة تبعية المملوك للمالك وكون زمامه بيده و بهذا اللحاظ لا مانع من جعلها إضافة إعتبارية لما بينهما من الربط و التفصيل في محله.

الأحكام الوضعية مجعولة بالأصالة أم منتزعة من التكليف

الأمر الثالث : في أن الأحكام الوضعية كالملكية و الزوجية و الحرية هل هي منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردّها، أم هي بأنفسها قابلة للجعل؟ نُسب الى شيخنا الأعظم في إمتناع تأصلها في الجعل، و كونها منتزعة من التكليف، و الأولى نقل كلامه، قال في بحث الإستصحاب عند التعرض لكلام الفاضل التونسي في الأحكام الوضعية ما لفظه: «فان لوحظت المعاملة سبباً لحكم تكليفي كالبيع لإباحة التصرفات و النكاح لإباحة الإستمتاع، فالكلام فيهما يعرف مما سبق في السببية و أخواتها. وإن لوحظت لأمر آخر كسببية البيع للملكية و النكاح للزوجية و العتق للحرية و سببية الغُسل للطهارة، فهذه الأمور بنفسها ليست أحكاماً

شرعية. نعم الحكم بثبوتها شرعي، وحقائقها أمور اعتبارية منتزعة من الأحكام التكليفية، كما يقال: الملكية كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به وبعوضه... وإما أمور واقعية كشف عنها الشارع، فأسبابها على الأول في الحقيقة أسباب للتكليف، فيصير سببية تلك الأسباب في العادة كمسبباتها أموراً إنتزاعية .

-

وظاهره التردد في كون الملكية ونحوها من الوضعيات اعتباراً ذهنياً منتزعةً من التكليف، أو أمراً واقعياً كشف عنه الشارع بما أنه محيط بحقائق الأمور، كإخباره عن الطهارة والنجاسة اللتين هما حالتان في الجسم الطاهر والنجس.

وبناءً على كلا شقي التردد يتعين صرف الأدلة المتكفلة لترتيب أحكام تكليفية على الملكية - بمجرد إنشائها - عن ظاهرها إلى أن المجعول بها نفس التكاليف التي هي منشأ

الإنتزاع لفرض عدم قابلية الإعتبارات الوضعية للجعل الإستقلالي.

واختار هذا المسلك جمع من الإعيان كالمحققين الميرزا الآشتياني والإيرواني ابل إستدل عليه وشيّد أركانه الميرزا الآشتياني بتمهيد أمور ستة مدعياً أنها مجموع إفادات شيخنا الأعظم في مجلس الدرس والكتاب و ملخصه أن الأحكام الوضعية كالسببية والشرطية والملكية إعتبارات منتزعة من التكليف إذ الأمر الإعتباري لا يقبل الوجود الخارجي، وإنما يكون وجوده باعتبار المعبر، بحيث لو لم يعتبره لم يكن شيئاً مذكوراً، مع أن الحكم الذي يُشوّه الحاكم موجود خارجي، فكيف يوجد بالإعتبار بعد وضوح تباين الوجودات؟ ب

وكذا الحال لو كانت الاحكام الوضعية من الامور الواقعية التي كشف عنها الشارع كالملكية التي هي علاقة واقعية بين المالك والمملوك، وكالطهارة والنجاسة اللتين هما حالتان في الطاهر والنجس لما عرفت من أن الحكم الشرعي فعل قائم بالحاكم، وهذه الأمور على التقدير المذكور - من الاوصاف الكامنة في متعلقاتها واقعاً، فيستحيل قيامها بالحاكم. نعم قد

أ: الرسائل ، ص 603 ، طبعة مؤسسة النشر الاسلامي بقم المقدسة.

ب راجع بحر الفوائد ، ج 3، ص 65 الى 69 ، ونهاية النهاية للمحقق الايرواني ، ج 2، ص 188 - 189

. هدى الطالب /ج

يصير الحكم كاشفاً عن وجودها الواقعي بمقتضى علمه، فهو إخبار حينئذ عن وجودها، لا جعل له بالجعل الشرعي هذا.

وبناءً على مسلك الإنتزاع فالمجوعول بالأصالة هو التكليف كجواز أنحاء التصرفات

في المال حيث ينتزع منه الملكية، وكحلية النظر والإستمتاع المنتزع منها الزوجية، وهكذا. ويكفي في الإنتزاع وجود حكم تكليفي في المورد سواء أكان منجزاً أم معلقاً على أمر غير حاصل فعلاً، فتنزع ملكية البالغ من خطابه الفعلي بجواز التصرف، و تنتزع ملكية القاصر كالصبي من خطاب تعلقي كقول الشارع: إذا بلغت جاز لك التصرف ولا منافاة بين فعلية الامر الإنتزاعي و تعلقية منشئه، إذ المهم وجود الحكم التكليفي القابل لأن ينتزع منه الإعتبار الوضعي سواء أكان منجزاً أم معلقاً.

هذا محصل ما أفاده شيخنا الأعظم، وقرره عليه تلميذه الأجل لا بل زاد الميرزا الأشثاني: إنتزاع ضمان الصبي بالإتلاف من خطاب و ليه فعلاً بدفع غرامة ما أتلفه المولى عليه، حتى لا يلزم التفكيك بين الأمر الإنتزاعي و منشئه بجعل الأول فعلياً تنجيزياً، و الثاني

تقديرياً، هذا. أقول: الظاهر أنّ منشأ إنكار قابلية الأحكام الوضعية للجعل الاستقلالي هو مقايستها بالإعتبارات الذهنية باصطلاح أهل المعقول، كما يشهد بها تنظير الملكية بالسببية و الشرطية، مع وضوح الفرق بين الإعتبار باصطلاح الأصولي بينه باصطلاح غيره، فالمقصود بالإعتبارات التي منها الأحكام الشرعية هو الوجود الإدعائي التنزيلي. و عليه فالحق هنا ما صنعه المحقق الخراساني قليل من التفصيل بين ماعد من

الوضعيات بأن بعضها وجودات ذهنية تقوم بالتصور و تنعدم بالغفلة و الذهول، و بعضها

إعتبارات عقلانية وشرعية موطنها وعاء الإعتبار. و ليست الملكية و الزوجية من قبيل السببية

حتى يحكم عليهما بعدم قابليتهما للجعل.

وكيف كان فقد أورد على مسلك الإنتزاع بوجوه:

الأول: ما أفاده المحقق الإصفهاني تي في مواضع من كلماته، و محصله - بتوضيح منا -

أن الحكم التكليفي ليس عين الحكم الوضعي و لا منشأ إنتزاعه، و لا مصحح إنتزاعه. فلا معنى



للقول بالانتزاع.

أما

....ITO

عدم كون الحكم التكليفي - كإباحة التصرف في المال - عين الحكم الوضعي

كالملكية، فلأن حقيقة الملكية إما النسبة بين المالك والمملوك وإما الإحتواء أو السلطنة أو

الواجدية، وليس شيء منها عين مفهوم إباحة التصرف كما لا يخفى.

وأما عدم كون التكليف منشأ الانتزاع فلوجهين أحدهما: أن الأمر الانتزاعي كالفوقية ليس إلا حيثية القبول القائمة بالمتحيث، ولازمها صحة حمل العنوان الإشتقائي - المأخوذ من الأمر الانتزاعي - على المتحيث بها أعني به منشأ، إنتزاعه بلحاظ تلك الحيثية، كصحة حمل

عنوان «الفوق على السقف لأجل قيام مبدئه - أي الفوقية القائمة بقيام إنتزاعي - بالسقف. و من المعلوم عدم تحقق هذا الملاك في المقام، لأن الحكم التكليفي - مثل جواز التصرف الذي فرض كونه منشأ الإنتزاع - لا يحمل عليه عنوان المالك و المملوك. و يستكشف من عدم صحة الحمل أن مبدأ العنوانين المتضايين غير قائم بجواز التصرف بقيام إنتزاعي.

و دعوى كون الملكية جواز التصرف والمالك من يجوز له التصرف و المملوك

ما يجوز فيه التصرف فينتزع الملك بتبع إنشاء التكليف ممنوعة بأن الملكية لو كانت إباحة التصرف كان ذلك عدولاً عن الإنتزاع الى دعوى العينية، و هو ممنوع، بعدم الترادف، مضافاً الى

كونه خلاف الفرض ثانيهما: أن الأمر الانتزاعي تابع لمنشأ إنتزاعه فعلية وقوة، و من البديهي إعتبار الملكية و الزوجية للصغير مع ارتفاع قلم التكليف عنه. و جعل منشأ الإنتزاع خطابه التعليقي المتوقف فعليته على البلوغ كما ترى لا تمتناع إنتزاع الملكية و الزوجية الفعليتين - لترتيب آثارهما عليهما - من الخطاب التقديري الذي لاحظ له من الوجود الفعلي.

كما أن تصحيحه بما أفاده المحقق الآشتياني فين من «انتزاع ملكية الصبي من خطاب وليه بإباحة التصرف فيه و إنتزاع ضمانه لما أتلفه من خطاب الولي فعلاً بالتغريم غير ظاهر إذ لا يعقل قيام الحيثية المصححة للانتزاع بشيء، و الإنتزاع من شيء آخر.

و توجيه كلام الشيخ الأعظم لي من قابلية الخطاب التعليقي لانتزاع الملكية فعلاً

للسبي منه للفرق بين الأضافة المقولية وبين الاعتبارات الشرعية، فلا مانع من صحة إنتزاع

الملكية والزوجية من التكليف المتوقف فعليته على البلوغ، فإن للحكم التعليقي خطأً من الوجود في صقع الإنشاء، فلا بأس بانتزاع ضمان الصبي فعلاً. لما أتلفه من خطاب الشارع بعد بلوغه: «أعزم ما أتلفته حين صباك، ممنوع، فإن تبعية الأمر الانتزاعي لمنشئه حكم عقلي لمطلق وجود الإضافة، فالإضافة المقولية تتوقف على منشأ متأصل، والإضافة الإعتبارية على منشأ إعتباري، وليس قيام الأمر الانتزاعي بمنشئه من أحكام الوجود الحقيقي حتى يتوهم إمتناع تسريته الى الإعتباريات.

هذا مضافاً إلى إباء صراحة ما قرره الميرزا الأشثياني الله عن هذا الحمل، فإنه جعل

الملكية والسببية والشرطية من وادٍ واحد وقال بأنها إعتبارات ذهنية.

هذا كله في إستحالة كون التكليف منشأ الانتزاع.

وأما عدم كون الحكم التكليفي مصحح الإختراع فلأن لازمه كون الملكية مثلاً من المقولات الواقعية الموجودة في جميع الأنظار كسائر المقولات التي لا- خلاف فيها بين نظر ونظر آخر، ومن المعلوم توقف العرض المقولي على معروض موجود، مع أنه لا- شبهة في قيام الملكية العرفية والشرعية بالمعدوم كما تقدم.

وعلى هذا فإن أراد شيخنا الأعظم بقوله: «الملكية كون الشيء بحيث يجوز الإنتفاع به وبعوضه» وحدثهما مفهوماً، وحكايتهما عن حقيقة واحدة، فقد عرفت منعه، فإن الملكية هي النسبة أو السلطنة، وهما غير إباحة التصرف مع أنه رجوع عن دعوى الانتزاع الى

عنده

العينية.

وإن أراد كون التكليف منشأ الانتزاع كما هو ظاهره، فالمفهومان، متباينان ولكنهما

متصادقان في الوجود، ففيه ما عرفت من إنتفاء ملاك الانتزاع بين التكليف والوضع.

ومنه يظهر الإشكال في إنتزاعها من العقد القولي أو الفعلي. مضافاً الى أن نسبة العقد الى الملكية نسبة المسبب الى سببه، بناءً على المشهور من كون ألفاظ العقود أسباباً لعناوينها، والسبب مباين لمسببه كما لا يخفى أ.

أحاشية المكاسب، ج 1، ص 6، نهاية الدراية، ج 5. ص 114 و 115

الملكية الاعتبارية متأصلة في الجعل أو منتزعة

هذا محصل ما اعترض به المحقق الإصفهاني على إنكار قبول الأحكام الوضعية

للجعل المستقل، وإنتزاعها من التكليف أو العقد. وهو في غاية المتانة.

الثاني: ما في تقرير شيخنا المحقق العراقي دين و محصله: منفاة ظواهر الأدلة الشرعية التي جعلت الملكية و الزوجية ونحوهما من الإضافات الإعتبارية فيها موضوعات لأحكام تكليفية، كقوله لا لالان : لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيبة نفسه - لانتزاع تلك الإعتبارات من التكليف، لوضوح أن موضوع الحلية هو الملك أي المال المضاف الى الغير، فلو كانت الملكية منتزعة من التكليف، فإما أن تنتزع من تكليف آخر، أو من نفس الحكم بحرمة التصرف، المتأخر عنها رتبة.

و كلاهما محال. أما الأول، فلاستلزامه إجتماع المثلين أحدهما التكليف الثابت في الرتبة السابقة، و هو محقق الأضافة وثانيهما التكليف المترتب عليها المدلول عليه بقوله:

لا يحل».

و أما الثاني فلاستلزامه تقدم المتأخر، لفرض أن مثل جواز التصرف متأخر عن الملكية رتبة، لتأخر كل حكم عن موضوعه كذلك، فلو كان هو محقق الإضافة ومنشأ الإنتزاع لزم تقدمه على الأمر الإنتزاعي كتقدم وجود العلة على معلولها رتبة، مع أن جواز التصرف متأخر عنها. و إستحالة إجتماع المتقابلين في واحدٍ من الأمور الواضحة سواء في التكوينيةات

و الإعتباريات.

و عليه يتعين القول بأن الملكية و نحوها من الإعتباريات المتأصلة بالجعل، ولا- وجه للتكليف و إتعاب النفس لإثبات انتزاعيتها من التكليف مع أنه لا تكليف في مثل من حاز

ملك».

الثالث: ما في التقرير المذكور أيضاً من أن الملكية و نحوها إعتبارات متداولة بين العقلاء من ذوي الأديان و غيرهم ممن لا يلتزم بشريعة، فلو كان مُصحح إعتبارها الخطابية التكليفية الشرعية لزم عدم وجودها في حقهم، و عدم ترتيب الأثر على معاملاتهم، و هو كما

## هدى الطالب / ج 1

ترى، فلا مناص من القول بأن هذه الأمور مجعولة بالإستقلال، قد أمضاها الشارع، هذا أقول: أما الوجه الأول - مما أفاده شيخنا العراقي - فهو وإن كان متيناً في نفسه، إلا أنه لا بد أولاً من إثبات أجنبية الإعتباريات العقلانية عن الأمور الإنتزاعية عند أهل المعقول فمجرد مخالفة مسلك الإنتزاع لظواهر الأدلة الشرعية لا يكفي في نفي نظر الشيخ الأعظم و من وافقه لتصريح الميرزا الأشثياني بلزوم التصرف في ظهور الأدلة المتكفلة لأحكام تكليفية مترتبة على مثل الملكية و الزوجية و عليه فالمهم على القائل بأصالتها في الجعل إبطال

الانتزاع حتى تصل النوبة الى إبقاء ظواهر الخطابات على حالها.

و أما الوجه الثاني فيمكن أن يقال فيه: إن كون الملكية و الزوجية من الإعتباريات المتداولة بين العقلاء حتى غير ذوي الأديان لا يكشف عن أصالتها في الجعل بالعقود المتعارفة بينهم و غيرها من الأسباب و لا يبطل به مسلك الإنتزاع، فإن المقصود من التكليف الذي يفرض منشأ للانتزاع ليس خصوص الحكم المتعبد به عند الكل، فإن الخطابات عامة لجميع المكلفين سواء من تدبّر منهم بها و من لم يكن كذلك. و الحاصل: أن الأمور الإعتبارية لو قيل بانتزاعيتها من التكليف كانت الأحكام

المشتركة بين الجميع منشأ الإنتزاع و إن لم يلتزم بها بعضهم.

هذه جملة من الكلام في الملكية. و تلخص مما ذكرناه أمور: الأول: أن الملكية العرفية و الشرعية خارجة عن حدود المقولات، فإن موطنها وعاء

الإعتبار - باصطلاح الأصولي - لا الإعتبار عند أهل المعقول بما له من الإطلاقات. الثاني: أن الملكية ليست مشتركة معنوية مقولة على مواردھا بالتشكيك بل هي مفهوم

عام يكون مطابقتها إشرافاً تارة، و جدة مقولية أخرى، و إعتباراً عقلاً نياً أو شرعياً ثالثاً. الثالث: أن الملكية إعتبار الواجدية و هي متأصلة في الجعل إما بجعلها تأسيساً أو

إمضاء لما عند العرف و لا تنتزع من التكليف و لا من العقد. هذا كله في الموضع الأول، و هو البحث عن الملك.

أنهاية الأفكار . ج 4 . ص 103

ص: 128

واستقصاء جهات البحث فيه يتم في طي مقامات:

المقام الأول: في بيان ماهيته و حقيقته.

فقول: عرفه جمع من اللغويين بما يقابل الباطل، ففي القاموس واللسان أنه «ضد الباطل، وفي الصحاح «أنه خلافه، قال ابن منظور: «حق الأمر ويحق حقاً و حقوقاً: صار حقاً وثبت. قال الأزهري: معناه وجب يجب وجوباً. وفي التنزيل: قال الذين حق عليهم القول، أي: ثبت. ولكن حقت كلمة العذاب على الكافرين، أي: وجبت وثبتت ... ب .

وعرفه الراغب بأن أصل الحق المطابقة و الموافقة، و يُطلق على أمور أربعة أحدها مُوجِدُ الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة، فيطلق عليه تعالى كما في قوله

جل و علا ثم رُدُّوا الى الله مولاهم الحق.

ثانيها الموجد - بمعناه المفعولي - بحسب ما تقتضيه الحكمة، ففعله تعالى حق، كما في

قوله عز من قائل : ما خلق الله ذلك إلا بالحق.

ثالثها: الإعتقاد بشيء ثابت في نفسه كالثواب والعقاب و حوادث القيامة.

رابعها الفعل و القول الواقع بحسب ما يجب و بقدر ما يجب وفي الوقت الذي يجب

كقوله تعالى: ( حقت كلمة ربك، و حق القول مني ) ج .

ولا يبعد أن يكون معناه المصدرى الثبوت - كما احتمله المحقق الإصفهاني - و رجوع سائر معانيه إليه من باب إشتباه المفهوم بالمصداق، ومعناه الوصفي هو الثابت، فإطلاقه عليه جل و علا لكونه ثابتاً بأفضل أنحاء الثبوت الذي لا يُخالطه عدم و لا عدمي هذا بحسب اللغة. و أما بحسب الإصطلاح الفقهي فهل هو إعتبار للثبوت الواقعي أم أمر آخر؟ قد تقدم

د: حاشية المكاسب، ج 1، ص 9 (رسالة الحق).

ص: 129

في بحث الملك أن حقيقة الإعتبار هو الإدعاء وفرض الوجود لما لاحظ له من الوجود العيني فيقال: إن الملكية الإعتبارية إعتبار الواجدية، في قبال الواجدية الحقيقية في مثل مالكية النفس للقوى، وإ إعتبار يدور مدار ترتب الأثر. و عليه يقال: إن الحق الإعتباري ليس إعتباراً للثبوت الواقعي للغوية إعتبار الثبوت المطلق كلغوية إعتبار ثبوت شيءٍ لشيءٍ، فليس المراد من مثل حق التحجير إعتبار ثبوت الأرض المحجرة ولا- ثبوتها للمحجر، بل المقصود إثبات سلطنته عليها أو ملكه لها أو أولويته بها من غيره، فالمعنى الواقعي في حيز الإعتبار هو الملكية ونحوها لا مجرد الثبوت، ويستكشف منه عدم كون الحق المصطلح إعتباراً للثبوت الواقعي. مضافاً إلى أن الثبوت مفهوم عام يصح إطلاقه على كل ما له تقرر في نفس الأمر، فالملك والحكم التكليفي حقٌ أي ثابت في وعاء الإعتبار والتشريع، ومنه قولهم في باب القضاء للمدعي حق الإستحلاف وزائد الصلاة حق الله لثبوتها على المكلف بنفس إيجابها

عليه

فيعلم من هذا أن الحق المصطلح إعتبار آخر أخص من مفهوم الثبوت، ويقع الكلام في أنه إعتبار الملك أو السلطنة أو الأولوية وما شابه ذلك أو غيرها؟ لم نقف في كلماتهم على

تحديد جامع و مانع كما سيظهر بعد التعرض لجملة من الضوابط المذكورة: فمنها ما نُسب الى المشهور من كون الحق سلطنة، وربما تُقيد بالفعلية في بعض

أقسامها كما تقدم في المتن بالنسبة الى حق الخيار والشفعة. واختاره جمع منهم السيد في أول كلامه وإن عرفه في آخره بأنه نوع من الملك. فقال ما محصله: إن الحق نوع من السلطنة على شيءٍ متعلق بعين كحق التحجير، أو غير عين كحق الخيار في العقود اللازمة، أو على شخص كحق القصاص و عليه فالحق مرتبة ضعيفة من الملك ونوع منه وصاحبه مالك لشيءٍ يكون أمره إليه بخلاف الحكم، فإنه مجرد إعتبار الرخصة مثلاً- بلا إعتبار السلطنة كما في جواز الرجوع في العقد الجائز. وقال في آخر البحث: «و بالجملة: الحق نحو من الملك، بل هو ملك بحسب اللغة، وكونه في مقابل الملك إصطلاح عام أو خاص، ولا بد له من متعلق، سواء جعلناه إضافةً ونسبةً

بين الطرفين، أو سلطنة كما في الملك .

للملك.

و مقتضى تفسير الحق بالملك و الملك بالسلطنة كون الحق سلطنة، لا إعتباراً مغايراً

و منهم المحقق الإيرواني من حيث إنه جعل الفارق بين الملك و الحق سعة دائرة متعلق السلطان وضيقتها، فالشيء إذا كان متعلق سلطنة الشخص بجميع حيثياته كان ملكاً، و إن كان متعلقها ببعض شؤونه كان حقاً، نظير الأمة و الزوجة، فالأولى ملك سيدها، لأن له أنحاء التصرفات فيها من البيع و الهبة و المباشرة و الزوجة متعلق حق الزوج، إذ ليس له إلا السلطنة على البضع ..

و لكنك خبير بأنهم إن أرادوا بالسلطنة ما تكون فعلية غير مقترنة بالمانع فهو و إن كان صادقاً على كثير من الحقوق، لكنه ينتقض بما تسالموا عليه من إنتقال حق الخيار بالارث إذا كان الوارث صبيّاً غير مميز لحجره عن التصرف في كل ما انتقل اليه من مورثه و دعوى أن سلطنة القاصر سلطنة و له ممنوعة بأن المحجور مسلوب السلطنة لا مفوضها، و لا منشأ آخر

السلطنة الولي. و إن أرادوا بالسلطنة ما هو أعم من الفعلية و الإقتضائية - فالصبي غير المميز و إن لم يكن سلطاناً فعلاً، لكنه لا مانع من جعله سلطاناً شأنًا، و تتوقف فعليته على زوال المانع و هو الصبا، و بهذا الإعتبار يصح قيام وليه مقامه لتشريع أصل السلطنة في حقه - ففيه : أن الإعتبار هو الإدعاء و التنزيل المنوط بترتب الأثر، كما في تنزيل الطواف منزلة الصلاة لمشاركته لها في بعض أحكامها، فلو فرض سلب جميع آثار المنزل عليه لغا الإعتبار. و لما لم تكن للصبي

سلطنة على فسخ عقد مورثه و إمضائه و لا على إسقاط حقه و لا نقله الى الغير - بناء على كونه من الحقوق القابلة للنقل الى غير من عليه الخيار - لم يكن مُصحح الإعتبار و التنزيل موجوداً

حتى يتفضى به عن محذور تفسير الحق بالسلطنة الفعلية الى جعله سلطنة إعتبارية. و عليه

أ.

ب

حاشية المكاسب . ص 55 و 57 حاشية المكاسب ، ج 1، ص 73

ص: 131



فلا بد من كون الحق إضافة أخرى قد يكون ملزوماً للسلطنة وقد لا يكون . إلا أن يقال: ان السلطنة مجعولة للصبي فعلاً وإن لم يكن قادراً على الأعمال بنفسه مبل

كان الأمر مفوضاً الى الولي، فالسلطنة الفعلية بيد الولي .

و أما ما أفاده المحقق الإيرواني فينتقض بمثل حق التحجير الذي التزم لي بجواز أنحاء التصرفات فيه بالبيع والهبة ونحوهما من النواقل، إذ لو كان الفارق بين الحق والملك راجعاً الى متعلق السلطان لا نفسه كان حق التحجير من الملك المصطلح لا من الحقوق، مع أنه تل جعله من الحقوق، ولذا إعترض على المصنف له في ترده في صدق المال عليه.

وقد تحصل أن تعريف الحق بالسلطنة لا مانع ولا جامع.

ومنها: ما اختاره جمع من الأعيان من كون الحق نوعاً من الملك أو مرتبة منه - على

اختلاف بينهم في التعبير - فمنهم السيد الطباطبائي لكن في كلامه المتقدم، ومنهم شيخ مشايخنا المحقق النائيني ليلة في بعض تعابيره، حيث فسره بالملكية الناقصة وبالمرتبة الضعيفة من الملك، وإن عرفه في موضع آخر تارة بالسلطنة الضعيفة» وأخرى «بالإعتبار الخاص الذي أثره السلطنة الضعيفة على شيء، ومرتبة ضعيفة من الملك.

منهم سيدنا الأستاذ الي حيث فسره بالملك، وجعل الفارق بينهما إختلاف المملوك، ومحصله: أن إضافة الملكية - وهي التبعية و المتبوعية - سنخ واحد في الملك و الحق لا تحادهما مفهوماً، و إختلافهما مورداً، و ذلك لأنّ طرف إضافة الملكية إما عين و إما عرض ومعنى، وكلّ منهما على ثلاثة أقسام، فالعين إما خارجية كالدرهم و الدار، و إما ذمية كالمبيع الكلي في باب السلف و الثمن الكلي في النسبة، و إما لا هذا و لا ذلك، بل كحق الجناية المتعلقة بالعبد الجاني، و حق الزكاة المتعلقة بالنصاب، على بعض الأقوال.

و العرض و المعنى إما أن يكون ذمياً كعمل الحر الأجير للغير، و إما أن يكون قائماً بعين خارجية من دون توقف الإعتبار على الإضافة الى ذمة، كمنافع الأعيان المملوكة كالدار و العبد، حيث إن تعلق الملكية الإعتبارية بها منوط بقابلية العين للمنفعة، و يكفي إعتبار ملكية العين في

أمنية الطالب، ج 1 ص 41 و 42. تقريرات المكاسب للعلامة الأملي ج 1، ص 84 و 87

إضافة المنفعة إليه بخلاف مثل عمل الحرّ، فإن ملكيته الإعتبارية متوقفة على وقوع عقد عليه كالإجارة والصلح . وإما أن يكون إعتبار الملكية موقوفاً على إضافته إلى مالك، ووجود مصحح الإعتبار كحق الخيار القائم بالعقد، وحق الشفعة القائم بالمبيع، وحق القسم القائم الزوج، ونحوها من الحقوق، فاعتبار الخيار لأحد المتعاملين منوط بوجود غبن أو شرط أو عيب ونحوها كما أن الشركة في مثل الدار تصحح إستحقاقه لحصة شريكه المبيعة من الأجنبي. إذا عرفت هذه الأقسام السنة فاعلم أن إضافة الملكية في جميعها على حد سواء، فلا فرق بين أن تقول: زيد مالك للدينار الشخصي أو الكلي، أو لمنافع الدار التي إستأجرها، أو لعمل أجيره كخياطته، أو لأخذ المبيع المشاع بالشفعة، أو للاقتصاص من الجاني المتعمد، أو لاستيفاء دينه من العين المرهونة، أو للمضاجعة مع زوجته، أو للتصرف في الأرض المحجرة ولا تتفاوت إضافة الملكية بالشدّة والضعف، نعم تسمى في قسمين منها - وهما ثالث أقسام العين والمعنى - بالحق. فالحقّ الإصطلاحي عين أو معنى متعلق بغيره على نحو يتوقف إعتباره على إعتبار ملكية لمالكه، فاعتبار حق الجنابة مثلاً منوط بالجنابة المصححة لإضافة ملكية

الإقتصاص، وإعتبار حق الخيار منوط بإضافة ملكيته لذي الخيار بسبب مثل الغبن و الشرط

و المجلس، هذا.

و يختلف الحق عن الذميات - حيث إنها أملاك وليست بحقوق - بأن الذمة ظرفها

لا، موضوعها، ولذا لا يكون الدين المستقر في ذمة الحرّ من الحقوق، فلا يسقط بانعدام ذي الذمة، بل يُقضى من تركته أو غيرها، بخلاف الإقتصاص القائم برقبة الحرّ الجاني حيث يسقط بموته، هذا .

أقول: الظاهر أنّ التابعية والمتبوعية أوسع مفهوماً من الملكية، لشمولها لتصرفات الأولياء فيما لهم الولاية عليه، كتصرف الفقيه الجامع للشرائط في سهم الإمام عليه الصلاة والسلام من الخمس - على ما مال إليه قليل في خمس المستمسك - وأنه ولي على مصرفه

نهج الفقاهة . ص 6 إلى 8

## دى الطالب / ج 1

وعلى الجهات المتعلقة به ، وكتصرف ولي الموقوفة في عوائدها، وكتصرف الأب و الج-د له في مال الصبي، وغيرهم من الأولياء، إذ لا ريب في سلطنتهم على التصرفات، و نفوذها شرعاً، فإنّ الأموال والأموال تابعة للأولياء مع عدم كونهم مالكين لها.

ولو أريد من التبعية في الملكية خصوص الذاتية فسلطنة الأولياء وإن كانت خارجة عن دائرة الملكية لفرض كونها بالعرض، وتكون التبعية الذاتية للمولى عليه، إلا أنه ينتقض بمثل حق الإختصاص بالخمير المنقلب عن الخل المعدّ للتخليل، حيث إن التبعية موجودة قطعاً، مع عدم الملكية المصطلحة، بشهادة تصريحهم بأن الخمر الكذائي ليس بملك، بل للمسلم نحو إختصاص به ولو جعلنا التبعية أعم مما هو بالذات وبالعرض لانتقض بتصرفات

الأولياء.

والحاصل أنه إن أراد له من التبعية الإعتبارية خصوص الذاتية إنتقض بحق الإختصاص بالخمير، وكذلك بحق التحجير، فإنّهم جعلوا هذا الحق مقابلاً للملك، وقالوا بتوقف تملك الرقبة على إحيائها، وليس له قبل الإحياء إلا الأولوية بها. وإن أراد قليل منها ما يعم التبعية بالعرض إنتقض بتصرف الأولياء، فإنّ الملك تابع للولي شرعاً و عرفاً، مع أن إضافة

الملكية للمولى عليه دون الولي.

وهذا كاشف عن عدم كون الملكية الإعتبارية بمعنى التبعية، بل إعتبار الواجدية فالمالك من يكون واجداً لشيء إعتباراً، سواء أكانت له السلطنة على التصرف في مملوكه أم لا.

هذا بالنسبة إلى أصل جعل الحق من أقسام الملك.

ومنه يظهر حال تعريفه بالمرتبة الضعيفة منه. إذ فيه: أن الملكية الإعتبارية هي إعتبار

الواجدية، وهي ليست ذات مراتب حتى تسمى مرتبة منها بالملك، و مرتبة أخرى بالحق. نعم لو كانت الملكية إعتباراً لمقولة كيف أمكن تفاوت أفرادها بالشدة والضعف

لكية إعتباراً إعتباراً لمقو

لكن الظاهر عدم كونها منها.

i:

و أما ما أفاده المحقق النائيني قال فمقتضى تعريف الحق بالسلطنة موافقته لما نسب الى

مستمسك العروة الوثق . ج 9 ص 584.



.....

المشهور فيه ومقتضى تعريفه بالملكية الناقصة والضعيفة - مع تفسير الملكية باعتبار مقولة الجدة - هو كون الحق مرتبة ضعيفة من هذه المقولة، وأثرها السلطنة. وهو موقوف على جريان الإشتداد والمرتبة في هذه المقولة. ومقتضى كلامه الآخر من كون الحق إعتباراً وضعياً مغايراً للملك والسلطنة هو العدول عما اشتهر في تعريف الحق بالسلطنة، والميل الى ما أفاده المحقق الخراساني مني من كونه إعتباراً خاصاً - مجهول الكنه - له آثار منها السلطنة، قال منير :

هو... إعتبار خاص له آثارٌ، مخصصة منها السلطنة

وهو وإن كان سليماً عما يرد على تعريفه بالملك والسلطنة، إلا أن ظاهره كون ذلك الإعتبار الخاص واحداً سنخاً، فينطبق على أنحاء الحقوق، لكونها مصاديقه وموارده، والأثر المشترك بينها سلطنة ذي الحق على شؤونه، وأقل مراتبها الإسقاط وإخراج نفسه من طرفية الإضافة. ولا بأس به في مثل حق الخيار والشفعة والرهناء والقصاص، إلا أنه لا يجري في مثل حق الولاية والحضانة، بل يُشكل حتى في حق الخيار الذي يرثه القاصر، إلا بأن تكون سلطنة الولي سلطنة المولى عليه لا غيرها.

ومنها: ما اختاره المحقق الإصفهاني و - بعد تعذر تصور جامع لشتات الحقوق حتى ينطبق عليها إنطباق الكلّي على مصاديقه - من أنه مشترك لفظي، فهو في كل مورد نحو من الإعتبار له أثر مخصوص ولأجله تختلف آثار الحقوق فحق التولية والولاية والرهناء والإختصاص والوصاية إعتبار لنفس هذه الأمور، والإضافة بيانية، فحق الولاية للأب والجد والحاكم إعتبار ولايته على التصرف فيما يتعلق بالمولى عليه، وحق الرهناء إعتبار كون العين وثيقةً للدين أو محبوسة عليه، وأثره جواز إستيفاء الدين منه وحق الإختصاص نفس إعتبار إختصاصه بالخمير لسبق ملكه له قبل إنقلابه عن الخل الى الخمير وحق الوصاية إعتبار كون الشخص نائباً في التصرف عن الموصي. وحق التحجير إعتبار كون المحجر أولى بالأرض من

غيره في تملكها بالإحياء.

و حق الخيار والشفعة والجنابة إعتبار للسلطنة، فحق الشفعة إعتبار للسلطنة على ضمّ

أ حاشية المكاسب . ص 4

ص: 135

. هدى الطالب / ج 1

حصة الشريك الى حصة نفسه ببذل مثل الثمن للمشتري و حق الخيار إعتبار للسلطنة على

الفسخ. وحق الجناية إعتبار للسلطنة على الإسترقاق، و حق الإقتصاص هو اعتبار كونه سلطاناً شرعاً، وهكذا أ

ومنها: ما اختاره السيد المحقق الخوئي لي من عدم مغايرة الحق للحكم سنخاً، فالكل أمور إعتبارية إعتبرها الشارع المصالح خاصة، و أن الحق المصدري بمعنى الثبوت، والوصفي بمعنى الثابت و يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له. وإنما الفارق بين الحق و الحكم إختلاف آثارهما لآذاتهما، فالمجوعول الشرعي إن كان قابلاً للإسقاط كان حقاً مصطلحاً، وإن لم يكن قابلاً له سمي حكماً، لأن زمام الأمور الشرعية بيد الشارع حدوداً و بقاء، فإن حكم ببقائه بعد إسقاط المكلف له كان حكماً، وإلا كان حقاً، و هذا المقدار من التفاوت في الأثر لا يوجب إختلافهما ماهية.

و يشهد له أن جواز فسخ العقد في الهبة الجائزة وفي العقد الخياري إعتبار شرعي واحد، و إنما يطلق الحكم على الأول بلحاظ عدم تأثير إسقاطه في ارتفاعه، و يطلق الحق على الثاني بلحاظ إنتهاء أمدته بإسقاط من له الخيار وكذا لا فرق بين جواز قتل الكافر الحربي و قتل الجناني قصاصاً، فالجواز في الجميع معنى واحد و إن اختلف أثرهما. و أما فرق الحق و الملك فهو أن متعلق الحق فعل من الافعال و متعلق الملك أعم من

العين الخارجية و الفعل. ب

أقول: إن أريد بالحكم مطلق ما هو مجعول للشارع - سواء أكان تكليفاً أم وضعاً و سواء أكان إلزاماً أم ترخيصاً فلا إشكال في شموله للحق، فإنه إعتبار وضعي تأسيسي أو إمضائي، كغيره من الإعتبارات التي تنالها يد الجعل و لو إمضاء كالملكية و الزوجية و الحرية، فالحكم بهذا المعنى العام صادق على الحق و الملك و التكليف على حد سواء. و إن أريد بالحكم ما يقابل الحق و الملك - كما هو المقصود من تقسيم الأمر الإعتباري

أ: حاشية المكاسب . ص 4 و 5 و 10 و 11

ب : مصباح الفقاهة ، ج 2، ص 45 إلى 48 . المحاضرات ، ج 2، ص 20 و 21

ص: 136

..

الى هذه العناوين الثلاثة - فلا إشكال في مباينتها، لأن الحق - كما قالوا - متقوم بقابليته للإسقاط و سلطنة ذي الحق عليه، و هذا بخلاف مثل حلية الماء و الحنطة، فإنها أحكام على موضوعاتها، و لا إضافة تُصحح إعتبار سلطنة أو ملك للمحكوم عليه.

و التعبير ب- الزيد شرب الماء كما أن له حل العقد و الإقتصاص من الجاني و إن كان صحيحاً، إلا أن اللام في حلية شرب الماء تكليفاً للتعدية و الظرف لغو، لتعلقه بمقدر مثل «يحل

و يجوز، كما هو الحال في إضافة الحلية الى الأعيان في الذكر الحكيم، قال عز من قائل:

(( أحلت لكم بهيمة الأنعام، و لكن الظرف في إعتبار حلية العقد مستقر، و يدل على اعتبار

إضافة خاصة كالسلطنة أو الملك.

و على هذا فما أفاده تر - من كون الحق حكماً حقيقة لأنه أمر إعتباري كاعتبار اللابدية و الحرمان في باب التكليف، ولأنّ الحق بمعناه الوصفي بمعنى الثابت، و هو صادق على الحكم و الحق - غير ظاهر ضرورة أن مجرد إعتبارية الحق لا يوجب وحدته مع الحكم و لا مغايرته مع الملك لوضوح أن الإعتبارات الوضعية متقومة أيضاً بالجعل و لو إمضاء، مع أنه قال و الحكم بمغايرة الحق للملك، لكونه سلطنة أو إحاطة. لكنك خبير بصدق «الثابت» على الملك الإعتباري كصدقه على التكليف المحض و على الحق أيضاً، إذ المناط في جميعها هو التقرر في الوعاء المناسب له.

و منه يظهر أنّ الحق المصطلح ليس بمعناه اللغوي أي الثابت لكونه مفهوماً عاماً

منطبقاً على الجواهر و الأعراض فضلاً عن الموجود الادعائي، هذا.

مضافاً إلى أن جعل الحق هنا مقابلاً للملك الذي هو السلطنة و الاحاطة ينفيه تصريحه في مسألة قيام حق القصاص بمطلق الوجود من الولي أو بصرف الوجود منه أو بالمجموع - بأنه سلطنة منحلة بعدد أولياء الدم. و هذا عدول الى جعل هذا الحق بمعنى السلطنة كما ذهب إليه المشهور، و المحقق الإصفهاني الذي جعله مشتركاً لفظياً. و إلى أن جعل الحق عبارة عن الجواز و اللزوم الشرعيين القابلين للإسقاط قد يشكل

أ

المائدة، الآية : 1

بتسالمهم على ثبوت الحق في موارد إنتفاء التكليف مما يكشف عن تغيير سنخ المجعول، فإذا كان حق الخيار بمعنى جواز فسخ العقد تكليفاً لزم إنعدامه بما يوجب زواله كالسفه الطارىء، الرافع للجواز التكليفي، فإنه لا يسقط حقه، وإنما يقوم وليه مقامه.

ولا- يبعد أن يقال انه إن أريد بالحق المصطلح مفهومه العام الصادق على مطلق المجعولات الشرعية - ولو إمضاء - حتى إذا لم يقبل الإسقاط، فمن المعلوم أنه ليس نوعاً من الملك ولا مرتبةً منه ولا سلطنة ولا مرتبة منها، بل ينبغي تعريفه بما له ثبوت في وعاء الإعتبار، سواء لوحظ فيه حيثية التفويض الى المكلف في إبقائه ورفع، أم لا، فيطلق الحق على وجوب الصلاة وإباحة شرب الماء و حرمة الربا وجواز فسخ العقد ونحوها على حد سواء، لكونها أموراً إعتبارية.

وإن أريد بالحق المجعول الذي إعتبر فيه سلطنة ذي الحق أو كونه مفوضاً أو كونه

أولى به من غيره بحيث كان زمامه بيده وهو المسمى في كلام الشهيد بحق العبد في قبال حقه تعالى - فمن المعلوم أنه لا ينبغي تعريفه بما هو ثابت في وعاء الإعتبار لما عرفت من شموله المطلق المجعول. بل إما أن يختص بالمجعول الذي استفيد من دليل إعتباره نحو سلطنة أو أولوية، وحينئذ تخرج جملة معتد بها من الحقوق عن حريم البحث لفرض عدم قابليتها

للإسقاط.

وإما أن يلتزم بما سلكه المحقق الإصفهاني من إنكار معنى وحداني للحق و كونه مشتركاً لفظياً بين شتات الحقوق، فكل حق إعتبار خاص له أثر مخصوص، فكما لا جامع بين

وجوب الصلاة و بين حق التحجير سوى كونهما مجعولين شرعيين، فكذا لا جهة مشتركة بين حق الحضانة و حق الخيار إلا الثبوت في وعاء الإعتبار، مع أنهم عدوا حق الحضانة من الحقوق

بالمعنى الأخص - المقابلة للحكم و الملك.

و يتوقف حل الاشكال على الإلتزام بالإشتراك اللفظي، أو جعل مثل حق الولاية و الوصاية والأبوة إعتباراً وضعياً أجنبياً عن الحق المصطلح، حيث لا دخل لإرادة المكلف في

بقائها و ارتقاعها

أو يقال: إن الحق بمعنى الأولوية منطبق على الكل، و مقتضاه جواز الإسقاط و النقل، إلا



أن للمنع الشرعي مجالاً آخر، فتأمل.

هذا بعض الكلام في ماهية الحق، و امتيازه ثبوتاً عن الحكم و الملك.

..

و أما الفارق الإثباتي فممنوط بالفحص التام عن دليل كل واحد من الأمور المعدودة من

الحقوق سواء أكانت تأسيسية أم إضائية.

وقد يقال في ضابطه: إن دليل التشريع إن كان متكفلاً لإثبات شيء من عين أو فعل على

المخاطب كان ظاهراً في الحكم، كقوله تعالى شأنه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

-

بالمعروف ) ، وقوله عز من قائل: والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً

( وإن كان متكفلاً لإثبات شيء كذلك له كان ظاهراً في الحق، مثل ما ورد في مملكية

.

الحياسة من قول أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين: «اللعين ما رأته، وليد ما أخذت مج، فإن العين المباحة الأصلية المقصودة

ب- «ما» الموصولة حمل المكلف عليها، وصارت تحت يده ونحوه ما ورد في الخيارات، كقول الصادق الا الله في رواية الحلبي: «في

الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، و ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله ال ، قال: «قال رسول الله ال : البيعان بالخيار حتى يفترقا .

ولكنه لا- يخلو من غموض، إذ المثبت له إن كان عيناً كان ظاهر اللام ملكيتها للحائز و ليست حقاً مصطلحاً. و إن كان معنى كان أعم من

الحق، لاحتمال كونه حكماً، إذ لا فرق بين قولنا: للمغبون حل العقد» و «لزيد شرب الماء مع أن مدلول الأول حق، والثاني حكم و عليه

فمجرد كون لسان الدليل إثبات شيء للمكلف لا يدل على أن المجعول حق.

فالإنصاف أنه لم يُحرر الى الآن ضابط إثباتي للحق و الحكم، و إن كان الفرق بينهما ثبوتاً من الواضحات فتميزهما في مقام الإثبات لا بد

وأن يكون بالنظر إلى خصوصيات

أ: البقرة الآية : 233

ب آل عمران الآية : 97

ج : الكافي، ج 6 . ص 223 . كتاب الصيد ، باب صيد الطيور الأهلية الحديث: 6

د وسائل الشيعة، ج 12، ص 349، الباب 3 من أبواب الخيار، الحديث: :ه- : وسائل الشيعة، ج 12، ص 345 الباب 1 من أبواب  
الخيار، الحديث: 1

ص: 139

الموارد والأدلة، هذا.

ولا يبعد أن يقال: - وإن كان محتاجاً إلى الدقة والتأمل فيه - إن مفاد الدليل إن كان ثبوت حكم لعين أو فعل من دون إضافته إلى فاعل ما، كأن يقال: «الماء أو شربه حلال، و المعاطاة جائزة، والتدبير و المضاربة و الوكالة ونحوها من العقود والإيقاعات جائزة كان ظاهراً في الحكم لظهور الدليل في كون الجواز حكماً للطبيعة من حيث هي مع الغض عن كل شخص. و أن اشتمال الخطاب أحياناً على أشخاص لأجل الإمتنان أو غيره من النكات كقوله تعالى:

أَجَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةِ الْأَنْعَامِ وَلِذَا كَانَ الظرف لغواً لا مستقراً.

وإن كان مفاد الدليل إثبات شيءٍ لشخص، فإن كان ذلك الشيء عيناً خارجية أو ذميمة كان ظاهراً في الملك. و إن كان معنى كان حقاً، مثل للمغبون حل العقد، و هذا الظاهر متبع حتى

يثبت خلافه.

هذا بعض الكلام في المقام الأول.

المقام الثاني: في أقسام الحقوق

و حيث عرفت الفرق بين الحق و الحكم ثبوتاً، و عدم إنطباق أحدهما على الآخر، فاعلم أن الفقهاء رضوان الله عليهم «قيموا الحق باعتبار قابليته للسقوط بالإسقاط و عدمها،

:

و نقله الاختياري مع العوض و بدونه و عدمه و إنتقاله القهري بالموت و نحوه و عدمه على أنحاء شتى. و قبل التعرض لها لا بأس بالتنبيه على أمر ربما يكون دخيلاً في وضوح الحال، فإن كثيراً مما ذكره من الحقوق خارج عنها و مندرج في الحكم، و ذلك الأمر هو ملاحظة ما ورد في الروايات من إطلاق الحق على كثير من الأحكام، فلاحظ باب جوامع الحقوق من كتاب العشرة من الوسائل، الذي هو مختصر من جوامع الحقوق المدونة في بحار الأنوار، فإن الحق أطلق في تلك الروايات على حكم الأب بالنسبة الى الولد و بالعكس، و على عبادة الله سبحانه

و تعالى و عدم الإشراك له و على ولاية الحاكم والسلطان، و على الماء و كيفية شربه من الكوز

و غيره مما لا ينطبق عليه ضابط الحق المصطلح.

و بالجملة: يظهر بمراجعة الروايات المشتملة على إطلاق الحق على الحكم أن التقسيم

الى ما لا يسقط بالإسقاط وإلى ما يسقط به ويجوز نقله ليس في محله، لأن ما لا يسقط بالإسقاط

ص: 140

ينافي ما ذكره من القاعدة المسلمة بينهم، وهي أن لكل ذي حق إسقاط حقه.

1410

ولا يندفع هذا التنافي إلا بإخراج ما لا يسقط بالإسقاط كحق الأبوة والولاية وحق السلام على ما حكاه الفقيه المامقاني وعن بعض المشايخ، وحق الرجوع في الطلاق الرجعي، وغير ذلك عن حريم الحق موضوعاً، وإدراجه في الحكم.

-

نعم من لم يلتزم بتلك القاعدة كالمحقق الإصفهاني صح له تقسيم الحقوق الى ما

لا يسقط بالإسقاط وإلى ما يسقط به، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

إن قلت: إن تقسيم الحقوق الى ما يسقط بالإسقاط وما لا يسقط به لا ينافي تسلم قاعدة

لكل ذي حق إسقاط حقه لكونها من العمومات القابلة للتخصيص، فتخصص بالحقوق غير

القابلة للإسقاط، فكأنه قيل: كل حق قابل للإسقاط إلا حق الأبوة وحق السلام وغير ذلك. قلت: أولاً: منع كون ما لا يسقط بالإسقاط حقاً، لآباء الروايات الدالة على الحقوق عن حملها على الحق المصطلح وهو السلطنة وتفويض الأمر والأولوية، بل هي أحكام إلزامية أو ترخيصية أو وضعية سُمِّيت بالحق، فلا تندرج في قاعدة ان لكل ذي حق إسقاطه حقه حتى يلتزم بالتخصيص لأجل دلالة الروايات على عدم سقوطها بالإسقاط، بل الشك في إنطباق

الحق المصطلح عليها كاف في عدم جريان التخصيص في القاعدة، لوضوح كون التخصيص إخراجاً حكماً متوقفاً على مصداقية الفرد الخارج بالتخصيص للعام، وحينئذ يدور الأمر بين التخصيص والتخصص، ويتعين تقديم الثاني وعليه فلو شك في صدق الحق على ما لا يقبل الإسقاط كان مقتضى عكس القاعدة خروجه عنه موضوعاً لا حكماً.

و ثانياً: أنه لو سُدَّ لم شمول الحق لما لا يقبل الإسقاط قلنا: إن قاعدة «سلطنة كل ذي حق على إسقاط حقه من العمومات الآبية عن التخصيص لظهوره في عليية عنوان الحق للسلطنة على إسقاطه، نظير قبح الظلم، وأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» و «أنه لا يطاع الله من حيث يعصى الى غير ذلك من العمومات الآبية عن التخصيص، خصوصاً بملاحظة ما اشتمل عليه من تقديم ما حقه التأخير، فإن تقديم الخبر على المبتدأ يوجب خصوصية في الكلام

غاية الآمال، ص 171

ويورث تأكيداً في ثبوت المحمول للموضوع.

. هدى الطالب / ج 1

و ثالثاً: ان البناء عل-ى ك-ون م-ا لا يقبل الإسقاط حقاً يستلزم تخصيص الأكثر

المستهجن، و لا مناص منه إلا باختصاص الحق بالمجوعول الذي جاز لمن ثبت له بعض أنحاء التصرفات وأقلها الإسقاط

فتلخص: أن ما لا يقبل الإسقاط ليس حقاً، بل هو حكم، فحق الأبوة والسلام والحضانة

والولاية ونحوها مما لا يقبل الإسقاط غير مندرجة في الحق المصطلح حتى يصح تقسيم

الحق الى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله.

و المنافاة المذكورة - وهي إدراج ما لا يقبل الإسقاط في الحق، مع تسليم قاعدة وان لكل ذي حق إسقاط حقه» - باقية على حالها، و لا

يمكن دفعها عمّن التزم بها، ثم قسم الحقوق

إلى ما لا يقبل الإسقاط وإلى ما يقبله، فلاحظ و تدبّر.

و منه يظهر غموض ما صنعه جمع منهم الشهيد و المصنف يا من إلتزامهما بهذه

القاعدة مع تقسيم الحق المقابل للحكم الى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله.

أما الشهيد الليل فقد جعل الفارق بين حق الله و حق العبد قابلية الثاني للإسقاط دون الأول، حيث قال في قواعده و الضابط فيه أن كلّ ما

للعبد إسقاطه فهو حق للعبد، و ما لا فلا كتحریم الربا و الغرر... الخ . إذ ظاهر المقابلة و التمثيل لحكم الله تعالى بحرمة الربا أن ما لا

يسقط بالإسقاط لا- يكون من حقوق العبد بل من حقوقه تعالى المعبر عنها بالحكم، و مقتضاه الإلتزام بقابلية مطلق الحقوق للإسقاط،

لكونها راجعة الى العبد و زمامها بيده. مع أنه لو قسم

الحق - المقابل للحكم - من حيث القابلية للإسقاط و عدمها الى قسمين و المنافاة كما ترى. و أما المصنف من فقد تقدم منه في المتن

تقسيم الحقوق الى ما لا يقبل المعاوضة بالمال، و ما لا يقبل النقل، و ما ينتقل قهراً و يُنقل بالصلح، و القسم الأول هو ما لا يقبل الإسقاط،

على ما استفاده محققوا المحشين، بشهادة تمثيله بحق الولاية و الحضانة. و هذا التقسيم منافٍ

لتصريحه - في مسقطات خيار المجلس - بسقوط الحق بالإسقاط للقاعدة المتقدمة، قال: «و



من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد... الى أن قال: ويدل عليه بعد الاجماع فحوى ما

يجيء من النص... مضافاً الى القاعدة المسلمة من أن لكل ذي حق إسقاط حقها و التهافت واضح، إذ لو كان قوام الحق بقبوله للإسقاط وكونه أدنى مراتبه لم يبق مجال

لإدراج ما لا يقبل الإسقاط في الحقوق، ثم البحث عن وقوعها عوضاً في البيع و عدمه. إلا أن يُعَوَّل في دفع هذا التنافي على تصريح السيد لين بأن جملة مما عُد من الحقوق

ليست منها حقيقةً، بل هي أحكام، إذ ليس المَجْعول فيها سلطنة لذي الحق و لا ملكاً لهب. فبناءً على هذا التوجيه لا مانع من تقسيم ما يُسَمَّى بالحق إلى أقسام ستة، و منها ما

لا يسقط بالإسقاط، ضرورة كون المقسم ما يستعمل فيه كلمة الحق، لا ماهيته التي فسرها

السيد كالمصنف را بالسلطنة.

هذا كله بناءً على كون قاعدة لكل ذي حق إسقاط حقه حجة شرعاً، فلو نوقش فيها سنداً أو دلالة كان الحكم بعدم قابلية بعض الحقوق للإسقاط منوطاً بإحراز عليّة العنوان، و دوران الحق، مداره، دون ما كان مقتضياً له كما سيأتي.

وقد ناقش المحقق الإصفهاني لي فيها تارة بمنعها سنداً، لعدم ورودها في آية و لا

رواية، و لا هي معقد إجماع حتى يؤخذ بعمومها أو إطلاقها، و عليه فالحق ينقسم حقيقة الى ما يقبل الإسقاط و إلى ما لا يقبله، و أخرى دلالة، بناءً على إستفادتها من فحوى قوله قال :

و

الناس مسلطون على أموالهم لا قضاؤه سلطنة الناس على حقوقهم بالأولية القطعية. و محصل المناقشة منع الفحوى، و ذلك لأن مفاد الحديث سلطنة الملاك على أموالهم لا على ملكياتهم حتى تثبت لهم السلطنة على حقوقهم بالأولية، بيانه: أن الملكية تنحل إلى أمرين، أحدهما الإضافة المعبر عنها بالملكية، و ثانيهما المضاف و هو المملوك، وكذلك الحق

ينحل الى الإضافة و إلى طرفها من عين أو عقد أو فعل تعلق به الإعتبار الحقي. و السلطنة على



ب حاشية المكاسب . ص 56

ج: حاشية المكاسب ، ج 1، ص 13 ، رسالة الحق.

ص: 143

. هدى الطالب /ج

المملوك إنما تقتضي اخراجه عن طرفية الإضافة، فتقطع نفس الإضافة بالتبع، فإذا أبرأ الدائن حقه أو أعرض المالك عن العين المملوكة كان معناه إخراج المال عن طرفية إضافته، فتزول

ملكته لا متناع بقائها بدون طرف و هذا هو مقتضى السلطنة على المملوك بالتصرف فيه

و عدم سلطنة المالك على نفس الملكية.

و لكن هذا المعنى لا يجري في الحق، ضرورة أن ما يقصد إسقاطه هو نفس الحق لا متعلقه من المال والعين والفعل، و من المعلوم أن سلطنة ذي الحق على إزالة نفس الإضافة - المعبر عنها بالحق - أجنبية عن مفاد الحديث الدال على سلطنة الناس على أموالهم - لا على

ملكياتهم - حتى يبقى مجال للتمسك بالفحوى

i

لكن يمكن أن يقال: أما الخدشة في مستند قاعدة «الكل ذي حق إسقاط حقه» فيجاب عنها بأن هذا المضمون وإن لم يرد في آية ولا رواية ولا معقد إجماع معتبر، إلا أنها من القواعد العقلائية المرتكزة عندهم، ويكفي في إمضاء الشارع لها عدم رده عنها، بل يمكن إستفادة إمضائها مما ورد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه من قوله الا : فذلك رضاً منه بتقريب أن المناط في سقوط الخيار هو رضا المشتري بالبيع سواء أظهره بالتصرف أو بإسقاط حقه. و يتعدى من حق الخيار إلى الحقوق الأخر التي استفيد من أدلتها جعل التفويض والأولية لشخص بحيث يكون لرضاه دخل في زوال سلطنته على المتعلق. ولا مانع من الالتزام

بشمول القاعدة للحق المصطلح. و يؤيد إرتكازية القاعدة - بل يدل عليها - اعتماد الأصحاب عليها وارسالها إرسال المسلمات، كما يظهر من تعبير العلامة ليلي في التذكرة وغيرها من قوله في سقوط خيار المجلس بالاسقاط «و لأنه حقه أسقطه فسقط كالدين ونحوه في حق الشفعة وغيرها

فراجع. و عليه فدعوى كون القاعدة من الإرتكازيات العقلائية غير المستحدثة كارتكازهم

أ: حاشية المكاسب، ج 2، ص 26

ب: تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 522، وكذلك لاحظ ص 517 و ص 604

ص: 144

أقسام الحقوق.

على العمل بظواهر الألفاظ و بخبر الثقة قريبة جداً، مضافاً إلى إنتفاء الرادع أو ما يصلح

للمرادعية.

نعم لا ريب في أن موضوع سلطنة ذي الحق على إسقاط حقه ليس خصوص الحق المصطلح المقابل للملك و الحكم، بل يعم الذميات كالديون و هو الذي يعبر عنه الفقهاء

بالإبراء في قبال الاسقاط الذي خصصوا إطلاقه بمثل حق الشفعة و الخيار والقصاص. و أما الخدشة في الفحوى التي ادعاها المصنف في خيار المجلس، فيمكن التخلص عنها: أولاً: بإمكان كون القاعدة بنفسها مورد التسالم، لا كونها من شؤون سلطنة الناس على

أملكهم حتى تتجه المناقشة بالفرق بين إبراء الملك وإسقاط الحق.

و ثانياً: بأن إسقاط الملك و الحق من وادٍ واحد و ذلك لأن إسقاط الحق إما أن يراد به

إخراج المتعلق عن طرفية الإضافة الحقيقية، كما التزم به المحقق الإصفهاني في رسالة الحق حيث قال - بعد نفي كون الإسقاط مطلقاً بمعنى العفو - ما لفظه: «ثم إن الإسقاط هل هو بمعنى

i

رفع الإضافة أو إخراج الشخص أو الطرف عن الطرفية للإضافة، ربما يترجح الثاني ... و عليه لا يبقى فرق بين إبراء الملك وإسقاط الحق، لاشتراكهما في إخراج المضاف عن

طرفية الإضافة، و تزول الإضافة حينئذ بتبع زوال الطرف فلو كان مفاد قاعدة السلطنة سلطنة المالك على التصرف في مملوكه بإخراجه عن طرفية علقته كانت سلطنة ذي الحق على إسقاط حقه أيضاً بمعنى إخراج المتعلق عن طرفية إضافة الحقيقية، لا بمعنى إعدام نفس الإضافة ابتداءً

حتى يختلف الملك عن الحق.

و إما أن يراد به إعدام نفس الإضافة وقطع العلقة ابتداءً كما لعله يستفاد من كلماتهم، إلا أنه

لا يوجب وهنا في الإستدلال، لإمكان كون الإبراء في باب الكليات المملوكة في الذمم متعلقاً بنفس الملكية لا إخراجاً للطرف.

و لا يبعد دلالة حديث السلطنة على أن كل ما يُعد من شؤون الملك عرفاً كان متعلق

سلطان المالك؛ حتى قطع نفس الإضافة، وسيأتي في أدلة ملكية المعاطاة الكلام في مفاد

أحاشية المكاسب، ج 1، ص 11

ص: 145

. هدى الطالب / ج 1

قاعدة السلطنة إن شاء الله تعالى.

وقد تحصل أنه لا مانع من التشبث بقاعدة لكل ذي حق إسقاط حقه و الحكم بعدم حقية ما لا يقبل الإسقاط فيختص الحق بما كان المجعول سلطنة أو أولوية أو نحو إختصاص يوجب كون زمامه بيده، و المعول في ذلك كله أدلة الحقوق، و ذلك نظير حق القصاص و حق الخيار والشفعة و حق التحجير. و حق الإسترقاق على رقبة العبد الجاني و نحوها. أما حق القصاص فلأن المجعول هو سلطنة ولي الدم على القاتل ظلماً، سواء أكان حق

القصاص نفس هذه السلطنة أم كانت من آثاره وأحكامه و أما حق الخيار فلأن المستفاد من الأخبار جعل المختارية و تفويض أمر العقد فسخاً

و إمضاء إليه، فالخيار هو التفويض في ترجيح أحد الأمرين.

و أما حق الشفعة فالمستفاد من رواية الغنوي أولوية الشريك بالحصة المبتاعة

و أحقيته بها، و استيلاؤه على إنتزاعها من يد المشتري ببذل مثل الثمن إليه. و أما حق التحجير فالمستفاد من دليله إعتبار أولويته من غيره بتملك الأرض بالإحياء

و إن لم تكن ملكاً مصطلحاً له قبل الإحياء.

و أما حق الجناية فالمجعول هو تفويض أمر قتل الجاني و إسترقاقه إلى ولي الدم. ب ثم إنه لو لم تتم القاعدة المذكورة التي هي كالقربة الحافة بأدلة الحقوق، أو قلنا بكون الحقوق إعتبارات متفاوتة لكل منها أثر مخصوص كما اختاره المحقق الإصفهاني قلنا فتنقسم الى ما يسقط بالإسقاط و ما لا يسقط به و الضابط المذكور في كلام بعض الأعلام كالسيد صاحب البلغة قال لي : هو أن ما كان العنوان الموجب للحق علة تامة له إستحال إسقاطه ونقله، لاستحالة تخلف المعلول عن علة التامة، و إن كان مقتضياً له، فإما أن يقترب بمانع عن النقل و الإسقاط كما إذا تقوم الموضوع بعنوان خاص أو تقيّد مورد الحق و متعلقه بقيد يوجب

أ وسائل الشيعة ، ج 17 ، ص 316. الباب 2 من كتاب الشفعة ، الحديث : 1 ب وسائل الشيعة ، ج 19 ، ص 73 ، الباب 41 من أبواب قصاص النفس.

ص: 146

تضييق دائرته لم يقبل النقل و الإنتقال، وإما أن لا يقترن بمانع فيقبل الإسقاط و النقل، هذا. و هذا الضابط الثبوتي و إن كان متيناً في نفسه، لكنه لا يجدي في مقام الإثبات لو لم يستظهر من نفس دليل الحق العلية والاقتضاء. إذ لا معين لكون الموجب لولاية الحاكم مثلاً علة تامة و لحق الخيار و الشفعة مقتضياً، مع اقتضاء أصالة الموضوعية في العناوين المأخوذة في الخطابات دخلها بأنفسها في الأحكام المترتبة عليها و عدم إنفكاكها عنها. و حملها على المشيرية الى أمر آخر هو موضوع الحكم واقعاً خلاف الأصل لا يُصار إليه بلا

قرينة، و من المعلوم إستحالة تخلف الحكم عن موضوعه

و لأجله تصدّى المحقق الإصفهاني مدير الاستظهار ضابط إثباتي ينتفع به لو شك في قابلية المجعول للإسقاط أو النقل، و محصله بعد إنكار اقتضاء طبع الحق لقابلية الإسقاط أن

المرجع في ذلك دليل الحق و مناسبة الحكم و الموضوع و الحكمة الباعثة على الجعل و التشريع، فإن روعي في مقام الجعل مصلحة ذي الحق كالإرفاق به اقتضت مناسبة الحكم

و الموضوع جواز إسقاطه. و إن روعي فيه غبطة الغير و مصلحته لم يجز إسقاطه، بل يقوم

بذي الحق، خاصة. هذا بحسب الكبرى. و أما في مقام التطبيق على أنحاء الحقوق فسيأتي التعرض لبعض كلامه تير في ذلك

ان شاء الله تعالى .

و حيث إنك عرفت اقتضاء طبع الحق لقبول الإسقاط كان الأولى إخراج ما لا يقبله عن التقسيم، لكن لا بأس بذكره تبعاً للقوم، أو بناءً على عدم تقوم الحق بالملكية و السلطنة، بل هي إعتبرات وضعية مختلفة ذاتاً و أثراً، والمرجع في ذلك دليل كل واحد من الحقوق و القرائن المكتنفة به فنقول و به نستعين و بوليه و عجل فرجه الشريف نستجير:

الله

القسم الأول: ما لا يقبل الإسقاط و النقل الإختياري و الإنتقال القهري.

و عدّ منها حق الأبوة و النظارة و الولاية و الوصاية و الحضانة و الضابط فيه ما روعي فيه مصلحة غير من له الحق فمثل حق ولاية الحاكم غير قابل للسقوط و النقل. أما عدم قبوله

أ: بلغة الفقيه . ص 5 ، الطبعة الحجرية . ،

للسقوط فلأن الملحوظ في مقام الجعل مصلحة المولى عليه، وكذا في حق الوصاية المجعول لأجل القيام بشؤون الموصي.

و أما تقوم الحق بنفس العنوان المأخوذ في الدليل و عدم قبوله للنقل إلى الغير فلأنّ موضوع الولاية الشرعية هو الفقيه الجامع للشرائط. فلا معنى لنقله إلا لمثله، ولكنه لا يعقل نقله إلى حاكم آخر، لفرض كونه بنفسه مشمولاً لأدلة الولاية العامة، فلا معنى لتفويضها إليه من

قبل حاكم آخر.

و كذا خصوصية تعيين الوصي من بين الأشخاص - في نظر الموصي - مانعة عن نقل

الحق إلى غيره إلا مع إيضاء الموصي بذلك.

و هكذا حق الحضانة المجعول للأُم لأجل مصلحة الطفل وتربيته، و ظاهر مكاتبة أيوب بن نوح «المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، إلا أن تشاء المرأة وإن كان جواز رفع اليد عن حقها إن شاءت. لكن لا أظن الإلتزام بمضمونه، فنفس حكمة الجعل تقتضي عدم

قبوله للإسقاط.

القسم الثاني: ما يقبل السقوط دون النقل و الإنتقال كحق الغيبة و الشتم و الإهانة، بناءً على كونها من الحقوق التي لا ترتفع بالتوبة فقط، بل لابد من إرضاء صاحبها وإبرائه. أما كونها من الحقوق فلأنها ظلم وإيذاء، ولا ريب في قبحة عقلاً، وشرعاً، للنصوص الدالة على «أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه» و «أن حرمة عرض المسلم كحرمة دمه و ماله هج

ب

و نحوهما، فلاحظ.

و أما توقف إرتفاعها على إبراء ذي الحق فللمستفيضة المعتضدة بالأصل الدالة على أنّ الغيبة لا تُغفر حتى يغفرها صاحبها و للنبي: من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو

وسائل الشيعة، ج 15، ص 192. الباب 81 من أبواب أحكام الاولاد، الحديث: 6 15 ب وسائل الشيعة، ج 8، ص 543 الباب 122 من أبواب أحكام العشرة، الحديث: 4 ج: المصدر، ص 610. الباب 158 من أبواب العشرة.

د:

وسائل الشيعة، ج 8، ص 298، الباب 152 من أبواب أحكام العشرة، الحديث: 9

## أقسام الحقوق....

مال فليستحللها من قبل أن يأتي يوم ليس هناك درهم ولا دينار، فيؤخذ من حسناته، فان لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فيتزايد على سيئاته . و النبوي الآخر: «من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلاته ولا صيامه أربعين يوماً و ليلة، إلا أن يغفر له صاحبه، ب. الى غير ذلك من الروايات و الأدعية الدالة على كونها من الحقوق التي يتوقف إرتفاعها على إبراء

ذي الحق، و عدم كفاية التوبة و التفصيل موكول الى محله

القسم الثالث ما يقبل الإسقاط و النقل الى آخر ينطبق عليه العنوان أيضاً و لا ينتقل بالموت، كحق القسم في الزوجات، أما جواز إسقاطه فلأنه مقتضى كونه حقاً للزوجة، فإذا طابت نفسها بعدم إستيفائه كان لها ذلك و أما عدم الإنتقال بالإرث فلأنه حق للزوجة مادامت

حية و كانت في حباله زوجها، فإذا ماتت لم يكن لها شيء حتى ينتقل الى الوارث. و أما جواز نقله الى زوجة أخرى فلعله مما لا خلاف فيه، إنما الكلام في جواز أخذ العوض بازائه و عدمه، قال العلامة في قواعده و لو وهبت ليلتها من ضررتها فللزوج الإمتناع، فان قيل فليس للموهوبة الإمتناع ولا- لغيرها، و ليس له المبيت عند غير الموهوبة أو الواهبة... الى أن قال: ولو عاوضها عن ليلتها بشيء لم يصح المعاوضة، لأن المعوض كون الرجل عندها و هو لا يقابله عوض، فترد ما أخذته، و يقضى، لأنه لم يسلم لها العوض هج.

و علل الشهيد الثاني في الروضة فتوى الشهيد - في اللعنة و لا يصح الإعتياض عن القسم بشيء من المال - بما لفظه: «لأن المعوض كون الرجل عندها، و هو لا يقابل بالعوض، لأنه ليس بعين و لا منفعة. كذا ذكره الشيخ تر و تبعه عليه الجماعة. و في التحرير نسب القول إليه ساكتاً عليه، مُشيراً بتوقفه فيه أو تمرينه و له وجه، لأن المعاوضة غير منحصرة فيما ذكر، و لقد كان ينبغي جواز الصلح عليه كما يجوز الصلح على حق الشفعة و التحجير و نحوهما من الحقوق. و حيث لا تجوز المعاوضة فيجب عليها ردّ العوض إن كانت قبضته، و يجب عليه

أ: كشف الريبة، ص 110

110

ب: مستدرک الوسائل، ج 9، ص 122، الباب 132 من أبواب أحكام العشرة، الحديث: 34

ج: قواعد الأحكام، ص 164

ص: 149



القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه لم يسلم لها العوض، أ.

. هدى الطالب / ج 1

وقال في كشف اللثام - في ذيل تعليل القواعد المتقدم آنفاً - ما لفظه: «وفيه تردد، لمنع الحصر، ولأن علي بن جعفر الا سأل أخاه الا ، عن رجل له امرأتان، فقالت إحدهما: ليلي و يومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس ب.

و هذا مما تقتضيه القاعدة في الحقوق التي جُعل فيها السلطنة لذي الحق أو الأولوية بالشيء، فيجوز له إسقاطه ونقله الى الغير بعد إحراز قابليته له عرفاً، سواء أكان مع العوض أم بدونه. نعم لو استفيد من الدليل تقوُّم الحق بعنوان لا ينطبق على غير ذي الحق أو المماثل له تعيين تخصيص جواز النقل بما اذا كان المنتقل إليه مماثلاً لمن له الحق كالضرة في حق القسم

الصدق عنوان الزوجة على كل واحدة من الضرات.

وعليه فما في بعض الكلمات من تجويز نقل هذا الحق الى الأجنبي ليكون له الاسقاط أو النقل و إن لم يتمكن من إستيفاء الحق بنفسه للمنع الشرعي لا يخلو من غموض، لكون الأثر المطلوب من المعاوضة إباحة التصرف فيما إنتقل الى كل من المتعاملين ، و من المعلوم أن مضاجعة الزوجة مع الأجنبي مما يباه العقلاء فضلاً عن الشرع، فعدم قابلية خصوص حق القسم للنقل الى الغير عرفاً يكون من باب قصور المقتضي لا للمانع الشرعي.

وبالجملة : لولا النص الخاص و هو رواية علي بن جعفر الدال على جواز نقل حق

القسم إختياراً لكان ذلك مقتضى القاعدة في كل مجعول أحرز كونه حقاً لا حكماً. و عليه فلا فرق في جواز النقل الإختياري بين المجاني و المعاوضي. فعدم القابلية ينشأ من قيام الحق بشخص خاص كالوصي و الناظر و المتولي للموقوفة، حيث إن للموصي عناية بشخص الوصي، والواقف يجعل التولية لشخص خاص من حيث إنه خاص، لا من حيث إنه إنسان أو عالم مثلاً حتى يكون قابلاً للنقل الى الغير.

أ الروضة البهية ، ج 5 ، ص 4240423

ب كشف اللثام ، ج 1 ، ص 63 و 64

ص: 150

لكن تقومُ الحق بصاحبه لا بد أن يستفاد من نفس الدليل بماله من الخصوصيات المكتتفة به، أو من دليل خارجي، فمع الشك يرجع الى عموم قاعدة سلطنة ذوي الحقوق في

حقوقهم.

القسم الرابع ما يقبل السقوط و النقل - مجاناً و مع العوض و الإنتقال كحق التحجير،

بل حق الخيار و الشفعة و نحوهما.

أما حق التحجير فلأن ما اعتبره الشارع فيه هو كونه أولى بالأرض المحجرة بتملكها بالإحياء، و عدم جواز مزاحمة الغير له، فللمحجر إسقاط أولويته بمعنى إخراج الأرض عن طرفية الإضافة الخاصة المعبر عنها بالألوية، و يرتفع المانع حينئذ عن تملك الغير بإحيائها و عمارتها. كما أن له نقل أولويته إلى الغير مجاناً أو مع العوض، و كذا تنتقل الى الوارث، فيقوم مقام مورثه في أولويته بالأرض.

و أما حق الشفعة و الخيار فقد حكم المحقق الإصفهاني من بجواز الإسقاط و الانتقال، و منع من نقلهما. أما جواز الإسقاط في باب الخيار فلأن مصلحة الإرفاق بالبايع أو بالمشتري أو بهما معاً أو جب إعتبار السلطنة لهم على فسخ البيع و إمضائه رعاية لذي الحق، لا لمن عليه الحق كما كان في حق الولاية و الحضانة و من المعلوم أن لصاحب الحق إسقاط حقه.

و كذا في حق الشفعة، فإنّ حكمة الجعل - و هي عدم تضرر الشريك ببيع حصة شريكه ممن لا يلائمه أحياناً - أو جبت جعل حق إنتزاع الحصة من المشتري ببذل مثل الثمن إليه، فلذي الحق إسقاط حقه كما إذا لم يكن تضرراً في البين، أو تحمل الضرر.

و أما الإنتقال بالإرث فلأنه مقتضى قيام الوارث مقام مورثه فيما كان له من مال و حق

كما يدل عليه ماورد من أن كل ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه».

و أما عدم جواز النقل فلان حق الخيار ثبت لعنوان البيع و المغبون و صاحب الحيوان و من له الشرط و نحوه من العناوين و هذا العنوان كما يحتمل كونه معروفاً كذلك يحتمل كونه مقوماً، و المجددي في جواز النقل إحراز المعرفة و مع عدمه يقتصر على نفس العنوان المأخوذ في أدلة جعل الخيار.

و أما حق الشفعة فلأن حكمة التشريع هي عدم تضرر الشريك، دون غيره، فلا معنى

لنقله الى الأجنبي أو إلى الشريك. أما الأجنبي فلعدم تضرره و أما المشتري فلأنه قد تملك الشقص بشرائها من أحد الشريكين فلا معنى لتملكه له مرة أخرى بانتقال الحق إليها، هذا. أقول: لا ريب في أن القرائن المكتتفة بالكلام توجب ظهوراً ثانوياً في توسعة موضوع الحكم تارة و تضييقه أخرى، إن كانت تلك القرائن بمثابة يصح للمتكلم الإعتماد عليها في إفادة مراده الجدّي، وإلا فالمتبع بحسب الأصل العقلاني المتسالم عليه هو الظهور الأولي مالم تقم على خلافه حجة أقوى كما في موارد حمل الظاهر على النص أو الأظهر.

و على هذا فحكمة تشريع حق الشفعة وإن كانت سد باب تضرر الشريك أحياناً، إلا أنّ

النسبة بين موارد مشروعية هذا الحق و الضرر عموم من وجه فقد يجتمعان، و قد يتضرر ولا شفعة كما في زيادة الشركاء على إثنين، وكما في الشركة في غير الأرضين و الدور على ما تضمنته عدة من النصوص ب . و قد يثبت الشفعة مع إنتفاء الضرر كلية، بل ربما كان المشتري أنفع للشريك من شريكه السابق.

النبوي

و عليه فلا سبيل لجعل التضرر قرينة على عدم قابلية الحق للنقل الى الغير. خصوصاً بناءً على ميل هذا المحقق في قاعدة لا ضرر إلى مختار الفقيه شيخ الشريعة قليل من : أن قضاء النبي الا الله بالشفعة لم يكن مذيلاً بلا ضرر، وإن وردا مجتمعين في رواية عقبة بن خالد عن الصادق ال: «قضى رسول الله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، و قال: لا ضرر ولا ضرار ، ج. لكنه من الجمع في الرواية لا من الجمع في المروي حتى يكون ملاك

الجعل المنة على الشريك بنفي الضرر عنه خاصة.

كما أن حكمهم بثبوت حق الشفعة مطلقاً حتى مع عدم التضرر بشركته مع المشتري - بل مع الإنتفاع به كاشف عن عدم دوران الحق مدار التضرر أصلاً. و عليه فليس من ثبت له الحق إلا عنوان الشريك، وكما يحتمل كون العنوان معرفاً فكذا يحتمل كونه مقوماً، و معه لم

أ حاشية المكاسب ، ج 1 ص 12

ب

:

وسائل الشيعة : ج 17، ص 320 و 322 ، الباب 7 و 8 من أبواب الشفعة.

ج وسائل الشيعة ، ج 17 ، ص 319 ، الباب 5 من كتاب الشفعة ، الحديث : 1

أقسام الحقوق.

يكن الحكم بانتقال الحق الى الوارث بذلك الوضوح. فلو فرض كون الضرر حكمة الجعل كان كتعليل وجوب الإعتداد على الزوجة بمنع إختلاط المياه، و المناسبة تقتضي تضيق موضوع الحكم بمن يتمشى فيه إحتمال الإختلاط، مع أنهم تسالموا على وجوب العدة على الزوجة مطلقاً و لو مع القطع بانتفاء الإختلاط . و هذا كاشف عن عدم كون حكمة التشريع موجبةً

للتوسعة والتصيق في جميع الموارد

i

فالمهم في الحكم بجواز الإسقاط والنقل و الإنتقال ملاحظة دليل الحق كرواية الغنوي عن أبي عبد الله بعد سؤاله عن مورد الشفعة، فقال : «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن، و ورد هذا التعبير في بعض الأخبار، كما دلّ على هذا الحق في بعض النصوص كلمة اللام الذي قد يدعى ظهوره في الملك، فلاحظ روايات الباب و من المعلوم أن تفويض الأمر الى الشريك وكونه أولى بحصة شريكه التي باعها ظاهر عرفاً في

قابلية إسقاطه ونقله و إنتقاله.

و أما في حق الخيار فالحكمة و إن كانت هي الإرفاق بذئ الخيار، إلا أن إلغاء خصوصية العناوين المأخوذة في الأدلة «كالبيع، و المشتري، و صاحب الحيوان» و نحوها - حتى يترتب عليه قابلية إسقاطها و إنتقالها دون نقلها لا يخلو من تأمل.

فالأولى إستظهار القابلية من لسان الدليل المتكفل للسلطنة على ترجيح أحد الطرفين من الفسخ و الإمضاء، كقوله : البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام، ب. و كتعليل سقوط خيار الحيوان إن أحدث المشتري في الحيوان حدثاً قبل إنقضاء الثلاثة بما روي عن الصادق الا : فذلك رضى منه فلا شرط «ج . فإن ظهوره العرفي في كون المجعول حقاً مما لا يُنكر .

و على هذا فلا يبعد جواز نقل حق الخيار إلى الغير كجواز إسقاطه، فيكون للمنتقل إليه

أ.

وسائل الشيعة، ج 17 ، ص 316 ، الباب 2 من كتاب الشفعة . الحديث : 1 ب وسائل الشيعة، ج 12، ص 345 الباب 1 من أبواب الخيار، الحديث : 1 ج المصدر، ص 351 ، الباب 4 من أبواب الخيار . الحديث : 4

ص: 153

. هدى الطالب / ج 1

السلطنة على أمر العقد فسخاً وإمضاء، أو على الإسترداد فجواز نقل الخيار إلى الأجنبي كجواز جعله له ابتداءً في ضمن العقد. نعم لا بد من ترتب غرض عقلائي عليه، وإلا- فالعوضان يعودان الى مالكيهما لا- إلى من إنتقل الحق إليه. ولذا قد يشكل نقل حق الشفعة الى الأجنبي. إلا أن يراد منه التوكيل في أعمال الحق، كما إذا لم يتمكن الشفيع - لجهة من الجهات - من ضمّ

الحصة الى ملكه.

و الحاصل أن مجرد أخذ عنوان خاص في دليل الخيار والشفعة لا يمنع عن قبول النقل الى الغير، إلا يحرز كون العنوان مقوماً، فهما نظير الحبوّة المخصوصة بالولد الأكبر من بين

الورثة، ولكن لا مانع من سلطنته على نقلها الى غيره ببيع أو هبة أو صلح.

و أما حقُّ الرهانة فهو حق متعلق بالعين المرهونة لاستيفاء الدين منها. و حيث إن غير الدائن لاحق له فيها فقد يشك في جواز نقله، إلا أن يكون من باب التوكيل في الإنقاذ و استيفاء الدين منها. نعم لا مانع من إنتقاله بالموت فيكون الوارث قائماً مقام الدائن في جعل العين وثيقةً لدينه المستقر في ذمة المديون. هذا بعض الكلام في أقسام الحقوق بلحاظ ما يستفاد من أدلتها من قبولها للسقوط

و النقل و الإنتقال

المقام الثالث: في حكم الشك في كيفية الجعل، فتارة يكون الشك في أن المجعول حكم - بمعناه الأخص المقابل للحق - أو حق، و أخرى في قابلية الحق للسقوط، و ثالثة في

قابلية نقله و انتقاله

أ - حكم الشك في أن المجعول حق أو حكم

أما الأول: فإن كان لدليله عموم أو إطلاق أخذ به و مقتضاه إحراز إطلاق المجعول

و عدم سقوطه بالإسقاط، و يندرج في الحكم المصطلح المقابل للحق، و لا بأس بالتعرض

البعض ماعُدّ مثلاً للمسألة.

فمنه ما اذا شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة الممرور بها حق يسقط بالإسقاط

أو حكم يبقى بعد إسقاط المار.



وإن كان دليhle مجملاً، فإن كان في المورد عام فوق كان هو المرجع كحرمة أكل أموال الناس بالباطل، و القدر المتيقن من دليل التقييد أو التخصيص هو المآز الأكل للثمرة، فيبقى غيره مندرجاً في عموم حرمة الأكل، و نتيجته عدم بقاء الجواز بعد إسقاطه. و لو منع من مرجعية الآية الشريفة هنا أمكن الرجوع الى عموم النهي عن التصرف في مال الغير بدون إذنه و رضاه، لأنه من الشك في التقييد الزائد على جواز التصرف - للمار - في ملك غيره. و إن لم يكن في المورد عام فوق كان المرجع إستصحاب بقاء المجمعول، و نتيجته بقاء

الحق بعد إسقاطه، بناءً على حجية الإستصحاب في الشبهات الحكمية. و منه: ما إذا شك في بقاء سلطنة ولي الدم على القاتل عند إسقاط حقه من القصاص، فمقتضى إطلاق قوله تعالى: ( و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ) أبقاء الجواز بعد

إسقاطه لإطلاق السلطنة المجمعولة لحالتي الإسقاط و عدمه. و لو نوقش في إطلاق الآية كان المرجع إستصحاب بقاء المجمعول بناء على جريانه في

الشبهات الحكمية فيترتب عليه جواز الإقتصاص بعده.

و أما ما أفاده السيد المحقق الخوئي من من مرجعية عموم الآيات و الروايات الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة، كقوله تعالى: ( و من يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ب و قوله عزّ من قائل: ( و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق )ج، و كالروايات المتضافرة المروية في أبواب قصاص النفس. و بها يثبت عدم جواز الإقتصاص بعد إسقاطه، فلا يخلو من تأمل، فإنّ العام و إن كان حجة في غير القدر المتيقن

من التخصيص بالمجمل، كما إذا تردد الفاسق بين مرتكب خصوص الكبائر و مطلق المعصية فإن عموم أكرم العلماء» يُعين حكم مرتكب الصغيرة، فيجب إكرامه، و يكون الخارج عن

:: الاسراء، الآية: 25

ب النساء الآية: 95 ج الأنعام، الآية: 152

د:

راجع وسائل الشيعة، ج 19، ص 10 الى 20 الباب 1 و 2 و غيرهما من أبواب قصاص النفس

مصباح الفقاهة . ج 2 . ص 48 و 49

ص: 155

. هدى الطالب /ج

حكم العام خصوص مقترف الكبيرة.

إلا أن تطبيقه على مثل حق القصاص بعد الإسقاط لا يخلو من شيء، وذلك لأن الآيات

و الروايات الناهية عن سفك الدماء محفوفة بقرينة قطعية من أول الأمر مانعة عن إنعقاد الإطلاق فيها لمن يقتل قصاصاً، فإنه من مرتكزات العقلاء و من أحكام الشرائع السابقة، خصوصاً بملاحظة مثل قوله تعالى : ( وجزاء سيئة سيئة مثلها ) وقوله تعالى : ( فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ) ب و ما دل على حرمة الإسراف في القتل، و الكل شاهد على أن حرمة قتل المؤمن والوعيد بخلود القاتل في النار غير ناظر إلى حكم ولي الدم الذي يأخذ بحق قصاصه. وليس القتل بسبب حق كالقصاص مندرجاً في عموم النهي عن قتل المؤمن حتى يرجع إليه لو شك في بقاء السلطنة على القاتل بعد الإسقاط.

وبعبارة أخرى إرتكازية حق القصاص عند العقلاء - بقرينة وروده في الشرائع السابقة وإبائه سياق ما دل على حرمة قتل المؤمن متعمداً عن التخصيص، وكون تضيق المحمول من أقوى القرائن على تضيق الموضوع و تقيده بغير القتل القصاصي - تقتضي خروج القتل قصاصاً عن عموم النهي موضوعاً، وليس مندرجاً فيه حتى يرجع إليه في الشك في التقييد الزائد و المستفاد منها أن القتل قد يكون بحق كما في الأخذ بالقصاص، و قد لا يكون بحق و هو الذي توعد عليه بالخلود في النار. و أنهما متقابلان لا يندرج أحدهما في الآخر.

ومنه: ما إذا شك في بقاء حقي الخيار و الشفعة بعد الإسقاط كبقاء الجواز الحكمي في رجوع الواهب عن هبته و ارتفاعهما لكونهما من الحقوق التي يكون زمامها بيد ذي الحق، و قد أفاد تقولون أنه لا إطلاق في دليل ثبوتها لذي الخيار و الشفيع، بل المرجع الإستصحاب بناءً على حجيته في الشبهات الحكمية و على تقدير عدم حجيته فيها فالعمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة ج.

أ: الشورى ، الآية : 4

:

البقرة الآية : 194

2

ج: مصباح الفقهة ، ج 2، ص 49

ص: 156



أقول: أما إنكار إطلاق دليل حقي الخيار والشفعة فغير ظاهر، فإنه كما يتمسك بإطلاق ما روي عنه: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له و يلتزم ببقاء أولويته بما

## الالالا

سبق إليه من المكان سواء أسقط حقه أم لم يسقطه، كما اعترف به، فكذا لا مانع من الأخذ بإطلاق قوله لا: «البيعان بالخيار ما لم يفتراء سواء أسقط أحدهما أو كلاهما حقه أم لم يسقطه وكذا قوله لا لا لا لا لا في حق الشفعة: «فهو أحق به» مع وضوح كون الإسقاط في كلا المقامين من الحالات المتبادلة المندرجة في الدليل.

وأما الحكم بمرجعية الإستصحاب أولاً ثم عموم حرمة أكل مال الغير بالباطل فلا يخلو

من غموض، إذ مع فرض وجود العموم الذي هو حجة في ماعدا القدر المتيقن من دليل المخصص - أعني به الأخذ بحقي الخيار والشفعة وعدم إسقاطهما - لا- يبقى مجال للرجوع الى الأصل العملي، ويانه أن لدليل حرمة الأكل عموماً أفرادياً وإطلاقاً أزمانياً وأحوالياً، فلا يجوز للبايع التصرف في ما إنتقل عنه الى المشتري، ولا- للشريك التصرف في حصة المشتري التي إشتراها من شريكه. وإجمال المخصص - وهو دليل تشريع الخيار والشفعة - يقضي بالأخذ بالقدر المتيقن منه وهو أعمال ذي الخيار والشفيع حقهما، وإنتزاع ما كان بيد من عليه الخيار والمشتري. وأما إذا أسقطا حقهما وأرادا الأخذ به بعده كان عموم حرمة الأكل حاكماً بعدم

## الجواز.

هذا ما تقتضيه الصناعة، لكنه مجرد فرض، إذ لا وجه للشك في أن المجعول في مورد القصاص والخيار والشفعة هو السلطنة والألوية المعبر عنهما بالحق المقابل للجواز الحكمي و من المعلوم كون أدنى مراتبه قابلية سقوطه بإسقاط من له الحق. هذا كله في حكم الشك في السقوط والبقاء، و مرجعه الى الشك في كون المجعول حقاً مصطلحاً أو حكماً.

ب - حكم الشك في قابلية الحق للإسقاط

وأما الثاني وهو الشك في قابلية الحق للسقوط بعد إحراز عدم كونه حكماً مصطلحاً

أ: مستدرک الوسائل، ج 17، ص 112، الباب من أبواب إحياء الموات، الحديث: 4

..... هدى الطالب / ج 1

فإن قلنا باقتضاء قاعدة لكل ذي حق إسقاط حقه عدم حقية ما لا يقبله فهو، وإلا فإن أمكن

رفع الشك بالرجوع إلى دليل الحق ولو بمعونة القرائن المكتتفة به وإستفادة قيام الحق

بشخص ذي الحق كالوصي والمتولي للموقوفة و الناظر عليها، أو قيامه بعنوان خاص كالفقيه أوروحي فيه مصلحة الغير كما في حق الحضانة، فالظاهر عدم قابليته للسقوط، لظهور العنوان

في دوران الحق مداره.

وإن لم يمكن إستفادة شيء من ذلك كان مقتضى جريان الإستصحاب في الشبهات

الحكمية بقاءه وعدم سقوطه.

ج - حكم الشك في قابلية الحق للانتقال

و أما الثالث: و هو الشك في إنتقال الحق قهراً بموت و ارتداد فنقول: إن أمكن إستفادة الحكم من الدليل و الخصوصيات المكتتفة به فهو و إلا يجرى الإستصحاب فيه و يحكم

بعدم سقوطه بالموت، الذي هو من قبيل الشك في رافعية الموجود، و هو مورد تسالمهم على

حجية الإستصحاب. فلو شك في إنتقال حق الخيار و الشفعة و التحجير الى الوارث لم يكن مانع من الإلتزام بانتقاله.

و مناقشة المصنف لليله في هذا الإستصحاب بما أفاده في أحكام الخيار بقوله: «و التمسك في ذلك - أي في قابلية حق الخيار للانتقال - باستصحاب بقاء الحق، و عدم إنقطاعه بموت ذي الحق أشكل لعدم إحراز الموضوع، لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق، غير ظاهرة، لاعترافه لي بأن هذا القسم من الحقوق سلطنة، وهي كالمملك قابلة للانتقال القهري و الشك إنما هو في رافعية الموت لها كالشك في إطفاء الريح الخفيفة للسراج مع إستعداد نورها للبقاء لوجود الوقود. فيندرج هذا الحق ببركة الإستصحاب في «ما تركة الميت».

و الإشكال في جريانه بعدم إحراز الموضوع - لتقوم الحق بالمستحق - ممنوع بالنقض

بأملكه، لتقومها بالمالك، مع أنه لا ريب في إنتقالها الى الوارث.

و حله أن سبب الإنتقال الى الوارث بقاء المملك أو الحق إلى زهوق روح المورث،

والأول محرز بالإستصحاب، و الثاني بالوجدان.

.....

الشك في قابلية الحق للانتقال.

بل لا يبعد الإستغناء عن الإستصحاب في المقام بناءً على كون الحق سلطنة فعلية، أو إضافة إعتبارية أخرى أثرها السلطنة، فإنه كالمملك مشمول لإطلاق الموصول في قولهم لا لالا لالا لام : ما تركه الميت فهو لوارثه بناءً على أن مفاده عدم إيجاب الموت سقوط ما كان للميت من المال أو الحق عن إضافة الملكية، بل تنتقل هذه الإضافة الى الوارث وإن كانت الدقة تقتضي حدوث إضافة أخرى للوارث مماثلة لإضافة المورث، لاستحالة بقاء شخص الإضافة مع تبدل

طرفها.

و الحاصل أن مدلول الرواية عقدان سلبي وإيجابي، فالأول عدم سقوط الملكية

بالموت و الثاني إنتقال الإضافة الى الوارث على النحو الذي كان للمورث. لا يقال: إن مقتضى أصالة عدم الانتقال إلى الوارث ذهاب الحق بالموت، فلا يصدق

عليه ما تركه الميت، حتى ينتقل الى الوارث

فانه يقال: إن الشك في الإنتقال مسبب عن بقاء الحق بعد الموت و ارتفاعه به، فإذا جرى الأصل في السبب و أحرز به بقاؤه و عدم سقوطه بالموت إندرج في «ما تركه الميت»

وانتقل الى الوارث.

نعم الشك في البقاء إلى ما بعد الموت ناش عن الشك في القابلية، إذ لو كان الحق

مجعولاً بنحو يتقوم بمن له الحق خاصة كان إرتفاعه بموت صاحبه مسلماً، و لا موضوع لعنوان «ما تركه الميت، حتى ينتقل الى الوارث.

لكن لا يجري الأصل في نفس القابلية، لعدم العلم بها سابقاً، فيجري الأصل - لا محالة -

في مستتب، و هو البقاء إلى ما بعد الموت الملازم لانتقاله إلى الوارث لصدق ما تركه الميت

عليه.

و هذا نظير عدم جريان الإستصحاب في قابلية الحيوان للتذكية و عدمها، و جريانه في عدم التذكية، فإذا تحقق كل ماله دخل في التذكية من فري الأوداج بشرائطه، و تمخض الشك

في حلية الحيوان في قابليته للتذكية جرى الأصل في المسبب، و يُحكم بعدم التذكية.

هذا كله في تقريب التمسك باستصحاب شخص الحق و الحكم ببقائه بعد الموت. و يمكن أن يقرر بنحو يندرج في القسم الثاني من أقسام إستصحاب الكلّي، بتقريب: أن

ص: 159

الحق المشكوك إنتقاله بالموت - إن كان متقوماً بصاحبه كان ساقطاً بموته، وإلا فهو باقٍ، وهذا

نظير الشك في كون الحيوان الداخِل في الدار موجوداً بفردٍ قصير العمر و طويله. و بعبارة أخرى: مناط القسم الثاني - وهو كون الشبهة موضوعية - موجود في المقام، حيث إن الحقوق على نوعين، فمنها ما يتقوم بمن له الحق ويرتفع بموته قطعاً كحق القسم والإستمتاع، ومنها ما لا يتقوم به كحق التحجير، فلو شك في مثل حق الخيار أمكن إبقاؤه تعبداً، بالإستصحاب فيندرج في موضوع تشريع الإرث.

و توهم كونه من قبيل القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلي، بيان: «أنه يعلم بارتفاع الفرد الأول من المستحق - بالموت - ويشك في قيام الثاني مقامه. نظير العلم بخروج زيد من الدار والشك في دخول عمر وفيها مقارناً لخروج زيد عنها، فاسد، بأن هذا الشك ناش عن كيفية جعل الحق و تشريعه، فيجري الإستصحاب في نفس المجعول الشرعي الجامع بين الخصوصيتين، و يحكم ببقائه إلى ما بعد الموت ببركة الأصل، ويندرج في الموصول في «ما

تركه الميت.

ولكن ما ذكرناه - من إستصحاب كلي الحق إلى ما بعد الموت بنحو القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي - مخدوش بأن جريانه منوط بموضوعية نفس الكلي للأثر الشرعي، كاستصحاب كلي الحدث لمن توضعاً بعد البلل المشتبه، فإنه لا مانع من جريانه لإثبات حرمة مس الكتاب العزيز، بناءً على موضوعية كلي الحدث لحرمة المس على ما استفيد من قوله

ال

تعالى: ( لا - يمسه إلا - المطهرون ) وعدم كونه مشيراً إلى خصوصيتي الحدث الأ-كبر و الأصغر، إذ عليه لا- أثر لكلي الحدث حتى يستصحب، و التفصيل في محله. و عليه يقال في المقام إن المنتقل إلى الوارث ليس كلي الحق الثابت للمورث، بل الحق غير المتقوم بمستحقه، و الإستصحاب قاصر عن إثبات هذه الخصوصية إلا بناءً على القول بالأصل المثبت. فاستصحاب الحق - الجامع بين فرديه - لا يجري لعدم كونه موضوعاً للأثر المقصود و هو الإنتقال إلى الوارث، وإنما موضوع الأثر هو الحق المتخصص بعدم كونه متقوماً بمن له الحق و استصحاب الجامع لا يُثبت هذه الخصوصية. فلا يجري، لعدم أثر له. و حينئذ فلا محيص عن إستصحاب عدم الإنتقال.

خصوص

ص: 160

وعليه فالشكوك الثلاثة المترتبة - وهي الشك في كيفية جعل الحق، و الشك في بقاءه، و الشك في إنتقاله - إنما يجري الأصل في ثالثها و هو عدم الإنتقال كما أفاده السيد المحقق

الخوئي قالي انا

إلا أن يقال: إن شبهة تقوم بالحق بالمستحق في كلام الشيخ الأعظم لي إن كان منشؤها كونها من الشك في المقتضي لفرض عدم إحراز استعداد الحق للبقاء بعد موت ذيه أمكن الجواب عنه بأن المبنى المنصور في المسألة حجية الإستصحاب مطلقاً سواء كان الشك في المقتضي أم في الرافع وعليه لا مانع من استصحاب بقاء الحق، و الحكم بانتقاله ظاهراً بالموت.

د - حكم الشك في قابلية الحق للنقل الاختياري

و أما الرابع : - و هو الشك في قابلية نقل الحق الى الغير اختياراً - فإن أمكن إستظهار قبوله للنقل من حكمهم بانتقاله بالارث كما في حقي الخيار و الشفعة، بدعوى إستكشاف عدم تقوُّم الحقِّ بمن له الحق، وإلا لم ينتقل الى وارثه، فهو للملازمة العرفية بين إنتقاله قهراً و نقله اختياراً في عدم قيامه بذى الحق.

وإن لم يمكن ذلك الإستظهار، لعدم ثبوت الملازمة بين جواز النقل و الإنتقال أو

لكون الحق مما لا ينتقل بالإرث كحق القسم و الإستمتاع، كان المعوّل في جواز نقله الى الغير قابليته العرفية للنقل و المعاوضة عليه، وكون الشك في الجواز متمحضاً في إحتمال المنع تعبداً عن سقوطه أو نقله أو إعتبار شرط فيه و من المعلوم أن المرجع فيه عمومات إمضاء العقود و المعاوضات وإطلاقاتها.

إلا أن يناقش في التمسك بها بأحد وجهين:

الأول: أنّ الرجوع إليها من التشبث بالعام في الشبهة الموضوعية، و هو ممنوع على ما حقق في محله بيانه: أنّ طائفة من الحقوق غير القابلة للاسقاط و النقل خَرَجَتْ عن حيز أدلة تنفيذ المعاملات كالأمر بالوفاء بالعقود، و حلية البيع، و جواز الصلح بين المسلمين، و وجوب العمل بالشرط، ونحوها، فحقّ الولاية و الأبوة خرج عن تلك العمومات لما ثبت من عدم

قابليتهما للاسقاط و النقل، كما أن طائفة منها باقية تحت العمومات كحق التحجير. ولا يُعلم أن المشكوك فيه مندرج في هذا القسم أو ذلك، وفي مثله لا- وجه للرجوع الى العام لإحراز حال الفرد، لكونه نظير الشك في كون زيد عالماً أو جاهلاً، حيث إن عموم أكرم العلماء قاصر عن

إحراز حاله و تعيين حكمه، وهذا معنى عدم حجية أصالة العموم في الشبهة المصدقية. ولكن يمكن دفعه بأن يقال: إن الخارج عن عموم أدلة المعاوضات إنما خرج عنها فردياً لا عنوانياً، ومن المعلوم أن القادح في التمسك بالعام هو القسم الثاني لا الأول، مثلاً إذا قال: «أكرم العلماء، ولا تكرم البصريين منهم و تردّد «زيد» بين البصري والكوفي - لتعارض البيتين فيه مثلاً - لم يجز التمسك ب- «أكرم العلماء» لإثبات وجوب إكرام زيد، بل المرجح فيه أصالة البراءة عن وجوب إكرامه. و أما إذا قال: «أكرم العلماء إلا زيدا وعمروا، ثم شك في إستثناء بكر أيضاً لم يكن مانع من التمسك بالعام لإثبات وجوب إكرامه، لأنّه من الشك في التخصيص الزائد، الذي هو كالشك في أصل التخصيص في جواز الرجوع الى العام. و مانحن فيه من هذا القبيل، لأن الخارج عن حيز العمومات حقوق معينة كحق الأبوة ر السلام و ولاية الحاكم الشرعي و الحضانة، لا العنوان الكلّي حتى يكون الشك في إندراج المشكوك فيه في عنوان الخاص أو العام من باب الرجوع الى العام في الشبهة الموضوعية. و العنوان الإنتزاعي كعدم القابلية لا يُجدي، إذ ليس ذلك العنوان خارجاً عن العمومات حتى يوجب تعنون العام وعليه فالشك في كون الحق قابلاً للمعاوضة يكون من الشك في التخصيص، الزائد، و من المعلوم مرجعية أصالة العموم فيه.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني، ووافق بعض الأجلة من تلامذته وبيانه: أن الشك في صحة معاملة ينشأ تارةً من الشك في قابلية مورد المعاملة للمعاوضة عليه، كما إذا شك في قابلية جعل الغناء - المشكوك حرمة ثمناً في بيع أو عوضاً في صلح أو مورداً لإجارة. و أخرى من الشك في دخل سبب خاص في صحة المعاملة بعد إحراز قابلية العوضين لها، كما إذا شك في صحة البيع المعطاتي بين مالين قابلين للتمليك و التملك، أو شك في دخل العربية

و الماضوية في صيغ العقود.

وأدلة الإمضاء كالأمر بالوفاء بالعقود و نفوذ الصلح بين المسلمين و حلية البيع

و مشروعية الإجارة ناظرة الى نفوذ أسباب النقل و الإنتقال فيتمسك بإطلاق حلية البيع على مملكية المعاطاة على حد البيع بالصيغة، و أنه لا يعتنى بالشك في دخل سبب خاص في صحة

المبادلة بين المالين لمكان عموم دليل الإمضاء وإطلاقه.

و أما الشك من الناحية الأولى - و هي الشك في قابلية العوضين للمعاملة عليهما - فلا بد

من رفعه بدليل آخر، لعدم إرتباط هذا الشك بسببية سبب خاص حتى يُجدي الإطلاق لنتيجه. و عليه فالشك في جواز جعل أحد العوضين الغناء في كلام صحيح كالدعاء يكون المرجع فيه أدلة شرائط العوضين، و لو فرض عدم إستفادة شيء منها فالمرجع أصالة الفساد المحكمة في المعاملات، و لا تتكفل أدلة الإمضاء هذه الجهة حتى يتجه تصحيح المعاملة المذكورة بها.

و ببيان آخر أن أدلة المعاملات بما أنها صادرة عن الحكيم الملتفت الى إنقسام موضوع المعاملة إلى المورد القابل و غير القابل يستحيل إهمالها، فإما أن يتعلق الإمضاء بمسمى المعاملة سواء أكان المورد قابلاً لها أم لم يكن. وإما أن يتعلق بحصة خاصة منها و هي ما أحرز قابليته قبل الإمضاء. و لا مجال للإطلاق فيتعين التقييد، و يكون الرجوع الى العام أو الإطلاق

لاحراز حال المشكوك فيه - من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

و على هذا فلو شك في جواز نقل حق الخيار إلى الغير بهبة أو بيع أو صلح لم يتجه تصحيحه بالرجوع الى أدلة تنفيذ المعاملات، بل المرجع فيه الأصل العملي و هو أصالة عدم قبوله للنقل، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن أدلة المعاملات إمضائية، و ليست تأسيسية، و موضوعها هو العنوان العرفي لا الشرعي، فما أحله الشارع و أمر بالوفاء به هو البيع العرفي لا البيع الصحيح شرعاً، وكذا بالنسبة الى سائر العقود. و من المعلوم أن تمام المناط قابلية العوضين للمبادلة في

أحاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني ج 1، ص 12 و 13، رسالة الحق، محاضرات في الفقه الجعفري .



.... هدى الطالب / ج 1

نظرهم، فلو كان تبديل من من التراب بمثله سفهياً عندهم، أو لم يترتب على بيع الخنافس و الديدان غرض عقلائي يعتنى به بحيث يصح سلب عنوان المعاقدة و البيع عنه عرفاً لم يكن موضوعاً لدليل الإمضاء قطعاً. و أما إذا أحرزت قابلية العوضين بنظرهم للمبادلة و تمحض الشك في مشروعيتها في المنع التعبدي كانت أدلة المعاملات هي المرجع لإثبات صحتها، فلو كان بيع الجنسيتين بالتفاضل متداولاً عند العقلاء كتداول بيع الخمر و الخنزير عندهم كان

1

موضوع أدلة الإمضاء محققاً، و بطلان البيع موقوفاً على تقييدها أو تخصيصها شرعاً.

و لا يبعد جريان ديدنهم على الرجوع الى العمومات و الإطلاقات في رفع الشك في إعتبار شرط تعبداً أو مانع كذلك بعد إحراز الموضوع العرفي و لم يظهر وجه لتخصيص مرجعية الأدلة بالشك في تنفيذ الاسباب خاصة.

نعم في التمسك بقاعدة السلطنة في المقام إشكال، ينشأ من احتمال كونها بصدد بيان

عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة، لا كونها مُسرعة للتصرف المشكوك في حكمه على ما سيأتي في المعاطاة إن شاء الله تعالى.

و أما قياس الحق القابل عرفاً للنقل إلى الغير بجعل الغناء مثلاً أحد العوضين - حيث لا تتكفل أدلة الإمضاء حليته و صحته جعله عوضاً - فالظاهر أنه مع الفارق، و ذلك لأن تلك الأدلة غير ناظرة الى بيان حكم الأفعال تكليفاً بعنوانينها الأولية، لكونها واردة لبيان حكم الفعل بعنوانه الثانوي أي صحته وقوعه في العقد المعاوضي أحد العوضين، فلو كان الفعل مشكوك الحكم - بعنوان أنه غناء مثلاً - لم يكن وقوعه عوضاً في البيع أو معوضاً في الإجارة كاشفاً عن مشروعيته بعنوانه الأولى.

و هذا بخلاف المقام، إذ ليس المقصود من التمسك بدليل الإمضاء إحراز مشروعية أصل الحق حتى تكون الأدلة قاصرة عن إثباته، بل المراد إستكشاف صحته وقوعه عوضاً بعد

كون أصل الحق مشروعاً و قابلاً للنقل عرفاً.

فالمتحصل - بعد إندفاع كلتا جهتي الإشكال - أن كل حق شك في قبوله شرعاً للنقل

يرجع فيه الى عمومات المعاوضة، فعدم قبوله للنقل لا بد أن يستفاد من دليله بأن يكون ظاهراً في تقومه بعنوان خاص أو شخص كذلك، كحق الولاية، ضرورة كون العنوان أو الشخص

موضوعاً للحق يدور ، مداره لا مورداً له حتى يجوز تفويضه الى غيره، هذا.

وأما جواز المعاوضة على الحقوق فسيأتي في المقام الخامس

المقام الرابع في ذكر بعض ما يتردد بين الحق والحكم.

...170

إعلم أنهم ذكروا أموراً جعلوها من المصاديق المشتبهة بين الحق والحكم منها: الأولوية بالسبق إلى المساجد والمدارس والقناطر و الرباطات و الطرق النافذة،

ونحو ذلك من الحقوق الراجعة إلى عموم الناس أو المتلبس بعنوان خاص منهم كالمصلين و الزائرين و العابرين و نحوهم فإنه لم يظهر المراد من الأولوية، فهل يراد بها الحق بحيث يصير السابق إلى مكان من الأمكنة المذكورة ذا حق فيها، فتكون العبادة مع دفع السابق وإخراجه عنه، باطلة، لكون المكان متعلقاً لحق الغير كحقي الرهانة و التحجير؟ أم يراد بها حرمة المزاحمة مع السابق تكليفاً، فدفع السابق وإن كان حراماً تكليفاً، لكنه لا يوجب الغصبية

حتى تبطل الصلاة، فتقديم السابق حينئذ في تراحم الحقوق يكون من باب الحكم نظير تقديم الأهم في تراحم الواجبات. فإطلاق الأحقية في النصوص على السابق الدالة على زيادة المبدأ - وهو الحق - في السابق إنما هو باعتبار اختصاص الإستيفاء فعلاً بالسابق ما دام شاغلاً للمكان

فالحق المشترك بينه وبين غيره من الموقوف عليهم الثابت بنفس الوقف يختص إستيفاؤه

بالسابق، و ليس لغيره إستيفاء ذلك الحق المشترك حتى يُعرض السابق عن المكان؟ ظاهر كلمات الأصحاب كون السبق سبباً لحدوث حقّ للسابق، حيث إنهم عبروا بكونه أحق من غيره. قال في الشرائع : و أما المسجد فمن سبق إلى مكان منه فهو أحق به مادام جالساً.

و قال في القواعد: «و أما المسجد فمن سبق الى مكان فهو أحق به، فإذا قام بطل حقه

و إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو نوى العود، إلا أن يكون رحله باقياً فيه ب.

و في اللمعة وشرحها: «فمنها المسجد، و في معناه المشهد، فمن سبق إلى مكان منه

أ: شرائع الاسلام ، ج 3، ص 277 ب قواعد الأحكام ، ص 87

فهو أولى به مادام باقياً فيها.

وفي الجواهر: «و أما المسجد فلا- إشكال و لا- خلاف في أن من سبق إلى مكان منه فهو أحق به ما دام جالساً فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة عليه بل في المسالك وغيرها سواء أكان جلوسه لصلاة أم لمطلق العبادة أم لتدريس العلم و الإفتاء ونحو ذلك ... الى أن قال: وعلى كل حال فلو قام مفارقاً رافعاً يده عنه بطل حقه، بلا خلاف و لا إشكال حتى لو عاد و قد شغله غيره. و إن قام ناوياً للعود إليه، فإن كان رحله باقياً فيه فهو أحق به، و إلا كان مع غيره سواء كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركي وغيرهم. بل في جامع المقاصد: أنه المشهور. بل في محكي المبسوط نفي الخلاف فيه، قال: فمن سبق الى مكان في المسجد كان أحق به، فان قام و ترك رحله فيه فحقه باقٍ، و إن حول رحله منه إنتقطع حقه منه، و لا خلاف فيه، و فيه نص لنا عن الأئمة الا لا لا ب.

و ظهور هذه العبارات وغيرها مما لم نذكرها في حدوث حقّ للسابق مما لا يمكن إنكاره و مستندهم في ذلك - بعد الإجماع الذي إدعاه في مفتاح الكرامة بعد قول العلامة فهو أحق به مادام فيه إجماعاً محصلاً بل كاد يكون ضرورياً هج وكذا غيره من الاصحاب -

روايات:

إحداها خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله الله ، قال : قال أمير المؤمنين الا : سوق

الله

المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل ، و كان لا يأخذ على بيوت

السوق كراء».

ثانيها: مرسله محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبي عبد الله ال ، قال: «قلت له: نكون بمكة أو بالمدينة أو بالحيرة أو المواضع التي يرجى فيها الفضل، فربما خرج الرجل يتوضأ

أ الروضة البهية ، ج 7، ص 170

ب جواهر الكلام، ج 38، ص 88 و 89

ج مفتاح الكرامة ، ج 7، ص 36

د وسائل الشيعة ، ج 3، ص 542 ، الباب 56 من أبواب أحكام المساجد ، الحديث : 2

### حُقُّ السبق في المشتركات

فيجيء آخر فيصير مكانه، فقال ال : من سبق الى مكان [موضع] فهو أحق به يومه و ليلته . و التعبير بالإرسال من جهة سقوط الوساطة بين محمد و بين الإمام الله لعدم كون ابن بزيع من أصحاب الإمام الصادق ع ل و رواه في البحار عن أمالي الشيخ عن ابن بزيع عن بعض أصحابه يرفعه الى الإمام أبي عبد الله ال الله و عليه فلا تبقى شبهة في الإرسال و حذف

الوساطة.

:ثالثتها مرسله ابن أبي عمير عن أبي عبد الله ال الله قال: «سوق المسلمين [ القوم ]

كمسجدهم، يعني، إذا سبق الى السوق كان له مثل المسجد.

رابعتها النبوي من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به مح. أما سندها فغير نقي، لأن في سند الأولى «طلحة بن زيد» و هو عامي، و لم أعثر الى الآن على توثيقه. و ما في الفهرست من أن طلحة بن زيد عامي المذهب، إلا أن كتابه معتمد ليس توثيقاً لطلحة، بل تصحيحاً لكتابه، و هو لا يدل على توثيق طلحة، لعدم الملازمة بينهما، إذ من الممكن أن الشيخ صحح كتابه لكون مافيه مروياً في الكتب المعتمدة، لا لأجل كون صاحب الكتاب موثقاً عنده حتى يكون قول الشيخ: «ان كتابه معتمد شهادة بوثاقته، بل يكون قوله هذا تصحيحاً لكتابه، فيندرج في البحث المعروف بينهم و هو: أن تصحيح الغير هل يجوز الإعتماد عليه؟ و يُغني الآخرين عن نقد السند أم لا؟

هذا مضافاً إلى أنه - بعد تسليم صحة الإعتماد على تصحيح الغير - إنما يجدي ذلك فيما إذا أحرز أن الرواي نقل عن كتاب طلحة لا عن نفسه، و هو مما لا سبيل الى إحرازه، فالرواية مشكوكة الاعتبار، و من المعلوم أن الأصل يقتضي عدم حجيتها، هذا. و يظهر مما ذكرناه ضعف ما أفاده بعض المعاصرين من قوله: «و يكفيه في إعتبار خبره

أ وسائل الشيعة . ج 3، ص 542 ، الباب 56 من أبواب أحكام المسجد.

وسائل الشيعة، ج 12، ص 300 ، الباب 17 من أبواب آداب التجارة ، الحديث : 2 ج مستدرك الوسائل، ج 17، ص 112 الباب 1 من أبواب إحياء الموات . الحديث : 4

:د

د الفهرست، ص 112 . رقم 374



- مضافاً الى تصريح شيخ الطائفة بكون كتابه معتمداً - رواية ابن الوليد الذي لم يرو بعض كتب الصفار و سعد، لعدم معلومية صحة مضمون ذلك البعض، وإستثنى كثيراً من أخبار كتاب

محمد بن أحمد بن يحيى لكتابه

i

وجه الضعف أن رواية ابن الوليد لكتاب طلحة لا تدلّ على أزيد من إعتقاد ابن الوليد بصحة مضامين الكتاب و مطابقتها للواقع أو للروايات المعتمدة، و لا تدل على وثاقة مؤلفه، و تكون الشهادة بصحة الكتاب من قبيل تصحيح شخص لرواية في كون حجية تصحيحه لغيره مورداً للبحث و النظر والإشكال. و عليه فالشهادة بصحة الكتاب ليست إلا شهادة باعتبار الكتاب، و لا تكون شهادة بوثاقة مؤلفه. و قد عرفت عدم طريق لإحراز كون الرواية المزبورة مروية عن كتابه حتى نلتزم باعتبارها بعد البناء على إعتبار الكتاب المزبور بشهادة الشيخ و رواية ابن الوليد له.

و أما كونه من رجال كامل الزيارة و تفسير علي بن إبراهيم فلا يكفي للتوثيق كما قرر في محله.

و بالجملة: فلم يثبت إعتبار الخبر المزبور بسبب ضعف طلحة، فالإعتماد عليه في غاية الإشكال. هذا ما في سند خبر طلحة من الضعف.

و أما مرسلتا ابن أبي عمير و محمد بن إسماعيل بن يزيد فالإشكال في إعتبارهما ظاهر لأنهما مرسلتان، و لا عبرة بالمراسيل ما لم تنجبر بعمل المشهور بناء على ما هو الأقوى من

جبر عمل المشهور لضعف الرواية، كما هنية إعراضهم عنها لاعتبارها. وكذا الحال في النبوي. و دعوى إنجبارها بعمل المشهور الذين بنوا على ثبوت حق السبق للسابق في المسجد خالية عن البينة، إذ يعتبر في جبر الشهرة لضعف الرواية إحراز إستناد المشهور في فتوهم إلى الرواية الضعيفة حتى يدلّ إستنادهم إليها على إعتبارها لديهم، وإلا فمجرد موافقة

فتواهم لرواية ضعيفة لا تكشف عن حجيتها عندهم كما هو واضح.

أقاموس الرجال، ج 5، ص 568

ص: 168

وبالجملة فلا سبيل إلى إثبات حجية الروايات المزبورة.

....179

إلا أن يدعى أن سياق عباراتهم يدل على إستنادهم إلى هذه الروايات، لتعبيرهم بما عُبر به فيها. وان كان هذا مخدوشاً أيضاً، لإمكان كون مستندهم رواية معتبرة سنداً مع كون متنها مثل متن المرسلتين، فاقتبس الأصحاب من تلك الرواية لا من هاتين الروايتين، فلا يحصل الوثوق باستنادهم إليهما.

كما لا وجه لحجية الإجماع المدعى في المقام بعد احتمال مدركيته، إذ من المحتمل

إستناد المجمعين الى الروايات المزبورة، فلا يصح الإستناد إلى شيء من الروايات والإجماع.

نعم يمكن الإستناد إلى السيرة العقلائية الحاكمة باختصاص من سَبَق إلى ما يشترك فيه غيره - كالمباحات الأصلية ونحوها - بذلك المشترك، بحيث يرى العقلاء نحو إختصاص للسابق بذلك الشيء، بل هذا مركز في الحيوانات أيضاً، و الشارع لم يردع عن هذه السيرة، فهي حجة.

كما يمكن أن يكون مستندهم مرسله ابن أبي عمير، ولا يقدح إرسالها لما يظهر من الأصحاب من تسالمهم على العمل بمراسيله، لقول النجاشي: «أصحابنا يسكنون إلى مراسيله . و لقول الشيخ في حقه و حق آخرين من أصحاب الإجماع في بحث تعارض الرواية المسندة مع المرسله : هو إذا كان أحد الراويين مُسنداً و الآخر مُرسلاً نظراً في حال المرسل، فان كان ممن يعلم أنه لا يُرسل إلا عن ثقة موثوق به فلا ترجيح لخبر غيره على خبره، ولأجل ذلك سوت الطائفة بين ما يرويه محمد بن أبي عمير و صفوان بن يحيى و أحمد بن محمد بن أبي نصر وغيرهم من الثقات الذين عُرفوا بأنهم لا يروون ولا يُرسلون إلا عن يوثق به و بين ما أسنده، غيرهم، و لذلك عملوا بمراسيلهم إذا انفرد عن رواية غيرهم .

و كذا عد الكشي جمعاً من أصحاب أبي إبراهيم و أبي الحسن الرضا الا ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنهم والانتقاد لهم و الإقرار لهم بالفقه، و منهم ابن أبي

أ: رجال النجاشي ، ص 229

ب عدة الاصول ، ج 1، ص 386 و 387

ص: 169



عميراً.

. هدى الطالب / ج 1

و عليه تتصف مرسله ابن أبي عمير بالإعتبار بعد شهادة أعلام الرجال بالتسوية بين

المسندات و المرسلات

لكن في أصل تحقق هذا الإجماع التعبدي تأملاً بل منعاً قد تعرّضنا له في شرح الكفاية

فيما يتعلق بسند مقبولة عمر بن حنظلة، فراجع ..

فتلخص: أن مراسيل أصحاب الإجماع كمراسيل غيرهم مالم تنجبر بعمل المشهور

لا تكون حجة بحيث تُخصص عموم أدلة حرمة العمل بالظن، فمرسلة ابن أبي عمير الدالة على

حق السبق لا تصلح للاستناد إليها. هذا كله في السند.

و أما دلالتها فعن المشهور - بناء على استنادهم إليها كما لعل كلماتهم مقتبسة منها - دلالتها على ثبوت حقّ للسابق، و اللازم حينئذ ترتيب آثار الحق عليه من جواز إسقاطه ونقله مجاناً و مع العوض و انتقاله قهراً الى الوارث، و من بطلان العمل العبادي الصادر من المزاحم المخرج للسابق عن المكان، لكونه غصباً كما في إعتكاف العروة، حيث قال: «إذا غصب مكاناً من المسجد سبق إليه غيره، بأن أزاله وجلس فيه فالأقوى بطلان إعتكافه ج. إلا إذا نهض دليل

على منع بعض هذه الآثار. و لم أعر إلى الآن على قائل بهذا التعميم. كما أن لازم الحقية هو صيرورة السابق ذا حقين أحدهما بالوقف، والآخر بالسبق،

و هذا بعيد.

فالمحتمل قوياً: أن المراد بالأحقية هو حرمة المزاحمة مع السابق و إزعاجه و دفعه عن المكان مادام باقياً فيه وشاغلاً له ، فالسبق لا يوجب الاحرمة المزاحمة كحرمة مزاحمة غير الولي للولي في تجهيز الميت بناءً على كون المراد بالولاية هناك - على ما عن جماعة من القدماء - حرمة المزاحمة معه، فإن تصدّى الولي للتجهيز مباشرة أو تسبباً فليس لأحد مزاحمته،

أ: رجال الكشي ، ص 466 ، طبع النجف الأشرف.

،

ج العروة الوثقى . ج 2 ص 256 ، كتاب الاعتكاف ، المسألة : 32

ص: 170

وإن لم يتصدّد لذلك جاز لغيره - بل وجب عليه كفاية - القيام به.

.....WWW

الأهم

وبالجملة: فالسبق في الحقوق كالأهمية في تراحم الواجبات فكما أن تقديمها هناك ليس من باب الحق في شيء، فكذلك السبق في باب الحقوق، فإنه لا- يوجب حقاً للسابق حتى يصير المكان متعلقاً لحقه، ويندرج دفع الغير له عن ذلك المكان وإشغاله له - في الغضب، وتكون صلاة المزاحم الدافع للسابق من صغريات مسألة الاجتماع، لصيرورة المكان حينئذ مغضوباً، إذ لا فرق في المغضوب بين كون الرقبة مال الغير وبين كونها متعلقة لحق الغير كحقي الرهانة والتجوير، فيكون هنا أمر متعلق بطبيعي الصلاة، ونهي متعلق بطبيعي الغضب، وتكون الصلاة مندرجة تحت هذين العنوانين، فبناءً على الاجتماع - بمعنى صغروية المورد لكبرى التراحم لتعدد المتعلق وكون التركيب إنضمامياً - تصح الصلاة في وجهه. وبناءً على الإمتناع - لوحدة المتعلق، لكون التركيب إتحادياً - لا تصح الصلاة، لكون مسألة الاجتماع

حينئذ من صغريات النهي في العبادة.

فالمتحصل: أن المراد بالأحقية في الروايات - بعد البناء على اعتبارها - يحتمل أن يكون إختصاص السابق في إستيفاء الحق المشترك بين السابق وبين سائر أفراد الموقف عليهم الثابت لهم بالوقف فالسبق يوجب هذا الإختصاص.

كما يحتمل أن يراد به الحق المصطلح بأن يكون السبق موجباً لتعيين مصداق كلي الموقف عليه في السابق مادام شاغلاً للمكان أو غير مُعرض عنه، كتعيين مصداق كَلِّي المالك في الخمس والزكاة وغيرهما من الجهات العامة بالقبض، فإنّ الكلي لا يتعين إلا به، وقد عرفت بعد هذا الإحتمال وعدم الإلتزام بكثير من آثار الحق من الإنتقال والنقل. وإذا شك في كون السبق موجباً للحق ودار أمر تقديم السابق على غيره بين الحكم والحق فالأثر المشترك - وهو سقوطه بالأعراض - يترتب عليه قطعاً. وأما جواز النقل الإختياري مع العوض وبدونه فلا- يترتب عليه، للشك في القابلية العرفية، إذ لو كان حكماً لم يقبل النقل أصلاً كما هو ظاهر، فلا وجه للتمسك بأدلة العقود الجائزة لإثبات جوازه. وكذا

الحال في الإنتقال القهري، فلا يترتب عليه، لكونه من الآثار المختصة بالحق.

.. هدى الطالب / ج 1

و أما أخذ المال بازاء الإعراض عن المكان فالظاهر أنه لا بأس به، لأن رفع موضوع الحرمة - و هو المزاحمة - يكون تحت سلطنة السابق، لكونه عملاً من أعماله كسائر أعمال الحرّ.

و أما صلاة المزاحم الدافع للسابق فلا تبعد صحتها للبراءة عن الشك في مانعية المزاحمة، إذ لو كان السابق موجباً للحق كانت الصلاة باطلة، وإلا فهي صحيحة. و لما كان منشأ الشك في الصحة الشك في مانعية التزام جرى الأصل في المانعية. نعم بناءً على اقتضاء الأمر بشيءٍ للنهي عن ضده يُحكم بفساد الصلاة، للعلم بطلانها، إما لكون السابق موجباً للحق، وإما لكون الأمر مقتضياً للنهي عن ضده، فتدبر.

ثم إنه بناءً على ما تقدم من الإشكال في سند الروايات كالأشكال في حجية الإجماع لاحتمال مدركيته لا يبقى مستند لحق السابق. إلا أن يتمسك بالسيرة العقلانية القاضية بتقديم

السابق في المشتركات، بل تقديم السابق من مرتكزات الحيوانات أيضاً، حيث إن ما تقدم من السباع إلى إفتراس حيوان ليأكله لا يزاحمه غيره من السباع في أكله، فعدم مزاحمة السابق من الأمور الارتكازية الجارية عليها السيرة العقلانية التي لم يردع عنها الشريعة المقدسة الإسلامية، بل الإجماع والروايات المتقدمة - على تقدير تماميتها دليل على إمضاء تلك

السيرة.

لكن المتيقن منها هو إختصاص السابق، بمعنى عدم جواز مزاحمة أحدٍ له فيما سبق إليه. و أما الإختصاص بمعنى الحق فليس مما تقتضيه السيرة، بل لا بد حينئذ من معاملة الحكم

مع ما جرت عليه السيرة دون معاملة الحق معه فلا يبطل العمل الصادر من المزاحم، كما لا ينتقل قهراً بموت ونحوه إلى غير السابق. وكذا لا يقبل النقل.

نعم لا بأس بأخذ مال لتخلية المكان وتفريغه، لأن التفريغ عمل يبذل بازائه المال، وبعد التخلية يُشغله باذل الفلوس فيصير هو السابق، والله العالم.

و من المصاديق المشتبهة بين الحق والحكم جواز الرجوع في المطلقة الرجعية على ما قيل، و إن كان الظاهر كونه من الأحكام، والتفصيل في محله.



و من المصاديق المشتبهة - على ما قيل أيضاً - جواز الرجوع في العقود الجائزة، فان كان حكماً لم يسقط بالإسقاط، وإلا يسقط به لكن الحق أن الجواز فيها حكم، فلا تصير العقود

الجائزة لازمة بإسقاطه، فلاحظ

ومنها غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

المقام الخامس: في حكم المعاوضة على الحقوق القابلة للنقل والإسقاط.

أما ما لا يقبل الإسقاط - بناءً على كونه حقاً - فلا كلام في عدم جواز أخذ العوض بازائه، و أما القابل للنقل والإسقاط فقد تقدم في أول بحث الحقوق خلاف الأعلام فيه، فمنهم من منع من وقوع الحق عوضاً في البيع مطلقاً، كالشيخ الفقيه كاشف الغطاء، واختاره المحقق النائيني أيضاً. و منهم من جوّز ذلك مطلقاً كصاحب الجواهر ل . و منهم من فصل بين ما يقبل الانتقال و بين ما بين لا يقبله و يقبل الإسقاط خاصة، كالمصنف لله و إن مال في آخر كلامه الى المنع مطلقاً.

أحدهما:

و التحقيق جواز جعل الحقوق عوضاً عن المبيع مطلقاً أي جعل إسقاط ما يقبل

الإسقاط ثمناً، وانتقاله الى باذل المبيع فيما يقبل الانتقال الى الغير، و ذلك بعد تمامية أمرين: عدم إختصاص «المال» بالأعيان المتمولة، و صدقه على منافع الأعيان الصامته و عمل الحر و لو بعد المعاوضة عليه و جواز أخذ العوض في الصلح على إسقاط بعض الحقوق كاشف عن ماليته عرفاً، و عدم إختصاص المال بالأعيان. و يتعين حمل كلام ابن الأثير في تفسير المال على الغالب، وإلا أشكل الأمر في بذل المال بازاء المنافع في الإجارة و الصلح.

و لو فرض تعذر توجيه كلام اللغوي بالحمل على الغالب لم يقدح في إنصاف الحقوق بالمالية لأعمية المال عرفاً من العين و المعنى و الحق، إذ المال عندهم كل ما يرغب فيه العقلاء و يتنافسون عليه، و لا شك في أعمية المعنى العرفي حتى تجري فيه أصالة عدم النقل عن معناه

اللغوي

ثانيهما كفاية صدق المعاوضة على البيع ولو لم يكن فيها نقل و تملك من الطرفين،

و لا إنتفاع أحد المتبايعين بمال صاحبه، فالعبرة فيه بتحقق عنوان المعاوضة و المبادلة بحيث لا يخلو البيع عن الثمن و العوض، ويكون بذل المال مورد غرض العقلاء. و القيود المأخوذة

في تعريف البيع بالمبادلة بين المالين - الاستفادة من كلام المصباح - غير دخيلة في حقيقته العرفية، سوى كون المبيع عيناً، و أما عينية الثمن، أو تحقق المبادلة في خصوص إضافة الملكية، أو إختصاص المال بالأعيان فلا دليل على شيء منها لو لم ينهض على خلافها، ففي بيع سهم سبيل الله من الزكاة لا ينتفع البائع بالعوض لفرض صرفه في جهات القرب و سُبُل الخير كالمساجد و المشاهد و القناطر و إنكار صدق البيع على هذه المعاوضة لا يخلو من

مكابرة، وكذا بيع الوقف بمثله عند اقتضاء المصلحة و بيع الحاكم مقداراً من زكاة الحنطة

بشيء من زكاة النقدين.

و بناءً على تمامية هذين الأمرين و تسلّمهما يظهر أن الأصل الأولي في الحقوق القابلة للإسقاط و النقل جواز المعاوضة عليها، فهي وإن لم يصح جعلها مبيعاً لعدم كونها من الأعيان، لكنها كالمنافع و عمل الحرّ يصح جعلها ثمناً في البيع، كصحة أخذ العوض بإزاء نقلها و إسقاطها في باب الصلح، و ذلك لصدق المال عرفاً عليها، وكفاية مالية الإسقاط و النقل في صحة المعاوضة، وإمضائها بأدلة المعاملات.

إلا أن يستشكل في مالية الحقوق بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني من حيث قال: «و الأقوى عدم قابلية الحق لوقوعه ثمناً في البيع، كعدم قابلية وقوعه مثنياً، سواء جعل نفس الإسقاط و السقوط ثمناً أو جعل نفس الحق. أما الأول فلأن الثمن لابد من دخوله في ملك البائع و الإسقاط بما أنه فعل من الأفعال و السقوط بما أنه اسم المصدر ليس كالخياطة و سائر أفعال الحر و العبد ممّا يملكه البائع، ويكون طرفاً لإضافة ملكية البائع، و يقوم مقام المبيع في الملكية، فإنّ هذا المعنى معنى حر في غير قابل لأن يتموّل إلا باعتبار نفس الحق. و سيجيء ما فيه. و بالجملة: نفس الإسقاط بما أنه فعل، وأثره بما أنه اسم المصدر لا يقبل الدخول في

ملك الغير بحيث يتحقق بالنسبة إليه الخروج عن ملك المشتري الى ملك البائع، ويكون البائع

مالكاً لهذا العمل.

ولا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم، لأن في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحق أو سقوطه. ولا ملازمة بين قابليته للدخول تحت الشرط وبين قابلية وقوعه ثمناً، لأن إسقاط الحق يصير بالشرط مملوكاً للغير على صاحب الحق، ولكنه لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً، ويحل محل المبيع في الملكية.

المالك سنخاً

وأما الثاني - وهو جعل نفس الحق ثمناً بعد فرض كونه قابلاً للنقل إلى الغير كحق التحجير - فلما عرفت من أنه في باب البيع يعتبر أن يكون كل من الثمن والمثمن داخلياً في ملك مالك الآخر، ولا شبهة في أن الحق لا يكون قابلاً لذلك، فإنه مبين مع وإن كان من أنحاء السلطنة بالمعنى الأعم. ومن المراتب الضعيفة للملك. ولكن كونه كذلك غير كافٍ لوقوعه عوضاً، لأنه لا بد من حلول الثمن محل المثلث في الملكية، فلا بد أن يكون كل منهما من سنخ الآخرة.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن دخول كل واحد من العوضين في ملك الآخر غير معتبر في مفهوم البيع عرفاً، بل المعتبر فيه هو صدق المبادلة والمعاوضة، ومن المسلم صدقها على ما إذا جعل الثمن حقاً على وجه النقل أو الإسقاط وعدم صدق «البيع بلا ثمن على هذا البيع ليكون أكل المبيع أكلاً للمال بالباطل، هذا.

وغير خفي على المتأمل مواقع النظر في كلامه ت :

منها قوله: «و الإسقاط بما أنه فعل من الأفعال و السقوط بما أنه إسم المصدر ليس كالخياطة... إذ فيه أنه لا مانع من صيرورة الإسقاط بما أنه فعل مبذول بإزائه المال عند العقلاء كسائر أعمال الحر مملوكاً، فالبايع يصير مالكا للإسقاط بسبب البيع كما يصير المشروط له مالكا له بالشرط، لوجود مناط مملوكية الفعل وهو كونه مرغوباً فيه عند العرف بحيث يبذلون المال، بازائه فللبائع إجبار المشتري على الإسقاط كما له الإجبار على الخياطة والكتابة

أمنية الطالب، ج 1، ص 43 و 44

ص: 175



ونحوهما.

. هدى الطالب / ج 1

نعم جعل العوض في البيع السقوط - لا الإسقاط - لا يخلو من إشكال، لعدم معلومية تعلق الملكية بالنتائج كما قرر ذلك في شرط النتيجة وحديث عدم تمويل المعنى الحرفي أجنبي عن الإسقاط بما هو فعل ومعنى إسمي، فتدبر.

ومنها: قوله: «و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم... إذ فيه: أن الإسقاط إن كان في نفسه قابلاً لأن يكون طرفاً لإضافة الملكية فصيرورته مملوكاً بالبيع أولى من مملوكيته بالشرط في ضمن عقد لازم، لأن تأثير نفس العقد في ملكية أحد ركنيه - وهو الثمن - أولى من تأثير الشرط الواقع في ضمنه - الذي هو كالجزم من العقد - في الملكية.

الملكية.

وإن لم يكن في نفسه قابلاً للملكية - كما هو مقتضى قوله: فان هذا المعنى معنى حرفي غير قابل لأن يتمول - لم يعقل أن يؤثر الشرط في ملكيته، ولا يؤثر نفس العقد اللازم في ملكيته كما هو واضح، بل لا بد من عدم تأثير شيء من العقد و الشرط في ملكيته.

وعلى هذا فبين قوله: «و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم وقوله: «فان هذا المعنى معنى حرفي تهافت واضح، لأن مقتضى هذه العبارة إمتناع صيرورة الإسقاط طرفاً لإضافة الملكية، ومقتضى قوله: «و لا يقاس» إمكانها، فتدبر.

ومنها قوله: «و لا - ملازمة بين قابلية الدخول تحت الشرط الى قوله: «و لكن لا - يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً ويحل محل المبيع في الملكية» إذ فيه: أن الملازمة ضرورية، لأن نفس العقد اللازم أقوى بمراتب في التأثير في الملكية من الشرط الواقع في ضمنه كما عرفت آنفاً، فقوله: «و لكن لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً، في غاية الغرابة، إذ لا يدعيه أحد، وإنما المدعى الملكية بسبب البيع.

ومنها: قوله: «و لا شبهة أن الحق لا يكون قابلاً لذلك، إذ فيه: أن الشبهة إن كانت من جهة

صدق المال على الحق فقد عرفت دفعها. وإن كانت من جهة إعتبار التمليك، بتقريب: أن الحق لا يملك، لمباينته للملك، فقد عرفت عدم إعتبار المبادلة في إضافة الملكية خاصة في مفهوم

ص: 176

ومنها: قوله: «فانه مبين مع الملك سنخاً، إذ فيه: منافاته لقوله: «و من المراتب الضعيفة للملك، وقد تقدمت الإشارة الى تهافت كلماته لي في تفسير الحق و بيان ماهيته في المقام الأول، عند التعرض للأقوال، فراجع. وقد تحصل: أن الأقوى وفاقاً لجماعة منهم صاحب الجواهر وسيدنا الأستاذاً

وغيرهما من أعلام المحسنيين على صحة جعل الحقوق القابلة للإسقاط و النقل و الإنتقال

عوض المبيع لأعمية المال عرفاً من العين و المنفعة و العمل و الحق، كما لا يعتبر في صدق المعاوضة المبادلة في خصوص الملكية، والله العالم. هذا تمام الكلام في هذا

المقام.

و لنختم الكلام في بحث الحقوق بالإشارة الى ما مر من الأبحاث في ضمن أمور: الأول: أن الحق إعتبار وضعي مجعول تأسيساً أو إمضاء كالحكم التكليفي، ولكنه يفترق عنه بأن زمام الحق بيد من ثبت له بخلاف الحكم الذي لا خيرة للمحكوم عليه في رفعه وإيقائه. و الأحسن في تعريفه إما جعله نحو إختصاص أو أولوية، فتكون السلطنة من أحكامه و آثاره، و يختص بطائفة مما عُدَّ من الحقوق. و إما جعله مشتركاً لفظياً بين أنحاء الإعتبارات. و حينئذ لا مانع من إطلاق الحق على ما لا سلطنة لذي الحق على إسقاطه.

الثاني: أن الحق ينقسم الى ما يقبل كلاً من الإسقاط و النقل الإختياري و الإنتقال القهري، مع العوض و بدونه كحق التحجير، و الى ما لا يقبل شيئاً غير الإسقاط كحق الغيبة، و الى ما يقبل الإسقاط و النقل بلا عوض - عند بعض - كحق القسم، و الى غير ذلك كما تقدم. الثالث: أن المرجع في الشك في كل من الأقسام إطلاق دليل نفس الحق إن كان، و إلا

فالعموم الفوق، و إلا فاستصحاب بقاء المجعول بناءً على حججته في الشبهات الحكمية. الرابع: أن المرجع في الشك في قبول الحق للنقل شرعاً - بعد إحراز قبوله له عرفاً - هو

i.

جواهر الكلام، ج 22، ص 209 نهج الفقهاء . .

ص

10

ص: 177

إطلاق أدلة إمضاء المعاملات لرجوع الشك الى التقييد بخصوصية ما، وليس من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية حتى يرجع فيها إلى أصالة الفساد المحكمة في العقود والايقاعات. الخامس: أن متعلق الحق كالحكم فعل المكلف، فيقال: «اللمغبون حل العقد، كما يقال يباح شرب الماء ولو تعلق بعين كما في حق التحجير والإختصاص و الرهانة كان متعلقه لبأفعلاً، فالمحجر أولى من غيره في عمارة الأرض، و صاحب الخمر أولى من غيره بتخليله، و المرتهن له إستيفاء دينه من الرهن و هكذا سائر الحقوق و هذا مما يفترق به الحق عن الملك، حيث إنه أعم مورداً، فقد يتعلق بالعين الشخصية و الذميمة، و بالفعل كالخياطة، و بمنافع الأعيان كالسكني، أي كون الدار مسكونة، و هكذا.

ثم الظاهر (1) أن لفظ البيع ليس له

تعريف البيع في كلمات الفقهاء

(1) قد تقدم تعريف البيع عن المصباح المنير ب «مبادلة مال بمال» و كان ظاهر المصنف ارتضاه و عدم التصرف فيه سوى اعتبار كون المعوّض عينا، و تردّد قدّس سرّه في صدق «المال»- في طرف العوض- على عمل الحرّ و الحقوق. و على هذا فالبيع العرفي هو «مبادلة عين بمال» و هذا المعنى هو موضوع أدلة الإمضاء، كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «1»، فالبيع الممضى شرعا هو مبادلة عين بمال، لا غير.

لكن قد ينافي هذا تعريف البيع في كلمات الفقهاء بما يغير تعريف المصباح، فعرفوه تارة بالنقل، و أخرى بالانتقال، و ثالثة بالإيجاب و القبول، و رابعة بالتمليك الإنشائي، مع اختلافهم في القيود المأخوذة فيه. و لَمَّا كان كلّ منهم بصدد تعريف حقيقة البيع كان اختلافهم فيه كاشفا عن اختلاف حقيقته، و من المعلوم أن ذلك يقتضي إجمال مفهوم «البيع» و هو مانع عن التمسك بالآية الشريفة و نحوها من الأدلة الإمضائية، إذ لم يعلم أن موضوع الحلية هل هو النقل الذي يكون فعل البائع، أم العقد الذي يكون فعل البائع و المشتري معا، أم الانتقال الذي هو أثر البيع، أم غير ذلك؟ و مع إجمال الموضوع لا وجه للتمسك بالدليل كما هو واضح. و كيف يوجّه استقرار سيرتهم قديما و حديثا على التثبيت بالآية الشريفة لإثبات مشروعية البيع و صحته و نفوذه؟

و الظاهر أن مقصود المصنف قدّس سرّه من قوله: «ثم الظاهر» دفع هذه الشبهة و تصحيح الرجوع الى الآية و نحوها من أدلة الإمضاء، و محصله: أنّ اختلاف الفقهاء في تعريف البيع ليس لأجل تعدد معانيه العرفية حتى يشكل الأمر من جهة إجمال الموضوع و ينسدّ باب التمسك بالأدلة، بل لأجل أنّ كل واحد من التعاريف ناظر إلى جهة من جهات المعنى العرفي المركوز في الأذهان، الذي هو موضوع أدلة الإمضاء.

و عليه فجميع التعاريف تشير الى معنى واحد، و هو المعنى العرفي الذي فسّره المصباح

(1): البقرة، الآية: 274

بالمبادلة بين مالين، و لم ينقل لفظ «البيع» منه الى معنى آخر شرعا، لا بالوضع التعييني و لا التعيني.

و الشاهد على أنّ الفقهاء بصدد الإشارة الى ما هو المتفاهم عرفا من لفظ «البيع» هو إنكارهم الحقيقة الشرعية، و اعترافهم ببقاء اللفظ على معناه العرفي، الذي كشف كلّ تعريف له عن حيثية من حيثياته، فمن عرفه بالعقد لاحظ كونه سببا للمبادلة الاعتبارية بين المالين، و من عرفه بالنقل لاحظ تعنون الإنشاء بالنقل عند استجماعه لشرائط التأثير. و من عرفه بالانتقال لاحظ الأثر الحاصل في المالين، و تبدّل إضافة كل منهما الى صاحبه بإضافة أخرى، و هكذا.

و عليه لا يلزم إجمال المفهوم حتى ينسّد باب الرجوع الى الأدلة الإيضائية.

(1) يعني: أنّ الشارع- الذي جعل البيع موضوعا لأحكامه- لم يتصرّف في مفهوم لفظه عرفا، كما لم يتصرف في سائر الألفاظ المأخوذة في الخطابات كالماء و الصعيد و التراب و نحوها.

(2) يعني: لم ينقل «البيع» عن مفهومه العرفي- في لسان الأئمة المعصومين «عليهم الصلاة و السلام» و الفقهاء العظام- إلى معنى آخر.

[1] لا تبعد دعوى الحقيقة المتشرعية، إذ المنسوب الى المشهور- كما قيل، و الشائع المعروف بين الفقهاء كما في المقابس «1»، بل عن العلامة دعوى الإجماع عليه، و في المختلف «2»: أنه المتبادر- هو كون البيع العقد المركب من الإيجاب و القبول، إذ التبادر علامة الحقيقة.

الا أن يقال: ان مقصود الفقهاء لمّا كان تعريف البيع المؤثر شرعا، فلذا عرفوه بالعقد، مع إرادتهم البيع العرفي.

(1): مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 2

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 51

كما سنوضحه (1) إن شاء الله، إلا (2) أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه.

## [تعريفه بالانتقال]

ففي المبسوط و التذكرة و غيرهما (3): «انتقال عين (4) من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي» (1). و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة (5)

(1) أي: في خلال كلامه المتعلق بتعريفات القوم، خصوصا ما يتعلق بكلام الشهيدين، فانظر.

(2) هذا كالأستدراك على قوله: «باق على معناه العرفي» حيث إنّ مقتضى نفي الحقيقة الشرعية و بقاء «البيع» على مفهومه العرفي هو عدم اختلاف الفقهاء في تعريفه، و اقتصارهم على ما يتفاهم منه عند العرف العام، لكنّهم اختلفوا في تحديده على عناوين شتى، و ربّما أوجب ذلك إجمال المفهوم. إلا أنّ مقصودهم بيان المعنى العرفي، و الإشارة الإجمالية إليه، و ليس اختلافهم في حقيقة البيع و ماهيته.

(3) كالسرائر و التحرير و القواعد و النهاية (2) و قد نقلنا بعض كلماتهم للاستشهاد بها على اعتبار كون المبيع عينا، فراجع ص 34.

(4) الموجود في الكتب المذكورة «انتقال عين مملوكة» و الأمر سهل.

(5) الوجه في وضوح المسامحة- كما عن مصابيح العلامة الطباطبائي قدّس سرّه- ووجه ثلاثة:

«أحدها: أن البيع فعل، فلا يكون انتقالا، لأنّه انفعال. ثانيها: أن الانتقال أثر البيع و غايته المسببة عنه، لا نفسه. ثالثها: أن تعريفه بالانتقال لا يوافق تصاريف البيع، إذ لا يراد من لفظ

و بيان آخر: ان العقد محصل للبيع العرفي و سبب له.

أو يقال: ان هذا تعريف لعقد البيع لا لنفسه، فلا يكون التعريف بالإيجاب و القبول معنى آخر للبيع، فالحقيقة التشريعية غير ثابتة فيه.

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 76، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) السرائر الحاوي، ج 2، ص 240، قواعد الأحكام، ص 47، نهاية الأحكام، ج 2، ص 447 تحرير الأحكام، ج 1، ص 164.

- بعت- انتقلت، وكذا سائر تصاريفه» انتهى ملخصاً.

و الوجه الأول ناظر إلى امتناع تفسير المباين بالمباين، لتقابل المقولات وعدم صدق بعضها على الآخر، وعليه لا وجه لتفسير «البيع»- الذي هو فعل - بالانتقال الذي هو افتعال، وهو هنا الانفعال [1].

و الوجه الثاني ناظر إلى امتناع تفسير الشيء بعلمته الغائية، كتعريف السرير بالجلوس عليه. وجه الامتناع: أن غاية الشيء مباينة للشيء، فلا وجه لتعريف البيع بالانتقال، كما أن الأثر لازم للمؤثر، واللازم غير الملزوم، فلا يعرف أحدهما بالآخر.

[1] يمكن منعه بما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من أجنبية المقام عن تعريف مقولة الفعل بمقولة الانفعال، وذلك لأن الفعل المقولي هو ما له حالة التأثير التجديدي في الشيء كتأثير النار في سخونة الماء، والانفعال المقولي هو ما له حالة التأثير التجديدي كالماء المتأثر تدريجاً بحرارة النار. وليس كل فعل خارجي -فضلاً عن النقل الاعتباري- مصداقاً لمقولة «أن يفعل» حتى يندرج تفسير البيع- الذي هو نقل - بالانتقال في التعريف بالمباين «1».

كما يمكن منع كون الانتقال أثراً للبيع بما سيأتي تفصيله فيما يتعلق بكلام المحقق صاحب المقابس قدس سره من أن النسبة بين النقل و الانتقال هل هي كالإيجاد والوجود أم كالإيجاب والوجوب.

فإن أريد من الانتقال حكم الشارع به إمضاء لما أنشأه المتبايعان كان أثراً للعقد.

وإن أريد به الانتقال في نظر البائع - وهو موضوع الإمضاء - فهو لا ينفك عن النقل في نظره حتى يكون أثراً له.

و الحاصل: أن التعريف بالنقل أو الانتقال ناظر إلى نفس المعنى الحدتي، لا المادة المنتسبة إلى البائع أو إلى المبيع حتى يتعين تعريفه بالنقل بلحاظ حيثية صدوره، لا الانتقال

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 14.

عدل آخرون (1) إلى تعريفه «بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال» (2).

و الوجه الثالث ناظر إلى بطلان التعريف بالانتقال، لأن قاعدة «لزوم توافق المشتق و المشتق منه في المعنى الكلي الساري في المشتقات» تقتضي وحدة مدلولي «بعت و انتقلت» لو كان البيع هو الانتقال.

هذا مضافا الى مسامحتين آخرين:

إحدهما: توصيف «العين» بالمملوكة، لعدم اشتراط صحة البيع بكون المبيع مملوكا، وإلا لم يصح بيع الوقف و الزكاة، مع أنه لا ريب في صدق البيع العرفي عليه.

ثانيتها: ان الانتقال صفة العوضين، و البيع كالتملك و التبديل و نحوهما مما يقوم بالبائع، فجعل الانتقال قائما بالبائع مسامحة، لأنه من قبيل الوصف باعتبار المتعلق.

(1) كابن حمزة و العلامة في خصوص كتابه «المختلف» حيث قال في تعريفه بعد نقل تعريف المبسوط: «وقال ابن حمزة: البيع عقد على انتقال عين مملوكة- أو ما في حكمها- من شخص إلى غيره بقدر معين على وجه التراضي «1». و الأقرب قول ابن حمزة، لنا: انه المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق، فيكون حقيقة فيه» «2».

(2) أي: انتقال عين مملوكة أو ما في حكمها من شخص الى غيره بقدر معين على وجه التراضي، و لم يذكر المصنف قدس سره تمام التعريف اتكالا على وضوحه، و لأن مقصوده الإشارة إلى تعريف البيع بالعقد في قبال تعريفه بالانتقال.

الذي يوصف به المبيع.

إلا أن يقال: ان تكثير القيود في تعريفاتهم- ككون العين مملوكة، و العوض معلوما، و اشتراط الرضا- شاهد على إرادة الانتقال الشرعي الذي هو أثر الإنشاء، لا الانتقال في نظر المنشي حتى يتحد مع النقل، و عليه فما أفاده السيد الطباطبائي في وجه المسامحة في محله.

(1): لاحظ كتاب الوسيلة في الجوامع الفقهية، ص 740

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 51



ثم إن تعريف البيع بالعقد شائع بين الفقهاء كما نسبه صاحب المقابس قدس سره إليهم، قال في مقام بيان إطلاقات البيع: «رابعها نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وهذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في سائر ألفاظ العقود مما كان منها مصدرا بصيغة الفاعل و المفاعلة، أو بمعناه كالقراض والمضاربة والمزارعة» (1). وعليه فأشهر معاني البيع - بل مشهورها - هو هذا المعنى.

وأما وجه العدول عن تعريفه «بالانتقال» إلى تعريفه «بالإيجاب والقبول الدالين عليه» فهو ما تقدم من كون الانتقال اسم مصدر، وصفة للعوضين، مع أن البيع المقصود في التعريف معنى مصدري لكونه فعل البائع، ولا ينبغي تعريف المعنى المصدري بالمعنى الاسمي المغاير له. وهذه المسامحة لا ترد على تعريفه بالإيجاب والقبول، لأن ما بيد المتعاقدين هو العقد المؤثر في الانتقال، لا نفس الانتقال المترتب عليهما [1].

[1] ربما يستفاد من تعبير المصنف قدس سره: «و حيث ان في هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون .. إلخ» أن كل من لم يرتض من الفقهاء تعريف البيع بالانتقال عدل إلى تعريفه بالعقد الدال على الانتقال، مع أنه يظهر للمتتبع في كلماتهم خلافه، لوجود تعاريف أخرى فيها، فعرفه جمع بالعقد الدال على النقل، كالمحقق في الشرائع (2)، والشهيد في الدروس واللمعة (3)، وعرفه أبو الصلاح الحلبي بأنه «عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والتمن وتسليمهما» (4). وعليه فلعل الأنسب تبديل «آخرون» ب «الجمع» بأن يقال: «عدل جمع إلى تعريفه بالإيجاب والقبول ..» والأمر سهل.

(1): مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 2

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 13

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191، الروضة البهية، ج 3، ص 221

(4) الكافي في الفقه، ص 352

(1) غرضه قدس سره تزييف تعريف البيع بالعقد- الدال على الانتقال- بأن ظاهره كون البيع من مقولة اللفظ، مع أنه من مقولة المعنى، لأنه مقتضى أمور مسلمة:

الأول: أن الإنشاء- على المشهور- هو التسبب باللفظ أو بالفعل إلى حصول أمر اعتباري موجود في صقع النفس، كما إذا اعتبر الشارع لا بديّة الصلاة على المكلف وأنشأها بقوله: «أقم الصلاة» فيوجد به الصلاة في عهده.

و المعاملات من العقود و الإيقاعات كلّها أمور اعتبارية، فهي أمور قصدية يتوقف وجودها في وعاء الاعتبار على إيجادها بألة كالصيغ المخصوصة بها.

الثاني: أن اللفظ موجود خارجي متصرم الوجود كالزمان، و هو من مقولة الكيف المسموع، و وجود كلّ لفظ منوط بسبب تكويني كتحرّك اللسان نحو مقاطع الحروف، و لا يصير لفظ من مبادئ وجود لفظ آخر كما لا يخفى.

الثالث: أن حقيقة البيع- بناء على توقف إيجادها على اللفظ- لا تخلو من أحد وجوه أربعة، أشار المصنف إلى ثلاثة منها:

أحدها: أن يكون البيع أمرا معنويا اعتباريا يقصده المتبايعان، و لا دخل للفظ في ماهيته أصلا، سوى أنه يوجد به في مقام الإنشاء، و قد أشار الماتن إلى هذا الاحتمال بقوله:

«من مقولة المعنى».

ثانيها: أن يكون من مقولة اللفظ، يعني: أن الإيجاب و القبول اللفظيين هما تمام ماهية البيع، و وجوده في موطن الاعتبار أجنبي عن حقيقته التي هي نفس العقد اللفظي. و قد أشار إلى هذا بقوله: «دون اللفظ مجردا».

ثالثها: أن يكون هو العقد اللفظي، لكن بشرط قصد ذلك الأمر الاعتباري. و يفترق عن سابقه بأن قصد المبادلة الاعتبارية غير مؤثرة في تحقق البيع على الاحتمال الثاني، و مؤثر على الاحتمال الثالث، لأن مقتضى الاشتراط انتفاء المشروط بعدم شرطه.

رابعها: عكس الثالث، بأن يكون البيع هو الأمر المعنوي الاعتباري، لكن لا مطلقا

- كما كان في الاحتمال الأول- بل بشرط أن يتأدى باللفظ، فإن أنشئ التمليك و التبديل باللفظ كان بيعاً، وإلا فلا بيع. وهذا الاحتمال لم يتعرض له المصنف.

و مما ذكرناه يظهر وجه بطلان تعريف البيع بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال، ضرورة كونه كسائر المعاملات- من الإجارة و الهبة و الوصية و الوقف- من الأمور الاعتبارية المنشئة تارة باللفظ و أخرى بالتعاطي، و ثالثة بالإشارة، و رابعة بالمنابذة، و خامسة بالكتابة، و نحوها. و لا دخل للفظ في حقيقتها شطراً و شرطاً، إذ لو كان اللفظ مؤثراً فيها لزم استحالة إنشائها، لما عرفت من استحالة إنشاء لفظ بلفظ آخر، و إنما القابل للإنشاء هو الأمر المعنوي الذي موطنه وعاء الاعتبار، و لا يصلح للوجود الخارجي أصلاً.

و على هذا فإن كان البيع نفس الانتقال- كما عرّفه به الشيخ و العلامة- أمكن إنشاؤه باللفظ كإنشائه بالفعل بناء على مملكية المعاطاة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و إن كان البيع نفس الإيجاب و القبول استحالة إنشاؤه، لأن اللفظ موجود مقولي خارجي، و يمتنع إنشاؤه بلفظ آخر أي بإيجاب و قبول. و لا مناص من هذا المحذور إلا إنكار تعريف البيع بالعقد. هذا.

(1) هذا هو الوجه الأول- و المتعين- ممّا يحتمل في حقيقة البيع، و المراد بمقولة المعنى هو الأمر الاعتباري الموجود في موطن الاعتبار، الذي هو وعاء وجود الأحكام العقلانية و الشرعية، من التكليفية و الوضعية. و لو فرض دخل اللفظ فيها فإنما هو في مقام الإنشاء و الإيجاد، و إلا فنفس البيع بما أنه «مبادلة اعتبارية بين المالين» أجنبي عن اللفظ و الفعل و غيرهما من آلات الإنشاء و أسبابه.

(2) أي: و إن لم يكن البيع من مقولة المعنى- بل كان من مقولة اللفظ مجرداً عن المعنى أو مشروطاً بقصد معناه- لزم استحالة إنشاء البيع، لما عرفت من أنّ الإنشاء لا- يتعلق إلا بالأمر الاعتبارية التي لا وجود لها إلا في صقع الاعتبار كالأحكام الشرعية. و لا يتعلق الإنشاء باللفظ، لأنه موجود حقيقي مغاير للموجود الاعتباري سنخاً، و يتوقف وجود اللفظ خارجاً

---

على مباد خاصة، ولا يصلح لفظ لأن يصير من مبادي وجود لفظ آخر.

ولا فرق في استحالة إنشاء البيع- لو كان هو العقد- بين كون اللفظ تمام حقيقته أو بعضها. مضافا الى استلزامه نفي بيعية المعاواة، لخلوها عن الإيجاب و القبول اللفظيين، مع أنها بيع عندهم و لو كانت فاسدة عند بعضهم.

---

[1] مضافا إلى ما فيه من: أن هذا التعريف ليس حدًا للبيع الذي هو فعل البائع فقط كما هو واضح.

وإلى: عدم شموله للبيع المعاطاتي، لظهور الدلالة في الإيجاب و القبول اللفظيين، فتأمل.

وإلى: عدم اعتبار الانتقال في مفهوم البيع، لصدقه على بيع الوقف و سهم سبيل الله من الزكاة إذا كان العوضان منهما، فإنه لا انتقال فيهما أصلا، مع صدق مفهوم البيع عرفا على بيعهما، لوجود مفهوم المعاوضة فيه، هذا.

وإلى: صدقه على جميع العقود المعاوضية، بل و المجانية كالهبة، لأن جميعها تشتمل على الإيجاب و القبول الدالين على الانتقال.

و على كل حال: المراد بالمعنى هنا ما ذكرناه من كون البيع أمرا اعتباريا، لأنه تبديل اعتباري بين مالين. لا ما في حاشية السيد قدس سره من أن بعض معاصريه قال: «المراد بالمعنى هو النقل القلبي، و هو راجع الى الكلام النفسي المزيّف في محله، فلا بد أن يكون البيع من مقولة اللفظ. كما أنّ هذا القائل التزم لدفع محذور الالتزام بالكلام النفسي بأن الطلب أيضا عبارة عن نفس القول، إذ لو كان غير اللفظ يلزم الالتزام بالكلام النفسي» (1). هذا.

فإنه لا وجه للالتزام المزبور، لوضوح أنّ النقل القلبي - و هو الالتزام النفساني به من دون إيجادها بما يكون آلة للإشياء- ليس بيعا عرفيا قطعاً، لعدم كون مجرد النقل القلبي كافيا في

---

(1): حاشية المكاسب، ص 58، 59

عدل (1) [1] جامع المقاصد إلى تعريفه «بنقل العين بالصيغة المخصوصة».

(1) جواب «و حيث إن البيع» و توجيه عدول المحقق الكركي قدّس سرّه عن تعريف البيع «بالإيجاب و القبول» الى تعريف آخر، قال في جامع المقاصد- بعد أن حكى عن المختلف تعريفه تبعا لابن حمزة بالعقد، و توجيه فخر المحققين و الشهيد له- ما لفظه: «و فيه نظر، فإنّ المفهوم من- بعت- ليس هو عقد البيع قطعا، و إنّما المفهوم منه هو المفهوم من- ملكت- فإنّ كليهما إيجاب للبيع. و لو كان المفهوم من- بعت- هو عقد البيع لما صحّ الإيجاب بملكته. و لأنّ البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه .. الى أن قال: و الأقرب: أن البيع هو نقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة لا انتقاله، فإنّ ذلك أثره إن كان صحيحا. و أيضا فإنّ البيع فعل، فكيف يكون انتقالا؟» [1].

ولما كان البيع نفس النقل الاعتباري الذي هو من مقولة المعنى كان سليما عن محذور استحالة إنشاء اللفظ باللفظ.

البيع الناقل عندهم للأموال.

و بالجملة: فجعل البيع من المعنى و إرادة الكلام النفسي منه في غير محله. و مراد المصنف من المعنى هو ما ذكرناه من الأمر الاعتباري في قبال الوجود الخارجي الحقيقي كالأفعال الخارجية من التكلّم و الضرب و الأكل و الشرب و نحوها.

[1] ظاهر هذا الكلام- لو لم يكن صريحه- أنّ وجه عدول المحقق الثاني قدّس سرّه عن تعريف البيع «بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال» هو كون البيع من مقولة المعنى لا من مقولة اللفظ. مع أنّ وجه عدوله عنه ليس ما أفاده المصنف قدّس سرّه من كون البيع من مقولة المعنى، بل لما ذكره من وجهين:

أحدهما: أنّ المفهوم من لفظ «بعت» ليس هو العقد قطعا، لعدم سريان هذا المعنى في جميع تصاريفه، فإنّ لفظ البائع ليس معناه العقاد للإيجاب و القبول، و كذا سائر مشتقاته، بل معناه إيجاب البيع فقط كإيجاب التمليك.

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 55

(1) أي: على تعريف جامع المقاصد للبيع، وقد أورد المصنف عليه بوجوه ثلاثة:

الأول: أنّه يعتبر في باب الحدود و التعريفات - ترادف الحد للمحدود كترادف «الحيوان الناطق» للإنسان، ولذا يصح إطلاق أحدهما مكان الآخر. ولم تراخ هذه الضابطة في تعريف المحقق الثاني للبيع بالنقل، وذلك لعدم ترادفهما، إذ لا يصح استعمال النقل موضع البيع، فلا يقال: «نقلت الدار» مثلا بدل «بعت الدار» و من المعلوم أن عدم صحة هذا الاستعمال يكشف عن عدم الترادف.

ويدل عليه تصريح العلامة في التذكرة بعدم وقوع البيع بلفظ «نقلت» لكونه من الألفاظ الكنائية، مع أنّ المعتبر في صيغ العقود الصراحة أو الظهور الوضعي، ولا تقع بالألفاظ الكنائية.

وعليه فلا وجه لتفسير البيع بالنقل أصلا، بل لا بد من تعريفه بمثل التملك ممّا يرادف البيع كما سيأتي تعريفه في المتن ب «إنشاء تملك عين بعوض».

الثاني: أنّ تقييد البيع بكونه «نقلا- بالصيغة» يوجب خروج البيع المعاطاتي عن التعريف، لوقوع النقل بالفعل لا بالقول، مع أنّ «المعاطاة بيع» جزما، خصوصا عند المحقق الثاني الذي حمل مذهب المشهور- من إفادتها الإباحة- على الملك الجائز، على ما سيأتي تفصيله في المعاطاة إن شاء الله تعالى، و معه يختل أخذ «الصيغة» في التعريف، بل ينبغي جعل البيع مطلقا نقل العين سواء أ كان باللفظ أم بالتعاطي.

ثانيهما: أن البيع ليس نفس العقد، بل ما يترتب عليه، و بعبارة أخرى: العقد سبب للبيع لا نفسه، و لا يصحّ تعريف المسبب بالسبب، لعدم الاتحاد بينهما كما لا يخفى.

مضافا إلى: ما عرفت من التأمل في ظهور تعريف المشهور- بالإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال- في إرادة الإيجاب و القبول اللفظيين، لوضوح أن الدلالة لا تختص باللفظ، فإنّ الأفعال تدلّ أيضا على الإيجاب و القبول.

ثم إن هذا الإشكال نبّه عليه في الجواهر أيضاً بقوله: «مضافاً إلى منافاته ما عنده من كون المعاطاة بيعاً، مدّعياً الاتفاق عليه» [1].

الثالث: أنّ المحذور المتقدم في تعريف البيع «بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال» - من استحالة الإنشاء حينئذ لعدم قابلية العقد للإنشاء - يرد على تعريف المحقق الثاني قدّس سرّه أيضاً، لوضوح أنّ القابل للإنشاء بصيغة مخصوصة مثل «بعث وملك» هو نفس النقل الاعتباري، لا النقل المقيّد بكونه بصيغة مخصوصة، لكون الصيغة لفظاً، وهو مما لا يقبل الإنشاء، وإنّما القابل له هو الأمور الاعتبارية التي توجد في صقع الاعتبار بواسطة ألفاظ خاصة، وقد مرّ توضيحه. ولو اقتصر المحقق الكركي قدّس سرّه على قوله: «نقل الملك من مالك إلى آخر» ولم يعقبه «بالصيغة المخصوصة» كان سليماً عن هذا المحذور.

(1) هذا أوّل وجوه المناقشة في تعريف جامع المقاصد، وحاصله: عدم ترادف البيع والنقل، مع لزوم رعاية الترادف في التعريف، بل النقل من لوازم المبادلة الاعتبارية، كما أنّ كثرة الرماد وهزال الفصيل من لوازم جود زيد مثلاً.

[1] يمكن دفعه بأنّ المعتبر في الحدّ هو كون مجموعته - من الجنس والفصل أو غيرهما من القيود - مرادفاً للمحدود كالحيوان الناطق في تعريف الإنسان، دون كل ما يذكر في تعريفه من الألفاظ، فإنّ الحيوان ليس مرادفاً للإنسان مع صحة التعريف به. وعليه فالنقل الذي هو بمنزلة الجنس للبيع - على ما قيل - لا مانع من تعريف البيع به مع عدم كونه مرادفاً له.

و كيف كان فصحة إيقاع الصيغة بلفظ معرّف للبيع منوطة بالصراحة وعدم الكناية، فإن قلنا بأنّ المدار في الصراحة صراحة نفس اللفظ دون ما ينضمّ إليه، فإنّ إيقاع الصيغة بلفظ «نقلت» غير صحيح، وإلا فلا مانع منه كما لا يخفى.

ويمكن دفع الإشكال الثاني - وهو كون المعاطاة عند المحقق الثاني بيعاً مع خلوّها عن الصيغة - بأنّه في مقام تحديد البيع الذي يقتضي اللزوم بطبعه، وليست المعاطاة كذلك، فتأمل.

و لذا (1) صرّح في التذكرة بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت» وجعله (2) من الكنايات. و أنّ (3) المعاطاة عنده بيع مع خلّوها عن الصيغة-: أنّ (4) النقل بالصيغة أيضا (5) لا يعقل إنشاؤه بالصيغة [1].

---

(1) أي: و لأجل عدم الترادف، و مقصوده تثبيت الإشكال على المحقق الثاني بالاستشهاد بكلام العلامة. و لكن لم أظفر بما نسبه إليه بعد الفحص، و إنّما قال في التذكرة:

«و يشترط في الصيغة أمور .. الرابع: التصريح، فلا يقع بالكناية مع النية، مثل: أدخلته في ملكك، أو: جعلته لك، أو: خذه منّي، أو: سلّطتك عليه بكذا. عملا بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب به ..» «1». و لا بد من مزيد التتبع.

(2) يعني: جعل العلامة في التذكرة- النقل- كناية عن البيع الذي هو تمليك العين بعوض.

(3) معطوف على «أنّ النقل» و اشارة إلى المناقشة الثانية في تعريف جامع المقاصد، و محصلها: النقص بالمعاطاة التي هي بيع مجرد عن الصيغة.

(4) مرفوع محلاّ على أنّه فاعل لقوله: «و يرد عليه» و كأنّ هذا الاشكال هو الأصل في الإيراد على تعريف جامع المقاصد، و هو- كما عرفت- محذور مشترك بين تعريف ابن حمزة بالعقد و تعريف المحقق الكركي، و محصّله: أنّ دخل اللفظ في حقيقة البيع يوجب استحالة إنشائه، لفرض كون بعض المنشأ لفظا، و الإنشاء لفظا آخر، و كل لفظ بما أنّه عرض متأصل- و من مقولة الكيف المسموع- يستحيل أن يتسبّب وجوده من لفظ آخر.

(5) يعني: كما لا يعقل إنشاء «الإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال» بصيغة مثل «بعت».

---

[1] و يمكن أن يقال: إنّ هذا الاشكال إنّما يرد على تعريف جامع المقاصد إذا كان قوله:

«بالصيغة المخصوصة» قيدا. و أمّا إذا لوحظ مشيرا إلى نفس النقل فلا يرد ذلك أصلا، إذ لا يعتبر

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

ص: 191



(1) أي: و لا- يندفع الاشكال الثالث- و هو امتناع إنشاء اللفظ بلفظ آخر- و محصل وجه اندفاع الاشكال: أنّ مقصود المحقق الكركي قدس سره من تعريف البيع بأنه «نقل الملك بالصيغة المخصوصة» بيان كون البيع نقلا اعتباريا لا خارجيا، توضيحه: أنّ نقل الملك قد يكون خارجيا، كما إذا بدّل الكتاب بدينار بجعل كل منهما في مكان الآخر، و قد يكون اعتباريا، و هو المبادلة بينهما في إضافة الملكية، بأن يصير المبيع ملكا للمشتري بدلا عن ديناره، و الثمن ملكا للبائع كذلك. و حيث إن البيع مبادلة اعتبارية بين المالكين أراد المحقق الثاني تعريفه بالنقل الاعتباري، و لا دخل للفظ في حقيقته حتى يتّجه عليه المحذور، و إنّما أتى بقوله:

«بالصيغة المخصوصة» لمجرد الإشارة إلى أنّ البيع نقل اعتباري ينشأ بالصيغة تارة و بالمعاطاة أخرى. و ليس قوله: «بالصيغة» قيدا لحقيقة البيع و دخيلا في ماهيته حتى يستحيل إنشاؤه.

و بعبارة أخرى: البيع نفس النقل الاعتباري، لا المقيّد بكونه مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة للإشارة الى ذلك الفرد من النقل الذي هو بيع، و من المعلوم خروج العناوين المشيرة عن المشار إليها، إذ العنوان المشير ليس إلّا حاكيا عن ذات المشار إليه و مرآة لها.

مساواة العنوان المشير مع العنوان المشار اليه، هذا.

لكن الإنصاف أنّه خلاف الظاهر جدّا، فلا يرتكب في الحدود.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 192

إلا أن يدعى: إنّ التزام المحقق الثاني بكون المعاطاة بيعا قرينة على إرادة المشيرية من الصيغة.

لكن يرد عليه حينئذ الإشكال الأول، و هو: أنّه إذا كان البيع نفس النقل من دون دخل الصيغة فيه لزم عدم الترادف، مع أنّه لا بد من الترادف.

إلا أن يقال: إنّ النقل بمنزلة الجنس للبيع، و الترادف بين الحد و المحدود معتبر بين الحدّ بتمامه من الجنس و الفصل أو ما هو بمنزلةتهما و بين المحدود، فأشكال الترادف غير وارد.

من البيع (1) نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة (2)، فجعله (3) مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل (4)، لا أنه (5) مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعت» نقلت بالصيغة (6). لأنه (7) إن أريد بالصيغة خصوص «بعت» لزوم الدور،

(1) أي: البيع الذي أريد تعريفه بقوله: «نقل الملك بصيغة مخصوصة» هو نفس النقل و التبادل الاعتباريين.

(2) أي: مدلول صيغة «بعت أو ملكت».

(3) أي: فجعل البيع مدلول صيغة «بعت» إشارة إلى النقل الاعتباري، لا قيدها في التعريف.

(4) أي: النقل الاعتباري في قبال النقل الخارجي، و من المعلوم أنّ النقل في وعاء الاعتبار يشأ باللفظ و شبهه، و لكن ليس اللفظ جزءا من مفهومه و لا دخيلا في حقيقته، و عليه فتعريف المحقق الكركي قدس سره سليم عن الاشكال الثالث.

(5) أي: لا أنّ كون البيع مدلولاً للصيغة مأخوذ في ماهية البيع حتى يستحيل إنشاؤه باللفظ من جهة امتناع إنشاء لفظ بلفظ آخر.

(6) بل مدلول «بعت»: هو «نقلت» فالصيغة غير مأخوذة في حقيقة البيع، بل هي آلة لإنشائه.

(7) تعليل لقوله: «و لا يندفع هذا» و مقصوده تثبيت الاشكال الثالث و عدم إمكان التفصّي عنه بما أفيد من جعل الصيغة المخصوصة عنوانا مشيرا لا قيدها في مفهوم البيع.

توضيح عدم اندفاع الاشكال بذلك هو: أنه يلزم من إرادة ما ذكر أحد محذورين على سبيل منع الخلوّ، إذ لو كان مراد المحقق الثاني قدس سره من «الصيغة المخصوصة» خصوص صيغة «بعت» لزم الدور، لوقوع المعرّف في المعرّف، مع توقف معرفة المحدود- أعني به البيع- على الحدّ، و المفروض أخذ «بعت» في الحدّ، و كلّما توقف معرفة الحد- كلّا أو بعضا- على المحدود لزم الدور، فكأنه قيل «البيع هو نقل الملك بالبيع».

و هذا الشق من الاشكال قد نبّه عليه صاحب الجواهر قدس سره بقوله- في الإيراد على تعريف

ابن حمزة والعلامة، وهذا التعريف-: «و الأول منهما .. مشتمل على الدور، لذكر المبيع فيه، بل لعلّ الثاني كذلك أيضا، ضرورة إرادة صيغة البيع من الصيغة فيه، وإلا انتقض بغيره» (1). ثم دفعه بما سيأتي نقله في التعليقة إن شاء الله تعالى.

وإن كان مراد المحقق الثاني قدس سرّه من «الصيغة المخصوصة»- في مقام إنشاء النقل الاعتباري- صيغة «نقلت و ملكت» فكأنه قيل: «البيع نقل الملك بصيغة نقلت أو ملكت» قلنا: إنّ إشكال الدور وإن لم يتجه حينئذ، لكن فيه محذور آخر، وهو لزوم الاقتصار في مقام الإنشاء على لفظ النقل و التمليك و التبديل مثلا، وعدم صحة إنشائه بلفظ «بعت» أصلا. مع كون صيغة «بعت» أصرح صيغ البيع، لأنّ جواز الإنشاء بلفظي النقل و التمليك مورد بحث بينهم كما ستقف عليه في أفاظ العقود إن شاء الله تعالى، و معه كيف يقتصر على هذين اللفظين و يترك الإنشاء بمادة البيع مع صراحتها في إرادة تمليك العين بعوض؟

فالنتيجة: أنه بعد بطلان كلا شقّي التريديد يبقى الاشكال الثالث- أعني به: استحالة إنشاء اللفظ باللفظ- على حاله، و لا يصلح جعل الصيغة عنوانا مشيرا للتخلص عنه، هذا.

(1) هذا تقريب الدور، لأنّ المقصود معرفة «البيع» الذي هو مادة صيغة «بعت» فكيف يؤخذ المعرف في المعرف؟

(2) التي يكون معناها ساريا في جميع التصاريف و المشتقات التي منها صيغة «بعت».

[1] قيل في دفع الدور كما في حاشية السيد قدس سرّه: «بأن المراد من- بعت- لفظه، فهو في قوة قولنا: ان البيع هو النقل بلفظ بعت، و لا يلزم العلم بمعنى- بعت- حتى يلزم الدور. و على فرضه يكفيه العلم إجمالا» (2) و قريب منه ما في حاشية العلامة المامقاني قدس سرّه (3).

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 205

(2) حاشية المكاسب، ص 59

(3) غاية الآمال، ص 174

ولعله مقتبس مما أفاده صاحب الجواهر قدس سرّه بقوله: «اللهم إلا أن يدفع الدور بأن الموقوف معرفة البيع بالرسم أو الوجه الأتم، و الموقوف عليه معرفته بالوجه الظاهر المعلوم لكل أحد» (1).

و حاصل وجه دفع الدور: أن المحدود هو معنى البيع، و المأخوذ في الحد- أعني به:

بعث- هو نفس اللفظ، فالموقوف هو المعنى، و الموقوف عليه هو اللفظ، و هما متغايران، ألا ترى أنّه لو قيل: «البيع نقل العين بلفظ: بعث» لم يلزم الدور، لأنّ الدال على النقل هو اللفظ، لا المعنى.

أقول: لا- مجال لشيء من إشكال الدور، و لزوم الاقتصار على النقل و التملك حتى تصل النوبة إلى دفعهما، و ذلك لأنّ «الصيغة المخصوصة» بناء على صحة وجه الاندفاع- أعني به مشيرية قوله: بالصيغة المخصوصة- خارجة عن الحد رأساً، لأنّ معنى المشيرية هو خروج العنوان المشير عن الحد، و عدم دخله فيه أصلاً. و مع فرض خروجه عن حيز الحد لا معنى لإيراد أحد الإشكاليين من الدور أو لزوم الاقتصار على النقل و التملك على التعريف المزبور، بدهاء أنّ القيود المأخوذة في الحدود دخيلة في نفس المفهوم، بخلاف العناوين المشيرة، فإنّها خارجة عن الحد، و حاكية عن المفهوم المبيّن حدوده.

و بعبارة أخرى: دخل الحدود في المحدودات ثبوتياً، و دخل العناوين المشيرة في المحدودات إثباتياً، لأنّها واسطة في العلم و الإثبات.

و على هذا فلا موضوع لإشكال المصنف قدس سرّه- على جعل «الصيغة المخصوصة» مرآة- بما ذكره من الدور، أو لزوم الاقتصار في التعريف على مجرد التملك و النقل، و إسقاط الصيغة المخصوصة، و ذلك لأن موضوع الاشكال هو ما يؤخذ في الحد، و المفروض خلافه، إذ لا دخل للعنوان المشير في الحد أصلاً.

نعم يرد على المشيرية: أنّها خلاف الأصل في القيود، سيّما الواقعة في الحدود، إذ المقصود بها بيان حدود المفهوم، و الحمل على المشيرية إلغاء للقيود حقيقة، كالحمل على

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 205

وإن أريد بها (1) ما يشمل (2) «ملكت» وجب (3) الاقتصار على مجرد التملك و النقل.

(1) أي: بالصيغة المخصوصة، وهذا هو الشق الثاني مما أجاب به المصنّف قدّس سرّه عن اندفاع الاشكال الثالث. وقد عرفت توضيحه آنفا بقولنا: «وإن كان مراد المحقق الثاني قدّس سرّه من الصيغة المخصوصة في مقام .. إلخ».

(2) لا- تخلو العبارة عن قصور في التأدية، لأنّ المقصود بهذا الشق هو إرادة ما عدا صيغة «بعت» من قول المحقق الثاني: «بصيغة مخصوصة» فالبيع هو نقل الملك بصيغة «نقلت أو ملكت» حتى يندفع محذور الدور، إذ لو أريد من الصيغة ما هو أعم من «بعت و ملكت» لم يندفع المحذور، فحقّ العبارة بقرينة قوله: «وجب الاقتصار» أن تكون هكذا: «وإن أريد بها ما عدا لفظ بعت و جب الاقتصار ..».

(3) وجه وجوب الاقتصار هو عدم قابلية لفظ «بعت» لإنشاء البيع به.

التوضيحية التي هي كإلغاء القيد وجعله كالعدم.

وعلى هذا فقول المحقق الثاني: «بالصيغة المخصوصة» ظاهر في القيدية للمفهوم، فيرد عليه ما أورد به على تعريف المشهور: من عدم تعقل إنشاء اللفظ في وعاء الاعتبار، لكونه من الموجودات الحقيقية غير القابلة للوجود الاعتباري كما لا يخفى.

ثم إنّه إن أغمضنا عن مقتضى المشيرية- من عدم دخل العنوان المشير في مفهوم المحدود- لا يلزم الدور أيضا، لأنّ النقل بالصيغة- أعني بها: بعت- يوجب معرفة معنى «بعت» وهو النقل، لأنّ لفظ «بعت» إن لم يكن معناه: «نقلت» فلا وجه لجعله آلة للنقل، فمعنى البيع المصدري إذا كان هو النقل فلا محالة يكون معنى «بعت» و سائر مشتقاته أيضا هو النقل.

وكيف كان فيرد على تعريف المحقق الثاني أولا: أنه لا يدل على اعتبار العوض في البيع.

و ثانيا: عدم صدقه على بيع الزكاة و الوقف إذا كان كل واحد من العوضين منهما، إذ لا نقل فيه، مع صدق البيع العرفي عليه.

## المختار في تعريف البيع

(1) هذه الأولوية تعيينية كأولوية في استحقاق أولى الأرحام للإرث، وليس المراد مجرد تفضيل هذا التعريف على ما سبق من التعاريف، فإنها لما لم تكن خالية عن الخلل ولا وافية بتعريف البيع لم تكن مشاركة للتعريف الآتي حتى يكون هذا التعريف راجحا عليها، بل المتعين تعريف البيع بإنشاء التمليك، ولا وجه لتعريفه بما تقدم من الانتقال والعقد ونحوهما.

(2) أي: تعريف البيع، وهذا مأخوذ- مع بعض التصرف- من العلامة الطباطبائي قدس سره حيث قال في محكي المصاييح: «ان الأخصر والأسد تعريفه بأنه إنشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضي» (1).

ويتلخص وجه الأولوية في سلامة هذا التعريف من وجوه الخلل والإشكالات الواردة على التعاريف الثلاثة المتقدمة.

وبيانه: أنه لا يرد على تعريف المصنف قدس سره ما أورد به على تعريف المبسوط والتذكرة «بانقالت عين من شخص إلى غيره ..» تارة بأن البيع من مقولة الفعل، والانتقال من مقولة الانفعال. و أخرى بأن الانتقال من الغايات المترتبة على البيع لا نفسه. وثالثة بانخرا م قاعدة لزوم موافقة التصاري ف لمبدأ الاشتقاق في المعنى، بدهاة عدم كون معنى «بعت، أبيع: انتقلت، أنتقل» وهكذا سائر التصاري ف.

وكذا لا يلزم على تعريف المتن ما أورد به على تعريفه «بالعقد الدال على الانتقال» من عدم تعقل إنشاء اللفظ باللفظ.

وكذا ما أورد به على تعريف جامع المقاصد «بتقل الملك بالصيغة المخصوصة» من عدم مرادفة البيع للنقل، ومن خروج المعاطاة عن التعريف مع كونها يباعا عنده، ومن عدم تعقل إنشاء النقل - المقيد بالصيغة - باللفظ.

هذا مضافا إلى: إسقاط قيد «على وجه التراضي» المذكور في تعريف شيخ الطائفة

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 205 و 206، واختاره في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 148 من دون نسبه الى السيد بحر العلوم.

والسيد بحر العلوم وغيرهما قدس سرهم، لأن أخذته في التعريف يوجب خروج بيع المكره عن الحد، مع أنه بيع عندهم إذا لحقه الرضا، بل بدونه أيضا في بعض الموارد كبيع الحاكم في موارد جواز إكراهه البائع عليه، فإن البيع صحيح مع عدم التراضي.

وإلى: العدول عن «العوض» إلى «مال» من جهة أعمية العوض من المال، لشموله لجملة من الحقوق كحق السلام وحق ولاية الأب و الجد على الصغير، وحق الحضانة، ونحوها مما لا يصدق عليه المال مع صدق العوض عليها، على ما قيل. وقد تقدم تحقيق الحال في بحث الحقوق، وأن ما يقبل منها الإسقاط فقط - أو مع النقل - مال عرفا، فلا مانع من جعله عوضا في البيع.

(1) وجه زيادة لفظ «الإنشاء» في التعريف هو: كون البيع تمليكا إنشائيا لا تمليكا خارجيا أي ممضى شرعا، أو عقليا، لأن ما بيد البائع هو التمليك الإنشائي، والملكية الشرعية أو العقلانية خارجة عن حيز قدرته، فلا معنى لإيجادها بالإنشاء، فإن كان ما أنشأه واجدا لشرائط البيع الصحيح العرفي و الشرعي ترتبت الملكية على إنشائه، وإلا فلا.

[1] لا- بأس بالبحث إجمالا عن حقيقة الإنشاء، فنقول: نسب إلى المشهور الإيجاد والتسيب، بمعنى ترتب عناوين العقود والإيقاعات على الصيغ الإنشائية ترتب المسببات على أسبابها.

لكن أنكر ذلك جمع من الأعيان وذهب كل منهم إلى أن حقيقة الإنشاء أمر آخر، فاختار شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدس سره أن ترتب العناوين المعاملية على الصيغ كترتب ذوات الآلة على آلاتها.

وذهب شيخنا المحقق العراقي قدس سره إلى اشتراك الإخبار والإنشاء في الحكاية عن نسبة إيقاعية، وإنما يفترقان في المحكي، وواقفه السيد المحقق الخوي قدس سره إلا أنه قال بأن الإنشاء اعتبار نفساني وإبرازه بمبرز، فالبيع مثلا مجموع الأمرين، لا محض الاعتبار، ولا الإبراز المجرد عن الاعتبار.

وأبدى المحقق الأصفهاني قدس سره نظرا آخر، فقال إنَّ الإنشاء إيجاد نفس الأمر الاعتباري

---

بوجود لفظي في قبال وجوده في أفق الاعتبار. هذا.

ويمكن أن يستدل للمشهور- وهو الإيجادية بمعنى التسبيب- بتمهيد أمور:

أحدها: أن الإنشاء لغة هو الخلق، ففي الصحاح: «أنشأ الله: خلقه». وفي المجمع:

«أنشأكم، أي: ابتدأكم وخلقكم...، و النشأة الأخرى: الخلق الثاني» «1» ولم يثبت نقله الى معنى آخر، فالإنشاء هو الإيجاد والخلق، و ليس الإبراز مرادفا له ولا- مما يؤدي معناه، حيث إن الإبراز هو الإظهار. قال في المجمع: «وترى الأرض بارزة أي: ظاهرة» «2» و من المعلوم أن الإبراز مترتب على الوجود، لأنه إظهار، وهو منوط بوجود شيء قبل الإظهار، فلا يكون الإبراز إنشاء أي إيجادا.

ثانيها: أن كل معنى يتصف بالوجود اللفظي حين الاستعمال، سواء أكان ذلك المعنى موجودا عينيا أم ذهنيا، وسواء أكان جوهر أم عرضا. ولكن هذا الوجود اللفظي ليس محل البحث في إيجاد المعنى باللفظ في الإنشاء، إذ المقصود به وجوده في وعاء الاعتبار، هذا.

ثالثها: أن ترتب الوجود الخارجي وكذا الصفات النفسانية على الألفاظ ترتب المعلول على العلة بمكان من الإمكان، بل واقع، كتأثير الكلام العنيف في اصفرار وجه الوجل. وكتأثير ذكر النار ودرجاتها وشدة عذابها في حصول الخوف الذي هو من صفات النفس. و من المعلوم أنه لا- فرق بين الوجود الخارجي و الوجود الاعتباري في إمكان عليّة اللفظ لهما، بل الثاني أهون من الأول، لأنه اعتبار محض، بخلاف الوجود الخارجي.

فدعوى إمكان إيجاد المعنى في الجملة في وعاء الاعتبار باللفظ- سواء أكان المعنى خارجيا أم اعتباريا وسواء أكان معنى حقيقيا لفظ أم غيره كالأمثلة المتقدمة من اصفرار وجه الوجل بالكلام العنيف ونحوه- غير مجازفة.

رابعها: أن المسلّم عدم اتصاف الإنشاء بالصدق والكذب، وإتّما المتصف بهما هو الإخبار، و حينئذ فإن قلنا: إنَّ الإنشاء هو الإبراز بمعنى إظهار ما في النفس فلا بد من اتّصافه

---

(1): مجمع البحرين، ج 1، ص 415 و 416

(2) مجمع البحرين، ج 4، ص 6



بالصدق والكذب، لأنّ إظهار ما في النفس إخبار و حكاية عن الشيء ء الموجود فيها من صفة أو اعتبار كالوجوب، فإن كان هذا الإظهار- الذي يكون إخبارا و حكاية عن وجود صفة أو اعتبار في النفس- مطابقا للواقع، بأن كان المبرز موجودا في النفس كان الإبراز متصفا بالصدق، وإلا فهو موصوف بالكذب.

وإن قلنا: إنّ الإنشاء هو الإيجاد بأن يكون اللفظ موجدا لما لم يكن موجودا قبل الإنشاء لم يتصور الاتصاف بالصدق والكذب، إذ ليس للنسبة الكلامية خارج تطابقه أو لا تطابقه، لوضوح أنّه ليس شيء ء موجودا قبل الإنشاء كي يكون الإنشاء حاكيا عنه و مبرزا له، حتى ينتزع الصدق عن مطابقة الحاكي للمحكي عنه، و الكذب عن عدم المطابقة له. بل يوجد شيء ء بنفس هذا اللفظ، فلا يكون اللفظ مبرزاً و مخبراً عن شيء ء موجود، بل هو علّة لوجود شيء ء، فلا إبراز و لا حكاية أصلا.

خامسها: أنّ الإنشائية و الإخبارية من صفات اللفظ، فيقال: الكلام إمّا خبر و إمّا إنشاء.

قال في تهذيب المنطق بعد تقسيم دلالة اللفظ إلى المطابقة و التضمن و الالتزام: «و الموضوع- يعني اللفظ الموضوع- إن قصد بجزء منه الدلالة على جزء المعنى فمرّكب إمّا تام خبر أو إنشاء ..

إلخ» و نحو ذلك ما في سائر الكتب الأدبية.

فلو لم يكن اللفظ موجدا للمعنى في باب الإنشاء- بل كان مبرزاً للاعتبار الذي اعتبرته النفس- لم يصح توصيفه بالإنشاء. كما أنّه إذا لم يكن حاكيا عن النسبة لم يصح توصيفه بالإخبار، لأنّ هذين الوصفين حينئذ ثابتان للمدلول، فيكون الوصف باعتبار المتعلق.

إذا عرفت هذه الأمور تعرف أنّ الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى المقصود- وإخراجه عن العدم الى الوجود- باللفظ إيجادا اعتباريا، مضافا إلى إيجاده اللفظي الموجود في استعمال كلّ لفظ في معناه. كما أنّ الإخبار عبارة عن حكاية كلام عن مبدء فارغا عن ثبوته أو عدمه.

و هذا يلزم نسبة خارجية تطابقها النسبة الكلامية أو تخالفها.

بخلاف الإنشاء، فإنّ إيجاد النسبة ملازم لعدم نسبة خارجية، فإنّ وجود النسبة الخارجية شأن الحكاية المقومة للإخبار. و بعد اتصاف الكلام بالإخبارية و الإنشائية- إذا انضمّ إليهما جهة الجدلّ بالإنشاء و الحكاية- يتصف الإنشاء بالموجدية، و الخبر بالمبرزية للواقع،

وإلا يبقى الإنشاء على مجرد إنشائيته المحفوظة مع الهزل و السخرية، و يبقى الإخبار على صرف إخباريته، المجتمع مع الهزل و السخرية و غيرهما.

و لا ينافي الإنشاء بهذا المعنى ما أفاده بعض مشايخنا الأساطين و سيدنا المحقق الخويي قدس سرهما من أن حقيقة الوضع هي التعهد و الالتزام النفسي بجعل لفظ خاص أو هيئة خاصة مبرزا لقصد تفهيم أمر تعلق به غرض المتكلم.

وجه عدم التنافي: أن بعض الهيئات كصيغة «افعل» وضعت لإيجاد أمر اعتباري و إيقاع المبدأ في وعاء الاعتبار على عهدة المخاطب، كما أن بعض الهيئات كالجملة الاسمية وضعت لإبراز قصد الحكاية عن وقوع نسبة أو لا وقوعها، فالمعنى المقصود تفهيمه في القسم الأول و هو إيجاد المعنى في وعاء الاعتبار، و في القسم الثاني هو الحكاية عن نسبة ثبوتية أو سلبية.

و أما غيرهما من الهيئات التي تطلق و يراد بها الإنشاء تارة و الإخبار أخرى فالموضوع له فيها هو انتساب المبدأ إلى الفاعل، و إرادة الإيجاد و الحكاية منه منوطة بقرينة خارجية، فتكون إرادة الإنشاء أو الإخبار حينئذ من باب تعدد الدال و المدلول.

و بالجملة: فالموضوع له في الهيئات المختصة بالإخبار- كالفعل الماضي و المضارع و الجملة الاسمية- هو الحكاية عن ثبوت النسبة أو نفيها. و في الهيئات المختصة بالإنشاء كصيغة الأمر هو إيجاد الأمر الاعتباري في وعاء الاعتبار، فالمعنى الموضوع له في هذين القسمين هو المقصود بالتفهم، و في غيرهما تفهيم المقصود بالقرينة على المراد حتى لا يلزم المجاز في الكلمة.

و الحاصل: أن الإخبار و الإنشاء مفهومان متغايران، لأن الإخبار هو الحكاية عن نسبة لها خارج تطابقه أو لا تطابقه، و الإنشاء عبارة عن إيجاد نسبة ملازم لعدم خارج لها، بل حقيقتها هي تحققها بنفس الإنشاء الناشئ عن اللفظ. فإن كان الإنشاء بداعي الجد ترتب عليه المنشأ بحكم العقل أو الشرع أو العرف أو الجميع، حيث إن الإنشاء بهذا الداعي موضوع لحكم و موصوف بالموجدية، دون الإنشاء الهزلي، فإن داعي الهزل يجعل الإنشاء صورياً و خارجاً عما هو موضوع لاعتبار العقلاء أو الشارع.

و كذا الحال في الإخبار، فإن كان الداعي الى الإخبار الجد يتصف بالمبرزية للواقع، و إلا

---

فيبقى على خبريته المجتمع مع الهزل والسخرية.

فالمتحصل مما ذكرنا: أنّ الإنشاء يوجد معناه إذا كان عن جدّ، ولا ينافيه ما تقدم من معنى الوضع، لأنّ ندعي أنّ إيجاد الأمور الاعتبارية من المعاني المقصودة بالتفهم، فوضع الواضع هيئات خاصة لإيجادها، كما أنّ حكاية النسبة- التي لها خارج- من المعاني المقصودة بالتفهم، فوضع لها هيئات خاصة كالجملة الاسمية. فدعوى إمكان إيجاد اللفظ للمعنى في الإنشاء غير مجازفة، هذا.

هذا كله في الانتصار لما نسب الى المشهور من الإيجاد بمعنى التسبب.

واستدلّ المحقق النائيني قدس سرّه على مقالته من كون ألفاظ المعاملات موحدة لتلك العناوين الاعتبارية على حدّ إيجاد الآلة لذي الآلة بما حاصله: أنّ العقود والإيقاعات ليست من باب الأسباب والمسببات وإن أطلق عليها ذلك، بل إنّما هي من باب الإيجاد بالآلة.

والفرق بين الأسباب والمسببات وبين الإيجاد بالآلة هو: أنّ المسبّب لم يكن بنفسه فعلا اختياريا للفاعل بحيث تتعلق إرادته به أولا وبالذات، بل الفعل الاختياري المتعلّق للإرادة هو السبب، فيتربّب عليه المسبب قهرا. وهذا بخلاف باب الإيجاد بالآلة، فإنّ ما يوجد بالآلة كالكتابة باستعانة القلم هو بنفسه فعل اختياري للفاعل و متعلّق إرادته، ويصدر عنه أولا وبالذات، ضرورة أنّ الكتابة ليست إلا عبارة عن حركة القلم على القرطاس بوضع مخصوص، و من المعلوم أنّها بنفسها فعل اختياري صادر عن المكلف أولا وبالذات، بخلاف الإحراق، حيث إنّ الصادر عن المكلف هو الإلقاء في النار لا الإحراق.

وكذا الكلام في سائر ما يوجد بالآلة من آلات النجارة والصياغة والخياطة وغير ذلك، فإنّ جميع ما يوجد النجار مثلا يكون فعلا اختياريا له، والمنشار وغيره من آلات النجارة آلة لإيجاده.

وباب العقود والإيقاعات كلها من هذا القبيل، فإنّ هذه الألفاظ كلّها آلة لإيجاد الملكية والزوجية والفرقة وغير ذلك. وليس البيع مثلا مسببا توليديا لهذه الألفاظ، بل البيع بنفسه فعل اختياري للفاعل تتعلق إرادته به أولا وبالذات ويكون إيجاده بيده «1».

---

(1): فوائد الأصول، ج 1، ص 81

وبهذا الوجه تخلّص المحقق النائيني قدّس سرّه عن الإشكال الآتي بيانه في التمسك بإطلاق أدلة الإمضاء- لفظيا أو مقاميا- من أنّ حلية معاملة كالبيع هل تقتضي حلية كل ما يتسبب به أم لا؟

وذلك لأنّ معنى صحة البيع- بناء على هذا المسلك- صحة إيجاده بكل ما يكون إيجابا له بنظر العرف. هذا.

وذهب شيخنا المحقق العراقي قدّس سرّه الى أنّ المائز بين الإخبار والإنشاء ليس هو قصد الحكاية والإيجاد كما ذكروه، بل كما أنّ بينهما جهة مشتركة وهي الدلالة على إيقاعية النسبة- خلافا للمركبات الناقصة- فكذا يفترقان في أنّ المحكي في الجملة الخبرية مبدأ ثابت فارغا عن ثبوته، وأنّ المحكي في الجملة الإنشائية إيقاع المبدأ، الملازم لعدم وجود نسبة خارجية تطابقه النسبة الكلامية أو لا تطابقه. فإذا قال: «بعتك» إخبارا كان المتبادر منه إبراز نسبة ثابتة محفوظة في قبال كونه إنشاء، إذ المتبادر منه إبراز نسبة إيقاعية أوجدها المستعمل في وعائها المناسب لها.

وحيث كانت الحكاية والإبراز عمّا في الضمير مأخوذة في استعمال الجملة في الإخبار تارة والإنشاء اخرى جرى فيهما قصد الجدّ والهزل، ويكون قصد الإيجاد من أطوار الإنشاء لا مقوّما له، وإلاّ لزم لحاظ الإيجاد مرتين لو قصد موجدية الإنشاء لمضمونه، وهو خلاف الوجدان «1».

وبهذا البيان يجاب عن بعض ما أورده القائل بالاجادية على هذا القول أعني به اشتراك الإنشاء والاعخبار في جهة الإبراز والحكاية، وافتراقهما في المبرز والمحكي.

ورتب قدّس سرّه على هذا المبنى كون الإنشاء في باب الأحكام التكليفية من وسائل إثبات الإرادة، لأنّ قول المولى «صلّ» مثلا يدل على إيقاع المادة- أعني بها الصلاة- على المخاطب، وهذه النسبة الإيقاعية من لوازم الطلب القائم بنفس المولى، فيكون «صلّ» مبرزا لذلك الطلب الحقيقي، ويترتب على هذا الإبراز الوجوب والبعث والتحريك ونحوها من العناوين، فلا توجد هذه العناوين بنفس الإنشاء، بل توجد بإبراز الطلب النفساني الذي يكون إبرازه منشأ لاعتبار عنوان الوجوب والبعث مثلا، فالإنشاء واسطة في إثبات الوجوب، لا واسطة ثبوتية له.

(1): مقالات الأصول، ج 1، ص 25 (الطبعة الحجرية)، نهاية الأفكار، ج 1، ص 56 الى 58

---

و هذا بخلاف الإنشاء في باب العقود و الإيقاعات، فإنّه من الوسائط الثبوتية، لمضامينها التي هي حقائق اعتبارية «(1)».

هذا كله في الفرق بين الإنشاء و الإخبار ثبوتا. و أمّا في مقام الإثبات فحيث إن طبع هذه الجمل كان على الحكاية عن واقع ثابت فيحمل الكلام على الإخبار، و يتوقف إرادة الإنشاء على قرينة صارفة عن الحكاية عن الواقع الثابت إلى إبراز الإيقاع الذي هو خروج النسبة من العدم الى الوجود «(2)». هذا.

و ذهب سيّدنا الخويي قدّس سرّه الى هذا المسلك ببيان آخر، محصّ له: أنّ الإنشاء و الإخبار يشتركان في كون كل منهما مبرزاً لمقاصد المتكلم في مقام التفهيم، و يستعمل اللفظ في كل منهما في معناه الموضوع له. و يفترقان في أنّ الجمل الإنشائية بما لها من الهيئات الخاصة وضعت لإبراز الأمور النفسانية سواء أ كانت من الاعتباريات كالملكية و الزوجية و الوجوب و الحرمة وغيرها، أم من الصفات كالتمني و الترجّي و نحوهما، و لمّا لم يكن في مواردها خارج- تطابقه النسبة الكلامية أو لا تطابقه- لا تتصف بالصدق و الكذب، بخلاف الجمل الخبرية، فإنّ المعنى الموضوع له فيها- المبرز بها- لمّا كان عبارة عن قصد الحكاية، و هو متصف بالصدق و الكذب- اتصف بأحدهما لا محالة بالتبع.

فالفرق بين الخبر و الإنشاء ليس من ناحية دواعي الاستعمال كما ذهب إليه صاحب الكفاية قدّس سرّه، بل من ناحية الوضع الذي هو التعهد و الالتزام النفساني بجعل لفظ خاص أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهمه.

و ما اشتهر من أنّ «الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ» ممنوع، إذ الإيجاد إمّا تكويني كإيجاد الجواهر و الأعراض، و هو ضروري البطلان، لعدم كون الألفاظ من سلسلة علل وجود الموجودات الخارجية، بل لها علل و معدّات أجنبية عن عالم الألفاظ. و إمّا اعتباري كإيجاد الوجوب و الحرمة و الملكية و الزوجية و نظائرها من الأمور الاعتبارية. و هو أيضا كذلك،

---

(1): مقالات الأصول، ج 1، ص 26

(2) نهاية الأفكار، ج 1، ص 58

---

ضرورة كفاية نفس اعتبار المعبر في وجودها في وعاء الاعتبار بلا حاجة الى اللفظ أصلا، وإثما اللفظ مبرز له وحاك عنه.

وعليه فالصحيح أن الإنشاء مبرز للاعتبار النفساني لا موجد.

هذا محصل ما أفاده قدس سره «1» في مواضع. وأضاف إليه في بعض كلماته: أن العناوين المعاملية ليست هي مجرد الأمور النفسانية الموجودة في أفق الاعتبار فحسب حتى يكون اللفظ مجرد مبرز لها، بل البيع مثلا لا يترتب عليه الأثر عرفا وشرعا إلا بإبرازه، فموضوع الأثر مجموع المبرز والمبرز. «2» هذا.

ويمكن أن يورد على القول بالإبراز أولا: بأن الإبراز والكشف يستلزمان حصول المنشأ بكل ما يدل عليه ويبرزه ولو غير اللفظ من إشارة أو كتابة أو إلقاء حصة أو فتح باب أو غير ذلك، لأن هذا من لوازم العناوين المشيرة التي لا دخل لها في هوية العناوين المحكية بها والمشار إليها. والالتزام بذلك كما ترى.

وأما ثانيا: فلاستلزام ذلك كون الإنشاءات بأسرها إخبارا، لأنها حاكية عما في النفس، فإن كانت النسبة الكلامية مطابقة لما في النفس فهي صادقة، وإلا فهي كاذبة، فتتصف بالصدق والكذب. وهذا خلاف ما اتفقت عليه كلماتهم من أن الإنشاء لا يتصف بالصدق والكذب، وإثما المتصف بهما هو الخبر فقط.

وأما ثالثا: فلاستلزامه كون الأحكام الشرعية هي الطلب والكراهة الحقيقيين القائمين بالنفس اللذين هما من الأمور الخارجية المبينة للأمور الاعتبارية.

وهذه الوجوه يمكن التفصي عنها- أو عن بعضها- بما تقدم في كلامي شيخنا المحقق العراقي والسيد المحقق الخوي قدس سرهما.

وقد يفرض للقول بالإبراز وجه آخر غير ما أفاده العلمان، ومحصله: أن إيجاد الأمر الاعتباري الشرعي أو العقلاني ليس بيد المنشئ، وإثما بيده إيجاد موضوع ذلك الأمر الاعتباري كالسفر والحضر، فإن المكلف لا يتمكن من إيجاد حكمهما وهو وجوب القصر أو التمام، لكنه يقدر على إيجاد موضوعهما أعني به السفر والحضر اللذين هما موضوعا وجوب

---

(1): أجود التقريرات، ج 1، ص 26 و 27

(2) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 53

القصر و التمام. و الألفاظ لم توضع إلا لتفهم المقاصد و ما في الضمائر، و هذا من الأفعال الاختيارية، فما بيد المتكلم هو إبراز ما في نفسه باللفظ سواء أ كان صفة راسخة فيها كالشجاعة، أم اعتبارا- كالملكية و الزوجية و الرقية و نحوها من الاعتبارات الشرعية أو العقلانية، فإنَّ إيجاد تلك الاعتبارات في وعاء الاعتبار بيد معتبرها من الشارع أو العقلاء.

و عليه فمقتضى عدم اختيارية تلك الاعتبارات للمتكلم، و كون الألفاظ مبرزة للمعاني المقصودة- حيث إنَّ الغرض من وضع الألفاظ هو المبرزية و الحكاية عن المقاصد، على اختلافها في التفهيم من كونها حكاية عن نسبة لها خارج أو عن إيجاد نسبة- هو كون الإنشاء عبارة عن إبراز نسبة إيجابية، فإن كان ما في النفس إيجاد نسبة بين الصلاة مثلا و بين المخاطب و إيقاع المادة عليه فيبرزه بقوله: «صلِّ» أو كان ما في النفس ملكية دار معيّنة لزيد، أو زوجية هند له، فيبرزه بقوله: «بعت، أو زوجت» فإذا أبرز ما في النفس بألفاظ وضعت لإفهامها و إبرازها اعتبر العقلاء أو الشرع في عالم الاعتبار ذلك الاعتبار المقصود له الكامن في نفسه.

فالإخبار و الإنشاء يشتركان في الإبراز عمّا في النفس كما هو الغرض من وضع الألفاظ، و يفترقان في المبرز، لأنّه في الإنشاء قصد إيجاد نسبة، و في الإخبار قصد الحكاية عن نسبة لها خارج تطابقه أو تخالفه، فلذا يتصف الخبر بالصدق و الكذب، بخلاف الإنشاء، لأنّه إيجاد نسبة كانت معدومة، فليس لها خارج حتى يتصف بالصدق و الكذب.

و الحاصل: أنّ الأمرين المتقدمين- و هما: كون الألفاظ موضوعة لتفهم المقاصد و ما في الضمائر، و كون الأمر غير الاختياري غير قابل للإيجاد- يقتضيان أن يكون موضوع الأمر الاعتباري بيد المتكلم، لا نفس الاعتبار، فإنَّ ذلك من شأن معتبره من العقلاء أو الشرع.

فالمتكلم حين تلفظه بقوله: «بعت» مثلا يبرز ما في نفسه من تبديل ماله بمال، فيبرز هذا المقصود بلفظ «بعت» المستعمل فيما وضع له. و هذا الإبراز موضوع لحكم الشرع أو العقلاء بالملكية. و هكذا التوزيع و نحوه. فالاختلاف بين الإنشاء و الإخبار إنّما هو في الوضع، لا في القصد كما عليه صاحب الكفاية، و لا يرد عليه شيء مما أسلفناه كما هو ظاهر بالتأمل.

لكن هذا التقريب لا يخلو أيضا من تأمل، فإنَّ مصبّ النزاع في إيجابية الإنشاءات

و لا يلزم (1) عليه شيء مما تقدم.

## [مناقشات في التعريف المختار]

### إشارة

نعم (2)

(1) أي: لا يرد على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» شيء من الإشكالات المتقدمة على تعريفه بالانتقال أو بالعقد أو بالنقل بالصيغة، نعم تبقى وجوه من المناقشة في التعريف المتقدم تعرض المصنف قدس سره لجملة منها، وتعرض - بعدها - لجملة أخرى منها في التعليق إن شاء الله تعالى.

مناقشات في التعريف المختار

(2) استدارك على قوله: «لا- يلزم» يعني: أنّ إشكالات سائر التعاريف وإن لم ترد على تعريف المتن، لكن هنا وجوه أخرى ربما يتوهم ورودها عليه، فلا بد من ذكرها وبيان سلامة التعريف منها.

و ليعلم أنّ جملة من الوجوه- التي تعرض المصنف لها- لا تختص بتعريفه، بل يشترك فيها تعريف البيع بالعقد أو بالانتقال أو بالنقل، فإنّ الشهيد الثاني قدس سره أورد بها على تعريف المحقق بالعقد كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

و مبرزيتها هو فعل المنشئ، سواء في إنشاء الشارع في مقام التشريع كاعتبار اللابدية و الحرمان أو اعتبار البعث و الزجر النسبيين، أم في إنشاء العقلاء، أم في إنشاء كل من له إنشاء، وقد تحقق في محله- و سيأتي التنبيه عليه- أنّ الملكية ونحوها من الاعتباريات تكون بيد المنشئ سواء قلنا بالإيجاد أم بالإبراز، وليس للعرف و الشرع إلا الاعتبار المماثل.

و عليه فلا وجه لجعل إنشاء المنشئ إبرازا و إمضائه عقلا و شرعا إيجادا له في وعاء الاعتبار، بل إما أن يلتزم بالإيجاد في المراحل الثلاث و هي فعل المنشئ و اعتبار العقلاء و الشارع، أو بالإبراز فيها.

هذا بعض الكلام في المسألة، و تحقيقه موكول إلى علم الأصول.

و الإنصاف أنّ المسألة لا تخلو من إعضال، فكلّ على ما يختاره ثمة، و الله الهادي إلى الصواب.



يبقى عليه (1) أمور:

## [1] توقف التعريف على جواز الإنشاء بالتمليك

منها (2): أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملكت» وإلا (3) لم يكن مرادفا له.

ويردّه (4): أنه (5) الحق كما سيجيء (6) [1].

(1) أي: على تعريف البيع ب «إنشاء تمليك عين بمال».

أ- توقف التعريف على جواز الإنشاء بالتمليك

(2) هذا أول الإشكالات التي أوردها المصنف على تعريفه البيع بما ذكره، و محصله: أنّ هذا التعريف يتوقف صحته على جواز إيجاب البيع بلفظ «ملكت» ووجه التوقف واضح، إذ المفروض تفسير ماهية البيع بالتمليك الإنشائي، فلو لم يصح إنشاء البيع بلفظ التمليك امتنع تفسيره به، لاحتمال كون حقيقته أمرا آخر غير التمليك. و عليه فصحة التعريف موقوفة على جواز إنشاء البيع بالتمليك، فإن جاز إنشاؤه به صحّ تعريفه به، وإلا فلا.

(3) أي: وإن لم يجز الإيجاب بلفظ «ملكت» لم يكن التمليك مرادفا للبيع، و لم يصح حينئذ تعريف البيع بإنشاء التمليك.

(4) هذا جواب الإشكال الأول، و حاصله: الالتزام بجواز الإيجاب بلفظ «ملكت» فلا محذور من هذه الناحية في تعريف البيع بإنشاء التمليك، فالترادف ثابت بين المادتين.

(5) أي: أنّ جواز الإيجاب بلفظ «ملكت» هو الحق.

(6) سيأتي تصريحه بجواز الإنشاء بلفظ «ملكت» في موضعين:

أحدهما: قوله في جواب الاشكال الخامس على تعريف البيع: «فلو قال: ملكتك كذا بكذا كان بيعا، و لا يصح صلحا و لا هبة معوضة و ان قصداهما...».

ثانيهما: في المقدمة المعقودة لألفاظ العقود- بعد تبيهات المعاطاة- حيث قال: «و منها:

لفظ- ملكت- بالتشديد».

[1] ظاهره تسليم الاشكال، و أنّ تعريف البيع بالتمليك يلزمه جواز إنشائه به، لكن



يمكن منع الملازمة كمنع الترادف بينهما.

أمّا منع الملازمة بين تعريف العنوان المعاملي بمادة خاصة و جواز الإنشاء بها فلا مكان اعتبار الإنشاء بلفظ خاص، و عدم الاكتفاء بمطلق ما يدلّ عليه، فإنّ الطلاق الذي حقيقته البيونة بين الزوجين لا يتعين إنشاؤه بصيغة خاصة، و لا يقع بلفظ البائن الصريح في المنشأ. و عليه فالمهم في التعريف اتّحاد الحدّ و المحدود ذاتا و اختلافهما بالإجمال و التفصيل، فلا مانع من صحة تعريف البيع بالتمليك مع عدم جواز الإنشاء به.

إلا أن يقال: إنّ مقتضى الترادف جواز إنشاء الطلاق بالبيونة أيضا لو لا التبعد الشرعي، و حيث إنه لم يؤخذ في البيع خصوص لفظ «بعت» فلا بد من الالتزام بجواز إنشائه بالتمليك.

و أمّا منع الترادف فالأنّ مفهوم البيع هو التبديل لا التمليك. و ما عن فخر المحققين قدّس سرّه من «أن بعت في لغة العرب ملكت غيري» معارض بما عن الشهيد الثاني من «أنّ - ملكت - يفيد معنى غير البيع».

نعم التمليك يلزم البيع غالبا، و لذا جعله العلامة من الكنايات، هذا أولا.

و ثانيا: أنّ جواز الإيجاب بلفظ «ملكّت» على فرض ثبوته أعم من المرادفة، إذ يمكن أن تكون دلالته على البيع مع قرينة و لو مقامية، فالدلالة على البيع تكون من قبيل تعدد الدال و المدلول. فلعلّ التمليك بمنزلة الجنس للبيع أو من لوازمه، و القرينة المقامية أو غيرها تدلّ على النوع و هو البيع. كما أنّ عدم جواز الإيجاب بلفظ «ملكّت» لا يدل على عدم الترادف بعد إمكان التبعّد في صيغ العقود، فتدبّر.

و ثالثا: أنّ التعريف لم يكن بلفظ التمليك حتى يتوجه عليه هذا الاشكال، بل كان بإنشاء التمليك، فالإشكال المتوجه عليه هو استلزامه جواز إنشاء التمليك، و هو عين إشكال عدم قابلية الإنشاء للإنشاء، حيث إنّ التبديل متضمن للإنشاء، فيلزم إنشاء الملكية.

و منها (1):

ب- خروج بيع الدين عن الحدّ

(1) هذا ثاني الإشكالات التي أوردها المصنف قدّس سرّه على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» و حاصله: عدم جامعية التعريف لأفراد البيع، و ذلك لأنّ مقتضى أخذ التملك في حقيقة البيع هو صيرورة المشتري مالكا للمبيع، كمالكية البائع للثمن، فلو لم يترتب عليه مالكية المشتري له لم يكن بيعا، و من المعلوم عدم صدق التعريف على بيع الدين على المديون، إذ لا يصير المشتري مالكا لمال على نفسه.

مثلا: لو كان زيد مديونا لعمر و بمنّ من الحنطة، فباعه عمرو على زيد بدينار، فإنّ المشتري لم يملك شيئا في هذه المعاملة، لعدم معقولية تملك الإنسان شيئا على عهدة نفسه، و إذا امتنع التملك امتنع تملك البائع إياه، لتضاييف التملك و التملك، فلا يفيد بيع الدين تملك الدين للمديون، و إنّما يؤثر في سقوط ما في ذمته.

و عليه فلازم عدم ترتّب انتقال الملك- في بيع الدين- هو عدم صحة إطلاق البيع عليه، مع أنّ كون «بيع الدين» من أفراد البيع لعلّه مما لا خلاف في مشروعيته و صحته في الجملة، قال العلامة قدّس سرّه: «قد بيّنا أنه يجوز بيع الدين، و هو مذهب علمائنا، و لا فرق بين بيعه على من هو عليه أو على غيره» (1).

و في الجواهر: «يجوز بيع الدين- بعد حلوله- على الذي هو عليه، بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال، بل و على غيره، وفاقا للمشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا، بل لعلها كذلك، بعد انحصار الخلاف في الحلّي (2)، لوجود المقتضي و ارتفاع المانع ..» (3).

و الحاصل: أنّ بيع الدين على الغريم بيع حقيقة، مع أنّ أثره سقوط الدين، و لا تملك فيه.

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 379

(2) راجع السرائر، ج 2، ص 38 الى 40

(3) جواهر الكلام، ج 24، ص 344

أنّه (1) لا يشمل بيع الدين على من هو عليه (2)، لأنّ (3) الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

وفيه (4) - مع ما

و هذا النقض يوجب بطلان تعريف البيع بإنشاء التمليك. بل لا بد من تعريفه بما ينطبق على بيع الدين ونحوه مما لا يترتب عليه تبديل إضافة الملكية.

ثم لا يخفى أنّ هذا النقض - لو تمّ في نفسه - لا يختص بتعريف المصنف، بل يرد على التعاريف المتقدمة أيضا، إذ كما لا يملك المديون ما في ذمة نفسه، فكذا لا ينتقل إليه شيء، و عليه فلا بد من علاج الاشكال على جميع التعاريف، هذا.

(1) أي: أنّ هذا التعريف غير جامع لأفراد البيع.

(2) تقييد بيع الدين ببيعه على خصوص المديون إنّما هو لأجل إفادته التمليك لو باع الدائن دينه للأجنبي، فيصير المشتري مالكا للكلي في ذمة المديون بدلا عن مالكية البائع له.

و على هذا فإشكال عدم أطراد التعريف مختص بما إذا كان المشتري للدين هو المديون، لا الأجنبي.

(3) محصل هذا التعليل: أنّ عنواني «المالك و المملوك عليه» متقابلان كتقابل عنواني «المسلّط و المسلّط عليه» و من المستحيل اتحاد المتقابلين، فإذا بني على جواز تملك المديون لما في ذمة نفسه لزم وحدة المتقابلين و هما المالك و المملوك عليه، و هذا المحذور ألجأ بعضهم الى القول بأن بيع الدين على المديون يفيد السقوط لا الملك.

(4) هذا جواب الإشكال الثاني على تعريف البيع، و هو يرجع الى وجهين، أحدهما:

تقدّم في القسم الثاني من أقسام الحقوق، و أضاف إليه هنا تنظيره بباب التهاتر، و ثانيهما: نقض على المستشكل، و أنّ الإشكال لا يختص بتعريف البيع بإنشاء التمليك، بل يرد على تعريفه بالنقل و الانتقال أيضا، فلا بدّ من علاجه على جميع التعاريف.

هذا إجمال الوجهين.

أمّا توضيح الوجه الأول فهو: أنّه لا مانع من تعريف البيع ب «إنشاء التمليك» و ترتب الملكيّة عليه في جميع الموارد حتى في بيع الدين على المديون، و لا منافاة بين مالكية المديون لما

في عهدة نفسه و بين سقوطه عنه، لأن الممتنع هو تملك الإنسان لمال على نفسه حدوثا وبقاء، و أما تملكه له حدوثا فقط ثم سقوط المال عن ذمته فليس بممتنع. فالمقام- من حيث التملك أنا ما ثم السقوط- نظير أن يكون زيد مديونا لعمرو دينارا، و اشترى عمرو منه متاعا بدينار كَلِّي في ذمته، فإنّ الدينارين يسقطان عن كلتا الذمّتين بالتهاتر.

و عليه فلم ينتقض تعريف المصنف ببيع الدين أصلا، لفرض دخول المبيع الكَلِّي في ملك المديون أنا ما، و هذا المقدار كاف في صحة البيع، و لا يعتبر فيه تأثيره في بقاء المبيع على ملك المشتري.

و أما توضيح الوجه الثاني فهو: أنّ إشكال عدم جامعية التعريف لأفراد المعرّف لا يختص بما إذا كان البيع بمعنى التملك، بل هو مشترك الورود على تعريفه بالانتقال أو بالنقل أو بالعقد الدال على أحدهما، إذ لو كانت نتيجة بيع الدين على من هو عليه مجرد فراغ الذمة لا التملك كان تعريفه بالنقل و الانتقال منتقضا أيضا ببيع الدين، لفرض عدم انتقال شيء إلى المديون.

و عليه فلا وجه لإيراد هذا المحذور على خصوص تعريف المصنف قدّس سرّه بل اللازم- على من عرفه بالنقل و شبهه- التفصّي عن هذا الاشكال، و تصحيح بيع الدين على المديون على كلّ حال، سواء أ كان البيع هو التملك، كما عن فخر المحققين، حيث قال فيما حكى عنه: «انّ بعث في لغة العرب بمعنى ملّكت غيري» «1» أم هو المبادلة أم النقل، لأنّ عدم معقولية مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه يوجب عدم معقولية البيع، الذي هو عبارة في العرف و اللغة عن المبادلة و النقل و التملك و ما يساويها من الألفاظ.

و الحاصل: أنّ استحالة تملك الشخص لما في ذمته يوجب عدم معقولية بيع الدين مطلقا حتى لو عرفنا البيع بالمبادلة و النقل، مع أنّ من عرفه بالانتقال- كشيخ الطائفة و العلامة و غيرهما، أو بالعقد الدال على نقل الملك كما في الشرائع- صرح بجواز بيع الدين ممّن هو عليه،

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 152

عرفت (1) و ستعرف (2) من تعقل تملك ما على نفسه، و رجوعه (3) إلى سقوطه عنه (4)، نظير (5) تملك ما هو مساو لما في ذمته و سقوطه (6) بالتهاتر- أنه (7) لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع، إذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك

---

كما تقدم في عبارة المختلف و الجواهر.

(1) يعني: في القسم الثاني من الحقوق، حيث قال: «لأنَّه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط .. و الحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكا لما في ذمته، فيؤثر تمليكه السقوط».

(2) يعني: بعد أسطر، حيث يقول: «فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه، لم يعقل شيء مما يساويها .. إلخ».

(3) أي: و رجوع التملك، يعني: أن مال تملك الإنسان لما في ذمة نفسه هو سقوط الدين الذي كان في ذمته.

(4) أي: سقوط ما على عهدته عن نفسه.

(5) كالمثال المتقدم آنفا من كون زيد مديونا لعمرو دينارا، ثم شراء عمرو من زيد متاعا بدينار كلي نسيئة، إذ يتساقط الديناران عن الذميتين قهرا.

و غرضه من هذا التنظير رفع الاستبعاد عن سقوط ما في الذمة قهرا بدون الإسقاط في بيع الدين على المديون، و أن السقوط يترتب على مالكية المديون لما في ذمته آنا ما. و ليس الغرض من هذا التنظير ما أفاده بعض المحشين من «مجرد رفع الاستبعاد عن سقوط ما في الذمة قهرا بدون الإسقاط» «1» بل المقصود إثبات مالكية المديون لما في ذمة نفسه آنا ما أيضا حتى يتجه بيع الدين من المديون.

(6) أي: سقوط ما في ذمة المديون بسبب التهاتر القهري.

(7) هذا و بعده مرفوع محلا لكونه مبتدأ مؤخرا لقوله: «و فيه» و هذا إشارة إلى الوجه الثاني مما أجاب به عن الاشكال، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و أما توضيح الوجه الثاني فهو .. إلخ».

---

(1): هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 152

ص: 213

و ما يساويها من الألفاظ، ولذا قال (1) فخر الدين: «ان معنى بعث في لغة العرب ملكت غيري» فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع (2).

(1) مقصوده قدس سره جعل كلام فخر المحققين قدس سره شاهدا على أن معنى البيع في اللغة والعرف هو التمليك، فإذا لم يتحقق «تمليك الغير» في مثل بيع الدين من جهة استحالة تملك الإنسان لما في ذمة نفسه لم يعقل النقل والمبادلة أيضا، لاتحاد هذه العناوين مفهوما، وحيث إن القائلين بأن البيع هو الانتقال أو العقد أو المبادلة صرحوا بصحة بيع الدين، فلا بد من صحته بناء على كونه التمليك أيضا. وينحل الاشكال بحصول النقل والملك والمبادلة آنا ما، ثم يسقط الدين عن المديون.

(2) مع أن البيع بمعنى النقل والانتقال معقول في بيع الدين، فليكن معقولا بناء على تعريفه بالتمليك [1].

[1] ما أفاده قدس سره في بيع الدين من تصحيحه بالالتزام بالملكية آنا ما و من تنظيره بالتهاتر لا يخلو من تأمل.

أما تأثيره في الملكية ثم سقوط الدين عن المديون ففيه: أن السقوط إن كان معلولا لمالكية الإنسان لما في ذمة نفسه فمن المعلوم عدم معقولية تأثير الشيء في عدم نفسه. وإن كان للغوية بقاء الملكية فمانع البقاء مانع الحدوث أيضا، إذ لو لم يكن مانع عن التمليك فلم يسقط، وإن كان مانع عنه فلم يثبت.

وبالجملة: محذور استحالة اجتماع المتقابلين كما يمنع من البقاء كذلك يمنع من الحدوث، نعم لو كان المانع شرعيا كما في مالكية العمودين تعين الالتزام بالملكية الآنامائية جمعا بين الأدلة.

إلا أن يقال: بأجنبية المقام عن المحذور العقلي، إذ حكم العقلاء بالسقوط كحكمهم بالملكية اعتباري لا حقيقي، ولو لأجل لغوية اعتبار مالكية الشخص لما على عهدة نفسه،



---

و هذا المقدار لا يزاحم الإجماع على جواز بيع الدين على من هو عليه، فيلتزم بالملكية الآتية.

ولكنك خبير بأن منشأ الاشكال أخذ التمليك في البيع، فلو نوقش فيه- كما تقدم في جعل إسقاط الحق عوضا- لم تكن منافاة بين صحة بيع الدين وتأثيره السقوط من أول الأمر بعد المناقشة في اعتبار التمليك في البيع، فيكون نفس سقوط الدين عوضا من دون حاجة الى اعتبار سبق ملكية الدين للمدينون في سقوطه عنه.

و أما تنظيره بالتهاتر فيمكن منعه أولا: بالفرق بين البابين، بأنه في بيع الدين تتحد الذمة المألكة و المملوكة، و لا بد حينئذ من الالتزام بالسقوط، و إلا يلزم كون الإنسان مديونا لنفسه، و ذا حق المطالبة على نفسه. بخلاف باب التهاتر، لتعدد الذمة فيه، و إنما أوجبت المماثلة بين ما عليهما براءتهما.

و ثانيا: بأن التهاتر- فيما إذا أتلّف الدائن مماثلا لما له في عهدة المدينون- وإن كان مشهورا بين الفقهاء، لكن يمكن منعه بصيرورة كل منهما مديونا للآخر، و يتوقف براءة الذمة على الصلح أو الإبراء كما ذهب إليه المحقق الأردبيلي قدس سرّه حيث قال معلّقا على كلام العلامة:

«و من عليه حقّ، و له مثله تساقطا، و إن كان مخالفا افتقر إلى التراضي» ما لفظه: «لعلّ دليله ما يظهر أنّ الحقّين متساويان من غير فرق و مرجّح، فيبرء ذمة كل واحد بما له في ذمة الآخر، و لا يظهر دليل آخر.

و ينبغي التراضي، لأن شغل الذمة معلوم، و لا تحصل البراءة إلا به شرعا، إذ لكلّ حقّ يمكن أن يكون له طلبه و استيفاؤه، و لا يمنع من ذلك حقّه في ذمته، كما في الحدود و التعزيرات. و لا شك أنّ الأحوط هو التراضي من الجانبين بالإبراء و الصلح و نحوهما، كما إذا كان مخالفا ..» (1).

و هو في غاية المتانة، إذ لا- دليل على أن مجرد المماثلة بين ما في الذمتين يكون مسقطا قهريّا، خصوصا مع تنظيره بباب الحدود و التعزيرات، كما لو قذف شخصان كل منهما الآخر، فإنّ اشتغال الذمة قطعي، و مجرد المماثلة لا يسقط الحد و لا الاستحلال، فليكن كذلك في

---

(1): مجمع الفائدة و البرهان، ج 9، ص 99

الحقوق المالية. هذا.

ومنّه يظهر غموض الوجه الثاني أيضا، فإنّه التزام بالإشكال لا جواب عنه، إذ لا مناص - من محذور استحالة ملك الشخص لما في ذمته - يجعل البيع نقلا أو مبادلة بناء على إرادة التبديل في إضافة الملكية أو في طرفي الإضافة. فالإشكال كلّه ينشأ من تخصيص البيع بالتمليك، فمع إنكار إطلاقه لا مانع من صحة بيع الدين على من هو عليه وإن كان فائدته السقوط لا الملك حتى أنا ما.

إلا أن يشكل صدق البيع عليه من جهة اعتبار عينية المبيع، المختصة بالعين الخارجية والكليّة الذمّية التي يترقّب وجودها خارجا كالمبيع سلفا. وأمّا الدين فحيث إنه يمتنع وجوده ببيعه على من هو عليه فلا يصح، فتأمل.

وعليه فلا بد من أن يكون حقيقته الإبراء بالعوض، وإطلاق البيع عليه لا يخلو من مسامحة. وصحته بعنوان البيع وإن كان إجماعيا كما ادعاه الحلّي والعلامة وغيرهما، إلا أنه محتمل الاستناد إلى إطلاق الأدلة وخصوص ما ورد في نصوص بيع الدين بأقلّ منه، ولا مناص إمّا من التوسعة في مفهوم البيع، وإمّا من إرادة جواز أخذ الدائن مالا من غريمه بإزاء إبراء ذمته عن الدين.

كما يمكن تصحيحه بجعله من باب الهبة المشروطة، بأن يهب المديون شيئا للدائن على أن يبرئ ذمّته، ويكون عوض الهبة نفس الإبراء الذي هو فعل يبذل بإزائه المال كإسقاط الحق.

ولا يخفى أن للمحقق النائيني قدّس سرّه كلاما في الجواب عن النقض المزبور لا بأس بنقله، قال المقرر: «فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه وإن كان صحيحا، إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة، فيكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته، وذلك لأنّه بهذا القيد لا يمكن تحققه في الخارج. ولا شبهة أنّه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية، بل يقع البيع على الكلي و هو منّ من الحنطة مثلا، فيصير المشتري - أعني المديون - مالكا لذلك الكلي على البائع وحيث إنّ البائع كان مالكا لمنّ من الحنطة على ذمة المديون

- وهو المشتري- فينطبق ما على البائع على ما كان له على المدينون المشتري، فيوجب سقوط ذمة كليهما. وهذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقة، إلا أنه أشبه شيء به» (1).

و ملخصه: أن بيع الدين تارة يقع على نفس ما في ذمة المدينون- بوصف كونه ما في الذمة- وهو باطل، لأنه بهذا القيد لا يصلح للوجود الخارجي. و أخرى يقع على كلي في ذمة البائع مماثل لما في ذمة المشتري وهو المدينون. ولما كان المبيع منطبقا على ما على المشتري من الدين صار هذا الانطباق منشأ لسقوط ما في ذمة البائع والمشتري. ففي الحقيقة يبيع الدين من المدينون ليس يباع لنفس الدين، بل لما ينطبق على الدين. هذا.

وفي كلامه مواقع للنظر:

منها: قوله: «إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة» إذ فيه: أنه لا وجه لهذا الاستثناء بعد وضوح كون الذمة طرفا للمبيع، إذ لو لم يضاف الكلي إلى ذمة شخص لا يتعلق به إضافة الملكية، وليست الذمة قيدها له، فإن الالتزام بصحة البيع موقوف على عدم قيده الذمة للمبيع، وإلا لم يكن المبيع حينئذ مالا حتى يبذل بإزائه المال، فيختل أحد أركان البيع وهو مالية المبيع.

فالأولى تعليل عدم جواز بيع الدين على المدينون بعدم المالية. بل يتجه حينئذ عدم جواز بيعه مطلقا ولو من غير المدينون، لسقوطه عن المالية بسبب تقيده بذمة المدينون المانع عن صلاحية الانطباق على الخارجيات، فعدم تقيده بالذمة مقوم للمالية، وليس شرطا لبيعه من خصوص المدينون.

والحاصل: أنه لا وجه للاستثناء المزبور، إذ التقييد بعدم الذمة شرط لمالية الكلي الذي سواء قلنا بجواز بيع الدين على من هو عليه، أم لم نقل.

نعم إن كان الإشكال في بيع الدين من المدينون من جهة المالية كان للاستثناء المزبور وجه، فتدبر.

(1): منية الطالب، ج 1، ص 43

ص: 217

و منها: قوله: «ليكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته» إذ فيه: أنه موهم بل ظاهر في أن ما في الذمة- بقيد كونه في الذمة- مملوك للشخص، و حينئذ لا يمكن بيعه من أحد، إذ مع هذا القيد يمتنع وجوده في الخارج. و كذا سائر المعاملات، مع أن المعاملات الذمية في غاية الكثرة.

و بالجملة: لا مجال لتوهم مالكية الشخص لما في ذمته مقيّدا بكونه في الذمة، إذ لا يصلح حينئذ للمعاوضة عليه أصلا، بل الذمة ظرف للكلي.

و منها: قوله: «و لا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية». إذ فيه: أنه لا يعتبر الوجود الخارجي الفعلي في المبيع قطعاً، بل المعتبر فيه هو إمكان وجوده في موطن استحقاق المشتري له، إذ لو كان وجوده الخارجي الفعلي معتبرا فيه لانسدّ باب بيع الذمي رأساً، و هو كما ترى. و لعلّ مقصوده من عينية المبيع الخارجي هو قابلية الوجود لا فعليته، فيرتفع الاشكال.

و منها: قوله: «بل يقع البيع على الكلي .. إلخ» إذ فيه: أن هذا ليس من بيع الدين على من هو عليه في شيء، ضرورة أن المبيع هو الكلي الذي ظرفه ذمة البائع لا ذمة المديون و المفروض أن المبيع في «بيع الدين من المديون» هو نفس ذلك الدين، لا شيء آخر ينطبق على الدين حتى يسقط عن ذمة المديون بسبب انطباق كليّ آخر عليه، فإنّه خارج عن مورد النقض المذكور في المتن أعني به بيع الدين على من هو عليه.

و الحاصل: أن الكلام في بيع نفس ما في ذمة المديون، و أنه كما يجوز بيعه من أجنبي بلا إشكال، كذلك يجوز بيعه من نفس المديون.

و أمّا جعل المبيع كلياً في ذمة البائع الدائن قابلاً للانطباق على ما في ذمة المديون فهو خارج عن بيع الدين الثابت على المديون كما لا يخفى. فكلام المحقق النائيني قدس سرّه ليس جواباً عن نقض تعريف البيع ببيع الدين من المديون، فتدبر.

و منها (1): أنه يشمل التمليك بالمعاطة (2)، مع (3) حكم المشهور (4) بل (5) دعوى الإجماع على أنها ليست بيعا.

### ج- انتقاض التعريف بالمعاطة

(1) أي: و من الأمور الباقية على تعريف البيع ب «إنشاء تمليك عين بمال» عدم كونه مانعا عمّا لا يفيد التمليك، فينتقض بالمعاطة، فإنّها و إن كانت تمليكا فعليا فاقدا للصيغة المعتبرة في العقود اللازمة، إلاّ أنّه يصدق عليها «إنشاء تمليك عين بمال» كالبيع القولي، فإنّ كل واحد من المتعاطيين يدفع ماله الى الآخر بقصد التمليك. مع أنّ المشهور- بل المجمع عليه- عدم كون المعاطة بيعا، فيلزم أن يكون تعريف المصنف للبيع غير مانع عن دخول ما ليس من أفراد البيع في البيع.

(2) لعلّ تعبيره بالتمليك بالمعاطة دون «يشمل المعاطة» لأجل التنبيه على أنّ المعاطة- كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى - قد يقصد بها إباحة التصرف، و قد يقصد بها التمليك.

و من المعلوم أن انتقاض تعريف البيع إنّما هو بالمعاطة المقصود بها التمليك دون ما يقصد بها الإباحة، لخروجها موضوعا عن تعريف البيع، لفرض بقاء المالكين على ملك المتعاطيين كما كانا قبل التعاطي.

(3) هذا هو منشأ ورود الإشكال الثالث على التعريف، و محصله: ذهب مشهور الفقهاء إلى نفي بيعية المعاطة المقصود بها التمليك، لتوقف العقود اللازمة على اللفظ، و المعاطة فاقدة للصيغة، فليست بيعا، مع أنّها إنشاء فعليّ لتمليك عين بمال، فلو عرّف المصنف البيع بقوله:

«إنشاء تمليك عين بمال بالصيغة» كان سليما عن نقضه بالمعاطة.

(4) قال السيد الفقيه العاملي: «وفي الميسية: أن المشهور بين الأصحاب أنّها ليست بيعا محضا» «1».

(5) غرضه تقوية الاشكال و الإضراب عن قيام مجرد الشهرة على نفي بيعية المعاطة، حتى يقال بكفاية كونها بيعا عند بعض الفقهاء، فلا ينتقض التعريف حينئذ بها.

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 154

ص: 219

و محصل الإضراب: انعقاد الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعا، قال السيد ابن زهرة:

«إنّها ليست ببيع، وإّما هي إباحة للتصرف. يدل عليه الإجماع المشار إليه .. إلخ» (1). وقال الشهيد الثاني معلقا على كلام المحقق: «و لا يكفي التقابض من غير لفظ» ما لفظه: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كان يكون إجماعا ..» (2).

(1) هذا جواب الاشكال الثالث، و توضيحه: أنّ النقص بالمعاطاة غير وارد، لأنّ المحدود هو البيع بالمعنى الأعم الشامل للصحيح و الفاسد، و من المعلوم أنّ المعاطاة- المقصود بها التمليك- بيع عرفا، و نفي بيعيتها في بعض العبائر راجع إلى حكمها أي عدم ترتب أثر البيع اللفظي على مجرد التعاطي، و هذا نظير بيع ما لا يملك شرعا- كالخمر- بالصيغة، فإنّه لا يؤثّر في الملكية و إن صدق عليه عرفا حدّ البيع.

و بعبارة اخرى: إن كان مورد النفي بيعية المعاطاة كان للنقض المزبور مجال، إذ المفروض وجود «إنشاء التمليك» في المعاطاة مع عدم كونها بيعا. و إن كان مصبّ النفي حكم المعاطاة من الصحة أو اللزوم لم يبق مورد للنقض المذكور، إذ المفروض صدق البيع على المعاطاة و إن كانت بيعا باطلا. و على هذا فنفي بيعيتها- الذي هو المشهور أو المجمع عليه- يرجع إلى نفي الحكم أعني الصحة، لا الموضوع، و ورود النقص يتوقف على كون مورد النفي هو الموضوع أعني البيعية، لا الحكم.

و الشاهد على أنّ مراد النافين نفي الحكم لا الموضوع- بعد بدهة صدق مفهوم البيع لغة و عرفا على المعاطاة المقصود بها التمليك- أنّ الإجماع لا بدّ أن ينعقد على حكم شرعي، لا على ثبوت موضوع عرفي أو نفيه. و عليه فلا محيص عن كون معقد الإجماع على النفي هو الحكم الشرعي من صحة المعاطاة أو لزومها.

(1): غنية النزوع في الأصول و الفروع، ص 524

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 147، و نحوه كلامه في الروضة، ج 3، ص 222

ما سيحيء (1) من كون المعاطاة بيعا، وأن (2) مراد النافين نفي صحتها (3).

### [د انتقاض تعريف البيع بالشراء]

ومنها (4):

(1) يعني: في بحث المعاطاة عند الاستدلال على إفادتها للملك بآية أحلَّ اللهُ البيع حيث قال: «وَأَمَّا مَنْعُ صَدَقِ الْبَيْعِ عَلَيْهِ عَرَفًا فَمَكَابِرَةٌ، وَ أَمَّا دَعْوَى الْإِجْمَاعِ فِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى عَدَمِ كَوْنِ الْمَعَاوَةِ بَيْعًا كَابِنِ زَهْرَةَ فِي الْغَنِيَّةِ، فَمُرَادُهُمْ بِالْبَيْعِ: الْمَعَامَلَةُ الْإِلَازِمَةُ الَّتِي هِيَ إِحْدَى الْعُقُودِ .. إلخ».

(2) معطوف على «كون» و مبيّن لمراد النافين حتى يندفع توهم المنافاة بين دعوى بيعية المعاطاة و بين نفي بيعيتها. و عليه فلا ينتقض تعريف المصنف قدّس سرّه بالمعاطاة.

(3) فلم يتوارد النفي و الإثبات على أمر واحد، بل المثبت ناظر الى الموضوع، و النافي إلى الحكم.

د- انتقاض التعريف بالشراء

(4) يعني: و من الأمور الباقية على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» و هذا رابع الإشكالات التي أوردها المصنف قدّس سرّه على تعريف نفسه. و محصله: انتقاض التعريف بالشراء، لصدق «إنشاء التملك» على قبول المشتري، لأنّ البيع «تمليك الغير» كما صرح به المصنف قدّس سرّه في المنع من جعل القسم الثاني من الحقوق- اى ما لا يقبل النقل الى الغير- ثمنا في البيع، فكما يملك البائع المبيع للمشتري، كذلك المشتري يملك الثمن للبائع، و هذا معنى المبادلة في إضافة الملكية، فكلّ من المتبايعين ينشئ التملك، و لا يختص بالبائع. مع أنّ مقصود المصنف قدّس سرّه تعريف البيع بالمعنى المصدرى الذي هو فعل البائع و قائم به، لا الملكية و النقل بالمعنى الاسمي المترتب على مجموع الإيجاب و القبول.

نعم لو لم يعتبر التملك من الطرفين و كان تملك البائع كافيا كان تعريفه ب «إنشاء تملك عين بمال» سليما عن هذا النقض، لكنه خلاف تصريحه باعتبار التملك من كلا المتبايعين. و على هذا فتعريف البيع بما في المتن غير مانع للغير، و هو إنشاء قبول المشتري.

ص: 221

صدقه (1) على الشراء، فإنّ (2) المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع (3) [1].

و ليعلم أن هذا النقض ناظر إلى ما هو الغالب من كون الثمن عينا خارجية كالمثمن، سواء أكان نقدا أم عرضا، إذ يتوجه حينئذ محذور صدق تعريف البيع على قبول المشتري.

وأما لو كان الثمن منفعة مملوكة- كسكنى الدار أو عمل الحرّ بعد المعاوضة عليه- لم ينتقض تعريف البيع بقبول المشتري، لفرض عدم كون الثمن عينا، حتى يصدق البيع على تملكه، لما تقدم من اعتبار عينية المعوض دون العوض.

(1) أي: صدق تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» على الشراء الذي هو فعل المشتري.

(2) هذا تقريب النقض، وقد عرفته آنفا.

(3) فيصدق على الشراء «أنه إنشاء تملك عين بمال» مع أنّ المقصود تعريف البيع القائم بالبائع، فلا بدّ من تعريفه بما لا ينطبق على قبول المشتري.

[1] قال سيدنا الأستاذ قدّس سرّه: «هذا الإيراد لو تمّ توجّه أيضا على التعريف الأوّل والثالث، ولا يختصّ بهذا التعريف» [1].

أقول: المراد بالأوّل هو تعريف البيع بما في المبسوط والتذكرة وغيرهما «من انتقال عين من شخص الى غيره .. إلخ». وبالثلث هو تعريف جامع المقاصد للبيع: «بنقل العين بالصيغة المخصوصة». ولم يظهر صدق شيء من هذين التعريفين على الشراء.

أما الأوّل فلما فيه أولا: من أنّ الشراء- بناء على كونه إنشاء التملك- يكون من مقولة الفعل، و الانتقال من مقولة الانفعال، ولا يصدق أحدهما على الآخر.

و ثانيا: من أنّ المال المنتقل من المشتري الى البائع لا يعتبر أن يكون عينا، لما تقدم من أنّ العينية غير معتبرة في الثمن.

و أمّا الثالث فلما فيه أولا: من مغايرة النقل للتملك.

(1): نهج الفقاهة، ص 15

ص: 222



وفيه (1): أن التمليك فيه (2) ضمني، وإنما حقيقته التملك بعوض، ولذا (3)

---

(1) هذا جواب الاشكال، وحاصله: عدم انتقاض تعريف البيع بقبول المشتري، وذلك لأن المتصدّي لإيجاد المبادلة بين المالكين هو البائع، فهو يملك ماله للمشتري بالعوض، وإنشاء المشتري يتعلق بما أنشأه البائع من التمليك بالعوض، فوظيفة المشتري إنشاء التملك الذي هو مطاوعة فعل البائع، وإن انحلّ هذا التملك المطاوعي المعاوضي إلى تملك ماله للبائع، إلا أنه ليس متعلّقاً لإنشاء أوّلاً وبالذات، بل بالتحليل، حيث إن مطاوعة تملك البائع تستلزم تملك المشتري.

والحاصل: أن متعلّق إنشاء البائع - أوّلاً وبالذات - هو التمليك، و متعلّق إنشاء المشتري كذلك هو التملك الذي يكون مطاوعة لفعل البائع، و حيث إنّ فعل البائع هو التمليك بالعوض فلا محالة يكون فعل المشتري تملكاً بالعوض، فهذا التملك - الذي هو متعلّق إنشاء المشتري أوّلاً - يتضمّن التمليك أيضاً، لأنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم عدم انتقال إضافتهم الملكية إلى غيرهم إلا بفعل اختياري مسمّى بالتمليك.

وإن شئت فقل: إنّ متعلّق إنشاء المشتري - أوّلاً وبالذات - هو التملك المتضمن لتمليك الثمن للبائع، لفرض كون البيع من المعاوضات. و متعلّق إنشاء البائع أوّلاً وبالذات هو التمليك، فالإنشاء ان متعاكسان، ولا يصدق أحدهما على الآخر.

(2) أي: في الشراء.

(3) أي: ولأجل كون التمليك في الشراء ضمنياً غير مستقل لا يجوز إنشاء الشراء بلفظ «ملك» وذلك لأنّ هذا اللفظ ليس صريحاً ولا ظاهراً في التمليك الضمني، بل ظاهر في التمليك

---

وثانياً: من عدم اعتبار العينية في الثمن، والمفروض اعتبارها في التعريف المزبور، وهو نقل العين بالصيغة المخصوصة.

وثالثاً: أنّ الشراء لا يقع بلفظ «بعث» الذي هو المراد بالصيغة المخصوصة. ولم يظهر لنا مراده قدس سرّه، وهو أعلم بما قال.

لا يجوز الشراء بلفظ «ملكت» تقدّم على الإيجاب أو تأخر (1) [1].

الأصلي الابتدائي، و المفروض عدم كون الشراء تمليكاً أصلياً، فلا يجوز إنشاؤه بلفظ ليس صريحاً ولا ظاهراً في التملك الضمني.

(1) عدم دلالة على التملك الضمني واضح، إذ ليس فيه شائبة التملك التبعي ولا التملك بالعوض أصلاً، ولا فرق في هذه الجهة بين تقدم القبول على الإيجاب وتأخره عنه، لأنّ تمام المناط هو دلالة القبول -أولاً وبالذات- على مطاوعة الإيجاب و التملك بالعوض، ثم دلالة على تملك الثمن للبائع، و المفروض عدم تكفل «ملكت» للتملك بالعوض و التملك التبعي، و إنّما مدلوله التملك الأصلي الذي هو مدلول الإيجاب.

[1] و عليه فالفرق بين إنشاء البيع و إنشاء الشراء ثبوتي، حيث إنّ مفهوم القبول هو إنشاء التملك بعوض، سواء أ كان الدال عليه اللفظ أم الفعل كما في المعاطاة، فيترب القبول على الإيجاب ترتّب الانفعال على الفعل، فلا يكون القبول في رتبة الإيجاب، لكونه بمنزلة العلة للقبول، فليس التملك الضمني مفاد اللفظ، هذا.

لكن قد يورد عليه بما في كلام جمع من الأعيان، منهم السيد الخويي قدس سرّه قال المقرّر:

«و لكنّنا لم نفهم معنى محصّ لا للتملك الضمني، إذ يرد عليه أولاً: أنّه إن كان مراده من التملك الضمني: التملك التبعي -بمعنى أنّ البائع يملك ماله للمشتري أولاً و يملك المشتري ماله للبائع ثانياً- فيرد عليه: أنّ لازم ذلك أن ينعكس الأمر فيما إذا تقدّم القبول على الإيجاب، بأن يكون التملك من ناحية المشتري أولاً، و البيع من ناحية البائع ثانياً.

و إن كان مراده من التملك الضمني أنّ ألفاظ الإيجاب و القبول إنّما تدلّ بالدلالة المطابقة على تملك المشتري ماله للبائع، سواء في ذلك تقدّم القبول على الإيجاب و عدمه، فيرد عليه: أنّ هذا يرجع إلى جهة الدلالة و مقام الإثبات، فلا يوجب فرقاً بين التملكين لبا و في

---

مقام الثبوت، بدها أن البيع بتبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، و من الضروري أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين إلا أن ينتقل كل منهما إلى محل الآخر في آن واحد وفي مرتبة واحدة.

وعليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحية البائع، إلا في آن وجود التمليك من ناحية المشتري ..

وإذن فلا أصالة ولا تبعية في المقام ..» (1).

و أنت خير بأن المراد بتبعية تمليك المشتري لتملكه هنا هو كون التمليك الشرائي من لوازم التملك الشرائي، بحيث لا يحتاج إلى جعل على حدة، ولذا يصح قصد التملك من المشتري وإن لم يلتفت إلى لازمه وهو التمليك حتى يقصده، فالإصالة و التبعية ملحوظتان في نفس مفهومي البيع و الشراء. فالقبول إن كان بلفظ: «قبلت» لم يكن لتقديمه معنى صحيح، بعد وضوح ترتب مفهوم القبول على مفهوم الإيجاب. نعم إن كان بلفظ آخر يفيد التمليك بالأصالة كان إيجابا لا قبولا.

بل يمكن دعوى عدم الوجه في اعتبار التمليك التبعية في الشراء أيضا، بدعوى: أن البيع هو الإيجاب و القبول، و ليس حقيقة القبول إلا إمضاء تمليك البائع، فالعقد هو التمليك و التملك، و هما موضوعان لحكم الشارع أو العقلاء بالملكية، فلا يرد عليه ما في التقرير المزبور من: «أنه إن سلمنا التمليك فلا يندفع الإشكال، لإطلاق إنشاء التمليك على التمليك الضمني، فنقض تعريف البيع وارد عليه».

و أما ما أفاده من: «أن معنى البيع يقتضي تحقق التبديل بينهما في رتبة واحدة ..» ففيه:

أن المراد بالتبديل هو التبديل الإنشائي القائم بالبائع، و من المعلوم أن بديلة كل من المالكين عن الآخر تحصل في رتبة واحدة بنفس هذا الإنشاء، لكنه لا يجدي بنفسه في ترتب الأثر و هو

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 60 و 61، ونحوه ما في حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 17، و حاشية المكاسب

للمحقق الأيرواني، ج 1، ص 74

التبديل الخارجي الاعتباري، لأنه مترتب على إنشاء المشتري قبول إنشاء البائع، وإلا كان البيع إيقاعاً لا عقداً، وبعد ضمّ هذا الإنشاء إلى إنشاء البائع يترتب عليه التبديل الاعتباري، فهنا أمور ثلاثة:

أحدها: إنشاء البائع تملك المبيع بمال، وهذا التملك الإنشائي يتحقق بين المالكين في آن واحد وفي رتبة واحدة، بمعنى صيرورة كل من المالكين بدلاً عن الآخر في مقام الإنشاء.

ثانيها: إنشاء المشتري مطاوعة ما أنشأه البائع، فمتعلق هذا الإنشاء أولاً وبالذات هو تملك المبيع بإزاء الثمن الذي مرجعه مطاوعة بدلية الثمن عن المبيع. ولا إشكال في تأخر هذا الإنشاء عن إنشاء البائع رتبة وزماناً، ومن المعلوم أن إنشاء التملك متضمن لإنشاء تملك المشتري للثمن، لكونه مقتضى المعاوضة المترتبة على التملكين، أعني بهما: تملك البائع و تملك المشتري، ومن البديهي تأخر تملك المشتري عن تملك البائع برتبتين، إحداهما:

تأخره عن تملك المشتري الذي هو متعلق بإنشاء الشراء أولاً وبالذات، والأخرى: تأخره عن تملك البائع، ومع التأخر برتبتين كيف يعقل اتحاد التملكين رتبة؟ كما في التقرير المزبور.

ثالثها: حكم الشارع أو غيره ممن بيده الاعتبار بترتب الأثر كالملكية على مجموع الإنشاءين، فهما كموضوع الحكم التكليفي كوجوب الحج المترتب على البالغ العاقل المستطيع، فإنشاء تملك البائع وإنشاء تملك المشتري معا موضوع لحكم الشارع أو العرف بالملكية. فتحصّل مما ذكرناه أمور:

الأول: أن التملك الإنشائي بين المالكين يتحقق بنفس إنشاء البائع وفي زمان واحد.

الثاني: أن المراد بضمنية تملك المشتري هو ترتبه على إنشاء مطاوعة فعل البائع، بمعنى: أن إنشاء المشتري يتعلّق أولاً وبالذات بتملك المبيع، و ثانياً بتملك الثمن، وهذا التملك يكون في ضمن إنشاء التملك.

---

الثالث: أنّ التملك الضمني ليس راجعا إلى مقام الدلالة و الإثبات، بل إلى مقام الثبوت و اللب.

الرابع: أنّ تملك المشتري للثمن ليس في عرض تملك البائع و رتبته، بل في طوله.

و عليه فما أفاده المصنف قدس سره في دفع النقض بالشراء من كون تملك الثمن ضمنيا في محله.

لكن يرد عليه: أنّ إطلاق تعريف البيع «بإنشاء تملك العين بمال» يشمل التملك الضمني كالأستقلالي، فينتقض بالشراء، فيما كان الثمن عينا لا منفعة.

و أما النقض عليه ببيع السلم، حيث إن المحكي إطباقهم على جواز كون الإيجاب فيه من المشتري بأن يقول: «أسلمت إليك عشرة دراهم في من من الحنطة» و تعقبه قبول البائع، فيكون تملك المشتري أصليا و تملك البائع ضمنيا، مع أنّ البائع هو صاحب الطعام، الذي يترتب قبوله على تملك المشتري للدراهم، فقد تخلّص منه السيد قدس سره «بأنّ الإيجاب و إن كان من المشتري، إلاّ أنّه يملك بعنوان العوض، فكأنّه قال: أعطيتك الدراهم عوضا عن تملكك الطعام، فالتملك الأصلي من البائع و الضمني من المشتري، فلا نقض» (1).

هذا، مع إمكان كون العوض في باب السلم منفعة مملوكة كسكنى الدار، بأن يخلي المشتري بينها و بين البائع لاستيفائها، فإنّ الثمن مقبوض، و لا ينتقض تعريف البيع حينئذ، لاعتبار كون المعوض عينا و لو كليّا في الذمة، هذا.

إلاّ أن يقال: بورود الاشكال على تعريف البيع حينئذ، إذ لازم ذلك إنكار صدق الحدّ على تملك المنفعة، لعدم كونها عينا، مع أنّه لا ريب في مصداقيته لبيع السلم، فينحصر الجواب في توجيه السيد قدس سره من أنّ ما يدفعه المشتري إلى البائع معنون بكونه عوضا لا معوضا، سواء أ كان الثمن عينا أم منفعة أم حقّا قابلا للنقل الى الغير.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 60

وبه (1) يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه (2) بمستأجر العين

ه- انتقاض التعريف بالاستئجار بالعين

(1) أي: وبما ذكرناه- من كون التملك في الشراء ضمنيا- يظهر اندفاع الإيراد، .. إلخ.

وهذا إشكال خامس على تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال، ولم يفرد بالبحث لأجل مشاركته للإشكال الرابع نقضا و جوابا، فهنا أمران، أحدهما تقريب النقض، و ثانيهما دفعه.

أما الأول- وهو أصل النقض- فبيانه: أن حقيقة الإجارة- كما سبق التعرض له في اعتبار عينية المبيع- هي تملك المنفعة بعوض، سواء أ كان العوض عينا كالدينار و الكتاب و نحوهما، كما إذا أجر داره شهرا بدينار، أم منفعة كما إذا أجر داره شهرا بخياطة ثوب أو نجارة سرير و نحوهما، فإذا استأجر زيد دارا من عمرو و كانت الأجرة عينا كدينار صدق على تملك الدينار للموخر: أنه إنشاء تملك عين بمال، و هذا معنى انتقاض تعريف البيع باستئجار عين بعين.

و يظهر من هذا البيان ورود هذا النقض أيضا على تعريف البيع بانتقال عين مملوكة بعوض.

و أمّا الثاني- و هو جواب النقض- فتوضيحه: أن الاستئجار ليس إنشاء تملك الأجرة كالدينار بالمنفعة، بل حقيقته إنشاء تملك المنفعة بالأجرة، فتملك الأجرة لمالك الدار مثلا ضمني، و ليس بنفسه- أولا و بالذات- متعلقا للإنشاء، كما تقدم في حقيقة الشراء.

(2) بيان للإيراد، يعني: ينتقض تعريف البيع- بإنشاء تملك عين بمال- بباب الإجارة إذا كانت الأجرة عينا كالدينار و الكتاب.

ثم إن في استشهاد المصنف قدس سره- على ضمنية تملك المشتري- بعدم جواز إنشاء القبول بلفظ «ملك» مسامحة، إذ لا شهادة في عدم جواز ذلك على كون التملك الشرائي ضمنيا، إذ لو أريد عدم الجواز شرعا كان خارجا عن محل الكلام، إذ مورد البحث هو البيع العرفي. و إن أريد عدم الجواز عرفا فهو غير ظاهر، بل ممنوع.

بعين (1)، حيث (2) إن الاستيجار يتضمّن تملك العين بمال أعني المنفعة [1].

## و انتقاض تعريف البيع بالصلح

و منها (3): انتقاض

(1) قد عرفت أنّ تقييد النقص - بالإجارة- بما إذا كانت الأجرة عينا إنّما هو لأجل إخراج مستأجر العين بالمنفعة، فإنّه لا تملك للعين أصلا لا من طرف المؤجر لكونه مملّكا لمنفعة العين لا رقبته، ولا من طرف المستأجر، لفرض كونه مملّكا لمنفعة كالخياطة و النجارة، فتقع المبادلة بين منفعتين، فلا مورد حينئذ لدخول الإجارة في تعريف البيع حتى ينتقض تعريفه بها.

(2) هذا تقريب النقص، وقد عرفته. وأمّا جواب النقص فقد أحاله المصنف على ما ذكره في دفع النقص بالشراء، و محصله: أن المستأجر بالعين إنما يتملّك المنفعة بعوض بالأصالة، و يملك عينه للموَجَر ضمنا، كما أنّ المشتري يتملّك المبيع أصالة، و يملك الثمن للبائع ضمنا، فلا موضوع للنقص.

و- انتقاض التعريف بالصلح

(3) أي: و من الأمور الباقية على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» انتقاضه

[1] لا يخفى أنّ دفع الاشكال عن الاستيجار بالعين بما في المتن مبني على كون الإجارة بمعنى «تملك المنفعة» حتى يكون الاستيجار تملك المنفعة، كي يجاب عن الإشكال بأنّ مفهوم الاستيجار- إذا كانت الأجرة عينا- هو تملك المنفعة بالعين ليصير تملك العين بعوض ضمنا.

لكن الأمر ليس كذلك، لأنّ حقيقة الإجارة ليست تملك المنفعة بعوض و الاستيجار تملك المنفعة، إذ لو كانت حقيقتها التملك لخرجت الإجازات الواقعة على الموقوفات، خصوصا إذا كانت الأجرة غير مملوكة أيضا، كما إذا استأجر الوليّ العام خانا و قفيا لحفظ الزكوات أو للزوّار و الغرباء، فإنّ شيئا من المنفعة و الأجرة ليس مملوكا للموَجَر و المستأجر، مع صحة الإجارة، و دخول هذا النحو من المعاملة في عنوان الإجارة عرفا، فحقيقة الإجارة هي التبدل بين المنفعة و الأجرة.

ص: 229

بالصلح على عين بعوض وبالهبه المعوضة، وهذا خامس الإشكالات التي أوردها المصنف قدس سره على تعريفه للبيع، وقد أورده صاحب الجواهر قدس سره على تعريف المصاييح- الذي هو كالأصل لما في المتن- بقوله: «وفيه- مع كونه مبنياً على أصالة البيع في نقل الأعيان بالعوض- من دون توقف على قصد البيع- ينتقض بالصلح والهبة المعوضة» (1).

وقد سبقهما الشهيد الثاني، حيث عدّ النقض بالصلح والهبة المعوضة من وجوه الخلل في تعريف البيع «بالعقد الدال على نقل الملك» كما في الشرائع، قال في المسالك: «الثالث: ينتقض أيضا بالهبه المشروط فيها عوض معين، فإنّ التعريف يشملها وليست بيعا. الرابع: يدخل فيه أيضا: الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معين، فإنه ليس بيعا عند المصنف» (2).

ويظهر منه عدم اختصاص النقض بهما بتعريف البيع بإنشاء التمليك أو بالعقد الدال على نقل الملك، بل يرد على تعريفه بانتقال عين مملوكة أيضا، كما أورده المحقق الثاني على تعريف العلامة، فراجع (3).

و كيف كان فتوضيح هذا الاشكال الخامس هو: عدم مانعية التعريف عن دخول غير البيع في الحدّ، وذلك لأنّ «إنشاء تمليك عين بمال» يصدق على عقدين آخرين.

أحدهما: الصلح على العين بمال، كما إذا صلح على الدار بألف دينار.

[1] الأولى أن يقال: «و منها: صدقه على الصلح بعين ..» أو «انتقاض طرده أيضا بالصلح ..» إذ ربما يوهم تعبير المتن «طرده» مخالفة هذا النقض سنخا للنقوض المتقدمة، و المفروض أنّ النقض بالصلح إشكال على عدم طرد التعريف كالنقوض السابقة، و ليس إشكالا على عكس التعريف حتى يكون مغايرا لتلك النقوض سنخا. فإنّ الإشكال على عكسه- أي: جامعيته- سيأتي إن شاء الله تعالى، و لم يظهر وجه للعدول عن السياق.

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 206.

(2) مسالك الافهام، ج 3، ص 146

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 55



## ز انتقاض تعريف البيع بعقد الهبة المعوضة

### اشارة

و بالهبة (2) المعوضة [1].

الثاني: الهبة المعوضة، كما إذا وهبه كتابا بشرط أن يدفع المتهب دينارا إلى الواهب.

و الوجه في النقض واضح، لما فيهما من إنشاء تملك عين بمال كإنشاء تملكها به في البيع، و عليه لا يكون تعريف البيع هنا مانعا عن دخول الغير فيه، كالصلح و الهبة المعوضة و الإجارة، مع أنه لا ريب في خروجها عن حد البيع، بشهادة عقد باب على حدة لكل منها في المعاملات، فتعيّن حينئذ تعريف البيع بتعريف آخر مطرد و منعكس.

(1) تقييد النقض بما إذا كان «الصلح على عين» إنّما هو لسلامة تعريف البيع عن هذا النقض إذا كان الصلح على منفعة أو على حقّ قابل للإسقاط أو النقل، أو كان الصلح على إبراء دين، فالأول كما إذا صالح على سكنى الدار شهرا بدينار، و الثاني كالصلح على حق الخيار أو حق التحجير بدينار، و الثالث كالصلح على إبراء ما في ذمة المديون من الدين بدينار، فالصلح في هذه الموارد لا يصدق عليه «إنشاء تملك عين بمال» حتى ينتقض تعريف البيع به كما هو واضح.

ز- انتقاض التعريف بالهبة المعوضة

(2) معطوف على قوله: «بالصلح» و تقريب انتقاض التعريف بالهبة المعوضة هو: أنّ الموهوب لا بدّ أن يكون عينا، ففي الهبة المعوضة ينشئ الواهب تملك عين بعوض، فيصدق تعريف البيع على الهبة، و تندرج هي في الحدّ مع وضوح خروجها عنه، و عليه فليس التعريف مانعا للأغيار.

[1] لا يخفى أنّ الهبة المعوضة تكون على أقسام:

أحدها: أن يعطي المتهب شيئا للواهب من دون أن يشترط الواهب عليه عوضا، بل يعطيه تداركا لإحسانه.

ثانيها: أن يشترط الواهب على المتهب عوضا، كأن يهبه دارا بشرط أن يعطيه كتاب البحار مثلا.

ثالثها: أن تكون الهبة في مقابل مثلها، كأن يقول: «وهبتك كذا بهبتك كذا» بحيث تكون المقابلة بين الهبتين.

(1) هذا دفع الاشكال الخامس، و لَمَّا كان متضمنا لنقض تعريف البيع بعقدين آخرين- وهما الصلح والهبّة المعوّضة- فلذا تصدّى للجواب عن كل واحد منهما بما يناسبه. فيقع الكلام في مقامين: أحدهما في التفصّي عن النقص بالصلح، والثاني في دفع النقص بالهبّة المعوّضة.

أمّا المقام الأوّل، فمحصل ما أفاده فيه: مغايرة البيع والصلح مفهوما، واستدل عليه بأمر ثلاثة.

أمّا اختلافهما مفهوما فيبانه: أن البيع- كما تقدّم في كلام بعض أهل اللغة كالفيومي

رابعها: أن تكون الهبة مشروطة بشيء بنحو شرط النتيجة، كأن يقول الواهب: «وهبتك كذا بشرط أن تكون دارك ملكي».

و المناسب للنقض هو الهبة التي تقع المقابلة فيها بين المالين بنحو يكون العوض جزءا لا شرطا كما في القسم الثالث، إذ الهبة الثانية تكون عوضا عن الهبة الأولى، فيصدق عليه:

«إنشاء تملك عين بعوض» بخلاف ما عداه من الأقسام المزبورة، فإنّ شرط العوض غير نفس العوض بنحو الجزئية، و كونه مقابلا للعين الموهوبة كمقابلة الثمن للمثمن في البيع. ولذا تبطل الهبة بانتفاء العوض فيما إذا كان مقابلا للموهوب، كبطلان كلّ معاوضة بفقدان أحد العوضين قبل القبض، دون ما إذا كان بنحو الشرطية، لأنّ انتفاء الشرط لا يوجب البطلان، بل يوجب الخيار.

وبالجملة: فتمليك مال بإزاء مال خارجي بيع، وكذا تملك مال بإزاء فعل من الأفعال المتمولة من إعطاء و تملك و خياطة وقصارة وغير ذلك من الأعمال المتمولة، فإنّ جميع هذه التملكيات مصاديق البيع الذي هو تملك عين متمولة بمال.

و مما ذكرناه يظهر ما في حاشية السيد قدس سرّه من جعل بعض أقسام التملكيات المزبورة من الهبة مع أنّها من البيع «1». لأنّ تملك العين بعوض- سواء أ كان العوض عينا أم منفعة أم حقا- ليس إلّا البيع، فإنّ التملك المقابل بالتمليك أيضا بيع، لكون التملك عملا، و سيأتي تفصيل مقابلة العين بالتمليك أو التملك بمثله في رابع تنبيهات المعاطاة إن شاء الله تعالى.

وكذا في كلمات الفقهاء- تملك عين بمال على وجه المقابلة، فلا يصدق على تملك غير الأعيان من الحقوق والمنافع، كما لا يصدق على تملك عين خال عن العوض. ومعنى الصلح هو التراضي بين المتنازعين و تسالمهما على أمر من تملك عين أو منفعة، أو إباحة تصرف، أو سقوط حق، أو إبراء دين، ونحوها. قال العلامة الطريحي في بيان النبوي: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا» ما لفظه: «أراد بالصلح: التراضي بين المتنازعين، لأنه عقد شرع لقطع المنازعة» (1).

وعليه فحقيقة الصلح- إذا تعلق بعين مع عوض- ليست إنشاء تملك عين بمال حتى ينتقض به البيع، بل هي التسالم الاعتباري، يعني: أن الإنشاء يتعلق أولا- بالتراضي والموافقة، لا- بالتمليك، إلا أن التسالم حيث إنه من سنخ المعاني التعلّقية- لاستحالة التراضي المطلق كاستحالة تعلقه بالأعيان- فلا- بد من تعلقه بفعل أو بحكم، فالأول- أي تعلقه بالفعل- نظير الصلح عن الدار بألف دينار، بأن يكون المقصود التسالم على تملكها بالألف، والثاني كالصلح على ملكيتها بالألف.

وفائدة هذا السنخ من الصلح- إذا تعلق بالتمليك- وإن كانت متّحدة مع البيع من حيث وقوع المبادلة بين عين وعوض، إلا أن العبرة في صدق كل عقد- ليرتب عليه أحكامه الخاصة به- هي نفس العنوان المنشأ، سواء اتحدت نتيجه مع عقد آخر أم اختلفت عنه. هذا كله في اختلاف مفهومي البيع والصلح سنخا.

وأما الدليل عليه فوجوه ثلاثة نشير إليها فعلا، وسيأتي توضيحها عند شرح كلمات المصنف قدّس سرّه.

أولها: تعدي البيع بنفسه الى المبيع، و تعدي الصلح إلى متعلقه بالحرف، سواء أ كان المتصلح عليه عينا أم منفعة، و سواء أفاد الملك أم الإباحة أم غيرها، و من المعلوم أنّ التعدي بالنفس و بالحرف أمارة اختلاف المفهومين.

ثانيها: أنّ الصلح يجري في موارد طائفة من العقود المعاوضية و الإيقاعات، فلو كان

(1): مجمع البحرين، ج 2، ص 388

- و لو (1) تعلق بالعين - ليس هو التمليك على وجه المقابلة (2) و المعاوضة، بل معناه الأصلي (3) هو التسالم، ولذا (4) لا يتعدى بنفسه إلى المال.

مدلوله كالبيع تمليك عين بعوض فإما أن يكون إطلاقه في تمليك المنفعة وإسقاط الحق ونحوهما مجازيا، وإما بنحو الاشتراك اللفظي، و كلاهما ممنوع.

ثالثها: أنه لو كان التمليك مأخوذا في مفهوم الصلح لزم أن يكون طلبه من الخصم إقرارا بمالكيتته، مع أنهم فرّقوا بين طلب التمليك و طلب الصلح على المتنازع فيه.

فهذه أمور تشهد بأن «التمليك على وجه المقابلة» غير ملحوظ في تعريف الصلح، وأن مفهومه مجرد التسالم مهما كان المتسالم عليه، هذا.

(1) وصلية، يعني: لا فرق في عدم تضمّن مفهوم الصلح للتمليك على وجه المقابلة بين كون المتصالح عليه عينا، وغيرها، فالمنشأ في وعاء الاعتبار هو التسالم، لا التمليك بنحو المعاوضة بين عين و مال.

وتبّه بقوله: «و لو تعلق بعين» على مورد النقص، حيث إنّ مورد انتقاض تعريف البيع إنّما هو الصلح على العين، كما تقدّم في عبارتي المسالك و الجواهر، فدفعه المصنف قدس سرّه بأجنية مفهوم الصلح عن التمليك بالعوض، بل هو التسالم و التراضي بلا فرق بين تعلقه بالعين أو بالمنفعة أو بغيرهما كالحقوق.

(2) أي: المقابلة بين العوضين، و بهذه العبارة يمكن إخراج الهبة المعوضة عن تعريف البيع أيضا، لأنّ تمليك المتهب للواهب ليس لاقتضاء تمليك العين الموهوبة له، بل للشرط، مع أنّ الثمن في باب البيع عوض نفس المبيع، و لذا يصحّ سلب العنوان حقيقة عمّا إذا قال: «بعتك بلا ثمن».

(3) الذي هو المنشأ، و هو المناط في تعنون الإنشاء بعنوان الصلح، و لا عبرة بالفائدة المترتبة عليه.

(4) هذا هو الدليل الأوّل على تغاير مفهومي البيع و الصلح سنخا، و محصله: أنّ مادة

نعم (1) هو متضمن للتمليك إذا تعلّق بعين، لا أنّه (2) نفسه.

و الذي يدلّك على هذا (3) أنّ الصلح قد يتعلّق

«البيع» تتعدى الى المبيع بنفسها، فيقال: «بعت الدار بكذا». و لكن الصلح لا يتعدّى الى المتصالح عليه بنفسه، بل بمعونة حرف المجاوزة أو الاستعلاء، فيقال: «صالحتك عمّا علم بما علم» أو «صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لي» فيعلم منه عدم كون الصلح بمعنى التمليك و النقل و البيع المتعدية بأنفسها إلى العين، لأنّ التعدية بالنفس و بالحرف أمانة اختلاف المفهومين. و لو كان الصلح بمعنى التمليك على وجه المقابلة لصحّ إنشاؤه بمثل «صالحتك الدار بألف دينار» مع عدم صحته.

(1) استدراك على قوله: «ليس هو التمليك» و قد عرفت عدم المنافاة بين كون المنشأ في الصلح هو التراضي على أمر، و بين إفادته التمليك.

(2) يعني: لا أنّ الصلح نفس تمليك العين على وجه المقابلة كالبيع.

(3) أي: على أنّ الصلح هو التسالم الاعتراري، لا التمليك. و غرضه إقامة دليل ثان على عدم كون الصلح نفس التمليك، و حاصله: أنّ الصلح يجري في موارد عقود و معاوضات متعددة، و يفيد في كل واحد منها فائدة تلك المعاملة. و المذكور منها في المتن خمسة:

أولها: أن يتعلّق التسالم بتمليك عين في قبال عوض، و فائدته فائدة البيع، غير أنّ الأحكام الخاصة به لا تجري في الصلح، كخيار المجلس، فيتملك لزوماً كلّ من المتصالحين المال عقيب و وقوع العقد و إن لم يفترقا عن مجلس المعاملة.

ثانيها: أن يتعلّق التسالم بتمليك منفعة كسكنى الدار مدة شهر بدينار، و ثمرته متّحدة مع الإجارة.

ثالثها: أن يتعلّق التسالم بتسلط المتصالح على الانتفاع بملك المتصالح، فيباح له الانتفاع به من دون دخول المنفعة في ملكه، و هذا فائدة عقد العارية.

رابعها: أن يتعلّق الصلح بإسقاط حقّ أو بنقله، فالأول كما إذا تصالح الشفيع و المشتري

على إسقاط حق الشفعة، أو تصالح ذو الخيار مع من عليه الخيار على رفع اليد عن حقه.

و الثاني كالتصالح على نقل حق التحجير الى الغير حتى يكون المتصالح- بمنزلة المحجّر- أولى بإحياء الأرض و عمارتها من غيره.

خامسها: أن يتعلّق الصلح بتقرير مقابلة بين المتصالحين، كما إذا اشترك شخصان في رأس مال للتجارة به، فاتّجرا وربحا، غير أنّ الفوائد موزّعة بعضها نقود و بعضها ديون على آخرين، فإنّ مقتضى عقد الشركة توزيع الأرباح و الخسائر على ذوي الحصص بنسبتها. لكن لو أراد أحد الشريكين فسخ الشركة و أخذ رأس ماله جاز أن يصالح شريكه على سحب حصته، بأن يكون الربح و الخسارة المحتملان في مال الآخر، فإن كانت شركتهما رابحة كانت الفائدة له بمنزلة هبة من الذي أخذ حصته، و إن كانت خاسرة فالمتضرر أبرأ ذمة ذلك الذي استقلّ برأس ماله.

و فائدة هذا الصلح تثبيت المقابلة المذكورة بين المتصالحين، إذ لولاها كان اللازم العمل بمقتضى عقد الشركة من توزيع الربح و الخسارة على الشريكين بنسبة الحصص.

هذه جملة من الموارد التي شرّع عقد الصلح فيها، و لا يترتب تملك العين فيها إلا على الأول منها أعني به الصلح على عين بعوض، و هو متحد مع البيع أثرا و فائدة.

و حيث كانت الفوائد في هذه المقامات متفاوتة فالمتعين جعل المنشأ جامع التسالم و التراضي كي ينطبق المفهوم على جميع الموارد، و لم يؤخذ التملك في حقيقة عقد الصلح حينئذ. و لو لم يكن المنشأ هو جامع التسالم فإنّما أن يلتزم بأن الصلح كالبيع تملك عين بعوض لا غير، فيكون استعماله مجازا في ما لو تعلق بتمليك المنفعة أو بإباحة الانتفاع أو بإسقاط حقّ و ما شابه ذلك. و إنّما أن يلتزم بتعدد الوضع، بأن يكون موضوعا مرة لتمليك العين، و اخرى لإباحة الانتفاع، و ثالثة للإبراء، و هكذا.

بالمال عينا (1) أو منفعة، فيفيد التمليك.

وقد يتعلّق (2) بالانتفاع فيفيد فائدة العارية، وهو مجرد التسليط.

وقد يتعلّق (3) بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال.

و كلاهما كما ترى أما مجازية استعماله فيما عدا تمليك الأعيان فظاهر المنع، فإنّ استعماله في الأمثلة المتقدمة يكون بوزان واحد، وليس في الصلح على الإبراء مثلا- قرينة صارفة عن معناه الحقيقي- أي تمليك العين- الى معنى آخر. و أمّا اشتراكه اللفظي فكذلك واضح البطلان، إذ المعهود بينهم هو انطباق الصلح بمفهومه الوجداني على تلك الموارد، وإن كان مفيدا في كل مورد فائدة غير الفائدة المترتبة على مورد آخر.

(1) هذا إشارة إلى المورد الأوّل، وهو يفيد فائدة البيع، وإن لم يترتب عليه أحكامه الخاصة به، فلا يثبت في هذا الصلح خيار المجلس.

كما أنّ قوله: «أو منفعة» إشارة إلى المورد الثاني، وهو يفيد فائدة الإجارة.

ثم إنّ تصريحه بأعميّة المال من العين والمنفعة يوافق ما أفاده في أوّل كتاب البيع من كفاية كون الثمن منفعة متمولة، ويخالف ما سيأتي منه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد من التشكيك في صدق المال على المنافع.

(2) هذا إشارة إلى المورد الثالث، وهو: إفادة الصلح فائدة العارية وهي التسليط على العين للانتفاع بها. والفارق بين الانتفاع والمنفعة أن الانتفاع عرض قائم بالمستعير، بخلاف المنفعة التي هي حيثية في نفس العين ذات المنفعة.

وهل تقيّد العارية الإذن في الانتفاع من دون أن يتملّك المستعير شيئا، أم تقيّد الملك، كما أنّ الإجارة تمليك المنفعة؟ وجهان، ولا صراحة في عبارة المصنف قدّس سرّه في واحد منهما.

ولعلّ قوله: «مجرد التسليط» أقرب الى إفادة الإباحة المالكية لا التمليك.

(3) هذا إشارة إلى المورد الرابع، وهو الصلح على الحقوق، فإن كان الحقّ قابلا للإسقاط خاصة ترتّب على الصلح عليه سقوطه عمّن عليه الحق. وإن كان قابلا لكلّ من الإسقاط والنقل جاز الصلح على كلتا الحيثيتين. و أمّا الحق غير القابل للإسقاط كحق الولاية ونحوه

وقد يتعلّق (1) بتقرير أمر بين المتصالحين، كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك» فيفيد مجرّد التقرير.

فلو كانت (2) حقيقة الصلح هي عين كلّ من هذه المفادات الخمسة، لزم كونه مشتركا لفظيًا، وهو واضح البطلان (3)، فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى آخر (4)،

---

فلا يقبل الصلح عليه.

(1) هذا إشارة إلى المورد الخامس وهو الصلح على مقابلة بين شريكين لأجل تقريرها وتثبيتها، والظاهر مشروعية هذا النوع من الصلح، قال المحقق: «وإذا اصطح الشريكان، على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله، صحّ» (1).

ومستنده- مضافا إلى إطلاق دليل الصلح- خصوص معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين اشتركا في مال، فربحا فيه، و كان من المال دين، وعليهما دين [وفي التهذيب: وكان من المال دين وعين] وقال لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح و عليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ وجلّ» (2).

(2) غرضه قدّس سرّه الاستنتاج مما ذكره بقوله: «و يدلّك على هذا» إلى هنا، وأنّ الصلح لو استعمل في تلك الموارد حقيقة- بعد عدم وجود جامع بينها كالتملك- لزم كونه مشتركا لفظيا، والمقرر في محلّه بطلانه، فهذا التالي الفاسد شاهد على نفي تعدّد الوضع، فلا بدّ من فرض جامع بين الموارد وهو التسالم. وعليه يخرج التملك- في الصلح على العين- عن حرّيم المفهوم، وإتّما يقتضيه المتعلّق.

(3) إذ لم يدّعه أحد، وعدم ادّعائه يدلّ على عدم اشتراكه اللفظي، مضافا إلى كونه خلاف الأصل.

(4) يعني: غير التملك والتسليط والإسقاط والتقرير ونحوها.

---

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 121

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 165، الباب 4 من كتاب الصلح، الحديث: 1

ص: 238



و هو التسالم [1]، فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه. فالصلح (1) على العين بعوض تسالم عليه، و هو (2) يتضمّن التمليك، لا أنّ مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام (3) و حقيقةه

---

(1) هذه نتيجة نفي الاشتراك اللفظي، وأنّ الصلح موضوع بنحو الاشتراك المعنوي لجامع التسالم و التراضي، فيكون التسالم على كل شي ء بحسبه مقتضى متعلق الصلح، و لا دخل لذلك الأثر المترتب عليه في مفهوم الصلح و معناه.

(2) أي: الصلح على العين يقتضي التمليك و إن لم يكن المنشأ تمليك عين بعوض. و قد عرفت أنّ المدار في صدق عنوان من العناوين الاعتبارية نفس المنشأ، لا الخواص التي قد يشترك فيها عقدان أو أكثر.

(3) و هو مقام نقض تعريف البيع ب «إنشاء تمليك عين بمال» بالصلح على عين بعوض، فكما أنّ الصلح على الانتفاع ليس معناه التسليط بل معناه التسالم، فكذا في الصلح على عين بعوض، فليس مفهومه التمليك و إن ترتّب عليه لأجل خصوصيّة في متعلق التسالم.

---

[1] قد يشكل التفصي عن النقص - بجعل حقيقة الصلح تسالما على أمر - بما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من: أنّ التسالم من مقولة الالتزام، و هو سنخ معنى لا يتعلق بالعين، بل لا بدّ من تقدير الفعل المناسب كالحلية و الحرمة المتعلقة بالأعيان، و عليه فلا معنى للتسالم على العين إلا باعتبار فعل كالتمليك أو نتيجته كالملكية، فالمنشأ حقيقة هو التسالم على مثل التمليك أو الإباحة، لا التراضي المطلق حتى يخرج المتعلق عن حاق المفهوم و يصير فائدة له.

فالتسالم كالتنازع و إن تعلّقا ظاهرا بالأعيان، إلا أنّ المتسالم عليه لبا و المتنازع فيه كذلك ليس هو نفس العين، بل حيثية أخرى من حيثياتها، كملك الرقبة أو المنفعة أو إباحة الانتفاع بها، و نتيجة ذلك انتقاض تعريف البيع «بإنشاء التمليك» و نحوه بالصلح على العين بعوض، كما ذكره الشهيد الثاني و صاحب الجواهر قدّس سرّهما إذ المنشأ هو التسالم على تمليكها لا التسالم المطلق حتى يكون متضمّنا للتمليك «1»، هذا.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 17

ص: 239

هو إنشاء التملك (1).

و من هنا (2) لم يكن

---

(1) حتى ينتقض تعريف البيع بهذا المورد من موارد الصلح.

(2) يعني: و من عدم كون مفهوم الصلح- إذا تعلق بعين على عوض- هو التملك لم يكن طلب الصلح من المنكر إقرارا بصحة ما يدعيه المدعي، و غرضه إقامة دليل ثالث على اختلاف البيع و الصلح مفهوما، و عدم كون الصلح تمليكا، و توضيحه: أنهم ذكروا في كتاب الصلح: إذا تنازع زيد و عمرو على أرض - مثلا- فادعى زيد ملكيتها، و أنكر عمرو ذلك، فأرادا التصالح و فصل الخصومة، أمكن ذلك بأحد نحوين:

الأول: أن يستدعي عمرو من زيد بيع الأرض أو تمليكها، فيقول: «بيني الأرض أو ملكيتها».

---

مضافا إلى: أن حقيقة الصلح لو كانت هي التسالم للزم جواز إنشاء الصلح بلفظ «سالمت» مقام «صالحت» كما تقدم نظير هذا الاشكال من المصنف على بعض التعاريف، و لم يظهر من الأصحاب جوازه، و ذلك يكشف عن عدم كون التسالم مرادفا للصلح، و إلا جاز إنشاؤه به.

فلعل الأولى أن يقال: إن الجامع بين موارد الصلح- بحيث ينطبق عليها- هو التجاوز و رفع اليد عن متعلق الصلح، فمعنى قوله: «صالحتك عن الدار أو عن منفعتها أو عن الخيار أو غيره من الحقوق» هو رفع اليد و الإعراض عنه.

أو يقال: إن الصلح في غير موارد التملك أجنبي عن البيع، فلا ينتقض به، و في موارد التملك إذا كان- متعلقا بالعين- كالصلح على الدار و الدكان و غيرهما من الأعيان بعوض، فيمكن أن يقال: إنه بيع حقيقة، غاية الأمر أنه إنشاء بغير لفظ البيع، فلا يرد نقض.

نعم بناء على عدم جواز إنشاء البيع بلفظ آخر فالنقض وارد، و دفعه منحصر بكون الصلح حقيقة في التجاوز و رفع اليد عما تعلق به كما قيل.

ص: 240

طلبه (1) من الخصم إقرارا له، بخلاف طلب التمليك (2).

وَأَمَّا (3) الهبة المعوّضة

الثاني: أن يستدعي منه الصلح على تلك الأرض، فيقول: «صالحني عليها بكذا».

و فرّقوا بين الطريقتين بأنّ الأوّل- وهو طلب التمليك و البيع- يعدّ تنازلا من المنكر و اعترافا بمالكية المدّعي للعين المتنازع فيها، إذ لا معنى لاستدعاء البيع من غير المالك، فلا بدّ أن يتضمّن طلب البيع إقرارا بصحة دعوى زيد و مالكيته للأرض. بخلاف الثاني، فإنّ استدعاء الصلح ليس إقرارا بصحة دعوى زيد، لأنّ همّه قطع المنازعة.

قال المحقق: «و إذا قال المدّعي عليه: صالحني عليه، لم يكن إقرارا، لأنّه قد يصحّح مع الإنكار. أمّا لو قال: بعني أو ملكني كان إقرارا» (1).

و هذا التفصيل خير شاهد على أنّ حقيقة الصلح- مع الغصّ عن متعلّقه- ليست تمليكا، و إلاّ لم يكن فرق بين أن يطالب المنكر من المدّعي تمليك العين بالبيع، و بين أن يطالب الصلح عليها.

هذا توضيح كلمات المصنف قدّس سرّه في المقام الأوّل من الجواب عن الاشكال الخامس.

و أما المقام الثاني المتعلق بدفع النقض بالهبة المعوّضة فسيأتي.

(1) يعني: أنّ طلب المنكر الصلح و استدعاءه من المدّعي ليس إقرارا له بكونه مالكا.

(2) حيث إنّ طلب التمليك من المنكر إقرار منه للخصم، فلو كانت حقيقة الصلح تمليكا لكان طلبه كطلب التمليك إقرارا للخصم و تصديقا له في دعواه، بدهاة أنّ طلب التمليك لا- يصحّح إلاّ فيما إذا كان بناء طالب التمليك على مالكيّة الخصم للمدّعي به، إذ لا معنى لطلب التمليك من غير المالك.

(3) هذا شروع في المقام الثاني أعني به دفع نقض تعريف البيع- بإنشاء تمليك عين بمال- بالهبة المعوّضة، أي المشروط فيها العوض، و محصّ له: اختلاف مفهومي البيع و الهبة، فالبيع متقومّ بالعوض بحيث لو كان التمليك من طرف واحد صحّح سلب العنوان عنه، و لكنّ الهبة متقومّة بالمجانبة و تمليك العين بلا عوض، ففي الهبة المعوّضة لا بدّ من إناطة وجوب العوض

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 123

ص: 241

بالشرط، بأن يشترط الواهب على المتهب تمليك شيء في قبالة هبته، و من المعلوم الفرق بين اقتضاء ذات العنوان المعاملي للعوض بحيث لا يصدق بدونها كما في البيع، و بين عدم اقتضاء نفس العنوان له، و توقّف وجوب دفعه على الشرط، الذي هو خارج عن حدود المفهوم كما لا يخفى.

هذا بحسب الدعوى.

و الدليل على الفرق المزبور ما أفتى به الأصحاب في بحث الهبة المعوضة من: أنّ الواهب لا يتملك العوض - المشروط على المتهب - بمجرد هبته و قبول المتهب، بل يتوقّف تملكه للعوض على أن يملكه المتهب، بحيث لو تخلف المتهب عن الشرط و لم يف به لم تبطل هبة الواهب، و إنّما يثبت له خيار تخلف الشرط، فيكون رجوعه عن هبته و استرداد عينه مستندا الى الخيار، لا - إلى اقتضاء ذات الهبة للمعاوضة و المقابلة، إذ لو كان كذلك امتنع تملك المتهب للعين الموهوبة من دون أن يتملك الواهب للعوض الذي اشترطه على المتهب.

و هذا الفرق كاشف عن كون هبة المتهب للواهب تمليكا مستقلا، و لا يقدر التخلف عنه في صدق عنوان «الهبة» على فعل الواهب. و هذا بخلاف البيع، فإنّ عدم قبول المشتري - بحيث يصير البيع بلا ثمن - يمنع عن صدق البيع عليه.

(1) أي: في مقام النقض على تعريف البيع، و مقصوده قدس سره إخراج قسم آخر من الهبة المعوضة عن مورد النقض، و هو ما إذا لم يشترط العوض في عقد الهبة، و لكن المتهب يهب شيئا للواهب جبرا لإحسانه، و هذه و إن صدقت عليها الهبة المعوضة - على ما قيل - لاشتمالها على العوض، لكن لا ينتقض تعريف البيع بها، لعدم كون الإعطاء بعنوان العوضيّة حتى يصدق المعاوضة بين المالكين أو بين الإعطاءين.

و بهذا ظهر أنّ مقصود المصنف قدس سره بقوله: «هنا» ليس الاحتراز عن مثل العطية و النحلة و الصدقة و الوقف مما يطلق عليها الهبة بالمعنى العام، كما في بعض الحواشي، بل المراد به إخراج الهبة المعوضة التي يعطي المتهب شيئا للواهب إحسانا إليه، لا لأجل الشرط.

المقابلة (1)، وإلا (2) لم يعقل [1] تملك أحدهما (3) لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر،

(1) كما في البيع، فإنه تملك عين بعوض على جهة المقابلة بين المالكين، فالهبة المعوضة يقصد فيها المعاوضة بين الهبتين لا بين العين الموهوبة و العوض، فالهبة المعوضة تملك في قبيل تملك، لا معاوضة بين مالين كما هو المقصود في باب المعاوضات.

(2) يعني: ولو كانت الهبة- المشروط فيها العوض- إنشاء تملك عين بعوض على وجه المقابلة، لم يعقل تملك المتهب للعين الموهوبة قبل أن يملك العوض للواهب، لا امتناع اعتبار المعاوضة بين المالكين إلا بتملك كل من المتعاملين للعوض في ظرف خروج المعوض عنه، مع أنهم حكموا بانتقال العين الموهوبة إلى المتهب من دون تملك الواهب لشيء من مال المتهب. وهذا أقوى دليل على عدم كون الهبة مطلقا- حتى المعوضة- من سنخ المعاوضات.

(3) يعني: تملك المتهب للموهوبة من دون تملك الواهب لعوضه الذي استحقه بالشرط.

[1] اعترض عليه المحقق الايرواني قدس سره بقوله: «هذا إذا كان العوض مالا، وأما إذا كان فعلا أعني تملك الآخر للمال على أن تكون الهبة تملكيا بإزاء تملك، استحق الواهب بقبول المتهب تملك المتهب للمال، لا نفس المال، فان ملك فهو، وإلا كان كامتناع المشتري من تسليم الثمن، و المقابلة مع ذلك محفوظة، لكن بين الفعلين لا بين المالكين، أو بين مال و فعل» «1».

لكنه غير ظاهر، ضرورة أن المفروض أخذ العوض شرطا في الهبة لا مقابلا لها، فالعوض المشروط سواء كان عينا أم فعلا- كالتملك- لم يؤخذ على وجه المقابلة كما صرح به المصنف بقوله: «على جهة المقابلة» و من المعلوم أن المعاوضة متقومة بجعل كل من المالكين أو الفعلين عوضا عن الآخر، و المعاوضة بهذا المعنى مفقودة في الهبة المعوضة، فالهبة المشروطة بهبة لا تقابل فيها بين الفعلين، و استحقاق الواهب بقبول المتهب تملكه أعم من كونه على وجه المقابلة و على نحو الشرط، فالمقابلة- مطلقا- مفقودة في الهبة المعوضة.

(1): حاشية المكاسب، ص 74

ص: 243

مع (1) أن ظاهرهم عدم تملك العوض (2) بمجرد تملك الموهوب له الهبة (3)، بل (4) غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤدّ (5) العوض كان للواهب الرجوع

(1) غرضه الاستدلال- على أجنبيّة الهبة المعوّضة عن باب المعاوضات- بفتوى الأصحاب بأنّ المتهب يتملّك العين الموهوبة بمجرد قبول الهبة سواء وفي بالشرط أم لم يف به.

قال المحقق: «و لا- يجبر الموهوب له على دفع المشترط، بل يكون بالخيار» «1» يعني: يكون المتهب مخيراً بين التعويض وردّ العين الموهوبة إلى الواهب، فلو امتنع عن دفع العوض تخيّر الواهب- بمقتضى الشرط- بين الرجوع والإمضاء، و من المعلوم أنّ جواز رجوع الواهب كاشف عن تملك الموهوب له- و لو بالملك المترزّل- للعين الموهوبة قبل الوفاء بالشرط. و لو كان تملكه لها منوطاً بالعمل بالشرط لم يبق وجه لأن يكون الواهب بالخيار، لبطلان أصل العقد حينئذ.

و عليه فليست الهبة المشروط فيها الثواب من سنخ المعاوضات، لاقتضاء المعاوضة ملكيّة كلّ واحد من المالين في رتبة الآخر، فحكمهم بتملّك المتهب- قبل أن يهب العوض للواهب- دليل على خروج الهبة عن المعاوضات.

(2) يعني: عدم تملك الواهب للعوض قبل أن يهبه المتهب، فمجرد عقد الهبة المعوّضة لا يقتضي تحقّق ملكيّة كلّ منهما في آن ملكية الآخر.

(3) مفعول لقوله: «تملك» و المراد بالهبة هنا: العين الموهوبة.

(4) يعني: ليس شرط العوض في الهبة كالبيع الموجب لتملّك كلّ من المتعاملين لكلّ من العوضين في رتبة واحدة، بل غاية ما يترتب على هذا الشرط هي: أنّ الواهب يتسلّط على الرجوع عن هبته لو لم يف المتهب بالشرط، إذ ليست حينئذ هبة معوّضة، فهي وإن لم تكن باطلة من أوّل الأمر، لكنها جائزة كما هو الأصل في الهبة.

(5) المقصود من الأداء هو الهبة الواجبة على المتهب من جهة الشرط.

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 232

ص: 244

(1) المقصود بجواز رجوع الواهب هنا هو الجواز الحقيقي الناشئ من تخلف المتهب عن الوفاء بالشرط، وهذا وإن اتحد أثره مع جواز فسخ عقد الهبة ذاتا، إلا- أنّ الأوّل جواز حقي قابل للإسقاط و متعلّقه العقد، والثاني حكمي غير قابل للإسقاط، و متعلقة استرداد العين الموهوبة. مضافا إلى ظهور الثمرة في الهبة المشروطة لذي رحم، لانتفاء جوازها الحكمي، و يبقى جوازها الحقيقي خاصة.

(2) هذه نتيجة عدم كون الهبة معاوضة، يعني: أنّ شرط العوض في الهبة- بعد أن لم يكن موجبا لصيرورة الهبة كالمعاوضات- صار كالتعويض من باب الإحسان في كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا، فكما لا يكون التعويض غير المشروط في ضمن الهبة إلا تمليكا مستقلا، فكذلك التعويض المشروط في ضمنها، غايته أنّه يكون في الهبة المشروطة هبتان، بخلاف غير المشروطة، حيث إنّها واحدة.

و الحاصل: أنّ الهبة متقومة بالمجانية، في مقابل المعاوضة، فلا يصدق عليها «تمليك العين بعوض» حتى ينتقض بها تعريف البيع بإنشاء تمليك عين بمال.

[1] و يشهد أيضا بعدم اقتضاء الشرط كون الهبة من المعاوضات: ما ذكره الفقهاء من أنّه لو ظهر كون العوض مستحقا للغير لم تبطل الهبة، بل يجب دفع البدل مطلقا أو خصوص المثل أو القيمة، و لو كانت المقابلة بين المالين بطل العقد بظهور الاستحقاق، قال في الجواهر:

«و لو خرج العوض أو بعضه مستحقا أخذه مالكة، ثمّ إن كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع بدله، و لكن للواهب الرجوع. و إن شرطت بالعوض ففي القواعد: دفع المتهب مثله أو قيمته مع التعيين، أو العين، أو ما شاء إن رضي الواهب مع الإطلاق. و هو ظاهر أيضا في وجوب دفع العوض، و في وجوب قبول الواهب له مع بدله، فيكون الهبة كالنكاح في عدم كون ظهور استحقاق المهر مبطلا لها» (1).

فيها في (1) كونه تمليكاً مستقلاً يقصد به وقوعه (2) عوضاً، لا أنّ حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كلّ من العوضين (3)، كما يتّضح ذلك (4) بملاحظة التعويض غير المشترك في ضمن الهبة الأولى (5).

فقد تحقق (6) مما ذكرنا (7) أنّ حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلاّ البيع،

(1) متعلق بالتعويض، و هو وجه اشتراك الهبة التي يكون العوض بسبب الشرط، مع الهبة التي يكون التعويض فيها من جهة الإحسان إلى الواهب، ووجه الاشتراك ما عرفته من كون هبة المتّهب تمليكاً جديداً، و ليس باقتضاء الهبة الأولى أي هبة الواهب.

(2) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان الى التملك المستقل.

(3) إذ لو كانت المقابلة ملحوظة كانت منافية للهبة التي قصد بها المجانية المقوّمة لحقيقتها، بدهاة منافاة المجانية للمقابلة بين المالين.

(4) أي: عدم كون الهبة المعوّضة معاوضة حقيقية، و حاصله: أنّ بذل المتّهب عوضاً الى الواهب تداركاً لإحسانه كما لا يوجب صيرورة الهبة معاوضة حقيقية بأن تكون البدلية ملحوظة في العين الموهوبة و ما يبذله المتّهب، فكذلك لا تكون الهبة المشروطة بالعوض مندرجة في المعاوضة الحقيقية، لوضوح خروج الشرط عن حقيقة الهبة، كما في سائر الشروط الضمنية المأخوذة في المعاملات، فإنّ المشروط أمر لا يقتضيه طبع تلك المعاملة.

(5) هذه الكلمة قرينة على أنّ المراد بالهبة المعوّضة في المقام هو القسم الثالث المتقدم عند بيان النقض، أعني به ما يكون المقابلة بين الفعلين أي الهبتين، فالهبة الأولى تصير مشروطة بالثانية، بأن يقول الواهب: «وهبتك هذا الكتاب على أن تهبني هذا الدرهم» فالهبة الأولى فعل الواهب، و الثانية فعل المتّهب.

هذا تمام ما حقّقه المصنف قدّس سرّه في المقام الثاني أعني به دفع النقض بالهبة المعوّضة.

(6) هذا تلخيص لما سبق في دفع النقض بالصلح و الهبة المعوّضة، و تمهيد للإشكال على جعل الأصل في تملك الأعيان هو البيع كما صرّح به الفقيه الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه.

(7) يعني: في جواب انتقاض تعريف البيع بالصلح على عين و بالهبة المعوّضة، حيث



فلو (1) قال: «ملكتك كذا بكذا» كان بيعا (2)، ولا يصح صلحا ولا هبة معوضة

أفاد: أنّ حقيقة الصلح هي التسالم على أمر، وليس التملك مأخوذا فيها، وأنّ الهبة المعوضة ليست تملكا على وجه المقابلة بأن يدخل العوض في ملك الواهب بمجرد هبته، بل هبة المتهب تملك جديد، وقد دخل الموهوب في ملكه سواء وفي بالشرط أم لا.

و من هنا يعلم أنّ «تمليك عين بعوض» - على وجه المقابلة بين العوضين - منحصر في البيع، فلذا لو أنشأ البائع الإيجاب بالتمليك لا بالبيع كان بيعا لا معاملة أخرى، بأن قال:

«ملكتك الكتاب بدينار» فإنّه متحد مفهوما مع قوله: «بعتك الكتاب بدينار» ولا يكون هذا التملك صلحا ولا هبة معوضة، إذ ليس المنشأ فيهما جعل مال عوض مال آخر. و المفروض كما عرفت أنه جعل في قوله: «ملكتك الكتاب بدينار» مال وهو الدينار عوض الكتاب.

(1) هذه نتيجة انحصار «تمليك عين بعوض على وجه المقابلة بين المالكين» في البيع، وعدم كون هذا النحو من التملك مشتركا معنويا جامعا بين البيع و الصلح على عين و الهبة المعوضة، ولا مشتركا لفظيا بينها. و عليه فحقيقة التملك بالعوض هي البيع، و استعماله فيما عداه مجاز يتوقف إرادته على قرينة.

(2) أمّا كونه بيعا فلا أنّ مضمون هذه الصيغة الخاصة ليس إلا البيع، و المفروض قصده في مقام الإنشاء. و أمّا عدم كونه صلحا ولا هبة فواضح، لأنّه إمّا أن يقصد الموجب بقوله:

«ملكتك كذا بكذا» الصلح أو الهبة المشروطة بالعوض، و إمّا أن لا يقصد شيئا منهما. فإن قصد أحد الأمرين لم يقع، لما تقرّر من أنّ المعاملات و إن كانت متوقفة على القصد، و لذا قيل:

«العقود تابعة للقصد» إلا أن تأثير القصد في حصول المقصود منوط بكون اللفظ كاشفا عمّا قصده، و ظاهرا فيه عرفا و لو بوضع ثانوي، فلو لم يكن اللفظ كذلك لم يؤثر في حصول المقصود. و إن لم يقصد بقوله: «ملكتك كذا بكذا» أحد الأمرين من الصلح و الهبة، كان عدم تحققهما من باب السالبة بانتفاء الموضوع، و كان كإنشاء النائم و الهازل في عدم تأثيره في حصول العنوان الاعتباري.

و إن قصدهما (1)، إذ (2) التمليك على جهة المقابلة الحقيقية (3) ليس صلحا ولا هبة، فلا يقعان به (4). نعم (5) لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدهما (6).

### [أصالة البيع في تمليك الأعيان]

فما قيل (7) من: «أن البيع

(1) أمّا إذا لم يقصد هما لم يقعا قطعاً، فإنّ قوام الأمر الإنشائي بالقصد.

(2) تعليل لقوله: «كان يبع..»

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - إيران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 248

(3) التقييد بالمقابلة الحقيقية لأجل اشتمال الصلح والهبة على التمليك من الطرفين، إلا أنه ليس مأخوذاً في حقيقتهما كما عرفت.

(4) أي: فلا يقع الصلح والهبة بقول المنشئ: «ملكك كذا بكذا» ووجه عدم الوقوع عدم صراحة لفظ التمليك في إفادة العنوانين.

(5) استدراك على قوله: «فلا يقعان به» ومقصوده أنّ عدم وقوع الصلح والهبة المعوضة بقوله: «ملكك» مبني على اعتبار الألفاظ الصريحة في صيغ العقود، كعدم وقوع الإجارة بمثل «بعتك سكنى الدار».

فلو قيل بجواز استعمال الألفاظ غير الصريحة - من المجازات والكنيات - في مقام الإنشاء جاز إنشاء الصلح والهبة بالتمليك عند قصد العنوان.

(6) هذا الضمير وضميراً «بوقوعهما، تحققهما» راجعة إلى الصلح والهبة.

### أصالة البيع في تمليك الأعيان

(7) هذا متفرّع على اختصاص التمليك على وجه المقابلة الحقيقية بالبيع، وعدم كونه جامعاً بين أقسام العقود المعاوضيّة، ومقصوده قدّس سرّه الخدشة فيما أفاده الشيخ الفقيه كاشف الغطاء في موضعين من شرح القواعد، حيث قال في أحدهما: «و أنّ الأصل في مطلق التمليك للأعيان التنزيل على البيع» وقال في ثانيهما: «فالظاهر: أنّه متى جاء الفعل مستقلاً أو مع ألفاظ لا تستجمع الشروط مقصود بها المسامحة جاء حكم المعاوضة. وعلى الأوّل، فإن صرّح فيها بالحق بيع وغيره بنى عليه. وإلا فالبيع أصل في المعاوضة على الأعيان مقدّم على الصلح



والهبة المعوّضة. و الإجارة في نقل المنافع مقدمة على الصلح و الجعالة».

و محصله: أنّ «نقل العين بالعرض» وإن كان جامعا بين البيع و الصلح و الهبة المعوضة، إلاّ أنّه عند الإطلاق ينصرف إلى البيع، لأنّ الأصل في «انتقال عين بعوض» هو البيع.

و ظاهر هذا الكلام: أنّ تملك الأعيان مشترك معنوي بين البيع و الصلح و الهبة، فإذا قصد الصلح أو الهبة فلا كلام، لأنّ مميّزهما هو القصد، فيحمل الإنشاء على ما قصده.

و إن لم يقصد شيئا منهما كان بيعا، لكونه الأصل في تملك عين بعوض. و عليه فخصوصية البيع عدمية، و خصوصيتهما وجودية.

و ناقشه المصنف قدّس سرّه بما عرفت أنّها من منع الاشتراك المعنوي، و أنّ «تمليك عين بعوض» هو حقيقة عقد البيع خاصة، و استعماله في غيره مجاز منوط بالقرينة، فإرادة البيع من قوله: «ملكك الكتاب بدینار» ليست لكونه الفرد الغالب من تملك العين بعوض حتى يكون صدقه على الصلح و الهبة المعوضة حقيقيا أيضا بدعوى مصداقيتهما لجامع التملك. بل تكون إرادة البيع من التملك لأجل أنّه الموضوع له بالخصوص.

نعم يمكن توجيه كون البيع أصلا في تملك الأعيان بما يبعد عن مساق كلام كاشف الغطاء قدّس سرّه بأن يقال: إنّ التملك بالعرض معنى حقيقي لخصوص البيع، فلو شكّ في أنّ الموجب بقوله: «ملكك» أراد معناه الحقيقي أي البيع، أو معناه المجازي من الصلح و الهبة، اقتضت أصالة الحقيقة- التي هي من الأصول العقلانية الكاشفة عن المرادات- إرادة البيع لا غير، كما لو شكّ في أنّ القائل: «رأيت أسدا» أراد معناه الموضوع له أو الرجل الشجاع، فإنّ أصالة الحقيقة تقتضي بالحمل على المعنى الحقيقي.

لكن الظاهر أنّ مقصود كاشف الغطاء من الأصل ليس أصالة الحقيقة الكاشفة عن المراد في مقام الإثبات، بل مراده الغلبة، و سيأتي مزيد توضيح له.

[1] يرد عليه- مضافا إلى ما أورده المصنف قدّس سرّه عليه:- أنّ المراد بالأصل ظاهرا هو

فيقدم (1) على الصلح و الهبة المعوضة» محل تأمل بل منع، لما عرفت (2) من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير (3).

نعم (4) لو أتى بلفظ التملك بالعوض واحتمل إرادة

---

(1) يعني: فيقدم البيع - عند إطلاق «ملكك كذا بكذا» و عدم قصد خصوصية الصلح و الهبة - على إرادة أحدهما.

(2) تعليل لقوله: «محل تأمل» و قد عرفت توضيحه.

(3) يعني: فليس تملك الأعيان مشتركا معنويا حتى يدعى انصرافه عند الإطلاق إلى البيع، بل ليس تملك الأعيان بالعوض إلا البيع.

(4) استدراك على قوله: «محل تأمل بل منع» و مقصوده قدس سرّه تصحيح أصالة البيع في تملك الأعيان بإرادة أصالة الحقيقة في معنى التملك، لا الأصل الذي ادّعاه كاشف الغطاء قدس سرّه و هو الغلبة و الانصراف.

و عليه فيكون قوله: «نعم» كالاستثناء المنقطع الذي يختلف فيه المستثنى و المستثنى منه موضوعا. و ليس هذا توجيهها للأصل الذي أسسه الشيخ الكبير قدس سرّه في شرح قواعد، لإبائه كلامه عنه. و وجه كون الاستثناء منقطعا أجنبية الأصل بمعنى الغلبة - و الانصراف في المشترك المعنوي - عن أصالة الحقيقة المعول عليها في تمييز المراد من المعنى الحقيقي عن المجازي.

---

الغلبة. بتقريب: أنّ غالب ما يقع في الخارج من تملك العين بالعوض هو البيع، و هذه الغلبة تلحق الفرد المشكوك منه بالبيع، لقاعدة لحوق الشيء بالأعم الأغلب.

وفيه: أنّ مجرد الغلبة لا حجية فيها، بل و لو مع إفادتها الظن أيضا، لعدم الدليل على اعتباره، فيقع تحت عموم دليل عدم الحجية.

إلا أن يقال: إنّ المراد بالأصل هو الإطلاق في مقام الثبوت بمعنى عدم قصد خصوصية الصلح أو الهبة التي بها يمتازان عن البيع المعرّي عن الخصوصية، فيكون مراد القائل بهذا الأصل هو عدم الخصوصية، و هذا أصل ثبوتي أجنبي عن الغلبة التي هي أصل إثباتي.

غير حقيقته (1) كان مقتضى الأصل اللفظي حمله (2) على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع (3).

لكن (4) الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى (5) ليس مراد القائل المتقدم، وسيجيء (6) توضيحه في مسألة المعاظة في غير البيع إن شاء الله تعالى.

### ح نقض تعريف البيع بعقد القرض

بقي القرض (7) داخلا في ظاهر الحد.

(1) أي غير حقيقة «التمليك بالعرض» التي هي البيع، والمراد بالغير احتمال إرادة الصلح والهبة المعوّضة، ومن المعلوم أنّ حمل كل لفظ على معناه الموضوع له عند دوران الأمر بين إرادته وإرادة المعنى المجازي هو مقتضى أصالة الحقيقة كما عرفت في مثل الأسد.

(2) أي: حمل «التمليك بالعرض» على معناه الحقيقي وهو البيع.

(3) ولا يقبل منه دعوى إرادة الصلح أو الهبة المعوّضة.

(4) هذا بيان أجنبية التوجيه الذي أفاده بقوله: «نعم» عن مراد الشيخ الكبير قدّس سرّه.

(5) أي: أصالة الحقيقة التي هي حجة في تشخيص المراد، ولذا عدّت من الأصول المرادية التي هي معتبرة في مقام الإثبات. و الظاهر عدم إرادة كاشف الغطاء قدّس سرّه هذا المعنى، لظهور عبارته في مقام الثبوت، وهو تحديد مفهوم البيع وتمييزه عن مفهومي الصلح والهبة، فمراده بالأصل هو عدم دخل خصوصية في مفهوم البيع، والمفروض أنّه لم يقصد إلا التملك بالعرض، وهذا أصل ثبوتي لا إثباتي، فالبيع لا خصوصية فيه، بخلاف الصلح والهبة، فإنّ مفهومهما متخصص بخصوصية وجودية وهي قصد عنوانهما.

(6) في خامس تنبيهات المعاظة. لكنه قدّس سرّه لم يف بوعده في ذلك التنبيه كما ستقف عليه.

ح- انتقاض التعريف بعقد القرض

(7) هذا سابع النقوض التي أوردتها المصنف قدّس سرّه على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» تقريب النقض: أن هذا التعريف يصدق على القرض كصدقه على البيع، حيث إنّ المقرض يملك المقرض عينا في قبال العوض الذي يؤدّيه المقرض عند المطالبة أو عند حلول

و يمكن إخراجہ (1) بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه

الأجل، فإذا أقرض زيد عمروا ديناراً مثلاً فقد ملكه ديناراً بعوض، وهو الدينار المماثل للدينار الذي أقرضه، و عليه ف «إنشاء تمليك العين بعوض» صادق على القرض أيضاً.

ثم إن هنا أمرين ينبغي التنبيه عليهما.

الأول: أن سوق العبارة يقتضي أن يقال: «و منها: صدقه على القرض» يعني: و من الأمور الباقية على تعريف البيع عدم مانعيته للغير - أي القرض - كعدم مانعيته عن الشراء و الصلح و الهبة المعوضة، مع خروج القرض عن البيع قطعاً، فلا بد من تعريفه بما لا ينتقض بالقرض. و لم يظهر وجه عدول المصنف قدس سره عن السياق الى قوله: «بقي القرض».

الثاني: أن هذا النقض لا يختص بتعريف البيع بما في المتن من «إنشاء تمليك عين بعوض» لوروده على تعريفه بالانتقال و بالعقد الدال عليه أو على النقل إذا كان الإنشاء بلفظ التمليك، لا اشتراك الكل في جامع التمليك بالعوض. نعم في ورود النقض على تعريفه بما في جامع المقاصد من «نقل العين بالصيغة المخصوصة» تأمل لا يخفى وجهه.

(1) هذا الضمير و ضمير «مفهومه» راجعان الى القرض، و هذا جواب الاشكال.

و محصل ما أفاده في دفع نقض تعريف البيع بالقرض هو: أن حقيقة القرض تمليك و تضمين، بمعنى أن المقرض تارة ينشئ تمليك المال للمدين، و اخرى ينشئ شرطية ضمانه عليه بما يناسبه و يكون أقرب إليه من المثل إذا كان مثلياً أو القيمة إذا كان قيمياً. فيكون نظير الهبة بشرط العوض في كون شرط العوض خارجاً عن البدلية المقومة للمقابلة المعتبرة في حقيقة المعاوضة.

و بيان آخر: يخرج القرض عن تعريف البيع بقيد «العوض».

توضيحه: أنه يعتبر عرفاً في مفهوم المعاوضة المقومة للبيع تغاير العوض للمعوض و تعددهما، إذ لا يعقل اعتبار المعاوضة في شيء واحد بأن يكون عوضاً عن نفسه كما هو واضح.

إذا عرفت هذا فنقول: إن المدينون تشتغل ذمته بكلياً ينطبق على الأفراد الخارجية المساوية للعين المقترضة في الخصوصيات النوعية و الصنفيّة الدخيلة في المالية التي تدخل

تحت الضمان، بخلاف الخصوصيات الشخصية فإنها لا تدخل تحت الضمان، لبناء الدائن و المديون على ذلك، حيث إنّ القرض يوجب ملكية العين للمديون ليتمكن من صرفه في حوائجه، فلو كانت الخصوصيات الشخصية داخلة تحت الضمان لزم من ذلك نقض الغرض من القرض، و كان ضمان الدين كضمان الغصب، حيث إنّ العين المغصوبة بجميع خصوصياتها النوعية و الصنافية و الشخصية مضمونة على الغاصب.

فالفارق بين الضمان القرضي و الغصبي هو: أنّ جميع الخصوصيات في الغصب مضمونة على الغاصب، و لذا يجب دفع العين لو كانت موجودة إلى المغصوب منه. بخلاف القرض، إذ المضمون على المديون ليس إلاّ الخصوصيات النوعية و الصنافية، و أمّا الشخصية فلا، و لذا لا يجب على المديون دفع العين إذا كانت موجودة، كما ليس للدائن إلزام المديون بذلك بقاعدة اليد، لعدم موضوع لها بعد وضح كون يد المقترض على العين المقترضة مالكية. و لا قاعدة الإقدام، لأنّها تابعة لما تعهّد به الضامن. و قد عرفت أنّ ما ثبت به تعهده هو المال المقترض بخصوصياته النوعية و الصنافية دون الشخصية. هذا كله في اختلاف البيع و القرض مفهوما.

و يترتب عليه اختلافهما بحسب الآثار و الأحكام، و هو كاشف إنّما عن مغايرتهما سنخا، و قد استشهد المصنف قدّس سرّه بأمر أربعة يفترق فيها البيع عن القرض، و سيأتي بيانها.

[1] قد يشكل هذا الجواب بما في حاشية المحقق الايرواني قدّس سرّه من أنّ إنكار المعاوضة في عقد القرض و الالتزام بكونه تمليكا على وجه ضمان البديل لا يخلو من أحد وجهين لا سبيل إلى شيء منهما، لكون أحدهما تسليما للنقض مع تغيير العبارة، و الآخر غير معقول.

توضيحه: أنّ «التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة» إن كان بمعنى المقابلة بأن يكون تمليك العين بإزاء عوض كليّ في الذمة كان التزاما بالإشكال، لصدق «تمليك عين



بعوض» على القرض كصدقه على البيع، إذ ليس مفاد صيغة «أقرضتك» أو «ملكك هذا و عليك ردّ عوضه» إلا تملك عين في قبّال عوضها. وإن كان تملك المقرض لا- على وجه المقابلة بل كان تملكه مجاناً و خاليا عن العوض- و إنّما اشترط على المقرض ضمان البدل، كحكم الشارع على الضامن باشتغال العهدة في موارد الضمانات كالإتلاف- كان غير معقول. لاستحالة أن يضمن الشخص مال نفسه، لا سيّما مع قيام عينه، فيكون العين له قد تملكها مجاناً، و مع ذلك يضمنها على أن يؤدّي العوض للغير «1».

و هذا الاشكال لا يخلو من وجه، و التفصي منه «بأن ضمان المقرض للإقدام عليه لا لقاعدة اليد، فالمقرض أقدم على ضمان مالية العين و إن لم يضمن خصوصيتها» «2» لا يخلو من غموض، إذ لا إقدام هنا إلا على القرض، و الإشكال كلّه في تصوير الضمان، لانحصار سببه في أحد أمرين، إمّا اقتضاء ذات العقد للمعاوضة، فيعود انتقاض تعريف البيع بالقرض، لاشتراكهما في جامع التملك بالعوض، و إن كان العوض فيه كلياً دائماً، بخلاف الثمن في البيع، فإنّه أعمّ منه و من العين الشخصية و المنافع المملوكة، بل و بعض الحقوق.

و إمّا لاقتضاء الشرط المدلول عليه بقوله: «و عليك ردّ عوضه» مع فرض عدم اقتضاء نفس تملك المقرض للبدل، و هذا هو محذور ضمان الشخص لما تملكه مجاناً، و هو غير معقول.

و بهذا ظهر أنّه لا إقدام على ضمان العين من غير ناحية الاقتراض، فإنّما أن يكون الضمان مقتضى طبع القرض، و إمّا أن يكون مقتضى الشرط.

و تخلّص المحقّق الإيرواني قدّس سرّه عن النقض بإنكار المعاوضة في باب القرض، و أنّ حقيقته تملك العين و تأمين المالية، و قد أوضحه في موضع آخر بقوله: «إنّ القرض ينحل إلى أمرين: هبة و استيمان. أمّا الهبة فبالنسبة إلى العين، فإنّ المقرض يرفع يده عن العين و يدفعها إلى المقرض مجاناً و بلا عوض. و أمّا الاستيمان فبالنسبة إلى مالية العين، فإنّه يستأمن ماليّة

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 74

(2) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 68

---

العين عند المقترض، وفي ذمته على أن يردها إليه في رأس الأجل، ولذا يطالب حينما يطالب بماله، لا بعوض ماله. فلا معاوضة في القرض بوجه. وإنما هو إعراض عن خصوصية العين واستيمان لماليتها» (1).

وهذا البيان كما تراه إنكار للمعاوضة في القرض رأسا، فينهدم أساس النقص، ولا بأس به من جهة التفكيك في حيثيات العين الشخصية بين خصوصيتها ونوعيتها، فيكون نظير اللقطة التي حكم الشارع بجواز التصرف فيها مع ضمان البدل الواقعي مثلا أو قيمة.

لكنه قد يشكل الالتزام به من جهة تصريحات الأصحاب بعدّ القرض من العقود المعاوضية، فنفس تملك المقترض يقتضي استحقاق البدل، فإن أنشأ بقوله: «أقرضتك» لم يفتقر الى الاشتراط، وإن أنشأ بمثل «ملككتك» لزم الاشتراط بمثل «وعليك ردّ عوضه».

وجعل حقيقته منحلا الى عقدين هبة العين واستيمان المالية وإن كان محتملا ثبوتا، لكنه لا شاهد عليه في مقام الإثبات، بل الكلمات ظاهرة في خلافه، قال ابن حمزة قدس سرّه في تعريفه: «القرض كل مال لزم في الذمة بعقد عوضا عن مثله» (2). فالقرض عنده ذلك البدل الكلي المستقر في العهدة عوضا عما أخذه من المقترض.

وقال المحقق الأردبيلي قدس سرّه لدى التعليق على قول العلامة: «فإن كان مثليا يثبت في الذمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم» ما لفظه: «لعلّ دليله: أن القيمي إنما خرج عن ملك المالك بالعوض، وليس له العوض إلا القيمة، لعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات..» (3). وقال في موضع آخر: «لأنّ الاذن إنّما حصل من المالك بأن يكون مالكا ويكون عليه العوض، لا مطلقا

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 71

(2) الجوامع الفقهية، كتاب الوسيلة، ص 748

(3) مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج 9، ص 69

---

كما في سائر المعاوضات» (1).

وقال في الجواهر: «أنَّ القرض وإن كان له شبه بالضمانات، إلا أنه من المعاوضات أيضا» (2).

وفي هذه الكلمات كفاية لعدِّ القرض من العقود المعاوضية وإن كان له أحكام خاصة به، ولا سبيل لإخراجه منها، كما لا وجه لجعله منحلاً الى عقد هبة للعين، وعقد استيمان واستيداع للمالية.

وبالجملة: فما تفصّل به المحقق الايرواني قدّس سرّه عن النقض غير ظاهر.

واختار المحقق الأصفهاني قدّس سرّه لدفع النقض وجهاً آخر، فأفاد في توضيح المتن ما حاصله: أنّ العوض وإن كان مقصوداً في القرض، لكنه لا يكفي في عدّه من العقود المعاوضية، إذ المناط فيها أن يتسبّب إليه بنفس الإنشاء كأن يقال: «بعت هذا بهذا» فلو كان العوض مقصوداً ولم يتسبّب الى وجوده الاعتباري بالإنشاء لم يكن معاوضة، ولذا فعقد القرض تملك على وجه التضمن، لا تملك محض ولا تضمين محض (3).

وهذا الوجه أيضا لا يخلو من تأمل، إذ لا ريب في أنّ التملك على وجه التضمن، إمّا أن يلاحظ فيه الضمان بنحو العوض، واما أن يلاحظ فيه بنحو الشرط، وعلى كلّ منهما يكون تملك المقرض حصّة من طبيعي التملك، وهي الملحوظ فيها استحقاق العوض.

فالأولى الالتزام بكون القرض من المعاوضات، وإن اختصّ بأحكام لم تجر في البيع كما سيأتي التنبيه عليها في المتن.

---

(1): مجمع الفائدة والبرهان، ج 9، ص 74

(2) جواهر الكلام، ج 25، ص 16

(3) حاشية المكاسب، ج 1، ص 18

ولذا (1) لا يجري فيه ربا المعاوضة، ولا (2) الغرر المنفِيّ فيها، ولا (3) ذكر العوض،

(1) أي: ولأجل عدم كون مفهوم القرض هو التملك على وجه المقابلة، بل مفهومه «التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة» لا يجري فيه ربا المعاوضة.

وهذا أول الوجوه الأربعة التي استشهد بها المصنف قدّس سرّه على خروج القرض عن مفهوم البيع، وحاصله: أنهم ذكروا انقسام الربا الى قسمين أحدهما معاوضي، والآخر قرضي.

واعتبروا في صدق الربا في المعاوضة أن يكون العوضان من جنس واحد، وأن يكونا مكيلين أو موزونين، فلا يحرم مطلق التفاضل بين العوضين كما إذا كانا من جنسين أو لم يكونا من المكيل والموزون.

وهذا بخلاف الربا القرضي، فإنه يحرم التفاضل - في القرض - مطلقا، ولا يشترط بكون العين المقترضة من المكيل والموزون، ولا بوحدة الجنس.

وعلى هذا نقول: بخروج القرض عن باب المعاوضة، إذ لو كان يباع لاعتبر في ربا ما يعتبر في ربا المعاوضة، مع وضوح حرمة اشتراط التفاضل - مطلقا - في باب القرض، حتى إذا لم تكن العين المقترضة من المكيل والموزون، فلو أقرض معدودا كالبيض - كما هو المتعارف في بيعه بالعدّ في بعض البلاد، لا بالوزن - بأكثر منه كان ربا حراما. أو أقرض متّنا من حنطة بمنّين من عدس، وهكذا. بخلاف ما إذا باع بيضة واحدة باثنتين، أو متّنا من حنطة بمنّين من عدس، فإنه لا بأس بذلك. وهذا شاهد على عدم كون القرض بيعا.

(2) هذا ثاني الوجوه التي استشهد بها على عدم كون القرض معاوضة، وحاصله: أنه لو كان القرض بيعا لم يجز قرض المجهول، إذ يعتبر في البيع كون المبيع معلوما، لنهي النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم عن بيع الغرر «1»، فجواز قرض المجهول - كصبرة أو قبضة من الدراهم - دليل على عدم كون القرض بيعا، إذ القرض وقع صحيحا.

(3) هذا ثالث الوجوه، وحاصله: أنه يعتبر في المعاوضة ذكر العوضين في متن العقد، لأنّهما ركنان في باب المعاوضة، فعدم ذكر أحدهما أو كليهما يوجب اختلال العقد، لعدم ذكر

(1): عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج 2، ص 45 و 46، الحديث 168، وفيه: «وقد نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم عن بيع المضطر وعن بيع الغرر» وعلى هذا فالرواية منقولة بطرقنا أيضا.

ركنية أو أحدهما. مع أنه لا يجب ذكر العوض في باب القرض، و عليه فعدم وجوب ذكره فيه كاشف عن خروجه عن باب المعاوضة.

(1) هذا رابع تلك الوجوه، و محصله: أنه يعتبر العلم بالعوض في باب المعاوضة، مع أنه غير معتبر في القرض، بشهادة صحة القرض مع عدم العلم بكون العين المقترضة مثلًا أو قيمًا، و من المعلوم أنه لو كان القرض معاوضة بين العين المقترضة و ما يؤدّيه المقترض لزم إحراز كون العين مثلًا أو قيمًا حتى يعلم بما اشتغلت الذمة به من المثل أو القيمة.

(2) لعلّه كما أفاده جماعة من المحشّين - منهم الفقيهان المامقاني و السيد قدّس سرّهما «1» - إشارة إلى:

أنّ الوجوه الأربعة المتقدمة لا تشهد بعدم كون القرض من المعاوضات، لإمكان اختلاف أنواع المعاوضات في الأحكام، فلا يدلّ شيء من تلك الوجوه على خروج القرض موضوعًا عن حيز المعاوضات، كما هو المقصود من الاستشهاد بها، إذ ليست تلك الأمور الأربعة مقوِّمة لمفهوم المعاوضة عرفًا حتى يكون انتفاؤها موجبًا لانتفاء حقيقة المعاوضة، بل هي أحكام تعبديّة ثبتت في البيع لقيام الدليل على ثبوتها له، و على هذا فلا سبيل لإخراج القرض عن باب المعاوضات و لا بدّ من افتراقه عن البيع بوجه آخر [1].

[1] لكن الظاهر دلالة الأمور الأربعة المتقدمة على خروج القرض عن باب المعاوضات بنظر المصنف، و أنّ أمره بالتأمل ناظر إلى مطلب آخر، لكون المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص و التخصّص، و قد اختار قدّس سرّ حجية أصالة العموم في مثله و اقتضائها إحراز حال الفرد و عدم كونه من مصاديق العام، مثالًا: إذا علمنا بعدم وجوب إكرام زيد و شككنا في أنّ خروجه عن عموم «أكرم العلماء» هل يكون تخصيصًا أم تخصّصًا لعدم كونه منهم، فمقتضى أصالة عدم تخصيص العام بالحكم بخروجه تخصّصًا، لحجية مثبتات الأصول اللفظية.

قال مقرّر بحث المصنف: «و على ذلك جرى ديدنهم في الاستدلالات الفقهية،

(1): غاية الآمال، ص 175، حاشية السيد على المكاسب، ص 61

---

كاستدلّ لهم على طهارة الغسالة على أنّها لا تنجس المحلّ، فإن كان نجسا غير منجّس يلزم تخصيص قولنا: كل نجس منجّس» (1)».

وعلى هذا المبنى يمكن الاستشهاد على خروج القرض من المعاوضة موضوعا- بهذه القاعدة- ببيان: أنّه يشك في كيفية خروج القرض عن عموم أدلة أحكام المعاوضات، و أنّه موضوعي أو حكمي، فأصالة عدم تخصيص تلك الأدلة تثبت عدم كون القرض من المعاوضات، لا أنّه معاوضة غير محكومة بتلك الأحكام الأربعة.

وعليه فمرجع الاستشهاد بتلك الوجوه- ببركة حجية أصالة عدم التخصيص- إلى عدم كون القرض من المعاوضات، فتدبر جيّدا.

ولذا كان ينبغي تنزيل الأمر بالتأمل هنا على تثبيت ما أفاده بقوله: «و لذا لا يجري فيه ربا المعاوضة .. إلخ» من استكشاف خروج القرض موضوعا عن باب المعاوضات، لا حملة على عدم التنافي بينها وبين كونه معاوضة كما أفاده الشراح قدّس سرّهم.

نعم، الإشكال كلّ في المبنى، لما تقرّر في أصالة العموم من اقتصار حجّيتها على جهة الحكم، سواء كان الشك في أصل التخصيص أم في التخصيص الزائد، ولا أقلّ من الشك في بناء العقلاء على العمل بها لإحراز حال الموضوع، عند العلم بعدم محكوميته بحكم العام.

مناقشات أخرى في تعريف البيع هذا تمام الكلام في الإشكالات التي أوردتها المصنف قدّس سرّه على تعريفه للبيع و دفعها، وقد أورد عليه جمع من المحشّين بوجوه أخرى، ينبغي التعرّض لجملة منها:

الأوّل: أن البيع يوجد بالإنشاء، فهو موضوع له لا نفسه. وإن شئت فقل: إن الإنشاء سبب للبيع لا نفسه، فهو من الاعتبارات الناشئة منه، فتعريفه به تعريف للشيء بسببه. نعم هذا التعريف يلائم إنشاء البيع لا نفسه كما لا يخفى.

وقد تقدّم توضيح وجه الحاجة الى ذكر لفظ الإنشاء في تعريف المصنف قدّس سرّه.

---

(1): مطارح الأنظار، ص 196

ولكن مع ذلك لا نحتاج الى ذكر لفظ الإنشاء، لأنّ وجه الحاجة إليه- وهو إخراج التمليك الشرعي والعرفي الذي ليس تحت قدرة البائع وكون ما بيده هو التمليك الإنشائي - يتأدى بلفظ «التمليك» لأنّه عبارة عن إيجاد الملكية الإنشائية، فيكون لفظ الإنشاء مستدركا، إذ مرجع إضافة الإنشاء إلى التمليك إلى «إنشاء إنشاء الملكية».

ولو فرض الحاجة إلى زيادة لفظ الإنشاء بدعوى: عدم دلالة التمليك على الإنشائي لم يحسن جعل الإنشاء جنسا للحد، إذ ليس ذلك جنسا، بل سببا للبيع، فالمناسب ان يقال: البيع هو التمليك الإنشائي.

الثاني: أنه يستلزم انخرا م قاعدة توافق المشتق والمشتق منه في المعنى، لوضوح أنّ «الإنشاء» لم يؤخذ في مفهوم شيء من تصاري م البيع، فإنّ قوله في مقام الاخبار: «بعت، أو أبيع، أو باع زيد، وبيعت» ونحو ذلك لا يراد به إلا التمليك، لا إنشاؤه الذي هو سبب له، هذا.

ويمكن دفعه: بأنّ المراد بالإنشاء هو التمليك الإنشائي، في قبال التمليك الخارجي الممضى شرعا أو عرفا، لا الإنشاء في مقابل الاخبار، و من المعلوم سر يان التمليك الإنشائي في جميع تصاري م البيع، فقوله: «بعت» إخبارا يراد به الإخبار عن التمليك الإنشائي، فلا يلزم انخرا م قاعدة لزوم توافق المشتقات للمشتق منه في المعنى، فتدبر.

الثالث: ما في حاشية الفقيه المامقاني قدس سرّه من «أن العوض غير مأخوذ في مفهوم البيع وضعا، فيصح الإخبار بالبيع عمّن قال: بعت هذه الدار مثلا بدون ذكر العوض. والوجه في ذلك واضح، فإنّه اسم لما هو أعم من الصحيح والفاسد، ولذلك تراهم يذكرون مسألة البيع بلا ثمن، ويختلفون في حكمه، فلو لم يكن يبيعا لم يكن لذلك وجه» (1).

وفيه ما لا يخفى، لما مرّ في تعريف المصباح للبيع بأنه «مبادلة مال بمال» فالعوض مأخوذ في مفهوم البيع لغة. وأمّا صحة الاخبار بالبيع بدون ذكر العوض فلعدم الحاجة إلى ذكر العوض بعد وضوح دخله في مفهوم البيع لغة وعرفا، وكون البيع من العقود المعاوضية. وأمّا كون البيع اسما للأعم من الصحيح والفاسد وكون التعريف للأعم فلا كلام في ذلك، إلا أنّ

---

(1): غاية الآمال، ص 174

---

الشأن في صدق البيع العرفي على ما يكون فاسدا شرعا كالبيع بلا ثمن، فإن إطلاق البيع عليه عرفا ممنوع، ولذا يعدّ شرط خلوّ البيع عن الثمن منافيا لمقتضى حقيقة البيع، لا منافيا لمقتضى إطلاقه، كما لا يخفى.

الرابع: ما في حاشية المحقق الايرواني قدس سرّه من: «أن العين تشمل غير المتمولة كالخنافس والديدان» (1).

وفيه: أنّه لا ضير في ذلك، لكون المعرف هو البيع الأعم من الصحيح والفسد. إلا أن يمنع صدق البيع عليه لغة كما يظهر من المصباح، بل وعرفا.

ويمكن دفع الاشكال عن تعريف المصنف باختصاص العين بالتموّل، لما تقدم منه في ذيل تعريف المصباح من استظهار كون المعوّض عينا، في قبال أعمية العوض منها و من المنافع، فإنّ ذلك كلّ بعد الفراغ عن اعتبار مالية العوضين، ولذلك منع من جعل العوض عمل الحرّ، كما منع عن قابلية وقوع بعض الحقوق عوضا. وعليه فلفظ «العين» وإن كان ظاهرا بدوا في ما يقابل المنفعة مطلقا سواء اتصف بالمالية أم لا، إلا أن التأمل في كلام المصنف قدس سرّه قاض بإرادة خصوص ما يتموّل كما ذكرناه، فلاحظ.

الخامس: ما في الحاشية المزبورة أيضا من «شموله لإنشاء العايب والآغي، وإنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول، مع أنّ شيئا من ذلك ليس بيعا، بل إنشاء البيع».

وفيه: أنّه لا- يصدق البيع على إنشاء العايب والآغي، لأنّه- على ما عرفت- ما يكون مبرزا للاعتبار الموجد في النفس أو موجدا للأمر الاعتباري، على الخلاف المتقدم في حقيقة الإنشاء، و من المعلوم أنّ إنشاء الآغي الفاقد للقصد لا يبرز ذلك ولا يوجد. وأما إنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول فهو بيع قطاعا، إذ المحدود هو فعل البائع، لا المعاملة الخاصة القائمة بكلا المتبايعين.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 74



السادس: ما في حاشيته أيضا من: «أنه يشمل الإنشاء الصريح والضمني، مع أن مقصوده الإنشاء الصحيح كيلا يشمل القبول من المشتري، ولا يشمل قبول مستأجر العين، ولا يشمل الصلح».

ويمكن دفعه: بأن قبول البيع والإجارة عبارة عن إنشاء التملك، وليس مفهومه لغة أو عرفا إنشاء التمليك، وإنما يرجع إلى إنشاء التمليك بعد التحليل، فليس القبول إلا مطاوعة لإنشاء الموجب، فمفهوم القبول ليس إلا إنشاء التملك.

وأما الصلح فليس هو أيضا إنشاء التمليك بل إنشاء التسالم، والتمليك مما يترتب عليه، فليس الصلح أولا وبالذات إنشاء التمليك.

السابع: ما في حاشيته أيضا من: أنه يلزم تعلق الجار بالعين أو بصفة مقدرتها لها حتى يكون تقدير الكلام: «إنشاء تمليك عين مقابل بالمال» لينطبق على البيع، مع أن ظاهره التعلق بالتمليك، وينطبق التعريف على الهبة المعوضة بناء على ما تقدم في المتن من كون العوض عوضا لفعل الواهب وهو التمليك، لا عوضا عن العين الموهوبة المتعلقة بها التمليك. والفارق بين البيع والهبة عند المصنف هو هذا أي كون الثمن عوضا عن العين في البيع، وكونه عوضا عن الفعل في الهبة، هذا.

وهذا الاشكال وإن كان واردا على تعريف المصنف قدس سره، لكنه لا يختص به، إذ لا بد من تعيين متعلق للباء الدالة على المقابلة بين العين والثمن حتى يتميّز البيع عن الهبة، فلا مناص من صرف ظهوره في تعلقه بالتمليك إلى تعلقه بمقدّر.

هذه جملة من مناقشاتهم في تعريف المتن. وقد تقدم فيما يتعلق بتعريف المصباح بعض وجوه النظر فيه أيضا، فراجع.

وكذا يظهر ما في تعريف البيع بما في تقرير بحث شيخنا المحقق النائيني قدس سره قال المقرّر: «الأولى في تعريف البيع أن يقال: هو تمليك العين بالعوض في ظرف تملك

---

المشتري» (1) و ذلك لما مرّ مرارا من أنّ البيع ليس هو التملك، بل مفهومه التبديل.

مضافا إلى: أنّ تملك المشتري ليس دخيلا في البيع المصدري الذي هو فعل البائع، وإنّما هو دخيل في ترتب الأثر المقصود على المعاملة الخاصة القائمة بالبائع والمشتري.

وإلى: لزوم تقييد كل من العين والعوض بالتموّل، لما عرفت من أنّ البيع هو المبادلة بين المالين لغة وعرفا ولو بأصالة عدم النقل، هذا.

كما يظهر مما ذكرناه: ما في تعريف البيع بما أفاده الحلبي في كافيته من: «أنه عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والتمن و تسليمهما» (2) من الإشكال، وذلك لما فيه أولا: من أنّ «العقد» إن أريد به الإيجاب والقبول اللفظيَّان توجّه عليه ما تقدم في تعريف البيع - بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال - من: أنّ البيع من مقولة المعنى، وهو الأمر الاعتباري، وليس من مقولة اللفظ. و من خروج المعاطاة عنه.

وإن أريد به ما يقوم بالبائع والمشتري من العهد، ففيه: أنّ المحدود هو البيع بمعناه المصدري الذي هو فعل البائع فقط، و من المعلوم أنّ العهد قائم بالطرفين كما لا يخفى.

و ثانيا: أنّ المحدود أعمّ من البيع الصحيح والفساد، و من البديهي أن استحقاق التصرف والتسليم من آثار خصوص البيع الصحيح، فلا يشمل الحدّ البيع الفاسد.

و ثالثا: أنّه يستلزم الدور، لاشتمال الحدّ على المبيع الذي هو من مشتقات البيع، فإذا توقّف معرفة الحدّ - كلّا أو بعضا - على المحدود لزم الدور، لتوقّف معرفة المحدود أيضا عليه.

ورابعا: أنّه يقتضي عدم اعتبار العينية في المبيع.

وخامسا: أنّه يقتضي عدم اعتبار الماليّة في العوضين كما لا يخفى.

فالأولى في تعريف البيع أن يقال: «أنّه تبديل اعتباري بين عين و شيء متموّلين» فإنّ هذا هو البيع العرفي الصادق على الصحيح والفساد.

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 45

(2) الكافي في الفقه، ص 352

(1) يعني: من تعريف البيع ب «إنشاء تمليك عين بمال» و غرضه بيان أمرين:

الأول: أنّ البيع الذي يكون أصلا للمشتقات هو البيع بمعناه المصدرى، الذي هو فعل البائع، في قبال الشراء الذي هو فعل القابل، لا البيع بمعناه الاسمي، فإذا قال: «بعت» فمعناه:

أنشأت البيع، وهذا هو مختار المصنف قدّس سرّه في تعريف البيع، حيث قال: «إنه إنشاء تمليك عين بمال».

الثاني: عدم منافاة التعريف المزبور لإطلاق البيع على معان آخر، ورجوعها إلى المعنى الذي اختاره، وهو: إنشاء تمليك عين بمال، كما سيّضح عند تعرّضها في المتن.

هذا إجمال الأمر، و المقصود الأصلي النظر في كلام صاحب المقابس قدّس سرّه، حيث إنّه ادّعى إطلاق البيع حقيقة على معان أربعة، و أول تلك الإطلاقات هو: إنشاء تمليك البائع، وإنشاء تملك المشتري- لكون البيع من الأضداد- لكن بشرط انضمام أحدهما إلى الآخر، فلو لم يتعقب إنشاء البائع بقبول المشتري لم يطلق على إنشاء البائع: أنه بيع.

و ثانيها: إنشاء التمليك، الذي هو فعل البائع.

و ثالث تلك المعاني هو النقل المترتب على الإيجاب و القبول.

ورابعها: نفس العقد المؤلّف من الإيجاب و القبول. و الفرق بين هذا الإطلاق الأخير و بين إطلاقه على إيجاب البائع بشرط تعقبه بتملّك المشتري هو دخل القبول شرطاً في الأول، و شرطاً في الأخير.

هذا ما أفاده صاحب المقابس من إطلاق البيع على معان أربعة (1)، و قد سبقه في التنبيه عليه شيخه الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه في شرح القواعد، حيث قال- بعد تعريف البيع بالانتقال كما في القواعد- ما لفظه: «و قد يراد به- أي البيع- مجموع النقلين في العوضين أو الانتقالين، أو مجموع كلا القسمين، أو ما دلّ على النحو السابق و إن لم يوافق ما أريد به في هذا الكتاب.

و على نحو اختلاف التعريفات اختلفت الإطلاقات، فمرة يقع الشراء قسيمه، و مرة قسمه، و مرة جزءه. و يتعيّن الأول عند تعاطفهما، و الثاني إذا أريد النقل بالنحو الخاص، و الثالث إذا

(1): مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 2

تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعت» وغيره من المشتقات (1).

## إطلاق البيع على معان أخرى

### إشارة

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان آخر (2) غير ما ذكر [1]:

أريد به العقد في مقابلة العقود الأخرى. ومعنى النقل أو إيجابه هو الشائع على اللسان. والعقد إيجابا وقبولا ألصق بباب المعاملات و مذاق الفقهاء. وأما الانتقال فلا يوافق مقتضى الحال، لأنّ البيع على الظاهر من مقولة الفعل لا الانفعال، ويشهد لذلك تعديته بالاستقلال ..» (1).

وعليه فإطلاق البيع على معان أربعة وإن كان موجودا في كلام صاحب المقابس و شيخه الفقيه كاشف الغطاء قدس سرهما، إلا أنّ مقصود المصنف قدس سره من «بعض من قارب عصرنا» هو الأول، بقرينة ما سيأتي نقله في المتن بقوله: «قال: بل الظاهر اتقاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات ..» فإنّها نصّ كلام صاحب المقابس.

(1) ك «أبيع و بائع و بع» ونحوها من التصاريح، فالمبدأ الساري في الكل معنى وحداني و هو إنشاء تمليك عين بمال. «نعم لو كان في مقام الإخبار عما أنشأه كان معناه «إنشاء التمليك المقرون بقبول المشتري» لا إنشاء البيع مطلقا حتى بدون انضمام القبول، ولكن خصوصية التعقب مستفادة من كونه في مقام الإخبار عن إنشاء المعاملة المتوقفة على تمامية العقد شطرا و شرطا.

إطلاق البيع على معان أخرى

(2) أي: معان ثلاثة أخرى ذكرها الفقيهان كاشف الغطاء و صاحب المقابس.

[1] قال المحقق الايرواني قدس سره ما لفظه: «لا يخفى أنّ ما ذكره من المعاني هنا هي عين ما تقدم من المعاني، فلا وجه للإعادة. نعم المعنى الأوّل مما ذكره هنا مشتمل على قيد زائد على المعنى الذي اختاره المصنف سابقا في تعريف البيع و هو: إنشاء التمليك، بلا قيد التعقب بإنشاء التملك من المشتري» (2).

(1): شرح القواعد- مخطوط- الصفحة الأولى من عقد البيع.

(2) حاشية المكاسب ج 1 ص 74.



أحدها: التملك المذكور (1)، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري. وإليه (2) نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح (3).

ولعله (4) لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن المجرد،

---

(1) أي: إنشاء تملك عين بمال، وهو فعل البائع، ولكن البيع ليس مجرد هذا الإنشاء، بل المشروط بانضمام القبول إليه. وإطلاق «البيع» على الإيجاب المشروط بالقبول هو أول المعاني الأربعة المذكورة في المقابس، حيث قال:- بعد إطلاقه حقيقة على كل واحد من الإيجاب والقبول، لكونه من الأضداد- ما لفظه: «و يشترط في كلا- الإطالقين انضمام الفعلين و اجتماعهما في الوجود، فلا يقال لمن أوجب البيع بقوله: بعته: أنه باع، إلا بعد أن ينضم قول الآخر.

وقبوله. ومثله الآخر، بل الحكم فيه أظهر .. إلخ».

ووجه المصنف قدس سره هذا الاشتراط بالتبادر وصحة السلب، حيث إن المتبادر من لفظ «البيع» ومشتقاته هو التملك المتعقب بتملك المشتري. وكذا يصح سلب عنوان «البيع» عن التملك المجرد عن قبول المشتري، بشهادة أنه لا يقال في مقام الإخبار: «باع زيد داره» إلا بعد أن يشتريها شخص منه. وعلى هذا فلو لم ينضم قبول المشتري إلى إيجاب البائع لا يصدق عنوان «البيع» على إنشاء التملك الذي هو فعل البائع.

(2) أي: وإلى استعمال البيع في التملك الإنشائي المشروط بقبول المشتري نظر بعض المشايخ، ولعل هذا البعض صاحب الجواهر قدس سره.

(3) يعني: ما يقابل سائر المعاملات والعقود، وإلا فالبيع المقابل للشراء لم يؤخذ فيه قيد التعقب بالقبول قطعاً.

(4) غرضه قدس سره توجيه كلام بعض من عاصره من إطلاق البيع حقيقة على إنشاء تملك البائع بشرط انضمام القبول إليه. ومحصل التوجيه: وجود أمارتين من علائم الحقيقة في المقام

---

قول: لعل الوجه في التعرض لها مع ذكرها سابقاً هو دفع التنافي في بين مختاره في تعريف البيع من كونه إنشاء تملك عين بمال و بين تلك المعاني، فالنكته في الإعادة هي إثبات عدم التنافي بينهما، فلا تغفل.

و لهذا (1) لا- يقال: «باع فلان ماله» إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره. و يستفاد (2) من قول القائل: «بعت مالي» أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

الثاني (3): الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال [1]

---

تكشفان عن وضع «البيع» لفعل البائع المنضمّ الى قبول المشتري.

أحدهما: تبادل هذه الحصة- دون طبيعي التملك الإنشائي- لو قال المخبر: «بعت داري» إذ لا يراد منه الإيجاب المحض.

و الآخر: صحة سلب عنوان «البيع» عن الإيجاب المجرد عن قبول المشتري.

و عليه فالتمليك غير المقرون بالتملك ليس بيعا.

(1) يعني: و لتبادر الإنشاء المتعقب بالقبول- و صحة سلب البيع عن الإيجاب المجرد عن القبول- لا يقال لمن يخبر عن بيع داره: أنه باعها إلا بعد أن اشتراها غيره.

(2) زاد المصنف قدّس سرّه هذا المثال الثاني لأجل تثبيت التبادر و صحة السلب، و كان المثال الأوّل وافيًا بإثبات الأمارتين، و لذا اقتصر صاحب المقابس قدّس سرّه على مثال واحد.

(3) قال في المقابس: «ثالثها: الأثر المترتب على تحقق جزأي العقد معا، و هو النقل العرفي مطلقا، و الشرعي مع صحة العقد، و يعبر عنه بالانتقال أيضا و يختلفان بالاعتبار» و حاصله: أنّ البيع موضوع لمعنى ثالث- غير ما تقدّم من وضعه تارة للإيجاب المحض، و أخرى للإيجاب المنضمّ الى القبول- و هو الأثر المترتب على كلا الفعلين: تملك البائع و تملك المشتري. و هذا المعنى الثالث هو ظاهر جمع من الفقهاء كشيخ الطائفة و الحلّي و العلامة- في ما عدا المختلف من كتبه- حيث عرفوا البيع ب «انتقال عين مملوكة ..» و من المعلوم أنّ الانتقال- القائم بالمال- أثر مترتب على مجموع الإيجاب و القبول.

---

[1] قال السيد قدّس سرّه: «لا يخفى أنّ الانتقال أثر الإيجاب فقط، لا أثر المجموع، إلا أن يراد منه الانتقال الشرعي» «1».

---

(1): حاشية المكاسب، ص 61

ص: 267

كما يظهر من المبسوط «1» وغيره.

الثالث (1): نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول (2)، وإليه (3) ينظر [1] من عرّف البيع بالعقد، قال (4): بل الظاهر اتّفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب

---

(1) قال في المقابيس: «رابعها: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وهذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في سائر ألفاظ العقود، ممّا كان منها مصدرا بصيغة الفاعل والمفاعلة، أو بمعناه كالتقراض والمضاربة والمزارعة والمساقاة والمساابقة والمباراة والمكاتبة والشركة والصلح. أو اسم عين كالوديعة والعارية .. إلخ».

(2) ظاهره إرادة الإيجاب والقبول اللفظيين، لظهور «العقد» في خصوص القول، فكُلّ من عبّر عن البيع بالعقد أراد العقد اللفظي، خصوصا مع بناء جلتهم على إفادة المعاطاة للإباحة، وتصريح بعضهم بنفي بيعيّتها.

(3) أي: وإلى إرادة نفس العقد المؤلّف من الإيجاب والقبول نظر من عرّف البيع بالعقد كالحليّ وابن حمزة والمحقق وغيرهم قدّس سرّهم.

(4) يعني: قال بعض من قارب عصرنا- وهو صاحب المقابيس- بأنّ إرادة العقد لا تختص بالبيع، بل الأمر كذلك في مطلق العقود والمعاملات كالصلح والهبة والإجارة والشركة والعارية والمضاربة وغيرها، فتعريف كلّ منها في كلمات الفقهاء يراد به تعريف عقدها المؤلّف من الإيجاب والقبول، وسيأتي مزيد توضيح له.

---

لا- ينبغي التأمّل في إرادة الأثر المترقب وهو الانتقال الخارجي، لأنّه الحاصل من الإيجاب والقبول معا، دون الانتقال المترتب على الإيجاب فقط.

[1] كما أنّه يحتمل أن يكون نظر من عرّفه بالعقد إلى المبادلة الحاصلة من الإيجاب والقبول، لا إلى العقد اللفظي، كما هو ظاهر تعريف المصباح المتقدم من أنّه «مبادلة مال بمال» بل هو ظاهر قوله تعالى وَذَرُوا الْبَيْعَ وَقوله تعالى لَا تُلْهِهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ

---

(1): المبسوط، ج 2، ص 76، وتقدمت جملة من المصادر أيضا في ص 34 و 35 فلاحظ.



(1) كلمة «حتّى» تدلّ على كون مدخولة أضعف من سابقه، كقوله: «قدم الحاجّ حتّى المشاة». و توضيح وجه أضعفيته منوط ببيان أقسام عناوين المعاملات على ما ذكره صاحب المقابس قدّس سرّه.

فمنها: ما يكون عنوان المعاملة مصدرا من باب المفاعلة أو الفعال، فالأول كالمزارعة و المسابقة و المساقاة و المكاتبه و المضاربة، و الثاني كالقراض. و من المعلوم أنّ مقتضى الاشتراك في المبدأ في بابي المفاعلة و التفاعل هو كون العنوان المعاملي اسما لطرفي العقد أي الموجب و القابل.

و يلحق بهذا القسم مثل الشركة و الصلح، فإنّهما و إن كانا مصدرين للفعل المجرد، إلّا أن العنوان قائم بشخصين.

و منها: ما يكون عنوان المعاملة اسما لأحد طرفي العقد كالبيع و الضمان و الخلع و ما أشبهها، فإنّها أسماء للإيجاب الذي هو أحد طرفي العقد.

و منها: ما يكون العنوان المعاملي اسم عين، لا هو فعل أحد المتعاقدين و لا فعل كليهما، و ذلك كالوديعة و العارية و الصدقة، فإن معناها لغة و عرفا و شرعا نفس المال الذي يستأمن الودعي على حفظه، و يسلّط المستعير على الانتفاع به، و يعطى للغير بقصد القرية.

و قد تستعمل هذه الثلاثة بمعنى المصادر أيضا نادرا. و من هذا القبيل الإجارة، فإنّها ليست في الأصل فعل الموجر و لا المستأجر، بل هي اسم لعوض المنفعة. قال في القاموس:

«الأجر الجزاء على العمل، كالإجارة» (1).

و غيرهما من الآيات، بل هو ظاهر الفقهاء في عناوين المعاملات، كقولهم: «كتاب البيع، شرائط البيع، أحكام البيع، و كتاب الإجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة» و غيرها من عناوين المعاملات، فإنّ مورد البحث في تلك الأبواب نفس المعاملات لا عقودها. نعم وقوعها منوط بالعقد المركب من الإيجاب و القبول، فاحتياجها إلى العقد من أحكامها، لا أنّها نفس العقود.

إذا عرفت هذه الأقسام الثلاثة في العناوين المعاملية، فنقول: إنَّ المقصود بكل واحدة من المعاملات العقد الدال عليه. ولكن إطلاق المعاملات على عقودها ليس على السواء، فإطلاق المزارعة مثلاً على إيجابها وقبولها قريب جداً، لدلالة «المفاعلة» على قيام المبدأ بالموجب والقابل. وإطلاق البيع ونظائره مما يكون اسماً لأحد طرفي العقد إنما هو لوجود علاقة الكلّ والجزء فيها، حيث إنَّ استعمالها في العقد يكون من استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، الذي هو من جنسه أعني به اللفظ الجامع بين الإيجاب والقبول.

وأما استعمال الإجارة في العقد القائم بطرفين - مع كونها اسماً للمال - لا فعلاً لهما فبعد من استعمال البيع في العقد، لأنَّ علاقة الجزء والكل المتحققة في البيع مفقودة في مثل الإجارة، لعدم كون الإجارة - بمعنى الأجرة التي هي عين المال - بمعنى المصدر حتى تصاغ منها المشتقات. نظير الأمر بمعنى الفعل والشأن، فإنَّه لا يصح حينئذ صوغ المشتقات منه، بخلاف الأمر بمعناه المصدرى، فإنَّه مبدأ للمشتقات وأصل لها.

وعليه فاستعمال الإجارة والوديعة في العقد ليس لعلاقة الكلّ والجزء، بل لعلاقة السببية والمسببية.

والحاصل: أنَّ مقصودهم من كلِّ عنوان معامليّ عقده، ولكن إطلاق عناوين المعاملات على عقودها ليست على سواء، فالأقرب ما كان عنوان المعاملة اسماً للطرفين كالمزارعة، ويتلوه مثل البيع ممّا كان العنوان اسماً لأحد الطرفين. ويتلوه مثل الإجارة ممّا ليس العنوان اسماً لشيء من الإيجاب والقبول، وكان مصحح الإطلاق مجرد علاقة السببية والمسببية، هذا.

(1) وإتّما هي أسماء لأعيان خارجية، فالإجارة كالأجرة عوض المنفعة غالباً، والوديعة اسم للعين المودعة عند المستودع. والعارية اسم للعين التي ينتفع بها المستعير.

هذا تمام الكلام في الأمر الأوّل، وهو توضيح كلام صاحب المقابس قدّس سرّه.

## [تحقيق إطلاق البيع على معان أخرى 1- إطلاقه على الإيجاب المنضم الى القبول]

أقول (1): أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل (2)، وإنّما هو (3) فرد انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة (4) على إرادة

تحقيق إطلاق البيع على معان أخرى 1- إطلاقه على الإيجاب المنضم الى القبول

(1) هذا شروع في الأمر الثاني الذي أشرنا إليه بقولنا: «الثاني عدم منافاة التعريف المزبور لإطلاق البيع على معان آخر .. إلخ» فالمقصود مناقشة كلام بعض من قارب عصره، وأنّ إطلاق البيع على معان أخرى - غير إنشاء تملك عين بمال - ليس حقيقياً ناشئاً من تعدّد الوضع كما يظهر من إطلاق كلامه.

أمّا عدم التنافي بين المختار في تعريف البيع - من إنشاء تملك عين بمال - وبين المعنى الأوّل من المعاني الثلاثة الأخرى، وهو الإيجاب المتعقّب للقبول - فلأنّ البيع في جميع موارد إطلاقه يراد به إنشاء التملك خاصة، سواء تعقّبه تملك المشتري أم لا. ودلالة قولنا: «باع زيد داره» على خصوص الإيجاب المقرون بالقبول وإن كانت مسلّمة، إلا أنّها ليست مستندة إلى الوضع، بل منشؤها قرينة الإخبار على وقوع بيع مؤثّر وهو التملك المتعقّب بالقبول، فيكون من باب تعدّد الدال والمدلول. لا أنّ البيع استعمل في التملك المقيد بالقبول حتى يكون استعمالاً آخر في مقابل المعنى المختار، و منافياً لانحصار معناه في جامع التملك المقرون بالقبول وغير المقرون به.

وعليه فليس مختارنا في تعريف البيع مغايراً لما ذكره بعض من قارب عصرنا من «أنّ البيع هو التملك المشروط بتملك المشتري» بل هذا المعنى الذي ذكره يكون من أفراد البيع بالمعنى الذي ذكرناه وهو «تملك العين بمال». فالموضوع له هو «إنشاء التملك» الجامع للمتعقب بالقبول وغيره، ويتوقف إرادة خصوص المتعقّب على قرينة. وأما إرادة الإنشاء المجرد فلا يتوقف على شيء، بل يكفيهِ الإطلاق الذي هو عدم التقيّد بالتعقب بالقبول.

(2) المراد بالأوّل هو «إنشاء تملك عين بمال» الذي اختاره المصنف قدّس سرّه في تعريف البيع، لا الأوّل في كلام صاحب المقابس.

(3) هذا الضمير وضمير «أنه، إليه» راجعة إلى البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول.

(4) يعني: فيكون قيد تملك المشتري مستفاداً من قرينة مقامية، وهي كون المتكلم

الإيجاب المثمر، إذ لا ثمرة في الإيجاب المجرد (1)، فقول المخبر: «بعت» إنّما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيد مستفاد من الخارج (2)، لا أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقّب للقبول (3). وكذلك (4) [1] لفظ النقل والإبدال والتمليك وشبهها، مع (5) أنّه لم يقل أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها (6).

---

بصدد الإخبار عن فعله، لا أنّ البيع استعمل في مجموع تمليك البائع وتملك المشتري.

(1) أي: الإيجاب المجرد عن القبول، فلو لم تكن القرينة المقامية لكان المراد من لفظ «البيع» الإيجاب المحض.

(2) أي: من قرينة مقامية، لا- من حاقّ لفظ «البيع» حتى تكون دلالة على اقتران الإيجاب بالقبول بالوضع. وعليه فتكون استفادة قيد التعقّب من باب تعدد الدال والمدلول، نظير دلالة «أعتق رقبة مؤمنة» على مطلوية عتق الصنف لا طبعي الرقبة، فإنّ «الرقبة» لم تستعمل إلا في طبعية الرقبة، وقيد «الايمان» استفيد من لفظ «المؤمنة».

(3) حتى يكون مغايرا للمعنى المختار وهو تمليك العين بالمال.

(4) غرضه إثبات مقصوده- وهو عدم دخل تعقّب القبول في مفهوم البيع- بما حاصله:

أنّ ما يرادف البيع من «النقل، والإبدال، والتمليك، وشبهها كالتبديل» لا يتوقف صدق مفاهيمها على تعقّب القبول، بل يتحقق مفهومها بدونه، إذ لم يقل أحد بدخل تعقّب القبول في معناها، فلا بدّ أن يكون الأمر في البيع كذلك، فلا يعتبر في مفهوم البيع أيضا تعقّب القبول كما هو مقتضى الترادف.

(5) ليس هذا وجهها آخر، بل هو متمم استشهاده، فكأنّه قال: «لا يعتبر في مفهوم البيع تعقبه بالقبول، لعدم اعتباره فيما يرادفه من النقل وغيره، حيث إنّ لم يلتزم أحد من الأصحاب باعتبار القبول فيه، فلا بدّ أن يكون البيع كالنقل والتمليك في عدم اعتبار القبول فيه».

(6) أي: في معنى النقل والإبدال والتمليك وشبهها ممّا يرادف البيع.

---

[1] هذا بمنزلة الدليل لعدم شرطية تعقّب القبول، فحق العبارة أن تكون هكذا: «و يدل

عليه عدم اعتبار القبول في معنى لفظ النقل ونحوه ممّا هو مرادف للبيع، وإن كان القبول معتبرا في ترتب الأثر الخارجي على البيع. لكنّه غير اعتباره في مفهوم البيع.

و الوجه في عدم اعتبار القبول في معنى البيع و النقل و التمليك و شبهها هو أنّها من قبيل الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار، فإنّ الأمر قد يأمر بشي ء و لا يكون واجبا في الخارج، فينكف الوجوب عن الإيجاب. و كذلك البيع، فإنّ البائع قد ينشؤه و لا يوجد في الخارج. بخلاف الكسر و الانكسار، فإنّه لا ينكف الانكسار عن الكسر» هذا.

ثم إنّ جعل النقل و الإبدال و التمليك مما يرادف البيع لا يخلو من غموض.

أمّا النقل فلأنّه موضوع لمفهوم عام يصدق على النقل الخارجي، كنقل شي ء من مكان الى آخر، و الاعتباري كنقل إضافة مال شخص إلى غيره، كنقل إضافة داره الى زيد مثلا، و نقل زيد إلى مالك الدار عشرة دنانير، فليس معنى النقل مساويا لمعنى البيع.

و كذا الحال في الإبدال فإنّه- لأعميته من الإبدال الخارجي و الاعتباري- لا يكون مساويا لمعنى البيع.

و أمّا التمليك فلأنّ النسبة بينه و بين البيع عموم من وجه، لوجود التمليك بدون البيع كالهبة و الوصية و تملكه سبحانه و تعالى لعباده بالإرث أو الفقر كما في الزكاة، أو السّيادة كما في الخمس. و وجود البيع بدون التمليك كبيع متاع بسهم سبيل الله من الزكاة، و بيع الطعام للصرف في التعازي الحسينية بالفلوس المبدولة من الشيعة طول السنة لهذا الأمر الخير، فإنّ البيع موجود بدون التمليك كما هو واضح. و اجتماع التمليك و البيع معا كالبيع الواقعة على المملوكات بالأثمان المملوكة كبيع زيد داره من عمر و بمائة دينار.

و بالجملة: فلا يكون التمليك مساويا للبيع حتى يقال: إنّ عدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم النقل و الإبدال و التمليك يدلّ على عدم اعتباره في البيع أيضا، هذا.

و الحقّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من عدم دخل القبول في مفهوم البيع، و ذلك لأنّ البيع المبحوث عنه هو معناه المصدر الذي يكون مبدأ لمشتقاته، و هو بهذا المعنى فعل البائع،

و من المعلوم أنّ الصادر منه هو التبديل الإنشائي، إلا أنّ الإنشاء متقوم بالقصد، و من المعلوم أنّ القصد لا يتمشى إلا مع العلم بتعقب القبول للإيجاب، أو رجاء تعقبه له. و أمّا مع القطع بعدمه فلا يتحقق القصد إلى إنشائه.

و بعبارة أخرى: لما كان البيع من العناوين القصدية لم يتحقق إلا بالقصد، فمع القطع بعدم لحوق القبول لا يحصل قصد الإنشاء الناقل حتى في نظره.

و تفصيل البحث: أنّ للبيع إطلاقات أربعة:

الأول: الإنشاء الساذج من دون انضمام القبول إليه، بمعنى القطع بعدم انضمامه إليه، و هذا ليس يباعا حتى في نظر الموجب، لعدم تمثي القصد المقوم لإنشائه، فيصح سلب البيع عنه، و يقال: أنّه ليس ببيع.

الثاني: الإيجاب و القبول بدون إمضاء العرف و الشرع، كأن يقول بعثك هذا الممنّ من التراب بكذا» فإنّه يباع بنظر الموجب، لكنّه غير ممضى عرفا و شرعا، فتأمل.

الثالث: هذه الصورة مع إمضاء العرف دون الشرع كبيع الخمر، فإنّه فاسد شرعا و صحيح عرفا.

الرابع: أن يكون ممضى شرعا أيضا، كبيع منّ من الحنطة بدرهم مثلا، مع اشتماله لجميع ما يعتبر فيه، فإنّه صحيح عرفا و شرعا.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ البيع المصدرى الذي هو فعل الموجب ليس إلا ما يعدّ فعلا له، و من المعلوم أنّ فعله- بحيث يضاف إليه- ليس إلا التمليك أو التبديل الإنشائي، و أمّا القبول فليس جزءا و لا شرطا، لصدق مفهوم البيع عليه بدونه، كيف؟ و هو- أي القبول- يكون معنى الشراء الذي هو مقابل البيع و فعل القابل.

نعم بناء على ما ذكره المصباح من كون البيع «مبادلة مال بمال» و كون المفاعلة مثل التفاعل في الدلالة على اعتبار التعدّد في معناه يتجه دخل القبول في مفهوم البيع شطرا، و إلا فلا دليل على اعتباره فيه، و التبادر و صحة سلب مفهوم البيع عن فاقد القبول لا يدلان على

---

اعتبار القبول في مفهومه، لنشو الانسباق المزبور عن القرينة كما لا يخفى، كما أنّ انسباقه في النذر- فيما إذا نذر بيع شي ء- يكون لأجل القرينة.

فما في حاشية السيد و تقرير السيد الخويي قدّس سرّهما- من الاستدلال على اعتبار القبول في مفهوم البيع بوجه «1»- لا- يخلو من غموض. إذ منها التبادر و صحة سلب البيع عن فاقد القبول، و قد عرفت حالهما من الاستناد إلى القرينة.

و منها: أنّ البيع «إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الإضافة» و من الظاهر أنّ هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول.

وفيه: أنّ التبديل الإنشائي لا يتوقف على ذلك، و إنّما المتوقف عليه هو التبديل الخارجي العرفي أو الشرعي الذي يكون التبديل الإنشائي موضوعاً له.

و منها: أنّ البيع من العقود، و بناء على كون البيع الإيجاب الساذج يلزم أن يكون من الإيقاعات.

وفيه: أنه إن أريد بالإيقاع ترتب الأثر الخارجي على الإيجاب فقط فهو ممّا لا ريب في بطلانه، لأنّ الأثر كالملكية حكم شرعي وضعي يترتب على العقد المؤلّف من الإيجاب و القبول، لا خصوص الإيجاب.

و إن أريد به الأثر المترتب على الإيجاب في نظر الموجب و إن لم يترتب عليه في نظر غيره- نظير الإيجاب و الوجوب، حيث إنّ الوجوب يترتب على الإيجاب في نظر الأمر و إن لم يترتب عليه في نظر غيره، و لذا لا يكون وجوباً في نظر العقل حتى يستلزم مخالفته استحقاق العقوبة، إلا إذا كان الأمر عالياً مثلاً- فلا محيص عن الالتزام به، لأنّ الموجب لا بدّ أن ينشئ ما يريده و يقدر عليه، و هو ليس إلا التبديل الإنشائي، كما أنّ القابل لا ينشئ إلا القبول الإنشائي، و هذان الإنشاءان معا عقد يترتب عليه الحكم الشرعي بالملكية أو غيرها، فتدبر جيداً.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 62، 63، مصباح الفقاهة، ج 2، ص 72

نعم (1) تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل، إذ (2)

(1) بعد أن نفى دخل القبول في مفهوم البيع - و التزم بتحقيقه بدون القبول - استدرك عليه وقال: نعم يشترط القبول في تحقق الانتقال الخارجي لا - الانتقال في نظر البائع، لأنّ النقل الإنشائي يؤثر في الانتقال الإنشائي لا محالة، وإلا يلزم انفكاك الأثر عن المؤثر، فالأثر المترتب على الإيجاب المتعقب للقبول هو الانتقال الخارجي، لا الانتقال في نظر البائع.

(2) تعليل لعدم شرطية القبول للانتقال في نظر الناقل، و ملخصه: أنّ المؤثر التام في الانتقال الإنشائي في نظر الناقل هو نقله المفروض تحققه، و لا - يمكن التفكيك بين المؤثر و أثره، غاية الأمر أنّ هذا الأثر الإنشائي غير الأثر الخارجي الذي يترتب على الإيجاب المتعقب بالقبول.

فالمتحصل: أنّه لا وجه لأخذ القبول في مفهوم البيع الإنشائي.

و أمّا ما أفاده السيد من الاشكال على المتن بقوله: «و ما ذكره المصنف قدس سرّه من أن ذلك من جهة الانصراف الى البيع المثمر فيه: أنّه لو كان كذلك و جب أن يكون كذلك في فقد جميع الشرائط الشرعية. مع أنّه لو تحقق القبول و لم يكن صحيحا شرعيا من جهة فقد بعضها يكون بيعا قطعاً، و لا يكون اللفظ منصرفاً عنه، و لا يعدّ الإخبار به معه من الكذب. و أيضاً لو قال:

بعث، و ما قبل المشتري يعدّ تناقضاً» فغير ظاهر، إذ مع قرينية الإخبار على إرادة الإيجاب المثمر لم يفرّق فيه بين اعتبار لحوق القبول و بين اجتماع شرائط الصحة، فلو قصد الإخبار عن بيع داره و فاء بالنذر أو أداء للدين، و كانت المعاملة فاقدة لبعض شرائط الصحة كان قوله: «بعث داري» كذبا قطعاً، لفرض عدم تأثير العقد - غير المستجمع لشرائط النفوذ - في النقل و الانتقال.

و إن كان مقصوده الإخبار عن إيجابه البيع بلا نظر الى تحقق جميع ماله دخل في ترتب الأثر كان إخباره صدقاً، سواء أ كان عدم ترتب الأثر مستندا إلى عدم تعقب القبول أم الى اختلال الشرائط.

و عليه فما في المتن من قوله: «الإيجاب المثمر» سليم عمّا أورد عليه.



التأثير لا ينفك (1) عن الأثر، فالبيع (2) و ما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار كما تخيَّله بعض (3)، فتأمل (4).

(1) بل التأثير والأثر واحد وتعددهما اعتباري، لأنه إذا نسب إلى الفاعل فهو تأثير، وإذا نسب إلى المحل فهو أثر، فلا يعقل التأثير بدون الأثر.

(2) هذا بمنزلة التعليل لعدم اعتبار القبول في مفهوم البيع، يعني: أنه لا- يعتبر القبول في البيع، لأنه من قبيل الإيجاب والوجوب، فكما ينفك الوجوب عن الإيجاب، فكذلك ينفك إيجاب البيع عن الانتقال الخارجي المترتب على انضمام القبول. وليس البيع من قبيل الكسر والانكسار حتى لا ينفك إيجاب البيع عن الانتقال، كما لا ينفك الكسر عن الانكسار.

(3) وهو المدقق صاحب المقابس قدس سره.

(4) لعله- كما قيل- إشارة إلى: أن البيع من قبيل الكسر والانكسار، حيث إن الانتقال الإنشائي لا ينفك عن النقل، فلا يتوقف على القبول. نعم الانتقال الشرعي الذي هو الحكم الشرعي موقوف على القبول. وكذا الحال في الوجوب والإيجاب، فإنه لا يكاد يمكن انفكاكهما في مرتبة واحدة بحسب نظر واحد. نعم إنما ينفك الإيجاب في مرتبة- أو بحسب نظر- عن الوجوب في مرتبة أخرى ونظر آخر.

وبالجملة: فالإيجاب في نظر أو في مرتبة لا ينفك عن الوجوب في ذلك النظر أو تلك المرتبة، و ينفك عنه في مرتبة أخرى أو نظر آخر.

وكذا النقل والانتقال، فإن النقل في كل نظر أو مرتبة لا ينفك عن الانتقال في ذلك النظر أو تلك المرتبة. فلا فرق بين الإيجاب والوجوب والنقل والانتقال والكسر والانكسار

ولا يبعد أن يكون النزاع بين المشتين والنافين لفظياً، بيان: أن البيع المثمر لما كان متوقفاً على الإيجاب والقبول معاً قالوا: إن البيع مركب منهما، غفلة عن أن ذلك خارج عن مفهوم البيع المصدري، وأن اعتباره فيه ناش عن القرينة، فمن ادعى اعتبار القبول فيه أراد اعتباره في تأثيره، ومن نفى ذلك عنه أراد خروجه عن مفهومه.

و منه (1) يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح (2)

إلا في كونهما من الأمور الخارجية التي لها مرتبة واحدة، بخلاف الإيجاب والوجوب والنقل والانتقال، فإتھما من الأمور الاعتبارية التي لا واقع لها إلا بحسب الاعتبار الذي يختلف بحسب الأنظار.

ولعلّه إشارة إلى الدقّة والإمعان فيما أفاده لا تمريضه. ولعلّه أولى بملاحظة ما فرّعه عليه بقوله: «و منه يظهر ضعف ..» إذ لو كان المطلب السابق موهونا لم يبق مجال لبناء قدحه في مطالب الآخرين على أساس ضعيف في نظره.

(1) أي: و من عدم دخل القبول في النقل والانتقال في نظر البائع- وأنّ البيع لم يستعمل إلا في مجرد النقل، وأنّ قيد التعقب بالقبول يستفاد من دالّ آخر- يظهر ضعف أخذ قيد التعقب بالقبول في معنى البيع الاصطلاحي.

ومقصوده قدّس سرّه في خاتمة مناقشته في أوّل إطلاقات البيع هو التنبيه على أنّ قيد التعقب بالقبول غير دخيل في معنى البيع سواء أريد به معناه المصطلح عليه بين الفقهاء من «إنشاء تملك عين بمال» و ما يقرب منه، أم أريد به معناه اللغوي من مبادلة مال بمال.

وعليه فلا- وجه لما ذهب إليه بعض مشايخه من عدم دخل قيد التعقب بالقبول في معناه اللغوي، وإتّما هو دخيل في معناه باصطلاح الفقهاء. ولا لما أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه من أخذ قيد التعقب في معناه اللغوي، حيث ادّعى إطلاق البيع حقيقة على معان أربعة، و كونه مشتركا لفظيا بينها، و جعل أوّل تلك المعاني: الإيجاب المشروط بالقبول و المقترن به.

وقد نفى المصنّف قدّس سرّه دخل القبول في البيع الاصطلاحي و اللغوي معا، و من المعلوم أنّ عدم دخله في البيع الاصطلاحي يدلّ بالأولوية القطعية على عدم دخله في معناه اللغوي، و وجه الأولوية: أنّ الفقيه ربّما يتصرّف في المعنى اللغوي بزيادة قيد التعقب بالقبول في مصطلحه و إن لم يكن دخيلا في الوضع اللغوي، فإذا ثبت عدم دخله في معناه الاصطلاحي فقد ثبت- بالأولوية- خلوّ معناه اللغوي عن هذا القيد.

(2) الذي أخذه بعض مشايخه، على ما تقدم في قوله: «و إليه نظر بعض مشايخنا حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح».

فضلا (1) عن أن يجعل أحد معانيه.

## **[إطلاق البيع على الأثر]**

وأما البيع (2) بمعنى الأثر- وهو الانتقال- فلم يوجد في اللغة (3) ولا في العرف (4)،

(1) قد عرفت أنفا وجه الأولوية، و محصله: أنّ القبول لا يكون دخيلا في المعنى الاصطلاحي الذي هو أهون من المعنى الأصلي اللغوي، فكيف جعله صاحب المقابس قدّس سرّه دخيلا في معناه اللغوي؟

إلا أن يناقش في هذه الأولوية بمنع الملازمة بين اللغة و الاصطلاح الفقهي، لإمكان دخل القبول في البيع باصطلاح الفقهاء وإن لم يكن دخيلا في معناه اللغوي.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بإطلاق البيع حقيقة على الإيجاب المشروط بتعقبه بالقبول، وقد ظهر أنّ شرطية التعقب ليست مدلول نفس البيع، بل استفيدت من قرينة خارجية من باب تعدّد الدال و المدلول.

## **2- إطلاق البيع على الأثر**

(2) هذا هو المعنى الثاني الذي قيل بإطلاق البيع عليه حقيقة في قبال إطلاقه على إنشاء تمليك عين بمال. و حاصل إشكال المصنف عليه: أنّ استعمال «البيع» في الانتقال- المترتب على الإيجاب و القبول- غير معهود لا لغة و لا عرفا، على ما سبق تفصيله في مناقشة تعريف الشيخ و العلامة و غيرهما بالانتقال.

وعليه فلم يثبت كونه من معاني البيع حتى يتكلّف في دفع التنافي بينه و بين ما اختاره المصنف- و جعله صاحب المقابس ثاني إطلاقات البيع- من كونه إنشاء تمليك عين بمال.

فالانتقال أثر البيع و غايته، و يكون استعماله فيه مجازيا، و من المعلوم عدم التنافي بين استعمال لفظ في معناه الحقيقي تارة و المجازي أخرى.

(3) لأنّ معناه اللغوي «مبادلة مال بمال» و المبادلة مغايرة للانتقال مفهوما.

(4) لأنّ معناه العرفي إمّا هو إيجاب البائع خاصة، و إمّا العقد كما ادّعى العلامة في المختلف تبادلته منه «1».

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 51

وإنّما وقع في تعريف جماعة (1) تبعا للمبسوط. وقد يوجّه (2) بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبني للمفعول

---

(1) كابن إدريس و العلامة في ما عدا المختلف من كتبه.

(2) نسب هذا التوجيه إلى العلامة الطباطبائي قدّس سرّه في المصاييح ونقله صاحب الجواهر معترضاً عليه، قال قدّس سرّه: «بل ربما قيل: إنّ التعريف بالانتقال للبيع مصدرا للفعل المبني للمجهول، فيوافق حينئذ تعريفه بالنقل مصدرا للفعل المعلوم، ويسلم من التجوز في الحد و المحدود، و ان كان فيه ما فيه» (1).

و توضيح هذا التوجيه: أنّ للمصدر حيثيتين، إحداهما: انتساب المادة إلى الفاعل، و هو في المقام من يصدر منه البيع، و هذا موافق لتعريفه بإنشاء التملك و نحوه ممّا ظاهره الصدور من البائع، و أثره الانتقال.

ثانيتها: حيثية انتساب المادة إلى المفعول به، و هو ما يقع عليه البيع أعني به العوضين.

و الفرق بين هاتين حيثيتين: أنّ الملحوظ في الأولى نسبة الصدور من الفاعل، و الملحوظ في الثانية نسبة الوقوع على المفعول به. مثلا «الضرب» يراد به تارة ضاربية زيد، و اخرى مضروبية عمرو.

و على هذا فتعريف البيع ب «إنشاء التملك» ناظر إلى ظهوره في نسبة المادة إلى البائع، فيكون المعرّف حيثية بايعيته. و لكن هذا الظهور لا يمنع من إرادة المعنى المفعولي من المصدر، فيكون المعرّف مبيعية المعوّض، و من المعلوم أنّ تعريف البيع بالانتقال ناظر إلى تعريف المصدر المبني للمفعول الذي هو أثر البيع المصدرى المبني للفاعل.

و عليه فليس إطلاق البيع على الانتقال مجازيا، بدعوى: كونه أثرا مسببا عن الإيجاب و القبول. و ذلك لما عرفت من إرادة المبيعية من «البيع» المعرّف بالانتقال، لكون الانتقال صفة للمبيع، هذا.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 207

ص: 280

(1) وهو المعبر عنه بالفارسية ب «فروخته شده، منتقل شده».

[1] لا يخفى أنّ هذا المعنى يرجع الى المعنى الأول، ولا يكون مغايراً له، بناء على ما تقدم آنفاً من اتحاد النقل والانتقال، والإيجاب والوجوب، والكسر والانكسار ذاتاً، واختلافها اعتباراً، حيث إنّها باعتبار إضافتها إلى الفاعل نقل وإيجاب وكسر، وباعتبار إضافتها إلى القابل وجوب وانتقال وانكسار، لأنّ نسبة كلّ مصدر مجرّد إلى مصدر مزيد فيه من تلك المادة تكون كنسبة الوجود إلى الإيجاد، فكما أنّ الوجود والإيجاد متّحدان حقيقة ومختلفان اعتباراً، فكذلك المصادر المجرّدة والمزيد فيها. هذا ما يقال في الفرق بين المصادر المجرّدة والمزيد عليها.

لكن فيه: أنّ هذا الفرق يتمّ في المصادر المجرّدة اللازمة كالحسن والوجود ونحوهما حتى تكون ملحوظة بالنسبة إلى المحل، وأمّا في المجرّدة المتعدّية فلا يتم ذلك، لأنّها مضافة إلى الفاعل وملحوظة بالنسبة إلى جهة الصدور.

وبالجملة: إن أريد بالانتقال ما يكون بنظر الموجب فيرجع الى المعنى الأول، لاتحاد النقل والانتقال ذاتاً. وإن أريد به ما هو ثابت شرعاً و عرفاً بأن يراد بالانتقال الملكية الشرعية أو العرفية فليل بغلطية هذا الاستعمال، أي استعمال كلمة البيع في الانتقال، لأنّ الانتقال حكم مترتب على البيع ترتب الحكم على الموضوع، ومتأخر عنه تأخر المعلول عن العلة، لأنّ نسبة البيع إلى الاعتبار الشرعي أو العرفي نسبة الموضوع إلى حكمه، فإطلاق البيع على حكمه ولو مجازاً غلط كما في تقرير السيد الخويي قدّس سرّه «1» هذا.

لكن يمكن أن يقال: بصحة هذا الاستعمال لعلاقة السببية والمسببية، فإنّ الموضوع كالسبب والعلة للحكم، فلا بأس بإطلاق البيع وإرادة الحكم منه مجازاً بالعلاقة المزبورة.

إلا أن يقال: إنّ صحة الاستعمال المجازي منوطة باستحسان الطبع له، لا بالعلاقة، والطبع لا يستحسن استعمال لفظ الموضوع في الحكم الذي يترتب عليه، فإنّ البيع غير الحكم الشرعي المترتب عليه، ولا يستحسن الطبع استعمال لفظ البيع فيه.

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 76

### 3- إطلاق البيع على العقد مجازاً

وأما البيع (2) بمعنى العقد فقد صرح (3) الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز، لعلاقة السببية.

(1) يعني: أنّ هذا التوجيه تكلف حسن. أما كونه تكلفاً فلظهور التعريف في إرادة البيع بمعناه المصدرى، لا بلحاظ ما يشتق منه كالمبيعية التي لوحظ فيها حيثية زائدة على أصل المبدأ، وهي وقوع البيع على عين متمولة.

وأما كونه حسناً فلأنّ إشراب المعنى المفعولي لا يوجب خروج «البيع» المحدود عن المبدأ المقصود تعريفه.

### 3- إطلاق البيع على العقد مجازاً

(2) هذا هو المعنى الثالث المتقدم في كلام صاحب المقابس و محصل ما أفاده المصنف قدس سرهما في دفع التنافي بين تعريف البيع ب «إنشاء تمليك عين بمال» وبين جعله بمعنى العقد هو: أنّ إطلاق البيع على الإيجاب والقبول ليس حقيقياً، بل هو مجازي بعلاقة السببية والمسببية، لما تقدم في تعريف البيع «بالعقد الدال على الانتقال» من كون المعاملات أموراً اعتبارية أي من مقولة المعنى، و ليست من مقولة اللفظ، و من المعلوم أنّ إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على سببه مجازي لا حقيقي.

وعليه فللبيع معنى حقيقي واحد، و لا منافاة بينه وبين استعماله في ما عداه بقرينة علاقة السببية والمسببية ونحوها. فما تقدم في كلام صاحب المقابس وغيره من «أن للبيع إطلاقاً، و عدّها منها إطلاقه على الإيجاب والقبول» ممنوع بما عرفت.

(3) غرضه قدس سره الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني قدس سره على مجازية تعريف البيع بالعقد

[1] بل لا حسن فيه، لأنّ الانتقال في نظر الناقل المنشئ للبيع يترتب على إنشائه، لا على الإيجاب والقبول معاً، و الانتقال في نظر الشارع أو العرف ليس بيعاً، بل هو حكم شرعي أو عرفي يترتب على البيع، و لا ينشأ بالإيجاب والقبول حتى يكون أثراً لهما.

الدال على الانتقال، وبيانه: أنه قدس سره ذكر في المسالك تعريفين للبيع.

أحدهما: العقد كما في الشرائع والمختصر النافع والدروس، بدعوى أنه المتبادر عرفا من معنى البيع.

وثانيهما: أثر العقد وهو الانتقال كما في كلام المبسوط وغيره. ثم نقل الشهيد الثاني عن الشهيد الأول: إرجاع تعريف البيع بالانتقال الى تعريفه بالعقد، ووجهه بقوله: «نظرا إلى أن الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب، وعرف المغيّا بالغاية» ثم اعترض الشهيد الثاني عليه بقوله: «وفيه نظر، لأن الإطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية، إلا مع قيام قرينة واضحة، وهو منتف. وأما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز.. إلخ» (1).

والمقصود من نقل عبارة المسالك أمران:

أحدهما: أن قول المصنف- من تصريح الشهيد الثاني قدس سره بمجازية إطلاق البيع على العقد- لا يخلو من شيء، فإنه وإن صرح بهذا الإطلاق المجازي، إلا أن علاقة السببية والمسببية قد نقلها عن الشهيد الأول في مقام توجيه تعريف البيع بالعقد، وكان مقصود الشهيد الثاني الإيراد على الشهيد الأول بالزامه بما اعترف به من وضع البيع للانتقال- أي المسبب- وأطلق مجازا على العقد، لكونه سببا له. لا أن الشهيد الثاني صرح بمجازية إطلاق البيع على الإيجاب والقبول.

ثانيهما: أن ما في بعض الحواشي «من عدم العثور على تصريح الشهيد الثاني في المسالك» غير ظاهر، لوفاء عبارته المتقدمة بكون العقد معنى مجازيا للبيع بعلاقة السببية والمسببية، غاية أنه نقله عن الشهيد الأول ولم يعترف به.

وقد ظهر مما ذكرناه مسامحة دعوى صاحب الجواهر من «أن الشهيد صرح بالمجازية

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 144

في الروضة» (1) لا في المسالك، فإنّ لم نظفر على المطلب في بيع شرح اللعة، فراجع.

هذا تمام الكلام في نفي ما ذكره الفقيهان في شرح القواعد و المقابس من إطلاق البيع حقيقة على معان أربعة، فيكون مشتركا لفظيا فيها.

وقد تحصّل من كلمات المصنف: أنّ تلك الإطلاقات ليست على نحو الحقيقة إلّا واحدا منها و هو الإيجاب القائم بالبائع، و عليه فاستعمال اللفظ في المعاني الثلاثة الأخر مجازي، فلا ينافي إرادة الحقيقة عند التجرد عن القرينة.

وجه عدم المنافاة: أنّ المعنى الأوّل قد استفيد قيد التعقب بالقبول فيه من قرينة خارجية مثل كون المتكلم في مقام الإخبار عن بيع داره.

و المعنى الثاني أيضا ليس مدلول البيع أصلا، إذ النقل المعتبر في مقام الإنشاء هو قصد المنشئ مبادلة مال بمال، و ليس ترتب الأثر - أعني به الانتقال في وعاء الاعتبار عرفا أو شرعا - دخيلا في المفهوم.

و المعنى الثالث - و هو العقد - قد عرفت أنّ استعمال البيع فيه مجازي بعلاقة السببية و المسببية.

(1) غرضه قدّس سرّه توجيه ما حكاه عن الشهيد الثاني قدّس سرّه - من أنّ إطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة السببية - بنحو لا يرد عليه إشكال، و هو عدم كون المقام من صغريات إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على السبب، بتقريب: أنّ لفظ «البيع» وضع للنقل الذي هو فعل البائع فقط - على ما اختاره المصنف من عدم دخل القبول في معناه - و من الواضح أنّ البيع بهذا المعنى مسبّب عن جزء العقد و هو الإيجاب فقط، لا عن جزئي العقد معا حتى يصح إطلاق البيع على العقد بعلاقة السببية، فهذا الإطلاق خارج عن حيّز استعمال اللفظ الموضوع للمسبّب في السبب مجازا بعلاقة السببية و المسببية.

و ملخص ما أفاده المصنف في دفع الاشكال و توجيه هذا الإطلاق المجازي بعلاقة



الشارع (1)، لأنَّه (2) المسبَّب عن العقد (3). لا- النقل الحاصل من فعل الموجب، لما (4) عرفت من أنه (5) حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقف على شيء (6)، كحصول وجوب الضرب

السببية بقوله: «و الظاهر ..» هو: أنَّ الإشكال المذكور إنّما يتوجه على الشهيد قدس سرّه إذا أراد من المسبَّب الأثر المتحقق في نظر الموجب. وأمّا إذا أراد من المسبَّب الأثر الحاصل في نظر الشارع لم يرد عليه هذا الإشكال أصلاً، بدهاءة أنَّ السبب فيه هو تمام العقد لا جزؤه، فيصح حينئذ استعمال «البيع» بمعنى الأثر الشرعي المترتب على العقد- بكلا جزئية- في العقد بعلاقة السببية والمسببية.

(1) والشاهد على إرادة هذا النقل الشرعي لا النقل في نظر البائع ما ورد- في تعريف شيخ الطائفة بالانتقال- من القيود مثل كون العين مملوكة والعوض مقدّراً، ورضى المتبايعين، فإنّها تكشف عن إرادة الانتقال بنظر الشارع أي الإنشاء المثمر، لا مطلق الإنشاء وإن كان فاقدا لشروط التأثير في نظر الشارع.

(2) أي: لأنَّ الأثر الحاصل في نظر الشارع من النقل الاعتباري هو المسبَّب عن العقد.

(3) فالمصنف والشهيد الثاني قدس سرهما متفقان على كون البيع مجازاً في العقد المراد به الإيجاب والقبول، ومختلفان في العلاقة المصححة للاستعمال المجازي، فالمصنف يقول: إنّها علاقة الكل والجزء، إذ البيع اسم للإيجاب، فاستعماله في العقد يكون بعلاقة الكل والجزء، والشهيد يقول: إنّها علاقة السببية والمسببية.

(4) تعليل لقوله: «لا النقل ..».

(5) أي: أنَّ النقل الحاصل من فعل الموجب حاصل بنفس إنشائه.

(6) فيكون إنشاء الموجب والنقل المترتب عليه في نظره نظير الكسر والانكسار، والإيجاب والوجوب، والإيجاد والوجود، ولا فرق بينها إلّا في كون ما عدا الكسر والانكسار من الأمور الاعتبارية التي يمكن اختلاف الأنظار فيها كما مرّت الإشارة إليه، بخلاف الكسر والانكسار، فإنّه أمر خارجي لا اختلاف فيه حتى يحصل بنظر دون نظر آخر.

في نظر الأمر (1) بمجرد الأمر وإن لم يصر واجبا في الخارج في نظر غيره.

وإلى هذا (2) [1] نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع» (3)

(1) الظاهر أنّ مقصوده من الأمر هنا هو من لم يحكم العقل بلزوم إطاعته، وإلا فالسيادة الحقيقية تقتضي الوجوب و الامتثال في نظر المأمور قطعا. نعم إذا لم يكن الأمر عاليا و لا مستعليا لم يكن إيجابه مستتبعا للوجوب كما هو واضح.

(2) يعني: و إلى الأثر الحاصل في نظر الشارع- الذي هو المسبب عن العقد- نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى، فالمراد بالبيع الموجود فيهما هو هذا المعنى، لا النقل الحاصل من فعل الموجب.

(3) كما في رواية عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى أرضا على أنّها عشرة أجربة، فإذا هي خمسة أجربة، قال: ان شاء استرجع فضل ماله، و إن شاء ردّ البيع و أخذ ماله كلّ، إلا أن يكون له الى جنب تلك الأرض أيضا أرضون فليؤخذ و يكون البيع

[1] بل إلى المعاملة الخاصة الحاصلة بالإيجاب و القبول ينظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى و غيرهما، لأنّها هي التي يعرضها البقاء و يتعلّق بها الفسخ و الإمضاء، و يرد عليها الشروط و الأحكام. بخلاف العقد، فإنّه من مقولة اللفظ و يتصرّم و لا يقبل الاستمرار حتى يمضي أو يفسخ، فلا يصحّ إرادة الإيجاب و القبول من البيع في قولهم: «كتاب البيع» أو «عقد البيع». فالمراد بالبيع في كلمات الفقهاء و كذا الآيات الشريفة و النصوص هو المعاهدة الخاصة الحاصلة بين المتبايعين المترتبة عليها الأحكام، فإضافة العقد حينئذ إلى البيع بيانيّة، فإطلاق لفظ البيع على الإيجاب و القبول و إن كان صحيحا بعلاقة السببية و المسببية، إذ العقد سبب لتحقيق تلك المعاملة، و ليس من الأغلاط الواضحة- كما قيل- إلا أنّه لم يعهد ذلك في الإطلاقات المتعارفة.

أو «وجب البيع» (1) أو «لا بيع بينهما» (2) أو «أقاله في البيع» (3) ونحو ذلك (4).

و الحاصل (5) [1]: أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب والقبول، فإضافة العقد الى البيع - بهذا المعنى - ليس بيانية: ولذا يقال: انعقد البيع ولا ينعقد البيع.

---

لازما له، وعليه الوفاء بتمام البيع ..» الحديث «1».

(1) كما في عدة نصوص، منها معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (2) الحديث.

(2) كما في معتبرة علي بن يقطين «أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعة، وإلا فلا بيع بينهما» (3).

(3) كما في مثل رواية هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أيما عبد أقال مسلما في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة» (4).

(4) مثل قوله تعالى أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وقوله عليه السلام في ما رواه إسحاق بن عمار:

«فلا بيع له» (5).

(5) يعني: و حاصل كلام الشهيد بملاحظة التوجيه المذكور: أنّ البيع - الذي يعدّونه من

---

[1] لا يخفى أنّ ما أفاده المصنف قدس سرّه في توجيه كلام الشهيد قدس سرّه - من كون إطلاق البيع على العقد مجازا بعلاقة السببية بإرادة النقل الشرعي من البيع وإطلاقه على سببه وهو العقد -

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 361، الباب 14 من أبواب الخيار، الحديث: 1

(2) المصدر، ص 346، الباب 1، من أبواب الخيار، الحديث: 4

(3) المصدر، ص 357، الباب 9 من أبواب الخيار، الحديث: 3

(4) المصدر، ص 286، الباب 3 من أبواب آداب التجارة، الحديث: 2

(5) المصدر، ص 357، الباب 9 من أبواب الخيار، الحديث: 24



العقود، و يستعملونه في العقد بعلاقة السببية، و يقولون: البيع عقد مركب من إيجاب و قبول- يراد به النقل الشرعي المسبب عن العقد، و يطلق عليه العقد بعلاقة السببية، لا النقل في نظر الموجب، لما مرّ من أنّه مسبب عن الإيجاب خاصة.

و على هذا فإضافة العقد إلى البيع لامية من قبيل إضافة السبب الى المسبب، لا بيانية بأن يكون البيع بمعنى العقد، إذ لا يصح حينئذ أن يقال: «انعقد البيع أو لم ينعقد» حيث إنّ مرجعه إلى انعقاد العقد و عدمه، و من المعلوم أنّه لا معنى له، لأنّ العقد بمعنى الإيجاب و القبول اللفظيين بعد تحققه لا يكون موردا للنفي، فلا يقال: لم ينعقد البيع، مع أنّه يصحّ ورود النفي و الإثبات على البيع بعد تحقق العقد، فلا بدّ أن تكون الإضافة لامية حتى يصح أن يقال:

«انعقد البيع أو لم ينعقد» لأنّ انعقاده عبارة عن ترتب الأثر الشرعي، و عدم انعقاده عبارة عن عدم ترتب الأثر الشرعي عليه. فبعد تحقق الإيجاب و القبول يمكن أن ينعقد البيع- أي الأثر الشرعي- إذا كان العقد جامعا للشرائط، و يمكن أن لا ينعقد كما إذا كان فاقدا لها.

تمهيد للإشكال عليه.

و محصل ما يستفاد من مجموع عبارات المصنف في المقام: أنه إن أريد بالبيع النقل بنظر الموجب، ففيه: أن علاقة السببية المصححة لإطلاق البيع بهذا المعنى على العقد مفقودة، حيث إنّ العقد ليس سببا للبيع بمعنى النقل في نظر الموجب، بل سببه الإيجاب فقط الذي هو أحد جزئي العقد، لا العقد المركب من الإيجاب و القبول.

و إن أريد بالبيع النقل الشرعي فالعلاقة المصححة لإطلاق البيع على العقد مجازا و إن كانت موجودة، بدهة سببية العقد للنقل الشرعي. لكن فيه: أن جعل البيع بمعنى الأثر الشرعي مما لم يثبت لا في اللغة و لا في العرف كما مرّ في المعنى الثاني.

مضافا إلى: أن إطلاق البيع على العقد غير سديد، لأنّ البيع من مقولة المعنى، و العقد من مقولة اللفظ، و تصحيحه بما أفاده الشهيد- من إطلاق البيع على العقد مجازا بعلاقة السببية- قد عرفت ما فيه.

ثم (1) إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك على أنَّ عقد البيع

ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح أو للأعم

(1) لَمَّا فرغ المصنف قدّس سرّه من تثبيت تعريف البيع ب «إنشاء تمليك عين بمال» ودفع ما أورده عليه، وناقش في كلام بعض من قارب عصره وهو إطلاق «البيع» على معان ثلاثة أخرى غير إنشاء التمليك - من باب تعدد الوضع والاشتراك اللفظي، أراد التنبيه على أمر آخر،

إلا أن يوجّه كلام الشهيد الثاني بما لا يرد عليه الإشكال بأن يقال: إنَّ المراد بالمسبّب الذي وضع له لفظ البيع هو اعتبار المتعاقدين، و سببه هو الإيجاب والقبول، فالمسبّب - وهو اعتبارهما يوجد بإنشاء الإيجاب والقبول، بناء على ما ذهب إليه القدماء من كون الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ. وعلى هذا فالمسبّب يوجد بالعقد وهو الإيجاب والقبول اللفظيان، أو مطلقا، فيصح كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه من كون استعمال لفظ البيع في العقد مجازا بعلاقة السببية.

ولا يرد عليه تعريض المصنف قدّس سرّه به من: أنَّ المراد بالمسبّب هو الأثر الشرعي، والمفروض أنَّ استعمال لفظ البيع في الأثر الشرعي غير ثابت، لا لغة ولا عرفا، كما أفاده في بيان المعنى الثاني والإشكال عليه، هذا.

لكن صحة هذا التوجيه مبنية على كون الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، وهو غير ثابت، لما مرّ سابقا من أنَّ في الإنشاء مسلكا آخر وهو أنّه عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بالمبرز اللفظي أو الفعلي، فلا سببية في البين أصلا.

فالمتحصل: أنه لا منافاة بين ما اختاره المصنف من معنى البيع وبين المعاني الثلاثة التي ذكرها بعض من قارب عصره.

أما المعنى الأول فلاّنه فرد من أفراد معنى البيع الذي اختاره المصنف من كونه إنشاء تمليك عين بمال.

وأما المعنى الثاني فلم يثبت لا لغة ولا عرفا.

وأما المعنى الثالث فلرجوعه الى المعنى الثاني.

وهو وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أو للأعم منه و من الفاسد، فنقل كلام الشهيدين قدس سرهما الظاهر في الوضع للصحيح، ثم أورد عليهما بأن لازم ذلك إجمال الأدلة الإيضائية المانع عن التمسك بها، ثم وجه التمسك بالإطلاقات حتى على القول بوضعها لخصوص الصحيح، و ستظهر هذه الأمور إن شاء الله تعالى.

كما أن في نقل خصوص كلام الشهيد الثاني قدس سره غرضاً آخر، وهو التنبيه على تهافت كلامه المتقدم - من كون إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية والمسببية - مع ما أفاده في كتاب اليمين، وذلك لدلالة كلامه المتقدم على كون البيع حقيقة في المسبب وهو الانتقال الشرعي، وعلى خروج القبول عن مفهوم البيع، وكون استعماله في العقد المركب من الإيجاب والقبول مجازاً بعلاقة السببية، و لدلالة كلامه في يمين المسالك - الذي سيتلى عليك - على دخل القبول في مفهوم البيع، لأنه حقيقة في العقد الصحيح، فيكون البيع على هذا اسماً للسبب وهو العقد، لا المسبب أعني به الأثر الشرعي، و من المعلوم أن هذا تناقض.

توضيحه: أن المتصف بالصحة والفساد هو الشيء المفروغ عن وجوده، لكونهما وصفين للشيء الموجود. فإن أريد بالبيع «العقد» اتصف بالصحة تارة وبالفساد أخرى.

وإن أريد به الأثر الحاصل - وهو الانتقال - لم يتصف بالصحة والفساد، بل يتصف بالوجود تارة وبالعدم أخرى. وكذا الحال لو أريد بالعقد معناه اللغوي - المعبر عنه بالفارسية ب- گره - لدوران أمره بين الوجود والعدم.

فالمتحصل: أن المراد بعقد البيع هو الإيجاب والقبول، لأنه المتصف بالصحة إن كان جامعاً لشرائط التأثير، وبالفساد إن كان فاقداً لها ولو لبعضها، فيكون إضافة «العقد» إلى «البيع» لامية، كما أن إضافة العقد بمعناه اللغوي إلى البيع بيانية من قبيل إضافة الكلّي إلى الفرد.

(1) الأولى نقل كلام الشهيد الثاني قدس سره بألفاظه، قال في المسألة الثانية من مسائل المطلب الرابع - ذيل قول المحقق: إطلاق العقد ينصرف إلى الصحيح دون الفاسد - ما لفظه:

«عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما، كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره، وغيره، و من

ثمّ حمل الإقرار به عليه، حتّى لو ادّعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً. و عدم صحة السلب، و غير ذلك من خواصّه. و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد ليقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة. و انقسامه الى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة. و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّ بالفاسد، و لو حلف على الإثبات سواء أ كان فساداً لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر و الخنزير، أو لفقد شرط فيه كجهالة مقداره و عينه، و سيأتي البحث فيه « (1) ».

و المستفاد من كلامه قدّس سرّه أنّ ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح المؤثّر، لا للجامع بينه و بين الفاسد، و ذلك لوجود أمانة الحقيقة من تبادر خصوص الصحيح، و صحة السلب عن الفاسد، و أطراد استعمالها في الصحيح. و حيث إنّ المتّصف بالصحة و الفساد هو العقد لا الأثر المترتب عليه كان دعوى وضع عناوين المعاملات لخصوص العقود الصحيحة منافية لما تقدم عن الشهيد الثاني قدّس سرّه- بناء على صحة النسبة- من التصريح بكون إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية، فلاحظ.

ثم إنّ في كلامه تأمّلاً من جهات سيأتي بيانها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(1) تعليل لقوله: «حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد» و قد تقدم آنفاً

(2) هذا التعبير أولى مما في عبارة المسالك من قوله: «و عدم صحة السلب» فإنّ مقصود الشهيد الثاني قدّس سرّه إقامة أمانة على وضع «البيع» و نحوه من العقود لخصوص الصحيح المؤثّر، فكان المناسب أن يقول: «و صحة السلب عن الفاسد» لا «و عدم صحة السلب» و ذلك لأنّ عدم صحة السلب عن الصحيح ليس أمانة الوضع لخصوص الصحيح، لوضوح أنّ عدم صحة السلب عن الحصّة لا يشهد بعدم كون الجامع و الطبيعي موضوعاً له، فإذا لم يصح سلب الإنسان عن العالم لم يكشف ذلك عن عدم وضع لفظ «الإنسان» للجامع بين العالم و الجاهل، فعلاّمة الوضع لخصوص العالم صحة سلب الإنسان عن الجاهل، لا عدم صحة سلبه عن العالم.



و من ثمّ (1) حمل الإقرار به عليه (2) حتّى لو ادّعى (3) إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً.

و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبّل تفسيره بأحدهما، كغيره من الألفاظ المشتركة. و انقسامه (4) إلى الصحيح و الفاسد أعم

و الحاصل: أنّ عدم صحة سلب «البيع» عن العقد الصحيح لا يدلّ على كون الموضوع له هو خصوص الصحيح. كما أنّ عدم صحة سلب الإنسان عن العالم لا يشهد بوضعه لخصوص العالم و مجازيته في غيره. و لعلّه لهذا أصلح المصنّف قدّس سرّه العبارة و قال: و صحة السلب.

(1) أي: و لأجل وجود علائم الحقيقة في إطلاق العقود على خصوص الصحيح منها- و مجازية إطلاقها على الفاسد- حمل الإقرار بالبيع على الصحيح خاصة، كما لو ترفع شخصان في بيع دار فادّعاها أحدهما و أنكره الآخر، ثمّ اعترف المنكر بوقوع البيع، و لكنّه و جهه بكون عقده فاسداً لفقده بعض الشرائط، فإنّه يلزم المقرّ بالبيع، و لا يسمع منه اعتذاره بفساد العقد. و من المعلوم أنّ قبول أصل إقراره بوقوع البيع- و عدم سماع اعتذاره بفساد العقد- دليل على وضع «البيع» لخصوص الصحيح، لا للجامع بينه و بين الفاسد، إذ لو كان الموضوع له هو الجامع المشترك بين الصحيح و الفاسد لزم قبول دعوى فساد العقد، كما هو الحال في الإقرار بلفظ مشترك بين معنيين أو أكثر.

(2) أي: حمل إقرار أحد المترافعين بالبيع على الصحيح.

(3) أي: لو ادّعى المقرّ بالبيع إرادة عقد فاسد لم يقبل منه، بل يؤاخذ بظاهر إقراره، و هو البيع الصحيح أي العقد الجامع للشرائط.

(4) أي: و انقسام البيع، و مقصود الشهيد قدّس سرّه دفع دخل، أمّا الدخل فتقريبه: أنّ القائل بوضع ألفاظ المعاملات للجامع بين الصحيح و الفاسد يستدلّ بصحة تقسيم العنوان المعاملي- كالبيع- إلى الصحيح و السقيم، فيقال: «هذا بيع صحيح لاستجماعه لشرائط الصحة، و ذلك بيع فاسد لاختلال شرائطه لكونه غورياً مثلاً» و لو كان «البيع» حقيقة في خصوص الصحيح و مجازاً في الفاسد لم يصح توصيف البيع بأنّه فاسد، إذ البيع الفاسد ليس ببيع و إنّما هو كإنشاء العايب و اللّاغبي يصح سلب العنوان عنه، مع أنّه لا ريب في صحة تقسيم البيع إلى الصحيح

و الفاسد، كصحة تقسيم كل لفظ موضوع للجامع إلى حصصه و أفراده.

و أمّا الدفع فهو: أنّ مجرد الانقسام إلى الصحيح و الفاسد لا يدلّ على كون المقسم معنى حقيقيا للفظ، فيمكن أن يكون المقسم معنى مجازيا له، فلا يثبت كون لفظ «البيع» و نحوه حقيقة في الجامع بين الصحيح و الفاسد، لأنّ مجرد الاستعمال- الذي هو أعم من المعنى الحقيقي- لا- يثبت الوضع، و ذلك لما ثبت في محله من اختصاص أصالة الحقيقة بالشك في المراد مع العلم بالمعنى الحقيقي. و أمّا لو علم بالمراد و شك في الموضوع له فلا تجري حتى يثبت كون المراد معنى حقيقيا.

[1] لا يخفى أن في كلامه مواقع للنظر:

منها: الاستدلال بالتبادر على الوضع للصحيح.

إذ فيه: أنّ تبادر الصحيح هنا ليس دليلا على الحقيقة، لقوّة احتمال نشوء عن القرينة، و من المعلوم أنّه حينئذ ليس أمانة عليها، فإنّ التبادر- بناء على تسليم أماريته على الوضع- يختص بما إذا كان من حاقّ اللفظ، و هذا في المقام غير ظاهر. و إثبات كونه من حاقّ اللفظ- بأصالة عدم القرينة- غير سديد، لاختصاصها بالشك في المراد، فلا يشمل الشك في الوضع.

و منها: الاستدلال بصحة السلب عن الفاسد. إذ فيه: أنه مخصوص بما إذا كان الفساد من جهة عدم انضمام القبول، و أمّا من جهة غيره فلا.

و منها: قوله «لم يسمع إجماعا» إذ فيه: أنّه يمكن أن يكون عدم سماع إرادة العقد الفاسد لأجل ظهور حال المسلم، لا لظهور لفظ البيع في العقد الصحيح الشرعي.

و يشهد لهذا كلامه في المسالك و الروضة في تقديم قول مدّعي الصحة عند اختلاف المتبايعين في صحة العقد و فساده. قال قدّس سرّه في المسالك: «تّبّه بقوله:- فالقول قول مدّعي صحة العقد- على علّة الحكم، و هو أصالة الصحة في العقود، فإنّ الظاهر من العقود الجارية بين

(1) غرضه من نقل كلام الشهيد قدس سرهما أنّ مختاره في مسألة الصحيح و الأعم هو الوضع

المسلمين الصحة، فيكون قول مدّعي الصحة موافقا للأصل ..» (1).

وقال في شرح اللمعة في مسألة اختلافهما في الشرط: «يقدم قول مدّعي الصحة، لأنّها الأصل في تصرفات المسلم» (2).

و عليه فمجرد عدم سماع إرادة الفاسد لا يكشف عن وضع ألفاظ المعاملات للعقود الصحيحة منها.

و منها: التنافي بين قوله في أول كلامه: «عقد البيع و غيره حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة و المجاز» و آخره من قوله: «و حيث كان الإطلاق محمولاً- على الصحيح لا يبرّ بالفاسد». وجه التنافي: أنّ انصراف إطلاق العقد إلى حصّة منه- و هو الصحيح- يقتضي تسليم كون اللفظ حقيقة في الأعم حتى ينصرف إلى فرد من الجامع، لبعض موجبات الانصراف كالتشكيك في الصدق، و من المعلوم أنّه مع إقامة أمارات الحقيقة على الوضع لخصوص الصحيح- في أول كلامه- لا يبقى موضوع للانصراف، هذا.

مضافاً إلى: أنّ ظاهر كلام المحقق قدس سرّه: «إطلاق العقد ينصرف إلى الصحيح» تسليم الوضع للجامع، و لكنّه ينصرف إلى الصحيح من باب ظهور حال المسلم، و معه لا يتّجه استدلال الشهيد الثاني على الوضع للصحيح بالتبادر و نحوه من خواص الحقيقة و المجاز.

فتأمل في العبارة حقه.

و منها: قوله في آخر كلامه «بأعمية التقسيم من الحقيقة» إذ يمكن يقال: إنّ الظاهر من تقسيم شيء هو تقسيمه باعتبار معناه الحقيقي لا المجازي، فتأمل.

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 267 و 268

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 541

وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحجّ، لوجوب المضيّ فيه» (1). و ظاهره (2)

لخصوص الصحيح، و الفارق بينه و بين كلام الشهيد الثاني المتقدم: أنه قدّس سرّه خصّ نزاع الصحيح و الأعم بالمعاملات، و لم يتعرّض للنزاع في العبادات، و لكن الشهيد الأوّل عمّم الوضع للصحيح لمطلق الألفاظ المتداولة في الخطابات الشرعية، سواء أكانت معاملة أم عبادة.

(1) و قال بعد ذلك: «فلو حلف على ترك الصلاة أو الصوم اكتفى بمسمّى الصحة، و هو الدخول فيهما، فلو أفسدهما بعد ذلك لم يزل الحنث. و يحتمل عدمه، لأنّها لا تسمّى صلاة شرعا و لا صوما مع الفساد. أمّا لو تحرّم في الصلاة أو دخل في الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعا» (1).

و على هذا فكلام الشهيد الأوّل موافق لما حكاه المصنف عن الشهيد الثاني قدّس سرّه من وضع ألفاظ العبادات و المعاملات للصحيح أي الواجد لكلّ ما يعتبر فيه شرطا و شطرا.

و استثنى الشهيد الأوّل قدّس سرّه الحجّ، لكونه موضوعا للأعم من الصحيح و الفاسد، بشهادة إطلاقه- على الفاسد- في النصوص الآمرة بإتمام الحج فيمن أفسده بالوقاع قبل الوقوفين، كمضمرة زرارة، قال: «قلت: فأَيّ الحجّتين لهما؟ قال: الأولى التي أحدثا فيها ما أحدثا، و الأخرى عليهما عقوبة» (2). فإنّ الحجّة الأولى مع فساده بالجماع قد وجب إتمامها. و من المعلوم أنّ إطلاق الحج على الفاسد منه ظاهر في كونه على نحو الحقيقة.

و هذا بخلاف الصلاة و الصوم و الزكاة و المعاملات، فإنّها موضوعة للصحيح خاصة، و استعمالها في الفاسد- أي الفاقد شطرا أو شرطا- مجاز.

(2) يعني: و ظاهر قول الشهيد: «لا تطلق على الفاسد» هو الإطلاق الحقيقي، و عليه فاستعمال هذه الألفاظ على نحو الحقيقة منوط بكون تلك الماهية المخترعة واجدة للأجزاء

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 158، القاعدة: 42 الفائدة: 2

(2) و سائل الشيعة، ج 9، ص 257، الباب 3 من أبواب كفارات الاستمتاع في الإحرام، الحديث: 9

ص: 295

و الشرائط و فاقدة للموانع، فلو كانت فاسدة كالصلاة الفاقدة للستر أو للسورة كان استعمالها فيها مجازيا. و كذا الحال في ألفاظ المعاملات كالبيع، فإنها موضوعة لخصوص المؤثر في النقل و المبادلة، فالبيع الربوي و الغرري ليسا بيعا حقيقا، و لا يصح أن يقال: إنهما بيع فاسد.

[1] نعم، لكن تعليل استثناء الحج الفاسد بوجوب المضي فيه قرينة على أن مراده الإطلاق في مقام الطلب و الأمر، يعني: أن الأمور به من الصلاة و الصوم و سائر العبادات و المعاملات هو الصحيح دون الفاسد، إلا الحج، لأن فاسده كصحيحه مأمور به، حيث إنه يجب إتمامه إذا أفسده الحاج بما يفسده من الجماع قبل الوقوفين.

و على هذا فيراد من قوله: «لا تطلق على الفاسد» أنه لا يطلب الفاسد إلا مسامحة، فيراد من الإطلاق تعلق الطلب بالفاسد، يعني: أن الأمر لا يتعلق بالفاسد إلا الحج، فإن فاسده أيضا يتعلق به الأمر. و عليه فليس مورد كلام الشهيد الاستعمال الحقيقي - كما استظهره المحقق القمي قدس سره - حتى يقال: إنه قائل بوضع ألفاظ العبادات و المعاملات للصحيح. و لا أقل من الاحتمال، خصوصا بقرينة تعقيبه بحث النذر.

نعم ما جزم به الشهيد هنا من إطلاق الحج على الفاسد حقيقة ينافيه ما أفاده في الدروس من تقوية كون الفرض ما بيده، و أن الحج الواجب عليه من قابل عقوبة، قال: «و روى زرارة أن الأولى فرضه، و تسميتها فاسدة مجازا» [1]. فيتعين الجمع بينها و بين معتبر سليمان بن خالد من «أن الرفث فساد الحج» بحمل الفساد على النقص، كالنقص الوارد عليه بارتكاب محرّمات الإحرام المنجبر بالكفارة، فيكون الحج من قابل كفارة للرفث قبل الوقوفين و التفصيل موكول إلى محله.

و يشكل (1) ما ذكره

---

امتناع التمسك بالإطلاق بناء على الوضع للصحيح

(1) بعد أن فرغ المصنف قدّس سرّه من نقل كلام الشهيدين قدّس سرّهما الظاهر في وضع ألفاظ المعاملات- بل و العبادات كما في قواعد الشهيد الأوّل- لخصوص الصحيح، أخذ في بيان الإشكال الوارد على هذه المقالة، و محصله: أنّ مقتضى وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، و عدم شمول الموضوع له فيها للفرد الفاسد هو عدم صحة التمسك بإطلاق ما دلّ على مشروعية المعاملة عند الشك في أصل مشروعيتها أو في اعتبار أمر فيها، ضرورة أنّ الشك حينئذ يكون في موضوع دليل الإمضاء، و من المعلوم أنّه مع الشك في انطباق موضوع الدليل على المشكوك فيه لا سبيل للتمسك بإطلاقه، فينسدّ باب التمسك بإطلاقات أدلة المعاملات طرّاً، و يجري أصالة الفساد في جميع موارد الشك في دخل شيء شرطاً أو شرطاً في المعاملة.

و هذه الدعوى مما يقطع بفساده، لاستقرار سيرة الأصحاب «رضوان الله عليهم» قديماً و حديثاً على التمسك، بالإطلاقات في دفع الشك في جزئية شيء أو شرطية في المعاملات، بل نسب المصنف على ما في تقرير بحثه الشريف الى الشهيد تمسكه بها، قال مقرر بحثه: «حتى أنّ الشهيد قد ملأ الأساطير من ذلك، بل و لولاه لما دار رحى الفقه كما لا يخفى على المستأنس بكلامهم. و قد ادّعى الفاضل الإجماع على جواز التمسك بعموم قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» «1».

ثم لا يخفى أنّ كلام المصنف قدّس سرّه مسوق لبيان الاشكال من جهة إجمال الأدلة الإيضائية بناء على الوضع للصحيح.

ولمّا كان ذلك متوقفاً على القول بالحقيقة الشرعية و تصرّف الشارع في الأوضاع اللغوية و العرفية كان الاشكال منحلاً إلى أمرين و إن لم يصرّح بهما معاً.

الأوّل: أنّ اختصاص وضع الماهيات المخترعة الشرعية- و العقود- بالأفراد الصحيحة

---

(1): مطارح الأنظار، ص 5

ص: 297

بأنّ وضعها (1) للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو (2) أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَإِطْلَاقَاتِ (3) أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها (4)،

مبني على القول بالحقيقة الشرعية بمعنى أخذ قيد الصحة في الموضوع له، فكما أنّ الشارع وضع لفظ «الصلاة» للماهية التي تحريمها التكبير وتحليلها التسليم، فكذلك وضع لفظ «البيع» مثلا للمعاملة المؤثرة في نقل العوضين، وهي الواجدة لجميع الشرائط والقيود، فالمعاملة الفاقدة لبعضها ليست بيعا حقيقة.

الثاني: أنّ لازم وضع أسامي المعاملات لخصوص الصحيح المؤثر في ترتب الأثر المقصود على العقد هو إجمال الأدلة عند صدق العنوان عرفا على المعاملة، والشك في اعتبار شيء فيه شرعا. مثلا إذا أحرز صدق «البيع» عرفا على عقد المكره، وشك في اشتراط البيع الممضى شرعا بالرضا المقارن للعقد لم يمكن الرجوع إلى مثل أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ للحكم بنفوذ عقد المكره المتعقب بالرضا، إذ المفروض كون البيع موضوعا للصحيح الشرعي لا العرفي، ومع الشك في اعتبار مقارنة الرضا للعقد يشك في صدق موضوع الدليل، ومن المعلوم عدم جواز التمسك بالدليل ما لم يحرز موضوعه من الخارج.

هذا تقريب الإشكالين، وسيأتي الجواب عنهما.

(1) يفهم من هذه الكلمة ابتداء إشكال إجمال الأدلة على القول بالحقيقة الشرعية، بمعنى: جعل وضع شرعيّ لأسامي المعاملات كالعبادات، فكما أنّ «الصلاة» في عرف الشارع تختلف عن معناها اللغوي والعرفي وهو الدعاء، فكذلك البيع والنكاح والصلح ونحوها من عناوين المعاملات موضوعة بوضع جديد لمفهوم آخر أضيق من مفاهيمها العرفية واللغوية.

(2) مثل تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِنَاءٍ عَلَى اخْتِصَاصِ التِّجَارَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بِنَاءٍ عَلَى كَوْنِهِ عُنْوَانًا مُشِيرًا إِلَى آحَادِ الْعُقُودِ.

(3) مثل «النكاح سنّي» و«الصلح جائز بين المسلمين» ونحوهما.

(4) للإجمال الناشي من احتمال دخل ما يحتمل اعتباره- في صحة المعاملة- في صدق الاسم، فيتوقف صدق «البيع» على رعاية جميع الشرائط الشرعية، ولا يكفي إطلاقه عرفا

مع (1) أن سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات (2) [1].

---

على العقد الفاقد لبعض ما يحتمل دخله شرعا فيه.

(1) هذا وجه الاشكال على كلام الشهيدين قدس سرهما و محصله: منافاة الوضع للصحيح- المستلزم للإجمال- لسيرة الفقهاء على تسليم إطلاق الأدلة، ونفي دخل ما يشك في اعتباره في المعاملات بها، فيتمسكون بإطلاق آية حل البيع لمشروعية العقد بالفارسية و بالمعاطة، وذلك لصدق البيع العرفي عليهما.

(2) أي: مقام الحكم بعدم دخل ما يحتمل اعتباره شرعا في المعاملات.

---

[1] هذا الاشكال مبني على أمرين:

أحدهما: وضع ألفاظ المعاملات للصحيح الشرعي لا العرفي.

وفيه أولا: أنه مبني على ثبوت الحقيقة الشرعية، وهي غير ثابتة في ألفاظ العبادات فضلا عن المعاملات.

وثانيا: أنه يمتنع إرادة الصحيح في ألفاظ المعاملات الواقعة في حيز الخطابات، كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و «الصلح جائز بين المسلمين» ونحو ذلك من أدلة إمضاء المعاملات، وذلك لأن الصحة مستفادة من نفس الأدلة، فكيف تؤخذ في متعلقها مع تأخرها عنها؟ فإن من الممتنع دخل ما يتأتى من الحكم في متعلقة.

نعم إن استفيدت الصحة من غير دليل الإمضاء لا يلزم الامتناع، لكن يترتب عليه اللغوية، إذ لا فائدة حينئذ في جعل الحلية بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ مثلا مع فرض صحته بدون هذا الدليل، هذا.

ثانيهما: كون المراد من عقد البيع في كلام الشهيد الثاني نفس البيع، على أن تكون الإضافة بيانية، لا عقده حتى تكون الإضافة لامية. و الظاهر هو الأول، لأنه جعل عقد البيع كسائر ألفاظ المعاملات و العقود أسامي لخصوص الصحيح، و من المعلوم أن مورد النزاع هو عناوين العقود كالإجارة و الهبة و العارية و الوديعة و المزارعة و المساقاة و غيرها.

مضافا إلى القرائن الموجودة في كلامه كالإقرار به و الإخبار به، فإنها قرائن على إرادة العقد من البيع، هذا.



نعم (1) يمكن أن يقال: إن البيع

توجيه الوضع للصحيح

(1) استدراك على قوله: «و يشكل ما ذكره» و غرضه قدس سره دفع الاشكال الوارد على مقالة الشهيدین قدس سرهما من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، و كونها مجازا في الفاسد. و كلام المصنف متضمن لمقامين.

أحدهما: إمكان وضع أسامي المعاملات لخصوص الصحيح، بنحو لا يترتب عليه إجمال الأدلة الإضائية، و لا ينسد باب التمسك بإطلاقاتها.

و ثانيهما: توجيه التمسك بالإطلاق بناء على الوضع لخصوص الصحيح.

و الكلام فعلا في المقام الأول، و لا بأس بالإشارة إلى أمرين تمهيدا لتوضيح المتن:

الأول: أنّ المعاملات أمور اعتبارية، متقوم حقائقها باعتبار المعبر، و ليس لها وجود وراء وجودها في وعاء الاعتبار، و بهذا تمتاز عن الموجودات الحقيقية التي لا دخل للجعل و المواضعة في وجودها في موطنها، و لا تتغير حقائقها باختلاف الأنظار. و أمّا الأمر الاعتباري فيمكن وجوده باعتبار معتبر، دون آخر، و ذلك كالأوراق النقدية التي يعتبر ماليتها حكومة، و لا يعتبرها حكومة أخرى، فتسقط عن الاعتبار حينئذ.

الثاني: أنّ انطباق العنوان و المفهوم على المصاديق مختلف، فقد يكون قهريًا لا- يتوقف على أزيد من تحققه خارجا بمعدّاته و مبادئه كالقتل، الصادق على إزهاق الروح قسرا سواء أكان مع القصد أم بدونه، و لذا يسند القتل حقيقة إلى القاتل في القتل الخطائي الذي لم يقصد القاتل ذلك أصلا. و قد يكون متوقفا على القصد و الاعتبار كالتعظيم، فإنّه لا ينطبق على مجرد القيام عند قدوم الغير، بل لا بدّ من كونه بقصد إكرامه و رعاية عظمته.

ثم إنّ مثل التعظيم مما يناط صدقه بالاعتبار ربما يقع الخلاف في مصداقه مع عدم الخلاف في أصل المفهوم، فقد يعدّ القيام بنظر جمع- بقصد إكرام القادم الى مجلس- من أظهر أنحاء التعظيم، بينما يرى آخرون كشف الرأس أو الانحناء إلى حدّ الركوع مطابقا للمفهوم.

و هذا الاختلاف ناش من اعتبار فعل مصداقا للتعظيم عند جمع، و اعتبار فعل آخر كذلك

بنظر غيرهم. ونتيجة تعدد الاعتبارات كون كل واحد من الأفعال مصداقا حقيقيا لذلك المفهوم الوجداني، من دون أن يخطئ بعضهم بعضا.

إذا اتضح ما ذكرناه فنقول في توجيه كلام الشهيدين قدس سرهما- من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، وأن استعمالها في الفاسد مجاز-: إن المعاملات أمور عرفية اعتبرها العقلاء قبل الشريعة الإسلامية لتنظيم شؤون مجتمعهم، ولم يخالفهم الشارع الأقدس في أصل المفهوم، ولم يخترع طريقا آخر، ولم يتصرف فيها تصرفا أساسيا، وإنما ردع عن بعضها كالبيع الربوي والملاسة والمنازعة، ونكاح الشغار، وزاد قيادا في بعضها الآخر كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، واعتبر في بعضها صيغة خاصة كما في الطلاق.

وليس هذا التصرف راجعا الى تغيير أصل المفهوم حتى يكون المستعمل فيه من لفظ «البيع» عند الشارع مغايرا لما هو عند العرف، بل المستعمل فيه واحد عندهما، وهو ما يترتب عليه الأثر المترقب كمبادلة إضافة الملكية، غاية الأمر أن للبيع مثلا مصداقين حقيقيين أحدهما منسوب الى الشارع ومضاف اليه، وهو موضوع للأثار الشرعية، والآخر منسوب الى العرف وهو الموضوع للأثار الخاصة عندهم، وينطبق على كليهما ذلك الجامع الوجداني أعني به «النقل المؤثر» فيكون اختلاف العرف والشرع في ترتب الملكية عند أحدهما دون الآخر نظير اختلاف طائفتين في كون ما به التعظيم هو القيام خاصة أو فعل آخر. والسرف في تعدد الأنظار حينئذ هو أن المعاملات لا حقائق لها وراء الاعتبار.

والمتحصّل: أن الموضوع له في مثل «البيع» بمعناه المصدري هو الإنشاء المؤثر في النقل والانتقال، فإن ترتب عليه الأثر- ولو بنظر العرف- اتّصف بالصحة، وإلا كان فاسدا، ويتوقف استعماله فيه مجازا على قرينة. وإرادة هذا المعنى من الصحة لا يمنع من الرجوع الى إطلاقات أدلة الإمضاء كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(1) كالإجارة والنكاح والرهن ونحوها من عناوين العقود والإيقاعات مما يكون رائجا عند العقلاء مع الغض عن الشرع.

من المصدر (1)- الذي (2) يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء- لا يستعمل (3) حقيقة إلا فيما (4) كان صحيحا مؤثرا و لو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثرا في نظر الشارع

(1) المراد بالمصدر هو «إنشاء تملك عين بمال» وهذا مختار المصنف في تعريف البيع.

و المراد بحاصل المصدر هو الملكية و الانتقال المترتبان على الإنشاء، فإذا أنشأ البائع فقد حصلت الملكية به في اعتبار نفسه، و كذا بنظر العرف، و إن لم تحصل بنظر الشارع.

(2) صفة للمصدر، يعني: أن المراد من قول البائع: «بعت» هو المعنى المصدري.

(3) خبر قوله: «ان البيع» يعني: أن ما يستعمل فيه لفظ «البيع» هو الملكية المنشئة المؤثرة- بنظر العرف- في انتقال إضافة العوضين، فإذا لم يترتب عليها أثر كان استعمال البيع فيها مجازا.

(4) المراد بالموصول هو التملك، و المقصود بالتملك الصحيح هو المؤثر، فالبيع مستعمل حقيقة في النقل المؤثر، فما ليس بمؤثر ليس بصحيح. لكن التأثير قد يكون بنظر العرف دون الشرع، فإن اعتبر العرف الملكية كان البيع متصفا بالصحة عنده، و إن اعتبرها الشرع كان صحيحا بنظره، فلا منافاة بين وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح، و بين اختلاف العرف و الشرع في المصدق.

و بالجملة: أن إيجاب البائع يتضمن أمورا ثلاثة:

الأول: نفس الإنشاء و التملك الذي هو معنى البيع المصدري.

الثاني: الملكية في اعتبار نفس البائع، حيث إنه يعتبر تبادل إضافة العوضين من كل منهما الى الآخر.

الثالث: تأثير هذا الاعتبار في حكم العرف و الشرع بترتب الانتقال على الإنشاء.

و الأمران الأولان متحققان في كل إنشاء صادر بداعي الجدّ. و لكن الأمر الثالث قد يتخلف، فإن كان اعتبار الموجب مؤثرا- أي واجدا للشرائط العرفية- كان ذلك بيعا صحيحا، و إلا كان فاسدا نظير إيجاب الهازل، فإنه يعتبر الملكية، لكن العرف لا يراه مؤثرا.

كان بيعا عنده (1)، وإلا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف. فالبيع (2) الذي يراد منه ما (3) حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره. إلا (4) أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع (5).

(1) فيصير الصحيح الشرعي أخص من الصحيح العرفي، ضرورة أن العقلاء يعتبرون الملكية في بيع الخمر، و يرونه مؤثرا في الانتقال، و لكن الشارع لا يعتبر ذلك التأثير، فيصير بيع الخمر عند العرف- في عدم التأثير بنظر الشارع- نظير ما إذا اعتبر البائع ملكية من من التراب بمثله، و لم يعتبرها العقلاء، فيكون فاسدا بنظرهم.

و عليه فالموضوع له عند العرف و الشرع هو النقل المؤثر، لكن ما به يتحقق هذا النقل مختلف بنظر العرف و الشرع.

(2) هذه نتيجة جعل معنى البيع هو خصوص الملكية- في نظر البائع- المؤثر في إمضائه عرفا و شرعا، فإذا كانت الملكية و الانتقال مخصوصين باعتبار البائع فقط كان استعمال البيع فيهما مجازا.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 303

و على هذا فلو كان مقصود الشهيدين قدس سرهما- من وضع ألفاظ العقود للصحيح- وضعها للإنشاء المؤثر بنظر العرف أو الشرع كان وجيها، و لو كان مقصودهما وضعها لخصوص ما يراه الشارع مؤثرا لم يمكن المساعدة عليه.

(3) المراد بالموصول كما عرفت هو الملكية و الانتقال في نظر البائع، و قد أفاده فيما يتعلق بكلام كاشف الغطاء قدس سره بقوله: «نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل».

فالانتقال بنظر الناقل يحصل بمجرد إنشائه، و هذا الانتقال يتصف بالصحة تارة و بالفساد أخرى.

(4) يعني: لا- منافاة بين وضع عناوين المعاملات للصحيح المفيد للأثر و بين اختلاف العرف و الشرع، كما لا منافاة في اختلاف الممل فيما به التعظيم مع اتفاق الكل على مفهومه.

(5) فإنه يعتبر شرعا في بيع المكيل و الموزون- إذا كانا متجانسين- عدم زيادة أحدهما على الآخر، و يعتبر في بيع الصرف التفاضل في المجلس، و لا يعتبر شي ء منهما في البيع العرفي.

و أمّا (1) وجه تمسك العلماء

هذا تمام الكلام في توجيه كلام الشهيدين قدس سرهما من وضع أسماء العقود للصحيح، لا للأعم منه و من الفاسد. و سيأتي الكلام في توجيه التمسك بالإطلاق.

طريق التمسك بالإطلاق بناء على الوضع للصحيح

(1) هذا هو المقام الثاني مما أفاده قدس سره في دفع الإشكال المتقدم على كلام الشهيدين قدس سرهما و تقرّبه: أنّ جهة البحث الى الآن كانت في توجيه كلامهما و تحقيق مرادهما من وضع ألفاظ العقود للصحيح، و قلنا إنّ المقصود به في البيع مثلا هو طبيعي النقل المؤثر في انتقال الإضافتين، و لهذا المفهوم الجامع مصداقان، أحدهما النقل المؤثر عرفا، و الآخر النقل المؤثر شرعا.

و بعد استيفاء هذه الجهة عطف عنان البحث الى تصحيح الرجوع الى الخطابات الشرعية بوجهين.

و ينبغي تقديم أمرين قبل بيانهما:

الأمر الأول: أنّهم فرّقوا في مسألة الصحيح و الأعمّ بين ألفاظ العبادات و المعاملات بناء على إنكار وضعها للأعمّ، و القول باختصاصها بالصحيح، و محصل الفرق: أنّ العبادات ماهيات مخترعة شرعية غير معلومة للعرف، فمع عدم معرفة تلك الماهيات لا وجه للتمسك بإطلاقاتها، لكون الشك في صدق مفهوم «الصلاة» مثلا على فاقد ما يشك دخله فيها جزءا أو شرطا. فلا بد من علاج الشك بالرجوع إلى إطلاق مقامي أو أصل عملي كما حرّر ذلك في الأقل و الأكثر الارتباطيين.

و هذا بخلاف المعاملات، فإنّها أمور عرفية كانت متداولة بينهم - قبل عصر التشريع - لتنظيم شؤونهم الاجتماعية. و قد أمضى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم هذه الطريقة و لم يخالفهم فيها، و لم يخترع طريقا آخر، و لم يتصرّف فيها تصرّفا أساسيا، بل كان تصرّفه بالردع عن بعضها كالبيع الربوي و نكاح الشغار، و بزيادة قيد كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، و اعتبار صيغة خاصّة في بعضها كالطلاق و النكاح.

والحاصل: أن الشارع لم يستعمل ألفاظ المعاملات إلا في مفاهيمها العرفية، ودخل القيود في مقام تأثيرها شرعا إنما استفيد من دوالٍ أخرى، وليست مقومة لمفاهيمها، فكما لم يستعمل الشارع ألفاظ الخمر و الحنطة و الماء- في الأدلة التي جعلها موضوعات لأحكامه- إلا في مفاهيمها العرفية، فكذلك لم يستعمل لفظ البيع و الصلح و النكاح في قوله: «البيع حلال، الصلح جائز، النكاح سني» إلا في معانيها العرفية التي تسبق إلى أذهانهم.

الأمر الثاني: أن أدلة المعاملات لا- يستفاد منها أزيد من كونها إمضاء للمعاملات العرفية، فمثل قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ إمضائي لا تأسيسي، و الممضى هو المعاملة العرفية، لا المعاملة الشرعية حتى يكون مفهومها مجملا مانعا عن الرجوع الى الإطلاق. نعم لا بد من إحراز الصحة العرفية، فلو شك في صدق العنوان- كما إذا شك في اعتبار معرفة العوضين، أو شك في قابلية وقوع المنافع ثمنا في البيع العرفي- امتنع التمسك بالآية الشريفة لإثبات الصحة و نفي دخل ما يحتمل اعتباره في المفهوم العرفي. و أما إذا أحرز صدق الاسم عندهم و كان الشك متمحضا في الدخل التعبدي كان الإطلاق نافيا له، إذ لو كان ذلك المشكوك فيه دخيلا في ترتب الأثر على المعاملة شرعا لزم التنبيه عليه لئلا يكون عدم بيانه مخلا بالغرض.

إذا اتضح ما قدمناه قلنا في تقريب الوجهين المشار إليهما في المتن:

الوجه الأول: أن يحمل «البيع» الوارد في الخطابات الشرعية على المنشأ- أي المسبب- كالملكية و الانتقال المترتبين على الإنشاء، فالممضى هو الملكية العقلانية الحاصلة بالعقد القولي أو الفعلي. و على هذا فليس المراد بالبيع طبيعي النقل المؤثر حتى يكون نظر العرف و الشرع طريقا إليه و مصداقا له، بل المراد خصوص المؤثر بنظر العرف، فمفاد آية حل البيع هو: أنه تعالى أمضى كل ملكية حاصلة بالعقد المؤثر في الانتقال بنظر العرف، و من المعلوم أن هذا خطاب انحلالي يعم جميع المصاديق العرفية.

فمقتضى عموم الإمضاء مشروعية بيع المنابذة و الملامسة و الغرر و الخمر و الخنزير و البيع الربوي و بيع الكالي بالكالي و غير ذلك من البيوع الفاسدة الشرعية. و يتوقف الحكم

ببطلان هذه على ورود مقيد لإطلاق الآية، إذ لو لا- التقييد و التخصيص كان موضوع الخطاب- و هو البيع المؤثر عرفا- صادقا على جميعها، و ينحصر الردع الشرعي عنها في الإخراج الحكمي مع محفوظة موضوع الإمضاء.

و لا ربط لهذا التقريب بالتصرف في الموضوع بأن يكون إمضاء طريقة العرف تصويبا لنظرهم، و ردعها في مثل بيع الخمر تخطئة لهم. و ذلك لما عرفته من أن الموضوع العرفي بحدوده محفوظ في مورد النهي الشرعي، فيتعين تصرف الشارع في التخصيص و التقييد.

الوجه الثاني: أن يحمل «البيع» الواقع في الأدلة الإمضائية على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت» و المصدر هو ما تقدم في تعريف المصنف قدس سره للبيع بقوله: «فالأولى تعريفه بإنشاء تمليك عين بمال» و هذا فعل الموجب فقط، فمعنى آية حلّ البيع: أن إنشاء النقل حلال مطلقا و يؤثر في النقل و الملكية، إذ لو لا تأثيره فيهما لم يكن حلالا و لم يجب الوفاء به، فإذا كان معنى البيع عرفا هو إنشاء التمليك كان معنى إمضاء الشارع تأثير هذا الإيجاب في حصول الملكية عرفا و شرعا، سواء أ كان إنشاء النقل متعلقا بجنس ربوي أم بالخمر أم بالأعيان المحللة.

و لو لم يكن هذا الإنشاء مؤثرا في اعتبار الملكية شرعا كان عليه التنبيه لئلا يلزم الإخلال بالغرض، فيقيد هذا الإطلاق بما دلّ على عدم تأثير «إنشاء التمليك» في مثل الخمر و الأعيان النجسة و المنابذة و نحوها. و يبقى موارد احتمال التصرف الشرعي مندرجا في إطلاق الحلّ، كما لو شك في اعتبار مقارنة الرضا بالعقد، و عدم كفاية الرضا المتأخر في مثل بيع المكره، فإنه لا مانع من نفي هذا الشك بالتمسك بإطلاق حلية إنشاء النقل المؤثر بنظر العرف.

و هذا الوجه يشترك مع سابقه في أنّ موضوع الإمضاء مبيّن، و التصرف الشرعي راجع الى الإخراج الحكمي تخصيصا أو تقييدا. و يفترق عنه بأنّ الوجه الأوّل ناظر إلى كون الموضوع العرفي هو البيع بالمعنى الاسمي كالملكية و الانتقال، و الوجه الثاني ناظر إلى ما اختاره في معنى البيع من إرادة المعنى المصدرّي، و هو إنشاء التمليك.

ثم إنّ الحلّي المدلول عليها بالآية الشريفة تكون تكليفية بناء على ما سيأتي في

بإطلاق أدلة البيع (1) ونحوه (2) فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف (3) حمل لفظ «البيع» و شبهه في الخطابات الشرعية على ما (4) هو الصحيح المؤثّر عند العرف (5)، أو (6) على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت» فيستدلّ (7)

المعاطاة من جعل متعلق الحلّ التصرفات. وبناء على كونها للجوامع بين التكليف و الوضع أو إرشادا إلى خصوص الوضع كانت الحلية للأعم أو لخصوص الوضع، فالمسألة مبنائية.

(1) كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ سِوَا أَكَانَتِ التِّجَارَةُ خِصُوصَ الْبَيْعِ وَ الشَّرَاءِ، أم شاملة لغيرهما من المعاملات التي يقصد بها الاسترباح و تنمية المال.

(2) كقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الصلح جائز بين المسلمين» و «النكاح سنّتي» فالمراد في الجميع هو المسبّب - كالتسالم و الزوجية - الصحيح عرفا أي موضوعا لترتيب الآثار عليها عندهم.

(3) لما تقدّم من أنّه ليس للشارع في المعاملات اصطلاح جديد، بخلاف العبادات التي هي مخترعاته، و هو المرجع في تعيين حدودها.

(4) هذا إشارة إلى أوّل الوجهين لتوجيه التمسك بإطلاق الأدلة الإضائية بناء على الالتزام بوضع أسامي المعاملات للصحيح، لا للأعم منه و من الفاسد.

(5) لا- المؤثّر واقعا حتى يكون نظر العرف طريقا إليه، بل تمام الموضوع التأثير بنظر العرف. و عليه فما ليس بمؤثّر في نظر العقلاء ليس موضوعا للأدلة الإضائية، لصحة سلب العنوان عنه.

ثم إنّ هذا المعنى للصحة يجعل موارد الردع الشرعي خارجة حكما، لكونها بيوعا عرفية صحيحة، لا أنّها خارجة عنه موضوعا من باب التخطنة كما مال إليه جمع من الأعلام.

(6) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من توجيه التمسك بأدلة المعاملات بناء على وضعها للصحيح لا للأعم، و حاصله: أنّ كل ما يعدّ عرفا مصداقا لإنشاء التملك فهو حلال.

(7) يعني: لمّا كانت أدلة المعاملات إضائية لا تأسيسية، و كان الممضى هو المعاملة المؤثّرة بنظر العرف لا الشرع، فلا محالة يتمسك بها- فيما إذا أحرز إطلاقها- و ينفي دخل ما يحتمل اعتباره في المعاملة، سواء قلنا بوضع البيع مثلا للمعنى الاسمي - أي المسبّب - كما هو



بإطلاق الحكم بحلّه (1) أو بوجوب الوفاء (2) على (3) كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً (4)، فتأمل (5)، فإنّ للكلام محلاً آخر [1].

---

مقتضى الوجه الأول، أم للمعنى المصدري- أي السبب- كما هو مقتضى الوجه الثاني.

و عليه فقوله: «فيستدل» متفرّع على الوضع للصحيح المؤثّر، سواء أكان الموضوع له اسم المصدر أو نفسه.

فإن قلت: بناء على الوجه الثاني كيف يحمل البيع على المعنى المصدري القائم بالبائع؟

مع أنّ الإنشاء المؤثّر بنظر العرف يتوقف في مطلق العقود على انضمام القبول إلى الإيجاب.

قلت: لا منافاة بين وضع البيع للمعنى المصدري وبين توقّف تأثيره على تعقب القبول للإيجاب، وذلك لقابلية الإطلاق للتقييد، فكما قيّد الإيجاب المؤثّر عرفاً بموارد ردع الشارع و تصرّفه، فكذلك قيّد بانضمام القبول إليه، فالبيع حينئذ هو السبب القابل للاتصاف بالصحة و الفساد.

(1) كما هو مقتضى قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ.

(2) كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(3) متعلق بقوله: «فيستدل».

(4) كما هو مؤثّر بنظر العرف.

(5) لعلّه إشارة إلى: أنّ التوجيه الثاني ينافي ما تقدم عنه من كون البيع «إنشاء تملك عين بمال» وإن لم يتعقبه القبول، ضرورة أنّ المؤثّر ليس خصوص الإيجاب، بل هو مع القبول.

إلا أن يقال: إنّ البيع حقيقة في المؤثّر أيضاً، فيكون مشتركا. لكنه بعيد، فتدبّر.

---

[1] قد يقال: لا وجه للتقييد بالمؤثّر عرفاً، إذ معنى البيع هو المؤثّر واقعا، و العرف طريق إلى معرفته. و مجرد كون الاستعمال جاريا على طبق الاستعمالات العرفية لا يصلح قرينة على إرادة غير معناه الحقيقي و هو المؤثّر واقعا، بل لا بدّ من حمله على المعنى الحقيقي.

هذا.

إلا أن يقال: إنّ حمله على الصحيح الواقعي يوجب لغويّة دليل الإمضاء، حيث إنّ

الموضوع- على الفرض - هو الصحيح الواقعي، و معه يكون تصحيحه بمثل **أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ لِعَوَا**، إذ مرجعه إلى: **أَنَّهُ تَعَالَى شَأْنُهُ أَحَلَّ الْبَيْعَ الْحَالِلِ**، أو: **أَمْضَى الْبَيْعِ الْمَمْضَى**. وهذا من اجتماع الحكمين المثليين في موضوع واحد. فلا محيص عن جعل موضوع الحلية البيع الصحيح العرفي، بمعنى كون المفهوم عرفيا حتى يكون نظرهم حجة فيه، لا بمعنى مرجعية العرف في تشخيص فردية الفاقد- لمشكوك الدخل- لمفهوم البيع، ضرورة أن نظرهم حجة في تشخيص نفس المفاهيم العرفية، لا في تطبيقها على أفرادها، فمع الشك في فردية الفاقد لما احتمال دخله فيه للبيع مثلا لا يصح التمسك بإطلاق الآية الشريفة و لو حكم العرف بفرديته له. و حينئذ يكون مفاد دليل الإمضاء أن الصحيح عرفا صحيح شرعا، فالدليل يصحح نظر العرف في كون أفراد البيع صحيحة.

هذا بناء على اتصاف المسبب بالصحة و الفساد كما هو مبناه قدس سره.

و أما بناء على عدم اتصافه بهما- كما ذهب إليه المحقق الخراساني قدس سره و غيره، بدعوى:

أنهما من المحمولات المترتبة، و موضوعها هو المركب حتى يكون صحيحا إذا كان تاما، و فاسدا إذا كان ناقصا. و أما البسائط كالملكية و الزوجية المتربتين على العقد فلا- تتصف إلا بالوجود و العدم، فلا يتعلق بها الإمضاء- فلا بد من إرادة البيع السببي، فيكون مفاد دليل الإمضاء تنفيذ الأسباب العرفية إذا شك في دخل شيء فيها شرعا، مع العلم بعدم اعتباره فيها عرفا، إذ مع الشك في دخله عرفا لا مجال للتمسك بالدليل، لعدم إحراز موضوعه، و إجماله المانع عن الأخذ به.

ولذا جعل المحقق الخراساني كلا الوجهين المذكورين في المتن ناظرين الى تنفيذ السبب، و أن قول المصنف: «فيحمل على الصحيح المؤثر عند العرف» ناظر إلى العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، و قوله: «أو على المصدر» إلى إيجاب البائع خاصة، إذ يتجه حينئذ توصيفهما بالصحة و الفساد. أما العقد فواضح. و أما الإيجاب فاتصافه بالصحة بلحاظ تعقبه

---

بالقبول، وبالفساد إذا لم يتعقبه، هذا «1».

وهذا البيان وإن كان أخذاً بظاهر المتن «الصحيح المؤثر» إذ المؤثر في الملكية الاعتبارية هو الإنشاء لا المنشأ، لكن يشكل بأن المصنف يرى اتصاف البيع الاسمي بالصحة والفساد، كما هو صريح قوله قبل أسطر: «إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل بعت عند الإنشاء لا يستعمل..» وقوله «فالباع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر». ولا مانع من توصيف المنشأ بالصحة تارة وبالفساد أخرى، إذ المنشأ هو الملكية في اعتبار نفس المنشئ وهو البائع، فإن كان مؤثراً في محيط العقلاء ثم الشرع اتصف بالصحة، وإلا كان فاسداً.

ولو سلم اختصاص الوصفين بالأسباب لكونها مركبات، وامتنع حملها على البسائط لم يكن ذلك موجبا لحمل كلام المصنف قدس سره على إرادة العقد أو الإيجاب خاصة، لقابلية البسائط - بنظر شيخنا الأعظم - للاتصاف بالصحة والفساد أيضاً.

بقي أمران ينبغي التعرض لهما تتيماً للبحث:

أحدهما: أجنبية المقام عن باب تصويب نظر العرف في موارد الإمضاء، وتخطئته في موارد الاستثناء كالبيع الربوي.

ثانيهما: أن الصحة والفساد كما توصف بهما الأسباب فهل توصف بهما المسببات أم لا؟ وهل الممضى بأدلة المعاملات المسببات أم الأسباب؟

أمّا الأمر الأول: فقد اتضح بما ذكرناه في بيان مرام المصنف قدس سره عدم ابتناء تصحيح الرجوع الى الأدلة - بناء على وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح - على تخطئة نظر العرف في موارد التصرف الشرعي، خلافاً لما يظهر من حاشية المحقق التقي قدس سره على المعالم، حيث إنه بعد نقل كلام الشهيدين والأشكال عليهما وجه التمسك بالإطلاقات بإرادة الوضع

---

(1): حاشية المكاسب، ص 8 و 9

---

للسحيح الواقعي كما سيظهر، ولأجله حمل بعض أجلة المحشين كالسيدين الطباطبائي والإشكوري جواب المصنف على ذلك معترفاً بعدم وفاء العبارة به، قال السيد: «وبالجملة:

وإن كان لا إشارة في كلام المصنف إلى كون المطلب من باب التخطئة في المصداق، إلا أنه لا بدّ من حمله عليه» (1). ثم اعترض السيد على المصنف بابتناؤه على كون الملكية من الأمور الواقعية، لا من الأحكام الوضعية.

والأولى نقل كلام المحقق التقي قدس سرّه وقوفاً على حقيقة الحال، قال في هداية المسترشدين - قبيل بحث المشترك - ما لفظه: «فالأظهر أن يقال: بوضعها لخصوص الصحيحة أي المعاملة الباعثة على النقل والانتقال، أو نحو ذلك مما قرّر له تلك المعاملة الخاصة، فالبيع والإجارة والنكاح ونحوها إنّما وضعت لتلك العقود الباعثة على الآثار المطلوبة منها، وإطلاقها على غيرها ليس إلا من جهة المشاكلة أو نحوها على سبيل المجاز. لكن لا يلزم من ذلك أن يكون حقيقة في خصوص الصحيح الشرعي حتى يلزم أن تكون توقيفية متوقفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها.

بل المراد منها إذا وردت في كلام الشارع قبل ما يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثة على تلك الآثار المطلوبة في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً، فيتطابق صحتها العرفية والشرعية. وإذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها خرج ذلك عن مصداق تلك المعاملة في حكم الشرع وإن صدق عليه اسمها بحسب العرف، نظراً إلى ترتب الأثر عليه عندهم.

و حينئذ فعدم صدق اسم البيع مثلاً عليه حقيقة عند الشارع و المشرعة لا ينافي صدقه عليه عند أهل العرف مع فرض اتحاد العرفين وعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، وإنّما الاختلاف هناك في المصداق، فأهل العرف

---

(1): حاشية المكاسب، ص 65، حاشية السيد الإشكوري، ص 8

إنّما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، وإنّما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع، للحكم بعدم ترتب ذلك الأثر عليه.

ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف- لا من قبل الشارع- لم يحكم عرفا بصدق ذلك عليه أيضا، كما أنّ البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع.

فظهر أنّه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة، وكون المرجع في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية، من غير أن يتحقق هناك حقيقة شرعية جديدة، فتأمّل جدّا.

و ملخصه: أنّ البيع موضوع لخصوص ما يؤثّر في الملكية واقعا، ويعبّر عنه بالصحيح، ونظر العرف والشرع طريق إليه، وليس اختلافهما في مفهومه بل في مصداقه، إذ ما هو مملّك واقعا واحد لا تعدد فيه، واستعمال العرف البيع حقيقة في البيوع الفاسدة الشرعية كالمنازعة إنّما هو لعدم اطلاعه على نفي الشارع بيعتها، فلو أطلع عليه اعترف بخطائه في تطبيق مفهوم البيع عليها، و حكم بخروجها عن المفهوم جدّا، كخروج إنشاء التمليك هزلا عنه.

و عليه فإذا كان الشارع في مقام البيان، و حكم بحليّة ما يؤثّر في الملكية واقعا و لم ينصب طريقا إليه علم من إطلاقه في مقام البيان أنّ نظر العرف طريق إلى ذلك المؤثّر واقعا، وأنّ ما هو محقّق للملكية الواقعية في نظرهم محقّق لها في نظره.

و على هذا لا مانع من التمسك بإطلاق أدلة العقود، و استفادة تصديق نظر العرف في تطبيق ما هو المؤثّر على المورد، و إمضاء الأسباب العرفية و تنفيذها، و استفادة تخطئة نظرهم في موارد الردع.

و لا يخفى أنّ لفظي «التصويب و التخطئة» الناظرين الى الموضوع لا الحكم و إن لم يردا في عبارة المحقق التقي قدّس سرّه إلا أنّ قوله: «و لو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفا بصدق ذلك عليه أيضا، كما أنّ البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم حقيقة عن البيع» كالصريح في أنّ الإمضاء و الردع الشرعيين ناظران إلى التصرف في الموضوع، و معناه أن يلتزم العرف- بعد اطلاعه على فساد البيع الربوي مثلا- بعدم

صدق البيع عليه حقيقة، لا أنه بيع فاسد حتى يكون التصرف في الحكم.

وقد اختار المحقق الخراساني قدس سره في كفايته هذا المسلك- أي التصويب و التخطئة- في بحث الصحيح و الأعم، فراجع.

و كيف كان فما أفاده المحقق التقي قدس سره يلتئم مع كون الملكية من الأمور الواقعية التي كشف عنها الشارع، إذ الكشف منوط بوجود واقع محفوظ حتى تتصور طريقة الأنظار إليه، فتصوّبه تارة و تخطئه أخرى. و هو مناسب لبعض كلمات المصنف قدس سره في الرسائل من احتمال كون الملكية و الطهارة و نحوها أموراً واقعية كشف عنها الشارع.

و أمّا في خصوص المقام فقوله في المتن: «فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف..» ظاهر جدّاً في أنّ المستعمل فيه في الأدلة هو خصوص الصحيح العرفي، لا الواقعي، و حينئذ يندرج تصرف الشارع في الردع عن بعض البيوع في الإخراج الحكمي، فالعرف حتى بعد اطلاعه على فساد بيع الخمر يذعن ببقاء اعتبار الملكية له، و صحة مبادلته بمال.

كما أنّ قوله قبل ذلك: «يحمل البيع الصحيح على النقل المؤثّر» لا يبتني على كلام هداية المسترشدين من إرادة الصحة الواقعية، و ذلك لأنّ البيع أمر اعتباري، فيمكن أن يعتبر العرف تأثير البيوع الفاسدة شرعاً، و لا- يعتبر الشارع تأثيرها، إذ لا واقع للأمر الاعتبارية وراء الاعتبار حتى يجري حديث التخطئة و التصويب فيها.

هذا كلّه مضافاً إلى: أنّ المصنف قدس سره اعترض- فيما نسب إليه في التقريرات- على كلام المحقق التقي، و معه لا يظن اقتباس المتن منه. و محصله- بعد أجبية التوجيه عن كلام الشهيدين- أنّ نظر العرف حجة في تشخيص المفاهيم، لا في تطبيق المفهوم المبيّن على المصاديق المشتبهة بعد العلم بالمفهوم بحدوده. و ما أفاده المحقق التقي من التخطئة لا مجال له في المقام، لعدم تبدل نظر العرف بعد كشف الشارع عن الخطأ، فلو حكم الشارع بنجاسة الكافر أمكن تبدل نظرهم، لإحاطة الشارع بقذارة معنوية خفيت عليهم. و أمّا إذا لم يتبدل النظر بعد الكشف و حكموا بوجود المصداق بعده أيضاً كحكمهم بمصداقية الإنشاء بالفارسية

---

لمفهوم البيع لم يكن وجه للتخطفة، بل الخروج حكمي، وقياس ذلك ببيع الهازل مما يصح السلب عنه حقيقة ممنوع. فراجع تمام كلامه هناك «1».

وبالجملة: لا ظهور في كلام المصنف في تخطفة نظر العرف و تصويبه، سواء ما أفاده في قوله: «نعم لا يبعد أن يقال» أو في قوله: «و أما وجه تمسك العلماء» كما لا ملزم لتنزيهه على ذلك أصلا.

نعم تنظير البيوع الفاسدة شرعا بإنشاء الهازل- الذي لا يصدق عليه البيع عرفا حقيقة- لا يخلو من ظهور في خروج موارد النهي الشرعي عن المفهوم موضوعا، و هو المعبر عنه بالتخطفة في مقام التطبيق، فيتجه حينئذ ما استظهره السيد قدس سره من وحدة معنى البيع واقعا و طريقية الأنظار إليه.

لكن الظاهر أن مجرد التنظير ببيع الهازل لا يوجب الحمل على ما استفاده السيد من تخطفة نظر العرف في موارد الردع، و تصويبه في موارد الإمضاء، بعد ما عرفت من مناقشة المصنف في ما أفاده المحقق التقي، و تصريحه هنا بأن الموضوع له هو البيع المؤثر عرفا. فتدبره فإنه حقيق به، و الله العالم بحقائق الأمور.

و أما الأمر الثاني و هو: أن إمضاء المسبب هل يستلزم إمضاء السبب أم لا؟ فنقول:

قد يورد على المتن بأن وضع ألفاظ المعاملات كالبيع لما هو مؤثر بنظر العرف خاصة أو للمصدر لا يجدي في التمسك بالأدلة الإمضائية لوشك في اعتبار شيء في الإيجاب و القبول كالعربية و الماضوية، أو مطلق اللفظ، أو صيغة خاصة، و ذلك فإن عناوين المعاملات أسام للمسببات لا لأسبابها، و لتعددتهما وجودا لا يكون إمضاء الأمر الاعتباري كالملكية إمضاء لسببه بنحو الإطلاق، بل يتعين إنشاؤه بسببه المتيقن، و هو الواحد لما يحتمل دخله في تأثيره.

نعم لو كان له سبب واحد كان إمضاؤه إمضاءه، إذ لولاه لزم لغوية إمضاء المسبب هذا.

أقول: ينبغي البحث في جهتين: إحداهما: ورود الإشكال على المتن، و ثانيتهما: في أصل تصحيح التمسك بإطلاقات المعاملات في موارد الشك في المسبب أو في السبب.

---

(1): مطارح الأنظار، ص 5 و 6

أمّا الجهة الأولى فيمكن أن يقال: إنّ المصنّف قدّس سرّه جعل الموضوع له - بناء على الصحيح - البيع المؤثّر عند العرف، و المراد به إمّا المعنى المصدري كما استظهره المحقق الخراساني قدّس سرّه و إما المعنى الاسمي كما استفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه بقريّة قوله: «أو على المصدر».

فإن أريد بالبيع المؤثّر عند العرف إنشاؤه إيجاباً و قبولاً لم يبق موضوع للإشكال، لفرض كون الموضوع له هو السبب المؤثّر في ترتب الملكية عليه، فالممضى هو الإيجاب و القبول، و معه لا مجال للبحث عن استلزام تنفيذ المسبب تنفيذ سببه، كما هو واضح.

و إن أريد بالبيع المؤثّر عرفاً معناه الاسمي كالملكية و الانتقال كان مقتضى إطلاق تنفيذ المسبب تنفيذ كل ما يراه العرف سبباً له، و بيانه: أنّ ما دلّ على حلية التصرف المترتب على البيع العرفي يكون إطلاقه أفرادياً و أحوالياً، يعني: أنّ كل مال وقعت المبادلة عليه فهو حلال و يجب ترتيب الأثر عليه، سواء أ كان سببه عقداً يقطع بتأثيره شرعاً، أم لا كالعقد بالفارسية و المعاطاة، إذ لو كانت حليّة المسبب مقيدة بعدم حصولها من مشكوك السببية كالمعاطاة كان مقتضى عدم الإخلال بالعرض التنبيه عليه مع فرض كون المتكلم في مقام البيان لا الإهمال.

و دعوى أنّ المتبع أنظار العرف في تشخيص المفاهيم لا التطبيق ممنوعة، بأنّ مفروض الكلام إرادة الصحة العرفية، لا الصحة الواقعية حتى يتجه اختصاص نظرهم بتعيين حدود المفهوم لا تطبيقه على المصدق مسامحة، و عليه فالعرف كما يعتبر ملكية الخمر كذلك يتسبب إليها بالمعاطاة.

و منه يظهر أنّ الإطلاق في كلام المصنّف قدّس سرّه لا يتعيّن في الإطلاق المقامي كما حمله عليه جمع من الأعيان، بل لا يبعد إرادة الإطلاق اللفظي بناء على وضع «البيع» للمعنى المصدري، كما يظهر وجهه بالتأمل.

هذا كله بناء على كون النسبة بين العقد و أثره نسبة السبب الى مسببه، و هما متعددان وجوداً.

و أمّا بناء على إنكاره فلا مجال لهذا البحث، إمّا لأنّ النسبة بين صيغ العقود و الإيقاعات إلى المعاملات - بالمعنى الأعم - نسبة الآلة إلى ذبيهاً كما اختاره شيخ مشايخنا المحقق



النائيني قدس سره على ما تقدم بيانه في بحث الإنشاء.

وعلى هذا المبني فلما كانت العناوين المعاملية من البيع والصلح والنكاح والطلاق والعتق أفعالاً مباشرة توجد بآلات خاصة كالصيغ الإنشائية كان إمضاؤها إمضاء للآلات المتعارفة.

وإما لأن المعاملات ليست أسامي لخصوص الإنشاء ولا لخصوص المنشأ، بناء على بطلان مبني إيجادية الإنشاء، بل هي أسام لمجموع الأمر الاعتباري القائم بنفس المعتمد وإبرازه بمبرز خارجي.

وعليه ينحسم مادة الإشكال، إذ لا مسبب ولا سبب، كما لا آلة ولا ذبها، فمعنى حلية البيع إمضاء الاعتبار القائم بنفس البائع المظهر بما يدل عليه ويحكي عنه. كما لا مجال للبحث عن أن إطلاق إمضاء المسبب لفظاً هل يستلزم إطلاق السبب أم لا، ضرورة كون متعلق الإمضاء أمراً واحداً لا تعدد فيه حتى يتجه البحث عن استلزام إطلاق المسبب إطلاق السبب.

وإما لأن نسبة المصدر إلى اسمه ليس نسبة السبب إلى المسبب، لاتحادهما ذاتاً واختلافهما اعتباراً، حيث إنَّ الحدث مع النسبة الناقصة عين الحدث بدونها، فإمضاء المعنى المصدرية - وهو الحدث المنسوب إلى فاعل ما - كالتمليك متحد مع الملكية التي هي اسم المصدر، فيسقط البحث عن أن إمضاء السبب أو المسبب هل يستلزم إمضاء الآخر أم لا؟

ولا يخفى انحلال المعضل بكل من هذه الوجوه الثلاثة، ويتم التمسك بإطلاق أدلة المعاملات سواء قلنا بوضعها للأعم أم لخصوص الصحيح.

إلا أن في تمامية ما سلكه المحقق النائيني قدس سره خفاء، لمغايرة الآلة لذبها وجوداً، كمغايرة السبب للمسبب، فإشكال تعدد الوجود جار في الآلات أيضاً.

وينحصر الحل بأن دليل الإمضاء ظاهر في أن الممضى هي الجهة الصدورية الملحوظ فيها نسبة ناقصة، فمثل قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ظاهر في توجه الأمر بالوفاء إلى الذين تصدر عنهم العقود، فكأنه قيل: «أوفوا بما تصدرونه من العقود» فحيثية الصدور ملحوظة في مقام الإمضاء، ومن المعلوم إناطة صدور البيع بالآلة المعمولة عند العرف لإيجاده، فإمضاء ذي الآلة إمضاء لنفس الآلة.

(1) لمّا فرغ المصنّف قدّس سرّه من تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» تعرّض - تبعاً للقوم - لحكم المعاطاة، وأنّه هل يعتبر في إفادة الملكية اللازمة إنشاء البيع باللفظ، أم يكفي إنشاؤه بالفعل، وقد فرّع الفقهاء هذا البحث على اعتبار الصيغة في المعاملة، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، قال المحقق في تعريف عقد البيع: «العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم. ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع .. إلخ» (1).

و ظاهر هذا التفريع اعتبار جميع ماله دخل في البيع بالصيغة في المعاطاة، من شرائط العوضين والمتعاقدين، و ينحصر الفرق في فقد العقد القولي.

ثم إنّ المصنّف قدّس سرّه بسط الكلام في المعاطاة و ما يتعلق بها، فتعرّض لجملة من أحكامها وفروعها في التنبهات، وقدّم البحث عن مفهومها و حكمها الشرعي، في طيّ مقامات:

أحدها: بيان مفهومها، لأنّ معرفة الموضوع مقدّمة على حكمه، و يذكر فيه صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين.

ثانيها: الأقوال المذكورة فيها.

ثالثها: حكمها على ما يقتضيه الدليل الاجتهادي و الأصل العملي، و سيأتي بيانها

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 13

اعلم: أنّ المعاطاة (1) [1] على ما فسّره جماعة (2): أن يعطي كلّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه

مرتباً إن شاء الله تعالى.

المقام الأول: تعريف المعاطاة

(1) هذا شروع في المقام الأول المتكفل لبيان مفهوم المعاطاة، و محصّله: أنّ مقتضى دلالة باب المفاعلة على قيام المبدأ باثنين هو أن يعطي كلّ من المتعاملين ماله للآخر، وهذا هو القدر المتيقن من قيام العقد الفعلي مقام العقد القولي، فلا ينافي ما سيأتي منه في التنبيه الثامن من تقوية كفاية وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف بناء على الإباحة.

(2) كالعلامة و الشّهيد الثاني و السّيد الطباطبائي، ففي شرح اللمعة: «و هي: إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريده من المال عوضاً عمّا يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص» «1».

[1] لمّا لم تقع المعاطاة في شيء من الأدلة موضوعاً لحكم فلا جدوى في التعرض لحقيقتها التي هي العطاء من الطرفين بناء على اشتراك المفاعلة كالتفاعل بين اثنين، بل لا بدّ من بيان ما تداول بين الناس من المعاملة المبنية على عدم الصيغة، والظاهر أنّ المتعارف بينهم من المعاملة المسماة بالمعاطاة عدم اختصاصه بتحقيق التعاطي من الطرفين كما في السلف و النسيئة. بل يمكن تحقق الإيجاب به و القبول بالأخذ، و كون إعطاء الآخر وفاء بالمعاملة.

بل يمكن أن يقال: بعدم اعتبار الإعطاء و لو من طرف واحد أصلاً كالمعاملة الواقعة بإنشاء العقد بألفاظ ملحونة أو فاقدة للشرائط.

(1): الروضة البهية، ج 3، ص 222، وكذلك لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج 1 ص 462، نهاية الأحكام، ج 2، ص 449، رياض المسائل، ج 1، ص 510

ص: 318

من الآخر (1). و هو (2) يتصوّر على وجهين:

### [صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين]

أحدهما: أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظر

(1) هذا معنى المعاطاة لغة بناء على المشهور بين علماء العربية في مدلول هيئة المفاعلة، قال في شرح النّظام: «و- فاعل- لنسبة أصله و هو مصدر ثلاثية إلى أحد الأمرين متعلقا بالآخر، للمشاركة صريحا، فيجيء العكس ضمنا، نحو: ضاربتة و شاركتة. الى أن قال:

و بمعنى -فعل- نحو: ضاعفته، بمعنى: ضعفت. و بمعنى -فعل- نحو: سافرت بمعنى سفرت» (1).

والمستفاد من كلامه استعمال هيئة المفاعلة في غير الاثنين أيضا، فجعل المعاطاة إعطاء كلّ من اثنين- بحيث يكون استعمالها في إعطاء واحد لكونها من المفاعلة مجازا- غير ظاهر.

وقد عرفت أنّها أعمية المعاملة المتداولة من ذلك، لجريان النزاع فيما لو كان الإعطاء من طرف واحد، وغير ذلك.

### صور المعاطاة بحسب قصد المتعاطين

(2) يعني: أنّ إعطاء كل واحد للآخر لمّا كان منبعثا عن القصد فإنّما أن يكون المقصود مجرد إباحة التصرف بمقتضى الإذن المالكي، و إنّما أن يكون المقصود التمليك على حدّ البيع اللفظي.

ثم إنّ ظاهر المتن جعل مقسم الوجهين المذكورين المعاطاة المعنونة في كتاب البيع، حيث ذهب جمع من الخاصة و العامة إلى كونها مفيدة للملك، خلافا لمشهور القدماء من إفادتها الإباحة. و ليس المقسم مطلق التعاطي، و ذلك لإمكان تصويره على نحو لا يقصد فيها تمليك و لا إباحة، كالوديعة بناء على جريان المعاطاة فيها، وهكذا غيرها من العقود و الإيقاعات على ما سيأتي تفصيله في التنبيه الخامس إن شاء الله تعالى.

فان قلت: لو كان المقصود تصوير المعاطاة الواقعة بعنوان البيع فمن المعلوم أنّ مقصود المتبايعين هو تمليك ماليهما لا إباحتهما، فينبغي حصر المعاطاة- بقصد البيع- في الصورة الثانية

(1): شرح النّظام، ص 55

ص: 319

إلى تملكه (1).

الثاني (2): أن يتعاطيا على وجه التمليك (3).

وربما يذكر (4) وجهان آخران:

وهي قصد التمليك، وإخراج قصد الإباحة عن حريم البحث.

قلت: نعم، إذ مقتضى التفريع أجنبية قصد الإباحة عن المعاطاة المقصود بها البيع، إلا أن الموجب لذكر الوجه الأول - وهو قصد الإباحة - ما سيأتي تفصيله في المقام الثاني من دلالة بعض عبار القوم على قصد الإباحة كما في كلام شيخ الطائفة: «وإنما هي استباحات محضنة» لظهور هيئة «الاستفعال» في قصد الإباحة، لا في ترتبها تعبدا على ما إذا قصدا التمليك.

و عليه فلا مانع من جعل قصد المتعاطين للإباحة من أقسام المعاطاة في البيع.

(1) فتكون الإباحة بإزاء الإباحة، فالمقابلة بين الفعلين وهما الإباحتان.

(2) هذا هو الشائع من المعاطاة البيعية، وهو المناسب لعقد البحث عن حكمها في كتاب البيع، إذ لو لم يقصد التمليك كان عدم ترتب الملك على تعاطيهما من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا بد من قصد التمليك حتى يتمحض البحث عن حكمها من إفادة الإباحة أو الملك المترزل أو اللازم.

(3) فيكون مقصودهما تمليك عين بإزاء تمليك عوض.

(4) الذاهر صاحب الجواهر قدس سره فإنه جعل صور المعاطاة أربعا: أولاها: قصد الإباحة المطلقة مع التصريح بها. ثانيها: قصد التمليك. ثم قال: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطين، من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي البقال مثلا شيئا ليتناول عوضه، فيدفعه إليه .. إلى أن قال: رابعها: أن يقصد الملك المطلق» «1».

و ظاهر كلامه في الصورة الثالثة: أن كل واحد من المتعاطين يدفع مالا - إلى الآخر لا بقصد التمليك البيعي ولا بتصريح بالإباحة المالكية، فيكون المقصود الأصلي مجرد حصول مال كل منهما عند الآخر، كما إذا دفع باذل الفلوس ماله إلى البقال ليتناول البقل، فقبض البقلي

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 226 و 227

ص: 320

أحدهما: أن يقع النقل (1) من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً (2)، فدفعه الآخر إليه.

والثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

ويردّ الأول (3)

الفلوس وأعطى البقل إلى الباذل، ففي هذا التعاطي لم يقصد التملك، ولم يصرّحاً بالإباحة.

وإنما الحاصل به مطلق التسليط. ولم يستبعد صاحب الجواهر قدّس سرّه مشروعية هذا الوجه.

وأما الصورة الرابعة- وهي قصد الملك المطلق- فقد حكم قدّس سرّه بفسادها، لأنّ تملك العين لا بدّ أن يكون بعنوان البيع أو الهبة أو الصلح، فمع عدم قصد خصوصية إحدى المعاملات لا ينطبق عليها عنوان خاص، فتبطل. إلا أن يكون الأصل في تملك الأعيان هو البيع، فيحمل عليه. و يصير كالصورة الثانية أي: قصد المتعاطيين التملك البيعي.

(1) الموجود في الجواهر- كما تقدم آنفاً- في بيان هذه الصورة: «أن يقع الفعل من المتعاطيين .. إلخ» لا «النقل» ولعل المصنف حكاه بالمعنى.

و كيف كان فالمراد بالنقل هو النقل الخارجي الحسّي المعبرّ عنه بالمعاطة، وليس المراد به النقل الاعتباري- الذي يفسّر به البيع في جملة من الكلمات- أي الملكية المترتبة في موطن الاعتبار على الإعطاء والأخذ الخارجيين.

و الوجه في إرادة النقل الخارجي في كلام صاحب الجواهر هو: أنّ المفروض عدم قصد المتعاطيين البيع و التملك، فلا مقتضى لحصول الملكية بهذا التعاطي.

(2) بأن أعطى أحدهما قطعة ليتناول بقلا، فدفع صاحب البقل بقلة إلى باذل الفلوس.

(3) ناقش المصنف قدّس سرّه في كلا الوجهين المذكورين في الجواهر. و ما أفاده في منع أوّل الوجهين مبني على أمرين:

الأوّل: أنّ النقل الخارجي- أي إعطاء كلّ واحد منهما ماله للآخر- فعل إرادي لهما، و ليس كحركة يد المرتعش خارجاً عن الاختيار.

الثاني: أنّ العناوين المعاملية محصورة في أمور معلومة، بعضها يفيد ملك العين كالبيع

والقرض والهبة، وبعضها يفيد ملك المنفعة كالإجارة والصلح على المنفعة، وبعضها يفيد إباحة الانتفاع كالعارية، وبعضها يفيد الاستيمان في الحفظ عن التلف والضياع كالوديعة، وبعضها يفيد الإذن في التصرف كالوكالة، إلى غير ذلك.

وعلى هذا فإذا وقع النقل الخارجي من الناقل الملتفت وكان قصده المعاملة امتنع خلوّه عن قصد عنوان خاص من عناوين المعاملات، فإما أن يقصد تملك العين بعوض وهو البيع، أو يقصد التسالم على العين بعوض وهو الصلح، أو يقصد تملك العين في قبال هبة عين أخرى، وهو الهبة المعوّضة، أو يقصد التسليط على الانتفاع وإباحته وهو العارية، أو يقصد المتعاطيان إباحة التصرف كما في الضيافة وهي الإباحة المالكية المصطلحة. ولا يعقل تحقق النقل والتعاطي من الشاعر المختار مجرداً عن أحد العناوين المتقدمة.

وعليه فلا وجه لما في الجواهر من تصوير المعاطاة على نحو النقل المطلق الخالي عن قصد البيع، وعن قرينة على إرادة الإباحة.

هذا توضيح مناقشة المصنف قدس سرّه في الوجه الأوّل. ويمكن أن يورد على صاحب الجواهر بوجه آخر ذكرناه في التعليقة.

وناقش في الوجه الثاني بما حاصله: أنّ «تمليك عين بعوض على وجه المقابلة بين المالكين» هو مفهوم البيع، وليس أمراً آخر حتى يعدّ الإعطاء بقصد التملك المطلق أمراً آخر مغايراً للتعاطي بقصد التملك البيعي. وعليه لم يظهر فرق بين الوجه الثاني والرابع من صور المعاطاة في كلام صاحب الجواهر قدس سرّه.

(1) وجه الاستحالة ما عرفت من أنّ الفعل الإراديّ- القابل للانطباق على عناوين مختلفة- يتشخص بالقصد، فلا معنى للتعاطي المهمل أو المطلق.

(2) المراد بها الإباحة المصطلحة ولو استلزمّت إتلاف العين كما في الضيافة ونحوها، وبهذا تفرق عن إباحة الانتفاع بالعارية، حيث إنّ المستعير يضمن العين لو أتلفها.

---

(1) كقصد الإعراض أو التوكيل، فالأول: بأن يقصد كلّ منهما بإعطاء ماله الإعراض عن ملكه ورفع المانع عن تملك غيره له، فيكون الفعل الصادر من كلّ منهما إعراضاً، فيقع التقابل بين الإعراضين، ومن المعلوم أنّ الإعراض عنوان قصدي كالعناوين الخاصة المزبورة. والثاني: بأن يقصد كلّ واحد من المتعاطيين توكيل الآخر في أن يأخذه لنفسه، إمّا تملكا وإمّا على وجه الإباحة، فيكون إعطاء كل منهما توكيلا معاطاتيا بإزاء توكيل.

---

[1] يمكن منعه بعدم خلوّ المتعاطيين عن القصد، فإنّ الموجود في الجواهر في تقريب هذه الصورة «عدم قصد الملك ولا تصريح بالإباحة» في قبال الصورة الاولى وهي قصد الإباحة مع التصريح بها ولو بمعونة القرائن، فالمقصود في هذه الصورة الثالثة هو الإباحة المطلقة وإن لم يصرّح بها، وذلك لأن كل واحد منهما يسلّط الآخر على ماله من دون تملك، والتسليط غير المقرون بقصد التملك إباحة مطلقة، يعني: أنّ فصلها أمر عدمي وهو عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فالتسليط المتفصل بهذا الفصل العدمي تسليط إباحي، فالقصد متحقق قطعاً، ومعه لا يبقى موضوع للإشكال عليه: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان .. إلخ.

وإن شئت فلاحظ كلام الجواهر في حكم هذه الصورة: «ولعلّ القائل باشتراط الصيغة في البيع يشرّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي كالأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج الى قصد آخر، بخلافها، فإنّه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق» (1).

نعم يرد على الجواهر إشكال آخر تبه عليه المحقق الأصفهاني قدّس سرّه، وهو: أنّ السلطنة حكم شرعي مترتب على العقود المعاملية و الإباحات المالكية، فتمليك العين بالبيع والهبة والصلح أثره السلطنة عليها، وهكذا السلطنة على المنفعة في تملكها بالإجارة، وعلى الانتفاع في إباحته بالعارية ونحو ذلك، ومن المعلوم إناطة تحقق السلطنة الاعتبارية- اللازمة للعنوان



المعاملي و للإباحة- بتحقيق ذلك العنوان الخاص الذي هو موضوع لها، فلو لم يقصد المتعاطيان عنوانا خاصا بل قصدا التسليط المطلق كان معناه ترتب اللازم الأعم من دون قصد الملزوم الخاص، و هو ممتنع، إذ لا وجود لللازم بغير ملزومه «1».

ثم إن ما أفاده المصنف بقوله: «بامتناع خلوّ الدافع ..» يحتمل وجها آخر ذكره السيد قدّس سرّه بقوله: «و لعلّه من جهة امتناع إيجاد الجنس من دون فصل، فإنّ الإيجاد الإنشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع، ولذا ذكروا أنّه لا يمكن الطلب بإرادة القدر المشترك بين الوجوب و الندب، بل لا بدّ من كونه في ضمن أحد الفصلين» «2».

و عليه فمنشأ استحالة خلوّ الدافع عن القصد هو استحالة تحقق الجنس- أي الإباحة المطلقة- بدون فصل معيّن من فصولها، هذا.

و الظاهر أنّ كلام السيد قدّس سرّه مقتبس ممّا أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه في الإشكال تارة على إرادة ترتب الإباحة عند قصد المتعاطيين البيع، و اخرى على الصورة الرابعة و هي قصد الملك المطلق، فقال في الموضوع الأوّل: «فلا أعرف للثاني منها- و هو ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود بها البيع- وجها، ضرورة أنّهم إن أرادوا أنّها من المالك فالفرض عدمها، لكون المقصود له أمرا خاصا لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه. و إن أرادوا بها إباحة شرعية، فهو مع أنّه من الغرائب .. إلخ» «3».

و على هذا الأساس احتمل السيد قدّس سرّه أنّ وجه استحالة الإباحة المطلقة- بنظر المصنف- هو وجه الاستحالة في الإباحة المالكية بنظر صاحب الجواهر، هذا.

لكن لا يبعد أن يكون مراد المصنف من تعليل بطلان الإباحة المطلقة بقوله: «بامتناع خلوّ الدافع عن القصد» هو ما أثبتناه في التوضيح من أن الإعطاء الخارجي فعل اختياري لا بدّ

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 23

(2) حاشية المكاسب، ص 66

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 222 و نظيره كلامه في ص 227 في استحالة الملك المطلق، فراجع.

و الثاني (1) بما تقدّم في تعريف البيع (2) من: أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة (3) هو مفهوم البيع لا غير.

نعم (4) يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود- كبيع (5) لبن الشاة مدّة

---

(1) يعني: ويردّ الوجه الثاني بأن التمليك المطلق بين عين و عوض هو معنى البيع، وليس قدرا جامعاً بينه وبين الصلح والهبة حتى يحمل على خصوص البيع- عند الشك في إرادة غيره- لأجل الغلبة مثلاً. و عليه فالوجه الرابع في كلام الجواهر متحد مع الوجه الثاني فيه، وليس وجهها على حدة.

(2) في ردّ ما أفاده الشيخ الكبير من أن الأصل في تمليك الأعيان هو البيع، فيقدّم على الصلح والهبة المعوّضة «1»، حيث قال المصنف: «ان تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير».

(3) و اشتمال الصلح على العين و الهبة المعوّضة على البدل لا يقتضي كون «التمليك بالعوض» مشتركاً معنويًا بين مفادات عقود ثلاثة، إذ المنشأ في الصلح هو التسالم لا التمليك.

و البدل في الهبة ليس مقابلًا للعين الموهوبة، كما تقدم تفصيله، فراجع.

(4) استدراك على قوله: «ان التمليك بالعوض هو مفهوم البيع» يعني: أنّ ما ذكرناه- من إنكار تعدد مفهوم البيع و التمليك المطلق- ليس أمراً متفقاً عليه، لذهاب غير واحد من الفقهاء إلى أعمية «التمليك المطلق» من البيع، و حينئذ يتجه ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه من جعل التعاطي بقصد التمليك البيعي وجهًا، و بقصد التمليك المطلق وجهًا آخر. فتصير المسألة منبثّة بعد وجود الخلاف فيها. نعم حكم صاحب الجواهر قدّس سرّه بفساد التعاطي بقصد الملك المطلق، فراجع.

(5) الأولى تبديل كلمة «البيع» بالتمليك، بأن يقال: «كتمليك لبن الشاة مدّة..» و ذلك لأنّ غرض المصنف قدّس سرّه من نقل هذا الكلام إثبات أعمية «تمليك العين بعوض على وجه المقابلة بين المالين» من البيع، فكما أن تمليك اللّبن مدّة لا يكون صلحاً ولا هبة معوّضة ولا إجارة للشاة للّبنا فكذا لا يكون بيعاً، بل هو معاملة مستقلة، و من المعلوم أن هذه الأعمية منافية لما اختاره شيخنا الأعظم من أن «التمليك على وجه المقابلة بين العوضين» هو البيع لا أمر آخر.

---

أن ينبعث عن قصد أحد العناوين المعاملية.

هذا مضافاً الى ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من أنّ السلطنة ليست جنساً، بل لازماً عامّاً لكافة موارد التمليك و الإذن. و الله العالم بحقائق الأمور.

---

(1): تقدم نقل كلامه في ص 248، فراجع.



وغير ذلك- كون (1) التمليك المطلق أعمّ من البيع.

## [المقام الثاني: آراء الفقهاء في حكم المعاطة]

### إشارة

ثم إنَّ (2) المعروف بين علمائنا في حكمها أنّها مفيدة

و كيف كان فلا ريب في صحة ما نسبته المصنف إلى بعض الأصحاب من أعمية «تمليك العين بعوض» من البيع، للتصريح بصحته في مسألتين:

إحدهما: في تمليك لبن الشاة مدّة معلومة بعوض. ولعلّ الأصل فيه كلام العلامة، حيث قال: «مسألة: قال الشيخ في النهاية: لا بأس أن يعطي الإنسان الغنم و البقر بالضرية مدّة من الزمان بشيء من الدراهم و الدنانير و السمن، و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود في الاحتياط. و قال ابن إدريس: لا يجوز ذلك. و التحقيق: أنّ هذا ليس ببيع، و إنّما هو معاوضة و مراضة غير لازمة، بل سائغة، و لا منع من ذلك .. إلخ» (1).

و وافقه المحقق الثاني قدّس سرّه في جامع المقاصد (2) و محكي تعليق الإرشاد (3).

ثانيتها: في مسألة القبالة، و هي: أن يتقبّل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بخرص معلوم. قال السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه: «إنّ هذا التقبيل هل هو معاملة برأسها غير الصلح و البيع أو أحدهما و يكون مستثنى من القاعدة؟ ظاهر الأصحاب الأوّل، كما في المسالك، و هو كما قال، بل صريح جماعة» (4).

و الغرض من نقل العبارتين هو مشروعية تمليك اللبّن مدّة و تمليك الثمرة، مع عدم اندراجه في البيع و سائر العقود المعهودة.

(1) بالرفع فاعل «يظهر». هذا تمام الكلام في المقام الأوّل المتكفل لمفهوم المعاطة، و الوجوه المحتملة ثبوتاً في قصد المتعاطيين.

و لا يخفى عدم انحصار الصّور في الأربعة المتقدمة، لإمكان أن يقصد أحدهما التمليك و الآخر الإباحة بحيث تكون الإباحة بإزاء التمليك، و سيأتي في التنبيه الرابع أحكام جملة من الصور إن شاء الله تعالى.

المقام الثاني: آراء الفقهاء في حكم المعاطة

(2) هذا هو المقام الثاني أعني به الأقوال المذكورة في حكم المعاطة، و هي ستة كما

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 110

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 284

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 391

ص: 326

سيأتي تصريح المصنف بها، لكنه قدس سره أشار- فعلا- إلى ثلاثة منها، مقدّمة للخوض في تحرير محل النزاع حتى تتوارد الأقوال المختلفة على موضوع واحد.

ومحصّله: أنه اختلف نظرا المحقق الكركي وصاحب الجواهر قدس سرهما في أن مصبّ الآراء المتضاربة في المعاطاة هل هو المعاملة الفعلية المقصود بها مجرد إباحة التصرف أم التي يقصد المتعاطيان بها التمليك كما في البيع بالصيغة؟ كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(1) كما في المسالك، حيث قال: «لكن هل يفيد- أي التقابض- إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض، نظرا إلى إذن كل منهما للآخر في التصرف، أم يكون بيعا فاسدا من حيث اختلال شرطه وهو الصيغة المخصوصة؟ المشهور الأوّل. فعلى هذا يباح لكل منهما التصرف، ويجوز له الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت لزمتم» (1).

وقد حكيت الشهرة على إفادتها الإباحة عن كفاية الفاضل السبزواري ومفاتيح المحدث الفيض وغيرهما «(2)». وعلى هذا فالشهرة على الإباحة- التي هي القول الأوّل- متضافرة النقل. وهل الإباحة شرعية أم مالكية؟ سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(2) كما صرّح به الشهيد الثاني بقوله: «لو تلفت العينان معا تحقق الملك فيهما. ولو تلفت إحداها خاصة فقد صرّح جماعة بالاكْتفاء به في تحقق ملك الأخرى» (3).

والمستفاد منه: أنّ المراد باللزوم هو الملك لا لزوم الإباحة، وإنّما الخلاف في كفاية تلف إحدى العينين في حصول الملكية- و تبدل الإباحة بالملك- أو توقفه على تلفهما معا.

فإن قلت: إنّ ما نسبته المصنف الى المشهور- من حصول الملك اللازم بتلف إحدى العينين في المعاطاة المفيدة للإباحة عندهم- غير سديد، لخلوّ عبارات الأصحاب عن الحكم بحصول الملك بالتلف، بل حكموا باللزوم بالتلف، فإنّ عبارة جمع من المتأخرين- كما صرّح به

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 147

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 154

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 149

في جامع المقاصد- هي: أنها تقيّد الإباحة، وإتّما تلزم بتلف إحدى العينين. وظاهره لزوم الإباحة- لا الملك- بالتلف، إذ حصول الملك بمجرد التلف مع كون الحاصل قبله هو الإباحة خلاف القواعد» (1) و عليه فالأولى تغيير قول المصنف: «ويحصل الملك بتلف..» بأن يقال:

«و تحصل الإباحة اللازمة بتلف إحدى العينين» كي لا يكون مخالفا لكلمات المشهور.

قلت: ما نسبته المصنف قدّس سرّه إلى المشهور في غاية المتانة، لما عرفت من صراحة عبارة الشهيد الثاني قدّس سرّه في تبدّل الإباحة- بالتلف- بالملك، لا صيرورة الإباحة لازمة بعد أن كانت جائزة. بل يتعيّن إرادة هذا المعنى أيضا من عبارة جامع المقاصد، لأنّ المحقق الثاني- كما سيأتي في المتن- استغرب من فتوى المشهور بترتب الإباحة على المعاطاة، وأنّها تتقلب الى الملك بسبب تلف إحدى العينين أو التصرف فيها، ولأجله حمل المحقق الثاني الإباحة- في كلمات القدماء- على الملك المترزّل، إذ لا غرابة حينئذ في صيرورة الملك الجائر لازما بالتلف، لكونه كالعقد الخياري الذي ينقلب جوازه باللزوم بانقضاء زمان الخيار أو بإسقاطه.

(1) إشارة إلى ثاني الأقوال في المعاطاة، وهو كونها كالبيع القولي مفيدا للملكية، نسب الى المفيد منّا، و إلى بعض العامة. قال الشيخ المفيد قدّس سرّه: «و البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبائع له، إذا عرفاه جميعا، و تراضيا بالبيع، و تقابضا، و افترقا بالأبدان» (2).

و دلالته على تأثير المعاطاة في الملك اللازم- كالبيع بالصيغة- إتّما هي لاقتصاره قدّس سرّه على التقابض، و عدم تعرّضه لشرطية الصيغة في البيع [1].

[1] لكنّه أعمّ من عدم اعتبار الصيغة، لاحتمال كون عدم تعرّضه للصيغة لأجل التسالم على اعتبارها في اللزوم، لا في صحته. و يؤيده ما في الجواهر من: «أن المفيد قدّس سرّه ترك التعرض لها- أي الصيغة- في الكتاب المزبور في النكاح و الطلاق و نحوهما مما لا إشكال في اعتبار

(1): هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 156

(2) المقنعة، ص 591

وبعض العامة (1) القول بكونها لازمة كالبيع (2). وعن العلامة رحمه الله في النهاية (3)

(1) يعني: جماعة منهم، على ما يظهر من تعبير بعضهم: «الصيغة في البيع هي كل ما يدل على رضا الجانين: البائع والمشتري، وهي أمران، الأول: القول وما يقوم مقامه من رسول أو كتاب .. والثاني: المعاطاة» (1). ثم نقل عن الشافعية: «أن البيع لا ينعقد إلا بالصيغة الكلامية، أو ما يقوم مقامها .. أما المعاطاة فإن البيع لا ينعقد بها .. إلخ».

والمقصود من نقل هذه العبارة أن القول بكون المعاطاة لازمة كالبيع القولي مذهب جماعة من العامة، ولم ينقل الخلاف من غير الشافعية.

(2) يعني: كالبيع اللفظي.

(3) هذا إشارة إلى القول الثالث، ولعل المتفرد به هو العلامة في النهاية لا في سائر

الصيغة فيه وأن بتركها يتحقق الزنا وإن حصل التراضي، بل هو من ضروريات الدين» (2).

وعن المختلف: «أن للمفيد قولاً يوهم الجواز» ثم نقل العبارة المتقدمة وقال: «ليس في هذا تصريح بصحته، إلا أنه موهم» بل في كشف الرموز (3) في باب الفضول: نسبة اعتبار اللفظ المخصوص في البيع إلى المفيد والطوسي قدس سرهما.

وعلى هذا فنسبة القول بعدم اعتبار اللفظ في البيع إلى المفيد قدس سره لا تخلو من التأمل.

ولم ينسب هذا القول إلى غير المفيد من القدماء.

وأما قول المصنف: «يكفي في وجود القائل به قول العلامة في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة» فلا يدل على وجود القول المزبور المنسوب إلى المفيد، لاحتمال إرادة العلامة من قوله: «الأشهر» الإشارة إلى ما نسب إلى المفيد الذي قد عرفت التأمل في صحته، بل معارضة هذه النسبة لنسبة خلافه، وهو اعتبار الصيغة الخاصة في البيع إلى المفيد كما تقدم عن كشف الرموز.

(1): الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 155 و 156

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 211

(3) كشف الرموز، ج 1، ص 446 للشيخ الفقيه عز الدين أبو علي الحسن بن أبي طالب اليوسفي الآبي، وهو تلميذ المحقق، وكتب «كشف الرموز» شرحاً على كتاب «النافع».





احتمال كونها فاسدا في (1) عدم إفادتها لإباحة التصرف.

## [تحرير محلّ النزاع في المعاطاة]

و لا بدّ أولاً (2) من ملاحظة

كتبه، قال قدّس سرّه: «و المعاطاة ليست بيعا، .. و هل هو إباحة؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة؟ الأقرب الثاني، فلكل منهما مطالبة الآخر بما سلّمه إليه ما دام باقيا، و يضمناؤه إن كان تالفا» (1).

و هذا مختاره في النهاية، فلا بد من حمل قول المصنف: «احتمال كونها ..» على الاحتمال الراجح الذي يسكن إليه الفقيه، لا مجرد الاحتمال الثبوتي الموهوم، إذ المفروض أنّ العلامة قدّس سرّه استقرب فساد المعاطاة.

(1) خلافا للمشهور القائلين بترتب الإباحة عليها و لو كانت بيعا فاسدا، و لعلّ الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «بيعا فاسدا في جميع الجهات حتى في عدم إفادتها إباحة التصرف» وجه الأولوية: اتفاق الأكثر على أنّ المعاطاة بيع فاسد لا يؤثر في النقل الملكي، و إنّما الخلاف في أنها فاسدة من جميع الجهات فيكون المأخوذ بالمعاطاة كالمأخوذ غصبا في حرمة التصرف و الضمان، أو أنّها فاسدة من حيث خصوص عدم ترتب الملك عليها، و لا تكون كالغصب، بل يباح التصرف في العينين.

تحرير محلّ النزاع في المعاطاة

(2) اقتصر المصنف قدّس سرّه هنا على ثلاثة من الأقوال، و سيأتي نقل تمامها قبيل استدلاله على المختار من إفادتها الملك. و غرضه الآن تحرير محلّ النزاع بين الفقهاء، إذ بعد ما عرفت في المقام الأوّل من تصوّر وجهين - بحسب قصد المتعاطيين - في المسألة لا بدّ من تعيين مصبّ الأقوال المتضاربة، و أنّ الفقهاء - القائلين بفساد المعاطاة أو بصحتها أو بجواز التصرفات غير المتوقفة على الملك، أو بغير ذلك - هل يكون موضوع حكمهم المعاطاة المقصود بها الملك، أم المقصود بها الإباحة؟ إذ بهذا يصير نزاعهم معنويا، لتوارد الآراء على موضوع واحد.

(1): نهاية الأحكام، ج 2، ص 449

ص: 330

أن النزاع في (1) المعاظة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنى الثاني (2).

و حيث (3) إنَّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله (4) بعده لا يجامع (5) ظاهراً قصد التمليك من المتعاطيين نزل (6) المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، و أنه (7) يلزم بذهاب إحدى العينين،

و أمّا إذا قال بعضهم بفساد المعاظة المقصود بها الملك، و قال آخرون بصحة المعاظة المقصود بها الإباحة كان النزاع بينهم صورياً لا معنوياً.

(1) الظرف متعلق بمحذوف، يعني: هل يكون محلّ النزاع المعاظة المقصود بها الملك، أم المقصود بها الإباحة؟

(2) كما سيظهر عند نقل العبارات، فإنّ تفريع المعاظة على اعتبار الصيغة في البيع أقوى شاهد على كون المراد هي المعاظة المقصود بها التمليك، و أنّ للبيع فردين قولياً و فعلياً.

(3) هذا شروع في تقرير النزاع بين المحقق الثاني و صاحب الجواهر قدّس سرهما في أنّ معركة الآراء هل هي المعاظة المقصود بها الإباحة أم المقصود بها التمليك؟ فالمحقق الكركي ذهب الى الثاني مصرّاً على حمل «الإباحة» في كلمات القدماء على الملك المتزلزل. و صاحب الجواهر حكم بلزوم إبقاء الإباحة على ظاهرها، و يتعيّن جعل محلّ النزاع هي المعاظة المقصود بها الإباحة.

(4) بالجرّ معطوف على «الإباحة» أي: الحكم بحصول الملك بعد التلف.

(5) أمّا عدم اجتماع الحكم بالإباحة مع قصد التمليك فلأنّ الإباحة غير مقصودة، فما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد. و أمّا عدم اجتماع الملك بعد التلف مع قصد التمليك فلأنّ قصد التمليك إذا لم يكن مؤثراً في الملكية قبل التلف فكيف يؤثّر في الملكية بعده؟ و ليس هذا إلّا من كون التلف مملّكاً، و هو كما ترى. و هذا دعا المحقق الثاني إلى حمل الإباحة في كلامهم على الملك الجائز، و لزومه بالتلف.

(6) جواب «و حيث ان الحكم» و المراد بالتنزيل التوجيه و التصرف في ظاهر الكلام.

(7) معطوف على «الملك» و ضميره و ضمير «يلزم» راجعان الى الملك الجائز.

و حَقَّق (1) ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

لكنَّ بعض المعاصرين (2) لَمَّا استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، ورجَّح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نَزَلَ مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه (3)، و طعن على من جعل محلَّ النزاع في المعاطاة بقصد التملك، قائلًا: «إنَّ القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممَّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلًا عن أعاضم الأصحاب و كبرائهم» (1) [1].

---

(1) معطوف على «نزل».

(2) هو صاحب الجواهر قدَّس سرَّه و وجه استبعاده هو: أنَّ إرادة الملك من الإباحة- بعد نفي حصول الملك بالمعاطاة- في غاية البعد، بل غير صحيحة كما سيظهر من جملة من الكلمات المذكورة في المتن، مثل قول الشيخ في الخلاف: «فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفًا مباحًا من دون أن يكون ملكه .. إلخ». و نحوه كلام غيره. و لذا أبقى صاحب الجواهر قدَّس سرَّه «الإباحة» المذكورة في كلامهم على حالها، و نَزَلَ مورد حكم القدماء بالإباحة على المعاطاة المقصود بها الإباحة، لا التملك.

(3) أي: الإباحة المقابلة للملك، لا المترتبة عليه.

---

[1] لكن في حاشية العلامة الشهيدي قدَّس سرَّه: أن صاحب الجواهر قدَّس سرَّه لم يجعل مورد نزاع العامة و الخاصة المعاطاة المقصود بها الإباحة، فجعل هذه النسبة إليه اشتباه، إذ من الأقوال كون المعاطاة بيعًا مفيدًا للملك اللازم كما عن المفيد و بعض العامة و لا سبيل إلى ذلك، إذ لا وجه لكون ما قصد به الإباحة لا التملك بيعًا، لأنَّ قصد التملك مقوم للبيع العرفي. و هذا مما لا يمكن صدوره عن مثل صاحب الجواهر قدَّس سرَّه.

بل غرضه بيان أنَّ مورد حكمهم بإفادة المعاطاة للإباحة ليس عين مورد حكمهم بإفادة المعاطاة للملك، و أنَّ الإباحة إنَّما يكون موردها المعاطاة التي قصد بها الإباحة،

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 224 و 225

ص: 332

و الإنصاف (1) أنّ ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط والخلاف، والحلي

---

(1) بعد ما عرفت من كمال المقابلة بين دعويي المحقق الثاني وصاحب الجواهر قدّس سرّهما شرع المصنف قدّس سرّه في مناقشة كلتا الدعويين بمخالفتهما لظواهر كلمات الأصحاب، ولا ملزم بهذا الحمل والتوجيه، فلا بد من إبقائها على ظاهرها من قصد المتعاطيين التمليك، وترتب الإباحة عليها تعبدا. ولا تقيّد هذه المعاطاة ملكا متزلزلا كما أنّه ليس محطّ النزاع ومصّب الأقوال ما إذا قصد المتعاطيان الإباحة كما زعمه صاحب الجواهر أعلى الله مقامه.

و الدليل على بطلان التوجيهين المزبورين ما سيأتي من المصنف قدّس سرّه من الأخذ بظاهر كلمات أساطين الفقه، الآبئة عن الحمل على الملك المتزلزل وعلى قصد الإباحة، فانتظر.

---

فالحكم بالإباحة مختص بما إذا قصدت بالمعاطاة. و أمّا إذا قصد بها التمليك فلا يترتب عليها الإباحة، بل إمّا تقيّد الملك اللازم أو الجائز أو هي بيع فاسد لا يترتب عليها شيء.

و الحاصل: أنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه ليس ممّن جعل مصّب الأقوال المعاطاة المقصود بها الإباحة، لعدم صدور ذلك عن عاقل فضلا عن فاضل. فما أفاده المصنف قدّس سرّه من نسبة كون محل النزاع ومصّب الأقوال الى صاحب الجواهر قدّس سرّه هو المعاطاة المقصود بها الإباحة اشتباه، فالنسبة في غير محلها «1»، هذا.

و لا يبعد ما أفاده العلامة الشهيديّ، فإنّ الجواهر يصرّح بذلك، حيث قال: «و أما دعوى أن النزاع فيما إذا قصد المتعاقدان بفعلهما البيع مثلا- على حسب البيع بالصيغة و كان جامعا للشرائط عدا الصيغة، فهل يقع بيعا ذلك أو يكون إباحة، أم يقع بيعا فاسدا؟ كما وقع من المتأخرين، فلا أعرف للثاني منها وجهها .. إلخ» «2» الى أن قال: «لا ريب في أن حمل كلام قدماء الأصحاب على ما ذكرناه من أن مرادهم بيان قابلية الأفعال للإباحة لو قصدوها، وأنّ

---

(1): هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 156 و 157

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 222

في السرائر، وابن زهرة في الغنية، والحلي في الكافي، والعلامة في التذكرة وغيرها،

---

ذلك مشروع، دون التمليك البيعي مثلاً خير من ذلك» (1).

فليس مقصود الجواهر جعل مصبّ جميع الأقوال المعاطاة التي قصد بها الإباحة، لأنّ ذلك مما يمتنع صدوره منه مع علوّ مقامه العلمي، فهذه النسبة اشتباه.

لكن ما أفاده الجواهر مخالف لظاهر كلمات القدماء، فإنّ عباراتهم ظاهرة في كون مصبّ الأقوال المعاطاة المقصود بها التمليك، بقرينة تفرّيع المعاطاة صحة وفساداً على اعتبار الصيغة في البيع وعدمه، ومن المعلوم أنّ شرطية الصيغة إنّما تكون في مورد قصد التمليك، و نفي البيعية إنّما هو لأجل فقدان الشرط، وإلا كان المتعيّن إسناد هذا النفي إلى عدم قصد التمليك والبيعية، لا إلى فقدان الشرط أعني الصيغة.

وبالجملة: فلا يرد على الجواهر ما أورده المصنف عليه من جعل مورد النزاع والأقوال المعاطاة المقصود بها الإباحة.

لكن يرد عليه: أنّ جعل مورد قول القدماء بالإباحة المعاطاة المقصود بها الإباحة خلاف ظاهر كلماتهم، لما عرفت من أنّ موضوع الإباحة عندهم على ما هو ظاهر عباراتهم هو المعاطاة المقصود بها التمليك، فلاحظ وتدبّر، والله تعالى هو الهادي.

وقد يوجّه كلام الأصحاب بما أفاده المحقق الخراساني قدّس سرّه من: أنّ المعاطاة المقصود بها الملك تؤثر فيه بشرط التصرف في العين كتأثير القبض - بنحو الشرط المتأخر - في مملّكية عقد الصرف والسلم. وأمّا الإباحة قبله فمالكية ضمنية وليست شرعية. ولو سلّم كونها تعبّدية لم يكن لاستبعادها مجال بعد تحقّق السيرة التي هي العمدة في الباب (2).

لكنك خبير بأنّ تنزيل التصرف الملتزم في المقام على القبض في بيع الصرف في توقف الملك عليه وإن كان ممكناً، إلا أنّ مجرد الإمكان ثبوتاً غير مجد في الالتزام به، بل لا بدّ من وفاء الدليل بإثباته.

وأما جعل الإباحة قبل التصرف مالكية ضمنية - أي في ضمن قصد التمليك -

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 224

(2) حاشية المكاسب، ص 10

بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف (1).

إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التمليك (2) أبعد منه (3)، بل لا يكاد يوجد [1]

(1) ومع هذه الصراحة كيف تحمل الإباحة على الملك ولو الجائز منه؟

(2) كما صنعه صاحب الجواهر قدس سره حيث إنه جعل محلّ النزاع و مصبّ الأقوال المعاوضة المقصود بها الإباحة دون التمليك.

(3) أي: أبعد من توجيه الإباحة بالملك المترزّل، وجه الأبعديّة أمور ثلاثة:

الأوّل: ظهور كلمات العامة والخاصة في تفريع المعاوضة على اشتراط الصيغة في البيع وعدمه، فمن اشترطها فترج عليه عدم كفاية المعاوضة. ومن المعلوم عدم صحة هذا التفريع نفياً وإثباتاً على صورة قصد الإباحة، فلا يصح أن يكون مورد النزاع صورة قصد الإباحة.

الثاني: أنّ مورد نفي الخاصة إفادة المعاوضة للملك عين مورد إثبات العامة لإفادتها الملك، ومن المعلوم أنّ مورد الخلاف لا يمكن أن يكون صورة قصد الإباحة، بل لا بدّ أن يكون صورة قصد التمليك، إذ لا يصدر القول بالملك اللازم- مع قصد الإباحة- من عاقل فضلاً عن فاضل.

الثالث: أنّ مورد البحث والخلاف إنّما هو المعاوضة المتداولة بين الناس، ومن المعلوم أنّها هي المعاوضة المقصود بها التمليك. وأمّا المعاوضة المقصود بها الإباحة ففي غاية الندرة، بل عامة الناس لا يلتفتون إلى الإباحة حتى يقصدوها، فلو كان محلّ النزاع بينهم المعاوضة المقصود بها الإباحة لزم تعرّضهم للنادر وإهمالهم لحكم ما هو الشائع بينهم وهذا في غاية البعد.

فلم يتضح وجهه، لتقابل الإباحة المالكية والتمليك، ضرورة أن قصد التمليك معناه سلب إضافة المال عن نفسه وجعلها متعلقة بالآخذ، ولا يمكن الجمع بينه وبين الإباحة المالكية المنوطة بإبقاء ملكية الرقبة وجواز استردادها منه، لبقاء سلطنته على ماله وعدم انقطاعها عنه، فكيف يجمع في إنشاء واحد بين إبقاء السلطنة وإعدامها؟

[1] بل يوجد، كما في موضع من المبسوط، حيث قال- بعد وجوب تقديم الإيجاب

في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى (1).

ولننقل أولاً كلمات جماعة ممّن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المترزّل كما صنعه المحقق الكركي، و أبعديّة جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التمليك (2)، فنقول وباللّه التوفيق:

قال في الخلاف: «إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب فقال: أعطني بها بقلا أو ماء فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحقّرات، و إنّما يكون إباحة له، فيتصرّف كل منهما فيما أخذه تصرّفًا مباحاً من دون أن يكون ملكه. و فائدة ذلك أنّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه»

---

(1) أي: كون مورد كلامهم صورة المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(2) كما صنعه صاحب الجواهر قدّس سرّه.

---

على القبول، و غيره مما يعتبر في البيع-: «فإذا ثبت هذا فكلّ ما جرى بين الناس إنّما هي استباحات و تراض، من دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً. مثل: أن يعطي درهما للخبّاز فيعطيه الخبز، أو قطعة للبقلي فيناوله البقل، و ما أشبه ذلك. و لو أنّ كلّاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنّه ليس بعقد صحيح هو بيع» «1» فإنّ ظاهر الاستباحة هو قصد الإباحة، كما ذكره صاحب الجواهر قدّس سرّه «2».

إلا أن يقال: ان قوله: «لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع» قرينة على إرادة البيع الشرعي المتقدم بالصيغة، لا العرفي. و من المعلوم أنّ هذا التعليل إنّما يصحّ فيما إذا كان المتعاطيان قاصدين للتمليك، و إلا كان اللازم التعليل بعدم قصد الملك، لأنّ عدم المقتضي أولى من الشرط في استناد العدم إليه.

---

(1): المبسوط في فقه الإماميّة، ج 2، ص 87

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 215

ص: 336



كان لهما ذلك، لأنّ الملك لم يحصل لهما. و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة:

يكون بيعا صحيحا وإن لم يوجد الإيجاب و القبول، و قال ذلك في المحقرات دون غيرها. دليلنا: أنّ العقد حكم شرعي، و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت (1). و أمّا الإباحة (2) بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها» (1) انتهى.

و لا يخفى (3) صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك (4)، و في أنّ محل الخلاف بينه و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة (5)، كما يظهر أيضا من بعض كتب الحنفية، حيث إنّه - بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال - قال: «و ينعقد بالإيجاب و القبول و التعاطي».

---

(1) للاستصحاب.

(2) يعني: أنّ مقتضى عدم ثبوت العقد الشرعي عدم ترتب شيء من الملك و الإباحة على المعاطاة، لانتفاء السبب المؤثر. و لكن الالتزام بالإباحة إنّما هو لدليل تعبدي، و هو الإجماع على تأثير التعاطي في إباحة التصرفات.

(3) غرضه وفاء عبارة الخلاف بأمرين:

أحدهما: عدم حصول الملك، و به يضعف تأويل المحقق الثاني للإباحة المذكورة في كلام الأصحاب بالملك.

ثانيهما: كون مورد الأقوال خصوص المعاطاة المقصود بها التمليك، و به يضعف ما أفاده الجواهر من جعل مورد النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(4) فلا وجه مع هذه الصراحة لتأويل المحقق الكركي الإباحة بالملك المتزلزل.

(5) فلا يبقى وجه لما نسبته إلى الجواهر من جعل محل النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التمليك.

---

(1): الخلاف، ج 3، ص 41، المسألة: 59

ص: 337

و أيضا: فتمسكه (1) بأنّ العقد حكم شرعي يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعة، وإلا (2) لكان الأولى بل المتعين التعليل به (3)، إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية كما لا يخفى.

وقال في السرائر- بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول، واعتبار تقدم الأول على الثاني- ما لفظه: «فإذا دفع قطعة إلى البقليّ أو إلى الشارب فقال: أعطني، فإنه لا يكون بيعا (4) ولا عقدا (5)، لأنّ الإيجاب والقبول (6) ما حصلوا. وكذلك سائر المحقّرات و سائر الأشياء محقّرا كان أو غير محقّر من الثياب والحيوان، أو غير ذلك، وإنّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرفا مباحا، من غير أن يكون ملكه (7)، أو دخل (8) في ملكه. ولكلّ منهما أن يرجع فيما بذله، لأنّ الملك لم يحصل لهما».

---

(1) يعني: وكذا يدلّ تمسك شيخ الطائفة ب «أنّ العقد حكم شرعي» على وجود قصد التملك، وكان المانع عن حصوله انتفاء الصيغة الخاصة.

(2) أي: وإن لم يقصد المتعاطيان التملك كان اللازم إسناد عدم الملك إلى عدم مقتضية وهو القصد، لا إلى عدم شرطه وهو العقد الذي هو سبب شرعي لترتيب آثار الملك.

(3) أي: بانتفاء قصد البيعة أي بانتفاء المقتضي للملك.

(4) حتى يشمل إطلاق قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ كِي يكون التعاطي مفيدا للملك.

(5) حتى يكون كالعقد اللفظي مفيدا للملك بمقتضى عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(6) أي: اللفظيين. وكذا في قول المسالك: «وإن لم يوجد الإيجاب والقبول» فلو كان المفقود قصد التملك كان التعليل به أولى، لأنّ التعليل بعدم المقتضي أولى منه بعد الشرط.

(7) أي: بنفس التعاطي.

(8) أي: بما يوجب الملك بعده كالتلف، وذلك بقرينة جملة لم يذكرها المصنف، بعد قوله:

- فيما بذله- وهي: «بشرط إن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أوّلا فلا خيار لأحدهما»

و ليس ذلك (1) من العقود الفاسدة، لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما، وإثما ذلك (2) على جهة الإباحة» (1) انتهى.

فإنّ تعليله (3) عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك (4). مع أنّ ذكره في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا (5). و لا ينافي ذلك (6) قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة .. إلخ» كما لا يخفى.

---

لدلالة انتفاء الخيار بعد التّلف على دخول العين الأخرى في ملك الآخذ. و عليه فقول ابن إدريس: «أو دخل في ملكه» ليس عطفًا تفسيريًا لقوله: «و من غير أن يكون ملكه».

(1) يعني: فيكون التعاطي المفيد للإباحة برزخا بين العقد القولي المفيد للملك و بين العقد الفاسد الذي يكون كالغصب في الحرمة و الضمان.

(2) أي: دفع القطعة إلى البقلي أو الشارب إنّما هو على جهة الإباحة، لا البيع حتى يقال:

إنّ البيع الفاسد كسائر العقود الفاسدة لا يجوز التصرف مطلقًا.

(3) غرضه قدّس سرّه أنّ كلام ابن إدريس واف بما هو المقصود من نقل عبارات الأصحاب- من أنّ محطّ الكلام في المعاطاة قصد الملك و ترتب الإباحة التبعديّة عليها- و ذلك لوجهين:

أحدهما: تعليل عدم إفادتها الملك بانتفاء الشرط الشرعي و هو الصيغة.

ثانيهما: أنّ تفريع المعاطاة- على شرائط عقد البيع- ممّا يدلّ على أنّ قصد المتعاطين تمليك مالهما مفروغ عنه.

(4) بل يكون مورد الكلام قصد التمليك، و إلا كان الأولى تعليل عدم الملك بعدم المقتضي لا بفقدان الشرط كما لا يخفى.

(5) و هو قصد التمليك، لما عرفت أنّها من أنّ الاستناد إلى عدم المقتضي أولى من الاستناد إلى عدم الشرط، فهذا التفريع يدلّ على أنّ عدم بيعية المعاطاة إنّما هو لفقدان الإيجاب و القبول، لا لعدم قصد التمليك.

(6) المراد بالمشار إليه عدم حصول الملك بالتعاطي، و حصول الإباحة به في صورة

وقال في الغنية- بعد ذكر الإيجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي و معلومة العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له- ما هذا لفظه: «و اعتبرنا حصول الإيجاب والقبول تحرّزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، بأن يقول: بعنيه بألف، فيقول: بعثك بألف، فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك:

اشتريت أو قبلت، حتى ينعقد. و احترازا أيضا (1) عن القول بانعقاده بالمعاطة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة و يقول: أعطني بقلا، فيعطيه، فإنّ ذلك ليس ببيع، و إنّما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه (2). و أيضا (3) فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به، و ليس على صحة ما عداه دليل. و لما ذكرنا (4) نهى صلى الله عليه و آله و سلّم

---

قصّد التمليك منه.

و تقريب وجه المنافاة هو: أنّه في صورة قصد البيع- مع فرض عدم ترتّب الأثر عليه- لا معنى لنفي كونه من العقود الفاسدة، إذ لا معنى للفساد إلّا عدم ترتّب الأثر المقصود عليه، هذا.

و وجه عدم المنافاة: أنّ الفساد من حيثية البيع لا ينافي الصحة من حيثية الأخرى، فلا منافاة بين فساد البيع من حيث البيعية، و صحته من حيث الإباحة. فليس مقصود السرائر نفي الصحة مطلقا، بل الصحة من حيث البيعية، فلا مانع من كونه صحيحا بلحاظ إفادته الإباحة، و هذا معنى ما ذكرناه من كون المعاطاة برزخا بين العقد اللفظي و الغصب.

(1) يعني: كما احترزنا عن انعقاد البيع بالاستدعاء.

(2) لم يصرّح السيد ابن زهرة قدّس سرّه بالإجماع على عدم بيعية المعاطاة حتى يشير إليه، و لعل مراده ما ذكره في أول البيع من شرطية الإيجاب و القبول، بلا نقل خلاف فيه.

(3) يعني: كما تحقّق- الإجماع على إفادة الإباحة، كذلك على نفي بيعية المعاطاة المقصود بها الملك.

(4) أي: و لاعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلّم عن بيع المنابذة.

عن بيع المنابذة والملاسة وعن بيع الحصاة «1» على التأويل الآخر (1). و معنى ذلك (2) أن يجعل اللمس بشي ء و النبذ له و إلقاء الحصاة بيعا موجبا «2» انتهى. فإنّ (3) دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التمليك من وجوه متعددة: منها: ظهور أدلته الثلاثة (4) في ذلك (5).

و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد (6).

---

(1) التأويل الأوّل المذكور في كلامه هو: أن يكون بيع الحصاة عبارة عن كون المبيع ما يقع عليه الحصاة، فبطلان البيع إنّما هو لجهالة المبيع، وفقدان شرط الصحة و هو العلم بالعوضين و هذا المعنى أجنبي عما نحن فيه، و المرتبط بالمقام معناه الآخر، و هو: أن يكون بيع الحصاة إيجاب البيع بنفس إلقاء الحصاة، و لذا فرّع بطلانه على اعتبار الإيجاب و القبول.

(2) أي: و معنى التأويل الآخر أن يجعل .. إلخ.

(3) غرضه: استظهار مدّعه- و هو قصد التمليك بالمعاطاة- من عبارة الغنية.

(4) أولها الإجماع الذي معقده عدم حصول البيع بالمعاطاة.

ثانيها: قوله: «و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به .. إلخ». و المراد بهذا الكلام هو كون الأصل في ما عداه البطلان، و المعاطاة تكون ممّا عداه.

و ثالثها: قوله: «و لما ذكرنا نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم .. إلخ» حيث إنّه لا وجه لبطلان المعاطاة إلّا فقدان اللفظ كإنشاء البيع بالملاسة.

(5) أي: في قصد المتعاطيين التمليك.

(6) حيث فرّع السيّد ابن زهرة- على اشتراط البيع بالإيجاب و القبول- أمرين:

أحدهما: المنع من انعقاده بالاستدعاء من المشتري.

و الآخر: المنع من انعقاده بالمعاطاة. و مقتضى التفريع وجود قصد التمليك في المعاطاة كوجوده في الاستدعاء.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 266، الباب 12 من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: 13

(2) غنية النزوع في الأصول و الفروع، ص 524 (الجوامع الفقهية).

وقال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية - ما لفظه:

«واشترط الإيجاب والقبول، لخروجه (1) من دونهما (2) عن حكم البيع» الى أن قال:

«فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحق التسليم وإن جاز التصرف مع إخلال بعضها، للتراضي (3)، دون عقد البيع، ويصح معه الرجوع» (1) انتهى.

وهو في الظهور قريب (4) من عبارة الغنية.

وقال المحقق قدس سره في الشرائع: «ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع» (2) انتهى.

وذكر (5) كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة

---

(1) أي: البيع الفاقد للإيجاب والقبول يخرج عن البيع شرعا وإن كان بيعا عرفا، ومن المعلوم تقوم البيع العرفي بقصد التملك.

(2) أي: من دون الإيجاب والقبول.

(3) متعلق بقوله: «وإن جاز» يعني: وإن جاز التصرف للتراضي لا - لأجل عقد البيع، إذ المفروض عدم تحققه بغير الإيجاب والقبول اللفظيين.

ثم لا يخفى أن قوله: «للتراضي» شاهد على أنّ الإباحة الحاصلة بالمعاطاة مالكية لا تعبدية، لفرض رضى كلّ من المتعاطيين بتصرف الآخر في المأخوذ بالمعاطاة. نعم تختص هذه الإباحة المالكية بما إذا علم المتعاطيان باشتراط الصيغة الخاصة في حصول الملكية وعدم انعقاد البيع بالتعاطي.

(4) وجه القرب صراحة قول أبي الصلاح: «لم ينعقد البيع، ولم يستحق التسليم» في نفي البيعية في فرض بناء المتعاطيين على التملك.

(5) يعني: قوله: «وإن حصل .. الخ» توضيحه: أنّ حرف الوصل يشير الى الفرد الخفي، وهو في عبارة المحقق قدس سره يحتمل وجهين:

---

(1): الكافي في الفقه لأبي الصلاح الحلبي، ص 352 و 353

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 13

ص: 342

لما لم يقصد به البيع (1) بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

وقال في التذكرة في حكم الصيغة: «الأشهر عندنا أنه لا بدّ منها، فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه. وبه قال الشافعي مطلقا، لأصالة بقاء الملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. وعن بعض الحنفية وابن شريح: في الجليل. وقال أحمد: ينعقد مطلقا، ونحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقد به الناس بيعا» (1) انتهى.

و دلالة على قصد المتعاطين للملك لا تخفى من وجوه (2): أدونها جعل مالك موافقا لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: «ينعقد بما يعتقد به الناس بيعا».

---

الأول: أن يكون مقصوده عدم كفاية التقابض في حصول الملك، سواء قصد المتعاطيان التمليك كما في البيع القولي، أم قصدا مجرد إباحة التصرفات والإذن فيها.

الثاني: أن يكون مقصوده عدم تأثير التقابض في ترتب الملك عليه، سواء قامت قرينة على أن المتعاطين قصدا التمليك - كاستظهار قصدهما من المقابلة التي تسبق التقابض غالبا - أم لم تقم قرينة على قصد التمليك.

و المصنف قدس سره استظهر الاحتمال الثاني، لأنّ المحقق قدس سره فرّع عدم كفاية التقابض على العقد الدال على نقل الملك، فلا بدّ أن يكون المتعاطيان قاصدين للتمليك حتى يتجه التفريع المذكور، إذ لو كانا قاصدين للإباحة كان عدم حصول الملك مستندا إلى عدم المقتضي لا إلى فقد الشرط. و من المعلوم أنّ المبيع يجوز له الرجوع عن إذنه في التصرف، و له استرداد ماله.

(1) كما زعمه صاحب الجواهر قدس سره حيث وجّه عدم ترتب الملك في المعاطاة بعدم قصده، إذ مقصودهما الإباحة لا التمليك.

(2) أحدها: قوله: «فلا يكفي التعاطي .. إلخ» فإنّ تفرّيعه على اعتبار الصيغة يدل على كون المتعاطيين قاصدين للتمليك، وأنّ الفساد نشأ من فقدان الشرط وهو الصيغة.

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

ص: 343

وقال الشهيد في قواعده- بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام القولي و ذكر أمثلة لذلك- ما لفظه: «وَأَمَّا المعاطاة (1) في المبيعات فهي تقييد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقيق عندنا» (1).

ودلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى (2).

هذا كله (3) مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التملك، ويعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

---

ثانيها: قوله: «وقصور الأفعال .. إلخ» لظهوره في أنّ مقصود المتعاطين هو الملك، وعدم الوقوع إنّما هو لقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد وما في الضمائر.

ثالثها: قوله: «ينعقد بما يعتقد به الناس بيعا» إذ لا معنى لوقوع البيع عند الناس بدون قصد التملك كما لا يخفى.

(1) ليس في النسخة المطبوعة من قواعد الشهيد «قيام السبب الفعلي مقام القولي» لأنّه قدّس سرّه قال: «قد يقوم السبب الفعلي غير المنصوب ابتداء مقام الفعلي المنصوب ابتداء، كتقديم الطعام الى الضيف، فإنّه مغن عن الإذن في الأصح، و تسليم الهدية إلى المهدي إليه وإن لم يحصل القبول القولي في الظاهر من فعل السلف والخلف، وكذلك صدقة التطوع .. إلخ».

نعم الأمثلة المذكورة قرينة على إرادة السبب القولي من قوله: «السبب الفعلي المنصوب» فراجع كلامه.

(2) يعني: أنّ المعاطاة عند غيرنا تقييد الملك.

(3) يعني: أنّه- مضافا الى كلمات الفقهاء الدالة على أنّ محلّ النزاع هو المعاطاة المقصود بها الملك- يكفي لإثبات المطلب المراجعة إلى سيرة العقلاء في بيوعهم المعاطاتية المبنيّة على التملك لا على الإذن المالكي مع بقاء العينين على ملكهما كما كان قبل التعاطي.

---

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 178، القاعدة: 47



ثم إنك (1) قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و القواعد.

و مع ذلك (2) كَلَّه فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: «أنهم أرادوا بالإباحة الملك المترزلاً».

فقال: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد (3)، و لا يقول أحد بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية، و قد رجح عنه في كتبه المتأخرة. و قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ عام (4) إلا ما أخرجه الدليل. و ما (5) يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب- من أنها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين- يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، و بالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع (6) إرادة الإباحة المجردة من أصل الملك إذ (7) المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً،

(1) بعد أن استوفى المصنف قدس سره مقصوده من نقل كلمات الفقهاء في تحرير محلّ النزاع، و أن مرادهم قصد الملك، و يترتب عليه الإباحة تعبدًا، تعرّض لجملة مما أفاده المحقق الكركي قدس سره في وجه حمل الإباحة على الملك الجائز، و سيورد المصنف عليه بإباء عبارات الأصحاب عن هذا الحمل.

(2) أي: مع صراحة بعضها، و ظهور بعضها الآخر.

(3) قد تقدمت عبارة المفيد التي استفيد منها كون المعاطاة بيعاً لازماً كالبيع القولي.

(4) يعني: أن الآية المباركة- التي هي من أدلة إمضاء البيع- قد أخذت التجارة فيها موضوعاً للنفوذ و الصحة، و من المعلوم شمول «التجارة» لكلّ من القول و الفعل، و لا تختص بالمعاملة اللفظية.

(5) من هنا أخذ المحقق الكركي في التصرف في «الإباحة» الواردة في كلمات القوم بحملها على الملك الجائز.

(6) تعليل لقوله: «يريدون..» و المعنى واضح.

(7) تعليل لامتناع إرادة الإباحة العارية عن الملك، و محصله: أن قاعدة «تبعية العقود

و لم يجز التصرف و كافة (1) الأصحاب على خلافه. و أيضا (2) فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلا و رأسا، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده.

و إنما (3) الأفعال لمّا لم تكن دلالتها على المراد بالصرحة كالقول- لأنها تدلّ بالقرائن- منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التّراد ما دام ممكنا، و مع تلف إحدى العينين يمتنع التّراد، فيتحقق اللزوم، و يكفي تلف بعض إحدى العينين، لا امتناع التّراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر» «1» انتهى.

---

للقصود» من القواعد المسلّمة عندهم، و عليه فلمّا كان المتعاطيان قاصدين للتمليك كان اللازم إمّا ترتب الملك على تعاطيهما حتى تتحقق متابعة عقد المعاوضة للقصد، و إمّا فساد أصل المعاملة و كون التصرف في العينين كالغصب في الحرمة و الضمان، و من المعلوم أنّ ترتب الإباحة المحضة ليس مقتضى صحة المعاملة و لا فسادها. فلا مجال للقول بها.

(1) يعني: و الحال أنّ كافة الأصحاب قائلون بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاوضة.

و هذا الإجماع كاشف عن حصول الملك.

(2) هذا وجه آخر استدل به المحقق الثاني على ضرورة توجيه الإباحة بالملك المتزلزل.

و محصله: أنّ الفقهاء حكموا بلزوم المعاوضة بتلف إحدى العينين، و يستبعد جدّا أن تصير إحدى العينين ملكا لمن هي في يده بسبب تلف العين الأخرى في يد المتعاطي الآخر. و يزول هذا الاستغراب بالالتزام بحصول الملك الجائر حتى يصير لازما بتلف إحدى العينين، فإنّ ترتب الملك الجائر على العقد ثم انقلابه بالملك اللازم أمر واقع في الشريعة كما في موارد الخيارات.

(3) مقصود المحقق الثاني قدّس سرّه تأييد توجيه الإباحة بالملك الجائر، و محصله: أنّ الفقهاء حكموا بتوقف العقود اللازمة على إنشائها باللفظ، لقصور الأفعال عن تأدية القصود و المرادات، و لأجله منعوا من إفادة المعاوضة للملك اللازم، و حكموا بجواز ترداد العينين مع الإمكان، و بلزوم الملك إذا تلفت إحدى العينين. و ليس مقصودهم من جواز التّراد حصول

---

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 58

ص: 346

و نحوه المحكّي عنه في تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: «أن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، وإلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعيّن الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد، و هو باطل. و عليه يتفرّع النماء و جواز وطى الجارية، و من منع فقد أغرب» (1) انتهى.

و الذي (2) يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها،

---

الإباحة المجردة عن الملك كما اشتهر نسبة ذلك الى الأصحاب، بل مرادهم الملك الجائز الذي يجوز استرداد المال كما في العقد الخياري.

و النتيجة: أنّ جواز التراد أعم من الإباحة و الملك المتزلزل، فليس قرينة على إرادة الإباحة في كلمات الأصحاب.

(1) هذه العبارة قد نقلها السيد العاملي قدّس سرّه «1». و راجعنا نسخة مخطوطة من تعليق المحقق الكركي على إرشاد العلامة قدّس سرّهما و فيها زيادة على ما في المتن، و هي قوله: «و ممّا يرشد إلى ما قلناه- مضافا الى ما تقدم- عبارات القوم، فإنّ بعضها كالصريح فيما قلناه. قال المصنف في التحرير: فتجوز الفسخ يستلزم الاعتراف بثبوت ملك في الجملة. و كذا تسميتها معاوضة.

و الحكم باللزوم بعد الذهاب يستلزم ثبوت شيء متزلزل قبله لينصف باللزوم بعده .. إلخ».

(2) لمّا فرغ المصنف من نقل كلمات المحقق الثاني قدّس سرّهما في شرح القواعد و تعليقه على الإرشاد، شرع في تحقيقها، و الاستفادة من أوّل كلام الماتن الى آخره مطالب ثلاثة.

أحدها: الإيراد على المحقق الكركي.

ثانيها: الانتصار له في إرادته على المشهور.

ثالثها: الاعتراض على المحقق الكركي مرّة أخرى بأن استلزام مقاتلتهم لمخالفة القواعد المسلّمة لا يوجب التصرف في كلامهم بحمل الإباحة على الملك المتزلزل. و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 155

ص: 347

وأنهم (1) يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة (2) مع فرض قصد المتعاطين التمليك، وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء (3)، بل إنَّما حصلت كما اعترف به في المسالك (4) من «استلزام إعطاء كلِّ منهما سلطته مسلَّطاً عليها الإذن (5) في التصرف فيها بوجوه التصرفات».

(1) عطف تفسيره لقوله: «حالتها» وهذا هو المطلب الأول، ومحصله: أنه لا وجه لتنزيل الإباحة- الواردة في عبارات الأصحاب- على الملك المتزلزل كما أفاده المحقق الكركي، لكونه خلاف الظاهر، لا يصار إليه بلا قرينة، والمفروض عدم وجود قرينة على التصرف المزبور.

(2) خلافاً للمحقق الثاني، حيث جعل الإباحة بمعنى الملك لتلا يلزم تخلف العقد عن القصد، وقال: إنَّ مرادهم بالإباحة هو الملك المتزلزل.

(3) يعني: كما هو مقتضى توجيه الجواهر، لأنَّ المفروض أنَّ المتعاطين قصدا التمليك لا الإباحة.

(4) أي: كما اعترف الشهيد الثاني بحصول الإباحة في المسالك، حيث قال فيه- بعد نفي الملك احتجاجاً بأنَّ الناقل للملك لا بدَّ أن يكون من الأقوال الصريحة في الإنشاء المنصوبة من قبل الشارع- ما لفظه: «وإنما حصلت الإباحة باستلزام إعطاء كلِّ منهما الآخر سلطته مسلَّطاً عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات، فإذا حصل كان الآخر عوضاً عمَّا قابله، لتراضيهما على ذلك. وقبله يكون كل واحد من العوضين باقياً على ملك مالكة، فيجوز له الرجوع فيه. ولو كانت يباعا قاصراً عن إفادة الملك المترتب عليه لوجب كونها يباعا فاسداً إذ لم يجتمع شرائط صحته، وما جاء من قبل الشارع أنَّ البيع على قسمين، فما حصل فيه الإيجاب والقبول على وجههما لازم، وما حصل فيه التراضي بدونه جائز، ومن ثمَّ ذهب العلامة في النهاية إلى كونها يباعا فاسداً، وأنه لا يجوز لأحدهما التصرف فيما صار إليه أصلاً» (1).

(5) بالنصب مفعول قوله: «استلزام» و«مسلَّطاً» حال من «إعطاء» يعني: أنَّ الإعطاء التسليطي يستلزم الإذن في التصرف.

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 148 و 149

ص: 348

و لا يرد عليهم (1) عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة (2) و حاصله (3): أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ للإباحة التصرف،

(1) هذا هو المطلب الثاني، و هو تقوية كلام المحقق الثاني في الإيراد على المشهور، الذي دعاه الى حمل الإباحة- في كلامهم- على الملك الجائز.

(2) و هو قول المحقق الكركي: «إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك لا الإباحة».

(3) أي: حاصل ما ذكره المحقق الكركي: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل لزم عدم تأثير المعاطاة أصلاً، لكونها عقداً فاسداً، فلا منشأ للإباحة.

ثم إن هذا بيان المطلب الثاني المشار إليه آنفاً، و هو الانتصار للمحقق الثاني في الاعتراض على المشهور، و هو يتضمن أمرين، أحدهما: المناقشة في ترتب الإباحة على المعاطاة، و ثانيهما: تأييد المناقشة بالاستناد إلى إطلاق كلامهم.

أما أصل المناقشة فيبانها: أن الإباحة التي ادّعاها المشهور إما مالكية و إما تعبدية.

فإن أرادوا ترتب الإباحة المالكية على المعاطاة اتجه عليهم: أنه لا ريب في انتفائها، إذ مفروض الكلام قصد المتعاطين للملك لا الإباحة المحضنة، و من المعلوم إناطتها بالقصد كالملك.

و إن أرادوا ترتب الإباحة التعبدية اتجه عليهم أولاً: أن هذه الإباحة حكم شرعي يتوقف إسناده إلى الشارع على حجة شرعية، و المفروض خلوّ كلمات الأصحاب عن الاستناد إلى نصّ يدلّ على ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود بها التملك.

و ثانياً: لا ريب في أن قاعدة «العقود تابعة للقصد» من القواعد الفقهية المسلّمة بينهم، و مقتضى هذه التبعية عدم وقوع ما لم يقصده المتعاقدان، و عليه يستبعد جدّاً أن يلغي الشارع التملك الذي قصده المتعاقدان، و أن يحكم بحصول الإباحة المحضنة غير المقصودة.

هذا مضافاً إلى: منع أصل النسبة، إذ لم يثبت التزام المشهور بترتب الإباحة الشرعية على المعاطاة المقصود بها التملك، فإنّ التأمّل في كلماتهم يعطي ترتب الإباحة المالكية لا التعبدية، لقولهم «برضى المتعاطين بتصرف كلّ منهما فيما يأخذه من الآخر بالمعاطاة» و من المعلوم

إذ (1) الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك (2)،

بعد- بل منع- حمل الرضا بالتصرف على أن الشارع حكم بترتب الإباحة على المعاطاة تعبداً من باب إعمال مولويته، ولم يمض إذن المالك المبيح بتصرف الآخذ فيما أخذه.

فالنتيجة: أنه- بعد بطلان إرادة الإباحة المالكية والتعبدية في كلمات المشهور- يتعين الالتزام بترتب الملك الجائز على المعاطاة طبقاً لقصد المتعاطيين. وهذا هو الذي استظهره المحقق الثاني من عبارات القوم.

وأما تأييد المناقشة المتقدمة فيبانه: أنه لا بد أن يريد المشهور بقولهم: «المعاطاة تقيّد الإباحة» الملك. وذلك لأنهم حكموا بجواز تصرف المتعاطيين مطلقاً فيما يأخذانه، سواء أكان ذلك التصرف منوطاً بالملك، كالبيع والوقف والعتق ونحوها، أم لم يكن منوطاً به، كجواز أكل المارّة من ثمرة الشجرة الممرور بها، وكجواز الأكل من بيوت من تضمّنته الآية المباركة من الأقارب.

ووجه التأييد واضح، فإنّ تجويز أنحاء التصرفات المخصوصة بالملك- و من يقوم مقامه- يتوقف على صيرورة المتعاطيين مالكين لما يأخذانه، وإلاّ لزم مخالفة حكم الشارع في قوله عليه السلام: «لا يبيع إلا في ملك» ونحوه. ولو كان مقصودهم من الإباحة ظاهرها- لا الملك- كان عليهم تقييد جواز التصرف بأن يقولوا: «إنّ المعاطاة تقيّد إباحة خصوص التصرفات غير المتوقفة على الملك» فإطلاق الجواز كاشف عن إرادة الملك.

وأما وجه التعبير بالتأييد فسيأتي.

(1) تعليل لقوله: «فلا- منشأ لإباحة التصرف» وهذا وجه بطلان ترتب الإباحة على المعاطاة، وقد أوضحناه بقولنا: «فإن أرادوا ترتب الإباحة المالكية على المعاطاة اتجه عليهم .. إلخ».

(2) و من المعلوم أنّ التملك مضاد للإباحة، وليست الإباحة من مراتب الملك، فإنّ حقيقة الإباحة هي الإذن في التصرف في ملك الغير، وهي غير إباحة التصرف للمالك في ملكه لقاعدة السلطنة.

وإن كانت (1) من الشارع فليس عليها دليل، ولم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نصّ (2) في ذلك. مع (3) أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جدًا. مع (4) أن التأمل في كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية (5).

و يؤيد (6) إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصحّ إلا من المالك كالوطني والعق

(1) معطوف على قوله: «إن كانت من المالك» وهذا إبطال لترتب الإباحة التعبدية على المعاطاة، وقد أوضحناه بقولنا: «وإن أرادوا ترتب الإباحة التعبدية اتجه عليهم أولاً .. إلخ».

(2) بل استند بعضهم - كالخلاف والغنية - إلى الإجماع، فراجع.

(3) هذا إشارة إلى الإشكال الثاني على المشهور إن أرادوا بالإباحة التعبدية، وقد تقدم بيانه بقولنا: «و ثانياً: لا ريب في أن قاعدة العقود تابعة للقصد .. إلخ».

(4) مقصوده قدس سره منع صحة ما نسب إلى المشهور من ترتب الإباحة التعبدية على المعاطاة، و من أن مرادهم من الإباحة هي المالكية. وقد عرفته بقولنا: «مضافاً إلى منع أصل النسبة، إذ لم يثبت التزام المشهور .. إلخ».

(5) بل كلام المسالك - المتقدم أنفاً - كالصريح في كون الإباحة مالكية، لقوله: «استلزام إعطاء كل منهما الآخر سلطته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيها».

(6) بعد أن أبطل المصنف قدس سره ترتب الإباحة - بقسميها - على المعاطاة وأنه يتعين إرادة ما استظهره المحقق الثاني قدس سره من الملك الجائر من قولهم: «المعاطاة تقيّد الإباحة» أراد تأييده بالاستناد إلى كلماتهم الظاهرة في جواز كلّ تصرف في المأخوذ بالمعاطاة سواء أتوقف على الملك أم لا، و من المعلوم أن المعاطاة لو لم تؤثر في الملك لم يكن للمتعاظين إباحة مثل البيع والعق فيما وصل إليهما، فإن توقّف البيع على كون العوضين مملوكين - أو كالمملوكين - حكم شرعي ليس بيد المتعاظين جوازه و منعه.

وأما وجه التعبير بالتأييد دون الدلالة - مع أن الإطلاق أصل لفظي يصح الاحتجاج به على المشهور - فهو: أن الأخذ بالإطلاق منوط بعدم معارض أقوى منه. ولعلّ صراحة

كلمة «الإباحة» في ما يقابل الملك مانعة عن انعقاد الإطلاق في قولهم: «المعاطاة تقيّد الإباحة» فيكون نتيجة تقديم أقوائية الإباحة- في الإذن المجرّد- على إطلاق التصرف هي: اختصاص إباحة التصرف بما لا يتوقف على الملك، و قد صرّح بهذا التقييد الشهيد في محكي حواشيه على القواعد، حيث منع دفع المال- المأخوذ بالمعاطاة- بعنوان الخمس و الزكاة المتوقفين على الملك.

(1) تقييد البيع لنفسه لأجل أنّ المتعاطي يجوز له أن يبيع المأخوذ بالمعاطاة بقصد مالكه، فجاز البيع للمالك لا يصير مؤيّدا لإرادة الملك من «الإباحة» في كلام المشهور، و إنّما يحصل التأييد إذا استفيد من إطلاق كلام المشهور إباحة أن يبيع المباح له لنفسه بأن يصير الثمن ملكا له لا للمبيح.

(2) هذا دفع دخل مقدر، و حاصل الدخل: أنّ ما ذكره المصنف بقوله: «و يؤيد إرادة الملك» ممنوع، و ذلك لتوقف التأييد المزبور على أنّ المشهور أرادوا «إباحة أنحاء التصرفات» حصول الملك للمتعاطين بمجرد التقابض، إذ يتعيّن حينئذ حمل الإباحة على الملك، ضرورة توقف بعض التصرفات على الملك.

و لكن يمكن منع هذه الاستفادة، بأن يلتزم المشهور بالملكية الآتية، و بيانه: أن المشهور أرادوا بالإباحة الإذن المقابل للملك، و تجويز البيع و العتق و الوقف ليس قرينة على إرادة الملك من حين التعاطي، فما دامت العين باقية على حالها فهي ملك المبيح، و إذا أراد المباح له بيعها أو وقفها دخلت العين في ملكه آنا، فيكون ذلك التصرف المتوقف على الملك واقعا في ملكه، لا في ملك المبيح.

و عليه فلا وجه لاستفادة مالكية المتعاطين- من حين التعاطي- من إطلاق قول المشهور بإباحة التصرفات. بل لا بد من إبقاء الإباحة على ظاهرها، و الالتزام بالملكية الآتية التي ليست هي عديمة النظر في الشريعة المقدسة. و ذلك كتصرف ذي الخيار، فإنّهم حكموا بأنّ البائع إذا جعل لنفسه الخيار صارت العين ملكا جائزا للمشتري، فإن أمضى البائع العقد



هذه التصرفات من ذي الخيار أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع - بعيد (1).

وسيجيء (2) ما ذكره بعض الأساطين من أنّ هذا القول (3) مستلزم لتأسيس قواعد جديدة (4).

صارت ملكا لازما للمشتري، وإن فسخ بقوله: «فسخت» عادت الى ملكه كما كانت قبل البيع، وإن فسخ بالفعل بأن باعها من شخص آخر فقد قالوا بصحة هذا البيع، ويكون فسخا فعليا للبيع الأوّل، وتصير العين ملكا له أنا ما قبل بيعه الثاني حتى يقع البيع في ملكه.

وكذلك حكم الفقهاء بالملكية الآتية في رجوع الواهب عن هبته. وليكن المقام كذلك.

و عليه فلا مجال للتأييد المتقدم.

(1) خبر قوله: «و التزامهم» ودفع للدخل المزبور. وحاصل الدفع: أنّ حمل إطلاق كلام المشهور على بقاء العينين على ملك المتعاطين - ودخول كل منهما في ملك الآخر أنا ما قبل التصرف المتوقف على الملك - بعيد جدًا، لعدم كون الملكية الآتية معهودة منهم في باب المعاوضة. ومجرد التزامهم بها في فسخ ذي الخيار ورجوع الواهب لا يوجب الالتزام بها في المقام، فإنّ الجمع بين الأدلة يقتضي القول بالملكية الآتية في المسألتين السابقتين، وهما: فسخ ذي الخيار ورجوع الواهب.

بخلاف المعاوضة - بناء على المشهور من إفادتها للإباحة المحضّة - إذ كان عليهم تقييد التصرفات الجائزة بما لم يتوقف على الملك، لا إبقاء «جواز التصرف» على إطلاقه حتى يتكلف لمشروعيتها بالملكية الآتية بلا دليل عليها. و عليه فالتأييد المتقدم في محله.

(2) مقصوده قدس سرّه إقامة الشاهد على بعد حمل كلام المشهور على الملكية الآتية، وهو ما أفاده الفقيه كاشف الغطاء قدس سرّه - و سيأتي كلامه مفصّلا - من أن القول بترتب الإباحة المحضّة على المعاوضة ثم تبدّلها بالملك يستلزم تأسيس قواعد جديدة. وليس البعد منحصرًا في الالتزام بدخول العين أنا ما في ملك المباح له قبل تصرفه فيها، بل هناك محاذير أخرى سيأتي بيانها ان شاء الله تعالى.

(3) أي: القول المنسوب إلى المشهور، وهو إفادة المعاوضة للإباحة مع قصد الملك.

(4) يعني: فعلى هذا لا بدّ من إرادة الملك من الإباحة المذكورة في كلماتهم، لا ظاهرها من

الإباحة المجردة عن الملك، لاستلزام ذلك تأسيس قواعد جديدة.

(1) هذا شروع في المطلب الثالث مما أفاده المصنف حول كلام المحقق الثاني قدس سرهما ومحصّله: المناقشة في حمل الإباحة- في كلام المشهور- على الملك المتزلزل، وذلك لوجهين:

أحدهما: راجع إلى منع الكبرى، وهو أصل الاستبعاد عن ترتيب آثار الملك على المأخوذ بالمعاطة المفيدة للإباحة المحضنة.

وثانيهما: راجع إلى منع الصغرى، وهو عدم جواز التصرفات المتوقفة على الملك في المأخوذ بالمعاطة.

و توضيح الوجه الأول: أنّ حكم المشهور بإباحة التصرفات المتوقفة على الملك مع كون المعاطة مفيدة للإباحة عندهم وإن لم يكن مستأنسا، إلّا أنّ في رفع اليد عن الإباحة بحملها على الملك الجائر- كما صنعه المحقق الكركي- محذورا أكثر، وذلك لإمكان توجيه رأي المشهور بما ينطبق على القواعد الفقهية ولا تبقى غرابة في البين.

وبيانه: أنّ الدليل على الحكم الشرعي لا ينحصر في الآية والرواية الواضحتين دلالة، بل الجمع بين الأدلة المختلفة لو اقتضى حكما شرعيا كان حجة أيضا بنظر الفقيه.

وعلى هذا يقال في تأييد كلام المشهور: إنّ هنا طائفتين من الأدلة.

إحدهما: استصحاب عدم مالكية المتعاطين لما انتقل إليهما، بعد قصور الأدلة الاجتهادية عن إفادة حكم المعاطة.

ثانيتها: الإجماع المدعى في كلامهم على مشروعية أنحاء التصرفات في المأخوذ بالمعاطة سواء توقفت على الملك أم لا. ومن المعلوم أنّ الجمع بين هذين الدليلين يقتضي الالتزام بالإباحة العارية عن الملك ما لم يتصرف المباح له فيما أخذه تصرفا متوقفا على الملك كالوقف والعق، فإذا تصرف فيه بهذا التصرف الخاص دخل في ملكه آنا ما.

و أما قاعدة «تبعية العقود للقعود» فهي قاعدة شرعية قابلة للتخصيص كما سيأتي تفصيله.

وعليه فليس في كلام المشهور ما يكون خارقا للقواعد الفقهية المسلّمة، والأحكام

كلامهم (1)، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، و لم يساعد عليها (2) دليل معتبر، و اقتضى (3) الدليل (4) صحّة التصرفات المذكورة.

الضرورية.

و توضيح الوجه الثاني - وهو المنع الصغروي -: أنّ جواز التصرفات المتوقفة على الملك ليس مجمعا عليه حتى يتجه الاستبعاد، بل هو من المسائل الخلافية، و ذلك لما يستفاد من تضاعيف كلماتهم، فشيخ الطائفة قدّس سرّه منع من مباشرة الجارية المهداة بالمعاطة. و الشهيد منع من أداء الزكاة و الخمس بالمأخوذ بالمعاطة، لتوقّفهما على الملك، و المعاطة مفيدة للإباحة دون الملك.

و قد تحصّل: أنّ توجيه المحقق الكركي للإباحة بالملك المتزلزل - لأجل تلك الاستبعادات - غير سديد، فالأولى إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و التخلّص عن الاستبعادات بوجه آخر.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - إيران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 355

(1) بإرادة الملك من الإباحة كما صنعه المحقق الكركي قدّس سرّه و ذلك لأنّ الأمور المبعدة المذكورة الموجبة لتأسيس قواعد جديدة لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الدليل صحة تلك التصرفات، مع أنّ صحّتها ليست مسلمة عند الكل كما عرفت آنفا.

(2) أي: لم يقدّم على الملكية دليل معتبر حتى يكون حاكما على أصالة عدم حدوث الملك بالتعاطي.

(3) معطوف على قوله: «اقتضى» و مقصوده الجمع بين الاستصحاب و ما دلّ على نفوذ التصرف المتوقف على الملك في المأخوذ بالمعاطة، و محصّله: الالتزام بالملكية الآتية أي دخول العين في ملك الآخذ في الآن المقارن للتصرف المتوقف على الملك كالبيع لنفسه و العتق و نحوهما. و قد تقدم توضيح هذا الوجه بقولنا: «و توضيح الوجه الأول: أن حكم المشهور ..

إلخ».

(4) الكلام كلّّه في وجود هذا الدليل، و سيأتي تفصيله فيما يتعلق باستبعادات الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه.

ص: 355

مع (1) أنّ المحكّي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة، و كوطي الجارية (1).  
و ممّا يشهد (2) على نفي البعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التملك: أنّه قد صرّح الشيخ في المبسوط (2) و الحلّي في السرائر كظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية (3) بدون الإيجاب و القبول (4) و لو من الرّسول (5).

---

(1) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من الإشكال على المحقق الكركي. و محصله: منع الصغرى، و به لا يبقى موضوع للاستبعاد أصلاً، لفرض عدم جواز التصرف المتوقف على الملك في المأخوذ بالمعاطاة.

(2) وجه الشهادة: أنّه لو كان التعاطي مفيداً للملك المترزّل لم يكن وجه لاستثناء وطي الجارية، لأنّه يسوغ بالملك و لو كان مترزلاً، فاستثناؤه يشهد بأنّ المعاطاة- المقصود بها التملك- لا تسوّغ إلاّ إباحة التصرف، دون التصرفات المتوقّفة على الملك كالوطي، و مع هذا الاستثناء كيف تحمل الإباحة على الملك المترزّل كما أصرّ عليه المحقق الثاني قدّس سرّه؟

(3) مطلقاً سواء كانت جارية أم شيئاً آخر.

(4) قال الشيخ: (و إذا وصلت الهدية الى المهدي إليه لم يملكها بالوصول و لم تلزم، و يكون ذلك إباحة من المهدي، حتى أنّه لو أهدي إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها، لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع. و من أراد الهدية و لزومها و انتقال الملك فيها الى المهدي إليه الغائب فليوكّل رسوله في عقد الهدية معه .. إلخ). و نحوه كلام ابن إدريس، فلاحظ.

(5) هذا إشارة إلى الفرد الخفي من الهدية المفيدة للملك. إذ تارة يكون العاقد هو الواهب الأصيل، و أخرى رسوله بالوكالة من مرسل الهدية، فلو لم يقترن إقباض الهدية بالعقد- سواء من المالك أم من وكيله- لم يفد إلاّ إباحة التصرف، و لا تشرع التصرفات المنوطة بالملك فيه.

---

(1): الحاكي هو الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 31، السرائر، ج 3، ص 177، قواعد الاحكام، ص 110

ص: 356

نعم (1) يفيد ذلك إباحة التصرف، لكن الشيخ استثنى وطى الجارية (2).

ثم (3) إنّ المعروف بين المتأخرين أنّ من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة قال بأنّها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة (4) و معقد إجماع الغنية (5)

(1) استدراك على قوله: «بعدم حصول الملك» و مقصوده أنّ الهبة المعاطاتية ليست عقدا فاسدا بالكلية حتى لا يباح التصرف غير المنوط بالملك فيها، بل تؤثر في إباحة ما لا يتوقف على الملك.

(2) ففرق- بنظر شيخ الطائفة- بين الاستمتاع وبين سائر التصرفات، فتباح هذه دون الاستمتاع، لتوقفه على الملك، ولم يحصل حسب الفرض.

(3) غرضه قدس سره من هذا الكلام الى الشروع في الأقوال: التنبيه على أمرين:

أحدهما: أنّهم اختلفوا فيما يراد من قول القدماء: «المعاطاة تفيد الإباحة» فاستظهر منه جماعة عدم كونها بيعا حقيقة، إذ البيع عقد مملّك، فترتب الإباحة المحضّة على المعاطاة كاشف عن عدم كونها بيعا حقيقة، فيصح سلب الاسم عنها.

واستظهر منه المحقق الثاني قدس سره الملك المترزل- كما تقدم كلامه مشروحا- فالمعاطاة بيع قطعاً، ولا يقدر جواز الملك في بيعتها كما هو حال البيوع الخيارية، حيث إنه لا يصير الملك لازماً إلا بانقضاء أمد الخيار.

و لا يخفى على المتأمل تقابل هذين الاستظهارين و تهافتهما.

ثانيهما: أنّ كلا الاستظهارين المذكورين ممنوع، فلا وجه لدعوى نفي بيعية المعاطاة المفيدة للإباحة، كما لا وجه لدعوى كون المعاطاة بيعا جائزا. وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(4) مثل قول الشيخ في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعا» وقول ابن إدريس في السرائر:

«فإنّه لا يكون بيعا ولا عقدا» وقول السيد ابن زهرة في الغنية: «فإنّ ذلك ليس ببيع، وإنّما هو اباحة للتصرف».

(5) حيث قال: «يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه» و المشار إليه في كلامه هو نفي بيعية المعاطاة.

و ما أبعد ما بينه (1) و بين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم.

و كلاهما (2) خلاف الظاهر.

و يدفع الثاني (3) تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في

(1) يعني: ما بين نفي البيع حقيقة و بين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم، و هذا هو الأمر الأوّل الذي ذكرناه.

(2) يعني: أنّ نفي بيعية المعاطاة، و توجيه الإباحة بالملك الجائز خلاف الظاهر.

أمّا كون الأوّل خلاف الظاهر فلأنّ المعاطاة بيع عرفي يقصد بها التمليك.

و أمّا الثاني فلأنّ الإباحة المحضنة و الملك المترزّل مغايرتان ماهية، فلا معنى لتزليلها عليه، لكونه تصرفاً في ظاهر الإباحة بلا شاهد.

(3) هذا شروع في إبطال كلا الاستظهارين سواء أراد المشهور من قولهم: «المعاطاة تقيّد الإباحة» نفي البيعية أم الملك المترزّل أم أرادوا معنى آخر.

و إرادة الملك الجائز من الإباحة و إن ناقش فيها المصنف قدّس سرّه بقوله: «لكن الإنصاف ..

إلخ» إلا أن ما أفاده هنا وجه آخر للمناقشة فيه، و محصّله وجهان:

الأوّل: أنّ بعض الفقهاء صرّح بكون البيع عقداً لازماً من غير جهة الخيارات، فتزليله منوط بوجود خيار فيه، فلو لم يكن فيه خيار فلا بد من لزومه. فلو اقتضت المعاطاة ملكاً جائزاً كان ذلك مخالفاً لطبع البيع المبني على اللزوم، و انحصار سبب جوازه في ثبوت خيار فيه. و عليه فصدق البيع على معاملة مساوق للزومه، و لا معنى لصدق البيع على المعاطاة مع الالتزام بإفادتها ملكاً جائزاً.

الثاني: أنّ جماعة صرّحوا بكون الإيجاب و القبول اللفظيين من شرائط صحة انعقاد البيع، لا من شرائط لزومه، و معنى هذا الاشتراط عدم بيعية المعاملة العارية عن الإيجاب و القبول، فكيف التزم المحقق الثاني قدّس سرّه بصدق البيع على المعاطاة حقيقة، و بإفادتها للملك الجائز.

ثم إنّه لا يخفى الفرق بين ما أورده المصنف على المحقق الثاني هنا. بقوله: «و يرد الثاني» و بين ما تقدم في قوله: «لكن الإنصاف أن القول بالتزامهم بهذه الأمور أهون ..» و ذلك لأنّ

مسقطات الخيار (1) فكلّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات. و تصريح (2) غير واحد (3) بأنّ الإيجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة (4).

و أمّا الأول (5) فإن قلنا بأنّ البيع عند المتشعبة حقيقة في الصحيح

مقصود المصنف هناك إبطال ما صنعه المحقق الكركي من حمل عبارات القوم على الملك المتزلزل. و مقصوده هنا إبطال أصل كون البيع مفيدا للملك الجائز، و هذا مع الغصّ عن أنّ حمل الإباحة على الملك المتزلزل ممكن أولا. و عليه فليس في كلمات المصنف هنا تكرار.

(1) كان الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «بأن شرط جواز البيع منحصر في الخيار».

(2) معطوف على «تصريح» و هذا إشارة إلى الوجه الثاني المانع عن الالتزام بإفادة المعاطاة ملكا جائزا. و المصرّح بتوقف صحّة البيع على العقد جمع، منهم القاضي حيث قال:

«و تقتصر صحته- أي صحّة عقد البيع- الى شروط ثمانية .. و قول يقتضي إيجابا من البائع و قبولا من المبتاع» (1).

(3) كما تقدم في عبارتي الغنية و الكافي و غيرهما من جعل الإيجاب و القبول من شرائط الصحّة، لا من شرائط اللزوم.

(4) هذه اللفظة محلّة بالمقصود، إذ الصيغة هي الإيجاب و القبول اللفظيان، فلا معنى لشرطية الصيغة للإيجاب و القبول.

و يمكن توجيهه: بأنّ البيع يقع بالصيغة تارة و بالفعل أخرى. فالبيع القولي يعتبر فيه الإيجاب و القبول، بخلاف الفعلي، إذ لا يعتبر فيه ذلك.

لكنه كما ترى، إذ «البيع بالصيغة» ليس إلّا البيع بالإيجاب و القبول.

نعم لو كانت العبارة: «انعقاد البيع باللفظ أو بالقول» أمكن توجيهها، و ذلك لأعمية مطلق اللفظ من الصيغة، فأمكن اعتبار لفظ خاص في البيع القولي، و أمّا البيع بالصيغة فهو بيع بلفظ خاص، فلا يعقل التقييد بالصيغة. فلاحظ.

(5) و هو نفي بيعيّة المعاطاة الذي صرّح به جماعة كالشيخ في الخلاف، و الحلّي

(1): الكافي في الفقه، ص 352

ص: 359

- ولو (1) بناء على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع من أنّ البيع في العرف اسم للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المشرعة من حيث إنهم مشرعة و متديّنون بالشرع- صحيحا مؤثرا في الانتقال كان بيعا حقيقيا، وإلا كان (2) صوريا، نظير بيع الهازل في نظر العرف «(1)- فيصح (3) على ذلك نفي البيعة على وجه

في السرائر، وابن زهرة في الغنية. و مقصوده المناقشة في قولهم: «المعاطة ليست بيعا» فإنهم إن أرادوا نفي البيع العرفي كان واضح المنع، لما تقدم من أنّ المعاطة المقصود بها التمليك بيع عرفي، وإنما الكلام في صحته شرعا و عدمها.

و إن أرادوا نفي الصحة الشرعية أمكن توجيه النفي بأن يكون على نحو الحقيقة، وذلك بما تقدم في التمسك بالإطلاقات من أنّ ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح المؤثر عند العرف فالبيع موضوع لما يؤثر في الملكية بنظر العرف، فإن كان مؤثرا فيها بنظر الشارع بل المشرعة أيضا كان بيعا حقيقيا. وإلا كان البيع العرفي بيعا صوريا لا حقيقيا، كما أنّ بيع الهازل ليس عند العرف بيعا حقيقيا.

و على هذا فبناء على جعل الإيجاب و القبول شرط صحة البيع، أو جعل البيع نفس العقد الدال على النقل - كما تقدم في كلام جماعة كالمحقق و ابن حمزة و العلامة في المختلف- كان البيع الصحيح هو المنشأ باللفظ، و صحّ سلب البيع عن المعاطة حقيقة.

(1) هذا بيان للفرد الخفي، إذ الصحة إما أن تكون بنظر الشارع، كما كان ظاهر كلام الشهيدين من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، و عليه فعدم كون المعاطة بيعا حقيقيا واضح.

حيث إنّ المشروط عدم عند عدم شرطه. و إما أن تكون بنظر العرف أي الإنشاء المستجمع لشرائط التأثير عندهم، فإذا كان مؤثرا عرفا لا شرعا- لخلوّه عن الإيجاب و القبول اللفظيين- صحّ سلب العنوان عنه حقيقة، لعدم كونه مؤثرا في النقل شرعا، و يعدّه العرف كإنشاء الهازل مما لا يصدق عليه البيع حقيقة.

(2) أي: و إن لم يكن البيع مؤثرا في النقل كان بيعا صوريا.

(3) جواب قوله: «فان قلنا» و جملة الشرط و الجزء جواب قوله: «و أما الأول»

(1): تقدّم كلامه في ص 303، فراجع.



الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة أو فسّره بالعقد، لأنهم (1) في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

### [تفصيل الأقوال في حكم المعاطة]

إذا عرفت ما ذكرنا (2) فالأقوال في المعاطة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة (3):

اللزوم مطلقا (4) كما عن ظاهر المفيد (5)، و يكفي في وجود القائل به

ولم يذكر المصنف قدس سرّه عدلا لقوله: «فان قلنا» اتكالا على وضوحه، و تقديره: أنه إذا لم نقل بالوضع للصحيح لا شرعا و لا عرفا- بل قلنا بالوضع للأعمّ منه و من الفاسد- فلا ريب في كون المعاطة بيعا و إن كانت فاسدة.

(1) تعليل قوله: «فيصح» يعني: بناء على كلا القولين- من جعل الصيغة من شرائط الصحة أو تفسير البيع بالعقد المؤثر- يتجه نفي بيعية المعاطة، لفرض عدم تأثيرها في النقل و الانتقال، و إنّما تفيد إباحة التصرف مع بقاء العينين على ملك المتعاطيين المبيحين.

هذا تمام الكلام في تحرير محلّ النزاع و مصبّ الأقوال في المعاطة.

وقد تحصّل: أنّ محطّ البحث هو المعاطة المقصود بها الملك، لا الإباحة، و لم يتم توجيه المحقق الكركي من حملها على الملك الجائز، و لا توجيه صاحب الجواهر قدس سرّهما من جعل مقصود المشهور القائلين بترتب الإباحة عليها ما لو قصدتها المتعاطيان و لم يقصدا الملك.

### تفصيل الأقوال في حكم المعاطة

(2) هذا شروع في بيان الأقوال في حكم المعاطة مقدّمة للاستدلال على القول المختار.

(3) بل سبعة، و القول السابع منسوب الى كاشف الغطاء قدس سرّه في شرحه على القواعد من:

أنّ المعاطة معاوضة مستقلة مفيدة للملك.

(4) أي: سواء كان الدال على التراضي لفظا أم غيره.

(5) قد تقدّمت عبارة المفيد، و مرّ الكلام في هذا الاستظهار. و كيف كان فقد اختاره المحقق الأردبيلي قدس سرّه جازما بأنّ المعاطة بيع

صحيح مفيد للملك، قال: «فاعلم: أنّ الذي

قول العلامة قدس سره في التذكرة: «الأشهر (1) عندنا أنه لا بدّ من الصيغة» (1).

و اللزوم بشرط كون الدال على التراضي (2) أو المعاملة (3) لفظا (4). حكى عن

---

يظهر أنه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع المملّك الناقل للملك من البائع إلى المشتري و بالعكس - إلى الصيغة المعيّنة كما هو المشهور. بل يكفي كل ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض، وهذا المذهب منسوب إلى الشيخ المفيد من القدماء، وإلى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمه الله، وهو المفهوم عرفا من البيع .. إلخ» (2) و وافقه المحدث الكاشاني. ثم استدلل المحقق الأردبيلي بأربعة عشر دليلا على مدّعا، فراجع.

نعم في عدّ بعض معاصري الشهيد من أصحاب هذا القول تأمل، فإنّ الشهيد الثاني حكى عنه اعتبار مطلق اللفظ الدال على التراضي، لا خصوص الإيجاب و القبول اللفظيين.

(1) هذا التعبير يدلّ على وجود القول المعتدّ به بحيث يكون مشهورا، و إلا كان المناسب التعبير عنه بالمشهور بدل «الأشهر» و سيأتي من المصنف في خاتمة الاستدلال اختيار هذا القول. و مستنده العمومات، كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بعد وضوح كون المعاطاة المقصود بها التمليك بيعا عرفا.

(2) هذا هو القول الثاني، و الظاهر أنّ أوّل من قال به بعض مشايخ الشهيد الثاني، و لعلّ وجهه: إناطة العقود اللازمة بإنشائها بلفظ، فبدونه لا يصير لازما، لعدم دليل عليه.

(3) أي: المقابلة التي هي قبل إنشاء المعاملة، و إلا فمفروض الكلام وقوع الإنشاء بالتعاطي.

(4) بأن كان اللفظ الفاقدا للشرائط كالعربية و الماضوية - بناء على اعتبارهما - آلة إنشاء البيع.

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 139 الى 142

بعض (1) معاصري الشهيد الثاني، و بعض (2) متأخري المحدثين.

لكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل (3).

و الملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقق الثاني (4)، ونسبه الى كلّ من قال بالإباحة، وفي النسبة ما عرفت (5).

---

(1) و هو السيد حسن ابن السيد جعفر الكركي، كما حكاه السيد العاملي «1» عن حاشية المسالك، قال الشهيد الثاني - بعد نقل خلاف المفيد مع المشهور - ما لفظه: «وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك أيضا، لكن يشترط في الدال كونه لفظا، وإطلاق كلام المفيد أعم منه .. إلخ» (2)

(2) كصاحب الحدائق، ونسبه الى جمع من علماء البحرين، فراجع «3».

(3) هذه العبارة حاشية من المصنف قدّس سرّه على قوله: «و اللزوم بشرط كون الدال .. إلخ» ولعل وجه التأمل هو: أنّه مع شرطية مطلق اللفظ يكون إنشاء البيع بالصيغة لا بالفعل، غاية الأمر ذهب هذا القائل الى عدم اعتبار لفظ خاص.

إلا أن يكون المراد اعتبار اللفظ في مقام المساومة، لا إنشاء المعاملة، بل لا بد من إنشاء البيع باللفظ، فتأمل.

(4) هذا هو القول الثالث، ذهب اليه المحقق الكركي قدّس سرّه مصرّاً عليه، حتى أوّل كلمات القائلين بالإباحة به، و تقدم نصّ كلامه في المتن. و استدل عليه بالسيرة المستمرة على معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك و يأتي التجارة عن تراض و حلّ البيع.

(5) من الاشكال، و أنّ حمل «الإباحة» في كلمات القدماء على «الملك الجائز» بعيد غايته، بل خلاف تصريح بعضهم بعدم الملك.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 156

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 147

(3) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 350 و 355

ص: 363

وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات (1) حتى المتوقفة على الملك، كما هو ظاهر عبائر كثير، بل ذكر في المسالك: «أن كل من قال بالإباحة يسوّغ جميع التصرفات» (2).

وإباحة (3) ما لا يتوقف على الملك، وهو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على القواعد (4)، وهو (5) المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب وقبول.

---

(1) هذا هو القول الرابع، ومستنده وجوه:

الأول: استقرار السيرة من الخاص والعام والنسوان والصبيان على التصرف في المأخوذ بالمعاطاة ويؤيده الإجماع المنقول عن الغنية و الروضة والمسالك المعتضد بالشهرة المحققة، إذ لم يقل أحد - مّمّن عدا المفيد رحمه الله - بإفاداة المعاطاة للملك الى زمان المحقق الكركي.

الثاني: الأخبار الدالة على حصر المحللّ والمحرّم في الكلام، فإنّها وإن اقتضت نفي الحلّ عند انتفاء الكلام، لكنها تحمل على نفي لزوم المعاملة عند انتفائه، جمعا بينها وبين ما دلّ على حصول الإباحة بالتراضي.

الثالث: استصحاب بقاء ملك المالك الأول مع فرض الشك في انتقال كل مال عن صاحبه إلى غيره.

(2) عبارة المسالك هذه: «لأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ أنواع التصرفات» (1).

(3) هذا هو القول الخامس، ووجهه: أنّ الإباحة غير الملك، فدلّيل الإباحة - من الإجماع المنقول عن الغنية أو السيرة - لا يقتضي التصرفات المنوطة بالملك كالبيع والعتق والوطي.

(4) حيث ذكر المصنف: أنّ المحكيّ عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة، و كوطي الجارية.

(5) يعني: وما ذكره الشهيد - من إباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك - هو

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 149

ص: 364

و القول (1) بعدم إباحة التصرف مطلقا (2).

المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية، حيث قلنا: «و صرّح الشيخ في المبسوط: بأنّ الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحلّ وطئها» فإنّ المنع عن وطئ الجارية المهداة بالهدية المعاطية ينطبق على هذا القول أي: عدم الملك مع إباحة التصرف غير المتوقف على الملك.

(1) هذا هو القول السادس أي: كون المعاطاة بيعا فاسدا، و مستنده وجهان:

أحدهما: أنّ ما قصد لم يقع، لأنّ المقصود و هو الملك لم يقع، و الإباحة غير مقصودة، فلا وجه لحصولها، فالمرجع عمومات حرمة التصرف في مال الغير بدون رضاه.

ثانيهما: ما ورد من أنّه «إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام» قال في الوافي: «الكلام هو إيجاب البيع، و إنّما يحلّل نفيا و يحرم إثباتا» (1).

(2) يعني: حتّى التصرفات غير المتوقفة على الملك، فتكون المعاطاة على هذا كالعقود الفاسدة التي ادّعي الإجماع على كون المقبوض بها كالمغصوب.

و هنا قول سابع ذكره السيد قدّس سرّه في حاشيته، و هو: «أنّ المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملكية، و ليست بيعا و إن كانت في مقامه، و نسب هذا القول الى الشيخ الكبير كاشف الغطاء» (2).

و في مفتاح الكرامة عن حواشي الشهيد على قواعد العلامة: «أنّها معاوضة برأسها إمّا لازمة و إما جائزة» و قال بعد أسطر: «حيث يجعلونها معاوضة برأسها» (3).

و الفرق بين هذا القول و بين ما عن المحقق الثاني - من كون المعاطاة بيعا جائزا - هو: أنّ المعاطاة بناء على قول الشيخ كاشف الغطاء ليست بيعا، فلا تجري عليها أحكام البيع، بخلافها على قول المحقق الثاني، لأنّ المعاطاة بناء عليه بيع جائز، فتجري عليها أحكام البيع.

(1): الوافي، ج 3، ص 95، كتاب المعاش و المكاسب و المعاملات، الطبعة الحجرية.

(2) حاشية المكاسب، ص 68.

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158، 159.

ص: 365

نسب إلى ظاهر النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها (1).

و المشهور (2) بين علمائنا عدم ثبوت الملك (3) بالمعاطاة وإن قصد المتعاطيان بها التمليك، بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، ولم يقتصر على ذلك (4) حتى نسبه (5) إلى الأصحاب (6).

و مستند هذا القول السابع- مع عدم كونها بيعا- هو آية التجارة عن تراض، لوضوح صدق «التجارة» على المعاطاة وإن لم يصدق عليها البيع، لتوقف صدق البيع على الإيجاب والقبول اللفظيين. وهذا القول يدل على كون النزاع في المعاطاة صغرويا، لأنه يكشف عن عدم صغرويتها للبيع، وعدم فرديتها له، فيكون مساوقا لنفي بيعيتها في العبائر المتقدمة.

(1) يعني: ثبت رجوع العلامة قدس سره عن هذا القول في غير «نهاية الأحكام» من كتبه، وسيأتي كلامه في التحرير- الموهوم لموافقته للمحقق الكركي في الالتزام بالملك الجائز.

ثم إن النزاع في المعاطاة على هذه الأقوال صغروي على بعضها، وكبروي على بعضها الآخر، فإن من نفى بيعيتها نظر إلى عدم صغرويتها لمفهوم البيع بناء على كون النفي حقيقيا.

و من قال ببيعيتها ونفى صحتها أو لزومها وأثبت جوازها كان نزاعه كبرويا، لتسليمه بيعية المعاطاة، وإنما يناقش في الكبرى، وهي: أن كل بيع لازم.

(2) بعد أن أشار إلى الأقوال وأربابها أراد التنبيه على ما هو المشهور منها وما ليس كذلك، وما تقرّد به بعض دون آخر.

(3) لما عرفت من أن حمل الإباحة في كلامهم على الملك الجائز- كما صنعه المحقق الكركي قدس سره- بعيد جدا.

(4) أي: على إفادة المعاطاة للملك.

(5) هذا الضمير وضميرا «به» في الموضوعين راجعة إلى الملك.

(6) حيث قال في جامع المقاصد و تعليقه على إرشاد العلامة: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم» (1).

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 58.

نعم (1) ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه [1]: «الأقوى (2) أنّ المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت

(1) هذا استدراك على قوله: «بل لم نجد قائلًا به» يعني: أنّ كلام العلامة في التحرير يوهم ترتّب الملك على المعاطاة، فلعلّ الأولى نسبة إفادة الملك الجائز إلى العلامة المتقدم عصرا على المحقق الكركي قدّس سرّهما.

(2) فإنّ ظاهره وجود القول القوي بالملك اللازم. توضيحه: أنّ تعبير العلامة ب «الأقوى» يحتمل أمرين، قال بكلّ منهما بعض.

الأوّل: أن يكون القول القوي- المقابل للأقوى- هو الإباحة المحضنة التي هي القول المشهور المتداول على الألسن إلى زمان العلامة.

الثاني: أن يكون القول القوي: الملك اللازم المنسوب الى المفيد.

وعلى كلا الوجهين يتمّ استشهاد المصنف قدّس سرّه بعبارة التحرير، لأنّ محطّ نظر شيخنا الأعظم هو قول العلامة: «ان المعاواة غير لازمة» سواء أكان مقصود العلامة من القول الآخر الملك اللازم المنسوب إلى المفيد، أم الإباحة التي ذهب إليها المشهور.

[1] لا يقال: إنّ إيهام عبارة التحرير لإفادة المعاواة للملك مبني على كون المراد بالمعاطاة في كلامه ما قصد به التمليك، وهو غير معلوم، لاحتمال أن يراد بها ما قصد به الإباحة، ولا ينافيه التعبير باللزوم والفسخ، لأنّ هذا التعبير إنّما هو بلحاظ كون المعاواة عقدا قد أنشئ بالفعل، كما أنّ التعبير بالمعاطاة إنّما هو لأجل كون الإباحة بإزاء الإباحة كما هو مقتضى باب المفاعلة، فالمعاطاة ثابتة، غاية الأمر أنّها بين الفعلين لا المالين، فلا حاجة معه الى ما تكلف به المصنف قدّس سرّه.

فإنه يقال: لا يراد هذا الاحتمال، لمكان قوله بعد ذلك: «بخلاف البيع الفاسد» إذ لا مجال لتوهم كون المعاواة المقصود بها الإباحة كالبيع الفاسد حتى يدفع بذلك، وهذا بخلاف المقصود بها التمليك، فتدبر.

لزمت» «1» انتهى. و لذا (1) نسب ذلك إليه في المسالك. لكن (2) قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» ظاهر في أنّ مراده مجرد

---

(1) يعني: و لأجل توهم هذا الظهور قال الشهيد الثاني: «و عبارة العلامة في التحرير كالصريحة في إفادة هذا المعنى، لأنّه قال: الأقوى عندي: أن المعاطاة غير لازمة .. إلخ» «2».

و ما أبعد ما بين تعبير المصنف بالإيهام و دعوى الشهيد الثاني التصريح.

(2) غرضه دفع قوله: «نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير» و محصل ما أفاده تضعيفا لتوهم الظهور المزبور هو: أنّ منشأ توهم الظهور في الملك في عبارة التحرير أمور:

أحدها: قوله: «الأقوى».

ثانيها: قوله: «بل لكل منهما فسخ المعاوضة» لظهوره في كون المعاطاة من المعاوضات، كما أنّ الفسخ مخصوص بالعقود، و في موارد الإباحة استرداد للعين.

ثالثها: قوله: «فان تلفت لزمت» فإنّ جميع ذلك ظاهر في حصول الملك المترلزل و لزومه بالتلف.

و المصنف قدّس سرّه ناقش في الجميع. أما في الأوّل فبأنّ المراد بقوله: «الأقوى» هو في مقابل قول المفيد باللزوم.

و أمّا في الثاني فبأنّ إطلاق المعاوضة عليها إنّما هو باعتبار قصد المتعاطيين. و كذا إطلاق الفسخ على الرد، لا باعتبار تحقق عقد مملّك.

و أمّا الثالث فبأنّ إطلاق اللزوم بالتلف إنّما هو بهذا الاعتبار أيضا.

و على فرض ظهور هذه الجمل في الملك يكون قوله: «و لا يحرم على كل منهما الانتفاع ..

إلخ» أظهر من تلك الجمل في عدم حصول الملك، إذ مع فرض حصوله لا يبقى مجال لقوله:

«و لا يحرم» لأنّه لا ينبغي الارتياح في جواز التصرف في الملك، فمع حصول الملك بالمعاطاة لا يبقى شك في حليّة التصرف.

---

(1): تحرير الأحكام، ج 1، ص 164.

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 148.



الانتفاع، إذ لا معنى [1] لهذه (1) العبارة بعد الحكم بالملك.

وأما قوله: «و الأقوى .. الى آخره» فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم [2].

و إطلاق (2) المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان. و إطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار (3)

---

(1) أي: لقول العلامة: «و لا يحرم على كل منهما الانتفاع» إذ لو كانت المعاظة مفيدة للملك، لم يكن معنى لحكم العلامة بعدم حرمة الانتفاع، لكون جواز انتفاع كل واحد منهما- فيما انتقل إليه- من آثار الملك، فلا حاجة الى التنبيه عليه، فصول كلام العلامة عن توضيح الواضح يقتضي إرادة الإباحة من الملك، لما بين الإباحة و جواز الانتفاع من الملائمة و المناسبة.

(2) معطوف على: «و أما قوله» و هو إشارة إلى منع المنشأ الثاني لظهور عبارة التحرير في الملك، و هذا هو إطلاق المعاوضة على المعاظة، و إطلاق الفسخ على استرداد العينين ما دامتا باقيتين.

(3) أي: باعتبار قصد المتعاطيين.

---

[1] بل لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالإباحة، لأنه تكرر لما يستفاد من العبارة السابقة على القول بالإباحة، بخلافه على القول بالملك، لأنه بناء على هذا يكون من قبيل الحكم بعد حصول موضوعه، فكأنه قال: «الأقوى: أن المعاظة تفيد الملك غير اللازم، فلا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، ليتحقق الملك. بخلاف البيع الفاسد، فإنه يحرم الانتفاع فيه، لعدم تحقق الملك، فلا مسوغ للتصرف فيه».

و عليه فما استظهره المسالك من عبارة التحرير و نسبه إليه من كون المعاظة مفيدة للملك الجائر لا يخلو من جودة.

[2] لا يخفى أن المنسوب الى شيخنا المفيد و بعض العامة هو الملك اللازم، فالمقابلة تقتضي أن يكون المراد بقوله: «الأقوى أن المعاظة غير لازمة» أن المعاظة تفيد الملك الجائر، فاستظهر المسالك في محله، و الله العالم.

أيضاً (1)، وكذا اللزوم (2).

ويؤيد (3) ما ذكرنا- بل يدل عليه-: أنّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الإيجاب والقبول، ثم قال: «وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأتعمة؟ الأقرب عدمه (4)، نعم (5) يباح التصرف بشاهد الحال» (1) انتهى.

وصرّح بذلك (6) أيضاً في الهدية (2)، فإذا لم يقل (7) في الهبة بصحة المعاوضة فكيف يقول بها في البيع؟

---

(1) أي: كصدق المعاوضة على المعاوضة باعتبار قصدتهما.

(2) أي: إطلاق لزوم المعاوضة باعتبار القصد. وهذا منع المنشأ الثالث.

(3) أي: يؤيد إرادة مجرد الانتفاع- لا- الملكية المتزلزلة- في عبارة التحرير ما أفاده العلامة في هدية التحرير من توقف مملكتيها على الإيجاب والقبول اللفظيين، وإلا أفادت إباحة محضة.

والتعبير بالتأييد لعلّه لاحتمال وجود تعبد في البين فارق بين باب المعاوضة في البيع والهدية. والإضراب عنه إلى الدلالة ناظر إلى منع التعبد، وكونهما من باب واحد.

(4) أي: عدم الاستغناء عن الإيجاب والقبول.

(5) الشاهد في تصريح العلامة قدس سرّه بحصول إباحة التصرف في الهدية الفعلية، ولو كانت بالإيجاب والقبول اللفظيين لأفادت الملك.

(6) أي: بعدم استغناء الهدية عن الإيجاب والقبول اللفظيين، وبحصول مجرد إباحة التصرف، كعدم استغناء الهبة عنهما.

(7) يعني: أنّ عدم التزام العلامة قدس سرّه بالمعاوضة في عقد الهبة يستلزم إنكار المعاوضة في البيع بالأولية القطعية، إذ البيع عقد لازم، و الهدية جائزة، فتوقف العقد الجائز على إنشائه باللفظ يستلزم أولوية توقف العقد اللازم عليه.

---

(1): تحرير الاحكام، ج 1، ص 281.

(2) المصدر، ص 284.

ص: 370

و ذهب (1) جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك (2).

## [المقام الثالث: الاستدلال على القول المختار]

### [الدليل الأول: السيرة]

و لا يخلو عن قوة، للسيرة (3) المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطي و الإيضاء و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

(1) معطوف على قوله: «و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة» و هذا إشارة إلى القول الثاني - المعنى به - في حكم المعاطاة، بعد القول المشهور النافي للملك.

(2) هذا مختاره قدس سره من بين الأقوال الستة المتقدمة. و العبارة ظاهرة بدوا في الميل الى مختار المحقق الكركي قدس سره من الملك المتزلزل. لكن مقصود المصنف قدس سره - بقرينة أدلة مملكية المعاطاة و ما سيأتي من أدلة اللزوم - هو الاستدلال على أصل إفادة المعاطاة للملك، مع الغض عن جوازه و لزومه، بقرينة قوله: «الى حصول الملك» و لم يقل «الملك المتزلزل» و ليس مقصوده تقوية خصوص الملك الجائز الذي أسسه المحقق الكركي حتى يتوهم منافية قوله:

«و لا يخلو عن قوة» لما سيأتي من الأدلة الثمانية على كون المعاطاة كالبيع بالصيغة مفيدة للملك اللازم.

ثم إن هذا شروع في المقام الثالث المتكفل لحكم المعاطاة بحسب الأدلة الاجتهادية، و تعرض المصنف لوجوه خمسة استدلل بها القوم، و ناقش في بعضها. أولها: السيرة، ثانيها:

آية حلّ البيع، ثالثها: آية التجارة عن تراض. رابعها: حديث السلطنة، خامسها: الإجماع المركب.

المقام الثالث: الاستدلال على القول المختار الدليل الأول: السيرة

(3) هذا هو الدليل الأول على مملكية المعاطاة، و قد استدلل به المحقق الثاني في ما تقدم من عبارتي جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و تبعه غيره ممن قال بالملك.

ثم إن السيرة أمّا عقلانية و إمّا مشرعية، و المراد بالأولى بناء العقلاء - بما هو عقلاء - مع الغض عن تدبيرهم بشريعة، كسيرتهم على الأخذ بظاهر الكلام في مقام الاحتجاج، و بالعمل

ياخبار الثقة ونحوهما. والمراد بالثانية عمل المشرعة بأمر و التزامهم به بما أنهم متدينون.

و الفارق بين السيرتين: أنّ اعتبار الاولى يتوقف على إمضاء الشارع لها و لو بعدم الردع، دون الثانية، لكونها إجماعاً عملياً متلقاة من الشارع.

و الظاهر أنّ مقصود المصنف قدس سرّه من السيرة هنا هي السيرة العقلانية دون التشريعية، و ذلك لما سيأتي منه في التشكيك في حجيتها بقوله: «فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين ..» و من المعلوم أنّ سيرة المشرعة لا سبيل للطعن فيها بمثله، و إلا لم تكن سيرة المشرعة.

و كيف كان فالاستدلال بالسيرة العقلانية على ترتيب آثار الملك على المعاطاة منوط بأمر ثلاثة لا بدّ من إحرازها:

الأول: أصل ثبوت بناء العقلاء على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.

الثاني: استمرار عملهم من زماننا إلى عهد الشارع و عدم كونه من السير الحادثة.

الثالث: عدم ردع الشارع الأقدس عنه حتى يستكشف إمضاؤه له و تقريره إيّاه.

و هذه الأمور الثلاثة محققة في المقام.

أمّا الأمر الأول، فلوضوح استقرار بناء العقلاء على ترتيب آثار الملك على المعاطاة، لتصرفهم في المأخوذ بها بما يكون من شؤون سلطنة المالك خاصة، من جواز بيعه و عتقه و الإيحاء به الى الغير، و توريثه، و وقفه، و التصدّق به، و نحو ذلك من التصرفات التي يتوقف نفوذها على صدورهما من المالك أو من يقوم مقامه، و لا تكون مشروعة من المباح له.

و لو كانت المعاطاة مؤثرة في الإباحة المحضة دون الملك لكانت التصرفات المذكورة غير نافذة شرعاً، و أوجب ذلك اختلال نظام المعيشة. و إنكار هذه السيرة مكابرة، فإنّها ثابتة من العقلاء بما هم عقلاء، و من المشرعة بما هم متشرعون. فدعوى كون المتيقن من هذه السيرة هو إباحة التصرفات لا الملكية مجازفة.

و أمّا الأمر الثاني: فلأنّ هذه السيرة ليست حادثة في الزمن المتأخر عن عصر الشارع،

و يدلّ عليه (1)

بل مقتضى تشابه الأزمنة وعدم نقل خلافها في التواريخ ثبوت هذه السيرة في عصر الشارع.

وقد أشار المصنف الى هذه الجهة بقوله: «المستمرة».

وأما الأمر الثالث فلأنه يكفي في إحراز الإمضاء- بعد ثبوت الاستمرار- عدم ثبوت الردع الشرعي، ولو لم تكن سيرة العقلاء مرضية له لزمه الردع عنها.

فان قلت: يكفي في الردع إطلاق دليل الاستصحاب القاضي بلزوم الجري العملي على اليقين- أو المتيقن- السابق، وعدم نقضه بالشك، فأصالة عدم حدوث الملك بالمعاطة حجة شرعية صالحة للردع. وكذا الإجماع المتقدم- في عبارة شيخ الطائفة و ابنا زهرة و إدريس- على كون المعاطة مبيحة لا مملّكة. و عليه فالسيرة هنا ساقطة عن الاعتبار.

قلت: لا- مجال للردع بإطلاق دليل الاستصحاب مع كون السيرة دليلا- اجتهاديا حاكما على الاستصحاب، بعد البناء على حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، و أما الإجماع المنقول ففيه عدم حجّيته في نفسه خصوصا مع احتمال مدرّكّيته.

الدليل الثاني: آية حلّ البيع

(1) أي: و يدلّ على حصول الملك بالمعاطة عموم قوله تعالى. وهذا هو الدليل الثاني على كون المعاطة- كالبيع بالصيغة- في إفادة الملكية. و المذكور في المتن في تقريب دلالة الآية المباركة على المدعى وجوه ثلاثة:

أولها: دلالة الآية بالمطابقة على حلية أنحاء التصرفات- تكليفا في المأخوذ بالمعاطة سواء توقفت على الملك أم لا، و مدلولها الالتزامي الشرعي هو صحة المعاطة أي: كونها مؤثرة في النقل.

و الشاهد على ابتناء هذا الوجه على الملازمة الشرعية بين حلية البيع و صحته هو ما سيأتي منه قدّس سرّه في مقام المناقشة فيه بقوله: «و إباحة هذه التصرفات إنّما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات .. إلخ».

ثانيها: دلالتها بالمطابقة على الصحة، لأنّ تعلق الحلية بالأمر الاعتباري يناسب إرادة الوضع لا التكليف، و معه لا حاجة الى تقدير الأفعال الخارجية التي هي متعلقات الأحكام التكليفية.

ثالثها: دلالة الآية بالملازمة العرفية- لا الشرعية- على صحة المعاطاة، و إفادتها للملك من أوّل الأمر. و سيأتي بيان الأخيرين عند تعرّض الماتن لهما.

و أما الأوّل فتقريبه: أنّه مبني على أمور مسلّمة:

أحدها: أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفا.

ثانيها: أنّ مقتضى إلقاء الخطابات الى العرف كون موضوع الأدلة الشرعية هو البيع الصحيح- بنظرهم، لا الصحيح- شرعا، لما تقدم قبيل بحث المعاطاة من أن المستعمل فيه- من كلمة البيع في الأدلة- هو النقل المؤثّر عند العرف.

ثالثها: أنّ الموجب لتقدير «التصرفات» و إرادة الحلية التكليفية من الآية المباركة- مع تعلق الحلّ بنفس البيع- أحد أمور أربعة:

الأول: ظهور «الحلّ» في التكليفي، خصوصا مع تأكّد هذا الظهور الذاتي بالعرضي و هو تحريم الربا، و عدم تعلق الحلّ التكليفي بالبيع بمعنى إنشاء التمليك، إذ لا يتوهم فيه غير الحلّ حتى يحتاج إلى البيان.

الثاني: ورود الآية مورد الامتنان، و من المعلوم عدم الامتنان في حلّية مجرد الإنشاء، بل لا بدّ في حصول الامتنان من تحليل التصرفات المترتبة على البيع.

الثالث: كون البيع بنفسه غير اختياري، لترتبه على سببه بلا اختيار، فلا بدّ حينئذ من تقدير ما يصحّ تعلق الحلّ التكليفي به و هو التصرفات.

الرابع: أنّ الملكية اعتبار ذهني لا يتعلق بها الجعل، بل تنتزع من التكليف المجعول بالاستقلال.

و بهذا يتم الاستدلال، حيث إنّ إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة تستلزم شرعا

أيضاً (1) عموم (2) قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «1» حيث إنّه (3) يدلّ على حلّية جميع التصرفات المترتبة على البيع [1].

---

صحتها، إذ لو لم تكن مؤثرة في النقل لم يحلّ التصرف فيه أصلاً.

هذا تقريب الاستدلال، و سيأتي مناقشة المصنف قدّس سرّه فيه من عدم اقتضائه أزيد من الملك الآنيّ، و أمّا حصول الملكية من أول الأمر فلا.

(1) أي: كما دلّت السيرة العقلانية الممضاة شرعا على صحة المعاطاة و تأثيرها في الملك من حين التعاطي.

(2) المراد به الشمول الصادق على كل من العموم الوضعي و الإطلاق الحكمي، لوضوح أنّ شمول «البيع» للقولي و الفعلي ليس بالوضع، بل بمعونة مقدمات الحكمة.

(3) يعني: حيث إنّ عموم الآية يدلّ على حلّية جميع التصرفات، و الوجه في هذه الدلالة بعد تقدير متعلق الحلّ أي- التصرف- هو العموم الناشي من حذف المتعلق، فتثبت حلّية كل تصرف في المأخوذ بالمعاطاة، سواء توقف على الملك أم لا.

---

[1] الحق دلالة الآية على المدعى بلا حاجة الى تقدير أصلاً. و توضيحه يتوقف على تقديم أمور:

الأول: أنّ التصرفات المترتبة على البيع مختلفة بحسب الحكم، مثلاً: إذا باع زيد فرسه بدنانير معينة، فركوبه حلال تكليفاً، و بيعه و وقفه و هبته و صلحه و نحوها حلال وضعاً، و إنفاقه واجب تكليفاً، و حمل ما يحرم أكله و شربه عليه كالميتة و الخمر حرام تكليفاً.

و الحاصل: أنّ التصرفات المترتبة على البيع مختلفة سنخاً و حكماً، لكون بعضها خارجياً كالركوب و الأكل و الشرب و اللبس، و هذا القسم محكوم بالحلّ التكليفي أو الحرمة أو الوجوب كذلك، كحرمة حمل المحرّمات من الخمر و لحم الخنزير و نحوهما عليه، و كوجوب الإنفاق عليه. و بعضها اعتبارياً كالبيع و الصلح و الهبة و الوقف و العتق و نحوها،

---

(1): البقرة، الآية 275.

ص: 375

---

و هذا القسم محكوم بالحكم الوضعي كما لا يخفى.

الثاني: أنّ القيود الناشئة عن الحكم يمتنع دخلها في المتعلق، و من تلك القيود الصحة، فإنّها ناشئة عن الدليل، فدخلها في موضوع الدليل غير صحيح كما هو واضح.

الثالث: أن الحل في اللغة- كما عن الصحاح- هو الطلق الذي هو الإرسال و عدم المنع و الحجر، في مقابل الحرمة التي هي المنع و الحجر، و من المعلوم أنّ الحل بهذا المعنى أعم من التكليفي و الوضعي، فنفوذ البيع يصدق عليه الحلّ، لعدم منع عنه، في مقابل البيع غير النافذ، فإنّه ممنوع عنه، للمنع عن نفوذه و كونه كسائر البيوع النافذة. فمعنى حرمة بيع الملامسة و المنابذة و الحصاة و المجهول و غير ذلك هو عدم نفوذها و عدم ترتب الأثر المقصود عليها.

فكلّ من الحل و الحرمة يعمّ التكليفي و الوضعي، و تعيّن أحدهما في بعض الموارد إنّما هو بالقرينة، فتتظر بعض المحشّين قدّس سرّه في جواز إرادتهما معا، نظرا إلى عدم القدر المشترك «1»، غير ظاهر الوجه.

فالمتحصل: أنّه مع عدم القرينة على إرادة خصوص أحدهما يحمل كلّ من الحلّ و الحرمة على القدر المشترك.

الرابع: أنّ الأصل عدم التجوز و عدم التقدير، فمع إمكان إرادة الظاهر لا تصل النوبة إلى ارتكابهما، لأنّه رفع اليد عن الظاهر و ارتكاب خلافه بلا دليل، فلا يصار إليه بلا موجب.

الخامس: أنّ الحلّ كالحرمة تارة يتعلّق بالأعيان الخارجية كقوله تعالى أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ «2». و أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حَلْلٌ لَهُمْ «3» و حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ «4». و اخرى يتعلّق بالأفعال الخارجية كالأكل و الشرب

---

(1): حاشية المحقق الايرواني على المكاسب، ج 1، ص 77.

(2) المائدة، الآية: 1.

(3) المائدة، الآية: 5.

(4) النساء، الآية: 23.



و النكاح وغير ذلك. و ثالثة يتعلق بالأمر الاعتبارية المبرزة بمبرز خارجي أو المنشئة بإنشاء قولي أو فعلي كالصلح و البيع و الإجارة، و غيرها من الأمور الاعتبارية.

فإن تعلق بأعيان خارجية لم يصح الكلام إلا بتقدير فعل مناسب يتعلّق به الحكم، و إلا كان لغوا، فدلالة الاقتضاء توجب التقدير المزبور، فيتعلق الحلّ في الآيات المتقدمة بالأكل و في آية حرمة الأمهات بالنكاح.

وإن تعلق بالأفعال الخارجية يصحّ الكلام من دون حاجة الى تقدير، كقوله تعالى:

أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ «1» لكون متعلق الحل- و هو الفعل كالرفث في الآية الشريفة- مذكورا في الكلام.

وإن تعلق بالأمر الاعتبارية فكذلك، لصحة تعلقه بها من دون حاجة الى تقدير.

إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: أن مقتضاه إرادة حلية نفس البيع من الآية الشريفة و عدم تقدير التصرفات، لأنّه خلاف الأصل كما عرفت، فمعنى الآية الشريفة- و الله العالم:- أنّ الله تعالى شأنه قد رخص في إيجاد البيع و أطلقه، و لم يمنع عن تحقّقه في الخارج. فيراد بالحلّ الجامع بين التكليفي و الوضعي، فتدلّ الآية المباركة- بالمطابقة- على جواز البيع تكليفا و نفوذه و ضعا. و لا ينبغي الارتياح في كون المعاطاة المقصود بها التمليك بيعا، فيشملة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ لأنّ المراد بالبيع في هذه الآية المباركة هو معناه العرفي لا الشرعي، بمعنى ما يكون جامعا للشرائط الشرعية حتى يكون مؤثرا فعلا، لما عرفت- في بعض الأمور المتقدمة من امتناع دخل ما ينشأ عن الحكم في متعلقة، و المفروض أنّ الصحة مترتبة على الدليل، فلا يمكن أخذها في متعلقة. فالمقصود من البيع في الآية هو العرفي، فالبيع العرفي بمقتضى هذه الآية حلال تكليفا و ضعا، فالمعاطاة حلال كذلك، لأنّها بيع عرفي.

فالمحصل: أنّ الاستدلال بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ على كون المعاطاة بيعا جائزا و نافذا في غاية المتانة.

---

(1): البقرة، الآية: 187.

وقد ظهر أن الدلالة على ذلك تكون مطابقتة.

لا يقال: إن مقتضى المقابلة بين حلية البيع و حرمة الربا هو إرادة الحلية التكليفية في مقابل الحرمة التكليفية للربا، و حيث إن حلية البيع- الذي هو إنشاء تمليك عين بمال- تكليفا غير محتاجة إلى البيان، فلا بد من تقدير ليصحّ تعلق الحلية التكليفية به، و المقدّر هو التصرفات، فجميع التصرفات المترتبة على البيع حلال تكليفا بالدلالة المطابقتة، و نفس البيع حلال التزاما، فالتصرفات المترتبة على المعاطاة حلال تكليفا و إن كانت متوقفة على الملك، فلا يستفاد من الآية الملكية بل حلية التصرفات، إذ لا يراد حينئذ من «أحلّ» إلا الحلية التكليفية كما هو ظاهر المصنف قدّس سرّه.

فإنه يقال: لا- مجال لإرادة حلية التصرفات المترتبة على البيع من قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** لما عرفت من اختلاف أحكامها بحيث لا يشملها الحلّ، وإرادة بعضها مما لا قرينة عليه، هذا.

مضافا إلى: لغوية ذلك، لتضمن أدلة تشريع تلك الأحكام لها، فتشريعها ثانيا ممتنع على الحكيم.

و إلى: أنّ الحمل على التصرفات محتاج الى تقدير أو تجوز. و كلاهما خلاف الظاهر جدّا من دون حاجة إليه، لما مرّ من صحة تعلق الحل بنفس البيع، و عدم الوجه في رفع اليد عن هذا الظاهر.

و أمّا حرمة الربا فليست قرينة على إرادة خصوص الحل التكليفي، لأنّ المرادة بالحرمة هو المنع و الحجز، في مقابل الإطلاق و الإرسال، فالمراد بحرمة الربا هو المنع عنها، و عدم نفوذ البيع فيها. و ليس المراد خصوص الحرمة التكليفية، لأنّها إن كانت عين حرمة التصرف في مال الغير فهي لغو، فلا بد من الالتزام بالتأكد، و هو خلاف الأصل. و إن كانت غيرها لزم تعدد العقاب على المخالفة، و تعدد الثواب على الموافقة، و هو كما ترى ممّا يبعد الالتزام به. و هذا يصلح لأن يكون قرينة على إرادة الحل الوضعي و هو نفوذ البيع من «أحلّ» و يقابله حرمة الربا،

فيراد بها عدم النفوذ.

فحاصل المعنى: أن البيع نافذ، و الربا غير نافذة، فبالقرينة المقامية يتعين إرادة الحلية الوضعيّة من «أحلّ» و الحرمة الوضعيّة من «حرّم الرّبّا».

و مع الغضّ عن هذه القرينة لا مانع من إرادة القدر المشترك- و هو الإرسال- من «أحلّ» و المنع الذي هو ضدّ الإرسال من «حرّم الرّبّا».

فقد ظهر من جميع ما ذكرنا: ضعف ما أفاده المصنف قدّس سرّه من دلالة الآية الشريفة على حلّية التصرفات المترتبة على البيع، بل المراد الحلية الوضعيّة، فالبيع يوجب الملكية، لا أنّه يبيح التصرفات بدون الملكية كما أفاده المصنف قدّس سرّه حتى نحتاج الى الالتزام بالملك التقديري بالنسبة إلى التصرفات المتوقّفة على الملك.

نعم يتجه ما أفاده قدّس سرّه من تعلق الحلية بالتصرفات بناء على أنّ المراد بالبيع خصوص الصحيح، حيث إنّّه لا معنى حينئذٍ لحلية البيع الصحيح، بل لا بدّ من جعل متعلّق الحلّ التصرفات المترتبة على البيع الصحيح.

لكن لا مجال لذلك بعد البناء على إرادة البيع العرفي، و بعد ما عرفت من امتناع جعل الحلّ بالنسبة إلى التصرفات المختلفة الأحكام المترتبة على البيع.

و أما ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جعل الحلّ متعلقا بالتصرفات ففيه أوّلا: أنّ التقدير خلاف الأصل، و لا موجب له بعد صحة تعلق الحلّ بنفس البيع الذي هو معاملة خاصة عرفية، حيث إنّها من الأمور الاعتبارية التي يصح أن يتعلّق بها الحلية و الحرمة كما مرّ في بعض المقدمات.

و ثانيا: عدم صحة تعلق الحلّ التكليفي بتلك التصرفات بعد اختلافها في الأحكام كما تقدم أيضا.

و ثالثا: أنّ حلّية التصرفات لا تنطبق على المدعى، و هو كون المعاطاة مفيدة للملك، لأنّ مجرد إباحة التصرفات لا يدلّ على الملكية التي هي المدّعاة، إذ المفروض أنّ

المحقق الثاني قدس سره يلتزم بمملكية المعاطاة، لا مجرد كونها مبيحة للتصرفات، و المصنف قدس سره يريد إثبات هذا المدعى بالسيرة و بآية حلّ البيع. و من المعلوم أنّ حلية التصرفات- تكليفا- المترتبة على البيع لا تثبت الملكية، فالدليل لا ينطبق على المدعى.

اللهم إلا أن يقال: إنّ المقصود ترتب حلية جميع التصرفات- حتى المتوقفة على الملك- على البيع الصادق على المعاطاة، فالآية حينئذ تدلّ بالمطابقة على حلية التصرفات المترتبة على البيع، وبالالتزام على تأثير البيع الصادق على المعاطاة في الملكية.

لكن قد عرفت عدم صحة تعلق الحلّ بالتصرفات المختلفة حكما، فلا وجه لتقدير «التصرفات» و جعل الحلّ متعلقا بها.

و أما شيء من الوجوه الأربعة- من ظهور الحلّ في التكليفي، و ورد الآية مورد الامتنان، و كون البيع غير اختياري و انتزاعية الملكية- فلا يصلح لإثبات تقدير التصرفات و جعلها متعلقة للحل.

إذ في الأول أولا: منع الظهور في الحلّ التكليفي، بعد ما عرفت من عدم إرادة الحرمة التكليفية في قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا.

و ثانيا: بعد تسليمه عدم مانع عن إرادة الحلّ التكليفي، لأنّ متعلقة المعاملة الخاصة المعهودة بين الناس، و حليتها التكليفية ملازمة عرفا لحليتها الوضعية.

و في الثاني: حصول الامتنان بحلّ البيع العرفي تكليفا المستلزم لحله و ضعا، فلا حاجة الى تقدير التصرفات.

و في الثالث: منع عدم اختيارية البيع، لأنّ المراد به هو المعاملة المتداولة بين العقلاء التي هي من أفعالهم الاختيارية. نعم ليست هذه المعاملة فعلا اختياريا لأحد المتعاقدين، لأنّها فعلهما معا، لا واحد منهما، فتأمل.

و في الرابع: أن الملكية ليست اعتبارا ذهنيا، بل هي حكم وضعي قابل لتعلق الجعل به، استقلالا، كما تقدم مرارا.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: صحة الاستدلال بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** على كون المعاطاة مفيدة للملك، سواء أريد بالحل التكليفي أم الوضعي.

أمّا على الأول فلاستلزام حلّ المعاملة الخاصة البيعية تكليفاً لحلّها وضعاً، إمّا لامتنان، وإمّا لعدم احتياج الحلّ التكليفي المجرد عن الوضعي إلى البيان، لوضوحه وعدم توهم حرمة غاية الأمر أنّ دلالته على الحلّ الوضعي بناء على هذا تكون التزامية لا مطابقة.

وأمّا على الثاني - كما هو الأصح - فلكون متعلق الحلّ أولاً وبالذات نفس البيع، فدلالته على نفوذ البيع ومملكته تكون بالمطابقة، فلا يتوقف الاستدلال بالآية المباركة على تجوز أو تقدير ليكون متعلق الحلّ التصرفات.

ثم إنه قد أورد على المصنف قدس سره بوجوه عديدة، اثنان منها راجعان إلى منع دلالة الآية الشريفة التزاماً على إفادة البيع للملكية، وواحد منها راجع إلى كون المعاطاة بيعاً، وهي:

الأول: أن حلية التصرفات تكليفاً لا تدلّ على الملكية بالدلالة الالتزامية، إذ لا ملازمة بينهما لا عقلاً ولا شرعاً. أمّا الأول فواضح، وأمّا الثاني فلأنّ جواز التصرف في أموال الناس في حال الضرورة والمجاعة مسلّم عندهم، من غير أن يكون ذلك ملكاً للمتصرف. نعم التصرفات المنوطة بالملك تكشف عن حصوله آناً ما قبل التصرف جمعاً بين الأدلة. فالاستدلال بالآية الشريفة - بناء على كون مدلولها المطابقي حلية التصرفات تكليفاً - على تحقق الملكية من حين التعاطي في غير محلّه، لعدم الملازمة بين الملكية وإباحة التصرفات، هذا.

لكن يمكن دفعه بأنّ المراد التصرفات التي يرتبها العقلاء على بيوعهم. و من المعلوم أنّ المتداول بينهم هي التصرفات المالكية، بمعنى: أنّ العرف يرى استناد تصرفات المشتري في المبيع إلى مالكه له، لا إلى إباحة المالك أو الشارع له، وإباحة هذه التصرفات - لا محالة - تدلّ التزاماً على ملكية المبيع للمشتري و الثمن للبائع.

وهذا بخلاف التصرفات المباحة من جهة الضرورة، فإنّ الضرورات تتقدر بقدرها. و من المعلوم ارتفاع الضرورة بمجرد الإباحة في التصرف كالأكل، فلا موجب للالتزام بالملكية كما لا يخفى.

الثاني: ما تقدّم من أنّ الحلّ التكليفي يمتنع أن يشمل جميع التصرفات، لاختلافها سنخا و حكما، فإنّ وجوب الإنفاق على الدابة المبيعة أو حرمة العمل عليها مما لا يمكن تناول الحلّ التكليفي له. و الالتزام بحلية بعض التصرفات دون بعضها بلا ملزم و بلا دليل يقتضيه.

و دعوى «شمول الحلّ لجميع التصرفات، غاية الأمر أنّه يخرج بعضها- كوجوب الإنفاق و حرمة الصرف في المعصية- بالدليل، فيخصّص عموم حلّ التصرفات بالدليل الخارجي» غير مسموعة، لمنافاة التخصيص للامتنان المناسب للمعلوم، و لمنافاته أيضا لما يقتضيه حذف المتعلق من إرادة العموم.

مضافا إلى: عدم الحاجة الى إثبات الحلّ التكليفي بالآية المباركة بعد ثبوته بأدلة تشريع تلك التصرفات، فيلزم إمّا المحال و هو إيجاد الحاصل، و إمّا ارتكاب خلاف الأصل، و هو التأكد.

الثالث: أنه لو سلّم دلالة الآية الشريفة على جواز البيع وضعا و تكليفا، أو قلنا بدلالاتها على حلية التصرفات و استكشفتنا منها الملكية من أوّل الأمر، لكنّها لا تشمل المعاطاة، لعدم صدق البيع عليها، إذ لا يخلو إمّا أن يكون البيع من مقولة اللفظ أو من مقولة المعنى. و على التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاة.

أمّا على الأوّل فواضح. و أمّا على الثاني فلأنّ البيع و إن كان من مقولة المعنى، لكن صدق عنوان البيع عليه يتوقف على إبرازه باللفظ، لأنّ الكلام النفسي مدلول الكلام اللفظي.

و من المعلوم أنّ المعاطاة لم تبرز باللفظ، فتكون خارجة عن حدّ البيع، فلا وجه للاستدلال على مملكتيّها بآية الحلّ، هذا.

وفيه: أنّ البيع ليس اسما لمجرّد اللفظ، و إلا يلزم تحقّقه بلفظ «بعث» بدون الإنشاء.

و ليس أيضا اسما للاعتبار النفساني غير المبرز بمظهر خارجي، و إلاّ لزم تحقّقه بنفس الاعتبار و إن لم يكن مبرزا خارجا، بل البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي سواء أ كان لفظا أم فعلا، و لا دليل على حصر المبرز في اللفظ خاصة.

بل قد يقال (1): بأن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع، لا مجرد الحكم التكليفي (2).

لكنه محل تأمل (3) [1].

(1) هذا هو التقريب الثاني من وجوه الاستدلال بالآية الشريفة على مملكية المعاطاة، ولعله مختار من يقول بقابلية الأحكام الوضعية للجعل الاستقلالي، وأن الحلّية لو كانت ظاهرة بدوا في خصوص التكليف، إلا أن ذلك منوط بتعلّقها بالتصرّف الخارجي كالأكل و الشرب، وأما إذا تعلقّت بالتصرف الاعتباري من عقد أو إيقاع فلا، حيث إنّ الحلّ الوضعي عبارة عن نفوذ متعلّقة وتأثيره في الأثر المقصود، فالبيع المقصود به التمليك تكون صحته عبارة عن تأثيره في الملكية، فالآية الشريفة حينئذ يكون مدلولها المطابقي إفادة البيع للملكية، وقد تقدّمت فردية المعاطاة للبيع وصغورتها له، فتشملها آية الحلّ.

وبهذا ظهر وجه الإضراب المستفاد من قوله: «بل قد يقال» لألوية استظهار صحة البيع المعاطاتي من الآية الشريفة بالمطابقة من استظهارها بالدلالة الالتزامية المتفرعة على تمامية الدلالة المطابقية، فلو نوقش في دلالة الآية على حلية التصرفات المترتبة على البيع امتنع إثبات مملكية المعاطاة كالبيع القولي، وهذا بخلاف ظهور الحلية ابتداء في الوضع.

(2) وهو إباحة التصرفات - المترتبة على البيع - المستلزمة لصحته.

(3) وجهه: أنّ حمل الحلّ على الوضعي خلاف الظاهر، لظهوره في التكليفي، ولا بدّ حينئذ من تعلّقه بالتصرفات مطلقا خارجية كانت أم اعتبارية، إذ لا يتوهم حرمة إنشاء البيع حتى يدفع بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فلا بدّ أن يتعلّق بالتصرفات. فالآية الشريفة تدل بالدلالة المطابقية على حلية التصرفات تكليفا، وبالدلالة الالتزامية على حلية البيع وضعا.

[1] قد عرفت مفصّلا أنّه ظاهر الآية الشريفة، ولا ينبغي التأمل فيه. ودعوى ظهور «الحلّ» في التكليفي استنادا الى الوجوه المتقدمة قد عرفت ما فيها، فلاحظ و تدبّر.

و أمّا (1) منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة.

و أمّا (2) دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً- كابن زهرة في الغنية- فمرادهم (3) بالبيع المعاملة اللازمة التي هي أحد العقود،

(1) هذا راجع إلى أصل استدلاله قدس سرّه على مملكية المعاطاة بالآية الشريفة بالدلالة الالتزامية، وليس متعلقاً بخصوص قوله: «بل قد يقال» و بيانه: أنّ الاستدلال بالآية المباركة منوط بصدق الموضوع- أعني به البيع- على المعاطاة، إذ بدونها لا يكون المورد فرداً لموضوع الدليل حتّى يصحّ التمسك به لإثبات حكمه، و لذا قال: «إنّ منع صدق البيع الذي هو موضوع الدليل على المعاطاة مكابرة» حيث إنّ صدق مفهوم البيع عرفاً على المعاطاة من الواضحات التي لا يعترها ريب. و قد أشرنا إلى هذا بقولنا: «ان المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفاً».

(2) هذا اعتراض على قوله: «فمكابرة» و حاصله: أنّ وضوح صدق البيع على المعاطاة عرفاً- بحيث يكون منع صدقه عليها مكابرة- ينافي دعوى ابن زهرة رحمه الله: الإجماع على عدم بيعية المعاطاة.

(3) هذا دفع الاعتراض، و حاصله: أنّ المنافاة المذكورة مبتنية على أن يكون مراد المجمعين نفي بيعية المعاطاة حقيقة، و ليس الأمر كذلك، لأنّ مرادهم من البيع- الذي نفوه عن المعاطاة- هو المعاملة الصحيحة المؤثرة في إفادة الملك فعلاً الموصوفة باللزوم بحسب طبعها، و الجائزة لأمر خارج عن ذاته كالخيار. و إذا كان معقد إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة ذلك لم يكن منافاة بين هذا الإجماع النافي لبيعية المعاطاة و بين بناء العرف على بيعيتها، لأنّ نفي الصحة غير نفي الحقيقة، و المنفي في كلامهم و معقد إجماعهم هو البيع الصحيح الشرعي كما مرّ، و المثبت هو البيع العرفي، فتعدّد مورد النفي و الإثبات فلا إشكال.

لا يقال: إنّ ظاهر عبارة الغنية عدم انعقاد البيع بالتعاطي، لا عدم لزومه، لقوله فيها:

«و أمّا شروطه فعلى ضربين، أحدهما شرائط صحة انعقاده، و الثاني شرائط لزومه، فالضرب الأوّل ثبوت الولاية في المعقود عليه .. و أن يحصل الإيجاب من البائع و القبول من المشتري ..

إلخ» و من المعلوم أنّ مقتضى شرطية الصيغة للانعقاد عدم بيعية المعاطاة حقيقة، فلا يشملها قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**.

و على هذا فقول المصنف: «و لذا صرح في الغنية» شاهد على عدم بيعية المعاطاة،



ولذا (1) صرّح في الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع.

و دعوى (2) - أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعا-

لا على عدم لزومها.

فإنّه يقال: إنّ مقصود السيد ابن زهرة قدّس سرّه عدم بيعية المعاطاة شرعا لا عرفا، إذ لو كان مراده نفي بيعيتها عرفا لكان اللازم التمسك له بعدم الصدق العرفي الذي هو من قبيل عدم المقتضي، لا بالإجماع الذي هو دليل شرعي، ويكون من قبيل المانع. و عليه فالتمسك بالإجماع دليل على كون الإيجاب و القبول من الشرائط الشرعية لا العرفية، فصدق البيع على المعاطاة ممّا لا ينبغي الارتياح فيه. هذا.

و لو سلّم ظهور إجماع الغنية في نفي بيعية المعاطاة حقيقة قلنا: إنّه إجماع منقول، و قد ثبت في محله عدم حجّيته، مضافا الى معارضته بدعوى المحقق الثاني: «ان المعروف بين الأصحاب كون المعاطاة بيعا».

(1) غرضه إقامة الشاهد على التصرف المزبور، و هو كون المنفي في كلامهم البيع الصحيح المؤثر شرعا، لا البيع العرفي. وجه الشهادة: أنّه لو كان مرادهم ما هو ظاهر كلامهم - من نفي البيع حقيقة - لم يكن وجه لجعل الإيجاب و القبول من شرائط الصحة، بل كان اللازم حينئذ جعلهما من شرائط محقق مفهوم البيع و حقيقته، فيستكشف من تصريح السيد في الغنية «بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع» أنّ المنفي هو البيع الصحيح، لا البيع العرفي.

(2) هذه مناقشة في الاستشهاد بعبارة الغنية من جعلها قرينة على التصرف في كلامهم من عدم كون المعاطاة بيعا حقيقة.

توضيح المناقشة: أنّ كلام السيد ابن زهرة قدّس سرّه يكون شاهدا على التصرف في كلامهم لو كان البيع الفاسد بيعا عندهم ليكشف ذلك عن وضعه للأعم، و ذلك ممنوع، فتكون الصحة مساوقة لتحقق المفهوم، فبانتفاؤها ينتفي الحقيقة، فيكشف ذلك عن وضعه للصحيح. و عليه فتصريح ابن زهرة في الغنية - بكون الإيجاب و القبول من شرائط الصحة - لا يكون شاهدا على التصرف في كلامهم بحمل النفي على نفي الصحة مع بقاء الحقيقة، حيث إنّه بناء على هذا

يكون نفي الصحة مساوقا لنفي الحقيقة.

و نتيجة ذلك: أنه لا يصح الاستدلال بالآية الشريفة على مملكية المعاطاة، إذ المفروض عدم كونها بيعا حقيقة.

(1) هذا دفع المناقشة المزبورة، و حاصل الدفع: أنه قد ذكرنا سابقا: أن البيع ليس إلا إنشاء تملك عين بمال، و لم يؤخذ في مفهومه قيد التعقب بالقبول فضلا عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

و يمكن أن يكون نظره بقوله: «قد عرفت الحال» إلى ما تقدم عن جامع المقاصد من قوله: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم يكن كالعقد في اللزوم». و على التقديرين يكون البيع الفاسد بيعا حقيقة و إن لم يكن مؤثرا شرعا.

هذا تمام الكلام في التقريب الأول و الثاني من وجوه الاستدلال بآية حلّ البيع، و بقي التقريب الثالث، و سيأتي بقوله: «فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفا من حلّ البيع صحته شرعا» فانتظر.

[1] لا يخفى أن البيع الفاسد و إن كان بيعا عرفيا، لكن فساده شرعا يمنع عن التمسك بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و نحوه من أدلة نفوذ البيع و صحته، و المقصود من إثبات بيعية المعاطاة هو الاستدلال على صحتها بهذه الآية و نحوها. فجعل المنفي في معقد إجماع الغنية صحة البيع لا- حقيقته: و إن كان متينا في نفسه، لكنه ينافي التمسك بالآية المزبورة لكون المعاطاة بيعا نافذا، بل تصير المعاطاة حينئذ كبيع المنابذة و الملامسة و نحوهما من البيوع الفاسدة الخارجة عن حيز عموم **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و الوجه في خروج المعاطاة عن العموم المزبور هو إجماع الغنية على عدم كونها بيعا صحيحا.

فتوجيه معقد الإجماع بإرادة البيع الصحيح ينتج ضدّ المقصود- الذي هو إثبات بيعية المعاطاة- حتى يصح الاستدلال لها بمثل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** فالأولى كما تقدم منع الإجماع أولا، و منع حجيته بعد تسليمه ثانيا.

و مما ذكر (1) يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ.

الدليل الثالث: آية التجارة عن تراض

(1) أي: من جعل متعلق الحلّ في آية حلّ البيع: التصرفات و ملازمتها شرعا لصحة البيع و نفوذه يظهر وجه التمسك بقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ «1». وهذا هو الدليل الثالث ممّا تعرض له المصنف قدّس سرّه من الأدلة على مملّكية المعاطاة. و قد سبقه في الاستدلال به المحقق الكركي قدّس سرّه في كلامه المتقدم عن جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و المحقق الأردبيلي قدّس سرّه في شرح الإرشاد «2».

و لا يخفى أنّ الوجوه الثلاثة المشار إليها في الاستدلال بآية حلّ البيع تجري في هذه الآية المباركة أيضا، و المهمّ منها فعلا- بنظر الماتن- هو الوجه الأول، أعني به دلالة الآية بالمطابقة على حلية التصرف تكليفا في المأخوذ بالتجارة عن تراض، و بالدلالة الالتزامية على صحتها و مملّكيتها، لأنّه قدّس سرّه أحال تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة على ما ركن إليه في آية حلّ البيع، فيقال: المعاطاة المقصود بها الملك تجارة عن تراض- إذ التجارة هي التصرف في رأس المال طلبا للربح «3»- و التصرفات المالكية المترتبة على التجارة جائزة، فالتصرف في المأخوذ بالمعاطاة جائز، و هذا الجواز التكليفي يستلزم شرعا صحة المعاطاة و مملّكيتها.

و كيف كان فوجوه الاستدلال بهذه الآية الشريفة متعددة، من جهة كون الأكل كناية عن التصرف أو عن التملك، و من جهة كون النهي في المستثنى منه مولويا أو إرشادا إلى الفساد، و كون الجواز في المستثنى إباحة تكليفية أو إرشادا إلى الصحة، و من كون الاستثناء متصلا أو منقطعاً. لكن المهمّ منها اثنان، تعرض المصنف لأحدهما، و سيأتي ذكر الآخر في التعليقة

(1): النساء الآية: 28.

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 58، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 142.

(3) مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الأصفهاني، ص 73.

إن شاء الله تعالى.

و توضيح الوجه المذكور في المتن منوط بالإشارة إلى أمرين:

أولهما: أنّ النهي في المستثنى منه ظاهر في حرمة الأكل تكليفاً، فيكون الجواز في المستثنى ظاهراً في الحلية التكليفية أيضاً.

ثانيهما: أنّ متعلّق النهي و ان كان هو الأكل لكن لا يراد به ظاهره أي الازدراء المقابل للشرب قطعاً، بل المراد به التصرف في أموال الناس بغير حق، و مقتضى حذف المتعلق إرادة مطلق التصرف سواء أكان متوقفاً على الملك أم لا، إذ لا قرينة في الآية الشريفة على إرادة صنف خاص من التصرفات. و مقتضى المقابلة إرادة حلية كل تصرف - سواء توقف على الملك أم لا - في المأخوذ بالتجارة عن تراض.

قال في مجمع البيان: «ذكر الأكل و أراد سائر التصرفات، و إنّما خصّ الأكل لأنّه معظم المنافع .. الى أن قال: وفي قوله: بالباطل قولان: أحدهما: أنّه الربا و القمار و النجش و الظلم، عن السدي، و هو المروي عن الباقر عليه السلام. و الآخر: أنّ معناه: بغير استحقاق من طريق الأعواض، عن الحسن. قال: و كان الرجل منهم يتحرّج عن أن يأكل عند أحد من الناس بعد ما نزلت هذه الآية إلى أن نسخ ذلك بقوله في سورة النور و لا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ .. الى قوله أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً .. إلى أن قال: و ثالثها: أنّ معناه: أخذه من غير وجهه، و صرفه فيما لا يحلّ له، إلّا أن تكون تجارة أي مبايعة» «1».

و بوضوح الأمرين المتقدمين نقول في تقريب الاستدلال بالآية المباركة: إنّ «الأكل» كناية عن مطلق التصرف، إذ لا قرينة على إرادة فعل خاص، فيتعيّن إرادة مطلق التصرف، و المعنى حينئذ: أنّه لا تتصرّفوا في أموال الناس بالأسباب الباطلة، إلّا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض كالمعاطاة التي هي تجارة لغة و عرفاً. و الاستثناء من الحرمة التكليفية يقتضي الحلّ التكليفي، فتدل الآية بالمطابقة على حلية التصرفات - تكليفاً - المترتبة على

(1): مجمع البيان، ج 5، ص 37.

التجارة عن تراض، و تدلّ على تحقق الملكية من أول الأمر- لا حين إرادة التصرف- بالملازمة العرفية، لأنّ السلطنة المطلقة على شيء لا تنفك عرفاً عن الملكية، وإن كانت الملكية قد تنفك عن السلطنة كالمحجور لأحد موجبات الحجر من صغر أو فليس أو جنون أو غيرها.

وبالجملة: فوزان الاستدلال بهذه الآية المباركة وزان الآية المتقدمة، غاية الأمر أنّ الاستدلال بهذه الآية لا يتوقف على التقدير، لكون متعلق الجواز المذكوراً وهو «الأكل» المراد به التصرف. بخلاف الاستدلال بتلك الآية، فإنّه منوط بتقدير التصرفات. فالاستدلال بهاتين الآيتين على مملكية التجارة والبيع- الذي تكون المعاطاة من أفراد- يكون بالدلالة الالتزامية الشرعية، لأنّ مدلولهما المطابقي هو حلية التصرفات تكليفاً كما عرفت [1].

[1] ويرد عليه- مضافاً إلى ما أورد به على الاستدلال بآية حل البيع- أنّ عموم التصرفات للتصرفات الاعتبارية غير ظاهر، لأنّ الأكل الذي هو تصرف خارجي وإن لم يكن نفسه بمراد، إلا أنّ المتيقن من التعدي عنه هو التصرفات الخارجية. وأمّا التعدي إلى التصرفات الاعتبارية المغايرة سنخاً للتصرفات الخارجية فلا قرينة عليه. والدلالة الالتزامية الدالة على الملكية لا يكفي فيها إباحة التصرفات الخارجية، فلا يصح الاستدلال بهذه الآية المباركة بالدلالة الالتزامية على مملكية المعاطاة التي هي تجارة عن تراض.

ويرد عليه أيضاً ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سرّه من: أنّ غاية مدلول الآية حلية التصرفات المترتبة على المعاطاة، وأمّا الملكية من أول الأمر فلا، لكفاية الملكية الآتية في حلية مطلق التصرف المتوقع على الملك «1».

وهذا الإشكال- الذي أورد به المصنف على الاستدلال بآية الحل- مخصوص بالتقريب الأول. وأمّا التقريب الثالث وهو دلالة الآية على الصحة بالملازمة العرفية بينها وبين الحلية فهو سليم عن هذا الإشكال، إذ المفروض أنّ العرف يرتّب آثار الملك على المعاطاة من حين

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 77.

التعاطي، سواء تصرف فيه بما يتوقف على الملك أم لا.

هذا ما يتعلق بالوجه الأول الذي استظهره المصنف قدس سره من الآية الشريفة.

الوجه الثاني:- الذي لم يتعرض له في المتن- هو: أن المراد من الأكل التملك، فإنه الشائع بعد الصرف عن ظاهره، للقطع بعدم إرادته بالخصوص في المقام، لوضوح عدم إرادة خصوص المأكولات هنا، وهذا النحو من الاستعمال متعارف في القرآن الكريم وكلمات الفصحاء. وإرادة «التملك» أظهر من إرادة «التصرف» الذي هو مبنى الوجه الأول. إذ «التجارة عن تراض» إنما تكون من الأسباب الناقلة للملك، فتملك الأموال لا بد أن يكون بها، فإن التجارة تناسب الملكية، لا مجرد جواز التصرف تكليفاً.

وكيف كان فمفاد الآية- بناء على كون الأكل كناية على التملك-: أنه يحرم عليكم تملك أموال الناس إلا بالتجارة عن تراض. والمراد بالتجارة هي العرفية، كما هو شأن كل موضوع عرفي يقع في حيز حكم من الأحكام، ومن المعلوم أن المعاطاة تجارة عرفية، فيشملها المستثنى، فيجوز تملك الأموال بالمعاطاة.

وعليه فالآية بهذا التقريب تدل بالدلالة المطابقية على المقصود وهو إفادة المعاطاة للملك. كما أن تقريب الاستدلال بها على الوجه الأول يكون بالدلالة الالتزامية، على ما عرفت مفصلاً.

بقي التعرض لأمر، وهو: أن الاستثناء متصل أو منقطع، وما يترتب عليه من إفادة الآية حصر السبب المملك في التجارة عن تراض وعدمها، فنقول: لم يظهر من المصنف قدس سره هنا أحد الأمرين، لكنه صرح بانقطاع الاستثناء في رد أدلة بطلان بيع الفضولي، وهو المحكي عن جمع من المفسرين. والظاهر أنه كذلك، إذ لا معنى لكون التجارة عن تراض سبباً للملكية مع انطباق عنوان الباطل عليها. فإن عقد المستثنى منه وإن دل على العموم، إذ ليس شيء من الأكل بالباطل مرخصاً فيه، لكنه لا يدل على حصر محلل الأكل في التجارة عن تراض.

ولا فرق في هذه الجهة بين كون «تجارة» مرفوعاً- كما عن الكوفيين- بناء على أن «كان» تامة، يعني: إلا أن تقع تجارة عن تراض، إذ من المعلوم أن التجارة كذلك ليست من جنس

الباطل حتى يكون المعنى: إلا أن تكون التجارة الباطلة تجارة عن تراض. وبين كون «تجارة» منصوبا- كما عن عاصم و حمزة و الكسائي- على أن يكون «كان» ناقصة، و التقدير: إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراض، أو: أموالكم أموال تجارة، بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه.

و الحاصل: أن «التجارة عن تراض» ضدّ الباطل، فلا تكون من جنسه حتى يكون الاستثناء متصلا. فما في تقرير بحث السيد المحقق الخويي قدس سرّه: «من كون الاستثناء متصلا، حيث قال المقرّر: «فان كان الاستثناء متصلا كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية كان مفاد الآية: أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب، فإنه باطل، إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، فنفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراض» «1» غير ظاهر، لأنّ «الباطل» يكون نعتا للسبب المستفاد من الباء السببية، فالمعنى: أنه يحرم تملك أموال الناس بسبب باطل إلا أن يكون ذلك السبب الباطل تجارة عن تراض، إذ النعت قيد للمنعوت، و الاستثناء يكون من مجموع النعت و المنعوت، كقوله: «جاءني العلماء العدول، أو:

أكرم العلماء العدول إلا زيدا» فإنه لا ينبغي التأمل في عدم صحة هذا الاستثناء إذا لم يكن زيد عالما عادلا. و مجرد كونه عالما لا يكفي في صحة هذا الاستثناء، لخروجه عن العام موضوعا من دون حاجة الى الاستثناء، بل الاستثناء حينئذ مستهجن عند أبناء المحاورة.

من غير فرق في ذلك بين التخصيص الفردي كالمثال، و بين النوعي كقوله: «أكرم العلماء العدول إلا شعراءهم، أو فلاسفتهم، أو البصريين منهم» أو غير ذلك من الأنواع، فإنّ هذا الاستثناء لا يصح إلا إذا كان المستثنى من العلماء العدول.

نعم إذا كان الكلام هكذا: «كل تجارة باطلة إلا تجارة عن تراض» كان الاستثناء متصلا، لكنه ليس كذلك، لأنّ «الباطل» في الآية الشريفة نعت للموصوف المستفاد من الباء السببية، فالكلام يكون هكذا: «لا تنصروا في أموال الناس بالسبب الباطل، إلا أن يكون ذلك السبب

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 103.

الباطل تجارة عن تراض» وفساده غني عن البيان. هذا.

مضافا إلى: أن اتصال الاستثناء وإن كان مقتضى القواعد العربية، لأنه إخراج حكمي متفرع على اندراج المستثنى موضوعا في المستثنى منه، فالانقطاع منوط بقريضة، إلا أنه يناط بعدم معارضته بأصل عقلائي آخر، فإنّ الحذف و التقدير خلاف الأصل، ولا وجه لترجيح أصالة الاتصال على أصالة عدم التقدير.

ثم إن مقتضى انقطاع الاستثناء هو عدم حلّ تملك أموال الناس بالأسباب الباطلة، وإناطة حلّة بالتجارة عن تراض، فالمستفاد حينئذ من الآية الشريفة حكمان كليان، أحدهما:

عدم كون الأسباب الباطلة مملّكة أو محلّلة. و الآخر: كون التجارة عن تراض محلّلة أو مملّكة.

وعليه فلا تدل الآية على انحصار التصرف أو التملك بالتجارة عن تراض حتى يقال:

بعدم صحة هذا الحصر، لوجود سبب آخر غير التجارة عن تراض كالهبة والصدقة والوقف وغيرها من الأسباب الناقلة للأموال، وأنّ هذا الحصر يوجب النسخ أو التخصيص المستهجن - كما في البلغة - حيث قال قدّس سرّه ما ملخصه: أنّه لو كان الاستثناء في آية التجارة عن تراض متصلا لزم منه إمّا القول بالنسخ، وإمّا القول بكثرة التخصيص المستهجن، بداهة أنّ أسباب حلّ الأكل ليست منحصرة بالتجارة عن تراض، بل يحلّ ذلك بالهبات والوقف والصدقات والوصايا وأروش الجنایات، وسائر النواقل الشرعية والإباحات، سواء أكانت الإباحة مالكيّة أم شرعية، فلا ملازمة حينئذ بين أكل المال بالباطل وبين ما لا يكون تجارة عن تراض، فيمكن انتفاء التجارة عن تراض مع كون أكل المال بالحق لا بالباطل كالهبات والصدقات ونحوهما.

وإن دفع قدّس سرّه هذا الإشكال بأنّ ما يحتاج تملكه بالقبول يندرج في التجارة عن تراض، لأنّ المراد بها هو الاكتساب عن تراض، ومن المعلوم صدقها على الهبة والوصية التملكيّة بناء على اعتبار القبول فيها، وكذا الصدقات المندوبة. وما لا يحتاج الى القبول كالوقف و أروش الجنایات والوصايا - بناء على عدم اعتبار القبول فيها - فلا بأس بالتزام التخصيص فيها، وليس



---

ذلك من التخصيص المستهجن (1)».

بل يمكن أن يقال: بخروجها عن دائرة كل من المستثنى والمستثنى منه بالتخصص، وذلك لأنَّ المستثنى منه في الآية المباركة هو تملك مال الغير بالاختيار بغير التجارة عن تراض، فالمستثنى هو تملك مال الغير بالتجارة عن تراض.

وعلى هذا فلا يندرج مثل الوقوف وأروش الجنایات في شيء من المستثنى والمستثنى منه، لعدم اندارجها في التملك الاختياري، فتخرج عن حريم مورد الآية رأساً، فلا يلزم شيء من محذوري النسخ وتخصيص الأكثر المستهجن.

لكن الإنصاف أن هذا الجواب الذي اختاره السيد الخويي قدس سرّه أيضاً لا يخلو من تأمل، فإنَّ التجارة وإن لم تكن مرادفة للبيع، لاقتضاء العطف في قوله تعالى لَا تُلْهِهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ الْمَغَايِرَةَ بَيْنَهُمَا، إلّا أنَّ صدقها على قبول الهبة والوصية التمليكية في غاية الغموض، إذ التجارة لغة هي «المعاملة برأس المال بقصد الاسترباح» وصدقها على مجرد قبول المتهدب والموصى له محل تأمل. وعليه لا بد من الالتزام بالتخصيص كما يلتزم به في ما لا يعتبر فيه القبول كالوقوف وأروش الجنایات والوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها.

وقد يقال: بعدم ارتكاب التخصيص في ما لا يتوقف على القبول كالوقوف والتملك بالخمسة والزكاة ونحوها، لخروجها عن دائرة المستثنى والمستثنى منه تخصصاً، وذلك لأنَّ المستثنى منه هو تملك مال الغير بالاختيار بغير التجارة عن تراض، فالمستثنى هو تملك مال الغير بالتجارة عن تراض. وعلى هذا فلا يندرج مثل الوقوف في شيء من المستثنى والمستثنى منه، لعدم كون التملك فيه اختيارياً، فتخرج عن حريم الآية رأساً، فلا يلزم شيء من محذوري النسخ وتخصيص الأكثر المستهجن.

إلّا أنّه يشكل أيضاً بعدم اختصاص المستثنى منه بالتملك الاختياري وإن كان ظاهر الآية ذلك، فإنَّ تطبيق «الباطل» في عدة من النصوص على القمار والربا وما يؤخذ بحكم

---

(1): بلغة الفقيه، ص 130.

ص: 393

و أما قوله (1): «الناس مسلّطون على أموالهم» (1)

الدليل الرابع: حديث السلطنة

(1) هذا إشارة إلى رابع الأدلة على مملّكية المعاطاة، وإن ناقش المصنف في دلّالته بما سيأتي بعد تقريب الاستدلال به، فنقول: قد استدلّ بهذا النبوي على كون المعاطاة مفيدة للملك، بتقريب: أنّ المراد بتسلّط الناس وقدرتهم على أموالهم هو نفوذ تصرفاتهم فيها، ومقتضى عموم السلطنة- المستفاد من الحكمة أو حذف المتعلق- نفوذ جميع التصرفات الخارجية والاعتبارية التي منها المعاطاة، ومن المعلوم أنّ نفوذ المعاطاة المقصود بها التملك هو كونها مملّكة كسائر الأسباب المملّكة. والمنع عن نفوذ المعاطاة في الملكية مناف لعموم السلطنة الذي يقتضيه الحديث.

حكّام الجور ونحوها مانع من الاختصاص المزبور، فالمنهي عنه ليس التملك، بل تملك المقامر حرام قطعاً بمقتضى التطبيق. وعليه فما عدا التجارة عن تراض مندرج في عقد المستثنى منه سواء أكان تملكاً أو اختياراً أو غير اختياري. ولا مفرّ من الإشكال إلا إنكار الحصر المترتب على اتصال الاستثناء.

الأمر الثاني: الظاهر أنّ المراد بالباطل ما لا سببية له واقعا للأكل والتصرف، كما أنّ السبب الحق هو المؤثّر في التملك والتصرف واقعا، وذلك لما أشرنا إليه من تطبيق الأكل بالباطل على القمار بمثل قوله عليه السّلام: «ذلك القمار» (2) مع أنه سبب حق عرفي.

ومعه لا مجال لدعوى إرادة الحق والباطل العرفيين، وحمل التطبيق على التخصيص أو التخطئة أو الحكومة. فإنّ لسان التطبيق أب عن حمّله على أحد الأمور المذكورة كما لا يخفى.

(1): بحار الأنوار، ج 2، ص 272

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 121، الباب 35 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 14، ونحوه الحديث:

1 و 8 و 9.

ص: 394

(1) غرضه المناقشة في دلالة الحديث المزبور على مملّكية المعاطاة. و حاصل المناقشة:

أنّ الاستدلال به على المقام منوط بعمومه لأسباب أنواع السلطنة و موجبات تحققها، حتى يقال: إنّ تملك المال بالمعاطاة من أنواع السلطنة المشمولة للحديث، فالتمليك بالبيع القولي كما يكون جائزا كذلك البيع المعاطاتي.

لكنه ليس كذلك، لأنّ المتيقن من الحديث هو السلطنة على أنواع التصرفات من البيع و الهبة و الصلح و غيرها من التصرفات الاعتبارية، فإذا شكّ في قدرة المالك على نوع من أنواع التصرفات حكم له بالعموم المزبور. و أمّا بالنسبة إلى سبب حصول ذلك النوع و أنّه هل يحصل بفعل أو قول خاص أم لا؟ فلا يتمسك لذلك بالعموم المذكور، لأنّ الحديث مهمل بالنسبة إليه، فهو مجمل من هذه الجهة، و إن كان مطلقا من جهة أنواع التصرف. و لمّا كان الشك في مملّكية المعاطاة شكّا في السبب لم يكن للحديث إطلاق من هذه الحيثية حتى يتمسك به و يثبت به سببية المعاطاة للتمليك.

و إن شئت فقل: القدر المسلّم من العموم هو العموم بحسب الكمّ لا بحسب الكيف، فلا وجه للاستدلال بالحديث لمشروعية الأسباب. و من هنا اشتهر أنّ قاعدة السلطنة ليست مشرّعة للأسباب، بل هي في مقام جواز المسببات- و هي الأمور الاعتبارية كالهبة و الصلح- و عدم حجر المالكين عن أنواع التصرفات في أموالهم، و التقلب فيها، فإذا دلّ دليل على اعتبار اللفظ مثلا في البيع و أنّ النقل لا يتحقق إلّا بصيغة مخصوصة لم يكن ذلك منافيا لقاعدة السلطنة و مخصّصا لها.

و بعبارة أخرى: سببية شيء لحصول نوع ثابت من السلطنة تكون حكما، و قاعدة السلطنة لا تشرّع الحكم، و لذا قيل: أنّه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «ان الناس مسلطون على أموالهم» لا على أحكامهم بحيث تكون سببية الأسباب تحت سلطنتهم.

(2) كالبيع و الصلح و الهبة و المزارعة و المساقاة و نحوها، فعموم السلطنة- المستفاد من الحكمة أو حذف المتعلّق- لا يجدي في الأسباب.

فهو (1) إنّما يجدي فيما إذا شك في أنّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا في حقه أم لا، أمّا إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه ماضية شرعا، لكن شك في أنّ هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد (2) أم لا بدّ من القول الدال عليه (3) فلا يجوز (4) الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم.

و منه (5) يظهر أيضا عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة.

---

(1) أي قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «ان الناس مسلطون» إنّما يجدي في دفع الشك عن نوع التصرف.

(2) أي: قصد التمليك قصدا مجردا عن اللفظ.

(3) أي: على التمليك.

(4) جواب «أما إذا قطعنا» وهذا متفرّع على عدم كون الحديث ناظرا إلى الأسباب، حيث إنّ النظر إلى المسببات - وهي أنواع التصرفات - غير النظر إلى الأسباب، فإنّ تشريع السلطنة على البيع - أي التمليك - ليس ناظرا إلى تشريع أسبابه، فالاستدلال بالحديث المزبور لإثبات كون المعاطاة مفيدة للملك غير تام.

وبالجملة: فالحديث مهمل بالنسبة إلى الأسباب، فلا يصح الاستدلال به لسببية المعاطاة للتمليك.

(5) أي: و من عدم كون الحديث ناظرا إلى الأسباب يظهر أيضا عدم جواز التمسك به في مقام آخر، و هو نفي ما يشك في اعتباره في الصيغة، لوحدة المناط، يعني: كما لا يجوز التمسك بالحديث لسببية المعاطاة للتمليك، كذلك لا يجوز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة، إذ المفروض عدم كون الحديث ناظرا إلى الأسباب التي منها المعاطاة و البيع القولي، فلا يجري فيه أصالة العموم أو الإطلاق حتى يصح التمسك به لنفي الشك في شرطية شيء

في الصيغة [1].

[1] ينبغي البحث هنا في جهتين: الأولى في سند الحديث، والثانية في دلالة.

أما الأولى فحاصل الكلام فيها: أن النبوي المزبور رواه العلامة المجلسي قدس سرّه في البحار «1» عن عوالي اللثالي «2»، ورواه ابن أبي جمهور في مواضع أربعة من عواليه، فرواه تارة عن كتب بعض الأصحاب، وأخرى عن بعض كتب الشهيد، وثالثة عن الفاضل المقداد، ورابعة عن ابن فهد الحلّي. والواسطة بين ابن أبي جمهور وهذه العدة من الفقهاء هم من الأعلام الثقات المذكورين في مقدمة الكتاب في عداد مشيخته.

إلا أنّ الحديث مرسل، إذ لم يذكر له في كتبهم سند حتى يفحص عن رجاله، فالتعويل عليه في استنباط الحكم الشرعي منوط بإحراز عمل المشهور به حتى يطمأنّ بصدوره عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم، بناء على المبنى المنصور من كون عمل المشهور برواية ضعيفة سندا جابرا لضعفها، وإعراضهم عن رواية صحيحة موهنا لها.

والظاهر اعتماد الفقهاء على هذه الرواية واسنادها إليه صلّى الله عليه وآله وسلّم بعنوان «قال» لا «روي عنه» حتى من دأبه نقد أسناد الأحاديث وتمييز صحيحها عن سقيمها.

والذي ظفرت عليه في كتب الفقه الاستدلالية هو: أنّ أول من أسند الحديث إلى المعصوم عليه الصلاة والسلام هو العلامة في المختلف، حيث قال في مسألة جواز تقضيل بعض الأولاد في العتية- ردّا على ابن الجنيد-: «فإن قصد بذلك التحريم فهو ممنوع، للأصل، ولقوله عليه السلام: الناس مسلّطون على أموالهم.. إلخ» «3» وقريب منه قوله في التذكرة في كراهة

(1): بحار الأنوار، ج 2، ص 272.

(2) عوالي اللثالي، ج 1، ص 222، رقم الحديث: 99. و ص 457، رقم: 198، و ج 2، ص 138، رقم: 383 و ج 3، ص 208، رقم: 49.

(3) مختلف الشيعة، ج 6، ص 278.

---

الاحتكار: «و لأنّ الإنسان مسلّط على ماله» (1).

وتكرر ذكر الحديث في كتب من تأخّر عنه كالمحقق الأردبيلي، ففي شرح الإرشاد:

«و النقل مثل قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: الناس مسلّطون على أموالهم» (2) و جعله من القواعد المسلّمة في مواضع (3).

و كذا الشهيد الثاني، حيث ذكر الحديث كدليل على الحكم في مواضع (4)، و رماه في موضع آخر بضعف السند (5).

وقال الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر: «و أما إذا أراد أن يحفر بئرا في داره و أراد جاره أن يحفر لنفسه بئرا بقرب ذلك لم يمنع منه، بلا- خلاف في جميع ذلك، و إن كان ينقص بذلك ماء البئر الأولى، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم» (6). و المظنون قويّا أنه نقل الحديث بالمعنى.

و لم أجد في كلمات القدماء استنادهم الى هذا الحديث، إلّا أنه نسب فخر المحققين قدّس سرّه في موضعين من الشرح إلى جماعة كالمفيد و أبي علي و ابن البرّاج و ابن إدريس الاستدلال به، فقال في كراهة التفرقة بين أم الولد و ولدها قبل الاستغناء: «احتج القائلون بالكراهة و بالأصل، و قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: الناس مسلطون على أموالهم» (7).

و كذلك نسب الفاضل الآبي الى ابن إدريس استدلاله في هذه المسألة بحديث

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 489.

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 9، ص 358.

(3) لاحظ المصدر، ص 214، 243، 380، 390.

(4) مسالك الافهام، ج 6، ص 28، 135، 314.

(5) مسالك الافهام، ج 6، ص 310.

(6) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 272، السرائر، ج 2، ص 382.

(7) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 444.

ص: 398

وقال فخر المحققين في مسألة خروج منجزات المريض من الأصل أو الثلث: «و احتج القائلون بالثاني - أي بالخروج من الأصل - بأنه مالك، و الأصل جواز تصرف المالك في ملكه، لعموم قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم. و الجواب أن العام يخص بالخاص» «2».

وعدم ظفرنا باستدلال مثل المفيد في المقنعة و ابن إدريس في السرائر لا ينافي حجية إخبار فخر المحققين قدس سره بأنهم احتجوا على الحكم بهذا الحديث، و لم يقل: «و يحتج لهم» حتى يحتمل استنادهم الى حجة أخرى، لكونه من باب عدم الوجدان الذي لا يدل على عدم الوجود.

فدعوى حصول الاطمئنان من مجموع ما ذكرناه - و لم نذكره من كلمات الفقهاء - بعمل المشهور بهذا الحديث في أبواب عديدة من الفقه الشريف قريبة جدًا.

نعم لا يتوقع العمل به ممن يقتصر في حجية الخبر على الوثوق المخبري خاصة في الأخبار الآحاد كصاحب المدارك و من هذا حذوه، لكن المبني كفاية مطلق الوثوق بالصدور سواء نشأ من وثاقة الرواة - مع العمل بالمضمون - أم من فتوى المشهور به. هذا.

وقد يناقش في سند الحديث بما في تقرير السيد الخوي قدس سره من منع انجبار ضعفه بعمل المشهور بما محصله: أن الشهرة إن كانت بنفسها حجة أخذ بها، و إلا فإن ضمها إلى غير الحجة لا يوجب الاعتبار، و قد اشتهر أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له. و احتمال اطلاع المشهور على قرائن تدل على صدور الرواية و لم نظفر بها غير مفيد. مع أنه منقوض بتصريحهم بعدم انجبار ضعف الدلالة بعمل المشهور مع وحدة الملاك في البابين. و احتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما. هذا بحسب الكبرى. و أما خصوص هذا النبوي فلما فيه من احتمال استنادهم في فتياهم بصحة البيع المعاطاتي إلى غيره من الوجوه التي استدلت بها

---

(1): كشف الرموز، ج 1، ص 514.

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 594.

---

على ذلك. مضافا الى أن المشهور بين القدماء هو القول بالإباحة، فلا شهرة على إفادة الملك حتى يدعى استنادهم الى حديث السلطنة كي  
ينجبر ضعفه سندا «1».

لكنه غير ظاهر. أما بحسب الكبرى فلأن المدعى حصول الوثوق بالصدور تكويننا من عمل المشهور برواية ضعيفة، و موضوع دليل حجية  
الخبر الواحد هو الخبر المفيد للوثوق به سواء أ كان خبريا أو مخبريا. و الدليل على اعتبار الشهرة إنما يحتاج إليه لو كان الترجيح بها تعبديا  
و لو لم تكن مفيدة للوثوق، فيقال: إن المرجحية فرع الحجية.

و لا- فرق في حصول هذا الوثوق العقلاني بين الجهل بحال رواة الحديث، و الجرح فيهم، و عدم معرفتهم رأسا كما في المرسلات، لما  
عرفت من أن مناط الحجية هو الوثوق.

و أمّا النقض بجبر ضعف الدلالة فهو كما ترى قياس مع الفارق، لأنّ الدلالة عبارة عن ظهور اللفظ في المعنى، و لا بد من إحراز هذا  
الظهور بالوجدان لكلّ من يريد الأخذ بالكلام و الاحتجاج به، إذ لو لم يكن ظاهرا كان من المجمل الذي لا يكون حجة عند العقلاء، و لذا  
قيل:

إنّ المجمل و المبيّن من الأمور الإضافية، إذ ربما يكون لفظ ظاهرا في معنى عند شخص، و غير ظاهر فيه عند آخر.

و عليه فكون لفظ ظاهرا عند شخص أو جماعة لا يوجب حجيته عند من لا يرى اللفظ ظاهرا في المقصود، لعدم بناء العقلاء- الذي هو  
دليل حجية الظواهر- على حجية كلام لا ظاهر له بنظر شخص و إن كان له ظاهر بنظر غيره.

و هذا بخلاف الصدور، فإنّ العمل ممّن له تثبت و خبرة بكلام يكشف عن صدوره من متكلمه، و يكون العمل محرزا لصدوره بنحو يوثق  
به، و المفروض أن الوثوق بالصدور هو مناط الحجية. و لو فرض كون العمل في مقام موجبا للظهور العرفي بنظر شخص آخر لم نضايق في  
حجيته.

و بالجملة: الظهور مترتب على دلالة تصويرية لمفردات الجملة الكلامية، و تصديقية

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 100



---

للهيئة الحاصلة من ضمّ المفردات بعضها إلى بعض، و الظهورات أمور وجدانية لا بد من حصولها عند كل من يتمسك بكلام. ولو فرض حصوله بعملهم كان حجة بناء العقلاء لأنّ عمل المشهور حينئذ جهة تعليلية لحصول الظهور، نظير قول اللغوي، ولا نعني بهذا حجية استظهار شخص - وفهمه من الكلام - على غيره تعبدا.

و أما بحسب الصغرى فلكفاية عمل المشهور برواية في مورد واحد في تحقق الجبر، ولا يعتبر استنادهم إليها في جميع المقامات، وعليه فذهاب المشهور إلى الإباحة في المعاطاة واعتمادهم على غير حديث السلطنة لا يوجب قدحا في انجباره إذا أحرز عملهم به في مسألة أخرى، لا تصافه بالحجية بعملهم به إجمالا. وعدم استدلال المشهور به في غير ذلك المورد - لعدم دلالاته بنظرهم على غير ما فهموه منه - غير قادح في حجية سنده.

فالمتحصل: أنّ انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور - إذا كان الاستناد موجبا للوثوق تكويننا بصدوره - مما لا ينبغي الارتياح فيه، وإن لم يكن استنادهم إليه توثيقا للرواة، إذ المدار في الحجية هو الوثوق بالصدور وان لم يحصل وثوق بالرواة.

فتلخص: أنّ الاشكال كلّ في إحراز عمل المشهور بخصوص هذا النبوي لا سيّما مع كون قاعدة سلطنة الناس على أموالهم أصلا عقلائيّا متّبعًا عندهم في جميع الأعصار والأمصاّر.

و أمّا تصحيح السند بما أثبتّه ابن أبي جمهور في مقدمة العوالي «من رواية جميع أحاديث كتابة بطرق متعددة عن مشايخ الحديث، و منهم إلى الأئمة المعصومين عليهم الصلاة والسلام فيصير هذا النبوي مسندا لا مرسلًا» فلا يخلو من تأمل ذكرناه في ما يتعلق بأحاديث قاعدة الميسور من شرح الكفاية (1). هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

و أمّا الجهة الثانية - وهي دلالة الحديث - فمحصّل الكلام فيها: أنّه يحتمل فيه وجوه ثلاثة، ذهب الى كل منها ذاهب:

الأول: تشريع السلطنة للمالك على أنحاء التصرفات كمّا وكيفا - كما هو مبنى الاستدلال به على مملّكية المعاطاة - فإذا شكّ في جواز بيع ماله أو في كيفية بيعه كالمعاطاة

---

(1): منتهى الدراية، ج 6، ص 367 الى 371.

و الصيغة الملحونة أمكن دفع الشك بهذا الحديث، فإن أصل البيع وكيفية إنشائه تصرّف في المال، مشروع بمقتضى جعل السلطنة. و يستفاد عمومه لجميع التصرفات من حذف المتعلق و هو التصرف، إذ السلطنة التشريعية على الأموال كناية عن السلطنة على التصرف فيها، و حذف المتعلق يفيد العموم، فيدل الحديث على إمضاء جميع الأسباب المتداولة عند العرف، كدلالة آية حلّ البيع على إمضاء البيوع العرفية.

و مال إلى هذا الوجه السيّدان صاحبا البلغة و العروة قدّس سرّهما. بل هو ظاهر استدلال صاحب الجواهر قدّس سرّه على مشروعية المعاطاة المقصود بها الإباحة مع التصريح بها و لو بالقرائن، حيث قال: «لعموم تسلط الناس على أموالهم» (1). بل هو مقتضى كلام المصنف قدّس سرّه في أول تنبيهات المعاطاة: «و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم: أنّ الناس مسلّطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة نفي شرطية غير ما ثبتت شرطيته».

الثاني: أنّ الحديث في مقام تشريع أنحاء التصرفات كمّا- لا كيفا- فللمالك السلطنة على بيع ماله و إجارتة و هبته و الصلح عليه و نحوها، فلو شكّ في مشروعية الهبة- مثلا- جاز التمسك لإثباتها بالحديث. و لكن لو شكّ في اعتبار صيغة خاصة فيها أو حصولها بالتعاطي لم يكن الحديث متكفّلا لهذه الجهة لعدم كونه في مقام تشريع الأسباب و تنفيذها.

و هذا الوجه هو مختار المصنف قدّس سرّه هنا.

الثالث: أنّ الحديث في مقام بيان سلطنة المالك- بما هو مالك- على التصرفات المشروعة في أمواله في مقابل الحجر، فالمالك غير محجور عن التصرف في ماله، فليس الحديث في مقام تشريع السلطنة لا كمّا و لا كيفا، حتى يتمسك به لرفع الشك في أصل جواز تصرّف خاص في المال و لا في كيفية وقوعه، بل لا بد من إحراز مشروعية التصرفات و أسبابها بوجه آخر، و يقتصر مدلول الحديث على إثبات استقلال المالك في تصرّفاته المشروعة، و عدم توقفها على إجازة الغير. مثلا إذا شكّ في استقلال الزوجة في هبة شيء من مالها كان الحديث دالا على استقلالها و عدم توقف هبتها على إمضاء الزوج. و أمّا إذا شكّ في أنّ للمالك

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 218.

هبة ماله أو شك في التسبب إليها بالفعل كما يتسبب إليها بالإيجاب و القبول اللفظيين لم يصحّ التمسك بهذا الحديث في شيء من المقامين.

و هذا الوجه مختار المحقق الخراساني قدس سره في حاشية الكتاب (1) و ارتضاه بعض الأعاظم.

ولعله يستفاد من كلام المصنف قدس سره في التنبيه الرابع، حيث قال- في ردّ التمسك بالحديث لإثبات الملك التقديري جمعا بينه وبين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك- ما لفظه: «بأنّ عموم الناس مسلّطون على أموالهم إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم، لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرف جائز شرعا، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشريعة». لصراحة كلامه قدس سره في عدم مشرعية الحديث للتصرف المشكوك حكمه.

و هنا احتمال رابع حكى عن المحقق الرشتي و أفاده المحقق الإيرواني قدس سرهما و هو: كون الحديث أضيق مدلولاً مما تقدم، فإنّ ظاهر تسلّط المالك على التصرف في ماله مع بقاء الموضوع و هو المال، و من المعلوم أنّ إخراج المال- عن إضافته إلى المالك- ليس تصرفاً في المال المضاف إلى مالكه، لأنّه من قبيل إعدام الموضوع بالحكم (2)، فالحديث قاصر عن إثبات جواز التملك. هذا.

هذه محتملات الحديث ثبوتاً. و قد عرفت أنّ لكلّ منها قائلاً، و لا بد من عطف عنان البحث إلى مقام الاستظهار، فنقول و به نستعين:

يستدل للقول الأوّل بوجهين:

أحدهما: أنّه مقتضى عموم المتعلق المحذوف- و هو التصرف- فإنّ كل ما يعدّ تصرفاً للمالك في ماله يكون نافذاً و مسلّطاً عليه، و من المعلوم أنّ البيع المعاطاتي تصرف في المال،

(1): حاشية المكاسب، ص 12 و 14.

(2) حاشية المكاسب للسيد الاشكوري، ص 10. حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1 ص 77.

فالمالك مسلط عليه، ولا معنى لسلطنته عليه إلا جوازه ونفوذه شرعا. وبيانه: أنّ هنا أمورا ينبغي الالتفات إليها:

أحدها: أنّ السلطنة تشريعية لا تكوينية.

ثانيها: ظهور السلطنة في الوضع، لعدم السلطنة على التكليف الشرعي كما هو واضح، فسلطنة المالك على التصرف في ماله عبارة عن نفوذ تصرفاته في ماله وإمضائها.

ثالثها: أنّ الأصل في الكلام التأسيس لا التأكيد، فإنّه خلاف الأصل، فيقدّم عليه عند الدوران بينهما.

رابعها: أنّ حذف المتعلّق يفيد العموم كما في مثل قوله عليه السّلام: «الماء يطهّر، ولا يطهّر» إلا إذا كان هناك قرينة على خلافه.

إذا تحققت هذه الأمور كان مقتضاها الإطلاق كما وكيفا، إذ لا قرينة على إرادة تصرف خاص من متعلق السلطنة، وحذفه يفيد العموم، وحمله على خصوص الأنواع دون أسبابها- كما عليه المصنف هنا- بلا قرينة، بل الحذف والتأسيس قرينتان على العموم، إذ لو حمل على خصوص الأنواع- دون أصناف كل منها- لزم كون الحديث مؤكّدا لا مؤسّسا. ومن المعلوم أنّ نقل المال الى شخص بالمعاطاة أو غيرها ممّا يراه المالك سببا للنقل تصرف في ماله، وهو- بمقتضى عموم الحديث- مسلط على هذا التصرف، ومنع المالك عنه ينافي عموم السلطنة.

وبعبارة أخرى: أنّ منع الإطلاق في الحديث يوجب انسداد باب التمسك بالإطلاق، ومجرد احتمال الإهمال لا يقتضي رفع اليد عن ظاهر الكلام الذي هو كاف في إحرازه، من دون حاجة الى الإحراز القطعي الموجب لانسداد باب الإطلاق. ومن المعلوم أنّ إطلاق السلطنة يشمل جميع أنحاءها حتى إخراج المال عن ملكه كابقائه، إذ لا فرق- في نظر العقلاء- في السلطنة على المال بين الإبقاء والإخراج ولو بالإعراض، ضرورة كون كل منهما من حصص السلطنة التي موضوعها إضافة المال الى المالك، والإخراج يتعلق بهذه الإضافة، وفي الرتبة المتأخرة تزول الإضافة. نظير العتق والوقف، فإنّهما يتعلقان بهذه الإضافة مع انعدامها في الرتبة المتأخرة.

---

و الكاشف عن هذا الإطلاق جواز التصريح به و بتقييده: بأن يقال: المالك مسلط على التصرف الإقبائي و الإخراجي إلا التصرف الكذائي.

و الحاصل: أنه لا- ينبغي التأمل في كون الإبقاء و الإ-خراج من حالات الملك اعتبارا، و من أنحاء التصرفات التي يشملها إطلاق دليل السلطنة، فلا فرق في ثبوت السلطنة على المال لمالكه بين التصرفات أصلا من إعدام المال و إتلافه بأكل و شرب و ضيافة، و من إخرجه عن ملكه مع بقاء عينه كبيعه و هبته، فإن من راجع العقلاء في معاملاتهم مع أموالهم يرى أنهم يثبتون السلطنة للمالك على إبقاء المال و إخرجه على نهج واحد.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره فإنه- بعد أن أورد على المتن من «جعل حقائق المعاملات أنواع السلطنة» بأن السلطنة المجعولة هي القدرة على التصرفات المعاملية المتحققة بترخيص الشارع تكليفا و وضعاً، فتحقق بالترخيص تكليفا القدرة على إيجادها بما هي عمل من الأعمال، و بالترخيص وضعاً القدرة على المعاملة بما هي معاملة مؤثرة في مضمونها، فالتصرفات متعلقات السلطنة لا عينها و أنواعها- قال ما محصله: إن إطلاق الحديث لا يكون بلحاظ الكم خاصة، بل إطلاقه بلحاظ الكيف أقوى منه بلحاظ الكم، و ذلك لأن السلطنة على البيع مثلا باعتبار تخصّصها بمتعلّقها تكون حصّة من طبيعي السلطنة، و لما كان البيع المتحقق بالمعاطة حصّة من طبيعي البيع قطعاً كانت السلطنة على هذه الحصّة حصّة من طبيعي السلطنة، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي و الوضعي لذي المال- و هو المحقق لحقيقة السلطنة- فلا محالة تكون الأسباب ملحوظة إما ابتداء و بنفسها، أو بتبع لحاظ المسببات المفروضة حصصاً، و بهذا الاعتبار لها نفوذ و مضيّ، كما هو مقتضى اعتراف الماتن بقوله: «ثابتة للمالك و ماضية في حقه شرعاً» و لا نفوذ و لا مضيّ إلا بملاحظة الأسباب و لو من حيث القيدية المحصّصة للتمليك و المحصّصة للسلطنة (1).

و لعلّ هذا الوجه أقوى من سابقه في إثبات السلطنة المطلقة كما و كيفاً، بلحاظ أنّ

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 26.

مقتضى إطلاق السلطنة على البيع هو السلطنة على كل حصّة من طبيعي البيع. ويتعيّن المصير إليه لو لا النقص - الآتي بيانه - المانع عن الالتزام بالإطلاق أصلا.

ويستدل للقول الثاني بأنّ دليل السلطنة يثبت أنحاء السلطنة على المال بما هو مضاف الى مالكه، فكل سلطنة راجعة الى هذه الإضافة جائزة و نافذة، بخلاف ما لا- يرجع الى ذلك، بل يرجع إلى الحكم الشرعي، فإنّه لا موجب لإثباته، إذ لم يرد «الناس مسلطون على أحكامهم» و الشك في اعتبار الصيغة أو غيرها مما يتعلّق بالسبب يرجع الى الحكم الشرعي، و هو كون الفعل كالقول سببا للنقل و الانتقال، و من المعلوم أنّه أجنبي عن حيثية إضافة المال إلى مالكه، فلا يندرج تحت سلطنة المالك على ماله، بل هو من الأحكام المقرّرة شرعا أو عرفا، فلا بد فيه من الرجوع الى الشرع أو العرف.

وبالجملة: ليس كون شيء سببا لتحقيق البيع أو الهبة أو كون الإعراض مزيلا للملكية من حدود السلطنة و شؤونها حتى يشمله دليل السلطنة، فدليل السلطنة يشمل المسببات دون الأسباب، و إطلاقها بالنسبة الى جميع أنحاء التصرفات المترتبة على إضافة المال الى مالكه محكّم، لا ما يكون أجنبيا عن هذه الحيثية، مثل دخل العربية و نحوها في سببية البيع مثلا للتملك.

ويستدل للقول الثالث: بأنّ إضافة المال الى المالك حيثية تقييدية في حكم الشارع بالسلطنة و تصلح قرينة على عدم إرادة العموم في المتعلق، و أنّ المراد به خصوص الأحكام الراجعة إلى المالك من حيث كونه مالكا، كما إذا شكّ مثلا في نفوذ هبة المالك ماله بدون إذن أولاده أو ولاة أمره، و أنّه يفتقر هذا التصرف إلى إذنهم أم لا؟ فيدفع الشك المزبور بهذا الحديث الدال على استقلال المالك في تصرفاته المشروعة، و عدم كونه محجورا عنها، و ليس للغير مزاحمته فيها.

و أمّا الأحكام الشرعية - المتعلقة بالمال - التي لا ربط لها بحيثية إضافته إلى المالك فليس الحديث متكلفا بها و لا ناظرا إليها. و من المعلوم أنّ جواز بيع المالك ماله للغير

وتمليكه إِيَّاه حكم شرعي غير مرتبط بالمالك من حيث كونه مالكا. وكذا سببية المعاظة للتملك ليست من أحكام إضافة المال الى المالك حتى يتمسك بإطلاق السلطنة لإمضاها.

فمعنى الحديث- والله العالم- أنّ للمالك كل تصرف ثبت له مشروعيته في ماله، بلا حاجة الى مراجعة شخص آخر، فتصرف المالك نافذ بالاستقلال.

وهذا هو السر في عدم تمسك أحد من الأصحاب بهذا الحديث لجواز أكل ما يشك في حلية لحمه كالإرنب المملوك، بدعوى إطلاق السلطنة على المال لكل تصرف خارجي واعتباري.

بل مقتضى إطلاق مشرعية الحديث وقوع المعارضة بينه وبين أدلة بعض المحرّمات كحرمة أكل الطحال ونحوه من أجزاء حيوان مأكول اللحم، وحرمة شرب العصير العنبي قبل ذهاب ثلثيه، بتقريب: أنّ إطلاق السلطنة قاض بجواز الأكل والشرب وبصحة بيعهما، ودليل حرمة الأكل والشرب شامل لما إذا كانا مملوكين أو مغصوبين أو مرخصا فيهما من قبل مالكيهما، فيتعارض الإطلاقان بالعموم من وجه في الطحال والعصير المملوكين، ويتساقطان لفقد المرجح، فتصل التوبة إلى عمومات الحلّ، وهذا مما لا يظنّ أن يجترئ عليه متفقه فضلا عن فقيه.

والتخلص من هذا النقض منوط بقصر مدلول الحديث على جعل استقلال المالك في تصرفاتهم المشروعة في أموالهم وعدم حجرهم عنها.

نعم يشكل هذا الوجه الذي ركن إليه المحقق الخراساني قدّس سرّه- وربما استفيد من كلام المصنف قدّس سرّه أيضا- بما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من: أنّ المقتضي للسلطنة هو إضافة المال الى مالكه، والمقتضى هو القدرة المجعولة تكليفا ووضعا، ولا مانع من الإخبار بثبوت السلطنة بمجرد ثبوت مقتضيتها سواء أكانت هي فعلية أم شأنية، لوجود مانع كالصغر والفلس ونحوهما.

وأما الحجر فهو مانع عن فعلية السلطنة، ولم يعهد الإخبار عن عدم المانع عن الشيء بمجرد ثبوت مقتضيه، فإنّ عدم المانع يستند الى عدم سببه لا إلى وجود المقتضي وهو الملكية.

وعليه فلا- وجه لحمل الحديث- الظاهر في جعل السلطنة التي تقتضيها الملكية- على بيان أمر عدمي وهو الحجر المانع عن نفوذ تصرفات المالك.

لكن يمكن أن يقال: إنه لا غرابة في استظهار استقلال المالك وعدم حجره من الحديث، إذ لو كانت إضافة الملكية حيثية تعليلية في جعل السلطنة بأن كانت العبارة «الناس مسلطون على أموالهم لأنها أموالهم» أمكن استبعاد إسناد عدم الحجر إلى تمامية المقتضي، بناء على جريان حديث المقتضي والمقتضي في موضوعات الأحكام الشرعية. مع أن مقام الاستظهار من الخطابات الملقاة إلى العرف مقام آخر، فالمهمّ قلبية اللفظ للمراد، وتعارف إفادته به، ولا مانع من إرادة عدم الحجر وحرمة المزاحمة من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلطون على أموالهم».

ولو فرض عدم تمامية ما أفاده المحقق الخراساني قدس سرّه من سوق الحديث بحسب ظهوره الأولي في الاحتمال الثالث دار الأمر بين سقوطه رأساً بعد تعذر الأخذ بمشروعته لأنواع التصرفات وأسبابها، وبين حملته على إفادة مجرد استقلال المالك في تصرفاتهم المشروعة في أموالهم، والظاهر أنه المتعين.

هذا مضافاً إلى: تقييد الإطلاق من حيث السبب بما دلّ على حرمة أكل أموال الناس بالباطل واقعا، وسيأتي توضيحه في أدلة اللزوم إن شاء الله تعالى.

وقد تحصّل من هذا البحث الطويل الذيل أمور:

الأول: اعتبار الحديث سندا بعمل المشهور وإرسالهم إياه إرسال المسلّمات.

الثاني: أنه لا يستفاد من الحديث مزيد من استقلال المالك في التصرف، لا مشروعته كما وكيفا.

الثالث: أنه لا فرق في سلطنة المالك على ماله في التصرفات المشروعة بين التصرف المزيل لعلقة الملكية والمبقي لها.

الرابع: أنه لا- مانع من التمسك بإطلاق السلطنة عند الشك في ورود دليل على منع المالك عن بعض أبحاثها، لأنّ مرجعه إلى الشك في وجود المانع، والإطلاق يدفعه.



و كيف كان (1) ففي الآيتين (2) مع السيرة (3) كفاية.

اللهم إلا أن يقال (4): إنهما (5) لا تدلان [1] على الملك، وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالبيع و الوطي و العتق و الإيضاء،

(1) يعني: سواء تم الاستدلال بحديث السلطنة على مملكية المعاطاة أم لم يتم، لما عرفت من المناقشة في دلالة، لعدم كونه ناظرا الى تشريع السلطنة على الأسباب حتى يؤخذ بإطلاقه.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 409

(2) و هما آية حلّ البيع، و التجارة عن تراض، لأنّ حلية مطلق التصرفات تستلزم شرعا مملكية المعاطاة.

(3) أي: السيرة العقلانية المستمرة إلى عصر المعصومين عليهم السلام، الممضاة بعدم الردع عنها.

إلى هنا تعرّض المصنف قدّس سرّه لأدلة أربعة على إفادة المعاطاة للملك، و اختار وفاء ثلاثة منها بالمقصود، و ناقش في دلالة حديث السلطنة كما عرفت مفصّلا.

(4) مقصوده من هنا إلى قوله بعد أسطر: «فالأولى التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفا من حلّ البيع صحته شرعا» الخدشة في دلالة الآيتين و السيرة على إفادة المعاطاة للملك من حين التعاطي.

(5) أي: أنّ الآيتين لا تدلان على الملك - من أوّل الأمر - الذي ادّعاه المحقق الثاني و وافقه المصنف بقوله: «لا يخلو من قوة». و ليعلم أنّ مناقشته في الآيتين ليست بمعنى كونهما أجنبيتين عن تأثير المعاطاة في الملكية رأسا كما كان حديث السلطنة أجنبيا عنه، بل غرضه قدّس سرّه من الخدشة في دلالة الآيتين الكريمتين هو: أنّ المدّعى حصول النقل الملكي من حين وقوع التعاطي، و الآيتان إنّما تدلان على حصول الملكية الآتية قبل تصرف كل من

[1] بل تدلان على الملك. أمّا الأولى فبالدلالة المطابقة إن أريد بحلّ البيع ما هو أعم من التكليفي و الوضعي، و بالالتزامية إن أريد به خصوص التكليفي.

المتعاطين فيما أخذه من الآخر تصرفاً منوطاً بالملك كالوقف والعتق، ولا تدلّان على الملك من أول الأمر.

و توضيح المناقشة: أنّ دلالة الآيتين على كون المعاطاة كالبيع القولي مفيداً للملكية من أول الأمر تتوقف على مقدمات ثلاث:

الأولى: أنّ المدلول المطابق للآيتين هو حكم تكليفي أعني به إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة.

الثانية: أنّ حلية بعض أنحاء التصرفات تكليفاً وصحتها وضعاً منوطة بصدورها من المالك، لا من المباح له.

الثالثة: أنّ إباحة جميع التصرفات المترتبة على البيع تستلزم شرعاً تأثير المعاطاة- التي هي بيع عرفي- في الملكية من أول الأمر.

ولو اختلّت إحدى هذه المقدمات اختلّ الاستدلال بالآيتين على تأثير المعاطاة في الملكية من أول الأمر. و غرضه قدّس سرّه منع المقدمة

الثالثة- وهي الملازمة الشرعية بين الحلية التكليفية والملكية- وذلك لأنّ الملازمة بين إباحة التصرف المترتب على البيع القولي وبين

و أما الثانية فهي وإن كان مفادها حلية التصرفات، إلّا أنّها لمّا كانت مترتبة على التجارة عن تراص فهم العرف منه صحة التجارة، وأنّ ترتّب حلية تلك التصرفات على التجارة يكون لأجل التجارة، فيكون من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، نظير قول مالك الأمة بعد تزويجها من الغير: «يجوز لك وطبها» فلا يفهم منه إلّا الزوجية، لا جواز الوطي من باب التمليك.

فما أفاده المصنف قدّس سرّه من «استفادة الملكية في سائر المقامات من جهة الإجماع على الملازمة الشرعية بين إباحة التصرفات والملكية، و الإجماع في البيع المعاطاة مفقود» في غاية الغموض. فالإنصاف وفاء الآيتين بالدلالة على مملكية المعاطاة.

و أما مناقشته قدّس سرّه في السيرة فممنوع لمن راجع السيرة وأهلها.

الملكية ثابتة من جهة قيام الإجماع على إباحة مطلق التصرف حتى المتوقف على الملك، وهو كاشف عن حصول الملكية بمجرد العقد اللفظي. وأما في البيع المعاطاتي فلا دليل على هذه الملازمة، بل صرح بعض الفقهاء بالتفكيك بينهما، فقال بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، وبعدم إفادة المعاطاة للملك، وتوقف الملكية على تلف إحدى العينين. ومع هذا التصريح كيف تتجه دعوى الملازمة الشرعية بين حلية التصرفات المترتبة على البيع وبين الملك من أول الأمر؟

نعم لا مناص من الالتزام بالملكية الآنامائية إذا أراد أحد المتعاطيين أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطاة- بما يتوقف على الملك، جمعا بين الأدلة، ولكن هذه الملكية الآنئية أجنبية عن المدعى وهو تأثير المعاطاة في الملك من أول الأمر.

وقد تحصل مما ذكرنا: قصور دلالة الآيتين الكريمتين على إثبات مملكية المعاطاة على حد البيع القولي.

(1) هذا إشارة إلى توهم ودفعه- وقد اتضح مما ذكرناه- أما التوهم فحاصله: أن الآيتين وإن لم تدلّا مطابقة على الملك، لكنهما تدلّان عليه التزاما، إذ الإباحة المطلقة تقتضي حصول الملك من أول الأمر، لوجود الملازمة بينهما كما في غير مقامنا من البيوع القولية، حيث إنه يحصل الملك في البيع القولي من حين العقد بلا إشكال، فوزان البيع المعاطاتي وزان البيع القولي في استكشاف الملكية- من أول الأمر- من إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك، للملازمة الشرعية بين الإباحة المطلقة وبين الملك كذلك. فتحقق اللازم أي الملك من أول الأمر في البيع المعاطاتي، وهو المطلوب.

وأما الدفع فحاصله: أن القياس مع الفارق، بدهاة كون الملازمة بين إباحة التصرفات وبين الملكية من أول الأمر- في البيع اللفظي- شرعية، لا عقلية وعادية حتى يتعدى من موردها وهو البيع القولي إلى المعاطاتي.

ووجه في كون الملازمة شرعية: أن الدليل على حصول الملكية من حين العقد هو الإجماع على عدم انفكاك الملك عن العقد المفيد لإباحة جميع التصرفات في العوضين، ومن المعلوم اختصاص هذه الملازمة بالبيع القولي الذي هو المقيس عليه.

بالملازمة الشرعية (1) الحاصلة في سائر المقامات من الإجماع وعدم القول بالانفكاك (2)، دون المقام (3) الذي لا يعلم ذلك (4) منهم، حيث (5) أطلق القائلون (6) بعدم الملك إباحة التصرفات،

وَأَمَّا البيع المعاطاتي فلم يثبت فيه التلازم المزبور، بل علم من المشهور الانفكاك بينهما فيه، لأنَّ القدماء- مع قولهم بالإباحة وعدم مملّكية المعاطاة- قائلون بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، على ما يقتضيه إطلاق كلماتهم، حيث لم يقيّدوا «إباحة التصرف» بما لا يتوقف على الملك.

ويشهد بهذا الإطلاق فهم الشهيد الثاني قدّس سرّه على ما صرّح به في المسالك من «أنّ من أجاز المعاطاة سوّغ أنواع التصرفات» (1) فإنّه لا مسوّغ لهذه النسبة إليهم إلاّ إطلاق كلماتهم.

(1) هذه الكلمة هي القرينة القطعية على أنّ مراد المصنّف قدّس سرّه من الاستدلال بالآيتين- بالتقريب الأوّل من الوجوه الثلاثة- هو الملازمة الشرعية بين الإباحة التكليفية و مملّكية المعاطاة و صحتها. و تقييد الملازمة ب «الشرعيّة» لأجل التنبيه على أنّ الملازمة لو كانت عرفية كانت حليّة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة دالة على إفادة الملك من حين التعاطي كالبيع القولي، إذ لا يرى العرف فرقا بينهما في إفادة الملك من أوّل الأمر.

(2) بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك من أوّل الأمر، و أنّ المملّكيّة لا تتوقف على التصرف أو التلف و نحوهما من الملزمات.

(3) و هو البيع المعاطاتي، و هذا إشارة إلى الدفع المتقدم بقولنا: «ان القياس مع الفارق .. إلخ».

(4) أي: عدم الانفكاك بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك من أوّل الأمر.

(5) تعليل لقوله: «لا يعلم ذلك منهم» فإنّ إطلاق إباحة التصرفات مع القول بعدم الملك يوجب القول بالانفكاك بين إباحة التصرفات و بين الملك.

(6) كقول الشيخ في الخلاف: «و إنّما يكون إباحة له، فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفًا مباحًا من غير أن يكون ملكه» و نحوه عبارة ابن إدريس و السيد ابن زهرة و القاضي

---

(1): مسالك الافهام، ج 3، ص 149.

و صرّح (1) في المسالك «بأنّ من أجاز المعاطاة سوّج جميع التصرفات» غاية الأمر (2) أنه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه أنا ما، فإنّ (3) الجمع

الحلبي وغيرهم، وقد تقدمت في المقام الأوّل المنعقد لتحرير محل النزاع في المعاطاة.

(1) معطوف على «أطلق القائلون» يعني - مضافا الى إطلاق كلام القدماء - صرّح في المسالك، و مقصوده قدّس سرّه أنّ كلمات الأصحاب في الحكم بإباحة التصرف وإن كانت دالة بإطلاقها على إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف على الملك، إلاّ أنّه يؤيّد هذا الاستظهار بفهم الشهيد الثاني قدّس سرّه حيث نسب الى المشهور إباحة مطلق التصرفات مع التزامهم بعدم الملك.

وعلى هذا فالقول بالملازمة غير معلوم بل معلوم العدم، فكيف يقاس البيع المعاطاتي - الذي لم يثبت فيه الإجماع على الملازمة بين إباحة كل تصرف و بين الملك - على البيع القولي الذي ثبت فيه الإجماع المزبور.

وعليه فلا يحصل الملك الابتدائي بالمعاطاة، وتصل النوبة إلى الملكية الآتية من باب الجمع بين الأدلة.

(2) غرضه قدّس سرّه توجيه فتوى المشهور حتى لا يرد عليهم إشكال، محصّ له: أن نفي مملّكية المعاطاة ينافي إباحة التصرفات المتوقفة على الملك كالعق و الوقف، فإنّهما لا - يقعان من المباح له. فأجاب قدّس سرّه بأنّ المشهور لا بدّ أن يلتزموا بالملكية الآتائية في التصرفات المنوطة بالملك، و إلاّ كان اللازم تخصيص إباحة التصرف، بما يتوقف على الملك، فإذا لم ينبّه المشهور على هذه الملكية الآتية فإنّما هو للائكال على وضوحها لا لأجل إنكارها.

(3) تعليل لقوله: «يكشف عن سبق» يعني: أن دخول المأخوذ بالمعاطاة في ملك المتصرّف - أنا ما - يستفاد من الجمع بين دليلين، أحدهما: ما دلّ على إباحة جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

ثانيهما: الأدلة الخاصة على توقف بعض التصرفات على الملك و عدم صحتها من المباح له، مثل قولهم عليهم السّلام: «لا بيع إلاّ في ملك، لا وقف إلاّ في ملك، لا عتق إلاّ في ملك».

فالجمع بين كل واحد من هذه و بين الإجماع على إباحة جميع التصرفات يقتضي

بين إباحة هذه التصرفات (1) و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار (2)، و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر ليقال: إن مرجع هذه الإباحة أيضا إلى التمليك (3).

و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهي (4) كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

و دعوى (5) أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة

---

الالتزام بدخول المال في ملك المتعاطي - أنا ما - حتى يقع البيع و الوقف و العتق في ملكه، لا في ملك المبيع.

(1) المتوقفة على الملك.

(2) أي: الملك أنا ما.

(3) يعني: حتى يصحّ التمسك بالآيتين على مملّكية المعاطاة من أول الأمر.

و بهذا ظهرت المناقشة في دلالتها على كون المعاطاة كالبيع القولي مفيدا للملك من أول الأمر. و لهذه المناقشة تنمة سيأتي بيانها بعد الخدشة في السيرة.

(4) غرضه المناقشة في الدليل الأول و هو السيرة - التي تشبّث بها سابقا على صحة المعاطاة و إفادتها للملك - بأن هذه السيرة من السير التي لا عبرة بها، لنشوها عن المسامحة و قلة المبالاة بالدين، فلا يكشف استمرارها عن رضی المعصوم عليه السلام بها حتى تكون حجة، و من المعلوم أنّ مجرد الاستمرار الى عصر المعصوم عليه السلام ليس إمضاء لها، فهي كسيرتهم على المنكرات كأكل الربا و حلق اللحي، فهل يكون مجرد تعارفها في عصر المعصوم إمضاء لها؟

و لا يخفى أنّ الخدشة في السيرة بما في المتن ظاهر في أنّ السيرة المستدل بها على مملّكية المعاطاة هي العقلانية لا التشريعية، إذ لو كانت متشعبة كانت حجة بمجرد إحراز استمرارها، لأنّها إجماع عملي كاشف عن رضی الشارع.

(5) كان المناسب ذكر هذه الدعوى قبل قوله: «و أما ثبوت السيرة .. إلخ» لأنّ هذه

على الملك، كما يظهر من المحكي (1) عن حواشي الشهيد على القواعد من: منع إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و عدم جواز وطي الجارية المأخوذة بها (1). و قد صرح الشيخ (2) رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا، فيتوجه التمسك

---

الدعوى من بقية الإشكالات المتعلقة بالآيتين، و غرض المستشكل نفي ما أفاده المصنف قدس سره من الملكية الآتية و إثبات الملكية من أول الأمر، و أنه لا وجه للجمع بين الأدلة بالالتزام بالملك أنا ما.

و توضيح ذلك: أن نفي الإجماع على الملازمة بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك مبني على العلم بأن المشهور- القائلين بعدم الملك من أول الأمر- ملتزمون بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، لأنه حينئذ يثبت عدم الإجماع على الملازمة بين إباحة جميع التصرفات و بين ثبوت الملك من أول الأمر.

لكنه لم يعلم هذا الالتزام منهم، إذ لا- طريق الى العلم بذلك إلا الإطلاق، و هو غير ثابت، لعدم إحراز كونهم في مقام البيان من هذه الجهة، لقوة احتمال إرادتهم التصرفات غير المتوقفة على الملك، كما يؤيده- بل يشهد به- ما عن الشهيد قدس سره في حواشيه على القواعد:

من منع التصرفات المتوقفة على الملك، كإخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدى، و عدم جواز وطي الجارية المأخوذة بالمعاطة. و كذا يشهد به تصريح شيخ الطائفة في المبسوط بعدم جواز وطي الجارية المأخوذة بالهدية المعاطاتية.

و عليه فإذا لم يثبت من القائلين بالإباحة جواز التصرفات المتوقفة على الملك فيتمسك في إثبات جوازها بالآيتين، إذ لا دليل آخر حسب الفرض على حلية هذه التصرفات، فيثبت الملك من أول الأمر، فيكون المأخوذ بالمعاطة كالمأخوذ بالبيع اللفظي في ثبوت الملك من أول الأمر.

(1) أي: بالمعاطة البيعية، في قبالة معاطاة الهدايا الآتية في كلام شيخ الطائفة.

---

(1): الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158.

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 315.

ص: 415

حينئذ (1) بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك (2)، مدفوعة (3) بأنه وإن لم يثبت ذلك (4) إلا أنه لم يثبت (5) أن كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بالملك من أول الأمر.

(1) أي: حين عدم العلم بالتزام القائلين بالإباحة بجواز التصرفات المنوطة بالملك يتوجه التمسك بعموم الآية بجواز تلك التصرفات من أول الأمر.

(2) يعني: من أول الأمر، لأنه مقتضى عموم الآية، فتكون الآياتان ردًا على القائلين بالإباحة، ولا وجه للالتزام بالملكية الآتية من باب الجمع بين الأدلة.

(3) هذا دفع الدعوى المذكورة، وحاصله: أن مجرد عدم المعلومية - وجواز إثبات هذا النحو من التصرفات ولو بالآيتين - غير كاف في إثبات المطلوب وهو الملكية من أول الأمر، بل يتوقف ذلك على إثبات الملازمة بالإجماع، وأن كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بحصول الملك من أول الأمر، ودون إثبات هذه الملازمة خرط القتاد.

(4) أي: وإن لم يثبت من القائل بالإباحة جواز التصرفات المتوقعة على الملك. ووجه عدم الثبوت: تصريح الشهيد بعدم جواز بذل المأخوذ بالمعاطة في الخمس والزكاة المتوقعين على الملك.

(5) يعني: لم يثبت التلازم بين إباحة جميع التصرفات وبين الملك من أول الأمر. ووجه عدم ثبوت الملازمة: إمكان التزام القائل بإباحة جميع التصرفات - حتى المتوقعة على الملك - بالملك في أن التصرف، لا بالملك من أول الأمر، فيتعيّن حينئذ الالتزام بالملكية الآتية جمعًا بين الأدلة.

وقد تحصّل الى هنا: أن المصنف قدس سره أبطل استدلاله بالآيتين الشريفتين بناء على التقريب الأول، وهو حلية التصرفات المترتبة تكليفا على البيع واستلزامها شرعا مملّكية المعاطاة من أول الأمر كالبيع القولي.



فالأولى (1) حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً، هذا.

(1) هذا متفرع على المناقشة في دلالة الآيتين بالملازمة الشرعية بين حلية التصرف و الملكية من أول الأمر. و مقصوده تقريب دلالة الآيتين على مملكية المعاطاة بوجه آخر، و هذا تقريب ثالث أشرنا إليه في صدر البحث عن آية حلّ البيع، و محصله: إثبات الملازمة العرفية بين إباحة التصرف و بين الملك. و توضيحه: أن متعلّق الحلّ هو التصرفات المترتبة على البيع، و حليتها يتصور على نحوين:

أحدهما: مجرد تحليل التصرفات الموقوفة على الملك، و هذا المدلول المطابق لا يستلزم شرعاً و لا عرفاً صحة المعاطاة و مملّكيتها من حين الانعقاد. و قد تقدّم وجه عدم الملازمة بالتفصيل.

ثانيهما: تحليل التصرفات المترتبة على البيع بما أنه معاملة يتسبب بها إلى الملك، بأن تدلّ الآية على حلية التصرف بخصوص هذا السبب- أي البيع الصادق على المعاطاة- و من المعلوم أنّ جواز التصرف بهذا السبب الخاص يلازم عرفاً سببية المعاطاة للحلية و تأثيرها فيها، و هذا معنى استلزام الحلية التكليفية للصحة و النفوذ عرفاً، يعني: أنّ المعاطاة من حين انعقادها بيع مؤثر في النقل المملكي، و لا بد من ترتيب آثار البيع عليها في إفادة الملكية من أول الأمر.

و هكذا يقال في استلزام إباحة الأكل لسببية التجارة عن تراض، يعني: أنّ حلية التصرف المتوقف على الملك فيما يؤخذ بالتجارة عن تراض- بما أنّها سبب مملّك- تستلزم صحتها و تأثيرها في الملكية من أول الأمر، و إلا لم تكن الحلية مستندة إلى سببية التجارة، لإمكان تصوير الملكية الأنامائية.

و قد تحصل من كلمات المصنف في الاستدلال بأيّتي الحلّ و التجارة وجوه ثلاثة:

الأول: دلالة الآيتين على حلية التصرفات المترتبة على البيع و التجارة تكليفاً بالمطابقة، و دلالتهم بالملازمة الشرعية على الصحة و الملكية. و قد ناقش فيه بمنع الملازمة

إشارة

مع إمكان (1) إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض

الشرعية، وإنما غايته إثبات الملكية الآتية قبل التصرف المنوط بالملك.

الثاني: دلالة الآيتين على الحكم الوضعي وهو الصحة لا مجرد الحكم التكليفي. وقد ناقش فيه بالأمر بالتأمل فيه. ولعل وجه انتفاء الجامع بين الحلّ التكليفي والوضعي، فلا بد أن يراد أحدهما، ومقتضى ظهوره في التكليف تعلقه بالتصرفات، وهو الوجه الأول.

الثالث: دلالة الآيتين بالمطابقة على حلية التصرفات، وبالملازمة العرفية على صحة المعاملة المعاطاتية، يعني: أن مدلول الآيتين ليس مجرد اشتراك المعاطاة مع البيع والتجارة في ترتيب الآثار حتى تنفك الملكية عن الحلية، بل مدلولهما هو الحلية الناشئة من سببتيهما للملك، لكونهما سببين عرفيين له. وهذا هو الذي استقرّ عليه رأيه في الحكم بإفادة المعاطاة للملك. هذا.

ويحتمل أن يريد المصنف قدس سره بهذا الوجه الثالث أمراً آخر، وهو: دلالة الآية بالمطابقة على صحة البيع المعاطاتي، ولعله أوفق بقوله: «بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً» لا ما ذكرناه- أخذاً من المحقق الأصفهاني قدس سره- من إرادة الملازمة العرفية بين تحليل التصرفات وصحة المعاطاة. وعليه يكون مختاره قريباً من التقريب الثاني وهو إرادة الحل الوضعي.

لكن قد يشكل بأن دلالة الآية بالمطابقة على الصحة ينافي انتزاع الوضعيات من التكليف وعدم استقلالها بالجعل، فلعلّ الأولى إرادة الملازمة العرفية كما ذكرناه.

الدليل الخامس: الإجماع المركب

(1) هذا إشارة إلى دليل خامس على مملّكية المعاطاة، وهو الاستدلال بالإجماع المركب حتى إذا نوقش في الأدلة الثلاثة المتقدمة من الآيتين والسيرة. تقرّبه: أنّ من الممكن تصحيح المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتها، و تتميمه في البيع بالإجماع المركب، إذ لا يقول أحد بصحة المعاطاة في الهبة والإجارة وعدم صحتها في البيع، فكل من يقول بصحتها فيهما يقول بصحتها في البيع.

(1) أي: إطلاقات الهبة و الإجارة. أما إطلاق أدلة الهبة، فكرواية جراح المدائني، قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبينه، قال: إذا أعطاه في صحّة جاز» (1) «تقريب الإطلاق: أنّ الإعطاء إن لم يكن ظاهراً في خصوص الإعطاء الخارجي - لا المترتب من باب الوفاء على الإيجاب و القبول اللفظيين - فلا أقلّ من شموله لكل من الهبة القولية و الفعلية، و الوجه في الإطلاق عدم استفصال الامام عليه السلام عن أنّ العطية هل كانت باللفظ أم بالفعل.

و كرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم» (2) الحديث.

و أما إطلاق بعض أدلة الإجارة فمثل ما جاء في حديث تحف العقول: «و أما تفسير الإجازات فإجارة الإنسان نفسه أو ما يملكه، أو يلي أمره من قرابته أو دابته أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الإجارة» (3) و وجه الإطلاق: عدم تقييد الإجارة النافذة شرعاً بما إذا وقعت بالإيجاب و القبول اللفظيين.

و كذلك ما في مكاتبة اليقطيني الى الامام أبي محمد العسكري عليهما السلام: «في رجل دفع ابنه الى رجل و سلّمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له، ثم جاء رجل، فقال: سلّم ابنك منّي

[1] هذا لا يخلو من غرابة، لأنّ إطلاقات البيع إن لم تكن أزيد من إطلاقاتها لم تكن بأقلّ منها، مضافاً إلى أنّه يرد عليهما من الاشكال ما يرد على إطلاقه.

و إلى: أنّ المحكي عن المصنف قدس سرّه إنكار وجود الإطلاق فيهما.

و إلى: أنّه لا معنى لدعوى الإجماع المركب في المقام مع وجود القول بالفصل، و هو ذهاب مشهور القدماء إلى الإباحة. و سيأتي بعض ما يناسب المقام في التنبيهات.

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 344، الباب 11 من كتاب الهبات، الحديث: 5.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 335، الباب 4، من كتاب الهبات الحديث: 4

(3) تحف العقول، ص 331.

مع (1) أن ما ذكر- من أن للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقع عليه-

بزيادة، هل له الخيار في ذلك؟ وهل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتب عليه السلام:

يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف» (1) «فإنّ الدفع والتسليم ظاهران في إنشاء عقد الإجارة بهما، لا كونهما وفاء بإنشاء الإجارة بالصيغة سابقا على الدفع. ولا أقلّ من الإطلاق المستند إلى ترك الاستفصال، فإنّه عليه الصلاة والسلام لم يسأل هل أنشئت الإجارة باللفظ أم لا؟ وإنما حكم بوجوب الوفاء للأول مطلقا، سواء كان إنشاؤها باللفظ أم بالفعل.

فان قلت: هذا الإطلاق محكّم في آية حل البيع أيضا، لشمول العنوان للمعاملة الفعلية والقولية على حدّ سواء، لصدق البيع العرفي على المعاطاة قطعا، ومعه لا حاجة الى تطويل الطريق بالتمسك بإطلاق الهبة والإجارة أولا وإثبات عدم الفصل بين البيع وبينهما ثانيا.

فنفس إطلاق البيع على المعاطاة كاف في ترتيب آثاره عليها.

قلت: إطلاق الآية المباركة وإن كان ثابتا بدوا، إلا أنّ تشتت الأقوال في المعاطاة وإجماع السيد ابن زهرة على نفي بيعيتها أوجبا ضعف الإطلاق وقوة اختصاص البيع- المفيد للملك اللازم- باللفظي، وعدم شموله للمعاطاة، ولأجله تصدّى المصنف قدس سرّه للتمسك بالإجماع المركب.

(1) غرضه تصحيح الاستدلال بأيّتي الحلّ والتجارة- بالملازمة الشرعية بين الحلية التكليفية والملك من أوّل الأمر- وإبطال ما نوقش فيه بقوله: «اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات .. غاية الأمر: أنّه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقع على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما .. إلخ».

وحاصل وجه الإبطال- الكاشف عن صحة الاستدلال بالآيتين- هو: أنّ الالتزام بالملك آنا ما قبل التصرف ممّا لا يليق بالمتفقّه فضلا عن الفقيه، فهو فاسد، ولا يمنع عن الاستدلال بالآيتين على الملكية من أوّل الأمر. فالاستدلال بهما على مملكية المعاطاة كالبيع

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 254، الباب 15 من أحكام الإجارة، الحديث: 1.

لا يليق (1) بالمتفقه فضلا عن الفقيه، ولذا (2) ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد، في مقام الاستبعاد:

## [استلزام القول بالإباحة تأسيس قواعد جديدة]

### إشارة

أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد (3) جديدة: »

القول صحيح، والالتزام بالملك الآنيّ قبل التصرف فاسد. وعليه فإنّ ما أن يقال بإفادة المعاطاة لإباحة التصرفات وعدم حصول الملك أصلا حتى أنا ما قبل التصرف، وإما أن يقال بإفادتها للملك من أول الأمر، وحيث لا سبيل للالتزام بالأول تعين الأخير وهو إفادتها للملك من حين التعاطي.

(1) خبر «أنّ ما ذكر» ووجه عدم اللياقة هي الاستبعادات التي ذكرها الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه على المشهور القائلين بالإباحة.

(2) أي: ولأجل فساد الملك أنا ما قبل التصرف ذكر كاشف الغطاء قدّس سرّه في مقام الاستبعاد .. إلخ، حيث نقل في شرح القواعد بعض الأقوال في حكم المعاطاة، وقال: «والقول بمجرد الإباحة والاذن في التصرف من غير ملك، كما ادعيت عليه الشهرة ونقل فيه الإجماع، وهو مردود بالسيرة المستمرة القاطعة في إجراء حكم الأملاك على ما أخذ بالمعاطاة من إيقاع عقد البيع والإجارة والهبة والصلح والصدقة وجميع العقود وما يتعلق بتمليك الأعيان أو المنافع عليه، وتعلق العتق والوقف والحبس والرهن والربا والنذر والأيمان والوصايا ونحوه به، وكذا حكم الموارث والأخماس والزكوات واستطاعة الحج، والنظر إلى الجوّاري ولمسهن ووطئهن وتحليلهن وتزويجهن ونحو ذلك. فيلزم إمّا إنكار ما جاز بديهته أو إثبات قواعد جديدة: منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود .. إلخ».

استلزام القول بالإباحة تأسيس قواعد جديدة

(3) يعني: أنّ القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة لم تكن مشروعة، ومع استلزام القول بالإباحة لتأسيسها يتعيّن المصير إلى كون المعاطاة مفيدة للملك من أول الأمر.

وبعبارة أخرى: إباحة جميع التصرفات تستلزم قواعد غير مشروعة، فعدم مشروعيتها دليل إتي على فساد القول بإفادة المعاطاة للإباحة.

منها: أنّ العقود (1) و ما قام مقامها لا تتبع القصد.

ثم إنّ هنا أموراً ينبغي التنبيه عليها:

الأول: أنّ أصول استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّه ثمانية، و ان انحلّ بعضها الى استبعادين أو أكثر كما سننّبّه عليه إن شاء الله تعالى.

الثاني: أنّ جملة من هذه الاستبعادات قد نّبّه عليها المحقّق الثاني قدّس سرّه الذي التجأ إلى تأويل القول بالإباحة إلى الملك المتزلزل. و لكنّه قدّس سرّه لم يذكرها بهذا الترتيب و البسط كما صنعه الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه.

الثالث: أنّ هذه الاستبعادات تدور بين ترتيب آثار الملك على غير الملك، و بين كون التلف و التصرف مملّكاً- عند التلف أو التصرف، من دون ربط له بالإباحة بما هي. و عليه ينبغي أن يضاف إلى قوله: «التمليك و البيع»: و حصول الملكية قبل التلف أو التصرف.

القاعدة الأولى: عدم تبعية العقود للقصد

(1) هذا هو الاستبعاد الأول، أي: القاعدة الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها لو قلنا بإفادة المعاطاة- المقصود بها الملك- للإباحة المحضّة، و حصول الملكية آناً ما قبل التصرف المملّك.

و توضيحه: أنّ العناوين الاعتبارية كالملكية و الزوجية و الحرية و البيئونة لا تترتب على أسبابها- من الإنشاء اللفظي و الفعلي- قهراً، بل يباط ترتبها بقصد ذلك العنوان الإنشائي، و لذلك أسّس الفقهاء «رضوان الله عليهم» قاعدة «أنّ العقود تابعة للقصد». و هذه الجملة تتكفل عقدين، أحدهما: إيجابي، و هو لزوم وقوع ما يقصده المتعاقدان. و الآخر سلبي و هو عدم وقوع ما لا يقصدانه.

و على هذا فلو ترتبت الإباحة المحضّة على المعاطاة المقصود بها الملك لزم مخالفة كلا العقدين، و لا بدّ من تأسيس قاعدة جديدة، و هي: «أنّ العقود لا يلزم متابعتها للقصد» إذ المقصود هو الملك و لم يحصل، و الحاصل و هو الإباحة لم يكن مقصوداً. و لا سبيل للفقيه أن يلتزم بهذه القاعدة الجديدة. و يتوقف إنكارها على القول بإفادة المعاطاة للملك من حين انعقادها.

و منها (1): أن يكون إرادة التصرف من المملّكات،

القاعدة الثانية: مملّكية التصرف أو إرادته

(1) هذا ثاني اللوازم الفاسدة المترتبة على مقالة المشهور من إفادة المعاطاة لإباحة التصرف دون الملك، و محصله: لزوم تأسيس قاعدة فقهية جديدة لم تكن معهودة من ذي قبل، و هي: كون إرادة التصرف- أو نفس التصرف أو هما معا- من الأسباب المملّكة. توضيحه: أنّ مقصود المتعاطيين- وهو المملّكية- لم يحصل حسب الفرض. و حيث إنّ بعض التصرفات كالبيع و الوقف و العتق موقوف على الملك، فلا بد أن تكون مجرد إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة موجبة لدخول المباح له في ملك مريد التصرف، أو تكون تلك الإرادة مع نفس التصرف مملّكة بأن يكون كل من الإرادة و التصرف جزء السبب المملّك.

و كلا الشقّين ممنوع، لأنّ إدخال المال في ملك الآخذ قبل التصرف- حتى يقع ذلك التصرف في ملكه- لم يكن مشمولاً لإذن المالك الأوّل الدافع للمال، لأنّه قصد التمليك، و لم يحصل حسب الفرض، فالإذن الضمني في إدخاله في ملكه لم يكن موجوداً حين التعاطي، فكيف يجوز للآخذ إدخال مال الغير في ملك نفسه بمجرد تصرفه فيه أو بإرادة تصرفه؟

فإن قلت: لا مانع من إدخال المأخوذ بالمعاطاة في ملك الآخذ بمجرد التصرف أو بإرادته، لوجود الإذن في التملّك ضمناً من قبل الدافع، نظير الإذن الضمني في التملّك في مسألتين:

إحدهما: فيما إذا أمر شخص غيره بعتق عبده من قبل الأمر.

و ثانيتهما: فيما إذا أمره بالتصدق بماله عنه.

مثلاً: إذا قال زيد لعمر: «أعتق عبدك عني» كان أمره متضمناً للوكالة في أمرين، الأوّل: تمليك عمرو عبده لزيد، الثاني: عتق العبد عن الأمر- و هو زيد- فالمأمور يملّك عبده لزيد بالأصالة، لكونه مالكا للعبد، و يقبل هذا التمليك- عن زيد- بالوكالة، ثم يعتقه عن الأمر بالوكالة أيضاً. و عليه فالإذن الضمني في إدخال العبد في ملك زيد متحقق.

و كذا الحال في مسألة الأمر بالتصدق.

و ليكن المقام من قبيل هذين الفرعين المتسالم على صحتهما. يعني: أنّ من يدفع ماله

فيملك العين (1) أو المنفعة (2) بإرادة التصرف بهما (3)، أو معه (4) دفعة (5)، وإن لم يخطر (6)

للغير بالمعاطة يعلم بترتب إباحة جميع التصرفات- حتى المتوقفة على الملك- على الدفع، وهذا يتضمن كون الآخذ مأذوناً في إدخال المال في ملك نفسه قبل التصرف المتوقف على الملك. ومع وجود هذا الإذن لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي كون التصرف في مال الغير إحدى المملكات.

قلت: قياس المقام بالأمر بالعتق والصدقة مع الفارق، لوجود الإذن والتوكيل فيهما، بخلاف المعاطة، فإن المقصود أمر واحد وهو التمليك بنفس التعاطي، والمفروض عدم حصوله، لأن الشارع ألغى هذا القصد وحكم بترتب الإباحة المحضنة، فكيف يتضمن الدفع إذنا للآخر في التمليك، بل مقتضاه أمّا حرمة التصرف المتوقف على الملك، والمفروض عدم التزامهم بها، وإمّا جعل إرادة تصرف الآخذ موجبة لدخول المال في ملكه. وهذا هو القاعدة التي لم تعهد من الفقهاء، والتخلص منها يتوقف على إنكار الإباحة رأساً، والالتزام بالملك كالبيع القولي.

(1) فيما إذا كان المعاطة في البيع، الذي هو تمليك عين بعوض.

(2) فيما إذا كانت المعاطة في الإجارة- التي هي تمليك المنفعة بعوض- كتمليك سكنى الدار سنة بدينار.

(3) الباء بمعنى «في» أي: يتملك الآخذ العين أو المنفعة بمجرد إرادة تصرفه في كليهما.

(4) معطوف على «إرادة التصرف» يعني: لا فرق في لزوم تأسيس قاعدة جديدة بين الالتزام بمملكية إرادة التصرف وحدها، وبين جعل المملك مؤلفاً من إرادة التصرف ونفس التصرف.

(5) قيد لقوله: «فيملك» يعني: فيملك العين أو المنفعة دفعة. ولعل المقصود بالدفعة عدم دخل لفعل المالك المبيح في تملك صاحبه للمال أصلاً.

(6) إذ لو خطر ببال المالك المبيح الإذن في التصرف صارت المعاطة نظير الأمر بالعتق والصدقة في اشتمالهما على التوكيل في التملك.



ببإل المالك الأول الإذن (1) في شيء من هذه التصرفات، لأنه (2) قاصد للنقل من حين الدفع، لأنه (3) لا سلطان له بعد ذلك (4). بخلاف (5) من قال: أعتق عبدك عني، و تصدق بمالي عنك.

### [القاعدة الثالثة: ترتيب آثار الملك على المباح]

و منها (6): أن

(1) حتى يكون إذنه دخيلاً في تملك صاحبه لما أخذه بالمعاطة.

(2) تعليل لعدم خطور الإذن ببإل المالك في شيء من التصرفات، يعني: أن عدم الخطور إنما هو لأجل كون المالك قاصداً للنقل حين إعطاء المال، ولا سلطنة له بعد ذلك على المال حتى يخطر ببإله الإذن في التصرف، حيث إن المالك يعتقد - حين الإعطاء - صيرورة المال ملكاً للآخذ و خارجاً عن حيز سلطنته.

(3) أي: لأن المالك قاصد للنقل من حين الدفع لا من حين تصرف الآخذ، وهذا تعليل لعدم كون المالك معتقداً بمالكية نفسه بعد الإعطاء حتى يأذن للآخر في التصرف في المال، بل يرى سلطنته منقطعة بعد الإعطاء، فكيف يتمشى منه الإذن في التصرف في المال؟

(4) أي: بعد الدفع.

(5) مقصود كاشف الغطاء قدس سره بهذا منع تمسك القائل بالإباحة لإثبات الإذن الضمني المالكي - في تملك المباح له قبل تصرفه في المأخوذ بالمعاطة - بمقايسته بما تسالموا عليه من صحة الأمر بالعق و التصديق. و وقوعهما عن الأمر لا المأمور. و قد أوضحناه بقولنا: «فإن قلت .. قلت .. إلخ».

القاعدة الثالثة: ترتيب آثار الملك على المباح

(6) هذا هو الاستبعاد الثالث المترتب على القول بالإباحة، و القاعدة الجديدة التي لا بد من تأسيسها هي: الحكم بترتب عدة من الأمور على ما في يد المباح له، مع عدم كونه ملكاً له، مع أن هذه الأمور من آثار الملك و شؤونه، و لازم عدم إفادة المعاطة للملك هو تعلقها بغير الملك، لأن المال المأخوذ بالمعاطة - مع بقاء عينه و عدم تلفها - باق على ملك مالكة الأول، و لم ينتقل إلى الآخذ، و مع ذلك يتعلق به الأمور المذكورة في المتن، و هي أحد عشر مورداً.

فإن قلت: لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة و هي ترتيب آثار الملك على المباح، و ذلك

لأنَّ المنسوب إلى القدماء وإن كان إفادة المعاطاة للإباحة المجردة عن الملك، إلا أنَّهم قالوا بحصول الملك عند تلف إحدى العينين أو كليهما. وعلى هذا فالعين الباقية بحالها عند أحد المتعاطيين تصير ملكا له بمجرد تلف الأخرى عند الآخر، أو تصرفه فيها.

مثلا إذ تعاطى زيد وعمرو جنسا زكويًا كالحنطة والشعير بمائة دينار، واجتمعت شرائط وجوب الزكاة في الحنطة والشعير، فإنَّهما تدخلان في ملك عمرو بمجرد تصرف زيد في الدنانير، وعليه فإذا حكم الشارع على عمرو بوجوب إخراج زكاته لم يستلزم تأسيس قاعدة جديدة وهي إخراج الزكاة من المباح لا الملك، بل كان وجوب الزكاة مترتبا على الملك، لفرض دخولهما في ملكه بمجرد تصرف زيد في الدنانير.

قلت: مبنى هذا الاستبعاد هو بقاء العين وعدم تصرف الآخر أو الشك فيه، إذ هنا صور ثلاث:

الأولى: العلم بتصرف زيد في الثمن أو العلم بتلفه.

الثانية: العلم بعدم تصرفه في الثمن أصلا و العلم ببقائه.

الثالثة: الشك في تصرفه فيه وفي بقاءه وتلفه. وتأسيس قاعدة جديدة يبتني على الصورتين الأخيرتين، ضرورة أنَّه مع العلم بعدم تصرف زيد في الثمن أو الشك فيه - وكذا مع العلم ببقائه - تكون الحنطة والشعير مباحة لعمرو وليستا ملكا له، ومع ذلك يجب عليه إخراج الزكاة، فثبت ما استغربه الفقيه كاشف الغطاء قدس سره من ترتيب حكم الملك - وهو وجوب إخراج الزكاة - على غير الملك.

(1) هذا هو المورد الأوّل من الموارد الأحد عشر، وتوضيحه: أنَّه إذا كان المأخوذ بالمعاطاة فاضلا عن مئونة سنته بأن بقي على حاله من دون أن يتصرف فيه إلى أن مضت السنة عليه، فإنَّه يجب عليه أداء خمسه، مع أنَّه ليس بملك له، وإنَّما أبيض له التصرف فيه. فيلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي: عدم اختصاص وجوب الخمس بما يملكه الإنسان ويفضل عن مئونته، بل يعمّ كل ما في يده سواء أكان ملكا أم مباحا، وهو غريب.

(1) هذا هو المورد الثاني، وقد ظهر المراد به آنفاً.

(2) هذا ثالث الموارد، و توضيحه: أنّه إذا كان الثمن في المعاطاة وافيًا بمئونة الحج، و بقي إلى آن خروج الرّفقة، فإنّه لا بد أن يحكم على الآخذ بأنّه مستطيع وابد للزاد و الراحلة، مع وضوح عدم كونه مالكا لهما بالمعاطاة، بل أبيع له التصرف في ذلك الثمن، فيلزم ترتيب حكم الملك- و هو وجوب الحج على من له الزاد و الراحلة- على غير الملك.

(3) هذا رابع الموارد، و توضيحه: أنّ المديون يجب عليه أداء دينه ممّا يملكه، فإذا اشترى بالمعاطاة شيئاً و أراد أداء دينه به- مع عدم صيرورته ملكاً له- لزم جواز أداء الدين بالمباح لا بالملك، و هو كما ترى.

(4) هذا خامس الموارد، و بيانه: أنّه يجب على الزوج الإنفاق على زوجته- بل على غيرها من الأقارب مع التمكن- و النفقة إنّما تجب عند مالكيته لما ينفقه، فلو تعامل بالمعاطاة و اشترى الطعام و الملابس، و جب عليه صرفهما في النفقة الواجبة، مع عدم دخولهما في ملكه، بل وقع في يده بعنوان الإباحة. فيدور الأمر بين عدم وجوب الإنفاق أصلاً- لعدم كونه مالكا- و بين وجوبه عليه حتى في المباح، و لا سبيل للأول، و الثاني هو معنى تأسيس قاعدة جديدة.

(5) هذا سادس الموارد، و توضيحه: أنّ المديون الذي لا يؤدّي دينه- إمّا قصورا و إمّا تقصيرا- إذا باع بالمعاطاة شيئاً، و كان ثمنه وافيًا بدينه، فظفر به الدائن، جاز له أخذه منه تقاصاً، مع أنّ المأخوذ مقاصّة لا بد أن يكون ملكاً للمديون حتى يجوز للدائن أخذه مقاصّة، و لا يكفي مجرد الإباحة و وقوع الشيء في يد المديون.

هذا بناء على كون العبارة «حق المقاصّة». و بناء على ما في بعض نسخ شرح القواعد من «حق المقاسمة» فيبانه: أنّه إذا اشترك اثنان في شراء شيء مشاعاً، ثبت لكل منهما حق القسمة و إفراز حصته من حصة شريكه، مع أنّه ليس ملكاً له، بل ثبت بالمعاطاة مجرد إباحة التصرف، و عليه يلزم تعلق حق القسمة بما في اليد دون الملك.

(1) هذا سابع الموارد، و بيانه: أنه إذا كانت دار مشتركة بين زيد و عمرو، فباع زيد حصّته من بكر بالمعاطة، فيثبت لعمرو حق الشفعة، و يستحق إرجاعها إلى نفسه ببذل مثل الثمن إلى بكر. فعلى القول بإفادة المعاطة للإباحة المحضة يلزم تعلق حق الشفعة بحصة الشريك- أي زيد- مع عدم خروجها عن ملكه، و من المعلوم أنه لا بدّ في تعلق حق الشفعة من خروج الحصة عن ملك الشريك.

(2) هذا ثامن الموارد، كما إذا اشترى زيد بالمعاطة دارا و مات، فإنّها تنتقل كسائر أمواله إلى ورثته، مع أنّ هذه الدار لم تكن ملكا للمورث، بل كانت في يده مباحة، فيلزم تأسيس قاعدة جديدة: و هي: تعلق الإرث بالمباحات و عدم اختصاصه بالأملك و الحقوق.

(3) هذا هو المورد التاسع، و بيانه: أنه إذا كان العوضان في المعاطة من جنس واحد مع التفاضل، فإنّ الزيادة محرّمة، فلو لم تكن المعاطة مفيدة للملك لم يكن وجه لحرمة الزيادة، لأنّ موضوع الحرمة هو المعاملة الصحيحة المؤثّرة في الملك لولا الربا، و من المعلوم فقدان الصحة بدون الربا أيضا، إذ المفروض عدم كون المعاطة بيعا مؤثّرا و لو بدون الربا.

و كما إذا باع المأخوذ بالمعاطة بجنسه مع التفاضل.

(4) هذا عاشر الموارد، و بيانه: أنه إذا أوصى شخص بصرف المأخوذ بالمعاطة في الوجوه البريّة، أو أوصى بإعطائه لشخص بعد وفاته، فإنّ المعاطة لو أفادت الإباحة لزم كون الوصية بمال غيره لا بمال نفسه، لفرض عدم دخوله- بمجرد المعاطة- في ملكه [1].

[1] هذا هو المقصود، لا ما عن المحقق النائيني قدس سرّه من التكسب به مرارا بالمعاطة، حتى يستشكل عليه بكونه مسبقا بالتصرّف الذي هو المملّك.

مع (1) العلم ببقاء مقابله (2) و عدم (3) التصرف فيه، أو (4) عدم العلم به (5)، فينقى (6) [فيقى] بالأصل،

(1) قيد لقوله: «تتعلق» يعني: أن تأسيس قاعدة جديدة يبتني على أحد أمرين على سبيل منع الخلو:

الأول: العلم ببقاء العين الأخرى في يد المتعاطي الآخر، وأنها لم تلتف بعد، و لم يتصرف فيها أصلا.

الثاني: الشك في بقائها، أو تصرفه فيها.

فلو علم أحد المتعاطيين بأن العين التي أخذها المتعاطي الآخر قد تلتفت أو تصرف فيها لم يلزم تأسيس قاعدة جديدة، لأن هذه العين أيضا تصير ملكا لزيد بمجرد تصرف عمرو في تلك العين. وقد أوضحنا هذا بقولنا: «ان قلت .. قلت ..» راجع (ص 426).

(2) أي: مقابل ما في اليد، إذ مع تلف العين الأخرى عند عمرو يصير ما في يد زيد ملكا له قهرا.

(3) معطوف على «بقاء» يعني: مع العلم بعدم تصرف عمرو في ما أخذه بالمعاطة.

و الوجه في هذا العطف أن الموجب لتبديل الإباحة بالملك - عند المشهور أحد أمرين: إما تلف إحدى العينين، وإما التصرف فيها.

(4) معطوف على «العلم» يعني: أو مع عدم العلم ببقاء مقابله عند الأخذ، فيحكم ببقائه بالاستصحاب. و عليه ففي كلتا صورتين - و هما العلم ببقاء مقابله، أو الشك في بقائه - يكون ما بيده ملكا للغير، و مع ذلك يجري عليه أحكام الملك.

(5) أي: عدم العلم ببقاء المقابل، و عدم العلم بعدم التصرف في المقابل.

(6) هذه الكلمة اختلف ضبطها في نسخ شرح القواعد، ففي بعضها «فينقى» و في بعضها «فيبقى» و على كل منهما لا يختلف المقصود. إذ لو كانت «فينقى أو فينتفي» كان الضمير المستتر راجعا إلى «عدم التصرف فيه» يعني: يحرز - باستصحاب عدم تصرف عمرو في العين - أن ما في يد زيد لم ينتقل إلى ملكه، فيلزم ترتيب آثار الملك عليه مع كونه محكوما بالإباحة المحضنة.

و لو كانت «فيبقى بالأصل» كان الضمير المستتر في الفعل المبني للفاعل راجعا إلى كل

من «بقاء مقابله، عدم التصرف فيه» يعني: يحرز- بركة الاستصحاب- بقاء العين الأخرى في يد عمرو و على حالها و لم تتلف، و يحرز أيضا عدم تصرف عمرو فيها، و يترتب على كلّ- من البقاء و عدم التصرف- كون ما في يد زيد مباحا لا ملكا له.

و لعلّ الأوفق بسياق الكلام: «فينفى بالأصل» أي: فينفي بالأصل التصرف المشكوك فيه، و يحرز الموضوع المؤلّف من وجودي و هو بقاء العين، و عدمي و هو عدم التصرف فيه.

(1) هذا متفرّع على إحرار بقاء العين الأخرى في يد عمرو و عدم تصرفه فيها، إمّا بالوجدان و إمّا بالتعبد، إذ في كلتا الصورتين يلزم تأسيس قاعدة جديدة، و هي تعلّق أحكام الملك بما ليس ملكا، كما مرّ في الموارد العشرة.

(2) الظاهر أنّه معطوف على قوله: «أنّ الأحماس» و لازمه أن يكون هذا أمرا على حدة في مقابل الموارد العشرة من الأحماس و الزكوات. لكن حيث إنّ القاعدة التي يتعيّن تأسيسها في الجميع هي إجراء حكم الملك على ما ليس بملك كان المناسب جعل قوله: «و أنّ الغنى» المورد الحادي عشر لما تقدم عليه.

و كيف كان فتوضيحه: أنّ الاتّصاف بالفقر و الغنى موقوف على الملك، فإن كان الإنسان واجدا لمئونة سنته و لو بالقوة كان غنيّا و حرم عليه أخذ الصدقات، و الخمس إن كان هاشميا. و إن لم يكن واجدا لها- و لو بالقوة- كان فقيرا و جاز له أخذها.

و عليه فإذا باع زيد بالمعاطاة شيئا من مؤنته- ككتاب يحتاج إليه- بثمن غال لصرفه في نفقة عياله، و لم يتلف الكتاب في يد المشتري و لم يتصرف فيه، و بقي الثمن في يد زيد أيضا و هو واف بمئونة سنته، فإنّه يلزم تأسيس قاعدة جديدة، و هي: دوران الغنى و الفقر مدار الإباحة دون الملك، و ذلك لأنّ الكتاب باق على ملك زيد حسب الفرض، كما أنّ الثمن باق على ملك عمرو، فلو صار زيد غنيّا بالمأخوذ بالمعاطاة كان معناه ترتّب الغنى على مجرد كون المال في يده و إن كان ملكا للغير، و صار عمرو فقيرا بشراء الكتاب مع أنّ الثمن باق على ملكه.

و الحاصل: أنّه يلزم ترتّب صفة الغنى و الفقر على ما في اليد مع كونه ملكا للغير، فيترتب وجود الغنى على المأخوذ بالمعاطاة، و يرتفع به الفقر مع عدم كون هذا المأخوذ ملكا،

ترتب عليه (1) كذلك (2)، فيصير (3) ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

### **[القاعدة الرابعة: مملّكية تصرف أحد المتعاطين للآخر]**

ومنها (4): كون التصرف من جانب مملّكا للجانب الآخر (5). مضافا إلى غرابة (6) استناد الملك الى التصرف.

فالأخذ غني و ليس بمالك، و المعطي للمال فقير مع عدم خروج المال عن ملكه.

(1) أي: على ما في اليد وإن لم يكن ملكا له.

(2) أي: مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه، أو مع الشك في البقاء و التصرف.

و هذا إشارة إلى الصورتين المتقدمتين.

القاعدة الرابعة: مملّكية تصرف أحد المتعاطين للآخر

(3) هذا هي القاعدة التي يلزم تأسيسها لوقيل بإفادة المعاطاة للإباحة المحضنة.

(4) أي: و من القواعد الجديدة، و هذه رابع الاستبعادات، و هو يتضمن أمرين لا بدّ من تأسيسها.

أحدهما: كون أصل التصرف في المباح سببا لدخوله في الملك، و هو بعيد، لأنّ الأسباب المملّكة المعهودة من الشرع محصورة في أمور اختيارية و قهرية، و ليس التصرف منها، فالاختيارية إمّا خارجية كحيازة المباحات، و إمّا اعتبارية كالبيع و الإجارة و المضاربة و الصلح و نحوها. و القهرية كالموت و الارتداد. فكيف حكم المشهور بدخول المأخوذ بالمعاطاة في الملك بالتصرف فيه؟

ثانيهما: أن يكون تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة موجبا لصيرورة الآخر مالكا لما في يده. و هذا أكثر غرابة من الأوّل.

(5) و لم يعهد كون التصرف من جانب مملّكا للجانب الآخر، إذ لم يتحقق إلاّ أمران، أحدهما: المعاطاة، و الآخر: التصرف، و المفروض أنّ الأوّل لم يؤثر في الملكية، فالمملّك هو التصرف.

(6) وجه الغرابة أنّ التصرف مؤخر طبعاً عن الملك، لأنّه مقتضى توقف التصرف على الملك، و مع تأخّره عن الملك كيف يستند الملك إليه؟

و منها (1): جعل التلف السماوي (2) من جانب مملّكا للجانب الآخر (3).

و التلف (4) من الجانبين مع التفريط معينا للمسمّى

---

القاعدة الخامسة: ترتب آثار غير معهودة على التلف

(1) أي: و من القواعد الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها بناء على القول بالإباحة، و هذا الاستبعاد الخامس يتضمن قواعد أربعة تتعلق بتلف إحدى العينين أو كليهما.

الاولى: أنّ المشهور قالوا: «إذا تلفت إحدى العينين لزمتم» و التلف الملمزم أعم من الاختياري كالأكل و الشرب و نحوهما من التصرفات الخارجية و الاعتبارية، و القهري و هو ما لم يكن بإرادة الإنسان كالسيل و الصاعقة و الزلزال و شبهها من أنواع البلاء، المعبّر عنها بالتلف السماوي.

و وجه الغرابة: أنّ تلف المال قهرا عند أحد المتعاطيين كيف يوجب دخول المال الآخر في ملك المتعاطي الآخر قهرا؟ فإنّ مملّكية هذا التلف السماوي أكثر مؤونة من مملّكية تصرف أحدهما للآخر، إذ التصرف فعل اختياري قد يتيسّر توجيه مملّكته، و أمّا التلف القهري فلا.

هذا و سيأتي بيان القواعد الثلاث الأخر التي تضمنها هذا الاستبعاد الخامس.

(2) التقييد بالسماوي في قبال الإتلاف الأناسي فإنّه تصرف في المال، و يندرج في الاستبعاد الرابع، و هو غرابة مملّكية التصرف.

(3) فيلزم أن يكون أكل الهرة مثلا للحم المأخوذ بالمعاطة مملّكا للثمن الذي أخذه الآخر بالمعاطة. و من المعلوم أن كون التلف مملّكا و ناقلا في غاية البعد. و أمّا بناء على إفادة المعاطة للملك فلا يلزم هذا المحذور أصلا.

(4) معطوف على «التلف» و هذا إشارة إلى القاعدة الثانية التي ينبغي تأسيسها، و بيانها: أنّ مقتضى تأثير المعاطة في خصوص الإباحة هو: أنّ العينين باقيتان على ملك مالكيهما، و هما أمانتان عند المتعاطيين، و من المعلوم أنّ إتلاف الأمانة و التفريط في حفظها يوجب ضمان بدلها الواقعي من المثل أو القيمة، لاقتضاء قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» اشتغال الذمة بالبدل الواقعي، لا بالمسمّى، فإنّه مخصوص بالمعاوضة الصحيحة، كما إذا باع زيد كتابا بدينار من عمرو، و كانت قيمته الواقعية دينارين، فتبيّن غبن زيد بدينار، فإذا أتلّف كلّ منهما



من الطرفين (1)، ولا رجوع إلى قيمة المثل (2) حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.

و مع حصوله (3) في يد الغاصب

ما في يده مفترطاً في ذلك كان الضمان بالمسمى، ولا يرجع زيد على عمرو ودينار آخر وهو التفاوت بين المسمى والقيمة الواقعية.

و على هذا فلو أتلّف كل من المتعاطين ما في يده لزم أن يضمن للأخر بدله الواقعي، لعدم كون المعاطاة عقداً صحيحاً مملّكاً حسب الفرض، بل هي مبيحة للتصرف، و معه كيف حكم المشهور بأنّ إتلاف المأخوذ بالمعاطاة لا يوجب انتقال الضمان من المسمى إلى الواقعي؟

إذ مقتضى قاعدة «اليد» استقرار البديل الواقعي على العهدة، ولا وجه لصيرورة الضمان معاوضياً.

(1) مع أنّ مقتضى قاعدة «اليد» هو الضمان بالبديل الواقعي من المثل أو القيمة، و جواز الرجوع بالتفاوت.

(2) يعني: كما هو مقتضى قاعدة المعاوضة الفاسدة حتى يرجع المغبون منهما إلى التفاوت.

مثلاً: إذا أعطى كتاب المكاسب بدينار، فأتلّف كلّ منهما ما في يده مفترطاً في ذلك، فالضمان على كل منهما يكون بالمسمى، فإذا كانت قيمة الكتاب دينارين مثلاً لا يرجع مالك الكتاب على الآخر - الأخذ له - بدينار يكون ما به التفاوت بين المسمى و بين القيمة الواقعية.

(3) أي: و مع حصول المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب، و هذا إشارة إلى القاعدة الثالثة التي تضمّنها الاستبعاد الخامس، و حاصل ذلك: أنّه إذا تعاطى زيد و عمرو كتاباً بدينار، فغصب بكر الكتاب، سواء تلف عنده أم بقي بحاله. فإن قلنا بأن القابض بالمعاطاة - و هو عمرو - هو الذي يطالب الكتاب من الغاصب كان القول به بعيداً، لأنّ غصب الغاصب للمأخوذ بالمعاطاة أو تلفه عنده كيف يوجب ملكية المأخوذ للقابض بالمعاطاة حتى تصير المطالبة من الغاصب للمالك؟ إذ لم يعهد نهوض دليل على كون الغصب أو التلف عند الغاصب من النواقل الشرعية.

وإن قلنا بأنّ المطالب هو القابض بالمعاطاة - و هو عمرو - مع فرض عدم تملكه للمأخوذ بالمعاطاة بسبب غصب الغاصب أو تلف المال عنده كان أيضاً بعيداً جداً، حيث إنّ

أو تلفه (1) فيها، فالقول بأنه (2) المطالب (3) لأنه (4) تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب (5)، و القول (6) بعدم الملك بعيد جدًا.

مع (7) أن في التلف القهري

---

المطالبة من الغاصب من شؤون سلطنة المالك على ماله، فليس لغير المالك سلطنة المطالبة من الغاصب.

(1) يعني: تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب.

(2) أي: بأن القابض بالمعاطاة.

(3) بصيغة الفاعل، و المراد به القابض بالمعاطاة.

(4) أي: لأن القابض بالمعاطاة.

(5) خبر «فالقول» وهذا إشارة إلى أحد الأمرين الغريبيين، وقد تقدم بقولنا: «فإن قلنا بأن القابض بالمعاطاة- وهو عمرو- هو الذي يطالب .. إلخ».

(6) معطوف على «فالقول» وهذا إشارة إلى ثاني الأمرين الغريبيين، ووجه الغرابة:

ما عرفت من أن المباح له إذا لم يصير مالكا للمأخوذ بالمعاطاة- بسبب غصب الغاصب أو التلف عنده- لم يكن له حق مطالبة تلك العين- أو بدلها- من الغاصب، لأن الغاصب ضامن للمالك المبيح لا للأخذ المباح له. ومعنى هذا عدم جواز رجوع المباح له على الغاصب لاسترداد ماله. مع أنه لا ريب في ثبوت حق المطالبة للأخذ، وهو كاشف عن كونه مالكا لما أخذه بالمعاطاة، ولا أثر من الإباحة في نظر العرف أصلا.

(7) هذا إشكال آخر على مملكية التلف القهري غير ما أفاده بقوله: «جعل التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر» وهذه هي القاعدة الرابعة التي تضمنتها الاستبعاد الخامس. و مقصود كاشف الغطاء قدس سره إنكار أصل مملكية التلف القهري سواء أكان التلف في يد الغاصب أم القابض.

و حاصل الاشكال: أنه إن قلنا بأن القابض بالمعاطاة ملك المأخوذ بها قبل التلف كان عجيبا، إذ لو حصلت الملكية بغير سبب لزم وجود المعلول بلا علّة، و لو حصلت بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علته، و كلاهما غير معقول.

إن ملك التالف قبل التلف فعجيب (1)، و معه (2) بعيد، لعدم قابليته. و بعده (3) ملك معدوم. و مع عدم (4) الدخول في الملك (5) يكون ملك الآخر بغير عوض.

و إن قلنا بحصول الملكية مع التلف كان بعيدا، إذ لا موجب لها في خصوص زمان التلف دون ما قبله. مضافا إلى: أن زمان التلف هو زمان انتفاء الملكية لا حدوثها.

و منه يظهر بطلان الملكية بعد التلف- لو قيل بها- لأن تملك المعدوم غير معقول.

و عليه لا يعقل مملكية التلف القهري أصلا. لا قبله و لا مقارنا له و لا بعده.

(1) لما عرفت آنفا من أنه إما من تقدم المعلول على العلة، وإما من وجود المعلول بلا علة.

(2) أي: و مع التلف فبعيد، و الأولى اقتران «بعيد» بالفاء، لاقتضاء العطف على «قبل التلف» كونه جزاء لقوله: «ان ملك» فكأنه قال: «و إن ملك التالف مقارنا للتلف فبعيد» و الوجه في البعد ما أفاده بقوله: «لعدم قابلية» لأن أن التلف هو أن انتفاء الملكية بانتفاء المملوك، فكيف تحصل الملكية مقارنة للتلف؟

(3) أي: بعد التلف، يعني: يكون حصول الملكية- بعد تلف المأخوذ بالمعاطاة- من ملك المعدوم، و هو غير معقول. و الأولى أيضا اقتران «ملك» بالفاء لما أشرنا إليه آنفا.

(4) هذا بمنزلة نتيجة ما أفاده من عدم معقولية مملكية التلف القهري، يعني: و لازم عدم دخول المأخوذ بالمعاطاة- بسبب التلف- هو اجتماع العوض و المعوّض عند المتعاطي الآخر.

(5) يعني: في صورة التلف إن بني على عدم صيرورة التالف ملكا للقابض لزم منه أن يكون ملك المتعاطي الآخر لما قبضه- من صاحبه- بلا عوض، و لازمه الجمع بين العوض و المعوّض.

فإن قلت: إذا لم يكن التلف مملكا لمن تلف عنده المال فليكن غير مملك للمتعاطي الآخر أيضا بالنسبة إلى العوض.

قلت: لا سبيل لنفي ملكية الآخر لما عنده، و ذلك لوجهين.

أحدهما: قيام السيرة على صيرورة المال ملكا للقابض بمجرد تلف إحدى العينين عند الآخر.

و ثانيهما: بناء المتعاطيين على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.

ونفي الملك (1) مخالف للسيرة وبناء (2) المتعاطيين.

### **[القاعدة السادسة: التصرف سبب مملّك قهراً أو اختياراً]**

ومنها (3): أنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية فهو بعيد، وإن أوقفناه عليها (4) كان الواطي للجارية (5) من غيرها (6)

(1) يعني: ونفي ملك المتعاطي الآخر لما قبضه بالمعاطة مخالف للسيرة التي قامت على كونه مالكا له.

(2) بالجر معطوف على «السيرة». أمّا كون نفي ملك المتعاطي الآخر لما قبضه بالمعاطة مخالفا لبناء المتعاقدين فلأنّ المفروض كونهما قاصدين للتملك بالمعاطة كقصد هما له بالبيع القولي.

القاعدة السادسة: التصرف سبب مملّك قهراً أو اختياراً

(3) أي: ومن القواعد الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها بناء على القول بالإباحة: أنّ التصرف .. إلخ. وهذا هو الاستبعاد السادس، وهو ناظر إلى بعد مملّكية التصرف سواء أكان من النواقل القهرية أم الاختيارية.

توضيحه: أنّ التصرف لا يكون مملّكا ولا ناقلا، إذ لو قلنا بذلك، فإن كانت مملّكته قهرية- أي: بلا حاجة إلى نية التملك- كان بعيدا، إذ لا دليل عليه، ومجرّد الإمكان لا يجدي في الوقوع.

وإن كانت مملّكته متوقفة على قصد التملك لزم منه ما لم يلتزم به أحد، وهو كون الواطي للجارية المأخوذة بالمعاطة واطيا لها بالشبهة إذا لم ينو تملكها به، وجرّان حكم وطي الشبهة عليه.

وكذا لزم منه كون الجاني على ما أخذه بالمعاطة والمتلف له جانيا على مال الغير ومتلفا له لا لمال نفسه، وهذا خلاف ما جرت عليه سيرتهم، ونتيجة ذلك بعد كون نفس التصرف مملّكا، بل لا بدّ من القول بحصول الملكية من أوّل الأمر.

(4) أي: وإن قلنا بتوقف ناقلية التصرف على النية لزم منه كون الواطي للجارية ..

إلخ.

(5) المأخوذة بالمعاطة.

(6) أي: من غير النية.

واطيا بالشبهة [1] و الجاني عليه و المتلف له (1) جانيا على مال الغير و متلفا له (2).

## **[القاعدة السابعة: مملّكية حدوث النماء]**

و منها (3): أنّ النماء الحادث قبل التصرف (4) إن جعلنا حدوثه مملّكا له (5) دون العين فبعيد، أو معها (6) فكذلك (7)،

---

(1) تذكير هذا الضمير و ضمير «عليه» باعتبار المأخوذ بالمعاطاة.

(2) أي: لمال الغير.

القاعدة السابعة: مملّكية حدوث النماء

(3) أي: و من القواعد الجديدة التي لا بد من تأسيسها هو: أنّه لا بد من القول بمملّكية حدوث النماء، و هو غير معهود، توضيحه: أنّه يجوز للاخذ بالمعاطاة التصرف في نماء المأخوذ بها الحادث في العين قبل التصرف فيها، و جواز التصرف في النماء إمّا لأجل كون حدوث النماء مملّكا له، و إمّا لأنّ المالك الأصلي أذن له في التصرف في النماء كإذنه في التصرف في ذي النماء.

و على الأوّل فإن قلنا بكون حدوث النماء مملّكا للنماء فقط- أي بدون ذي النماء- كان بعيدا، إذ لا وجه للتفكيك في الملكية بين النماء و الأصل، خصوصا في النماء المتصل. مع أنّه لم يعهد من مذاق الشارع الأقدس كون حدوث النماء من موجبات تملك النماء.

و إن قلنا بأنّ حدوث النماء مملّك له و للأصل معا كان بعيدا أيضا، لمنافاته لظاهر أكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية في المأخوذ بالمعاطاة من دون التصرف فيه.

و على الثاني- و هو أن يكون التصرف في النماء مستندا إلى إذن المالك- قلنا: إنّ شمول الإذن- في التصرف في العين- للتصرف في النماء أمر خفي، فلا- يمكن الالتزام به، حيث إنّ المالك الأصلي لم يأذن للمباح له إلّا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطاة لا في نماءاته المتكوّنة منه بعد التعاطي.

(4) التقييد بالقبليّة لأجل كون التصرف قبل حدوث النماء مملّكا للأصل، فلا يبقى موضوع للاستبعاد.

(5) هذا الضمير و ضمير «حدوثه» راجعان الى النماء.

(6) أي: جعل حدوث النماء مملّكا له و للعين معا.

(7) أي: بعيد.

---

[1] إذا كان جهله عن قصور، وإلا كان زانيا.

ص: 437

و كلاهما (1) مناف لظاهر الأكثر. و شمول (2) الإذن له خفي.

### [القاعدة الثامنة: مملكية التصرف تستلزم اجتماع المتقابلين]

و منها (3): قصر التملك على التصرف

(1) أي: كون حدوث النماء مملكا للنماء خاصة- أو مملكا للعين و النماء معا- خلاف ظاهر الأكثر، لأنهم قائلون بمملكية التصرف، لا بمملكية حدوث النماء.

(2) هذا دفع دخل مقدر، حاصله: عدم كون حدوث النماء مملكا من جهة مخالفة المشهور، و لكن نقول بجواز التصرف في نماء المأخوذ بالمعاطة من باب إذن المالك في التصرف.

فأجاب قدس سره عنه بأن شمول الإذن المالكى لإباحة التصرف في النماء خفي، خصوصا إذا كان حدوث النماء بعد وقوع المعاطة بزمان طويل، كما إذا تعاطيا سخلة بدينار فأحبلت بعد سنة، أو تعاطيا على شجرة بدينار فأثمرت بعد أشهر، فإنه لم يعلم إذن المالك في التصرف في لبن الشاة أو ثمرة الشجرة، لاحتمال- غفلته حين التقابض- عن التصرف في النماء حتى يأذن له.

القاعدة الثامنة: مملكية التصرف تستلزم اجتماع المتقابلين

(3) أي: و من القواعد الجديدة: قصر التملك .. إلخ، و هذا هو الاستبعاد الثامن و الأخير من استبعادات كاشف الغطاء قدس سره و هو يتضمن استبعادين:

أحدهما: أنه يلزم من مملكية التصرف اجتماع المتقابلين في واحد، أي صيرورة الموجب و القابل واحدا في المعاطة.

ثانيهما: أولوية استناد الملكية إلى نفس المعاطة من استنادها إلى التصرف.

توضيحه: أنه يلزم- بناء على إفادة المعاطة للإباحة، و استناد مملكية التصرف إلى إذن المالك، لأجل كون الإذن في الشيء إذنا فيما يتوقف عليه- كون المتعاطي موجبا و قابلا لأنه موجب من ناحية المالك المبيح، حيث إنه مأذون من المالك في تملك المال لنفسه، و قابل لتملكه للمال.

لكنه- بناء على استناد مملكية التصرف إلى إذن المالك- يلزم أن يكون نفس التعاطي مملكا بالأولوية، و ذلك لاقتران التعاطي بقصد التملك من المعطي، دون التصرف الصادر بعد المعاطة، لانفصاله عنها، بخلاف التعاطي، فإن الإذن في التملك مقرون به.

و بالجملة: فالإذن في التصرف المملك يوجب مملكية نفس المعاطة بالأولوية

مع الاستناد فيه (1) إلى: أن إذن المالك فيه (2) إذن في التمليك، فيرجع (3) إلى كون المتصرف في تمليك نفسه موجبا قابلا، وذلك (4) جار في القبض، بل هو (5) أولى منه، لاقتراانه (6) بقصد التمليك، دونه» انتهى (7).

و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول (8)، لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات (9)، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف

---

(1) أي: أن التمليك المستند إلى الإذن في التصرف جار في القبض أيضا وهو الأخذ من المعطي، لاقتران الإعطاء بقصد تمليك المعطي.

(2) أي: أن إذن المالك في التصرف إذن في أن يتملك المتصرف المأخوذ بالمعاطة.

(3) يعني: أن مآل إذن المالك في التصرف إلى صيرورة المتصرف موجبا وقابلا.

(4) يعني: أن ما ذكر- من كون الإذن في التصرف إذنا في التمليك- جار في القبض.

(5) أي: القبض المعاطاتي أولى من التصرف الذي تكون مملكيته مستندة إلى: أن إذن المالك في التصرف إذن في التمليك. وجه الأولوية ما عرفته من اقتران المعاطة بقصد التمليك دون التصرف، فإن الإذن في التمليك وإن كان موجودا حين التصرف أيضا فيتملك المتصرف المأخوذ بالمعاطة، إلا أن الإذن في التمليك موجود في نفس زمان المعاطة، فليكن هو المملك بوجوده الحدوثي، لا بوجوده البقائي.

هذا ظاهر العبارة. لكن التعليل لا يخلو من مسامحة، إذ الإذن المملك موجود من زمان حدوثه بالمعاطة إلى جميع الآتات المتأخرة، ولا يعتبر حدوث إذن آخر في زمان التصرف حتى تتجه الأولوية.

(6) أي: لأن القبض مقترن بالإذن المملك، دون التصرف، فإن إذن التمليك غير مقترن به، بل الإذن سابق عليه.

(7) أي: انتهى ما ذكره بعض الأساطين في مقام الاستبعاد عن القول بالإباحة.

(8) أي: القول بإفادة المعاطة للإباحة.

(9) وهي ما يأتي إليه الإشارة في كلامه من أدلة توقف التصرفات على الملك، وعموم «على اليد» وغير ذلك. وليس المراد بها العمومات الدالة على صحة المعاطة و كونها بيعا مفيدا للملكية كما قد يتوهم، إذ لو كانت تلك العمومات دالة على مملكية المعاطة كانت



## [المناقشة في القواعد المرتبة على القول بالإباحة]

### [1- المناقشة في ما يتعلق بقاعدة التبعية]

أمّا (1) حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصود ففيها أولاً (2):

هي المعمول و لم تصل النوبة الى هذه الاستبعادات التي هي كالدليل الإثني كاشفة عن فساد القول بالإباحة.

واعلم أنّ غرض الشيخ الكبير قدّس سرّه من بيان الوجوه المزبورة هو: أنه لو لم يتم الاستدلال على مملكية المعاطاة بما تقدم من آيتي الحلّ و التجارة وغيرهما كفي في إثبات مملكتها ما ذكر من الاستبعادات، و إلاّ لزم تأسيس قواعد جديدة. و المصنف قدّس سرّه ناقش في ذلك بأنّ تلك الوجوه لا- تفي بإثبات المقصود، و هو إفادة المعاطاة للملك، لأنّ لتلك الأمور نظائر في الشريعة، فليست قواعد جديدة توجب رفع اليد عن القول بالإباحة.

### المناقشة في القواعد المرتبة على القول بالإباحة

(1) أجاب المصنف قدّس سرّه عن استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّهما بوجهين: أحدهما:

بالتفصيل بالنظر في كل واحد من الأمور الثمانية، كما ستقف عليه. و الآخر بالإجمال، و هو الذي تعرض له في آخر كلامه بقوله: «مع أنه لم يذكرها للاعتماد» و هو اعتذار عن كاشف الغطاء بأن مقصوده مجرد الاستبعاد عن الالتزام بهذه القواعد، لا أنّها تصلح لرفع اليد عن القول بالإباحة.

### 1- المناقشة في ما يتعلق بقاعدة التبعية

(2) قد أجاب المصنف قدّس سرّه عن أوّل تلك الوجوه بجوابين، أحدهما حلّي، و الآخر نقضي.

و محصل الأوّل هو: أنّ المعاطاة ليست من صغريات تلك القاعدة، لأنّ مورد تلك القاعدة هو العقود الصحيحة شرعاً، و معنى الصحة ترتب الأثر المقصود عليها، فإذا دلّ دليل على صحة عقد البيع فمعناه ترتب الأثر المقصود- و هو الملكية- عليه، و يستحيل مع صحته عدم ترتب الأثر عليه، إذ ليس ذلك إلاّ التناقض. و أمّا إذا لم يدلّ دليل على صحة عمل بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه، و لكن حكم الشارع في مورده بالإباحة التي لم تكن مقصودة من ذلك العمل لم يلزم تخلف العقد عن القصد.

أنّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود (1)، و لا- من القائم مقامها (2) شرعا، فإنّ (3) تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى (4) ترتب الأثر المقصود عليه، فلا- يعقل (5) حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه. أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها (6) دليل

و المعاطاة التي لا تفيد الملكية- و ترتب عليها الإباحة شرعا- كذلك، لأنّ الإباحة حكم شرعي تعدي يترتب على المعاطاة، و ليست هذه الإباحة عقديّة حتى يلزم من ثبوتها محذور مخالفة العقد للقصد.

و بالجملة: المعاطاة التي لم يترتب عليها الملكية- التي هي المقصودة منها- موضوع لحكم الشارع بالإباحة، نظير حكمه بجواز الأكل من أموال الناس في المجاعة، و جواز أكل المارّة من ثمرة الشجرة التي يمرّ بها و إن لم يرض به المالك، بناء على جواز الأكل مطلقا، و عدم إناطته برضى المالك.

(1) خبر «أنّ المعاطاة» أي: ليست من العقود حتى تندرج في كبرى «تبعية العقود للقصد» فعدم ترتب الملكية على المعاطاة يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، إذ ليست عقدا حتى يجري فيها قاعدة التبعية.

(2) كالوصية التمليلية بناء على كون قبول الموصى له شرطا لا جزء، فإذا قبل الموصى له ترتب عليه أثر العقد الصحيح و إن لم تكن هذه الوصية عقدا حقيقة، لأنّه مؤلّف من جزأين الإيجاب و القبول، فلو كان القبول شرطا صار العنوان ملحقا بالعقد حكما. و على كلّ فالمعاطاة عند القائل بالإباحة ليست عقدا و لا قائمة مقامه، بل هي إباحة تعبدية.

(3) تعليل لقوله: «ليست من العقود» و قد عرفت توضيحه.

(4) هذا مفسّر لقوله: «صحة العقد» يعني: أنّ معنى صحة العقد ترتب أثره الذي قصده المتعاقدان.

(5) هذا نتيجة حكم الشارع بصحة عقد، و أنّه يمتنع انفكاك الأثر عن العقد الصحيح.

(6) على مذاق القدماء القائلين بإفادة المعاطاة للإباحة.

فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها (1) كما تبّه عليه (2) الشهيد في كلامه المتقدم من:

أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المعاملات.

نعم (3) إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصودا.

و ثانيا (4): أن تخلف العقد عن مقصود

---

(1) أي: على المعاملات الفعلية.

(2) أي: تبّه الشهيد قدّس سرّه على عدم صحة المعاملة الفعلية، وأنّ السبب الفعلي لم يقيم دليل على صحته و تأثيره. حيث قال: «و أما المعاطاة في المبايعات فهي تقييد الإباحة دون الملك» (1).

و هذه العبارة وإن لم تكن صريحة في عدم قيام السبب الفعلي مقام القولي، إلا أنّها تدل عليه بالالتزام، إذ السبب القولي - وهو الإيجاب و القبول - يؤثّر في الملكية المقصودة من البيع، و لمّا لم تكن المعاطاة مشتملة على القول لم تكن مؤثّرة في الملكية، و أمّا تأثيرها في الإباحة فهو تعبد محض، و لولاه لكان مقتضى القاعدة فسادها و عدم تأثيرها أصلا حتى في إباحة التصرف.

(3) استدراك على قوله: «فلا يحكم» و غرضه دفع التنافي بين عدم ترتب الأثر المقصود على المعاطاة و بين إفادتها لإباحة التصرف بدليل خاص و إن لم تكن الإباحة مقصودة، إذ المقصود هو الملك، و لم يحصل.

(4) هذا هو الجواب الثاني - أي النقض بمراد ثبت فيها التخلف عن القصد - و حاصله:

أنّه لا غرابة في تحلف العقد عن القصد، لوقوعه في موارد، تبّه المصنف على خمسة منها في المتن و سيأتي بيانها.

و لا يخفى أنّ ظاهر الكلام ذكر موارد النقض على قاعدة «تبعية العقود للقصد» و أنّها ليست كالقواعد العقلية الآبئة عن التخصيص، فورد تخصيصها بمراد خمسة، و لتكن المعاطاة

---

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 178، رقم القاعدة 47 و عبارة المتن منقولة بالمعنى كما سبق التنبيه عليه.

ص: 442

سادسة تلك الموارد، فهي عقد يقصد به الملك، ولكنها تفيد الإباحة.

لكن في عبارة المصنف احتمال آخر تفتن له المحقق الأصفهاني قدس سره وهو: أن غرضه من ذكر موارد النقص ليس تخصيص قاعدة التبعية، بل أن ترتب الإباحة على المعاوضة المقصود بها الملك تخلف صوري غير قاذح بعموم القاعدة، فالقاعدة آية عن التخصيص ولو بمورد واحد. والشاهد على إرادة هذا الاحتمال أمران:

أحدهما: صراحة كلام المصنف: «فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه» في أن الشارع إذا حكم بصحة عقد وترتب أثر خاص عليه امتنع تخلف ذلك الأثر عن القصد. وأما ترتب أثر آخر - غير مقصود - على العقد فلا ينافي صحته أصلا.

وثانيهما: أن الموارد الخمسة المذكورة في المتن من هذا القبيل، لأن العقد إما ليس بصحيح فلا يبقى موضوع للتخلف، وإما يكون التخلف صوريا.

هذا ما احتملناه، وعليك بالتدبر في كلام المصنف قدس سره لعلك تفهم على حقيقة الأمر.

(1) الأولي تبديله ب «المتعاقدين» ليشمل المورد الخامس وهو نسيان ذكر الأجل في النكاح المنقطع، وكذا المورد الثاني، لعدم اختصاص مفسدية الشرط الفاسد وعدمها بالبيع.

(2) هذا شروع في بيان المورد الأول، وهو انقلاب ضمان المسمى إلى الواقعي عند فساد العقد، توضيحه: أن المقصود في العقد المعاوضي هو الضمان بالمسمى، مع أنه في فاسده واقعي، فإذا باع متاعه بدينار ثم تبين فساد البيع كان ضمان كل من العوضين بقيمته الواقعية، مع أن هذا الضمان لم يكن مقصودا، بل المقصود كان ضمان المتاع بالدينار، وبالعكس، فتخلف العقد عن القصد، لأن المقصود منه هو الضمان بالمسمى، مع أن الضمان صار بالقيمة الواقعية، وهو غير مقصود.

فان قلت: إن عموم قاعدة تبعية العقود للمقصود باق بحاله، ولم ينتقض بانقلاب ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من المسمى إلى الواقعي. وجه عدم النقص: أن ضمان القيمة الواقعية

يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة (1)، لإفادة (2) العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه،

لا يستند إلى العقد حتى يتخلف عن القصد، بل إلى قاعدة اليد، إذ من المعلوم أنّ كلاً من المتعاقدين وضع يده على مال الآخر. ومقتضى وضع اليد هو الضمان الواقعي. وعليه فلا وجه للنقض على كاشف الغطاء قدس سرّه بما أفاده المصنف من تبدل الضمان المسمّى - عند فساد العقد - بضمان القيمة الواقعية.

قلت: إن عموم القاعدة قد خصّص بمورد النقض، وذلك لأنّ انقلاب ضمان المسمّى إلى ضمان القيمة الواقعية لا يستند إلى قاعدة اليد، لدلالة كلماتهم على أنّ المؤثر في الضمان الواقعي هو نفس العقد الفاسد، وإقدامهما على الضمان. وإنّما ذكر بعض الأصحاب قاعدة اليد مستندا للضمان الواقعي، ولا عبرة به، إذ المهم رعاية نظر الأكثر. وقد عرفت أنّ مستندهم في هذا الانقلاب إلى نفس الإقدام العقدي لا غير. وبه يتّجه صورة النقض على قاعدة التبعية.

(1) بالنصب مفعول «ضمان» والمراد به القيمة الواقعية، قال في الجواهر في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد: «و لذا أطلق المصنف وغيره الضمان على وجه يراد منه الضمان بالمثل أو القيمة. بل لعلّه هو الظاهر من معاهد إجماعاتهم في المقام، فضلا عن التصريح به من بعضهم ..» (1).

وعليه فبضمان المقبوض بالعقد الفاسد بالبدل الواقعي كأنه من مسلّماتهم، ولذا كان الأولى التعبير «بالبدل» من التعبير بالقيمة، إلا أن يريدوا بالقيمة ماليته الفعلية، والأمر سهل.

(2) تعليل لقوله: «يؤثر» يعني: أنّ تأثير العقد المعاوضي الفاسد - كالبيع - في الضمان بالبدل الواقعي لا المسمّى إنّما هو لكونه من صغريات قاعدة مسلّمة عندهم وهي: «أنّ كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وأنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وحيث إنّ البيع الصحيح يؤثر في الضمان بالعوض المسمّى كان فاسده مؤثراً في الضمان بالعوض الواقعي من المثل أو القيمة.

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 258، ولاحظ كلامه أيضا في ص 413 و 414 من نفس الجزء.

ص: 444

مع (1) أنّهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما (2) بالآخر [1].

و توهم (3) أنّ دليلهم على ذلك قاعدة اليد

---

(1) هذا هو محطّ الاشكال و النقض على قاعدة تبعية العقود للقصود، حيث إنّ الضمان بالبدل الواقعي غير مقصود للمتعاملين بالعقد الفاسد، وقد حصل، و المقصود- وهو الضمان بالمسمّى - لم يحصل، فتخلف العقد عن القصد.

(2) أي: كل من العوضين، يعني: أنّهما لم يقصدا إلا الضمان المعاوضي لا الواقعي، فوقع ما لم يقصد، و قصد ما لم يقع.

(3) غرض المتوهم الذب عن عموم قاعدة تبعية العقود للقصود، و عدم نقضه بتبدل ضمان العوض المسمّى بضمان البدل الواقعي في المقبوض بالعقد الفاسد، و أنّ الموجب للضمان الواقعي هو قاعدة اليد لا العقد الفاسد. حتّى يتوهم حصول ما لم يقصده المتعاقدان، و قد تقدّم توضيحه بقولنا: «ان قلت .. قلت ..».

---

[1] فيه: أنّ سبب الضمان في العقود الفاسدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى هو اليد لا العقد حتى يلزم تخلف العقد عن القصد، و لذا لا يحكم بضمان المسمّى بنفس تحقق المعاملة بالإيجاب و القبول مع عدم تحقق القبض و الإقباض، فلو كان مجرد الإقدام العقدي موجبا للضمان لكان الإقدام هنا على المعاملة متحققا، فلا بد فيه من الحكم بالضمان مع عدمه قطعا.

و الحاصل: أنّ مورد تبعية العقد للقصد هو ما إذا صحّ العقد، إذ لا معنى حينئذ لعدم ترتب الأثر عليه، و ليس هذا إلا التناقض، لأنّ مرجع النقض إلى صحة العقد مع تخلفه عن القصد، و من المعلوم مناقضة الصحة- التي هي ترتب الأثر المقصود- مع تخلف العقد عن القصد، فإنّ تخلفه عن القصد ليس إلا عدم ترتب الأثر المقصود على العقد، فكيف يجتمع الصحة مع التخلف؟.

مدفوع (1) بأنه لم يذكر هذا الوجه (2) إلا بعضهم معطوفا على الوجه الأول، وهو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك (3).

و كذا (4) الشرط الفاسد- لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به-

---

(1) خبر «و توهم» و دفعه، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «قلت: ان عموم القاعدة قد خصص بمورد النقض، و ذلك ..».

(2) أي: قاعدة اليد الموجبة للضمان الواقعي- لا المسمّى- في العقد الفاسد.

(3) قال الشهيد الثاني في شرح قول المحقق قدس سرهما: «و لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه» ما لفظه: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلا بالفساد، لأنه أقدم على أن يكون مضمونا عليه، فيحكم عليه به، و ان تلف بغير تقريط. و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» [1] [1].

هذا ما يتعلّق بأول الموارد الخمسة من النقض على قاعدة التبعية.

(4) معطوف على «فإنهم أطبقوا» و هذا هو المورد الثاني من موارد النقض، و حاصله:

أنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد عند أكثر القدماء، مع أنّ ما قصد- و هو العقد المقيّد بالشرط الفاسد- غير واقع، و الواقع الذي هو ذات العقد- المعرّي عن الشرط- لم يقصد، فتخلّف العقد عن القصد. نعم بناء على مفسديّة الشرط الفاسد للعقد لم يتوجّه هذا النقض على بعض الأساطين، لكنّه خلاف التحقيق.

---

[1] الإنصاف أن هذا الكلام ظاهر بل صريح في استنادهم في الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد إلى دليلين: أحدهما الإقدام و الآخر قاعدة اليد، و توجيهه تارة بما في المتن من أنّ المعتمد منهما هو الإقدام دون اليد، و اخرى بأن ذكر الإقدام ليس للاستدلال به مستقلا بل لإتمام الاستدلال باليد و بيان عدم كونها مجاتيّة، بلا شاهد و مما لا يرضى به صاحبه. و التفصيل موكول إلى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد إن شاء الله تعالى.

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 154.

ص: 446

غير (1) مفسد عند أكثر القدماء (2) [1].

وبيع (3) ما يملك و ما لا يملك

---

(1) خبر «الشرط الفاسد» و جملة «لم يقصد» صفة للشرط الفاسد، و ضمير «به» راجع الى الشرط الفاسد.

(2) قال في مفتاح الكرامة: «الأصحاب في البيع الذي تضمن شرطا فاسدا على أنحاء:

الأول: صحة البيع و بطلان الشرط. و هو خيرة الشيخ في المبسوط، و ابن سعيد في الجامع، و الآبي في كشف الرموز، و المحكي عن أبي علي و القاضي، و ربما حكى عن الحلبي و لم أجده في السرائر، و وافقهم أبو المكارم في الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة .. و وافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا-يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب و نحوه، فلي تأمل «1». و عليه فنسبة الحكم إلى جماعة من القدماء في محلها.

(3) معطوف على «فإنهم» و هذا ثالث موارد النقص، و حاصله: أنّ بيع المملوك و غير المملوك صحيح عند المحققين بالنسبة إلى المملوك، و باطل بالنسبة إلى غير المملوك، كما لو باع الشاة و الخنزير- صفقة واحدة- من شخص. مع أنّ مقصود المتبايعين- و هو بيع المجموع- لم يقع في الخارج، فما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد.

---

[1] فيه: أنّ الشرط إن كان ممّا علّق عليه العقد كما إذا قال: «بعثك هذا الكتاب إن قدم الحاج» كان العقد باطلا لأجل التعليق.

و إن كان الشرط التزاما آخر في ضمن الالتزام العقدي، فإن كان من باب تعدد المطلوب لا من باب تقييد الالتزام العقدي به لم يسر فساد الشرط الى العقد، و لم يلزم تخلف العقد عن القصد. و إن كان من باب وحدة المطلوب سرى فساده الى العقد، و لم يجب الوفاء لا بأصل العقد و لا بشرطه، و لا مورد حينئذ للنقض على قاعدة التبعية، لاختصاص مورده بالعقود الصحيحة.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 732.

ص: 447



وبيع الغاصب (2) لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير (3) [2].

---

(1) وفي الجواهر - بعد الاستدلال على الصحة فيما يملك - : «مضافا الى عدم الخلاف المعتدّ به بين من تعرّض له» [1].

(2) معطوف على «فإنهم أطبقوا». وهذا رابع النقوض، وهو ما إذا باع الغاصب لنفسه المال المغصوب، فإنّ جمعا كثيرا ذهبوا إلى أنّ البيع يقع عن المالك فضولا و تتوقف صحّته على إجازته، مع أنّ المقصود - وهو كون البيع للبائع - لم يقع، والواقع - وهو وقوع البيع عن المالك - غير مقصود.

(3) بل نسبه المصنف في بيع الفضولي إلى المشهور، حيث قال: «المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب .. و الأقوى فيه الصحة وفاقا للمشهور».

---

[1] فيه: أنّ العقد ينحلّ إلى عقدين أحدهما صحيح، والآخر باطل، ولا يلزم تخلف العقد عن القصد.

إلّا أن يقال: إن مقصود المصنف النقض على كاشف الغطاء قدّس سرّهما بما إذا كان المقصود انضمام ما يملك و ما لا يملك، إذ يلزم حينئذ من إمضاء بيع ما يملك - دون ما لا يملك - تخلف القصد عن الواقع، فيتم صورة النقض.

لكن يندفع بخروجه عن قاعدة التبعية أيضا، لاختصاصها بالعقود الصحيحة، و المفروض عدم صحته فيما لا يملك.

[2] فيه: ما مرّ في تعريف البيع من: أنّه تبديل إنشائي بين عين متمولة و بين عوض متمول في جهة الإضافة، أو: تمليك عين بمال. و على كلّ فقصد وقوعه عن المالك أو البائع خارج عن حدوده، فقصده لغو، كما يأتي تفصيله في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 320.

و ترك (1) ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبه في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور (2) [1].

(1) معطوف على «فإنهم أطبقوا» و هذا خامس النقوض، و محصله: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في النكاح المنقطع انقلب دائما على ما أفتى به جماعة، مع أن المقصود هو الزواج المنقطع لا الدائم، فالمقصود غير واقع، و الواقع غير مقصود.

(2) قال في المسالك: «و لو قصدا المتعة و أخلا بذكر الأجل، فالمشهور بين الأصحاب:

أنه ينعقد دائما، و هو الذي اختاره المصنف، لأن لفظ الإيجاب صالح لكل منهما، وإنما يتمحّض للمتعة بذكر الأجل، و للدوام بعدمه، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني. و لأن الأصل في العقد الصحة، و الفساد على خلاف الأصل. و لموثقة عبد الله بن بكير.. إلى أن قال: ليس فيه دلالة على أن من قصد المتعة و لم يذكر الأجل يكون دائما، بل إنما دلّ على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل، و هو كذلك، لكنه غير المدعى، و حينئذ فالقول بالبطلان مطلقا أقوى» (1).

و عليه فليس انقلاب العقد دائما- عند ترك ذكر الأجل - مسلما عندهم حتى يصحّ النقض به، إذ لا بد في صحة النقض من تسلّم المورد، و مع الخلاف لا يصحّ النقض به كما لا يخفى.

[1] و يدلّ عليه موثّق ابن بكير، قال: «قال أبو عبد الله عليه السّلام في حديث: إن سمّي الأجل فهو متعة، و إن لم يسمّ الأجل فهو نكاح بات» (2).

لكن الانصاف- كما أفاده في المسالك- كون الحديث أجنيا عن المدعى و هو ما إذا قصدا المتعة و أخلا بذكر الأجل انعقد دائما، بل ظاهر الحديث كونه في مقام اعتبار ذكر الأجل في المتعة، و عدم اعتباره في النكاح الدائم، و لا دلالة فيه على أنه إذا قصدا المتعة و نسيا ذكر الأجل انعقد دائما، حتى يلزم فيه تخلف العقد عن القصد.

(1): مسالك الأفهام، ج 1، ص 539 (الطبعة الحجرية) كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح ص 50.

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 469، الباب 20 من أبواب المتعة، الحديث: 1.

ص: 449

فالذي ينبغي أن يقال: إنَّ بناء العاقد إن كان على إنشاء النكاح المنقطع - ولكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء وقصد النكاح الدائم - فلا شبهة في وقوعه دائما، لأنَّ المقصود بعد نسيان ذكر الأجل. وإن كان بناء العاقد على إنشاء المتعة، ولكن نسي ذكر الأجل أو تركه عمدا فالقاعدة تقتضي البطالان، لأنَّ المقصود بالفرض وهو المتعة لم ينشأ، والمنشأ صورة هو الدوام، لكنه غير مقصود، ومن المعلوم أنَّ الإنشاء هو إبراز الأمر النفساني في الخارج، ومع فرض عدم قصد الدوام لا يكون ذلك مبرزاً باللفظ. والمتعة وإن كانت مقصودة، لكنها لم تبرز باللفظ، فلا بد من الالتزام بعدم وقوع شيء من الدوام والمتعة.

أمَّا الأوَّل فلعدم كونه مقصودا، وقصد عنوان العقد ومضمونه لا بد منه في وقوعه.

وأمَّا الثاني فلفقدان شرط صحته أعني ذكر الأجل، على ما دلَّت عليه الروايات.

فما عن المشهور كما في عبارة المسالك المتقدمة عند شرح كلام المصنف - من: أنَّه مع البناء على إنشاء النكاح المنقطع لكنه غفل حين الإنشاء ولم يذكر الأجل انعقد دائما استنادا إلى الوجوه الثلاثة المتقدمة في المسالك: من أصالة الصحة ومن تعيّن الدوام بعد انتفاء الانقطاع، للإخلال بشرطه وهو ذكر الأجل، ولموثقة ابن بكير المتقدمة - في غاية الإشكال.

أمَّا في أصالة الصحة: فلائها غير مشرّعة، بل شأنها تطبيق الكبرى على الصغرى، ومتعلق الخطاب على المأتي به.

وبعبارة أخرى: شأن أصالة الصحة إثبات مطابقة الواقع مع المأتي به، وأمّا كون الشيء الفلاني شرطا شرعيا لعقد أو لا فلا يمكن إثبات شرطيته أو نفيها بأصالة الصحة.

وأمّا في تعيّن الدوام بعد انتفاء الانقطاع: فلأنَّ العقد لا يتمحّض لأحدهما إلا بإنشائه بما يكون دالا عليه، والإنشاء منوط بالقصد، والمفروض أنَّ المقصود هو المتعة، والقصور يكون في الدالّ، لعدم ذكر الأجل نسيانا، فلا يقع شيء من النكاحين. أمّا الدوام فلعدم قصده، وأمّا الانقطاع فلفقدان شرطه وهو ذكر الأجل.

وأمّا في موثقة ابن بكير فلعدم الدلالة كما عرفت آنفا.

فالحق بطلان العقد رأسا، فأين تخلّف العقد فيه عن القصد؟ هذا.

ثم إنه قد يتمسك للمشهور برواية أبان بن تغلب في حديث صيغة المتعة: «أنه قال لأبي عبد الله عليه السلام: فإني أستحيي أن أذكر شرط الأيام قال: هو أضمرّ عليك. قلت: وكيف؟ قال: لأنك إن لم تشرط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثا ولم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة» (1).

بتقريب: أن الاستحياء ظاهر في ان مقصوده النكاح المنقطع، لكن الحياء أوجب إهمال ذكر الأجل، ومع ذلك يحكم بأن المترتب على هذا الإنشاء هو النكاح الدائم، فثبت المطلوب وهو تخلف العقد عن القصد، إذ المقصود هو المنقطع، ولم يقع، والواقع وهو الدائم غير مقصود، هذا.

وفيه: أن المحتمل كون السؤال عمّا إذا بدا له القصد إلى الدوام حياء عمّا يعتبر في قوام المتعة من اشتراط ذكر الأجل، فيقصد الدوام لذلك، فيقع في لوازمه وأحكامه، فنبتّه الامام عليه الصلاة والسلام على أن ذلك يضرّه.

وعلى هذا فلا يصح الاستدلال بهذا الخبر على انقلاب العقد المعرّي عن ذكر الأجل دائما مع كون المقصود المنقطع. هذا.

وقد يقال: إن مقتضى القاعدة هو ما ذهب إليه المشهور من انقلاب العقد دائما، بتقريب: أن الزواج فيهما حقيقة واحدة، وليس له إلا قسم واحد، وأن الزمان مطلقا ظرف وقوع الزوجية، وليس قيّدا فيهما أبدا، و ذكر الأجل مع ذلك - فيما يسمّى بالمتعة - حكم شرعي، ويكون تنزيلا له عند ذكر الأجل منزلة ما يكون الزمان قيّدا له.

ويدلّ على كون الدوام والانقطاع حقيقة واحدة قوله تعالى على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم... فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون (2) فإن الزوجية في المتعة والدوام لو كانت مختلفة الحقيقة لم يكن وجه لاستناد أصحابنا القائلين بمشروعية المتعة الى هذه

(1): وسائل الشيعة، ج 14، ص 470، الباب 20 من أبواب المتعة، الحديث: 2.

(2) المؤمنون، الآية: 7.

---

الآية الشريفة، في قبال العامة المنكرين لمشروعية المتعة. و لوحة حقيقة الزوجية و عدم اختلافها استقرّ بناؤهم على عدم الحاجة في النكاح الدائم إلى اعتبار الدوام. و لو كانت نظير ملك المنافع لكان اللازم ذكر الغاية و الدوام. هذا ما عن بعض الأجلة على ما في فوائد (1) المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه.

لكن فيه ما لا يخفى، فإن المتعة تباين النكاح الدائم في جهات ثلاث:

إحداها: في السبب الموجب للإنشاء، فإنّ في عقد المتعة لا بدّ من ذكر المهر و الأجل، بخلاف الدوام فإنّه لا يعتبر فيه شيء من ذلك، بل يعتبر في الدوام أن لا يكون مغتيا بغاية و أجل.

ثانيها: في المسبب، فإنّ المنشأ في المتعة- و هو الزوجية المحدودة بوقت خاص التي تزول بمجرد انقضاء أجلها من دون حاجة إلى طلاق- مغاير لما ينشأ في الدائم، لأنّ المنشأ فيه هو الزوجية غير المحدودة.

ثالثها: في الأحكام و الآثار، لاختصاص الدوام بحرمة الخامسة، و بالإرث، و وجوب الإنفاق، و ثبوت الطلاق، و القسم و غير ذلك. و اختصاص المتعة ببذل المدّة، و تنقيص المهر بالامتناع عن الاستمتاع.

و هذا الاختلاف الفاحش في هذه الجهات الثلاث يدلّ على كونهما نوعين متغايرين.

و لا ينافي ذلك وضع لفظي التزويج و النكاح للقدر المشترك بين الدوام و المتعة، و ذلك لأنّه كلفظ التملك الذي وضع للقدر المشترك بين الهبة و البيع، فيكون تخصيصه بكل منهما بالقرينة.

و ممّا ذكرنا ظهر: أنّ النكاح يكون جنسا للدوام و المتعة، و هما نوعان له، فهنا أمور ثلاثة:

أحدها: زواج مرسل، و هو المسمّى بالنكاح الدائم.

ثانيها: زواج محدود بوقت خاص، و هو المسمّى بالمنقطع.

---

(1): حاشية الرسائل، ص 299.

نعم (1) الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أنّ التخلّف عن القصد يحتاج الى

---

(1) استدراك على قوله: «و ثانياً» أن تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين كثير» و حاصله: أن مقتضى قابلية عموم «تبعية العقود للقصد» للتخصيص بالموارد الخمسة المتقدمة و إن كان جواز تخصيصها بمورد سادس و هو المعاطاة المقصود بها الملك، حيث إنّها لا تؤثر إلا في الإباحة المجردة عن الملك، إلا أنّ في الخروج عن عموم قاعدة التبعية فرقا بين المعاطاة و بين تلك الموارد الخمسة. و الفارق هو: أنّ التخلّف في المعاطاة إنّما هو من جهة عدم المقتضي للتبعية، لما تقدم من عدم قيام دليل - بعد - على صحتها و ترتب الملك المقصود عليها، و التخلّف في الموارد الخمسة يكون من جهة وجود المانع، و هو الدليل الدال على خروجها عن أدلة صحة العقود. فخرج المعاطاة عن قاعدة التبعية يكون بالتخصيص، و خروج غيرها عنها يكون بالتخصيص.

هذا ظاهر المتن أو صريحه في الفرق بين المعاطاة و موارد النقص.

---

ثالثها: زواج جامع بينهما متحد معهما في الخارج. لكن المنشأ للآثار و المحمول بالحمل الشائع ليس إلا اثنين.

فالمتحصل من جميع ما ذكرنا: أنّ الدوام و الانقطاع ماهيتان مختلفتان، وليستا حقيقة واحدة، فإذا قصد إنشاء المتعة و نسي ذكر الأجل، أو تركه عمدا بطل العقد رأسا، و لا ينعقد المتعة، لفقدان شرطها و هو ذكر الأجل، كما لا ينعقد الدوام لعدم قصده.

فما في الجواهر من كون الانقلاب على وفق القواعد مع اعترافه ظاهرا بكون الأجل في المنقطع قيّدا و شرطا، بتوهم: «كفاية إنشاء أصل النكاح و عدم اشتراط الأجل في حصول الدوام، و في محل البحث قد أنشئ النكاح بلا شرط الأجل فهو الدائم» «1» لا يخلو من غموض، لأنّ إنشاء القدر الجامع لا يكفي في إنشاء أحد أفراد ضرورة، بل لا بدّ في وقوع الفرد و تحقّقه من إنشاء خصوصه، لا الجامع بينه و بين غيره.

---

(1): جواهر الكلام، ج 30، ص 173، 174.

ص: 453

الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود (1)، و ما نحن فيه (2) عدم الترتب مطابق للأصل.

## [2- التصرف مملّك للمتصرف]

و أمّا (3) ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكا فلا بأس بالتزامه

لكن بناء على اختصاص قاعدة «تبعية العقود للقصود» بالعقود الصحيحة الممضأة شرعا استحال التخلف عن القصد فيها كما نَبّه عليه المصنف قدّس سرّه بقوله: «لم يعقل».

وعليه فموضوع القاعدة خصوص العقود الصحيحة، لا الأعم منها و من الفاسدة، فالعقد الفاسد- كالمعاطاة- خارج موضوعا عن عموم القاعدة. و الفارق بين العقد الفاسد و المعاطاة حينئذ هو عدم صدق العقد على المعاطاة المفيدة للإباحة، بخلاف العقد الفاسد، فإنّه عقد عرفا و إن لم يكن صحيحا شرعا.

(1) كما دلّ في نسيان ذكر الأجل في المتعة، بناء على ما عن المشهور من انقلابها قهرا بالدوام.

(2) و هو المعاطاة على مسلك القدماء من إفادتها الإباحة المحضّة. هذا تمام ما أفاده المصنف في ردّ أوّل استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّه، و أنّه لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة- في قبال قاعدة تبعية العقود للقصود- بعنوان «أن العقود لا تتبع القصود» بل العقود الصحيحة لا تتخلف عن القصود، و لو تخلفت لم يقدح ذلك في عموم القاعدة، إذ ما من عام إلّا و قد خصّ.

## 2- التصرف مملّك للمتصرف

(3) هذا شروع في مناقشة ثاني الاستبعادات المذكورة في شرح القواعد، و هو: استبعاد كون إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مملّكة له للمتصرف فيه.

و محصل ما أفاده المصنف: أنّه و إن لم يدلّ دليل مستقل على مملّكية إرادة التصرف، إلّا أنّه لا ينحصر الدليل الشرعي في ذلك، بل الجمع بين الدليلين- أو الأدلة- لو اقتضى حكما شرعيا كفى في الأخذ به، كما هو غير عزيز في الفقه.

و المقام من هذا القبيل، لوجود طوائف ثلاث من الأدلة لا بد من الجمع بينها.

الأولى: استصحاب بقاء علقه كل من المتعاطيين بما دفعه للآخر، كما إذا تعاطى زيد و عمرو كتابا بدينار، فأصالة بقاء الكتاب على ملك زيد، و أصالة بقاء الدينار على ملك

إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل (1) و دليل جواز التصرف المطلق (2) و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك (3)،

عمر و تقتضي بقاء هذه الملكية و عدم زوالها أصلا إلا بقيام حجة على قطع هذه العلقه.

الثانية: الإجماع على إباحة مطلق التصرف في المأخوذ بالمعاطاة سواء توقّف على الملك أم لم يتوقف.

الثالثة: الأدلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك، كالبيع و العتق و الوقف.

و مقتضى الجمع بين هذه الطوائف الثلاث هو الحكم بأنّ المأخوذ بالمعاطاة يدخل في ملك الآخذ بمجرد إرادة التصرف فيه بما يتوقف على الملك.

و الجمع بهذا النحو قد التزموا به في مسألتين:

إحدهما: تصرّف ذي الخيار- فيما انتقل عنه بمثل البيع- تصرفا منوطا بالملك، كما إذا باع مبيعه الخياري على شخص آخر، فإنّ مقتضى الجمع بين سلطنته على فسخ العقد الأول و توقف صحته بيعه ثانيا على دخول المال في ملكه هو: أنّ إرادة بيع ماله في زمن الخيار توجب فسخ العقد السابق و تملكه له أنا ما حتى يصح بيعه ثانيا من شخص آخر.

و ثانيتهما: تصرف الواهب- فيما وهبه لغيره- تصرفا منوطا بالملك.

و عليه فكما أن تصرّف ذي الخيار- فيما انتقل عنه- بأحد التصرفات المتوقفة على الملك يكشف عن انفساخ العقد و رجوع المال الى مالكة الأول. و كذا تصرف الواهب في الهبة يكشف عن انحلال عقد الهبة و عود العين الموهوبة إلى الواهب، و وقوع تصرفه في ملكه.

فكذلك المقام، أعني به المعاطاة، فإنّ المتعاطي- الذي يتصرف فيما أخذه بالمعاطاة- يتملّك المأخوذ بها قبل تصرفه بإرادة التصرف.

(1) المراد به استصحاب بقاء كل من المالكين على ملك المعطي ماله للآخر.

(2) و هو الإجماع المدعى في كلام بعضهم على إباحة مطلق التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

(3) مثل ما قيل: من دلالة «لا بيع و لا وقف و لا عتق إلا في ملك» على اعتبار إضافة الملكية في نفوذ بيعه و وقفه و عتقه و نحوها من التصرفات.



فيكون (1) كتصرف ذي الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطني (2) و البيع و العتق و شبهها (3) [1].

(1) يعني: فيكون الالتزام بمملكية إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة نظير الالتزام بمملكية إرادة التصرف من قبل ذي الخيار و الواهب.

(2) هذا و «البيع و العتق» متعلق ب «تصرف ذي الخيار و الواهب» يعني: أن ذا الخيار و الواهب إذا لم يفسخا العقد بل تصرفا في ما انتقل عنهما تصرفا متوقفا على الملك- كالمباشرة مع الأمة المبيعة ببيع خيارى أو الموهوبة بهبة جائزة- كان ذلك التصرف فسحا فعليا، و إرادة الفسخ توجب عود المال الى الملك، فيقع التصرف في ملكي الواهب و ذي الخيار.

(3) كالوقف. وقد تحصل: أن مملكية إرادة التصرف ليست قاعدة غريبة يلزم تأسيسها لوقيل بإفاداة المعاطاة للإباحة- كما زعمه كاشف الغطاء قدس سره- بل لا بد من الالتزام بها، لاقتضاء الجمع بين الأدلة ذلك. مضافا الى وجود نظيره في الفقه.

[1] لا يخفى: أن جهة الاشكال إن كانت هي استبعاد مملكية إرادة التصرف فما أفاده المصنف قدس سره في رفعها- من كون ذلك مقتضى الجمع بين أصالة بقاء الملك الى زمان التصرف، و بين دليل جواز التصرف المطلق، و بين أدلة توقف بعض التصرفات على الملك من قبيل البيع و العتق- متين. إلا أن ظاهر كلام بعض الأساطين عدم كون الاشكال من جهة كون الإرادة من المملكات حتى يدفع ذلك بأنه مقتضى الجمع بين الأدلة.

بل جهة الإشكال هي كون مملكية الإرادة خلاف سلطنة المالك على ماله، حيث إن كلاً من المتعاطيين إنما يقصد الملك حال التعاطي، لا حال التصرف، فوقع الملك حال التصرف خلاف سلطنته على ماله. و لذا فرّق بين المعاطاة و بين قوله: «أعتق عبدك عني، و تصدق بما لي عنك» حيث إن تمليك عبده لمن أمره بالعتق كان ناشئا عن إذنه. و كذا تملك المال الذي أمر بالصدقة به عنه كان بإذن المالك، و ليس فيه مخالفة للقاعدة المذكورة أعني سلطنة المالك.

---

فقياس مملّكية إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على تصرف ذي الخيار و الواهب- فيما انتقل عنهما- في غير محله، إذ ليس فيه مخالفة لقاعدة السلطنة بعد فرض ثبوت الخيار و جواز الرجوع في الهبة.

و الحاصل: أنّ الاشكال في المقام راجع الى تخصيص قاعدة السلطنة. بخلاف النظائر المزبورة.

و أمّا إذا بنينا على الملكية من أوّل الأمر فلا يلزم تخصيص عموم السلطنة أصلا، لكون الملكية مقصودة للمتعاطيين، فيتعيّن البناء عليه لدفع محذور هذا التخصيص، فيبني على ثبوت الملكية من أوّل الأمر حتى لا يلزم تخصيص قاعدة السلطنة. فالجمع بين الأدلة يقتضي الملكية من أوّل الأمر.

نعم يلزم منه خلاف استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الى حين التصرف. لكن عموم قاعدة السلطنة يدفع هذا الاستصحاب، فإنّ أصالة العموم و عدم التخصيص تصلح لإثبات الملكية من أوّل الأمر، فلا يبقى شك في بقاء الملك على ملك مالكة حتى يجري فيه الاستصحاب. هذا.

مضافا الى: أنّ تنظير مملّكية إرادة التصرف بتصرف ذي الخيار و الواهب لا يخلو من تأمل آخر تبه عليه المحقق الأصفهاني قدّس سرّه، و هو: أنّ تصرف ذي الخيار بالفعل إمّا بعنوان السبب أو بعنوان الكاشف عن قصد الفسخ و الرجوع على الخلاف في المسألة، و على كلّ فالفعل الاختياري الذي قصد به الفسخ محقّق، بخلافه في المقام و هو: أنّ نفس تصرف أحدهما مملّك قهري، لا أنّه يقصد التملك، بل ربما يكون غافلا عنه، فلا وجه لهذا التنظير.

و المناسب للمقام التنظير بباب الرجوع بالمباشرة في المطلقة الرجعية بناء على حصوله بمجرد الاستمتاع و لو لم يقصد به الرجوع أصلا، فإنّ الشارع حكم على غشيانها أنّه رجوع إليها «1».

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 29.

و أمّا (1) ما ذكره من «تعلق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره» فهو استبعاد محض.

### 3- تعلق الاستطاعة و الغنى بالمأخوذ بالمعاطاة

(1) هذا شروع في ردّ ثالث استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّه و هو لزوم تعلق الأخماس و الزكوات و نحوهما بما في اليد دون الملك، مع أنّ المعهود من الشرع تعلقها بالملك.

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه في ردّه أمران أحدهما: منع أصل الاستبعاد، و أنّه لا مانع من الالتزام بعدم تعلق هذه الأمور الأحد عشر- المذكورة في الاستبعاد الثالث- بالمأخوذ بالمعاطاة بناء على إفادتها للإباحة كما عليها القدماء.

و ثانيهما: المنع الصغروي، بمعنى أنّ بعض الأمور المذكورة في كلامه لا مانع من الالتزام به، و إجرائه في المأخوذ بالمعاطاة، لعدم توقّفه على الملك، و معه لا يبقى موضوع للاستبعاد، لأنّه يتوقف على اختصاص الموارد الأحد عشر بالملك حتى يستغرب من عدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة، فإذا لم تتوقف على الملك بل جرت في المباح أيضا التزمنا بترتبها على ما في اليد و إن لم يصير ملكا أصلا.

و توضيح الوجه الأوّل- و إن لم تف به العبارة لقصورها- هو: أنّ الحكم بعدم تعلق الخمس و الزكاة و الاستطاعة و نحوها بالمأخوذ بالمعاطاة استبعاد محض، فلا بأس بالالتزام بعدم التعلّق.

فان قلت: إنّ عدم التعلّق مخالف للسيرة القائمة على تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، فلا وجه لدعوى عدم التعلق، مع قيام السيرة على تعلق هذه الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة، و هذا التعلق المستند إلى السيرة كاشف عن إفادة المعاطاة للملك، لا لإباحة التصرف.

قلت: لا ريب في قيام السيرة على التعلّق، و لكن على هذا تكون السيرة دليلا على التعلق و إن كان التعلّق مخالفا للقاعدة، فتكون السيرة دليلا على تخصيصها. فالقاعدة تقتضي عدم التعلق، و لكن في خصوص هذه الأمور نلتزم بالتعلق لأجل دليل تعدي و هو السيرة.

و دفعه بمخالفته (1) للسيرة رجوع إليها (2). مع (3) أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحجّ، و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقّفان على الملك [1].

و حينئذ فالسيرة دليل على التعلّق، لا على الاستبعاد المزبور الذي يريد بعض الأساطين جعله دليلاً على مملّكية المعاطاة، لأنّ غرضه كون الاستبعاد دليلاً على إفادة المعاطاة للملك، لا السيرة، فجعل السيرة دليلاً على الملكية من أوّل الأمر رجوع عن الاستبعاد إلى السيرة.

(1) هذا الضمير و ضمير «دفعه» راجعان الى عدم التعلّق.

(2) أي: إلى السيرة، و أنّ الرجوع الى السيرة عدول عن جعل الاستبعاد دليلاً على مملّكية المعاطاة إلى جعل السيرة دليلاً على مملّكية المعاطاة.

(3) هذا إشارة إلى الوجه الثاني و هو المنع الصغروي، يعني: أنّ الأمور المذكورة في كلام كاشف الغطاء ليس جميعها متوقّفة على الملك، حتى يلزم تأسيس قاعدة جديدة لو قلنا بتعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة المفيدة للإباحة لا الملك. و وجه عدم توقّفها على الملك هو: أنّ الاستطاعة كما تحصل بملك الزاد و الراحلة كذلك تحصل بإباحتهما بالبدل نصّاً و فتوى.

و كذلك الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لأنّ الظاهر صدقه عرفاً بوجودان ما يحتاج إليه في مئونة سنته و إن لم يكن مملوكاً له. و تفسير الفقير في كلمات الفقهاء ب «من لا يملك قوت سنته» يراد به من لا يجد ذلك و لو بنحو الإباحة، فليتأمل.

[1] ظاهر اقتصار المصنف قدّس سرّه على الاستطاعة و الغنى هو تسليم توقّف غيرهما على الملك.

لكنّه يستشكل فيه. أمّا في توقّف تعلق حق الديان على الملك فبأنّ المباح له و إن لم يكن مالكا للعين، لكنه مالك لأن يملكها باسترداد العوض أو بالتصرف فيما عنده، فللغريم إلزامه بأحدهما.

وفيه: أنّ الإلزام فرع الحق، و ليس في المعاطاة حق، بل حكم شرعي و هو السلطنة على الاسترداد أو التصرف فيما عنده، لكون الإباحة تعبدية لا مالكية، و لذا ليس له إسقاطها، فحديث التوقّف على الملك في محله.

نعم إن كان المراد بالتوقّف على الملك كون الوفاء متوقفاً على الملك بحيث

لا يحصل الوفاء إلا بما يملكه، لا بما يباح له ففيه: عدم التوقف على الملك، لجواز التبرع بالوفاء.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - إيران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 460

و أما النفقات فالظاهر عدم توقفها - بمعنى وجوب الإنفاق - على الملك، كما هو قضية إطلاق قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ «1».

و أما حق الشفعة فالظاهر عدم ثبوتها للمباح له، لاختصاصها بالبيع، و المفروض عدم كون المعاطاة على هذا المبنى بيعا.

إلا أن يقال - كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية قدس سره - بكفاية البيع العرفي في تحقق الشفعة، و المفروض أن المعاطاة بيع عرفي، فيشمّلها دليل حق الشفعة «2»، هذا.

لكن فيه: أن حق الشفعة عبارة عن أخذ الشريك ما باعه شريكه من حصته و تملكه و لوقهرا، فإنّ للشريك سلطنة على أخذ الحصّة المبيعة من المشتري و تملكها منه، و هو فرع صيرورة المأخوذ بالمعاطاة ملكا لمن اشتراه بالمعاطاة. و مجرد كون المعاطاة بيعا عرفيا مع عدم ترتب الأثر الشرعي عليها من الملكية غير مجد. فالشفعة لا ترتب إلا على البيع المؤثر في الملكية حتى يكون المشتري مالكا لموضوع حق الشفعة، و يتسلط الشريك على أخذه من المشتري و لوقهرا، هذا.

و لو أريد من تعلق حق الشفعة بثبوته للمباح له إذا باع شريكه المالك حصته من شخص، فالحكم بعدم ثبوته أوضح، لكون موضوع الحق هو الشريك الذي لا ينطبق ضرورة على المباح له.

و أما المواريث فتختص بالملك و الحق اللذين هما منفيان بناء على الإباحة.

و أمّا الربا فهو إمّا مختص بالبيع، و إمّا جار في مطلق المعاوضة. و المعاطاة بناء على الإباحة ليست بشيء منها.

و أمّا الوصية فهي متوقفة على الملك، لعدم دليل على نفوذها في ملك الغير فالمرجع

(1): البقرة، الآية: 233.

(2) حاشية المكاسب، ص 13.

و أمّا (1) كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه (2) [1].

---

**4- تصرف أحد المتعاطين مملّك للجانب الآخر**

(1) هذا رابع الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء قدّس سرّه من كون تصرف أحد المتعاطين في المأخوذ بالمعاطاة موجبا لصيرورة العوض في ملك المتعاطي الآخر قهرا.

(2) يعني: ظهر جوابه ممّا ذكره في الجواب عن الاستبعاد الثاني، بقوله: «فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع .. إلخ» و حاصل ذلك الجواب: أن مملّكية التصرف تكون مقتضى الجمع بين الأدلة، فإذا كانت مملّكية التصرف من أحدهما للجانب الآخر مقتضى الجمع بين الأدلة فلا إشكال. وإن لم يكن مملّكا للجانب الآخر - بأن كان مملّكا للمتصرف فقط - لزم اجتماع العوض و المعوّض في ملك المتصرف، و هو كما ترى. و عليه فالجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف مملّكا للطرف الآخر أيضا.

---

فيها أصالة عدم ترتب الأثر.

و أمّا توقف الإخراج في الخمس و الزكاة على الملك فلم يظهر له وجه وجيه، لاحتمال جواز تبرّع الغير في وفائهما عمّا استقرّ في ذمة المالك، لأنّهما كسائر الديون التي يجوز التبرّع بوفائها. نعم توقف تعلقهما على الملك لا يخلو من وجه، لكن فيه بحث موكول الى محله.

و أمّا ثمن الهدى فالظاهر عدم توقف صحة الهدى على كون ثمنه ملكا للحاجّ كما يظهر من هدى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم على ما في بعض الروايات.

و أمّا حق المقاسمة و الافراز فهو لا يختص بالمالك، بل يثبت لكل من أبيض له التصرف في المال المشاع و إن لم يكن مالكا لجزء منه. فعلى القول بإفادة المعاطاة للإباحة لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة من الالتزام بثبوت حق الافراز لغير المالك.

[1] قد عرفت أنّ هذا الجمع مخالف لقاعدة سلطنة المالك على ماله، فمقتضى الجمع هو الالتزام بالملك من أوّل الأمر.

و أمّا (1) «كون التلف مملّكا للجانبين»

## 5- تلف إحدى العينين مملّك للطرفين

(1) هذا خامس الاستبعادات، و المراد بالتلف أعم من تلف إحدى العينين أو كليهما.

و محصل ما أفاده جوابا عنه هو: أنه يمكن أوّلا أن لا نلتزم بمملّكية التلف أصلا، بدعوى كون التلف من مال مالكة بدون ضمان من تلف في يده، للإذن المالكى أو الشرعى، غاية الأمر أنّ التالف إن كان إحدى العينين فقط صارت الإباحة لازمة، فلا يجوز لمن تلف مال الآخر في يده أن يرجع على الآخر بماله الذي في يده.

هذا، مع الغض عن إجماع أو سيرة على مملّكية التلف. و مع النظر إليه فلا إشكال، لأنّه قبل التلف أنا ما ينتقل كل من المالين إلى أخذه، فيقع التلف في ملكه، فيكون ضمان كل منهما بعوضه المسمّى، لا بالمثل أو القيمة، فيكون المقام نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع في رجوعه أنا ما قبل التلف إلى ملكه.

و الوجه في الالتزام بالملكية التقديرية هو دوران الأمر بين وجهين:

أحدهما: تخصيص عموم اليد- المقتضى للضمان بالمثل أو القيمة في المعاطاة كسائر موارد اليد- بالإجماع و السيرة القائمين على عدم الضمان بالمثل أو القيمة في مورد المعاطاة.

و ثانيهما: التخصّص، بأن يلتزم بالملكية من أوّل الأمر، حفظا لعموم «على اليد» عن التخصيص.

و مقتضى القاعدة- على ما قيل في محله- و إن كان تقديم التخصّص على التخصيص المقتضى للحكم في المعاطاة بالملكية من أوّل الأمر، لكن أصالة عدم الملكية تقتضى عدم الملكية إلّا أنا ما قبل التلف، و عدم حصول الملكية من أوّل الأمر.

ثم إنّ غرض المصنف قدس سرّه مراعاة عموم دليل اليد عن التخصيص و إبقائه على عمومه، لما ثبت في محله من تقديم التخصّص على التخصيص عند الدوران بينهما، فيحكم في المقام- لأجل عموم اليد- بأنّ ضمان المسمّى في المأخوذ بالمعاطاة خارج عن موضوع عموم «على اليد» بالإجماع، و ليس الإجماع مخصّصا لعموم اليد، لأنّه بعد فرض دخول كلّ من المالين في

فإن ثبت (1) بإجماع (2) أو سيرة (3) كما هو الظاهر كان (4) كل من المالين مضمونا بعوضه (5) فيكون تلفه (6) في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه (7)

ملك آخذه أنا ما قبل التلف يقع التلف في ملكه، فيكون أجنبيًا عن موضوع دليل اليد- وهو مال الغير- فيبقى عموم اليد بحاله، و مقتضى عمومها عدم كون الضمان بالمسمّى من أفراده، لصيرورة العوضين ملكا للمتعاطين، فضمنان المسمّى ليس مستندا إلى عموم اليد، بل إلى الإجماع.

و الكاشف عن صيرورة المالين قبل التلف أنا ما ملكا للمتعاطين هو العموم المذكور، فلا يكون الإجماع المزبور مخصّصا لعموم اليد، بل عمومها يثبت كون المأخوذ بالمعاطة داخلا في ملك الآخذ وأن التلف وقع في ملكه، لا في ملك الغير الذي هو موضوع اليد.

وبالجملة: فغرض المصنف قدّس سرّه حفظ عموم اليد عن التخصيص، لا إثبات ضمان المسمّى به [1].

(1) لم يذكر المصنف عدلا لقوله: «فان ثبت» فالأولى أن يقال: «كما ثبت» بقرينة اعترافه بشبوته بقوله: «كما هو الظاهر».

و كيف كان فقوله: «فان ثبت» و ما بعده جواب الشرط في قوله: «و أما كون التلف ..».

(2) الإجماع على مملكيّة التصرف و التلف موجود في بعض كلمات القدماء.

(3) أي: السيرة العقلانية الممضاة شرعا و لو بعدم الردع.

(4) جواب «فان ثبت». أي: كان ضمان المأخوذ بالمعاطة بالمسمّى، لكون العقد المعاوضي صحيحا، و لا موجب لانقلاب ضمان المسمّى بالواقعي.

(5) أي: بعوضه المسمّى.

(6) أي: تلف المأخوذ بالمعاطة.

(7) أي: بعوضه المسمّى لا الواقعي.

[1] فلا يرد عليه ما أفاده السيد قدّس سرّه بقوله: «لا يخفى أن الحكم بالضمان بعوضه



---

المسمّى ليس عملاً بعموم- على اليد- لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة لا المسمّى، فمع فرض الإجماع على الملكية لا بدّ من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر» (1).

وجه عدم الورد ما عرفته: من أن غرض المصنف قدس سرّه ليس إثبات ضمان المسمّى بعموم اليد، إذ المفروض أن هذا الضمان يثبت بحصول الملكية للمتعاظين قبل التلف أنا ما، على ما ادّعي عليه من الإجماع، فليس ضمان المسمّى بعموم اليد حتى يتوجه عليه إشكال السيد قدس سرّه بأن ضمان المسمّى ليس عملاً بقاعدة اليد .. إلخ، فلاحظ وتأمل.

ثم لا يخفى أن إثبات الملك للآخذ بعموم «على اليد» في المقام من جزئيات مسألة أصولية، وهي: أنه إذا ورد عام، ثم علم بعدم ثبوت حكمه لشيء شك في فرديته للعام، فبالتمسك بأصالة العموم وصيانته عن التخصيص يحكم بعدم كون ما شك في فرديته للعام من أفراد، وبخروج ذلك المشكوك فيه عن موضوع العام، لا عن حكمه.

ففي المقام يتمسك بعموم «اليد» وبه يحرز أن اليد هنا ليست يدا على مال الغير الذي هو موضوع قاعدة اليد، بعد العلم بعدم كون الضمان هنا محكوماً بحكم العام أعني اليد التي حكمها ضمان المثل أو القيمة. فبعموم اليد يحرز خروج الضمان هنا عن موضوعه وهو مال الغير نظير ما إذا علم بعدم محكومية زيد بوجوب الإكرام، وشك في أن عدم وجوب إكرامه هل هو لأجل التخصيص وإخراجه عن حيّز حكم «العلماء» أم لعدم كونه من أفراد العلماء، فنشك في أن خروجه عن دليل وجوب إكرام العلماء يكون بالتخصيص أو التخصيص.

لكن التمسك بالعموم لإثبات أن الخارج منه حكماً خارج منه موضوعاً من المسائل النظرية التي يمنعها بعض، وإن نسبه المصنف- على ما في التقرير المنسوب إليه- إلى الأصحاب، حيث قال المقرّر ما لفظه: «و على ذلك- أي التمسك بأصالة العموم- جرى ديدنهم

---

(1): حاشية المكاسب، ص 72.

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع (1)، لأنّ (2) هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع (3) وبين عموم (4) «على اليد ما أخذت» (1) و بين أصالة عدم الملك إلا في

---

(1) في وقوع التلف في ماله، لا في مال المشتري.

(2) علة لكون التلف من مال ذي اليد، المتوقف على كونه ملكا له قبل التلف.

(3) أي: الإجماع على كون المأخوذ بالمعاطة مضمونا بعوضه المسمّى لا بقيمته الواقعية.

(4) المقتضي للضمان بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

---

في الاستدلالات الفقهية، كاستدلالاتهم على طهارة الغسالة على أنّها لا تنجس المحل، فإن كان نجسا غير منجّس يلزم تخصيص قولنا: كل نجس منجّس «(2)».

وعليه فينعكس قولنا: «كل عالم يجب إكرامه» بعكس النقيض الى قولنا: «كل من لا يجب إكرامه ليس بعالم».

لكن الحق عدم صحته، إذ لم يثبت بناء أهل اللسان على هذا التمسك. ولذا تأمل فيه في الكفاية.

فالتمسك بعموم «اليد» في المقام لإثبات كون العوضين في المعاطة ملكا للمتعاطين محل النظر. فالقول بتخصيص عموم اليد هنا ممّا لا مانع منه، هذا.

مضافا إلى: عدم التزام الأصحاب بما نسب إليهم في التقارير في جميع الموارد، فلاحظ كلماتهم. ولعلّ عدم التزامهم إنّما هو لعدم ثبوت مدركها وهو بناء العقلاء على إحراز عنوان الخارج من حكم العام بأصالة العموم، فحجّة العام في ذلك مشكوكة، والأصل عدم حجّيته.

وعليه ففي المقام لا مجال لقاعدة اليد، لكونها أمانية مالكية أو شرعية، فمقتضى القاعدة عدم الضمان.

نعم قام الإجماع على ثبوت الضمان بالمسمّى، فيدلّ إنّما على تحقق الملكية أنا ما قبل التلف، فيصير كل من المالكين ملكا لأخذه، ويقع التلف في ملكه.

---

(1): عوالي اللئالي، ج 1، ص 224، الحديث: 106.

(2) مطارح الأنظار، ص 295.



الزمان المتيقن (1) بوقوعه (2) فيه.

توضيحه (3): أنّ الإجماع لَمَّا دَلَّ على عدم ضمانه (4) بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد (5)، رعاية لعموم «على اليد ما أخذت» فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في «أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه» (6) فإذا قَدَّر التلف من مال ذي اليد فلا بدّ من أن يقَدَّر في آخر أزمّة إمكان تقديره، رعاية (7) لأصالة عدم حدوث الملكية

(1) وهو الزمان المتصل بالتصرف.

(2) أي: بوقوع الملك في ذلك الزمان، وهو زمان التصرف.

(3) أي: توضيح أنّ مقتضى الجمع بين عموم اليد و الإجماع واستصحاب عدم الملك هو الالتزام بحدوث الملك للأخذ في الآن المتصل بالتصرف، أو بالتلف: أن الإجماع .. إلخ.

(4) أي: دَلَّ الإجماع على عدم ضمان التالف ببدله الواقعي من المثل أو القيمة، بل دَلَّ على ضمانه بالمسمّى.

(5) يعني: يحكم بحصول الملكية لذي اليد قبل التلف رعاية لعموم «اليد» من عروض التخصيص عليه، إذ مع بقاء المالكين على ملك مالكيهما يلزم تخصيص عموم اليد، والمفروض أنّ التخصيص مقدّم على التخصيص.

(6) فكما أنّ تلك الرواية تدلّ على أنّ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه- لا من مال المشتري- المترتب على انفساخ العقد قبل التلف و عوده إلى ملك البائع، وإلا لم يكن من ماله، وكان ضمانه بالمثل أو القيمة لا ضمان المسمّى، فكذلك الإجماع على الضمان بالمسمّى في المقام- بضميمة إبقاء العموم على حاله- يدلّ على كون التلف من مال ذي اليد، المتوقف على حصول الملكية أنا ما قبل التلف.

(7) تعليل لما أفاده من لزوم فرض ملكية الآخذ في آخر أزمّة تقدير الملكية، وهو الآن المتصل بالتلف، لأنّ مقتضى الاستصحاب بقاء المال على ملك الدافع إلى زمان تلفه في يد الآخذ، وفي آن التلف ينقطع الاستصحاب، لقيام الدليل على انتقال المال- في ذلك الآن- إلى ملك الآخذ.

قبله (1)، كما (2) يقدر ملكية المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف استصحاباً لأثر (3) العقد.

## **[6- يجوز للمبيح و المباح له المطالبة من الغاصب]**

و أما (4) ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر - على القول بالإباحة- أن لكل منهما (5) المطالبة ما دام باقياً، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم «التملك بالتلف» تلفه من مال المغضوب منه (6).

(1) أي: قبل آخر أزمة إمكان تقدير الملك، وهو الآن المتصل بالتلف.

(2) هذا تنظير لجزاء «إذا» الشرطية، وهو قوله: فلا بد من أن يقدر في آخر أزمة إمكان تقديره .. إلخ يعني: كما يقدر ملكية المبيع للبائع المترتبة على انفساخ البيع من حين تلفه لا قبله، لكون استصحاب ملكيته للمشتري- التي هي أثر العقد- مانعا عن حدوث ملكية المبيع للبائع قبل التلف.

(3) وهو ملكية المبيع للمشتري عند ما يتلف في يد البائع، ففي الآن قبل التلف ينقطع أثر العقد و تزول ملكية المشتري، و ينتقل المال إلى البائع حتى يقع التلف في ماله، لا في مال المشتري.

## **6- يجوز للمبيح و المباح له المطالبة من الغاصب**

(4) هذا سادس الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء قدس سره، وهو ناظر إلى حكم مطالبة المأخوذ بالمعاطاة لو غضبه غاصب.

(5) أي: من المتعاطيين، أما جواز المطالبة للمالك فواضح، لأنه من شؤون سلطنته على ماله. و أما جوازها للمباح له فلائه- بناء على القول بالإباحة- يكون الآخذ مسلطاً على جميع التصرفات، و مطالبة الغاصب به من شؤون تلك السلطنة، هذا إذا كانت العين باقية.

و أما مع تلفها فمقتضى إطلاقهم «كون التلف مملكا» و عدم تقييده بالتلف عند المباح له- و شموله للتلف عند الغاصب- هو: صيرورة التالف بيد الغاصب أنا ما قبل التلف ملكا للمباح له. فعلى هذا لا يكون المطالب من الغاصب إلا المباح له، لأنه المالك للتالف حسب الفرض، فمطالبته على طبق القاعدة و لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة كما زعمه كاشف الغطاء قدس سره.

(6) وهو الذي أخذ منه المال، فله المطالبة، لا للمالك الأول، لذهاب ملكه بالتلف.

نعم (1) لو قام إجماع [لو لا قام الإجماع] كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه (2) قبله.

### 7- احتمال حدوث النماء في ملك المبيع]

وَأَمَّا (3) ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكي

(1) هذا استدراك على قوله: «فظاهر إطلاقهم .. إلخ» و حاصله: أن مقتضى إطلاق مملكية التلف هو كونه مملكا مطلقا سواء أ كان العوض باقيا أم تالفا، فتلف إحدى العينين مملك للجانبين. نعم إذا لم يتم هذا الإطلاق، وقلنا باختصاص التملك بالتلف كلا العوضين فحينئذ يلاحظ أن العوض الآخر تلف قبل تلف المغصوب عند الغاصب أو لا، فعلى الأول يكون المطالب من الغاصب هو المباح له، و إلا فالمطالب هو المالك الأصلي.

هذا بناء على كون العبارة كما في النسخ المتداولة: «نعم لو قام إجماع .. إلخ».

وَأَمَّا بناء على كونها: «لو لا قام الإجماع» كما أنه حكى كون نسخة المصنف المصححة كذلك، فالمراد بها: أنه لو لا الإجماع على الملكية قبل التلف أنا ما كان مقتضى القاعدة اختصاص حق المطالبة من الغاصب بالمالك، لكون العين تالفة في ملكه، إلا إذا تلفت العين الأخرى قبل تلف المغصوب، فإن حق المطالبة حينئذ للمغصوب منه، لأنه صار مالكا للمغصوب منه بسبب تلف عوضه قبله.

وعلى كل حال لا تخلو العبارة من سوء التأدية، فتدبر فيها.

(2) أي: لو لم يتلف عوض المغصوب قبل تلف نفس المغصوب.

### 7- احتمال حدوث النماء في ملك المبيع

(3) هذا سابع الاستبعادات، وهو ما ذكره الفقيه كاشف الغطاء قدس سره حول حكم نماء المأخوذ بالمعاطاة، و كان حاصله: استبعاد كون حدوث النماء مملكا للأصل.

و حاصل جواب المصنف قدس سره: أن هنا احتمالين يندفع الاستبعاد بكل منهما:

الأول: أن حدوث النماء لا يوجب صيرورة النماء و لا أصله ملكا للآخر، بل كلاهما باق على ملك الدافع، لا القابض، فكما يجوز للدافع الرجوع في العين- ما دامت باقية و لم يتصرف فيها- و استردادها من الطرف الآخر، فكذا يجوز استرداد نمائها، لأنه حدث في ملكه. و على هذا لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة، لأن المحكي عن بعض القائلين بالإباحة تبعية النماء للأصل في عدم الانتقال الى الآخذ.

عن بعض (1) أنّ القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم أصله (2) [1].

و يحتمل (3) أن يحدث النماء في ملكه (4)

الثاني: أنّ حدوث النماء يوجب ملكيته للآخذ، لأنّ المالك قد أباح التصرف في العين و توابعها، فإباحة الأصل موضوع لحكم الشارع بملكية النماء حين حدوثه، يعني: أنّ كلّاً من إباحة الأصل و حدوث النماء- معا- موضوع لحكم الشارع بملكية النماء. و مع التزام القائل بالإباحة بملكية النماء للآخذ لم يبق مجال للإشكال عليه بالاستبعاد و تأسيس قاعدة جديدة.

(1) لا يحضرنى القول بعدم الانتقال، كما حكاه المصنف عن بعض. نعم احتمله الشهيد الثاني قدس سرّه حيث ذكر في المراد بالإباحة وجهين: أحدهما الملك المتزلزل، و الآخر: الإباحة المحضة التي هي الإذن في التصرف، ثم قال: «و على الوجهين يتفرّع النماء، فإن قلنا بالأوّل- أي الملك المتزلزل- كان تابعا للانتقال و عدمه. و إن قلنا بالثاني احتمل كونه مباحا لمن هو في يده كالعين، و عدمه» «1». و في الجواهر جزم بتبعية النماء للعين على جميع الأقوال، سواء قلنا بالملك أم بالإباحة، و بالزوم أم بالتزلزل، فلاحظ «2».

(2) و هو الذي جعله في شرح القواعد ظاهر الأكثر، فدخوله في ملك الآخذ يحتاج إلى التصرف الذي تتوقف سببته للملك على إذن المالك فيه، و قد تقدّم أنّ شمول إذن المالك- في التصرف في ذي النماء- للتصرف في النماء خفيّ كما صرّح به بعض الأساطين.

و الحاصل: أنّ النماء بحكم الأصل في عدم الملكية، فكما لا يكون الأصل ملكا للآخذ فكذلك النماء. نعم يباح له التصرف في النماء كإباحة التصرف في الأصل.

(3) حاصله: أنّ إباحة الأصل موضوع لحكم الشارع بملكية النماء حين حدوثه، فإباحة الأصل و حدوث النماء معا موضوع لحكم الشارع بملكية النماء.

(4) أي: في ملك الآخذ، يعني: بأن يكون حدوث النماء- بضميمة إباحة التصرف في الأصل- مملّكا له.

[1] لكن يستشكل فيه بأنّ لازمه جواز الرجوع فيه ما دام باقيا و إن تلف أصله،

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 149.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 233.

ص: 469

لاختصاص أدلة مملكية التلف بمملكته للعين، دون النماء. كما أنّ لازمه عدم جواز تصرف المباح له فيه، لما عرفت من خفاء شمول الإذن للتصرف في الأصل للإذن في النماء سيّما المنفصل.

[1] وبيان آخر: أنّ كلام كاشف الغطاء قدّس سرّه يتضمّن استبعادين:

أحدهما: ما ذكره في الصدر من مملّكية حدوث النماء.

و ثانيهما: ما أفاده في ذيل كلامه من شمول الإذن المالكى للتصرف في النماء، خصوصا النماء المنفصل، مع عدم الملازمة بين الإذن في الأصل ونمائه.

و جواب المصنّف قدّس سرّه - على فرض تسليمه، لكونه مجرد احتمال لا يغني شيئا - ناظر الى الصدر، دون الذيل و هو خفاء شمول الإذن المالكى للنماء. فكما يشكل أصل مملّكية حدوث النماء، كذلك جواز التصرف فيه استنادا إلى إذن المالك في التصرف في الأصل.

و ما أفاده المصنّف - من أنّ القائل بالإباحة لا يلتزم بمملّكية حدوث النماء - غير كاف، لأنّ حدوث النماء لو لم يكن مملّكا كان هو ملكا للمبيح لا للمباح له، و لا بد من استناد جواز تصرف المباح له فيه الى أنّ إذن المالك في الأصل إذن في نمائه. و لكن لا مجال لهذا الإذن المالكى هنا، لأنّ مفروض الكلام ترتب الإباحة على المعاطاة تعبدا لا مالكيّا، و مع قصر جواز التصرف على المأخوذ بالمعاطاة لا كاشف عن إباحة التصرف في النماء، لأنّ المسوّغ في التصرف إمّا تمليك، و إمّا إباحة مالكية أو شرعية، و المفروض انتفاء الأوّلين، فينحصر المسوّغ في تحليل التصرفات بحكم الشارع، و لا ريب في أنّ المسلّط عليه نفس العين و نماؤه المتصل التابع له عرفا، و أمّا المنفصل فلا.

و لم يتعرض المصنّف قدّس سرّه للجواب عن الإشكال المزبور. و لعلّه لشمول الإذن للنماء، فإنّ الإذن في الأصل - مع عدم منع المالك عن التصرف في النماء مع القدرة عليه و العلم بكون العين منشأ للنماء الواقع تحت يد آخذ العين - ملازم عرفا للإذن في التصرف في توابعها، فلو لم يكن راضيا بالتصرف في النماء لكان عليه التنبية عليه بالنهي عنه، فيمكن التمسك بالإطلاق المقامي على شمول الإذن للنماء.

فلا يتوجّه عليه ما أفيد من «كون تصرف المباح له في النماء تصرفا في مال غيره بدون



إذنه، فهو حرام عقلا و شرعا» (1). وذلك لكفاية الإطلاق المقامي في تحقق الإذن في التصرف في النماء. ومعه لا يكون حراما كما لا يخفى.

وقد أجاب المحقق النائيني قدس سره عن إشكال النماء بما هذا نصه: «فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الخراج بالضمان (2) أن يكون النماء ملكا له- أي للمباح له- بناء على ما سيحجيء في معنى الخبر.. إلى أن قال: وحاصله: أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمن المعاملي فمنافعه له، وهذا من غير فرق بين أن يكون التضمن على نحو الإباحة أو التمليك، فإن مقتضى إطلاقه كون منفعه للضامن. ومعنى كون الشخص ضامنا لما يملكه أو لما أبيض له هو: أنه لو تلف كان دركه عليه وصار عوضه المسمى ملكا للطرف الآخر.. إلخ» (3).

وفيه: ضعف النبوي- سندا وعدم انجباره- كما قيل- بعمل المشهور.

ولا يرد عليه ما في تقرير سيدنا الخويي قدس سره: «من عدم شمول الحديث لموارد التضمن على نحو الإباحة، لوجهين: أحدهما: أن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلي حق الرجوع إلى النماء، مع عدم كون الأصل ملكا للمباح له، وهو بعيد.

ثانيهما: أن لازمه التفكيك بين الأصل ونمائه. وهو غريب» انتهى ملخصا (4).

وذلك لأنه بعد فرض دلالة النبوي على ذلك- واعتباره سندا- لا وجه للإشكالين المذكورين، لأنه يخصص عموم قاعدة سلطنة المالك على ماله، وعموم دليل تبعية النماء للعين، بل يكون حاكما عليهما.

والحاصل: أن إطلاق «الخراج بالضمان» للتضمن على نحو الإباحة محكم، ومقتضاه ملكية النماء بسبب ضمان الأصل ولو على نحو الإباحة. وتقيده بالتضمن على نحو التمليك

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 121.

(2) عوالي اللئالي، ج 2، ص 219، الحديث: 89.

(3) منية الطالب، ج 1، ص 58.

(4) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 122.

ثم إنك (1)

المناقشة في سائر وجوه الاستبعاد

(1) لما لم يتعرض المصنف قدس سره لدفع جميع استبعادات كاشف الغطاء واقتصر على جملة منها أراد إحالة دفع ما بقي منها على ما أفاده من الأجوبة، ولذا ذكرها تكميلاً للكلام:

فمنها: ما أفاده كاشف الغطاء قدس سره في الاستبعاد الخامس في مملكية التلف القهري بقوله: «إن ملك التالف فعجيب، و معه بعيد، لعدم قابليته، و بعده ملك معدوم».

إذ يرد عليه: إمكان اختيار الشق الأول وهو تملك التالف أنا ما قبل التلف، لما عرفت في نظائره من أنّ الملكية الآتية وجه جمع بين الأدلة. وعليه يكون التلف كاشفاً عن سبق دخول المال في ملك الآخذ أنا ما، كما أنّ تلف المبيع في يد البائع - قبل قبضه من المشتري - كاشف عن انقضاء العقد وعود المال إلى ملك البائع أنا ما، و وقوع التلف في ملكه.

وليس التلف سبباً للملك حتى يتجه استعجاب كاشف الغطاء قدس سره.

مضافاً إلى: أنّ تعليل استحالة دخول المال في ملك الآخذ بعد التلف بقوله:

«و بعده ملك معدوم» ممنوع، إذ لو تمّ لم يختصّ بما بعد التلف، بل يجري في الدخول مقارناً لأنّ التلف، لأنّ حال التلف حال العدم، و لا واسطة بين الوجود والعدم.

ومنها: ما أفاده كاشف الغطاء قدس سره في الاستبعاد السادس من قوله: «إنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقف على النية فهو بعيد».

إذ يرد عليه: أنّه لا مانع من كون التصرف ناقلاً قهرياً غير متوقف على النية، لاقتضاء الجمع بين الأدلة ذلك، و لا بعد فيه.

ومنها: ما أفاده في الاستبعاد الثامن بقوله: «قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك فيه إذن في التملك، فيرجع إلى كون المتصرف في تملك نفسه موجبا قابلاً،

بلا مقيد، فإطلاقه محكم.

نعم الاشكال كلّه في ضعف سنده و عدم انجباره، و سيأتي تفصيل الكلام فيه في المقبوض بالعقد الفاسد إن شاء الله تعالى.



مما ذكرنا (1) تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره (2).

مع (3) أنّه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد.

وذلك جار في القبض بل هو أولى منه».

إذ يمكن أن يجاب عن اتحاد الموجب والقابل بأحد وجوه:

الأوّل: أنّ التصرف مملّك، للجمع بين الأدلة، فلا حاجة الى الإيجاب والقبول حتى يلزم اتحاد الموجب والقابل، إذ ليس هنا إذن من الدافع للأخذ في تملك المال لنفسه حتى يكون الآخذ موجبا وقابلا، كي يتوهم استحالته، لكونهما متقابلين لا يجتمعان في واحد.

الثاني: أنّه لا مانع من اتحاد الموجب والقابل في العقود مع تعددهما اعتبارا كما حقق في محلّه، وليس متقابلين حتى يستحيل اجتماعهما في واحد.

الثالث: أنّ اتحاد الموجب والقابل إنّما يترتب على الإذن المالكى في تملك الآخذ المال لنفسه، وهذا لا مجال له هنا، لأنّ الإباحة تعبدية مستندة الى الإجماع، لا مالكية.

وأمّا قوله في ذيل كلامه: «وذلك جار في القبض» ففيه: أنّ القبض لا يتوقف على الملك حتى يكون الإذن فيه إذنا فيما يتوقف عليه من جهة اقتضاء الجمع بين الأدلة مملكية القبض حينئذ. وهذا بخلاف الإذن في البيع والوقف ونحوهما من التصرفات المتوقفة على الملك، فإنّ الإذن فيها إذن في التملك الذي تتوقف عليه تلك التصرفات، وإلا يلزم لغوية الإذن في البيع وشبهه.

وعليه ففرق واضح بين القبض والبيع، ومجرّد اقتران القبض بقصد التملك لا يجعله مساويا لتلك التصرفات، فضلا عن أولويته منها.

هذا تمام الكلام في الجواب التفصيلي الحلي الذي أفاده المصنف عن استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّهما.

(1) يعني: في دفع جملة من استبعادات بعض الأساطين قدّس سرّه.

(2) كالاستبعاد الأخير وجملة مما تضمّنه الاستبعادان الخامس والسادس.

(3) هذه الجملة ناظرة الى جميع الاستبعادات الثمانية التي ذكرها الفقيه

و الانصاف أنّها استبعادات في محلّها (1).

### [فذلكة الكلام في المقام الثالث]

و بالجمله (2): فالخروج

كاشف الغطاء قدّس سرّه و هو جواب ثان عنها كما أشرنا إليه قبل الشروع في مناقشة كل واحد من الأمور الثمانية. و مقصود المصنف: أنّ الأجوبة المتقدمة لو لم تكن وافية بدفع تلك الاستبعادات لم يقدح بقاؤها على حالها في القول بإفادة المعاطاة للإباحة تعبدًا.

و وجه عدم القدح: أنّ كاشف الغطاء قدّس سرّه لم يذكر هذه الاستبعادات من باب إقامة الدليل على تعيّن إفادة المعاطاة للملك، و إنّما كان مقصوده مجرد استبعاد القول بالإباحة، فلا بد للقول بالملك من إقامة دليل آخر حتى لو لم يمكن المناقشة في تلك الاستبعادات، و بقيت على حالها.

(1) و ذلك لأنّ غاية ما أفاده المصنف قدّس سرّه في تصحيح القول بالإباحة و التخلّص عن تلك الاستبعادات هو اقتضاء الجمع بين الأدلة للقول بالملك الآتائي قبل التصرف أو إرادته أو قبل التلف. مع أنّ مقصود كاشف الغطاء قدّس سرّه من هذه الوجوه إنكار هذا الجمع، للخدشة في تلك الأدلة، فإنّ إجماع السيد ابن زهرة مظنون المدركية بحديث نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم عن بيع المنابذة و الملاسة، مع أنّه إجماع منقول، و بسقوطه عن الحجية لا يبقى موضوع للجمع المزبور من باب دلالة الاقتضاء، حتى يترتب أثر الملك على غير الملك، أو جعل ما لم يعهد سببته للتملك سببا له كالتلف و التصرف، أو إرادته على التفصيل المتقدم [1].

فذلكة الكلام في المقام الثالث

(2) هذا إلى قوله: «فالقول الثاني لا يخلو عن قوّة» نتيجة ما فصله المصنف قدّس سرّه في المقام الثالث المنعقد لتحقيق حكم المعاطاة، من الاستدلال على الملك بوجوه خمسة، ثم المناقشة في

[1] و يمكن الإيراد على بعض الأساطين بالالتزام بعدم مملكية المعاطاة إلى الآخر، و مع ذلك نلتزم بترتيب جميع آثار الملكية على المأخوذ بالمعاطاة، و لا يلزم من ذلك إلا مخالفة قاعدة واحدة، و هي جعل ما ليس بملك بحكم الملك في جميع الآثار، فلا يلزم من القول بالإباحة مخالفة قواعد عديدة و تأسيس قواعد جديدة، فتدبر.

الدلالة الالتزامية الشرعية، وفي السيرة، و توجيه الملك الأنبي، ثم استبعادات كاشف الغطاء المترتبة على قول مشهور القدماء من إفادتها للإباحة، ثم المناقشة فيها، فالمقصود فعلا بيان المختار من الأقوال.

و توضيح ما أفاده قدس سره: أنّ هنا طائفتين من الأدلة تقتضي إحداها المصير الى مسلك القدماء من الإباحة المحضه، و تقتضي ثانيتهما القول بالملك بنفسه مع الغض عن خصوصية الجواز و اللزوم.

أما الطائفة الأولى فهي ثلاثة وجوه:

الأول: استصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطة على ملك الدافع، و عدم مملوكيته للأخذ.

الثاني: الشهرة الفتوائية القدمائية على إفادة المعاطة للإباحة المجردة عن الملك، كما طفحت به كلماتهم المتقدمة في المقام الثاني.

الثالث: الإجماع المدعى في الخلاف و الغنية على عدم تأثير المعاطة في الملك، بل تؤثر في الإباحة.

و المهم من هذه الأدلة هو الاستصحاب، إذ لا دليل على اعتبار الشهرة الفتوائية و الإجماع المنقول، فهما يصلحان لتأييد المطلب، و معاضدة الاستصحاب الذي هو دليل معتمد على القول بالإباحة، لو لم يكن هناك دليل حاكم عليه.

و أما الطائفة الثانية فهي ثلاثة وجوه أيضا.

الأول: عمومات حلّ البيع و التجارة عن تراض، و إطلاقات بعض العقود كالهبة و الإجارة الشاملة للعقود القولية و الفعلية على حدّ سواء.

الثاني: السيرة العقلائية القطعية على ترتيب آثار الملك على المأخوذ بالمعاطة.

الثالث: الإجماع المدعى في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد على إفادة المعاطة للملك، بناء على حمل كلمات القائلين بالإباحة على الملك المترزل. فإن تمّ هذا التوجيه فهو، و إلا كان الدليل على الملك أمرين: العمومات و السيرة.

عن أصالة (1) عدم الملك المعترض بالشهرة (2) المحققة إلى زمان المحقق الثاني، وبالاتفاق (3).

والعمدة من هذه الثلاثة عمومات البيع والعقود، وجعل المصنف قدس سره السيرة وإجماع المحقق الكركي قدس سره مؤيدين للعمومات.

أما السيرة فإمكان الخدشة فيها بعدم إحراز الإمضاء، وأنها ناشئة من قلة المبالاة في الدين.

وأما الإجماع فيمكن منعه بوجهين:

أحدهما: منع تحقق هذا الاتفاق، بعد صراحة كلمات القدماء في الإباحة، الآية عن الحمل على الملك المتزلزل.

وثانيهما: كونه - يعد تسليمه - محتمل المدركية، لاحتمال استناد المجمعين إلى السيرة و العمومات، فيكون العبرة بالمستند لا بالاتفاق.

وحيث أتضح أن عمدة الدليل على الإباحة هو الاستصحاب، وعمدة الدليل على الملك هو العمومات، تعين الأخذ بالثاني، لعدم صلاحية الأصل العملي للمعارضة مع الدليل الاجتهادي حتى تصل النوبة إلى الترجيح أو التسايط، لما تقرّر في الأصول من تقدم الدليل على الأصل العملي بالحكومة كما عليه المصنف، أو بالورود كما عليه المحقق الخراساني.

ونتيجة البحث: أن المختار كون المعاطاة مؤثرة في الملك، لا في الإباحة.

(1) هذا الأصل عمدة وجوه القول بالإباحة.

(2) هذه هي المؤيدة الاولى لاستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك الدافع.

وتقييد الشهرة بزمان المحقق الثاني للتنبية على انقطاع شهرة القدماء على الإباحة، و حدوث شهرة اخرى على الملك المتزلزل.

(3) هذا هو المؤيد الثاني للاستصحاب المزبور. وقد تقدم كلام السيد في الغنية والشهيد في القواعد عند نقل الأقوال في المقام الثاني، و الفرق بينهما صراحة كلام السيد في الإجماع، و ظهور «عندنا» فيه في قواعد الشهيد.

المدعى في الغنية والقواعد هنا (1)، و في (2) المسالك في مسألة توقف الهبة على الإيجاب والقبول مشكل (3). ورفع (4) اليد عن عموم أدلة البيع والهبة ونحوهما (5) المعترض (6) بالسيرة (7) القطعية المستمرة (8)،

---

(1) أي: في حكم المعاوضة في خصوص البيع، وغرضه من التقييد بـ «هنا» التنبيه على إجماع المسالك في عقد الهبة.

(2) حيث قال فيه: «و ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا، ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الإباحة» (1). بناء على اتحاد حكم البيع والهبة في توقفهما على الصيغة وعدمه.

(3) خبر «الخروج» ووجه الإشكال: أن الاستصحاب حجة شرعية، وإطلاقه يقتضي الحكم ببقاء المأخوذ بالمعاوضة على ملك الدافع. هذا كله في دليل القول بالإباحة.

(4) معطوف على «الخروج» وغرضه بيان وجه القول بالملك.

(5) كالإجارة. وهذه العمومات هي العمدة في القول بالملك.

(6) نعت لـ «أدلة».

(7) هذه هي المعاوضة الأولى للعمومات، حيث إن بناء العقلاء على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاوضة.

(8) إلى عصر المعصومين عليهم السلام، وليست من السير المستحدثة حتى يشك في إصنائها.

ولا بد أن يكون مقصود المصنف قدس سره من السيرة هنا ما يعم سيرة العقلاء والمشرعة حتى تكون حجة في نفسها، إذ لو كانت السيرة عقلانية لا مشرعية كانت مخدوشة بما تقدم عنه من أنها ناشئة من قلة المبالاة في الدين.

وأما سيرة المشرعة فلا سبيل لهذه الخدشة فيها، لأن بناء المشرعة - بما هم متدينون - على أمر يكشف عن تلقّيه من الشارع ورضاه به.

---

(1): مسالك الأفهام، ج 5، ص 10.

ص: 477



و بدعوى (1) الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني - بناء (2) على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة - أشكال (3) [1].

فالقول الثاني (4) لا يخلو عن قوة.

### [المعاطاة تقييد الملك اللازم أو الجائز]

#### إشارة

و عليه (5) فهل هي لازمة ابتداء

(1) معطوف على «بالسيرة» وهذا هو المؤيد الثاني للقول بالملك.

(2) قيد ل «بدعوى الاتفاق» يعني: لو تمّ تأويل كلمات القدماء بالملك المتزلزل فهو، وإلا لم يكن إجماع المحقق الثاني على الملك ثابتاً، لفرض تصريح القدماء بالإباحة، فأين الإجماع على الملك؟

(3) خبر «ورفع» ووجه أشدية الإشكال - في رفع اليد عن العمومات - ما تقدّم من أنّها دليل اجتهادي حاكم على الأصل العملي.

فإن قلت: بناء على الحكومة لا إشكال في الخروج عن استصحاب بقاء الملك حتى يكون رفع اليد عن العمومات أشدّ إشكالا، لفرض ارتفاع موضوع الأصل العملي ببركة الدليل الاجتهادي.

قلت: نعم، لكن المصنف قدس سرّه متحرّز عن مخالفة المشهور، فلذلك لم يكن عدم الاعتناء بالقول بالإباحة هيّنا، وإتّما التزم بالملك لأجل الحجة الشرعية وهي العمومات.

(4) هذه نتيجة المباحث المتقدمة في حكم المعاطاة، وأنّه يتعيّن الأخذ بالعمومات المقتضية لنفوذ المعاطاة وتأثيرها في الملكية بعد صدق البيع والتجارة والعقد عليها عرفاً، على ما مرّ مفصّلاً.

المعاطاة تقييد الملك اللازم أو الجائز

(5) أي: وعلى القول الثاني - وهو إفادة الملك - فهل هي لازمة؟ يعني: بعد إحراز تأثير المعاطاة في الملك، وبطلان سائر الأقوال تصل النوبة إلى البحث عن أنّ الملك المترتب عليها

[1] الصواب أن يقال: «أشدّ إشكالا» لأنّه لا يجيء صيغة التفضيل من الأفعال المزيدة كما لا يخفى.

مطلقا (1) كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله، أو (2) بشرط كون الدال على التراضي لفظا، كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني، وقواه جماعة من متأخري المحدثين، أو (3) هي غير لازمة مطلقا، فيجوز (4) لكل منهما الرجوع في ماله، كما عليه أكثر القائلين بالملك (5)، بل كلهم عدا من عرفت (6)؟

لازم كما في البيع بالصيغة، أم مترلزل يجوز لكل منهما الرجوع؟ في المسألة أقوال ثلاثة:

أولها: إفادة المعاطاة للملك اللازم سواء أكان الدال على التراضي لفظا أم كتابة أم إشارة أم غيرها. وهذا منسوب إلى الشيخ المفيد قدس سره من أنها كالبيع القولي في اللزوم، ولا جواز إلا من ناحية الخيار.

ثانيها: إفادتها للملك اللازم، بشرط كون الدال على التراضي لفظا، حكاه الشهيد الثاني عن بعض مشايخه. ووافق جمع، وقد تقدمت كلمات بعضهم في المقام الثاني عند بيان الأقوال.

ثالثها: إفادتها للملك الجائز دون اللازم، سواء أكان الدال على التراضي لفظا أم غير لفظ، ويتوقف اللزوم على طروء أحد الملزمات، وهو منسوب إلى أكثر القائلين بالملك من عصر المحقق الثاني قدس سره.

واختار المصنف قدس سره القول الأول، واستدل عليه بوجه ثمانية كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) أي: سواء كان الدال على التراضي لفظا أم غير لفظ.

(2) هذا هو القول الثاني الذي أبداه بعض معاصري الشهيد الثاني قدس سرهما.

(3) هذا هو القول الثالث الذي نسبه المصنف قدس سره إلى أكثر القائلين بالملك.

(4) هذا متفرع على تأثير المعاطاة في الملك الجائز، كسائر العقود الجائزة كالهبة في جواز الرجوع في العين ما دامت باقية.

(5) حيث إن لزوم العقد موقوف على إنشائه باللفظ.

(6) من المحقق الأردبيلي وجمع من علماء البحرين الذين اعتبروا دلالة اللفظ على

[الدليل الأول: استصحاب الملك الحادث بالمعاطاة]

وجوه (1) أوفقها بالقواعد هو الأول (2) بناء على أصالة اللزوم (3) في الملك [1]

التراضي في اللزوم، وإن لم تعتبر صيغة خاصة عندهم.

(1) مبتدأ مؤخر لخبر محذوف، فكأنه قيل: «فيه وجوه ثلاثة».

(2) وهو اللزوم من أول الأمر وإن لم يكن الدال على التراضي لفظاً.

أدلة القول باللزوم الدليل الأول: استصحاب الملك الحادث بالمعاطاة

(3) المراد بهذا الأصل ما يعمّ اللفظي والعملي، لأنه قدس سرّه استدلل على اللزوم بالاستصحاب، ثم بالأدلة اللفظية الاجتهادية، وعليه فقوله بعده: «للك في زواله» ليس قرينة على إرادة خصوص الأصل العملي، بعد صراحة قوله بعد الفراغ من الاستصحاب:

«و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر عموم .. إلخ».

[1] ثم إنه ينبغي التعرض لأمر قبل الخوض في أدلة اللزوم.

منها: أن الغرض من البحث عن أصالة اللزوم وإن كان إثبات لزوم الملك بالمعاطاة كالبيع بالصيغة، وعدم تأثير رجوع أحدهما فيما دفعه الى الآخر، إلا أن الأدلة المذكورة في المتن مختلفة المفاد، فبعضها يختص بالبيع كروايات خيار المجلس. وبعضها يثبت لزوم الملك سواء أنشئ بالبيع أم بغيره من العقود المملّكة كالهبة والصلح، وذلك كالأستصحاب، وعدة من الأدلة الاجتهادية كآية التجارة عن تراض و حديثي الحلّ والسلطنة. وبعضها يفيد لزوم كل عقد شك في لزومه و جوازه كآية الوفاء بالعقود، و حديث «المؤمنون عند شروطهم» كما لو أحرز زوجية امرأة، و شك في دوامها و انقطاعها، فإنه ينبغي البناء على الدوام.

و منها: أن مصبّ البحث عن أصالة اللزوم في الملك أو فيه وفي غيره هو العقود

العهدية، لخروج العقود الإذنية كالوكالة و العارية- على قول- عن حريم النزاع، لتقومها بالإذن المالكى، فيجوز الرجوع فيها قطعاً.

ولا فرق في العقود العهدية بين التنجزية منها كالبيع و الإجارة و الهبة و الصلح، و التعليقية كالسبق و الرماية، لشمول الأدلة الاجتهادية الآتية لكلا القسمين، بل و كذا الاستصحاب بناء على جريانه في الأحكام التعليقية كما يراه المصنف قدس سره.

و لم يظهر وجه لتخصيص مجرى الأصل بالعقود العهدية، إذ لا فرق بين استصحاب حرمة العصير العنبي على تقدير الغليان، و بين استصحاب ملكية الرّامي على تقدير إصابة النصل مثلاً.

إلا أن يقال: إن الملكية ليست عنده حكماً وضعياً مجعولاً. بل هي متنزعة من التكليف، و هو كما ترى.

كما أنه بناء على إنكار الاستصحاب التعليقي- كما ذهب إليه المحقق النائيني قدس سره- لا وجه للقول باستصحاب الملك في مثل عقد سبق.

و منها: أنّ أصالة اللزوم تجري تارة في الشبهة الحكمية كالشك في لزوم المعاطاة، و جريانها فيها منوط بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية. و اخرى في الشبهة الموضوعية كما صرح به المصنف في آخر استدلاله بالاستصحاب، كما إذا تنازع المتعاقدان فادّعى أحدهما أنّ المنشأ هبة حتى يجوز له الرجوع، و الآخر أنّه صلح حتى يكون لازماً، فإنّه لا مانع من إثبات لزومه باستصحاب بقاء الملك.

نعم بناء على عدم حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية يعوّل فيها على الأصل اللفظي المستفاد من عمومات الكتاب و السنة، بل هي المعتمد أيضاً في الشبهات الموضوعية، لعدم وصول النوبة إلى الاستصحاب مع وفاء الأدلة الاجتهادية بإثبات لزوم العقد سواء في الشبهات الحكمية و الموضوعية.

(1) استدلل المصنف قدس سره على أصالة اللزوم بأدلة ثمانية كما يظهر من عدّها هنا، وصرّح به في أوّل التنبيه السادس بقوله: «اعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة» والدليل الأوّل هو الاستصحاب، وقد أجراه تارة في شخص الملك الحادث بالمعاطاة، و أخرى في الملك الجامع بين الجائز واللازم، وثالثة في الملك مع تردده بين الشخصي والكلّي، فهنا تقارب ثلاثة ينبغي بيانها تبعا لتعرض الماتن لها.

الأوّل: ما أفاده بقوله: «للشك في زواله ..» وهو استصحاب بقاء شخص الملك- الحادث بالمعاطاة- بعد الرجوع، حيث يشكّ في ارتفاعه بسبب رجوع مالكة الأوّل، وهو الدافع للمال إلى المتعاطي الآخر، فيستصحب بقاء ملك الآخذ، لكونه من موارد الشك في رافعية الموجود، الذي لا ينبغي الارتياح في حجية الاستصحاب فيه، كحجّيته في الشك في وجود الرفع. فهو نظير العلم بدخول زيد في الدار و الشك في موته بفجأة أو صاعقة أو انهدام سقف عليه أو غيرها، فتستصحب حياته و تترتب عليها الأحكام الشرعية المترتبة عليها من حرمة تقسيم أمواله و وجوب الإنفاق وغيرهما.

(2) المراد به كل من المتعاطيين، لأنّ كل واحد منهما ملك الآخر ماله بالمعاطاة، و يشك في انفساخها برجوع أحدهما، فيستصحب بقاء الملك الحادث بالمعاطاة، و عدم تأثير الرجوع في عود ملكيّتهما كما كان قبل المعاطاة.

[1] لا- يخفى أنّه لا- فرق في جريان الاستصحاب في الملك بين كون الملكية من أوصاف المال و بين كونها حكما شرعيا، و ذلك لأنّ الأحكام الشرعية من الأمور الاعتبارية التي لها في حدّ ذاتها ثبات و دوام ما لم يرفعها رافع، و من المعلوم أنّ الملكية أيضا من الاعتباريات التي تقتضي بالطبع البقاء و الاستمرار، فإذا حدثت يحكم ببقائها إلى أن يرفعها رافع، فما في حاشية السيد الاشكوري رحمه الله من «أن الملكية إذا كانت حكما شرعيا لا يجري فيها الاستصحاب، لكون الشك في المقتضي» محل تأمل، بل منع بناء على جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.

(1) هذا إشكال على استصحاب بقاء شخص الملك- لأجل إثبات لزوم المعاطاة- و منشأ الاشكال وجهان:

أحدهما: اختلال بعض أركان الاستصحاب.

و الآخر: وجود أصل حاكم عليه حتى لو فرض اجتماع أركانه.

أمّا الوجه الأول، فتوضيحه: أنه يعتبر في جريان الاستصحاب تعلق اليقين و الشك بشيء واحد ذاتا مع تعدده زمانا، بحيث تكون القضية المتيقنة عين المشكوكة، كالقطع بعدالة زيد يوم الجمعة، و الشك في بقائها يوم السبت، فإنّ متعلق اليقين و الشك- و هو العدالة- واحد ذاتا و متعدد زمانا.

و ليس المقام كذلك، لأنّ متعلق اليقين هو القدر المشترك بين الفردين أعني به الملك اللازم و الجائز، و متعلق الشك هو الفرد المعين و هو اللازم، إذ الحادث على تقدير كونه الفرد الآخر- و هو الملك الجائز- قد علم ارتقاعه بالرجوع، فالشك في بقاء المستصحب يستند إلى الشك في حدوث الفرد اللازم، فيصح أن يقال: اليقين و الشك لم يتواردا على مورد واحد حتى يجري فيه الاستصحاب، لتعلق اليقين بالقدر المشترك، و تعلق الشك بحدوث الفرد المعين، و مع اختلاف المتعلق لا يجري الاستصحاب، لعدم موضوع له حقيقة مع الاختلاف المزبور.

و هذا نظير اختلاف شهادة البينة في تعيين المشهود به و ترديده، كما إذا شهد أحد العدلين بنجاسة أحد الكأسين مردّدا، و الآخر بنجاسة أحدهما المعين، فلا يثبت النجاسة حينئذ بشهادتهما، لاختلاف المشهود به، فيبني على طهارتهما، إمّا لقاعدتها، و إمّا لاستصحابها.

و على هذا فجهة الإشكال هي تعدّد متعلقي اليقين و الشك، لتعلق اليقين بالكلّي، و تعلق الشك بحدوث الفرد الطويل، فلا يجري استصحاب الشخص.

و أمّا الوجه الثاني، فتقريبه: أنّ استصحاب الملكيّة و إن كان واجدا للشرائط من اجتماع أركانه من اليقين و الشك، إلا أنّ هنا أصلا حاكما عليه يمنع عن جريان استصحاب الملك،

أنّ الثابت (1) هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ، والمفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع (2)، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر (3) فلا ينفع (4) الاستصحاب- بل (5) ربما يزداد استصحاب بقاء علاقة المالك- مدفوعة (6)

و ذلك لأنّ الشك في بقاء الملك بعد رجوع المالك الأوّل ناش من انقطاع علاقته بالمرّة بسبب البيع المعاطاتي، و بقاء شيء من تلك العلاقة التي أثارها جواز الرجوع، فإذا استصحبنا بقاء العلاقة لم يبق لاستصحاب ملكية المالك الثاني مجال. هذا توضيح الوجهين و سيأتي الجواب عنهما.

(1) يعني: أنّ المعلوم سابقا هو كلّ الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ، و ليس المعلوم هو خصوصية اللزوم، فلا يكون المستصحب شخصيّا، بل يكون كليّا.

(2) إذ لو كان المعلوم الملك المتخصّص بخصوصية الجواز فقد ارتفع قطعاً بالرجوع.

(3) يعني: فيجري فيه استصحاب العدم، فينتفي بذلك القدر المشترك، لأنّه لو كان باقيا فهو لأجل حدوث الفرد الطويل كاللزوم في المقام، و المفروض أنّه محكوم بالعدم بمقتضى الأصل.

(4) بل لا يجري استصحاب الفرد، لعدم العلم بحدوث الخصوصية- أي اللزوم- حتى يشك في بقائها، فيجري فيها الاستصحاب، بل العلم تعلّق بالجامع، و الشك تعلّق بحدوث الفرد الطويل، و مع مغايرة متعلّقي اليقين و الشك لا يجري الاستصحاب.

(5) هذا إشارة إلى ثاني وجهي الإشكال في استصحاب شخص الملكية الحادثة بالمعاطاة، و محصله: عدم جريانه، لوجود الأصل الحاكم.

(6) خبر قوله: «و دعوى» و هذا دفع الاشكال، و ليعلم أنّ المصنف قدس سرّه اقتصر هنا على دفع الإشكال الأوّل، و لم يتعرض لدفع الإشكال الثاني- و لعلّه انكالا على وضوح وهنه- و إنّما أجاب عنه في أوّل الخيارات كما تقف عليه في التعليقة [1]، فالأولى الاقتصار هنا على

[1] محصل ما أفاده في أوّل الخيارات هو: أنّ المستصحب إمّا علاقة الملكية، و إمّا السلطنة على إعادة العين في ملكه، و إمّا العلاقة التي كانت بين المالك و عينه في مجلس البيع.

ما أفاده من دفع الإشكال الأول، فنقول: قد دفعه بوجهين:

أحدهما: أنه لو سلم كون المستصحب هو الجامع بين الملك المترلزل والمستقر أمكن إجراء الاستصحاب فيه بناء على ما تقرّر في الأصول من حجية القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي.

وثانيهما: أنّ المستصحب في المقام هو شخص الملكية الحادثة بالمعاطاة، وليس كلياً أصلاً، وقد برهن عليه بما سيأتي توضيحه.

ولا مجال لاستصحاب شيء منها.

أمّا الملكية فللقطع بارتفاعها وانقطاعها بالمعاطاة حسب الفرض من إفادتها الملك، لا الإباحة المحضّة. فالعين بجميع شؤونها صارت ملكاً للغير، ولم تبق الملكية السابقة على التعاطي. ولو بقيت لزم اجتماع ملكيتين على مملوك واحد، وهو محال عقلياً أو عقلاً.

وأمّا السلطنة على استرداد العين فهي لم تكن مجعولة للمالك حتى تستصحب، وإنّما هي سلطنة حادثة بعد زوال الملك، لدلالة دليل كما في الخيار، فإنّ دليل على ثبوتها فهو، وإلاّ فالأصل عدمها. وليست هذه السلطنة من شؤون السلطنة المالك على ماله حتى تستصحب، لأنّ موضوع هذه هو المال المنتقل إلى الغير، فما لم ينتقل إلى الغير لا مجال لجعل سلطنة الاسترداد للمالك الأول.

وأمّا العلقّة المتحققة في مجلس العقد ففيها أولاً: اختصاصها بما ثبت فيه الخيار في المجلس.

وثانياً: أنّه لو شك في ثبوتها كان المرجع عموم وجوب الوفاء بالعقود القاضي بلزوم العقد، ولا مجال للاستصحاب.

وثالثاً: أنّه لا معنى للشك المزبور مع دلالة النص على انتفاء الخيار مع الافتراق.

وعليه يبقى استصحاب الملك الحاصل بالعقد سليماً عن الإشكال.



أمّا الوجه الأوّل فتقريبه: أنّنا نلتزم بكون المستصحب هنا كلياً، لا شخصياً، ولكن لا يسقط الاستصحاب عن الاعتبار، لما تقرّر في علم الأصول من شمول أدلة حجّيته - كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنقض اليقين بالشك» - لما إذا كان المتيقن شخصياً وكلياً، كما إذا علم بحدوث مردّد بين الأكبر والأصغر، أو بنجاسة مرددة بين البول والدم، فإنّه بعد الإتيان برفع الحدث الأصغر كالوضوء، وبغسل المحل مرّة يشكّ في بقاء الحدث والنجاسة، فيستصحب كليّ الحدث والنجاسة، وهذا هو ثاني أقسام استصحاب الكلي الذي حقيقته العلم بوجود الكلي في ضمن أحد فردين: أحدهما معلوم الارتفاع، والآخر محتمل الحدوث.

والمقام من هذا القبيل، فإنّه وإن لم يعلم بحدوث إحدى الخصوصيتين بالمعاطاة - من جواز الملك ولزومه - حتى تستصحب، لكنه لا مانع من استصحاب الجامع بينهما بعد كون الأثر مترتباً عليه، لا على الخصوصية.

و عليه فملخص هذا الجواب هو: كفاية استصحاب كليّ الملك في إثبات المقصود، وهو لزوم المعاطاة، وعدم الحاجة الى استصحاب الفرد - أي اللزوم - حتى يقال: إنّّه مشكوك الحدوث، فلا يجري فيه الاستصحاب. لكن أركان الاستصحاب في القدر المشترك مجتمعة، لليقين بحدوث الملكية بالمعاطاة والشك في ارتفاعها برجوع أحد المتعاطيين، ومنشأ الشك في بقاء القدر المشترك هو تردّد الحادث بين مقطوع البقاء والارتفاع.

هذا توضيح الجواب الأوّل. وأمّا الجواب الثاني فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) الترتيب الطبيعي يقتضي تقديم الجواب الثاني على هذا الجواب، لأنّه قدّس سرّه جعل المستصحب شخصياً، ومقصوده من الجواب الذّب عنه، وأجنيبة الملك عن القدر المشترك، لكونه حقيقة واحدة، ولو سلّم كونه كلياً لم تمنع كليّته عن جريان الاستصحاب فيه، لما ثبت في الأصول من حجّيته في القسم الثاني، بل وبعض أقسام القسم الثالث.

(1) يمكن أن يكون إشارة إلى وجوه:

منها: عدم كفاية استصحاب القدر المشترك في إثبات اللزوم، لأنّ الشك في بقاءه مسبّب عن الشك في حدوث الفرد الطويل، والأصل عدمه، فلا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب في القدر المشترك، لكون الشك فيه مسبباً عن الشك في حدوث الفرد الطويل، والأصل الجاري في الشك السببي حاكم على الأصل الجاري في الشك المسببي، هذا.

ففي المقام يتسبّب الشك في بقاء الملك وارتفاعه - بعد الرجوع - عن الشك في حدوث ملك لازم بالمعاطاة، ويستصحب عدم حدوثه، لكون هذا العدم متيقناً قبل التعاطي، ويترتب على إحراز عدم حدوث الملك اللازم ارتفاع الملك بالرجوع، وينتهي الشكّ تبعداً في بقاء القدر المشترك بين الملك اللازم والجائز.

لكن المصنف أجاب عنه في رسالة الاستصحاب «بأنّ ارتفاع القدر المشترك من آثار كون الحادث ذلك المقطوع الارتفاع، لا من لوازم عدم حدوث الأمر الآخر. نعم اللازم من عدم حدوثه عدم وجود ما هو في ضمنه من القدر المشترك في الزمان الثاني، لا ارتفاع المشترك بين الأمرين، وبينهما فرق واضح» [1].

[1] لكن أورد عليه السيد قدّس سرّه بأنّ المناط في جريان الأصل ترتب الأثر على المستصحب، و من المعلوم أنّ الحكم بمانعيّة النجاسة مثلاً مترتب على وجود القدر المشترك بين قذارة البول و الدم، لا على بقاءه الذي هو الوجود بعد الوجود، ولا على حدوثه الذي هو الوجود بعد العدم، و موضوع الأثر الشرعي في المقام هو وجود الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين، و من المعلوم أنّ وجوده من لوازم وجود الفرد الطويل، كما أنّ عدمه من لوازم عدمه، و يترتب على استصحاب عدم الفرد الطويل عدم القدر المشترك بين الفردين.

و عليه فأصالة عدم الفرد الطويل حاكمة على أصالة وجود الكلي، لتسبّب الشك فيه عن الشك في وجود ذلك الفرد من أول الأمر. قال قدّس سرّه: «فالشك في وجوده بعد حدوث ما يزيل أحد الفردين - على تقديره - ناش عن الشك في وجود الفرد الآخر من الأوّل و عدمه،

ومنها: أنّ الشك ليس في المقتضي حتى لا يجري فيه الاستصحاب على مبنى المصنف، بل في رافعيّة الموجود وهو الرجوع، حيث إنّ الملكية من الأمور الاعتبارية التي لها في حدّ ذاتها اقتضاء الدوام والاستمرار، فليست الملكية الجائزة كالنكاح المنقطع الذي لا استمرار فيه، بل يرتفع بنفس مضيّ زمانه وأمدّه. وهذا بخلاف الملك، فإنّ زواله منوط بطروء زماني كرجوع المالك الأصلي، فلا يكون الشك في الملكية شكًا في المقتضي، بل من الشك في وجود الرفع ورافعيّة الموجود.

فيندفع بهذا البيان ما في حاشية المحقق الخراساني قدّس سرّه من «عدم كفاية استصحاب القدر المشترك، لكونه من الشك في المقتضي الذي لا يكون الاستصحاب حجّة فيه» (1).

ووجه الاندفاع ظاهر مما ذكرنا.

ومنها: أنّ المقصود من استصحاب القدر المشترك هو عدم تأثير الرجوع في زوال الملكية، وليس هو من آثار القدر المشترك بين الملك اللازم والجائز، بل من آثار خصوص الأول، فلا تصح دعوى كفاية تحقق القدر المشترك.

ومحصل دفعه منع كون المقصود ذلك، بل المقصود من استصحاب القدر المشترك إثبات صرف الملك، وعدم تأثير الرجوع في زواله لازم عقلي له، ولا ضير فيه بعد كون المستصحب حكما شرعيا، كوجوب الإطاعة عقلا المترتب على الوجوب والحرمة الثابتين شرعا بالاستصحاب.

وإذا كان الأصل عدمه فلا يبقى بعد ذلك شكّ في الوجود، بل ينبغي أن يبنى على العدم» (2).

وما أفاده- من موضوعية نفس الوجود للأثر الشرعي دون خصوصية الحدوث والبقاء- وإن كان متينا، إلا أنّ في استصحاب الكلّي يكون أصل حدوثة متيقنا، وإنّما يتمحض

(1): حاشية المكاسب، ص 13.

(2) حاشية المكاسب، ص 73.

الشك في ناحية استمرار وجوده المعبر عنه بالبقاء، والإهمال في المتيقن والمشكوك غير معقول. وعليه يتجه كلام الشيخ هنا من أن بقاء الكلّي - بعد طروء مزيل أحد الفردين - من لوازم كون الحادث الفرد الطويل، وارتفاعه أثر وجوده بوجود الفرد القصير، ولا أصل يحرز به خصوصية الحادث. فيجري في الكلّي بلا مانع.

هذا مضافا الى: ما في تعبيره بعليّة وجود الفرد لوجود الكلّي وعدمه لعدمه من المسامحة، لاقتضاء العليّة والسببية للاثنينية والتعدد، مع أنّه لا اثنينية بين الكلّي الطبيعي ومصدّقه، فزيد هو الإنسان، لا أنّ وجود النوع معلول وجود الفرد، كالإحراق المسبب عن وجود النار.

وإلى: أنّ الشك في بقاء الكلّي وارتفاعه لم يتسبب عن الشك في حدوث الفرد حتى تتجه حكومة أصالة عدم حدوث الفرد الطويل على أصالة بقاء الجامع، بل يتسبب عن الشك في بقاء الفرد الحادث وارتفاعه. هذا مع الغض عن اعتبار التسبب الشرعي في حكومة الأصل السببي على المسببي.

ومنها: ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه من منع صغروية المقام لاستصحاب الكلّي، وبيانه: أنّه يعتبر في جريان استصحاب الكلّي تنوّعه بنوعين أو أكثر مع الغضّ عن تعبد الشارع بالبقاء، كالحدث المرّدّد بين الأصغر والأكبر، والحيوان المرّدّد بين طويل العمر وقصيره، فيجري استصحاب القدر المشترك عند اليقين بنقض عدمه المحمولي بوجوده كذلك والشك في بقائه، فيتعبد ببقاء ما يكون له في حد ذاته استعداد البقاء.

وهذا بخلاف المقام، فإنّ تنوّع الملكية بنوعي الجواز واللزوم يستند إلى حكم الشارع ببقاء العلقّة بعد الفسخ والرجوع تارة، وبزوالها أخرى. ولا حقيقة لهاتين الحصّتين مع الغض عن التعبد الشرعي كما كان الأمر في الحدث والحيوان ونحوهما من الطبائع ذوات الأنواع.

وبعبارة أخرى: الحكم ببقاء الملكية وارتفاعها مأخوذ في عقد الحمل، لا- الوضع، مع أنّ المعتمد في استصحاب القسم الثاني كون الموضوع بنفسه قدرا مشتركا بين نوعين، سواء

حكم عليه بالبقاء و الارتقاء أم لا .

ثم قال مقرر بحثه الشريف: «وإلى هذه الدقيقة أشار بقوله: فتأمل» (1).

ويظهر من موضع آخر من كلامه: أنّ جهة الإشكال في استصحاب الملكية هنا هي: أنّه يعتبر في استصحاب الكلي موضوعيته بنفسه للأثر غير ما يترتب على الخصوصية، فلو أريد ترتيب أثرها على استصحاب الجامع لم يجر لأجل الإثبات (2).

أقول: ما أفاده «قدس الله نفسه الزكية» من ضابط جريان الاستصحاب في القدر المشترك ممّا لا غبار عليه، فيعتبر وجود الطبيعة المتنوعة- بنفسها- بنوعين أو أكثر، مع قطع النظر عن حكم الشرع والعقلاء، ويعتبر أن يكون لها أثر غير أثر الفرد.

لكن الكلام كله في أنّ اللزوم والجواز هل هما نوعان من الملك أم حكمان مترتبان على موضوع بسيط، وهما خارجان عن حريمه حقيقة؟ وكلماته قدس سرّه هنا لا تخلو من تشويش فقد صرح تارة «بأنّ اللزوم والجواز نوعان من الملك متباينان بتمام هويتهما» وأخرى بأنّ الملك يتنوّع بالحكم، حيث قال: «فإنّ تنوعه بنوعين ليس باختلاف السبب المملّك ولا باختلاف حقيقة و ماهيته من غير جهة أنّ أحدهما يرتفع بالفسخ، والآخر لا يرتفع».

فبناء على كلامه الأوّل ينهدم أصل الإشكال في استصحاب جامع الملك، وذلك لكون الملكية كالحيوان والحدث في أنّ لكلّ منهما نوعين متباينين، وإن كان في الجمع بين النوعين و «التباين بتمام الهوية» مسامحة، إذ ليست الأنواع متباينة بتمام الهوية للمتوّع، كما لا يخفى.

وبناء على كلامه الآخر يتجه الاشكال لو تمّ في نفسه، إذ لو كان اللزوم والجواز مأخوذين شرعا في عقد الحمل تعيّن أن يكون الموضوع ذات الملك، و حينئذ يستحيل تنوّعه بلحاظ حكمه، وذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: تأخر كل حكم عن موضوعه رتبة تأخر المعلول عن علته.

(1): المكاسب و البيع، ج 1، ص 172 و 173.

(2) المصدر، ص 167.

بأن (1) انقسام الملك الى المتزلزل والمستقرّ ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما

(1) هذا هو الجواب الثاني من وجهي دفع الاشكال، و حاصله: منع انقسام الملك الى قسمين و تنوّعه بنوعين حتى يكون كل من المتزلزل والمستقر فردا لطبيعة الملك كي يجري الاستصحاب في تلك الطبيعة التي هي القدر المشترك بينهما. وعلى هذا فلا كليّ هنا حتى يجري فيه الاستصحاب، بل يجري في الشخص، و هو الملكية التي هي إضافة خاصة بين المالك و المملوك، فالزلزل و الاستقرار ينشأان- من حكم الشارع على الملك بزواله برجوع المالك الأصلي في بعض الموارد، و ببقائه و عدم زواله برجوع المالك الأصلي في بعضها الآخر.

فاللزوم و الجواز حكمان للملك، و ليسا منوّعين له، بل هما من أحكام السبب المملّك لا من خصوصيات المسبّب و هو الملك.

و ثانيهما: أنّ منوّع الطبيعة يكون في رتبة المتنوّع، لا متأخرا عنه، كتنوّع الكلمة إلى أنواعها الثلاثة: الاسم و الفعل و الحرف، فإنّ المتنوّع و هي هذه الأنواع في رتبة ذات المتنوّع و هي الكلمة.

و عليه فلو كان اللزوم و الجواز حكمين مترتبين على الملك لزم أن يكون تنوّع الملك بهما من باب تنوع الموضوع بحكمه المتأخر عنه.

نعم إن أريد من التنوع ما يكون في رتبة الأثر مسامحة لا حقيقة كان صحيحا، حيث إنّ الموضوع يتنوّع بحكمه، لكن هذا المقدار غير قادح في استصحاب الجامع.

و المتحصل: أنّ حمل الأمر بالتأمل على ما أفاده السيد الطباطبائي و المحقق الخراساني و المحقق النائيني قدّس سرّهم لا يخلو من خفاء. و لعلّ الأولى حملة على الإمعان في المطلب، و سلامته عن إشكالات استصحاب القسم الثاني المذكورة في علم الأصول.

و هذا لا ينافي إصرار المصنف قدّس سرّه على أنّ اللزوم و الجواز حكمان شرعيان، و الملكية حقيقة بسيطة لا تعدد فيها.

وجه عدم المنافاة: أنّ إجراء الاستصحاب في القدر المشترك يكون من باب التنزل و تسليم تعدّد الملك اللازم و الجائر حقيقة بالنوع أو بالفرد أو بالمرتبة كما سيأتي بيانه عن قريب.

هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال الرجوع (1) المالك الأصلي.

و منشأ هذا (2) الاختلاف حقيقة السبب المملّك، لا اختلاف حقيقة الملك، فجاوز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب (3)، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب (4) [1].

---

و الحاصل: أنّه بعد كون الجواز و اللزوم من أحكام الملك- لا من خصوصيات نفس الملك- لا جامع بينهما حتى يجري فيه استصحاب الكلّي، بل الجاري فيه هو استصحاب الشخص.

هذا كله بحسب الدعوى، و قد استدّل عليه بوجهين سيأتي بيانهما.

(1) متعلق ب «زوال» و ضميرا «حقيقته عليه» راجعان الى الملك.

(2) يعني: اختلاف حكم الشارع بجواز الرجوع و عدمه.

(3) كالبيع و الهبة و غيرهما من الأسباب المملّكة.

(4) و هو الملك، فلا يكون اللزوم و الجواز من الخصوصيات الدخيلة في حقيقة الملك.

---

[1] أورد المحقق الخراساني قدّس سرّه عليه بما لفظه: «لو كان الجواز و اللزوم هاهنا بمعنى جواز فسخ المعاملة و عدمه كما في باب الخيار فلا شبهة في كونهما من أحكام الأسباب. و أمّا لو كانا بمعنى تراذّ العينين و تملك ما انتقل عنه و عدمه بلا توسط فسخ المعاملة- كما في الهبة- على ما صرّح به في الملزمات، فهما من أحكام المسببات لا محالة، و اختلافها فيهما كاشف عن اختلافها في الخصوصيات المختلفة في اقتضاء الجواز و اللزوم لتلا يلزم الجزاف في أحكام الحكيم تعالى شأنه، و إن كان اختلافها فيهما ناشئا من اختلاف الأسباب ذاتا أو عرضا» (1).

و محصله: أن إبطال أثر العقد قد يكون بفسخه أو بإقالة أحدهما للآخر فمقتضاه كون اللزوم و الجواز من أحكام السبب، و قد يكون باسترداد العين كما في الهبة أو بتراد العينين كما في المعاطة، فيكونان من أحكام نفس الملك، كما أفاده المصنف في الملزمات. و حينئذ يكون اختلافهما كاشفا عن وجود خصوصية في كل منهما غير ما في الآخر، و هذا المقدار كاف في

---

(1): حاشية المكاسب، ص 13.

اختلاف الأحكام، وإن لم يكن اختلافهما بالحقيقة و الماهية. و عليه يشكل استصحاب الشخص، و يتعين إجراؤه في القدر المشترك، هذا.

لكن يمكن أن يقال أولاً: إن مقتضى استدلال المصنف قدس سره على أصالة اللزوم في الملك بما سيأتي من آية وجوب الوفاء و أخبار خيار المجلس هو خروج اللزوم و الجواز عن حقيقة الملك و كونهما من أحكام السبب المملّك. فالفسخ و الإقالة يتعلّقان بنفس السبب كتعلق الإمضاء به. و هذا لا ينافي ما سيأتي منه في الملزمات من أنّ المعاطاة- مع قطع النظر عن أصالة اللزوم- تكون جائزة بالإجماع قبل تلف العينين، و لَمَّا كان دليلاً لبيّنا و جب الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو تعلق الجواز بالتراد المنوط ببقاء كلتا العينين بحالهما، و من المعلوم أنّ رفع اليد عن أصالة اللزوم في الأسباب المملّكة- بالإجماع على عدم لزوم المعاطاة قبل التلف- لا يدلّ على كون جواز التراد من خصوصيات نفس الملك لا السبب المملّك.

نعم جواز استرداد العين الموهوبة ابتداء قبل فسخ العقد قد يكون شاهداً على اختلاف الملك الحاصل في الهبة الجائزة و اللازمة سنخاً أو مرتبة.

و ثانياً: أنّ اللزوم و الجواز سواء استفيدا من نحو قول الشارع: «البيع لازم و غير لازم» أم من مثل قوله: «يجوز ترادّ العينين و لا يجوز» يكونان من أحكام الملك، و ينشأان من اختلاف الأسباب، لما فيها من الخصوصيات المقومة للسبب المنوّعة له أنواعاً مختلفة الحقيقة، المقتضية للزوم تارة و للجواز أخرى، و لهما معاً في وقتين كالبيع الخياري الجائز في مدة الخيار، و اللازم في غيرها، و الهبة للأجنبي المقتضية للجواز قبل التصرف، و للزوم بعده.

و لو كانا من الخصوصيات الموجبة لتنوّع الملك لزم تغاير الملكية في البيع في زمان الخيار للملكية فيما بعده، نظير تغاير زيد و عمرو، كما أنّ ذلك شأن الأفراد، فإنّها و إن اندرجت تحت حقيقة واحدة لكنها متباينات، لا تمتنع صدق كل منها على الآخر، فلو بني على مغايرة الملك اللازم للجائز- كمغايرة زيد لعمرو- لزم انعدام الملك الحادث أولاً، و حدوث ملك آخر، و هو كما ترى، إذ لا إنشاء غير الإنشاء الأوّل الموجب لحدوث الملكية، فإن كانت جائزة



و يدل عليه (1)- مع (2) أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من

---

(1) أي: و يدلّ على كون الجواز و اللزوم من أحكام الملك لا من الخصوصيات المتنوعة له .. إلخ.

(2) ظاهره- بمقتضى السياق- كونه دليلا على أنّ اللزوم و الجواز من أحكام الملك، لا من الخصوصيات الدخيلة في حقيقته، لكن من البديهي عدم إرادة ذلك، لأنّ غرضه قدس سرّه عدم الحاجة الى إقامة الدليل على كون اللزوم و الجواز من أحكام السبب لا- من الخصوصيات الدخيلة في المسبب و هو الملك.

وجه عدم الحاجة إلى ذلك: عدم توقف صحة الاستصحاب المزبور- و هو استصحاب الملك- على إحراز كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك لا- من خصوصياته المتنوعة له، لأنّ الاستصحاب المزبور يجري، و يثبت اللزوم، و لو مع الشك في كون اللزوم و الجواز من خصوصيات نفس الملك حتى يكون المستصحب كلياً، أو من أحكام الملك حتى يكون شخصياً.

و الوجه في جريان استصحاب الملكية مع هذا الشك هو: أنّه بناء على كون الإشكال في جريان استصحاب الكلي حكومة الأصل السببي يكون الشك هنا في وجود المانع عن استصحاب الملكية، إذ لو كان المستصحب كلياً فالمانع موجود، و إن كان شخصياً فلا مانع، فمرجع الشك حينئذ إلى الشك في وجود المانع و هو الأصل الحاكم و عدمه. و عليه لا مانع من جريان استصحاب الملكية.

و بالجملة: بناء على المنع عن جريان استصحاب الكلي- لأجل حكومة الأصل السببي

---

تصير لازمة بانقضاء زمان الخيار مثلاً.

و عليه فما أفاده المصنف في المتن «من إرجاع الاختلاف بين الملك اللازم و الجائز إلى الأسباب و وحدة حقيقته في جميع الموارد» سليم عن الاشكال، و سيأتي مزيد بيان له إن شاء الله تعالى.

ص: 494

عليه- لا- مانع من جريان استصحاب الملكية في المقام، لكون الشك في وجود المانع عن جريانه، حيث إنّه لو كان اللزوم والجواز من خصوصيات الملك لا من أحكامه لم يجر الاستصحاب، لكون المستصحب حينئذ كلياً، والأصل الحاكم عليه موجود. وإن كان من أحكامه فالمستصحب شخصي، والاستصحاب جار فيه، فمرجع الشك حينئذ إلى وجود المانع وهو الأصل الحاكم وعدمه، وما لم يحرز وجود الحاكم يجري الأصل المحكوم، فلا مانع من جريان استصحاب الملكية، فلا يتوقف جريان استصحاب الملكية على إحراز كون اللزوم والجواز من أحكام الملك، لا من خصوصياته المتنوعة له [1].

هذا توضيح ما أفاده المصنف قدس سرّه.

ومنّه يظهر أن قوله: «مع أنّه يكفي في الاستصحاب» إشارة إلى تقريب ثالث لاستصحاب الملك الحاصل بالمعاطة، سواء أحرز كون المستصحب شخصياً أم كلياً، أم شك في شخصيته وكليته، وكان المناسب تأخيره عمّا هو بصده فعلاً من الاستدلال على أنّ الملك الحاصل بالعقد واحد شخصي، ويرجع تزلزله واستقراره إلى السبب المملّك.

[1] نعم بناء على كون الإشكال في استصحاب الكلي مغايرة القضية المتيقنة للمشكوكه أتجه عدم جريان استصحاب الملكية إذا لم يحرز كون اللزوم والجواز من أحكام الملك أو من خصوصياته المتنوعة له، لأنّه مع هذا الشك لا يحرز العنوان المأخوذ في أدلة الاستصحاب، إذ المستصحب إن كان كلياً لم ينطبق عليه نقض اليقين بالشك، لمغايرة القضية المشكوكه للمتيقنة، فلا يصدق عليه الإبقاء ولا النقض. وإن كان شخصياً انطبق عليه ذلك.

و مع الشك في انطباقه لا يجوز التمسك بعموم دليل الاستصحاب، فإنّ إحراز موضوع الدليل شرط عقلاً لجواز التمسك به.

و إلى هذا ينظر ما أفاده سيدنا الأستاذ قدس سرّه من الاشكال على هذا الاستصحاب بقوله: «إذ مع الشك المذكور لا يحرز اجتماع ركني الاستصحاب اللذين هما شرط في جريانه، و مع عدم

---

إحراز ذلك لا مجال للتمسك بدليله، لعدم جواز التمسك بالعام ما لم يحرز عنوان موضوعه» (1).

فإنّ قوله قدّس سرّه: «إذ مع الشك» قرينة على إرادة الإشكال الأوّل على استصحاب الكلّي، وهو مغايرة القضية المتيقنة للمشكوكة، لعدم تطرق هذا التعليل في المقام بناء على الإشكال الثاني وهو حكومة الأصل السببي على المسببي كما هو ظاهر.

ويظهر مما ذكرنا غموض ما في تقرير المحقق النائيني قدّس سرّه في جريان الاستصحاب هنا من: أنّ المورد وإن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، إلّا أنّه لا بأس به في المقام، بدهاء أنّ المانع عن جريان الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي هو حكم العقل، حيث إنّ لم يتم دليل لفظي على تخصيص عموم - لا تنقض - وإخراج استصحاب الكلّي عن حيّزه، فمع الشك في كون المستصحب كلياً أو شخصياً يجري الاستصحاب، للزوم الاقتصار في تخصيص العام بالمخصص اللّبي على الأفراد المتيقنة، و التمسك في غيرها بعموم العام، ففي المقام لا مانع من التمسك بالاستصحاب مع الشك في كون الملك كلياً أو شخصياً (2).

انتهى ملخص كلامه على ما تقرير بعض أجلة تلامذته قدّس سرّهما.

وجه الغموض: أنّه - بعد البناء على صحة المبنى وهو جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية في المخصص اللّبي - يكون مورد البحث فيه ما إذا أحرز عنوان العام وكان الشك في اندراجه تحت الخاص وعدمه لشبهة خارجية، كتردد اليد الموضوعية على مال الغير بين العادية والأمانية، وكالماء المرّد بين كونه معتصماً وغير معتصم، وهكذا سائر الموارد التي أحرز كونها من مصاديق العام وشك في دخولها تحت الخاص. وكالشك في إيمان شخص من بني أميّة مثلاً، فإنّ عنوان العام وهو كونه من بني أميّة معلوم، والشك إنّما هو في كونه مؤمناً ليحرم لعنه، وعدمه حتى يجوز لعنة.

فحينئذ يقال: إنّ تخصيص عموم «لعن الله بني أميّة» بمن علم إيمانه منهم معلوم، وأمّا

---

(1): نهج الفقاهة، ص 44.

(2) المكاسب والبيع، ج 1، ص 173 و 174.

من شك في إيمانه منهم فخروجه عنهم غير معلوم، فظهور العام فيه لم تتلهم حجيته، فيتمسك به، فيقال بجواز لعنه.

وأما إذا لم يحرز عنوان العام، فلا وجه للتمسك به، كالمقام، فإنه بناء على أن يكون الملك كلياً لا يندرج تحت عموم أدلة الاستصحاب، لو كان إشكال استصحاب الكلي عدم وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة، نعم بناء على كون إشكاله حكومة الأصل السببي لا مانع من جريانه، لأنه ما لم يحرز الأصل الحاكم يجري الأصل المحكوم.

ثم إن السيد قدس سره أفاد: «أنه لا حاجة الى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل فيه بما ذكر، بل يكفي استصحاب الفرد الواقعي المرّد بين الفردين، و لا- يقدح تردده بحسب علمنا في تيقن وجوده سابقاً، و المفروض كون الأثر الثابت للقدر المشترك أثراً لكل من الفردين، فيمكن ترتيبه باستصحاب الشخص الواقعي المعلوم سابقاً، كما في القسم الأول من أقسام الاستصحاب الكلي، و هو ما إذا علم بوجود الكلي في ضمن فرد معيّن، فشك في بقائه، حيث إنه حكم فيه بجواز استصحاب كل من الكلي و الفرد» انتهى ملخصاً «1».

وفيه: أنه إن أريد بالشخص العلم بتشخصه فهو ممنوع، لا تمتاع العلم بتشخصه مع فرض تردده بين شخصين.

وبالجملة: لا يعقل العلم بالشخص الحقيقي الواقعي الخارجي مع تردده بين فردين.

وإن أريد بالمررد ما هو مررد واقعا، ففيه: أنه لا- يعقل وجوده بوصف كونه مرردا، فإنّ الموجود في أيّ وعاء من أوعية الوجود متشخص بمشخصات وجودية توجب تعيينه، و يمتنع حينئذ تردده.

وإن أريد بالفرد المرّد المرّد عندنا و المعيّن في الواقع ليرجع الى العلم الإجمالي بأحدهما ففيه: أنه عين الكلي، إذ مع الغض عن الخصوصيات المفردة يكون متعلق العلم نفس الكلي.

فالمتحصل: أنه لا معنى لاستصحاب الفرد المررد، لأنه على المعنى الصحيح ليس إلا الكلي. وقد تعرضنا في بحث الاستصحاب لشطر مما يتعلق باستصحاب الفرد المرّد، فراجع «2».

---

(1): حاشية المكاسب، ص 73.

(2) منتهى الدراية، ج 7، ص 381 الى 388.

خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملّك. و مع أنّ المحسوس (1) بالوجدان أنّ إنشاء (2) الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد- أنّ (3) اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإمّا أن يكون تخصيص القدر المشترك

(1) قد تقدم في توضيح قوله: «لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب» الإشارة إلى:

أنّه قدس سرّه استدلل بدليلين على مدعاه من أنّ الملكية في جميع الموارد حقيقة واحدة، و أنّ اللزوم و الجواز غير منوّعين لها، بل هما حكمان شرعيان عارضان عليها، و لا يتنوع الموضوع بحكمه المتأخر عنه.

و ما أفاده بقوله: «مع أنّ المحسوس» هو الدليل الأوّل على هذه الدعوى، بتقريب: أنّ الملكية المنشئة في الهبة اللازمة- التي يكون الملك فيها لازما- و الملكية المنشئة في غير الهبة اللازمة من العقود الجائزة كالهبة للأجنبي تكونان على نهج واحد، فليس المنشأ في العقود اللازمة و الجائزة إلا إضافة الملكية التي هي أمر بسيط شخصي، و إنّما الشارع حكم في هبة ذي الرحم باللزوم، و في هبة الأجنبي بجواز الرجوع.

و عليه فلا يوجب الحكم باللزوم تارة و بالجواز أخرى تنوّعا في حقيقة الملك حتى يصير الملك اللازم حقيقة مباينة للملك الجائز، بل هما حكمان شرعيان للملك يستندان إلى السبب المملّك.

(2) الأولى أن يقال: الملكية المنشئة في الهبة.

(3) هذا دليل ثان على كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك لا من مقوماته، و محصله:

أنّ اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك كان تخصيص القدر المشترك باللزوم و الجواز- الموجبين لتشخصه- إمّا يجعل المالك، و إمّا يجعل الشارع، و لا ثالث لهما، لأنّهما إن كانا حكمين لموضوعهما فلا بد أن يكون التخصيص وظيفة الشارع، و إن كانا دخيلين في الموضوع فلا بد أن يكونا من فعل المالك، فلا ثالث في البين.

فإن كان الأوّل فلازمه التفصيل في الحكم باللزوم أو الجواز بين صور ثلاث:

إحداها: أن يقصد المالك اللزوم، و يجعله، فيحكم به لا غير.

ياحدى (1) الخصوصيةتين بجعل المالك أو بحكم الشارع.

فان كان الأول (2) كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب (3) قصد الرجوع (4) وقصد عدمه،

ثانيتها: أن يقصد الجواز، ويجعله، فيحكم به دون غيره.

ثالثتها: أن لا يحكم بشيء من اللزوم والجواز فيما إذا لم يجعل المالك شيئاً منهما ولم يقصده، بأن أنشأ الملكية المهملة عن خصوصيتي اللزوم والجواز.

وبالجملية: يدور اللزوم والجواز مدار قصد المالك لهما، فإذا قصد أحدهما حكم به، وإلا فلا يحكم بشيء منهما. وذلك - أي دوران اللزوم والجواز مدار قصد المالك - بديهياً البطلان، ضرورة أنه لا يؤثر قصد المالك في ذلك أصلاً، ولذا لو وهب لأجنبي عينا ولذي رحم أخرى مع الغفلة عن الجواز واللزوم كانت الهبة الأولى جائزة والثانية لازمة، وقصد اللزوم في الأولى يوجب البطلان، لأنه على خلاف تشريع الهبة للأجنبي، وعلى فرض الصحة تكون جائزة.

وكذا الحال إذا قصد الجواز في الثانية، فإنها لا تصح جائزة، بل إما تبطل وإما تصح لازمة.

فالنتيجة: أنه ثبت بالدليلين المتقدمين كون اللزوم والجواز من أحكام الملك.

(1) هذا وقوله: «بجعل» و«بحكم» متعلق ب«تخصيص» يعني: أن تعيين كلي الملك تارة في الجائز وأخرى في اللازم إما يتسبب عن قصد المالك وجعله، وإما يتسبب عن إرادة الشارع وحكمه، ولا ثالث لهما.

(2) أي: كان تخصيص القدر المشترك ياحدى الخصوصيةتين بجعل المالك، وعليه فاسم «كان» ضمير راجع إلى التخصيص.

(3) متعلق ب«المختلفة» أي: كان اختلاف حصول الملك الجائز تارة واللازم أخرى دائراً مدار قصد المملك الرجوع حتى يكون جائزاً، وقصده عدم الرجوع حتى يكون الملك لازماً.

(4) الأولى تبديله بقصد الجواز واللزوم، وكذا قوله: «إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع».

أو عدم قصده (1). وهو (2) بديهي البطلان، إذ (3) لا تأثير لقصده المالك في الرجوع وعدمه.

وإن كان (4) الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده (5) المنشئ، وهو (6) باطل في العقود،

(1) أي: عدم قصد الرجوع، بأن قصد المالك التملك المهمل العاري عن خصوصيتي اللزوم والجواز، فيلزم أن يقع الملك المشترك بينهما، لا خصوص اللازم والجائز. مع أنه بديهي البطلان، إذ الملكية الاعتبارية لا تخلو من أن تقع لازمة أو جائزة، فعدم قصد الخصوصية لا يوجب وقوع الملك الجامع بين الخصوصيتين، وهذا دليل قطعي على بطلان الاحتمال الأول وهو دوران الجواز و اللزوم مدار قصد المالك.

(2) أي: التفصيل بين أقسام الملك - بحسب قصد المالك - باطل بالبداهة، فإنّ الهبة لغير ذي رحم تفيد ملكا متزلزلا سواء قصد الواهب الرجوع في هبته أم لم يقصده، أو قصد عدم الرجوع.

(3) تعليل لبداهة البطلان، وقد عرفته.

(4) معطوف على «فان كان الأول» وهذا هو الشق الثاني من المنفصلة، يعني: إذا كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين مسببا عن حكم الشارع باللزوم تارة وبالجواز أخرى لزم تخلف قاعدة تبعية العقود للقصود، فإذا قصد المالك في الهبة لذي رحم الجواز - لقصده الرجوع، و حكم الشارع بصحة هبته و لزومها - لزم تخلف العقد عن قصد الرجوع، مع وضوح تبعية العقود الصحيحة للقصود.

(5) لأنّ الشارع جعل الملكية اللازمة مع قصد المالك الملكية الجائزة، وبالعكس.

(6) يعني: وإمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ باطل، لما تقدم من أنّ العقود المصححة شرعا تابعة للقصود، يعني: أنّ العقد الصحيح عبارة عن إمضاء الشارع العقد على النحو المقصود للمنشئ، فلا يمكن أن يكون ممضى شرعا مع مخالفته لمقصود المنشئ، فلو قصد اللزوم مثلا لم يصحّ إمضاء الشارع لذلك العقد على وجه الجواز.

وعليه فلا ربط لحكم الشارع- باللزوم والجواز- بقصد المتعاقدين أصلا، إذ لا عبرة بقصدهما في لزوم العقد و جوازه.

فإن قلت: هذا الشق الثاني من المنفصلة ممنوع، لمنع الملازمة بين قوله: «و ان كان الثاني لزم إمضاء .. إلخ» و حينئذ لا سبيل لإحراز كون الملك المنشأ في العقود أمرا بسيطا حتى يرجع الاختلاف باللزوم والجواز إلى التعبد الشرعي، بل يحتمل كون الملك الجائز مغايرا للملك اللازم حقيقة، فلا يتم استصحاب الشخص حينئذ، ولا بد من استصحاب القدر المشترك.

وجه منع الملازمة: أن المصنف قدس سره صرح في مناقشة أول استبعادات كاشف الغطاء قدس سره بأن مورد قاعدة تبعية العقود للقصد هو العقد الصحيح الذي أمضى الشارع ما قصده المتعاقدان، فإن أحرز الإمضاء تعين ترتب الأثر المقصود على العقد، وإن لم يحرز فلا.

وعلى هذا فلمّا كانت المعاطاة معاملة فعلية لم يحرز إمضاؤها شرعا لم يكن بأس بتخلفها عن التمليك اللازم الذي قصده المتعاطيان. فلا مانع من كون الملك طبيعيا جامعا بين اللازم والجائز، ويتوقف حصول كل واحد من النوعين أو الفردين على تعيين الشارع.

ولم يلزم منه مخالفة قاعدة التبعية أصلا، لأنّ هذه القاعدة مخصوصة بالعقود الصحيحة.

ونتيجة ذلك عدم إثبات شخصية الملك حتى يرجع اللزوم والجواز إلى محض التعبد الشرعي.

قلت: بل الملازمة ثابتة، فإنّها مبتنية على مقدمتين مسلمتين:

الأولى: أنّ أصالة اللزوم لا تختص بالمعاملة الفعلية المملّكة، بل تجري في العقد اللفظي المملّك، مثلا لو شكّ في أنّ الملكية المنشئة بعقد السبق و الرماية جائزة يجوز الرجوع فيها قبل إصابة النصل، أو لازمة لا يجوز الرجوع فيها؟ جرى استصحاب شخص الملك الحادث بالعقد، ويحكم بلزومه. ولا ريب في أنّ الملكية المنشئة بالعقد اللفظي حقيقة واحدة لا تعدد فيها بالنوع و المرتبة و الفرد، و يرجع اللزوم و الجواز إلى تأثير السبب المملّك، لا إلى نفس الملك.

الثانية: أنّه ثبت عدم القول بالفصل بين موارد حصول الملك، فسواء كان اللزوم و الجواز من خصوصيات السبب القولي أم من خصوصيات المسبّب- في المعاملة الفعلية-



لما (1) تقدّم (2) أنّ العقود المصحّحة عند الشارع تتبع القصد. وإن أمكن (3) القول بالتخلّف هنا في مسألة المعاوضة بناء على ما ذكرنا سابقا (4) انتصارا للقائل

تجري أصالة اللزوم في الملك، لبنائهم على حجية هذا الأصل في العقود القولية و المعاملات الفعلية، ولما كان المستصحب في العقد اللفظي شخص الملك الحادث بالعقد كان كذلك في السبب الفعلي أيضا.

و نتيجة هاتين المقدمتين: أنّ قاعدة التبعية وإن لم تجر في المعاملة الفعلية كالمعاوضة، إلا أنّ قاعدة اللزوم لا تختص بالمعاوضة، بل تشمل العقود اللفظية المفيدة للملك أيضا، فحينئذ نجري فيها الدليل المزبور، وهو «أنّ اللزوم والجواز إن كانا من خصوصيات الملك بحكم الشارع لزم إمضاء الشارع العقد على غير الوجه الذي أنشأه العاقد، فيلزم تخلف العقد عنه، وهو باطل بالضرورة».

وعليه فإذا ثبت عدم كون اللزوم والجواز في العقود اللفظية من خصوصيات الملك - بحكم الشارع - ثبت عدم كونهما من خصوصيات الملك في العقود الفعلية بحكم الشارع أيضا، لعدم القول بالفصل في حقيقة الملك بين سببها القولي والفعلية، فاللزوم والجواز خارجان عن حقيقة الملك مطلقا من دون فرق بين موارد من العقود اللفظية والفعلية.

(1) تعليل لبطلان الشق الثاني من المنفصلة، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «يعني: إذا كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين .. إلخ».

(2) حيث قال في مناقشة استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّه: فإنّ تبعية العقد للقصد وعدم انفكاكه عنه إنما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد .. إلخ.

(3) غرضه رفع محذور منافاة إمضاء الشارع لقاعدة تبعية العقود للقصد، ومحصل ما أفاده في رفع المنافاة هو: أنّ مورد قاعدة تبعية العقود للقصد هو العقود القولية لا الفعلية، وقد تقدّم توضيحه بقولنا: «فان قلت: هذا الشق الثاني من المنفصلة ممنوع .. إلخ».

(4) عند التعرض لأجوبة استبعادات بعض الأساطين، حيث قال: «أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها .. الى أن قال: أما المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها دليل فلا يحكم

بعدم الملك من (1) منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطين.

لكن (2) الكلام في قاعدة اللزوم في الملك يشمل العقود أيضا (3).

---

بترتب الأثر المقصود عليها».

(1) بيان لقوله: «ما ذكرنا».

(2) هذا جواب قوله: «وإن أمكن القول بالتخلف» و غرضه تصحيح الشق الثاني من المنفصلة المتقدمة، وقد أوضحناه بقولنا: «قلت، بل الملازمة ثابتة .. إلخ».

(3) يعني: كما تشمل المعاملات الفعلية، فقاعدة تبعية العقد للقصد وإن اختصت بالعقود اللفظية، لكن أصالة اللزوم لا تختص بالمعاطة، بل تعمّ العقود اللفظية أيضا [1].

---

[1] فتحصل: أن المستصحب شخص الملك الحادث بالمعاطة، و اللزوم و الجواز حكمان على هذا الموضوع، و لا اختلاف في حقيقته، إذ لو كان فإمّا أن يستند الى قصد المالك أو الى الشارع، و كلاهما ممنوع، لما تقدّم في التوضيح.

لكن قد يشكل بأنّ اختلاف الملك الجائز و اللازم و إن كان مستندا الى السبب المملّك، إلّا أنّه لا ريب في اقتضاء الأسباب المختلفة مسببات كذلك، فعقد الهبة يقتضي ملكا جائزا، و عقد الصلح يقتضي ملكا لازما، و لو لا تفاوت اقتضاء هذين العقدين لم يعقل ترتب أمرين متفاوتين عليهما، لاستحالة تأثير المتباينين أثرا واحدا، و عليه يستكشف اختلاف المسبّب من اختلاف السبب، لامتناع تأثير أسباب مختلفة في مسبّب واحد. و بهذا يشكل استصحاب شخص الملك، إذ لا علم بالخصوصية اللاحقة.

و أجاب المحقق الأصفهاني قدّس سرّه عنه بما توضيحه: أن الأسباب و إن كانت مختلفة، إلّا أنّه لا يلزم تعدد حقيقة المسبب المترتب عليها، و ذلك لأنّ السببين المملّكين بينهما جهة اشتراك، و جهة امتياز، فبالنظر إلى الجهة الأولى يؤثّران في الملك، و إلى الثانية يؤثّران في الحكم باللزوم و الجواز. فالبيع العقدي و المعاطة يؤثّران بجامعهما في تمليك عين بعوض، و خصوصية البيع العقدي - وهي الصيغة الجامعة لشرائط التأثير - تؤثّر في جعل اللزوم،

---

كما تقتضي خصوصية البيع الفعلي جعل الجواز. وبهذا يتجه استصحاب شخص الملك الذي اقتضته الحيثية الجامعة بين السببين «1»، هذا.

لكن يمكن أن يقال: لا يبعد أن يكون مراده قدس سره إمكان تأثير الجامع بين السببين في الملك، و من المعلوم أنّ مجرد إمكان ذلك لا يجدي في استصحاب شخص الملك الحادث المترتب على السببين المختلفين، بل لا بد من إحراز وحدته. فلو شك في كونهما مؤثرين بجامعهما في أصل الملك أو بخصوصيتهما حتى يكون الملك الجائز مغايرا لل لازم لم يتجه التمسك بدليل الاستصحاب لإحراز الشخص، بل هو مندرج في الشك في كون المستصحب الفرد أو الكلّي، وهو التقريب الثالث المتقدم في المتن.

مضافا الى: اختصاص هذا التوجيه بالشبهة الحكمية أعني بها المعاطاة التي يحتمل فيها بقاء الملك بعد الرجوع وعدمه. ويشكل تطبيقه على الشبهة الموضوعية، كما لو تردّد العقد الخارجي بين الهبة والصلح، إذ لا جامع أصيل بين إنشاء التسالم والتمليك المجاني، و سببية العقود أمر واقعي وإن كان اعتباريا، ولا يكفي فيه الجامع الانتزاعي كعنوان المعاملة. مع أنّه سيأتي من المصنف قدس سره التصريح بحجية أصالة اللزوم في الشبهة الموضوعية كالحكمية.

ولعلّ الأولى في حسم مادة الاشكال أن يقال: إن المستصحب شخصي لا كلّي، لأنّ كلية الملكية إمّا أن تكون بالنوع أو بالمرتبة أو بالفرد، والكل ممنوع. فإنّ الملكية العقلائية والشرعية إمّا اعتبار مقولة الجدة، وإمّا اعتبار مقولة الإضافة، وإمّا اعتبار أمر آخر، وعلى كل منها لا مجال للتنوع فيها، لبساطتها.

وأما الاختلاف بالشدّة والضعف فكذلك، لفقدان مناط التشكيك فيها، إذ مناطه أن يكون لحقيقة الشيء عرض عريض كالنور والسواد والبياض ونحوها ممّا يكون بعض مراتبه أشدّ من بعض. وأمّا إذا كان هناك شيان تصدق الطبيعة عليهما على السواء- وإن كان أحدهما باقيا لبقاء علته والآخر زائلا بزوال علته- كان أجنبيا عن الكلّي المشكك، فلا يصح أن

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 33.

يقال: ان زيدا مالك للشيء الكذائي وأملك للآخر، ولا أن الشيء الفلاني مملوك و الآخر أشد مملوكا منه.

مع أنه تقرّر عند أهله اختصاص الشدة والضعف بالحركة، والأمور الاعتبارية أجنبية عن الاشتداد والضعف المخصوصين بالمقولة الواقعية كالكيف. وعليه فليست الملكية اللازمة مرتبة قوية والجائزة ضعيفة.

وأما الاختلاف الفردي بأن يكون الملك اللازم والجائز فردين لطبيعة نوعية واحدة كزيد وعمرو، فممنوع أيضا، ضرورة أن الملكية المنشئة بالعقد الخياري أو بالهبة الجائزة تصير بنفسها لازمة بانقضاء الخيار أو بتصرف المتهم، لا أن الملكية الجائزة تنعدم ويحدث فرد آخر، أو تنقلب إليه. لاستحالة كليهما.

أما انعدام فرد و حدوث آخر فلتتوقف الحدوث على الإنشاء سواء قلنا بالتسبب أم بالموضوع والحكم، والمفروض عدم حدوث إنشاء آخر غير العقد الخياري أو العقد الجائز.

وأما الانقلاب فلما قيل من استحالة انقلاب الموجود عمّا هو عليه.

وبالجملة: فالبرهان يقتضي الالتزام بكون الملكية المنشئة حقيقة واحدة في السبب المفيد للجواز واللزوم، فيحكم عليها في برهنة بالجواز، وفي أخرى باللزوم.

بل هذا هو مقتضى مقام الإثبات أيضا، فإنّ قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا افترقا وجب البيع» ظاهر في صيرورة نفس البيع الجائز لازما بالتفرق عن مجلس المعاملة، لا حدوث فرد آخر أو مرتبة أخرى.

هذا كله في امتناع تعدد الملكية الاعتبارية في نفسها.

وأما احتمال كون اللزوم والجواز موجبين للتعدد النوعي أو الصنفي أو الفردي، فيدفعه: أنّ هذا الاختلاف ليس بذاته مع الغصّ عن الأسباب المملّكة، بل بملاحظتها، بدهاءة اختلاف الأسباب في اقتضاء اللزوم والجواز عند العقلاء، فإنّ العقد عندهم على قسمين لازم و جائز، فالملك يتبع سببه أيضا كذلك.

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ العقد اللازم إمّا سبب قهريّ للملك اللازم وواسطة ثبوتية له، بأن ينسب اللزوم إلى الملك حقيقة، وإمّا واسطة عروضية له بحيث ينسب اللزوم إلى العقد أولاً- وبالذات وإلى الملك ثانياً وبالعرض. لا سبيل إلى الأول كما ثبت في محله من امتناع السببية الحقيقية للأسباب العقلانية والتشريعية، فيتعين الثاني وهو الوساطة العروضية، وكون اتصاف الملك باللزوم والجواز بالعرض والمجاز، ومن المعلوم أنّه لا يوجب الاختلاف نوعاً أو صنفاً أو شخصاً.

فتحصل من جميع ما ذكرنا: أنّ استصحاب الملك شخصي، ولا إشكال فيه، وليس كلياً.

وقد ظهر مما بيّنا ضعف الاستدلال لاختلاف المسببات بسبب اختلاف الأسباب.

وكذا ضعف الاستدلال («بأنّ اختلاف الأسباب لو لم يكن موجبا لاختلاف المسببات لا يقتضي اختلاف الأحكام») وذلك لأنّه إن أريد باختلاف الأحكام اختلاف أحكام الأسباب، فهو لا يقتضي إلاّ اختلاف الأسباب، لا اختلاف المسببات.

وإن أريد به اختلاف أحكام المسببات- مع كون المقصود بالأحكام اللزوم والجواز- ففيه: أنّه مصادرة.

وإن أريد به كشف الأسباب المختلفة عن المسببات المختلفة، ففيه: أنّه غير صحيح، لما عرفت من عدم السببية الحقيقية في الأسباب العقلانية والتشريعية. هذا.

ثم إنّ بناء على كون الملك كلياً، وأنّ اللزوم الجواز من الخصوصيات المنوّعة له يشكل جريان الاستصحاب فيه، لا لأجل الإشكالات التي أوردوها على استصحاب الكلي في الأصول، لأنّها واضحة الدفع، بل لأجل عدم وجود للجامع بين الأفراد الذي هو موضوع الأثر، إذ الموجود في كل فرد حصّة من الكلي متخصصة بخصوصية مباينة لخصوصية أخرى مخصصة لحصّة أخرى من الطبيعة، فلا يصدق شيء من الحصص الموجودة على الأخرى، لمباينتها لها، ومع عدم وجود الجامع كيف يصح استصحابه؟ فحينئذ يصعب جريان استصحاب الكلي وينحصر في الشخصي، فتدبر.

ويمكن دفعه بأن يقال: إنّ موضوع الحكم إن كان وجود الكلي بحده الجنسي

وبالجملة (1): فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد (2) شك في لزومه شرعا.

وكذا (3) لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائر كالصلح من

---

(1) هذه خلاصة ما حققه المصنف قدس سره في جريان استصحاب الملك في الشبهة الحكمية- عند الشك في لزومه و جوازه- بتقريب ثلاثة تقدمت مفصلاً.

(2) مملك، لا كل عقد و لو غير مملك أيضا، ولذا لا تجري قاعدة اللزوم في العقد المرّد بين كونه قرضا و بين كونه وديعة، لعدم إحراز أصل الملك حتى تجري أصالة اللزوم في الشك في اللزوم و الجواز كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في جريان أصالة اللزوم في الشبهة الحكمية التي هي المقصد الأصلي من عقد البحث، إذ الغرض المهم في المقام هو إثبات ترتب الملك اللازم على المعاطاة بعد الفراغ عن ترتب أصل الملك عليها. وسيأتي لهذا الأصل تنمة في جريانه في الشبهة الموضوعية إن شاء الله تعالى.

(3) هذا إشارة إلى حجية أصالة اللزوم في الشبهة الموضوعية كالحكمية. و كلامه قدس سره يتضمن جهتين من البحث:

إحدهما: بيان الحكم الكلّي، أي ما يفتي به الفقيه في كل مورد تردّد العقد الخارجي

---

لا الفصلّي فالمعلوم هو نفس الجنس، و لا مانع من استصحابه و إن كان الجنس لا يوجد إلا بالفصل، لكن لما لم يكن الفصل ملحوظا في مقام موضوعية الجنس فيصح أن يقال: إنّ الكلّي علم بوجوده و شك في بقائه، فيستصحب.

و هذا نظير الحدث الذي هو موضوع لحرمة مسّ الكتاب العزيز فإذا علم بحدث مرّد بين الأصغر و الأكبر جاز استصحابه، فالمراد باستصحاب الكلّي هو استصحاب الجنس المعلوم وجوده في ضمن فصل. إلا أن الفصل لعدم دخله في موضوع الحكم غير ملحوظ حال الشك في بقاء الكلّي، فإذا كانت الخصوصية الفصلية أو الفردية دخيلة في موضوع الحكم و ترددت بين الخصوصيتين لا يجري استصحاب الجامع، لكونه مثبتا، بدهة مثبتية الأصل الجاري في الكلّي لإثبات أحد الفردين أو كليهما، بل يعامل معه معاملة العلم الإجمالي بوجود موضوع ذي حكم مرّد بين موضوعين، فيحتاط بالجمع بين كلتا الوظيفتين.

دون عوض، و الهبة (1).

نعم (2) لو تداعيا احتمل

المملّك بين كونه مفيدا للزوم و الجواز، كما لو شك في أنّ المنشأ صلح على هذه العين بلا عوض حتى يكون العقد لازما، أم هبة حتى يكون العقد جائزا يصح فيه الرجوع؟ فيبني على لزوم العقد باستصحاب الملك، وإن لم يترتب عليه أحكام عقد الصلح، لقصور الأصل الجاري في الجامع بين الخصوصيتين عن إثبات خصوصية الحادث. و الظاهر أنّ المستصحب هنا هو الكلّي لا شخص الملك.

ثانيتها: بيان حكم ترفع المتعاقدين، و ادّعاء أحدهما وقوع عقد لازم، و الآخر وقوع عقد جائز حتى يصح معه الرجوع. و الحكم هنا يبتني على ما هو المذكور في كتاب القضاء من أنّ العبرة بالغرض من الترافع أم بمصّب النزاع؟ و سيأتي بيان حكم هذه الصورة.

(1) أي: هبة غير ذي رحم، و إلا كان العقد الواقع لازما على كل حال، لكون الصلح لازما.

فتحصل: أنّ أصالة اللزوم تجري في الملك مطلقا من غير فرق بين كونه ناشئا من العقود اللفظية و الفعلية، فإنّ للملك حقيقة واحدة في جميع العقود.

(2) استدراك على قوله: «و كذا لو شك .. إلخ» و هذا إشارة إلى الجهة الثانية مما تعرض له في الشبهة الموضوعية، يعني: أنّ مقتضى أصالة اللزوم- مع شك كلّ من المتعاقدين في كون الواقع عقدا لازما أو جائزا- هو البناء على اللزوم، و عدم تأثير رجوع المالك الأصلي في الفسخ لكنه في صورة الاختلاف و الترافع هو التحالف، كما لو ادّعى أحدهما العلم باللزوم لكون العقد الواقع صلحا، و ادعى الآخر العلم بالجواز و أنّه هبة.

توضيحه: أنّه تارة يكون الغرض من الدعوى تعيين خصوصية السبب الواقع، و أنّه صلح أو هبة، و أخرى يكون الغرض بقاء الملك بالرجوع و عدمه.

ففي الصورة الأولى يرجع الى التحالف، لعدم أصل يقتضي تعيين العقد الواقع، و قول كلّ منهما مخالف للأصل، فكلّ منهما مدّع لشيء ينكره الآخر، فينطبق على هذه الصورة ضابطة التحالف التي هي ادّعاء كلّ من المتداعيين على الآخر ما ينفيه الآخر، بدون الاتفاق على أمر واحد، كما في الحدائق التصريح به «1».

(1): الحدائق الناظرة، ج 19، ص 197.

ص: 508

التحالف (1) في الجملة (2).

### [الدليل الثاني: حديث السلطنة]

ويدل (3) على اللزوم - مضافا إلى ما ذكر (4) - عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ [قولهم]:

«الناس مسلّطون على أموالهم (5)» «(1)»

وإن شئت فقل: إن قول كلّ منهما موافق للأصل من جهة و مخالف له من جهة أخرى.

وفي الصورة الثانية يقدّم قول من يدّعي انتفاء الملكيّة بالرجوع، لمخالفة قوله لقاعدة اللزوم.

(1) ويقابل هذا الاحتمال ما عن المشهور من احتمال كون اليمين على مدّعي الجواز، وإن كانت صورة الدعوى تعيين العقد. وهذا وجهه، لأنّ المدار في المرافعات على أغراض المترافعين ونتيجة دعواهم، ومن المعلوم أنّه لا أثر لتعيين العقد إلا ما يترتب عليه من الأثر وهو اللزوم أو الجواز.

وما عن الجواهر من «احتمال التحالف مطلقا سواء أكانت صورة الدعوى تعيين العقد أم الجواز و اللزوم» لا يخلو من غموض. و التفصيل في محله.

(2) وهو الصورة الأولى، وهي كون الغرض تعيين العقد الواقع.

الدليل الثاني: حديث السلطنة

(3) هذا هو الدليل الثاني على أصالة اللزوم، وهذا وما بعده من عمومات الكتاب و السنة تدل على أصالة اللزوم في الملك بما أنّها أصل لفظي لا عملي، ولذا كان الأنسب تقديم هذه الأدلة السبعة على ما ذكره من الاستصحاب كما لا يخفى وجهه.

(4) وهو أصالة اللزوم في الملك.

(5) هذا تقريب الاستدلال بالحديث الشريف النبوي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على أصالة اللزوم في الملك بالإطلاق.

و محصّل تقريب الاستدلال - على نحو لا يرد عليه إشكال الشبهة المصدقية - هو: أنّه قد تقدم في أدلة مملكية المعاطاة أنّ هذا الحديث و ان كان قاصرا عن إثبات مشروعية

(1): بحار الأنوار، ج 2، ص 272، عوالي اللئالي، ج 1، ص 222.



الأسباب، إلا أنه يدل على سلطنة المالك على أنحاء التصرفات في ماله، سواء أكان تصرفاً خارجياً أم اعتبارياً.

وعلى هذا نقول: إن مقتضى تشريع سلطنة مطلقة للمالكين على أموالهم هو جواز كل تصرف للمالك بمجرد تحقق التعاطي المفيد للملك حسب الفرض، ومنع الغير عن التصرفات المزاحمة، ومن المعلوم أن فسخ المالك الأول وتملكه لما انتقل عنه بالمعاطة ينافي تلك السلطنة المطلقة، فيدفع بإطلاق السلطنة، ويثبت به عدم نفوذ فسخه، ولا نعني بلزوم الملك إلا عدم تأثير فسخ المالك الأول فيه.

فإن قلت: إن التمسك بهذا الحديث للزوم الملك تشبث به في الشبهة المصدقية، لأن موضوع السلطنة هو المال المضاف إلى المالك، وأن السلطنة مترتبة على هذه الإضافة ترتب الحكم على موضوعه، ومن المعلوم أن إطلاق السلطنة - كسائر الأحكام - لا يقتضي حفظ الموضوع، إذ ليس شأن الحكم ذلك، بل الحكم يثبت على تقدير وجود الموضوع من باب الاتفاق، فالحفاظ ملكية المال للمالك خارج عن مدلول السلطنة التي هي متفرعة على هذه الإضافة، ولعل رجوع المالك الأول يرفع موضوع السلطنة وهو ملكية المال للمالك الآخذ، لاحتمال خروجه عن ملكه برجوع مالكة الأصلي، وحينئذ لا يمكن تطبيق القاعدة، لعدم إحراز موضوعها.

ولو قيل بأن الاستصحاب يقتضي بقاء المال على ملك من انتقل إليه بالمملك الشرعي، قلنا: انه رجوع عن الاستدلال بقاعدة السلطنة على اللزوم إلى الاستصحاب، هذا.

قلت: لا يرد هذا الاشكال، وذلك لأن مقتضى إطلاق السلطنة الفعلية للمالك على ماله هو المنع عن المزاحمات التي منها تملك الغير له بالفسخ، فإن تملك الغير ينافي سلطنة المالك بدهاءة، فالقاعدة تقتضي عدم تأثير الفسخ في رجوع المال إلى ملك مالكة الأول، ولا نعني باللزوم إلا عدم نفوذ تملك المالك الأصلي له بالفسخ.

وبالجملة: فاحتمال خروج المال عن ملك المالك بلا إذنه منفي بقاعدة السلطنة، فليست الشبهة مصدقية حتى لا يجوز التمسك بالقاعدة.

فإنّ (1) مقتضى السلطنة أن لا يخرج (2) عن ملكيته (3) [ملكه] بغير اختياره، فجواز تملكه (4) عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة.

فاندفع (5) ما ربما يتوهم من (6): أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، ولا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي (7) [1].

(1) هذا تقريب الاستدلال بالحديث، و محصله: ظهوره في أنّ المجعول هو السلطنة المطلقة غير المحدودة بشيء، فإذا تحققت إضافة الملكية بالمعاطة مثلا وقعت جميع شؤون المملوك تحت اختيار المالك الفعلي و سلطنته، و لم يجز لغيره- سواء كان هذا الغير المالك الأول أم شخصا أجنبيا- أن ينتزع المال من مالكة بدون رضاه، و من المعلوم أنّ المال لو لم يكن ملكا لازما للمتعاطي لجاز للمالك الأول أن يستردّه منه، و لم تكن سلطنة المتعاطي مطلقة، بل كانت مقيدة بعدم رجوع الطرف، مع أنّ مدلول الحديث سلطنة المالك مطلقة و غير مقيدة برجوع الآخر و عدم رجوعه، و هذا هو اللزوم.

(2) الضمير المستتر و ضميرا «تملكه، فيه» راجعة إلى المال.

(3) هذا الضمير و ضمائر «اختياره، عنه، رضاه» راجعة إلى المالك، المستفاد من العبارة.

(4) يعني: إذا جاز للمالك الأول أن يتملك المال بالرجوع كان منافيا للسلطنة المطلقة للمالك الفعلي.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 511

(5) هذه نتيجة تقريب الاستدلال، و مقتضاه عدم المجال لاحتمال كون المقام من التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، الذي تقرّر عدم جوازه في الأصول.

(6) قد تقدّم توضيح هذا التوهم بقولنا: «فان قلت: ان التمسك بهذا الحديث .. إلخ» كما تقدّم جوابه بقولنا: «قلت: لا يرد هذا الإشكال».

(7) إذ لعلّه عاد بالرجوع الى ملك المالك الأول، و يرتفع موضوع سلطنة المالك الفعلي حينئذ. هذا تمام التوهم. و لم يذكر المصنف قدس سرّه جوابه انكالا على ما أفاده في تقريب الاستدلال بالحديث، و قد تقدم توضيحه.

[1] قد استشكل في هذا النبوي تارة بضعف السند.

و أخرى بأنه غير مسوق لبيان أنحاء السلطنة ليكون دليلا على لزوم العقد بمعنى عدم



جواز الرد، لمنافاته لإطلاقها، بل مفاده عدم الحجر و استقلال المالك فيما ثبت مشروعيته.

و ثالثة- بعد تسليم دلالة على جعل السلطنة- بأنه لا إطلاق له، بل الثابت السلطنة في الجملة، و هو غير مجد في المقام.

ورابعة بأنّ التمسك بالحديث لعدم نفوذ رجوع المالك الأصلي في عود المال إليه منوط بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، لأنّه يشك في كون رجوعه فسحا للمعاملة و موجبا لعود المال إلى مالكة، و مع الشك لا مجال للتشيث بدليل السلطنة كما هو واضح، هذا.

أقول: قد اتضح مما ذكرناه حول الحديث- في أدلة مملكية المعاطاة- حال الإشكالات الثلاثة الأول، و لا حاجة الى الإعادة.

إنما الكلام في الاشكال المختص بالمقام و هو شبهة اندراجه في التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، فنقول: لا ريب في كون دليل السلطنة معلقا على عدم مزاحمة سلطنة العبد لسلطنة مولاه. لكنه منوط باحرازها بالعلم بها أو بقيام الحجة عليها. و أمّا مع الشك في تحقق سلطنة المولى يبنى على عدمها كالشك في ورود المخصص اللفظي أو الوارد أو الحاكم، فإنّه لا أثر لمجرّد احتمالها- بعد الفحص عنه و عدم الظفر به- في قبال إطلاق الدليل اللفظي، و لا وجه لرفع اليد عنه بمجرد الاحتمال المزبور.

فهو نظير ما إذا ورد «أكرم العلماء» و احتمال خروج شعرائهم عن حيّز وجوب الإكرام، أو ورد «كل مشكوك الحكم حلال» و احتمال قيام أمانة على حرمة شرب التتن، و من المعلوم أنّ هذه الأمانة على فرض وجودها واردة أو حاكمة على دليل حلية مشكوك الحكم، و لكن لا نرفع اليد عن هذا الدليل بصرف احتمال قيام أمانة على الحرمة، كما لا نرفع اليد عن عموم دليل وجوب «إكرام العلماء» بمجرد احتمال ورود دليل على حرمة إكرام شعرائهم.

و كذا الحال في دليل السلطنة، فلا نرفع اليد عن إطلاقه بمجرد احتمال وجود الرافع.

نعم لا بد في التمسك بالإطلاق من الفحص عن المقيّد كما ثبت في محلّه.

ثم إنَّ هنا إشكالا آخر على الاستدلال أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه بقوله: «ان المنفي بالالتزام هي السلطنة المنافية لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال، دون غيرها من أنحاء السلطنة .. وليس سلطنة الغير على الرجوع سلطنة على تملك المال على حدّ سلطنة الشفيع على تملك مال المشتري ببذل مثل الثمن لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الردّ والاسترداد، فهو في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية، و المالك له السلطان على الملك لا على الملكية ..» (1).

و محصّ له: أنّ الفسخ و الرجوع يؤثّر في إبطال موضوع السلطنة، و بيانه: أنّ مقتضى ترتب السلطنة على «أموالهم» تأخرها رتبة عن إضافة الملكية تأخر كل حكم عن موضوعه، و الإضافة متأخرة عن العقد المملّك كالمعاطاة، و حيث إنّ نسبة الفسخ الى العقد نسبة الراجع إلى المرفوع فلو فسخ المالك الأصلي كان مقتضاه إعدام العقد الموضوع لإضافة الملكية الموضوعية للسلطنة، و مع تأخر سلطنة المتعاطي عن العقد- الذي ينحلّ بالفسخ و الرجوع- برتبتين لم تكن سلطنته بقول مطلق منافية لتأثير الفسخ في إعدام العقد، لاستحالة تكفل الحكم إبقاء موضوع نفسه، و لا تأثيره في أمر متقدم بالرتبة على موضوع نفسه.

و بعبارة أخرى: الفسخ يزيل العقد، و سلطنة المتعاطي لا تمنع من تأثير الفسخ، لقيامها بموضوعها و هو الملكية الناشئة من العقد.

و عليه فلا يصلح الحديث لإثبات أصالة اللزوم، فإنّ دلالة إنّما هي بمدلوله الالتزامي و هو اقتضاء سلطنة المالك- على جميع التصرفات سلطنة مطلقة- عدم سلطنة الغير على ما يزاحم هذه السلطنة المطلقة، و إلا لم تكن مطلقة. و أنت خبير بأن موضوع هذه السلطنة المطلقة المال المضاف- بإضافة الملكية- إلى المالك. و مع تعلق الفسخ بالعقد الموجب للملكية لا مجال لنفيه بإطلاق سلطنة المالك لكل تصرف في ملكه، هذا.

و هذا البيان و إن لم يخل عن قوّة و دقّة، إلا أنّه يمكن أن يقال: إنّ الفسخ و إن تعلق

(1): حاشية المكاسب، ج 1، 34.

ولما (1) ذكرنا تمسك المحقق قدس سره في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن (2)

(1) أي: ولأجل كون مقتضى السلطنة المطلقة على الملك عدم خروجه عن ملكه بغير اختياره تمسك المحقق في الشرائع على لزوم القرض - الذي هو من موجبات الملك - بأن فائدة الملك السلطنة. وغرض المصنف إقامة الشاهد على ما استظهره من الحديث النبوي من دلالة على جعل السلطنة المطلقة للمالك على أموالهم، وأنّ تحديدها بشيء يتوقف على دليل.

قال المحقق: «القرض يملك بالقبض، لا بالتصرف، لأنّه فرع الملك، فلا يكون مشروطاً به. وهل للمقرض ارتجاعه؟ قيل: نعم ولو كره [اكره] المقرض. وقيل: لا، وهو الأشبه، لأنّ فائدة الملك التسلّط» (1).

(2) يعني: أنّ فائدة ملك المقرض هي السلطنة على العين المقرضة، وهذه السلطنة مانعة عن رجوع المقرض، فليس له الرجوع بدون إذن المدين، لأنّ تملكه برجوعه مناف لسلطنة المقرض على ماله، فلا ينفذ. فدليل السلطنة يدلّ بالدلالة الالتزامية على عدم جواز الرجوع، وعدم نفوذه، لأنّ لازم نفوذه عدم سلطنة المالك على ماله.

بالعقد ابتداء لا بالمال، لكن الظاهر عدم موضوعية حلّ العقد بما هو، وإنّما الغرض التوسل بالفسخ الى استرداد المال، وإخراجه عن ملك مالكة الفعلي، كما أنّ نفس العقد طريق لتمتلك مال الغير، وحينئذ فلو كان لغير المالك حق الفسخ والرجوع كان معناه سلطنته على إخراج المال عن ملك مالكة الفعلي رغماً لأنفه وبلا طيب نفسه، وهذا يناهض جداً - بحسب النظر العرفي - لجعل سلطنة مطلقة للمالك، لفرض عدم مانعيتها عن تصرف غير المالك بفسخ العقد.

و حديث تعدد الرتبة وإن كان صحيحاً، لكنّه أجنبي عن باب الاستظهار العرفي المعوّل عليه في الخطابات الشرعية. وعليه فهذا الاشكال يمكن منعه.

و المتحصّل: أنّ المهم في الاستدلال بحديث السلطنة هو إحراز مشرعيته وعدم كونه في مقام بيان أمر عدمي، وهو استقلال المالك وعدم حجره عن التصرفات المشروعة في نفسها. والمسألة لا تخلو بعد من تأمل.

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 68.

ص: 514

فائدة الملك السلطنة. ونحوه العلامة قدس سره في موضع آخر (1).

### [الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه]

ومنه (2) يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرء إلا عن طيب نفسه»

فالمتحصل: أنه لا- ينبغي الإشكال في كون تملك مال الغير بلا إذنه- وبدون طيب نفسه- منافيا لسلطنة المالك، فيدفع بإطلاق دليل السلطنة.

(1) يعني: غير كتاب القرض، ولعل مقصود المصنف ما أفاده العلامة في بيع التذكرة بقوله: «يجوز بيع كل ما فيه منفعة، لأن الملك سبب لإطلاق التصرف» (1).

وفي قرض المختلف ما يستفاد منه المطلب أيضا، حيث قال- في مسألة عدم جواز استرجاع المقرض العين المستقرضة- ما لفظه: «وقال ابن إدريس: ليس له ذلك إلا برضى المقرض. وهو الأجود. لنا: أنه ملكه بالقرض و القبض، فلا يتسلط المالك على أخذه منه، لانتقال حقه الى المثل أو القيمة» (2) لدلالته على اقتضاء الملك السلطنة على التصرف في ماله، وإنما لا يجوز للمقرض الرجوع في العين من جهة انقطاع إضافته عن العين بمالها من المشخصات، وانتقال حقه الى البدل.

الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه

(2) يعني: و من تقريب الاستدلال- على أصالة اللزوم في الملك- بحديث السلطنة يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحل ..» و هذا هو الدليل الثالث على أصالة اللزوم، وينبغي البحث أولا في متن الحديث وسنده، ثم دلالاته على المدعى، فنقول: لم أظفر في كتب الأخبار بالنص المذكور في المتن، إذ فيها روايات خمس تختلف عما أثبتته المصنف قدس سره.

الاولى: معتبرة سماعة وزيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 464.

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 392.

امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه [نفسه]» (1) .

الثانية: ما في تحف العقول عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أنه قال في خطبة حجة الوداع: أيها الناس إنَّما المؤمنون إخوةٌ، ولا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه» (2) .

الثالثة: ما في عوالي اللئالي عنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: «المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلا عن طيب نفس منه» (3) .

الرابعة: رواية محمد بن زيد الطبري، قال: «كتب رجل من تجّار فارس من بعض موالي أبي الحسن الرضا عليه السلام: يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم .. لا يحلّ مال إلا من وجه أحله الله» (4) .

الخامسة: ما في التوقيع المبارك إلى محمد بن جعفر الأسدي- في جواب مسائله عنه عليه الصلاة والسلام: «وأما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا، هل يجوز القيام بعمارتها وأداء الخراج منها، و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية، احتساباً للأجر، و تقرباً إليكم، فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك في ما لنا، من فعل شيئاً من ذلك بغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرّم عليه، و من أكل من أموالنا شيئاً فإنما يأكل في بطنه ناراً، و سيصلى سعيراً» (5) .

و هذا التوقيع الشريف و إن كان مرسلًا في الاحتجاج، لكنه مسند بنقل الصدوق في

(1): وسائل الشيعة، ج 3، ص 424، الباب 3 من أبواب مكان المصلي، الحديث: 1، و رواه أيضا في ج 19، ص 3، الباب 1 من أبواب قصاص النفس، الحديث: 3.

(2) وسائل الشيعة، ج 3، ص 425، الحديث: 3.

(3) عوالي اللئالي، ج 3، ص 473، الحديث: 1، و بمضمونه الحديث 3 من نفس الصفحة، و في ج 1، ص 222، الحديث: 898 ج 2، ص 113 و 240.

(4) وسائل الشيعة، ج 6، ص 375، الباب 3 من أبواب الأنفال و ما يختص بالإمام، الحديث: 2.

(5) بحار الأنوار، ج 53، ص 183، كمال الدين و تمام النعمة ص 485، طبع النجف الأشرف، و فيه «و لا يحلّ» بدل «فلا يحلّ». و وسائل الشيعة، ج 6، ص 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، الحديث: 6.



كمال الدين، فلا وجه لرميه بالإرسال بقول مطلق، فلاحظ.

وعدم انطباق ما في المتن على إحداها واضح، فيحتمل أنّ المصنف قدس سره نقل المضمون والمعنى لا اللفظ، ويحتمل سهو الناسخ.

وكيف كان فتقريب الاستدلال بما في المتن: أنّ الحديث يدلّ على كون سبب حلية التصرف في أموال الناس منحصرًا في رضا المالك، و أنّه لا يجوز لغير المالك شيء من التصرفات، و حيث إنّ المال انتقل الى ملك المتعاطي بنفس المعاطاة لم يجز للغير - سواء أكان هو المالك السابق أم أجنبيًا عن المعاملة - أن يملك ذلك المال بدون رضا مالكة الفعلي، حيث إن تملكه كذلك مناف لانحصار سبب الحلّ في الرضا و طيب النفس، كمنافاة تملكه بدون رضاه لسلطنة المالك المطلقة.

وعليه فانحصار سبب الحلّ في رضا المالك يكشف عن عدم نفوذ فسخ المالك الأصلي، لأنّ الفسخ و الرجوع تصرّف في مال من انتقل إليه المال بالمعاطاة، و كل تصرّف غير مقرون برضا المالك ممنوع شرعًا، فلا عبرة برجوع المالك الأصلي، و هذا معنى لزوم الملك بالمعاطاة.

فإن قلت: إنّ موضوع حرمة التصرف و التملك هو المال المضاف إلى الغير، فما دام هذا الموضوع محققًا ثبتت الحرمة، و إلا فلا، إذ لا يتكفل الحكم لموضوعه نفيًا و إثباتًا.

وعليه فالتمسك بأحاديث الحل على لزوم المعاطاة لا يخلو من شبهة التشبث بالدليل في شبهة الموضوعية، إذ لو اشترى زيد كتابًا من عمرو و بدينار - بالمعاطاة - حرم على عمرو التصرف في الكتاب ما لم يرجع عن بيعه، لأنّه تصرف في مال الغير. و أمّا إذا رجع و فسخ المعاطاة احتتمل خروج الكتاب عن ملك زيد و انتقاله إلى ملك نفسه، لاحتمال إفادة المعاطاة ملكًا جائزًا، فلم يحرز حينئذ كون الكتاب مال زيد كي يترتب عليه حكمه - أعني به حرمة تصرّف عمرو فيه - حتى يستكشف منها لزوم المعاملة.

قلت: لا مجال لهذه الشبهة، لما تقدم في حديث السلطنة، من أنّه ليس المجمعول سلطنة

حيث (1) دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير (2) أو جزء (3) سببه في (4) رضا المالك، فلا يحل (5) بغير رضاه.

مهملة حتى يتطرق إليه الشك في تأثير الرجوع، بل السلطنة مطلقة، ونقول هنا: إنّ المقرّر في الأصول: إفادة حذف المتعلّق للعموم، وفي المقام يكون الفعل المحذوف المتعلّق بالمال في قوله عليه السّلام: «لا- يحل مال امرء» كل فعل يتعلّق بمال الغير سواء أكان تصرفاً خارجياً كالأكل والشرب واللبس ومطالعة الكتاب وسكنى الدار ونحوها، أم تصرفاً اعتبارياً كتملكه وبيعه ووقفه، وعليه فكلّ تصرف في مال الغير منهي عنه إلا إذا كان بطيب نفس المالك، فلا ينفذ تملكه إلا بإذنه، فلا أثر لرجوع المالك الأوّل.

وبهذا ظهر أجنبيّة المقام عن التمسك بالدليل في الشبهة المصدّاقية، لدلالة الحديث على أنّ نفس رجوع المالك الأوّل- الذي يوجب الشك في انقطاع إضافة المال الى الغير وهو المتعاطي- مما لا عبرة به، لأنّ الرجوع الموجب لخروج المال عن ملك المتعاطي منهي عنه وغير نافذ شرعاً.

(1) هذا تقريب الاستدلال، وقد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «و كيف كان فتقريب الاستدلال بما في المتن .. إلخ».

(2) كما في موارد إباحة المالك ماله للغير كالإذن له في شربه وأكله، فإنّ الرضا هنا سبب منحصر لحلية تصرف غير المالك.

(3) معطوف على «سبب» أي: دلّ على انحصار جزء سبب الحلّ في رضا المالك، وذلك كما في موارد التملك بالعوض كالبيع أو بلا عوض كالهبة، فإنّ الرضا جزء السبب، وجزؤه الآخر هو العقد سواء أكان قولياً أم فعلياً.

(4) متعلق ب «انحصار».

(5) أي: فلا يحلّ مال الغير من دون رضا مالكه.

و توهم (1) تعلق الحلّ بمال الغير (2)، و كونه (3) مال الغير- بعد الرجوع- أول الكلام- مدفوع (4) بما تقدّم (5) من أن تعلق الحلّ بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضا (6)، فلا يحلّ (7) التصرف فيه، و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك [1].

---

(1) غرض المتوهم درج المقام في التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، و هو ممنوع عندهم.

(2) يعني: أنّ قوله عليه السلام: «لا- يحل» متعلق ب «مال امرء» و من المعلوم أن الحكم بالحرمة منوط بإحراز كون المال «مال امرء» حتى لا يجوز التصرف فيه، و المفروض الشكّ في بقاء إضافة الملكية بعد الرجوع و الفسخ.

(3) أي: لم يحرز كون المال مال الغير بعد رجوع المالك الأصلي حتى يحرم عليه التصرف فيه.

(4) خبر «و توهم» و تقدم توضيحه بقولنا: «قلت: لا مجال لهذه الشبهة، لما تقدّم ..».

(5) يعني: في حديث السلطنة، فكما أنّ حذف متعلق السلطان يفيد إطلاق السلطنة المجعولة، كذلك يفيد حذف متعلق «لا يحلّ» عموم التصرف، الشامل للخارجي و الاعتباري، و من المعلوم أنّ المالك الأصلي لو فسخ المعاملة و تملك- ما باعه بالمعاطاة- كان فسخه تصرفاً في مال غيره، فهذا الفسخ غير نافذ.

(6) كما يشمل التصرف الخارجي كالأكل و الشرب و ركوب الدابة و نحوها.

(7) هذا متفرّع على عموم حرمة التصرف في مال الغير، المستفاد من حذف المتعلق، و مقصوده من قوله: «فلا يحلّ له» هو التصرف الخارجي، بقرينة قوله: «و لا تملكه» الناظر إلى التصرف الاعتباري.

---

[1] لا يخفى أنّ مقتضى عموم المحذوف الذي يتعلّق به الحلّ هو إرادة الجامع بين الحلّ التكليفي و الوضعي، لا امتناع أعمية الموضوع من المحمول، و لذا لا يصحّ أن يقال:

«الحيوان إنسان». و في المقام لما كان المحذوف عامّاً للتصرف الخارجي كالأكل و الشرب و نحوهما، و الاعتباري كالبيع و الصلح و الهبة و نحوها لزم أن يكون المحمول- و هو الحلّ-

أيضا عاما، فيصير المعنى حينئذ: أن كل تصرف خارجي واعتباري في مال الغير ممنوع إلا بطيب نفس المالك، فالمراد بالحلّ عدم المنع، واستفادة خصوص التكليف أو الوضع إنما هي باختلاف المتعلق، فإذا قيل: «أكل مال الغير مثلا أو شرب الفقّاع أو أكل لحم الخنزير عند الاضطرار حلال» فالمراد الحلّ التكليفي. وإذا قيل: «غسل الرجلين في الوضوء حال التقية أو لبس الميتة أو الحرير أو الذهب أو ما لا يؤكل في الصلاة كذلك حلال» فالمراد به الحلّ الوضعي.

و الحاصل: أن الحلّ و الحرمة يستعملان في الجامع، و يراد الخصوصية باختلاف المتعلق، فلا يتوقف الاستدلال على إرادة خصوص الحلّ الوضعي من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«لا يحل».

نعم قد يشكل الاستدلال بما أفاده سيدنا الأستاذ قدّس سرّه: من توقف الاستدلال به على أن يكون المراد من الحلية الحلية الوضعية، ليكون موضوعها التصرفات الاعتبارية التي منها التملك. أمّا لو كان المراد منها الحلية التكليفية كما هو الظاهر منها، ولا سيّما بقرينة السياق و المورد، إذ لم نعر على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعة .. الى أن قال: اختصت بالتصرفات الحقيقية مثل أكله و لبسه ونحوهما، فلا تشمل التملك «1».

وقريب منه ما في تقرير السيد المحقق الخويي قدّس سرّه و محصله: أن الحلّ وإن كان أعمّ من التكليف و الوضع، لكونه لغة بمعنى الإطلاق و الإرسال، في قبال التحريم الذي هو بمعنى المنع و الحجر، فيناسب كليهما، و يصح استعماله فيهما، و تستفاد خصوصية إحداهما من اختلاف القرائن و الموارد، فإذا أسند الحلّ إلى أمر اعتباري كالبيع أريد منه الحلّ التكليفي و الوضعي معا، وإذا أسند إلى الأعيان الخارجية أريد منه التكليف خاصة كقوله تعالى أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ و هكذا لفظ التحريم. و لفظ الحلّ في الحديث الشريف نسب الى المال، و هو إمّا عين خارجية، و إمّا منفعتها.

(1): نهج الفقاهة، ص 46

ص: 520

و على كلا- التقديرين لا- معنى لحليته إلا باعتبار ما يناسبه كالتصرف، فيراد من حلية المال حلية التصرف فيه، كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها الأكلية، فمعنى الرواية: أن الشارع المقدس لم يرخّص في التصرف في مال امرء إلا بطيب نفسه، فتكون أجنبية عما نحن فيه «1».

لكن يمكن أن يقال: إن الاستدلال لا- يتوقف على إرادة الحلية الوضعية، لتمايمته مع إرادة الجامع أيضا. بل يتم حتى مع ظهورها في التكليف خاصة، لدلالة حرمة التصرف الخارجي- في مال الغير بعد الفسخ- التزاما على عدم تملكه بالفسخ، إذ مع نفوذ تملكه لا وجه لحرمة التصرف فيه تكليفا. وعليه فلو سلّمنا اختصاص التصرف بالخارجي دون الاعتباري، والحلّ بالتكليفي تمّ الاستدلال بالحديث أيضا على المدعى.

و أما استفادة خصوص الحلية التكليفية عند الإضافة إلى الأعيان فلا تخلو من غموض.

فإن الحلية المسندة إلى الأعيان يراد بها كلّ من التكليف والوضع، كقوله تعالى أٰحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ، وَ طَعَامُ الذِّينِ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الذِّينِ أُوتُوا الْكِتَابَ «2» فإنّ الحلّ المضاف الى الطيبات و الطعام تكليفي، و المضاف الى المحصنات وضعي، لأنّ المراد به العقد عليهن. و كذا في قوله تعالى في المطلقة ثلاثا فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجا غيره «3».

و بالجملة: فإطلاق «الحلّ» المضاف إلى الأعيان على كلّ من الحلّ التكليفي و الوضعي ممّا لا ينبغي التأمل فيه.

بل يمكن أن يقال: بعدم الحاجة الى التقدير حتى يقال: إنّ المقدّر هو التصرف الخارجي، بتقريب: أنّ إطلاق إضافة الحلّ الى ذات المال مبنيّ على الادّعاء، ضرورة أنه لا معنى

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 139.

(2) المائدة، الآية: 5.

(3) البقرة، الآية: 230.

لكون الذات حاللاً أو حراماً، وبديهي أنّ صحّة هذا الادعاء منوطاً بكون المال بجميع شؤونه غير حلال، فلا تصح هذه الدعوى إذا كان المال ببعض شؤونه حاللاً. ولا ريب في كون التصرفات المعاملية من أوضاع شؤون المال و تحولاته، فلو حلّ لغير المالك تلك التحولات المعاملية كان ادعاء عدم حلية الذات له مستهجناً.

ودعوى «عدم كون التحولات المعاملية من التصرفات» مدفوعة، بما عرفت من أنّ التصرفات المعاملية من التحولات الشائعة في المال، كما يشهد به مراجعة العقلاء، فإنّ المعاملات تعدّ عندهم من أوضاع التصرفات. ولو تنزّلنا عن صدق التصرف على المعاملة كفى كونها من الشؤون البارزة للمال بحيث لا تصحّ دعوى نفى حلّ ذات المال بدونها.

فلا يمكن المساعدة على ما في تقرير سيدنا الخويي: من كون المقدّر خصوص التصرف، فيراد من نفى الحل نفى الترخيص، وهو أجنبي عما نحن فيه من نفى تملك الغير الذي هو حكم وضعي.

فالمحصّل: أنّ كون المعاملات من التصرف مما لا- ينبغي الارتياح فيه. ويشهد له التبادر، فإنّه بالنسبة إلى التصرفات الخارجية و المعاملية سواء.

وقد ظهر مما ذكرنا- من كون التحولات المعاملية تصرفاً حقيقة بمقتضى التبادر لا مجازاً- صحة التمسك على أصالة اللزوم في الملك بموثقة سماعة المتقدمة من دون ورود شيء من الإشكالات عليه، من كون التمسك بها بعد رجوع المالك الأصلي تشبّهاً بها في الشبهة المصدقية، و من كون متعلق الحلّ المضاف إلى المال خصوص التصرفات الخارجية، و من كون ظاهر «لا يحلّ» بقرينة السياق و المورد الحلية التكليفية المتعلقة بالتصرفات الخارجية، و من كون الجمع بين إرادة الحكم التكليفي و الوضعي استعمالاً للفظ في أكثر من معنى. فإنّه بعد النظر إلى مقدمات ثلاث، قبل الاستدلال بالموثقة يظهر عدم ورود شيء من هذه الإشكالات.

المقدّمة الأولى: كون الحلّ بمعنى المضي و عدم المنع عنه في الشريعة، و هذا المعنى أعمّ من التكليف و الوضع مع وحدة المعنى.

## [الدليل الرابع: حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض]

ويمكن الاستدلال أيضا (1) بقوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (1).

---

الدليل الرابع: حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض

(1) يعني: كما أمكن الاستدلال بما مضى من حديثي السلطنة والحل. وكان الأنسب تقديم الاستدلال بهذه الآية المباركة- وآية وجوب الوفاء بالعقود- على الاستدلال بالحديثين الشريفين.

---

المقدمة الثانية: أنّ التصرف أعمّ من الخارجي والاعتباري بحكم التبادر.

المقدمة الثالثة: كون الحذف أمانة على كون المقدّر عامًا، بل قد عرفت عدم الحاجة إلى التقدير وكفاية الادّعاء في صحة الاستدلال، وإرادة جميع التحولات في الذات وإن لم تسمّى تصرفًا، إذ لا يصح إطلاق عدم حلية الذات إلا بملاحظة كون المنفي جميع الشؤون والتحويلات.

وربما يشهد به مورد الرواية وهو حبس الأمانة وعدم ردّها، إذ ليس الحبس تصرفًا محسوسًا كالأكل والشرب، فلو كان المراد خصوص التصرفات الحسيّة لم تنطبق الكبرى الكلية على المورد، وهو حبس الأمانة، واستهجانه غير خفي.

وأما عطف حرمة المال فيها على حرمة دم المسلم فليس قرينة على تعيّن إرادة الحرمة التكميلية فيه من جهة عدم تصوّر حرمة الدم وضعا. ووجه عدم القرينية ما ذكرناه من أعمية الحلية من التكليف والوضع.

ولو سلّمت قرينيتها عليها لم يقدر في الاستدلال، لما تقدم أيضا من اقتضاء حرمة مطلق التصرف في مال الغير- بدلالاتها الالتزامية- على عدم تملكه بالفسخ.

فالمتحصل: أنّ الاستدلال بالموثقة وما بمضمونها- على فرض اعتباره- على أصالة اللزوم في الملك وجيه كما اختاره المصنف قدّس سرّه.

---

(1): النساء، الآية: 29.

ولا ريب (1) أنّ الرجوع ليست تجارة (2) ولا عن تراض (3)،

وكيف كان فهذه الآية دليل على أصالة اللزوم في الملك، وللمصنف تقريران للاستدلال بها.

أحدهما: بالنظر الى مجموع المستثنى والمستثنى منه: وهو رابع الأدلة على اللزوم.

والآخر: مقصور على استفادة الحكم من عقد المستثنى منه بلا ضمّ الاستثناء، وهو خامس الأدلة وسيأتي توضيح كلا الوجهين إن شاء الله تعالى.

(1) هذا شروع في تقريب الوجه الأول- أعني به دلالة المستثنى منه والمستثنى معا على لزوم الملك- وحاصله: أنّ الأكل كناية عن التصرف كما هو الشائع، يعني: أنّ مجوّز التصرف في مال الغير منحصر- بمقتضى الحصر- في التجارة عن تراض، فالآية في مقام سلب سبب الباطل للنقل والتمليك، ومن المعلوم أنّ الرجوع ليس تجارة عرفا، بل حلاً وفسخا لها، ولا عن تراض، لعدم رضا المالك الفعلي برجوع المالك الأصلي.

وعليه فمقتضى انحصار السبب الناقل والممّلك للأموال في التجارة عن تراض هو عدم كون الرجوع مملّكا وناقلا، لكونه باطلا عند العقلاء عرفا وشرعا. فالآية الشريفة تدلّ على بطلان الفسخ وعدم تأثير رجوع المتعاطي فيما أعطاه للآخر، وذلك لأنّ المدار في جواز أكل مال الغير هو صدق التجارة عن تراض على السبب المحلّل له، وحيث إنّ لا يصدق أصل التجارة- ولا بقيد التراضي- على الرجوع استكشف منه حرمة التصرف في المال بعد الرجوع، وهو دليل لزوم المعاطاة، وكون الرجوع لغوا.

(2) وجه عدم صدق عنوان التجارة على رجوع المتعاطي هو كون التجارة لغة:

الإعطاء والأخذ بقصد الاسترباح، وهذا المفهوم منحصر في المعاملات الموجبة لنموّ رأس المال وزيادته. ومن المعلوم أنّ المتعاطي عند رجوعه لا يحصل ربحا، وإنّما يستردّ عين ماله التي تعاطى بها.

(3) وجه عدم كون الرجوع تجارة عن تراض- لو سلّم صدق التجارة عليه- واضح،



و التوهّم المتقدم في السابق (2) غير جار هنا، لأنّ (3) [1] حصر مجوّز أكل المال

---

لفرض عدم رضا المتعاطي الآخر به، وإلا كان إقالة من الطرفين.

(1) يعني: فلا يجوز لأحد المتعاطيين أن يتصرف فيما أعطاه للآخر، لأنّ تصرّفه فيه أكل لمال غيره بالباطل.

(2) يعني: في تقريب الاستدلال بحديثي السلطنة و عدم حلّ مال غيره إلا بطيب نفسه.

و التوهّم المزبور هناك هو: أنّ التمسك بهما من التمسك بالدليل في الشبهة المصدّاقة، ضرورة أنّه بعد رجوع المالك الأصلي يشكّ في كون المال ملكا للغير، لاحتمال رجوع المال إليه، فلا يكون أكله حينئذ أكلا لمال غيره، بل لمال نفسه. و مع هذا الشك لا تحرز الإضافة التي هي موضوع السلطنة و حرمة التصرف، فيكون التمسك بالدليل تشبّثا به في الشبهة الموضوعية.

(3) تعليل لعدم جريان التوهّم المزبور، و حاصل وجه عدم جريانه هنا هو: أنّ المستفاد من الآية حصر سبب تملك أموال الناس في التجارة عن تراض، بحيث يكون تصرف الأكل فيه تصرفا في ماله لا في مال غيره، و من المعلوم أنّ هذا الحصر ينفي سببية رجوع المالك الأصلي بتملكه، لعدم كون رجوعه تجارة عن تراض، بل من الأسباب الباطلة، فهذه الآية الشريفة نصّ في عدم كون رجوع المالك مملّكا، لعدم اندراج الرجوع في «التجارة عن تراض» و كلّ ما لم يكن كذلك يعدّ من الأسباب الباطلة.

و بالجملة: فمفاد الآية الشريفة هو: أنّه لا يجوز للإنسان أن يأكل مالا على أنّه ماله، و هو مال لغيره واقعا، إلا إذا كان بسبب التجارة عن تراض. و ليس مفادها عدم جواز تصرفه في مال الغير حتى يقال: إنّ بعد رجوع المالك يشكّ في أنّه مال الغير، فلا يصح التمسك بالآية، لكونه من التشبّث بالدليل في الشبهة المصدّاقة.

---

[1] هذا التقريب - كما عرفت - ناظر إلى سلب سببية الباطل للتملك.

و يمكن أن يقرب على وجه آخر، و هو: أنّ النهي عن الأكل ناظر إلى حرمة الأكل ابتداء،

في التجارة إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل (1) لا لغيره.

### [الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل]

ويمكن التمسك أيضا بالجملة المستثنى منها (2)، حيث إن أكل المال ونقله

(1) يستفاد هذا القيد في المستثنى منه بقريضة المقابلة للمستثنى، بدهة أنّ المترتب على المستثنى هو الأكل بعنوان كون المال ملكا للأكل، لأنّ أثر التجارة عن تراض التي هي سبب شرعي للنقل والتمليك هو كون المتصرف - بعد وقوع هذه التجارة - مالكا للمال، وقريضة المقابلة تقتضي كون المأكول في المستثنى منه أيضا - بعنوان كونه ملكا لذي اليد، وعدم جواز أخذه منه.

وعلى هذا فلا يرد عليه التخصيص بمثل الضيافة وغيرها مما يجوز الأكل فيه بدون تجارة عن تراض، لأنّ خروجها بناء على هذا المعنى موضوعي، إذ المفروض أنّ المالك أجاز للأكل أن يتصرف فيه.

نعم يرد عليه التخصيص بالإرث ونحوه، كانتقال مال المرتد الفطري إلى وارثه بالارتداد، فإنّ الوارث يتصرف في المال على أنّه مال الآكل مع عدم كون السبب المحلّل تجارة عن تراض.

### الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل

(2) يعني: مع الغض عن الاستثناء، بخلاف التقريب الأوّل الذي كان تمسكا بمجموع جملتي المستثنى منه والاستثناء.

و محصّل تقريب الاستدلال بالوجه الثاني: أعني به جملة المستثنى منها - مع قطع النظر

و إلى بطلان السبب ثانيا، فدلالته على حرمة الأكل مطابقة، وعلى بطلان السبب الذي ينشأ منه الأكل التزامية، حيث إنّ النهي يدلّ مطابقة على حرمة الأكل، و التزاما على بطلان سببها، إذ لا منشأ لحرمة الأكل إلا بطلان منشأها و سببها، فيعلم من حرمة الأكل عدم صحة سببه و كونه من الباطل، فحرمة الأكل تكشف عن كون الفسخ و الترادّ سببا باطلا عرفا و غير نافذ شرعا.

و الفرق بين التقريبين واضح، لأنّ الأوّل مدلول مطبقي، و الثاني التزامي.

عن مالكة (1) بغير رضی المالك أكل و تصرف بالباطل عرفا (2). نعم (3) بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع- و حكمه التسلّط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك- يخرج (4) عن البطلان [1]

عن الاستثناء- هو: أنّ تملك أموال الناس قهرا و بغير رضی منهم تملك بالباطل، و هو حرام بمقتضى النهي عنه، فيكون تملك المال بالفسخ بدون رضی مالكة أكلا له بالباطل، إلا إذا أذن له الشارع في الفسخ، فحينئذ يخرج التملك بالفسخ عن الباطل و يكون جائزا، كما ثبت ذلك شرعا في موارد:

منها: أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها، فإنّه بعد إذن الشارع يخرج عن أكل المال بالباطل.

و منها: الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار.

و منها: تملك أموال المرتد الفطري بالارتداد. و غير ذلك من الأسباب القهرية لتمكنك أموال الناس، فإنّ إذن الشارع يخرجها عن الباطل.

هذا بحسب الكبرى. و تطبيقها على المقام هو: أنّ الشارع لمّا لم يأذن في فسخ المعاطاة- لفرض عدم ثبوت جواز الرجوع بعد- كان التصرف في مال الغير بإخراجه عن ملكه أكلا له بالباطل، و هو حرام تكليفا و وضعاً.

(1) و هو الذي اشترى المال بالمعاطاة و صار مالكا له.

(2) هذه الكلمة صريحة في أنّ موضوع حرمة الأكل هو الباطل العرفي الصادق على فسخ أحد المتعاطيين و رجوعه فيما انتقل عنه، و ليس المراد به الباطل الشرعيّ حتى تتجه شبهة التمسك بالدليل في شبهة المصادقية.

(3) استدراك على موضوعية الباطل العرفي لحرمة الأكل، يعني: أنّ ترخيص الشارع لأكل مال الغير كاشف عن كونه سببا حقّا لا باطلا.

(4) ظاهر الخروج عن البطلان هو الخروج الموضوعي لا الحكمي بالتخصيص،

[1] لكن مقتضى خروجه عن البطلان موضوعا عدم جواز التمسك بالآية فيما إذا كان

ولذا (1) كان أكل المازّة من الثمرة الممرور بها أكلا بالباطل لو لا إذن المالك الحقيقي (2)، وكذا الأخذ بالشفعة (3)، والفسخ بالخيار (4)، وغير ذلك من الأسباب القهرية (5) [1].

---

فمقصوده ظاهرا تخطئة الشارع نظر العرف فيما يروونه باطلا كأكل المازّة من ثمرة الشجرة الممرور بها، فهذا سبب حق عرفي بعد التفاته إلى إباحة الأكل شرعا.

و الوجه في الخروج الموضوعي لا- الحكمي هو: أن عنوان «الباطل» كالعلاّة التامة لحرمة الأكل غير قابل للتخصيص، وعليه فموارد ترخيص الشارع في الأكل خارجة عن الباطل تخصصا.

(1) يعني: ولأجل خروج موارد ترخيص الشارع في الأكل عن «الباطل» موضوعا كان أكل المازّة باطلا بنظر العرف لو لا إذن الشارع، و أمّا بعد إذنه فليس أكله باطلا.

(2) يعني: وبعد إذن المالك الحقيقي يخرج الأكل عن كونه أكلا بالباطل إلى كونه أكلا بالحق.

(3) حيث إنّ الشريك مسلّط على فسخ عقد المشتري ببذل مثل الثمن إليه، فيضمّ حصة المشتري الى حصة نفسه قهرا وإن لم يرض المشتري به، وهذا أكل للمال بالباطل بنظر العرف لو لا اطلاعه على ترخيص المالك الحقيقي.

(4) الظاهر إرادة الخيار التعبّدي كخيارى المجلس و الحيوان، فإنّ الفسخ بهما باطل عرفا، ما لم يطلع على تخيير الشارع للمتعاقدين أو لصاحب الحيوان. و أمّا الأخذ بالخيارات المستندة إلى شرط ارتكازي أو إلى جعل نفس المتعاقدين فليس أكلا للمال بالباطل عرفا من أوّل الأمر، بل هو سبب حقّ بنظرهم.

(5) كالإرث و الارتداد و الإتلاف في حال الغفلة كالنوم، فإنّ هذه أسباب باطلة للتملك ما لم يطلع العرف على جعل الشارع، و أما مع الاطلاع فيحكم العرف أيضا بحقية هذه الأسباب للأكل.

---

باطلا عرفا مع احتمال إذن الشارع فيه، للشك في الموضوع، إذ مع الإذن الشرعي يخرج عن الباطل حقيقة، فالشك حينئذ يكون في عنوان الباطل كما حرّراه في التعليقة الآتية فلاحظ.

[1] قد يمنع دلالة الآية الشريفة على لزوم الملك بما في تقرير السيد الخويي قدس سرّه من:

أنّ الاستدلال بها مبني على أن يكون المراد بالباطل هو الباطل العرفي ليكون متميزا عند العرف

---

عن السبب الصحيح. أمّا لو أريد الباطل الواقعي كما هو قضية وضع الألفاظ للمفاهيم الواقعية أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لاحتمال أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة الواقعية لا الباطلة كذلك. فحينئذ يكون التمسك بالآية لكون الفسخ سببا باطلا من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. «1» انتهى ملخصاً.

وفيه: أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي، لكون المخاطب بهذا الخطاب هو العرف كسائر الخطابات، ما لم يثبت كون موضوع الخطاب مخترعاً شرعياً، لأنّه لا بد حينئذ من الرجوع الى الشارع، إذ لا سبيل للعرف الى معرفته، والالتزام بكون الباطل هو الواقعي الذي لا سبيل للعرف إليه يستلزم سقوط الخطاب عن الاعتبار، لصيرورته حينئذ مجملاً.

بل تطبيق الآية على القمار الذي هو مورد نزول هذه الآية المباركة- كما في صحيحة زياد بن عيسى: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عزّ وجلّ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ فَقَالَ: كانت قريش يقامر الرجل بأهله و ماله، فنهاهم الله عزّ وجلّ عن ذلك» «2» و قريب منه ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى ونحوهما غيرهما» «3»- يدلّ على كون المراد بالباطل هو العرفي حيث إنّ القمار عند العرف والعقلاء من مصاديق الباطل، فليتأمل.

ثم إنّّه على تقدير كون الباطل هو الواقعيّ يمكن التمسك أيضاً بالآية المباركة لأجل الإطلاق المقامي، فإنّه لو لم يكن نظر العرف حينئذ معتبراً في مقام التمييز كان الخطاب ساقطاً، للإجمال كما مرّت الإشارة إليه.

وبالجملة: فالباطل العرفي هو موضوع حرمة الأكل في الآية المباركة، وإذا شككنا في تخصيصه فمقتضى أصالة العموم هو عدم التخصيص، فمن هذه الناحية لا يرد إشكال على

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 141.

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 119، الباب 35 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 1.

(3) المصدر، ص 121، الحديث: 14.

نعم يرد عليه: أنّ عنوان «الباطل» معلق على عدم ورود دليل من الشارع، إذ مع وروده يخرج موضوعا عن الباطل، ويكون خروجه بالتخصيص لا التخصيص، لإبائه الآية المباركة عن التخصيص الحكمي كما لا يخفى. فالتعليق على عدم الورد من الشارع بشيء من قيود موضوع الحكم، فكأنه قيل: الباطل العرفي هو المعلق على عدم ورود شيء من الشارع على خلافه كأكل المازة والأخذ بالشفعة والفسخ بالخيار، فإنها باطلة عرفا، لكن مع ورودها من الشارع تخرج حقيقة عن الباطل، فالتمسك بالآية الشريفة- مع احتمال ورود دليل من الشارع على خلافه- يكون تشبها بالدليل في الشبهة المصدقية.

ففرق بين هذه الآية وبين حديث السلطنة، حيث إنّ احتمال إعماله تعالى سلطنته من قبيل المخصّص الذي يكون الموضوع محفوظا معه. بخلاف الباطل، فإنّه معلق موضوعا على عدم حكم الشارع، إذ مع حكمه لا يكون باطلا حقيقة، فالتمسك بالآية حينئذ تشبث بالدليل في الشبهة المصدقية، هذا.

إلا أن يقال: إنّ مرجع ذلك إلى كون المراد بالباطل هو الشرعي، إذ لا أثر للباطل العرفي بدون كونه باطلا شرعيا. والبناء عليه يوجب كون الباطل في الآية المباركة عنوانا مشيرا إلى ما جعله الشارع باطلا كالقمار وبيع الحصة والبيع الربوي، ونحوها، وهذا خلاف ظاهر العناوين المأخوذة في الخطابات، ويكون النهي عن أكل المال مؤكدا لسلب سببية الباطل الشرعي للتمليك، ولا يكون حكما تأسيسيا، و من المعلوم أنّ حمل الباطل والنهي عن الأكل على المشيرية والتأكيد خلاف الأصل، فلا محيص عن الالتزام بكون المراد بالباطل هو العرفي، غاية الأمر أنه يخرج عن حكمه في بعض الموارد، كالشفعة والخيار وأكل المازة من ثمرة الشجرة، مع صدق الموضوع وهو الباطل العرفي عليه. نظير سلب المالىة عن بعض الأموال العرفية كالخمر والخنزير ونحوهما مما يعدّ مالا عرفا، والشارع الأقدس ألغى مالىتها، فيكون خروج بعض الموارد عن الباطل العرفي بالتخصيص، لا التخصّص حتى لا يجوز التمسك بالآية الشريفة في صورة الشك في كون الرجوع سببا باطلا أو صحيحا، لكون الشبهة مصدقية.

فالظاهر أنّ الآية الشريفة وزان حديث السلطنة، فكما لا مانع من التمسك به لعدم نفوذ رجوع المالك الأصلي، فكذلك لا مانع من التمسك بهذه الآية لذلك. فالفرق بينهما «بالتخصّص في الآية، فلا يجوز التمسك بها، و التخصيص في حديث السلطنة فيجوز ذلك فيه» لا يخلو من غموض.

مع أنّه بعد تسليم كون المراد بالباطل هو الشرعي يمكن التمسك بالآية أيضا بمقتضى الإطلاق المقامي، بأن يقال: إنّ المقصود بالباطل و إن كان شرعيا، لكن تمييزه منوط بنظر العرف، فكلمّا كان باطلا عرفا فهو باطل شرعا إلا ما ثبت خروجه.

ثم إن المحقق الايرواني قدس سرّه ناقش في الاستدلال بالآية المباركة بأن الاستدلال بها إنّما يصح إذا قلنا إن الفسخ و الرجوع من الأسباب المفيدة للملك. أمّا إذا قلنا بأنّ شأنهما رفع أثر السبب المملّك، ثم الملك يكون حاصلا بما كان من السبب أوّلا، لم يكن الأكل بسبب الفسخ أكلا بالباطل (1).

لكن لا يخفى ما فيه، لأنّ هذه المناقشة إنّما تتجه بناء على دلالة الآية على حرمة الأكل إن حصل المال بسبب باطل مستقل. لكنه ليس كذلك، لظهورها في إبقاء تأثير الباطل مطلقا و إن كان جزء العلة، فإنّ تأثير الفسخ في دفع المانع عن تأثير السبب الأوّل أكل للمال بالباطل و لو بنحو جزء العلة.

و الحاصل: إنّ التسبب بالباطل لأكل مال الناس - و لو بنحو دفع المانع - حرام و لو بمناسبة الحكم و الموضوع، إذ المناسب للباطل هو عدم دخله في سببته للنقل و التملك حتى بنحو جزء السبب أو الشرط أو عدم المانع.

فتحصّل مما ذكرناه: أنه يمكن التمسك تارة بالمستثنى منه مع الغض عن الاستثناء بما تقدّم من التقريين، أحدهما: سلب سببية الباطل للنقل و التملك.

و الآخر: النهي عن أكل المال الحاصل بسبب باطل.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 81.

وأخرى بالمستثنى، بأن يقال: إنَّ إطلاق تجويز أكل المال الحاصل بالتجارة يقتضي جوازه بعد الرجوع و الفسخ أيضا، وهذا الإطلاق الأحوالي يكشف عن عدم نفوذ الفسخ، وإلا لم يكن وجه لجواز الأكل حينئذ.

و ثالثة: بالحصص المستفاد من مجموع الجملتين.

لكن ابنتى السيد قدس سره في حاشيته الاستدلال بالحصص على كون الاستثناء متصلا بأن يقال في تقريب الاتصال: كأنه قيل: لا تأكلوا أموال الناس إلا أن تكون تجارة، فإنَّ كل أكل باطل نظير قولك: «لا تعبد غير الله شركا» أي فإنه شرك، فيكون المستثنى منه الأموال، وقوله تعالى:

«بِالْبَاطِلِ» قيدا توضيحيا، وذكره لبيان علة الحكم، لا احترازيا. أو يقال: إنَّ المستثنى منه محذوف أي: لا تأكلوا أموال الناس بوجه من الوجوه إلا بوجه التجارة فإنَّ الأكل لا بهذا الوجه باطل «1».

وأنت خبير بما فيه، إذ الكلام في ظهور الآية في كون الاستثناء متصلا، لا في إمكانه حتى يتكلف في وجه تصويره بما ذكره. و ما أفاده في وجه الاتصال خلاف الظاهر و تأويل مخالف لفهم العقلاء و لكلمات المفسرين و للروايات الواردة في نزول الآية المباركة، وقد تقدم بعضها كصححة زياد بن عيسى، فإنَّ ظاهر تلك الروايات كظاهر نفس الآية هو النهي عن الأكل بالسبب الباطل، فالقيد احترازي لا توضيحي، فالاستثناء حينئذ منقطع كقوله تعالى:

لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا إِلَّا قِيْلًا سَلَامًا سَلَامًا «2».

والحاصل: أنَّ الاستثناء ليس متصلا أولا. وعلى فرض الاتصال يمكن منع دلالة الآية على الحصر في التجارة ثانيا، لأنَّ قوله تعالى «بِالْبَاطِلِ» تعليل لحرمة الأكل، إذ المتفاهم العرفي منه كون البطلان موجبا لذلك، كما أنَّ الظاهر المتفاهم عرفا أنَّ استثناء التجارة في مقابل الباطل لكونها حقا.

وعلى هذا فالمستفاد حلية الأكل بكل حق، و حرمة بكل باطل، فلا يختص الحق

(1): حاشية المكاسب، ص 74.

(2) الواقعة، الآية: 25.



هذا كله (1) مضافا إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع (2)، مثل قوله عليه السّلام:

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (1).

(1) يعني: أنّ الأدلة المتقدمة على أصالة لزوم الملك- من الاستصحاب و حديثي السلطنة و الحلّ، و آية النهي عن أكل أموال الناس بالباطل- كانت أدلة عامة على لزوم الملك سواء أكان السبب المملّك فعلا اختياريًا من العناوين المعاملية و الحيازة و نحوها، أم قهريًا كالإرث و الارتداد. و هذا بخلاف الدليل الآتي فإنّ مفاده لزوم الملك الحاصل بالبيع خاصّة.

الدليل السادس: أخبار خيار المجلس

(2) هذا دليل سادس على لزوم الملك، و هي طائفة من الأخبار الواردة في خيار المجلس، و تقريب الاستدلال بها يتم بوجوه ثلاثة:

الأوّل: جعل الخيار في البيع، حيث إنّ جعله مختص بالبيع اللازم، و مقتضى إطلاق الجعل ثبوت الخيار في البيع المعطائي، فثبوت الخيار فيه يكشف عن اللزوم، فتكون المعاطاة بيعا لازما لأجل ثبوت الخيار فيها، الذي هو من خصائص البيع اللازم.

الثاني: دلالة مفهوم الغاية، ببيان: أنّ ماهية الخيار مغيّة بعدم الافتراق، لقوله عليه السّلام:

بالتجارة، بل يندرج فيه كل حق ليس بتجارة كالإباحات و القرض، و التملّك في مجهول المالك، و غيره من الحقوق الواجبة و المستحبة، و لا ينتقض الحصر بها حتى نحتاج الى بعض التكالّفات كما صدر عن بعضهم.

كما أنّه على فرض كون الاستثناء منقطعاً تدل الآية على التنويع بين الباطل و الحق بمناسبة الحكم و الموضوع، فلا فرق في دلالة الآية عرفا على سقوط الباطل لبطلانه عن السببية- أو صيرورته موجبا لحرمة الأكل من المال الحاصل بالباطل، و ثبوت سببية الحق لحقيّته- بين كون الاستثناء متصلا و منقطعاً، فلا يتوقف الاستدلال بالآية الشريفة على أن يكون الاستثناء متّصلا.

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 346، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث: 3 و غيره.

«إذا افترقا وجب البيع» إذ مفهومه بقاء الخيار قبل الافتراق، ومع يسقط الخيار، وسقوطه ملازم للزوم، ومن المعلوم أنّ مقتضى إطلاق البيع على المعاطاة هو صدق البائع على من باع معاطاة، فتكون لازمة.

الثالث: قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» بتقريب: أنّ الإطلاق يقتضي أن يكون البيع واجبا فعليا من جميع الجهات، لكن يقيّد بأدلة سائر الخيارات أمّا لو أريد جعل اللزوم من حيث خيار المجلس لا مطلقا فلا يدل سقوط الخيار- من حيث المجلس- على اللزوم من سائر الحيثيات، وحينئذ يشترك المعاطاة مع البيع بالصيغة في أنّ المدلول عليه برواية خيار المجلس هو اللزوم الحيثي أي من حيث خيار المجلس، وأمّا من سائر الجهات فلا دلالة فيها على اللزوم.

وعلى كلّ فهذا المقدار من اللزوم الثابت للمعاطاة كاف لإثبات المدعى وهو اقتضاء طبع البيع مطلقا للزوم [1].

[1] لا يخفى أنّه بناء على جواز جعل الخيار في البيع الجائز ذاتا لا يدلّ جعله على لزومه، لأنّ الخيار حينئذ لازم أعم، ومن المعلوم أنّه لا يدل على الملزوم الخاصّ وهو البيع اللازم، فالإستدلال حينئذ على التقريب الأوّل ساقط، لما عرفت من عدم دلالة اللازم الأعم على الملزوم الخاص.

وبناء على عدم صحة جعل الخيار للجائز ذاتا بحسب حكم العقل أو العقلاء، فإن كان هذا الحكم كالقيد الحافّ بالكلام كان إطلاق قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» مقيدا بالبيع اللازم، فمع الشك في لزوم بيع كالمعاطاة لا يصح التمسك بإطلاقه، لكون الشبهة مصداقية.

وإن كان الحكم المذكور كالمخصّص المنفصل الذي لا يوجب تقيّد الموضوع عند صدور الخطاب المطلق، بل يقيّده لثبته، لكون القيد لبيّنا منفصلا، فعلى القول بجواز التمسك

بالعام في الشبهة المصدقية في مثله- كما قيل - فيصح التمسك بإطلاق «البيعان بالخيار» لإثبات الخيار في المعاطاة وكشف لزومها. نظير التمسك بقوله عليه السلام: «لعن الله بني أمية قاطبة» في مورد الشك في أيمان واحد منهم لجواز لعنه، وكشف عدم إيمانه.

وبالجمل: فبناء على جواز التمسك بالعام في المخصص اللَّبِّي المنفصل يجوز التمسك بمثل «البيعان بالخيار» لإثبات الخيار في المعاطاة وكشف لزومها.

وعلى القول بعدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية مطلقا من غير فرق بين المخصصات اللفظية واللبية المتصلة والمنفصلة كما هو المنصور فلا يصح التمسك بالإطلاق لكشف حال الموضوع، هذا.

فان قلت: إنَّ الشبهة المصدقية للمخصّص اللَّبِّي الذي لا يجوز فيها التمسك بالعام في الشبهة المصدقية هو ما إذا خرج عن العام عنوان بحسب حكم العقل كالمؤمن الذي خرج عن حيز عموم «لعن الله بني أمية» وشك في مورد أنه مصداق الخارج أو لا. وأما إذا شك في أصل الخروج ولو من جهة عدم إحراز مصداق للعنوان العقلي- كما فيما نحن بصدده، إذ لم يحرز أن للبيع مصداقا جائزا- فليس الشك فيه من قبيل الشبهة المصدقية للمخصّص المحرزة مخصّصيته.

قلت: لا- فرق في عدم جواز التمسك إذا كان المخصص عقليا بين ما ثبت تحقق أفراد من العنوان الخارج عن العام وشك في فرد آخر، و بين ما لم يثبت ذلك لأنَّ تحقق الفرد وعدمه لا دخل له في الحكم العقلي بالتخصيص.

مثلا حكم العقل بعدم جواز لعن المؤمن ثابت، و موجب لعدم دخوله في قوله: «لعن الله بني أمية قاطبة» من غير نظر إلى خصوصيات المصاديق و خروجها و دخولها، فلو شك في فرد أنه مؤمن أو لا مع العلم بعدم إيمان غيره منهم يكون من الشبهة المصدقية للمخصّص، لا من الشبهة في أصل التخصيص، لأنَّ التخصيص بحكم العقل ثابت على النحو الكلي لا الجزئي، إذ لا شك في خروج المؤمن عن هذا العام، فالشك في أيمان واحد منهم يندرج في

الشك في مصداق المخصص، لا في أصل التخصيص.

و ما نحن فيه من هذا القبيل بناء على كون عدم الدخول أو التخصيص بحكم العقل، فإنّ البيع الواقع بين البيّعين مخصّص بعدم كونه جائزا بالذات، فإذا شكّ في أنّ المعاطاة جائزة بالذات أو لا، لا يجوز التمسك بمثل: البيّعان بالخيار، هذا.

لكنه لا- يخلو من غموض، لأنّ الشبهة المصدقية هي الشبهة الموضوعية التي يرجع في رفع الشك عنها الى غير الشارع. وليس المقام كذلك، لأنّ المرجع في لزوم المعاطاة وجوازها هو الشارع لا غيره، وإن كانت بالنظر الى المخصص العقلي شبهة مصداقية، للشك في مصداقيتها له كما هو واضح، لكن في كون هذا النحو من الشبهة المصدقية مانعا عن التمسك بإطلاق دليل التشريع منع.

فالحقّ: أنّ مثل هذه الشبهة تلحق بالشبهة الحكمية التي مرجعها الى الشك في التخصيص، لا مصداق المخصص المعلوم، فلا مانع من هذه الحيثية من التمسك بإطلاق مثل «البيّعان بالخيار» لإثبات لزوم المعاطاة، هذا.

وأما الاستدلال بمفهوم الغاية ففيه: أنّ نفي ماهية الخيار لا يكون ملازما للزوم، ونفي الجواز، ضرورة مغايرة ماهية الخيار للجواز الحكمي، لما ثبت في محله من أنّ الخيار حق مجعول لذی الخيار قابل للنقل و الاسقاط و الإرث، بخلاف الجواز الحكمي، حيث إنّ حكم للمعاملة كالهبة والوكالة، وليس حقّا مجعولا لأحد حتى يقبل ما ذكر في الخيار، فنفي ماهية الخيار لا ينافي بقاء الجواز الحكمي.

وأما الاستدلال بذيل الرواية وهو قوله عليه السّلام: «إذا افترقا وجب البيع» ففيه: أنّه يقع التعارض بين إطلاق الصدر وإطلاق الذيل بعد وضوح كون الموضوع فيهما واحدا من حيث الإطلاق والتقييد، يعني أنّه لو أريد من الصدر مطلق البيع أو مقيدة كان في الذيل كذلك.

توضيحه: أنّ أصالة الإطلاق في الصدر تقتضي كون البيع بلا قيد موضوع الحكم، فإطلاقه يشمل البيع القولي والمعاطاتي سواء أكانت المعاطاة لازمة واقعا أم جائزة. وأصالة

الإطلاق في الذيل تقتضي الوجوب مطلقاً بعد الافتراق في الموضوع المأخوذ في الصدر، فيقع التعارض بينهما، لأنّ الوجوب المطلق يضاف إلى البيع الجائز. فلا بدّ من رفع اليد عن إطلاق الدّيل أو الصدر. وعلى التقديرين لا يصحّ التمسك بالذيل لإثبات اللزوم في مورد الشك فيه.

أمّا على الأوّل فلأنّ الوجوب الحيثي لا ينافي الجواز، فوجوب البيع من حيث خيار المجلس لا ينافي جوازه من حيث الذات وسائر الحيثيات، فهذا الوجوب لا يثبت اللزوم في مورد الشك كالمعاطة. وعلى القول بالوجوب الفعلي وارتكاب التقييد بالنسبة إلى الجائز - على فرض وجوده - كان التمسك به تشبهاً بالدليل في الشبهة المصدقية للمخصص لاحتمال كون المعاطة مصداقاً للمخصص، فلا تكون لازمة.

وأمّا على الثاني فلأنّ البيع في الصّدر إذا اختصّ بالبيع اللازم كان في الذيل كذلك، فتصير الشبهة مصداقية، لأنّه يشكّ في أنّ المعاطة مثلاً من النوع الجائز بالذات أو اللازم، فيشكّ في موضوعيّته للدليل، فلا يصحّ التمسك به مع هذا الشك، من دون فرق بين كون التخصيص متصلاً ومنفصلاً، لفظياً ولبياً.

وبالجملة: فلا يصحّ التمسك بالعام لإثبات لزوم ما يشكّ في لزومه كالمعاطة مطلقاً، سواء أقلنا بتقييد إطلاق الصدر أم الذيل، لما عرفت من أنّ تقييد الذيل بالوجوب الحيثي لا يثبت اللزوم، لعدم منافاة بين الجواز وبين الوجوب الحيثي. ومن أنّ تقييد الصّدر بالبيع اللازم يوجب كون الشبهة في مشكوك اللزوم مصداقية.

هذا كله مع الغض عن الروايات.

وأمّا مع النظر إليها فهي على طوائف ثلاث:

الأولى - وهي أكثر ما في الباب - ما لم يصرح فيها بالمفهوم كقوله عليه السّلام في صحيحة محمد بن مسلم: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» (1). ونحوها

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 345، الباب 1 من أبواب الخيار، الحديث: 1، رواه الكليني عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «قال رسول الله: البيعان...» الحديث والرواية صحيحة، لكون الرواة بأجمعهم ثقات، فلاحظ تراجمهم.

---

في عدم التصريح بالمفهوم صحيحة زرارة (1) ورواية علي بن أسباط (2) و الحسين بن عمر بن يزيد (3) وغيرها.

الثانية: ما صرح فيه بالمفهوم، كصحيحة فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ فقال لي: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (4).

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أئما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (5).

الثالثة: ما يتضمن حكاية فعل المعصوم عليه السلام لما يوجب البيع، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله «عليه الصلاة والسلام» أنه قال: «إن أبي اشترى أرضا يقال لها العريض، فلما استوجبها قام فمضى، فقلت له: يا أبة عجلت القيام؟ فقال: يا بني أردت أن يجب البيع» (6) و نحوها غيرها.

أمّا الطائفة الأولى فلا ريب في عدم دلالتها على المقصود، إذ فيها- مضافا إلى ما مرّ من:

أنّ نفي طبيعة الخيار لا ينافي الجواز الحكمي، لأنّ الخيار حق و الجواز حكم، و نفي الأول لا ينفي الثاني، فلا يثبت نفي الخيار للزوم في مشكوك اللزوم- أنّ دلالتها على المدعى منوطة بكون المراد بالخيار المجعول ماهيته المطلقة حتى تدلّ الغاية النافية للخيار على سلب ماهيته، كي يدعى أنّ هذا السلب ملازم للزوم. و من المعلوم عدم إرادة ماهية الخيار، إذ لا معنى

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 345، الباب 1 من أبواب الخيار، الحديث: 2.

(2) المصدر، ص 346، الحديث: 5.

(3) المصدر، ص 346، الحديث: 6.

(4) المصدر، ص 346، الحديث: 3، رواه الكليني عن محمد بن يحيى العطار عن أحمد بن محمد بن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام، و الكل ثقات، فالرواية صحيحة.

(5) المصدر، الحديث: 4.

(6) المصدر، ص 347، الباب 2 من أبواب الخيار، الحديث: 1 و 2 وغيرهما من أخبار الباب.

لجعل الافتراق غاية لمطلق الخيار مع كونه غاية لخيار واحد فقط، بداهة أن سائر الخيارات على كثرتها غير معيّنة بالافتراق، فجعل الافتراق غاية لماهية الخيار- مع كونه غاية لخيار واحد و مسقطا له فقط مع ثبوت سائر الخيارات- مستهجن عند أبناء المحاورة، فلا بد من إرادة خيار خاصّ و هو خيار المجلس، و من المعلوم أنّ سلبه من السلب الخاص غير الملازم للزوم.

و أمّا الطائفة الثانية فيظهر الجواب عنها مما تقدم في الجواب عن الطائفة الأولى، فإنّ قوله عليه السّلام: «فلا خيار» محمول على الخيار المذكور في الصدر، لتبعية الذيل له.

مضافا إلى: ما عرفت من أنّ سلب ماهية الخيار مع ثبوت جميع الخيارات- إلا واحدا- مستهجن عرفا، فمع كون جميع الروايات بصدد بيان ثبوت خيار خاص لا طبيعة الخيار- وأنّ المسلوب بعد الغاية و هي الافتراق هو الخيار الخاص، لا لأجل أنّه المفهوم، بداهة كون المفهوم الاصطلاحي هو ما إذا علّق على الغاية سنخ الحكم لا شخصه- لا يبقى ظهور لصحيحة الحلبي في الإطلاق، و لا في حكم آخر غير ما في سائر الروايات، فلا محيص عن حمله على الوجوب الحيثي.

و بالجملة: فلو دار الأمر بين الحمل على الوجوب الفعلي المطلق، و الالتزام بخروج جميع الخيارات على كثرتها تقييدا، و بين الحمل على الوجوب الحيثي، فالترجيح للثاني.

فعلى هذا لا يصحّ التمسك بالروايات التي صرّح فيها بالمفهوم، لأنّه ليس من المفهوم المصطلح، بل من السلب الخاصّ الذي لا يترتب عليه إلا الوجوب الحيثي، لا الوجوب الفعلي المطلق المترتب على المفهوم المصطلح كما لا يخفى.

و أمّا الطائفة الثالثة ففيها- مضافا إلى ظهورها باعتبار قوله عليه السّلام: «استوجبها» في البيع بالصيغة، و إلى: تعارف البيع بالصيغة في الأراضي و القرى، و بعد اشتراطها معاطاة- أنّها قضية شخصية لا يعلم الحال فيها، فليس لها إطلاق يشمل المعاطاة.

فتلخص: أنّ روايات خيار المجلس بطوائفها الثلاث لا تدل على لزوم المعاطاة،

وقد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (1) «1»

### الدليل السابع: الأمر بالوفاء بالعقود

(1) هذه الآية الشريفة دليل سابع على أصالة اللزوم، ونسب الفاضل النراقي قدس سره «2» الى المشهور استدلالهم بها على لزوم كل عقد عرفي. ولم يتعرض المصنف قدس سره هنا لتقريب دلالتها على المدعى، وإنما أفاده في أدلة اللزوم في أول الخيارات، فينبغي توضيح كلامه هنا وعدم الإحالة على بحث الخيارات مع ما بين المبحثين من الفصل الكثير، فنقول وبه نستعين وبوليّه

وعمدة الوجه في عدم دلالتها على ذلك هو كون الوجوب حيثيا، بعد وضوح جعل الافتراق غاية لخصوص خيار المجلس، فسلب الخيار حينئذ سلب الخاص، فكيف يترتب عليه سلب العام وهو طبيعة الخيار؟ فلا إطلاق لوجوب البيع يقتضي لزومه على وجه الإطلاق بعد الافتراق.

فما في تقرير سيدنا الخويي قدس سره من «أن إطلاقها يقتضي اللزوم على وجه الإطلاق بعد التفرق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس» «3» في غاية الغموض، فلاحظ و تأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن مقتضى إطلاق البيع الموضوع للخيار هو لزوم البيع بالافتراق، سواء أكان يبيعا فعليا أم قوليا، فنفس هذا الإطلاق ينفي الفرد الجوازي للبيع.

وبعبارة أخرى: كأنه قيل: كل فرد من أفراد البيع فيه الخيار، ما لم يفترق المتبايعان، فمع افتراقهما يجب البيع وجوبا مطلقا. غاية الأمر أن هذا الإطلاق يقيد بأدلة سائر الخيارات، فإن سائر الخيارات ثابتة بأسبابها الخاصة. بخلاف خيار المجلس، فإنه ثابت للبيع أولا وبالذات، و لذا أطلق الخيار فيه بقوله: «البيعان بالخيار» وأريد به أن الخيار الثابت لطبع البيع مع الغض عن خصوصية المبيع هو خيار المجلس فقط، فلا ينافي ثبوت خيار الحيوان وغيره من الخيارات.

فدعوى دلالة أخبار خيار المجلس على لزوم البيع بسقوطه قريبة جدا، والله العالم.

(1): المائدة، الآية: 1.

(2) عوائد الأيام، ص 1.

(3) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 143.





صلوات الله وسلامه عليه نتوسل ونستجير:

إن الاستدلال بالآية المباركة يكون تارة بجعل الأمر بالوفاء مولويا، وأخرى إرشادا إلى صحة المعاملة بالمعنى الأعم، ولما كان مختار المصنف هو الأوّل كان اللازم الاقتصار على المقدمات الدخيلة في إثبات مقصوده قدّس سرّه.

الأولى: أنّ الأصل الأوّلي في مدلول هيئة «افعل» هو الوجوب التكليفي وبعث المكلف نحو المادّة، وهذا أصل متّبع لا يرفع اليد عنه إلاّ بقرينة، كما التزموا به في صرف الأمر بأجزاء المركبات إلى الإرشاد إلى الجزئية. وأمّا في المقام فلا قرينة تقتضي الحمل على الإرشاد إلى صحة المعاملة ولزوم العقد، فيبقى الأمر بالوفاء على ظاهره من الوجوب المولوي.

الثانية: أنّ معنى الوفاء الذي وقع في حيّز الأمر هو القيام بمقتضى العقد، كما عن البيضاوي، فإذا دلّ عقد البيع على تمليك العاقد ماله لغيره وجب عليه العمل بمقتضاه من تسليمه الى المشتري، و ترتيب آثار مملوكيته له، فلا يجوز أخذه منه بغير رضاه، فإذا تصرّف البائع فيه بغير رضى المشتري كان ذلك نقضا للعقد لا وفاء به.

ثم إنّ في هذا الوفاء المأمور به مدلولاً آخر، وهو إطلاقه الأزمانى والأحوالى، وربما يعبر عن الأوّل بعمومه بحسب الأزمان، كما في دوران الأمر بين الرجوع الى حكم العام واستصحاب حكم المنخصّص.

الثالثة: أنّ «العقود» التي يجب الوفاء بها تكليفاً والعمل بمقتضاها قد اختلفت كلماتهم في المراد بها في خصوص الآية المباركة، كما اختلفت كلمات أعلام اللغة في أصل معنى العقد، فينبغي الإشارة إلى كلا الاختلافين.

أمّا في معناه اللغوي ففي اللسان: «العقد نقيض الحل» «1» وفي المفردات: «الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك

(1): لسان العرب، ج 3، ص 296.

للمعاني نحو عقد البيع» (1) وفي القاموس: «عقد الحبل و البيع و العهد يعقده: شدّه» (2) وفي الصحاح: «عقدت البيع و الحبل و العهد فأنعقد» (3) و عن البيضاوي: «العقد: العهد المشدّد».

وفي مجمع البيان: «العقود جمع عقد بمعنى معقود، و هو أوكد العهود. و الفرق بين العقد و العهد: أنّ العقد فيه معنى الاستيثاق و الشّد، و لا يكون إلاّ بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فكل عهد عقد، و لا يكون كل عقد عهدا. و أصله: عقد الشيء بغيره، و هو وصله به، كما يعقد الحبل» (4).

هذه بعض كلماتهم، و لعلّها تتلخّص في معنيين:

أحدهما: مطلق العهد و الالتزام النفساني سواء أ كان بين شخصين كالعقود، أم شخص واحد كالحلف و اليمين، و سواء أ كان مشدّدا لا يجوز فسخه و العدول عنه أم غير مشدّد.

ثانيهما: خصوص العهد المؤكّد الذي يقتضي بحسب طبعه العمل بمقتضاه، و عدم الرجوع عنه. هذا بحسب اللغة.

و أما اختلاف المفسّرين في خصوص ما يراد من العقود في هذه الآية المباركة، فقد نقل أمين الإسلام أقوالا أربعة بعد تفسير العقود بالعهود.

أحدها: العهود التي كان أهل الجاهلية يعاهد بعضهم بعضا على التّصرة و المؤازرة و المظاهرة على من حاول ظلمهم.

ثانيها: العهود التي أخذها الباري جلّ و علا على عباده بالايمان به و طاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم.

(1): مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص 341.

(2) القاموس المحيط، ج 1، ص 315.

(3) صحاح اللغة، ج 2، ص 510.

(4) مجمع البيان، ج 3، ص 151.

ثالثها: العقود التي يتعاهدها الناس كعقد الأيمان وعقد النكاح والعهد والبيع، أي العقود الفقهية والمعاملات بالمعنى الأعم.

رابعها: العهود المأخوذة من أهل الكتاب على العمل بما فيها من تصديق نبينا صلى الله عليه وآله وسلم.

ثم رجّح أمين الإسلام قدس سرّه القول بعموم العهود لكلّ ما أوجبه الله تعالى على العباد والفرائض والحدود والعقود الفقهية المتداولة بين العقلاء (1).

وهذه المعاني الأربعة أنهاها الفاضل النراقي إلى ستة أو ثمانية، فراجع كلامه (2).

وكيف كان فتقريب الاستدلال بالآية الشريفة على لزوم المعاطاة هو: أنّ العقد- سواء أكان مطلق العهد أم خصوص المؤكّد- يصدق على المعاطاة، إذ لا شبهة في أنّ عنوان العقد لا يتقوم باللفظ، لحصول المعاقدة- والربط بين التزامين- بكلّ من اللفظ والفعل، فيجب الوفاء بما يقتضيه العقد من تمليك أو تزويج أو غيرهما، ويحرم نقضه.

ومن المعلوم أنّ الوفاء بالعقد ليس مجرد ترتيب الأثر عليه حدوثاً، بل يدور صدق الوفاء مدار القيام بمقتضى العقد بقاء أيضاً، فلو لم يستمرّ العاقد في العمل بمقتضى العقد لم يصدق الوفاء به، بل صدق مقابله وهو النقض الذي هو رفع اليد عن بقاء مقتضى العقد.

فإذا باع زيد كتاباً من عمره بالمعاطاة وسلّمه إياه، ولكنّه بعد ساعة رجع واستردّ الكتاب منه لم يصدق أنّه وفى بالعقد بقول مطلق، بل صدق عليه عنوان النقض، لأنّ وفاءه كان في الساعة الأولى خاصة، مع أنّ مدلول الآية الشريفة وجوب ترتيب أثر العقد في جميع الآت المتأخّرة عن العقد، وهذا هو اللزوم، إذ لا يجوز للبائع أن يفسخ العقد ويملك الكتاب مرّة أخرى.

وبهذا التقريب ظهر عدم جريان توهم التمسك بالعام في الشبهة المصدّقية «لا احتمال تأثير الفسخ والرجوع في رفع أثر العقد، وعود المال إلى البائع» وجه عدم الجريان: أنّ الآية

(1): مجمع البيان، ج 3، ص 151 و 152.

(2) عوائد الأيام، العائدة الأولى، ص 2 إلى 5.

بناء (1) على أنّ العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان «1»، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغة (2)، و كيف كان (3) فلا يختص (4)

المباركة- بمقتضى الإطلاق- تدل على وجوب الوفاء بالعقد في كل حال وفي كل زمان، فالتصرفات الواقعة بعد الفسخ محرّمة أيضا، لكونها نقضا للعقد، و ينتزع من حرمة هذه التصرفات تكليفا فساد الفسخ وضعا، و عدم ارتفاع العقد به بناء على ما حرّر في الأصول من انتزاع الوضع من التكليف و عدم تأصله في الجعل، هذا.

(1) قد عرفت وجه هذا التقييد، وأن الاستدلال بالآية يتوقف على أحد القولين في المراد بالعقد.

أحدهما: مطلق العهد، كما رواه علي بن إبراهيم في تفسيره- بسند صحيح- عن الصادق عليه السّلام.

ثانيهما: خصوص العهد المشدّد، كما ورد في كلام جمع من اللغويين.

و أمّا لو كان المراد بالعقد في هذه الآية المباركة أمورا آخر- كما تقدمت في كلام مجمع البيان- كانت أجنبية عمّا نحن فيه.

(2) كالفيروزآبادي و الجوهري و البيضاوي، و نحوهم صاحب معيار اللغة.

(3) أي: سواء أكان العقد مطلق العهد أم خصوص المشدّد يتجه الاستدلال، لعدم اختصاص مطلق العهد- و لا خصوص المشدّد منه- باللفظ، لصدقه على إنشائه بالفعل أيضا.

و بالجملة: فالمراد بالوفاء بالعقد هو العمل به مستمرا، و يقابله الحلّ و النقض.

و المقصود بالأمر هو وجوب الوفاء تكليفا في جميع الأزمنة التي منها زمان فسخ أحدهما، فلا ينفذ الفسخ في انحلال العقد.

(4) أي: لا يختص العقد باللفظ كما قيل، إذ المعاقدة كما تحصل بالقول كذلك تحصل بالفعل، فتكون المعاطاة عقدا، حيث إنّ المراد بالشّد مطلق الربط و إن لم يكن لازما، و لذا يمكن الجمع بين التفسير بالعهد الموثق و بين حسن الوفاء به، و هو كالمفسّر لسائر كلمات أهل اللّغة ممّن عبّر بالشّد كالقاموس و المعيار و المنجد و أقرب الموارد، فالمراد بالأحكام

(1): تفسير القمي، ج 1، ص 160.

و الشّد هو إيقاع الربط كما يستفاد من المحكيّ عن أقرب الموارد «عقد الحبل و البيع و العهد و اليمين و نحوها عقدا: أحكمه و شدّه، و هو نقيض حلّه» و عنه «حل العقدة حلّا: نقضها و فتحها».

[1] خلافا للمحقق النائيني قدّس سرّه حيث ذهب إلى اختصاص العقد باللفظ، فإنّه بعد تقسيم اللزوم إلى حكمي و حقي - و تمثيله للأول بالنكاح و الضمان و الهبة لذي الرحم و نحو ذلك من القربات التي لا رجعة فيها، و لذا لا تصحّ فيها الإقالة، و لا يصح جعل الخيار لأحد الزوجين في النكاح و للثاني بالعقود المعاوضية اللفظية من التنجيزيّة كالصلح و البيع و الإجارة، و التعليقيّة كالسبق و الرماية- قال ما لفظه:

«فإنّ بقوله: بعث ينشأ أمران: أحدهما مدلول مطابق للفظ، و هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله الذي ينشأ بالفعل أيضا، لأنّه أيضا مصداق لعنوان البيع بالحمل الشائع الصناعي.

و ثانيهما: مدلول التزامي له، و هو التزامهما بما أنشأه، و هو يختص بما إذا أنشأ التبديل باللفظ دون الفعل، فإنّ الدلالة الالتزامية بحيث يرى في العرف و العادة ملازمة بين تبديل طرف إضافة بمثله و التزام البائع بكون المبيع بدلا عن الثمن و التزام المشتري بكون الثمن عوضا عن المثلث تجري في اللفظ.

و أمّا الفعل فقاصر عن إفادة هذا المعنى، فإنّ غاية ما يفيدّه هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله إذا قصد منه. و أمّا التزام البائع ببقاء بدلوية المبيع للثمن فليس الفعل دالّا عليه ..

الى أن قال: فعلى هذا لا يمكن ثبوت أن يفيد الفعل الالتزام العقدي، بل هو خارج بالتخصص عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فإنّ العقد إنّما يسمى عقدا لكونه مفيدا للعهد المؤكّد و الميثاق و التعهد، و الفعل قاصر عن إفادة هذا المعنى.

نعم يمكن إيجاد هذا المعنى بالفعل أيضا، إلّا أنّه لا بالتعاطي، بل بالمصافقة و نحوها.

و أمّا باب الألفاظ فحيث إنّ الملازمات العرفية من أنحاء المدلولات، و العرف يرى من أوجد البيع بلفظ- بعث- أنّه التزم ببقائه على ما أنشأه، فيمكن أن ينشأ بلفظ- بعث-

---

معنيان: أحدهما نفس التبديل، و ثانيهما التزامهما بما التزما به من التبديل» (1).

و أنت خير بأن ما أفاده قدس سره مما لم يقم عليه دليل، إذ قوله: «بعت» مثلا لا يدل بمادته و لا بهيئته على الالتزام ببقاء بدلية المبيع عن الثمن، و ذلك لأن معنى مادة- بعت- هو التبديل أو التمليك، فمدلول المادة ليس غير تبديل طرف الإضافة. و الهيئة تدل على نسبة البيع الى المتكلم نسبة صدورية. و أما الالتزام باستمرار البدلية بين المالين فهو معنى اسمي أجنبي عن مدلول كل من المادة و الهيئة.

فالحق أن يقال: إن كان الالتزام المزبور من لوازم التبديل المذكور عرفا، فهذا اللازم ثابت له بمجرد تحققه، لأنه من لوازم ذات التبديل، لا بما أنه مفاد اللفظ، فإذا ثبت المعنى و هو التبديل بلفظ أو فعل ثبت لازمه المزبور. و عليه فيمتنع التفكيك بين التبديل المتحقق باللفظ أو الفعل و بين الالتزام ببقائه.

و إن لم يكن الالتزام المزبور من لوازم التبديل لم يدل التبديل عليه، سواء أنشئ التبديل باللفظ أم بالفعل، و من المعلوم أن بناء العرف في تبديل الأموال بالبيع على استمرار البدلية بين الثمن و المبيع، فنفس التبديل من غير فرق بين إنشائه باللفظ أو الفعل يدل على الالتزام المزبور. فدعوى «عدم صدق العقد على المعاطاة لخلوها عن اللفظ، فلا تدل على الالتزام بالبقاء» خالية عن البرهان.

فلا فرق بين اللفظ و الفعل في الدلالة على الالتزام المذكور، فصدق العقد على المعاطاة مما لا ينبغي الارتياح فيه، فيشملها عموم «أوفوا بالعقود» و يدل على نفوذ التبديل الحاصل من المعاطاة، و الالتزام ببقائه و عدم نقضه هذا.

و قد أورد على الاستدلال بالآية المباركة بوجوه:

الأول: ما في حاشية المحقق الايرواني قدس سره و غيرها من: أن التمسك بالآية بعد الفسخ غير جائز، لكونه من التشبث بالدليل في الشبهة المصدقية، إذ من المحتمل كون الفسخ موجبا لانحلال العقد و ارتفاعه، فلا يحرز معه وجود العقد و بقاءه حتى يشملها عموم «أوفوا»، هذا (2).

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 64.

(2) حاشية المكاسب، ص 81.

وفيه: أنه إن أريد بالعقد الإنشائي أو النفساني المقيّد بالإنشاء فلا إشكال في زواله بنفسه لا بالفسخ. وإن أريد به العهد النفساني فزواله بالفسخ منوط بجعل الفسخ رافعا له، ومقتضى الإطلاق الأحوالي هو بقاء العقد، ويترتب عليه وجوب إبقائه وعدم نقضه.

وكذا لو كان المشكوك فيه موضوع العقد كالمبادلة التي وقع العقد عليها.

تقرير الشبهة: أنه يحتمل ارتفاع المبادلة بالفسخ، فلا معنى حينئذ لوجوب الوفاء بالعقد عليها، للشك في موضوع العقد، الموجب للشك في اندراجه في موضوع وجوب الوفاء.

والجواب عن ذلك: أن الإطلاق الأحوالي يقتضي لزوم الوفاء في جميع الحالات التي منها حال الفسخ ومقتضى هذا الإطلاق وجود العقد بعد الفسخ، فالمبادلة مثلا باقية بعد، فيجب الوفاء بالعقد عليها.

وبالجملة: الإطلاق الأحوالي يحرز بقاء موضوع العقد بعد الفسخ.

الثاني: أن خطاب «أوفوا» يمنع تكليفا عن الفسخ واسترجاع العين، لا وضعا، والمدعى هو عدم تأثير الفسخ في حلّ العقد لا حرمة التصرف تكليفا، هذا.

وفيه أولا: أن وجوب الوفاء ليس تكليفيًا، بل هو إرشاد إلى صحة المعاملة في جميع الأزمنة والحالات التي منها حال الفسخ، إذ لا معنى لحرمة التلفظ بكلمة «فسخت أو رجعت» بل المراد هو الإرشاد إلى صحة العقود ونفوذها حدوثا وبقاء، بحيث لا يؤثر الفسخ في انحلال العقد ونقضه.

وثانيا: أن حرمة التصرف في العين بعد الفسخ تكشف عن عدم نفوذ الفسخ في رجوع الفاسخ، إذ لا وجه لحرمة فيها بعد الفسخ إلا بقاء العين على ملك مالكة الفعلي وعدم رجوعه إلى ملك الفاسخ، فحرمة التصرف لازم بقاء العقد وعدم انفساحه، وهذه الدلالة الالتزامية كافية في إثبات بقاء العقد وعدم تأثير الفسخ فيه، ولا نعني باللزوم إلا بقاء العقد بعد الفسخ، هذا.

الثالث: أن الآية لا تجدي في إثبات اللزوم عموما، وإنما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلقًا بالفعل حتى يخاطب بخطاب «أوفوا» فلا تشمل الآية العقد الواقع على



---

النتيجة كالمقام، إذ العقد المعاطاتي واقع على النتيجة. هذا محصل ما يظهر من حاشية المحقق الايرواني قدس سره (1).

وفيه: أن البيع المعاطاتي كالقولي يتعلق بالتمليك أو التبديل، من دون فرق بين العقد القولي والفعلي، فكلّ منهما يتعلق بالتبديل مثلاً الذي هو فعل يتعلق به خطاب أوفوا، هذا.

مع أن العقد الواقع على النتيجة يتعلق بـ «أوفوا» باعتبار مقتضياته، فإنّ الملكية يترتب عليها آثار من حرمة تصرف غير المالك أو حرمة مزاحمته، فالوفاء بالملكية عبارة عن التصرفات المترتبة عليها، كما لا يخفى.

الرابع: احتمال إرادة غير ما تعارف بين الناس من المعاطاة ونحوها مما لا يكون مفاده غير التمليك والتملك، بأن يكون مرادهم بالعقد- زائداً على الصيغة ونحوها- التشديد والإحكام بقول أو عمل، فلا تشمل الآية المعاطاة المبحوث عنها في المقام، فحينئذ لا يصح الاستدلال بالآية للزوم المعاطاة، هذا.

وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاحتمال إلا ما ورد في كلام بعض اللغويين من تفسير العقد بالعهد المشدّد. لكنّه غير وجيه، لما فيه أولاً من عدم ثبوته، والظاهر أنّه بمعنى العقدة، وهي أعم من المشدّدة، فهي بالفارسية بمعنى «گره» سواء أكانت محكمة مبرمة أم لا، ففي المنجد:  
(«و عقد الخيط جعل فيه عقدة») (2).

والتبادر يقضي بأنّه مطلق ما جعل في الحبل والخيط.

ويشهد لعدم اعتبار الاستيثاق والتوكيد في معناه قول من فسّره بمطلق العهود

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 81.

(2) المنجد في اللغة، ص 518، الطبعة العشرون.

---

كابن عباس و جماعة من المفسرين على ما في مجمع البيان «1». وعلى هذا فاستعير عقد الحبل لمطلق الربط في الأمور الاعتبارية سواء أ كان فيها شدّ أم لا.

و ثانيا: من معارضة من قال من اللغويين باعتبار الشدّ فيه لقول من لا يقول باعتباره منهم، فلا دليل حينئذ على اعتبار الشدّ فيه، فلا مانع من التمسك بالآية الشريفة للزوم المعاطاة.

الخامس: لزوم تخصيص الأكثر، لخروج المعاملات الجائزة، وهي أكثر من العقود اللازمة، بل وخروج العقود الخيارية، فيخرج بسبب خيار المجلس مثلا مطلق البيوع، هذا.

وفيه أولا: أنّه لا يلزم ذلك، لكثرة العقود اللازمة، وقلة العقود الجائزة.

و ثانيا: أنّ كل تخصيص أكثرى ليس مستهجنا، وأنّ المستهجن منه هو ما إذا كان الباقي تحت العام بعد التخصيص في غاية القلّة، بحيث يكون التعبير عن القليل ببيان العام مستهجنا عند أبناء المحاوره، وخارجا عن طريقة البيان عندهم، هذا و أمّا الخيارات فهي من باب التقييد لا التخصيص، و الخيار يكون حينئذ من قبيل اعتبار التقابض في صحة بيع الصرف، فالبيع المشدّد المعبّر عنه باللازم مقيد بعدم الخيار فيه، فالتقييد تارة يكون في ناحية الصحة، و أخرى في ناحية اللزوم.

ثمّ إنّ هذا الإشكال - أي: لزوم تخصيص الأكثر - مبني على كون الآية المباركة بصدد بيان الوجوب التكليفي أو اللزوم الوضعي. و أمّا إذا كانت بصدد الإرشاد إلى الصحة فلا إشكال، إذ ليس مفادها حينئذ إلّا الصحة المشتركة بين العقود - بأسرها - اللازمة و الجائزة، فلا يلزم تخصيص أصلا كما لا يخفى. لكن لازمه أجنبية الآية عن أدلة اللزوم بناء على ما يستفاد من المصنّف قدّس سرّه من عدم كونها من أدلة صحة البيع، حيث إنه لم يستدل بها عليها.

السادس: أنّ المراد بالعقود هي العقود المتعارفة في زمان نزول الآية الشريفة، فلا عموم فيها يشمل المعاطاة.

وفيه: أنّ الجمع المحلّي باللام ظاهر في العموم الشامل للعقود المتعارفة في

---

(1): مجمع البيان، ج 3، ص 151.

ذلك الزمان وغيره، و من المعلوم أنّ حمل اللام على العهد إلى عقود خاصة خلاف الأصل.

و نظير هذا الاشكال ما يقال أيضا من: أجنبية الآية عن العقود الفقهية و العهود المتعارفة، إذ المراد بها العقود التي أخذها الرسول الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من المسلمين من الإقرار بولاية أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين، كما يظهر ممّا رواه القمي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام، قال عليه السلام: «ان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عقد عليهم لعليّ عليه السلام بالخلافة في عشرة مواطن، ثم أنزل يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين عليه السلام» (1).

و عليه فلا موضوع للاستدلال بهذه الآية على اللزوم من كون الأمر بالوفاء مولويا أو إرشاديا، و من كون العقود مطلق العهود أو خصوص الموثق منها.

لكن يمكن أن يقال: بأنّ ورود الآية المباركة في الأمر بالوفاء بالميثاق المأخوذ من المسلمين - بل من كافة أهل السماوات و الأرضين - و تطبيقها عليه لا يمنع من عموميتها الاستفادة من الجمع المحلّي باللام، و من تفسيره بمطلق العهود كما في صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة، فالمأمور به هو الوفاء بكل عقد و عهد التزم به المؤمن و أقرب به، سواء أكان التزاما معامليا أم نذرا أم عقد القلب على الانقياد للإمام المفترض الطاعة، و القيام بما يقتضيه.

و عليه فلا مانع من هذه الجهة عن الأخذ بالعموم، و الله العالم.

السابع: ما عن الفاضل النراقي قدس سرّه من أنّه يحتمل أن يكون المراد بالعقود في الآية سائر معاني العهد كالوصية و الأمر و الضمان، قال: «و لو سلّمنا أنّ للعهد معنى يلائم العقود الفقهية، فإنّ ذلك من الآية غير معلومة». (2)

وفيه: أوّلا: أنّه لم يظهر مرادفة العقد للعهد، بل الظاهر خلافه.

و ثانيا: أنّ المتسالم عليه بين اللغويين و الفقهاء وغيرهم شمول «العقد» للعقود الفقهية.

(1): تفسير البرهان، ج 1، ص 431.

(2) عوائد الأيام، ص 8.

## [الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط]

و كذلك (1) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون عند شروطهم» (1)

الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط

(1) كما دلت آية وجوب الوفاء بالعقود على اللزوم، كذلك يدل عليه ما روي عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من قوله: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا هو الدليل الثامن، وذلك آخر الأدلة التي استدلت بها المصنف قَدَسَ سِرُّهُ عَلَى أَصَالَةِ اللُّزُومِ فِي الْمَلِكِ.

وينبغي التعرض لأمرين قبل تقريب الاستدلال:

الأول: أنّ هذا الحديث الشريف روي مرسلا عن النبي الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وربما يرمى بالصّدِّحِ للإرسال، لكنّه روي مسندا في نصوص معتبرة أسنده الإمام عليه السّلام في بعضها إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، ولم يسندها إليه في بعضها الآخر، وإن كان كلام أولهم وآخرهم صلى الله عليهم أجمعين نورا واحدا نابعا من الوحي الإلهي و ترجمانا له.

الثامن: ما عنه قَدَسَ سِرُّهُ أَيضاً مِنْ: أنّ العهد الموثق إمّا العقد اللازم شرعا، فلا بدّ من إحرازه.

ومعه لا حاجة الى التمسك بالآية. أو الموثق العرفي، فلا بدّ من إثباته. وليس مجرد بنائهم على الإبقاء على مقتضى العقد توثيقا له، لأنّ ما لا يقصد فيه الإتيان البتّة ليس عهدا، فحصول التوثيق يحتاج إلى أمر آخر، وعلى المستدل إثبات التوثيق عرفا (2).

وفيه: ما عرفته من أنّ المراد بالتوثيق هو العرفي، ولا موجب لإرادة اللزوم الشرعي من العقود اللازمة، بعد ما مرّ من عدم كون الوثيقة أمرا زائدا على نفس الربط أو خصوص اللازم منه على الاحتمالين المتقدمين، فيصحّ التمسك بالآية لصحة كلّ معاملة على الثاني، ولصحة المعاملات المبنية على اللزوم عند العرف على الأول.

نعم مع الشك في الموضوع- أعني به العقديّة- لا مجال للرجوع الى الآية المباركة كما هو واضح.

فتحصل: أنّه يصحّ التمسك بالآية على صحة المعاطاة بناء على كون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بصدد بيان صحة العقود، وعلى لزومها بناء على كونها بصدد اللزوم الوضعي، هذا.

(1): عوالي اللئالي، ج 1، ص 218، الحديث: 84، و ص 293، الحديث: 173.

(2) عوائد الأيام، ص 8.



ففي معتبرة منصور بن بزرج- الآتية في التعليقة- استدلل الامام الكاظم عليه السّلام بهذه الجملة على وجوب الوفاء بالشرط فقال: «فان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: المؤمنون عند شروطهم». «1»

وفي موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: «أنّ عليّ بن أبي طالب عليه السّلام كان يقول: من شرط لا مرأته شرطا فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما». «2»

وكذا في معتبرتي عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السّلام «3».

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام في حديث: «والمسلمون عند شروطهم...». «4»

و عليه فهذا المضمون قد قامت الحجة على صدوره من أهل بيت الوحي عليهم الصلاة و السّلام، و مجرد روايتها مرسلّة في عوالي اللثالي غير قادح في الاعتبار.

مضافا الى: أنّها من الروايات المعتمد عليها في الكتب الفقهية من عصر شيخ الطائفة كما لا يخفى على المتتبع.

الثاني: أنّ المحقق الأردبيلي قدّس سرّه استدلل بهذا الحديث الشريف على اللزوم، حيث قال:

«لعلّه يظهر عدم الخلاف في أنّ مقتضى البيع هو اللزوم، مستندا إلى الكتاب و السنة، مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و مثل قول أبي عبد الله عليه السّلام: المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله، فإنّه لا يجوز، في صحيحة عبد الله بن سنان، و غير ذلك كما سيجيء، فهو مؤيد لما قلناه من اللزوم في بيع المعاطاة، فتذكر» «5».

(1): وسائل الشيعة، ج 15، ص 30، الباب 20 من أبواب المهور، الحديث: 4.

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 353، الباب 6 من أبواب الخيار، الحديث: 5.

(3) المصدر، الحديث: 1 و 2.

(4) وسائل الشيعة، ج 17، ص 408، الباب 21 من أبواب موانع الإرث، الحديث: 1.

(5) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 383.

وقد حكاها المصنف عنه في أول الخيارات عند ذكر هذا النبوي في عداد أدلة اللزوم، لكنه ناقش في دلالته بمنع صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية، فراجع.

وأما تقريب الاستدلال بهذا النبوي على لزوم كل عقد سواء أكان مقتضاه الملكية أم غيرها فهو: أن الشرط أطلق على الالتزام الابتدائي - لا خصوص الالتزام المأخوذ في ضمن عقد و معاملة- في موارد:

منها: قوله عليه السلام في ردّ من اشترط على نفسه عدم التزويج بامرأة أخرى: «إن شرط الله قبل شرطكم» حيث أطلق الشرط الأول على حكم الله الأولي من تشريع التزويج بأربع.

و منها: قوله عليه السلام في خيار الحيوان: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام» إذ المقصود بالشرط ليس الالتزام المجعول في عقد البيع، بل نفس كون المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام.

و منها: ما ورد في دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في هذه الدنيا» فإن المقصود بالشرط هو الميثاق المأخوذ من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام من الإعراض عن زخارف الدنيا والزهد فيها.

و منها: غير ذلك مما سيأتي في التعليقة.

فإطلاق الشرط في النصوص على التعهد الابتدائي مسلم.

وكذا ورد في كلام بعض اللغويين، قال في المنجد: «الشرط: إلزام الشيء و التزامه» (1) و ظاهره أعمية الشرط من الالتزام الابتدائي و الضمني، فكما يصدق الشرط على الالتزام بخياطة ثوب في ضمن بيع كتاب بدينار، كذلك يصدق على نفس بيع الكتاب بدينار، لما فيه من الالتزام بالمعاملة و المبادلة بين المالين.

وعليه فيشمل الشرط الالتزامات المعاملية، من غير فرق بين كونها مبرزة بمظهر قولي كالبيع بالصيغة، و فعلي كالبيع المعاطاتي، فكأنه قيل: إن المؤمن ملزم بشرطه، وأنه لا يزول شرطه بالفسخ، فالبيع المعاطاتي من الالتزامات التي لا تزول بالفسخ، و ليس هذا إلا اللزوم،

(1): المنجد في اللغة، ص 382، الطبعة العشرون.

فإنّ الشرط لغة (1) مطلق الالتزام (2) فيشمل ما كان بغير اللفظ (3).

---

فيدل الحديث المزبور على لزوم المعاطاة [1].

(1) لا- بد أن يكون مقصود المصنف من اللغة: بعض اللغويين، وإلاّ لما صحّ نسبته إلى اللغة بقول مطلق، إذ فيما بأيدينا من كتبهم تخصيص الشرط بالالتزام الضمني، ففي اللسان:

«إلزام الشيء و التزامه في البيع ونحوه» «1» ونحوه في القاموس وأقرب الموارد. بل في المنجد أيضا قبل عبارته المتقدمة، حيث قال: «شرط عليه في بيع ونحوه: ألزمه شيئا فيه».

وعليه فكون الشرط في اللغة بمعنى مطلق الالتزام غير ثابت. و تمام الكلام في التعليقة الآتية.

(2) يعني: سواء أ كان ابتدائيا أم ضمنيا، و سواء أ كان قوليا أم فعليا، و عليه فالإطلاق هنا من ناحيتين.

(3) كالمعاطاة، فإنّ الالتزام القلبي فيها يكون كالالتزام في البيع القولي، فيشمله الحديث الدال على وجوب الوفاء به بقول مطلق، و من المعلوم أنّ رجوع أحد المتعاطيين فيما انتقل عنه بالمعاطاة نقض للشرط، و هو منهي عنه تكليفا، و ليس بنافذ وضعا، و هذا هو المقصود من لزوم المعاطاة.

---

[1] فيه: أنّ الاستدلال المزبور مبني على كون الشرط مطلق الالتزام، لا- خصوص الالتزام الضمني، و ذلك غير ثابت، لما عرفت من اختلاف اللغويين في معنى الشرط، و ذهاب أكثرهم إلى كونه التزاما في ضمن بيع و نحوه. و مقتضى القاعدة التساقط، و المتيقن- بل المتبادر- خصوص الالتزام الضمني، فلا- يطلق على الابتدائي حقيقة حتى يصح الاستدلال به على المعاطاة، و لا أقلّ من الشك في الشمول.

لا يقال: إنّ استعماله في الشروط الابتدائية في الروايات كاف في ردّ قول بعض أهل اللغة ممّن خصّ الشرط بالضمني، و إثبات كونه أعمّ منه و من الابتدائي، فيطلق «الشرط» على

---

(1): لسان العرب، ج 7، ص 329.

ص: 554



نفس البيع كما يطلق على الالتزام الواقع في ضمنه.

فمن تلك الروايات: قول أبي جعفر عليه السلام - في ردّ من اشترط عدم التزويج بامرأة أخرى - : «ان شرط الله قبل شرطكم» (1) إذ المراد بشرط الله جلّ وعلا هو نفس تشريع التزويج بالثانية، فأطلق الشرط على الحكم الأولي على حدّ إطلاقه على الالتزام الضمني، المدلول عليه بقوله عليه السلام: «شرطكم».

و منها: قول عائشة لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في قضية شراء بريرة - «إنّ أهل بريرة اشترطوا ولاءها» (2) فتأمل.

و منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «.. و شرط الله أكد». (3)

و منها: قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام» (4).

و منها: قول الامام السجّاد عليه السلام في دعاء التوبة: «و أوجب لي محبّتك كما شرطت.

و لك يا ربّ شرطي أن لا أعود في مكروهك». (5)

و منها: ما ورد في دعاء الندبة من قوله عليه السلام: «بعد أن شرطت عليهم الزهد .. إلخ». هذا.

فإنّه يقال: بعد تسليم كونه مستعملا في الموارد المذكورة في الشرط الابتدائي - أنّ الاستعمال أعم من الحقيقة. مع إمكان التفصّي عن ذلك: أمّا في قوله عليه السلام: «شرط الله قبل شرطكم» و «شرط الله أكد» فبكونهما مجازا بقرينة المشابهة، حيث إنّ شرط الرجل في ضمن عقد النكاح عدم التزويج على امرأته مشابه لشرطه تعالى جواز تعدد التزويج في النكاح.

و أمّا مثل قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان .. إلخ» فبأنّ المراد به ظاهرا غير الإلزام

---

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 46، الباب 38 من أبواب المهور، الحديث: 1.

(2) وسائل الشيعة، ج 16، ص 40، الباب 37 من كتاب العتق، الحديث: 1.

(3) مستدرک الوسائل، ج 13، ص 300، الباب 5 من أبواب الخيار، الحديث: 2.

(4) وسائل الشيعة، ج 12، ص 351، الباب 4 من أبواب الخيار، الحديث: 1.

(5) الصحيفة السجّادية، الدعاء الحادي والثلاثون: دعاء التوبة.

و الالتزام. و إطلاق الشرط عليه باعتبار الشرط الأصولي و هو كون اللزوم معلقاً على انقضاء الثلاثة، فلزومه معلق على انقضائها، و جوازه معلق على بقاء الثلاثة.

و الحاصل: أن شرط جواز البيع هو عدم مضي الثلاثة، فإطلاق الشرط على خيار الحيوان بهذه العناية.

و أمّا قوله عليه السّلام: «و أوجب لي محبتك كما شرطت» فإرادة التعليق منه أيضاً، حيث إنّ الحَبّ معلق على التوبة، فليس المراد به الإلزام أو الالتزام كما هو مورد البحث.

و أمّا قوله عليه السّلام: «و لك يا ربّ شرطي» فالمراد به هو الضمني، لأنّ شرط عدم العود وقع في ضمن التوبة.

و أمّا شرط الولاء للبائع في قصّة شراء بريرة فظهوره في الالتزام الضمني لا الابتدائي مما لا يخفى، فراجع الرواية الثانية من نفس الباب، فإنّها كالصريحة في أنّ موالي بريرة شرطوا الولاء في ضمن البيع، فقضى صلّى الله عليه وآله و سلّم بأن الولاء للمعتق لا للبائع.

و أمّا إطلاقه على البيع في روايات باب من باع سلعة بثمن حالاً و بأزيد منه مؤجّلاً - كقوله عليه السّلام في رواية عمار في حديث «إنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم بعث رجلاً إلى أهل مكة، و أمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع» (1) و في رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع» (2) و رواية الحسين بن زيد عن الصادق عليه السّلام عن آبائه عليهم السّلام في مناهي النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم: «قال: و نهى عن بيعين في بيع» (3) - فالظاهر أنّه من الإطلاق على الشرط بمعنى التعليق، لا بمعنى الالتزام الابتدائي حتى يتم مدعى المستدل.

توضيحه: أنّ المراد هو بيع سلعة بثمنين مختلفين - زيادة و نقيصة - باختلاف كونه

(1) وسائل الشيعة، ص 367 و 368، الباب 2 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 3.

(2) وسائل الشيعة، ص 367 و 368، الباب 2 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 4.

(3) وسائل الشيعة، ص 367 و 368، الباب 2 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 5.

مؤجلا و حالًا، فكأنه قال: إن كان حالًا فبكذا، وإن كان مؤجلا فبكذا، فإطلاق الشرط على البيع حينئذ باعتبار هذا التعليق الذي هو شرط، لا بمعنى الإلزام والالتزام حتى يكون التزاما ابتدائيا، ويثبت به إطلاق الشرط على الالتزام مطلقا وإن كان ابتدائيا، وباعتبار التبادل يصدق «بيعان في بيع».

وأما الروايتان الواردتان في أبواب المهور فهما:

الأولى: ما رواه منصور بن بزرغ عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة، ثم طلقها، فبانت منه، فأراد أن يراجعها، فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار؟ قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: المؤمنون عند شروطهم». (1)

الثانية: ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه». (2)

ونقول فيهما: أما الرواية الأولى التي استدلت بها على إلحاق الشروط الابتدائية بالضميمة حكما- وإن لم يصدق عليها الشرط موضوعا- فالجواب عنها- بعد الغض عن ظهورها في الشرط الضمني الواقع في ضمن العقد أو وقوع العقد مبنيا عليه- هو: أنّ الإلحاق الحكمي إنّما يصح بعد اعتبار الرواية. وليس كذلك، لأنّها معارضة بما دلّ على بطلان هذا النحو من

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 30، الباب 20 من أبواب المهور، الحديث: 4.

وكلمة: «بزرغ» بضم الباء الموحدة- وقد تفتح- وضمّ الزاء المعجمة، وسكون الراء المهملة ثم الجيم، معرّب: بزرغ أي الكبير، نصّ عليه في القاموس، كما نقله العلامة المامقاني قدّس سرّه في تنقيح المقال.

(2) وسائل الشيعة، ج 15، ص 47، الباب 38 من أبواب المهور، الحديث: 2.

---

الشروط، ولذا حملت على التقيّة أو الاستحباب، هذا.

وأما الرواية الثانية الظاهرة في كون شرطيته مفروغا عنها، وأنّ عدم الجواز إنّما هو لأجل مخالفته لكتاب الله، ولا أقلّ من إثبات الإلحاق حكما، ففيها: - مضافا إلى عدم ثبوت كونه ابتدائيا، لقوة احتمال أن يكون الشرط في ضمن العقد ولو بوقوع عقد النكاح مبنيا عليه- أن الاستدلال المزبور مبني على التقيّة، حيث إنّ الطلاق لا يقع بهذا النحو مطلقا وإن كان الشرط سائغا، ولعلّ بناء الناس على إدراج هذا النحو من الالتزام في قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «المؤمنون عند شروطهم» إنّما كان لأجل قرائن، لا لكونه مقتضى العرف واللغة.

والحاصل: أنّ دلالة هذين الخبرين على أعمية الشرط للابتدائي- وإلحاق الابتدائي بالضميني حكما- في غاية المنع.

وأما ما ورد في باب اشتراء الطعام وتغيّر السعر قبل قبضه من الروايات «1»- التي يظنّ منها إطلاق الشرط على البيع، أو مطلق القرار، وكذا في باب السلف وغيره- ففيه: أنّ المراد به ظاهرا هو الشرط بمعنى التعليق، أو الشرط الضمني، فلا تجدي في المقام، ولا تثبت إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي حتى يقال: إنّ المعاطاة أيضا التزام ابتدائي، فيشمله حديث:

المؤمنون عند شروطهم.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّه لم يثبت إطلاق الشرط لغة وعرفا على الالتزام الابتدائي الذي جعل المصنّف قدّس سرّه الاستدلال مبنيا عليه، هذا.

ولا يخفى أنّه يمكن منع صحة الاستدلال بالحديث المزبور ولو بعد تسليم أعمية الشرط للشرط الابتدائي موضوعا أو حكما، وذلك لأنّ البيع مبادلة خاصة أو تمليك عين متمولة بعوض متمول على ما تقدم في محله، وعلى التقديرين لا يندرج البيع وغيره من

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 401، الباب 26 من أبواب أحكام العقود.

العقود في الشرط الذي معناه الالتزام، و من المعلوم أنّ الإلزام أو الالتزام ليس معنى مطابقيا للمعاملات، و لا التزاميا لها. نعم بناء العقلاء على لزوم بعض المعاملات و إن كان مسلّمًا، لكنه غير كون المعاملة إلزامًا و التزامًا، كما هو مورد البحث، فدعوى تمامية الاستدلال بناء على أعمية الشرط للشروط الابتدائية غير مسموعة.

نعم لو ثبت كون الشرط مطلق الجعل و القرار - أو مطلق الجعل المستتبع للإلزام و الصّيق كما عن بعض حواشي المتن - لكان البيع و نحوه داخلا فيه، و لصحّ التمسك بحديث:

المؤمنون عند شروطهم.

لكنهما ضعيفان، إذ لازم الأوّل صحة إطلاق الشرط على جعل النصب و الإشارات، و هو كما ترى.

و لازم الثاني صحة إطلاق الشرط على جعل الأمانة الشرعية المستتبعة للضيق و الإلزام، و لم يعهد هذا الإطلاق أصلا.

نعم يمكن إلغاء الخصوصية عرفا و التعدي إلى الشروط الابتدائية - بل الى مطلق الجعل و القرار - بمناسبة الحكم و الموضوع، بدعوى: أنّ العرف يفهم من مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«المؤمنون عند شروطهم» أن ما يكون المؤمن ملزما به هو نفس الجعل و قراره من غير دخالة لعنوان الشرط فيه، فالضمنية و الابتدائية و الشرط و سائر عهوده على السواء في ذلك، فيتجه الاستدلال حينئذ بحديث «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم المعاطاة، هذا.

لكنه لا يخلو من تأمل، لأنّ إلغاء الخصوصية منوط بالعلم بوحدة المناط، أو ظهور اللفظ في العموم و لو بقريئة توجب كون اللفظ ظاهرا فيه عرفا. و الكل مفقود في المقام.

و مجرد الاحتمال غير مجد كما لا يخفى. فالاستدلال بالحديث لإثبات لزوم المعاطاة و كونها كالبيع بالصيغة غير وجيه. هذا.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ الاستدلال بحديث «المؤمنون عند شروطهم» لا يستقيم بشيء من الوجوه المزبورة: من أعمية الشرط للشروط الابتدائية، و من إلغاء خصوصية الشرط،

(1) لَمَّا فرغ المصنف قدّس سرّه من إقامة الدليل على أصالة اللزوم تّبّه على ما تحصّل منها تمهيدا للمناقشة في ترتب الملك اللازم على خصوص المعاطاة في البيع. و حاصل تلك الأدلة الثمانية أمران:

الأوّل: أنّ الأصل في كل عقد مملّك هو اللزوم، سواء حصل بالبيع أم الصلح أم الهبة أم غيرها، و تزلزله منوط بدليل خاص.

الثاني: أنّ الأصل في خصوص البيع هو اللزوم، سواء أنشئ باللفظ أم بالتعاطي.

و عليه فلا يبقى مجال لسائر الأقوال في المسألة، مثل كون المعاطاة بيعا فاسدا كما في نهاية العلامة، و كونها مفيدة للإباحة المحضنة كما نصّ عليه المشهور في كلماتهم، و كونها مفيدة للملك اللازم بشرط كون الدال على التراضي لفظا كما نقله الشهيد الثاني عن بعض مشايخه، و وافقه جمع.

و مقصود المصنف فعلا تمهيد الكلام لرفع اليد عن هذا الأمر الثاني، و أنّ أصالة اللزوم في العقود المملّكة و البيع اللفظي و إن كانت حجة، إلا أنها في خصوص المعاطاة معارضة

و من جعل الشرط مطلقا الجعل أو خصوص الجعل المستتبِع للإلزام و الضيق، و لا من إطلاق الشرط على البيع في بعض الروايات المتقدمة، و ذلك لما عرفت من المناقشة في الجميع.

ثم إنّ قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «المؤمنون عند شروطهم» جملة خبرية استعملت في مقام الإنشاء كسائر الجمل الخبرية المستعملة في الإنشاء، و المنشأ هو الوجوب كما يقتضيه الغلبة.

فدعوى: «كون المستفاد منها حكما أخلاقيا مسوقا لما يقتضيه الايمان و يقود إليه، نظير:

المؤمن إذا وعد وفى» كما أفاده المحقق الايرواني قدّس سرّه «1» غير مسموعة. فدلالة الحديث على وجوب الوفاء بالشروط مما لا مساغ لإنكاره. و بقية الكلام في هذا المقام موكولة إلى مبحث الشروط.

في مطلق الملك (1)، وفي خصوص البيع (2) مما لا ينكر.

لكن (3) الظاهر فيما نحن فيه (4) قيام الإجماع

---

بالإجماع على عدم لزوم الملك فيها، فلا بد من علاج المعارضة، وستأتي تنمة الكلام في ذلك.

(1) كما اقتضته الأدلة العامة، وهي آيتا حرمة الأكل بالباطل ووجوب الوفاء بالعقود، وحديث السلطنة والحل والشرط، والاستصحاب.

(2) كما اقتضاه أخبار خيار المجلس، لاختصاص مدلولها بلزوم عقد البيع.

(3) هذا شروع في الاشكال على القول بإفادة المعاوضة للملك اللّازم، وغرضه إقامة الدليل على تخصيص قاعدة اللزوم- في الملك و البيع- بالمعاطة، وأنّ الملك الحاصل بالمعاطة خارج عن حيز هذه القاعدة، لوجوه:

أولها: الإجماع، وهو يقرّر تارة بنحو الإجماع البسيط، وأخرى بنحو الإجماع المركب.

ثانيها: دلالة بعض الأخبار على اعتبار اللفظ في إنشاء البيع.

ثالثها: السيرة على عدم الاكتفاء بالتعاطي في البيوع الخطيرة.

أمّا الإجماع فالظاهر تحققه، ففي الجواهر- لدى التعليق على قول المحقق: ولا يكفي التقابض- ما لفظه: «للأصل المقرّر بوجوه: الإجماع بقسميه أو الضرورة. وصدق البيع مثلاً بعد التسليم والتجارة عن تراض لا يستلزم تحقق العقد الذي يترتب عليه اللزوم...»، «1»

وعليه لا بد من تخصيص أصالة اللزوم في الملك و البيع، والالتزام بالملك المترزّل الذي اختاره المحقق الثاني، ويتوقف لزوم المعاوضة على طروء بعض الملزمات من التلف والتصرف ونحوهما.

هذا كله في أصل تحقق الإجماع، وسيأتي بيان بعض الوجوه المؤيِّدة له.

وأمّا سائر الأدلة فسيأتي بيانها بعد ذلك إن شاء الله تعالى.

(4) وهو المعاوضة.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 210.

ص: 561

على عدم لزوم المعاطاة (1) بل ادّعه صريحا بعض (2) الأساطين في شرح القواعد.

ويعضده (3) الشهرة المحققة، بل لم يوجد به (4) قائل

(1) هذا هو الإجماع البسيط على عدم لزوم المعاطاة، في مقابل الإجماع المركب الآتي.

(2) يعني: أنّ كاشف الغطاء قدّس سرّه ادّعى الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، لا مجرد الإجماع على اعتبار اللفظ في البيع، لاحتمال إرادة عدم الصحة لا عدم اللزوم. لوضوح أنّ الإجماع على اعتبار اللفظ يلتزم مع القول بالإباحة كما هو المشهور، والقول بالملك المترلزل.

وبهذا ظهر وجه إضرابه عن ظهور الإجماع إلى صراحته في نفي اللزوم، حيث إنّ معقد إجماع مثل صاحب الجواهر مجرد اعتبار اللفظ في البيع والعقود اللازمة. ومعقد إجماع كاشف الغطاء نفي تأثير المعاطاة في الملك اللازم.

(3) أي: و تعضد الشهرة الإجماع، و غرضه تأييد دعواه الإجماع- على عدم لزوم المعاطاة- بأمر ثلاثة، وهي الشهرة و اجماعان منقولان:

فالأوّل هو الشهرة الفتوائية القطعية على عدم ترتب الملك اللازم على المعاطاة. قال الشهيد الثاني- في شرح قول المحقق: و لا يكفي التقابض- ما لفظه: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعا، غير أنّ ظاهر المفيد رحمه الله يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دلّ على الرضا به ..» «1» فإنّ المشهور ينكرون لزوم الملك بالمعاطاة، سواء أبقيت عبائرهم على ظاهرها من الإباحة المحضنة، أم حملت على الملك الجائز.

و على هذا فالإجماع المدّعى على عدم اللزوم يتأيد بفتوى المشهور، و يشكل مخالفته بدعوى كونه منقولا بخبر الواحد.

(4) أي: بلزوم المعاطاة، و غرضه الترقّي عن الشهرة إلى دعوى الإجماع، يعني: أنّ الإجماع الذي ادّعه كاشف الغطاء على عدم اللزوم ليس إجماعا حادثا، بل هو متلقّى من السلف الصالح، لذهاب الأصحاب طرّا- قبل عصر المحقق الأردبيلي- الى عدم اللزوم.

فان قلت: إنّ القائل باللزوم من القدماء هو المفيد، فلا إجماع منهم على عدم اللزوم،

---

(1): مسالك الافهام، ج 3، ص 147.



إلى زمان بعض (1) متأخري المتأخرين، فإن (2) العبارة المحكيّة عن المفيد قدّس سرّه في المقنعة لا تدلّ على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به (3)، فإنّ المحكي عنه أنه قال: «ينعقد البيع على تراض بين الاثني فيما يملكان التباع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان» (1) انتهى.

و لا ينحصر القائل باللزوم في المحقق الأردبيلي وغيره ممن هو في طبقة متأخري المتأخرين.

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، 1416 هـ ق

هدى الطالب في شرح المكاسب؛ ج 1، ص: 563

قلت: الظاهر اتفاق القدماء على عدم اللزوم، لعدم إحراز مخالفة الشيخ المفيد لهم، إذ في عبارته احتمالان، وليس كلامه صريحا و لا ظاهرا في اللزوم حتّى يعدّ مخالفا للمشهور.

(1) و هو المحقق الأردبيلي و الكاشاني (2) و المحدث الجزائري قدّس سرّه قال جدّنا الأجل السيد الجزائري قدّس سرّه في ذيل الكلام المتعلق بآية التجارة- على ما حكى عنه- ما لفظه: «و اعلم أنّه يمكن أن يستفاد من ظاهر الآية حكمان، أحدهما عدم توقف المبيعة و لزومها على العقد المصطلح بين فقهاءنا من الإيجاب و القبول كميّة و كميّة، لأنّه جعل مناط الصحة هو التراضي، و هذا عن شيخنا المفيد طاب ثراه في تجويز بيع المعاطاة. و ثانيهما: فساد بيع الفضولي، لأنّه لم يقع عن تراض من أهل المال، و إليه ذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط. و المشهور بين علمائنا الجواز تعويلا على رواية عروة، و ذكر مضمون الرواية، ثم قال: وفيه بعد تسليم الرواية جاز أن يكون ذلك لكون النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم و كلّ وكالة مطلقة» (3) انتهى كلامه رفع مقامه.

و الشاهد في قوله: «عدم توقف المبيعة و لزومها على العقد المصطلح بين الفقهاء» لصراحة هذا الكلام في إفادة المعاطاة ملكا لازما.

(2) هذا دفع ما يتوهم من منافاة ما عن المفيد من اللزوم لقوله: «بل لم يوجد به قائل ..

إلخ» و قد تقدم توضيحه بقولنا: «ان قلت .. قلت».

(3) أي: الاعتراف بعدم الدلالة، قال العلامة في المختلف: «و لا تكفي المعاطاة في العقد،

(1): المقنعة، ص 591.

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 142، مفاتيح الشرائع، ج 3، ص 48.

(3) غاية المرام في شرح تهذيب الاحكام، الجزء الثالث، مخطوط.



و يقوى (1) إرادة بيان شروط صحّة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم، و كأنّه لذلك (2) حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمه الله: أنّه لا بدّ في البيع عندهما من لفظ مخصوص.

ذهب إليه أكثر علمائنا، و للمفيد رحمه الله قول يوهم الجواز، فإنّه قال: و البيع ينعقد .. إلخ» ثم قال العلامة: «و ليس في هذا تصريح بصحته، إلاّ أنّه موهم». (1)

و مقصوده: أنّ العبارة المذكورة توهم صحة المعاطاة- عند المفيد- و إفادتها للملك، و ليست صريحة في ذلك حتى يعدّ المفيد مخالفاً للقائلين بعدم لزوم المعاطاة.

(1) غرضه أنّ عبارة الشيخ المفيد قدّس سرّه تحتمل ضعيفا إرادة اللزوم بعد استجماع البيع للشروط التي ذكرها، و من المعلوم أنّ الصيغة لم تذكر من تلك الشروط، و مقتضى ذلك كون المعاطاة الجامعة لتلك الشرائط لازمة، فعليه يكون الشيخ المفيد قدّس سرّه مخالفاً للمجمعين.

و لكن يحتمل في عبارته قويا عدم إرادة انحصار شروط الصحة و اللزوم فيما ذكره حتى يقتضي عدم التصريح بشرط آخر انعقاد البيع و لزومه، بل مقصوده بيان شرائط الصحة كمعرفة العوضين، و التراضي بالبيع، و شرائط اللزوم كالتقابض المترتب على البيع، و الافتراق بالأبدان، و مقتضى شرطية شيء هو فقدان المشروط بانتفائه، كشرطية الطهارة للصلاة، فإنّ مقتضى شرطيتها هو انعدام الصلاة بانعدامها، و من المعلوم أنّ شرطية الطهارة لها لا تنافي شرطية شيء آخر للصلاة كما لا يخفى.

و عليه فشرطيّة ما ذكره الشيخ المفيد رحمه الله لصحة البيع و لزومه لا تنافي شرطية غيره كالإيجاب و القبول.

و يؤيده أنّ الشيخ المفيد لم يذكر الصيغة في عقد النكاح، مع أنّ اعتبارها فيه من القطعيّات، فحينئذ لا يمكن عدّ المفيد مخالفاً.

فغرض المصنف من قوله: «و يقوى» هو عدم كون المفيد مخالفاً للمجمعين.

(2) يعني: و لأجل كون مراد المفيد شروط صحة البيع و لزومه حكى كاشف الرموز .. إلخ، حيث بنى الفاضل الآبي قدّس سرّه صحة بيع الفضولي و بطلانه على اقتضاء النهي في المعاملات فساد

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 51.

وقد تقدّم (1) دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً (2)،

المنهي عنه، و عدمه، فالقائل بالافتضاء يلزمه القول بالفساد، إلا أن يقول إن عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً، بل كلّ ما يدل على الانتقال فهو عقد، ثم قال: «وإذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا دام ظله- وهو المحقق الحلّي- لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، ولا للبيع لفظ مخصوص. بل يشكل على الشيخين، لأنّهما يخالفانه في المسألتين» (1).

و الشاهد في الجملة الأخيرة، حيث إنه نسب- جازماً- إلى الشيخ المفيد و الطوسي قدّس سرّهما اعتبار لفظ مخصوص في عقد البيع، فيكون مختار الشيخ المفيد ما هو المشهور من اعتبار الصيغة المخصوصة في انعقاد البيع، وليست المعاطاة بيعاً.

ولعلّ إسناد كاشف الرموز اعتبار اللفظ المخصوص في البيع الى المفيد قدّس سرّه يكون لأجل اعتبار التقابض بعد قوله: «و ينعقد البيع» إذ لا- معنى لشرطية التقابض للمعاطاة، لأنّ حقيقتها التقابض، و لا معنى لكون شيء شرطاً لنفسه، فلا بد أن يراد بالبيع بقوله: «و ينعقد البيع» خصوص القولي. و عليه فمورد كلام الشيخ المفيد هو البيع اللفظي، لا الأعم منه و من الفعلي، و لا خصوص الفعلي حتى يقال: إنّه قائل باللزوم، و مخالف للمجمعين القائلين بعدم لزوم المعاطاة.

(1) غرضه قدّس سرّه من الإشارة إلى كلام السيد ابن زهرة قدّس سرّه تأييد ما ادعاه بقوله: «بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرين» و هذا معارضد ثان للإجماع المنقول الذي ادعاه بعض الأساطين، فليس ذلك إجماعاً منقولاً بخبر الواحد حتى يرمى بعدم الاعتبار، بل هو إجماع متضافر النقل.

(2) حيث قال في عبارته المنقولة عند نقل الأقوال في المعاطاة: «و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة.. فإنّ ذلك ليس ببيع. يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه». (2)

(1): كشف الرموز، ج 1، ص 445 و 446.

(2) غنية النزوع، ص 524 (الجوامع الفقهية).

ص: 565

(1) يعني: وإجماع السيد ابن زهرة على نفي بيعية المعاظة نصّ في عدم لزومها بلحاظ القدر المتيقن منه.

فان قلت: لا وجه لجعل إجماع السيد مؤيّدا و معاضدا لإجماع بعض الأساطين على عدم ترتب الملك اللازم على المعاظة، و ذلك لأنّ مقصود السيد من الإجماع على نفي بيعية المعاظة نفي الماهية و الصحة، لقوله: «و إنّما هو إباحة التصرف» و عليه فالمعاظة عند ابن زهرة بيع فاسد لا يفيد الملك أصلا لا مترزلا و لا مستقرا، و تفيد الإباحة تعبدا، فلا ربط لكلامه بنفي الملك اللازم و إثبات الملك الجائز حتى يكون معاضدا لإجماع كاشف الغطاء على نفي اللزوم.

قلت: لا مانع من الاستشهاد بكلام السيد و جعل دعواه الإجماع مؤيّدا لعدم اللزوم، و ذلك لدلالة قوله: «ليس ببيع» على أمرين: أحدهما: نفي اللزوم، و الآخر: نفي الصحة.

و دلّالته على الأوّل تكون بالصرحة، إذ الأثر الأقصى المترتب على البيع هو الملك اللازم، و هو غير مترتب على المعاظة سواء قيل بإفادتها الإباحة أم بإفادتها الملك المترزل.

و دلّالته على الثاني - و هو نفي طبيعة البيع عن المعاظة - تكون بالظهور، لاحتمال إرادة نفي اللزوم خاصة. و حينئذ فيؤخذ بالقدر المتيقن من قول السيد: «ليس ببيع» و هو عدم مماثلة المعاظة للبيع بالصيغة في اللزوم، و لا يؤخذ بظهور كلامه في نفي أصل بيعية المعاظة.

و عليه يتجه ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جعل إجماع الغنية موافقا لإجماع بعض الأساطين على عدم لزوم المعاظة.

[1] هذا غير ظاهر، لأنّ نفي البيعية لا يستلزم عدم اللزوم، لإمكان أن يكون المعاظة إباحة لازمة عندهم، فنفي بيعية المعاظة لا يدلّ - و لو بنحو السالبة بانتفاء الموضوع - على نفي اللزوم.

إلا أن يقال: أنّ المدعى. هو نفي الملك اللازم، و الإباحة اللازمة غير الملك اللازم.

و لا يقدح (1) كونه (2) ظاهرا في عدم الملكية الذي (3) لا نقول به.

وعن جامع المقاصد: «يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع» (4).

نعم (5) قول العلامة رحمه الله في التذكرة: «انّ الأشهر عندنا: أنّه لا بدّ من الصيغة» (1)

(1) يعني: لا يقدح ظهور كلام الغنية- في نفي بيعية المعاطاة- في المدعى، و هو عدم لزوم المعاطاة.

وجه عدم القدح رفع اليد عن ظهور كلام السيد في نفي مملّكية المعاطاة، و ذلك لقيام الأدلة على إفادتها للملك الجائز، فهذا الظهور لا يمكن الأخذ به من جهة معارضة الأدلة على مملّكية المعاطاة بمنعها صغروياً. و قد تقدم توضيح وجه عدم القدح بقولنا: «فان قلت .. قلت».

(2) يعني: كون إجماع الغنية ظاهرا في نفي الموصوف و هو طبيعة البيع، لا خصوص الوصف و هو اللزوم.

(3) وصف لقوله: «عدم الملكية» يعني: لا نقول بعدم الملكية.

(4) هذا الإجماع معاضد ثالث لإجماع بعض الأساطين.

وقد تحصّل إلى هنا: أنّ الإجماع المتضافر نقله قد قام على عدم ترتب ملك لازم على المعاطاة، و عليه لا بدّ من تخصيص أصالة اللزوم- في الملك و البيع- بهذه الإجماعات المنقولة.

و سيشرع المصنف في هدم هذه الإجماعات، فانظر.

(5) استدراك على قوله: «لكن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة» و مقصوده الإشكال على هذا الإجماع بوجهين:

أحدهما: منع تحققه في نفسه، لوجود المخالف المعتقد به.

و ثانيهما: منع حجّيته، لكونه فاقدا لمناط الاعتبار و هو الكشف عن رأي المعصوم عليه السّلام.

و توضيح الوجه الأوّل: أنّ كلام العلامة في التذكرة: «أنّ الأشهر عندنا .. إلخ» يدلّ عرفا على وجود الخلاف المعتقد به في المسألة، بحيث يقدح في دعوى الإجماع على عدم اللزوم، إذ لو كان المخالف شاذّا لعبّر العلامة بالمشهور، كما لا يخفى على العارف بمحاورات الفقهاء.

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462.

ص: 567

يدلّ (1) على وجود الخلاف المعتقد به في المسألة. ولو كان المخالف شاذًا لعبّر بالمشهور.

وكذلك (2) نسبته في المختلف «1» إلى الأكثر.

وفي التحرير: «أنّ الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة» (2).

ثم (3) لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنّها ليست مملّكة، وإتّما تفيد الإباحة

---

(1) خبر قوله: «قول العلامة».

(2) يعني: وكذلك كلام العلامة في المختلف و التحرير يدل على وجود الخلاف المعتقد به، وذلك فإنّ نسبة عدم اللزوم إلى الأكثر في الأول- وجعله أقوى في الثاني- يدلّ أيضا على وجود الخلاف المعتقد به القادح في دعوى الإجماع على عدم اللزوم في المعاطاة.

ومع دلالة هذه العبارات الثلاث- من التذكرة و المختلف و التحرير- على وجود الخلاف المعتقد به كيف نصّح دعوى الإجماع على اللزوم؟ فغرض المصنف من ذكر هذه العبائر الثلاث توهين الإجماع المدعى على عدم اللزوم.

(3) هذا هو الوجه الثاني من الاشكال على الإجماع البسيط على عدم اللزوم، و حاصله: أنّ الإجماع على عدم اللزوم- بعد تسليمه و الإغماض عن وجود الخلاف المعتقد به الذي استظهرناه من كلمات العلامة قدّس سرّه في التذكرة و المختلف و التحرير- غير مفيد، لذهاب كثير من القائلين بعدم اللزوم بل أكثرهم إلى كون المعاطاة مفيدة للإباحة، و هذا الإجماع لا يكشف عن إفادة المعاطاة للملك الجائز، لإمكان ذهاب كلّهم أو جلّهم إلى اللزوم على تقدير عدولهم عن الإباحة، و بنائهم على إفادة المعاطاة للملك. فالإجماع المفيد المطابق للمدعى هو اتفاقهم على عدم اللزوم على تقدير إفادتها للملك، و هذا غير معلوم، فالإجماع المفيد غير متحقق، و المتحقق غير مفيد.

---

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 51.

(2) تحرير الأحكام، ج 1، ص 164.

ص: 568

لم يكن (1) هذا الاتفاق كاشفا (2)، إذ (3) القول باللزوم فرع الملكية، ولم (4) يقلل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له. و هذا مما (5) يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور، لأن (6) قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع (7).

نعم (8) يمكن أن يقال: - بعد ثبوت الاتفاق المذكور - إن أصحابنا بين قائل

(1) جواب «لو فرضنا».

(2) يعني: عن رأي المعصوم عليه السلام بعدم لزوم الملك في المعاطاة، مع أنّ مناط حجّة الإجماع عندنا هو الكشف عن رأيه عليه السلام.

(3) تعليل لعدم كاشفية الإجماعات المتقدمة.

(4) يعني: و الحال أنّه لم يقل بالملكية إلا بعض .. إلخ.

(5) يعني: وعدم القول بالملكية إلا من بعض متأخري المتأخرين تبعاً للمحقق الثاني يوهن حصول القطع أو الظن بقول المعصوم عليه السلام من الاتفاق المزبور الذي ادّعه السيد و المحقق الكركي، و المفروض أنّ مناط حجّة الإجماع إنّما هو الكشف عن قوله عليه السلام أو عن حجة معتبرة.

(6) تعليل لقوله: «يوهن» توضيحه: أنّ السالبة بانتفاء الموضوع لا تثبت السالبة بانتفاء المحمول التي هي مورد البحث، فإنّ نفي الملكية لا يثبت الملك الجائز على تقدير القول بإفادة المعاطاة للملك.

و إن شئت فقل: إنّ الإجماع تقييدي، و هو غير كاشف عن كون إفادة المعاطاة للملك المتزلزل إجماعية، لأنّ نفي اللزوم و إن كان ظاهراً في سلب المحمول على ما هو الأصل في القضايا السلبية، إلا أنّ هنا قرينة على إرادة سلب الموضوع، حيث إنّ الأكثر قائلون بإفادة المعاطاة للإباحة دون الملك، فالمراد بنفي اللزوم نفي الملك، لا نفي وصفه و هو اللزوم مع وجود أصل الملك.

(7) لكونهم قائلين بالإباحة، فلا بيع حتى يكون لازماً أو جائزاً.

(8) هذا بظاهرة استدراك على مناقشته في الإجماع على عدم اللزوم، و لكنه في الحقيقة



بالمملك الجائز (1) و بين قائل بعدم المملك رأسا (2) فالقول بالمملك اللازم قول ثالث (3)، فتأمل (4).

و كيف كان (5) فتحصيل (6) الإجماع على وجه استكشاف قول الامام عليه السلام

---

إشارة إلى الدليل الثاني على تخصيص قاعدة اللزوم في المعاطاة، و هو الإجماع المركب.

و حاصل تقريره: أنّ الأصحاب بين قائل بالمملك الجائز و بين قائل بعدم المملك رأسا، بل بالإباحة، فهم على هذين القولين، و من المعلوم أنّ القول بالمملك اللازم مخالف لهما معا، و يكون قولاً ثالثاً لا يجوز إبداعه.

و عليه فلا بدّ من الالتزام باختصاص المملك اللازم بالبيع القولي، دون المعاطاتي.

(1) كالمحقق الثاني و من تبعه.

(2) كما هو مذهب مشهور القدماء من القول بإباحة التصرف.

(3) يعني: فلا يجوز إحدائه، لكونه خرقاً للإجماع المركب.

(4) لعلّه إشارة إلى: أنّ عدم جواز إحداث القول الثالث مبنيّ على رجوع الإجماع المركب إلى البسيط، بأن يكون الفريقان متفقين على نفي الثالث، لا أن يكون نفي الثالث منتزعا منهما. و من المعلوم أنّه لم يثبت اتفاقهم هنا على نفي الثالث.

و عليه فدعوى الإجماع المركب غير مفيدة في المقام.

أو إشارة إلى: أنّه إذا كان المقصود نفي القول بالمملك اللازم من دون قصد إلى إثبات المملك الجائز لم يكن حاجة حينئذ إلى التشبث بالإجماع المركب، لكفاية نفس الإجماع البسيط على عدم اللزوم في نفي المملك اللازم.

(5) يعني: سواء أريد تخصيص قاعدة اللزوم في المعاطاة بالإجماع البسيط أو المركب، فإنّ كليهما ممنوع.

(6) هذا تقريب الاشكال على كلاً- تقريبي الإجماع على نفي اللزوم، و محصّله: عدم تحقق الاتفاق- بسيطا و مركباً- لدلالة كلمات العلامة في التذكرة و المختلف و التحرير على وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة، و معه لا تصحّ دعوى الإجماع على عدم اللزوم في المعاطاة، إذ

من قول غيره من العلماء- كما هو طريق المتأخرين- مشكل (1)، لما ذكرنا (2)، وإن كان هذا (3) لا يقدر في الإجماع على طريق القدماء، كما بين في الأصول.

وبالجمل (4): فما ذكره في المسالك (5) من قوله- بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في لزوم-: «ما أحسنه و ما أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه» في غاية الحسن و المتانة.

---

ليس اتفاق جماعة كاشفا عن قول المعصوم عليه السلام كما هو مناط حجية الإجماع عند المتأخرين.

(1) خبر «و تحصيل».

(2) من عدم تحقق الاتفاق على عدم لزوم المعاطاة، بل المسألة خلافية.

(3) أي: ما ذكرناه من وجود الخلاف المعتد به، حاصله: أنّ الخلاف قادح في الإجماع على طريقة المتأخرين، و هي كشف قول المعصوم عليه السلام حدسا عن قول المجمعين. و غير قادح فيه على طريقة القائلين بأنّ مناط حجية الإجماع دخول المعصوم عليه السلام، فلا مانع حينئذ من تحقق الإجماع و لو مع مخالفة كثير منهم ممّن هو معلوم النسب، إذ المفروض وجود الامام عليه السلام في غيرهم.

(4) هذه خلاصة ما ذكره من النقض و الإبرام حول الإجماع المدعى على عدم اللزوم.

(5) حيث قال: «و الذي اختاره متأخرو الشافعية و جميع المالكية انعقاد البيع بكلّ ما دلّ على التراضي، و عدّه الناس بيعا، و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم. و ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه». «1»

و هذه العبارة و إن كانت ظاهرة في كفاية مطلق الكاشف لا خصوص اللفظ، لكن تعبيره ب «و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم» قرينة على أنّ مراده من الحسن و المتانة هو ما تبه عليه في أوّل بحث المعاطاة- بعد نقل كلام المفيد- بما لفظه: «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضا- أي إلى اللزوم- لكن يشترط في الدال كونه لفظا» «2».

و كيف كان فوجه المناسبة في نقل كلام المسالك هو: تأييد ما أفاده المصنف قدّس سرّه من

---

(1): مسالك الافهام، ج 3، ص 152.

(2) المصدر، ص 147.

ص: 571

و الإجماع (1) وإن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلا أن المظنون قوياً تحقّقه (2) على عدم لزوم مع عدم لفظ دالّ على إنشاء التملك، سواء لم يوجد لفظ أصلاً (3) أم وجد ولكن لم ينشأ التملك به (4)، بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقابض (5) [1].

التردد و التأمل في ثبوت الإجماع على إناطة لزوم الملك باللفظ، حيث إنّ ظاهر المسالك هو تردّده في ثبوت الإجماع، و مع التردد فيه يتعيّن التمسك بعموم ما دلّ على لزوم الملك.

(1) مقصوده قدّس سرّه- بعد أن منع أنفاً من تحقق إجماع تعدي على اعتبار الصيغة في لزوم الملك- التفصيل في المسألة، و تأييد الإجماع في صورتين، إذ الصّور ثلاث:

الأولى: أن لا يوجد لفظ دالّ على التملك أصلاً، بأن كانت المقابلة بالإشارة و الكتابة، ثم تحققت المعاطاة. و حكم هذه الصورة عدم اللزوم، للإجماع المظنون تحقّقه.

الثانية: أن يوجد لفظ دالّ على التراضي، و لكن كان في مقام المقابلة، لا في مقام إنشاء التملك، فكان الإنشاء كالصورة السابقة بنفس التقابض. و هذه الصورة كالأولى في عدم اللزوم، للإجماع.

الثالثة: أن يوجد لفظ دالّ على التراضي و أنشئت المعاملة به، لا بنفس التقابض.

و حكم هذه الصورة اللزوم، لفرض تحقق الإنشاء بالصيغة، سواء أكانت ملحونة مادة أو هيئة، أم صحيحة جامعة لشرائط الصحة و التأثير في الملك اللازم.

(2) و الظنّ و إن لم يغن من الحقّ شيئاً، لكن لا بأس بالاعتماد عليه في الخروج عن مخالفة المشهور القائلين باعتبار الإنشاء القولي.

(3) أي: لا في مقام المقابلة و لا في مقام الإنشاء. و هذه أولى الصور الثلاث.

(4) أي: باللفظ، و هذا إشارة إلى الصورة الثانية.

(5) و بقيت صورة واحدة خارجة عن معقد الإجماع، و هي ما إذا كان إنشاء المعاملة باللفظ الملحون مثلاً، فإنّه يؤثّر في اللزوم كالصيغة الجامعة للشرائط.

[1] محصل الكلام: أنّ المدعى هو تخصيص عموم قاعدة لزوم الملك بالمعاطاة،

فالمقصود هو كون المعاطاة مفيدة للملك الجائز، و من المعلوم أنّ الإجماع البسيط على هذا المدّعي غير ثابت، لأنّ جلّ القائلين بعدم اللزوم ذهبوا إلى أنّ المعاطاة لا تقيّد الملك، بل تقيّد الإباحة، و حيث إنّ مناط حجّية الإجماع كشفه عن رأي المعصوم عليه السّلام لم يكن قول القائلين بالإباحة كاشفا عن كون رأيه عليه السّلام هو الملك الجائز، بل يكون كاشفا عن عدمه.

و أمّا قول غيرهم ممّن يقول بالملك الجائز فهو و إن كان مطابقا للمدّعي، لكنه ليس إجماعا كما هو ظاهر، فالإجماع البسيط المحصّل غير حاصل، و المنقول منه و إن كان ثابتا، لكنه ليس فيه طائل، لعدم اعتباره على ما ثبت في الأصول.

و أمّا الإجماع المركب فهو ما لم يرجع الى البسيط لا يكون حجة، و من المعلوم أنّ رجوعه إليه منوط بالعلم بذهاب كل من الطائفتين- على تقدير بطلان قوله- إلى قول الطائفة الأخرى حتى يثبت إجماعهم على نفي القول الثالث. و عدم ثبوته هنا بديهي، لكون مسألة المعاطاة ذات أقوال سبعة كما عرفت سابقا، فالإجماع بقسميه أعني البسيط و المركب غير حاصل.

ثمّ إنّه على فرض حصول الإجماع المحصّل ل- لا- سبيل الى القطع بكونه من الإجماع التعبدى، لقوة احتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه كالروايات التي زعموا دلالتها على اعتبار اللفظ في اللزوم.

و أمّا الشهرة على ثبوت الملك الجائز ففيها أولا: عدم حجّيتها كما ثبت في الأصول.

و ثانيا: معارضتها لشهرة القدماء على إفادة المعاطاة للإباحة.

و أمّا ما أفاده المصنف قدّس سرّه من دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في الأشياء الخطيرة بالمعاطاة، و إنّما يكتفون بها في المحقّرات التي لا يلتزمون بلزوم المعاملة فيها، ففيه أولا: عدم تحقق السيرة كذلك، بل السيرة في الكل على نهج واحد.

و ثانيا: - بعد تسليمها- تكون أخص من المدّعي الذي هو أعم من المعاطاة الواقعة على الأمتعة الخطيرة و الحفيرة.

و ثالثا: يمكن أن يكون الوجه في التفصيل احتمال عدم إمكان التعاطي من الطرفين

وقد يظهر (1) ذلك (2) من غير واحد من الأخبار (3)،

(1) هذا إشارة إلى الدليل الثاني على لزوم تخصيص أصالة اللزوم في الملك بالمعاطة، كما أنّ الإجماع المتقدم - من بسيطه و مركبة - هو الدليل الأول على التخصيص.

و محصل هذا الوجه: دلالة طائفة من الأخبار على اعتبار اللفظ - في الجملة - في مقام إنشاء البيع، وعدم كفاية التعاطي العاري عنه.

(2) قال السيد الطباطبائي قدس سرّه: «يعني: يظهر اشتراط اللزوم بكون إنشاء المعاملة باللفظ في الجملة» (1). وقال الفقيه المامقاني قدس سرّه: «يعني: أنّه يظهر منها انتفاء اللزوم بانتفاء مطلق اللفظ الدال على الإنشاء، سواء لم يوجد أصلاً أم وجد ولكن لم ينشأ به التمليك» (2).

و مفاد كلام كلا العلمين واحد بالتأمل.

(3) قال السيد: «و لعلّ نظره في ذلك إلى ما أشرنا إليه سابقاً من الخبر الوارد في بيع المصحف و أطنان القصب» (3) مثل قوله عليه السّلام في موثّق سماعة: «لا تشتتر كتاب الله عزّ و جلّ، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين، و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا» (4).

المعتبر في المعاطة في مثل الدار و البستان و الدكان و نحوها من غير المنقولات التي زعموا أنّه لا يتحقق فيها العطاء من الطرفين.

أو: احتمال عدم إفادة المعاطة للملكية، بل للإباحة. و حيث إنّ بناءهم على التمليك اللازم في الأمتعة الخطيرة لئلا يرجعوا فيها تشبّثوا في نقلها بالبيع القولي.

و مع هذه الاحتمالات لا تكشف السيرة عن اعتبار اللفظ في لزوم الملك حتى تصلح لتخصيص عموم أدلة لزوم الملك في المعاطة كما لا يخفى.

(1): حاشية المكاسب، ص 74.

(2) غاية الآمال، ص 186.

(3) حاشية المكاسب، ص 74.

(4) وسائل الشيعة، ج 12، ص 114، الباب 31 من أبواب ما يكتسب، الحديث: 2.

بل (1) يظهر منها أنّ إيجاب البيع باللفظ - دون مجرد التعاطي - كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار.

---

ونحوه غيره من الروايات الواردة بهذا المضمون التي جمعها في الوسائل في باب عدم جواز بيع المصحف و جواز بيع الورق و الجلد «1». و مثل رواية العجلي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة طن، فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت .. إلخ» «2» [1].

(1) قال الفقيه المامقاني قدس سرّه ما لفظه: «هذا الظهور يحصل من ملاحظة أخبار متعدّدة، بمعنى: أنّ التعارف يستفاد من المجموع، لا أنّ كل واحد منها يدلّ عليه..» ثم ذكر جملة من تلك الروايات:

منها: ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار أ يشتري بالأجر؟ فيدفع إليه الورق و يشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب و يشتري، ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت و دع ما كرهت. قال:

---

[1] لكّنك خبير - بعد الغصّ عمّا في سند ما عدا الموثق من الضعف - بعدم الدلالة على اشتراط اللزوم بالصيغة، لقوة احتمال كونها في مقام بيان كيفية إنشاء القبول في البيع القولي، و من المعلوم عدم دلالتها حينئذ على اشتراط الصيغة في صحة البيع أو لزومه حتى تدلّ على عدم صحة أو لزوم البيع المعاطاتي، هذا.

مع أنّ ذلك في الخبر الأخير من كلام الراوي لا الامام عليه السلام.

و بالجملة: فهذه الروايات و أمثالها لا تدل على اعتبار الصيغة في صحة البيع أو لزومه.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 114-116، الباب 31 من أبواب ما يكتسب به.

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 272، الباب 19 من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: 1.

ص: 575

لا بأس» (1).

و منها: ما رواه إسحاق المدائني في جواز بيع المبيع قبل قبضه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام، فيتساومون بها، ثم يشتريه رجل منهم، فيسألونه، فيعطيهم ما يريدون من الطعام، فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه إليهم و يقبض الثمن. قال: لا بأس، ما أراهم إلا وقد شركوه» الحديث (2).

ثم قال قدس سره: «وجه الدلالة: أنه ليس شيء من المعاملتين على وجه وقع فيه الصيغة الخاصة المقررة، وإنما وقع المقابلة كما لا يخفى على من تدبر فيها. ويمكن استظهار ما ذكره المصنف رحمه الله من ملاحظة أخبار آخر في أبواب البيع» (3) [1].

[1] لكن في دلالتها على كون المتعارف إيجاب البيع باللفظ تأمل، بل منع، لأن ما وقع في تلك الروايات من الألفاظ بين المتبايعين إنما وقع في مقام المقابلة، لا في مقام إنشاء البيع، وإلا يلزم جواز بيع المجهول، إذ لا يعلم السمسار المقدار الذي يأخذه صاحب الورق. وأما إنشاؤه فهل وقع باللفظ أم بالفعل - أي التعاطي - فالروايات لا تدل عليه أصلا.

ثم إنه على فرض دلالتها على التعارف المزبور فلا تنفي تعارف إنشاء البيع بالتعاطي أيضا.

وعلى تقدير دلالتها على عدم التعارف بالتعاطي لا تدل على عدم اعتبار التعاطي في مقام الإنشاء، كما لا توجب انصراف أدلة البيع ونفوذها عن البيع المنشأ بالفعل.

بل يظهر من بعض الأخبار عدم دخل اللفظ في لزوم، كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى طعاما، كل كثر بشيء معلوم، فارتفع الطعام أو نقص، وقد اکتال

(1): وسائل الشريعة، ج 12، ص 394، الباب 2 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 2.

(2) وسائل الشريعة، ج 12، ص 388، الباب 16 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 7.

(3) غاية الآمال، ص 186.

وبهذا يظهر وجه إضراب المصنف عن قوله: «وقد يظهر ذلك» الى قوله: «بل يظهر» وذلك لأنّ قوله: «قد يظهر» ربما يوهم ضعف ظهور بعض الأخبار في توقف لزوم الملك على اللفظ، فأراد قدس سرّه التنبيه على قوة دلالة الأخبار على المدعى، ووجه القوة: أنّ البيع بالصيغة إذا كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار في عصر التشريع اقتضى انصراف إطلاق أدلة الإمضاء- مثل آية حلّ البيع- الى خصوص البيع القولي، و خروج الفعلي عن حريم تلك الأدلة. فالمهمّ حينئذٍ إحراز صغرى التعارف، والمدعى دلالة مجموع الأخبار على هذا التعارف من قبيل تراكم الظنون وإن كان كل واحد من الأخبار بخصوصه قاصراً عن إثباته.

(1) هذا دليل ثالث على خروج المعاطاة عن عموم قاعدة اللزوم في الملك- غير ما سبق من الإجماع والتعارف- و ظاهره الترقّي عن مجرد تداول البيع القولي إلى قيام السيرة المستمرة

بعضه، فأبى صاحب الطعام أن يسلم له ما بقي، وقال: إنّما لك ما قبضت. فقال: إن كان يوم اشتراه ساعره على أنّه له، فله ما بقي. وإن كان إنّما اشتراه ولم يشترط ذلك، فإنّ له بقدر ما نقد» (1).

وجه الدلالة: أنّه عليه السلام حكم باللزوم بمجرد المساعدة وإن لم يكن إنشاء المعاملة باللفظ، فإطلاق «الاشترى» يشمل الإنشاء باللفظ و الفعل، هذا.

لكن الظاهر أنّه ليس إلّا في مقام بيان حكم الباقي الذي لم يقبضه المشتري، وأنّه هل يستحق المشتري مطالبته من البائع أم لا؟ فأجاب عليه السلام بأنّه إن كان يوم اشتراه قدّر المبيع بتمام ذلك الطعام فله المطالبة من البائع، وإلّا فلا. وأما كون إنشاء البيع باللفظ أو الفعل فليس الخبر في مقام بيانه حتى يصح التمسك بإطلاقه.

ثمّ إنّ بعد تسليم الدلالة على عدم التعارف المزبور يقع التعارض بينه وبين ما ذكره الفقيه المامقاني قدس سرّه من الروايات التي ادعى رحمه الله دلالتها على التعارف المذكور، فيرجع الى إطلاق أدلة البيع سواء أكان إنشأؤه باللفظ أم بالفعل.

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 401، الباب 26 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 3.



على إنشاء المعاملات الخطيرة بالصيغة، فلو لم يكن مجرد تعارف البيع اللفظي موجبا لانصراف أدلة صحة البيع الى خصوص ما كان متداولاً في ذلك العصر قلنا: إن قيام سيرة المتشركة والعقلاء على عدم الإكتفاء بمجرد التعاطي كاف في اختصاص قاعدة لزوم الملك بالبيع اللفظي.

والفرق بين هذا الدليل وسابقه هو: أنّ الوجهين المتقدمين يدلّان على عدم كفاية التعاطي مطلقاً سواء أكان العوضان خطيرين أم حقيرين. ولكن هذا الدليل مخصوص بالأموال الخطيرة مع زيادة قيد، فهنا صور ثلاث:

الأولى: أن يكون العوضان من المحقرات- وربما يقدر بما لا يبلغ حدّ القطع في السرقة- فهنا جرت سيرتهم على كفاية التعاطي وترتب ملك جائز عليه، و جواز الرجوع فيه.

الثانية: أن يكون العوضان من الأموال الخطيرة كالذور والبساتين، ويجعل المتبايعان أو أحدهما خياراً فيه، فهذه كالصورة الأولى في بنائهم عملاً على إنشاء المعاملة بالمعاطاة.

الثالثة: أن يكون العوضان من الأموال الخطيرة مع بنائهم على لزوم المعاملة وعدم جواز فسخها أصلاً، وهذه الصورة مورد قيام سيرة المتشركة والعقلاء على عدم الاقتصار بالفعل كالمصافقة، بل يلتزمون بالإشياء اللفظي، بحيث يكون لزوم الملك بنظرهم متوقفاً عليه.

وعلى هذا فالسيرة مخصّصة لعموم أدلة لزوم الملك في المعاطاة بالنسبة إلى الأموال الخطيرة التي لا يلتزم فيها بعدم الفسخ والرجوع. و من المعلوم أنّ سيرة المتشركة حجة بنفسها، لكونها متلقاة من الشرع، ولا يطالب بدليل على إمضاءها، فالمهم إحراز أصل السيرة التي هي إجماع عملي.

(1) هذه إشارة إلى الصورة الثالثة المتقدمة، و مفهومها يدلّ على الاكتفاء بالتعاطي في الأمور الخطيرة عند جعل الخيار لهما أو لأحدهما.

(2) متعلق بقوله: «الاكتفاء».

نعم (1) ربما يكتفون بالمصافحة، فيقول البائع: «بارك الله لك» أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية (2).

نعم (3) يكتفون بالتعاطي في المحقرات، ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين (4).

نعم (5) الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد،

---

(1) مقصوده قدس سرّه أنّ سيرتهم وإن استقرت على إنشاء المعاملة باللفظ في البيوع الخطيرة، لكنّه لا ينافيها اكتفاؤهم في بعض الموارد بالمصافحة، وعدم الإتيان بالصيغة التامة مادة وهيئة. ووجه عدم المنافاة واضح، إذ المناط في السيرة التزام أغلب المشرعة والعقلاء، ولا يقدح مخالفة بعضهم في تحققها.

(2) كقول البائع: «خيرش را ببيني».

(3) هذا إشارة إلى الصورة الاولى من الصور الثلاث، وهي الاقتصار على التعاطي في المحقرات، مع اعتقادهم جواز المعاملة وعدم لزومها ما دامت العينان باقيتين. وعليه فالإقتصار على المعاطاة في المحقرات ليس بمعنى كونها عقدا لازما فيها، بل يلتزمون بكونها جائزة، يصح الرجوع فيها.

(4) وأما مع تلفهما فتصير لازمة قطعاً.

(5) هذه كالتمّة لما أفاده بقوله: «بل يمكن دعوى السيرة» و مقصوده أنّ البناء العملي على عدم الاكتفاء بمجرد التراضي - ولزوم الإتيان باللفظ - لا ينافي قيام السيرة العملية على

---

[1] هذه الدعوى ممنوعة، بل دعوى جريان السيرة العقلانية على معاملة أموالهم بالمعاطاة من غير فرق بين الأموال الخطيرة والحقيرة قريبة جدا. وعلى تقدير تسليم السيرة المزبورة يكفي في ردعها مثل أحلّ الله البيع وأوفوا ونحوهما من أدلّة اللزوم. ومع هذا الردع كيف تكشف عن السنة حتى تخصص العمومات؟.

للسيرة (1) [1] و لغير واحد من الأخبار (2)، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

الاقتصار بمطلق اللفظ في إنشاء البيع سواء أكان واجدا لجميع ما يعتبر في الإيجاب والقبول مادة وهيئة، أم كان فاقدا لبعض ما يعتبر فيهما. وعلى كل يثبت المقصود، وهو قيام السيرة على عدم الاكتفاء بمجرد التراضي، ودخل اللفظ في اللزوم.

(1) أي: سيرة المتشركة بما هم متشركة.

(2) التي تقدم بعضها، وإليك بعضها الآخر:

فمنها: ما ورد في بيع العبد الأبى مع الضميمة، كموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد، وهو أبى عن أهله؟ قال: لا يصلح، إلا أن يشتري معه شيئا آخر، ويقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه» (1). بتقريب: أنه عليه السلام علم السائل كيفية إنشاء شراء العبد الأبى مع ضميمته، فكان أصل دخل اللفظ في اللزوم مستغن عن البيان.

ومنها: ما ورد في بيع اللبن في الصرع، كموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«سألته عن اللبن يشتري وهو في الصرع، فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه أسكرجة، فيقول:

اشتر مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فإن لم يكن في الصرع شيء كان ما في الأسكرجة» (2) و تقريب الدلالة كما تقدم.

ومنها: فحوى الأخبار الواردة في النكاح المشتملة جميعا على الإيجاب والقبول بلفظ

[1] هذه السيرة ممنوعة جدا إن أريد بها سيرة العقلاء بما هم عقلاء. وإن أريد بها بما هم متشركون فمنع ثبوت هذه السيرة لهم أيضا. و على فرض الثبوت منع استقرارها على جنس اللفظ بل يراعون جميع الخصوصيات من الماضوية والعربية وتقديم الإيجاب على القبول.

(1): وسائل الشريعة، ج 12، ص 263، الباب 11 من أبواب عقد البيع، الحديث: 2.

(2) المصدر، ص 259، الباب 8 من أبواب عقد البيع، الحديث: 2.

بقي الكلام في الخبر الآذي تمسك به في باب المعاطاة تارة على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف (1)، وأخرى على عدم إفادتها للزوم، جمعا (2) [1] بينه (3) وبين

---

المضارع، و المشتملة على الإيجاب ب «نعم» و القبول بالأمر. «1»

هذا تمام الكلام في الوجوه الثلاثة الموجبة لخروج المعاطاة عن قاعدة اللزوم في الملك.

وقد استقر رأي المصنف قدس سره أخيرا على اعتبار الإنشاء القولي في البيوع الخطيرة، وإن لم يكن جامعا لكل ما يعتبر في الصيغة، و سيأتي تنمة بحث أصالة اللزوم، و هي تحقيق مفاد الأخبار الدالة على حصر المحلل و المحرم في الكلام.

(1) و كونها بيعا فاسدا، و هذا مبني على أول الوجوه الأربعة التي سيذكرها المصنف قدس سره في معنى قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام» و المراد بأول الوجوه هو:

أن يكون النطق و الكلام تمام المناط في تحليل شيء ء و تحريمه، فلا يتحقق شيء ء من الحلّ و الحرمة بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. و عليه فلا تكون المعاطاة سببا للإباحة و لا للملك.

(2) قيد لقوله: «عدم إفادتها للزوم» يعني: استدلل بعضهم بهذا الخبر على إناطة اللزوم باللفظ، لا أصل صحة المعاطاة، و الوجه في هذا هو الجمع بين هذا الخبر و بين الأدلة المتقدمة على إفادة المعاطاة للملك.

(3) أي: بين الخبر و هو قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام .. إلخ» و بين ما دلّ على صحة البيع مطلقا كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فيجمع بينهما بحمل «إنما يحلل الكلام» على أنّ

---

[1] لكنه جمع تبرّعي لا شاهد له، و مقتضى القاعدة وقوع المعارضة بينهما، و حيث أنّ النسبة بينهما عموم من وجه يرجع في المجمع - و هو البيع الفعلي المعاطاتي - إلى أصالة الفساد. و عليه فلا يؤثر المعاطاة في الملكية.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 14، ص 194، الباب 1 من أبواب عقد النكاح، الحديث: 3 و 10 و غيرهما.

ما دلّ على صحة مطلق البيع كما صنعه في الرياض (1)، و هو قوله عليه السّلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحرمّ الكلام» (2).

و توضيح المراد منه يتوقف (3) على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الإسلام في باب «بيع ما ليس عنده» و الشيخ (4) في باب «النقد و النسيئة» عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجيج، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرّجل يجيني و يقول: اشتر لي هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، فقال: أليس إن شاء أخذ، و إن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس، إنّما يحلّل الكلام و يحرمّ الكلام» (1).

اللزوم منوط بالكلام، فيراد بقوله عليه السّلام: «يحلّل الكلام» أنّه يلزم الكلام، فالمعاطاة و إن كانت صحيحة، لكنها غير لازمة، بل هي مفيدة للملك الجائر. أمّا الملكية فلكونها بيعا، و أمّا غير اللزوم فلعدم الكلام.

(1) و في مفتاح الكرامة و شرح كاشف الغطاء على القواعد و غيرها أيضا. قال في الرياض: «ففي الصحيح و غيره من المعتبرة: أنّه إنّما يحلّل الكلام، و هي و إن اقتضت حرمة التصرف، إلّا أنّها محمولة على اللزوم و على ما بعد الرجوع، جمعا بينه و بين ما دلّ على الإباحة بالتراضي...» (2).

(2) هذا المضمون ورد في روايات متعددة، و لكن المقصود فعلا التعرض لرواية خالد كما سينقله المصنف في المتن.

(3) وجه التوقف تطرّق احتمالات عديدة في الجملة المستدل بها، و هي «إنّما يحلّل الكلام و يحرمّ الكلام» فلا بد من التأمل في جميع فقرات الرواية، عسى أن يكون صدرها قرينة معيّنة لما يراد من الذيل.

(4) ظاهر العطف يقتضي اتحاد طريقي الشيخ و الكليني، و اشتراك السند من

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 4.

(2) رياض المسائل، ج 1، ص 511، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 157.

ابن أبي عمير الى الامام الصادق عليه السلام، و نتيجة ذلك تردّد الراوي عن الإمام- في الكافي و التهذيب- بين «خالد بن الحجاج و خالد بن نجیح».

مع أنّ الأمر ليس كذلك، لعدم اختلاف نسخ التهذيب في هذا السند، بل الظاهر توافقها في ضبط الراوي بعنوان «خالد بن الحجاج». و إنّما حكى اختلاف نسخ الكافي المصحّحة، ففي بعضها «خالد بن نجیح» و في بعضها «خالد بن الحجاج».

و عليه كان المناسب أن يقتصر المصنّف قدّس سرّه على سند الكافي الذي تردّد الراوي فيها بين ابن الحجاج و ابن نجیح، ثم تعقيبه بذكر سند الشيخ بأن يقول، «و رواه الشيخ في باب النقد و النسب عن خالد بن الحجاج».

و كيف كان فلا بأس بالإشارة إلى سند الرواية، ففي الكافي «عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجیح، قال: قلت لأبي عبد الله .. إلخ» (1).

و رواها شيخ الطائفة عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج ..» (2).

و الظاهر اعتبار السند برواية الشيخ، لأنّ إسناده إلى الحسين بن سعيد صحيح، كما لا يخفى على من راجع مشيخة التهذيب (3).

و ابن أبي عمير معلوم الحال، و يحيى ابن الحجاج و خالد قد وثّقهما النجاشي بقوله في ترجمة يحيى: «ثقة، و أخوه خالد» (4) و عليه فلا شبهة في سند الرواية بنقل الشيخ.

إنّما الكلام في سندها بنقل الكافي، و منشأ الاشكال اختلاف نسخ الكتاب في الراوي عن الامام الصادق عليه السلام كما ذكرناه، و المفروض عدم ثبوت وثاقة خالد بن نجیح بوجه

(1): الكافي، ج 5، ص 201، الحديث: 6.

(2) تهذيب الاحكام، ج 7، ص 50، الحديث: 16.

(3) تهذيب الأحكام، ج 10، ص 63 من المشيخة.

(4) رجال النجاشي، ص 311، الطبعة الحجرية.

يعتمد عليه.

وفي مثله إِمَّا أن يقال بترجيح النسخة المشتملة على «خالد بن الحجاج» ووقوع السهو من قبل نساخ الكافي، لقرينية وحدة متن الرواية-سؤالاً- وجواباً، واتحاد الطريق من ابن أبي عمير إلى خالد، وكون المسؤول في كلاً- الطريقين الامام الصادق عليه السلام- على ضبط الراوي في النسخة الأصلية من الكافي بعنوان «خالد بن الحجاج».

وإمَّا أن يقال- كما هو الظاهر- بأن ما ذكر من القرائن لا يورث الاطمئنان بضبط الراوي- في النسخة الأصلية من الكافي- ب «خالد بن الحجاج» بعد شهادة غير واحد من أهل الخبرة باشتمال بعض النسخ المصححة على «ابن نجیح»، وبعضها على «ابن خالد».

و حينئذ يشكل الاعتماد على سند الكافي، ويتعين الأخذ بسند الشيخ، و المفروض صحته كما أشرنا إليه.

و كم له من نظير، حيث يروى عن المعصوم عليه السلام كلام واحد بطريقين أو أكثر، و يكفي صحة إحدى الطريقين في شمول أدلة حجية خبر الثقة له.

و ليكن المقام منها، فتكون الرواية ضعيفة بنقل ثقة الإسلام، و معتبرة بنقل شيخ الطائفة.

و أمَّا احتمال سراية الضعف من سند الكافي إلى سند التهذيب فمما لا وجه له.

نعم لو رواها الشيخ عن الكافي- كما في كثير من روايات كتابي التهذيب والاستبصار- كان لذلك الاحتمال وجه بالنظر إلى اضطحية ثقة الإسلام من الشيخ، فتأمل. و أمَّا في خصوص هذه الرواية فلا موضوع للبحث، لأنَّ الشيخ رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد، لا عن ثقة الإسلام.

فالننتيجة: أنَّ الرواية معتبرة سنداً، و العويصة كَلِّها في مفاد التعليل كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر (1) مجردة عن قوله عليه السّلام: «إِنَّمَا يَحْلَلُ» كلّها تدلّ على: أنّه لا بأس بهذه المواعدة و المقابلة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.

---

(1) رواها الشيخ الحرّ في الباب الثامن من أبواب العقود.

منها: معتبرة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه، ثم تشتري له على الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبعه منه بعد» (1).

وأما فقه رواية خالد سؤالا و جوابا- وبملاحظة رواية يحيى الآتية في المتن- فهو أنّ الغرض التوصل إلى حلية الربح الذي يأخذه السمسار، و حلية المتاع الذي يشتريه الرجل منه.

و توضيحه: أنّ المستفاد من السؤال أمران:

أحدهما: أنّ رجلا يراجع السمسار و يفاوضه على شراء ثوب منه، فيقول السمسار:

إنّه ليس لي، فيأمره الرجل بشرائه من مالكة حتى يشتريه هذا الرجل من السمسار بثمن أزيد، بأن تكون الزيادة ربح السمسار بإزاء عمله.

الثاني: أنّ مفروض الرواية شراء السمسار الثوب لنفسه ثم يبيعه للرجل، لا كونه وكيلا عن الرجل في شراء الثوب من مالكة، و لا كونه أجيورا له، إذ لو كان السمسار وكيلا أو أجيورا للأمر لما افتقر الى عقد جديد بين السمسار و الأمر، بل كان الأمر مالكا للثوب بنفس شراء السمسار الثوب من مالكة. هذا ما يستفاد من السؤال.

وأما الجواب فقد استفصل فيه الامام عليه السّلام من السائل بأن الرجل الذي يريد الثوب- بعد استدعائه من السمسار شراء الثوب من مالكة- لا يخلو إمّا أن يكون ملزما بأخذ الثوب من السمسار، و إمّا أن يكون مخيرا بين الأخذ و الانصراف.

فعلى الأوّل يبطل، لأنّ السمسار قد باع الثوب من الأمر قبل أن يشتريه من مالكة، و هو منهي عنه، لكونه من بيع ما ليس عنده.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 375، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 1.

ص: 585



ونقول: إن هذه الفقرة- مع قطع النظر (1) عن صدر الرواية- تحتل وجوها: (2)

وعلى الثاني يصح، لأن خياره بين الأخذ والترك كاشف عن عدم وقوع البيع بين السمسار والأمر، بل كان الواقع مجرد مقابلة و مواعدة، و هما من مقدمات البيع لا نفسه، و حينئذ يجوز للسمسار أن يبيع الثوب من الأمر بعد أن يشتريه من مالكة، و يحلّ الربح للسمسار كما يحلّ الثوب للأمر.

وعلى هذا فما من شأنه تحليل الثوب و الربح هو مجرد المقابلة بين السمسار والأمر، و ما من شأنه تحريمهما هو إنشاء البيع اللازم. هذا كله مفاد السؤال و الجواب.

وقد علل عليه السلام هذا التفصيل بجملة «إنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام» و لما كان اللازم مناسبة هذا التعليل للحكم المعلل به فينبغي أن يكون المراد من الكلام المحلل هو المقابلة الواقعة بين الرجل و السمسار، و من الكلام المحرم هو إنشاء البيع.

وبهذا يظهر أجنبية التعليل عن مقصود القائلين بتوقف صحة العقد أو لزومه على اللفظ، و لهذا أشار المصنف قدس سره بقوله: «مع قطع النظر عن صدر الرواية» إلى أنه لا بدّ من فرض جملة «إنما يحلّ ..» منفصلة عن ذلك السؤال و الجواب حتى يتطرّق فيها احتمالات أربعة أو أزيد.

و أمّا لو أريد التحفظ على علّيته لجوابه عليه السلام لم تجر الوجوه الأربعة فيه، بل يتعين وجه واحد و هو الاحتمال الثالث منها، كما سيأتي مشروحا.

(1) إذ مع النظر الى صدر الرواية لا- يتطرّق إلّا وجه واحد لئلا يكون تعليقه عليه السلام أجنبيا بالمرّة عمّا علّله به من حلية المقابلة و المواعدة، و حرمة إنشاء البيع.

(2) مقصوده قدس سره أنّ ذيل الرواية- مع قطع النظر عن صدرها- يبحث عنه في مقامين، أحدهما الثبوت، و الآخر الإثبات. فيقع الكلام أولا في محتملات فقه الذيل، ثم في استظهار

الأول (1): أن يراد من الكلام في المقامين (2) اللفظ الدال على التحريم والتحليل، بمعنى أن تحريم شيء و تحليله لا يكون إلا بالنطق بهما (3)، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام (4) و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال (5)

أحدها إن لم يصير مجملا.

(1) هذا الاحتمال هو ظاهر الجملة بدوا، وقد استظهره كل من استدلل بها على دخل الإنشاء القولي في لزوم، بل مقتضى إناطة التحليل و التحريم بالكلام- عدم تأثير المعاطاة في الإباحة فضلا عن الملك الجائز، لكنهم رفعوا اليد عنه للجمع بين الأدلة كما تقدم في عبارة الرياض، ونحوها ما في مفتاح الكرامة وغيرها.

وكيف كان فمحصل هذا الاحتمال الأول: أن الملحوظ هو نفس طبيعة الكلام مع الغض عن مدلوله. فموضوع التحليل و التحريم هو نفس اللفظ، بخلاف المعاني الآتية، فإن اللفظ لوحظ فيها حاكيا و مرآة، و لذا لا يكون جامع بين هذا المعنى الأول و بين سائر المعاني الآتية، لامتناع اجتماع اللحاظين الآلي و الاستقلالي.

فإن أمكن إرادة هذا المعنى من قوله عليه السلام: «انما يحلل ..» صح الاستدلال به على المقام، لفقد الإنشاء اللفظي في المعاطاة حتى يوجب الإباحة أو الملكية، إذ القصد المجرد عن الكلام- أو المبرز بغير اللفظ- لا يترتب عليه أثر.

(2) أي: في مقام التحريم و التحليل، فإذا كان شيء حراما لم يحل بغير الكلام، و إن كان حلالا لم يحرم إلا باللفظ.

(3) أي: بالتحليل و التحريم، فلو لا النطق لا يحرم الحلال، و لا يحلل الحرام شيء آخر من القصد، أو الكاشف الآخر كالكتابة و التقابض و الإشارة ونحوها.

(4) كالنذر، لإناطة وجوب الوفاء به بالتلفظ بصيغة النذر، و لا تكفي النية المجردة عنه.

على المشهور. و كذا الحال في الظهار و الطلاق.

(5) كما في المعاطاة، لوجود الكاشف عن القصد الى البيع و هو التعاطي، و لكنه غير

كاف، لتوقف حلية التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على الإنشاء اللفظي المفقود حسب الفرض.

[1] لا يخفى أنه قد تقدّم سابقا عدم اختلاف بين الحللّ والحرمة التكليفيين والوضعيين في المفهوم، فالمراد بالمحلّلية والمحرمية أعمّ من التكليف والوضع، كإباحة وطى الأمة مثلا بقوله: «أحللت لك وطى أمّتي» و كالملكية الحاصلة بقوله: «بعت». كما أنّ إطلاق مفهوم الحللّ والحرمة يقتضي عدم الفرق بين التحليل والتحريم مع الوسطة وبدونها.

أمّا المحللّ تكليفا بلا- واسطة كتحليل مالك الأمة، ومع الوسطة كعقد النكاح الموجب لتحقق الزوجية التي هي توجب حلية الاستمتاع.

وأمّا المحرّم تكليفا بلا- واسطة كالظهار، ومعها كالطلاق القاطع للزوجية، والموجب لحدوث الأجنبية التي تترتب عليها حرمة الاستمتاع.

وأمّا المحللّ الوضعي فكالعقود الصحيحة الموجبة للنفوذ وحصول الانتقال، أو غيره مما هو مقصود في المعاملة.

وأمّا المحرّم الوضعي فكالعقود الفاسدة كالبيع الربوي والغرري، و كالشروط المفسدة لها.

بل مقتضى إطلاق موضوعية طبيعة الكلام هو كون كلام واحد محلّلا ومحرمّا كالفسخ، فإنّه يحرم المثلث على المشتري، والثلث على البائع، أو محلّلا فقط أو محرّمّا كذلك.

بل مقتضى الإطلاق المزبور شمول الكلام لكلام الشارع، فمحلّلية المعاطاة وضعا بواسطة الكلام هو عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود ونحوه، فكلام الشارع في مقام

الجعل قد يكون محللاً كما في المعاطاة، وقد يكون محرّماً كما في بيع المجهول ونحوه سواء أكان مع الوسط أم بدونه.

وبالجملة: فيمكن الاستدلال على محلّية المعاطاة وضعا بأنّ الكلام محلّل، والمراد بالكلام هو مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

وعلى هذا المعنى يندفع إشكال تخصيص الأكثر الآتي في كلام المصنّف قدّس سرّه، إذ جميع المحرّمات والمحلّلات ترجع إلى سببية الكلام لهما، فإنّ تنجّس المأكولات والمشروبات يوجب حرمتها بكلام دلّ عليها، كما أنّ حلّيتها بتطهيرها أيضاً مما دلّ عليه كلام الشارع.

وكذا محلّية التذكية وذهاب الثلثين، وتخليل الخمر، واستبراء الحيوان الجلال وتخميس المال المختلط بالحرام، وغير ذلك من موارد التحليل. وكذا محرّمية موت الحيوان بغير التذكية، وغلّيان العصير، والجلل، وخلط المال الحرام بالمال الحلال، إلى غير ذلك من موارد التحريم، فإنّ التحليل والتحريم في الجميع مما دلّ عليه كلام الشارع.

إلا أن يقال: إنّ مع البناء على تعميم الكلام لكلام الشارع لا يستفاد الحصر أيضاً، لأنّ الأحكام الثابتة بقاعدة الملازمة خارجة عن هذا الحصر، فالحصر الحقيقي لا يتصور في محلّية الكلام ومحرّميته، فلا بدّ من حمله على الحصر الإضافي.

والحق أنّ دلالة كلمة «إنّما» على الحصر محلّ تأمل كما ذكر في محله.

لكن هذا التوجيه أجنبى عن مقالة المستدل بهذه الرواية على اعتبار اللفظ في إنشاء المعاملات. وعليه فتوجيه كلامه بأنّ المحلّلات والمحرّمات تنتهي بأسرها إلى بيان الشارع ممّا يباهه كلام المستدل جدّاً.

الثاني (1): أن يراد بالكلام (2) اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: «هذا الكلام صحيح أو فاسد» (3)، لا مجرد اللفظ أعني الصوت. و يكون المراد (4): أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلاً و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

(1) محصل هذا الاحتمال الثاني: أن المقصود الواحد يختلف حكمه باختلاف المضامين المؤداة بالكلام، يعني: أن المقصود الواحد إذا أدى بعبارة مخصوصة صار حلالاً و إن أدى بعبارة أخرى لم يحل، مثلاً: يكون الغرض من النكاح السلطنة على بضع المرأة، و هو يحصل بقولها: «متعتك نفسي» و لا يحصل بقولها: «سلطتك على بضعي أو أجرتك بضعي».

و كذا البيونة المقصودة بالطلاق، فإنها تحصل بقول الزوج: «أنت طالق» و لا تتحقق بقوله: «أنت خلية أو مسرحة أو مطلقة أو برية».

فملخص هذا الوجه هو ملاحظة المطلب الوجداني المقصود الذي يمكن أدائه بمضامين متعددة، فيكون أدائه بمضمون محرّما و بمضمون آخر محلّلاً. و عليه فليس المراد في هذا الوجه الثاني محلّلية وجود اللفظ و محرّمية عدم اللفظ كما كان في الاحتمال الأول، إذ على الاحتمال الثاني يوجد اللفظ في الجميع، لكن المراد من «إنما يحرم و يحلل الكلام» هو محلّلية لفظ و محرّمية لفظ آخر، مع اشتراكهما في تأدية المطلب الواحد.

و يؤيد إرادة هذا الاحتمال ما ورد في أخبار عقد المزارعة، و سيأتي بيانها.

(2) في قوله عليه السلام: «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام».

(3) حيث إن مقصود القائل: «هذا الكلام صحيح» هو صحة مضمونه، لا مجرد صحة الألفاظ و الكلمات إعراباً و بناء، فالمنظور إليه هو المفاد و المدلول اللذان يتوصل إليهما بالألفاظ.

(4) أي: و يكون المراد من محلّلية الكلام و محرّميته: أن المطلب الواحد .. إلخ.

مثلا المقصود الواحد- وهو التسليط على البضع مدة معينة- يتأتى بقولها: «ملكنتك بضعي أو سلطنتك عليه أو آجرتك نفسي أو أحللتها لك» وبقولها: «متعت نفسي بكذا» فما عدا الأخير موجب لتحريمه (1)، و الأخير محلل.

وعلى هذا المعنى (2) ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في عدة من روايات المزارعة:

منها (3): ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع

(1) المراد من إيجاب تلك العبارات لحرمة المرأة هو عدم تأثيرها شرعا في حلية البضع، وإلا فالحرمة ثابتة قبل هذه الألفاظ من جهة كونها أجنبية.

(2) أي: على هذا الوجه الثاني- من معنى الكلام المحلل والمحرّم- ورد قوله عليه السلام في روايات المزارعة: «إنما يحرم الكلام» و غرضه تأييد هذا الاحتمال الثاني.

و تقريب التأييد: أنّ قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في باب المزارعة هو نفس التعبير الوارد في رواية خالد بن نجیح من قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام» و حيث إنّ المقصود بالجملة الواردة في المزارعة واضح لا إجمال فيه، فليكن التعليل في رواية خالد- من جهة مطابقة المتن- محمولا على هذا الاحتمال الثاني الذي هو ظاهر رواية المزارعة أيضا.

ووجه ظهورها: أنّ مقصود المالك و العامل جعل حصة الأول ثلثا و حصة الثاني ثلثين، و هذا المطلب الواحد إذا أنشئ باشتراط ثلث للبقر و ثلث للبدر لم يقع صحيحا، بل هو عقد فاسد، و إذا أنشئ بقول الزارع: «أزرع في أرضك و لك منها ثلث و لي ثلثان» كان صحيحا. ثم علل عليه السلام بطلان الإنشاء الأول بقوله: «فإنما يحرم الكلام» و من المعلوم أنّ مسانحة العلة للحكم المعلل بها ضرورية، فيتعين أن يراد بجملة «إنما يحرم الكلام» إنشاء عقد المزارعة بلفظ دون لفظ آخر.

و حيث إن رواية خالد قد اشتملت على هذا المتن كان المناسب حمل «الكلام» على هذا الاحتمال الثاني، و هو اللفظ مع مضمونه.

(3) و كذا يشتمل على التعليل روايتان أخريان:

الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال: لا ينبغي له أن يسمي بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك، و لك منها كذا و كذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، و لا يسمي بذرا و لا بقرا، فإنما يحرم الكلام» (1).

الثالث (1): أن يراد بالكلام في الفقرتين:

الأولى: صحيحة الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثا، و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي أن يسمي شيئا، فإنما يحرم الكلام» (2).

الثانية: معتبرة سليمان بن خالد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع، فيزرع أرض آخر، فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي أن يسمي بذرا و لا بقرا، فإنما يحرم الكلام» (3).

(1) هذا الاحتمال الثالث مبني على حمل «الكلام» في جملة التحريم و التحليل على تعبير واحد و جملة واحدة، مع كون محرميته و محلليته بحسب تعدد المحل أو الوجود و العدم.

و يمكن توضيحه بوجهين:

الأول: ما يظهر من الفاضل النراقي (4)، و حكى عن المحقق القمي في جامع الشتات و سبقهما المحدث الكاشاني، حيث قال: «الكلام هو إيجاب البيع، و إنما يحل نفيًا، و إنما يحرم إثباتًا» (5).

و محصله: أن المراد بالكلام في الفقرتين لفظ واحد يكون محرما في حال وجوده، و محرما في حال عدمه، أو بالعكس، بأن يكون وجوده محللا و عدمه محرما. فالأول و هو

(1): تهذيب الأحكام، ج 7، ص 194، باب المزارعة، الحديث: 857، وسائل الشيعة، ج 13، ص 201، الباب 8 من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة الحديث: 10.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 199، الباب 8 من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث: 4.

(3) وسائل الشيعة، ج 13، ص 200، الباب 8 من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث: 6.

(4) مستند الشيعة، ج 1، ص 362.

(5) الوافي، ج 3، ص 59، الطبعة الحجرية.

الكلام الواحد (1)، و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه محرّماً، أو بالعكس. أو (2) باعتبار محلّه و غير محلّه، فيحلّ في محلّه و يحرمّ في غيره.

و يحتمل (3) هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

محرّمية وجود الكلام نظير تسمية البذر و البقر في إنشاء المزارعة، فإنّه محرّم أي يوجب استمرار الحرمة السابقة على العقد، و عدم هذه التسمية محلّلة. و الثاني نظير إذن المالك-قولا- لغيره في التصرف في ماله، فإنّ وجود هذا اللفظ محلّل، و عدمه محرّم.

الثاني: أنّ المراد بالكلام وجوده، و يكون اتصافه بالمحلّلية و المحرّمية باعتبار وجوده في محلّ أو زمان، فاللفظ الواحد محرّم في محلّ و محلّل في محلّ آخر. مثلاً: صيغة «أنكحت و قبلت» إن صدرت من المحرم كانت محرّماً غير مؤثّر في حدوث علاقة الزوجية، و إن صدرت من المحلّ كانت محللاً و مؤثّراً في التزويج. و كالعقد على ذات العدة، فإنّه محرّم أبداً، و على الخليّة محلّل.

(1) يعني: فالمتصف بالتحليل و التحريم حينئذ كلام واحد مع اتحاد مضمونه، و هذا هو الفارق بين هذا الوجه الثالث و بين سائر الوجوه. بخلاف الوجه السابق، فإنّ المتصف بهما كلامان، حيث إنّ تسمية البذر و البقر محرّم، و التعبير بالنصف أو الثلث كلام محلّل.

فالفارق بين هذا الوجه و سابقه هو: تعدد الكلام المتصف بالتحليل و التحريم هناك و اتحاده هنا.

كما أنّ فرق هذا الاحتمال مع الاحتمال الأوّل هو: أنّ المناط في التحريم و التحليل هناك كان في طبيعة الكلام في مقابل الفعل، لا بما أنّه كلام واحد أو متعدّد، و لا باعتبار وجوده في محلّ و عدمه في محلّ آخر.

(2) معطوف على «باعتبار» و هذا إشارة إلى الاحتمال الثاني المذكور في الوجه الثالث.

(3) أي: الوجه الثالث، فيقال: إنّ وجود تسمية البذر و البقر محرّم، و عدمها محلّل. أو يقال: إنّ قول الزارع للمالك: «لي الثلثان و لك الثلث» محلّل، و عدمه محرّم.

و أمّا تقريب احتمال حمل أخبار المزارعة على الوجه الثالث فهو: نهى الامام عليه السّلام عن



تسمية ثلث للبذر و ثلث للبقر، فهذه التسمية محرّمة و موجبة لفساد العقد و حرمة التصرف، و عدم هذه التسمية محلّل، بأن يقول- كما علّمه عليه السّلام-: «لي الثلث و لك الثلثان» مثلاً.

فإن قلت: إنّ احتمال إرادة هذا الوجه الثالث من روايات المزارعة ينافي تصريح المصنّف قدّس سرّه في الوجه الثاني بقوله: «و على هذا المعنى ورد قوله عليه السّلام: إنّما يحرم الكلام».

و المنافاة واضحة، لأن أخبار المزارعة إمّا أن تكون مجتمعة محتملة لكل من الوجه الثاني و الثالث، و إمّا أن تكون ظاهرة في خصوص الاحتمال الثاني، فإن كانت محتملة لكلا الوجهين لم يصحّ قوله في الوجه الثاني: «و على هذا المعنى ورد ..» و إن كانت ظاهرة في خصوص الاحتمال الثاني لم يصحّ قوله هنا: «و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة».

قلت: لا تنافي بين كلامي المصنّف قدّس سرّه، لأنّ مدعاه في الاحتمال الثاني هو ظهور أخبار المزارعة فيه، و أنّ المطلب الواحد يمكن تأديته بعبارتين: إحداهما محلّلة و الأخرى محرّمة.

و من المعلوم أنّ هذا الظهور لا ينافي احتمال تنزيل تلك الأخبار على الوجه الثالث، بأن يقال:

إنّ وجود الكلام- أي تقييد حصّة العامل بالبذر و البقر- محرّم، و عدم هذا التقييد محلّل.

و الحاصل: أنّ ظهور الكلام في معنى لا ينافي احتمال إرادة معنى آخر منه. و إنما يتحقق التهافت بينهما إذا ادّعي تارة صراحة الكلام في مؤداه، و اخرى احتماله لمعنى آخر.

(1) محصّل هذا الوجه: أنّ المراد بالكلام المحلّل- بالنظر إلى صدر الرواية و مورد السؤال فيها- خصوص المقابلة، و بالكلام المحرّم إيجاب البيع، لأنّه بيع قبل الشراء، و هو غير جائز. و تقدم مزيد توضيح لهذا الوجه عند بيان فقه الرواية قبل الشروع في المقام الأوّل المنعقد لبيان احتمالات التعليل.

ثمّ إنّّه ينبغي تميم الكلام ببيان فوارق هذه الاحتمالات الأربعة، فنقول: إنّ الكلام في هذا الوجه الرابع متعدّد، لكون المقابلة التي هي الكلام المحلّل مغايرة لإيجاب البيع الذي هو الكلام المحرّم. فهذا الوجه الرابع يغيّر الوجه الثاني في أنّ المضمون فيه متعدّد، إذ المواعدة غير الإيجاب.

و بعبارة أخرى: المقابلة و البيع مطلبان، لا مطلب واحد.

بخلاف الوجه الثاني، فإنّ المقصود من الكلام شيء واحد، وهو كون ثلثي الزرع للزارع، والاختلاف إنّما يكون في التأدية، وعليه فيكون المعنى الرابع أخص من الثاني.

ويشارك هذا الوجه الرابع الوجه الثاني في تعدد الكلام الموضوع للتحليل والتحرير هذا.

والوجه الرابع يغير الوجه الثالث بالمباينة، لأنّ الكلام المحلّل والمحرّم متعدد في الرابع، ومتّحد في الثالث.

كما أنّ هذا هو الفرق أيضا بين الوجه الثاني والثالث، فإنّ الكلام المحلّل والمحرّم في الوجه الثاني متعدد، وفي الثالث متّحد.

كما أنّه ظهر الفرق بين مجموع هذه الوجوه الثلاثة وبين الوجه الأوّل، بكون الملحوظ استقلالاً في الأوّل هو اللفظ مع الغض عن معناه، بخلاف الوجوه الثلاثة، فإنّ الملحوظ فيها استقلالاً هو المعنى، واللفظ ملحوظ فيه آلياً، كما تقدم آنفاً. فالفرق بين الوجه الأوّل وبينها هو التباين.

(1) فاللّام في قوله عليه السّلام: «الكلام» على هذا المعنى الرابع يكون للعهد، فلا يستفاد منه ضابط مطّرد في جميع الموارد.

هذا تمام الكلام في مقام الثبوت، وسيأتي الكلام في مقام الإثبات.

[1] وفي التعليل احتمال خامس وسادس، فالأوّل ما احتمله المحقق النائيني قدّس سرّه قال المقرّر: «أن يراد من الكلام نفس معنى اللفظ، لا اللفظ بمعناه، فيصير حاصله: أنّ البيع قبل الشراء محرّم، وبعده محلّل. وهكذا في باب المزارعة، فإنّ جعل شيء بإزاء البقر والبذر محرّم، وجعله بإزاء عمل الزارع محلّل» «1».

وقد سبقه إلى هذا المعنى صاحب الجواهر «2» والمحقق الخراساني وغيرهما «3».

(1): منية الطالب، ج 1، ص 66.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 217.

(3) حاشية المكاسب، ص 15.

---

و محصّل هذا الوجه: أنّ المراد بالكلام هو الالتزام المعاملي السالب عرفاً للاختيار، والمراد بالتحريم والتحليل بالإضافة إلى شخصين، و هما البائع و المشتري، لا- إلى كلامين من شخصين، بحيث يكون أحدهما محرّماً و الآخر محلّلاً، فإن المثلث يحرم على البائع بالالتزام المعاملي، و يحلّ للمشتري، و في الثمن بالعكس. و إطلاق الكلام على الالتزام شائع. و منه «كلام الليل يمحوه النهار» كما قد يطلق عليه القول، فيقال: «أعطيت قولاً بذلك» و قوله تعالى وَ لَكِنْ حَقَّ الْقَوْلُ مِنِّي لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ «1».

و بعبارة أخرى: لا يراد بالكلام اللفظ، و لا دخله في الأثر، إذ المؤثر هو المعنى، و الكلام بما أنّه فإن في معناه، إذ هو ما به ينظر لا فيه ينظر، فالكلام المحلّل و المحرّم هو الالتزام المعاملي المحرّم للمبيع على البائع و المحلّل له للمشتري.

و هذا المعنى الذي أفاده صاحب الجواهر قد يساعده الذوق الفقهي السليم، و يتأيد بكثير من النصوص الواردة في بيع الدّلال، كصحيحة ابن سنان الآتية في المتن و غيرها ممّا رواها ثقة الإسلام في باب بيع ما ليس عنده، و أنّه إن كان مجرد مفاوضة و مقابلة فلا بأس، و إن كان إيجاب البيع ففيه بأس.

لكن الإنصاف أنّ هذا الوجه يستلزم إسقاط خصوصية الكلام المأخوذ موضوعاً للتحليل و التحريم، و لغوية ذكره، و هو بمكان من الفساد. فمقتضى ظاهر التعليل هو كون الكلام المنشأ به إيجاب البيع قبل الشراء محرّماً، و بعده محلّلاً، فالمناطق في التحريم و التحليل هو الكلام، فيدل قوله عليه السلام: «إنّما يحلل الكلام و يحرم الكلام» على كون إيجاب البيع المتحقق بالكلام دون غيره قبل الشراء محرّماً، و بعده محلّلاً، فلا عبرة بإيجاب البيع بغير الكلام كإنشائه بالمعاطاة.

و ما أفاده المحقق الايرواني قدّس سرّه في تأييده بإطلاق الكلام على الالتزام المجرد عن

---

(1): السجدة، الآية: 13.

---

اللفظ استشهدا بمثل «كلام الليل يمحوه النهار» غير ظاهر، إذ لو سلّم الإطلاق المزبور لم يقتض سقوط أصالة الحقيقة في معنى الكلام، وحملة على الالتزام المجرد عن النطق.

ولو كان المحلّل والمحرّم هو الالتزام البيعي لكان المناسب أن يقال: «يحلل البيع ويحرم البيع».

هذا مضافا إلى: لزوم جعل الحصر إضافيا، أي كون البيع محرّما بالإضافة إلى المقابلة التي ليست محرّمة، مع ظهور «انما» في حصر المحلّل في البيع بالإضافة إلى كل شيء.

الاحتمال السادس: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه وهو: «أنّ الإيجاب الصحيح في ذاته يؤثر تارة في الحلّ وأخرى في الحرمة، كالنكاح المؤثّر في الحلية، والطلاق المؤثّر في الحرمة.

والمراد: أنّ السبب المؤثّر تارة في الحلية وأخرى في الحرمة منحصر في الكلام. لا أنّ الصحيح المحلّل، والفاقد المحرّم منحصر في الكلام حتى يورد عليه بالإشكال في المحلّلية والمحرّمية» (1).

وحاصله: أنّ الموصوف بالمحلّلية والمحرّمية هو خصوص الإنشاء الصحيح، ولا عبرة بالإنشاء الفاسد أصلا. فالكلام الصحيح المحلّل كالعقد في النكاح، والمحرّم كالطلاق.

وبعبارة أخرى: شأن طبيعة الكلام الصحيح: التحليل والتحرّم، فهو ينقسم إلى قسمين. لا أنّ الكلام الواحد محلّل وجودا ومحرّم عدما. أو بالعكس. أو أنّ الكلام إن كان مقابلة فهو محلّل، وإن كان بيعا فهو محرّم، وغير ذلك من المحتملات.

وهذا ينطبق على مورد الرواية وهو بيع ما ليس عنده، فإنّ الدلال إذا أوجب البيع قبل أن يتملّك المبيع كان إنشاؤه الصحيح محرّما، وإن أوجبه بعد تملكه له كان محلّلا، هذا.

وهذا الاستظهار وإن كان وجيها، لكن تطبيقه على مورد سؤال خالد لا يخلو من شيء، لأنّه سأل عن حكم الربح وبيع الثوب من الأمر، فأجابه عليه السّلام - وكما في روايات أخرى - بأنّ الأمر إن كان بالخيار فلا بأس، وإلا ففيه بأس، ثم علّله بمحلّلية الكلام ومحرّميته.

ولا يبعد حملة على المعنى الثالث من عدم محرّمية المقابلة ومحرّمية إيجاب البيع،

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 37.

ثم (1) إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول (2)، لأنه (3) - مع لزوم تخصيص الأكثر،

(1) هذا ناظر إلى المقام الثاني وهو الإثبات، وأن أي واحد من تلك الوجوه الأربعة يكون ظاهر الكلام و مرادا منه.

(2) مع أن المجدي للاستدلال بذيل رواية خالد بن الحجاج على عدم لزوم الملك بالمعاطة هو إرادة هذا المعنى الأول.

(3) أي: لأن المعنى الأول يوجب، وهذا وجه عدم إرادة الاحتمال الأول، وهو يرجع إلى وجهين:

أحدهما: أن المعنى الأول يستلزم تخصيص الأكثر، لأن مقتضاه حصر المحلل والمحرّم في الكلام، مع أنه ليس كذلك، لكثرة المحرّمات والمحلّلات في الشريعة، مع عدم كون المحلل والمحرّم فيها كلاما، كمحرّمية الغليان، ومحلّلية ذهاب الثلثين، ومحرّمية الموت بغير التذكية للحيوان القابل للتذكية، ومحلّلية التذكية، ومحرّمية الجلل، ومحلّلية الاستبراء منه، إلى غير ذلك.

ثانيهما: أن الفقرة المذكورة - أعني بها: محلّلية الكلام ومحرّميته - عدّة للحكم المذكور قبله، وإرادة المعنى الأول منها توجب عدم ارتباطها بالحكم المزبور وعدم انطباقها عليه، لأن الحكم - على ما استفاد من جملة من الروايات - هو الجواز إذا لم يوجب السمسار البيع قبل الشراء من مالكه، ولا دخل للكلام في هذا الحكم أصلا، بل المدار في الجواز وعدمه هو الإيجاب قبل الشراء. وعدم الإيجاب قبله، فليس المدار في التحليل والتحرّيم هو النطق حتى يصحّ تعليل الحكم بالجواز وعدمه به، فإنّ إيجاب البيع من قبيل المعنى دون اللفظ، فلا يصحّ التعليل به.

أو على المعنى الخامس. وأما مجرد انقسام الكلام الصحيح إلى محلّل تارة ومحرّم اخرى، فلا يظهر انطباقه على مورد السؤال.

ولعل الاعتراف بعدم وضوح أمر التطبيق أولى من التصرف في ظاهر التعليل، والله العالم بحقائق الأمور.

حيث (1) إنّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ- يوجب (2) عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع (3) كونه كالتعليل له، لأنّ ظاهر الحكم- كما يستفاد من عدة روايات آخر (4)- تخصيص الجواز (5) بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكه، و لا (6) دخل [1]

(1) هذا تعليل للزوم محذور تخصيص الأكثر، يعني: أنّ ظهور التعليل في حصر سبب التحليل و التحريم الشرعيين في اللفظ يوجب ورود الاشكال عليه، و ذلك لكثرة الأسباب المحلّلة و المحرّمة التي لا دخل للفظ فيها أصلاً، و هذا يكشف إنّما عن إباء التعليل عن الحمل على الاحتمال الأوّل، بل لا بد من إرادة معنى آخر منه لا يترتب عليه محذور تخصيص الأكثر و غيره.

(2) خبر «لأنه» و هذا إشارة إلى الوجه الثاني من وجهي الإشكال على الاحتمال الأوّل، و محصله: أجنبية التعليل عن الحكم المعلّل به، مع وضوح اعتبار المناسبة و السنخية بين الحكم الشرعي و علته.

(3) أي: و الحال أنّ قوله عليه السّلام: «إنّما يحلل الكلام و يحرم الكلام» يكون كالعلة لقوله عليه السّلام: «لا بأس» و هل يتصور تعليل حكم بأمر أجنبي عنه؟

(4) كمعتبرة ابن سنان المتقدمة في ص 585، و رواية يحيى ابن الحجاج الآتية في ص 607.

(5) المستفاد من قوله عليه السّلام: «لا بأس».

(6) يعني: و الحال أنّ الجواز المزبور لا دخل للفظ فيه حتى يعلّل بحصر المحلّل و المحرّم في الكلام.

[1] بل له دخل في التحليل و التحريم، لما عرفت من دلالة قوله عليه السّلام: «انما يحلل الكلام» على كون مناط التحليل و التحريم هو الإيجاب المتحقق بالكلام قبل شراء الثوب من مالكه و بعده، دون غير الكلام من الفعل، فلا يتحقق بالمعاطاة بيع ما ليس عنده.

ص: 599

لاشتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلا، فكيف يعلل به (1)؟

و كذا (2) المعنى الثاني، إذ ليس هنا (3) مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرّما.

فتعيّن المعنى الثالث (4)، و هو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لا يحرم

---

(1) يعني: فكيف يكون «إنّما يحلّل» عدّة لمشروعيّة المقابلة بين الدلّال و المشتري للثوب، و عدّة لعدم مشروعية إيجاب البيع قبل شراء الثوب من مالكة؟

(2) معطوف على «المعنى الأوّل» أي: أنّ الظاهر عدم إرادة المعنى الثاني كعدم إرادة المعنى الأوّل، و وجه عدم إمكان حمل التعليل - في رواية خالد - على الاحتمال الثاني هو: أنّه لو كان في مورد الرواية مطلب واحد يؤدّي بتعبيرين أو أكثر كما في النكاح المنقطع أمكن تطبيق التعليل على الاحتمال الثاني، و لكن مورد السؤال و جواب الامام عليه السّلام مطلب واحد - و هو إيجاب بيع ما لا يملكه السمسار - و هذا يؤدّي بإنشاء واحد لا بكلامين حتى يكون أحدهما محللا و الآخر محرّما.

(3) يعني: ليس في مورد الرواية مطلب واحد حتى يكون أداؤه بمضمونه محرّما و بمضمون آخر محللا، بل الموجود في الرواية مطلب واحد يعبر عنه بكلام واحد، غاية أنّه أنّ هذا الكلام الواحد عدمه محلّل و وجوده محرّم، يعني: أنّ إنشاء البيع - قبل أن يشتري السمسار الثوب من مالكة - محرّم، لكونه من بيع ما ليس عنده، و هو منهي عنه.

(4) أو المعنى الرابع، فإنّ مجرد بطلان الوجهين الأوّلين غير كاف في تعيّن الاحتمال الثالث، بل لا بد من إبطال الاحتمال الرابع أيضا. و لكن مقصوده قدس سرّه ملاءمة التعليل لمورد الرواية، و تطبيقه عليه سواء قلنا بالاحتمال الثالث، أم الرابع كما سيأتي تصريحه بقوله:

---

و كذا يظهر دخل الكلام بناء على الاحتمال الثاني، لأنّ مقتضى حصر المحلّل و المحرّم في الكلام هو عدم تحقق بيع ما ليس عنده إلاّ بالكلام، فهذا الحصر ينفي تحقق إيجابه بغير الكلام، و هذا كاف في إثبات عدم ترتب أثر على المعاطاة في غير هذا المورد.

هذه المعاملة، إلا وجوده قبل شراء العين (1) التي يريدتها الرجل، لأنه بيع (2) ما ليس عنده، ولا يحلّل إلا عدمه، إذ مع (3) عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة، وهو (4) غير مؤثّر.

فحاصل الرواية: أنّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في

---

«أو المعنى الرابع».

(1) كالثوب الذي هو مورد رواية خالد بن الحجاج أو خالد بن نجیح.

(2) أي: لأنّ الكلام الدال على الالتزام بالبيع، وهذا تعليل لقوله: «لا يحرم هذه المعاملة» و حاصله: أنّ الموجب لحرمة هذه المعاملة هو كونه من بيع ما ليس عنده، و من المعلوم أنّه لا يتحقق هذا العنوان إلا بوجود الكلام الدال على البيع، فالمحرّمية إنّما تكون بوجود الكلام، و المحلّلية بعدمه قبل الشراء من المالك.

(3) تعليل لقوله: «و لا يحلّل إلا عدمه» و حاصله: أنّ إسناد التحليل إلى عدم الكلام إنّما هو لأجل عدم تحقق الكلام الموجب للبيع، حيث إنّ الكلام الموجود كان هو التواعد بالمبايعة لا نفس البيع، و من المعلوم أنّ المواعدة ليست يباعا حتى تحرّم.

و بالجملة: فالمناسب لمورد الرواية إرادة المعنى الثالث، و هو كون وجود الكلام - أي إنشاء البيع - محرّما، و عدمه محلّلا.

و به يظهر أجنبية التعليل عن إناطة لزوم البيع بإنشائه باللفظ خاصة كما هو مراد المستدل بهذه الرواية على عدم لزوم المعاطاة.

ثم لا يخفى أنّ الاحتمال الثالث كان منحلّا الى وجهين: أحدهما: إناطة التحليل و التحريم بالوجود و العدم، و الآخر: إناطتهما معا بالوجود، غايته دخل الحال و الزمان في محلّلية إنشاء تارة و محرّمية نفس ذلك الإنشاء أخرى. و كلام المصنّف هنا موافق للوجه الأوّل، لعدم تعرّضه لتطبيق التعليل على الوجه الثاني و إن كان ممكنا كما لا يخفى.

(4) يعني: و مجرد التواعد غير مؤثّر.



الكلام عدما (1) ووجودا (2).

أو (3) المعنى الرابع، وهو: أنّ المقابلة و المراضاة مع المشتري الثاني (4) قبل اشتراء العين محلل للمعاملة، وإيجاب (5) البيع معه محرّم لها.

(1) يعني: أنّ المحلل هو عدم إنشاء البيع قبل أن يشتري السمسار الثوب من مالكة.

(2) يعني: أنّ المحرّم هو إنشاء البيع قبل شراء الثوب من مالكة، ووجه محرّميته هو كونه من بيع ما ليس عنده.

(3) معطوف على «الثالث» يعني: فتعيّن المعنى الرابع بعد بطلان المعنيين الأولين، و حاصله: أنّ المراد بالكلام المحلل في مورد الرواية هو المقابلة و المواعدة، و بالكلام المحرّم إيجاب البيع، و هذا المعنى ينطبق على مورد الرواية كإنباط الاحتمال الثالث.

و على هذا الاحتمال الرابع يصير التعليل أجنبيا عن مرام القائل بتوقف لزوم الملك على اللفظ و عدم تأثير المعاطاة فيه.

فتحصل: أنّ المصنف قدس سرّه رجّح من المعاني الأربعة اثنين، أحدهما المعنى الثالث و هو إضافة التحليل إلى عدم الكلام، و التحريم إلى وجوده. و الآخر المعنى الرابع، و هو كون الكلام المحلل المقابلة، و المحرّم إيجاب البيع.

و استبعد إرادة المعنيين الأولين. إذ في أولهما: لزوم تخصيص الأكثر، و عدم ارتباط العلة بالحكم المعلّل.

و في ثانيهما: عدم مطلب واحد يمكن تأديته بمضمونين حتى يكون أحدهما محلّلا و الآخر محرّما، بل مطلب واحد لا يتأدى إلا بمضمون واحد، و هو إيجاب البيع قبل الشراء، فلا بدّ من إرادة المعنى الثالث أو الرابع.

هذا محصل ما أفاده المصنف في معنى الرواية.

(4) و هو الرجل الأمر، و المشتري الأوّل هو السمسار الذي يشتري الثوب من مالكة.

(5) معطوف على «المقابلة» يعني: و أنّ إيجاب السمسار البيع مع المشتري الثاني محرّم للمعاملة.

و على كلا المعنيين (1) يسقط (2) الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطاة [1].

---

(1) وهما المعنى الثالث والرابع اللذان يتعيّن حمل التعليل على أحدهما.

(2) أمّا وجه سقوطه بناء على المعنى الثالث فهو: أنّ المحلّل حينئذ في هذه المعاملة الخاصة منحصر بعدم الكلام البيعي الإنشائي قبل شراء الدّلال لنفسه، و المحرّم فيها هو وجود الكلام البيعي قبله، ولا يدلّ هذا على عدم كفاية غير الكلام- و منه المعاطاة- في جميع الموارد حتى في بيع إنسان مال نفسه.

و الحاصل: أنّ الرواية لا تدلّ إلا على أنّ وجود إيجاب «بيع ما ليس عنده» محرّم قبل الشراء، و عدمه محلّل قبله.

و أمّا وجه سقوطه بناء على المعنى الرابع فهو: أنّ مفاده حينئذ هو: أنّ المحلّل في مورد الرواية منحصر في المقابلة و الموعدة، و المحرّم منحصر في الكلام الإنشائي، و من المعلوم أنّ هذا أيضا أجنبي عن اعتبار اللفظ في البيع في غير مورد الرواية، و هو بيع ما ليس عنده، و عدم كفاية المعاطاة فيه، فلا- يدلّ على اعتبار اللفظ في بيع ما عنده حتى تكون دليلا على عدم تأثير المعاطاة في إنشاء البيع في جميع الموارد.

و كذا يسقط الخبر على المعنى الثاني، لأنّ اللفظ فيه ملحوظ أيضا آليا لا استقلاليا فالاستدلال بالرواية على اعتبار الكلام في إنشاء البيع مبني على الوجه الأوّل الذي استظهره جمع من الفقهاء.

---

[1] بل المصير إلى المعنى الثالث والرابع بعيد أيضا، إذ يلزم في الثالث التفكيك بين الكلامين المتحدّين سياقًا، لأنّ الظاهر كون وجود الكلام في كلّ من الفقرتين محلّلا و محرّما، فجعل وجود أحدهما مؤثرا في الحل، و عدم الآخر مؤثرا في الحرمة، أو العكس غير وجيه، هذا.

مضافا إلى: أنّ المؤثر في وجود الحلّ و الحرمة هو الوجود، لا العدم، فإسناد الحلّ أو الحرمة إلى العدم غير سديد كما هو ظاهر، فإنّ عدم الكلام لا يؤثّر في الحرمة، بل تستند الحرمة

إلى حرمة التصرف في مال الغير، لا إلى عدم علة ضده.

ففي باب المزارعة لا يكون حرمة التصرف في الثلثين من الزرع الموسومين للبذر و البقر مستندة إلى عدم الكلام، بل إلى ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير هذا.

وفي الرابع: أنّه مع النظر الى الصدر لا- مع الغض عنه كما هو المفروض في الاحتمالات الأربعة، فإنّ جعل الكلام المحلّل المواعدة و المحرّم إيجاب البيع هو عين مورد الرواية، كما هو واضح. فكيف يكون مع الغضّ عنه.

ولا تبعد دعوى: انسباق المعنى الثاني من المعاني المتقدمة من جملة «إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام» في بيع ما ليس عنده، و من قوله عليه السلام: «إنّما يحرم الكلام» في روايات المزارعة، إذ الظاهر أنّ الروايات في مقام جعل التحليل و التحريم للكلام، وأنّ المقاصد يختلف حكمها باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

ففي بيع ما ليس عنده- الذي يكون المقصود منه تملك الشخص للمتع بربح خاصّ - إذا عبّر عنه بالوعد كان محلّلاً، وإذا عبّر عنه بإيجاب البيع كان محرّماً.

وفي باب المزارعة يكون المقصود تملك الزارع ثلثي الزرع، فإن عبّر عن هذا المقصود بجعل ثلث للبقر و ثلث للبذر كان محرّماً، وإن عبّر عنه بجعل الثلثين بإزاء عمل الزارع كان محلّلاً.

إلا أن يقال: إنّ المقابلة ليست كلاماً محلّلاً، إذ المحلّل هو إيجاب البيع بعد الشراء، فوجود المقابلة كعدمها. كما أنّ محرّمية جعل الثلث للبقر و الثلث للبذر أيضاً غير صحيحة، لأنّ المحرم هو التصرف في مال الغير بدون إذنه، لا أنّ المحرّم هو جعل الثلث للبذر، نعم هو لغو.

فالأولى إرادة الشق الثاني من المعنى الثالث، و هو كون الكلام محرّماً في مورد و محلّلاً في غيره، كإيجاب بيع ما ليس عنده، فإنّه محرّم قبل الشراء، و محلّل بعده.

وإرادة المعنى الثاني في روايات المزارعة.

(1) استدارك على قوله: «يسقط الخبر عن الدلالة» و مقصوده توجيه الاستدلال بالتعليل على عدم لزوم المعاطاة بناء على تطبيق التعليل على الاحتمال الثالث، و محصله: أن مقتضى حصر المحلل و المحرّم في الكلام هو انحصار إيجاب البيع بالكلام، و عدم تحقّقه بغيره من الإشارة و المنابذة و المعاطاة، إذ لو تحقّق البيع بغير اللفظ كان مخالفاً لمقتضى حصر المحلل و المحرّم في الكلام.

و الفرق بين هذا التقريب و بين الوجه الأوّل حينئذ هو: ابتناء الوجه الأوّل على حصر جميع المحلّلات و المحرّمات في الكلام، سواء في العقود و الإيقاعات و غيرها، و لذا ناقش فيه المصنّف قدّس سرّه بلزوم تخصيص الأكثر، من جهة عدم توقف الحلية و الحرمة على اللفظ في موارد كثيرة. بخلاف هذا الاحتمال الأخير، فإنّ المراد بالكلام بقرينة مورد السؤال هو إيجاب البيع، فالتعليل من أوّل الأمر مخصوص بباب البيع، فكأنّه عليه الصلاة و السّلام قال: «إنّما يحلّل الكلام البيعي و يحرم كذلك» فإيجاب البيع محرّم للثوب و الربح إذا كان قبل شراء الدّال، و إيجابه بعد شراء الثوب من مالكة محلّل لهما.

و على كلّ حال لا يستفاد من الروايات المشتملة على قوله عليه السّلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام» عدم نفوذ المعاطاة، أو توقف لزومها على الكلام، لأنّ الاستدلال بها موقوف على الوجه الأوّل، مع دلالة كلمة «إنّما» على الحصر. و كلاهما محل النظر و المنع، هذا.

مضافاً الى: ما في الحصرين من التنافي، لأنّ مقتضى حصر المحلل في الكلام انتفاء الحلية بعده، فيلزم أن يكون عدم الكلام محرّماً، و هذا يتنافى حصر المحرّمية بالكلام، و كذا العكس، و هذا التنافي موجود سواء أ كان المراد بالكلام نفسه كما هو مقتضى المعنى الأوّل، أم مضمونه كما هو مقتضى المعاني الأخر، فلو عولج هذا التنافي بجعل الحصر إضافياً بمعنى كون نوع من الكلام محللاً لا محرّماً، و نوع آخر منه محرّماً لا محللاً امتنع الاستدلال بالرواية حتى على المعنى الأوّل، إذ لا تثبت توقف الصحة كلّية على اللفظ. و دعوى عدم القول بالفصل تنافي القول بالانتفاء بمطلق الدالّ كما لا يخفى.

بوجه آخر (1) بعد ما عرفت من أنّ المراد بالكلام هو إيجاب البيع (2)، بأن (3) يقال: إنّ حصر المحلّل والمحرّم في الكلام لا يتأتى إلاّ مع انحصار إيجاب البيع في الكلام، إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلّل والمحرّم في الكلام.

إلاّ أن يقال (4): إنّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد (5)، إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكة الأول، فتأمل (6).

---

وعليه فدلالة التعليل على توقف لزوم البيع على الكلام تامّة، ولا يترتب اللزوم على المعاطاة.

(1) يعني: غير الوجه الأوّل الذي تعدّر حمل التعليل عليه، لتخصيص الأكثر، وأجنيبة الحكم عن التعليل.

(2) وهو المعنى الثالث.

(3) هذا تقريب الوجه الآخر المبني على الاحتمال الثالث الذي ارتضاه المصنف. وقد تقدم تقريبه آنفاً.

(4) هذا إشكال على قوله: «نعم يمكن استظهار...» ومحصله: كون التوجيه المزبور مخصوصاً بمورد الرواية مما لا تجري المعاطاة فيه، ولا يدلّ على اعتبار اللفظ في موارد أخرى يمكن تحقق البيع فيها بالتعاطي، وبيانه: أنّ حصر المحلّل والمحرّم في مورد الرواية في الكلام يكون لأجل نكتة، وهي: أنّ المعاطاة غير متحققة هنا، لأنّ المتاع - وهو الثوب - عند مالكة الأول، فلا يتحقق إيجاب البيع من الدلّال بالمعاطاة، بل لا بدّ من إنشائه بالقول.

(5) وأمّا في الموارد التي يكون المبيع فيها عند البائع و الثمن عند المشتري - ويمكن إنشاء البيع بالتعاطي - فلا تدلّ رواية خالد على اعتبار اللفظ في التحريم والتحليل، وعليه فالدليل أخصّ من المدعى.

(6) إشارة إلى ضعف قوله: «إلاّ أن يقال» حاصله: إمكان المعاطاة في المورد أيضاً، لظهور قوله: «اشتر لي هذا الثوب» في كون الثوب عند الدلّال، فيمكن المعاطاة فيه.

و كيف كان (1) فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور (2).

كما يشعر به (3) قوله عليه السلام في رواية أخرى واردة في هذا الحكم (4) أيضا (5)، وهي رواية يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها، أربحك فيها كذا وكذا، قال لا بأس بذلك، اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (1) (6).

فإن (7) الظاهر أن المراد من مواجهة البيع

---

ولو سلم عدم كون المتاع عند الدلال أمكن أن يقال بكفاية المعاطاة بإعطاء الثمن من جانب و الأخذ من آخر، كما سيأتي تحقيقه في التنبيه الثاني إن شاء الله تعالى.

(1) أي: سواء تم هذا التوجيه المبني على الوجه الثالث، أم لم يتم.

(2) في اعتبار الكلام في التحليل و التحريم بملاحظة الاستظهار المزبور.

(3) أي: يشعر بانحصار إيجاب البيع في الكلام قول أبي عبد الله عليه الصلاة و السلام في رواية يحيى بن الحجاج.

(4) و هو التفصيل في شراء المتاع من الدلال بين تحققه قبل أن يشتريه الدلال من مالكة، فيبطل، و بين تحققه بعده فيصح.

(5) يعني: كما ورد هذا الحكم في رواية خالد بن الحجاج أو خالد بن نجيح، و مقصود المصنف أن الحكم المزبور يدلّ عليه أكثر من رواية، و لا ينحصر الدليل عليه في رواية خالد المتقدمة. نعم لا ظهور للرواية في اعتبار اللفظ، وإنّما هو مجرد إشعار.

(6) يعني: إلى أن تشتريها، و حاصله: أنه لا تبعه الدابة إلا بعد أن تشتريها من مالكةا.

(7) مقصوده بالظاهر هو الإشعار، لأنّه جعل هذه الرواية مشعرة باعتبار اللفظ في لزوم البيع، و محصله: أنه يلزم من هذه الرواية أن الامام عليه السلام أمره بإيجاب البيع باللفظ، و أن نهيه عليه السلام عن مواجهة البيع قبل شراء العين من المالك ظاهر في النهي عن إنشائه، لا مجرد النهي عن إعطاء العين إلى المشتري قبل أن يشتريها السمسار من مالكةا.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 378، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 13.

ليس مجرد إعطاء العين للمشتري (1).

و يشعر به (2) أيضا (3) رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعا، فيقول: أبيعك بده دوازه، أو:

ده يازده، فقال: لا بأس، إنما هذه المراوضة (4)، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة» (1).

فإن ظاهره- على ما فهمه بعض الشراح (5)- أنه لا يكون ذلك في المقابلة التي قبل العقد، وإنما يكره حين العقد.

وفي صحيحة ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه، ثم تشتري له (6) نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبيعه منه بعد» (2).

---

(1) حتى يحتمل كفاية المعاطاة.

(2) أي: وتشعر رواية العلاء بالانحصار إيجاب البيع في اللفظ.

(3) كما أشعرت رواية يحيى بن الحجاج و خالد بن نجيح بالانحصار المزبور.

(4) قال في مجمع البحرين: «نتراوض على أمر، نستقرّ على أمر» (3) والمراد بجمع البيع هو العزم عليه، يعني فإذا عزم على البيع جعل رأس المال و الربح جملة واحدة، ويسمّيها.

(5) وهو سيدنا الجد المحدّث السيد نعمة الله الجزائري قدّس سرّه، و حاصله: أنّ تسمية الربح مكروهة في نفس العقد، لا في المقابلة و المراوضة التي ليست هي بيعا، فكأنّ اعتبار اللفظ في إنشاء البيع مفروغ عنه، و إنّما كان السؤال عن جواز بيان نسبة الربح في الإيجاب، فأجابه عليه السلام بعدم البأس ببيانه في المقابلة التي هي من مقدمات أصل البيع.

(6) أي: تشتري لذلك الرجل، و توضيحه: أنّ شراء السمسار متاعا من مالكة يكون تارة بفرض نفسه وكيلا عن الرجل الذي يريد ذلك المتاع، فيتملكه الرجل بمجرد أن اشتراه

---

(1): وسائل الشريعة، ج 12، ص 386، الباب 14 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 5.

(2) وسائل الشريعة، ج 12، ص 375، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 1.

(3) مجمع البحرين، ج 4، ص 211 و 212.

السمسار من مالكة ويكون اخرى بشرائه لنفسه، فيبيعه بعده للرجل.

و مورد الرواية هو الثاني، بقرينة قوله عليه السلام: «ثم توجه على نفسك» أي: تشتريه لنفسك، وبعد تملكه تبعه للرجل.

و على كل تقدير لا بدّ من حمل «تشتري» على مقدمات الشراء، لدلالة «توجه على نفسك» على الشراء من مالكة.

هذا تمام الكلام في الأخبار التي ادعى المصنف قدس سرّه إشعارها بدخل اللفظ في لزوم البيع [1]، وبذلك ينتهي البحث في إفادة المعاطاة للملك اللازم، ويقع الكلام في التنبيهات.

[1] لكنّ إشعار هذه الأخبار باعتبار الإنشاء القولي - فضلا عن ظهورها فيه - محل تأمل.

أمّا قوله عليه السلام في رواية يحيى بن الحجاج: «ولا - تواجهه البيع قبل أن تشتريها» فلائنه لو كان المراد منه إيجاب البيع باللفظ كان مقتضى عطف «تشتريها» ب «أو» على «تستوجبها» إرادة الاشتراء معاطاة، فتكون الرواية من هذه الجهة دليلا على صحة المعاطاة، فلا دلالة ولا إشعار فيها على اعتبار اللفظ في اللزوم.

و عليه فما استظهره المصنف بقوله: «فإنّ الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري» وإن كان صحيحا، إلا أنّه غير مجد، ضرورة عدم دلالة مواجهة البيع على اعتبار اللفظ في انعقاده، لأنّ إيجاب البيع لا ينحصر عرفا باللفظ، فيمكن أن تكون هذه الرواية دليلا على صحة المعاطاة.

و أمّا قوله عليه السلام في رواية العلاء: «إذا جمع البيع جعله جملة واحدة» فلا إشعار فيه أيضا بعدم تحقق إيجاب البيع بغير اللفظ، لإمكان حصوله بالفعل، بأن يجمع رأس المال مع الربح، ويعطي المجموع في قبال المبيع. ولا يستفاد اعتبار جمعها في عبارة واحدة، فإذا كان رأس المال ثمانية و الربح اثنين وجب عليه الجمع بينهما بأن يقول: «بعتك المتاع الفلاني



---

بعشرة دنانير» أو يعطي المجموع للمشتري.

نعم إذا كان المراد بالجملة ما اصطلاح عليه النحاة- من الكلام المفيد لفائدة يصح السكوت عليه- كان دالاً على اعتبار اللفظ في إيجاب البيع، لكنه كما ترى.

وَأما صحيحة ابن سنان فكذا لا دلالة فيها على المدعى، ولا إشعار به، لأنّ قوله عليه السّلام:

«توجهه على نفسك ثم تبعه منه» لا يستفاد منه حصر الإيجاب المؤثر في اللفظ.

فالحق أنّ هذه الروايات الثلاث مسوقة لبيان أحكام أخرى، وليست ناظرة إلى توقف اللزوم على الإنشاء القولي.

وقد يستدل لاعتبار اللفظ في إيجاب البيع بالروايات الواردة في بيع المصحف كرواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «سألته عن بيع المصاحف وشرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين، وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا» (1).

تقريب الاستدلال بها هو: أنّ قوله عليه السّلام: «قل اشترى» ظاهر في الوجوب الوضعي، فلا يتحقق الشراء إلا باللفظ، وبإلقاء خصوصية المورد يتعدى إلى مطلق البيع، بل وسائر المعاملات، فيعتبر الكلام في إنشاء جميعها، هذا.

لكنك خبير بما فيه أولاً: من عدم دلالة قوله عليه السّلام: «قل اشترى» على إرادة الإيجاب وإيقاع المعاملة، بل ظاهره أنّه في مقام المقابلة قبل البيع، من دون نظر إلى إنشاء البيع باللفظ أو المعاطاة.

و ثانياً: من أنّه لا بأس بالالتزام باعتبار إيقاع البيع باللفظ في مثل المورد من المجموع الذي يراد بيع بعضه، فإنّه لا بدّ من ذكر ما يقع عليه البيع، لتوقف ارتفاع الجهالة على ذكره، ففي مثله لا بأس بالالتزام بإيجاب البيع باللفظ. لكن اعتبار اللفظ فيه لا يدلّ على اعتباره في غيره من سائر الموارد كما هو مورد البحث.

إلا أن يقال: إن الجهالة ترتفع بالمقابلة، ولا يتوقف ارتفاعها على إيقاع البيع باللفظ.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 114، الباب 31 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 2.

---

و ثالثا: من أنّ الرواية ليست في مقام بيان اعتبار اللفظ في البيع وعدمه، بل في مقام بيان عدم جواز بيع نفس المصحف، وأنّ الجائر يبيعه هو الحديد و نحوه، فقولُه عليه السّلام: «قل اشترى منك نفس .. إلخ» كناية عن إيقاع البيع على الحديد و نحوه، لا أنّه يراد به وجوب التلفظ، فتأمل.

و رابعا: من أنّه- بعد تسليم كونه في مقام إيجاب البيع بما ذكر في الرواية- لا يدلّ إلا على اعتبار كون الإيجاب القولي على النحو المزبور، وذلك لا ينفي إنشاء البيع بغير اللفظ، كما لا يخفى.

---

جزائري، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب في شرح المكاسب، 7 جلد، مؤسسة دار الكتاب، قم - ايران، اول، 1416 هـ ق



صورة

ص: 613

صورة

ص: 614

صورة

□

ص: 615

صورة

ص: 616

صورة

□

ص: 617



صورة

ص: 618

صورة

□

ص: 619

صورة

ص: 620

صورة

□

ص: 621

صورة

ص: 622

صورة

□

ص: 623

صورة

ص: 624

صورة

ص: 625



صورة

ص: 626

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416ق. = - 1375.

1250 : ISBN ريال (ج.1)؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان: العربية.

ملحوظة: الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة: ج. 5 (1421ق. = 1379) 10000 ريال (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة: ج. 4 (چاپ اول: 1420ق. = 1378) 27500 ريال: ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة: كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/BP190/الف 8م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

اشارة

الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing - Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440-455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

ص: 2



الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيّد الأنبياء والمرسلين محمّد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيّما الإمام الميّن وغيّث  
المضطرّ المستكين عجلّ الله تعالى فرجه الشريف، واللّعن المؤبّد على أعدائهم أجمعين.

ص: 4

إشارة

و ينبغي التنبيه على أمور (1):

[التنبيه الأول: جريان شروط البيع و أحكامه في المعاظة]

إشارة

الأول (2):

تنبيهات المعاظة

(1) قد تقدم في أول بحث المعاظة: أن المصنف قدس سره اقتصر على بيان الأقوال، و الاستدلال لما اختاره، و أوكل جملة من أحكامها إلى التنبيهات، و لَمَّا فرغ قدس سره عن إثبات صحة المعاظة و كونها بيعاً لازماً تَبَّه على أمور تتميماً للبحث. و لا يخفى أن بعض هذه الأمور مستغنى عنه، لابتناؤه على تأثير المعاظة في الإباحة التعبدية أو الملك الجائز، و كلا القولين ممنوع، لما تقدم مفصلاً من كونها كالبيع بالصيغة مفيدة للملك اللازم، لكن المصنف قدس سره تعرّض لملزوماتها استقصاء لجهات البحث.

التنبيه الأول: جريان شروط البيع و أحكامه في المعاظة

(2) الغرض من عقد هذا الأمر تحقيق اشتراط المعاظة بشرائط البيع العقدي المعتبرة فيه شرعاً، و جريان أحكامه فيها، بعد وضوح اعتبار شرائط البيع العرفي فيها، فيبحث عن أنه هل يعتبر في المعاظة ما يعتبر شرعاً في البيع القولي - عدا الصيغة - من الشروط المعتبرة في المتعاقدين و العوضين أم لا؟ و كذا هل تجري فيها الأحكام الثابتة للبيع بالصيغة كحرمة الربا و كالخيارات، و أن تلف المبيع قبل قبضه يكون من مال البائع، أم لا تجري فيها؟

و تفتيح البحث في هذا التنبيه يتوقف على التكلم في مقامين، أحدهما: في الشروط، والآخر: في ما يستتبعه البيع الصحيح من الأحكام.

أما المقام الأول ففيه جهات تظهر من مطاوي كلمات المصنف قدس سره.

الأولى: أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي قطعاً سواء أفادت الملك اللازم أم الجائز أم الإباحة الشرعية.

الثانية: أن المعاطاة المقصود بها الإباحة ليست بيعاً ولا محكومة بأحكامه.

الثالثة: أن شرائط البيع وأحكامه هل تجري في المعاطاة المقصود بها التمليك أم لا؟ وسيأتي الكلام في كل منها إن شاء الله تعالى.

(1) هذا شروع في الجهة الأولى - وهي إثبات بيعية المعاطاة المقصود بها الملك - و تقرّبه: أنه إن قلنا بترتب الملك الجائز على المعاطاة المقصود بها الملك ففي كونها بيعاً عرفياً أو معاوضة مستقلة قولان:

أحدهما: أنها معاوضة مستقلة، وهو محتمل المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد، فلا تكون حينئذ محكومة بأحكام البيع، إذ المرجع في تعيين شرائطها وأحكامها أدلة أخرى.

ثانيهما: أنها بيع.

و الصحيح من هذين القولين هو الثاني، بشهادة ما تقدّم عند نقل الأقوال في حكمها من رجوع الخلاف إلى الحكم دون الموضوع. بل يظهر من كلام المحقق الثاني قدس سره أن كونها بيعاً ممّا لا كلام فيه حتى عند القائلين بكون المعاطاة فاسدة كما ذهب إليه العلامة في النهاية. ويدلّ على بيعيتها عندهم تمسكهم لذلك بقوله تعالى:

أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ إِذْ لَوْ لَمْ تَكُنْ بِيَعًا لَمْ يَصَحَّ هَذَا التَّمَسُّكُ كَمَا لَا يَخْفَى.

هذا في المعاطاة التي قصد بها التمليك و التملك مع إفادتها الملك. و أمّا مع إفادتها الإباحة فالظاهر أيضاً أنها بيع عرفي، إذ المفروض قصد المتعاطيين التمليك

قبل اللزوم (1)- على القول بإفادتها الملك (2)- بيع (3)، بل (4) الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد

البيعي، غاية الأمر أنه لا يترتب عليها شرعا إلا الإباحة، فالمراد بنفي بيعيتها في كلامهم و معاقد إجماعهم هو نفي الملك فضلا عن اللزوم. وأما المعاطاة المقصود بها الإباحة- كما احتمله بل استظهره صاحب الجواهر قدس سره و جعلها مصب الأقوال- فلا إشكال في عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا.

فالمتحصل: أنّ المعاطاة إمّا أن يقصد بها التمليك مع إفادتها الملكية، وإمّا أن يقصد بها التمليك مع إفادتها الإباحة شرعا، وإمّا أن يقصد بها الإباحة. فهذه صور ثلاث تتكفلها الجهة الأولى التي تضمّنها كلام المصنف قدس سره من أوّل التنبيه إلى قوله:

«و حيث ان المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته .. إلخ».

(1) التقييد ب «قبل اللزوم» لأجل أنه لا ريب في بيعيّة المعاطاة المفيدة للملك اللازم كما هو مختاره قدس سره، أو بعد عروض أحد الملزمات.

(2) وكذا بناء على إفادتها الإباحة شرعا، كما سيأتي بقوله: «و أما على القول بإفادتها للإباحة فالظاهر أنّها بيع عرفي» فتقييد صدق البيع على المعاطاة بإفادتها الملك الجائز لعلّه من جهة كونه أقوى بحسب الاستظهار من الكلمات، وأنّ احتمال عدم بيعيتها موهون جدّا لا يعتنى به.

(3) يعني: ليست معاملة مستقلة، كما يظهر من الشهيد قدس سره في الحواشي على ما ينقله المصنف قدس سره هنا وفي الأمر السابع، بل في مفتاح الكرامة: «نسبة كونها معاملة مستقلة إلى ظاهر كلامهم» «1». و عليه فلا يشترط فيها شيء من شروط البيع.

(4) مقصوده الإضراب عن مجرد ظهور كون المعاطاة بيعا إلى أنّ بيعيتها من المسلّمات، لا مجرد الظهور الذي يبقى معه احتمال كونها معاملة مستقلة.

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158

ص: 7



أنّه (1) ممّا لا كلام فيه (2)، حتّى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلامة في النهاية «1».

ودلّ على ذلك (3) تمسّكهم له (4) بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ.

وأما (5) على القول بإفادتها للإباحة (6) فالظاهر أنّه (7) بيع عرفي لم يؤثر.

---

(1) أي: أنّ كون المعاطاة بيعاً ممّا لا كلام فيه.

(2) حيث قال المحقق الثاني: «وقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ يتناولها، لأنّها بيع بالاتفاق، حتّى عند القائلين بفسادها، لأنّهم يقولون: هي بيع فاسد» (2).

(3) أي: على كونها بيعاً.

(4) أي: تمسّكهم لكون المعاطاة بيعاً، وجه الدلالة: أنّها لو لم تكن بيعاً لم تكن الآية المباركة متكفلة لحكم المعاطاة كأجنبيّتها عن حكم الصلح والهبة ونحوهما من المعاملات، فالاستدلال بالآية على مملّكية المعاطاة كاشف عن تسالمهم على كونها بيعاً عرفياً. وقد تبه المصنف قدّس سرّه على هذا المطلب في الاستدلال بالآية الشريفة على صحة المعاطاة وفي أدلة اللزوم أيضاً، فقال في الموضع الأوّل: «وإنكار كونها بيعاً مكابرة» فراجع.

(5) هذا عدل قوله: «على القول بإفادتها الملك» يعني: أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك بيع عرفي سواء ترتب الملك عليها أم الإباحة تعبداً.

(6) يعني: مع قصد المتعاطيين للتمليك، فالمعاطاة حينئذ بيع عرفي، إلّا أنّها لا تؤثر في ما قصدها من التمليك، بل تؤثر بحكم الشارع في إباحة التصرفات، فنفي بيعيّة المعاطاة حينئذ لا يكون بحسب الموضوع، بل بحسب الحكم الشرعي، إذ المفروض صدق البيع العرفي عليها.

(7) أي: أنّ المعاطاة. وتذكير الضمير باعتبار الخبر، أو باعتبار رجوعه إلى التعاطي.

---

(1): نهاية الاحكام، ج 2، ص 449

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 58

ص: 8

شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم (1) و معاقد إجماعهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادة على الملك (2).

هذا (3) على ما اخترناه سابقاً (4) من أن مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملك و البيع.

و أما على ما احتمله بعضهم (5) - بل استظهره - من أن محلّ الكلام هو ما

---

(1) قد تقدمت هذه الكلمات في أول بحث المعاطاة عند بيان الأقوال، فراجع «1».

(2) لعلّ الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «هو البيع المفيد شرعاً للملك فضلاً عن لزومه» وجه الأولوية: أن نفي بيعية المعاطاة في كلمات القدماء و معاقد إجماع مثل السيد أبي المكارم ابن زهرة قدّس سرّه يراد به عدم تأثيرها في الملك أصلاً، لا اللازم منه و لا المترزّل، لتصريحهم بإفادتها للإباحة خاصة. و أمّا المحقق الثاني القائل بالملك الجائر فقد صرح بصدق البيع عليها شرعاً، و لم ينكر ذلك أصلاً. نعم لو كان مقصود المصنف أن المنفي شرعاً هو الملك و اللزوم معاً كان ملتتماً مع كلمات القدماء القائلين بالإباحة المجردة عن الملك. و لكن يبقى التنافي بين استظهار المصنف عدم البيعية شرعاً و بين قول المحقق الثاني بالبيعية شرعاً و بعدم اللزوم.

(3) يعني: ما ذكرناه من صدق البيع على المعاطاة المقصود بها الملك، سواء أثرت فيه أم أفادت الإباحة خاصة.

(4) حيث قال في تحرير محلّ النزاع في المعاطاة: «و الذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنّهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة، مع فرض قصد المتعاطيين التملك ..» (2).

(5) كصاحب الجواهر قدّس سرّه و قد تقدم كلامه في تحرير محلّ النزاع في المعاطاة، فراجع «3».

---

(1): لاحظ الجزء الأول من هذا الشرح. ص 336 إلى 344

(2) المصدر، ص 347

(3) المصدر، ص 332

ص: 9

إذا قصدنا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعا عرفا ولا شرعا (1).

وعلى هذا (2) فلا بدّ عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى

وبالجملة: فالمقصود في الجهة الأولى هو: انقسام المعاطاة إلى ما يقصد به التمليك وإلى ما يقصد به الإباحة. ولا إشكال في كون الأول بيعا، كما لا إشكال في عدم كون الثاني بيعا.

(1) عدم بيعية المعاطاة المقصود بها الإباحة يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، لتقوم البيع بقصد المبادلة والتمليك.

(2) أي: وبناء على كون محل الكلام هو المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التمليك فلا بدّ.. وهذا شروع في الجهة الثانية، ومحصلها: أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة لما لم تكن بيعا لم تكن شرائط البيع معتبرة فيها، فإذا شكّ في اعتبار شرط فيها كان المرجع دليل مشروعية الإباحة المعوّضة، والدليل منحصر في أمرين، أحدهما:

إطلاق الأدلة اللفظية، والثاني: السيرة.

فإن اعتمدنا على الدليل اللفظي كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم» - بالتقريب المتقدم في أدلة المعاطاة - كان مقتضى إطلاق سلطنة الملاك على أموالهم جواز هذه الإباحة المعوّضة سواء أكانت واجدة لشرائط البيع أم فاقدة لها، لاقتضاء الإطلاق نفي ما يشك دخله فيها، فتجاوز إباحة جنس ربوي بمثله مع التفاضل بينهما، إذ ليست المعاطاة بيعا حتى تتوقف مشروعيتها على رعاية شرائط البيع فيها.

وإن اعتمدنا على السيرة العقلانية الممضاة أو على السيرة التشريعية تعين الاقتصار في مشروعية الإباحة المعوّضة على ما إذا روعي فيها شرائط البيع من معلومية العوضين و مساواتهما فيما كانا ربويين وغير ذلك. وجه الاقتصار واضح، إذ السيرة دليل لبيّ لا بدّ من الأخذ بالمتيقن منها، فلو لم يحرز أنّ مورد عمل العقلاء أو التشريعة هو الإباحة المعوّضة مطلقا أو خصوصا الواجد لشرائط البيع لزم الأخذ

الأدلة الدالة على صحّة هذه الإباحة العوضية من خصوص (1) أو عموم.

و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم (2): «الناس مسلّطون على أموالهم» (1) كان مقتضى القاعدة (3) هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته [1].

---

بالمتيقن من مورد إمضاء الشارع كما هو واضح.

(1) المراد بالدليل الخاص هو السيرة القائمة بين الناس في الإباحات المعوّضة، و وجه خصوصيتها اقتصارها على إعطاء كل منهما ماله للأخر بقصد إباحة التصرف، لا التمليك.

(2) المراد بالعموم مطلق الشمول سواء أ كان وضعياً أم حكماً. و المراد به هنا هو الثاني أي إطلاق حديث السلطنة كمّا و كيفاً، لدلالته على مشروعية كل تصرف في المال و بأيّ سبب من الأسباب عدا ما خرج بالدليل.

(3) و هو الأصل اللفظي أعني به إطلاق قاعدة السلطنة المقتضي لمشروعية كل تصرف في مال كمّا و كيفاً.

---

[1] و أضاف إليه في الجواهر الاستدلال على ذلك بقاعدة طيب النفس المستفادة من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «فإنه لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفسه» و من مفهوم قوله عليه السّلام: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» و التجارة عن تراض، و نحو ذلك (2). فالمراد بالأصل الذي تمسك به في الجواهر لعدم اعتبار العلم بالعوضين في هذه الإباحة المعوّضة هو إطلاق أدلته المذكورة، هذا.

لكن الأدلة المزبورة لا يخلو الاستدلال بأولها و ثالثها عن المناقشة، إذ في أولها عدم كون قاعدة السلطنة مشرّعة بالنسبة إلى الأسباب على ما أفاده المصنف قدّس سرّه في أدلّة

---

(1): بحار الأنوار، ج 2، ص 272

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 218

ص: 11

كما أنّه لو تمسّك لها (1) بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس (2).

والحاصل: أنّ المرجع على هذا (3) عند الشك في شروطها هي أدلة هذه المعاملة، سواء اعتبرت (4) في البيع أم لا.

---

(1) أي: للمعاطاة المقصود بها الإباحة، ويمكن أن يستأنس لانعقاد السيرة عليها بمثل كلام شيخ الطائفة قدّس سرّه من قوله: «وإنما هي استباحات بين الناس» لظهور باب الاستفعال في قصد ذلك، كما أنّ الإضافة إلى الناس أمانة شيوخها ودورانها بينهم.

(2) للزوم الاقتصار على القدر المتيقن، وهو ما إذا جمعت هذه المعاطاة- المقصود بها الإباحة- جميع شرائط البيع، فإذا شك في شرطية شيء فيها كان مقتضى السيرة- التي هي دليل لبيّ- اعتباره.

(3) أي: على تقدير قصد الإباحة بالمعاطاة.

(4) أي: الشروط، كما إذا شك في اختصاص جواز الإباحة المعوّضة بكون المال حقيراً، وعدم جريانها في الخطير، فإن كان المرجع مثل إطلاق دليل السلطنة قلنا بها في الخطير، وإن كان هو السيرة اقتصر على الحقير.

---

مملّكية المعاطاة، «1»، فالتمسك بها على مشروعية المعاطاة المقصود بها الإباحة ينافي ما سبق منه قدّس سرّه من الإشكال في مشروعية قاعدة السلطنة للأسباب.

إلا أن يقال: إنّ مقصود المصنف قدّس سرّه توجيه هذه الإباحة المعوّضة التي قال بمشروعيتها صاحب الجواهر قدّس سرّه مستدلاً بقاعدة السلطنة، وبحديث الحل، وحينئذ لا سبيل للجزم بأنّ المصنف قدّس سرّه بصدده تصحيح الإباحة المعوّضة بقاعدة السلطنة حتى يتّجه عليه التنافي في كلامه هنا وفي أدلة مملّكية المعاطاة، فراجع.

وفي ثالثها: اختصاصه بالاكْتساب، فلا تشمل آية التجارة إباحة التصرف.

نعم لا بأس بالتشبيث بعموم «لا يحل مال امرء إلا بطيب نفسه» إلا على تأمل فيه

---

(1): راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 395

ص: 12

---

تقدّم في أدلة لزوم المعاطاة «1» و بعموم الوفاء بالعقود بناء على صدق العقد على المعاطاة المقصود بها الإباحة.

وعليه فلو شكّ في اعتبار شيء فيها فالمرجع إطلاق هذه الأدلة المقتضي لعدم الاعتبار، إذ الموضوع للحلّ - بناء على التمسك بطيب النفس - هو الطيب المتحقق بالتعاطي من دون دخل شيء في ذلك، وهو كاف في دفع الشك في اعتبار الشرائط المعتمدة في البيع في المعاطاة المقصود بها الإباحة كتقدم الإيجاب على القبول، و شرائط المتعاملين، و العوضين، و كاعتبار التقابض في الصرف، و التساوي في المكيل و الموزون، و غير ذلك من الشرائط المعتمدة في البيع، فإنّه لا دليل على اعتبار شيء منها في المعاطاة المذكورة.

فإن قلت: إنّ دليل النهي عن الغرر يوجب اعتبار العلم بالعوضين في المعاطاة.

قلت: إنّ النهي عن الغرر مختص بالبيع الذي ليس منه المعاطاة المذكورة، و النهي عن الغرر مطلقاً غير ثابت بنحو يعتمد عليه.

نعم بناء على التمسك بعموم الوفاء بالعقود يعتبر شروط العقد كالتنجز فيه، و يرجع إليه في رفع احتمال شروط آخر. لكن صدق العقد على المعاطاة المقصود بها الإباحة لا يخلو عن خفاء.

و التمسك بالسيرة أيضاً مشكل جداً، لعدم تحققها، إذ المفروض - كما تقدم آنفاً و سابقاً - أنّ المعاطاة المتداولة بين الناس هي المقصود بها التمليك. و السيرة العقلانية كالمشرعية جارية على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة المزبورة.

و لا يخفى أن الموجود في الجواهر في الاستدلال على هذه الإباحة المعوضة هو الأدلة اللفظية المتقدمة، و ليس فيها من السيرة عين و لا أثر. فلعلّ تعرض المصنف للسيرة لأجل استقصاء جهات البحث و إن لم يوجد بينهم من يعتمد عليها. و يمكن

---

(1): راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 519

و أمّا (1) على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً (2)، أم لا كذلك (3)، أم يكتفي (4) على القول بإفادتها للملك و القول بعدم إفادتها إلاّ الإباحة؟ وجوه.

(1) إشارة إلى الجهة الثالثة، وهي ما إذا قصد بالمعاطة التمليك، وهو مختار المصنف، و حاصلها: أنّه هل يعتبر في المعاطة المقصود بها التمليك شروط البيع مطلقاً أم لا تعتبر كذلك، أم يفصل في المعاطة المقصود بها الملك بين ما يترتب عليها ما قصده المتعاطيان من التمليك، و بين ما يترتب عليها الإباحة بحكم الشارع، بأن يقال باعتبار شروط البيع في المعاطة المؤثرة في الملكية دون المؤثرة في الإباحة؟ فيه وجوه أولها: الاعتبار مطلقاً، ثانيها: عدم الاعتبار مطلقاً، ثالثها: التفصيل بين ترتب الملك و بين ترتب الإباحة، و سيأتي الاستدلال على كلّ منها.

(2) يعني: سواء أفادت المعاطة الملكية التي قصدها المتعاطيان، أم الإباحة التي لم يقصدها لكن الشارع حكم بها. كما أنّه بناء على إفادة الملك لم يفرق بين ترتب الملك اللازم عليه أم الجائز، عملاً بإطلاق الملك.

(3) أي: مطلقاً، و قد عرفت المراد بهذا الإطلاق.

(4) هذا إشارة إلى التفصيل المزبور.

استفادة عدم صلاحية السيرة من تعبيره ب «لو» الامتناعية.

و على هذا فينحصر الوجه في هذه الإباحة بما دل على حلية المال بطيب نفس مالكه، و مقتضى حصر الحلّ بطيب النفس هو كون الموضوع المنحصر للحلّ مجرد طيب النفس، فإطلاقه ينفي احتمال شرطية كل ما يشكّ في شرطيته للإباحة المترتبة على المعاطة.

فالمتحصل: أنّ المعاطة المقصود بها الإباحة ليست بيعاً، و لا محكومة بشرائطه و أحكامه كالخيار، لانتهاء موضوعها. و إذا شك في شرطية شيء من شرائط البيع في المعاطة المذكورة يتمسك لنفيها بإطلاق دليل مشروعيتها، و هو قاعدة طيب النفس.

يشهد [1] للأول (1) كونها بيعا عرفيا، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

(1) يعني: للوجه الأول، وهو اعتبار شروط البيع في المعاطاة المقصود بها التملك مطلقا. و حاصل ما استدل به المصنف قدّس سرّه على الوجه الأول هو: أنّ البيع يصدق على المعاطاة بحيث تكون من أفرادها و مصاديقه، فيشملها حينئذ ما دلّ على اعتبار شروط فيه كالقبض في بيع الصرف، و معلومية العوضين، و تساويهما في المكيل و الموزون مع وحدة الجنس. أمّا صدق البيع العرفي على المعاطاة المقصود بها التملك فظاهر، و مع صدقه عليها يشملها أدلّة الشرائط الثابتة للبيع. و عليه فيشترط في المعاطاة المذكورة جميع ما يشترط في البيع بالصيغة.

[1] مجرد صدق البيع العرفي على المعاطاة لا يشهد باعتبار شروط البيع فيها، إلا إذا أفادت الملكية التي قصدتها المتعاطيان، لأنّ المعاطاة حينئذ بيع عرفي و شرعي، و من المعلوم أنّ موضوع الشروط الشرعية هو البيع الصحيح أي المؤثّر في الملكية في نظر الشارع حتى يكون وجوده مساوقا لنفوذها، و المفروض كون المعاطاة كذلك. نعم موضوع دليل الإمضاء هو البيع العرفي، و أدلّة الشروط تقيد البيع العرفي بالشرعي، يعني:

أنّ البيع النافذ شرعا هو المقيد بالشروط الكذائية، لا البيع العرفي بما هو بيع عرفي.

و أمّا إذا أفادت الإباحة فليست المعاطاة حينئذ بيعا شرعيا أي ليست مشمولة لدليل الإمضاء و النفوذ كقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و من المعلوم أنّ الشروط لا-تعتبر في غير البيع الشرعي الموضوع للأثر، و المفروض أنّ المعاطاة المذكورة ليست بيعا مؤثرا، فلا تعتبر فيها شرائط البيع.

إلا أن يقال: إنّ المعاطاة المقصود بها التملك بيع حقيقة، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع القولي، و لا يقدر في بيعيتها عدم إمضاء الشارع الملكية المنشئة بها إلى زمان طروء أحد ملزمات المعاطاة، و ذلك لإمكان أن يكون توقف الملكية في المعاطاة على ملزمتها كتوقفها على القبض في بيع الصرف و السّلم، فكما يكونان بيعا



عرفا و شرعا، ولا- يخرجهما التوقف المزبور عن البيع العرفي و الشرعي، فكذلك المعاطاة المفيدة للإباحة إلى زمان عروض أحد الملزمات.

وإن أبيت عن ذلك، لكونه قياسا- مضافا إلى أنه مع الفارق، لثبوت الإباحة في المعاطاة إلى حصول الملزم دون بيع الصرف و السلم، لعدم ثبوت إباحة التصرف فيهما بنفس العقد، بل لا- يترتب عليهما إلا الملك بعد القبض- فيمكن أن نقول: إن هذه المعاطاة المقصود بها التمليك و إن كانت فاسدة، لعدم إمضاء الشارع لها، فلا يترتب عليها الأثر المقصود و هو الملكية، إلا أن الإجماع قام على جواز تصرف المتعاطين في المالكين، و لم يرقم على جوازه في سائر العقود الفاسدة، و حيث إن الإجماع من الأدلة اللبّية فيقتصر على ما هو المتيقن و هو كون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع حتى المختلف فيها، إلا الصيغة.

وإن شئت فقل: إن مقتضى عموم حرمة التصرف في مال الغير إلا بإذنه هو حرمة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة التي قصد بها التمليك و لم يمضها الشارع، لكن المخصّص و هو الإجماع دلّ على جواز التصرف فيه، و لما كان لبّيا فيقتصر في تخصيصه للعام على القدر المتيقن، و هو ما إذا استجمع المعاطاة شرائط البيع بأسرها، و يبقى الباقي تحت العام.

فقد ظهر من هذا البيان عدم الفرق في الشرائط المعتبرة في المعاطاة المذكورة بين كون مستندها دليلا لفظيا و بين كونه لبّيا. و لا منافاة بين الإجماع على إباحة التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، و بين إجماعهم على نفي بيعيتها حتى يتوهم عدم الأخذ بالقدر المتيقن من الإجماع هنا بعد تصريحهم بأنّها ليست بيعا.

وجه عدم المنافاة: أن المقصود بنفي البيعية هو نفيها حدوثا، لاعترافهم بإفادتها الملك بعد طرء الملزمات.

و عليه لا مانع من الأخذ بالقدر المتيقن من الإجماع. هذا.

لكن قد عرفت سابقا عدم إجماع تعبدية على الإباحة، فالتوجيه الثاني أيضا في غير محله.

و يؤيدّه (1) أنّ محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطاة هو: أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط أم لا؟ كما يفصح عنه (2) عنوان المسألة في كتب كثير من العامة والخاصة، فما (3) انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان وإن (4) فرض

(1) معطوف على «يشهد» والضمير البارز راجع الى الأوّل. وحاصل وجه التأييد: أنّهم جعلوا محل النزاع بين العامة والخاصة اعتبار الصيغة في البيع وعدمه، فمن قال باعتبار الصيغة فيه نفى بيعيّة المعاطاة، ومن قال بعدم اعتبار الصيغة فيه قال بصحة المعاطاة، ولذا فرّعوا عدم كفاية المعاطاة على اعتبار الصيغة فيه، فيظهر من هذا التفريع أنّ الفارق بين البيع القولي والمعطاتي هو وجود الصيغة وعدمها، دون غير الصيغة من الشرائط. ولا يصح هذا التفريع إلّا مع اعتبار جميع شرائط البيع في المعاطاة إلّا الصيغة، فلو لم يكن سائر شرائط صحة البيع مجتمعة فيها لم يصدق عليها عنوان البيع قطعاً.

ثمّ إنّ التعبير عن هذا الوجه بالتأييد- دون الدلالة والشهادة- إنّما هو لكونه استشهداً بما صنعه الفقهاء من تفريع بحث المعاطاة على بحث ألفاظ العقود، وهو ليس دليلاً شرعياً من الكتاب والسنة والإجماع، ولكن هذا المقدار صالح للتأييد كما لا يخفى.

(2) أي: عن كون محل النزاع في المعاطاة هو.. إلخ.

(3) أي: فالمعاطاة الفاقدة لشرط آخر- غير الصيغة- من شروط البيع خارجة عن المعاطاة التي هي مورد البحث بين العامة والخاصة، وجه الخروج اتفاق الكل على اعتبار شرائط البيع القولي في المعاطاة، وأنّ الفارق بينهما مجرد الصيغة.

(4) وصلية، يعني: أنّه بعد وضوح استجماع شرائط العوضين والمتعاقدين في المعاطاة، نقول: لو فرض قيام دليل على أنّ المعاطاة الفاقدة لشرط معلومية العوضين مثلاً تقيّد الإباحة أو الملك كالمعاطاة المستجمعة للشرائط لم يكن هذا الاشتراك في الأثر كاشفاً عن بيعية المعاطاة الفاقدة لبعض الشرائط حتى يتوهم عدم اعتبار

مشاركاً له (1) في الحكم، ولذا (2) ادّعى في الحقائق «ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاظة صحة المعاظة المذكورة إذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، وأنها (3) تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض» «1» و مقابل المشهور في كلامه قول العلامة في النهاية «2» بفساد المعاظة، كما صرح به بعد ذلك (4)، فلا يكون كلامه (5) موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة

---

شروط البيع القولي في المعاظة، بل الاشتراك المزبور حكم تعدي، مع تعدد الموضوع. كما أنّ البيع والهبة متحدان في اعتبار كون المبيع والموهوب عينا لا منفعة وإن كان لكل منهما أحكام مختصة.

(1) أي: للبيع المعاطاتي المستجمع لشروط البيع القولي عدا الصيغة.

(2) ولأجل لزوم اجتماع الشروط إلا الصيغة في المعاظة ادّعى في الحقائق .. إلخ.

(3) معطوف على «صحة» ومفسّر لها، حيث إنّ ظاهر الصحة هو ترتب الأثر المقصود أعني الملكية، والمفروض عدم ترتبها على المعاظة. فالمراد بصحتها حينئذ هو ترتب الإباحة عليها بحكم الشارع لا الملكية المقصودة للمتعاظين.

(4) حيث قال المحدث البحراني بعد العبارة المتقدمة: «و عن العلامة في النهاية القول بفساد بيع المعاظة، وأنّه لا يجوز لكل منهما التصرف فيما صار إليه، من حيث الإخلال بالصيغة».

(5) أي: كلام الحقائق. وحاصل كلامه: أنّ موضوع كلام المشهور من إفادة المعاظة للإباحة وقول العلامة بفسادها وعدم ترتب أثر عليها هو المعاظة الجامعة لجميع شروط البيع، فيكون قول المشهور بالإباحة مقابلاً لقول العلامة، لا مقابلاً لاستكمال شروط البيع، فموضوع الحكم بالصحة عند المشهور وبالفساد عند العلامة هو استكمالها لشروط البيع، فلو لم تستكملها كانت فاسدة عند الكلّ.

---

(1): الحقائق الناضرة، ج 18، ص 356، والعبارة منقولة باختلاف يسير عمّا في الحقائق.

(2) نهاية الأحكام، ج 2، ص 449

ص: 18

و يشهد للثاني (1) أنّ البيع في النص (2) و الفتوى (3) ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، و ثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»

(1) أي: للوجه الثاني و هو عدم اعتبار شروط البيع القولي في المعاطاة المقصود بها التمليك مطلقا سواء أفادت الملكية أم الإباحة. أمّا على الثاني فواضح، لعدم كون هذه المعاطاة بيعا لا في نظر الشارع ولا في نظر المشرعة، لأنّ الأثر المقصود من البيع - وهو التمليك أو التبديل - لا يترتب عليها، فلا تكون المعاطاة حينئذ بيعا حتى يعتبر فيها شروطه.

و أمّا على الأوّل فلأنّ البيع في النص و الفتوى ظاهر في البيع المبنيّ على اللزوم لو لا الخيار، لأنّه مفاد دليل الإمضاء كآيتي أحلّ الله البيع و أوفوا بالعقود بحيث يكون الخيار على خلاف مقتضى طبعه.

و إن شئت فقل: إنّه لا إطلاق لأدلة شروط البيع حتى يشمل البيع العرفيّ المفيد شرعا للإباحة أو الملك الجائز، و مع عدم الإطلاق من هاتين الجهتين لا يمكن التمسك بأدلة الشروط.

كما أنّه بناء على الإطلاق من كلتا الجهتين المذكورتين تكون المعاطاة المقصود بها التمليك مشمولة لأدلة شروط البيع و إن كانت مفيدة للإباحة.

و بناء على الإطلاق من الجهة الثانية - وهي إفادة البيع الملك اللازم أو الجائز - تكون المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة شرعا للملك الجائز أو اللازم صحيحة و مشمولة لأدلة الشروط المعتمدة في البيع.

(2) يعني: النصوص المتكفلة لأحكام البيع، مثل «أقاله في البيع» و «نهى النبي عن بيع الغرر» و نحوهما.

(3) كقول الفقهاء: «الأصل في البيع اللزوم» و «البيع هو العقد الدال على نقل العين ..» و نحوهما من الإطلاقات التي يراد بالبيع فيها ما هو المبني على اللزوم، لا الأعم منه و من الجائز.

و نحوه [1]. أما على القول بالإباحة، فواضح (1)، لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع و المتشريعة، إذ لا نقل (2) فيه عند الشارع، فإذا ثبت (3) إطلاق الشارع عليه في مقام فنحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم. وقد تقدّم سابقا (4) في تصحيح دعوى الإجماع (5)

---

(1) يعني: فعدم صدق البيع على المعاطاة واضح.

(2) يعني: و المفروض أنّ البيع هو النقل، فعدم النقل يكشف عن عدم البيع.

(3) غرضه قدّس سرّه التفكيك بين نظر المتشريعة بما هم متشركة و بين نظر العقلاء بما هم عقلاء، فإنّهم بما هم متديّنون يلتزمون بعدم بيعية المعاطاة، لكونها مؤثرة في الإباحة خاصة. و لكنّهم بما هم عقلاء لا يفرّقون بين البيع القولي و الفعلي بعد اشتراكهما في قصد التمليك و النقل. و على هذا فلو أطلق الشارع البيع على المعاطاة أحيانا- مع سلب العنوان عنها حقيقة- كان المراد صدقه بنظر العرف الذين لا عبرة بنظرهم ما لم يمضه الشارع.

(4) يعني: في المعاطاة، حيث قال في مقام التفكيك بين الصحة العرفية و الشرعية:

«فيصحّ على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كلّ من اعتبر في صحّته الصيغة» (1).

(5) الذي ادّعه في الغنية في مقام الاحتراز عن القول بانعقاد البيع بالاستدعاء من المشتري- بعد اعتبار الإيجاب و القبول- حيث قال: «و احترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة و يقول: أعطني بقلا، فيعطيه، فإنّ ذلك

---

[1] مرجع هذا الشاهد إلى منع إطلاق أدلة شروط البيع للبيع الشرعي اللازم و الجائز، بل تختص بالبيع النافذ اللازم، فلا يشمل البيع النافذ الجائز كما هو مفروض المصنّف قدّس سرّه في المعاطاة المقصود بها التمليك.

---

(1) راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 361

على عدم (1) كون المعاطاة بيعاً بيان ذلك (2).

وأمّا على القول بالملك فلأنّ المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم (3) في قولهم: «البيعان بالخيار (4)» وقولهم (5) «انّ الأصل في البيع اللزوم، والخيار (6) إنّما ثبت لدليل».

---

ليس بيع، وإنّما هو إباحة للتصرف» (1). ونحوه غيره من عبارات جملة من الأصحاب.

(1) حيث قال المصنف قدّس سرّه بعد نقل كلمات الأعلام في المعاطاة: «وأمّا دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هي أحد العقود، ولذا صرّح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع. ودعوى: أنّ البيع الفاسد عندهم ليس ببيعا قد عرفت الحال فيها» (2).

(2) يعني: بيان إرادة البيع الصحيح الشرعي - المحكوم باللزوم وبالخيار - من البيع في كلام المشرعة، ومعقد إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة.

(3) استشهد المصنف قدّس سرّه بعبارات أربع على أنّهم أرادوا من «البيع» في فتاواهم البيع المفيد للملك اللازم، فإذا لم يؤثّر فيه لم يكن بيعاً حقيقة.

(4) هذا هو المورد الأوّل من كلمات الأصحاب، حيث ينزل إطلاق «البيعان» على من أنشأ بيعاً لازماً، فلا يجري الخيار في المعاطاة، لعدم ترتب ملك لازم عليها.

(5) هذا هو المورد الثاني، إذ المراد من «البيع» هو اللازم، فما ليس بلازم لا يكون بيعاً.

(6) هذه الجملة متممة للعبارة الثانية التي نقلها المصنف عن الفقهاء، والأولى تأخيرها عن العبارة الثالثة، وهي: قول الفقهاء: «ان البيع - بقول مطلق - من العقود اللازمة» ولا يخفى وجهه.

---

(1): غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ص 524

(2) راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 384 إلى 386

ص: 21

وأنّ (1) البيع - بقول مطلق - من العقود اللازمة. وقولهم (2): البيع هو العقد الدالّ على كذا. ونحو ذلك (3).

وبالجملة (4): فلا يبقى [1] للمتأمل شكّ في أنّ إطلاق البيع في النص

---

(1) معطوف على: «قولهم» يعني: وقول الفقهاء: إنّ البيع بقول مطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم.

(2) معطوف على «قولهم» وهذه هي العبارة الرابعة، يعني: أنّ مراد الفقهاء من تعريف البيع بالعقد الدال على نقل الملك هو البيع المبني على اللزوم، لا الأعم منه و من المبني على الجواز أو الإباحة.

(3) كقولهم: «الإقالة في البيع كذا» إذ ينصرف كلامهم إلى إقالة البيع اللازم، ولا يشمل المعاطاة.

(4) هذه خلاصة ما أفاده بقوله: «ويشهد للثاني». و المقصود تثبيت انصراف البيع - في النص و الفتوى - إلى خصوص فرده اللازم، وعدم شمول أحكام البيع للعقد المفيد للملك المترلزل، أو للإباحة.

---

[1] هذا الجزم بالانصراف مناف لما تكرر في كلماته قدّس سرّه، منها: قوله - بعد أسطر في وجه تفصيل آخر في المسألة بين الشرائط - : «و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص .. إلخ» لتسليمه الإطلاق، وعدم الانصراف في النصوص.

و منها: قوله في تقوية الوجه الأوّل فيما بعد: «و الأقوى اعتبارها .. إلخ» لابتنائها على عدم الانصراف في النص و الفتوى معا، أو في خصوص الأوّل.

و منها: قوله - بعد نقل كلام الشهيد - من: أنّ مورد أدلة اعتبار الشرائط هو البيع المعاطاتي العرفي، لندرة البيع العقدي اللفظي.

و منها: غير ذلك مما سيأتي التنبيه عليه.

و الفتوى يراد به (1) ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل.

ووجه الثالث (2): ما تقدّم للثاني (3) على القول بالإباحة من سلب البيع عنه (4)، و للأوّل (5) على القول بالملك من صدق البيع عليه

(1) يعني: يراد به البيع الذي يكون بطبعه لازماً، بحيث لا يفسخ إلا بالخيار أو التقاييل.

(2) و هو اعتبار شروط البيع في المعاطاة المفيدة للملك، و عدم اعتبارها فيها بناء على إفادتها للإباحة. و الدليل على هذا التفصيل مؤلف من الدليلين المتقدمين في الاحتمالين الأوّلين، و سيأتي تقريب ذلك.

(3) و هو عدم اعتبار الشروط في المعاطاة مطلقاً و إن أفادت الملك، توضيحه:

أنّه قد تقدّم في المعاطاة المقصود بها التمليك عدم اعتبار شروط البيع فيها حتى على القول بإفادتها للملك، لظهور «البيع» في النصّ و الفتوى في البيع اللازم أي المبني على اللزوم، فالمعاطاة المفيدة للملك الجائز خارجة عن موضوع أدلة شروط البيع. و عليه فالمعاطاة المفيدة للإباحة خارجة عن موضوع أدلة الشروط بالأولية، لعدم كونها بيعاً حقيقة، و لذا يصح سلبه عنها.

(4) أي: عن المعاطاة، و الأولى تأنيث الضمير.

(5) أي: للوجه الأوّل، و هو كون المعاطاة مشروطة بشرائط البيع، توضيحه:

أنّ الوجه في الاحتمال الثالث- و هو التفصيل في الشروط بين ترتيب الملك و الإباحة- هو ما تقدم في الاحتمال الثاني أعني به عدم اعتبار الشروط في المعاطاة مطلقاً، و في الاحتمال الأوّل و هو اعتبارها مطلقاً، فنقول: إنّ وجه اعتبارها في المعاطاة المفيدة للملك هو ما تقدم في الوجه الأوّل من كون المعاطاة بيعاً عرفاً، فيشمّلها أدلة شروط البيع.

و وجه عدم اعتبارها في المعاطاة المفيدة للإباحة ما تقدّم في الوجه الثاني بناء على القول بالإباحة من عدم كون المعاطاة بيعاً، فلا تشمّلها أدلة شروط البيع.



حينئذ (1) وإن لم يكن لازماً.

ويمكن الفرق (2) بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص، فيحمل [1] على البيع العرفي وإن لم يفد عند الشارع إلا الإباحة، و بين ما ثبت

---

(1) أي: حين إفادتها للملك وإن كان الملك جائزاً منزلاً.

(2) مقصوده قدس سره إبداء تفصيل آخر في المسألة غير التفصيل المتقدم المبني على صدق البيع على المعاطاة وعدمه. و توضيح هذا التفصيل: أن المعول- في اشتراط المعاطاة بشروط البيع اللفظي- أدلة الشروط، فإن ثبت الشرط بدليل لفظي له إطلاق كان معتبراً في المعاطاة المقصود بها الملك أيضاً. وإن ثبت بدليل لبيّ كالإجماع لم يكن معتبراً فيها، لكون المجمعين بصدد بيان شروط البيع المبني على اللزوم بحسب طبعه، لا مطلق البيع حتى لو كان مؤثراً في الملك الجائز، أو الإباحة التعبدية.

وعلى هذا فشرطية معلومية العوضين- مثلاً- لما كانت ثابتة بمثل نهيه صلى الله عليه وآله وسلم «عن بيع الغرر» فلا بد من اعتبارها في المعاطاة أيضاً بعد صدق البيع العرفي عليها. وأما شرطية التنجيز فلا تجري في المعاطاة، إذ المستند فيها هو الإجماع على ما سيأتي في شروط الصيغة إن شاء الله تعالى. وعليه فلا مانع من تعليق المعاطاة على أمر متوقع الحصول.

---

[1] هذا أحد مواضع المنافاة لما أفاده بقوله: «و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك .. إلخ» وجه المنافاة: أن حمل «البيع» في النص على العرفي المبني على تسليم الإطلاق وعدم الانصراف في النصوص وإن لم يفد عند الشارع إلا الإباحة ينافي الجزم بما أفاده من قوله: «إنّ إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه .. إلخ» و بما أفاده بقوله: «و يشهد للثاني: أن البيع في النص و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم .. إلخ.»

بالإجماع على اعتباره في البيع بناء (1) [1] على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

والاحتمال الأول (2) لا يخلو عن قوة، لكونها (3) [2] يبيعا ظاهرا على

---

هذا بناء على تسليم انصراف «البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و أمّا إذا أنكرنا الانصراف و سلّمنا إطلاق معقد الإجماع لكل بيع عرفي - وإن لم يفد الملك اللازم- كان حال الشرط الثابت به حال الشرط الثابت بدليل لفظي.

وبالجملة: فالاحتمالات- بناء على هذا التفصيل - ثلاثة أيضا.

(1) و أمّا بناء على منع الانصراف كان الشرط الثابت بالإجماع كالشرط الثابت بدليل لفظي في جريانه في كل بيع عرفي، سواء أكان قوليا أم فعليا كما مرّ.

(2) و هو اعتبار الشروط في المعاطاة المقصود بها التمليك مطلقا، يعني: سواء أفادت الملك أم الإباحة. و مقصوده قدّس سرّه ترجيح الاحتمال الأول- من الاحتمالات الثلاثة المتقدمة أولا- أمّا بناء على إفادة الملك فلائها بيع عرفي. و أمّا بناء على ترتب الإباحة الشرعية عليها فلائّ القدر المتيقن منها اجتماع شرائط البيع فيها، فمع فقد بعضها يشك في شمول الإجماع لها، و من المعلوم أنّ أصالة عدم ترتب الإباحة محكمة.

(3) أي: لكون المعاطاة يبيعا ظاهرا بناء على القول بالملك مع قصد المتعاطيين للتمليك كما هو المفروض، و التقييد بقوله: «ظاهرا» إشارة إلى احتمال كونها معاملة مستقلة و إن كان موهوما.

---

[1] هذا أيضا ينافي الجزم بانصراف البيع في النص و الفتوى إلى العقد اللازم.

[2] منافاة هذا أيضا للجزم بانصراف البيع إلى العقد اللازم واضحة، لأنّ المعاطاة على القول بالملك جائزة، فالبيع منصرف عنها، فتقوية الاحتمال الأول تنافي الجزم بإعادة خصوص البيع اللازم من إطلاق البيع في النص و الفتوى.

ص: 25

القول بالملك كما عرفت (1) من جامع المقاصد.

وأمّا (2) على القول بالإباحة فلأنّها لم تثبت [1] إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضا (3) [2].

---

(1) في أوائل المعاطاة- بعد نقل الأقوال فيها- حيث حكى المصنف عن جامع المقاصد ما لفظه: «إن المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم» (1).

(2) معطوف على «على القول بالملك» و مقصوده إثبات اعتبار الشروط في المعاطاة حتى لو أفادت الإباحة خاصة. و الوجه في الاعتبار هو الأخذ بالقدر المتيقن من الإجماع على ترتب الإباحة عليها و عدم كونها فاسدة أصلا.

(3) أي: كما كانت فاقدة للصيغة.

---

[1] قال المدقق الأصفهاني قدّس سرّه: «وأمّا قصور دليل تأثير المعاطاة و الإباحة عن شموله لفاقد غير الصيغة أيضا فهو خلاف المشاهد من سيرة المسلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر في العقد القولي كما عن كاشف الغطاء وغيره» (2). بل ينبغي الجزم بعدم اعتبار شيء من شروط البيع في المعاطاة بناء على الإباحة المالكية كما لا يخفى، لكنها غير مقصودة، إذ المقصود هو الإباحة الشرعية.

[2] هذا وجهه بناء على كون الوجه في الإباحة الإجماع أو السيرة، لأنّ المتيقن منها هو صورة استجماع المعاطاة للشرائط، و أمّا إذا كان الوجه فيها قاعدة طيب النفس أو قاعدة السلطنة- بناء على مشرّعيتها للأسباب- فلا وجه لاعتبار شروط البيع فيها أصلا.

---

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 58

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 38

ص: 26

(1) غرضه من نقل كلام الشهيد قدس سرهما التنبيه على أن اعتبار الشروط في المعاطاة مما اختلف فيه الأصحاب وليس من المسلّمات، فيكون هذا كالأستدراك على قوله:

«وأمّا على القول بالإباحة» لأنّ المصنف قدس سره حكم باعتبار شروط البيع في المعاطاة المفيدة للإباحة من باب الأخذ بالمتيقن من الدليل اللبّي، ومن المعلوم أنّ حكم الشهيد قدس سره بترتب الإباحة على المعاطاة الفاقدة لشرائط البيع ينافي ترجيح الاحتمال الأول، وهو اعتبار الشروط فيها مطلقاً سواء أفادت الملك أم الإباحة.

وما أفاده المصنف حول كلام الشهيد أمران، الأول تقرير كلامه، والآخر توجيهه بنحو لا يعدّ قدس سره مخالفاً في المسألة.

أما الأول فبيان: أنّ الشهيد منع - في حواشيه على قواعد العلامة - من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ما يتوقّف على الملك كأداء الخمس و الزكاة به، وشراء الهدي به، لتوقف هذه التصرفات على الملك المفقود على المعاطاة قبل طروء الملزم. ثم ذكر مسائل أربع يظهر منها عدم توقف تأثير المعاطاة في الإباحة - مع قصد الملك - على اجتماع شروط البيع القولي فيها، وهي كما يلي:

الأولى: جواز التعاطي على عوضين مجهولين، فيباح لكلّ منهما التصرف فيما أخذه من الآخر. ومن المعلوم أنّها لو كانت عقداً كالبيع القولي اعتبر فيها العلم بالعوضين حتى ينتفي الغرر.

الثانية: أنّه يعتبر في بيع النسبيّة تعيين الأجل الذي يستحقّ البائع - عند حلوله - مطالبة الثمن من المشتري، فلو اشترى زيد من عمرو شيئاً معاطاة لم يتوقف إباحة التصرف فيه على تسمية الأجل. ويستكشف من هذه الفتوى أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة لا تكون محكومة بأحكام البيع أصلاً.

الثالثة: أنّه لا يجوز مباشرة الأمة المشتراة بالمعاطاة، لتوقف هذا التصرف الخاص على ملك اليمين أو التحليل المعلوم انتفاؤه، وحيث إنّ المعاطاة لا تؤثر إلا في

أنه بعد ما منع (1) من إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين - يعني العين الأخرى - ذكر: «أنه يجوز (2) أن يكون الثمن و المضمن في المعاطة مجهولين، لأنها ليست عقدا. و كذا (3) جهالة الأجل، و أنه (4) لو اشترى أمة بالمعاطة لم يجز له (5) نكاحها قبل تلف الثمن» انتهى.

الإباحة المجردة عن الملك لم يجز للمشتري ذلك، نعم لو تحقق الملمزم بأن تلف الثمن في يد البائع جاز نكاحها للمشتري، لدخولها في ملكه حسب الفرض.

الرابعة: أنه لا ريب في توقف الملك في بيع الصرف على التقابض في مجلس العقد، و كذا يعتبر قبض الثمن في بيع السلم، و هذا واضح في البيع بالصيغة. و أمّا لو باع الدرهم و الدينار بالمعاطة فلا يتوقف إباحة التصرف فيهما على التقابض، بل يكفي إعطاء أحدهما و أخذ الآخر، فيكون كبيع النسيئة. و هذا كاشف عن عدم بيعية المعاطة المفيدة للإباحة تعبدا و إن كان مقصودهما الملك.

هذا توضيح نظر الشهيد، و أمّا توجيهه فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) هذا المنع ظاهر في عدم إفادة المعاطة للملك، و لذا لا يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد حصول ما يوجب الملك كتلف العين الأخرى عند المتعاطي الآخر.

(2) غرضه أن المعاطة المفيدة للإباحة لا يعتبر فيها معلومية العوضين التي هي شرط صحة البيع. و هذه هي المسألة الأولى.

(3) معطوف على «يجوز» و هذه هي المسألة الثانية.

(4) معطوف على «أنه» و هذه هي المسألة الثالثة.

(5) لعدم صيرورتها ملكا للمشتري قبل تلف الثمن عند البائع. و أمّا بعد التلف فيجوز التصرف في الأمة، لحصول الملك بتلف إحدى العينين.

و بالجملة: فالمعاطة المفيدة للإباحة و إن قصد بها التمليك - كما هو المفروض - لا يعتبر فيها شروط البيع.

و حكي عنه في باب الصرف أيضا: «أنه (1) لا يعتبر [1] التقابض في المجلس في معاطة التقدين».

أقول (2): حكمه قدس سره [2] بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطة في

---

(1) هذه هي المسألة الرابعة. ولا يخفى عليك أنّ كلام الشهيد قدس سره مبني على كفاية الإعطاء من طرف واحد و الأخذ من آخر في تحقق المعاطة، فلو اعتبر فيه التعاطي لم يتصور المعاطة بدون التقابض من الطرفين. و سيأتي تحقيق هذه الجهة في التنبيه الثاني إن شاء الله تعالى.

(2) هذا هو الأمر الثاني أعني به توجيه كلام الشهيد بنحو لا يعدّ مخالفا في مسألة اعتبار شروط البيع القولي في المعاطة سواء أفادت الملك أم الإباحة.

توضيحه: أنه قدس سره أفتى أولا بحرمة التصرف - المتوقف على الملك - في المأخوذ بالمعاطة سواء أفادت الملك أم الإباحة. ثم أفتى ثانيا بعدم اعتبار معلومية العوضين في المعاطة، وعلله قدس سره بقوله: «لأنّها ليست عقدا». و هذه الفتوى الثانية وإن كانت ظاهرة في أنّ شرائط البيع ملغاة في المعاطة المبيحة، فيكون قدس سره مخالفا لما أفاده المصنف من اعتبار شروط البيع فيها سواء أفادت الملك أم الإباحة. إلا أنّ التعليل المذكور في كلام الشهيد ربما يكون قرينة على خروج المعاطة عن عقد البيع رأسا، فعدم اعتبار شروطه فيها يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

---

[1] لم يظهر شهادة هذا الفرع بعدم اعتبار شروط البيع في المعاطة، إذ المستفاد منه توقف الملك على العقد، فلا يجوز التصرف في الأمة المشتركة بالمعاطة. و لا دلالة فيها على عدم اعتبار شروط البيع في إفادة الإباحة، فتدبره.

[2] ربما يقال: بأن المناسب التعرض لكلام الشهيد قدس سره ذيل الوجه الثالث،

وبيانه: أن في التعليل احتمالين:

الأول: أن يكون مراده من عدم كون المعاطاة عقدا عدم تأثيرها في الملك، بدعوى ترتب الملك على خصوص العقد المؤلف من إيجاب و قبول لفظيين، فإذا أفادت إباحة التصرف فيما لا يتوقف على الملك كان عدم اعتبار شروط البيع فيها مقتضى القاعدة، إذ لا وجه لكون المعاطاة المفيدة للإباحة التعبدية محكومة بأحكام البيع الذي هو عقد مملّك.

الثاني: أن يكون مراده عدم تأثيرها في الملك اللازم، وإثما تقييد ملكا جائزا، ويكون عدم اعتبار معلومية العوضين في المعاطاة لأجل اختصاص هذا الشرط بالبيع المبني على اللزوم بحسب طبعه و هو المنشأ باللفظ. وعلى هذا فالإلغاء شروط البيع اللازم في المعاطاة المؤثرة في الملك المتزلزل موافق للقاعدة، و اعتبارها فيها منوط بدليل.

إذا عرفت هذين الاحتمالين في التعليل يتضح عدم كون الشهيد قدس سره مخالفا في المسألة، وذلك لأن تقوية المصنف قدس سره جريان شروط البيع في المعاطاة سواء أفادت الملك أم الإباحة مبنية على كونها بيعا عرفيا، لقصد هما تملك عين بعوض، وهذا حقيقة البيع. و أمّا الشهيد قدس سره النافي لاعتبار العلم بالعوضين في المعاطاة فإنما هو لمنع صدق العقد عليها، لظهور العقد في الإنشاء بالصيغة المعهودة.

نعم لو التزم الشهيد ببيعية المعاطاة المفيدة للإباحة كان مخالفا في المسألة.

---

قبل تقوية الوجه الأول، ليظهر أن الوجه الثالث يستفاد من كلام الشهيد. هذا.

لكن لا يخلو ذكره بعد تقوية الوجه الأول من المناسبة، إذ بعد ترجيح المصنف له لا بد من التعرض لما ينافيه ظاهرا و توجيهه. و الأمر سهل.

للملك (1)، إلا أنّ حكمه قدّس سرّه بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معلّلاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً يحتمل (2) [1] أن يكون باعتبار عدم الملك، حيث إنّ المفيد للملك منحصر في العقد (3). وأن (4) يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث إنّ الشروط المذكورة (5) شرائط للبيع العقدي اللازم.

---

(1) إذ مع إفادة المعاطاة للملك - ولو للملك الجائر - يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة بلا إشكال، لسلطنة الناس على أموالهم، و ليس اللزوم شرطاً في صحة التصرفات، فنفس جواز التصرفات المزبورة يكشف عن عدم إفادة المعاطاة إلا للإباحة، هذا.

لكن الحق جواز التصرفات المذكورة و عدم توقفها على الملك كما قرّر في محله.

نعم بناء على إفادة المعاطاة للإباحة المالكية و بناء على كفاية ذلك في حصول التحليل المسوّغ لوطي أمة الغير جاز و طؤها بالمعاطاة المفيدة للإباحة، و إلا فلا.

(2) خير قوله: «أنّ حكمه» و هذا هو الاحتمال الأوّل، أي: لأنّ المعاطاة تقيّد الإباحة لا الملك.

(3) يعني: فإذا لم تكن المعاطاة مفيدة للملك لم تكن عقداً، فعدم اعتبار شروط البيع فيها يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

(4) معطوف على قوله: «أن يكون» و هذا هو الاحتمال الثاني في التعليل.

(5) مثل معلومية العوضين و التقابض في بيع الصرف، و إقباض الثمن في بيع السلم، و نحوها.

---

[1] هذا الاحتمال أقوى من الاحتمال الثاني الذي ذكره بقوله قدّس سرّه: «و أن يكون باعتبار عدم اللزوم» و ذلك لأنّ عدم جواز التصرفات المزبورة المتوقفة على الملك يكشف عن عدم الملك، فعدم اعتبار الشروط حينئذ في المعاطاة إنّما هو لعدم كونها بيعاً مفيداً للملك، و المفروض أنّ الشرائط مختصة بالبيع.



و الأقوى (1) اعتبارها (2) وإن قلنا بالإباحة، لأنها (3) بيع عرفي وإن لم تعد شرعا إلا الإباحة، و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي، لا خصوص العقدي (4) [1]

(1) بعد أن فرغ المصنف قدس سره من الاستدلال لكل واحد من الوجوه الثلاثة أراد أن يبين مختاره في المسألة، و اعترض في خلاله على التعليل المتقدم في كلام الشهيد قدس سره و قال: إن الأقوى هو الاحتمال الأول، أعني به اعتبار شرائط البيع في المعاطة مطلقا سواء أفادت الملك أم الإباحة، و استدل عليه بدليلين:

الأول: أن المعاطة المذكورة بيع عرفي، إذ المفروض قصد المتعاطيين لتمليك عين متمولة بمال، الذي هو معنى البيع على ما تقدم في تعريفه، فبيعية المعاطة عرفا حينئذ مما لا إشكال فيه و إن أفادت شرعا الإباحة، و مورد أدلة شروط البيع هو البيع العرفي الصادق على المعاطة، لا خصوص البيع العقدي حتى لا يصدق عليها.

و بعبارة أخرى: كلام المصنف قدس سره مؤلف من صغرى، و هي قوله: «إن المعاطة بيع عرفي» و كبرى، و هي: «أن كل بيع عرفي محكوم بشرائط البيع الواردة في الأدلة» و هذه الكبرى مفاد قوله: «و مورد الأدلة .. إلخ».

(2) أي: اعتبار شروط البيع في المعاطة سواء أفادت الملك أم الإباحة الشرعية.

(3) هذا هو الدليل الأول على مختاره، و قد تقدم توضيحه.

(4) كما زعمه الشهيد، حيث قال: «لأنها ليست عقدا» إذ لا وجه لمنع بيعية المعاطة المقصود بها التمليك.

[1] هذا أحد مواضع المنافاة لقوله: «و بالجملة: فلا يبقى للمتأمل شك في أن إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده .. إلخ» لأن كلامه هذا صريح في إرادة خصوص العقد اللازم، لا البيع العرفي فقط، و هو مناف

بل (1) تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب [1].

ولما (2) عرفت

(1) غرضه أنّ تقييد إطلاق البيع العرفي في أدلة الشروط بخصوص البيع العقدي تقييد بالفرد النادر، لكون الغالب في الخارج هو البيع المعاطاتي، و من المعلوم أنّ تقييد الإطلاق بالفرد النادر ممّا لا سبيل للالتزام به.

(2) معطوف على قوله: «لأنها بيع عرفي» وإشارة إلى الدليل الثاني، و حاصله:

أنّه- بعد البناء على عدم استفادة حكم المعاطاة من الأدلة الاجتهادية من حيث إفادتها للملك- يكون مقتضى الأصل العملي عدم ترتب الأثر المقصود وهو الملكية على المعاطاة المقصود بها الملك، وقد خرجت المعاطاة الجامعة لشروط البيع- عدا الصيغة- عمّا يقتضيه الأصل من حرمة التصرف في مال الغير، وبقي الباقي، لأنّ

لقوله: «لأنها بيع عرفي وإن لم تقد شرعا .. إلخ» لأنّه مبني على تسليم الإطلاق وعدم الانصراف. و منافاة هذا الكلام لقوله: «و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك .. إلخ» من الواضحات.

و أيضا ينافي قوله: «لا خصوص العقدي» ما تقدم عنه سابقا من جعل المعاطاة عقدا، لأنّه قضية تمسّكه على صحتها بعموم أوفوا بالعقود و مجرد عدم إفادتها للملك على قول بعض لا يخرجها عن العقد العرفي، كما لا يخرجها عن البيع العرفي فالأنسب حينئذ مقابلة البيع العرفي للبيع الشرعي لا العقدي.

[1] هذا أيضا من مواضع التنافي المزبور، لأنّ غلبة أفراد المعاطاة وندرة أفراد البيع العقدي تنافي دعوى انصراف البيع إلى خصوص العقدي، لأنّ التقييد بالعقدي بناء على ندرته يكون من تقييد الإطلاق بالفرد النادر المستهجن عند أبناء المحاورة، و مع ندرته كيف يكون هو المتيقن و المنصرف إليه الإطلاق؟

من أنّ الأصل (1) في المعاطاة- بعد القول بعدم الملك- الفساد، وعدم تأثيره (2) شيئاً (3)، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من (4) حيث اللزوم وعدمه (5)، وهو (6) المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، وبقي الباقي (7).

---

موضوع إباحة التصرفات هو المعاطاة الجامعة لتلك الشرائط دون غيرها.

فالمتحصل: أنه يعتبر في المعاطاة المقصود بها التمليك- وإن أفادت الإباحة- جميع الشروط المعتبرة في البيع.

(1) المراد به استصحاب عدم ترتب الأثر على المعاملة، ويعبر عنه بأصالة الفساد، وقد تبّه المصنف على هذا الأصل عند مناقشة استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّه، حيث قال: «و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكا فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق .. إلخ». وكذا قال في ردّ قاعدة التبعية: «أما المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحّتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها» (1).

(2) أي: عدم تأثير المعاطاة، والأولى تأنيث الضمير.

(3) أي: لا ملكا ولا إباحة.

(4) متعلق ب «الخلاف».

(5) يعني: من حيث إنّ الصيغة دخيلة في اللزوم أو غير دخيلة فيه.

(6) بيان للموصول في «ما هو محلّ الخلاف» يعني: أنّ محلّ النزاع بينهم هو خصوص المعاملة الجامعة لشروط البيع، ولا تغايرها إلا من حيث فقد الصيغة فيها.

(7) يعني: تحت أصالة الفساد، كالمعاطاة مع الجهل بأحد العوضين، أو بدون القبض في الصرف والسلم، وغير ذلك.

---

(1): لاحظ الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 441 و 455

[حرمة الربا]

وبما (1) ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه (2) أيضا (3) وإن (4) خصصنا الحكم

المقام الثاني: جريان أحكام البيع في المعاطاة أحرمة الربا

(1) أي: بما ذكرناه في وجه اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقا- من أن موردها البيع العرفي، و المعاطاة بيع عرفا- يظهر وجه تحريم الربا فيها .. إلخ.

توضيح المقام: أنه قد تقدم في أول هذا التنبيه: أن المصنّف تعرّض للبحث عن جريان شرائط البيع وأحكامه في المعاطاة في مقامين، أحدهما في الشرائط، والآخر في الأحكام. وهذا شروع في المقام الثاني، وهو يتضمن جهتين، الأولى: في حكم جريان الربا المعاوضي في المعاطاة، والثانية في حكم جريان الخيار فيها.

أمّا الجهة الأولى فمحصلها: أن الظاهر حرمة الربا في المعاطاة إذا كان العوضان من الجنس الربوي، كحرمته في البيع العقدي، سواء قلنا باختصاص دليل حرمة الربا بالبيع، أم بشموله لكل معاوضة عرفية أو شرعية، و سواء أكان مقصودهما الملك أم الإباحة. أمّا بناء على اختصاص الحرمة بالبيع فلصدقه على المعاطاة المقصود بها الملك. و أمّا بناء على جريان حرمة الربا في كل معاوضة فالأمر أوضح، إذ لو فرض الشك في بيعية المعاطاة لم يكن شك في صدق المعاوضة عليها سواء قصد الملك أم الإباحة. و الشاهد على كونها معاوضة كلام الشهيد في حواشي القواعد من «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة لازمة أو جائزة».

وعليه فلا مجال للقول بمشروعيتها عند كون العوضين من جنسين ربويين مع التفاضل، هذا. و لا يخفى أن المذكور من صور المسألة في المتن - ثلاث، سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(2) أي: في المعاطاة، والأولى تأنيث الضمير.

(3) يعني: كحرمة الربا في البيع العقدي.

(4) وصلية. و الوجه في حرمة الربا واضح بناء على اختصاص حرمته بالبيع، لفرض صدقه عرفا على المعاطاة كما مرّ مرارا. ثم إنّ قوله: «و إن خصصنا ..» إشارة

بالببيع (1)، بل (2) الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك،

الى الخلاف في حرمة الربا في مطلق العقود المعاوضية. فمنهم من خصّ الحرمة بالببيع كما حكي عن غصب السرائر، والمختلف و القواعد والإرشاد. ومنهم من عمّمها لكلّ معاوضة، كما حكي عن السيد المرتضى و شيخ الطائفة. والقاضي، و جمع من المتأخرين. و منهم من توقّف في ذلك كما حكي عن العلامة في غصب القواعد و صلحه، و عن فخر المحققين في غصب الإيضاح. وإن شئت الوقوف على التفصيل فراجع مفتاح الكرامة «1».

(1) فلو عمّمنا حرمة الربا لكلّ معاوضة- وإن لم تكن بيعا- فالأمر أوضح، لصدق المعاوضة على المعاطاة وإن لم يحرز بيعيّتها.

(2) هذا إضراب عن مجرد ظهور جريان حرمة الربا في المعاطاة- بناء على اختصاصها بالببيع- إلى إثبات حرمتها فيها حتى مع التشكيك في صدق البيع على المعاطاة. و كلام المصنف هنا إشارة إلى توهم و دفعه.

أمّا التوهم، فهو: أنّه لا مجال للجزم بحرمة الربا في المعاطاة، لأنّ وزانها وزان الشروط التي تقدّم البحث فيها في المقام الأوّل من تطرّق احتمالات ثلاثة فيها من جريانها مطلقا، و عدمه كذلك، و التفصيل بين إفادة الملك و الإباحة، فينبغي إلحاق حرمة الربا ببحث الشروط، لا استظهار جريانها فيها مطلقا على ما هو مفاد قوله: «و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ..».

و أما الدفع فحاصله: أنّه ليس في الربا إلا احتمال الجريان مطلقا، لبطلان المعاملة الربوية، فلا مجال لأن يقال: إن موضوع حرمة الربا هو البيع اللازم أو الصحيح، اللذان هما وجهان للاحتمال الثاني و الأخير في مسألة اعتبار الشروط و عدمه. فالمراد بقوله: «بل الظاهر» هو أنّه لا بد من القول بتحريم الربا في المعاطاة مطلقا حتى عند من يراها مفيدة للإباحة، إذ لا شبهة في كون موضوع حرمة الربا

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 502

ص: 36

لأنها (1) معاوضة عرفية وإن لم يفد (2) الملك، بل (3) معاوضة شرعية كما اعترف بها (4) الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي، حيث قال: «إنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة» (1) انتهى [1].

---

هو مطلق المعاوضة العرفية و من المعلوم أنّ المعاطاة معاوضة عرفية، فيحرم الربا فيها.

(1) تعليل للتعميم المستفاد من قوله: «بل الظاهر» و المستفاد من هذه العبارة حكم صورة ثانية، وهي ما لو شك في صدق البيع على المعاطاة المفيدة للإباحة تعبداً.

و الوجه في حرمة الربا فيها صدق المعاوضة عليها عرفاً، بضميمة إطلاق دليل حرمة الربا لكلّ معاوضة وإن لم ينطبق عليها حدّ البيع.

(2) بل أفادت الإباحة تعبداً كما هو مسلك مشهور القدماء.

(3) إضراب عن مجرّد كون المعاطاة معاوضة عرفية، إلى أنّها معاوضة ممضاة شرعاً وإن اختلف في حكمها لزوماً و جوازاً. و حيث كانت معاوضة شرعية كانت محكومة بأحكام المعاوضات المالية التي منها حرمة الربا، فلا مجال لدعوى اختصاص الحرمة بالمعاوضات المشروعة كالبيع و الصلح، و عدم جريانها في المعاوضة العرفية التي لم يحرز إمضاؤها شرعاً.

(4) أي: بشرعية المعاوضة. و المراد بالمعاوضة الشرعية هنا المعاوضة بين العيين في الإباحة، في قبالة المعاوضة العرفية التي هي المبادلة بينهما في الملك.

---

[1] الاستشهاد بهذه العبارة على كون المعاطاة الإباحية معاوضة شرعية مبني على ما استظهره المصنّف منها في التنبيه السابع من أنّها ناظرة إلى حكم المعاطاة الإباحية لا التمليكية، فيكون مراد الشهيد من جواز الإباحة و لزومها حكمها قبل طرؤ الملزم و بعده. و إلا فلو كانت العبارة ناظرة إلى المعاطاة المفيدة للملك لم يتجه

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158

ص: 37

ولو قلنا (1) بأن المقصود للمتعاطين الإباحة- لا الملك- فلا يبعد أيضا (2) جريان الربا، لكونها معاوضة عرفا [1]،

---

(1) هذه إشارة إلى صورة ثالثة، وهي: إثبات حرمة الربا في المعاطاة المقصود بها الإباحة المالكية، لا الملك، والوجه فيه صدق المعاوضة العرفية على إباحة كل منهما ماله للآخر، فيحرم الربا فيها بناء على جريان الربا في مطلق المعاوضات وعدم اختصاص حرمتها بالبيع.

(2) يعني: كما لا يبعد جريان الربا في الصورة الثانية، وهي المعاطاة المفيدة للإباحة تعبدا مع قصدهما الملك.

---

الاستشهاد بها على المقام من كون المعاطاة المفيدة للإباحة معاوضة، وذلك للشبهة في صدق المعاوضة على المقابلة بين الإباحتين.

[1] ينبغي أن يقال: بأنّ المعاطاة إمّا أن يقصد بها الملك، و أمّا أن يقصد بها الإباحة. والأول على قسمين: أحدهما: إفادتها الملك، و الآخر: الإباحة، فالأقسام ثلاثة.

ثم إنّ الربا إمّا تختص بالبيع، و إمّا تعمّ جميع المعاوضات، فمن ضرب الثلاثة في الاثنين يحصل ست صور.

أمّا المعاطاة المقصود بها الملك مع ترتب الملك عليها فلا إشكال في جريان الربا فيها سواء قلنا باختصاصها بالبيع أم لا.

و أمّا المعاطاة التي تترتب عليها الإباحة مع قصد التمليك بها، فبناء على صدق البيع أو المعاوضة عليها يجري فيها الربا. و بناء على عدم الصدق نقول بجريان الربا فيها أيضا، للزوم الاقتصار في الإباحة على القدر المتيقن، و هو اجتماع الشرائط التي منها التساوي بين العوضين مع وحدة الجنس و كونهما من المكيل و الموزون، بعد كون الأصل الفساد.

و أمّا المعاطاة المقصود بها الإباحة، فإن صدق عليها عنوان المعاوضة مع تعميم

## ب: جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها

وأما حكم (2) جريان الخيار فيها قبل اللزوم [1]

(1) لعلّه إشارة إلى: أنه- بناء على اختصاص الرّبا بالبيع- لا تجري الرّبا في المعاطاة التي قصد بها الإباحة، لوضوح عدم صدق البيع عليها حينئذ. وبناء على تعميم الرّبا لمطلق المعاوضة يكون الظاهر إرادة المعاوضة بين المالين لا- بين الإباحتين، فلا تجري الرّبا على كلا التقديرين في المعاطاة المقصود بها الإباحة.

ب: جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها

(2) هذه هي الجهة الثانية المتكفلة للبحث عن جريان حكم آخر من أحكام البيع في المعاطاة، وهو الخيار. وتوضيح المقام: أنه يقع الكلام تارة في ثبوت جريان الخيارات في المعاطاة قبل طروء أحد الملزمات وعدمه، وأخرى في ثبوتها فيها بعد طرئته. والبحث في الأخير موكول إلى التنبيه السابع والثامن، كما تبّه عليه بعد أسطر.

فيقتصر فعلا على التقدير الأوّل وهو المعاطاة قبل طروء الملزم.

الرّبا لمطلق المعاوضة جرت الرّبا فيها، وإلا فلا، لعدم كونها بيعا ولا معاوضة أخرى، فمع الشك في جريان الرّبا فيها يتمسك بإطلاق دليل هذه المعاطاة، وهو قاعدة طيب النفس على ما قيل.

هذا لو تمت إطلاقات الأدلّة اللفظية. وإن كان الدليل على مشروعيتها السيرة وشكّ في انعقادها على هذا النحو من الإباحة المعوّضة كان مقتضى القاعدة الأخذ بالقدر المتيقن منها وهو عدم التفاضل بين العوضين، إذ في غير المتيقن تجري أصالة الفساد المقتضية لحرمة التصرف.

[1] المانع المتوهم من جعل الخيار قبل اللزوم أمور: أحدها: تحصيل الحاصل.

ثانيها: اجتماع المثلين، ثالثها: اللّغوية. والجميع مندفع باعتبار حقّية الخيار المترتبة عليها الآثار.



فيمكن (1) نفيه على المشهور، لأنها إباحة (2) عندهم، فلا معنى للخيار.

وإن قلنا (3) بإفادة الملك فيمكن (4) القول بثبوت الخيار فيه

وقد فصل المصنف قدس سره بين المعاطاة المفيدة للإباحة فلا يجري شيء من الخيارات فيها، لجواز رجوع المبيع ما دامت العين باقية، فلا معنى للخيار الذي هو حق إقرار العقد وإزالته. وبين المعاطاة المفيدة للملك الجائز، وفيها احتمالان:

أحدهما: جريان الخيارات بأجمعها فيها.

ثانيهما: التفصيل بين الخيارات الخاصة بالبيع فلا تجري، و العامة لغيره فتجري.

هذا مجمل ما أفاده، وسيأتي مفصلة إن شاء الله تعالى.

(1) لأن الخيار «ملك فسخ العقد ورفع مضمونه بالفسخ» وهذا المعنى من الخيار مفقود هنا، لأن العقد على القول بالإباحة لا مضمون له، بدهة أن مضمونه وهو التمليك لم يتحقق، والإباحة ليست مضمون العقد، بل هي حكم شرعي بناء على كون الإباحة شرعية. وكذا إذا كانت الإباحة مالكية، لأنها تحصل بنفس الإعطاء والتسليط، وليست مضمون عقد. فمانع الخيار في المعاطاة المفيدة للإباحة ثبوتي لا إثباتي.

(2) هذا هو الصحيح كما في بعض النسخ المصححة. وأما ما في غيرها من:

«أنها جائزة» فغير سديد. أما أولاً فلأن المشهور بين القدماء هو أن المعاطاة تقيد الإباحة لا الملك الجائز.

وأما ثانياً فلأن الجواز لا ينافي الخيار كما عرفت آنفاً.

وأما ثالثاً: فلأن حكم الخيار - بناء على إفادة الملك الجائز - قد أفاده بقوله:

«وإن قلنا بإفادة الملك، بعد اللزوم» فيكون تكراراً مخلاً.

(3) هذا عدل قوله: «على المشهور»، فكأنه قال: «فيمكن نفيه إن قلنا بإفادة الإباحة كما هو مختار المشهور.. وإن قلنا بإفادة الملك.. إلخ».

(4) هذا الاحتمال في قبال الاحتمال الآتي في كلامه بقوله: «ويحتمل أن يفصل» يعني: أنه بناء على إفادة الملك يتطرق احتمالان في ثبوت الخيارات في المعاطاة.

مطلقا (1) بناء على صيرورتها بيعا (2) بعد اللزوم [بيعا لازما بعد عروض الملزمات] كما سيأتي عند تعرّض الملزمات (3)، فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أنّ أثره (4) يظهر بعد اللزوم. وعلى هذا (5) فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم [1].

---

(1) يعني: من غير فرق بين الخيار المختصّ بالبيع كخيارى المجلس و الحيوان، و غير المختص به كخيار الغبن.

(2) يعني: لا معاوضة مستقلة في قبال البيع كما سيأتي في التنبيه السابع إن شاء الله تعالى.

(3) الأولى أن يقال: «بعد تعرض الملزمات» لأنّ الملزمات ذكرت في التنبيه السادس، و ليس هناك دلالة على صيرورتها بيعا بعد عروض الملزم، و إنّما أفاده في التنبيه السابع الذي افتتحه بقوله: «ان الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف، أو معاوضة مستقلة».

(4) يعني: أثره العملي و هو القدرة على الفسخ، و إلا فالإسقاط و المصالحة عليه من الآثار أيضا كما صرّح به المصنف بقوله: «و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم».

(5) أي: و على فرض وجود الخيار من زمان المعاطاة.

---

[1] فلا- يرد عليه ما في حاشية المحقق الخراساني قدّس سرّه من قوله: «و الخيار موجود من زمن المعاطاة، و أثره يظهر من حيث ثبوته، لصحة إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم، فلا وجه لما أفاده من ظهور أثره بعده» [1].

و كأنه قدّس سرّه لم يلاحظ من كلام المصنف قدّس سرّه إلا قوله: «إلا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم» و لم يلاحظ ما بعده من قوله: «و على هذا فيصح إسقاطه .. إلخ».

---

(1): حاشية المكاسب، ص 17

ص: 41

و يحتمل (1) أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا تجري (2)، لاختصاص أدلتها (3) بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار (4)، وبين غيرها (5) كخيار الغبن والعيب [1]

(1) معطوف على «فيمكن القول» لا على قوله: «فيمكن نفيه..» لأن المقصود إبداء احتمالين في المعاطاة المفيدة للملك، وأما المفيدة للإباحة فلا معنى للخيار فيها.

وكيف كان فحاصل ما أفاده: أنه يحتمل التفصيل بين الخيارات بأن يقال: إن ما يختص منها بالبيع لا يجري في المعاطاة، لاختصاص أدلتها بالبيع المبني على اللزوم من غير ناحية الخيار، يعني: لو لا الخيار كان لازماً، ولم يكن سبب لجوازه إلا الخيار، فمع جواز العقد في نفسه لا يثبت فيه الخيار. وأما ما لا يختص من الخيارات بالبيع كخيار الغبن فيجري في المعاطاة، لعموم أدلة تلك الخيارات كقاعدة نفي الضرر، وبناء المتعاملين على مساواة العوضين في المالية. فجاز فسخ العقد عند التخلف.

(2) يعني: فلا تجري الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة المفيدة للملك.

(3) أي: أدلة الخيارات المختصة بالبيع، مثل «البيعان بالخيار» و«صاحب الحيوان المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام».

(4) والمفروض استناد جواز الملك و تزلزله في المعاطاة إلى نفس العقد الفعلي، لا إلى الخيار، فإنه لو لم يجري شيء من الخيارات فيها كان الملك جائزاً بعد، ومن المعلوم عدم جريان الخيار المخصوص بالبيع - المبني على اللزوم بحسب طبعه الأولي - في المعاطاة.

(5) أي: غير الخيارات المختصة.

[1] لا- يخفى أن هذين الخيارين أولى من غيرهما بعدم الجريان، لأنّ دليلهما- وهو قاعدة نفي الضرر- لا يجري في البيع الجائز ذاتاً، ضرورة أنّ الضرر ينشأ من وجوب الوفاء بالمعاملة، فلا ضرر- إذ لا وجوب وفاء بالمعاملة الجائزة ذاتاً- حتى ينشأ منه الخيار.

بالنسبة (1) إلى الردّ دون الأرش، فتجري، لعموم أدلتها [1].

وأما (2) حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات.

---

(1) هذه الكلمة قيد ل «خيار العيب» ومقصوده قدّس سرّه أنّ دليل خيار العيب المقتضي لجريانه في العقود المعاوضية يوجب في المعاوضة الردّ خاصة، ولا يقتضي الأرش.

توضيحه: أنّهم عرّفوا الخيار ب «ملك فسخ العقد وإقراره» وهذا المعنى جار في جميع الخيارات، ولخيار العيب حكم آخر في البيع، و هو جواز إبقاء العقد وأخذ الأرش، أي التفاوت بين الصحيح والمعيب، فلو باع متاعا معيبا تخيّر المشتري بين فسخ العقد وأخذ الأرش. لكن هذا التخيير مخصوص بالبيع اللفظي المفيد بطبعه للملك اللازم، لأنّه حكم تعبدى ثبت في البيع، وليس مما يقتضيه مطلق الخيار، و ليس من شؤونه.

وعلى هذا فالبناء على عموم دليل خيار العيب لغير البيع كان مقتضى جريانه في المعاوضة- التي هي معاوضة جائزة حسب الفرض - جواز فسخ أصل العقد. وأما إذا كان المأخوذ بالمعاوضة معيبا، فليس للأخذ مطالبة الأرش، لفرض كون الأرش حكما تعبديا في خصوص البيع اللازم. فهو نظير الخيارات المخصوصة بالبيع- كخيارى المجلس والحيوان- في عدم جريانها في سائر العقود المعاوضية.

(2) يعني: أنّ ما تقدم من التفصيل في حكم جريان الخيار في المعاوضة يكون مورده قبل طرؤ أحد الملزمات، وأما جريانه فيها بعد اللزوم فسيأتي إن شاء الله تعالى في التنبيه السابع، فإنّه يذكر هناك حكم الخيار بعد اللزوم على كلا القولين وهما الملكية والإباحة.

---

[1] لا- وجه لهذا الاحتمال، لما فيه أولا: من النقض بالبيع القولي إذا اجتمعت فيه موجبات عديدة للخيار كالغبن والعيب، إذ لازم دلالة كل واحد من أدلّة تلك

الخيارات على اختصاص الخيار بالعقد الذي وضع على اللزوم من ناحية غير هذا الخيار هو عدم اجتماع تلك الخيارات في البيع اللفظي، مع عدم التزام أحد بذلك.

و ثانياً: من الحلّ، و حاصله: أنّ المراد بلزوم العقد هو كون العقد بطبعه مقتضياً للزوم، و هذا لا ينافي جوازه للجهات العارضة.

و بعبارة أخرى: المراد لزومه لو خلّي و طبعه، فلا مانع من جوازه لجهات خارجة عن ذاته.

و تفصيل البحث أن يقال: إنّ المعاطاة المقصود بها الملك إن أفادت الملك اللّازم كما هو الأصح فلا ينبغي الارتياح في تطرّق الخيارات طرّاً فيها، لإطلاق أدلتها، من غير فرق بين الخيارات المختصة بالبيع و غيرها. و أمّا الخيارات الثابتة بدليل لبيّ فالمتيقّن من موردها هو البيع اللّازم.

و إن أفادت الملك الجائز فكذلك أيضاً، لإطلاق أدلتها، و توهم منافاة جوازها للخيار، للزوم تحصيل الحاصل أو اجتماع المثليين أو اللغويّة مندفع بما مرّ آنفاً.

نعم إن كان دليل الخيار لبيّاً فلا يحكم بثبوته في المعاطاة المفيدة للملك الجائز.

و إن أفادت الإباحة فلا معنى للخيار- الذي هو حلّ العقد و فسخ مضمونه- في المعاطاة المفيدة للإباحة كما عرفت في توضيح كلام المصنف قدّس سرّه، لأنّها إباحة عندهم فلا معنى للخيار.

لكن لسيدنا المحقق الخوي قدّس سرّه هنا كلام محصّله: أنّه لا شبهة في صدق البيع العرفي على المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للإباحة شرعاً، فإنّ الإباحة الشرعية لا تخرجها عن البيع العرفي، و لذا يصح حمله عليها بالحمل الشائع، فتشملها العمومات الدالة على صحة البيع، فيحكم بكونها بيعاً في نظر الشارع كحصول الملكية في بيع الصرف و السّلم المتوقف على القبض الخارجي. و حينئذ نقول: إن كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد سلطنة ذي الخيار على فسخه فعلاً فلا إشكال في

---

عدم شمول أدلة الخيارات للمعاطاة المفيدة للإباحة، لعدم حصول الملكية إلا بعد طرء أحد الملزمات، وإباحة التصرف ترتفع بعدم رضا المالك بالتصرف بلا احتياج إلى فسخ المعاطاة.

إلا أن يقال: إن الإباحة شرعية لا مالكية حتى ترتفع بعدم رضا المالك، ومن المعلوم بقاء الإباحة الشرعية إلى أن يحكم الشارع بارتقاعها.

لكنه مندفع بأن الإباحة هنا ثبتت بالإجماع، و المتيقن منه إنما هو مع بقاء الباذل على إذنه، فلا يشمل الإجماع صورة رجوعه عن إذنه.

والحاصل: أن الغرض من جعل الخيار إن كان هو ترتب الأثر الفعلي عليه لم يجر ذلك في المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للإباحة.

لكنه بديهي البطلان، إذ لو كان الغرض من الخيار الأثر الفعلي لزم منه امتناع اجتماع الخيارات العديدة في البيع وغيره من العقود. وإن كان الغرض من الخيار استيلاء صاحبه على إلغاء ما هو مؤثر في النقل والانتقال، فلا شبهة في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة المذكورة، لأنها قابلة للتأثير في الملكية، فإذا ثبت الخيار لكل من المتعاطيين جاز لكل منهما رفع تلك القابلية برفع موضوعها لئلا تؤثر في الملكية بعد طرء أحد الملزمات.

وعلى هذا فيكفي في صحة جعل الخيار في المعاطاة التمكّن من إلغائها بالفسخ عن قابلية التأثير في الملكية. هذا ملخص كلامه «1».

لكن لا يمكن المساعدة على ما أفاده قدس سره، لمنع صدق البيع العرفي على المعاطاة المفيدة للإباحة وإن قصد بها التمليك، فإن صدق البيع مع التفات العرف إلى عدم إمضاء الشارع له، وجعل الإباحة له ممنوع أشد المنع، و صدقه عليه أحيانا عرفا إنما هو لأجل عدم إطلاعه على عدم إمضاء الشارع له، وبدون إمضائه لا عقد حتى يجري فيه الخيار

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 164 و 165

الذي هو حلّ العقد. والإباحة الشرعية أجنبية عن العقد، وطروء الملزمات لا يوجب الملك، بل لزوم الإباحة كما هو ظاهر جلّ كلمات القائلين بالإباحة.

وقياس المعاطاة المفيدة للإباحة حدوثا و الملك بقاء ببيع الصرف المتوقف تأثيره في الملكية على القبض مع الفارق، لأنّه بيع عرفي لا يؤثر شرعا في الملكيّة إلا بالقبض بحيث يكون القبض شرطا لتأثيره، من دون ترتّب أثر على مجرد البيع حتى الإباحة. بخلاف المعاطاة، فإنّها تؤثر في الإباحة، وتأثيرها في الملكية بعد طروء أحد الملزمات غير ثابت، لما عرفت من أنّ كلمات جلّ القائلين بالإباحة خالية عن تأثيرها في الملكية، بل عبّروا بأنّها تلزم بالتصرف أو التلف، والظاهر من ذلك أنّ الإباحة تلزم بهما، فلاحظ.

ثم إنّه يظهر ممّا ذكرنا: أنّ موضوع الخيار هو العقد الممضى شرعا، لأنّ الخيار عبارة عن حلّ ما عقده و التزم به، وبدون الإمضاء الشرعي لا يتحقق عقد حتى ينحلّ بالفسخ الناشئ عن الخيار. و المعاطاة المفيدة للإباحة وإن قصد بها الملك ليست عقدا شرعا حتّى يجري فيها الخيار.

و عليه فلا موضوع لما أفاده قدّس سرّه من «أنّ الغرض من جعل الخيار إن كان هو ترتب الأثر الفعلي امتنع اجتماع الخيارات العديدة في البيع وغيره من العقود، و هو بديهي البطلان. و إن كان هو استيلاء صاحبه على إلغاء ما هو مؤثّر في النقل و الانتقال، فلا شبهة في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة المذكورة، لأنها قابلة للتأثير في الملكية فلا مانع من إلغائها عن التأثير المزبور بالخيار، هذا» و ذلك لأنّه لا يصدق العقد العرفي و الشرعي على المعاطاة المذكورة حتى يصحّ جعل الخيار فيها، و يجيئ فيه التشقيق المزبور في الخيار.

هذا كلّ مضافا إلى: أنّ دليل الخيار يخصّص أدلة لزوم الملك التي هي دليل الإمضاء، فدليل الخيار مترتب عليها، و مخصّص لعمومها الأفرادي أو الأزمانى.

---

وإن شئت فقل: إنّ الخيار دافع لأصالة اللزوم كخيار المجلس، أو رافع لها كخيار العيب و الغبن بناء على كون ظهور العيب و الغبن سببا للخيار.

وعلى كلّ حال يعتبر في تعلق الخيار وقوع مضمون العقد، و لا يكفي مجرد القابلية في تعلقه، وإلاّ لصحّ تعلق خيار المجلس ببيع الصرف قبل التقابض، لكونه قابلا للمملّكية، و صيرورة هذه القابلية فعلية بعد التقابض، مع أنّ من البديهي عدم جعل الخيار فيه إلاّ بعد التقابض. و لا ملك فعلا في المعاطاة حتى يثبت فيها الخيار، و لذا لا يجري خيار المجلس في بيع الصرف و السّلم قبل القبض، حيث إنّ نفس العقد فيهما لا يفيد الملك حتى يجيء فيهما الخيار و إن كانا قابلين للتأثير في الملكيّة.

و الحاصل: أنّه لا ينبغي الإشكال في أنّ موضوع الخيار هو العقد الممضى شرعا، لا مجرد العقد العرفي و إن لم يمضه الشارع كالمعاطاة المفيدة للإباحة شرعا المقصود بها الملك.

فتلخص مما ذكرنا: أنّ شيئا من الخيارات لا يتطرّق في المعاطاة المفيدة للإباحة و إن قصد بها التمليك، كعدم تطرّقه في المعاطاة المقصود بها الإباحة.



الأمر الثاني (1): أنّ المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي

التنبيه الثاني: إنشاء المعاطاة بوجوه أربعة

(1) الغرض من عقد هذا التنبيه بيان ما يتحقق به المعاطاة، يعني: أنّه هل يعتبر في تحققها- حتى تفيد الملك أو الإباحة- التعاطي من الطرفين، أم تتحقق بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر، وبغير ذلك.

و توضيح المقام: أنّ في كل معاملة- ومنها المعاطاة في البيع- جهتين:

إحدهما: المنشأ، وهو الأمر الاعتباري المقصود للمتعاملين، وهو إمّا التمليك أو الإباحة.

وثانيهما: الإنشاء، وهو ما يكون مبرزاً للقصد النفساني أو موجداً للأمر الاعتباري. ولا بد من تحقيق كلتا الجهتين، وقد عقد المصنف قدس سرّه التنبيه الرابع لاستيفاء الكلام في أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين. كما عقد هذا التنبيه للبحث عن الجهة الثانية.

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ المذكور في المتن صور أربع:

الأولى: اعتبار الإعطاء من الطرفين في تحقق الملكية أو الإباحة، فلا يحصل شيء منهما بإعطاء واحد، وهو مقتضى الجمود على مدلول هيئة المفاعلة أي المشاركة بين اثنين في المبدأ، وعليه فالإعطاء الواحد جزء السبب المؤثر في الملكية أو

فعلا (1) من الطرفين (2)، فالملك (3) أو الإباحة في كلّ منهما بالإعطاء، فلو (4) حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته، فلا (5) يتحقق المعاوضة (6)

الإباحة، نظير الإيجاب الواحد القولي في عدم ترتب أثر عليه ما لم ينضم إليه قبول قولي.

الثانية: إعطاء أحد المتعاطيين و أخذ الآخر، من دون أن يعطي الآخر شيئاً.

الثالثة: عدم تحقق الإعطاء أصلاً، لا من الطرفين و لا من طرف واحد. بل مجرد إيصال المال الى الآخر بوضعه في المكان المعدّ له.

الرابعة: مجرد الكلام و المقابلة، من دون تحقق الإعطاء و لا إيصال أحد العوضين للآخر.

هذا إجمال الكلام، و سيأتي التفصيل إن شاء الله تعالى.

(1) التقييد بفعلية التعاطي يكون لإخراج سائر الصور، فإنّ الإعطاء سيتحقق منهما، لكنه ليس بعنوان إنشاء المعاوضة، بل لأجل الوفاء بها، كما هو الحال في القبض في البيع القولي.

(2) هذا إشارة إلى الصورة الأولى. و هي مقتضى الجمود على ظاهر باب المفاعلة.

(3) إذا كان هو المقصود، و قلنا بترتبه على المعاوضة كترتبه على البيع بالصيغة.

(4) هذه الإباحة إما مالكية لو كانت مقصودة، أو تعبدية كما هو رأي القدماء من ترتبها على المعاوضة المقصود بها الملك.

(5) هذه نتيجة اعتبار فعلية التعاطي من الطرفين في ترتب الأثر على المعاوضة.

(6) يعني: بناء على كون المعاوضة مفيدة للملك.

ولا الإباحة (1) رأساً، لأنّ (2) كلّاً منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر (3) أو إباحته.

إلا (4) أن الظاهر من جماعة (5) من متأخري المتأخرين تبعاً للشهيد في الدروس جعله (6) من المعاطاة (7).

---

(1) بناء على إفادة المعاطاة للإباحة.

(2) محصل هذا التعليل: أنّ المعاوضة البيعية أو الإباحية تتوقف على قيام كلّ من المالكين مقام الآخر في الملكية أو الإباحية، ولا يقوم ذلك إلا بإعطاء المالك، فالإعطاء من كلّ واحد من المالكين تمليك أو إباحة، فالإعطاء من طرف واحد تمليك أو إباحة بلا عوض، وهذا غير المعاوضة المتقومة بإعطاء كلّ واحد من المالكين.

(3) أي: ملكية المال الآخر.

(4) هذا استدراك على قوله: «المتيقن من مورد المعاطاة» وغرضه بيان الصورة الثانية، يعني: إلحاق الإعطاء من طرف واحد- وأخذ الآخر- بالمعاطاة من الطرفين في إفادة الإباحة على رأي القدماء، والملك على رأي المتأخرين.

(5) كالشهيد الثاني (1) و المحدث البحراني (2).

(6) أي: جعل الإعطاء- من جانب واحد- من مصاديق المعاطاة.

(7) قال الشهيد قدس سرّه: «و من المعاطاة: أن يدفع إليه سلعة بثمن يوافق عليه من غير عقد، ثم تهلك عند القابض، فيلزم الثمن المسمّى» (3).

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 151

(2) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 364

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 192

ص: 50

و لا ريب (1) أنّه لا يصدق (2) معنى المعاطة، لكن هذا (3) لا يقدر في جريان حكمها عليه بناء (4) على عموم الحكم لكل بيع فعلي (5)، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكها له بعوض، أو مبيحا (6) له به (7)،

(1) هذا إشكال على إلحاق الإعطاء من طرف واحد بالمعاطة موضوعا، ثم وجهه بقوله: «لكن» و حاصل ما أفاده: أنّ جعل الإعطاء من طرف واحد معاطة إن أريد به كونه معاطة موضوعا فهو ممنوع، لظهور هيئة المفاعلة في اعتبار الإعطاء من الجانبين فعلا، فأعطاء أحدهما ليس معاطة. وإن أريد به إلحاقه حكما بالمعاطة كان متينا، بناء على أن يكون مفاد دليل مشروعية المعاطة صحة البيع الفعلي في قبال القول، سواء تحقق بالتعاطي من الجانبين، أم بإعطاء أحدهما، أم بنحو آخر، إذ المتبّع حينئذ هو دليل المعاملة الفعلية و إن لم يصدق عنوان المعاطة عليها. و عليه فما في دروس الشهيد و تبعه جماعة في غاية المتانة.

(2) لتوقّفه على الإعطاء من الطرفين، بدعوى دلالة هيئة المفاعلة على الاشتراك في المبدأ.

(3) أي: عدم صدق المعاطة لا يقدر في جريان حكم المعاطة على الإعطاء الواحد.

(4) قيد لقوله: «لا يقدر» يعني: فلو قيل بدوران صحة المعاطة مدار صدق المعاطة المنوطة بالتعاطي لم يكن وجه للإلحاق المزبور.

(5) غرضه قدس سرّه أنّ الإعطاء من طرف واحد محكوم عليه بحكم المعاطة- و إن لم يصدق عليه عنوانها- بناء على عموم حكم المعاطة عند الأصحاب لكل بيع فعلي من دون مزية و خصوصية للتعاطي من طرفين، إذ من المعلوم حينئذ كون الإعطاء من طرف واحد مصداقا للبيع الفعلي و إن لم يكن مصداقا للمعاطة، إذ لم يرد عنوان المعاطة في نصّ حتى يكون لها خصوصية.

(6) الأنسب بالمقابلة أن يقال: «أو إباحة له» أو يقال: «مملّكا له بعوض».

(7) أي: بالعوض، و ضمير «له» في المواضع الخمسة راجع إلى أحد العوضين.

و أخذ الآخر له تملكاً (1) له بالعوض أو إباحة له بإذنه، فلو كان (2) [1] المعطى (3) هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء، و أخذه (4) بيعا للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد (5) في زمان واحد [2].

ثم صحّة هذا (6) على القول بكون المعاطاة بيعا مملّكا واضحة، إذ يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطاة من الطرفين.

---

(1) فيكون الأخذ كالقبول القولي، و إعطاء البائع بمنزلة الإيجاب اللفظي.

و لا حاجة حينئذ إلى الإعطاء من طرف آخر، بل يتحقق البيع بإعطاء واحد منهما و أخذ الآخر.

(2) هذا متفرع على كفاية إعطاء أحدهما و أخذ الآخر في صدق البيع الفعلي - و هو المعاطاة بالمعنى الأعم - عليه.

(3) بصيغة المفعول.

(4) يعني: و أخذ مالك المبيع للثمن من مالكة بيع للمثمن بذلك الثمن الذي أخذه، و هذا بناء على صحّة تقدم القبول على الإيجاب لا مانع عنه، و إلا ففيه منع.

(5) يعني: بإعطاء واحد مقرون بأخذ الطرف الآخر في زمان واحد.

(6) أي: صحّة المعاطاة المتحققة بإعطاء واحد. و حاصل ما أفاده قدّس سرّه هو: أنّه

---

[1] هذا التفرع غير ظاهر، لأنّ دفع الثمن - الذي هو وظيفة المشتري - تملك لا تمليك. و غرضه قدّس سرّه كون الإعطاء تمليكا لا تملكاً. و الظاهر عدم تحقق البيع بدفع الثمن إلى مالك المبيع.

[2] فالإعطاء من الطرف الآخر يكون وفاء بالعقد المتحقق بإعطاء واحد، و ليس إنشاء لقبول العقد، لتحققه قبله على الفرض. بل مقتضى كفاية إعطاء واحد في تحقق المعاطاة هو كون الإعطاء من الطرف الآخر - في المعاطاة من الطرفين أيضا - وفاء، لا إنشاء لقبول.

وأما على القول بالإباحة فيشكل بأنه- بعد عدم حصول الملك بها- لا دليل على تأثيرها في الإباحة (1).

اللهم (2) إلا أن يدعى قيام السيرة عليها (3) كقيامها على المعاطاة الحقيقية (4).

وربما يدعى (5) انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثل من غير

---

بناء على كون المعاطاة بيعاً مفيداً للملك يكون دليل صحتها ما دلّ على صحة المعاطاة- الحاصلة من الإعطائين- من الأدلة المتقدمة، فإنّ المعاطاة حينئذٍ بيع يشملها جميع ما دلّ على صحة البيع. وبناء على كون المعاطاة مفيدة للإباحة لا تكون بيعاً حتى تشملها أدلة البيع، و لا دليل على إفادتها للإباحة، لظهور كلمات القدماء القائلين بالإباحة في توقفها على إعطاء الجانبين، كقولهم: «إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب فقال: أعطني بقلاً أو: اسقني ماء» و ظهورها في توقف الإباحة على الإعطاء من جانبين ممّا لا ينكر. إلا أن يدعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقية المتحققة بالإعطاء من الطرفين، بأن يقال: إنّ موضوع السيرة هي المعاطاة المتحققة عرفاً بالإعطاء من طرف واحد.

(1) حيث إنّ مقتضى القاعدة عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه.

(2) استدراك على قوله: «فيشكل» و مقصوده- كما تقدم توضيحه- تصحيح المعاطاة- بإعطاء واحد منهما- بالسيرة المستمرة على ترتب الإباحة عليه.

(3) أي: على المعاطاة الحاصلة بإعطاء واحد منهما.

(4) وهي بالتعاطي من الطرفين.

(5) هذا ثالث الوجوه المتصورة في المعاطاة، و محصل هذا الوجه هو: أنّه لا إعطاء في البين أصلاً، لا من الطرفين و لا من الطرف الواحد، بل ليس فيه إلاّ إيصال و وصول، فالموصل يتسبب بإيصاله إلى التمليك، و الطرف الآخر يتسبب بوصول المال إليه إلى مطاوعته، فيتحقق بهما البيع. و لعلّ السيرة الجارية على ذلك

صدق إعطاء أصلاً فضلاً عن التعاطي كما تعارف (1) أخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلّس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك. وكذا غير الماء من المحقّرات كالخضریات ونحوها. ومن هذا القبيل (2) دخول الحمام و وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته (3).

فالمعيار (4) في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف.

ويظهر ذلك (5) من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة،

---

- في السقاية والاستحمام بل وغيرهما - موردها قصد التملك. وقد تقدّم أنّ «تبدیل العين المتمولة بمال» هو البيع، فكل فعل يكون قابلاً لإبراز هذا التبدیل الاعتباري فهو بيع فعلي وإن لم يكن معاطاة مصطلحة. ومع صدق البيع عليه يشمله عموم ما دلّ على صحة البيع، ولا يدور الحكم مدار صدق المعاطاة عليه بعد ما عرفت من عدم ورود عنوان «المعاطاة» في آية ولا رواية ولا معقد إجماع حتّى يدور الحكم مدارها.

(1) مقصوده قدّس سرّه: أنّ الصورة الثالثة ليست صرف فرض، بل هي واقعة خارجاً، لجريان سيرتهم عليها، إذ لا يتصور الإعطاء والأخذ عند غيبة السقاء والبقلي، فضلاً عن تحقق التعاطي.

(2) أي: من قبيل أخذ الماء عند غيبة السقاء ووضع الثمن في المكان المعدّ له - في كونه معاطاة - دخول الحمام.

(3) التقييد بالغيبة واضح، إذ مع حضوره في الحمام يندرج في الصورة الثانية وهي إعطاء المستحم وأخذ الحمامي.

(4) يعني: بناء على هذه الصورة الثالثة.

(5) يعني: يظهر انعقاد المعاطاة - بمجرد إيصال الثمن وأخذ الثمن - من المحقق الأردبيلي قدّس سرّه كما يظهر من غيره، ولعلّ المصنف استظهر كفاية إيصال من قوله في شرح الإرشاد: «فاعلم أنّ الذي يظهر أنّه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع - المملّك

وسياتي توضيح ذلك (1) في مقامه (2) إن شاء الله تعالى.

ثم (3) إنّه لو قلنا بأنّ اللفظ غير المعتبر (4) في العقد كالفعل في انعقاد المعاوضة أمكن خلوّ المعاوضة (5)

---

الناقل للملك من البائع إلى المشتري وبالعكس - إلى الصيغة المعيّنة كما هو المشهور، بل يكفي كل ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض»  
(1) بأن يراد من الإقباض مجرد الوصول والإيصال، لا ظاهره وهو تسليم أحد المتعاطيين ماله للآخر. ولعلّ المصنف قدس سرّه اعتمد في هذه النسبة على ما في مفتاح الكرامة (2) فراجع.

(1) أي: انعقاد المعاوضة بمجرد إيصال الثمن وأخذ الثمن، من غير إعطاء أصلا.

(2) وهو التنبه الثامن، حيث يقول فيه: «و السيرة موجودة في المقام، فإنّ بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، ووضعهم الفلوس في الموضع المعدّلة .. إلخ» لكن المصنف خصّ جواز هذه الصورة بالقول بالإباحة دون الملك، وسياتي تفصيل الكلام هناك إن شاء الله تعالى.

(3) هذا إشارة إلى الصورة الرابعة من صور المعاوضة، وهو إنشاء البيع باللفظ الفاقد لشرائط الصيغة مادّة أو هيئة، بدون إعطاء العوضين ولا أحدهما ولا إيصاله.

و حكم هذه الصورة الصحّة بناء على إفادة الملك المقصود للمتعاطيين، والبطلان بناء على الإباحة كما سياتي.

(4) كأن يقول في إنشاء البيع: «عوّضت» بدل «بعت» أو قال أحدهما: «هذا لك» وقال الآخر: «هذا لك بدل ما أعطيتني».

(5) الأولى تبدّله ب «خلوّ المبادلة» لفرض عدم تحقق الإعطاء والإيصال في هذه الصورة أصلا، وإنّما يراد إلحاقها بالمعاوضة حكما. نعم لا بأس بهذا التعبير بناء على أن يراد بالمعاوضة ما يقابل البيع القولي الجامع لشروط الصيغة، إذ ليست هذه

---

(1): مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 139

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 159



من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان (1) على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال. و لا يبعد (2) صحته مع صدق البيع عليه (3) بناء على الملك. و أمّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم (4) هنا أكد (5) [1].

---

الصورة الرابعة يباع بالصيغة فتندرج في المعاطاة التي هي بيع فعلي.

(1) بأن يقصد إنشاء البيع بالألفاظ غير المعتبرة في إنشاء البيع.

(2) هذا إشارة إلى حكم الصورة الرابعة، وهو التفصيل بين ترتب الملك و الإباحة، فتصحّ على الأوّل، لكونها بيعاً عرفياً، و تبطل على الثاني، لكون المتيقن من دليل الاعتبار- وهو مثل السيرة- تحقق الإعطاء من الجانبين.

(3) و إن لم يصدق عليه المعاطاة، لما مرّ من عدم دوران الحكم بالصحة مدار خصوص الإعطاء و الإيصال، بل يكفي قصد الملك و صدق «البيع» على الإنشاء.

(4) بقوله في الصورة الثانية: «فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة».

(5) وجه الأكديّة: أنّ الإباحة لمّا كانت لأجل السيرة و الإجماع- و هما لبّيان- اختصّ بصورة التعاطي من الطرفين، فلو تعدّينا عن التعاطي إلى الإعطاء الواحد لم يتجه التعدّي إلى المقام ممّا لا فعل فيه أصلاً، و إنّما هو إنشاء قوليّ ملحون، و لا يصدق عليه المعاطاة موضوعاً.

---

[1] عبارة المصنف قدّس سرّه في هذا التنبيه قد تضمّنت صوراً أربعا:

الأولى: تحقق الإعطاء من الطرفين، و هي المنسبقة إلى الأذهان.

الثانية: تحقق الإعطاء من طرف واحد فقط.

الثالثة: عدم الإعطاء لا من الطرفين و لا من طرف واحد، بل مجرد إيصال و وصول كالأمثلة المذكورة في المتن من شرب الماء، و الدخول في الحمّام، و أخذ الخضروات و وضع العوض في الموضع المعدّ له من كوز أو صندوق أو غيرهما.

---

الرابعة: مجرّد الكلام الدال على المقابلة من غير إيصال و وصول.

أمّا الصورة الأولى فلا ينبغي الإشكال فيها، لكونها هي المتيقنة من المعاطاة، فيشملها ما يدلّ على صحتها. و دعوى «عدم تعقّل توقّف المعاطاة المقصود بها المبادلة على الإعطاء من الطرفين، بل لا محيص عن تحقيقها بالإعطاء و الأخذ لطرف واحد، نظرا إلى: أنّ الأخذ إن قصد بأخذه للعين قبول ما ملكه المعطي فقد تّمّت به المعاملة، لاشتمالها على تملك و تملك، فيكون إعطاء الآخر بعد ذلك وفاء بالعقد، لا إنشاء للقبول. و إن لم يقصد بأخذه القبول فلا يجزي إعطاؤه، لأنّه تملك مستقلّ، فيتحقّق إيجابان مستقلّان بإعطائين. و لا ريب في عدم انعقاد المعاملة حينئذ، لكون كل منهما إيجابا مستقلّا بلا قبول» (1).

غير مسموعة، لأنّ البيع ليس إلّا تملكا بإزاء تملك كما في الإعطائين، فإنّ كلّ منهما تملك بإزاء تملك. و هذا المقدار من الربط كاف في الربط المعاملي، و لا دليل على اعتبار خصوص الربط المطاوعي، فلا يكون الإعطائان في المقام تملكين مستقلّين. و لو كان خصوص الربط المطاوعي معتبرا في تحقق البيع لما صحّ إنشاء وكيل المتعاملين تبادل المالين بقوله: «بادلت بينهما» مع صحته قطعاً، فلا ينحصر إيجاد ماهية البيع بالإيجاب و القبول.

فالمتحصل: أنّ البيع يتحقّق بإعطائين كما يتحقّق بإعطاء واحد، هذا.

و أمّا الصورة الثانية فقد ظهر مما ذكرنا في الصورة الأولى صحتها، و أنّها بيع مشتمل على الإيجاب و القبول، لكون الإعطاء إيجابا و الأخذ قبولا، فيشمله دليل البيع سواء أ كان لفظيا أم لبيّنا، لصدق البيع العرفي عليه.

لكن قد يناقش في تحقق المعاطاة بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر، تارة بما

---

(1): حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج 1، ص 83

---

في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدس سره، وأخرى بما في حاشية المحقق الإيرواني قدس سره.

أمّا الأول فقد مهّد لإثبات دعواه مقدّمة، محصّـة لها: أنّ العقود المعاوضية التي يمكن إنشاؤها بالمعاطاة هي البيع والإجارة والقرض والهبة، وأما غيرها كالصلح فلا يقع بالمعاطاة، وذلك لأنّه يعتبر كون الفعل آلة لذلك العنوان المعاملي حتى يتحقق في وعاء الاعتبار، فلا معنى لإيجاد كل عنوان بكل فعل وإن لم يكن آلة له، ولذا لا يقع الصلح بالتسليط الخارجي على المال، لكونه مصداقاً للتمليك لا للتسالم الذي هو حقيقة الصلح.

وعلى هذا فلما كانت حقيقة البيع تبديل طرفي الإضافة توقّف حصولها بالمعاطاة على التعاطي من الجانبين، حتى يفكّ كل منهما ربطه الملكي بماله ويشدّه بمال الآخر، فيتبدّل طرفا الإضافة. ولا يتحقق عقد البيع لو كان الإعطاء من طرف واحد، فإنّ البائع مثلاً وإن حلّ علقتة بماله وشدّها بالمشتري، إلّا أنّه لم يقدّم مقامه شيء من المشتري، إذ لم يصدر منه إلّا الأخذ، وأمّا حلّ ربطه بماله نفسه فلم يتحقق منه ما يوجبّه لا قولاً ولا فعلاً.

و حينئذٍ فإنّما أن يكون إعطاء أحدهما وأخذ الآخر مصداقاً للهبة، وإمّا أن يكون باطلاً لا بيعاً ولا غيره، إذ البيع تبديل الطرفين والنقل من طرف واحد ليس بيعاً.

مضافاً إلى: لزوم بقاء نفس إضافة البائع على حالها مع عدم وجود طرف لها، لعدم انتقال مال المشتري إليه بعد، و من المعلوم امتناع بقاء الإضافة بدون طرفها، لتضاييف المالكية والمملوكية. هذا ما يستفاد من تقرير درسه الشريف (1).

و أما الثاني فقد قال: «و أمّا اعتبار العطاء من جانب واحد فهو أيضاً باطل،

---

(1): المكاسب و البيع، ج 1، ص 197-198

---

فإنّ دليل صحة المعاطاة إن كانت هي الأدلة اللفظية المتقدمة فإطلاقها كما ينفي اعتبار اللفظ في الإنشاء كذلك ينفي اعتبار الفعل، فكلّ ما حصل به إنشاء المعاملة صحّ بمقتضى تلك الأدلة. وإن كانت هي السيرة و الإجماع فكلّ أحد يعلم أنّ السيرة لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصة، بل كلّ ما حصل به إنشاء المعاملة من قول أو فعل أو إشارة كفى في ترتيب أثر المعاملة عند العقلاء و أهل العرف» (1).

لكن يمكن أن يقال: أمّا ما أفاده الميرزا قدّس سرّه فإنّ قابلية الفعل لإبراز العنوان القصدي أو إيجاده أو آليته له و إن كانت مسلّمة، فكما لا تصلح صيغة النكاح لإنشاء البيع مثلا، فكذا الحال في الإنشاء بالفعل. إنّما الكلام في التطبيق، إذ المرجع في صدق البيع على المعاطاة هو العرف، و لا يعتبر عندهم أزيد من قصد العنوان و التوصل إليه بلفظ أو فعل، فكما تقع المعاملة عندهم باللامسة و المنابذة، فكذا يصح إنشاؤها بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر.

هذا مضافا إلى: النقض بموارد التزم الميرزا قدّس سرّه بجريان المعاطاة فيها بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر كالقرض و بيع النسيئة و السّلم، فالقرض مثلا تمليك عين بضمان البدل، فلا بد أن يكون أخذ المقرض تملّكا للعين و تمليكا للمثل أو القيمة، إذ لو لا هذا التمليك و ضمانه بالبدل لكان تصرفه عدوانيا. و لا وجه لتصحيح القرض المعاطاتي إلّا الالتزام بأنّ أخذ المقرض آلة عرفا لتملكه للمال و لتمليكه للمثل أو القيمة أي ضمانه لأحدهما.

و كذا الحال في بيع السّلم، إذ لم يصدر منهما إعطاء، بل إقباض الثمن خاصة.

فتحصّل: أن بيان الميرزا قدّس سرّه غير ظاهر نقضا و حلا.

و أمّا ما أفاده المحقق الإيرواني قدّس سرّه فلا يخلو من غموض أيضا، إذ المقصود البحث عن حال الإعطاء الواحد من حيث كونه سببا لإنشاء البيع عرفا و عدمه، لا من

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 83

---

حيث اعتبار الإعطاء الواحد شرعا في إنشاء البيع حتى ينفى اعتباره بإطلاق الأدلة.

ولا ريب في أن الإعطاء الواحد سبب عرفي لإنشاء البيع، فتشمله أدلة البيع، وإلا لانسد باب البيع نسيئة والسلم، فهما من أقوى شواهد صحة إنشاء البيع بإعطاء واحد، فدلّل صحة البيع - سواء أكان لفظيا أم ليا - يشمل البيع المنشأ بإعطاء واحد.

ولا فرق فيما ذكرناه من صحة إنشاء البيع بالإعطائين والإعطاء الواحد بين إفادة المعاوضة الملك كما هو مقصود المتعاملين، وبين إفادتها الإباحة تعبدا كما عن مشهور القدماء، لأن السيرة جارئة على كل منهما، ضرورة أن المعاملات التجارية بين العرف تارة تكون بإعطائين، و أخرى بإعطاء واحد.

وأما مع قصد المالكين للإباحة فالأمر أوضح، لأن الإباحة حينئذ مالكية، فتشمله قاعدة سلطنة المالكين على أموالهم، كما استدل بها صاحب الجواهر قدس سره، فلا فرق في حصول الإباحة المالكية بين صدور إعطائين وإعطاء واحد، وبين عدم صدور فعل منهما أصلا، لكفاية مجرد الإذن في التصرف سواء حصل بقول، أم فعل، أم إشارة، أم غيرها.

وأما الصورة الثالثة - وهي عدم حصول إعطاء لا من كليهما ولا من أحدهما بل مجرد إيصال و وصول - فملخص الكلام فيها: أن المحقق الإيرواني قدس سره منع عن كون الأمثلة المزبورة من المعاوضة المجردة عن الفعل، بل جعلها من المعاوضة المتحققة بالتعاطي من الجانبين، حيث قال ما لفظه: «التعاطي من الجانبين في الأمثلة التي ذكرها موجود، فوضع الماء في موضع معد لأن يؤخذ إعطاء من السقاء للماء، وهكذا فتح باب الحمام للداخلين، ووضع الفلس من شارب الماء والداخل في الحمام في موضع أعد لذلك أخذ منه للفلس، فكل منهما قد أعطى، وكل قد أخذ ما أعطاه الآخر. وإنما تتحقق المعاملة بلا إعطاء من شيء من الجانبين فيما إذا كان المالكان عند كل منهما بسبق أمانة

---

أو غصب أو إطارة ربح، فقصد المعاوضة بلا فعل من كلّ منهما» (1).

و أنت خير بما فيه، لأنّ المراد بالعطاء هو ما يتحقق به البيع ويكون سببا لإنشائه، و من المعلوم أنّ وضع الماء في مكان معدّ للاستسقاء منه، وفتح باب الحمام ليسا كذلك، إذ لو كانا سببين للإنشاء لزم منه إشكالان:

أحدهما: الفصل بين الإيجاب و القبول غالبا.

ثانيهما: الجهل بالمبيع، لتفاوت الشاريين و داخلي الحمام في مقدار الماء الذي يستعملونه للارتواء و التنظيف أو الغسل، إلّا إذا عيّن مالك الماء و الحمام كيلا معيّن للماء الذي يشربه الشارب، كما يضع السقاء أحيانا بدل القرية أو اني مملوءة من الماء في محلّ لشرب الشاريين منها، أو يستعمله من يدخل الحمام.

ولكنه خلاف المتعارف ظاهرا، فإنّ بناءهم على ارتواء الظامي بمبلغ معيّن، و من المعلوم اختلاف المقدار الذي يروي الظامي باختلاف مراتب عطشه، فدعوى كون الأمثلة المتقدمة من المعاوضة المتحققة بالتعاطي من الطرفين غير ثابتة.

و الحق أن يقال: إنّ مثالي الشارب و الوارد في الحمام خارجان عن البيع المعاطاتي رأسا، و داخلان في الإباحة بالعوض، و الدليل على ذلك السيرة القطعية الجارية على ذلك في الأشياء الحقيقية.

أو داخلان في معاوضة خاصة تملكية. و دليلها قوله تعالى «إلّا أنّ تكون تجارة عن تراضٍ أو كونها من قبيل: أعتق عبدك عني، فيكون الشارب و الوارد في الحمام وكيلين عن السقاء و مالك الحمام في إنشاء الإيجاب» كما احتمله سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه (2).

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 83

(2) نهج الفقاهة، ص 60 و 61

لكنه لا يخلو من غموض، لعدم خطور ذلك في ذهن الحماامي غالباً حتى يمكن أن يقال بتحقيق التوكيل، و المفروض أنّ الوكالة من العقود المتقومة بالقصد. و ليس هنا كلام يتوقّف صحته على التقدير حتى يقال: إنّ دلالة الاقتضاء تقتضي تقديراً ليصح الكلام معه، ويكون ذلك كاشفاً عن الثبوت و هو قصد التوكيل، إذ لم يصدر هنا إلاّ فعل كفتح باب الحمام، و صحته لا تتوقّف على فرض قصد التوكيل حتى يكون من قبيل «أعتق عبدك عني» و ذلك لما عرفت من إمكان كونهما من الإباحة بالعوض.

كما أنّ توهم «كون مثال الحمام من قبيل الإجارة المعاطية، بدعوى: كون العين المستأجرة نفس الحمام كلاً أو بعضاً، و عدّ المياه المستعملة فيه منفعة له حتى لا- يرد عليه: أنّ المياه عين، و هي تتلف بالانتفاع بها، و هذا خلاف مقتضى الإجارة من اعتبار بقاء العين المستأجرة لينتفع بها» مندفع بجهالة المدة، مع أنّ تعيينها من أركان الإجارة.

كما أنّ احتمال كونها مصالحة معاطية أو هبة كذلك بشرط العوض ممّا لا مثبت له بعد كون كل منهما عنواناً قصدياً يحتاج ترتيب أحكام كل منهما إلى إحراز عنوانهما.

فالأولى أن يقال: إنّ الأمثلة المذكورة كلّها من قبيل الإباحة بالعوض، فإنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الأعيان المزبورة من الماء و الخضروات على ملك مالكيها. و فتح باب الحمام أو دكان بائع الخضروات، و كذا وضع السقاء قربة الماء أو أوانيّه مملوءة من الماء في مكان معدّ لشرب الناس منها إذن و إباحة في التصرف في الماء و الخضروات، فبقاؤهما على ملك مالكيهما محرز تعبداً، و الإذن محرز وجدانا. و ليس هذا إلاّ إباحة التصرف الثابتة بقاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

و مع هذا الاحتمال الذي يساعده الصناعة لا موجب لجعل الأمثلة المذكورة من قبيل قوله: «أعتق عبدك عني» إذ لا دليل على كونها من قبيل ذلك، فإنّ الالتزام بالوكالة

هناك إنّما هو لتوقف صحة الكلام على ذلك، فهذه قرينة على كون مراد المتكلم توكيل المخاطب في شراء العبد عن نفسه، ثم إعتاقه عنه. و هذا بخلاف الأمثلة المتقدمة، فإنّه لا موجب للالتزام المزبور أصلا، بل قضية الاستصحاب كما عرفت هو بقاء الماء و الخضروات على ملك مالكيهما، وفتح باب الحمام و نحوه مصداق فعلي للإباحة، فتأمل في أطراف ما ذكرناه جيّدا، و الله تعالى هو العالم بالصواب.

و أمّا الصورة الرابعة- و هي مجرد الكلام الدال على المقابلة- فحاصل البحث فيها: أنّ مراد المصنف قدّس سرّه إن كان إنشاء المعاملة بالألفاظ غير الجامعة للشرائط بأن يكون مقصوده قدّس سرّه بالمقابلة القول غير الجامع للشروط- بقرينة قوله: «ثم إنّ لو قلنا بأنّ اللفظ غير المعبر في العقد .. إلخ» إذ مقصوده إنشاء البيع باللفظ الفاقد للشرائط، فالمراد بالمقابلة الإنشاء بالألفاظ التي يتكلمان بها مع فقدها للشرائط- فلا يرد عليه ما في جملة من الحواشي من مغايرة المقابلة مفهومها للبيع، فلاحظ.

و بالجملة: فوقوع البيع حينئذ مبني على عدم اعتبار سبب خاص في إنشائه، هذا.

و إن كان مجرد المقابلة و المساومة فلا ينبغي الارتباب في عدم وقوع البيع بها، لأنّ المقابلة بهذا المعنى مباحة للبيع.

و الظاهر أنّ مراده هو الأوّل، إذ لا يتوهم أحد أن تكون المقابلة بيعا، هذا.

ثم إنّ بناء على وقوع البيع بهذه المقابلة لا تندرج في المعاطاة المصطلحة، لعدم إنشائه بفعل حتى يندرج فيها، بل هو بيع عرفي أنشئ بالألفاظ غير جامعة للشرائط، فيشمله ما دلّ على صحة البيع إن لم يثبت اعتبار لفظ خاص فيه، و إلا فهو بيع باطل، و لا يفيد الإباحة أيضا، لخروجه عن مورد السيرة و الإجماع، حيث إنّ موردهما وقوع فعل أو فعلين من المتعاملين. كما لا يشمل قاعدة السلطنة الموجبة للإباحة المالكية، و ذلك لعدم قصدهما للإباحة.



الثالث (1): تمييز البائع من المشتري في المعاطاة

التنبيه الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة

(1) الغرض من عقد هذا التنبيه هو تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية، و محصل ما أفاده هو: أنه تارة يكون أحد العوضين من النقدين كالدينارين و الدراهم، و أخرى يكون العوضان من غير الأثمان بأن كانا من العروض كالحنطة و السكر مثلاً.

ففي الصورة الأولى يكون المشتري باذل النقدين، إلا مع التصريح بكونه البائع كأن يقول: «بعتك هذه الليرة مثلاً بوزنة من الحنطة» فحينئذ يكون باذل الليرة بائعاً.

و في الصورة الثانية يتصور وجوه:

أحدها: أن يقوم أحد المالكين بنقد دون الآخر، فالمشتري دافع المقوم.

ثانيها: أن يقوم كلاهما، كأن يقوم الحنطة بدرهم، و السكر أيضاً بدرهم.

ثالثها: أن لا يقوم شيء منهما بالنقدين، بأن يقع التبادل بين العروض أصالة كالحنطة و اللحم من دون تقدير شيء منهما بالدرهم و الدينار، بل يقع المبادلة بين وقية من الحنطة و بين ربع وقية من اللحم مثلاً.

و في هذين الوجهين احتمالات أربعة:

الأول: كونه بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كل منهما، فكل من المتعاملين بائع، لأنه بدّل ماله بمال، و هو تعريف البيع - كما تقدّم في محلّه - و مشتري، لأنه ترك شيئاً و أخذ بغيره.

الثاني: كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً، لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبة إلى الآخذ، لكونه قابلاً عرفاً.

الفعلية (1) مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمنًا كالدرهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف (2).

وأما مع كون العوضين من غيرها (3) فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثلث في العوضيّة، فإذا أعطى (4) الحنطة في مقابل اللحم قاصدا أنّ هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم، فيصدق (5) عرفاً أنّه اشترى اللحم بالحنطة. وإذا انعكس انعكس الصّدق (6)، فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم و الدينار هو

---

الثالث: كونه مصالحة معاطية، لصدق المصالحة التي هي التسالم عليه.

الرابع: كونه معاملة مستقلة يجب الوفاء به بمقتضى الأمر بالوفاء بكلّ عقد عرفي.

(1) لعلّ التقييد بالفعلية لإخراج الصورة الرابعة مما تقدّم في التنبيه الثاني، فإنّ المقابلة و الإنشاء باللفظ الفاقد لبعض شرائط الصيغة يميّزان البائع عن المشتري، بخلاف المعاطة الفعلية، فإنّه لا بدّ من تمييز أحدهما عن الآخر بالصور المذكورة في المتن.

وبعبارة أخرى: محط البحث في هذا التنبيه هو المعاملة الفعلية الفارقة للإنشاء اللفظي، فلو أنشئت باللفظ الملحون كان البادي هو البائع، و الآخر هو المشتري.

(2) كأن يقول: «بعتك هذا الدينار - مثلاً - بحقّة من اللحم» فإنّ البائع حينئذ هو صاحب الدينار.

(3) أي: من غير الدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة، أو كونهما منها كالمعاطة في بيع الصرف.

(4) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الصورة الثانية التي يكون كلا العوضين فيها عروضاً، كمبادلة اللحم بالحنطة، فيتميّز البائع عن المشتري بأنّ دافع اللحم هو البائع، و باذل الحنطة هو المشتري، لكونهما قاصدين إعطاء درهم - أو ما يساويه في المالية - بعنوان ثمن اللحم، و عليه يترتب أحكام البائع على باذل اللحم.

(5) جواب قوله: «فإذا أعطى» و هذا بيان حكم هذه الصورة.

(6) بأن كان مقصودهما بدلية اللحم عن الدرهم، فالمعوض هو الحنطة، و باذلها

الثمن، وصاحبه (1) هو المشتري.

و لو لم يلاحظ (2) إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون تية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضية، أو لوحظت (3) القيمة في كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا من غير سبق (4) مقابلة تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا، ففي كونه (5) يبيعا و شراء بالنسبة إلى كل منهما بناء (6) على أن البيع لغة

---

هو البائع، و الثمن هو اللحم، و صاحبه هو المشتري.

(1) أي: صاحب المدفوع- بنية البدلية عن الدرهم- هو المشتري.

(2) معطوف على قوله: «فالثمن ما قصدا قيامه» و هذا يتضمن الوجه الثاني و الثالث من الصورة الثانية، لأن قصد بدلية أحدهما عن الآخر يكون تارة مع عدم النظر إلى كون الثمن الواقعي درهما حتى يقوم السكر بالدرهم الذي هو الثمن حقيقة.

و أخرى مع تقدير كلا العروضين بالأثمان و الدراهم، فالعوضان و إن كانا من العروض، إلا أن حثية التقويم بالدرهم ملحوظة فيهما. و قد عرفت تطرق احتمالات ثلاثة في تمييز البائع عن المشتري فيهما.

(3) معطوف على «من دون نية» فكأنه قيل: «و لو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر و لوحظت القيمة في كليهما ..» و هذا بيان الوجه الثالث مما تقدم في الصورة الثانية.

(4) التقييد بعدم سبق مقابلة واضح، إذ مع سبق المقابلة على التعاطي يكون سبقها قرينة على أن أحدهما بالخصوص بائع، و الآخر مشتري، فلا يبقى شك حتى تتطرق فيه الاحتمالات الآتية.

(5) جزاء لقوله: «و لو لم يلاحظ» و هو خبر مقدم لقوله: «وجوه» أي: ففي كون التعاطي يبيعا و شراء .. إلخ، و هذا شروع في بيان محتملات المسألة، و الاحتمال الأول هو صدق «البائع و المشتري» على كل من المتعاطيين.

(6) حاصله: أن هذا الاحتمال الأول مبني على أمرين:

أحدهما: كون البيع مبادلة مال بمال، كما تقدم في تعريف المصباح.

كما عرفت (1) «مبادلة مال بمال» [1]، و الاشتراء (2) «ترك شي ء و الأخذ بغيره»

ثانيهما: كون الشراء بمعنى ترك شي ء و أخذ غيره كما في القاموس «(1)».

و على هذا يصدق تعريف البيع و الشراء على كليهما، أمّا صدق البيع فلاّن كلّ من باذل الحنطة و اللّحم بادل ماله بمال آخر.

و أمّا صدق الشراء فلاّن كلّ منهما ترك شيئا و أخذ غيره.

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه موافق لكلام الراغب، حيث قال: «إذا كانت المبيعة بين سلعة بسلعة صحّ أن يتصور كل واحد منهما مشتريا و بائعا» (2).

هذا بناء على تسليم ما ذكر في معنى البيع و الشراء، فلو كان المفهوم منهما أو من أحدهما أمرا آخر لم يصدق «البائع و المشتري» على كل واحد من المتعاطيين، كما إذا عرّف البيع «بإعطاء المثل و أخذ الثمن» (3)، أو اعتبر في الشراء المطاوعة و قبول إنشاء البائع كما هو كذلك في الجملة بنظر المصنف، و أنّ التمليك فيه ضمنى لا أصلي.

و عليه فمجرّد المبادلة بين المالين و أخذ شي ء و ترك آخر غير كاف في صدق عنوان البائع و المشتري على كل منهما.

(1) يعني: في أول كتاب البيع، حيث قال: «و هو في الأصل - كما عن المصباح - مبادلة مال بمال».

(2) بالنصب معطوف على «البيع» يعني: و بناء على أنّ الاشتراء هو مطلق «ترك شي ء و أخذ غيره» من دون اعتبار المطاوعة فيه، و لا اعتبار كون تملكه أصليا

[1] لكن مع هذا البناء يصدق البائع و المشتري على كلّ واحد من الطرفين في جميع المقامات، و لا يختص بهذه الصورة.

(1): القاموس المحيط، ج 4، ص 348

(2) مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص 260

(3) المصدر، ص 67

ص: 67

كما عن بعض (1) أهل اللغة، فيصدق (2) على صاحب اللحم: أنه باعه بحنطة، وأنه اشترى الحنطة، فحنث (3) لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة [1].

نعم (4) لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري،

وتمليكه تبعياً.

(1) كالفيروزآبادي، حيث قال: «وكلّ من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه. ومنه: اشتروا الضلالة بالهدى» (1).

(2) هذه نتيجة صدق «البائع والمشتري» على كلّ واحد من المتعاطين.

(3) غرضه بيان ثمرة مترتبة على الاحتمال الأول وهو صدق البائع والمشتري على الطرفين، وبيانها: أنه إذا حلف المكلّف على ترك بيع اللحم وترك شراء الحنطة، فباعه بها، فقد خالف الحلف وحصل الحنث، ووجب عليه كفارتان، إحداهما لبيع اللحم، والأخرى لشراء الحنطة. وهذا شاهد على إمكان صدق عنوانين متقابلين - وهما البائع والمشتري - على كلّ منهما، إذ لو امتنع الانطباق لم يكن وجه لإيجاب كفارتين عليه.

(4) هذا استدراك على قوله: «فيصدق...» يعني: أنه بناء على هذا الاحتمال الأول وإن صدق البائع والمشتري على كلّ منهما، لكنّ الأحكام المختصة بالبائع والمشتري لا تثبت في هذين المتعاطين. والوجه في عدم ثبوتها أنّ الأدلة المتكفلة

[1] حنث الحلف تابع لكيفية يمينه، فلو كان متعلّقاً بترك بيع اللحم وشراء الحنطة مطلقاً ولو في معاملة واحدة أتجه ما في المتن من حصول الحنث ببيع اللحم بشراء الحنطة. ولو كان حلفه منزّلاً على الغالب ومنصرفاً عن هذه الصورة كما ادّعاه في أدلة الأحكام لم تبعد دعوى عدم حصول الحنث فيمن صدق عليه العنوانان في معاملة واحدة.

(1): القاموس المحيط، ج 4، ص 348

ص: 68

لانصرافهما (1) في أدلة تلك الأحكام إلى من اختص بصفة البيع (2) أو الشراء (3)، فلا تعم (4) من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما [1] باعتبارين.

أو (5) كونه يباع بالنسبة إلى من يعطي أولاً،

---

لتلك الأحكام ناظرة إلى ترتب أحكام البائع على من يكون بائعاً في معاملة ولا يكون مشترياً فيها، وكذا ترتب أحكام المشتري على من يكون مشترياً في معاملة ولا يكون بائعاً فيها، فهذه الأدلة منصرفة عمّن صدق عليه «البائع والمشتري» في معاملة واحدة.

(1) أي: لانصراف البائع والمشتري في أدلة تلك الأحكام إلى خصوص من اختص بكونه بائعاً، وإلى خصوص من اختص بكونه مشترياً.

(2) كقولهم: «تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع» (1).

(3) كقوله عليه السلام: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام..» (2).

(4) يعني: فلا تعم ولا تشمل أدلة تلك الأحكام من صدق عليه البائع والمشتري في معاملة واحدة.

(5) معطوف على قوله: «كونه يباع وشراء» وهذا إشارة إلى الاحتمال الثاني الجاري في الصورتين الأخيرتين، ومحصله: تمييز البائع عن المشتري بالتقدم والتأخر،

---

[1] بناء على عدم مغايرة مفهومي البيع والشراء على نحو التباين، بأن يكون لكل منهما معنى عام يصدق على كل من البائع والمشتري. لكنه غير ثابت، فإن معنى البيع مبين لمعنى الشراء، فلا يصدق أحدهما على الآخر في المقام وإن كانا من الأضداد، إذ المقصود مقابلة العنوانين، لاختصاص كل منهما بحكم، هذا.

---

(1): وسائل الشريعة، ج 12، ص 358، الباب 10 من أبواب الخيار، وهو مضمون غير واحد من النصوص.

(2) وسائل الشريعة، ج 12، ص 349، الباب 3 من أبواب الخيار، الحديث: 2

ص: 69

لصدق الموجب عليه (1)، و شراء (2) بالنسبة إلى الآخذ، لكونه قابلاً عرفاً.

أو كونها (3) معاطاة مصالحة [1]، لأنها بمعنى التسالم على شيء (4) [2]

---

فالبائع هو من سبق الآخر بإعطاء سلعته كاللحم في المثال» و المشتري هو الآخذ للحم و الدافع للحنطة.

(1) أي: على من يعطي أولاً. وجه صدقه عليه هو: كون الإنشاء الأول إيجاباً للمعاملة، و الإنشاء الثاني قبولاً لها عرفاً، فالمدار في تشخيص الموجب على البادي بالإنشاء.

(2) معطوف على «بيعا» و ضمير «لكونه» راجع إلى الآخذ.

(3) معطوف على «كونه بيعا و شراء» و تأنيث الضمير لرعاية الخبر.

و هذا إشارة إلى الاحتمال الثالث، و هو عدم كون هذا التعاطي بيعاً أصلاً، و إنما هو صلح معاطاتي. لأنهما تسالما على مبادلة سلعة بسلعة أخرى، كمبادلة اللحم بالحنطة.

(4) يعني: و المفروض أنهما تسالما على المبادلة المزبورة، فتكون هذه المعاطاة مصالحة معاطاتية.

---

[1] لا يناسب ذكر هذا الاحتمال، لأنه في مقام تمييز البائع عن المشتري، و يكون ذلك أجنياً عن كون المعاملة مصالحة. و كذا الحال في احتمال كونها معاوضة مستقلة.

[2] بحيث يكون نفس التسالم منشأً. و أما إذا كان الإنشاء متعلقاً بموضوع التسالم كالتبادل بين المالكين، أو تملك أحدهما مجاناً فلا مجال لكونه صلحاً، و إلا كان جميع العقود صلحاً.

فالفارق بين الصلح و غيره من العقود هو: أن الإنشاء إن تعلق بالتسالم على أمر كان صلحاً، و إن تعلق بموضوع التسالم كالمبادلة بين المالكين أو تملك أحدهما مجاناً، أو رهن مال، أو تملك منفعة بمال لم يكن صلحاً. فاحتمال كون المعاملة في المقام

ولذا (1) حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك و لي ما عندي» على الصلح (2) [1].

---

(1) يعني: و لأجل كون التسالم على تبادل ماله بمال صاحبه صلحا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك و لي ما عندي» على الصلح، وهي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما» (1).

و تقريب الدلالة: أن كل واحد من الشريكين جاهل بقدر الطعام الموجود عند الآخر، فأرادا فسخ الشركة- في هذه الحال- بالصلح، بأن يكون لكل منهما ما عنده من الطعام بلا مطالبة الآخر أصلا، فأجاب عليه السلام بأن قول أحدهما للآخر «لك ما عندك و لي ما عندي» إن كان مع رضاهما صح ذلك، و إلا فلا.

و المقام من هذا القبيل، فإن مالك اللحم يقول لصاحب الحنطة: «أعطيك اللحم و آخذ الحنطة» فيقبل، فهذا إنشاء التسالم على مبادلة إحدى السلعتين بالأخرى.

(2) متعلق ب «حملوا».

---

صلحا معاطاتيا ضعيف غايته، ضرورة أنه لم ينشأ فيه إلا نفس المبادلة، دون التسالم عليها كما لا يخفى.

[1] لكنه حمل بلا شاهد، بل لعل حملها على الهبة المعوضة أولى. و بعد التسليم نقول: بمغايرة مورد الرواية لما نحن فيه، إذ فيها قرينة على إرادة الصلح، لكون كل واحد من المالكين مجهول المقدار، لقول السائل: «و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه» فإن الجهل بالمقدار ربما يكون قرينة على إرادة الصلح. بخلاف المقام، فلا قرينة فيه على إرادة الصلح منه.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 165، الباب 5 من أبواب أحكام الصلح، الحديث: 1

ص: 71



أو (1) كونها معاوضة مستقلة لا تدخل تحت العناوين المتعارفة؟ وجوه (2)، لا يخلو ثانيها عن قوة، لصدق (3) تعريف «البائع» لغة و عرفا على الدافع أولا دون الآخر، وصدق (4) المشتري على الآخذ أولا دون الآخر، فتدبر (5) [1].

(1) معطوف على «كونه بيعا و شراء» و تأنيث الضمير باعتبار الخبر. و هذا هو الاحتمال الرابع في الصورتين الأخيرتين، و محصّ له: كون هذا التعاطي معاملة مستقلة غير مندرجة في العقود المتعارفة المعهودة، لعدم انطباق مفهوم البيع و الشراء و الصلح عليها، فلا مناص من كونه عقدا مستقلا يجب الوفاء به بمقتضى الآية الكريمة.

هذه احتمالات هذا التعاطي في مقام الثبوت، و سيأتي استظهار الاحتمال الثاني.

(2) مبتدأ مؤخر، و خبره قوله: «ففي كونه».

(3) هذا وجه ترجيح الاحتمال الثاني و استظهاره في مقام الإثبات، و محصّ له: أنّ تعريف البائع ب «من يعطي المثلن و يأخذ الثمن» صادق على البادي بدفع سلعته إلى الآخر، و تعريف المشتري ب «من يأخذ الشيء أولا و يترك الآخر» صادق على المشتري، لأنّه يتسلم السلعة ثم يدفع بدلها.

(4) بالجبر معطوف على «صدق» في قوله: «لصدق البائع».

(5) لعلّه إشارة إلى: أنّه مبني على تسليم منع تقديم القبول على الإيجاب، و أنّ المتقدم هو الإيجاب لا محالة، لكنّه أخصّ من المدعى، لاختصاصه بما إذا تقدّم أحد الإعطائين على الآخر. و أمّا إذا تقارنا فلا يتميّز البائع فيه عن المشتري بذلك، لفرض الاقتران.

أو إشارة إلى: عدم صحته في نفسه، و عدم كون مجرد التقدم موجبا لصيرورة المتقدم موجبا و المتأخر قابلا، لعدم ندرة تقدم إعطاء الثمن على إعطاء المثلن.

[1] اعلم أنّ عبارات المصنف قدّس سرّه في هذا التنبيه مضطربة، لظهور بعضها في كون الاختلاف و الشبهة في الموضوع و الإثبات، لا المفهوم و الثبوت، كقوله في أول التنبيه:

«مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدنانير .. إلخ» فإنّ التعارف يلائم كون الشبهة في

المصدق، وأنه المرجع في مقام الإثبات و هو المناسب لمقام المرافعة.

و ظهور بعضها الآخر في كون الشبهة مفهومية، وأن الاختلاف في مقام الثبوت، كقوله: «فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن» و كقوله: «فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم و الدينار هو الثمن .. إلخ» و كقوله: «و لو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر ..

إلخ» لأنه تعريف لمفهوم الشراء، من دون نصب طريق لمعرفته في مقام الإثبات الذي هو مقصود المصنف قدس سره من عقد هذا التنبيه، حيث قال: «الثالث تمييز البائع من المشتري .. إلخ».

كما أن الاحتمالات التي ذكرها بعد ذلك كلها راجعة إلى الشبهة المفهومية لا المصادقية التي هي محل الكلام.

إلا أن يقال: إن غرض المصنف قدس سره في هذا التنبيه ليس مجرد بيان الشبهة المصادقية التي يكون الاشتباه فيها من جهة الأمور الخارجية، لأن ذلك راجع إلى باب المرافعات، و لا ربط لها بالمقام الذي يكون الغرض منه معرفة البائع و المشتري لترتيب أحكامهما عليهما. بل غرضه بيان مقدار المفهوم سعة و ضيقا، و هذا هو الذي سماه المصنف في طهارته بالشك في الصدق. و هذا أيضا من الشبهة المفهومية، و الاحتمالات التي ذكرها كلها راجعة إلى الشبهة المفهومية.

فالإنصاف أن عبارة المصنف قدس سره في بيان كون الشبهة مفهومية أو مصادقية مضطربة.

و ما ذكرناه من أن غرضه رحمه الله بيان كون الشبهة مفهومية غير ظاهر أيضا بعد الإحالة إلى التعارف الذي هو طريق إلى معرفة المصدق.

و كيف كان فالحق أن يقال: إن البيع المسببي - الذي هو مقابل غيره من العقود كالصلح و الإجارة و نحوهما - عبارة عن المبادلة بين المالين من غير تقومها بالإيجاب و القبول، لعدم تعقل تقوم المسبب بسببه، أو الأمر الاعتباري بموضوع اعتباره،

لاستلزامه تقدم الشيء على نفسه، فحقيقة البيع المسببي ليست إلا مبادلة مال بمال، ولا يعقل تقييدها بسبب خاص.

وعلى هذا فالمبادلة لا- تتوقف على سبب خاص من إيجاب وقبول، بل كما تحصل بهما كذلك تتحقق بقول أحدهما: «ملكك هذا الكتاب بدرهم» و الآخر:

«ملكك درهما بكتابك هذا». بل تتحقق بإيجاب بدون قبول، كقول وكيل المتبايعين:

«بادلت بين المالين» وقول سيّد العبد و الأمة: «زوّجت عبدي فلانا أمتي فلانة» من دون حاجة إلى القبول.

فتوهم اعتبار القبول و المطاوعة في البيع لا منشأ له إلا شيوخ إيقاع المعاملات بالإيجاب و القبول، أو الخلط بين البيع السببي و المسببي، و من المعلوم عدم صلاحية شيء منهما للاعتبار.

فالمتحصل: أنّ حقيقة البيع- و هي المبادلة بين المالين- تحصل بالإيجاب و القبول تارة، و بالإيجاب المجرد أخرى كالوكيل من الطرفين أو الوليّ عليهما، و ثالثة بالإيجابين كتمليك عين بمال صاحبه، و بالعكس، فلا تقوم ماهية البيع بخصوص الإيجاب و القبول حتى يكون منشئ الأول موجبا و منشئ الثاني قابلا.

و على هذا فإذا تبادلوا- عروضين أو نقدين كان ذلك بيعا عرفيا أي «مبادلة بين مالين» من دون حاجة إلى صدق البائع على أحدهما و المشتري على الآخر.

وإن أبيت عن ذلك، فلا- مانع من صدق البائع و المشتري على كل منهما، لأنّ كل واحد منهما باعتبار إعطاء سلعته بعوض موجب، و باعتبار أخذه سلعة الغير قابل. و عليه فلا حاجة في إطلاق البائع عليهما في قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» إلى إعمال عناية التغليب.

نعم في ترتيب الآثار الشرعية المترتبة على البائع و المشتري بعنوانهما يراعى العلم الإجمالي، فتجري فيها الأصول العملية، إذ لا تميّز لهما في مقام الإثبات، إلا

---

إذا كان إعطاء أحدهما مقدّماً على الآخر، فالمقدّم هو الإيجاب بناء على عدم جواز تقديم القبول عليه.

وبالجملة: فصدق البيع على تبديل العروضين أو النقدين مع تقارن الإعطائين غير خفي بعد صدق التبديل عليهما وإن لم يصدق على المتعاطيين عنوان البائع والمشتري، لما عرفت من عدم تقوّم البيع المسببي بالإيجاب و القبول حتى يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً.

وإن أبيت عن ذلك بدعوى: عدم إمكان خلوّ البيع عن البائع والمشتري، فنقول:

إنّه معاملة مستقلة تشملها آية التجارة.

و منع كونه معاملة مستقلة كما في تقارير المحقق النائيني قدّس سرّه بما لفظه: «لأنّ مع قصدهما التبديل لا يكون إلّا بيعاً، فالحق كون أحدهما لا على التعيين بائعاً والآخر مشترياً من دون امتياز بينهما واقعا، فلا يترتب على كل منهما الآثار الخاصة الثابتة للمشتري والبائع» (1).

لا يخلوا من غموض، لأنّ المفروض عدم كون مطلق التبديل عنده قدّس سرّه بيعاً، بل التبديل المتعقب بالقبول، دون ما إذا كان الصادر من كلّ من المتعاطيين تبديلاً، فإنّ التبديل حينئذ ليس متعقبا بالقبول، فلا يكون بيعاً، هذا.

و أمّا ما أفاده قدّس سرّه من كون أحدهما لا على التعيين - حتى واقعا - بائعاً والآخر مشترياً، فيتوجّه عليه، أنّ الاتصاف بكون المعطي بائعاً أو مشترياً منوط بتحقق منشأه، فإنّ أنشأ بإعطائه مبدليّة ماله فهو بائع، وإنّ أنشأ بدليّته فهو مشتري ثبوتاً وإن لم نحزره إثباتاً، فكون أحدهما لا على التعيين حتى واقعا بائعاً والآخر مشترياً ممّا لم يظهر له وجه.

مضافاً إلى لغويته، لعدم كونه موضوعاً لأثر شرعي كما اعترف قدّس سرّه بذلك، حيث قال: فلا يترتب على كل منهما الآثار .. إلخ».

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 70

**إشارة**

الرابع (1): أن أصل المعاطاة- وهي إعطاء كلّ منهما الآخر ماله- يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه:

التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين القسم الأول: المقابلة بين المالين في الملكية

(1) الغرض من عقد هذا الأمر بيان أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين و مقام الثبوت. كما كان التنبيه الثاني متكفلا لمقام الإثبات على ما سبق توضيحه هناك.

ثم إن أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين وإن كانت كثيرة [1]، إلا أن المصنف قدس سرّه ذكر منها وجوها أربعة، لا توضح أحكام غيرها منها.

الأول: أن يكون كل منهما قاصدا لتمليك ماله بمال الآخر، فالمقابلة تكون بين المالين لا بين التمليكين- كما هو مناط الوجه الآتي- فتكامل المعاملة بإعطاء البائع

[1] لأنّ المبادلة إما بين المالين و إما بين الفعلين و إما بين مال و فعل. ثم ما يكون بين المالين إما ملكيّة و إما إباحة و إما مختلف. و ما يكون بين الفعلين إما تمليك من الطرفين أو إباحة كذلك، أو تمليك و إباحة. و ما يكون بين مال و فعل فصوره أربع، لأنّ الفعل إما تمليك و إما إباحة. و المال إما يجعل عوضا في كونه ملكا أو في كونه مباحا فإنّ الجميع مما يصدق عليه العقد و يشمل عموم و جوب الوفاء بالعقود، فتأمل جيّدا.

## [القسم الأول: المقابلة بين المالين في الملكية]

أحدها: أن يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر (1) في أخذه قابلاً (2) و متملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه (3) العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه (4) على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها (5)، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة (6)

وأخذ المشتري، لأنّ الأول تملك والثاني تملك، فإعطاء المشتري خارج عن ركني المعاملة، وإنما هو وفاء بالعقد، لا إنشاء للقبول، ولا إنشاء للتمليك، بل تمت المعاملة بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر، ولذا لو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة، فإطلاق المعاطاة عليه مع عدم حصول التعاطي من الطرفين- كما هو ظاهر باب المفاعلة- إنّما هو في قبالة المعاملة القولية، وليس إطلاقها عليه من حيث تقومها بالعطاء من الطرفين.

ومثل هذا الإطلاق شائع في العقود كالمصالحة ونحوها، فإنّ إطلاقها ليس باعتبار اشتراك المبدأ بين الطرفين، ضرورة أنّ المبدء- وهو الصلح- قائم بواحد منهما، والقائم بالآخر هو قبول الصلح، وكذا في المزارعة والمساقاة والإجارة والمضاربة وغيرها في كون المبدء فيها قائماً بواحد لا باثنين.

(1) هذا الآخر هو المشتري، بناء على ما تقدم في التنبيه الثالث من كون البادي في الإعطاء بائعاً، والمتأخر مشترياً.

(2) يعني: أنّ الفعل الواحد- وهو الآخذ- قابل لإنشاء التملك وإن كان متضمناً للتمليك أيضاً.

(3) يعني: فلا- يكون إنشاء تملك في دفع الآخر- وهو المشتري- العوض إلى الأول، بل يكون دفعه وفاء بالعقد الذي تمّ بالإعطاء والآخذ، فإعطاء الأول إيجاب، وأخذ الثاني قبول.

(4) الأولى أن يقال: «لما ألزمه على نفسه، أو: لما التزم به» إلا بإشراب معنى «ألزمه» في «التزمه» لوضوح أنّ باب الافتعال لازم غالب لا متعدّد.

(5) يعني: أنّ الإيجاب يكون بدفع العين الأولى، والقبول بقبضها.

(6) بل هو وفاء بالعقد لا إنشاء القبول.

فلو مات (1) الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة.

و بهذا الوجه (2) صححنا سابقا (3) عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه (4) من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القبول، لا من (5) حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين [1].

---

(1) هذا متفرع على تمامية المعاطاة بدفع العين الأولى وأخذها، وغرضه بيان ثمره كفاية الإعطاء والأخذ في تحقق المعاطاة، حيث يجب على ورثة الأخذ تسليم العوض إلى المعطي، وفاء بالعقد الذي تم بأخذ المورث.

(2) أي: بحصول المعاطاة بالإعطاء والأخذ الواحد- أو كون الإعطاء الثاني وفاء، لا جزء للعقد و متمم له- صححنا .. إلخ.

(3) يعني: في التنبية الثاني، حيث قال: «فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تمليكاً له بعوض ..».

(4) أي: على ما تقدم من حصول المعاطاة بإعطاء وأخذ، وعدم اعتبار إعطائين في تحققها.

(5) يعني: أن صدق المعاطاة ليس لأجل ظاهر هيئة «المفاعلة» من الاشتراك في المبدأ، كالتعاطي من الجانبين، بل لأجل مقابلة العقد الفعلي للقولي، سواء تحقق بإعطاءين أم بإعطاء واحد.

---

[1] فجهة البحث في هذا التنبية هي بيان أقسام المعاطاة المتصورة بحسب قصد المتعاطيين. وفي الأمر الثاني هي بيان المبرز الخارجي لما قصده المتعاطيان. فجهة البحث في الأمر الرابع- وهي أنحاء المبرز- مغايرة للجهة المبحوث عنها في الأمر الثاني وهي بيان المبرز، لما عرفت. وللجهة المبحوث عنها في الأمر الأول التي هي تشخيص صغروية المعاطاة قبل اللزوم للبيع وعدمها، وللجهة المبحوث عنها في الأمر الثالث التي هي تمييز البائع عن المشتري.

و مثله (1) في هذا الإطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المؤاجرة و غيرها (2).

(1) أي: و مثل صدق المعاطاة بإعطاء واحد- خلافا لظاهر باب المفاعلة- صدق المصالحة و المزارعة و المؤاجرة. حيث إنَّ المبدأ في هذه العناوين قائم بالموجب، و شأن القابل مجرّد القبول. و قد تقدم توضيح قيام عناوين المعاملات بطرفين أو بأحدهما في إطلاقات البيع، فراجع «1».

(2) كالمضاربة.

ثم إنَّ مقتضى الترتيب تقديم الأمر الثالث على الأمر الثاني، لأنَّه بعد تشخيص صغروية المعاطاة للبيع يقع الكلام في أنّ أيّ واحد من المتعاطيين بائع و أيُّهما مشتر، و الأمر سهل.

و كيف كان فقد أورد على المصنف قدّس سرّه بما في تقريرات المحقق النائيني قدّس سرّه «من المنافاة بين ما أفاده هنا من تقوم المعاطاة بالعطاء من واحد و الأخذ من الآخر و كون دفع العين الثانية دائما خارجا عن حقيقة المعاطاة و وفاء بالعقد، و بين ما أفاده في التنبيه الثاني من كون المتيقن من مورد المعاطاة هو العطاء من الطرفين.

وجه التنافي واضح، و هو خروج العطاء الثاني عن حقيقة المعاطاة بناء على ما أفاده هنا، و دخوله فيها بناء على ما تقدم عنه في التنبيه الثاني، لكونه المتيقن من مورد المعاطاة» «2»، هذا.

و قد دفع هذا التنافي سيدنا المحقق الخويي قدّس سرّه على ما في تقرير بحثه من قول المقرّر: «فإنَّ العقد و إن تمّ بالإقباض و القبض أوّلا، إلّا أنّ المتيقن منه قبال العقد اللفظي هو ما تعقّبه الإعطاء من الطرف الثاني أيضا. و إذن فلا تنافي بين الأمرين» «3».

(1): راجع الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 269، 270

(2) منية الطالب، ج 1، ص 70

(3) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 176

ص: 79



وبهذا (1) الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة.

(1) أي: بما ذكرناه- من أن إطلاق المعاطاة في البيع على الإعطاء الواحد يكون لأجل مقابلة البيع المعاطاتي للقولي، لا للتقوم بطرفين- ظهر وجه إطلاق المعاطاة في عقود أخرى، وأنه لا يتحقق من القابل إعطاء أصلا، بل يكون إنشاؤها بإعطاء الموجب خاصة، وذلك كالرهن والقرض والهبة، فالرهن المعاطاتي إعطاء العين المرهونة إلى المرتهن وقبض المرتهن لها، وهو لا يدفع شيئا إلى الراهن.

وكذا القرض والهبة، فإن الإقباض من طرف المقرض والواهب، وليس من المقرض والمتهب إلا القبول بالأخذ.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن الأخذ من المتعاطي الآخر فعل يصدر منه بعنوان القبول، وهذا هو القائم مقام القبول اللفظي، لأن الأخذ بقصد التملك قبول عرفي يصلح لأن يكون متمما للعقد المؤلف من الإيجاب والقبول. ومع تمامية العقد لا يعقل أن يتصف الإعطاء الثاني بالقبول والمطاوعة، لكونه تحصيليا للحاصل، بل لا يصلح إعطاء الثاني لأن يكون تملكا لما أعطاه الأول، لعدم مناسبة كون إعطائه تملكا لمال الغير، بل لا بد أن يكون إعطاؤه تملكا لماله كإعطاء الأول.

فلعل الأولى في دفع المنافاة أن يقال: إن مراد الشيخ قدس سره بتيقن التعاطي من الطرفين هو تيقنه من معنى المفاعلة، لأن المتيقن من موارد استعمال هذا الباب هو اشتراك المبدء بين الطرفين، فهذا الوزن ينادي باعتبار إنشاء المعاملة بالإعطاء من الطرفين، فكما ينشأ الإيجاب بالإعطاء، فكذلك القبول، وأخذ الثاني متمم للإيجاب وليس إنشاء للقبول، هذا.

لكن قد تقدم سابقا أن المعاطاة لم ترد في دليل من آية أو غيرها حتى يؤخذ بالمتيقن من معناها، بل المراد هو المعاملة المجردة عن الصيغة المتداولة بين الناس.

فالمرجع في إنشائها هو العرف، ومن المعلوم أن الأخذ عندهم قبول عرفي، فيتم به العقد المركب من الإيجاب والقبول من دون حاجة إلى إعطاء الطرف الآخر.

وربما (1) يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء، وفي صحته تأمل (2)

### [القسم الثاني: المقابلة بين التملكين]

ثانيها (3): أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه،

(1) غرضه بيان صورة ثالثة لإنشاء المعاملة، وهي ما ليس فيها إعطاء حتى من طرف واحد كما تقدم ذكره في التنبيه الثاني، فالمعاملة الفعلية تتحقق بإيصال العوضين إلى الجانبين من دون إعطاء وأخذ أصلا، ومثّل له هناك بأخذ البقل و الماء من أنية السقاء، ووضع العوض في المكان المعدّ له.

(2) أي: في صحّة التعامل بالإيصال- دون الإعطاء- تأمل، لأنّ المتيقن من الدليل اللبّي على صحّة المعاوضة في البيع هو إنشاء المعاملة بإعطاء الطرفين، ولا أقلّ من كونه بإعطاء أحدهما، وأمّا مجرد الإيصال فلا. ويكفي الشك في قيام السيرة عليه في الحكم بصحته. هذا تمام الكلام في القسم الأول أعني به قصدهما التملك، وهو يتحقق خارجا تارة بإعطاءين، وأخرى بإعطاء واحد، وثالثة بإيصال العوضين.

### القسم الثاني: المقابلة بين التملكين

(3) محصل هذا القسم هو: أن يقصد كلّ من المتعاطيين تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إيّاه، بحيث تكون المعاوضة متقومة بالعطاء من الطرفين كما هو ظاهر باب المفاعلة من اشتراك المبدء بين الطرفين، فالمقابلة على هذا تكون بين التملكين، ولازمه عدم تحقق المعاوضة إن مات الثاني قبل تملك ماله للأول.

و الفرق بين هذا القسم وسابقه واضح، إذ المفروض في القسم الأول قصد أحدهما تملك ماله بعوض، وقبول الآخر له، وهو البيع المعهود المتعارف. ولذا يقع البحث في كفاية إنشائه بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر، أو اعتبار التعاطي فيه.

بل احتمال إنشاؤه بإيصال العوضين. ولكن المفروض في هذا القسم الثاني قصد كلا المتعاطيين التملك، بأن يكون تملك الأول مشروطا بتملك الثاني، بحيث لو لم يملك

فيكون تملك بإزاء تملك (1)، فالمقابلة بين التملكين (2) لا الملكين (3)، و المعاملة (4) متقومة بالعطاء من الطرفين [1]

الثاني لا ينتفى تملك الأول، فكأنّ مقاولتهما هكذا: «ملكك هذا الكتاب على أن تملكني الدينار» فوقع هذه المعاملة منوط بصدور التملك من كليهما، فلا تنعقد المعاظة بتملك أحدهما. هذا بيان الموضوع، وسيأتي حكم هذا القسم.

(1) لا تملك مال بإزاء مال، كما كان في الصورة الأولى.

(2) وهما فعلا صادران من المتعاطين.

(3) كما هو حال البيوع المتعارفة، للفرق بين «مبادلة مال بمال» و «تملك مال بإزاء تملك مال».

(4) لكون المقابلة بين فعليين، فلا معاملة بدونهما.

[1] أورد عليه بما حاصله: «أنّ المعاملة تتحقق بإعطاء أحدهما وقبول الآخر بأخذه من دون حاجة الى إعطاء الثاني، حيث إنّ الأخذ يوجب صيرورة الأول مالكا للتملك على عهدة الأخذ، فيجب عليه الوفاء، فأعطاؤه حينئذ يتصف بالوفاء الخارج عن إنشاء المعاملة المتحققة بالإعطاء و الأخذ.

وبالجملة: فيكون القسم الثاني و هو التملك بإزاء التملك كالأول- و هو تملك مال بمال- في تحققه بعطاء واحد، و عدم الحاجة إلى العطاء الثاني، فلو مات القابل المتحقق قبله بالأخذ قبل إعطائه مات بعد تمامية المعاملة في كلتا الصورتين من دون تفاوت بينهما.

و لا يندفع هذا الإيراد بما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه من: «أنّ التعاوض و التبادل بين شيئين لا بدّ من أن يكون بلحاظ أمر، فإذا كان عين عوضا عن عين فلا بد من أن تكون في الملكية. و إذا كان عمل عوضا عن عمل فلا بد من أن يكون في الاستحقاق.

و ربما يكون التعاوض بين شيئين بلحاظ ذاتهما، لقبولهما بذاتهما للإضافة كالملكية،

ولومات (1) الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاظة.

وهذا (2) بعيد (3) عن معنى البيع وقريب (4) إلى الهبة المعوّضة، لكون كلّ من

---

(1) هذا متفرع على تقوم المعاملة بالعتاء من الجانبين.

(2) هذا شروع في بيان حكم القسم الثاني- أي التمليك بإزاء التمليك- وقد احتمل المصنف فيها وجوها ثلاثة بعد استبعاد كونه بيعا، أولها: الهبة المعوّضة، ثانيها:

المصالحة المعاظية، ثالثها: المعاوضة المستقلة.

(3) وجه بعد كونه بيعا واضح، لما تقدّم في أول الكتاب من أنه يعتبر في مفهومه أن يكون المبيع من الأعيان، و من المعلوم أنّ التمليك من الأفعال لا الأعيان، فلا يقع مبيعا.

(4) وجه قربه إلى الهبة المعوّضة هو خلوّ كلّ من المالين عن العوض، لأنّ المقابلة وقعت- على الفرض- بين التملّيكين اللّذين هما فعلاّن، لا بين الملكين، فتكون هذه المعاظة كالهبة المعوّضة.

---

فإنّها مضافة بذاتها لا بإضافة أخرى، فمرجع التمليك بإزاء التمليك إلى جعل إضافة الملكية بإزاء إضافة الملكية، و مقتضى التضاييف بين العوضيّة و المعوّضية حصولهما معا و عدم انفكاك أحد المتضاييفين عن الآخر «1».

وفيه، أنّ التضاييف في المقام ملحوظ بين التملّيكين اللّذين هما فعلاّن للمتعاملين، فاتصاف التمليك الصادر من الموجب بالمعوّضية ملازم لاتصاف التمليك الآخر بالعوضيّة، و صيرورته على عهدة القابل، لأنّه بالأخذ صار التمليك على عهده فيجب عليه الوفاء به، من دون أن يكون إعطاؤه دخيلا في حصول المعاظة و التضاييف.

فدعوى عدم الحاجة الى العطاين و تحقق المعاظة بين التملّيكين بالإعطاء الواحد في غاية القرب. فالإيراد وارد على كلام المصنف قدّس سرّه فتأمل جيّدا.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 39

ص: 83

المالين خاليا عن العوض (1).

لكن (2) إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل، إذ (3) لو لم يملكه الثاني هنا (4) لم يتحقق التملك من الأول، لأنه (5) إنّما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك (6) الثاني لم يتحقق تملكه.

إلا (7) أن يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول

---

(1) المقصود بالعوض هنا هو المال، وإلا فالعوض بالمعنى الأعمّ منه و من الفعل - وهو التملك - موجود حسب الفرض.

(2) غرضه تضعيف احتمال كون «التملك بإزاء التملك» هبة معوّضة، كبعد كونه بيعا، وذلك للفرق بين المقام وبين الهبة، ومحصّل الفرق: أنّه جعل أحد التملكين - في هذا القسم - بإزاء الآخر، فالإيجاب المنشأ به التملك المعوّض ينشأ به التملك العوض أيضا، فيتم العقد بقبول الآخر من دون حاجة إلى إنشاء التملك العوض بالاستقلال، لعدم انفكاك إنشاء التملك المعوّض عن إنشاء التملك العوض.

وهذا بخلاف التملك في الهبة المعوّضة، فإنّ إيجاب الواهب يتضمن إنشاء تملكه فقط، وقبول المتّهب يتمّ العقد المحقّق للتملك المعوّض. وأمّا التملك العوض فلا يتحقق إلاّ بإنشاء آخر من المتّهب، وقبول من الواهب. وعلى هذا فينفك أحد التملكين في الهبة المعوّضة عن الآخر.

نعم في المقام إن لوحظ تملك الآخر على نحو الداعي - لا على وجه المقابلة - انفكّ أحد التملكين عن الآخر، وسيأتي توضيحه.

(3) هذا تقريب الاشكال، وقد عرفته آنفا.

(4) يعني: في القسم الثاني، وهو كون التملك بإزاء التملك.

(5) أي: لأنّ الأول إنّما ملك الثاني بإزاء تملك الثاني الأول.

(6) المصدر مضاف إلى الفاعل، يعني: إذا لم يملك الثاني الأول لم يتحقق تملك الثاني، ووجه عدم تحقق تملكه هو: أنّ تملك الأول كان مشروطا بتملك الثاني، وإذ ليس فليس.

(7) ظاهره الاستدراك على قوله: «مشكل» وإمكان إدراج «التملك بإزاء

التمليك» في الهبة المعوضة. لكن مقصوده قدس سرّه تصحيح هذا القسم الثاني بتغييره موضوعا و حكما. و بيانه: أنّ المقابلة بين التمليكين تكون على نحو الاشتراط، أي يقصد كلّ منهما تمليك ماله للآخر بشرط تمليك الآخر، فلو تخلف الثاني و لم يملك ماله لم يكن للأول تمليك أيضا. و مثله ليس هبة معوضة، إذ تمليك الواهب غير معلق على شيء، و لذا يكون تخلف المتهم موجبا لثبوت الخيار للواهب، لا لبطلان أصل هبته.

و ما أفاده بقوله: «إلا أن يكون» تغيير في موضوع المقابلة بين التمليكين، و ذلك بأن يكون تمليك الأول غير مشروط بتمليك الثاني، بل يكون قصده تمليك ماله للثاني مطلقا، و داعيه عليه هو رجاء تمليك الثاني ماله له. و من المعلوم أنّ تخلف الداعي غير قادح في صحة المعاملة، كما إذا باع داره بداعي علاج ولده المريض، فعوفي الولد بعد البيع و قبل صرف الثمن في المعالجة، فإنّ البيع صحيح و لا خيار للبائع أصلا، و ذلك لعدم العبرة بتخلف الداعي إلى المعاملة.

و المقام من هذا القبيل، فيندرج «التمليك بإزاء التمليك» في قسم آخر من أقسام الهبة المعوضة، و هو ما إذا لم يشترط فيها العوض أصلا، و إنّما يهب المتهم شيئا للواهب تداركا لإحسانه، بحيث لو لم يهب لم يطلب الواهب عوضا من المتهم.

و قد اتضح من هذا: إلغاء شرطية تمليك الثاني لتمليك الأول، و جعله داعيا له.

كما أنّ الهبة المعوضة المنطبقة على هذا الفرض مغايرة للهبة المعوضة التي استشكل فيها بقوله: «مشكل». و جه المغايرة: أنّ العوض هنا غير مشروط أصلا، بل يعطى تداركا لإحسان الواهب.

(1) يعني: فيحتاج إلى إنشاء ابتدائي من الآخذ، و لا يكفي في إنشائه التمليك المعوض.

(2) لخروج الداعي عن حاق التمليك الأول، و من المعلوم عدم قدح تخلف الداعي في الصحة.

فالأولى أن يقال (1): إنها مصالحة [1] و تسالم على أمر معيّن. أو معاوضة مستقلة.

### [القسم الثالث: المقابلة بين إباحة أحدهما و تملك الآخر]

ثالثها (2): أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إيّاه،

(1) بعد أن تعدّر تصحيح «التمليك بإزاء التملك» بنحو الهبة المعوّضة- لفرض كون المقابلة بين التملكين بالاشتراط لا الداعوية- تصدّى قدس سرّه لتصحيحها بأحد وجهين آخرين:

الأول: أن يكون من الصلح المعاطاتي، لأنّهما تسالما على إنشاء تملك بإزاء تملك.

الثاني: أن يكون معاوضة مستقلة، يشملها إطلاق «التجارة عن تراض» فتكون صحيحة.

القسم الثالث: المقابلة بين إباحة أحدهما و تملك الآخر

(2) محصل هذا الوجه الثالث هو الإباحة بالعوض، في مقابل الإباحة مجاناً، فيكون الفعل الصادر من الموجب إباحة التصرف في ماله مع العوض، لا بدونه، و الصادر من القابل قبول الإباحة بتمليك ماله للموجب المبيح، فالموجب يتملّك العوض، و القابل لا يملك ما أباحه الموجب له، بل يباح له التصرف فيه مع بقاء رقبته على ملك الموجب. فهذا التعاطي بمنزلة الإباحة القولية، كأن يقول: «أبحت لك التصرف في الكتاب الفلاني بدرهم، بمعنى أن يكون الدرهم ملكاً لي».

و بالجملة: فيظهر من عبارة المصنف قدس سرّه اعتبار أمرين في هذا القسم.

أحدهما: كون الإباحة مقابلة بالمال، لا بالتمليك الذي هو فعل الآخر، كما يشهد به قوله: «أبحت لك كذا بدرهم».

[1] إن كان التسالم مورداً للإنشاء، وإلا فلا وجه لكونه صلحاً.

فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض، و من (1) الثاني بقبوله لها التملك (2)، كما لو (3) صرّح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

### [القسم الرابع: المقابلة بين الإباحين]

رابعها (4): أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى، فيكون (5) إباحة بإزاء إباحة، أو (6) إباحة

---

و ثانيهما: كون القبول أخذ الطرف المقابل لما دفعه الأول إليه على وجه الإباحة، فيكون إعطاء الدرهم إلى المبيح وفاء بالمعاملة، لا لتقوم هذه الإباحة المعوّضة بإعطاءين.

(1) معطوف على «من الأول» يعني: فيكون الفعل الصادر من المباح له قبول تلك الإباحة في قبالة تملك الدرهم للمبيح.

وعلى هذا فالإباحة تكون تارة مع العوض، وأخرى بدونه. وعلى الأول فإما أن يكون العوض إباحة شيء و إما أن يكون تملكه. و مفروض المتن هذه الصورة الأخيرة، لا الإباحة مجاناً، ولا بعوض الإباحة.

(2) أي: التملك الضمني، فإنّ المدلول المطابقي للقبول هو قبول الإباحة، و مدلوله التضمني هو التملك، إذ المفروض كون إباحة المبيح بإزاء تملك المباح له.

(3) يعني: لا فرق في مشروعية «الإباحة بعوض التملك» بين إنشائها باللفظ و بالفعل، كما هو المفروض.

### القسم الرابع: المقابلة بين الإباحين

(4) ملخص هذا الوجه هو كون المقابلة بين الإباحين - اللتين هما من الأفعال - كالتملكين في القسم الثاني، فلا يتحقق الملكيّة حينئذ أصلاً، بل يباح لكل منهما التصرف في المال الذي أخذه من الآخر.

(5) يعني: فيكون إعطاء كلّ منهما إباحة بشرط إباحة الآخر بنحو المقابلة.

(6) يعني: أو يكون إعطاء كلّ منهما إباحة بداعي إباحة الآخر.



لداعي إباحة (1)، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني (2) من إمكان تصوّره على نحو الداعي و على نحو العوضية.

و كيف كان (3) فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين [1] على (4) فرض قصد المتعاطيين لهما.

(1) فلا تقابل حينئذ بين الإباحتين، لكون إباحة الطرف الآخر داعية إلى إباحة الأول، لا عوضا عنها، كما تقدم نظير ذلك في الوجه الثاني، و هو قصد كل منهما تملك ماله للآخر، حيث قال: «إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض».

(2) حيث قال: «أن يقصد كل منهما تملك الآخر بإزاء تملك ماله إيّاه».

(3) يعني: سواء أمكن تصوّر الإباحة بداعي الإباحة، أم كانت المقابلة بين الإباحتين بنحو العوضية.

و هذا شروع في مقام الإثبات، و هو بيان حكم الأقسام الأربعة المتقدمة، و حيث إنّه قدّس سرّه أفاد حكم القسمين الأولين عند بيانهما، فلذا خصّ البحث من هنا إلى آخر التنبيه بالقسمين الأخيرين صحّة و فسادا، و قد ذكر في المتن إشكالين، أحدهما مشترك بين كلا القسمين، و الآخر مختص بالرايع، و سيأتي بيانهما إن شاء الله تعالى.

(4) مقصوده قدّس سرّه أنّ أصل وقوع المعاوضة بقصد الإباحة لا يخلو من بعد و إن كان محتملا ثبوتا، إذ المعاوضة المعهودة بين العقلاء و المتشعبة هي ما يقصد بها الملك كالبيع بالصيغة. و عليه فيبان حكم هذين القسمين مبنيّ على فرض قصد الإباحة، كما يستفاد من بعض كلمات القدماء من كون مقصودهما إباحة التصرف لا التملك.

[1] أمّا القسم الأول- و هو تملك كل منهما ماله بمال الآخر- فلا إشكال فيه أصلا، لأنّه مصداق حقيقي للبيع، فيشمله جميع ما دلّ على صحة البيع و نفوذه.

و أمّا القسم الثاني- و هو كون التملك بإزاء التملك، بحيث تكون المقابلة بين

---

الفعلين لا الماليين - فقد استشكل فيه بوجهين:

أحدهما: ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدس سرّه من: «أنّه ليس التملك بالمعنى المصدري مالا، بل المال هو الحاصل من المصدر، وليس هذا الفعل إلا آلة لحصول اسم المصدر، فلا يمكن أن يقابل بالمال. فمقابلة التملك بالمال باطلة، فضلا عن مقابلة التملك بالتمليك، لأنّ التملك ليس بمال. وفرق بين البيع بإزاء التملك وبيع المال على أن يخيط له ثوبا، فإنّ الفعل في الأوّل آليّ، بخلاف الثاني فإنّه استقلالي يبذل بإزائه المال» (1).

و محصل ما أفاده يرجع إلى منع مالية التملك الموجب لبطان المعاملة المتقومة بمقابلة الماليين، فمع عدم مالية أحد العوضين - فضلا عن كليهما - لا تصحّ المعاوضة، لفقدان ركنها، هذا.

وقد يورد عليه تارة: بأنّ التملك مال، لأنّ مناط المالية المستكشف عنه بتنافس العقلاء عليه موجود في التملك، ضرورة أن السلطنة على مال بالتملك ونحوه ممّا يرغب فيه العقلاء ويتنافسون عليه. فوزان التملك وزان الخياطة و النجارة ونحوهما من الأفعال التي تعدّ أموالا عند العقلاء، خصوصا بعد اتحاد المصدر واسمه ذاتا و اختلافهما اعتبارا، فتدبّر.

و أخرى - بعد تسليم عدم ماليته - أنّه حقّ قابل للانتقال و أخذ العوض بإزائه، و من المعلوم كفاية مثل هذا الحق في صحة المعاملة، فإنّ سلطنة المالك على نقل تملك ماله إلى الغير حقّ للمالك. وقد تقدّم سابقا: أن الأصل في الحقوق هو جواز نقلها وإسقاطها. فتوهم كون السلطنة حكما شرعيا غير قابل للنقل فاسد.

لكنك خبير بما فيهما. إذ في الأوّل: أنّ المال هو ما يتنافس العقلاء عليه، لكن تطبيقه على تملك التملك ممنوع، فإنّ رغبة العقلاء في أمر ليست بلا مناط، فالعين شخصية كانت أم كلبية بأقسامها مال بلحاظ منفعتها، وكذا الحال في المنافع المتجددة

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 71

وبعض الحقوق. وأما التمليك فلا سبيل لاستكشاف ماليته. عندهم بعد الاعتراف بعدم تعارف هذا النوع من المعاملة. وقياسه بالأعمال المحترمة كالخياطة و النجارة لا- يخلو من تأمل، حيث إنّ ماليّتها بلحاظ الأثر المطلوب من أعمال صنعة و تغيير هيئة في القماش و الخشب. و هذا بخلاف التمليك، فإنّ ما يرغب فيه نفس العين الخارجية ذات المنفعة كالدّار و الدّكان، و أمّا التسليط على التسليط فلم يعلم مقابلته بالمال، و لا أقل من الشك في ماليته عرفاً، و هو كاف في منع عدم شمول أدلة الإمضاء له.

و في الثاني: أن المالك و إن كان مسلّطاً على ماله بمقتضى «الناس مسلّطون على أموالهم» إلا أنّ المسلّط عليه هو نفس المال، فلا بدّ من إحراز ماليّة شيء حتى يتحقق موضوع السلطان، و حيث إنّ مالية التمليك مشكوكة لم يتجه التمسك بالقاعدة لتجوز المقابلة بين تمليين.

و أمّا ما أفيد من كون السلطنة حقّاً للمالك قابلاً للنقل إلى الغير فممنوع، بالفرق بين هذه السلطنة و بين الحق، لما تقدم في مباحث الحقوق من أنّ الحق القابل للنقل إلى الغير هو ما كان المجعول فيه تفويض الأمر إلى شخص كما في حق القصاص و حق الشفعة و التحجير. و أمّا سلطنة المالك على ماله فمتعلقها نفس المال، و أمّا سلطنته على التسليط على المال فليست من شؤون المال حتى يشمل إطلاق الحديث.

و لا فرق فيما ذكرناه بين احتمالات الحديث من كونه مشرّعاً مطلقاً أو للمسببات خاصة، و كونه غير مشرّع أصلاً، بأن كان مدلوله استقلال المالك في أنحاء التصرفات في المال. و وجه عدم الفرق ما ذكرناه من أن موضوع السلطنة المجعولة نفس المال، لا تفويض تملكه إلى الغير.

و عليه فالإنصاف تمامية ما أفاده المحقق النائيني في المنع عن مشروعية تمليك التمليك، هذا.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه بقوله: «و منها: أنّ أصل المقابلة بين

---

التمليكين فيه غموض و خفاء، فإنّ التملك بالإعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوّضا يحتاج إلى لحاظ استقلالي، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد، فلا بدّ من أن يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح على التملك بإزاء التملك، فيستحق كل منهما التملك من الآخر بإزاء تملك نفسه» (1).

توضيحه: أنّ الفعل كاللفظ ملحوظ آلة لمعناه الإنشائي أو الإخباري، فالإعطاء إن كان ملحوظا آلة لإنشاء تملك متعلقة فكيف يكون ملحوظا استقلالا كما هو المفروض؟ إذ التملك المعوّض ملحوظ استقلالا. و الجمع بين هذين اللحاظين في ملحوظ واحد جمع بين المتنافيين، فالتملك بإزاء التملك غير معقول.

فلا بد من تصحيح هذه المعاملة مثلا بجعلها في ضمن صلح مثله، كما إذا صالحه على أن يملكه تملك داره على أن يملكه الآخر تملك بستانه مثلا حتّى يكون التملك ملحوظا استقلاليا، هذا.

لكنك خبير بأنّ التملك في المقام ليس إلّا ملحوظا بالاستقلال، لأنّ المعوض - وهو التملك - مقصود استقلالي، كما إذا كان المطلوب نقل إضافة الملكية، فإن نقلها مقصود بالاستقلال، ولا تناله يد اللحاظ الآلي أصلا حتى يلزم اجتماع اللحاظ الاستقلالي والآلي اللذين هما متباينان.

وبيان أوضح: تارة يكون العوضان إضافتي الملكيتين، فيتعلق الإنشاء بنقل إضافة الملكية من الطرفين و تبديلها، وهذا هو المبادلة بين المالين المفسّر بها البيع في المصباح. و أخرى: يكون العوضان نقل التملك بإزاء مثله من الطرف الآخر، بحيث يكون كلّ منهما ناقلا للتملك إلى الآخر، لا ناقلا لنفس المال.

فإذا قال: «ملكك الدار بالبستان» كان المنشأ نقل إضافة ملكية الدار بإزاء ملكية

---

(1): حاشية المكاسب: ج 1، ص 39

البستان. وهذا هو أول الوجوه المذكورة في كلام المصنف قدس سره وهو المسمى بالبيع، وإذا قال: «ملكك تملك داري بأن تملكني تملك بستانك» كان ممّا نحن فيه، وهو أجنبى عن تملك نفس المال، فإذا أريد إنشاؤه باللفظ فلا محيص من أن يقال:

«ملكك تملك داري بأن تملكني تملك بستانك» ولا يصح أن يقال: «ملكك داري ببستانك».

وعليه فإعطاء العين بقصد أن يملك تملكها، لا بلحاظ كونه آلة لإنشاء ملكية متعلّقه حتى يكون هذا اللّحاظ آلياً، ولحاظ نفس المال استقلالياً، بل ليس إلا لحاظ استقلالي، هذا.

وأما دفع إشكال اجتماع اللّحاطين في الفعل بما في كلام بعض الأجلة من «أنّه جار في الألفاظ الدالة بالذات أو الوضع على المعاني، حيث إنّها آلات لإبراز معانيها، ومع لحاظها آلة لا يعقل لحاظها استقلالاً. وأما الأفعال فليست بذاتها أو بالمواضع آلات لشيء، فيمكن لحاظ الإعطاء الخارجي المقصود به التملك مستقلاً» فلا يخلو من غموض، لأنّ الأفعال أيضاً تكون آلة لإبراز المقاصد، غاية الأمر أنّ مبرزيتها لها إنّما تكون بالقرينة كالمقولة المتقدمة على المعاملة، فمجرد عدم دلالتها ذاتاً أو بالوضع على المعاني لا يكون فارقاً بين الألفاظ وبينها. وإنكار دلالة الأفعال على المعاني وإبرازها عنها مساوق لإنكار المعاطاة في جميع المعاملات.

فتلخص مما ذكرناه: أنّه لا مانع من ناحية اجتماع اللّحاط الآلي والاستقلالي عن إمكان التملك بإزاء التملك.

ثم إنّ هذه المعاملة - أعني بها التملك بإزاء التملك - قد يقال: إنّها بيع، حيث إنّ تعريفه - وهو المبادلة بين المالين - صادق عليها، لما مرّ من أنّ التملك بنفسه من الأموال. لكن صدق مفهوم البيع عليها مبني على عدم اعتبار كون المبيع عيناً، وهو في حيّز المنع كما تقدّم في محلّه.

و منشأ الإشكال أولاً: الإشكال (1) في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بأن يقول: «أبحث لك كل تصرف» من دون أن يملكه العين.

---

(1) هذا هو الإشكال المشترك بين القسمين الثالث والرابع، ومحصّله: عدم الدليل على مشروعية إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على ملكية المتصرف كالوقف والعتق والبيع، بأن يقول: «أبحث لك كل تصرف، مع بقاء العين على ملكي».

و منشأ الإشكال: أنّ الدليل على جواز الإباحة قاعدة السلطنة، وهي ليست مشرّعة، وإنّما تدل على صحة كل تصرف ثبت جوازه شرعا بدليل آخر، فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم لا على أحكام أموالهم. ولما كان توقف صحة البيع والعتق ونحوهما على الملك حكما شرعيا- لا من شؤون سلطنة المالك على ماله- لم يكن للمالك أن يبيح للغير كل تصرف في ماله حتى ما يناط بملكية المتصرف، ولا تكفي الإباحة في نفوذه وصحته. ولا فرق في هذا الإشكال بين كون الإباحة معوضة و خالية عن العوض، وكان العوض تمليكا أم إباحة.

---

كما أنّها ليست بهبة معوضة، لأنّ العوض فيها يكون بنحو الاشتراط، لا المقابلة.

بخلاف المقام، فإنّ العوض فيه يكون على وجه المقابلة.

مضافا إلى: أنّه يعتبر في الهبة أن يكون الموهوب عينا. وهو مفقود في المقام، إذ المفروض كون التعاوض بين التملكين، وهما أجنبيان عن العين.

كما أنّها ليست بإجارة أيضا، لعدم كون التسليط على التملك منفعة عرفا، ولعدم كون توقيته بوقت معيّن، مع أنّ تعيين الأجل ممّا لا بدّ منه في الإجارة.

فالظاهر أنّ هذه المعاملة- على تقدير صحتها- معاوضة خاصة يشملها دليل التجارة، ولا يجري فيها الأحكام المختصة بالبيع كخيار المجلس والغرر بناء على اختصاصه بالبيع، والله العالم.

و ثانيا (1): الإشكال في صحة الإباحة بالعموض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تمليك (2) فنقول:

أمّا إباحة (3) جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنّها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإنّ إذن المالك ليس مشرّعا، وإنما يمضى فيما يجوز شرعا. فإذا (4) كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه- بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره- غير (5) معقول كما صرّح به العلامة في القواعد (6)

(1) هذا هو الإشكال الثاني المختصّ بالقسم الثالث، و محصّ له: أنّ العقد المؤلّف من «إباحة و تمليك» ليس من المعاوضات المعهودة حتى تشملها أدلة الإمضاء مثل الأمر بالوفاء بالعقود و التجارة عن تراض.

(2) الإباحة من المبيع، و التمليك من المباح له.

(3) هذا شروع في تحقيق الإشكال الأوّل، و أنّه هل يمكن التفصّي منه أم لا؟

و قد أوضحه المصنف قدّس سرّه أولا، ثم تصدّى لتصحيح إباحة جميع التصرفات بوجوه ثلاثة سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(4) غرضه قدّس سرّه الاستشهاد بكلام العلامة في القواعد على أنّ سلطنة المالك على ماله مقصورة على التصرفات المشروعة بنفسها. و لما كان البيع «مبادلة مال بمال» و هي تتوقف على دخول كلّ من العوضين في ملك الآخر، فلذا لا يصحّ أن يبيح المالك لغيره بيع ملكه من دون أن يصل الثمن إلى مالك المعوض. وجه عدم الصحة:

عدم ثبوت سلطنة المالك على إباحة بيع ماله لغيره، فلا يكون مجرد إذنه للغير مصحّحا لكلّ تصرف منه.

(5) خبر قوله: «كان بيع الإنسان».

(6) حيث قال قدّس سرّه: «لوقال: بع عبدك من فلان، على أنّ عليّ خمسمائة، فباعه بهذا الشرط بطل، لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، فليس له أن يملك العين و الثمن على غيره. بخلاف: أعتق عبدك و عليّ خمسمائة، أو: طلق امرأتك و عليّ مائة، لأنّه

فكيف (1) يجوز للمالك أن يأذن فيه (2)؟

نعم (3) يصح ذلك (4) بأحد وجهين كلاهما في المقام مفقود.

أحدهما (5): أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك»

---

عوض في مقابلة فكّ» (1).

(1) جزاء قوله: «فإذا كان».

(2) أي: في بيع ملك نفسه مع عدم وصول العوض إليه، لفرض دخول العوض في ملك المأذون.

(3) استدراك على قوله: «فكيف يجوز للمالك» وغرضه إبداء الفرق بين إباحة جميع التصرفات وبين إذن المالك لغيره في بيع ماله، و محصّ له: أنّ إذن المالك لغيره في البيع يمكن تصحيحه بأحد وجوه ثلاثة، بخلاف إباحة جميع التصرفات، إذ لا يمكن تصحيحها بها كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(4) يعني: يصحّ البيع مع إذن المالك.

(5) هذا الوجه الأوّل محكي عن بعض الأساطين، وهو مأخوذ ممّا ذكره في تصحيح وقوع العتق عن الأمر بالعتق في قوله: «أعتق عبدك عني» فإراد تصحيح الإباحة المطلقة بتنظيره بالأمر بالعتق، و محصله: أنّ قول المبيح: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» إمّا أن يقصد به إنشاء التوكيل، وإمّا أن يقصد به التمليك بلسان الإباحة.

و التوكيل إمّا أن يكون في بيع المال ثم تملكه بهبة، وإمّا أن يكون بتملّك المال أوّلاً ثم يبيعه، فالصور ثلاث:

الأولى: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت ..» إنشاء التوكيل للمباح له في أمرين:

أحدهما: أن يبيع مال الموكل المبيح. ثانيهما: نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، يعني يهب المباح له الثمن لنفسه وكالة عن المبيح، فإذا فعل ذلك كان الثمن ملكاً له.

الثانية: أن يقصد المبيح صيرورة المباح له وكيلاً في تمليك المال لنفسه، ثم يبيعه،

---

(1): قواعد الأحكام، ص 58 (الطبعة الحجرية).



أن ينشأ توكيلاً له [إنشاء توكيل] في بيع ماله، ثم (1) نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو (2) في نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه. أو تمليكاً (3) له (4) بنفسه هذه الإباحة، فيكون (5) إنشاء تملك له، ويكون بيع (6) المخاطب بمنزلة قبوله

ولا ريب حينئذ في وقوع البيع لنفسه ودخول الثمن في ملكه، لفرض كون المعوض ملكه قبل البيع.

الثالثة: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحث..» إنشاء تملك المال للمباح له كناية، فليس مقصوده التوكيل أصلاً، بل يكون هذا الإنشاء تمليكاً ابتدائياً، لكنّه لا بالصراحة بل بالكناية، من جهة ذكر اللازم وهو إباحة بيع المال لنفس الآخذ المباح له، وإرادة الملزوم وهو التملك.

هذا توضيح ما أفاده في الوجه الأول. وشيء من صور المسألة لا ينطبق على ما نحن فيه وهو إباحة جميع التصرفات، لما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) هذا إشارة إلى الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة، وقد عرفت أنّه يتضمن توكيلين: أحدهما في البيع، والثاني في الهبة.

(2) معطوف على «في بيع ماله» وهذا إشارة إلى الصورة الثانية من الصور الثلاث.

(3) معطوف على «توكيلاً» وهذا إشارة إلى الصورة الثالثة من الصور الثلاث.

(4) أي: تمليكاً للمباح له بنفسه هذا الإنشاء من دون توكيل في البين أصلاً، فهذا تملك كنائي، لا صريح ولا ظاهر.

(5) يعني: فيكون قوله: «أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك» إنشاء تملك للمباح له، ويكون بيع المباح له إنشاء التملك.

(6) بل يتحقق القبول بنفسه الآخذ، من دون حاجة إلى بيع المال في حصول الملكية، إذ بعد فرض كون العبارة المذكورة كناية عن التملك - لا المبادلة - كان أخذ المباح له تملكاً، ولا يتوقف تملكه وقبوله على بيعه.

إلا أن يفرض كلام المصنف قدس سرّه فيما إذا لم يتسلم المباح له المال كي يتحقق قبوله

كما صرّح في التذكرة (1) بأنّ «قول الرجل لمالك العبد: أعتق عبدك عني بكذا استدعاء لتمليكه، وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب،

---

بالأخذ، و حينئذ فيكون إنشاء قبول الإباحة بنفس إنشاء بيع المال.

(1) قال في التذكرة بعد بيان الشروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه: «فروع الأول: إنّما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس الضمني من البيوع. و أمّا الضمني - كأعتق عبدك عني بكذا- فيكفي فيه الالتماس و الجواب، و لا تعتبر الصيغة المتقدمة إجماعاً» (1).

و اعتمد صاحب الجواهر على هذه الملكية الآتية في تصحيح الصورة الأولى من صور المعاوضة و هي إباحة كل منهما التصرف للآخر على جهة المعاوضة «من غير فرق بين أنواع التصرفات، ما توقف منها على الملك و غيره. و على معنى إباحة إيقاعها للمباح له لا للمبيح، فتجري عليها أحكام الإباحة المجانية من اللزوم بالتلف، و أحكام المعاوضة من تعيين العوض بالمسمّى، و أحكام: أعتق عبدك عني، و: بع هذا المال لك، و نحوه مما يفيد الملك الضمني بوقوع التصرف بناء على جريانه على القواعد، ضرورة انحلال الإباحة بالعوض على الوجه المزبور إلى ذلك كلّ، فليس لها حكم جديد مستنكر» (2).

و استدل على صحته في موضع آخر بقوله: «و للجمع بين ما دلّ على صحة هذا التصرف في هذا المال المفروض إباحته، و بين ما دلّ على: أن لا-عتق إلا في ملك، قدر الملك ضمناً نحو ما قدره في: أعتق عبدك عني، و انعتاق العمودين على المشتري لهما، و نحو ذلك. و لا حاجة إلى شاهد لهذا الجمع، بل هو مقتضى الدليلين، ضرورة أنّ غاية ما دلّ على اعتبار الملك اقتضاء عدم وقوع التصرف المزبور على غير المملوك

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 225

و يقدر وقوعه (1) قبل العتق أنا ما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع».

و لا شك (2) أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً (3)، و لا في نقل الثمن إليه ثانياً (4)، و لا قصد (5) التمليك بالإباحة المذكورة، و لا قصد (6) المخاطب التملك عند البيع

---

مثلاً، فيكفي فيه التقدم الذاتي الذي هو كتقدم العلة على المعلول .. «(1)».

(1) أي: وقوع النقل و الانتقال.

(2) غرضه بيان فقدان الوجه الأول الذي أفاده بقوله: «أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تباع مالي لنفسك .. إلخ» في المقام.

و محصله: إنكار الإذن و التوكيل ههنا، لعدم كونه مقصوداً للمتعاظين، و من المعلوم تقوّم الإذن و التوكيل بالقصد، فليس قول المبيع: «أبحث» من صغريات الإذن و التوكيل بكلتا صورتيه المتقدمتين.

(3) هذا نفي التوكيل في التملك حتى تقع التصرفات في ملك المباح له، و هي الصورة الثانية من الصور الثلاث.

(4) هذا نفي التوكيل في البيع عن المالك المبيع، ثم التوكيل في تملك الثمن بالهبة، و هي الصورة الأولى من الصور الثلاث.

(5) معطوف على «ليس الإذن» و غرضه أجنبية المقام عن الصورة الثالثة، و هي إنشاء التمليك بلفظ الإباحة كناية. و وجه عدم تحقق هذا التمليك الكنائي في المقام هو:

توقف التمليك على القصد و الاعتبار، فمع قصد الإباحة المعوضة- أو المجردة عن العوض - لا يبقى مجال للحمل على إنشاء التمليك، لفرض كون المالك مبيحاً للعين لا مملّكاً لها.

(6) هذا متمم لنفي التمليك الكنائي الذي أفاده بقوله: «و لا قصد» و حاصله: أنّ

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 232

ص: 98

حتى يتحقق تملكٍ ضمانيٍّ مقصودٍ للمتكلم والمخاطب كما (1) كان مقصوداً- ولو إجمالاً (2)- في مسألة «أعتق عبدك عني» ولذا (3) عدّ العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرّفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه (4)، فمثلاً للعقلي بقوله تعالى وَ سَأَلِ الْقَرْيَةَ وَ لِّلشَّرْعِيِّ بِهَذَا الْمَثَلِ (5)، و من المعلوم بحكم الفرض (6) أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة.

حمل الإباحة هنا على التملك ممنوع من جهتين: الأولى: عدم قصد المبيع تملك ماله.

الثانية: عدم قصد المخاطب التملك، فلو فرض قصد المبيع للتملك امتنع تحققه من جهة انتفاء قصد التملك من المخاطب.

(1) يعني: أنّ قصد التملك وإن لم يتوقف على قصده بالاستقلال، إلا أنّ قصده ضمناً ممّا لا بدّ منه، كما كان هذا التملك الضماني مقصوداً في الوكالة المتحققة بقول الأمر لمالك العبد: «أعتق عبدك عني» حيث يقصد الأمر الموكّل تملك العبد، و يقصد المأمور تملك عبد نفسه للأمر، ثم عتقه عنه. و المفروض في المقام انتفاء قصد التملك و التملك.

(2) المراد بالقصد الإجمالي هو: أنّ الأمر لو التفت إلى توقف العتق الصحيح على تملكه للعبد المعتق لوكل سيّده في التملك.

(3) أي: ولأجل القصد الإجمالي عدّوا دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي هي مقصودة للمتكلم، و تتوقف صحة الكلام عقلاً عليها كسؤال القرية ونحوها من الجمادات، أو شرعاً كالمثال المذكور، و هو قوله: «أعتق عبدك عني» و من المعلوم أنّ قصد التملك ولو إجمالاً مفقود في المقام، إذ ليس قصد المبيع غير الإباحة، فدلالة الاقتضاء هنا مفقودة.

(4) أي: على دلالة الاقتضاء، و الأولى تأنيث الضمير.

(5) أي: بقول الأمر: «أعتق عبدك عني».

(6) إذ المفروض كون الوجهين الأخيرين- وهما الإباحة في مقابل المال،

الثاني (1): أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد

و الإباحة في مقابل الإباحة- في قبال الوجهين الأولين، فالمقصود بالأخيرين منحصر في الإباحة من دون قصد التملك أصلا.

فتحصل: أنّ الوجه الأول- من إنشاء التوكيل أو إنشاء التملك كناية- غير جار في المقام، ولا يندفع به الإشكال.

(1) هذا هو الوجه الثاني لتصحيح بيع المباح له للمال الذي أبيح له، و محصله:

قيام دليل شرعي على حصول الملك للمباح له- تعبدا- بمجرد الإباحة، لكن لما لم يكن المبيع قاصدا للتمليك- لقصد الإباحة المحضة- فلا بدّ من الالتزام بالملكية الآتية، إمّا في حقّ المبيع، أو المباح له. و عليه يمكن تقريب هذا الدليل الشرعي الدال على مالكية المباح له بأحد وجهين:

الأوّل: أن يكون المال باقيا على ملك المبيع إلى زمان إرادة التصرف المنوط بالملك كالبيع، فيحكم بانتقال المباح إلى ملك المباح له- شرعا- في آن إرادة التصرف، و نتيجته وقوع البيع في ملكه لا في ملك المبيع.

الثاني: أن يكون المال باقيا على ملك المبيع حتى في الآن الذي يريد المباح له بيعه، فيكون البيع تصرفا في ملك المبيع، لعدم انتقاله إلى المباح له بعد، فإذا باعه دلّ الدليل على انتقال الثمن الى ملك المبيع- تحقيقا لمفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عنه- أنا ما، ثم ينتقل إلى المباح له. و من المعلوم أنّ قيام الدليل التعبدي على هذه الملكية الآتية في المقام غير مستبعد، لوجود نظيره في الشرع، كما ذكره في مسألة دخول العمودين أنا ما في ملك المشتري، و انعناقهما عليه قهرا.

و اعلم أنّ الفارق بين هذا الوجه الثاني المبني على الملكية الآتية- بكلا تقريبية- وبين الوجه الأوّل المتقدم بقوله: «أحدهما أن يقصد المبيع بقوله .. إلخ» هو: أنّ الملكية في ذلك الوجه مقصودة إمّا بالتوكيل و إما بالإشياء الكنائية. بخلافه في هذا الوجه الثاني، إذ الملكية غير مقصودة أصلا، و إنّما تحصل الملكية قهرا بجعل

الإباحة، فيكون (1) كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع أنا ما، فيقع البيع في ملكه (2). أو يدلّ (3) دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك (4) شبه دخول العمودين في ملك الشخص أنا ما لا يقبل (5) غير العتق. فإنه (6) حينئذ يقال بالملك المقدر أنا ما، للجمع بين الأدلة (7).

---

الشارع وإن لم يقصدها المبيع أصلا.

(1) يعني: فيكون الدليل الشرعي كاشفا عن الملكية الأناثائية تعبدا في آن إرادة البيع.

(2) أي: في ملك المباح له، لدخول المال في ملكه بإرادة البيع.

(3) معطوف على «يدلّ» وهذا هو التقريب الثاني لقيام الدليل التبعدي.

(4) يعني: فيكون دخول ثمن المبيع المباح في ملك المباح له نظير انعقاد العمودين بعد دخولهما أنا ما في ملك المشتري.

و الظاهر أنّ مقصود المصنف قدس سرّه تنظير قيام الدليل التبعدي على الملكية الآنية بمسألة ملكية المشتري للعمودين أنا ما، سواء أريد توجيه دخول المباح في ملك المباح له أنا ما بإرادة البيع، أم أريد توجيه ملكية المبيع للثمن أنا ما بعد البيع و خروجه عن ملكه.

(5) صفة لقوله: «ملك شخص» يعني: أنّ هذا الملك التطرقي لا يترتب عليه شيء من آثار الملك، وإّما يترتب عليه العتق القهري.

(6) الضمير للشأن، و مقصوده قدس سرّه تطبيق هذا التوجيه الثاني - أي الملكية الآنية التبعية الجارية في مسألة بيع مال الغير لنفسه - على المقام وهو إباحة جميع التصرفات، سواء أكانت بعوض إباحة أم بعوض مال.

(7) الظاهر أنّ المراد بها هو دليل صحة الشراء، و دليل إناطة العتق بالملك، و دليل عدم ملكية العمودين.

(1) الأولى إضافة «أيضا» إليه، بأن يقال: «و هذا الوجه أيضا مفقود».

و كيف كان فالمراد بهذا الوجه هو الوجه الثاني المذكور بقوله: «الثاني أن يدلّ دليل شرعي .. إلخ» الذي كان متضمنا للملكية الآتية بنحوين.

و حاصل ما أفاده في عدم جريان الملكية الأناطائية في المقام هو: أنّ مجرد احتمال دلالة الدليل الشرعي غير كاف في الالتزام بها، بل لا بد من الدليل - في مقام الإثبات - على صحة إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك، و المفروض عدم الظفر بهذا الدليل بعد.

فإن قلت: إنّ الدليل على الصحة هو حديث السلطنة، لاقتضاء إطلاق سلطنة المالك على أمواله حلية كل تصرف تكليفا، و نفوذه وضعاً. و عليه يجوز له أن يبيع ماله للغير إباحة مطلقة.

و حيث إنّه ثبتت صحة هذه الإباحة جرى استكشاف الملكية الآتية للمبيح أو للمباح له، هذا.

قلت: نعم، و إن اقتضى إطلاق السلطنة صحة هذه الإباحة المطلقة، لكن لا مجال للأخذ بهذا الإطلاق، لوجود المعارض، و هو القواعد المسلمة الأخرى، مثل توقف انتقال الثمن إلى شخص على خروج الثمن عن ملكه، و توقف صحة العتق و البيع على الملك. و وجه المعارضة واضح، فإنّ إطلاق السلطنة يقضي بصحة بيع المباح له و دخول الثمن في ملكه، و قاعدة «لا بيع إلا في ملك» تقضي ببطان بيع غير الملك، فلا بد من تقييد إطلاق السلطنة بأن يقال: بصحة إباحة التصرف غير المتوقف على الملك.

هذا تقريب رفع اليد عن عموم قاعدة السلطنة، و لكنه سيأتي بعد أسطر حكومة تلك القواعد على حديث السلطنة، فانتظر.

إذ (1) المفروض أنه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة (2). وإثبات (3) صحته بعموم مثل «الناس مسلّطون على أموالهم» يتوقف على عدم مخالفة مؤدّاهما (4) لقواعد آخر (5) مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلّم مالاً له (6)، و توقف صحة العتق على الملك، و صحة (7) الوطي على التحليل بصيغة خاصّة (8)

(1) تعليل للفقدان، و قد عرفت توضيحه.

(2) أي: إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف على الملك.

(3) مبتدأ خبره: «يتوقف» و مقصوده قصور قاعدة السلطنة عن إثبات مشروعية الإباحة المطلقة، لوجود المعارض، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «ان قلت .. قلت».

(4) الأولى تذكير الضمير، لرجوعه الى «عموم مثل» إلا أن يراد قاعدة السلطنة.

(5) كالقواعد الثلاث المذكورة في المتن، فيرفع اليد عن الإطلاق بمقدار منافاته له.

(6) تحقيقاً لمفهوم البيع الذي هو من المعاوضات.

(7) معطوف على «صحة» أي: و توقف صحة الوطي على التحليل كما هو المشهور، و يدلّ عليه بعض النصوص. و هذه قاعدة ثالثة معارضة لإطلاق سلطنة المالك. و وجه المعارضة واضح، لاقتضاء الإطلاق جواز تحليل الأمة بكل ما يدلّ عليه من لفظ صريح أو كناية أو مجاز أو إشارة أو فعل كإرسالها إلى دار المحلّل له مع قصد التحليل. و قاعدة توقف التحليل على إنشائه بصيغة خاصة تقتضي حرمة الوطي بغير الصيغة الخاصة، و لا مناص من تقييد إطلاق السلطنة بهذه القاعدة.

و المقام كذلك.

(8) قال في الجواهر: «أما الصيغة فلا خلاف في اعتبارها فيه، بل الإجماع بقسميه



لا بمجرد (1) الإذن في مطلق التصرف.

و لأجل ما ذكرنا (2) صرّح المشهور- بل قيل لم يوجد خلاف في - «أنه لو دفع إلى غيره مالا، وقال: اشتر به لنفسك طعاما، من غير قصد الإذن في

---

عليه، فلا يكفي التراضي مطلقا. وصيغته هي: أحللت لك وطئها، أو: جعلتك في حلّ من وطئها» (1).

(1) يعني: لا- يحصل التحليل بالإذن في مطلق التصرف، كما لا يصح العتق والبيع به. ففي المقام لا يجوز لغير المالك البيع والعتق اعتمادا على إباحة المالك المطلقة.

(2) من كون البيع تبديل طرفي الإضافة، ودخول كل من العوضين في كيس من خرج عنه الآخر صرّح المشهور بأنّ المالك لو دفع مالا إلى غيره، وقال له:

«اشتر به لنفسك طعاما» لم يصح هذا الشراء، لبقاء المال على ملك الدافع مع عدم وصول عوضه- وهو الطعام- إليه. نعم لو قصد أحد الأمور الثلاثة صحّ و جاز للاخذ التصرف في الطعام:

الأول: أن يقصد الدافع الإذن في أن يقترض الآخذ المال لنفسه قبل شراء الطعام، فيتملك المال بالقرض، فيشتري بمال نفسه.

الثاني: أن يقصد الدافع الإذن للاخذ في أن يقترض الطعام بعد أن اشتراه من مال الدافع.

الثالث: أن يأذن الدافع للاخذ في أن يشتري طعاما في ذمة نفسه، ثم يؤدّي دينه بمال الدافع، فيتملك الآخذ الطعام بالشراء لنفسه، و يصير مديونا للدافع بماله الذي أدّى به دينه.

فبناء على كل واحد من هذه الوجوه الثلاثة يصحّ دفع المال و شراء الطعام به، لفرض تحقق المعاوضة الحقيقية حينئذ.

---

(1): جواهر الكلام، ج 30، ص 298

ص: 104

اقتراض المال قبل الشراء (1) أو اقتراض الطعام (2) أو استيفاء الدين منه بعد الشراء (3) [1] لم يصح» (4) كما صرح به (5) في مواضع (6) من القواعد.

(1) لأنه باقتراض المال يصير مالكا له، فيشتري بمال نفسه، فتتحقق المعاوضة الحقيقية حينئذ، لدخول المثلث في كيسه بدل المال الذي اقترضه.

(2) هذا الطريق الثاني لتصحيح دفع المال و شراء الطعام، وهو في صورة بقاء المال على ملك الدافع، ودخول المثلث في ملكه، غايته أنه بعد البيع يقترض الطعام عن الدافع، فيملك الطعام.

(3) يعني: أنه يشتري الطعام على ذمته، ثم يوفي دينه من مال الدافع، والأولى بتبديل الاستيفاء بالأداء، أو الوفاء، أو نحوهما كما لا يخفى.

ولعلّ المصنف اعتمد على نقل كلام المحقق الثاني قدس سرّه في استثناء هذه الموارد الثلاثة، حيث قال: «إلا أن يعلم بقريضة أنه يريد قضاء طعامه بالدرهم وإن كانت من غير الجنس. أو يريد قرضه إياها، أو شراؤه لمن عليه الطعام و استيفاؤه بعد الشراء.

و يكون التعبير بكون الشراء له- أي للاخذ- أثلا إلى ذلك» «1».

(4) جواب «لو» في قوله: «لو دفع إلى غيره».

(5) أي: بعدم الصحة.

(6) منها: كلامه في هذه المسألة، حيث قال: «و كذا لو دفع إليه مالا و أمره بشراء طعام له لم يصح الشراء ولا تتعین له بالقبض، أمّا لو قال: اشتر به طعاما و اقبضه لي، ثم أقبضه لنفسك صح الشراء. و في القبض قولان» «2».

و منها: في مسألة الأمر بعتق عبد الغير، و قد تقدم في (ص 94).

[1] أورد السيد قدس سرّه عليه بأنّ إشكال الشراء للنفس بمال الغير يجري في أداء

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 400

(2) قواعد الأحكام، ص 57 (الطبعة الحجرية).

---

(1) يعني: وعلل العلامة في بعض مواضع القواعد عدم صحة دفع المال- بدون قصد أحد الأمور الثلاثة- بأنه لا يعقل .. إلخ. و لا يخفى أن الموجود في عبارة القواعد «البطالان» لا عدم المعقولية، ولعل المصنف ظفر بعدم المعقولية في موضع آخر من

---

الدين بمال الغير، فهما مشتركان إشكالا و دفعا «1».

لكن أجاب المحقق الأصفهاني عنه بالفرق، حيث إن محذور الشراء بمال الغير هو امتناع المعاوضة الحقيقية، المقتضية لدخول كل من العوضين في ملك الآخر، فلا يعقل تملك المشتري للطعام مع خروج العوض عن ملك المستدعي والآخر.

بخلاف أداء الدين، فإنه ليس فيه معاوضة أصلا بين عينين، لاستقرار الكلي في ذمة المديون، ولا مانع من أدائه بملك الغير بإذنه.

نعم لو قيل بوقوع الفرد طرفا للمعاملة بمجرد انطباق الكلي عليه، أو أن نفس وفاء الدين مبادلة، فيلزم دخول العوض في ملك شخص و خروج المعوض عن ملك شخص آخر لكان الأداء بمال الغير كالشراء به في الامتناع.

لكنه ممنوع. أما الأول فلاستحالة خروج المعاملة من حدّ إلى حدّ آخر، فحيث كان الثمن كلياً مستقرا في الذمة امتنع أن ينقلب إلى العين الشخصية التي يحصل بها الأداء.

و أمّا الثاني فلأنّ الوفاء ليس بنفسه معاملة و مبادلة، بل محض تطبيق الكلّي على فرده.

بل و كذا الأمر في الوفاء بغير الجنس، فإنّ مرجعه إلى رفع اليد عن الخصوصية و القناعة بأصل المالية، فتدبرّ «2».

---

(1): حاشية المكاسب، ص 80

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 42

بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بـمال الغير (1)». و هو (2) كذلك، فإنّ (3) مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه، و إلا (4) لم يكن عوضاً و بدلاً [1].

ولما ذكرنا (5) حكم الشيخ وغيره بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة

---

كلمات العلامة، أو نقل بالمعنى.

(1) هذا التعليل يرجع إلى كون الإشكال في صحة التصرف المتوقع على الملك الذي أبيع له من ناحية المالك عقلياً، لأنّ مفهوم المعاوضة بناء على ما في المتن - من كون مقتضاه دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه - عدم تعقل تحقق المعاوضة حينئذ.

(2) يعني: أنّ تعليل البطلان بعدم المعقولية - الذي أفاده العلامة - متين.

(3) هذا وجه متانة التعليل.

(4) أي: وإن لم يدخل العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه لم تتحقق المعاوضة أصلاً.

(5) يعني: ما ذكره قبل أسطر في نفي مشروعية إباحة جميع التصرفات، حيث قال: «إذ المفروض أنّه لم يدل دليل شرعي بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة».

و على هذا فمقصود المصنف تأييد إشكاله - في إباحة جميع التصرفات - بنقل عبارتين، إحداهما من شيخ الطائفة، و الأخرى من الشهيد، فالشيخ قدس سرّه أفتى في الهبة المعاطاتية بإباحة التصرف غير المتوقع على الملك - كالوطني - في العين الموهوبة إذا تجرّدت الهبة عن الصيغة، و ذلك لأنّ جواز الوطني متوقف على الملك، و المفروض أنّ

---

[1] سيأتي في التعليقة أنّ البيع متقوم بالتعاوض بين المالكين، مع الغصّ عن المالكين، بل مع عدم مالك في البين، كبيع الوقف العام بتمثله، فراجع.

التصرف، لكن لا يجوز وطى الجارية، مع أنّ الإباحة المتحققة من الواهب يعمّ جميع التصرفات (1).

وعرفت (2) أيضا: أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس والزكاة و ثمن الهدى، ولا وطى الجارية.

مع (3) أنّ مقصود المتعاطين الإباحة المطلقة.

و دعوى (4) «أنّ الملك التقديري

---

الهيئة المعاطاتية لا تفيد الملك، بل إباحة التصرف غير المتوقع على الملك.

(1) لكن لا عبرة بهذه الإباحة المالكية العامة لمطلق التصرفات، بعد عدم الدليل على مشروعيتها.

(2) مقتضى السياق أن يكون معطوفا على قوله: «حكم الشيخ» يعني: كما حكم الشيخ بحرمة ..، فكذا منع الشهيد من إخراج المأخوذ بالمعاطة، ولكن لا يستقيم العطف.

و كيف كان فقد حكى المصنف قدّس سرّه كلام الشهيد في مواضع، منها: في الأقوال في المعاطة، قال: «مع أن المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة و كوطى الجارية» (1).

ومنها: في التنبيه الأوّل من تنبيهات المعاطة، وقد تقدم في (ص 28).

(3) يعني: أنّ المتعاطين وإن قصدا الإباحة المطلقة الشاملة للتصرف المنوط بالملك، لكنّها غير ممضاة شرعا بالنسبة إلى ما يتوقف على الملك.

(4) الغرض من هذه الدّعى الإشكال على قوله: «و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص .. إلخ». وقد عرفت فيما نقلناه من كلام الجواهر أنّه قد استدلّ بهذه الدّعى على مشروعية الإباحة المطلقة.

و محصل الدعوى: أنّ الجميع بين الأدلة- المقتضى لتقدير الملك أنا ما-

---

(1): لاحظ الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 256

هنا (1) أيضا (2) لا يتوقف على دلالة دليل خاص (3)، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم: الناس مسلّطون على أموالهم، الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك. نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديري» مدفوعة (4)

لا يتوقف على وجود دليل خاص يدلّ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، بل يكفي في الالتزام بالملك التقديري كونه مقتضى الجمع بين عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» الذي هو دليل جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة بالملك التقديري في مثل «أعتق عبدك عني».

(1) أي: في مورد البحث وهو الإباحة المطلقة.

(2) يعني: كما في صورة الأمر بعتق عبد الغير عن نفس الأمر، فإنّ دلالة الاقتضاء فيها كافية في لزوم الجمع بين الأدلة المقتضى للملك التقديري.

(3) في قبال ما يقتضيه الجمع بين الأدلة، فالمراد بالدليل الخاص ما يكون مضمونه تحقق الملك التقديري في بعض الموارد، كالمقام وهو إباحة أنحاء التصرفات.

(4) خبر «دعوى» ودفع لها، ومحصله: عدم صلاحية عموم دليل السلطنة لأن يكون دليلا على جواز الإباحة المزبورة، كما أشار إليه في الوجه الثاني بقوله: «وإثبات صحته بعموم مثل الناس مسلّطون على أموالهم يتوقف على .. إلخ».

وجه عدم صلاحيته هو: أنّ دليل السلطنة ليس مشرعا بحيث يكون دليلا على جواز تصرف شك في مشروعيته، لعدم دليل عليها، أو مخصّصا لعموم ما دلّ على عدم مشروعيته، إذ لو كان كذلك لكان المناسب أن يقال: «الناس مسلّطون على أحكامهم» لا «على أموالهم».

وعلى هذا فالقاعدة السلطنة بصدد بيان عدم كون المالك محجورا عن التصرفات المباحة شرعا للمالك في ماله، فإذا لم يكن مشرعا فلا يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع ونحوه على الملك حتى يجمع بينهما بالملك

بأنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا- على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا [1].

التقديري.

وإن شئت فقل: إنّ أدلة توقف البيع ونحوه على الملك حاکمة على عموم السلطنة.

بتقريب: أنّ موضوع السلطنة المجعولة للمالك هو التصرفات المحرز جوازها بأدلتها، فكأنّه قيل: «كل تصرف في الملك ثبت مشروعيته كان المالك مسلّطاً عليه» هذا من جهة.

و من جهة أخرى يدل مثل قوله عليه السلام: «لا عتق إلا في ملك» على توقف صحة العتق بإنشائه من المالك مباشرة أو تسبيبا، وأنّه ليس من التصرفات الجائزة للمالك أن يبيح للغير عتق عبده لنفسه، فتخرج حينئذ إباحة عتق غير المالك عن موضوع دليل السلطنة.

ولا- يبقى مجال للجمع بينه وبين سائر الأدلة بالملك التقديري، لتوقف الجمع بين الدليلين المتعارضين على تحقق موضوع كلّ واحد منهما، و من المعلوم أنّ الدليل الحاكم يتصرّف في موضوع الدليل المحكوم و يبيّن حدوده، و لا يستقرّ التعارض حتى تترتب أحكامه عليه، من الجمع و التساقط أو التخيير، و غير ذلك.

و نظير المقام حكومة دليل عدم جواز عتق عبد الغير على عموم وجوب

[1] استظهار دلالة قاعدة السلطنة هنا على نفوذ تصرفات المالك في كل ما هو جائز بذاته ينافي استظهار مشروعيتها للمسببات كالبيع و الصلح و الإجارة و نحوها من المعاملات، على ما سبق في أدلة مملّكية المعاطاة و أدلة لزومها، و قد ذكرنا هناك اختلاف كلمات المصنف قدّس سرّه في مدلول القاعدة، فلاحظ.

ص: 110

فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته (1) في الشريعة، و من المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل (2) و النقل (3) الدال (4) على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا يشمل (5) العموم في «الناس مسلطون على أموالهم» حتى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك

---

الوفاء بالنذر و العهد، فيما إذا نذر عتق عبد الغير، فهل يصح أن يقال بالملك التقديري أنا ما؟

(1) المراد بالجائز الذاتي هو التصرف الذي ثبت حليته للمالك مع الغض عن دليل السلطنة، فتقتضي قاعدة السلطنة استقلاله في ذلك التصرف و عدم كونه محجورا عنه. و أمّا مثل عتق المباح له لعبد المبيح- بحيث يقع العتق للمباح له لا للمبيح- فليس من شؤون سلطنة المالك على ماله حتى تجوز إباحته للغير.

(2) بناء على كون مفهوم المعاوضة تبادل الإضافتين الملكيتين عقلا.

(3) بناء على دلالة الدليل الشرعي- ولو إمضاء- على التبادل بين الإضافتين الملكيتين.

(4) صفة للعقل و النقل، لا للمقتضي، إذ المقصود أن العقل و النقل يقتضيان دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه، فإذا باع المباح له مال المبيح لنفسه لا للمبيح لم يدخل العوض في كيس مالك المعوض، فلم يتحقق مفهوم المعاوضة لا عقلا و لا نقلا. و عليه فالأولى أن يقال: «الدالين» لثلا يتوهم كونه وصفال «مقتضى».

(5) هذه نتيجة قوله: «غير جائز» يعني: إذا كان موضوع قاعدة السلطنة خصوص التصرفات المشروعة- بأدلتها- كانت إباحة المالك لغيره البيع أو العتق أجنبية عن مدلول القاعدة.



فيجمع (1) بينهما بالتزام الملك التقديري أنا ما.

و بالجملة (2): دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم (3) على عموم «الناس مسلطون على أموالهم» الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها (4)، نظير (5) حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالندرج و العهد إذا ندر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر.

(1) بالنصب، يعني: لا تعارض بين دليل السلطنة وبين «لا عتق إلا في ملك» حتى يجمع بينهما بالملك التقديري الآتائي، كما جمعوا به في مثل قول الأمر: «أعتق عبدك عني». ووجه عدم التعارض ما عرفت من حكومة «لا عتق إلا في ملك» عليه، كحكومة «لا شك لكثير الشك» على أدلة أحكام الشكوك.

(2) هذه خلاصة ما أفاده في ردّ الجمع بالملك التقديري بقوله: «مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم...» إلى هنا.

(3) وجه الحكومة: أنه رافع لموضوع دليل السلطنة و هو الجواز، لأنه يدلّ على بطلان بيع مال الغير لنفسه أو عتقه كذلك.

(4) متعلق ب «إمضاء» و الضمير راجع إلى الإباحة.

(5) يعني: أنّ عموم قاعدة السلطنة يكون نظير عموم قوله عليه السلام: «ف بندرك» إذا نذر شخص عتق عبد غيره، سواء قصد عتقه عن مالكة أو عن نفسه، فمثله لا يجب الوفاء به، لأنّ الواجب هو الوفاء بما إذا نذر عتق عبد نفسه لا عبد غيره.

و على هذا فليل توقف صحة العتق على إعتاق مالكة له رافع لموضوع دليل وجوب الوفاء بالندرج. و لم يلتزم فقيه بدخول العبد المنذور عتقه في ملك الناذر أنا ما حتى يعتق في ملكه، أداء لندرجه. لما عرفت من أنّ الجمع بين الدليلين منوط بوحدتهما رتبة، لا حكومة أحدهما على الآخر.

والمقام كذلك، لحكومة دليل إناطة البيع و العتق بالملك على دليل السلطنة.

نعم (1) لو كان هناك تعارض و تزامم (2) من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري (3) أنا ما،

(1) هذا استدراك على ما أفاده قدّس سرّه من امتناع الجمع - بالملك الأناثائي - بين عموم دليل السلطنة و دليل توقف البيع على الملك، حيث قال قبل أسطر: «فلا يشملها العموم .. حتى يثبت التنافي .. فيجمع بينهما بالالتزام الملك أنا ما».

و حاصل الاستدراك: أنّ الدليل على مشروعية إباحة جميع التصرفات حتى المتوقّفة على الملك ليس منحصرًا في قاعدة السلطنة حتى يمتنع الالتزام بالملك الأناثائي من جهة وجود الدليل الحاكم عليها، بل هناك دليل آخر اعتمد عليه صاحب الجواهر قدّس سرّه - على ما تقدم من كلامه في التنبيه الأول - و هو أخبار إناطة حلية التصرف في مال الغير بطيب نفس مالكة، و هي غير محكومة بدليل توقف العتق على الملك، بل هما متعارضان، لاتحادهما رتبة، فتلك الأخبار تدلّ على حليّة كل تصرف في مال الغير عند رضاه و طيب نفسه، سواء أ كان ذلك التصرف مما يكفي في حليّته إذن المالك، أم كان متوقفا على الملك. و دليل إناطة صحة البيع و العتق بالملك يقتضي وقوعهما من المالك لا من المباح له، فعتق المباح له مجمع دليلين يقتضي أحدهما صحته، و الآخر بطلانه.

ولمّا كان الجمع بين الدليلين - مهما أمكن - أول من الطرح أمكن الالتزام بالملك الأناثائي، بأن يدخل العبد في ملك المباح له أنا قبل عتقه حتى يقع في ملكه.

و بناء على هذا لا مجال لإنكار الإباحة المطلقة، بل ينبغي القول بصحتها بالالتزام بالملك القهري أنا ما.

(2) المراد بالتزام هنا التنافي في مرحلة الجعل، و هو التعارض المصطلح، و لا يراد به التمانع في مرحلة الامتثال المعبر عنه بالتزام المأموري.

(3) أي: بغير أسبابه المعهودة من البيع و الهبة و غيرهما. ثم إنّ المراد بالملك به

هو الملك الحقيقي، لا الفرضي التقديري، لأنّ المعترف في البيع عندهم هو الملك الحقيقي.

(1) لعله إشارة إلى: أنّ الجمع بالملك التقديري تبرّعي لا- شاهد عليه، فلا بد من الرجوع إلى مقتضى قواعد التعارض وهو التوقف و الرجوع إلى القواعد، أو الترجيح مع المرجح والتخير بدونه. لا الالتزام بالملك أنا ما. هذا إذا كان التعارض بالتباين.

وإن كان بالعموم والخصوص تعيّن التخصيص، فتصير أخبار طيب النفس كقاعدة السلطنة في قصورهما عن إثبات جواز الإباحة المطلقة، لكن الفرق بينهما في أنّ القاعدة محكومة، والأخبار مخصّصة، والنتيجة واحدة.

(2) هذا وجه ثالث لتصحيح الإباحة المطلقة بالالتزام بالملك التقديري بعد أن تعذّر الجمع بنحو الملك الآتي. وقد سبق الإشارة إليه أيضا في قوله: «و دعوى: أنّ الملك التقديري هنا لا يتوقف على دلالة دليل خاص» و ناقش فيه المصنف بأنّه لا موضوع في المقام للجمع بين الأدلة بالملك الفرضي.

و حاصل ما أفاده هنا هو: تصحيح الإباحة المطلقة بوجود نظائر لها في الشريعة المقدسة ممّا يمكن أن يستأنس بها للمقام.

منها: ما ذكره في تصرف الواهب ببيع العين الموهوبة من دون أن يفسخ العقد قولاً، و لا أن يستردّ العين من المتهم:

و منها: تصرفه في العبد الموهوب بعقده.

و منها: تصرف ذي الخيار- فيما انتقل عنه بعقد خيارى- بمثل البيع و العتق و الوقف.

ففي هذه الفروع جمعوا بين الأدلة بالملك التقديري حتى يقع تصرف الواهب و ذي الخيار في ملك نفسه. وليكن المقام من هذا القبيل، فالجمع بين دليل حلّية إباحة

في الآن المتعقب (1) بالبيع والعتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه (2).

كل تصرف و بين دليل توقف البيع والعتق على الملك يقتضي الالتزام بصحة هذه الإباحة، و صيرورة المال ملكا تقديريا للمباح له حتى يقع بيعه و عتقه في ملكه. و مع إمكان الجمع بهذا النحو بين الأدلة. لا يبقى مجال لتخصيص دليل الإباحة المطلقة بما دلّ على إناطة مثل البيع بالملك، بل يقال ببقاء المال على ملك المبيع، و يقدر دخوله في ملك المباح له بإرادة بيعه، هذا.

و أجاب المصنف عنه بمنع قياس المقام برجوع الواهب و ذي الخيار، للفرق بين الملك التقديري الفرضي الذي التزموا به في مالكية الميت لدية الجناية و بين ملك الواهب و ذي الخيار، فإنه ملك حقيقي آني في قبال الملك المستقر، لأن تصرفهما في العين ببيع و نحوه كاشف عن عودها إلى ملكيهما حقيقة و لو آنا ما. و هذا بخلاف مالكية الميت للدية، فإنها مجرد فرض، لا تمتاع تملكه حتى في آن واحد، و لذا يفرض كونه مالكا للدية مقدّمة لصرفها، و يقولون إنّها بحكم مال الميت.

و الحاصل: أنّ كلاً من الملك الحقيقي و الفرضي منوط بدليل شرعي، و لو كان هو الجمع بين الأدلة، و المفروض كونه مفقودا في إباحة جميع التصرفات.

ثم إنّ الفرق بين الوجوه الثلاثة المذكورة إلى هنا لتصحيح الإباحة المطلقة هو:

أنّ الملكية في الوجه الأوّل مجعولة من المتعاقدين ابتداء. و في الوجه الثاني مجعولة ابتداء من الشارع، لكونها مقتضى الجمع بين الدليلين. و في الثالث مجعولة من الشارع أيضا، نتيجة للإيقاع، حيث إنّ فسخ الهبة أو البيع و رجوع الملك إلى مالكه يكون بالإيقاع لا بجعل الواهب أو ذي الخيار، لكن الملك في الوجه الأوّل يكون مضمون العقد.

(1) بصيغة المفعول، أي الآن الذي يتعقبه البيع والعتق.

(2) قد سبق توضيح تملك الواهب بفسخه الفعلي في ما يتعلق باستبعادات

فليس (1) ملكا تقديريا (2) نظير (3) الملك التقديري في الدية (4) بالنسبة إلى الميت، أو (5) شراء العبد المعتك عليه، بل (6)

---

كاشف الغطاء قدس سره «1».

(1) جواب «و أمّا» و هذا ردّ الدليل الثالث، و قد أوضحناه بقولنا: «و أجب المصنف عنه بمنع قياس المقام .. إلخ».

(2) أي: فرضيّا، بل هو ملك حقيقي حاصل في وعاء الزمان و لو في آن واحد.

(3) هذا مثال للمنفى و هو الملك التقديري، يعني أنّ الملك في باب الدية فرضي لا حقيقي.

(4) كون الملك فيها تقديريّا لأجل عدم معقولية إضافة الملكية- التي هي إضافة التبعية و المتبوعية- بالنسبة إلى الميت، لأنّه جماد كالمال، و لا معنى لتبعية أحد الجمادين للآخر، بل لا بدّ من جعل الدية بمنزلة مال الميت و بحكمه، لا أنّه ملك الميت حقيقة. و هذا التقدير ناظر إلى حال الحياة ليرتّب عليه آثار ملك الميت من إنفاذ وصاياه و إيفاء ديونه من الدية.

و فرق بين دية القتل و بين دية الجناية على أعضائه بعد الموت، فإنّها تصرف في الوجوه البريّة، إجماعا كما ادّعاها غير واحد، و لا تدرج في «ما تركه الميت» حتى تورث. بخلاف دية القتل، فإنّها تدخل في «ما تركه الميت» و تنتقل إلى الوارث كسائر تركته.

فالمصرف في الديتين مختلف، لكن ملكها للميت فرضا مشترك بين دية القتل و دية الجناية على الأعضاء بعد الموت.

(5) معطوف على «الدية» يعني: أنّ للملك التقديري موردا ثانيا في الفقه، و هو شراء العبد المعتك على المشتري.

(6) هذا متعلق بقوله: «فليس ملكا تقديريا» و مقصوده إبطال قياس المقام-

---

(1): راجع الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 352

ص: 116

هو ملك حقيقي (1) حاصل قبل البيع، من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله (2) في الآن المتصل بناء (3) على الإكتفاء بمثل هذا في الرجوع، وليس (4) كذلك فيما نحن فيه.

وبالجملة (5): فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمني المذكور

و هو الملك التقديري لو قيل به- بمالكية الواهب و ذي الخيار، فإنها حقيقية آنية جمعا بين الأدلة.

(1) لكّنه أنّي، و هو غير ضائر بحقيقته المتقومة بالحصول في وعاء الزمان.

(2) أي: قبل البيع.

(3) و أمّا بناء على عدم كاشفية البيع عن الرجوع قبله، و قلنا بتوقف الرجوع على إنشائه باللفظ أو باسترداد العين كان بيع الواهب باطلا، لعدم وجود كاشف عن عود المال إلى ملكه.

(4) يعني: أنّ ما تقدم من تصحيح بيع الواهب بملكه الحقيقية الآنية- و كذا في مالكية الميت تقديرا و فرضا لديته- إنّما هو من جهة وجود الكاشف عن هذا النحو من الملك، و هو الجمع بين الأدلة. و لا موضوع له في المقام حسب الفرض، لما عرفت من أنّ دليل الإباحة المطلقة إمّا محكوم و إمّا مخصّص.

(5) هذا تلخيص ما تقدم من الوجوه الثلاثة التي أفادها لدفع الإشكال الأوّل المشترك بين القسم الثالث و الرابع، و هو الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على صدورها من المالك مباشرة أو تسبيبا.

و غرضه قدّس سرّه عدم انطباق شيء من تلك الوجوه الثلاثة على ما نحن فيه.

أمّا الوجه الأوّل- و هو التمليك الضمني الموجود في مثال: أعتق عبدك عنّي- ففقده في المقام و هو الإباحة المطلقة واضح، لعدم القصد المقوم للتمليك الضمني فيه و لو قصدا إجماليا. و أمّا الوجهان الثاني و الثالث فسيأتي بيان أجنبيتهما عن المقام.

أولاً (1) في «أعتق عبدك عني» لتوقفه (2) على القصد (3).

و لا (4) على الملك المذكور ثانياً (5) في شراء من ينعق عليه (6)، لتوقفه (7) على التنافي بين دليل التسلّط و دليل توقف العتق على الملك،

(1) و هو ما تقدّم بقوله: «أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك إنشاء توكيل له في بيع ماله .. كما صرّح في التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد: أعتق عبدك عني بكذا استدعاء لتمليكه .. إلخ».

(2) تعليل لقوله: «لا ينطبق» يعني: أنّ المبيح ليس قاصداً للتمليك الضمني حتى يلتزم به، بخلاف قول الأمر: «أعتق عبدك عني» فإنّه قاصد للتمليك الضمني، إذ بعد العلم بتوقف العتق على الملك لا بدّ من قصد التوكيل و تملك العبد حتى ينعق في ملكه.

(3) و لو إجمالاً و ارتكازاً لا تفصيلاً.

(4) معطوف على «التمليك الضمني».

(5) و هو ما تقدّم بقوله: «الثاني: أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة .. فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص أنا ما .. للجمع بين الأدلة»

(6) هذا ردّ الوجه الثاني، و هو تقدير الملك في شراء من ينعق عليه، و وجه فقدانه في المقام هو عدم الدليل عليه هنا- أي في الإباحة- حتى يقع التنافي بينه و بين دليل توقف العتق و نحوه على الملك، فنلتجئ بالالتزام بالملك الآتي، لما مرّ من أن دليل السلطنة لا يصلح لأن يكون مستنداً للإباحة إلا إذا كان مشرعاً، و المفروض عدم مشرعيته، فلا وجه للالتزام بالملك أنا ما في الإباحة المطلقة، لتوقفها على دلالة دليل على مشروعيّتها حتّى نلتزم به، كما نلتزم بالملك الآتي في شراء من ينعق عليه، جمعاً بين دليل صحّة شراء من ينعق عليه و بين دليل عدم ملكيته، فإنّ التنافي بينهما أوجب الجمع بينهما بالملك الآتي.

(7) تعليل لقوله: «و لا على الملك المذكور ثانياً» يعني: أنّ الجمع بين الأدلة

وعدم (1) حكومة الثاني على الأول.

ولا (2) على التملك الضمني المذكور ثالثا (3) في بيع الواهب و ذي الخيار، لعدم (4) تحقق سبب الملك هنا (5) سابقا (6)

بالمملك الآني يتوقف على أمرين:

أحدهما: التنافي بين الدليلين بعد تمامية المقتضي للحجية في كل منهما.

الثاني: عدم حكومة أحدهما على الآخر، فلو لم يكن تناف أصلا، أو كان التنافي البدوي و ارتفع بحكومة أحدهما على الآخر لم يبق دليل على الملكية الآتية.

(1) معطوف على «التنافي» يعني: لتوقف التنافي على عدم حكومة الثاني على الأول.

(2) معطوف على «التمليك الضمني» يعني: و لا ينطبق ما نحن فيه على التملك الضمني المذكور ثالثا. وهذا إشارة إلى فقدان الوجه الثالث، و هو الالتزام بالمملك الآني في بيع الواهب للعين الموهوبة قبل صيرورة الهبة لازمة، و في بيع ذي الخيار.

وجه فقدانه في المقام هو وجود سبب الملك أعني إرادته قبل تحقق البيع في بيع الواهب أو عتقه، و كذا في بيع ذي الخيار. بخلاف ما نحن فيه، فإن إرادة الملك فيه مفقودة، إذ المفروض أن المبيع المالك لم يقصد التملك، و المباح له لم يقصد التملك عند البيع، هذا.

(3) و هو ما تقدم بقوله: «و أمّا حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع و العتق .. إلخ».

(4) تعليل لقوله: «و لا على التملك الضمني المذكور ثالثا ..» و قد تقدم توضيحه.

(5) يعني: في الإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك.

(6) أي: السابق على البيع و لو بآن، و هو ظرف لقوله: «تحقق سبب الملك».



بحيث (1) يكشف البيع عنه (2)، فلم يبق (3) إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرّح (4) بذلك، كما لو قال: «بع مالي لنفسك، أو: اشتر بمالي لنفسك» أم (5) أدخله (6) في عموم قوله: «أبحت لك كل تصرف». فإذا باع المباح له على هذا الوجه (7) وقع البيع للمالك، إمّا لازماً بناء على أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثّر (8)، أو موقوفاً (9) على الإجازة، بناء على أنّ المالك لم ينو تملّك

---

(1) هذا بيان لتحقق الملكية الآتية السابقة على البيع والعتق ونحوهما ممّا يتوقف على الملك، فهذه الملكية متحققة في رجوع الواهب وذي الخيار، وغير متحققة في إباحة أنحاء التصرفات.

(2) أي: عن الملك الآتي السابق على البيع.

(3) هذه نتيجة أجنبية المقام عن تلك الوجوه الثلاثة، حيث إنّه بعد فقد دليل الصحة يتعيّن الحكم ببطلان الإباحة المطلقة.

(4) أي: صرّح المبيح بالإذن للمباح له في بيع المال لنفسه لا للمبيح.

(5) عدل لقوله: «صرّح» أي: لم يصرّح المبيح بالإذن في خصوص البيع، ولكنه أباح كل تصرف، ومنه البيع.

(6) أي: أدخل الإذن- في بيع ماله لغيره- في عموم قوله: «أبحت لك .. إلخ».

(7) أي: على وجه الإذن في التصرف في المال، إمّا بالتنصيص على البيع، وإمّا بالإذن العام الشامل له ولغيره.

(8) لأنّ مقتضى التعاوض بين المالكين- بناء على ما قيل- هو دخول كل مال في كيس من خرج عنه الآخر. ووجه لزومه هو كون المباح له مأذوناً في البيع كالوكيل، فينفذ كلّ تصرف منه في المال المباح له.

(9) معطوف على «لازماً» والوجه في توقف البيع على الإجازة هو: أنّ المبيح لم يقصد تملّك الثمن، لزعمه وقوع البيع للمباح له، ودخول الثمن في ملكه. ولّمّا لم تثبت مشروعية هذه الإباحة كان بيع المباح له فضولياً، لكونه تصرفاً في مال المبيح بغير

الثلث (1)، هذا.

ولكن (2) الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمهما الله في باب

إذن صحيح، فيتوقف وقوع البيع للمبيح وتملكه للثلث على إجازته.

(1) إذ لو نوى المالك تملك الثلث - حين إباحة ماله للغير - لم تتوقف صحة بيع المباح له على إجازة المبيح، لوقوع البيع للمالك من جهة كون الإذن توكيلاً للمباح له، ومن المعلوم نفوذ تصرف الوكيل كالأصيل.

وقد تحصل من كلمات المصنف إلى هنا: أن إباحة جميع التصرفات غير صحيحة، لعدم الدليل على مشروعيتها.

(2) غرضه النقض على ما ذكره من عدم جواز التصرفات المتوقفة على الملك بمجرد إباحة التصرف. توضيحه: أن جماعة بنوا على أن الغاصب إذا باع العين المغصوبة بثمن مع علم المشتري بغصبية المبيع جاز للغاصب أن يشتري بذلك الثلث متاعاً ويملك المثلث. وليس للمشتري إجازة شراء الغاصب، لأنه يدفع الثلث إلى الغاصب البائع للمغصوب - مع علمه بغصبية المبيع - أباح للغاصب التصرف في الثلث بحيث يصير مالكا لبدله.

وكذا الحال فيما حكى عن المختلف من جواز وطى الجارية التي اشتراها بعين مغصوبة مع علم بائعها بغصبية الثلث. فإن هذين الموردين منافيان لما ذكرناه من عدم جواز التصرف المتوقف على الملك بمجرد الإباحة.

وهكذا الكلام فيما نحن فيه، يقال: إن المباح له وإن لم يصر مالكا، إلا أنه إذا اشترى بمال المبيح شيئاً ملك المبيع، أو إذا باعه ملك الثلث، فهو كالغصب الذي يبيع العين المغصوبة، فإنه يصح تصرفه في الثلث بشراء شيء به، ويملك المثلث مع عدم كونه مالكا للثلث.

وعليه لا وجه لما ذكره الماتن بقوله: «أو موقوفا على الإجازة» إذ ليس للمالك المسلط إجازة تصرف بيع المباح له ووقفه وعتقه.

بيع الغاصب أنّ (1) تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الإذن (2) في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب (3) به شيئاً، و أنّه (4) يملك المثلثن بدفعه إليه، فليس للمالك (5) إجازة هذا الشراء (6).

و يظهر (7) أيضاً من محكي المختلف، حيث استظهر من كلامه- فيما

---

(1) خبر «و لكن» و العبارة منقولة بالمعنى، قال السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه:

«و المنقول عن قطب الدين في بيان إشكال الكتاب- أي الإشكال المذكور في القواعد في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب- أنّه في التبع، و وجهه بأنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، و لهذا لو تلف لم يكن له الرجوع عليه.

و لو بقي ففيه وجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه...» ثم حكى كلام الشهيد في حواشي القواعد، فراجع (1).

(2) معطوف على تسليط، يعني: كالإذن و الإباحة فيما نحن فيه.

(3) يعني: شراء الغاصب لنفسه بالثمن الذي أخذه من المشتري.

(4) معطوف على «جواز» يعني: أنّ تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن- مع علم المشتري بغصبية المبيع- يوجب جواز شراء الغاصب بالثمن و صيرورته مالكا للمثلثن بسبب دفع المشتري- العالم بالغصبية- الثمن الى الغاصب. يعني: أنّ ملكية المثلثن له مسببه عن ملكية الثمن له، الناشئة من دفع المشتري له إلى الغاصب.

(5) أي: ليس لمالك الثمن- و هو الذي اشترى من الغاصب- إجازة شراء الغاصب، إذ المفروض صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب و أجنبياً عن المشتري، فليس له الإجازة.

(6) هذا ما نقله المصنف عن قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهما.

(7) معطوف على «يظهر من جماعة» أي: و يظهر أن تسليط.. إلخ من العلامة كما ظهر من قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهم. و لعلّ الوجه في أفراد كلام العلامة قدّس سرّه بالذّكر

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 192

ص: 122

وعدم ضمّه إلى كلام قطب الدين الرازي و الشهيد قدّس سرّه ما هو عدم صراحة عبارة المختلف في أنّ بائع الجارية يسلّط المشتري- الغاصب للثمن- على مملوكته، و إنّما يستبيح المشتري التصرف فيها.

و الأولى ملاحظة نصّ كلامه، فنقول: نقل في باب الغرر و المجازفة حكّمين متغايرين عن شيخ الطائفة، أحدهما في النهاية، و الآخر في المسائل الحائرية، فقال:

«قال الشيخ في النهاية: من غصب غيره مالا و اشترى به جارية كان الفرج له حاللا، و عليه وزر المال، و لا يجوز أن يحج به» ثم حكى جواب الشيخ في المسائل الحائرية الذي نقله الحلّي في السرائر بما لفظه: «فأجاب الشيخ: إن كان الشراء وقع بعين المال كان باطلا و لم يصح جميع ذلك. و إن كان الشراء قد وقع بمال في ذمته كان الشراء صحيحا، و قبضه ذلك المال فاسدا، و حلّ له وطي الجارية و غلّة الأرض و الشجر، لأنّ ثمن الأصل في ذمته» و استصوب ابن إدريس هذا الجواب.

ثم قال العلامة: «أقول: كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين. أحدهما: ما ذكره من أنّ الشراء بالمال أعمّ من أن يكون بالعين أو في الذمّة .. و الثاني: أن يكون البائع عالما بأنّ المال غصب، فإنّ المشتري يستبيح وطي الجارية. و عليه وزر المال و إن كان الشراء وقع بالعين» «1».

و هذه الجملة الأخيرة هي محطّ نظر المصنّف قدّس سرّه، إذ ربما يستفاد منها أنّ بائع الأمة سلّط المشتري على التصرف في المبيع- و هي الأمة- مع علمه بعدم تحقّق المعاوضة من جهة كون الثمن مغبوبا و غير مملوك للمشتري، و من المعلوم توقف جواز وطي الأمة على الملك، أو التحليل المنشأ بصيغة خاصة.

و قد اتّضح من نقل عبارة المختلف أمران:

الأول: أنّ أصل الفتوى بحلية التصرف في الأمة من الشيخ، لا من العلامة،

---

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 258 و 259

أنّ (1) له وطي الجارية (2) مع علم البائع بغصيبة الثمن، فراجع.

و مقتضى (3) ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله- وإن لم يكن على وجه الملكية- يوجب (4) جواز التصرفات المتوقعة على الملك، فتأمل (5) و سيأتي توضيحه في مسألة الفضولي (6).

---

وإنما كان غرضه توجيهه بنحو لا يخالف قواعد الفقه المسلّمة.

الثاني: أنّ المسألة المنقولة عن قطب الدين و الشهيد و المسألة المنقولة عن المختلف تشتركان في كون أحد العوضين مغصوبا، و تفتقران في أنّ البائع هو الغاصب في كلام قطب الدين، فيكون التسليط على الثمن من قبل المشتري، و المشتري هو الغاصب في كلام العلامة، فيكون التسليط على المبيع- و هي الأمة- من طرف البائع.

(1) نائب فاعل «استظهر».

(2) يعني: مع أنّهم جعلوا وطي الجارية من التصرفات المتوقعة على الملك.

(3) أي: و مقتضى حكمهم في هذين الموردين: أنّ إذن المالك و تسليطه كاف في جواز التصرف المنوط بالملك من دون أن يقع بيع أصلا حتى تتوقف صحته على إجازة المالك.

(4) خبر «أن يكون» و الأولى تبديله ب «موجبا للجواز».

(5) لعلّه إشارة إلى: عدم ظهور الكلمات المذكورة في كون التسليط- على وجه الإباحة- موجبا لجواز التصرف المتوقف على الملك، لأنّ التسليط المزبور يوجب الملكية لا مجرد الإباحة، فكلمات الجماعة أجنبية عن المقام.

(6) سيأتي هناك بقوله: «أنّ المشتري مع العلم يكون مسلّطا للبائع الغاصب ..». هذا تمام الكلام في الإشكال الأول المشترك بين القسم الثالث و الرابع، و قد عرفت عدم اندفاع الإشكال بشي ء من الوجوه الثلاثة، و نتيجة ذلك عدم صحة إباحة جميع التصرفات.

(1) معطوف على قوله: «أما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك» وهذا شروع في تحقيق الإشكال الثاني المتقدم بقوله: «و ثانيا: الإشكال في صحة الإباحة بالعرض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك» وكان هذا الإشكال مختصا بالقسم الثالث - من الأقسام الأربعة المذكورة في التنبيه الرابع - وهو كون الإباحة في مقابل التمليك. كما أن الإشكال الأول كان مشتركا بين القسمين الثالث والرابع.

و غرضه قدس سره إقامة الدليل على صحة الإباحة بعوض التمليك - ولو بالنسبة إلى غير التصرفات المنوطة بالملك - و أما الإباحة بعوض الإباحة فسيأتي بيان حكمها في آخر التنبيه إن شاء الله تعالى، فالمقصود فعلا تحقيق العقد المركب من إباحة وتمليك.

وقد بين المصنف أولا الإشكال في صحة الإباحة المعوضة، ثم صححها ثانيا بإدراجها في الصلح أو بكونها معاوضة مستقلة.

أما ما أفاده في مقام الإشكال فحاصله: أن هذا النحو من الإباحة لا يندرج في المعاوضات المالية ليدخل كل من العوضين في ملك، الآخر، لكون العوضين كليهما ملكا للمبيح. أما ما أباحه فمعلوم، و أما عوضه - الذي دفعه المباح له إليه - فالمفروض أنه عوض الإباحة، فصار ملكا للمبيح.

و لا دليل على مشروعية هذه الإباحة المعوضة، لأن ما يمكن أن يستدل به على الصحة هو آية الوفاء بالعقود و التجارة عن تراض و حلّ البيع. و الكل غير جار.

أما الأول فلاختصاص «العقود» التي يجب الوفاء بها بالعهد المتعارفة بين الناس، و هي محصورة في أمور معينة معهودة كالبيع و الصلح و الإجارة و الهبة و نحوها من عناوين المعاملات.

و أما الثاني فلأن «التجارة» هي التكبس بالمال بقصد الاسترباح بالبيع و الشراء، و لا أقل من الشك في صدقها على الإباحة، إذ ليس فيها مبادلة الأموال،

المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها (1) - فمحصّ له: أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية (2) ليدخل كلّ (3) من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك (4) للمبيح، إلا أنّ المباح له يستحق التصرف (5)، فيشكل الأمر فيه (6)

و لم تقطع إضافة الملكية بين المبيح و المال.

و أمّا الثالث فلوضوح تقوم «البيع» بالمبادلة بين المالكين و تملك كل منهما الآخر، و لا مبادلة و لا تملك حسب الفرض.

و على هذا فالإباحة بالعوض أجنبية عن المعاوضات المعهودة التي يكون العوضان فيها ملكا للمتعاملين.

هذا كله في توضيح ما أفاده المصنف قدّس سرّه أولا في تقريب الإشكال. و أما ما أفاده ثانيا في التفصّي عنه، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) أي: بغير التصرفات المتوقفة على الملك.

(2) لاختصاصها بالأموال، و من المعلوم عدم كون الإباحة- بما هي فعل من الأفعال- من الأموال، بل المال موضوعها.

(3) هذا بيان للمنفى و هو المعاوضة، يعني: أنّ شأن المعاوضة التبادل في الملكية.

(4) أمّا المال المباح فلأنّ المفروض بقاؤه على ملك المبيح، لعدم خروجه عن ملكه بمجرد الإباحة. و أمّا العوض فلأنّ المقصود من عوضيّته هو كونه ملكا للمبيح.

فالغرض من العوض هنا الجزاء، لا قيامه مقام المعوّض في إضافة الملكية.

و إن شئت فقل: إنّ العوضين هنا مملوكان لشخص واحد، و هذا خلاف مقتضى المعاوضة، و هو كون العوضين مملوكين لشخصين.

(5) يعني: لا يستحق نفس الرقبة، بل يستحق التصرف تكليفا لا وضعيا، و لذا لا يسقط بالإسقاط.

(6) أي: في هذا القسم الثالث، و هو الإباحة بالعوض.

من جهة (1) خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا (2)، مع التأمل (3) في صدق التجارة عليها فضلا عن البيع.

إلا (4) أن يكون نوعا من الصلح،

(1) هذا وجه أصالة الفساد التي ذكرها بقوله: «فيشكل الأمر فيه».

(2) فتكون هذه الإباحة المعوّضة بالتمليك أجنبية عن العقود التي يجب الوفاء بها.

(3) يعني: أنه يكفي في عدم شمول آية «التجارة عن تراض» لهذه الإباحة الشك في صدق «التجارة» على مجرد الإباحة، ولا يعتبر إحراز عدم كونها تجارة.

و على هذا فلو لم يعوّل على تفسير اللغوي للتجارة «بأنها الإعطاء و الأخذ بقصد الاسترباح» كفى الشك في صدقها على الإباحة في عدم جواز التمسك بالآية المباركة لإثبات مشروعيتها.

(4) هذا استثناء من قوله: «فليست معاوضة مالية، فيشكل الأمر فيه» و هو شروع في التفصي عن الإشكال، و تصحيح الإباحة المعوّضة بأحد وجهين:

الأول: دعوى دخولها في الصلح، فتندرج في المعاوضات المعهودة، و ذلك بعد تمامية مقدمتين.

إحدهما: أنّ المبيع و المباح له تسالما على أمر، و هو إباحة التصرف في المال في قبال عوض، و هذا التسالم و التوافق هو الصلح المعدود من المعاوضات.

و ثانيتهما: أنه لا يعتبر في صحة الصلح إنشاؤه بصيغة خاصة، بل يكفي في إنشائه كل ما يدلّ عليه من صيغة خاصة أو مقابلة، أو فعل، أو كتابة. و يشهد لعدم اعتبار الصيغة الخاصة فيه ما ورد في بعض الأخبار من تحقّق الصلح بقول أحدهما:

«لك ما عندك و لي ما عندي» و كذا ما ورد في مصالحة الزوجين. فليكن قول المبيع:

«أبحث لك التصرف في مالي على أن تملكني ديناراً» إنشاء للصلح.

الثاني: أن تكون الإباحة بالعوض معاملة مستقلة، و يدلّ على مشروعيتها أمران.



لمناسبته (1) له لغة، لأنّه (2) في معنى التسالم على أمر، بناء (3) على أنّه لا يشترط فيه لفظ الصلح، كما يستفاد (4) من بعض الأخبار الدالة على صحّته (5) بقول المتصالحين: «لك ما عندك، و لي ما عندي (6)»

أحدهما: قاعدة السلطنة، فإنّ السلطنة المطلقة للمالك تقتضي حلّيّة كلّ تصرف للمالك في ماله، سواء أ كان ذلك التصرف الخاص مما أحرزه جوازه أم لا.

ثانيهما: قاعدة وجوب وفاء المؤمنين بشروطهم، فإنّ التزام أحدهما بإباحة التصرف، و التزام الآخر بتمليك ماله للمبيح شرط يجب الوفاء به و يحرم نقضه، فالتشكيك في الصحة ينافي إطلاق وجوب الوفاء بالشرط.

(1) أي: لمناسبة الصلح لهذا النحو من الإباحة أي الإباحة المعوّضة.

(2) أي: لأنّ هذا النحو من الإباحة يكون بمعنى التراضي و التسالم على أمر.

(3) قيد لقوله: «نوعا من الصلح» و هذا إشارة إلى المقدمة الثانية التي لا بدّ من إثباتها حتى تندرج الإباحة بالعوض في الصلح، و قد تقدّمت بقولنا: «ثانيتها: أنه لا يعتبر في صحة الصلح .. إلخ».

(4) يعني: كما يستفاد عدم الاشتراط بلفظ الصلح. و لعلّ وجه الاستفادة هو الجهل بمقدار المال الموجود عند كل واحد من الشريكين، و الجهل غير قادح في الصلح.

(5) هذا الضمير و ضمير «فيه» راجعان الى الصلح.

(6) روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام أنّه قال: «في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما» (1).

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 165، الباب 5 من أحكام الصلح، الحديث: 1

ونحوه (1) ما ورد في مصالحة الزوجين.

ولو (2) كانت معاملة

---

(1) ففي مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن قول الله عزّ وجل:

وَإِنِ امْرَأَةٌ خُفَّتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ، فَيَكْرَهُهَا فَيَقُولُ لَهَا: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُطَلِّقَكَ، فَتَقُولُ لَهُ: لَا تَفْعَلْ، إِنِّي أَكْرَهُ أَنْ تَشْمِتَ بِي، وَلَكِنْ أَنْظِرْ فِي لَيْلَتِي فَاصْنَعْ بِهَا مَا شِئْتَ، وَمَا كَانَ سِوَى ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ لَكَ، وَدَعْنِي عَلَى حَالَتِي، فَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَهَذَا هُوَ الصَّلْحُ» [1].

(2) الأولى أن يقال: «وأن يكون معاوضة مستقلة» ليكون معطوفاً على «أن يكون نوعاً من الصلح».

و كيف كان فهذا ثاني وجهي صحة الإباحة مع العوض، و حاصله: أنّ هذه الإباحة وإن كانت خارجة عن المعاملات المعهودة حتى الصلح، إلاّ أنّه لا يقدر في الصحة، لوجود دليل يمنع عن الرجوع إلى أصالة الفساد، و ذلك الدليل هو حديث

---

[1] لكن الظاهر عدم إجداء شيء من هاتين الروايتين في المقام.

أمّا الرواية الأولى فلعدم ظهورها في الصلح، لاحتمال كونها هبة معوضة، أو معاوضة مستقلة، وإن ذكرها صاحب الوسائل في كتاب الصلح. و بعد تسليم ظهورها في الصلح لا يدلّ على عدم اعتبار اللفظ مطلقاً في باب الصلح، بل غايته دلالتها على عدم اعتبار لفظ خاصّ فيه.

و أمّا الرواية الثانية فلأنّ ظاهرها هو الصلح الحقيقي الخارجي في مقابل النشوز و النزاع، لا الصلح الاعتباري الإنشائي الذي هو مقابل سائر العناوين الإنشائية. و مورد البحث هو الثاني، لا الأوّل كما لا يخفى.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 15، ص 90، الباب 11 من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، الحديث: 1

ص: 129

مستقلة (1) كفى فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم» [1] و «المؤمنون عند شروطهم» (2) [2].

وعلى تقدير الصحة (3)، ففي لزومها مطلقا، لعموم «المؤمنون عند

---

السلطنة و الشرط.

(1) كما في الجواهر، حيث قال بعد منع حصر المعاوضات في المعهودة: «فلا بأس بإجراء حكم المعاوضة المستقلة عليها، كما صرح به الشهيد في المحكي عن حواشيه ..» (1).

(2) بناء على تعميم الشرط لنفس العقد وعدم اختصاصه بالشرط الخارج عن العقد كما هو الظاهر، فالتمسك به محل تأمل بل منع.

(3) الظاهر أن البحث عن لزوم الإباحة المعوضة و جوازها مخصوص بما إذا صححت بالمعاوضة المستقلة، دون ما إذا كانت صلحا، ضرورة كونه عقدا لازما، فلا يبقى مجال لاحتمال الجواز حينئذ.

و كيف كان فقد أشار إلى وجوه ثلاثة:

أحدها: اللزوم مطلقا أي من كلا الطرفين، فلا يصح رجوع المبيع عن إباحته، ولا رجوع المباح له عن تملكه للعوض.

ثانيها: اللزوم من طرف المباح له دون المبيع، فيجوز رجوع المبيع عن إباحته، لبقاء ما أباحه على ملكه، و عدم انتقاله عنه.

ثالثها: الجواز من كلا الطرفين.

---

[1] هذا خلاف مبناه قدس سره من عدم مشرعية «الناس مسلطون على أموالهم» للأسباب.

[2] هذا مبني على عموم الشروط للشروط الابتدائية، وذلك غير ظاهر، بل خلافه ظاهر.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 226

ص: 130

شروطهم» أو من طرف المباح له، حيث (1) إنه [1] يخرج ماله عن ملكه، دون المبيع، حيث إن ماله باق على ملكه، فهو مسلط [2] عليه (2). أو جوازها مطلقاً؟ وجوه (3)، أقواها

---

(1) حاصله: أنّ المباح له يخرج ماله عن ملكه، لفرض كونه عوضاً عن الإباحة.

(2) يعني: أنّ مقتضى قاعدة السلطنة هو بقاء سلطنة المبيع على ماله.

(3) وجه اللزوم مطلقاً ما أفاده قبيل ذلك من عموم «المؤمنون عند شروطهم».

ووجه اللزوم من طرف المباح له ما ذكره أيضاً بقوله: «حيث إنه يخرج ماله عن ملكه». و محصّله أصالة اللزوم في الملك، فليس للمباح له أن يتصرف فيه إلا بإذن المبيع، لأنّه مالكة.

ووجه الجواز مطلقاً: كون هذه الإباحة بالعوض من المعاطاة التي بنوا على جوازها، و أناطوا لزومها بأحد ملزماتها المعهودة.

---

[1] هذا التعليل عليل، لأنّ مجرد الإخراج عن الملك لا يصلح لأن يكون دليلاً على اللزوم، إلا أن يثبت كون الأصل في الخروج عن الملك هو اللزوم. كما هو مقتضى استصحاب بقاء الملك للمبيع على ما تقدّم في أصالة اللزوم، فتصرّف المباح له فيه منوط بإذن المبيع.

[2] لكن حكومة دليل وجوب الوفاء بالشروط على قاعدة السلطنة تقتضي رفع سلطنته على ماله، لكون الإباحة لازمة، هذا.

مضافاً إلى: أنّ المصنف قدس سرّه بنى سابقاً على عدم مشرعية قاعدة السلطنة للأسباب والأحكام. إلا أن يكون مقصوده المماشة مع مثل صاحب الجواهر الذي صحّح الإباحة المطلقة بقاعدة السلطنة.

أولها (1)، ثم أوسطها (2).

و أما حكم الإباحة بالإباحة (3) فالإشكال فيه أيضا يظهر

(1) و هو اللزوم مطلقا، لعموم دليل نفوذ الشروط الذي هو مستند هذه الإباحة. وجه أقوائته: أنّ مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» وجوب وفاء كل واحد من المؤمنين بشرطه و التزامه، سواء أكان التزامه بإباحة ماله للغير ليتصرف فيه، أم بتمليك رقبة ماله للغير، و لا يجوز نقض الالتزام بوجه من الوجوه.

(2) و هو اللزوم من طرف المباح له، لأصالة اللزوم كما مرّ آنفا.

وجهه: أنّه لو نوقش في صدق الشرط على التزام المبيح بالإباحة، لكنه لا ريب في شموله لالتزام المباح له بتمليك ماله للمبيح، فيلزمه الوفاء بشرطه و عدم نقضه، بخلاف المبيح، فإنّه لا دليل على وجوب الوفاء بإباحته، إذا شكّ في صدق «الشرط» على الإباحة المالكية.

و وجه أولويّة هذا الاحتمال من الاحتمال الثالث- الّذي يجوز لكل منهما الرجوع فيه- هو: أنّه يلزم طرح عموم «المؤمنون» كليّة، و هذا خلاف ما فرضناه من دلالة الحديث على صحة الإباحة المعوّضة.

(3) هذا هو القسم الرابع من أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين. و لا يخفى أنّ المصنف قدّس سرّه لم يتعرّض عند بيان الإشكاليين- الواردين على هذا القسم و سابقه- لما يختص بهذا القسم من الإشكال حتى يتصدّى لدفعه، و إنّما اقتصر على الإشكال المختص بالقسم الثالث من كونه عقدا مؤلّفا من إباحة و تمليك. ثم أجاب عنه بما عرفت آنفا.

و أمّا هذا القسم الرابع فقد أفاد فيه المصنف أنه كالقسم الثالث إشكالا و جوابا. فالإشكال فيه هو: عدم كون «الإباحة بعوض الإباحة» من المعاوضات المالية المعهودة، و لا تجارة عن تراض، و لا بيعا، و عليه يشكل إباحة المالك التصرف في ماله بإزاء إباحة الآخر التصرف في ماله، و لو فيما لا يتوقف على الملك.

مما ذكرنا (1) في سابقه. و الأقوى فيها أيضا الصحة و اللزوم، للعموم (2) [1].

أو الجواز (3) من الطرفين، لأصالة التسلّط (4).

---

و الجواب هو: أنّ الإباحة المعوضة من المالك صحيحة شرعا، لكونها صلحا أو معاوضة مستقلة. و حيث كانت صحيحة جرى فيها احتمال الجواز مطلقا و اللزوم كذلك.

ولا- مجال للاحتمال الآخر المتقدم في القسم الثالث من كونها لازمة من طرف المالك دون المبيح، و وجهه واضح، إذ لا تمليك هنا أصلا، بل هو إباحة في قبالة إباحة، فإمّا اللزوم من الجانبين عملا بوجوب الوفاء بالشرط و الالتزام به. و أمّا الجواز من الجانبين أخذًا بأصالة الإطلاق في تسلّط المالك على أموالهم، فللمالك الرجوع عن إباحته متى شاء.

(1) من خروجها عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا، مع التأمل في صدق التجارة عليها.

(2) أي: عموم «المؤمنون عند شروطهم» كما ذكره في الإباحة بالعوض.

(3) معطوف على «اللزوم».

(4) إذ المفروض في هذه الإباحة بقاء المالكين على ملك مالكيهما، فيكونان مسلّطين على استردادهما بمقتضى إطلاق قاعدة السلطنة.

---

[1] مراده عموم «المؤمنون عند شروطهم» لكن قد عرفت المناقشة فيه، بل الوجه فيه هو عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و الإشكال فيه: بأن الإباحة هنا مالكية، و من المعلوم زوالها بمجرد كراهة المالك فليس للعقد مضمون يشك في ارتفاعه بالفسخ حتى يقال بدلالة العموم على بقائه.

مندفع بأنّ الزائل بالكراهة هو الإباحة النفسانية، دون الاعتبارية الإنشائية التي هي منشأ الآثار، فمع الشك في زوالها بالفسخ يتمسك بعموم أَوْفُوا الدال على اللزوم. فدلّيل

---

السلطنة- مضافا إلى قصوره في نفسه- محكوم بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بل و بدليل صحة التجارة عن تراض بناء على ما هو الصحيح من صدق «التجارة» على الإباحة بالإباحة وبالمال.

فالقاعدة تقتضي لزوم الإباحة مطلقا و لو بدون العوض كما هو ظاهر وفاقا للسيد قدّس سرّه (1).

ثم إنّه ينبغي التعرّض لشطر من الكلام في القسمين الأخيرين، فالقسم الثالث هو إباحة الموجب بالعوض، بحيث تكون المقابلة بين الإباحة و المال عروضا أو ثمنا، و القسم الرابع هو كون الإباحة بإزاء الإباحة أو لداعي الإباحة. فنقول: قد استشكل المصنف قدّس سرّه فيهما بوجهين:

الأول: الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المال للمتصرف، بأن يقول: «أبحت لك كل تصرف» من دون أن يملكه العين.

الثاني: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض، حيث إنّ مرجعها إلى العقد المركّب من إباحة و تملك، و هي خارجة عن المعاوضات المعهودة، و صدق «التجارة عن تراض» عليها لا يخلو عن التأمل كما سيأتي في كلام المصنف قدّس سرّه.

ثم إنّ الإشكال الأوّل و هو إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك جار في كلا القسمين الثالث و الرابع، و في غير المعاوضة أيضا، لجريانه في الإباحة القولية سواء أ كانت مع العوض أم بدونه، و سواء أ كانت مستقلة أم ضمنية. و الاشكال الثاني و هو تركب العقد من إباحة و تملك مختص بالقسم الثالث كما لا يخفى.

أمّا الإشكال الأوّل فهو تارة يكون عقليا، و أخرى عقلانيا و عرفيا، و ثالثة شرعيا أي من ناحية الأدلة الشرعية بناء على كون ماهية البيع تبادل إضافة المالكية و المملوكية في العوضين، بمعنى تبدل إضافة المبيع إلى مالكة- و هي إضافة المالكية و المملوكية-

---

(1): حاشية المكاسب، ص 81

بإضافة الثمن إلى صاحبه التي هي أيضا إضافة المالكية و المملوكية، فلا يعقل تحقق ماهية البيع بدون هذه المبادلة.

وعلى هذا فالإباحة تضادّ المبادلة في إضافة المالكية و المملوكية التي هي حقيقة البيع.

ويظهر من هذا البيان تقريب الإشكال العقلائي، حيث إنّ الإباحة بالعوض لا تكون بيعا عقلائيا بعد كون البيع عندهم تبادل الإضافتين المزبورتين المفقود في الإباحة بالعوض، إذ المفروض عدم تبادل الإضافتين فيها، فمفهوم البيع لا يصدق عليها.

والحاصل: أنّ هذا الاشكال مبني على كون البيع عبارة عن تبادل إضافة المالكية و المملوكية في العوضين.

لكن فيه منع تقدّم في تعريف البيع، و حاصله: أنّ حقيقة البيع ليست تبادل الإضافة المالكية و المملوكية في العوضين، و إلا لم يصح بيع الوقف العام المسوّغ بيعه بأحد مسوّغاته، و كذا شراء الجنس الزكوي بسهم سبيل الله من الزكاة، و اشتراء الأختار من الوجوه البرية ما يحتاج إليه الفقراء و المساكين من المأكول و الملبوس و غيرهما لهم.

و بالجملة: فصحة البيع في هذه الموارد تكشف عن سعة دائرة مفهوم البيع، و أنّه عبارة عن التعاضد بين المالكين، و عدم تقوّمه بتبادل إضافة الملكية. فالإشكال العقلي و العقلائي مندفع بعدم كون ماهية البيع تبادل الإضافتين، هذا.

و أمّا إشكال منافاة إباحة البيع - للمباح له - لما دلّ من الأدلة الشرعية على توقف البيع و غيره من التصرفات على الملك، مثل ما روي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا بيع إلا فيما تملك» و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا طلاق إلا فيما تملكه، و لا بيع إلا فيما تملكه» و جه المنافاة: أنّ البيع و إن لم يكن بمفهومه مانعا عقلا و لا عقلائيا عن بيع المباح له مال المبيح، لكن الدليل النقلي يعتبر ملكية المبيع للبائع، فإذا المبيح في بيع ماله لغيره - و هو المباح له -



ينافي الدليل الشرعي.

ففيه: أنّ الظاهر عدم قيام دليل تام على اعتبار كون المبيع ملكا للبائع، لأنّ ظاهر الروايتين المزبورتين - بعد تسليم اعتبار سندهما - هو عدم نفوذ بيع مال الغير بلا- إذنه، لوضوح صحّته مع إذنه كالوكيل، فالمراد: أنّ البيع لا بدّ أن يكون مضافا إلى المالك إمّا بمباشرة للبيع، وإمّا بتسبيبه له كالتوكيل.

بل ظاهر الرواية الثانية هو ملك التصرف بشهادة الفقرة الأولى، فإنّ مالكية الطلاق لا معنى لها إلّا ذلك، فليست الروايتان بصدد بيان لزوم دخول الثمن في كيس الذي يخرج المبيع من كيسه كما هو مناط الإشكال، و من المعلوم أنّ المباح له لا يبيع إلّا بإباحة المالك المبيح له بيع ماله، فهو مأذون من المالك في البيع.

وإن أبيت عن ذلك وناقشت فيما ذكرناه- بأنّ مفهوم البيع هو تبادل الإضافتين- فنقول: إنّ مقتضى الإباحة المطلقة ليس دخول الثمن في ملك المباح له حتى يكون منافيا لحقيقة البيع، بل مقتضاها جواز التصرف في الثمن كجوازه في نفس المثل، فبيع المباح له نافذ، لاقتراجه بإذن المالك المبيح.

وإن شئت فقل: إنّ إطلاق الإباحة للتصرفات في مال يقتضي جواز التصرف في المال بجميع شؤونه من الشخصية و النوعية و المالكية، فكما يباح للمباح له التصرف في شخص المال الذي أبيع له، فكذلك يباح له التصرف في ماليته المتحققة في ضمن شيء آخر، فالمال إذا كان كتابا فكما يجوز للمباح له التصرف فيه، فكذلك يجوز التصرف في بدله إذا بيع بدينار مثلا.

فالمتحصل: أنّه- بعد تسليم كون ماهية البيع دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المبيع- لا إشكال و لا تنافي بين ماهية البيع و بين إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف منه على الملك كالبيع، هذا.

و لا يندفع الإشكال بالوجه الثلاثة المذكورة في كلام المصنف قدّس سرّه.

أحدها: كون غرض المبيع توكيل المباح له في نقل المال إلى نفسه ليقع البيع له- أي: للمباح له- أو توكيل المباح له في بيع المال لمالكه، ثم نقل الثمن الذي هو ملك المبيع إلى نفسه، أو تمليك المبيع ماله للمباح له بقوله: «أبحت» أو بالفعل المؤدي للإباحة الذي هو بمنزلة إنشاء الهبة، وكون بيع المباح له بمنزلة القبول، نظير قوله: «أعتق عبدك عني بكذا» هذا.

إذ فيه: أنّ هذا الوجه بجميع شقوقه بعيد عمّا نحن فيه، إذ ليس المقصود هنا إلاّ إذن المالك للمباح له في التصرف، و مجرد إمكان قصد أحد الوجوه المزبورة لا يثبت وقوعه الذي هو المدار في الجواز.

ثانيها: أن يدلّ دليل خاص على كون مال المبيع ملكا للمباح له بمجرد الإباحة، فيقع البيع في ملك المباح له. أو يدلّ دليل على صيرورة الثمن ملكا للمباح له، فإنّه يكشف عن دخول الثمن في ملك المبيع أنا ما لثلا يستحيل صدق مفهوم البيع عليه، ثم انتقاله عنه إلى المباح له، نظير شراء العمودين، حيث إنّهما يدخلان في ملك المشتري أنا ما، ثم ينعقدان عليه، لأنّه قضية الجمع بين الأدلّة، وهي ما دلّ على صحة الشراء، وما دلّ على أنّه لا عتق إلاّ في ملك، وما دلّ على أنّ الإنسان لا يملك عموديه، هذا.

إذ فيه: أنّ من المعلوم فقدان دليل خاص في المقام يدل على كون مال المبيع ملكا للمباح له بمجرد الإباحة. أو يدلّ على صيرورة الثمن ملكا للمباح له حتى نلتزم فيه بما التزموا به في مثال شراء العمودين، حيث إنّ ما يمكن أن يكون دليل على الإباحة في المقام هو دليل السلطنة الذي لا يزاحم الأدلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك كالتعق و البيع و الوطي ونحوها، بل هي حاكمة على دليل السلطنة، لما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ مفاد دليل السلطنة هو نفوذ سلطنة المالك على التصرفات التي ثبت جوازها في الشرع مع الغصّ عن دليل السلطنة. وليس دليل السلطنة مشرّعا. فأنّضح الفرق بين المقام وبين مسألة شراء العمودين.

---

ثالثها: ما أشار إليه بقوله: «و أمّا حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع و العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه .. إلخ» و حاصله: تنظير المقام برجوع الواهب عن هبته ليقع البيع في ملكه، فكما يقتضي بيع الواهب رجوعه عن الهبة و دخول العين الموهوبة في ملكه، فكذلك التصرف في المباح تصرفا موقوفا على الملك يقتضي دخول المال في ملك المباح له.

إذ فيه أيضا ما لا يخفى، لعدم دليل على صحة مثل هذا التصرف للمباح له حتى يكشف ذلك الدليل عن حصول الملكية التحقيقية أنا ما قبل تحقق ذلك التصرف.

و الحاصل: أن شيئا من هذه الوجوه الثلاثة المذكورة في كلام المصنف قدس سرّه لا يصلح لتصحيح بيع المباح له للمال الذي أبيح له التصرف فيه كما تبّه هو قدس سرّه أيضا على ذلك.

هذا حال البيع الذي قيل بتوقفه على الملك.

و أمّا سائر صغريات التصرف المتوقف على الملك فلا بأس بالإشارة إلى جملة منها، فنقول:

إنّه عدّ منها العتق. و قد نسب ذلك إلى المشهور، و لذا حكموا بالملك التقديري في مثل قوله: «أعتق عبدك عني» بل ربما يدعي الإجماع على ذلك.

و يدل عليه صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم لا طلاق قبل نكاح، و لا عتق قبل ملك» (1).

و رواية مسمع أبي سيّار عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم لا عتق إلا بعد ملك» (2). و نحوهما غيرهما.

و ما في حاشية السيد قدس سرّه «من حمل الملك على ملكية الإعتاق كما تقدم في

---

(1): وسائل الشيعة، ج 16، ص 7، الباب 5 من أبواب كتاب العتق، الحديث: 1

(2) المصدر، الحديث: 2

البيع، لا ملكية العبد، فلا مانع حينئذ من جواز العتق إذا كان بإباحة المالك وإذنه، لكون المباح له حينئذ مالكا للإعتاق و سلطانا عليه» (1) خلاف الظاهر جدًّا، لكون الظاهر هو إضافة الملكية لا مجرد السلطنة ولو بإذن من المالك. والحمل المزبور مما لا موجب له ولا داعي إليه، إذ لا قرينة على هذا الحمل، كما كانت موجودة في بعض الروايات الدالة على اعتبار الملكية في المبيع كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا طلاق إلا فيما تملكه، ولا بيع إلا فيما تملكه» ضرورة عدم اعتبار ملكية الزوجة في الطلاق.

نعم في رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «كان الذين من قبلنا يقولون:

لا عتاق ولا طلاق إلا بعد ما يملك الرجل» (2). ولا بأس بقرينة هذه الرواية على إرادة ملكية الاعتاق.

إلا أن يقال: بعدم منافاة الجمع بين اعتبار إضافة الملكية وبين اعتبار السلطنة، لأن اعتبار هذه يرجع إلى عدم الحجر، وأن من يتصدى الإعتاق لا بد أن يكون سلطانا على ذلك وغير محجور عنه.

وعلى هذا فيعتبر في المعتق الملكية وعدم الحجر، فلا تكون رواية أبي بصير قرينة على إرادة السلطنة من الملكية في سائر الروايات، لكونهما من المثبتين اللذين لا تنافي بينهما، ومقتضى الجمع بينهما هو اعتبار كون المعتق مالكا غير محجور عن التصرف، ويجري مثل هذا الكلام في البيع أيضا، فتدبر.

ومنها: مسألة الخمس والزكاة، بمعنى: أن ما يخرج خمسا أو زكاة لا بد أن يكون ملكا. وتوضيح الكلام في ذلك: أنه بناء على تعلق الخمس بنفس المال بنحو الإشاعة كما هو الأظهر أو الكلّي في المعين - مع بقاء العين وعدم تبديل الحق - فالظاهر وجوب الدفع من نفس العين، لعدم موجب لجواز الأداء بغير عين المال الذي تعلق الحق بهما،

---

(1): حاشية المكاسب، ص 79

(2) وسائل الشيعة، ج 16، ص 7، الباب 5 من أبواب كتاب العتق، الحديث: 3

---

إذ الموجب له هو تخلّص تلك العين عن الحق بالتبديل بعين أخرى خارجية أو ذمّية، بمقتضى ولاية المالك على التبديل.

وإن شئت فقل: إنّه بدون التبديل لا يصدق الدّين على من عليه الحق حتى يجوز أدائه بمال الغير بإذنه، فليس للمباح له إخراج ما أبيح له خمسا أو زكاة.

وبناء على كونهما في الذمة- إمّا للقول بتعلقهما بها لا بنفس العين، وإمّا لتلف العين التي تعلق بها الخميس أو الزكاة على وجه يوجب ضمانهما واشتغال ذمته بهما بحيث صارا دينا عليه. وإمّا لنقل الحق في ذمته بإذن المجتهد- لا مانع حينئذ من أدائهما بمال الغير بإذنه، و المفروض كون المال من ناحية مالكة مباحا له، فيجوز للمباح له أداء دينه الذي منه الخمس و الزكاة.

وبالجملة: يجب الأداء من نفس العين بناء على تعلقهما بها، وعدم تبديل الحق بمال آخر. ولا يكفي الأداء من مال غيره ولو مع إذنه و إباحته، لأنّ ولاية التبديل الراجع للشركة ثابتة للمالك لا لكل أحد حتى تثبت الولاية للمبيح، ويكون إذنه في الأداء من ماله رافعا للشركة، و يجوز الأداء من مال غيره، مع صيرورة الحق في ذمته بأحد الوجوه الموجبة لانتقال الحق إلى الذمة.

فقد ظهر مما ذكرنا أنّ توقف جواز إخراج مال خمسا أو زكاة على الملك- كما قيل- ليس في محله، لأنّهما بعد صيرورتهما دينا على من عليه الخمس و الزكاة يجوز التبرّع بأدائهما من مال الغير بلا- إشكال، لما دلّ على جواز التبرّع بأداء دين الغير، فلا مانع حينئذ من قصد القرية.

فما في تقرير سيدنا الخويي قدّس سرّه من الإشكال في قصد القرية «1» لا يخلو من غموض.

وقبل صيرورتهما دينا عليه- بأن كانت العين باقية و لم يبدّلها المالك بمال آخر-

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 188

---

يجب الدفع من نفس العين التي هي مشتركة بين المالك وبين السادة أو الفقراء، فالمبذول حينئذ هو عين مالهم، وليس من مال المالك أصلاً، كما هو واضح.

ومنها: كون ثمن الهدي مملوكاً للناسك كما حكاه المصنف عن الشهيد قدس سرهما حيث قال في هذا التنبيه: «وعرفت أيضاً: أن الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة و ثمن الهدي، ولا وطي الجارية، مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة» وهذه العبارة كالصريح في اعتبار كون ثمن الهدي مملوكاً وعدم كفاية إباحته.

لكن فيه: أنه لم يدل دليل على اعتبار ملكية ثمن الهدي، بل مقتضى إطلاق أخبار الاستطاعة البذلية «1»- و خلو روايات وجوب سوق الهدي في حجّ القران «2»، و وجوب ذبحه في منى في حج التمتع «3» عن اعتبار ملك الثمن- هو عدم اعتبار كون ثمن الهدي ملكاً للناسك، ففي رواية الفقيه: «كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم ساق معه مائة بدنة، فجعل لعلبي عليه السلام منها أربعاً و ثلاثين، و لنفسه ستاً و ستين، و نحرها كلها بيده» الحديث. و هي ظاهرة في عدم اعتبار ملكية ثمن الهدي. و لو شك في اعتبارها فالأصل عدمه.

و عليه فلو جعل المال المباح له ثمناً للهدي كما إذا اشتراه بعينه لنفسه أو أدى به دينه الذي اشتغلت به ذمته، كما إذا جعل ثمن الهدي في ذمته و آذاه من المأخوذ بالمعاطاة الذي أبيع له التصرف فيه لم يكن به بأس.

و أمّا ما في تقرير سيدنا الخويي قدس سره من: «أنه لا يتصور لإخراج ثمن الهدي من مال الغير معنى معقولاً، و ذلك لأنّ المهدي إمّا أن يشتري الهدي بذمته .. إلى أن قال: و إمّا

---

(1): وسائل الشيعة، ج 8، ص 26 إلى 28، الباب 10 من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

(2) وسائل الشيعة، ج 8، ص 149، الباب 2 من أبواب أقسام الحج.

(3) المصدر، ص 164، الحديث: 25

---

أن يشتره بشخص مال الغير. و عليه إن قصد الشراء للمالك فالهدي بنفسه يكون للمبيح .. الى أن قال المقرّر: وإن قصد الشراء لنفسه فهو داخل فيما هو معلوم من شراء أحد بمال الغير لنفسه شيئاً. و لا معنى لإخراج ملك الغير في ثمن الهدي» (1).

ففيه: أنه مبني على كون المعاوضة تبادل الإضافتين الملكيتين، و قد عرفت خلافه، فيتصور إخراج ملك الغير في ثمن الهدي.

بل على ما ذكرنا في دفع إشكال المعاوضة تكون المعاوضة بمعنى تبادل الإضافتين الملكيتين محفوظة، حيث إن الهدي يصير ملكاً للمالك الثمن، و يباح للمباح له التصرف في الهدي بمقتضى الإباحة المطلقة، حيث إنّها تقتضي إباحة التصرف في نفس المباح و بدله إذا عوض بشيء، و بدل بدله، و هكذا، و المفروض عدم قيام دليل على تعيّن إخراج الهدي من ملك الناسك.

و منها: وطي الجارية كما أشار إليه الشهيد رحمه الله، فإنه متوقف على الملك أو النكاح أو التحليل، فلا يجوز وطئها إذا أخذت بالمعاطة، لأنّ الإباحة ليست ملكاً و لا نكاحاً و لا تحليلاً، إذ يعتبر في التحليل الصيغة الخاصة بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه كما تقدّم في كلام الجواهر عند شرح كلام المصنف قدّس سرّه: «و صحة الوطي على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن» و المراد بالصيغة الخاصة هي قوله: «أبحت لك وطي أمّتي» أو «أنت في حلّ من وطي أمّتي» هذا.

أقول: ليس الوطي متوقفاً على الملك، بل يتوقف على كون الواطي مالكا للوطي سواء أكان ذلك لكونه مالكا لرقبة الموطونة أم زوجها لها، أم ممّن أيسح له وطؤها من ناحية مالكتها بألفاظ خاصة بالتحليل، بناء على تمامية الإجماع على اعتبار تلك الألفاظ الخاصة في التحليل. و إلاّ فالأظهر تحقق التحليل بكل لفظ يدل عليه و إن لم يكن عربياً، و التفصيل في محلّه.

---

(1): محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 93

---

و منها: المهر، فإنه قيل باعتبار كونه ملكا للزوج.

وفيه: أنه لا مجال لهذا التوهم، بعد كون الزوجين ركنين في العقد، في مقابل ركنية العوضين في العقود المعاوضيّة، ولذا يجوز تفويض المهر وعدم ذكره في العقد، بخلاف العقود المعاوضيّة، فإنه لا يجوز عدم ذكر العوض فيها. وكذا يجوز جعل المهر على غير الزوج الذي هو أجنبي عن المتعاقدين.

فتلخص من جميع ما ذكرناه صحة بعض ما قيل من التوقف على الملك في الموارد المذكورة، فإن بعضها متوقف على الملك، فتأمل.

لكن الشأن كلّه في نهوض الدليل على صحة الإباحة المطلقة حتى بالنسبة إلى التصرفات المتوقفة على الملك، إذ مع فرض نهوضه عليها لا بدّ من الالتزام بالملك التحقيقي الآني ليقع التصرف المنوط بالملك في ملكه، فتأمل.

و كيف كان فمرجع ما استدل به على صحتها وجوه ثلاثة:

أحدها: ما في المتن من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم» وقد عرفت عدم دلالة عليه.

ثانيها: ما في حاشية الفقيه المامقاني قدّس سرّه من السيرة، فإنّها قد ادّعت على جواز جعل نثار العرس ثمنا في المعاوضات، و التصرف فيه بما يتوقف على الملك، غايته أنّه من الإباحة بلا عوض. كما أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم والأئمة عليهم السّلام كانوا يتصرفون أنواع التصرفات فيما يهدى إليهم من غير فرق بين التصرفات المتوقفة على الملك وغيرها، هذا (1).

وفيه: أنّ نثار العرس أجنبي عن المقام، لأنّ الظاهر أنّه من باب الإعراض الراجع لمنع تملك الغير له، فإذا أخذ كان الأخذ كأخذ المباح الأصلي في التملك.

وقد يقال: إن نثار العرس من باب الهبة. لكنه بعيد. وعلى كل حال هو أجنبي عن

---

(1): غاية الآمال، ص 196



الإباحة المطلقة، هذا.

ثالثها: ما في حاشية الفقيه المامقاني قدس سرّه أيضا من «أنه قد يستدل لجواز الإباحة المطلقة المزبورة بمسألة الأنفال، حيث إنهم عليهم السلام أباحوها لشيعتهم. (1)». و من المعلوم أنّ المتصرف في شيء منها يملكه، وإباحتهم مالكية، لأنّها من أملاكهم وحقوقهم كالمقام، إذ الإباحة المطلقة المعاطية مالكية أيضا، لأنّ المفروض قصد المتعاطيين للإباحة لا الملكية. و حكي أن المحقق الثاني أشار الى ذلك في شرح القواعد هذا (2).

و أجيب عن هذا الاستدلال تارة: بأنّ إباحة الأنفال تكون من باب الإعراض الراجع للملكية أو لموانع التملك، فيملكه المتصرف.

وأخرى: بالفرق بين المقام وبين الأنفال، حيث إنّ المطلوب هنا هو إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك، مع بقاء المال على ملك المبيح. بخلاف الأنفال، فإنّهم عليهم السلام رخصوا في تملك العين فيها.

و هذا الجواب هو الحق الذي ينبغي المصير إليه، إذ إباحتهم عليهم السلام من باب العطية و جوائز السلطان، فكلّ من حاز شيئا من الأنفال ملكه.

و أمّا الجواب الأوّل فيرد عليه: أنّ إباحتهم عليهم السلام مختصة بالشيعة، و الإعراض على وجه التقييد غير معقول، لأنّ الإخراج عن الملك كالضرب الواقع على شخص لا يصلح للتقييد. فكما لا يعقل أن يقول الضارب: - اضرب هذا الشخص إن كان معاوية مثلا، و إلا فلا أضربه - فإنّ من المشاهد وقوع الضرب على المضروب و إن تبين أنه طلحة مثلا لا معاوية. و كذا الحال في مسألة التقليد.

لكن إشكال عدم المعقولية المذكور في حاشية الفقيه المامقاني قدس سرّه مبني على كون الإعراض بنفسه مخرجا عن الملك و موجبا لصيرورة المعرض عنه مباحا.

---

(1): وسائل الشيعة ج 6 ص 378- الباب 4 من أبواب الأنفال و ما يختص بالإمام

(2) غاية الآمال، ص 197

وَأَمَّا بِنَاءِ عَلَى كَوْنِهِ رَافِعًا لِمَوَانِعِ تَمَلُّكِ الْغَيْرِ لِمَالِ الْمَعْرُضِ فَلَا وَجْهَ لِعَدَمِ الْمَعْقُولِيَّةِ، إِذْ مَرَجَعَ الْإِعْرَاضُ حِينَئِذٍ إِلَى الْإِذْنِ فِي تَمَلِّكِ مَالِهِ، وَ لَا مَانِعٍ مِنْ تَقْيِيدِ الْإِذْنِ لِشَخْصٍ أَوْ طَائِفَةٍ خَاصَّةٍ كَمَا لَا يَخْفَى.

فَتَلَخَّصْ مِمَّا ذَكَرْنَا: أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْوُجُوهِ لَا يَصِلِحُ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيَّةِ الْإِبَاحَةِ مَعَ الْعَوْضِ.

نَعَمْ يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَدِلَّ لَهَا بِأَيَّةِ التَّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ. وَ مَنَعَ صَدَقَ التَّجَارَةَ عَلَيْهَا مَكَابِرَةً بَعْدَ كَوْنِ مَنَاطِ التَّجَارَةِ هُوَ الْإِنْتِفَاعُ بِالْمَعَامَلَةِ الْمَوْجُودِ فِي الْإِبَاحَةِ مَعَ الْعَوْضِ.

نَعَمْ مَنَعَ صَدَقَهَا عَلَى الْإِبَاحَةِ الْمَجَانِيَّةِ فِي مَحَلِّهِ.

وَإِنْ أُبَيِّنَ عَنْ ذَلِكَ وَادَّعِيَتْ أَنَّ مَفْهُومَ التَّجَارَةِ هُوَ خُصُوصُ الْمَعَامَلَةِ الْمَمْلُوكَةِ دُونَ غَيْرِهَا، فَلَا بَأْسَ بِالتَّمَسُّكِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّ عَقْدِيَّةَ هَذِهِ الْإِبَاحَةِ مِمَّا لَا يَنْبَغِي الْارْتِيَابُ فِيهِ. وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْعَقْدَ يَصْدُقُ عَلَى كِلْتَا الْإِبَاحَتَيْنِ، وَ هُمَا الْإِبَاحَةُ بِالْعَوْضِ، وَ الْإِبَاحَةُ فِي مَقَابِلِ الْإِبَاحَةِ.

ثُمَّ إِنَّهُ إِذَا ثَبِتَ إِنْطَاةُ بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ بِالْمَلِكِ كَالْعَتَقِ مِثْلًا فَلَا بَدَّ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَ دَلِيلِهِ وَ بَيْنَ هَذِهِ الْإِبَاحَةِ الْمَطْلُوقَةِ بِالْمَلِكِ التَّحْقِيقِيِّ الْآنِي لَا التَّقْدِيرِيِّ الْفَرْضِيِّ، لِأَنَّ الْمَلِكِيَّةَ الْمَعْتَبَرَةَ فِي ذَلِكَ التَّصَرُّفِ تَحْقِيقِيَّةٌ لَا تَقْدِيرِيَّةٌ، فَالِاتِّزَامُ بِالْمَلِكِ التَّقْدِيرِيِّ لَيْسَ جَمْعًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ. بَلْ مَقْتَضَى الْقَاعِدَةِ إِعْمَالُ قَوَاعِدِ تَعَارُضِ الْعَامِّينَ مِنْ وَجْهِهِ. إِلَّا أَنْ يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ التَّصَرُّفِ الْمَتَوَقَّفِ عَلَى الْمَلِكِ، حَيْثُ إِنَّهُ شَهِدَ عَلَى هَذَا الْجَمْعِ، وَ إِلَّا فَهُوَ مِنَ الْجَمْعِ التَّبَرُّعِيَّةِ الَّتِي لَا سَبِيلَ إِلَيْهَا. وَ مَقْتَضَى الْقَاعِدَةِ حِينَئِذٍ التَّسَاقُطُ فِي الْمَجْمَعِ وَ الرَّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْأَصُولِ الَّتِي تَقْتَضِي الْفُسَادَ، لَكُنْ أَصَالَةَ الْفُسَادِ مُحْكَمَةً فِي الْمَعَامَلَاتِ.

كَمَا أَنَّ الْجَمْعَ بِالْمَلِكِ الرَّتْبِيِّ أَوْ الذَّاتِيِّ الْمَتَقَدِّمِ فِي كَلَامِ صَاحِبِ الْجَوَاهِرِ غَيْرِ ظَاهِرِ الْوَجْهِ. إِذْ لَا اعْتِبَارَ لِلْمَلِكِيَّةِ الْعَقْلَانِيَّةِ فِي غَيْرِ وَعَاءِ الزَّمَانِ. مُضَافًا إِلَى مَنَافَاتِهِ لظَوَاهِرِ

الأدلة.

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أنّ الملكية التي يجمع بها بين الأدلة في بيع الواهب و ذي الخيار و شراء من ينعق عليه حقيقةً آنية لا فرضية، لأنّه ليس جمعاً بين الدليلين، و عملاً بما دلّ على توقف البيع و العتق على الملك، ضرورة أنّ الملك المنوط به البيع و العتق هو الملك الحقيقي لا التقديري. نعم يتجه الملك التقديري في الدية، لعدم قابلية الميت للملك الحقيقي.

الثاني: أنّه قد ظهر مما ذكرنا عدم ثبوت جواز تصرف متوقف على الملك- لما عرفت مفصلاً- حتى يستشكل في اقتضاء الإباحة المبحوث عنها في المقام لجواز التصرفات المتوقفة على الملك.

الثالث: أنّ الإباحة سواء أكانت مع العوض كما هو الوجه الثالث أم بدونه- كما إذا كانت الإباحة في مقابل الإباحة- صحيحة لازمة، لعموم أوْفُوا بِالْعُقُودِ لا لدليل وجوب الوفاء بالشروط، لعدم إحراز شموله للشروط الابتدائية لو لم نقل بعدم شموله لها. وقد تقدّم شطر من الكلام في ذلك في أدلة لزوم المعاطاة.

الرابع: أنّ ما ذكرناه في حكم صور المعاطاة يجري في سائر الصور التي لم يذكرها المصنف، لشمول العقد لها، فيجب الوفاء بها، فإنّ المناط في الجميع هو العقد.

ص: 146

الخامس (1): في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود، و عدمه.

اعلم: أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد «1» على ما حكى (2) عنه:

---

التنبيه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع

(1) الغرض من عقد هذا التنبيه - كما صرح به في المتن - تحقيق أن المعاطاة هل تختص بالبيع، فلا تجري في سائر العقود كما لا تجري في الإيقاعات على ما قيل، أم لا تختص به فتجري في العقود الأخر أيضا؟ وقد نقل أولا كلام المحقق الكركي قدس سره حيث نسب إلى بعض الأصحاب القول بالمعاطاة في الإجارة والهبة، ثم ناقش المصنف فيه وتأمل في النسبة، وسيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

وعليه يقع البحث في هذا التنبيه في مقامين، أحدهما في تحقيق كلام المحقق الثاني قدس سره، والآخر في بيان مختار المصنف قدس سره، ويقع الكلام فعلا في المقام الأول.

(2) الحاكي غير واحد من الأصحاب، منهم السيد الفقيه العاملي «2» وصاحب الجواهر وغيرهما قدس سرهم، وكذا حكاة الشهيد الثاني من دون التصريح باسم القائل، ففي المسالك: «ذكر بعض الأصحاب ورود المعاطاة في الإجارة والهبة، بأن يأمره بعمل معين و يعين له عوضا، فيستحق الأجر بالعمل. ولو كان إجارة فاسدة لم يستحق شيئا مع علمه بالفساد، بل لم يجز له العمل و التصرف في ملك المستأجر، مع إطباقهم

---

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 59

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158، جواهر الكلام، ج 22، ص 239

ص: 147

«أن في كلام بعضهم (1) ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة،

---

على جواز ذلك، واستحقاق الأجر. إنما الكلام في تسميته معاطاة في الإجارة» (1).

وقال الفقيه المامقاني قدس سره: «قد يقال: بورود المعاطاة في الإجارة و سائر العقود عدا النكاح. بل عن بعض من تأخر ورودها فيه أيضا. وعن تعليق الإرشاد: أن من المعاطاة الإجارة ونحوها، بخلاف النكاح والطلاق ونحوهما، فلا تقع» (2).

(1) الظاهر أن هذا البعض هو العلامة قدس سره، إذ المستفاد من كلامه في التذكرة عدم توقف الملك في الهدية على الإيجاب والقبول اللَّفْظِيِّين، خلافا لمن تقدّم عليه كالشيخ والحلي حيث صرحوا باعتبار الصيغة فيها، وأنه لا يباح التصرف بالمنوط بالملك في الهدية الفاقدة للصيغة.

وكذا يمكن أن يستظهر من كلامه جريان المعاطاة في الإجارة.

ولما لم تكن عبارة العلامة في المقامين - وهما الهبة والإجارة - صريحة في تأثير معاطاتهما في الملك اقتصر المحقق الثاني قدس سره على قوله: «ما يقتضي اعتبار المعاطاة..» ولم يدع صراحة كلام ذلك البعض في جريان المعاطاة في البابين المذكورين، ولم يتفرّد المحقق الثاني في هذا الاستظهار، بل وافقه الشهيد الثاني (3) والمحقق الأردبيلي قدس سرهما أيضا (4).

والأولى نقل جملة من كلام العلامة وقوفا على حقيقة النسبة.

قال في إجارة التذكرة: «مسألة: لو دفع ثوبا إلى قصّار ليقصّره، أو إلى خياط ليخيطه، أو جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه، أو دلاك ليدلكه، ففعل، وبالجملة:

كل من دفع إلى غيره سلعة ليعمل فيها عملا، ولم يجر بينهما ذكر أجره ولا نفيها، فإن كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسل و القصّار فله أجره مثل عمله،

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 151

(2) غاية الآمال، ص 201

(3) مسالك الأفهام، ج 5، ص 229

(4) مجمع الفائدة والبرهان، ج 10، ص 83

وإن لم يكن له عادة وكان العمل ممّا له أجره فله المطالبة، لأنّه أبصر بنيتّه. وإن لم يكن ممّا له أجره بالعادة لم يلتفت إلى مدّعيها. و للشافعية أوجه «1» ونحوه عبارة القواعد «2» والإرشاد «3»، إلّا أنه أطلق الأجره في الأخير ولم يقيده بالمثل.

وأما في الهبة فقد جزم العلامة في القواعد «4» بعدم كفاية المعاطاة فيها، ولكنّه مال في التحرير «5» إلى عدم اشتراط القبول نطقا كما قيل. ويلوح من كلامه في هبة التذكرة كفاية المعاطاة، حيث إنّه نقل عن بعض العامة ترتب الملك على إرسال الهدية، ولم يناقش فيه، و ظاهره الركون إليه وإن لم يصرّح به.

قال فيها: «الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات. و أمّا الهدية فذهب قوم من العامة إلى أنّه لا حاجة فيها إلى الإيجاب و القبول اللفظيين، بل البعث من جهة المهدى كالإيجاب، و القبض من جهة المهدى إليه كالقبول، لأنّ الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمرّ الحال من عهدّه إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعبارتهم. و منهم من اعتبرهما كما في الهبة و الوصية. و اعتدروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحة لا تمليكا.

و أوجب بأنّه لو كان كذلك لما تصرف الملاك [لما تصرفوا فيه تصرف الملاك] و معلوم أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم كان يتصرف فيه و يملكه غيره. و الصدقة كالهدية في ذلك بلا فصل.

و يمكن الاكتفاء في هدايا الأطمعة بالإرسال و الأخذ من غير لفظ الإيجاب و القبول جريا على المعتاد بين الناس. و التحقيق مساواة غير الأطمعة لها، فإنّ الهدية قد يكون

(1): تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 320

(2) قواعد الأحكام، ص 94 (الطبعة الحجرية)

(3) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 425

(4) قواعد الأحكام، ص 110

(5) تحرير الأحكام، ص 281

وذلك (1) لأنه إذا أمره (2) بعمل على عوض معين (3) فعمله، استحق الأجرة.

ولو كانت (4) هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل

غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فإن مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا. وقال بعض الحنابلة: لا يفتقر الهبة إلى عقد، بل المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية، ولا يحتاج إلى لفظ، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يهدي ويهدي إليه، ويفرق الصدقة، ويأمر بفرقتها، ولم ينقل في ذلك لفظ إيجاب ولا قبول. ولو كان شرطاً لأمر به ..» (1).

واستجوده المحقق والشهيد الثانيان، ففي جامع المقاصد- بعد نقل المضمون:-

«وهذا قوي متين» (2).

وفي المسالك بعد نقل نص عبارة التذكرة: «وهو حسن» ثم قوى إفادة الملك لا الإباحة المحضنة، فراجع (3).

هذا تقريب جريان المعاطاة في الإجارة والهبة.

(1) هذا بيان مستند جريان المعاطاة في الإجارة والهبة، وهو حكم العلامة قدس سره في التذكرة في كلا البابين، وقد تقدم مفصلاً.

(2) أي: أمر الأمر صانعا بعمل على عوض.

(3) لم يذكر العلامة أجرة معينة، فالظاهر أن المحقق الثاني استظهرها من التعارف والعادة القاضيين بتملك المأمور لأجرة المثل أو للأجرة المتعارفة.

(4) هذا استظهار المحقق الثاني من الفرع المذكور في التذكرة وغيرها، وحاصله:

أنه يتعين توجيه استحقاق الأجرة بكفاية المعاطاة في باب الإجارة، إذ لولاها لم يجز للمأمور التصرف في ثوب الأمر بخياطة وقصارة، لكونه تصرفاً في ملك الغير بلا إذن

(1): تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 415

(2) جامع المقاصد، ج 9، ص 142

(3) مسالك الافهام، ج 6، ص 12

و لم يستحق (1) أجره مع علمه بالفساد. و ظاهرهم (2) الجواز بذلك. و كذا (3) لو وهب بغير عقد، فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف (4)، و لو كانت هبة فاسدة لم يجز (5)، بل منع من مطلق التصرف. و هو (6) ملحظ وجيه» انتهى [1].

---

منه، و لم يستحق أجره على عمله مع علمه بفساد الإجارة، لفقد شرطها و هو الإيجاب و القبول اللفظيان.

(1) أمّا عدم استحقاقه للأجره المسمّاة بفساد الإجارة. و أمّا عدم استحقاقه لأجره المثل فإلقدامه على العمل بغير أجره، و ذلك لعلمه بالفساد.

(2) أي: و الحال أنّ ظاهر الأصحاب جواز عمل المأمور استنادا إلى أمر الأمر، فلا بدّ من كشف هذا الجواز عن صحة الإجارة المعاطاتية.

(3) معطوف على «إذا أمره» و هذا الحكم في الهدية منشأ استظهار المحقق الثاني قدّس سرّه جريان المعاطاة فيها و عدم توقف الملك على الصيغة، و قد تقدم نقل عبارة التذكرة أنفا.

(4) و من المعلوم أنّ جواز الإتلاف- و سائر التصرفات المتوقفة على الملك- من آثار صحة الهبة المعاطاتية، إذ لو كانت فاسدة كانت العين الموهوبة باقية على ملك الواهب، و لم يكن تصرف المتهب فيها- مطلقا- جائزا.

(5) يعني: لم يجز الإتلاف، بل يمنع من جميع التصرفات.

(6) هذا نظر المحقق الثاني قدّس سرّه، يعني: أنّ ما يقتضيه كلام بعضهم- من جريان المعاطاة في الإجارة و الهبة- متين و وجيه.

---

[1] و قد استدللّ على جريانها في سائر العقود بوجوه مذكورة في حاشية الفقيه المامقاني قدّس سرّه:

الأول: السيرة المستمرة على إجرائها في غير البيع، على حدّ جريانها فيه.

الثاني: صدق اسم كل عنوان من عناوين العقود على المعاطاة التي تقوم مقام



وفيه (1): أن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني

---

(1) شرع المصنّف قدّس سرّه في مناقشة ما أفاده المحقق الثاني قدّس سرّه من تعميم المعاطاة للإجارة والهبة، فأورد عليه في ما يتعلق بالإجارة بوجوه ثلاثة، كما أورد عليه بوجهين في الهبة سيأتي بيانها تبعا للمتن.

الأول: أن المحقق الكركي قدّس سرّه التزم في معاطاة البيع بالملك المتزلزل، ونفى مقالة المشهور من ترتب إباحة التصرف عليها. وعلى هذا المبنى يكون معنى جريان المعاطاة في الإجارة صيرورة الأجير - وهو المأمور - مالكا للأجرة المعيّنة على عهدة المستأجر الأمر، و صيرورة الأمر مالكا للعمل المعيّن - المأمور به - على المأمور.

ولكن يرد عليه أنّا لم نجد من صرّح بتحقيق الملكية المتزلزلة في هذه الإجارة، فكيف أسندها المحقق الثاني إليهم؟ على ما هو ظاهر قوله: «إن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة» ولعلّ هذا البعض يقول بكون المعاطاة مبيحة مطلقا سواء في البيع والإجارة. ومن المعلوم أنّ إباحة المنفعة والأجرة - من دون

---

اللفظ، فتشملها أدلة تلك العقود.

الثالث: الهدايا التي أهديت الى المعصومين عليهم السّلام، فإنّهم كانوا يعاملون معها معاملة الملك، مع وضوح خلّوها عن اللفظ.

الرابع: إسناد المحقق الثاني إلى ظاهر الأصحاب جريان المعاطاة في الهبة والإجارة.

الخامس: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره. «1»

و الكلّ - ما عدا الثاني - مخدوش، وإن كان المدعى حقّا.

---

(1): غاية الآمال، ص 202

ص: 152

الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر (1)، وملك الأمر العمل المعين على المأمور، ولم نجد (2) من صرح به (3) في المعاطاة.

الملكية- أجنبية عن استحقاقهما المنوط بالملك، هذا.

الثاني: أن أصل استظهار المحقق الثاني جريان المعاطاة في الإجارة بقوله:

«و لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل» ممنوع، فلعل ذلك البعض قائل بالإجارة المعاطاتية المفيدة للإباحة لا للملك. وجه منع الاستظهار: عدم الملازمة بين فساد الإجارة ومنع الأجير عن العمل، وذلك لأن فسادها غير مانع عن عمل الأجير مطلقا ولو تبرعا، لإمكان وجود إذن المالك في التصرف وعدم تقييده بصحة الإجارة بناء على تعدد المطلوب. وإنما يستلزم المنع عن العمل إذا تقيّد إذن المالك بصحة الإجارة.

والحاصل: أن مجرد جواز التصرف في ملك الأمر لا يدل على صحة الإجارة، حتى يستظهر من الملازمة بينهما صحة الإجارة المعاطاتية.

الثالث: أن مجرد علم المأمور بفساد الإجارة- لخلوها عن الصيغة المعتبرة فيها- لا يمنع عن استحقاق الأجرة، بل المانع منه هو قصد التبرع، لأنه رافع لحرمة عمله، فبدون هذا القصد يستحق الأجرة، لقاعدة احترام عمل المسلم. نعم العلم بفساد الإجارة يوجب علمه بعدم استحقاق الأجرة المسماة، ولا يستلزم بذل عمله مجانا.

هذه مناقشات المصنف فيما يتعلق باستظهار جريان المعاطاة في الإجارة.

(1) أي: كون الأمر ضامنا للأجرة المعينة، والمأمور ضامنا للعمل المعين كخياطة الثوب ونحوها مما أمره به.

(2) هذا أول الوجوه الثلاثة، ومقصود المصنف منع قول المحقق الثاني: «ان في كلام بعضهم ما يقتضي...». فإن عدم الظفر بالمصرح يجعل دعوى المحقق الثاني اجتهادا منه، لا حكاية وإخبارا عن رأي بعض الأصحاب.

(3) أي: بملك المأمور للأجرة، وملك الأمر للعمل المعين.

وَأَمَّا (1) قوله: «لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل» فموضع نظر، لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل، سيّما (2) إذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر.

وقوله: «لم يستحقّ اجرة مع علمه بالفساد» ممنوع (3)، لأنّ الظاهر ثبوت اجرة المثل، لأنّه (4) لم يقصد التبرّع، وإنّما قصد عوضاً لم يسلم له (5).

وَأَمَّا مسألة الهبة (6) فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على

---

(1) هذا ثاني وجوه المناقشة، وهو منع الملازمة بين صحّة الإجارة و جواز التصرف في ملك الأمر.

(2) كما إذا أمر شخصاً بأن يبني مسجداً أو قنطرة أو غيرهما - مما لا يكون ملكاً للمستأجر - بعوض، حيث إنّ العمل حينئذ ليس تصرفاً في عين أموال المستأجر، فلا وجه لعدم جوازه من ناحية التصرف في مال الغير. فوجه الخصوصية هو عدم استلزام العمل للتصرّف في مال الغير.

(3) هذا هو الإشكال الثالث على كلام المحقق الكركي قدّس سرّه، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «الثالث ان مجرد علم المأمور بفساد الإجارة .. إلخ».

(4) أي: لأنّ المأمور لم يقصد التبرّع، فهو يستحقّ اجرة المثل من الأمر، بمناط استيفاء عمله المحترم.

(5) أي: لم يسلم العوض المسمّى للمأمور من جهة علمه بفساد الإجارة، لخلوّها عن الصيغة المعتبرة - بنظرهم - في العقود اللازمة.

(6) أورد المصنف على جريان المعاطاة في الهبة بوجهين، أحدهما: ناظر إلى استظهار المحقق الثاني من كلام بعض الأصحاب. و ثانيهما: ناظر إلى منع أصل منشأ الاستظهار.

أمّا الأول فتوضيحه: أنّ استكشاف مملّكية الهبة المعاطاتية - من حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبة - ممنوع، لعدم كون جواز إتلافها لازماً مساوياً لصحّة الهبة

جريان المعاطاة فيها، إلا (1) إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة، فإن (2) جماعة كالشيخ والحلي والعلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية- من دون الصيغة- يفيد الإباحة دون الملك. لكن (3) المحقق الثاني رحمه الله ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها

الفاقدة للصيغة حتى يدل على جريان المعاطاة فيها، بل هو أعم من صحتها، لكفاية الإذن المالكي في جواز الإتلاف مع بقاء الرقبة على ملك الواهب، كما هو الحال في إباحة الطعام للضيف مع كونه ملكا للضيف.

وعليه فحكم بعض الأصحاب بجواز إتلاف العين الموهوبة غير كاشف عن التزامه بمملكية الهبة المعاطاتية، لما عرفت من أن جواز التصرف المتوقع على الملك- كالإتلاف- لازم أعم لكل من الملك والإباحة المالكية.

وأما الثاني فتوضيحه: أن ما نسبته المحقق الكركي إلى بعض الأصحاب- في الهبة- ممنوع، إذ لا أصل له، لأن توقف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول اللفظيين كاد أن يكون متفقا عليه بين الأصحاب، بل صرح شيخ الطائفة وغيره بمنع التصرف المنوط بالملك في معاطاة الهدايا، ومعه كيف نسب المحقق الثاني إلى بعض الأصحاب إفادة معاطاة الهبة للملك؟ فإنه مخالف للمشهور بل المدعى عليه الإجماع. وعلى هذا لا أساس للنسبة المزبورة أصلا.

(1) ظاهره الاستثناء من قوله: «بجواز الإتلاف» وغرضه قدس سره منع أصل جواز إتلاف العين الموهوبة حتى لو فرضنا الملازمة بين جواز الإتلاف والملك، وتوضيحه:

أن إباحة التصرف في الهبة الفاقدة للصيغة تعبدية لا مالكية، ومن المعلوم عدم اقتضاء مجرد الإباحة لمشروعية التصرف المتوقع على الملك كالإتلاف والبيع والعتق والوقف ونحوها، والدليل عليه تصريح جماعة- منهم شيخ الطائفة- بحرمة المباشرة مع الجارية المهداة بالهدية الفاقدة للإيجاب والقبول اللفظيين.

(2) الظاهر أنه تنمة للمستثنى وتعليل له، فكأنه قال: «إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة كما ذهب إليه جماعة.. إلخ».

(3) استدراك على المستثنى وهو قوله: «إلا إذا قلنا» وحاصله: أن المحقق الثاني قدس سره

مفيدا للإباحة المجردة. وتوقف (1) الملك في الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك (2).

و مما ذكرنا (3) يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف» هذا [1].

ذهب إلى إفادة المعاطاة للملك، لا- الإباحة المحضنة، فعلى هذا يكون جواز الإتلاف- بنظره- من آثار الملك و دالاً عليه، لا من آثار الإباحة.

(1) هذا هو الإشكال الثاني على المحقق الكركي قدس سره و محصّ له: أنّ حصول الملك في الهبة المعاطاتية- كما ذهب إليه هذا المحقق- ممّا لا- وجه له، لمخالفته لما يظهر من المسالك من أنّ اعتبار الصيغة في الهبة قريب من الإجماع، فكيف يترتب الملك على معاطاة الهبة؟

(2) قال الشهيد الثاني في شرح كلام الشرائع: «و هو يفتقر إلى الإيجاب و القبول» ما لفظه: «و ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة. فعلى هذا: ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها و قبولها لا تفيد الملك، بل مجرد الإباحة» [1].

لكنه قال في آخر كلامه: «يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المترزّل ..

إلخ» فمال أخيراً إلى جريان المعاطاة في الهدية، وإفادتها الملك المترزّل.

(3) أي: من منع جواز الإتلاف- لو كانت الهبة فاسدة- يظهر المنع عمّا أفاده المحقق الثاني بقوله: «بل منع من مطلق التصرف» و ذلك لأنّ الفساد- بمعنى عدم ترتب الملك- لا يقتضي المنع عن سائر التصرفات، لجواز التصرف بدون الملك، كما هو مذهب القائلين بإفادة المعاطاة للإباحة.

[1] ما أورده المصنف على المحقق الثاني غير ظاهر. أمّا أولاً: فلأنّ هذا المحقق لم يدعّ مزيد من اقتضاء كلام بعض الأصحاب جريان المعاطاة في الإجارة و الهبة،

(1): مسالك الأفهام، ج 6، ص 12

ص: 156

و هذه النسبة في محلّها، لموافقة غير واحد له. خصوصاً مع صراحة كلام العلامة- الآتي نقله في المتن- من اتحاد الرهن و البيع في حكم المعاطاة منعا و جوازا، بعد عدم خصوصية في الرهن في هذا الحكم، بل هو كسائر المعاملات، إلّا إذا قام دليل على اعتبار صيغة خاصة في بعضها كالنكاح و النذر و الطلاق.

وقد التزم الشهيد الثاني و المحقق الأردبيلي قدّس سرّهما بجريان المعاطاة في الإجارة، قال في المسالك: «لَمَّا كان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقومة بالمال، و جب ثبوت عوضها على الأمر كالاستيجار معاطاة» (1).

وقال المحقق الأردبيلي: «هذا الحكم- أي استحقاق الأجرة بالأمر بالعمل- مشهور، و يحتمل أن يكون مجمعا عليه. و لعلّ سنده: اقتضاء العرف، فإنّه يقتضي أن يكون مثل هذا العمل بالأجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا و لك عليّ الأجرة، فيكون جعالة أو إجارة بطريق المعاطاة، مع العلم بالأجرة، و لو كان مثل أجرة الحمالين، و يبعد كونها إجارة باطلة» (2) و يظهر من أوّل كتاب الإجارة التزامه بالمعاطاة في الإجارة كالبيع، فراجع.

وقال السيد الفقيه العاملي في تصحيح هذه الإجارة- بعد المناقشة في السيرة بعدم استمرارها- ما لفظه: «فلعلّ الأصل في ذلك أنّه من باب المعاطاة في الإجارة، و هي كالمعاطاة في البيع، فيلزمه حينئذ الأجرة المسماة لمثل ذلك العمل» (3).

و الحاصل: أنّ استحقاق المأمور للأجرة إمّا أن يستند إلى جريان المعاطاة في الإجارة، لاجتماع شرائطها من معلوميّة المنفعة كخيطة الثوب و حلاقة الرأس و نحوهما من الأعمال المحترمة، و معلومية الأجرة لتعيينها من قبل الأمر، أو لأجل

---

(1): مسالك الأفهام، ج 5، ص 229

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 83

(3) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 275

---

التعارف و العادة اللذين هما المرجع في تعيينها، وإما أن يستند إلى قاعدة استيفاء عمل محترم.

وعليه فما في الجواهر من قوله: «لا لآئها من المعاطاة، فإن الشرائط فيها مفقودة، بل من باب الضمان لاحترام عمل المسلم ..» «1» غير ظاهر، بعد تصريح من عرفت بجريان المعاطاة في الإجارة، مع كفاية إطلاقات أدلة الإجارة.

إنما الكلام في كون الضمان بأجرة المثل أو بالمسماة. ففي الشرائع والقواعد وغيرهما التصريح بأجرة المثل، وفي الإرشاد والمسالك إطلاق الأجرة. ولو فرض تعيين المثل في مورد الإطلاق لم يكشف عن فساد الإجارة، كي يتجه إنكار مالكية المأمور للأجر المعين، لكفاية التعارف في مقام التعيين، فينزل إطلاق قول الأمر: «وعليّ الأجر» - وكذا إهماله رأسا - على ما هو المتعارف لمثله.

ويمكن توجيهه بما أفاده السيد الفقيه العاملي قدس سرّه: بقوله: «إلا أن تقول: إنّ الغالب توافقهما - أي: أجرة المثل و المسمّى - فلا فرق بين العبارتين. أو تقول: إن المسمّى لا يعتبر في معاطاة الإجارة حيث يخالف المثل» «2».

وعليه فقول المصنف قدس سرّه: «و لم نجد من صرح به» ممنوع إن كان مقصوده نفي أصل استظهار المحقق الثاني من كلام البعض. وإن كان الغرض منه عدم نصوصية كلام البعض في جريان المعاطاة في الإجارة فهو وإن كان حقّا، إلا أنّ المتبع في مقام الاستظهار والاحتجاج ظهور الكلام - ولو بالملازمة العرفية - في نسبة المضمون إلى قائله، ولا تعتبر الصراحة أصلا.

و أمّا ثانيا: فلأنّ إنكار المعاطاة في الإجارة والهبة هنا ينافي ما تقدّم من المصنف في أدلّة مملكية المعاطاة من الاستناد إلى الإجماع المركّب بين البيع والإجارة والهبة.

---

(1): جواهر الكلام، ج 27، ص 337

(2) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 275

---

إذ لو كان الأصحاب متفقين على الإباحة في البابين لم يبق موضوع لعدم القول بالفصل، بل كان اتّفاقهم على منع المعاطاة في الإجارة و الهبة موهنا لاستفادة الملك من إطلاق أدلة البيع أيضاً، و لازمه القول بالإباحة المحضّة تعبدًا في الجميع، و هو ضدّ مقصود المصنف من إثبات الملك في معاطاة البيع بالاستعانة من إطلاقات الإجارة و الهبة.

و بعبارة أخرى: الاستدلال بعدم القول بالفصل بين البيع و بينهما يتوقف على ذهاب جمع إلى مملّكية معاطاتهما، و جمع إلى الإباحة، حتى يتجه إلحاق معاطاة البيع بهما، فلو كان الملك فيهما منوطًا بإنشاء القولي - عند الكلّ - أشكل الأخذ بإطلاقاتهما، و لزم تقييدها بالعقد المملّك، و لا يبقى حينئذ مجال لاستفادة مملّكية البيع المعاطاتي، هذا.

و أمّا ثالثًا: فلأنّ مقصود المحقق الثاني قدّس سرّه مجرد استظهار تعميم المعاطاة لبابي الإجارة و الهبة - من كلام البعض، بلا نظر إلى كونها مفيدة للملك أو للإباحة، فغرضه قدّس سرّه كفاية إنشائهما بالفعل كما في البيع، و أمّا إمضاء الشارع لما قصده أو ترتّب الإباحة عليه تعبدًا فذلك مقام آخر لا يلازم أصل الجريان، هذا ما أفاده المحقق الإيرواني «1».

و هو و إن كان حقًا في نفسه، فإنّ الغرض كفاية إنشاء العناوين الاعتبارية بالفعل، لا ترتب خصوص الملك، و معنى كفايته ترتب الأثر المقصود من كلّ عنوان معاملي على إنشائه بالفعل، و عدم توقفه على الصيغة المعهودة، فقد يكون الأثر ملك العين كما في البيع و الهبة و الصلح على عين، و قد يكون ملك المنفعة كما في الإجارة و الصلح على المنفعة، و قد يكون فكّ الملك و تحريره كما في وقف المساجد، و قد يكون الوثيقة للدين كما في الرهن، و قد يكون غير ذلك كما في النكاح و الطلاق و العارية و الوديعة و الوكالة و العتق.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 86



ولكن الأظهر (1)- بناء على جريان المعاطاة في البيع- جريانها في غيره

(1) هذا شروع في المقام الثاني ممّا تعرّض له المصنف قدّس سرّه في التنبيه الخامس، و غرضه إثبات كفاية الإنشاء الفعلي في مطلق العناوين الاعتبارية، وأنّ المعاطاة ليست مخالفة للقاعدة حتى تختص بباب البيع. وقد أفاد أولاً جريانها في خصوص الإجارة والهبة، ثمّ تمسّك ثانياً بالإجماع المركب بينه وبين غيره من المعاملات، فهنا وجهان:

أحدهما: أنّ المناط في صحة المعاطاة في البيع هو قابلية الفعل لإنشاء «تمليك عين بمال» به كإنشائه بالصيغة، و حيث كان «الإعطاء و الأخذ بقصد التمليك بال عوض» مصداقاً لعنوان البيع العرفي كان المناسب التعدّي عنه إلى باب الإجارة و الهبة أيضاً، إذ المقصود فيهما الملك أيضاً، فإقباض العين في الإجارة- كالدّار- تمليك لمنفعتها بعوض، و إقباض العين في الهبة تمليكها للمتهب.

و عليه فلا وجه لحصر المعاطاة بالبيع، إذ المقصود فيه التمليك، فإن كان الفعل صالحاً لإنشاء التمليك به لم يفرّق فيه بين البيع و الإجارة و الهبة، لاشتراك الكلّ في جامع التمليك. و إن لم يكن الفعل قابلاً لإنشاء لزوم منع البيع المعاطاتي أيضاً، لفرض

إلاّ أنّه قد يشكل بما أورده المحقق الثاني قدّس سرّه- بما سيأتي في المتن- على العلامة من الفرق بين معاطاة البيع و الرهن بقيام الإجماع على جريانها في البيع، و عدم قيامه عليها في الرهن. و ظاهره أنّ المعاطاة خلاف الأصل، فيقتصر فيها على المتيقن، و هو البيع، دون غيره من المعاملات.

لكن لو كان هذا مبنى العلامة قدّس سرّه لم يتم استظهار المحقق الثاني منه جريانها في الإجارة و الهبة أيضاً، و قوفاً فيما خالف الأصل على مورد اليقين، فاستفادة التعميم منوطة بعدم كون المعاطاة خلاف الأصل، و عدم اعتبار الإجماع على خروج البيع عنه، لاحتمال مدركيته، و أنّ المناط في إفادة المعاطاة للملك إطلاق الأدلة الإمضائية، و هذا الإطلاق موجود في سائر العناوين أيضاً، هذا.

من الإجارة والهبة، لكون (1) الفعل مفيدا (2) للتمليك فيهما.

و ظاهر المحكي (3) عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن: «إنّ الخلاف في الإكتفاء فيه بالمعاطة و الاستيجاب والإيجاب عليه، المذكور (4) في البيع آت هنا» «1» انتهى.

قصور الأفعال عن تأدية المراد. و لمّا كان هذا الشقّ باطلا- لما تقدم من الأدلة على مملّكية المعاطة- تعيّن القول بجريانها في الإجارة و الهبة أيضا.

ثانيهما: أن الدليل التعبديّ- وهو الإجماع المركّب- يقتضي جريان المعاطة في سائر العناوين الاعتبارية كالوديعة و الوكالة و الوصيّة و الرهن وغيرها، لما يظهر من كلام العلامة في رهن التذكرة من عدم القول بالفصل بينه و بين البيع، فإمّا أن يقال بفساد المعاطة في الجميع، و إمّا بصحتها فيه، لقابلية الأفعال- و لو بمعونة القرائن الحالية أو المقالية- لإنشاء الأمور الاعتبارية بها. و حيث إنّ الصحة في البيع متسالم عليها فلا- بد من صحتها في مطلق المعاملات، إلّا مع قيام دليل على اعتبار الصيغة الخاصة في بعض العقود و الإيقاعات كالنكاح و الطلاق و النذر، و إلّا فمقتضى القاعدة وقوعها بكلّ من القول و الفعل، هذا.

(1) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل، و هو التعدي عن البيع إلى خصوص الإجارة و الهبة، وفاقا لما استظهره المحقق الثاني قدّس سرّه من كلام بعض الأصحاب.

(2) يعني: بضمّ القرينة المقالية أو المقامية، و إلّا فالفعل- و هو الإعطاء- لا يفيد بنفسه شيئا من الإجارة و الهبة وغيرهما من العناوين الاعتبارية الإنشائية، فإذا صار الفعل مفيدا له شمله عموم دليل الصحة.

(3) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، و هو تعميم المعاطة بالتعبد، لا بمناط كاشفية الفعل عن القصد.

(4) صفة ل «الخلاف» يعني: الخلاف- المذكور في البيع- آت في الرهن أيضا.

(1): الحاكي هو السيد العاملي، مفتاح الكرامة، ج 5، ص 72، لاحظ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 12

لكن (1) استشكله في محكي جامع المقاصد «بأن البيع ثبت فيه حكم المعاظة بالإجماع، بخلاف ما هنا (2)» «1».

ولعلّ (3) وجه الإشكال عدم تأتي المعاظة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع،

---

(1) هذا إشكال على الإجماع الذي ربما يظهر من كلام العلامة، وهو في الحقيقة إنكار للإجماع على اتحاد حكم البيع والرهن، و محصّله: أنّ أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات تقتضي فساد المعاملة المعاظية مطلقاً، سواء في البيع وغيره، خرجنا عنه في خصوص البيع، إمّا لإفادتها الإباحة كما عليه المشهور، وإمّا الملك الجائز كما عليه المتأخرون. وأمّا الرهن فهو باق تحت عموم المنع، فلا وجه للتسوية بينه وبين البيع، هذا.

(2) أي: في الرهن.

(3) التعبير ب«لعلّ» من جهة تطرّق احتمالين في إشكال المحقق الثاني على العلامة قدّس سرّهما.

الأوّل: أنّ الأصل في مطلق المعاملات المعاظية هو الفساد، إلّا ما خرج بالدليل كالبيع.

الثاني: أنّ المعاظة ليست على خلاف الأصل، وإمّا لا تجري في عقد الرهن لخصوصية فيه مانعة عن إنشائه بالفعل، وذلك لأن المعاظة إمّا تقيّد الإباحة أو الملك الجائز. والأوّل غير متصور، إذ ليس المطلوب في الرهن إباحة التصرف، بل الاستيثاق للدين. والثاني ينافي حقيقة الرهن وهي الاستيثاق، إذ الجواز ينافي الوثوق بعد وضوح كون الراهن سلطاناً على فسخ عقد الرهن.

ولا يبعد ظهور كلام المحقق الثاني في الاحتمال الأوّل، ولذا حمّله المصنف على الوجه الثاني احتمالاً.

---

(1): جامع المقاصد، ج 5، ص 45

ص: 162

لأنها (1) هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف.

و الأول [1] غير متصوّر هنا (2). و أما الجواز فكذلك (3) لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن خصوصا (4) بملاحظة أنه لا يتصور هنا (5) ما يوجب

---

(1) أي: لأن المعاطاة في البيع.

(2) أي: في الرهن، لأن مقتضى كونه وثيقة للدين عدم تصرف الراهن فيه، و من المعلوم أنّ المبيع يجوز له استرداد ماله من المباح له.

(3) يعني: أنّ جواز الرهن غير متصور أيضا، لمنافاته للوثوق المقوم لماهية الرهن.

(4) وجه الخصوصية: أنّ الالتزام بالملك الجائز في معاطاة البيع أخفّ متونة منه في الرهن، و ذلك لأول الجواز هناك الى اللزوم عند طروء الملزم كتلف إحدى العينين، و هذا بخلاف جواز الرهن، إذ لا يجري شيء من الملزمات فيه، حيث إنه لو تلفت العين المرهونة لم يبق شيء حتى يكون وثيقة للدين.

مضافا إلى: أنّ المعتبر في الرهن هو الوثوق حدوثا و بقاء، و الجواز مناف لأصل الاستيثاق.

(5) أي: في الرهن، و ضمير «انه» للشأن.

---

[1] الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «و كلاهما غير متصوّر هنا كما لا سبيل الى اللزوم» أما عدم تصور الإباحة فواضح، لعدم كون المطلوب إباحة التصرف- للمرتهن- في العين المرهونة، لأنّ الرهن وثيقة للدين، و يتعلق حق المرتهن بها من دون أن تدخل في ملكه أو يباح له التصرف فيها.

و أما عدم تصور الملكية الجائزة فلمنافاتها للوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصا مع استمرار الجواز و عدم أوله إلى اللزوم أصلا. و أما عدم تصور اللزوم فلكونه مخالفا للإجماع المدعى على إناطة لزوم العقد باللفظ.

رجوعها الى اللزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان (1). و إن جعلناها (2) مفيدة للزوم كان مخالفا لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة (3) على اللفظ.

و كأنّ هذا (4) هو الذي دعا المحقق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض، و الاستشكال في الرهن [1].

---

(1) أي: عند طرؤ الملزم.

(2) يعني: و إن جعلنا الرهن المعاطاتي مفيدا للزوم من أوّل الأمر - بلا حاجة الى طرؤ الملزم - فإنه و إن كان مناسبا للاستيثاق، لكنه مخالف للإجماع المنعقد على توقف العقود اللازمة على اللفظ.

و عليه فملخص إشكال جريان المعاطاة في الرهن على هذا هو: أنّه بناء على الجواز لا يتحقق الرهن، لتقوم مفهومه بالوثوق الذي ينافيه الجواز. و بناء على اللزوم ينافيه الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود اللازمة، حيث إنّ الرهن لازم من طرف الراهن.

(3) يعني: سواء أ كان لزومها من طرفين أو من طرف واحد كما في الرهن، فإن لزومه من طرف الرّاهن لا المرتهن.

(4) أي: و كأنّ إطباقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ دعا المحقق الثاني .. إلخ، و مقصود المصنف من هذه الجملة توجيه تفصيل المحقق الثاني بين الإجارة و الهبة و القرض و بين الرهن، بجريان المعاطاة في تلك الثلاثة دون الأخير، و ذلك لأن جواز الملك فيها ممكن، لصيرورته لازما بطرؤ الملزم، بخلاف الرهن، لامتناع الجواز فيه، لمنافاته للاستيثاق.

---

[1] ما نسبه المصنف الى المحقق الثاني من التزامه بجريان المعاطاة في الإجارة و الهبة و القرض و إفادتها فيها ملكا جائزا لا يخلو من شي

٤

أمّا في الإجارة فلم يظهر ممّا نقلناه عنه في أوّل هذا التنبيه التزامه بالملك الجائز،

ص: 164

---

(1) استدراك على التوجيه المتقدم بقوله: «و كأنّ هذا ..» وغرضه الإيراد على المحقق الثاني المفصّل بين معاطاة الرهن وبين معاطاة الإجارة والهبة والقرض.

وحاصله: أنّه لا وجه للفرق بين العقود المزبورة، فلا بدّ من الالتزام بصحة الرهن المعاطاتي وترتب اللزوم عليه، وذلك لوجود المقتضي و فقد المانع.

أمّا وجود المقتضي فهو إطلاق بعض أدلة الرهن، كمتبرة عبد الله بن سنان، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن السّلم في الحيوان و الطّعام، ويرتهن الرّجل بماله

---

بل مقصوده إثبات أصل مشروعية معاطاة الإجارة. ولعلّ المصنف قدّس سرّه ظفر بكلام منه دالّ على إفادتها فيها للملك المتزلزل.

و أمّا في القرض فربما يكون المستفاد من جامع المقاصد ترتّب الإباحة المحضنة على معاطاة القرض، وتوقف الملك على الصيغة، فلاحظ قوله فيه: «ظاهر عباراتهم: أنّه لا بدّ من الإيجاب القولي، و عبارة التذكرة أدلّ على ذلك. ويرد عليه: أنّه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة التي هي عبارة عن الأخذ والإعطاء. فإن اكتفى في العقد اللازم بالإيجاب والقبول الفعلين فتحقّه أن يكتفي بها هنا بطريق أولى. وليس ببعيد أن يقال:

إن انتقال الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحة التصرف إذا دلّت القران على إرادتها» (1).

والجملة الأخيرة صريحة في توقف ملك المقترض - حتى المتزلزل منه - على اللفظ، وأنّ القبض لا يفيد أكثر من إباحة التصرف لو كان مقرونا بما يدلّ عليها، فالقبض المجرد عن قرينة الإباحة لا يؤثر أصلا في الإباحة فضلا عن الملك.

ولعلّ مقصود المصنف قدّس سرّه من الجواز أصل مشروعية القرض المعاطاتي، لا ترتب الملك الجائر عليه، أو لعلّه ظفر بكلام آخر لهذا المحقق، والله تعالى العالم بحقائق الأمور.

مخالفة (1) ما هو المشهور- بل المتفق عليه بينهم- من توقف العقود اللازمة على اللفظ، أو حمل (2) تلك العقود على اللازمة من الطرفين

رهنًا؟ قال: نعم، استوثق من مالك» (1). فإنه عليه الصلاة والسلام جَوَّز أخذ الوثيقة على المبيع سلماً، وإطلاقه شامل لكل من الرهن القولي والفعلي، ولا مقيد في البين مع كونه عليه السلام في مقام البيان.

وأما انتفاء المانع، فلأن المانع عن الأخذ بالإطلاق المزبور هو الإجماع المدعى على إناطة العقود اللازمة بالإشياء القولي. ولكنه غير مانع بنظر المحقق الكركي قدس سره إماماً لأنه لا يعتني بأصل هذا الإجماع، ولذا خالف المشهور في معاطاة البيع، وأول حكمهم بالإباحة بالملك المترزّل. وأما لأنه وإن اعتنى بهذا الإجماع. لكنه يحمل معقده على خصوص العقود اللازمة من الطرفين كالبيع والإجارة والصلح ونحوها من المعاوزات المبنية على اللزوم، لا مطلقاً ولو كان اللزوم من طرف واحد كالرهن الذي هو لازم من طرف الرهن فقط.

فإن قلت: إن إطلاق معقد الإجماع على إناطة العقود اللازمة باللفظ محكم، ولا وجه لإخراج الرهن منه. وعليه يتجه منع المحقق الكركي عن الرهن المعاطاتي.

قلت: لا- إطلاق في الإجماع المزبور حتى يشمل الرهن، لاختصاصه بالعقود المعاوزية، والرهن خارج عنها موضوعاً، إذ ليس فيه إعطاء شيء وأخذ آخر، وإنما هو مجرد استيثاق للدين.

وعلى هذا ينبغي أن يلتزم المحقق الكركي قدس سره بصحة الرهن المعاطاتي، وكونه كالقولي مفيداً للزوم.

(1) الأولى اقتترانه بالباء، بأن يقال: «لا يبالي بمخالفة..» وهذا إشارة إلى عدم الاعتناء بالإجماع رأساً.

(2) معطوف على «مخالفة» يعني: لا يبالي المحقق الثاني بتوجيه الإجماع المزبور

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 121، الباب 1 من كتاب الرهن، الحديث: 1

فلا (1) يشمل الرهن، ولذا (2) جَوِّز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر، كـ «خذه» و الجملة الخبرية، أمكن (3) أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم، لإطلاق (4) بعض أدلة الرهن. ولم يتم (5) هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات (6).

---

بحمله على خصوص العقود اللازمة من الطرفين، فيخرج الرهن عنها موضوعا، لكونه لازما من قبل الراهن فقط.

(1) هذا متفرع على قوله: «حمل تلك العقود .. إلخ».

(2) أي: ولأجل حمل تلك العقود على العقود اللازمة من الطرفين جَوِّز بعض الفقهاء إنشاء الرهن بلفظ الأمر وبالجملة الخبرية، قال الشهيد قدس سره: «وإيجابه:

رهنت و وثقت، وهذا رهن عندك أو وثيقة .. ولو قال: خذه على مالك أو بمالك فهو رهن» (1).

و كلامه صريح في صحة إنشاء الرهن بصيغة الأمر وبالجملة الخبرية. ولو كان من العقود اللازمة من الطرفين كالبيع والإجارة تعين إنشاؤه بالفعل الماضي خاصة، لما سيأتي تفصيله في بحث ألفاظ العقود إنشاء الله تعالى.

(3) هذا جزء قوله: «من لا يبالي» والمراد بالإمكان هنا ما يساوق التعيين واللابدية، لا الأعم منه و من الوقوع حتى يكون بمعنى الاحتمال الصّرف، إذ بعد وجود المقتضى للزوم وفقد المانع عنه لا بدّ من القول بلزوم الرهن المعاطاتي.

---

(4) هذا إشارة إلى وجود المقتضى للزوم الرهن. وقد تقدمت معتبرة ابن سنان المتضمنة للإطلاق، ونحوها غيرها، فراجع جملة من أخبار الرهن.

(5) هذا إشارة إلى فقد المانع عن إطلاق النصوص الشامل لصحة الرهن الفعلي والقولي على حدّ سواء.

(6) كالبيع والإجارة والصلح والقرض، فإنّها عقود معاوضية يتوقف لزومها

---

(1): الدروس الشرعية، ج 3، ص 383

ص: 167



و لأجل ما ذكرنا (1) في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ (2) القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ. و الجواز (3) غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمل (4).

على إنشائها باللفظ.

هذا تمام ما أفاده المصنف في الإشكال على المحقق الثاني في ما يتعلّق بجريان المعاطاة في الرهن، وقد اختار في المتن عدم جريانها فيه، لمنافاة الجواز لماهية الرهن.

(1) أي: و لأجل ما ذكرنا- من توقف العقود اللازمة على اللفظ و عدم كفاية المعاطاة في لزومها، و منافاة حقيقة الرهن للإباحة و التزلزل- يمنع من إنشاء الوقف بالفعل و هو الإقباض. و الدليل على المنع نحو ما تقدّم في الرهن من أنّ جواز الوقف حتى يجوز للواقف إعادة الموقوف إلى ملكه غير معهود من الشارع، و لزومه منوط باللفظ للإجماع.

(2) تعليل لقوله: «يمنع».

(3) يعني: لو قيل بمشروعية المعاطاة في الوقف- و لم نقل ببطانها رأسا- قلنا بمنافاة ماهية الوقف للجواز، فإنّه تحييس للملك على الدوام أو تحريره. و هذا لا يجتمع مع الجواز المقتضي لصحة إعادته في الملك بالرجوع عن الوقف.

(4) لعلّه- كما قيل- إشارة إلى: أنّه لا- مانع من الالتزام بجواز الوقف، إذ لو كان الجواز منافيا لماهيته لما جاز اشتراط الرجوع فيه. و المفروض جواز هذا الشرط.

لكن فيه: أنّ الظاهر إرادة الجواز الذاتي من الجواز الذي نفى معرفيته، لا الجواز الناشئ عن أمر خارجي كالشرط، فالوقف بذاته لازم، و لا يصير جائزا إلا بالشرط مثلا. فعلى هذا لا تجري المعاطاة في الوقف.

لكن سيأتي في التعليقة أنّ المرجح في الجواز و اللزوم هو دليل ذلك العنوان الاعتباري، سواء أ كان إنشاؤه بالقول أم بالمعاطاة.

نعم (1) احتمال الإكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله «1».

(1) استدراك على منع جريان المعاطاة في الوقف، و حاصله: أنه يمكن جريان المعاطاة في وقف المساجد بأن يصلّي المالك في أرض بقصد المسجدية، أو يأذن لغيره في الصلاة فيها.

قال الشهيد قدّس سرّه: «إنّما تصير البقعة مسجدا بالوقف إمّا بصيغة: وقفت و شبهها، وإمّا بقوله: جعلته مسجدا، أو يأذن في الصلاة فيه بنيه المسجدية، ثم صلّوا أمكن صيرورته مسجدا، لأنّ معظم المساجد في الإسلام على هذه الصورة» «2».

لكن صاحب الجواهر قدّس سرّه قوى اعتبار الصيغة فيه «للأصل و ظهور إطباقهم في باب الوقف على الافتقار فيه إلى اللفظ» وإن رجع في آخر كلامه بقوله: «إلا أنه مع ذلك فالإنصاف أنّ النصوص غير خالية عن الإيماء إلى الإكتفاء بالبناء ونحوه مع نيّة المسجدية من غير حاجة إلى صيغة خاصة، خصوصا ما ورد منها في تسوية المساجد بالأحجار في البراري و الطرق» «3».

وقال في كتاب الوقف: «ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن و لم يتلفّظ بصيغة الوقف لم يخرج عن ملكه، بلا خلاف أجده فيه هنا» «4».

وسياتي أنّ مقتضى القاعدة هو جريان المعاطاة في الوقف و غيره من الاعتباريات، سواء أ كانت عقدا أم إيقاعا، إلا إذا لم يكن فعل مناسب لذلك الاعتبار النفساني، أو نهض دليل على اعتبار اللفظ فيه تعبدا كالنذر و العهد و الضمان و غيرها على ما قيل.

(1): النهاية لشيخ الطائفة، ص 595

(2) ذكرى الشيعة، ص 158

(3) جواهر الكلام، ج 14، ص 70

(4) جواهر الكلام، ج 28، ص 89

ص: 169

ثم إن الملزم للمعاطاة (1) فيما تجري فيه من العقود الأخر [1] هو الملزم في باب البيع كما سننّبّه به بعد هذا الأمر [2].

---

(1) يعني: أنّ المعاطاة في البيع لَمّا أفادت الإباحة المحضنة أو الملك المتزلزل، و كان لزومها متوقفا على طروء الملزم - من تلف أحد العوضين أو التصرف فيه - فلا محيص عن الالتزام بتوقف اللزوم على حصول الملزم لو تعدّينا عن معاطاة البيع، و قلنا بجريانها في جملة من العقود المملّكة، و غيرها، لتوقف اللزوم من أول الأمر على الإنشاء بالصيغ المعهودة، و الإنشاء الفعلي قاصر عن إفادته، فلذا يناط اللزوم بحصول الملزم. هذا تمام الكلام في هذا التنبيه.

---

[1] ظاهر العبارة: أنّ المعاطاة في أي عقد تجري تكون جائزة و إن كان ذلك العقد بنفسه لازما. لكن سيأتي إن شاء الله تعالى في التعليقة خلافة.

مضافا إلى عدم تعقل كون التلف ملزما للمعاطاة في بعض العقود كالرهن، لأنّ التلف مبطل للاستيثاق، لا موجب للزومه، كما لا يخفى.

[2] الظاهر جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و الإيقاعات، و قبل بيانه ينبغي تقديم أمرين:

الأول: أنّ الأفعال تارة تدلّ على المعاني بلا حاجة إلى قرينة كالسجود، فإنّه بذاته يدلّ على الخضوع. و أخرى تدلّ عليها بمعونة قرينة مقامية أو مقاليّة. و هذا هو الغالب، فإذا دلّت على المعاني بالقرائن بحيث عدّت دلالتها من الظهورات العرفية كانت حجة عند العقلاء على حذو حجية ظهورات الألفاظ في معانيها.

الثاني: أنّ بناء العقلاء على إنشاء الأمور الاعتبارية بالأفعال المبرزة لها و إن كان إبرازها بالقرائن، فكلّ فعل مبرز لمعناه الإنشائي يصح جعله آلة للإنشاء عند العقلاء، إلّا إذا منعه الشارع و اعتبر اللفظ المطلق أو الخاص في إنشائه.

إذا عرفت ما ذكرناه تعرف أنّه لا مانع من التمسك بأدلة العقود و الإيقاعات لصحة

---

المعاطاة فيها، إلا إذا لم يكن الفعل ولو بالقرينة آلة لإنشاء ذلك العقد أو الإيقاع عند العقلاء. أو اعتبر الشارع في ذلك العقد أو الإيقاع لفظا كالنذر. وفي غير هذين الموردين يكون مقتضى القاعدة جريان المعاطاة.

وبالجملة: كل فعل يكون عند العقلاء مبرزا للاعتبار النفساني يصح الإنشاء به، هذا.

وفي تقارير المحقق النائيني قدس سرّه ما لفظه: «لا يخفى أنّ الاستدلال بأدلة المعاملات لصحة المعاطاة فيها يتوقف على إثبات مقدمتين:

الأولى: كون الفعل بنفسه مصداقا لهذه العناوين ليصح الاستدلال بأدلة العناوين على صحته أو كونه مصداقا لأمر ملازم لأحد العناوين، بحيث يترتب عليه جريان العادة المألوفة والسير المستمرة ما يترتب على ملازمه، بأن كانت السيرة دليلا على ترتب ما يترتب على ملازم الفعل، لا أن تكون دليلا على أصل صحة المعاملة الفعلية. فبعد جريان العادة يدخل الفعل بالملازمة في أحد العناوين، ويصح الاستدلال له بما يستدل به للعناوين نظير القول، فإنّه قد ينشأ به أحد العناوين مطابقة، وقد ينشأ به أحدها التزاما.

ووجه اعتبار كون الفعل مصداقا لها أو مصداقا لملازمها ما أشرنا إليه سابقا من أنّ مجرد قصد عنوان ووقوع الفعل عقبيه لا يؤثر في تحقق هذا العنوان إذا لم يكن الفعل آلة لإيجاده أو إيجاد ملازمه» (1).

وفيه: أنّ البيع المسببي - وهو مبادلة المالين - يكون من الأمور الاعتبارية التي لا موطن لها إلا وعاء الاعتبار، ولا يحاذيها شيء في الخارج حتى يكون ذلك مصداقا لها، فلا بدّ من أن يكون المراد البيع السببي، وهو ما يتسبّب به من قول أو فعل، إلى البيع المسببي. ومن المعلوم أنّ البيع السببي عبارة أخرى عن آلة إيجاد البيع

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 79

المسببي، و مقتضى عرفية البيع سببيا و مسببا هو جواز إيجاد المسببي بكل ما يكون ظاهرا فيه عند العقلاء من قول أو فعل.

وبالجملة: يصح إنشاء الأمور الاعتبارية بكل لفظ أو فعل يكون مبرزا لها، لكون ذلك اللفظ أو الفعل مصداقا لما يتسبب به إلى عنوان اعتباري من بيع أو صلح أو هبة أو غيرها، من غير فرق بين كون ذلك العنوان عقدا أو إيقاعا كالطلاق و العتق وغيرهما.

ووجه الصحة هو شمول دليل نفوذ ذلك العنوان له، إذ لا فرق في مصاديق البيع السببي بين القول و الفعل.

وأتضح من هذا البيان: جريان المعاطاة في كل عقد و إيقاع، إلا إذا قام دليل على اعتبار اللفظ في ذلك، أو لم يكن فعل مبرزا له، فالأصل يقتضي جريان المعاطاة في جميع العناوين الاعتبارية، هذا.

و لا بأس بالإشارة إلى جملة من الموارد التي يمكن أن يكون فيها فعل مبرز للعنوان الاعتباري:

منها: القرض، فإن إعطاء المقرض بهذا العنوان و أخذ المقرض كذلك مبرز للتملك بالضمان الذي هو مفهوم القرض، لما مرّ آنفا من أنه لا يعتبر في المبرز أن يكون إبرازه للاعتبار النفساني بالذات أو الوضع، بل المدار على كونه مبرزا عقلائيًا، سواء أ كان إبرازه ذاتيا أم وضعيا أم للقرينة. فلا ينبغي الإشكال في صحة إنشاء القرض بالإعطاء.

و منها: الرهن، فإن إمكان إبرازه بالإعطاء- المحفوف بقرينة تدلّ عليه- من الأمور العقلانية التي لا ينبغي الارتباب فيها، إذ الإعطاء بقصد الرهن مع إقامة القرينة عليه- بحيث يصير عند العقلاء كاللفظ آلة للإيجاد- يكون محققا فعليا للرهن، فيشمله عموم أو إطلاق دليل صحته، فيكون لازما من طرف الرهن.

و دعوى «كونه جائزا، للإطباق على توقف العقود اللازمة على اللفظ» غير مسموعة، لعدم ثبوت ذلك الإجماع بمثابة يصلح لتخصيص العمومات.

---

كعدم سماع دعوى اختصاص دليل صحة المعاطاة من الإجماع و السيرة بالبيع.

لما عرفت في كلام جامع المقاصد و المسالك من اقتضاء كلام بعضهم اعتبار المعاطاة في الإجارة و الهبة. و هذا يوهن دعوى اختصاص الإجماع و السيرة بالبيع، هذا.

وقد ظهر مما ذكرناه من شمول عمومات الرهن لمعاطاته: اندفاع ما أورد على الرهن المعاطاتي من أنّ الجواز ينافي حقيقة الرهن و هي الوثوق.

و ملخص وجه الاندفاع هو: أنّ المرجع في كل معاملة معاطاتية دليل تلك المعاملة بعد عدم تحقق إجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ.

ثم إنّه قد استشكل في جريان المعاطاة في القرض و الرهن و الصرف و الوقف و غيرها مما يكون القبض شرط صحتها بما حاصله: لزوم اتحاد الشرط و المشروط. قال المحقق الأصفهاني قدس سرّه في توضيحه: «و ليعلم أولاً أن المعاطاة في القرض إن كانت بنفس القبض - مع أنّ القبض شرط الصحة - يلزم اتحاد الشرط و المشروط، و هو محال، إذ الشيء لا يعقل أن يكون نفسه مصححاً لفاعليته نفسه أو متمماً لقابلية نفسه، لعدم الاثنية بين الشيء و نفسه، ففرض عدم تمامية الفاعلية و القابلية في حدّ ذاته ينافي فرض تماميته بنفس ذاته» (1).

توضيحه: أنّه يلزم اجتماع الضدين - و هما المقتضي و الشرط - و هما مغايران و جودا. مضافاً إلى: أنه يلزم تقدم الشيء الواحد و تأخره، لأنّه من حيث كونه مقتضياً متقدماً رتبة، و من حيث كونه شرطاً متأخراً كذلك.

ثم أجاب المحقق المتقدم ذكره بما لفظه: «و الجواب العام: أن الفعل الخارجي الخاص له حيثيتان من حيث الصدور من الراهن مثلاً، و بهذا الاعتبار إقباض، و من حيث مساسه بالمرتهن القابض، و بهذا الاعتبار قبض، كالإعطاء و الأخذ في المعاطاة

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 47

البيعي، حيث قلنا بأنه يتسبب إلى الملكية بإعطائه، ويطاوع الآخر بأخذه، فهناك فعلا ن حقيقة كل منهما قائم بطرف، فلا مانع من كون أحدهما بمنزلة المقتضي، و الآخر بمنزلة الشرط».

و أنت خبير بقاء محذور اتحاد المقتضي و الشرط، و ذلك لأن مقتضى عقدية القرض و كفاية الإعطاء و الأخذ في المعاطاة هو كون الأخذ متمما للمعاطاة التي هي المقتضي للملكية في القرض كالعقد اللفظي الذي يكون القبول جزءه، و مع كون الأخذ جزء العقد المقتضي للملكية كيف يصير شرطا لها؟ إذ لو كان شرطا أيضا لزم محذور اتحاد الشرط و المشروط.

وقد يقال في دفع الإشكال: إن المقتضي هو الأخذ بمعناه المصدرى، و الشرط هو الأخذ بمعناه الاسمي أي كون العين في يد الطرف الآخر، من المقترض و المتهم، و المشتري في بيع الصرف، و من المعلوم تأخر الأخذ بالمعنى الاسمي عنه بمعناه المصدرى رتبة.

فلأخذ حيثان: إحداهما معناه المصدرى، و هي متممة للمعاملة، و الأخرى معناه الاسمي، و هي شرط الصحة، و لا مانع من كون إحدى حيثين شرطا لتأثير الأخرى، و من المعلوم أن الشرط في القرض هو الحصول في اليد، و لذا لو كان المال المرهون أو الموهوب أو المقترض عند المرتهن و المتهم و المقترض و تحت أيديهم قبل إنشاء هذه العناوين لم يحتج إلى قبض جديد بعد العقد القولي، إذ لا يتحقق حينئذ العقد المعاطاتي مع فرض كون العين في يد المرتهن، هذا.

لكنه لا يخلو من غموض، لوضوح تعدد المقتضي و الشرط وجودا، و امتناع تصادقهما على موجود واحد، فالمقتضي هو ما يترشح منه وجود المقتضى، و الشرط ما يتم به فاعلية الفاعل أو قابلية القابل، كالنار المقتضية للإحراق، و المماساة التي هي

شرطه، وهما متعددتان وجودا حقيقة.

وهذا بخلاف باب المصدر واسمه- كالإيجاد والوجود- فإنّ تعددهما اعتباري محض، إذ الحدث موجود وحدانيّ، فإن أضيف إلى فاعله كان مصدرا، وإن أضيف إلى نفسه كان اسم المصدر. ومن المعلوم أنّ القبض المجعول شرطا في العقود المذكورة هو إعطاء الموجب و أخذ القابل، ويتوقف صدق الشرط عليه على تحقق المقتضي للصحة قبله، و حيث لم يتحقق إنشاء قولي ولا غيره- كما هو المفروض- لزم اتحاد المقتضي والشرط في إنشاء هذه العناوين بالمعاطاة، فيعود المحذور.

وأما الفرع المذكور- وهو كفاية كون العين في يد الطرف الآخر- فلا يمكن الاستشهاد به على كفاية القبض بمعناه الاسمي في الأبواب المزبورة كليا، وإنما يقتصر به على مورده، وهو ما إذا أنشئ العقد باللفظ مطلقا أو بخصوص الصيغة المعتمدة في العقود اللازمة، فيقال بصحّته وعدم توقفه على ردّ العين إلى المالك كي يقبضها مرّة أخرى. وأما في إنشائه بالفعل، فلا موجب لرفع اليد عن ظهور أدلّة شرطية القبض بمعناه المصدري، ومقتضاه انسداد باب المعاطاة في مثل الرهن والهبة والقرض.

وأما الاستدلال على كفاية الإنشاء الفعلي في الهدية بما ورد في الهدايا التي أرسلت إلى النبي والأئمة الطاهرين عليهم الصلاة والسلام فليس بذلك الوضوح، فإنّهم عليهم السلام أخذوها وتصرفوا فيها تصرف المالك في أملاكهم لكن هذا لا يدلّ على انحصار إنشائها بالإرسال والإقباض حتى يكون الفعل الواحد مقتضيا للملك وشرطا فيه، لبقاء احتمال إنشائها بالكتابة أو بالصيغة الملحونة أو بتوكيل الرسول في إجراء الصيغة. ولعلّه لذا جزم شيخ الطائفة وابن إدريس قدّس سرّهما باعتبار الصيغة، وأنّ الهدية الفعلية لا تقيد إلا بإباحة التصرف غير المتوقف على الملك.

نعم يمكن أن يقال: إن حديث مغايرة المقتضي والشرط وجودا مختص



بالموجود العيني دون الاعتباري، فإن الملكية أمر اعتباري، ويمكن أن يكون منشأ اعتبارها فعلا خارجيا أو أمرا اعتباريا، ولا مانع من لحاظ حيثيتين في فعل واحد، فيكون القبض بلحاظ إعطاء الموجب مقتضيا، وبلحاظ أخذ القابل شرطا.

هذا بحسب مقام الثبوت. وأما بحسب مقام الإثبات فيكفي فيه - بعد إمكانه ثبوتا - إطلاق أدلة الإمضاء والتشريع، هذا.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا: أنّ إشكال اعتبار القبض في الصحة في جملة من العقود والإيقاعات لا يمنع جريان المعاطاة فيها، فتجري في الوقف، ويكون الوقف المعاطاتي كالقولي لازما، لشمول أدلة تشريع الوقف ولزومه له، كشموله للقولي.

فما في المتن من قوله: «(و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع)» أجنبي عما يدعيه القائل بجريان المعاطاة في الوقف، لأنّه يقول بلزوم الوقف المعاطاتي، لكونه مصداقا للوقف، فتشمله أدلته المقتضية للزومه كما لا يخفى.

ومنها: النكاح، فإنّ الظاهر جريان المعاطاة فيه بمعنى إنشاء علاقة الزوجية بفعل مباح مبرز للقصد عند العقلاء كذهاب المرأة بجهيزتها إلى دار الرجل بقصد إنشاء الاعتبار، وقبول ذلك بفتح باب الدار عليها وأخذ الجهيزة منها بالقصد المزبور، فالفعل الصادر منها مبرز عقلائي لعلاقة الزوجية الاعتبارية وجائز شرعا في نفسه. فمقتضى القاعدة جريان المعاطاة في النكاح، والمانع منحصر في التسالم على اعتبار اللفظ في حصول العلاقة، فعدم جريان الإنشاء الفعلي في باب النكاح مستند إلى وجود المانع، لا إلى عدم المقتضي.

نعم في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه المنع عن جريان المعاطاة في النكاح لوجه آخر، قال مقرر بحثه الشريف: «فإنّ الفعل فيه ملازم لضده وهو الرّنا والسّفاح، بل مصداق للصدّ حقيقة، فإنّ مقابل النكاح ليس إلّا الفعل المجرد عن الإنشاء

---

القولبي وعمّا جعله الشارع سببا للحلّية» (1).

وقريب منه ما في بعض الكلمات: من أنّ جواز الوطي مترتب على الزوجية ترتب المسبب على سببه، والحكم على موضوعه، كما هو ظاهر قوله تعالى إلاً على أروا جههم فلو توقفت الزوجية على الوطي لزم اتحاد المسبب وسببه، لتوقف حلّية الوطي على الزوجية، وتوقفها على حلّية الوطي، إذ لا يؤثر الوطي المحرّم في حدوث علاقة الزوجية، هذا.

لكن يمكن منعه بما عرفت من عدم انحصار سبب الحلّ في ذلك الفعل الخاص حتى يمتنع إنشاء العلاقة به.

مضافا إلى: أنّ التسبب إلى العنوان الاعتباري- كالزوجية والملكية- لا يتوقف على حلّية السبب تكليفا. فلا مانع من تأثير السبب المنهي عنه في الأمر الوضعي، بشهادة حرمة البيع تكليفا وقت النداء وصحّته وضعاً.

وعلى هذا ينحصر المانع من إنشاء النكاح- بما عدا الصيغة المقررة- في التعبد الشرعي، لا إلى قصور الفعل عن التسبب به إليه، هذا.

وقد يورد على الميرزا قدّس سرّه تارة: بأنّ كون الوطي مصداقا أو ملازما للمحرّم إنّما هو بملاحظة حكم الشارع بتوقف عقد النكاح على مبرز خاص، وذلك أجنبي عمّا هو مبرز عرفا للتزويج الاعتباري.

وأخرى: بأنّ انحصار الإنشاء في الوطي المحرّم لا- يمنع عن حصول علاقة الزوجية به، وذلك لإمكانه من باب الاجتماع، بتقريب: أنّ المحرّم هو المباشرة، والمؤثر في تحقق الزوجية هو عنوان السبب، ومن المعلوم أنّ السبب والمباشرة كالغصب

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 81

ص: 177

و الصلاة في تعددهما عنوانا و حكما، حيث إنّ أحدهما جائز و الآخر منهي عنه، و لا ريب في أن النهي لا يتجاوز عن متعلقة- و هو الوطي- إلى عنوان آخر، و أمّا الزوجية فقد أُنيطت بالسبب، فلا مانع من إنشاء النكاح بفعل محرّم، و لا يتم منع الميرزا عن جريان المعاطاة في النكاح، هذا.

لكن الظاهر عدم تمامية الإيرادين، أمّا الأول فلائّه خروج عن مفروض كلام الميرزا، و بيانه: أن المصرّح به في عبارته المتقدمة ملاحظة القاعدة الشرعية التأسيسية أو الإيضائية في جواز التسبب بالوطي إلى علقه الزوجية، بناء على انحصار آلة الإنشاء فيه، و مع تحريم هذا السبب الخاص شرعا لا معنى للاكتفاء به بما هو سبب عرفي، إذ مقصوده قدس سرّه بيان القاعدة الأولية الشرعية في كفاية الفعل في مقام الإنشاء و عدمها، فلا معنى للإيراد عليه بكفاية الفعل الخاص بنظر العرف.

و أمّا الثاني فلأنّ المقام أجنبي عن باب الاجتماع الذي موضوعه تركب موضوع الأمر و النهي بنحو الانضمام، أي استقلال متعلّق كل منهما عن الآخر وجودا. فلو كان التركيب بينهما اتحاديا كان أجنبيا عن مسألة الاجتماع. و السببية بهذا العنوان لم يتعلق بها حكم شرعي حتى يكون جواز السبب نظير و جوب الصلاة الواقعة في دار مغصوبة، بل تنتزع السببية من كل فعل أو قول ينشأ به العنوان الاعتباري، و لمّا لم يكن عنوان السبب موضوع حكم شرعي لم يندرج المقام في باب الاجتماع، لفرض كون التركيب اتحاديا لا انضماميا.

و منها: الطلاق فإنّه يمكن إنشاؤه عند العقلاء بفعل مبرز له كغصّ بصره عنها أو إلقاء القناع عليها، و نحوهما مما يناسبه من الأفعال. لكن قام الدليل على انحصار مبرزه بلفظ خاص.

و أمّا الوصية و التدبير و الضمان فلا مانع أيضا من إنشائها بفعل مناسب لها

---

ولو بالكتابة والإشارة، إذ لا- تنحصر المعاطاة بالإعطاء، لما مرّ من أنّ المعاطاة لم ترد في آية ولا رواية ولا معقد إجماع حتى يؤخذ بظاهرها، بل المراد بها ما يقابل اللفظ.

فما في تقريرات المحقق النائيني قدّس سرّه من «أن الوصية تمليكية كانت أو عهدية، والتدبير والضمان، فإنّها لا تنشأ إلا بالقول، لعدم وجود فعل كان مصداقا لهذه العناوين، فإنّ انتقال الدّين من ذمّة إلى أخرى لا يمكن أن يتحقق بالفعل، ولا العتق، أو الملكية أو القيمومة بعد موت الموصى» (1) غير ظاهر.

فعلى ما ذكرنا تجري المعاطاة في كل اعتبار نفساني سواء أ كان عقدا أم إيقاعا بعد إرادة كل فعل مناسب مبرز لذلك الاعتبار، إلا ما قام الدليل فيه على اعتبار لفظ خاص كالنكاح والطلاق أو مطلق اللفظ فيه تعبدا، والله العالم.

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 81

ص: 179

إشارة

الأمر السادس (1): في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة.

اعلم: أن الأصل (2) على القول بالملك

التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة

(1) الغرض من عقد هذا الأمر- كما صرح به في المتن- البحث عن ملزمات المعاطاة سواء قلنا بمقالة المشهور من ترتب الإباحة عليها تعبدًا، أم بمقالة المحقق الكركي و من تبعه من ترتب الملك المترلزل عليها. و على هذا لا- مجال لهذا التنبيه السادس بناء على مختار المصنف من كون المعاطاة بيعًا لازمًا كالبيع بالصيغة. أما أصل إفادتها للملك فلقوله: بعد الفراغ من بيان الأدلة على الملك: «فالقول الثاني لا يخلو عن قوة» و أمّا إفادتها لخصوص الملك اللازم فلما أفاده في أصالة اللزوم بقوله: «أوقفها بالقواعد هو الأول، بناء على أصالة اللزوم في الملك». و عليه يسقط البحث عن الملزمات. إلا أن يكون المراد هو اللزوم مع الغصّ عن الإجماع المدعى على جواز الملك الحاصل بالمعاطاة.

ثم إن المصنف قدس سره تعرض لجملة من الملزمات كتلف كلا العوضين، أو أحدهما و التصرف الاعتباري، و التصرف الخارجي كطحن الحنطة و غير ذلك. و قد تعرض الشهيد الثاني لأكثر هذه الملزمات في المسالك.

و قبل الشروع في تحقيق الملزمات أسس المصنف قدس سره الأصل على كل من الملك و الإباحة ليكون هو المعول عند الشك في ملزمة أمر خاص، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(2) محصل كلامه في الأصل هو: أن مفاده على القول بالملك يختلف عن مفاده على القول بالإباحة، و بيانه: أنه بناء على تأثير المعاطاة في الملك يتعين القول باللزوم،

اللزوم (1)، لما عرفت من الوجوه الثمانية (2) المتقدمة.

وأما على القول بالإباحة فالأصل (3) [1] عدم اللزوم، لقاعدة تسلط

إلا إذا دل دليل خاص على جواز الملك، فلولا بني على اللزوم الذي اقتضته الأدلة الاجتهادية والأصل العملي.

وبناء على تأثير المعاطاة في الإباحة ينعكس الأمر، لأنّ الدليل على مشروعيتها قاعدة السلطنة، ومن المعلوم اقتضاؤها تسلط المالك المبيح على الرجوع عن إباحته، فله استرداد ماله من المباح له. ولو فرض الشك في إطلاق سلطنة المالك أمكن التمسك باستصحاب سلطنته الثابتة له قبل أن يبيح ماله للمتعاطي الآخر، ومن المعلوم حكومة هذا الاستصحاب على استصحاب بقاء الإباحة لو تمسك به المباح له:

وجه الحكومة تسبب الشك شرعا- في بقاء الإباحة للمباح له- عن الشك في انقطاع سلطنة المالك المبيح وبقائها، فلو فرض بقاء سلطنته كان له استرداد ماله قطعاً، ويرتفع الشك تعبدًا في بقاء الإباحة، هذا.

(1) المراد بأصالة اللزوم هنا ما يعم الأصل اللفظي والعملي، بقرينة مستنده الشامل لكل من الدليل والأصل كالأستصحاب.

(2) وهي الاستصحاب، و«الناس مسلطون على أموالهم»، و«لا يحلّ مال امرء إلا عن طيب نفسه»، والاستثناء في قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ والجملة المستثنى منها في هذه الآية، وما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، وقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون عند شروطهم» وقد تقدم سابقاً أنّ الأقوى كون المعاطاة مفيدة للملك فيما إذا كان المتعاطيان قاصدين له.

(3) أي: قاعدة السلطنة تقتضي جواز الرجوع عن الإباحة.

[1] لا يخفى أنّه قد ادّعى بعض كالمحقق النائيني قدس سرّه التنافي بين أصالة عدم اللزوم هنا وبين ما اختاره المصنف قدس سرّه. في الأمر الرابع من «أنّ الأقوى في الإباحة مع العوض هو اللزوم» تقريب المنافاة: أن الوجه في اللزوم مشترك بينهما، فلا بدّ من كون

(1) هذا وجه آخر لعدم اللزوم، وحاصله: «أنّ الأصل العملي -فضلا عن الدليل الاجتهادي- يقتضي الجواز أيضا، إذ لا مانع من استصحاب سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، حيث إنّه من موارد الشك في رافعية الموجود الذي يكون الاستصحاب فيه حجة قطعا.

---

الأصل اللزوم في الإباحة مطلقا.

قال المقرر قدّس سرّه: «ووجه اللزوم مطلقا كفاية عموم- المؤمنون عند شروطهم- لإثبات اللزوم، فإنّ العقود التسليطية لو خلّيت وطبعها دائرة مدار بقاء التسليط، إلّا فيما إذا اشترط اللزوم في ضمن عقد لازم أو التزم وتعهّد به ابتداء» «1».

لكنك خبير بعدم المنافاة، ضرورة أنّ الإباحة- في التنبيه الرابع- مقصودة لأحد المتعاطيين أو لكليهما. بخلاف المقام، فإنّهما قاصدان للملك وإن لم يمض الشارع ما قصدها وحكم فيها بالإباحة، فيجري هناك دليل الشرط وجوب الوفاء بالعقود، دون دليل السلطنة، فضلا عن استصحابها، لحكومة دليلي الشرط والوفاء عليه. بخلاف المقام، فإنّ دليلي الشرط والوفاء بالعقد لا يجريان هنا، لأنّ ما التزم به من الملك لم يتحقق ولم يمضه الشارع، وما تحقّق- وهو الإباحة- ممّا لم يلتزم به. فلا منافاة بين ما أفاده في الأمر الرابع من اللزوم وما أفاده هنا.

لا يقال: إنّه لا مانع من كون الإباحة لازمة وإن كانت شرعية، لإطلاق دليل الإباحة.

فإنّه يقال: إنّ الدليل على الإباحة الشرعية- وهو الإجماع- لا إطلاق له، فلا بد من الأخذ بالمتيقن منه، وهو صورة عدم رجوع المالك عن الإباحة، بل قد تقدّم سابقا عدم إجماع تعبّدي على الإباحة، فلاحظ.

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 82

ص: 182

حاكمة (1) على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم (2) جريانها.

### [الملزم الأول هو التلف]

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ (3) تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرّح به (4) في بعض العبائر (5).

- (1) حاصله: أنّ استصحاب سلطنة المالك قبل المعاطاة- المقتضية لارتفاع الإباحة- حاكم على استصحاب الإباحة قبل رجوع المالك. تقريب الحكومة: أنّ الشك في بقاء الإباحة وارتفاعها ناش عن الشك في بقاء سلطنة المالك على ماله المباح وارتفاعها، ومن المقرّر في محله حكومة الأصل الجاري في الشك السببي على الأصل الجاري في المسببي، فتجري أصالة بقاء السلطنة دون أصالة بقاء الإباحة.
- (2) لعلّ وجه توقفه في جريانها هو تقوّم الإباحة بالإذن، ومن المعلوم ارتفاع الإباحة بانتفاء الإذن، هذا.
- لكن فيه: أنّه متين بناء على كون الإباحة مالكية لا شرعية كما هو المفروض، إذ المالكان يقصدان التملك، لكن الشارع لم يمضه و حكم بالإباحة.

(3) بعد أن فرغ المصنف من تأسيس الأصل- و بيان مقتضاه على كلّ من الملك و الإباحة- شرع في عدّ الملزمات، من التلف و التصرف الناقل و التصرف الخارجي و غير ذلك، و لكل منها صور سيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى، فالملزم الأوّل هو التلف، و المذكور منه في المتن صور ثلاث، و هي تلف العوضين معاً و تلف أحدهما و تلف بعض أحدهما.

(4) يعني: أنّ الإجماع ظاهر بعض العبائر و صريح بعضها الآخر، فضمير «به» راجع الى الإجماع.

(5) قال في الحدائق: «لا إشكال و لا خلاف عندهم في أنّه لو تلفت العينان في

و عليه فمقتضى دليلي السلطنة و عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه هو عدم جواز تصرف كلّ من المتعاطيين في مال صاحبه بعد الرجوع الدال على عدم رضائه



أما على القول بالإباحة فواضح، لأن (1) تلفه من مال مالكة، ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه [1].

بيع المعاطة فإنه يصير لازماً» (1). وقال السيد الفقيه العاملي: «لا إشكال ولا خلاف عندهم في أنه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً» (2). وقال في الجواهر: «بقي الكلام فيما ذكره غير واحد من الأصحاب- بل قيل: انه لا خلاف فيه ولا إشكال- من لزوم المعاطة بتلف العين من الجانبين. بل قال الأستاذ في شرحه: لا ريب ولا خلاف في أن المعاطة تنتهي إلى اللزوم، وأن التلف الحقيقي أو الشرعي بالنقل بالوجه اللازم للعوذين معا باعث على اللزوم، وكذا للواحد منهما» (3).

(1) توضيحه: أنه- بناء على ترتب الإباحة على المعاطة- يجوز لكل من

بتصرف صاحبه في ماله، والمفروض عدم كون الإباحة الشرعية عقدا حتى تكون لازمة ويجب الوفاء بها.

[1] هذا متين لو كانت الإباحة مالكية. لكنه ليس كذلك ضرورة أن الإباحة المترتبة على المعاطة المقصود بها التمليك شرعية، فلا بد حينئذ من الالتزام بحصول الملكية أنا ما قبل التلف لمن تلف في يده، جمعا بين الأدلة وهي الإجماع المقتضي لعدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، حيث إن المعاطة لم تفد إلا الإباحة، وقاعدة ضمان اليد المقتضية لكون التلف من ذي اليد، وأصالة بقاء المال على ملك مالكة الأول، فإن الجمع بين هذه الأدلة يقتضي حصول الملكية أنا ما قبل التلف، وبعد حصولها لا بد من الحكم بضمان المسمى، فيكون كل من المالين مضمونا بالآخر، هذا محصل ما استفاد من تقريرات سيدنا المحقق الخويي قدس سره «4».

(1): الحدائق الناضرة، ج 18، ص 362

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 157

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 230

(4) مصباح الفقاهة، ج 2، ص 199

ص: 184

المتعاطين استرداد ماله من الآخر، لفرض بقاء المال على ملك المعطي لا الآخذ. هذا مع بقاء العينين.

و أمّا إذا تلفتا لزمّت المعاطاة، لامتناع الرجوع إلى العينين.

لكنه لا يخلو من غموض، حيث إنّ الجمع بين الأدلة لا يقتضي الملكية الآتية، بل يقتضي كون التلف من مالكة الأول، إذ لا دليل غير الإجماع المقتضي لعدم ضمان المثل أو القيمة، وأصالة بقاء المال على ملك مالكة. و مقتضى هذين الدليلين هو كون التلف من مال مالكة الأول.

و لا- يجري عموم «على اليد» هنا حتى يكون الضمان على ذي اليد و نلتزم بالملكية الآتية له، إذ المفروض كون اليد- لأجل الإباحة الشرعية- أمانية غير موجبة للضمان.

نعم يكون التلف موجبا للزوم الإباحة، و عدم جواز رجوع المتعاطي الآخر- و هو المالك- الى المتعاطي الذي تلف عنده المال.

فما أفاده المصنف قدّس سرّه من كون التلف من مال المالك الأول في غاية المتانة، فتدبر جيّدا.

نعم كلامه هنا- من عدم جريان قاعدة اليد- مناف لما تقدّم منه في مناقشة استبعادات كاشف الغطاء قدّس سرّه من الالتزام بجريانها بناء على مسلك المشهور من الإباحة، و اقتضاء الجمع بين اليد و الإجماع و الاستصحاب للقول بدخول المأخوذ بالمعاطاة في ملك المباح له أنا ما قبل التلف ليقع التلف في ملكه، فلاحظ قوله هناك: «و أما كون التلف مملّكا للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة- كما هو الظاهر- كان كل من المالكين مضمونا بعوضه، فيكون تلفه في يد كلّ منهما من ماله مضمونا بعوضه .. لأن هذا هو مقتضى لجمع بين هذا الإجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين أصالة عدم الملك إلّا في لزمان المتيقن وقوعه فيه .. إلخ».

وأما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم، و المتيقن من مخالفتها جواز (3)

فان قلت: لا موجب للزومها بمجرد تلف العينين، بل تبقى الإباحة على حالها، ويرجع كل منهما على الآخر ببذل ماله. و الدليل على بقاء الإباحة هو قاعدة اليد، بتقريب: أن كلاً من المتعاطيين وضع يده على مال الآخر - لكونه مباحا عنده لا ملكا له - و من المعلوم أن للمالك استرداد ماله من المباح له ما دام موجودا، و لو تلف استقرّ بدله عليه، فكلّ منهما ضامن لمال الآخر بمقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» فإذا جاز الرجوع إلى بدل العينين فقد ثبت استمرار الإباحة، و عدم لزوم المعاطاة بمجرد تلف العينين، فإنّ التلف غير مانع من الرجوع إلى البذل.

قلت: نعم، لو جرت قاعدة اليد هنا لم يكن التلف ملزما. لكنّها لا تجري في ما نحن فيه من جهة انتفاء الموضوع، و ذلك لاختصاص اليد المضمّنة باليد العدوانية، و هي منتفية في المقام، إذ المفروض حكم الشارع بإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة، فاليد السابقة على التلف لم تكن مضمّنة قطعاً، لاستنادها إلى إذن الشارع.

و إذا تلفت العين امتنع انقلاب اليد الأمانية إلى العدوانية، لاستحالة انقلاب الواقع عمّا هو عليه. و لما لم تكن اليد مقتضية للضمان - حتى يجوز الرجوع إلى البذل - فلا بدّ من استناد الضمان إلى موجب آخر، و المفروض عدمه.

(1) خبر «و توهّم» و دفعه، و قد تقدم توضيحهما أنّنا بقولنا: «فان قلت:

قلت...».

(2) بعد أسطر بقوله: «و التمسك بعموم اليد هنا في غير محله بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان .. إلخ».

(3) يعني: إمكان التراد. و يدل على كون المتيقن ذلك ما تقدّم عن الحدائق و مفتاح الكرامة و الجواهر من «الإجماع على كون تلف العينين ملزما» لدلالته على

كون امتناع التراد- لتلف العينين- موجبا للزوم.

(1) محصّل ما أفاده من لزوم المعاطاة بتلف العينين بناء على الملك الجائر هو: أنّ أصالة اللزوم تقتضي لزوم المعاطاة، و المتيقن من مخالفة عموم دليل اللزوم و تخصيصه في المعاطاة- بسبب الإجماع- هو صورة إمكان ترادّ العوضين، فمع امتناعه يرتفع الجواز.

توضيحه: أنّهم فسّموا الجواز في العقود غير اللازمة إلى حقي و حكمي، و مثّلوا للأوّل بالخيار، لما يظهر من تعريفه بأنّه «ملك فسخ العقد» فالخيار هو السلطنة على إقرار العقد و إزالته، لقابلية نفس العقد للبقاء في وعاء الاعتبار، فيثبت حقّ الخيار مطلقا سواء بقي العوضان أم لا. و المرجع في تشخيص موضوعية العقد لهذا الجواز هو أدلّة الخيارات، كقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (1) الظاهر في سلطنة المتبايعين على حلّ العقد قبل الافتراق، سواء بقي العوضان أم تلفا، فان كانا باقيين ردّ كلّ منهما إلى من انتقل عنه، و إن تلفا ردّ البذل.

و مثّلوا للثاني بجواز رجوع الواهب في العين الموهوبة ما دامت باقية، و أنّه يجوز له استردادها من المتّهب و إن لم يفسخ العقد قبل الرجوع، فلو استردّها انحلّ العقد من باب انتفاء الموضوع، لعودها به إلى ملك الواهب. و لأجل تعلق الجواز باسترداد العين لا بنفس العقد دار الحكم مدار بقائها، فلو تلفت لزمت الهبة، و لا يصح للواهب الرجوع إلى بدلها.

و لا فرق في تعلق الجواز بالرجوع و الاسترداد بين كون الهبة معوّضة و غير معوّضة. أمّا الثاني فواضح. و أمّا الأوّل فكذلك، فإنّ المناط في جواز الهبة بقاء العين الموهوبة، سواء أ كان عوضها باقيا أم تلفا. و الدليل على موضوعية الرجوع للجواز هو مثل معتبرة جميل و الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 346، الباب 1، من أبواب الخيار، الحديث: 3.

أن يرجع، وإلا فليس له» (1).

وللجواز الحكمي فرد آخر وهو ما يكون متعلقه أضيق دائرة من جواز الهبة كما يكون أضيق من الجواز الحقيقي، وهو ما ذكره في باب المعاطاة- بناء على عدم القول بالملك اللازم- من تعلق الجواز بتراد العينين، فما دامتا باقيتين بحالهما جاز لكل من المتعاطيين استرداد ماله، ولو امتنع التراد بتلف إحداهما أو بغير التلف ارتفع جواز المعاطاة وصارت لازمة.

والدليل على موضوعية «التراد» للجواز- وعدم تعلقه بالعقد كما في الخيار ولا بالرجوع في عين واحدة كما في الهبة- هو: أنه لا دليل لفظي في المقام حتى يؤخذ بإطلاقه، لانحصار الدليل في الإجماع على جواز المعاطاة، وحيث إنه دليل لبي يُلزم الاقتصار على القدر المتيقن منه في الخروج من عموم أدلة لزوم الملك.

توضيحه: أن المقام يكون من موارد تخصيص العام بمخصّص منفصل مجمل مردّد بين الأقلّ والأكثر، فالعام هو أدلة لزوم كل ملك، و المخصّص هو الإجماع المدعى على جواز المعاطاة. فإن تعلق الجواز بالعقد- كما في باب الخيار- كان الجواز باقيا بعد تلف العوضين، و إن تعلق بردّ عين واحدة كما في الهبة جاز الرجوع بعد تلف إحدى العينين. و إن تعلق بالتّراد توقّف على بقائهما معا، فلو تلفت إحداهما أو بعض إحداهما انتهى الجواز وصار الملك لازما. ولما لم يحرز قيام الإجماع على جواز فسخ العقد المعاطاتي ولا على جواز استرداد إحدى العينين تعيّن الاقتصار على المتيقن منه لكونه ليا- بحيث لو لا- الاقتصار على المتيقن يلزم طرح الإجماع بالكلية- وهو تعلقه بالتّراد، والرجوع إلى أصالة اللزوم عند تعدّره بتلف وشبهه.

فإن قلت: إذا ثبت بالإجماع جواز الملك في المعاطاة قبل التلف، وشكّ في انتفائه به أمكن إحراز عدم لزوم الملك باستصحاب الجواز، و هو يمنع عن شمول

(1): وسائل الشريعة، ج 13، ص 141، الباب 8 من أحكام الهبات، الحديث: 8

و حيث ارتفع مورد التردّ امتنع (1). و لم يثبت (2) قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف (3)، لأنّ ذلك (4) الجواز من عوارض العقد، لا العوضين، فلا مانع من بقائه،

أدلة اللزوم بعد تلف إحدى العينين أو كليهما استصحاباً لحكم المخصّص.

قلت: لا- مجال هنا للاستصحاب، لوجهين: أحدهما: ما تقدّم أنّما من الفرق بين جواز المعاوضة وبين جواز العقد الخياري، فإنّه بمعنى الانحلال بالفسخ و هو قائم بالعقد، و لكن جواز المعاوضة بمعنى التملك بالرجوع في العين، لا بعنوان الفسخ، و من المعلوم أنّ التملك بالأخذ قائم بنفس العوضين لا بفسخ العقد. و على هذا يقطع بانتفاء ذلك الجواز بمجرد التلف، فلا شك حتى يستصحب الجواز.

و منشأ هذا الفرق ما تقدم من عدم إحراز تعلّق الجواز- في باب المعاوضة- بحلّ العقد حتى يستصحب بقاؤه لو شكّ في ارتفاعه بتلف العينين، فالمتيقن من الدليل تعلّقه بالتّراد، و ينتفي معروض المستصحب بمجرد التلف، و لا يبقى شك حتى يجري فيه الأصل.

ثانيهما: أنّه لا مجال لهذا الاستصحاب حتّى إذا تردّد جواز المعاوضة بين تعلّقه بالعقد و بين تعلّقه بالتّراد، إذ مع الشكّ في الموضوع لا يحرز اتّحاد القضيتين المتيقنة و المشكوكة، فيدور الأمر بين النقص و الانتقاض، و مثله ليس مجرى للأصل.

(1) يعني: يمتنع التردّد بسبب التلف.

(2) هذا إشارة إلى توهم، و قد تقدّم أنّنا بقولنا: «فان قلت ..» و حاصل التوهم قياس جواز المعاوضة بجواز العقد الخياري في بقائه بعد تلف العوضين.

(3) أي: و لو كان التالف كلا العوضين، فإذا فسخ ذو الخيار رجع إلى البدل.

(4) أي: لأنّ جواز البيع الخياري يكون قائماً بالعقد لا بالعوضين، و هذا تعليل لقوله: «لم يثبت» و دفع التوهم، و قد تقدم بقولنا: «قلت: لا مجال هنا للاستصحاب، لوجهين ..».

بل (1) لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما. بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الجواز فيه (2) هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير (3) جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبقى (4) بعد التلف متعلّق الجواز (5). بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع (6) التراد، لا مطلق الرجوع (7)

(1) الوجه في الإضراب واضح، لأنّ مجرد عدم المانع عن بقاء جواز العقد غير كاف في بقاءه بعد تلف العوضين إلا باستصحاب جواز العقد. ولكنّه قدس سرّه يدعى كفاية إطلاق دليل التشريع في بقاء حق الخيار حتّى بعد تلفهما، فلا موضوع للاستصحاب مع وجود الدليل الاجتهادي وإن كانا متوافقين مفادا.

(2) أي: فإنّ الجواز فيما نحن فيه وهو المعاطاة. وعلى هذا فكلّمة «هنا» مستدرّكة، كما لا يخفى على المتأمل.

(3) خير قوله: «فان الجواز» والوجه في تنظير المعاطاة بالهبة- مع ما سيأتي من بيان الفارق بينهما- هو كون معروض الجواز استرداد العين و الرجوع فيها، وليس معروضه العقد، وإنّما ينحل العقد بالتبع من باب انتفاء الموضوع.

(4) يعني: سواء في الهبة و المعاطاة.

(5) يعني: بل دائرة موضوع الجواز في المعاطاة أضيق من جواز الرجوع في الهبة، لأنّ موضوع الجواز هنا هو خصوص التراد المتوقف على بقاء العينين معا.

بخلاف الجواز في الهبة، فإنّه متقوم بقاء عين واحدة، فلو كانت الهبة معوّضة- بأن وهب زيد كتابا لعمرو على أن يهبه عمرو دينارا- كان جوازها منوطا ببقاء الكتاب سواء بقي الدينار أم تلف. و لو تلف الكتاب لزمّت الهبة بلا فرق أيضا بين بقاء الدينار و تلفه.

(6) فالإضافة بيانية، فإنّ الجواز متعلق بنفس التراد، لا بموضوعه و هو العوضان، لتعلق الحكم بفعل المكلف لا بالأعيان.

(7) كما في باب الهبة، و المراد بمطلق الرجوع أنّ العين الموهوبة ما دامت باقية

الثابت (1) في الهبة، هذا.

مع (2) أنّ الشك في أنّ متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة (3) أو الرجوع (4)

كان الرجوع جائزاً، سواء أكان العوض باقياً أم تلفاً، فموضوع جواز الرجوع نفس العين الموهوبة بالهبة الأولى، بلا نظر إلى العين الموهوبة بعنوان العوض.

(1) صفة ل «مطلق الرجوع» فجواز الرجوع في المعاطاة مقيّد ببقاء العوضين، ولكن جواز الرجوع في العين الموهوبة غير مقيّد ببقاء العين الموهوبة بعنوان العوض.

(2) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من دفع التوهم، وقد تقدم بقولنا: «ثانيهما: أنه لا مجال للاستصحاب حتى إذا تردّد.. إلخ». و حاصله: أنّه لو لم يكن المتيقن من مخالفة أصالة اللزوم هو صورة إمكان التراد، وشك في تعلق الجواز به أو بالعقد امتنع استصحاب جواز المعاطاة بعد التلف، لعدم إحراز الموضوع الذي لا بدّ منه في الاستصحاب [1].

(3) كما في العقد الخياري.

(4) كما في الهبة.

[1] و من هنا يعلم فساد توهم كون المقام من قبيل القسم الثاني من استصحاب الكلي، بتقريب: أنّ كليّ جواز الرفع - الجامع بين فسخ العقد و تراد العينين - معلوم، إذ لا - شك في وجود جواز رفع الأمر الموجود من الملك و العقد، و بعد التلف يشك في بقاء كليّ الجواز، فيستصحب. نظير القطع بوجود فرد من حيوان مردّد بين ما هو باق قطعاً و بين ما هو زائل كذلك.

وجه الفساد هو: أنّه منشأ الشك في بقاء كليّ الجواز الجامع بين الفسخ و التراد هو الشك في بقاء موضوعه، لأنّ موضوع الجواز إن كان هو التراد فهو غير باق قطعاً، لتلف العينين. و إن كان نفس العقد فهو باق، و مع الشك في بقاء الموضوع لا مجال للاستصحاب.



في العين أو تراد العينين (1) يمنع (2) من استصحابه، فإن (3) المتيقن تعلّقه بالتراد، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما.

---

(1) كما في المعاطاة.

(2) خبر «أن الشك» وقد تقدم توضيح المنع.

(3) هذا تعليل لأصل منع جريان الاستصحاب بالنظر إلى الوجه الأوّل، لصراحة قوله: «فإنّ المتيقن تعلّقه بالتراد» في أنّه قد أحرز- ببركة عموم أصالة اللزوم- تعلق جواز المعاطاة بالتراد، وأنّه لا يبقى شك في الموضوع، بل تقطع بانتفاء الموضوع. ولهذا كان الأولى ذكر هذه الجملة قبل قوله: «مع أن الشك». هذا تمام الكلام في الصورة الأولى وهي تلف كلا العوضين.

---

فالإشكال في جريان الاستصحاب إنّما هو من ناحية الشك في بقاء الموضوع، نظير العلم بعدالة زيد أو عمرو إجمالاً، ثم مات زيد، فإنّه لا يجري استصحاب العدالة الجامعة بينهما، للشك في بقاء موضوعها، فإن كانت العدالة ثابتة لزيد فقد ارتفعت قطعاً بموته، وإن كانت قائمة بعمرو فهي باقية قطعاً.

فالقسم الثاني من استصحاب الكلي وإن كان جارياً في حدّ ذاته، لكنّه لا يجري هنا، للشك في بقاء الموضوع. فيفترق المقام عن المثال المزبور، لعدم الشك في بقاء الموضوع هناك، لأنّ المستصحب- أعني به كلي الحيوان- يكون موضوعه و هو الماهية المعروضة للوجود و العدم باقيا كما لا يخفى.

بخلاف المقام، لتباين الفردين اللّذين يترتب عليهما الأثر، و لا معنى للجواز الجامع بينهما بعد كون الأثر مترتباً على كل واحد منهما بالخصوص.

وأما استصحاب الفرد المرّدّد فلا مجال له، لأنّه بما هو مرّدّد لا ماهية و لا وجود له، فليس موضوعاً لأثر حتى يصح استصحابه.

وبالجملة: فالمقام من صغريات التمسك بالعام، لكون الشك فيه في التخصيص الزائد الذي يرجع فيه إلى عموم العام الدال على اللزوم في كل زمان و حال.

و منه (1) يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

و أمّا على القول بالإباحة (2) فقد استوجه بعض مشايخنا (3) وفاقا

(1) أي: و ممّا تقدّم- من كون المتيقن من مخالفة أصالة اللزوم في الملك صورة إمكان تراّد العوضين- يعلم حكم تلف إحدى العينين أو بعض إحداهما، و هذا إشارة إلى الصورة الثانية و الثالثة. و قد بيّن المصنف قدّس سرّه حكمهما بناء على كلّ من الملك و الإباحة.

و محصل ما أفاده فيهما هو: أنّه بناء على ترتب الملك الجائز على المعاطاة لا إشكال في لزومه بتلف أحد العوضين أو بتلف بعض أحدهما، لما عرفت مفصّلاً من أنّ موضوع الجواز تراّد العوضين، فينتفي بتلف أحدهما أو بعض أحدهما، كما إذا تعاطيا كتابا بدرهمين فاحترق الكتاب أو ضاع أحد الدرهمين، فتقتضي أصالة اللزوم لزوم الملك.

و بناء على ترتب الإباحة بعدّدا على المعاطاة ففي لزومها بتلف أحد العوضين أو بعض أحدهما بحث، فنقل شيخنا الأعظم عن بعض مشايخه المعاصرين ترجيح أصالة عدم اللزوم، لاستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، ثم اعترض المصنف عليه بمعارضته بأصالة براءة ذمته عن بدل التالف، ثم استدرك على هذه المعارضة بأنّ أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم الضمان بالبدل، فهذه مطالب ثلاثة، سيأتي توضيح كلّ منها إن شاء الله تعالى.

(2) يعني: في الصورتين الثانية و هي تلف تمام إحدى العينين، و الثالثة و هي تلف بعض إحدى العينين.

(3) لا يبعد أن يكون مراده من بعض المشايخ هو السيد المجاهد، و من بعض معاصريه الفاضل النراقي قدّس سرّهما.

أمّا السيد فقد قال: «منهل: قد بيّنا أنّ المعاطاة لا تقيد اللزوم، فيجوز لكلّ من المتعاطيين الفسخ و الاسترداد و إن لم يرض الآخر به، إلّا في مواضع: و منها: ما إذا

تلف أحد العوضين .. ولكن في المسالك احتمال عدم تحقق لزوم التفاتا إلى أصالة بقاء الملك لمالكه، وعموم الناس مسلطون على أموالهم. وفيه نظر، لأنّ الوجهين المذكورين إنّما يتجهان إن قلنا إنّ المعاطاة لا تقيّد نقل الملك. وأمّا على تقدير إفادتها الملك كما هو المختار فلا) «(1)».

والمستفاد من الجملة الأخيرة بقاء الإباحة على حالها، وعدم لزومها بتلف إحدى العينين، لاقتضاء قاعدتي السلطنة واليد بقاء جواز الاسترداد، هذا.

وأمّا الفاضل النراقي فقد قال في المستند في المسألة السادسة من مسائل الفصل الأوّل من كتاب البيع: «على القول بتوقف لزوم على الصيغة فيجوز لكل منهما الرجوع في المعاطاة مع بقاء العينين .. ولو تلفت إحداها خاصة فلا يجوز الرجوع لصاحب التالفة، وهل له ردّ الموجودة بلا مطالبة شيء لو أراد له لمصلحة و امتنع صاحبها؟ الظاهر نعم، لأصالة عدم اللزوم. ولصاحب الموجودة الرجوع إليها لذلك أيضا على الأقوى، ثمّ الآخر يرجع إلى قيمة التالفة أو مثلها. كذا قالوا. وهو بإطلاقه مشكل. بل الموافق للقواعد أن يقال: لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجودة فلا يرجع إليه بشيء، لأصل البراءة، وعدم دليل على الاشتغال. وإن كان معه فإن قصد الرجوع قبل الإلتاف فعليه المثل أو القيمة .. وإن لم يقصده قبله فمقتضى الأصول وإن كان براءة ذمته عن المثل أو القيمة، لعدم كونه غاصبا و جواز رجوعه إلى عينه للأصل. إلا أنّ الإجماع ونفي الصّدّر يمنعان عن الأمرين معا، فلا بد من أحدهما- أي البراءة وعدم الرجوع، أو الرجوع مع ضمان البدل- ولكن تعيين أحدهما مشكل، وتعيين الاشتغال مطلقا أو على كون المعاطاة إباحة محضة لقاعدة الغصب، كعدم الرجوع على كونها تمليكا لئلا يلزم الجمع بين المالكين باطل، لمنع صدق الغصب، وتسليم جواز جمع المالكين إذا اشتغلت ذمته بمثل أحدهما أو قيمته. إلا أن تعيّن الاشتغال

بإثبات جواز الرجوع بمثل: الناس مسلطون على أموالهم، وعلى اليد ما أخذت» (1).

و الغرض من نقل هذه العبارة أمور:

الأول: أنّ الفاضل النراقي قدّس سرّه فضّل في عدم لزوم المعاوضة بتلف إحدى العينين- و جواز رجوع مالك العين الموجودة- بين أن يكون من تلف عنده العين قاصدا للرجوع إلى ماله الموجود عند الطرف الآخر، فيجوز الرجوع مع ضمانه لبدل العين التالفة، و بين أن لا يكون قاصدا للرجوع فلا، حيث إنّ في جواز استرداد ماله احتماليين:

أحدهما: عدم الجواز مع براءة ذمته عن بدل التالفة.

و ثانيهما: جواز الرجوع مع ضمان البدل. و رجّح في آخر كلامه هذا الاحتمال بقوله: «إلا أن تعيّن الاشتغال بإثبات جواز الرجوع» و استدل عليه بوجهين: أحدهما قاعدة السلطنة، و الآخر قاعدة اليد.

و هذه الجملة الأخيرة هي محطّ نظر شيخنا الأعظم من نسبة القول ببقاء الإباحة بعد تلف إحدى العينين إليه، مستدلاً عليه باستصحاب سلطنة مالك العين الموجودة. و قد عرفت أنّ الفاضل النراقي قدّس سرّه استدل بقاعدة السلطنة لا باستصحابها.

الأمر الثاني: أنّ ما نقلناه من تفصيل الفاضل النراقي قدّس سرّه بين قصد الرجوع و عدمه و إن كان بظاهره أجنبياً عمّا نسبته المصنف إليه من القول ببقاء الإباحة استصحاباً للسلطنة. إلا أنّ المقصود من نقله الوقوف على ما سيأتي في المتن من إيراد المصنف على التفصيل بين قصد الرجوع و عدمه، و لمّا كان دأبنا في هذا الشرح الوقوف على أرباب الأقوال المنقولة في المكاسب- مهما أمكن- فلذا نقلنا عبارة المستند ليعلم أنّ قول المصنف قدّس سرّه: «إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاوضة و لم يرد الرجوع..» تعريض به.

(1): مستند الشيعة، ج 1، ص 363

الأمر الثالث: أن كلام الفاضل قدس سره من تجويز الرجوع إلى العين الموجودة ليس فيه تصريح بابتناؤه على إفادة المعاطاة للإباحة، بل نفي هذا الابتناء بقوله: «و تعيين الاشتغال مطلقاً أو على كون المعاطاة إباحة محضه .. باطل» و عليه فما نسبته المصنف إلى الفاضل من القول بأصالة عدم اللزوم- بناء على الإباحة- مستفاد من إطلاق حكم الفاضل بجواز رجوع مالك العين الموجودة سواء قلنا بالملك الجائز أم بالإباحة المحضه. و لا مانع من هذه الاستفادة، لأن المصنف قدس سره بصدد بيان حكم تلف إحدى العينين بناء على الإباحة. و هو لا ينافي اتحاد حكمه بناء على الملك. و يساعد استفادة المصنف استدلال الفاضل بقاعدتي السلطنة و اليد، لما سبتهما للإباحة.

(1) ظاهر العبارة أن الشهيد الثاني استوجه عدم لزوم الإباحة في صورة تلف إحدى العينين أو بعضها، فتبعه صاحب المناهل و المستند. لكن في النسبة تأمل.

و بيانه: أنه قدس سره فصل في المسالك بين تلف إحدى العينين و بين تلف بعض إحداهما، و ذكر في كل منهما وجهين، و اختار اللزوم بتلف إحداهما، و الإباحة في تلف بعض إحداهما. و على هذا فالمسألان بنظر الشهيد ليستا متحدتين حكماً.

و الأولى نقل كلامه و قوفاً على حقيقة الحال، فقال في ثاني مباحث المعاطاة:

«لو تلفت العينان معاً تحقق الملك فيهما. و لو تلفت إحداهما خاصة فقد صرح جماعة بالاكْتفاء به في تحقق ملك الأخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك. و يحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى أصالة بقاء الملك لمالكه، و عموم: الناس مسلطون على أموالهم. و الأول أقوى، فإنّ من بيده المال مستحق قد ظفر بمثل حقه بإذن مستحقه فيملكه، و إن كان مغايراً له في الجنس و الوصف، لتراضيهما على ذلك» و هذا الكلام كما ترى صريح في ترجيح القول باللزوم في تلف عين واحدة، و أنّ عدم اللزوم مجرد احتمال لا ينبغي المصير إليه.

و قال في المبحث الثالث: «لو تلف بعض إحداهما احتمال كونه كتلف الجميع

- يعني في تحقق اللزوم- وبه صرّح بعض الأصحاب محتجاً بامتناع الترادف في الباقي، إذ هو موجب لتبعّض الصفقة، وبالضرر، لأنّ المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى. وفيه نظر.. إلى أن قال: ويحتمل حينئذ أن يلزم من العين الأخرى في مقابلة التالف، و يبقى الباقي على أصل الإباحة بدلالة ما قدّمناه» (1).

و ظاهر هذه الجملة الأخيرة- بعد إبطال مستند المحقق الكركي من التمسك بتبعّض الصفقة وبالضرر- هو الميل إلى أصالة عدم اللزوم، و بقاء الإباحة بالنسبة إلى المقدار الباقي من إحدى العينين.

وبما نقلناه عن المسالك ظهر: أنّ الشهيد قدّس سرّه مفصّل بين تلف تمام إحدى العينين بترجيح أصالة اللزوم، و بين تلف بعض إحداهما بترجيح الإباحة. و كان المناسب أن ينبّه المصنف قدّس سرّه على هذا التفصيل، و لا ينسب إلى الشهيد القول بأصالة عدم اللزوم في كلتا المسألتين، و لعلّه قدّس سرّه اعتمد في هذه النسبة على نقل الغير، و الأمر سهل بعد وضوح حقيقة الحال.

(1) هذا إشارة إلى المطلب الأوّل، أعني به دليل القول ببقاء الإباحة، و هو استصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة- أو مالك بعض العين الموجودة- على ماله، و مقتضى هذا الاستصحاب جواز رجوعه إلى ماله الموجود عند صاحبه، و من المعلوم أن المعاطاة لو كانت لازمة لم يكن له الرجوع إلى ماله الموجود.

[1] لم يظهر وجه عدوله عن قاعدة السلطنة إلى استصحابها، مع عدم مانع عن جريانها.

إلا أن يقال: إنّ احتمال بدليّة الباقي عن التالف أو جب الشك في بقاء العين الموجودة على ملك مالكيها، و القاعدة لا تثبت موضوعها، فلا محيص في إثبات

---

الموضوع من التمسك باستصحاب بقاء المال على ملك مالكة.

نعم لا حاجة الى إجراء الاستصحاب في بقاء السلطنة بعد إجرائه في الموضوع أعني به بقاء الملكية، لأنّ الأصل الموضوعي حاكم على الحكمي.

ولنعم ما عبّر به الشهيد الثاني قدس سرّه من قوله: «التفاتا إلى أصالة بقاء الملك لمالكة» إذ استصحاب بقاء الملك على ملك مالكة يغني عن استصحاب بقاء السلطنة التي هي حكم شرعي. وغرض الشهيد الثاني من قوله: «أصالة بقاء الملك لمالكة» إثبات الصغرى، وهي إضافة الملكية التي هي موضوع قاعدة السلطنة، و من قوله: «وعموم»:

الناس مسلّطون على أموالهم» إثبات الكبرى.

ويظهر مما ذكرنا عدم ورود ما أورده بعض المحشّين على المصنف من «أن عموم دليل السلطنة حاكم على استصحابها، فلا مجال للاستصحاب مع العموم الذي هو دليل اجتهادي» (1).

وجه عدم الورد: قصور دليل السلطنة عن شموله للشك في الموضوع وهو بقاء الملكية، لكون التمسك به حينئذ تشبّها بالدليل في الشبهة المصدّاقية.

وفي المقام احتمال آخر وهو: أن يكون المستصحب- أعني به السلطنة- بمعنى الملك كما ورد تفسيره بها في بعض كلمات المصنف قدس سرّه. وعلى هذا فيكون قوله بعده:

«و ملكه لها» عطف تفسير للسلطنة، فالمستصحب هو الموضوع، لا الحكم الشرعي المدلول عليه بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم» و معه لا يبقى مجال للإيراد المتقدم، وهو: أنّه مع الشك في الموضوع- أي الملكية- كيف أجرى الأصل في الحكم وهو السلطنة؟ وجه عدم المجال: أنّه بناء على ما احتملناه تكون السلطنة موضوعا، لكونها بمعنى الملكية، لا حكما حتى يشكل استصحابه عند الشك في الموضوع.

---

(1): لاحظ حاشية السيد الطباطبائي، ص 82، و حاشية المحقق الايرواني، ج 1، ص 87

(1) هذا هو المطلب الثاني، أعني به مناقشة المصنف في دليل القائل ببقاء الإباحة عند تلف إحدى العينين. توضيحه: أنّ أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة التي هي سند أصالة عدم اللزوم- المقتضية لجواز الرجوع إلى العين الموجودة- معارضة بأصالة براءة ذمة من تلف عنده مال صاحبه عن مثله أو قيمته، وبسقوطها بالمعارضة لا يبقى دليل على بقاء الإباحة. مثلاً إذا كانت المعاوضة بين كتاب زيد ودينار عمرو، وتلف الكتاب عند عمرو وبقي الدينار عند زيد، فصاحب العين الموجودة- وهو الدينار- مسلط على أخذها من زيد مع عدم ضمانه لبدل الكتاب لزيد.

فإن قلت: لا معارضة بين أصالة براءة ذمة مالك الدينار عن بدل الكتاب، وبين أصالة بقاء سلطنته على أخذ الدينار من زيد، لعدم التنافي بينهما، وعليه يمكن الجمع بين جواز استرداد الدينار وبين عدم ضمانه لبدل الكتاب، ولا يسقط استصحاب السلطنة بالمعارضة.

قلت: المعارضة بين الحجيتين تكون تارة بالذات كما في المتباينين والعامين من وجه. وأخرى بالعرض أي بواسطة دليل ثالث، ومثلاً له بالخبرين الدال أحدهما على وجوب صلاة الظهر يوم الجمعة، والآخر على وجوب صلاة الجمعة، إذ لا منافاة بين الدليلين بلحاظ المدلول المطابقي والتضميني، إلا أنّ الإجماع على عدم وجوب فريضتين قبل صلاة العصر يوجب التنافي بين الخبرين، فيعلم إجمالاً بكذب أحدهما.

والمقام من هذا القبيل، فإنّ أصالة بقاء سلطنة المالك تقتضي جواز استرداد الدينار شرعاً، والرجوع ملازم لضمان بدل التالف من المثل أو القيمة، فالمعارضة بين أصالة بقاء السلطنة وبين أصالة براءة الذمة تكون بملاحظة الملازمة بين جواز الرجوع واستلزامه لضمان التالف.

ووجه في الملازمة أمّا القطع بعدم مجانية التالف، وإما لما حكى عن بعض تلامذة المصنف من الإجماع المركب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها.



ذمته (1) عن مثل التالف عنده أو قيمته (2).

و التمسك (3) بعموم «على اليد» هنا

هذا توضيح إشكال شيخنا الأعظم على كلام بعض مشايخه من الحكم ببقاء الإباحة بتلف إحدى العينين أو بعض إحداهما.

(1) هذا الضمير و ضمير «عنده» راجعان الى مالك العين الموجودة.

(2) أي: قيمة التالف، إن كان قيمياً.

(3) إشارة إلى توهم و جوابه، و مقصود المتوهم إبطال المعارضة التي أوقعها المصنف بين أصالتي بقاء السلطنة و براءة الذمة. توضيح التوهم: أنه لا تصل النوبة إلى المعارضة المزبورة، و ذلك لوجود الدليل الاجتهادي- الحاكم على أصالة البراءة- و هو قاعدة اليد، حيث إن كل واحد من المتعاطيين وضع يده على مال الآخر، إذ بناء على الإباحة- كما هو مفروض البحث- يكون المال باقياً على ملك الدافع، إذ لم يدخل في ملك الآخذ، فتكون يد الآخذ مضمّنة، فإذا تلف و جب عليه أداء المثل أو القيمة.

و مع هذه القاعدة الاجتهادية لا موضوع لأصالة براءة ذمة من تلف عنده المال عن البدل، حتى تكون معارضة لأصالة بقاء السلطنة.

و عليه تكون نتيجة الجمع بين قاعدة اليد و استصحاب سلطنة مالك العين الموجودة هي عدم لزوم الإباحة بتلف إحدى العينين، فيجوز له استرداد عينه و دفع بدل العين التالفة إلى مالكها، هذا.

و قد دفع المصنف قدس سرّه هذا التوهم بما حاصله: أنّ الضمان- بناء على تسليمه- ليس مستنداً إلى اليد قطعاً، لأنّها معدومة عند الحكم بالضمان و هو حال التلف. و اليد السابقة على التلف لم تكن يد ضمان، لكونها ياذن الشارع أو المالك، إذ لو كانت يد ضمان لكانت موجبة للضمان في الصورة السابقة، و هي تلف العينين.

و لا فرق في عدم اقتضاء «على اليد» لضمان بدل التالف بين أن يكون قاصداً لإمضاء المعاطاة و عدم استرداد ماله الموجود من المتعاطي الآخر، و بين أن يكون

في غير محلّه (1)، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن (2)

قاصدا للرجوع إليه و أخذ ماله منه.

و الوجه في عدم الفرق بين الصورتين واضح. أمّا إذا كان بانيا على إمضاء المعاوضة فلأنّ المال الموجود يصير عوضا مسمّى عن التالف. و لم تنقلب تلك اليد الأمانية قبل تلف العين إلى يد عدوانية حتى توجب الضمان. و أمّا إذا كان بانيا على استرداد العين الموجودة من المتعاطي الآخر فكذلك لا موجب لصيرورة من تلف عنده المال ضامنا للبدل، لأنّ الدليل على الضمان منحصر في المقام في اليد، لانتفاء سائر موجباته، و قد عرفت أنّ اليد- قبل التلف- كانت بإباحة الشارع، و لا تنقلب الى يد عدوانية بمجرد قصد الرجوع إلى العين الموجودة.

نعم إن أمكن جعل إرادة الرجوع من موجبات الضمان استند إليها لا إلى اليد.

لكن ليس رجوع من تلف عنده المال و لا إرادة رجوعه من موجبات الضمان، سواء أكانا منضمّين إلى اليد أم لا. فالموجب لاشتغال العهدة بمال الغير هو الاستيلاء عليه بغير إذن من مالكه أو من الشارع، و المفروض في المقام كون يد كلّ واحد من المتعاطيين أمانية خارجة موضوعا عن حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

و بهذا ظهر إشكال المصنف قدّس سرّه على صاحب المستند، حيث فصل بين إرادة الرجوع و عدمها، كما أنّه حكم في آخر كلامه باشتغال ذمة من تلف عنده المال، و جواز رجوعه لاسترداد ماله، مستدلاّ عليه بقاعدتي السلطنة و اليد.

و بعد بطلان هذا التوهم يظهر استقرار المعارضة بين استصحاب السلطنة و أصالة البراءة عن بدل التالف، و لا يبقى وجه لبقاء الإباحة بعد تلف إحدى العينين كما زعمه بعض المشايخ.

(1) خبر «و التمسك» و دفع للتوهم، و قد تقدم توضيح التوهم و الدفع آنفا.

(2) لكونها مقرونة بإذن الشارع، فلا موجب للضمان.

يد ضمان [1]، بل ولا بعده إذا بنى (1) مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة، ولم يرد الرجوع. إنَّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس (2) هذا من مقتضى اليد قطعاً [2]، هذا.

---

(1) يعني: وكذا لا تكون يد من تلف عنده المال مضمَّنة إذا قصد استرداد عينه الموجودة عند الطرف الآخر. والوجه فيه واضح، فإنَّ اليد الأمانية لا تختلف حالها بين بقاء العين وتلفها.

والإتيان بـ «بل» الإضرابية لأجل كون عدم الضمان - عند بناء مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة وإلزامها - أوضح وجهاً مما إذا كان قاصداً للرجوع إلى عينه الموجودة.

(2) يعني: وليس الضمان - عند قصد الرجوع إلى العين الموجودة - مسبباً عن اليد، لأنَّها قبل التلف أمانية، وبعد التلف لا يد حتى يحكم بالضمان. و مجرد إرادة الرجوع لا تؤثر في انقلاب تلك اليد - قبل التلف - من الأمانية إلى العدوانية.

هذا تمام الكلام في المطلب الثاني وهو إشكال المصنف على بعض مشايخه.

---

[1] لا يقال: إنَّ نفي الضمان هنا ينافي قوله بعد أسطر: «مع أن ضمان التالف ببدله معلوم» كما ينافي فرض الشك في اشتغال الذمة بالبدل، حيث جعله مجرى أصالة البراءة. ومن المعلوم أنَّ نفي الضمان والعلم به والشك فيه أمور متهافئة.

فإنَّه يقال: إنَّ المنفي هنا هو الضمان اليدي، ولا ينافيه اشتغال الذمة لموجب آخر كإقدام كل واحد من المتعاطيين على تسليط الآخر مضموناً بعوضه لا مجاناً، ومن المعلوم أنَّ نفي الضمان من جهة لا ينافي إثباته من جهة أخرى، فتأمل.

[2] إلا أن يقال: إنَّ الضمان مقتضى اليد، لكن بشرط الرجوع، جمعاً بين عموم «على اليد» والإجماع على عدم جواز رجوع صاحب العين الموجودة إلى ماله بلا بدل.

ولكن (1) يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة (2) [1] على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة.

---

(1) استدراك على معارضة أصالتي السلطنة والبراءة. وهذا شروع في المطلب الثالث ممّا أفاده في الصورة الثانية والثالثة بناء على الإباحة. فغرضه قدّس سرّه من قوله:

«ولكن يمكن أن يقال» تأييد ما استوجهه بعض المشايخ من بقاء الإباحة و ضمان صاحب العين الباقية- لبدل التالفة- بوجه ثلاثة، سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(2) هذا هو الوجه الأوّل، و محصله: منع المعارضة بين أصالة البراءة عن الضمان، و سلطنة مالك العين الموجودة على إرجاع ماله إلى نفسه، الموجبة لسقوط أصالة السلطنة المقتضية لجواز المعاطاة.

وجه عدم المعارضة هو حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة عن الضمان، تقرّبه: أنّ الشك في ضمان المثل و عدمه مسبّب عن الشك في بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و عدم بقائها، و من المعلوم حكومة الأصل السببي على الأصل المسببي، فلا تجري أصالة عدم الضمان مع جريان أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة حتى تتعارضاً.

---

[1] في الحكومة منع، لعدم التسبب شرعاً، ضرورة أنّ الضمان ليس من آثار السلطنة شرعاً حتى تكون قاعدة السلطنة مثبتة له، بل أثر السلطنة هو مجرد جواز الرجوع إلى العين. و أمّا الضمان فليس أثراً شرعياً للسلطنة، بل هما متلازمان، و لا معنى لتقدم الأصل الجاري في أحد المتلازمين على أصل الآخر.

وقد يقرب الحكومة بوجه آخر، و هو: أنّ الاستصحاب حاكم على البراءة، لكونه أصلاً تنزيليّاً دونها، فإذا جرى في طرف لا تجري البراءة في الطرف الآخر. و قد نسب ذلك إلى جمع من المحققين، فيجري استصحاب السلطنة، دون أصالة البراءة، هذا.

لكن فيه منع ظاهر، لأنّ حديث الحكومة إنّما هو فيما إذا اتّحد المجري حتى

مع (1) أنّ ضمان التالف ببذله معلوم، إلا أنّ الكلام في أنّ البذل هو البذل الحقيقي - أعني المثل أو القيمة - أو البذل الجعلي أعني العين الموجودة،

---

(1) هذا هو الوجه الثاني لعدم جريان أصالة البراءة عن الضمان، وسلامة أصالة السلطنة من المعارض. وحاصل هذا الوجه: أنّ العلم الإجمالي بالضمان - على أحد النحوين من الضمان الواقعي والجعلي - يمنع عن جريان أصالة البراءة، فتبقى أصالة بقاء السلطنة بلا معارض.

---

يكون إحراز الواقع بالأصل المحرز مغنيا عن إجراء الأصل غير المحرز فيه، كما إذا كان ماء مشكوك الطهارة و النجاسة مع العلم بطهارته سابقا، فإنّ الجاري فيه هو استصحاب الطهارة لا قاعدتها، لحكومة الأوّل عليها.

وأما إذا تعدّد المجرى كما إذا علم إجمالاً بملاقة نجاسة لماء أو بوليّة مائع آخر، فإنّه لا يقال بحكومة أصالة عدم وقوع النجاسة في الماء على قاعدة الطهارة في ذلك المائع، بل استصحاب عدم وقوع النجاسة يعارض قاعدة الطهارة، فيتساقطان، ويرجع إلى ما يقتضيه قاعدة تنجيز العلم الإجمالي من وجوب الاجتناب عن كليهما. ففي المقام يقع التعارض بين قاعدة السلطنة وبين أصالة البراءة عن الضمان.

كما ظهر بما ذكرنا: أنّه لا يلزم حمل أصالة البراءة على استصحاب عدم الضمان حتى تقع المعارضة بين الاستصحابين كما في حاشية المحقق الايرواني وغيره، بدعوى: «أنّ أصل البراءة بمعناها المعروف أصل حكمي محكوم بالاستصحاب، فلا يتوقّع من المصنّف فرض المعارضة بينهما، فلا بدّ من حملها على استصحاب براءة الذمة» «1»، هذا.

وجه عدم اللزوم ما عرفت من أنّ حديث الحكومة منوط بوحدة المورد، فلا مجال له مع تعدّده كما في المقام، فلاحظ.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 87

ص: 204

(1) يعني: فلا أصل في المقام يعارض أصالة بقاء السلطنة، إذ مع العلم الإجمالي بالضمان المرّد بين المسمّى والواقعي لا يجري أصل عدم الضمان. فأصالة البراءة منقطعة بالعلم بالضمان في الجملة، والشك إنّما هو في تعيين البديل من الجعلي والواقعي، ولا أصل يعين أحدهما.

[1] عدم جريان أصالة البراءة عن ضمان البديل إمّا لقصور المقتضي وإمّا لوجود المانع.

و تقريب الأول: أنّ الأصل العملي متقوم بالشك، فمع العلم بأصل الضمان لم يبق احتمال البراءة عنه حتى يتحقق موضوع أصل البراءة.

و تقريب الثاني: أنّ العلم الإجمالي بضمان المسمّى أو الواقعي موجود. و حيث إنّ كلّاً من الخصوصيتين مشكوكة كان موضوع الأصل النافي للتكليف محققاً، وتصل النوبة إلى معارضة أصالة البراءة عن ضمان البديل الواقعي بأصالة البراءة عن ضمان المسمّى، وبسقوطهما بالمعارضة يبقى استصحاب سلطنة المالك سليماً عن معارضته بأصالة البراءة عن ضمان البديل.

ويمكن استظهار التقريب الأول من قوله: «مع ان ضمان التالف ببدله معلوم» يعني: فلا مقتضي لأصل البراءة.

ويمكن استفادة الثاني من قوله: «إلا أن الكلام في أنّ البديل هو البديل الحقيقي أو البديل الجعلي..» لظهوره في معارضة الأصل الجاري في كلّ من خصوصيتي المسمّى والواقعي. ولعلّ هذا أوفق بمبنى المصنف في اقتضاء العلم الإجمالي للتنجيز وعدم عليته له، و توقف منجزيته على تعارض الأصول في الأطراف، كما استفاده بعض المحققين من الرسائل.

مضافا إلى ما قد يقال (1) من: أن عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، وهو المثل أو القيمة، فتدبر (2) [1].

(1) هذا هو الوجه الثالث للحكم ببقاء الإباحة إذا تلفت إحدى العينين، و محصّله: أنه نتمسك بعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» الدال على سلطنة المالك على ماله، فإن كان موجودا فهو مسلّط على أخذه، وإن كان تالفا فهو مسلّط على بدله الحقيقي - من المثل أو القيمة - فيثبت به جواز الرجوع. و من المعلوم أنه مع وجود الدليل الاجتهادي لا تصل النوبة إلى التمسك بأصالة بقاء السلطنة حتى يناقش فيها بالمعارضة، ولا بأصالة براءة الذمة، هذا.

وقد أورد على المصنف قدّس سرّه بوجوه مذكورة في حاشية الفقيه المامقاني قدّس سرّه، فراجع (1).

و كيف كان فالمصنف عدل إلى ما استوجهه بعض مشايخه من عدم لزوم المعاظة في صورة تلف إحدى العينين أو بعض إحداهما بناء على الإباحة.

(2) لعلّه إشارة إلى: أن شمول قاعدة السلطنة للمال التالف ممنوع، ولذا لم يستدلّ بها أحد على الضمان في الموارد التي تمسك فيها على الضمان بقاعدتي اليد والإتلاف.

هذا تمام الكلام في الملزم الأول وهو التلف، وقد ذكر له صورا ثلاثا، ولم يذكر الصورة الرابعة، وهي تلف بعض كلا العوضين، ويظهر حكمها من الصورة الثانية والثالثة.

[1] اعلم أنّ التلف الذي جعلوه ملزما للمعاظة يتصوّر على وجوه، لأنّ التالف تارة يكون تمام العوضين كما هو مفروض المتن، وأخرى يكون بعضهما، وثالثة يكون تمام أحدهما، ورابعة يكون بعض أحدهما، فالصور أربع. وعلى التقادير تارة يتكلم بناء على إفادة المعاظة الإباحة، وأخرى بناء على إفادتها الملك.

أمّا الصورة الأولى: - وهي كون التالف تمام العوضين - مع إفادة المعاظة للإباحة

(1): غاية الآمال، ص 207

ص: 206

فملخص الكلام فيها هو: أنه بناء على إفادة المعاطاة المقصود بها التمليك للإباحة أو الملك - على الخلاف - يكون التلف ملزماً، لما عرفت من تسالمهم عليه.

أمّا على الأول فلعدم ما يوجب الضمان الذي هو سبب جواز الرجوع، وذلك لأنّ موجب الضمان لا يتصور هنا إلاّ اليد، وهي لا توجه، لأنّ اليد هنا أمانية، لإذن الشارع في التصرفات، فلا تشملها قاعدة اليد تخصيصاً أو تخصّصاً، فكل واحد من المالكين قد تلف من مال مالكه. وعلى فرض الشك في الضمان فمقتضى أصالة البراءة عدمه، هذا.

ثمّ إنّه قيل بكون لزوم المعاطاة عندهم بالتلف على القول بالإباحة راجعاً إلى صيرورتها معاوضة بين العينين، ولما لم يكن التالف قابلاً للمعاوضة عليه فلا بد من حمل كلامهم على إرادة المعاوضة قبل التلف أنا ما يقع تلف كل واحد من المالكين في ملك من انتقل إليه، لا من انتقل عنه هذا.

لكنه لا وجه للالتزام بذلك، فإنّ ظواهر كلماتهم هي لزوم الإباحة، لا صيرورة المعاوضة موجبة للملك اللازم بسبب التلف، ولا يقتضي الجمع بين الأدلة الالتزام بمملكتيها بالتلف، إذ لا دليل إلاّ أصالة بقاء المالكين على ملك مالكيهما، والإجماع على إباحة التصرف، وهما لا يقتضيان الملك أنا ما. وأمّا دليل اليد فلا يجري هنا، لكون اليد أمانية، فتدبر.

وأمّا على الثاني - وهو كون المعاطاة المقصود بها التمليك مفيدة للملك - فلاّ أنّ أصالة اللزوم المستفادة من عمومات اللزوم تقتضي اللزوم، إذ المخصص لبي، و المتيقن منه هو الجواز المتعلّق بترادّ العينين المتوقف على بقائهما، فبتلفهما ينتفي موضوع الجواز. وقد قرر في محله أنّ المرجع عند الشك في المخصّص المجمل هو أصالة العموم فيما عدا المتيقن من الخاص، لكون الشك حينئذ في التخصيص الزائد.

ولا مجال لاستصحاب حكم الخاص بعد دلالة العام على اللزوم في كل زمان، وكون المتيقّن خروجه هو خصوص الزمان الأوّل.



وبالجملة: مع وجود العموم لا تصل النوبة إلى الاستصحاب.

إنّما الكلام كله في كون الجواز بالمعنى الآذي ذكره المصنف قدس سرّه من أنّه بمعنى التملك بالأخذ لا بعنوان الفسخ، حيث إنّ الجواز بالمعنى المزبور قائم بالعينين دون العقد، مع أنّ اللزوم و الجواز قائمان بالعقد. فكما يكون اللزوم قائما بالعقد على ما هو ظاهر مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فكذلك الجواز الذي ينافيه، إذ الجواز- بمعنى الأخذ الموجب للتملك- ينافي قاعدة سلطنة المالك على ماله، لا أصالة لزوم العقد، فلا وجه للتمسك لنتفيه بأصالة اللزوم، هذا.

مضافا إلى: أنّ إرادة الجواز بمعنى التملك بالأخذ- لا- بعنوان الفسخ- غير ظاهر، بل خلاف المقطوع به في كلماتهم، حيث إنّهم عبّروا بفسخ المعاوضة فلاحظ التحرير، إذ لا- ينبغي الارتياح في أنّ مرادهم بالجواز ما يقابل اللزوم، و مرادهم بالرجوع الرجوع الاعتباري الإنشائي وهو الفسخ، لا الرجوع و التراد الخارجي، و لم يعرف القول بالجواز بالمعنى المذكور لأحد من أصحابنا لا فيما نحن فيه و لا في الهبة، و إنّما نسب ذلك إلى بعض الشافعية في الهبة. لكنه لا تنهض عليه أدلّته و إن احتمله في الجواهر.

و إن شكّ في معنى الجواز و أنّه في المقام بمعنى انحلال العقد بالفسخ أو بمعنى التملك بالأخذ و الرجوع، فلا دليل على تعيين أحدهما، لاستلزام حملته على كلّ من المعنيين تخصيص أحد العامّين أعني عموم قاعدة السلطنة، و قاعدة لزوم العقد. و مع العلم الإجمالي بتخصيص إحداهما يسقط العامان معا عن الحجية، فالمرجع حينئذ أصالة عدم ترتب الأثر على كل من الفسخ و التملك بالأخذ إلّا إذا وقعا معا، إذ يعلم حينئذ بترتب الأثر، هذا.

لكن قد عرفت أنّه لا تصل النوبة إلى الشك، إذ المراد بالجواز الذي يكون مورد الإجماع هو المعنى الأوّل أعني به انحلال العقد بالفسخ، لأنّه المقابل لأصالة لزوم العقد

دون التملك بالأخذ الذي هو مقابل قاعدة سلطنة المالك على ماله، هذا.

ثم إن الظاهر كون الجواز في المعاطاة حكماً لا حقاً، لأنه مقتضى حصر الملزمات في التلف وغيره مما سيأتي إن شاء الله تعالى، إذ لو كان إسقاط المتعاطيين أو أحدهما للجواز مسقطاً و ملزماً لعدوه من الملزمات كما لا يخفى.

مضافاً إلى: أن مقابله للزوم العقد تقتضي كون الجواز حكماً كاللزم، ضرورة أنه من أحكام العقود التي جعلها الشارع، فكأنه قيل: «العقد لازم أو جائز» بعد ضم المخصص إلى عموم أوفوا بالعقود هذا.

وأما الصورة الثانية:- وهي تلف إحدى العينين مع إفادة المعاطاة للملك - فقد تقدم حكمها في الصورة الأولى من أن مقتضى أصالة اللزوم هو لزوم المعاطاة بتلف إحدى العينين، لا امتناع التراد معه، و المفروض أن معقد الإجماع على الجواز هو إمكان التراد، فمع امتناعه يتمسك بعموم دليل اللزوم، هذا.

وأما مع إفادة المعاطاة للإباحة، فيمكن أن يقال بعدم اللزوم، لعدم كون المعاطاة المفيدة للإباحة عقداً حتى يشملها أوفوا ويقال: إن الأصل في كل عقد هو اللزوم إلا ما خرج وهو المعاطاة قبل تلف إحدى العينين دون ما بعده، للزومها حينئذ بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود. بل لا بد من التشبث بقاعدة سلطنة الناس على أموالهم، إذ المفروض مجرد إباحة تصرف كل من المتعاطيين في مال الآخر. و من المعلوم أن قضية إطلاق قاعدة السلطنة جواز رجوع مالك العين الموجودة إلى ماله بلا شرط، فقاعدة السلطنة توجب جواز المعاطاة وعدم لزومها بتلف إحدى العينين، فيجوز لصاحب العين الموجودة الرجوع إلى ماله بلا بدل للتالف، هذا.

لكن الإجماع المدعى على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها يقيد إطلاق السلطنة، فيجوز لمالك العين الباقية الرجوع إليها بشرط أداء بدل التالف كما لا يخفى.

و تحرير البحث: أنّ الإباحة إذا كانت مالكيّة- بأن أباح كلّ منهما ماله لصاحبه، و تلفت إحدى العينين- أمكن إجراء قاعدة السلطنة، لجواز أخذ العين الموجودة لمالكها مع الضمان. أمّا جواز الرجوع فلأنّ المفروض بقاء العين الموجودة على ملك مالكها، و مقتضى سلطنة المالك على ماله جواز رجوعه إليه. و أمّا ضمان مالك العين الموجودة لبدل التالف فلأنّ مالكه لم يبح التصرف لصاحب العين الموجودة مجّانا بل بالعوض.

و أمّا كون الضمان بالعوض الجعلي و إن كان مغايرا للبدل الواقعي جنسا أو وصفا فلتراضيهما على ذلك كتراضي الدائن و المديون على الوفاء بغير الجنس.

و بالجملة: فلا بأس بالتمسك بقاعدة السلطنة في الإباحة المالكية.

و أمّا إذا كانت الإباحة شرعية كما إذا قصد المتعاطيان التمليك و لم يمضه الشارع لكن حكم بالإباحة، فإنّ الإباحة حينئذ شرعية لا مالكيّة، إذ المفروض عدم قصدهما للإباحة، و إنّما الحاكم بها هو الشارع، فيشكل التمسك حينئذ بقاعدة السلطنة، لأنّ لازمها تغيير الحكم الشرعيّ، و هي لا تصلح لذلك، فإنّ الإباحة الشرعية ثبتت على خلاف سلطنة المالك، فلا ينهض دليل السلطنة على تغيير هذا الحكم الشرعيّ، بل هذه الإباحة ثبتت في موضوع عدم رضا المالك بالتصرف، لأنّه قصد الملك و لم يحصل، و المفروض عدم جواز التصرف في العقود الفاسدة.

فالمتحصل: عدم جواز التمسك بقاعدة السلطنة لرفع الإباحة الشرعية.

نعم لا بأس بالتشبه بها لإثبات جواز التصرف في العين بنقل و نحوه من التصرفات غير المنافية لبقاء الإباحة التعبدية ما دامت العين باقية، نظير بيع العين المستأجرة غير المنافي لبقاء حق المستأجر في المنفعة. و عليه فإذا شكّ في ارتفاع الإباحة الشرعية بتلف إحدى العينين أو برجوع المالك فيرجع إلى أصالة بقاء العقد، بل مقتضى عموم أوْفُوا بِالْعُقُودِ ذلك. إلا أن يחדش في صدق العقد العرفي على هذه المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة للإباحة شرعا، فيرجع حينئذ إلى استصحاب الإباحة الشرعية، و لازم ذلك بقاء حكم الشارع بالإباحة.

---

هذا بناء على بقاء المعاطاة على الإباحة وعدم صيرورتها مملّكة بعد تلف إحدى العينين كما عليه جماعة منهم سيدنا الخويي قدس سرّه.

وأما بناء على صيرورتها بعد التلف بيعا فلا إشكال في اللزوم، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، هذا.

وأما الصورة الثالثة:- وهي تلف بعض إحدى العينين- فعن المحقق الثاني لزومها، قال في جامع المقاصد: «فيجوز التراد ما دام ممكنا، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأنّ إحداهما في مقابل الأخرى. ويكفي تلف بعض إحدى العينين، لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعّص الصفقة، وللضّرر، ولأنّ المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى» (1).

و حكي مثله عن صيغ العقود و تعليق الإرشاد (2).

وفي الروضة في شرح قول الشهيد قدس سرّه: «ويجوز الرجوع فيها مع بقاء العين» ما نصّه: «ويفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه مع ذهابها. وهو كذلك، ويصدق بتلف العينين وإحداهما وبعض كل واحدة منهما.. إلخ» (3).

وقطع بذلك بعض الأساطين رحمه الله في شرح القواعد.

وقد عرفت من عبارة جامع المقاصد المتقدمة أنّ مناط اللزوم هو امتناع التراد المتحقق بتلف كلتا العينين أو إحداهما أو بعضهما.

وقد جعل كاشف الغطاء في شرح القواعد الجواز مشروطا بإمكان الرد، وبالخلوّ عن الضرر المنفي، واستند في ذلك إلى السيرة القطعية. قال رحمه الله: «إنّا نعلم من تتبع كلمات القوم والنظر إلى السيرة القاطعة أنّ الجواز مشروط بإمكان الرد، وبالخلوّ عن

---

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 58

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 157

(3) الروضة البهية، ج 3، ص 223

الضرر المنفي بحديث الضرر، فلو تلف كل أو بعض منه أو من فوائده بتصرف العين أو منفعة أو ركوب أو سكنى أو حرق أو دخول في عمل ونحوها أو بيع أو إجارة أو زراعة أو مساقاة ونحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعا أو بإتلاف أو تلف سماوي تعدّر الرد ولم يتحقق مصداقه، ولو صدق في البعض امتنع أيضا. ومع حصول الضرر بالتبويض و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطة أو صبغ ونحوها، أو دخل تحت الرد جاء به ثبوت الضرر غالبا بتبديل الأوصاف واختلاف الرغبات. نعم لو بقي الشيء على حاله أو زاده حسنا بصيقل أو إخراج غبار أو إزالة وسخ ونحوها لم يكن فيه ذلك».

و أنت خبير بأن إناطة الجواز بالضرر لا تخلو من النظر، لأن الضرر يوجب الخيار، ولا يكون سببا للزوم، وكذا تبعض الصفقة، فإنه يقتضي الخيار دون الزوم.

و كيف كان فعلى القول بإفادة المعاطاة للملك تجري أصالة للزوم، لعين ما تقدم في تلف العينين وإحداهما من عدم إمكان التراد.

و على القول بالإباحة المالكية تجري قاعدة السلطنة المقتضية لبقاء الجواز إلى زمان تلف بعض إحدى العينين. وعلى القول بالإباحة الشرعية لا تجري قاعدة السلطنة، لما تقدم آنفا، بل يجري استصحاب الإباحة.

و أما الصورة الرابعة- وهي تلف بعض العينين- فحكمها بناء على الملك هو للزوم و ارتفاع موضوع الجواز وهو إمكان تراد العينين. و بناء على الإباحة الشرعية كذلك أيضا، لعدم جريان قاعدة السلطنة فيها المقتضية للجواز، بل مقتضى استصحاب الإباحة هو لزومها.

و بناء على الإباحة المالكية هو الجواز، لقاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» المقتضية للجواز، فلا مانع من التراد بالنسبة إلى ما بقي من العينين.

و توهم جريان قاعدة السلطنة في الإباحة الشرعية أيضا فاسد، لما مرّ آنفا من محكومة القاعدة بدليل الإباحة كما لا يخفى.

و لو كان (1) أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك

الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً

(1) بعد أن فرغ المصنف قدس سره من بيان صور أول ملزمات المعاطاة و هو التلف- بناء على كل من الملك و الإباحة- تعرض لملزم آخر ملحق بتلف إحدى العينين، و هو كون أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين.

و قبل توضيحه نقول: لا ريب- بمقتضى الإجماع- في صحة بيع الدين ممن هو عليه حتى بناء على إناطة البيع بتمليك كل واحد منهما ماله للأخر على ما صرح به المصنف في أول البيع بقوله: «لأن البيع بتمليك الغير» يعني أنه تمليك من الطرفين كما أوضحناه هناك، مثلاً لو كان زيد مديوناً لعمر و منّا من الحنطة، صحّ بيعها من زيد بدينار، فيتملك عمرو الدينار، و يتملك زيد تلك الحنطة الذمية الكلية أنا ما، و يترتب على هذا التملك فراغ ذمته عن ذلك الدين، و قد عبّر المصنف عنه هناك بقوله: «لا مانع من كونه تمليكا فيسقط».

أمّا أنه يتملك المديون لما في ذمة نفسه أنا ما فلاجل رعاية ماهية البيع المنوطة بحصول المبادلة في الملكية. و أمّا أنه يسقط الدين عن ذمة المديون بمجرد البيع، فلأن الملكية الاعتبارية تدور مدار مصحح الاعتبار عرفاً، و من المعلوم أن العرف لا يعتبر تملك الإنسان لما في عهده إلى الأبد، فالجمع بين الأمرين المتقدمين يقتضي الالتزام بكفاية التملك حدوثاً، و سقوطه بقاء، هذا ما أفاده هناك.

و عليه نقول في توضيح المتن: أنه إذا كان زيد مديوناً لعمر و ديناراً، ثم اشترى عمرو منه كتاباً بذلك الدينار الذي يستحقّه في ذمة زيد، انتقل الدينار إلى ملك زيد أنا ما، و يترتب عليه فراغ ذمته عمّا اشتغلت به لعمر. و تصير المعاطاة لازمة من أول تحققها، لعدم بقاء العوضين على حالهما كما كانا حتى يتحقق التراد الذي هو موضوع الجواز، لأنّ الدينار الكلي قد سقط عن ذمة زيد، و السقوط وإن لم يكن تلفاً

يملكه من في ذمته، فيسقط عنه (1).

حقيقة، لاختصاص التلف بالموجود الخارجي الذي يعرضه البوار و الفناء، إلا أنه بحكم التلف، من جهة امتناع عود الساقط إلى الملك، و ذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ الذمة لا وجود لها بنفسها، بل تتشخص بأطرافها من المالك و المملوك و المملوك عليه، فيقال: إنّ ذمة زيد مشغولة بمنّ من الحنطة لعمرو، و لولا-فرض المالك و المملوك لا وجود في وعاء الاعتبار لذمة زيد. و عليه فإذا سقط شخص ما في الذمة- كما هو المفروض في بيع الدين ممن هو عليه- استحال عود شخص الساقط، لاستلزام عوده تخلّل العدم في شخص واحد، و هو محال، كاستحالة إعادة المعدوم.

ثانيهما: أنّه إذا سقط شخص ما في الذمة استحال فرض بقاء ما في الذمة اعتبارا حتى يمكن اشتغال العهدة بمثل ذلك الساقط. و وجه الاستحالة: أنّ الإنسان كما لا يملك شخص ما في ذمته- كما هو مبنى المصنف من السقوط بمجرد التملك- فكذلك لا يملك مثل ما في ذمته، فلو قلنا بعود الساقط و بقاء ما في الذمة لزم اجتماع اعتبارين متنافيين، أحدهما: اعتبار سقوط ما في الذمة، و الآخر: اعتبار بقاء ما في الذمة أي عدم السقوط، و من المعلوم استحالة اجتماع هذين الاعتبارين، هذا ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه تعليلا لاستحالة عود الساقط بتوضيح منّا «1».

و عليه نقول: بأنّه لا وجه للرجوع إلى العوض الموجود و هو الكتاب، و دفع بدله إلى عمرو. بل المعاطاة لازمة من أول الأمر، إذ لو جاز لزم عود الدينار الساقط عن ذمة زيد إلى ذمته مرة أخرى، و قد عرفت استحالته.

(1) هذا الضمير و ضمير «ذمته» راجعان إلى «من» الموصولة المراد به المديون.

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 55

ص: 214

و الظاهر أنه في حكم التلف (1)، لأنّ (2) الساقط لا يعود [1]. و يحتمل (3) العود، و هو ضعيف (4).

(1) يعني: فتكون المعاطاة لازمة حينئذ من أوّل الأمر، لأنّ التلف- و ما بحكمه- كما يكون ملزماً للمعاطاة بقاء كذلك يكون ملزماً لها حدوثاً.

(2) يعني: بعد أن كان سقوط ما في الذمة بمنزلة التلف فلا وجه لجواز الرجوع، لأنّ أحد العوضين قد صار بمنزلة التلف الذي لا يعود، فلا وجه للرجوع الذي موضوعه تراد العينين المفقود هنا بعد كون سقوط ما في الذمة بمنزلة التلف.

(3) لعل منشأ احتمالها- كما قيل- هو عدم كونه من إعادة المعدوم حتى يستحيل العود، وذلك لأنّ الذمة أمر باق، ولذا ينسب إليها الفراغ و الخلط و الاشتغال.

و طبيعيّ المنّ من الحنطة مثلاً كغيرها من الطبايع لا تلف لها و لا سقوط إلاّ بالإضافة إلى دخولها في الذمة و خروجها عنها، فدخولها فيها و خروجها عنها لا يغيّر الذمة و لا فيما فيها، فلا يندرج ما في الذمة تحت عنوان إعادة المعدوم حتى يستحيل العود، هذا.

(4) وجه الضعف هو: أنّ المقام مندرج في إعادة المعدوم، وذلك لأنّه لا معنى للذمة المطلقة، حيث إنّها ليست من الظروف و الأوعية، بل هي نحو ثبوت الشيء اعتباراً، فالذمة تشخّص بأطرافها، و هي من له و من عليه و ما فيها، فعودها يكون من إعادة المعدوم. و مع الشك يستصحب عدم العود، لأنّه قبل الرجوع كان ملكاً لمن انتقل إليه، و الأصل عدم عوده بالرجوع.

[1] هذا التعليل عليل، لأنّ الموجب لذهاب الحق هو تلف موضوعه المفروض تحقّقه بسقوط ما في الذمة، فلا معنى لجواز الرجوع بعد ارتفاع موضوعه و إن فرض عوده، لأنّ سقوط الحق قد حصل بذهاب الموضوع، و المعاد وجود آخر غير الوجود الذي كان موضوعاً للحق، فجواز الرجوع حينئذ حق جديد لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، إذ الوجود الثاني غير مورد المعاطاة المتحققة سابقاً.



---

لا يقال: إنَّ الخيار بعد تلف إحدى العينين في العقد الذي ثبت فيه الخيار باق على حاله، فليكن الأمر في المقام كذلك.

فإنَّه يقال: إنَّ الخيار يتعلق بالعقد الذي هو باق بعد تلف العينين فضلا عن تلف إحداهما. بخلاف الجواز في المعاطاة، فإنَّ متعلِّقه وإن كان هو العقد أيضا، إلاَّ أنَّه مقيَّد بإمكان تراد العينين الذي هو مفقود هنا، لما عرفت آنفا من أنَّ السقوط بمنزلة التلف.

هذا بناء على السقوط كما أفاده المصنف قدس سره. وأمَّا بناء على عدم السقوط وكون انتقال ما في الذمة إلى نفس من عليه المال موجبا لتبدل الملكية الاعتبارية بالتكوينية كما التزم به سيدنا الخويي قدس سره «1» فالجواز باق على حاله وإن قلنا بكون متعلِّق الجواز تراد العينين، لوضوح بقاء ما في الذمة على حاله و تبدل ملكياته الاعتبارية بالذاتية التكوينية.

إلاَّ أن يقال: إنَّ الموضوع للجواز هو الملكية الاعتبارية المفروض زوالها، وقيام الملكية الذاتية مقامها، فيكون ما في الذمة كالتالف في لزوم المعاطاة وإن لم يكن من التالف حقيقة، فعدم جواز الرجوع مستند إلى تبدل الموضوع، لأنَّ الموجود التكويني غير الاعتباري، و من المعلوم أنَّ موضوع الجواز هو الثاني الزائل قطعاً، دون الأوَّل الموجود فعلاً.

لكن أصل تصوير تبدل الملكية الاعتبارية في بيع الدين بالذاتية لا يخلو من خفاء، لاستحالة انقلاب المنشأ الاعتباري إلى التكويني، وأمَّا الملكية الذاتية فهي غير قابلة للإنشاء، وليست مورد البحث في باب البيع الذي هو تبديل ملكية اعتبارية بمثلها، وقد سبق الإشارة إلى هذا البحث في الجزء الأوَّل من هذا الشرح، فراجع «2».

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 2، ص 207

(2) هدى الطالب، ج 1، ص 106 و 107

و الظاهر أنّ الحكم كذلك (1) على القول بالإباحة، فافهم (2).

### [الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز]

ولو نقل (3) العينين [ولو نقلت العينان] أو إحداهما

(1) أي: كون السقوط في حكم التلف في صيرورة المعاطاة لازمة بناء على الإباحة، فإنّ ظاهره لزوم المعاطاة على القول بالإباحة. لكنّه ليس كذلك، لأنّ إفادة الإباحة للسقوط لا توجب صيرورة السقوط أعظم من التلف الحقيقي. مع أنّه لا لزوم عنده قدّس سرّه على القول بالإباحة في صورة التلف الحقيقي، لكون أصالة السلطنة جارية في طرف العين الباقية، والرجوع بالبدل الواقعي في طرف العين التالفة، فكيف بما هو في حكم التلف؟

بل غرضه أنّه لا معنى لإباحة الدين إلّا سقوطه، إذ مرجع الإباحة إلى الإبراء والإسقاط، نظير قوله: «أنت في حلّ ممّا لي عليك» فتأمل.

(2) لعلّه إشارة إلى عدم صحة إباحة الدين، إذ لا ينتفع به إلّا ببيعه أو جعله ثمنا و عوضا في المعاوضات، أو احتسابه زكاة ونحوها. وهذه التصرفات يشكل صحة إباحتها مع عدم دليل خاص على صحّتها كما في المقام، فجريان المعاطاة في الدين على القول بالإباحة ممنوع، فلا مسرح للبحث عن لزوم المعاطاة و جوازها في الدين على القول بالإباحة.

الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز

(3) هذا شروع في بيان ثالث ملزمات المعاطاة، وهو التصرف الاعتباري في كلا العوضين أو في أحدهما. وقد بسط المصنف قدّس سرّه الكلام هنا بذكر شقوق عديدة و صور مختلفة ربما تنتهي إلى ثمانية كما سيأتي التنبيه على كلّ منها بتبع المتن إن شاء الله تعالى.

الصورة الأولى: أن ينتقل كلا العوضين عن المتعاطيين - أو ينتقل أحد

العوضين عن أحدهما- بعقد لازم كالبيع والصلح من دون أن يتعقبه خيار، أو يتعقبه لكن لم يفسخ ذو الخيار. كما إذا تعاطى زيد وعمرو كتابا بدينار، فاشتري زيد بالدينار شيئا من بكر، وباع عمرو كتابه من خالد بإنشاء قولي حتى ينعقد لازما، فيقع الكلام في أنّ هذا النقل اللازم ملزم لتلك المعاطاة بين زيد وعمرو أم لا؟ مع النظر إلى كلّ من القول بالملك المترلزل والإباحة التعبدية.

وينبغي تقديم أمرين قبل توضيح كلام المصنف قدّس سرّه.

الأوّل: أنّ جواز التراد في المعاطاة حكم كجواز الرجوع في العين الموهوبة، وليس حقّا في العوضين حتى يمنع عن نقلهما إلى الغير، ولا حقّا في حلّ العقد الواقع عليهما حتى يمنع عن لزومه. وعليه لا مانع شرعا من نقل العينين إلى غيرهما بالنواقل الشرعية.

الثاني: أنّ المراد بالنقل اللازم هنا هو اللزوم مطلقا حتى من جهة الخيار، والقرينة على إرادة هذا المعنى هو جعل العقد الجائز- الشامل للجواز الحكمي والحقّي- عنوانا مستقلا كما سيأتي في المتن إن شاء الله تعالى. وعليه فالعقد اللازم هنا كالبيع بالصيغة مع إسقاط خيار المجلس فيه حتى ينعقد لازما، والهبة إلى ذي رحم مع القبض، ونحوهما.

ولا ينافي كون النقل لازما ثبوت جواز فسخه بعده، كما هو الحال في الصورة الثانية. وجه عدم المنافاة: أنّ البيع اللازم يمكن فسخه بأمور:

منها: حدوث حقّ الخيار بعده، كما إذا ظهر الغبن بعد المعاملة بزمان، وقلنا بأنّه موجب لتزلزلها من حين ظهوره، لا من حين العقد.

ومنها: الإقالة، فإنّها توجب فسخ المعاملة اللازمة.

ومنها: غير ذلك.

إذا اتضح هذان الأمران قلنا في بيان الصورة الأولى: إنَّ نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم موجب للزوم المعاطاة، لا متناع التراد سواء قلنا بالملك أم بالإباحة.

أمَّا على الأوَّل فلأنَّ العينين وإن كانتا باقيتين بحالهما ولم تتلفا حتى تلزم المعاطاة من جهة التلف، إلا أنَّ متعلِّق جواز التراد هو العينان بوصف كونهما مملوكتين للمتعايطين، ولم يتعلَّق بهما مطلقاً حتى إذا خرجتا عن ملكهما، فيكون تلف وصف العين- وهو المملوكية- كتلف نفسها. وعلى هذا فللكلا المتعايطين السلطنة على إخراج المأخوذ بالمعاطاة عن ملكهما. ولا يمنع حكم الشارع بجواز التراد عن هذه السلطنة، لما تقدم من أنَّ موضوع جواز التراد هو العينان، وليس من شأن الحكم حفظ موضوعه. فمقتضى إطلاق «الناس مسلطون على أموالهم» سلطنة المتعايطين على نقل العوضين إلى غيرهما.

و أمَّا على الثاني- وهو الإباحة- فكذلك يجوز نقل المالين، بناء على حكم الشارع بإباحة جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، سواء أ كان التصرف منوطاً بالملك كالبيع والوقف والإيضاء، أم غير منوط به كلبس الثوب واستخدام المملوك.

وعليه يصح النقل اللازم، لدخول كلِّ من العينين في ملك المباح له أنا ما قبل ذلك التصرف الناقل، فتخرج العين عن ملك الآخذ، لا عن ملك الدافع- أي المبيع- وبالخروج عن الملك ينتفي موضوع جواز التراد، لعدم بقائهما على ملكهما حتى يتسلَّط على الرجوع.

نعم بناء على اختصاص إباحة التصرف بما لا يتوقف على الملك يبقى جواز التراد بحاله، لعدم مشروعية التصرف الناقل للملك حتى ينتفي موضوع جواز الرجوع.

هذا توضيح الصورة الأولى، وهي نقل إحدى العينين أو كليتهما بالنقل اللازم.

بعقد لازم (1) فهو كالتلف (2) على القول بالملك، لا امتناع التراد.

و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة (3).

ولو عادت (4)

---

(1) قد عرفت أنّ المراد به اللزوم مطلقا حتى من جهة الخيار.

(2) كما حكي التصريح به عن كثير، بل ربما استظهر من بعضهم الإجماع عليه.

قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازما كالبيع والهبة بعد القبض، و الوقف و العتق فكالتالف» «1» .  
و كأنه من المسلّمات.

(3) و أمّا إذا قلنا بما حكي عن حواشي الشهيد قدّس سرّه على القواعد من اختصاص الإباحة بما لا يتوقف على الملك - بشهادة منعه من إخراج المأخوذ بالمعاطة في مثل الهدى - كان جواز التراد باقيا بحاله، و تتوقف لزوم الإباحة على طروء ملزم آخر كالتلف، لأنّ النقل اللازم وقع على مال المبيع، فله استرداد ماله، لكون تصرف المباح له بالنقل اللازم تصرفا في مال الغير، فيندرج في الفضولي.

(4) هذا إشارة إلى الصورة الثانية - من صور نقل المأخوذ بالمعاطة بالناقل اللازم - كما إذا باع عمرو الكتاب من بكر، ثم ظهر غبن أو عيب فيه، ففسخ المشتري، و عادت العين إلى عمرو. و قد تعرض المصنف قدّس سرّه لحكم هذه الصورة، بناء على كلّ من الملك و الإباحة. فبناء على الملك احتمال أوّلا بقاء جواز التراد، للاستصحاب. و احتمال ثانيا انقطاع الجواز بتخلّل ذلك العقد اللازم، ثم قوّى هذا الوجه.

و بناء على الإباحة رجّح لزوم المعاطة، ثم ذكر وجهين لبقاء جواز التراد ثم ضعّفهما. هذا إجمال ما أفاده في هذه الصورة، و سيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 150

ص: 220

(1) يعني: كان العقد لازماً، ثم حدث حق الخيار- كما في ظهور العين- ففسخ المغبون، أو فسخاه بالإقالة. و كلاهما يوجب سقوط ذلك العقد اللّازم، فتعود العين إلى ملك المتعاطي كما كانت قبل الناقل اللّازم، فكأنّ الملكية الحاصلة بالمعاطاة باقية لم يطرأ عليها ما يزيلها.

ثم إنّ في تعقيب عود الملك بالفسخ احتماليين:

أحدهما: أن يكون من باب المثال، وأنّه لا خصوصية في سببية الفسخ لعود الملك، بل تمام المناط هو عود العين إلى ملك المتعاطي، فلو عادت بسبب آخر كأن ورثها المتعاطي أو اتّهبها أو أخذها مقاصّة كان كعودها بالفسخ، قال الفقيه

[1] قد يقال بالفرق بين الفسخ وبين غيره- من العقد المستقل ونحوه من موجبات الملك- بما حاصله: أنّ الفسخ اعتبار عود الملك السابق إليه، ولذا اشتهر أنّه ليس معاملة جديدة، حيث إنّ الفسخ اعتبار حلّ العقد الموجب لرجوع الملك السابق إلى المالك الأصلي. بخلاف العقد المستقل والإرث ونحوهما، فإنّها سبب مستقل لملك جديد، وليس عين الملكية السابقة الحاصلة بالمعاطاة حتى يجوز التّراد، حيث إنّ جوازه مختص بالملكية الحاصلة بالمعاطاة، هذا.

لكن الحق وفاقاً للمحقق الخراساني «1» عدم الفرق بين الفسخ وغيره، لأنّ موضوع الجواز- وهو الملكية المتحققة بالمعاطاة- قد انتفى بخروج العينين عن ملك المتعاطيين، ودخولهما في ملكهما بالفسخ ملك حادث وإن كان في اعتبار العرف حلّ العقد السابق، لكنه ليس عين إضافة الملكية الشخصية الحاصلة بالمعاطاة حقيقة، بل يكون عينها اعتباراً. وقد عرفت أنّ تلف العين الموجب للزوم المعاطاة أعم من تلف ذاتها ووصفها وهو ملكية العينين للمتعاطيين، والمفروض انتفاء هذا الوصف بانتقال إضافة الملكية إلى غيرهما، والملكية الحادثة ليست شخص الملكية المتحققة بالمعاطاة.

المامقاني قدّس سرّه: «ذكر الفسخ من باب المثال، لأنّ عودها بالإرث أو بعقد جديد كالفسخ» (1).

ثانيهما: أن يكون ذكر الفسخ من جهة تقييد العود به، والاحتراز عن عودها بموجبات أخرى من الإرث ونحوه.

والاحتمال الأوّل أقرب إلى مراد المصنف قدّس سرّه، لارتفاع جواز التراد بالنقل اللازم سواء عادت العين إلى المتعاطي بفسخ ذلك النقل اللازم أم بسائر أسباب العود إليه، فتملّك المتعاطي للعين مرّة أخرى أجنبي عن تملكه بالمعاطة التي حكمها جواز التراد.

(1) لأنّ تراد العينين خارجاً - بعد عود ملكيّتهما إلى المتعاطين - ممكن، فتصير المعاطة جائزة.

(2) أي: يستصحب الجواز، توضيحه: أن جواز التراد كان ثابتاً قبل النقل، فبعد العود يشكّ في بقاء ذلك الجواز، فيستصحب. و منشأ الشك هو النقل المتخلّل بين المعاطة وبين الفسخ، فإنّه يشكّ في كون هذا النقل رافعاً للجواز الثابت للمعاطة.

وبعبارة أخرى: ثبت بالإجماع جواز التراد في المعاطة، وقد حصل مانع عنه وهو انتقال العين إلى غيره، فإذا زال المانع وعاد المال إلى المتعاطي يشكّ في ارتفاع الجواز، للشك في رافعية الموجود أي النقل اللازم، فيستصحب.

[1] هذا استصحاب تعلّقي، بتقريب: أنّه كان الجواز ثابتاً على تقدير الرجوع قبل النقل والفسخ، والآن كما كان. وهذا الاستصحاب التعلّقي معارض بالتنجيزي، وهو عدم جواز التراد قبل الفسخ، إذ المفروض عدم بقاء العينين على صفة الملكية للمتعاطين. ودعوى حكومة التعلّقي على التنجيزي غير ظاهرة كما قرّر في محله، هذا.

وقد يوجّه هذا الاستصحاب «بأنّ موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان،

و هذا الموضوع محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، و إنّما الشك في أنّ تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه عند ثبوته، فلا ينافي ثبوت الحكم لموضوعه - عند ثبوته - عدمه عند عدمه كما في حال النقل و عدم العود، كما إذا أمر بإكرام زيد القائم، و شكّ في أنّ تخلل القعود يرفع الحكم عن موضوعه عند ثبوته. و لا مجال لاستصحاب عدم الجواز الثابت حال النقل، لأنّ الشك في بقاءه مسبب عن الشك في رافعية النقل المتخلل، لجواز التراد عن موضوعه عند ثبوته، فاستصحاب بقاء الحكم في ظرف ثبوت موضوعه مقدّم على استصحاب عدم الجواز حال النقل، فتدبّر جيدا» (1).

و أنت خير بما فيه من: أنّ موضوع جواز التراد هو ما يملكه المتعاطيان ملكيّة مستمرة غير منقطعة بنقل إلى غيرهما، على ما هو قضيّة القدر المتيقن من الإجماع على جواز المعاطاة المقتصر عليه في تخصيص عمومات اللزوم، فليس موضوع التراد مطلق ما يملكه المتعاطيان حتى يكون محفوظا قبل النقل و بعد الفسخ. فبعد ارتفاع استمرار الملكيّة بالنقل إلى الغير لا مجال للاستصحاب، للشك في بقاء الموضوع.

و منه يظهر عدم الوجه في حكومة استصحاب جواز التراد على استصحاب عدم جوازه، و ذلك لعدم جريان استصحاب الجواز، للشكّ في بقاء موضوعه، فيبقى استصحاب عدم الجواز بلا مانع كما في حاشية السيّد (2) قدّس سرّه.

بل لا مجال لاستصحاب عدم الجواز أيضا، لكون المقام من التمسك بالعام، لا استصحاب حكم الخاص.

و كذا الحال في المثال المزبور، فإنّه لو لم يحرز كون القيام موضوعا كما هو ظاهر كلّ عنوان يؤخذ في حيّز الخطابات كان الشك في بقاء وجوب الإكرام عند ارتفاع القيام من الشك في بقاء الموضوع.

فالمتحصل: أنه بعد انتقال المالكين إلى غير المتعاطيين و تحقّق الفسخ و عودهما إلى المتعاطيين لا وجه لجواز التراد.

---

(1): حاشية المكاسب، للمحقق الأصفهاني قدّس سرّه، ج 1، ص 57.

(2) حاشية المكاسب، ص 82



وعدمه (1)، لأنّ (2) المتيقّن من التّراد هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكة، وجهان (3) أجودهما ذلك (4)، إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التّراد بقول مطلق (5)، بل المتيقّن منه (6) غير ذلك،

(1) معطوف على قوله: «جواز» وهذا هو الاحتمال الثاني بناء على الملك.

(2) هذا تعليل عدم جواز التّراد، وحاصله: عدم جريان الاستصحاب هنا لعدم إحراز الموضوع، ويتعيّن الرجوع إلى عموم أصالة اللزوم.

وبيانه: أنّ المتيقّن من التّراد هو الثابت قبل خروج العين عن ملك مالكة، لما تقدم من أنّ دليل جواز التّراد- وهو الإجماع- لبي، فلا بد من الأخذ بالمتيقّن منه وهو بقاء العينين بوصف مملوكيتهما للمتعاطين، وفي غير هذه الصورة يتمسك بأصالة اللزوم.

(3) من استصحاب جواز التّراد، ومن التمسك بأصالة اللزوم، لعدم إحراز موضوع الاستصحاب.

(4) أي: عدم الإمكان، توضيح وجه الأجودية ما أفاده في المتن من كون موضوع جواز التّراد غير محرز، إذ المتيقّن من الإجماع على جواز المعاطاة هو صورة عدم انقطاع استمرار ملك المتعاطين بالنقل إلى غيرهما، وذلك لأنّ الثابت من التّراد هو استرجاع العين بإزالة ما أحدثاه من الملك، لا بإزالة كلّ ملك حصل للمتعاطي الآخر في تلك العين، إذ ليس التسلط إلا على فعله وهو تملكه لا تملك غيره، فليس إمكان التّراد بقول مطلق- ولو مع الانتقال إلى الغير- موضوعا للجواز. فإذا كان الموضوع بحسب القدر المتيقّن خصوص استمرار ملكية المتعاطين فلا مجال لاستصحاب الجواز بعد النقل والفسخ، لعدم إحراز الموضوع بنحو يمكن إبقاء حكمه.

(5) يعني: حتى مع انقطاع استمرار ملكية المتعاطين.

(6) يعني: بل المتيقّن من الثابت- في مقابل عموم أصالة اللزوم- هو غير جواز التّراد بقول مطلق، وهذا الغير هو جواز ترداد العينين بوصف بقائهما على ملك

فالموضوع غير محرز (1) في الاستصحاب.

و كذا (2) على القول بالإباحة، لأنّ التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف (3)، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني (4)، فلا دليل على زواله (5).

بل الحكم (6) هنا أولى منه على القول بالملك، لعدم تحقق جواز التّراد في السابق هنا حتى يستصحب.

---

المتعاطيين، و عدم تخلّل خروجهما عن ملكهما.

(1) لاحتمال كونه استمرار ملكية المتعاطيين، و كونه أعمّ منه و من انقطاعها بالنقل إلى غيرهما، فلا مجال للاستصحاب.

(2) يعني: أنّ الحكم باللزوم و عدم جواز التّراد كان على القول بالملك، و هذا الحكم أيضا جار على القول بالإباحة، لأنّ تصرف المباح له في المال الذي أبيع له- بالنقل إلى غيره- يكشف عن سبق الملك له أنا ما على التصرف، إذ لو لم يكن مالكا لم يجز له التصرف الناقل، فإذا فسخ المباح له رجع الملك إليه لا إلى المبيح، لأنّ المال يرجع بالفسخ إلى الناقل و هو المباح له، دون غيره و هو المبيح.

(3) فلا- مجال حينئذ لاستصحاب سلطنة المالك الأول على ماله، للقطع بزوالها بانتقال المال إلى المباح له أنا ما. و دعوى كون زوال سلطنة المالك الأول مراعى بعدم فسخ النقل إلى الثالث غير مسموعة، لعدم بيّنة عليها.

(4) و هو المباح له، لأنّه الثاني بالإضافة إلى المبيح.

(5) أي: على زوال ملك الثاني.

(6) أي: الحكم بعدم جواز التّراد على القول بالإباحة أولى من هذا الحكم على القول بالملك. و جه الأولوية ما أفاده بقوله: «لعدم تحقق .. إلخ» و حاصله: ثبوت جواز التّراد بناء على الملك، فبعد العود بالفسخ يستصحب ذلك الجواز. بخلاف القول بالإباحة، فإنّ جواز التّراد غير ثابت فيه حتى يستصحب بعد العود إلى المباح له بالفسخ.

ص: 225

بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول (1) المقطوع بانتفائها (2).

نعم (3) لو قلنا

توضيحه: أنّ التراد الملكي عبارة عن سلطنة المالك الأول على إخراج ما كان ملكا له عن حیطة ملكية المالك الثاني الذي صار مالكا له بالمعاطة، فبعد فسخ التصرف الناقل يعود ملكا لمن تملكه بالمعاطة. فيتحقق حينئذ أركان الاستصحاب من اليقين بتحقق سلطنة المالك الأول على إزالة ملك المالك الثاني و هو المباح له، و من الشك في ارتفاعها بالتصرف الناقل، لاحتمال دخل عدم هذا التصرف في بقاء تلك السلطنة، مع الغض عن إشكال الشك في الموضوع المراد بين كونه مطلق إمكان التراد أو خصوص التراد غير الملحق بالتصرف الناقل.

و هذا بخلافه على القول بالإباحة، لأنّ منشأ جواز التراد الثابت قبل التصرف الناقل هو السلطنة الأولية الثابتة للمالك في ماله قبل المعاطة. فالمراد بالتراد حينئذ هو استرجاع المالك ماله من المباح له، لا السلطنة الجديدة الحادثة بعد ارتفاع السلطنة الأولية بارتفاع موضوعها و هو كونه مالا للمالك الأول بالتصرف الناقل، لصيرورته ملكا أنا ما للمباح له قبل التصرف الناقل فيه.

فمراد المصنف قدس سره بقوله: «لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا» هو التراد الملكي الذي قد عرفته. و من المعلوم فقدان التراد بهذا المعنى في المعاطة على القول بالإباحة، إذ المفروض بقاء كل من المالكين على ملك صاحبه، و التراد على القول بالإباحة هو الرجوع عن إباحة التصرفات لا إعادة الملكية.

(1) أي: المالك المبيح، و المالك الثاني هو المباح له الذي صار مالكا أنا ما قبل النقل اللازم.

(2) حيث إنّ سلطنته ارتفعت بالنقل الراجع لملكية المالك الأول.

(3) استدراك على ما أفاده بقوله: «و كذا على القول بالإباحة» من انتفاء جواز التراد في مفروض الكلام، و هو انتقال العين بالعقد اللازم، ثم عودها إلى المباح له

بالفسخ. و غرضه تصحيح جواز رجوع المالك المبيح بوجهين. وقوله: «لوقلنا بأن الكاشف» هو الوجه الأول، و لتوضيحه ينبغي تقديم أمرين:

الأول: أن «الكاشف» يطلق تارة و يراد به كون شيء طريقا محضا إلى شيء آخر، من دون أن يكون مؤثرا في وجود الآخر واقعا، فيمكن بقاء المنكشف إذا ارتفع الكاشف، كما هو الحال في الأمانة بناء على حجيتها بنحو الطريقة، و لهذا يحسن الاحتياط رعاية لهذا الاحتمال.

و الحاصل: أن ارتفاع الكاشف لا يستلزم ارتفاع المنكشف.

و يطلق تارة أخرى و يراد به كون شيء علة لشيء آخر ثبوتا، فالعلة كاشفة لما عن معلولها، و ليست هذه الكاشفية في مقام الدلالة و الإثبات فقط، بل السبب علة لوجود مسببه، هذا.

الأمر الثاني: أن فسخ العقد الخياري يكون تارة بإنشاء الفسخ قولا بمثل «فسخت» و لا كلام فيه. و أخرى بالتصرف المنوط بالملك فيما انتقل عنه، كما إذا باع زيد كتابا من عمرو ودينار، و شرط لنفسه الخيار لمدة معينة، ثم باع هذا الكتاب من بكر أو وهبه إياه أو أوقفه، و نحوها من التصرفات المنافية لمالكية عمرو و للكتاب، فإنهم جعلوا هذا التصرف أخذا بالخيار و فسخا للعقد الواقع بين زيد و عمرو. لكن وقع البحث فيما به يتحقق الفسخ على وجه أربعة، تقتصر على اثنين منها تبعا لما في المتن.

أحدهما: أن تكون إرادة تصرف ذي الخيار فسخا فعليا موجبا لعود المال إليه، فيقع تصرفه- بالبيع و الهبة و نحوهما- في ملكه. و هذا مختار جماعة منهم المصنف على ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدس سرهما «1».

ثانيهما: أن يكون الفسخ حاصلًا بنفس التصرف البيعي لا بإرادته، فإذا باع

زيد كتابه- في مدة الخيار- من بكر كان نفس البيع فسخا للعقد الواقع بينه وبين عمرو.

ويترتب على هذا التصرف أمران إنشائيان طويلان، أولهما: انتقال الكتاب من عمرو إلى زيد وهو ذو الخيار. والآخر: انتقال الكتاب من زيد إلى بكر.

والفسخ في كلا الوجهين كاشف عن عود المال ممن عليه الخيار إلى من له الخيار، لكنّه كاشف محض عن تحقق إرادة التصرف في الوجه الأول. بخلافه في الوجه الثاني، فإنه سبب لتحقيق الفسخ. فلو تبين بطلان بيع الكتاب من بكر لم يتحقق فسخ البيع الأول بين زيد وعمرو بناء على الاحتمال الثاني، وهو حصول الفسخ بنفس التصرف لا بإرادته.

إذا اتضح ما ذكرناه من الأمرين فنقول: في توضيح الوجه الأول: إذا تعاطى زيد وعمرو كتابا بدينار، فبناء على الإباحة يكون الكتاب باقيا على ملك زيد وإن كان بيد المباح له، والدينار باق على ملك عمرو، فإذا باع المباح له- وهو عمرو- الكتاب من بكر كان نفس هذا العقد الناقل سببا لتملكه له، وتملك المشتري وهو بكر.

فإذا فرض عود الكتاب إلى عمرو بفسخ هذا البيع الناقل عاد الكتاب إلى ملك مالكه الأول- وهو زيد الذي أباح كتابه لعمرو- ويبقى مباحا بيد عمرو كما يبقى الدينار مباحا بيد زيد، إذ المفروض أنّ العلة في انقطاع علقه مالكية زيد الكتاب كانت هي العقد الناقل بين عمرو وبكر، فإذا انحلّ هذا العقد بالفسخ فكأنّه لم يتملك عمرو الكتاب أصلا.

فإن قلت: إذا انفسخ العقد لاّزم بين عمرو وبكر لم يكن وجه لعود الكتاب إلى ملك المبيح، بل يبقى ملكا للمباح له، لأنّ ذلك العقد يكشف عن دخول الكتاب في ملك المتصرف المباح له أنا ما قبل البيع، فإذا انحلّ البيع عاد إلى ملك عمرو، لا إلى ملك زيد المبيح.

قلت: ليس كذلك، إذ المناط في هذا الوجه- لإبقاء جواز التراد- هو كون نفس العقد اللازم سببا لأمرين طويلين، أحدهما: دخول المال في ملك المباح له،

بأنّ الكاشف (1) عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول (2) وإن كان مباحا لغيره (3)، ما لم يستردّ (4) عوضه،

ثانيهما: تملكه من بكر. وليس المناط مملّكية إرادة التصرف حتى يجمع بالملكية الآتائية.

وإذا تقرّر عود المال إلى المبيح كان مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» جواز الرجوع واسترداد الكتاب من عمرو، وردّ الدينار إليه إن كان باقيا لم يتلف، وإلا صارت المعاطاة لازمة من جهة تلف إحدى العينين.

ولا يخفى أنّ جواز التراد مستند إلى سلطنة المالك على ماله، لا إلى الإجماع على جواز تراد العينين في المعاطاة حتى يشكل فيه بأنّ الإجماع على الجواز دليل لبي يقتصر على المتيقن منه، وهو عدم وقوع عقد على أحد العوضين، وفيما عداه يرجع إلى أصالة اللزوم. هذا توضيح المتن، وبه يظهر قصور العبارة عن أدائه.

(1) قد عرفت أنّ الكاشف هنا بمعنى السبب، لا بمعنى الطريق إلى تحقق الملك.

والقرينة عليه قوله: «فإذا فرضنا ارتفاعه» لوضوح أنّ الفسخ رافع للعقد، ولا يرفع إرادة التصرف لو كانت هي الموجبة لدخول المال في ملك المباح له.

وهذا بخلاف ما أفاده قبل أسطر بقوله: «لأنّ التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف» فإنّه مبني على مختار المصنف - على ما حكى - من مملّكية إرادة التصرف، وكون التصرف كاشفا عن تحقق سبب التملك، وعدم كون العقد اللازم مقتضيا للتملك.

(2) أي: المبيح، وهو زيد في المثال المتقدم.

(3) وهو المباح له، أعني به عمروا.

(4) يعني: ما لم يستردّ هذا الغير - وهو المباح له - عوضه، أي الدينار الذي هو عوض الكتاب، فإذا استردّ عمرو والدينار من زيد لم يكن الكتاب مباحا له، بل وجب عليه إيصاله إلى زيد. ولا أمانة في المقام، إذ الإباحة تعبدية لا مالكية.

كان (1) مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول، أو عاندا (2) إليه بفسخ [1].

---

(1) جواب «لوقلنا» وهذا حكم الوجه الأول، وهو بقاء جواز الرجوع للمبيح.

(2) كما إذا اشترى زيد بالدينار شيئا، ثم عاد الدينار إليه بفسخ العقد، فإنه يجب ردّ الدينار إلى مالكة وهو عمرو وحتى يتسلط على استرداد كتابه منه.

---

[1] ويمكن الفرق بين هذا الوجه وسابقه بأنّ الوجه الأول- وهو كشف التصرف الناقل عن الملك- نشأ من الجمع بين الأدلة المقتضي للملك أنا ما قبل النقل للمتصرف، من دون أن يكون نفس التصرف علة أو شرطا متأخرا لتأثير المعاطاة في الملك. ومن المعلوم أنّ مقتضى الفسخ رجوع المال الى المالك الثاني، لأنّ التصرف الناقل وقع في ملكه، فالفسخ يوجب العود إليه، فلا دليل على جواز التراد للمالك الأول.

وأما الوجه الثاني- وهو سببية العقد الناقل- فهو مبني على حدوث الملك للناقل بنفس العقد، بأن يكون شرطا متأخرا لتأثير المعاطاة في الملكية.

ففي الوجه الأول يكون التصرف الناقل كاشفا محضا عن مالكية المتصرف، وفي الوجه الثاني يكون التصرف الناقل موجبا لحدوث الملكية للمتصرف ولغيره، فيترتب عليه أمران: أحدهما مالكية المباح له، والآخر مالكية غيره وهو المشتري. نظير ما قيل في التصرف الناقل لذي الخيار، فإنّ بيعه لما انتقل عنه سبب لتملكه و تملكه معا، فبالشروع في الصيغة يحصل الفسخ الموجب لتملكه و بتمامها يحصل تملكه للمشتري.

وعلى هذا يكون الفسخ موجبا لعود العين إلى المالك المبيح.

وكذا الحال على الوجه الثالث الآتي بقوله: «وكذا لوقلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك .. إلخ» ضرورة أنّ المال حينئذ باق على ملك المبيح، ولا ينتقل إلى المباح له، بل ينتقل بالتصرف الناقل إلى المشتري، فبالفسخ يعود إلى ملك المبيح لا إلى ملك المباح له.

و كذا (1) لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقف على سبق الملك (2)، بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإتلاف، و يملك (3) الثمن بالبيع كما تقدّم (4) استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع.

لكن الوجهين (5) ضعيفان (6).

(1) هذا هو الوجه الثاني لتصحيح جواز التراد و بقاء الإباحة الحاصلة بالمعاطاة. و محصله: أنّه لو قيل بعدم توقف البيع على الملك - بل يكفي في صحته إذن المالك في التصرف الناقل - صحّ للمباح له بيع الكتاب مع بقاءه على ملك المبيح، و يتملك المباح له الثمن، فإذا انفسخ هذا البيع عاد الكتاب إلى ملك زيد المبيح، فيجوز له استرداده من عمرو، بمقتضى إطلاق سلطنة الناس على أموالهم.

و لا يخفى ابتناء هذا الوجه على أنّه لا يعتبر - في صدق المعاوضة - دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عنه، فيمكن خروج الكتاب عن ملك زيد و دخول عوضه - و هو الثمن الذي يأخذه المباح له من بكر - في كيس المباح له دون المالك.

(2) حتى يحلّ كل واحد من العوضين محلّ الآخر في إضافة الملكية.

(3) أي: و يتملك المباح له الثمن، و لا يتملكه المالك المبيح.

(4) حيث قال هناك: «و لكن الذي يظهر من جماعة، منهم قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهما في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و أنّه يملك المثلث بدفعه إليه».

(5) و هما الوجهان المذكوران بقوله قدّس سرّه: «نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل .. إلخ» و قوله: «و كذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقف .. إلخ».

(6) أمّا تقريب ضعف الوجه الأوّل فلاّته مبني على الشرط المتأخر المستحيل.

و أمّا ضعف الوجه الثاني فلاّته خلاف مفهوم المعاوضة التي حقيقتها دخول



بل الأقوى (1) رجوعه بالفسخ إلى البائع (2).

ولو كان الناقل عقدا جائزا (3) [2]

كل واحد من العوضين في كيس من خرج عنه العوض الآخر [1].

(1) لأن مقتضى الجمع بين الأدلة هو الالتزام بالملك أنا ما للمباح له، ثم الانتقال عنه إلى المشتري الذي هو الثالث، كما تقدم عن المصنف في الجواب عن الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء قدس سره.

ثم إن هذا أول الوجوه الثلاثة المذكورة في المتن. ولأزمه عدم جريان قاعدة السلطنة بعد الفسخ، إذ المفروض رجوع المال بالفسخ إلى المباح له الذي هو البائع لا إلى المبيح، فتصير المعاطاة لازمة بوقوع عقد لازم على إحدى العينين وإن عادت إلى المباح له بفسخ.

هذا تمام الكلام في الصورة الثانية من صور نقل المأخوذ بالمعاطاة، وسيأتي الكلام في النقل بالعقد الجائز.

(2) وهو المباح له، لأنه المالك قبل العقد، بالفسخ يرجع الملك إليه.

(3) أي: عقدا معاوضيا جائزا، ولو كان الجواز من جهة الخيار الموجود حين

[1] يمكن منع ذلك بأن يقال: إن كون حقيقة المعاوضة ذلك غير ظاهر وإن نسب إلى العلامة قدس سره. نعم ذلك مقتضى إطلاق المعاوضة لا حقيقتها.

[2] قد يتوهم التنافي بين ما ذكره في فروع النقل بالعقد اللازم من قوله: «ولو عادت العين بفسخ» وبين ما عنونه هنا من العقد الجائز. وجه المنافاة: أن الفسخ هناك يدل على جواز العقد، مع أنه جعله لازما في قبال ما جعله هنا من العقد الجائز.

لكن المنافاة مندفة بما تقدم هناك من أن فسخ العقد اللازم بحدوث سببه بعد العقد لا يمنع من انعقاده لازما، بخلاف المقام، فإن العقد جائز أما بالجواز الحقي لكونه خياريا، وإما بالحكمي لكونه هبة، فلا منافاة أصلا.

لم يكن (1) لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه (2) [1]

---

العقد كخيارى المجلس والحيوان فى باب البيع، فإنه ىنعقد جائزا إلى انقضاء المجلس و ثلاثة أيام.

ثم إن للنقل الجائز صورتين: إحداهما العقد المعاوضى والأخرى غير المعاوضى كالهبة، و سياتى بيانهما.

(1) هذا حكم الصورة الأولى- و هى نقل إحدى العينين بعقد جائز معاوضى كالبيع الخيارى- بناء على الملك، و حاصله: لزوم المعاظة، و عدم جواز التراد، و ذلك لانقضاء وصف المأخوذ بالمعاظة من الملكية المتحققة بها، إذ الملكية المنشئة قد ارتفعت بالنقل إلى الأجنبى، فليس لمالك العين الموجودة إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه. و عليه فالتراد غير متحقق هنا، لصدق «انتقال الملك» فهو كالتلف.

قال فى المسالك: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه فإن كان لازما كالبيع و الهبة بعد القبض و الوقف و العتق فكالتلف. و إن كان جائزا كالبيع فى زمن الخيار فالظاهر أنه كذلك، لصدق انتقال الملك عنه، فىكون كالتلف. و عودها بالفسخ إحداث ملك آخر بناء على أن المبيع ىملك بالعقد و إن كان هناك خيار. و أما الهبة قبل القبض فالظاهر أنها غير مؤثرة، لأنها جزء السبب المملك، مع احتمالها، لصدق التصرف. و قد أطلق جماعة كونها تملك بالتصرف» «1».

(2) أى: فى العين التى باعها المتعاطى من شخص ثالث.

---

[1] فلو ألزمه بالرجوع لا ىجدي أيضا، لأنه بالخروج عن الملك انتفى موضوع الجواز الذى هو إباحة العينين بالمعاظة، فإن الخروج عن الملك بعد دخوله فيه أنا ما مفوت له، و العود إلى الملك بعد الرجوع ملك جديد غير الملك المتحقق بالمعاظة،

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 150

ص: 233

و لا رجوعه (1) بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق، و تحصيله غير واجب (2).

و كذا (3) على القول بالإباحة، لكون المعاوضة (4) كاشفة عن سبق الملك.

نعم (5) لو كان غير معاوضة كالهبة و قلنا بأن التصرف

---

(1) يعني: و لا يجوز لمالك العين الباقية الرجوع بنفسه إلى المشتري حتى يسترد عينه منه. و وجه عدم الجواز ما عرفت من انتفاء وصف المأخوذ بالمعاطاة و هو كونه ملكا للمتعاطي.

(2) لأنه من تحصيل الموضوع الذي لا يجب قطعاً، لأنّ الحكم مترتب على موضوعه المفروض الوجود اتفاقاً، لا واجب التحصيل، إذ لا يصلح الدليل لإيجاب تحصيل الموضوع.

(3) يعني: و كذا الحال في عدم تحقق التراد بناء على القول بالإباحة، و ذلك لكشف المعاوضة عن سبق الملك للناقل المباح له- أنا ما- قبل النقل، لما تقدم من أنّه مقتضى الجمع بين الأدلة.

(4) أي: العقد المعاوضي الجائز.

(5) استدراك على قوله: «و كذا على القول بالإباحة» لا على كلا القولين من الإباحة و الملك. و هذا إشارة إلى صورة ثانية من النقل بالعقد الجائز، و هو العقد غير المعاوضي.

و محصّل وجه الاستدراك هو: أنّ ما ذكرناه على القول بالإباحة- من لزوم المعاظة بنقل إحدى العينين بالعقد الجائز- إنّما هو فيما إذا كان الناقل الجائز من المعاوضات كالبيع الخياري. و أمّا إذا كان من غيرها كالهبة الجائزة أمكن ثبوت جواز

---

و ليس هذا موضوعاً لجواز التراد.

و من هنا يظهر عدم الوجه في جريان الاستصحاب، للقطع بارتفاع الموضوع- و هو إباحة العينين بالمعاطاة- فإنّ الخروج عن الملك رافع للإباحة المزبورة، كما لا يخفى.

في مثله (1) لا يكشف عن سبق الملك، إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحد، وانتقال المعوض إلى الآخر (2)، بل الهبة ناقله للملك عن ملك

الرّد للمالك المبيع، بناء على أنّ مطلق تصرف المباح له في مال المبيع لا يوجب ملكية المتصرف - وإن أطلقه جماعة - بل الموجب لها هو التصرف المتوقع جوازه شرعا أو عقلا على مالكية المتصرف كالبيع والعتق ونحوهما.

وأما الهبة فليست كذلك، فلو وهب المباح له مال المبيع لم يقتض دخوله في ملك الواهب أنا ما قبل هبته حتى تقع في ملكه لا في ملك المبيع، وذلك لصحة الهبة من المباح له كصحتها من المالك، إذ لم يرد دليل شرعي على اعتبار مالكية الواهب مثل «لا هبة إلا في ملك» كما ورد في البيع والعتق والوطي.

وكذا لم يدل دليل عقلي على المنع من هبة غير المالك كما دلّ في البيع تحقيقا لمفهوم المعاوضة، إذ لا عوض هنا حتى يقال بعدم معقولية خروج العوض عن ملك شخص وانتقال المعوض إلى آخر، بل الهبة تنقل المال عن ملك المالك إلى المتّهب.

وبناء على هذا يثبت جواز الرجوع للمالك المبيع، لا للواهب المباح له، فيجوز التّراد في صورتين:

إحدهما: بقاء العين الأخرى، ولو تلفت لزمّت المعاوضة من جهة ملزمية تلف إحدى العينين.

ثانيتها: عود العين الأخرى إلى مالکها بالهبة أيضا، إذ لو كان عودها بنحو آخر كالفسخ كان بمنزلة التلف.

فالمحصّل: أنّ المالك هو المبيع دون المباح له، فالواهب حقيقة هو المبيع، فيجوز له الرجوع إن كانت العين الأخرى باقية.

(1) أي: في مثل الهبة، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «بناء على أنّ مطلق تصرف المباح له .. إلخ».

(2) يعني: أنّ الالتزام بسبق الملك أنا ما - قبل التصرف المتوقع على الملك - إنّما هو لاقتضاء ماهية المعاوضة. ولما لم تكن الهبة معاوضة لم يكن موجب للالتزام بسبق

المالك (1) إلى المتهب، فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك، لا- الواهب [1] اتجه (2) الحكم بجواز التّراد مع بقاء العين الأخرى، أو (3) عودها إلى مالکها بهذا النحو من العود (4)، إذ لو عادت

---

مالكية المباح له الذي وهب مال المبيح لشخص ثالث.

(1) فالواهب- ظاهرا- هو المباح له، و حقيقة هو المبيح، كما إذا تعاطى زيد وعمرو كتابا بدينار، و وهب عمرو الكتاب لبكر، فبناء على الإباحة يكون الواهب زيدا المبيح للكتاب، لا عمروا المباح له. و بما أنّ الهبة جائزة حسب الفرض جاز لزيد استرداد الكتاب من بكر إذا كان الدينار باقيا بحاله ليرده إلى عمرو.

(2) جواب الشرط في قوله: «لو كان غير معاوضة ..».

(3) يعني: إذا تصرف زيد في الدينار فتارة يكون بشراء شيء به، ثم يفسخ أو يتقايل مع البائع، و أخرى بأن يهب الدينار لخالد، ثم يرجع عن هبته و يعود الدينار إلى زيد.

ففي الصورة الأولى تصير المعاوضة لازمة من جهة تخلل العقد اللازم، و هو بحكم التلف.

و في الصورة الثانية يبقى جواز المعاوضة بحالة، فيجوز لزيد استرداد كتابه من بكر، و ردّ الدينار إلى عمرو.

(4) أي: بنحو الرجوع في الهبة.

---

[1] لا يخفى أنّه- بعد عدم توقف الهبة على مالكية الواهب للعين الموهوبة لا عقلا و لا شرعا كتمليك الحرّ عمل نفسه و تمليك الكلّي في المعاملات الذمّية- يمكن أن يقال: إنّ أدلّة جواز الرجوع ناظرة إلى الواهب، و من المعلوم أنّه في المقام هو المباح له، دون المالك، إذ المفروض عدم قصد الوكالة عن المالك، فالواهب حقيقة هو المباح له، لأنّه العاقد، فجواز الرجوع ثابت له دون المالك، فتدبّر.

بوجه آخر (1) كان حكمه حكم التلف.

ولو باع العين ثالث فضولا (2) فأجاز المالك الأول (3) - على القول بالملك -

(1) يعني غير الهبة. هذا تمام الكلام في الصورة الثانية من صورتى النقل بالعقد الجائز. وقد تمت إلى هنا صور أربع من الملزم الثالث، و هو نقل إحدى العينين أو كليهما.

(2) هذا شروع في صورة خامسة من صور التصرف الاعتباري بنقل إحدى العينين أو كليهما. والفرق بينها وبين الصور الأربع المتقدمة هو: أن الناقل فيها كان أحد المتعاطين أو كليهما بالأصالة، مباشرة أو تسيبا بالتوكيل. بخلاف هذه الصورة، إذ الناقل فيها أجنبي عن المتعاطين. ويتجه البحث حينئذ في أن تصرف الفضول - بإنشاء المعاملة على إحدى العينين - هل يكون ملزما كتصرف نفس المتعاطين، أم هو بحكم العدم و يبقى جواز التراد على حاله؟

فصل المصنف قدس سره بين فروع، فتارة يجاز عقد الفضول، و المجيز إما من انتقل عنه المال أو من انتقل إليه، و أخرى يرد. و ثالثة يرجع أحدهما عن المعاطة ثم يجيز الآخر عقد الفضول. و في هذا الفرض إما يبنى على كاشفيّة الإجازة عن تحقق النقل من حين إنشاء الفضول، و إما على ناقلتيها. هذه فروع المسألة إجمالاً، و سيأتي التفصيل إن شاء الله تعالى.

(3) أي: من انتقلت عنه العين بالمعاطة، كما إذا تعاطى زيد و عمرو كتابا بدينار، فباع بكر - فضولا - الكتاب لأجنبي، فأجازه زيد.

و حكم هذا الفرع: أن رجوع زيد عن المعاطة لَمَّا كان جائزاً - سواء على الملك و الإباحة - لم يبعد أن تكون إجازته رجوعاً عن معاطاته مع عمرو، يعني: أنه أرجع الكتاب - بهذه الإجازة - إلى ملك نفسه، و باعه إلى من اشتراه من الفضول.

فالرجوع بهذه الإجازة يكون نظير ما إذا تصدّى زيد بنفسه لبيع الكتاب أو صلحه أو هبته، فإنّ هذه التصرفات الناقلة تكشف عن رجوعه عن المعاملة المعاطاتية، نظير

لم يبعد (1) [1] كون إجازته رجوعاً، كبيعته و سائر تصرفاته الناقلة.

ولو أجاز المالك الثاني (2)

تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بعقد خيارى- بالتصرف المنافى لذلك العقد، فإنه يكشف عن الفسخ و عود المال إليه حتى يقع التصرف الناقل في ملكه.

(1) لأن الإجازة هنا نظير تصرف ذي الخيار موجبة لعود العين إلى ملك المميز و المتصرف.

(2) أي: من انتقلت إليه العين بالمعاطاة، و هو عمرو في المثال المتقدم، و هذا فرع ثان من فروع عقد الفضول، يعني: لو أجاز عمرو عقد الفضول صحّ بلا إشكال بناء على ترتب الملك المتزلزل على المعاطاة. و جه الصحة: أنّ عمرو مالك بالفعل للكتاب، و مقتضى سلطنة المالك على ماله نفوذ جميع تصرفاته، التي منها إجازة عقد الفضول على ماله، فتكون نافذة، و بها تصير المعاطاة المتزلزلة لازمة، كما يصحّ عقد الفضول، لأنّ من بيده أمر العقد قد نفذه، هذا.

[1] و جه بعده عدم الدليل على كون هذه التصرفات رجوعاً و فسخاً. قال الفقيه المامقاني قدّس سرّه في حاشيته: «قال بعض من تأخّر: قد ثبت في الخيار أن التصرفات الناقلة من ذي الخيار رجوعاً، فلو باع ما كان له الخيار في استرداده من المشتري كان ذلك رجوعاً بالخيار إجماعاً. و لكن لم يثبت مثله هنا، فلا يصح أن يكون مجرد إجازته رجوعاً و فسخاً هنا، فلا بد من سبق ما يدلّ على الفسخ حتى يصحّ للأول نقله إلى الثالث، إذ لا يصح النقل إلّا من المالك، و الفرض خروج المالك عنه، فلا يكون صيرورته مالكا سابقه على نقله إلى المشتري الثاني، فلا وجه حينئذ لجواز الإجازة منه حتى تكون رجوعاً.

إلا أن يلتزم بأحد الأمرين من كون مجرد الرضا الباطني إجازة، و كون الكراهة الباطنية في مقابله ردّاً، و من كون الفسخ و الرجوع يحصل بأول حرف من قوله: أجزت البيع

ص: 238

---

(1) لوجود المقتضي لنفوذ إجازته، وقد المانع عنه. أمّا وجود المقتضي فلأنّ المالك الثاني - أي من انتقل إليه المال بالمعاطاة - مالك للمال حين وقوع عقد الفضول عليه، فينفذ إجازته و ردّه.

و أمّا فقد المانع فواضح، لعدم وجود شيء من أسباب سلب سلطنة المالك عن التصرف في ماله.

و هذا بخلاف إجازة المالك الأول - أي من انتقل عنه المال - لما عرفت من عدم

---

الثاني، فيصير المال ملكه، و التمليك للمشتري الثاني يحصل بآخر حرف من قوله المذكور. و هو رحمه الله و إن التزم بالأول فيما سيأتي من كلامه، إلا أنّ التزامه بذلك مخصوص بالقول بالإباحة، فلا يجري على القول بالملك كما هو مفروض المقام، فإنّه قال هناك: بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف» «1».

لكن على المبنى المختار من كون المعاطاة بيعاً لازماً كالبيع اللفظي ليس لغير من انتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي، فإذا أجاز نفذ، و إن ردّ فالمال باق على ملكه.

و أمّا على القول بالملك الجائز فيمكن أن يقال: إنّ التصرفات المنافية رجوع عرفاً و فسخ عندهم، من غير فرق في ذلك بين الرجوع في المعاطاة و بين الخيار.

و توهم اختصاص كون التصرفات المزبورة رجوعاً بالخيار و عدم كونها رجوعاً في المعاطاة، فاسد، لعدم الوجه في الاختصاص المزبور، بعد كون الرجوع من المفاهيم العرفية، و عدّ العرف لتلك التصرفات من مصاديق الرجوع، فكونها رجوعاً فعلياً على طبق القاعدة، لا للتعبد حتى يدعى الاختصاص المزبور بالإجماع، فلاحظ و تأمل.



كونه مالكا أصلا، لا حين وقوع عقد الفضول عليه و لا حين إجازته، فهو أجنبي عن المال، و من المعلوم أنّ المصحح لعقد الفضول هو إجازة المالك لا إجازة الأجنبي.

و يتوقف نفوذ إجازته على إحراز كون إجازته رجوعا عن المعاطاة، نظير تصرف ذي الخيار بالبيع و الهبة و الوقف و غيرها ممّا يتوقف على الملك.

ولكن إلحاق الإجازة بتصرف ذي الخيار ليس بذلك الوضوح، لقصور مقام الإثبات، لأنّ الجمع بين الأدلة المقتضي لتملك ذي الخيار لماله أنا ما- حتى يقع تصرفه في ملكه- لا دليل على جريانه في المقام.

و لأجل هذا اختلف تعبير المصنف قدّس سرّه في كون إجازة المالك الأوّل رجوعا عن المعاطاة، و كون إجازة المالك الثاني إمضاء للمعاطاة، فقال في الأوّل: «لا يبعد» و في الثاني: «نفذ بغير إشكال».

(1) أي: و ينعكس حكم الإجازة في هذا الفرض وضوحا و إشكالا على القول بإفادة المعاطاة للإباحة، و هذا حكم نفس الفرضين المتقدمين- أي إجازة المالك الأوّل و الثاني- بناء على إفادة المعاطاة للإباحة.

و غرضه: أنّ أصل الحكم- و هو نفوذ إجازة المالك الأوّل- لا ينعكس، بل ينعكس من حيث الوضوح و الإشكال. و ذلك لأنّ كون إجازة المالك الأوّل رجوعا على القول بالإباحة من الواضحات، ضرورة أنّ العين على هذا القول باقية على ملكه، فمقتضى قاعدة السلطنة نفوذ إجازته.

و أمّا كون إجازة المباح له نافذة فمشكلة من حيث ثبوت إباحة التصرفات له فتنفذ إجازته، و من حيث كون العين للغير فلا تنفذ.

و الرّاجح من الوجهين هو الأوّل أي نفوذ إجازة المباح له، لأنّ الإجازة تصرف في مال المبيح، و المفروض حلّيّة جميع التصرفات للمباح له.

ولكلّ منهما ردّه (1) قبل (2) إجازة الآخر.

ولورجع (3) الأوّل، فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة- كاشفة لغا (4)

(1) أي: ردّ بيع الفضول، وهذا إشارة إلى فرع ثالث من فروع بيع المأخوذ بالمعاطاة فضولاً. وحكمه: أنه يجوز لكلّ منهما ردّه، لأنّ من له الإجازة له الردّ أيضاً، فكما تكون إجازته رجوعاً فكذا ردّه. نعم سلطنة كلّ منهما على الردّ مقيّدة بعدم سبق إجازة الآخر.

ولا- فرق بين كون الردّ من قبل المعطي أو الآخذ، كما لا فرق بين الملك والإباحة. فإن ردّ المعطي فبناء على الملك المترلزل يكون ردّه لعقد الفضول رجوعاً عن المعاطاة وإعادة للمال في ملكه. وبناء على الإباحة فالأمر أوضح، لبقاء العين على ملكه، ولم يطرأ ما يلزم المعاطاة بعد.

وإن ردّ الآخذ فكذلك، إذ بناء على الملك يكون ردّه تصرفاً في ملكه و تصير المعاطاة لازمة. وبناء على الإباحة فإن العين وإن لم تكن ملكه، إلا أنّ الردّ تصرف، وهو يكشف عن سبق الملك.

(2) إذ لا مورد للردّ بعد إجازة الآخر، لسقوط حقّ الرجوع في المعاطاة حينئذ، فلا ينفذ ردّه.

(3) يعني: ولورجع الأوّل عن المعاطاة ثم أجاز الثاني عقد الفضول. وهذا إشارة إلى آخر فروع عقد الفضول، وتوضيحه: أنّه يفرض أزمنة أربعة في المقام، ففي الساعة الأولى تحققت المعاطاة بين زيد وعمرو، وفي الساعة الثانية وقع عقد الفضول، وفي الثالثة رجع زيد عن المعاطاة، وفي الرابعة أجاز عمرو عقد الفضول.

وقد فصلّ المصنّف في حكم هذا الفرع بين الكشف والنقل، فبناء على الكشف احتمل وجهين: أحدهما لغوية الرجوع ونفوذ الإجازة، و ثانيهما لغوية الإجازة ونفوذ الرجوع. وبناء على النقل جزم بلغوية الإجازة، وسيأتي بيان كلّ منها.

(4) توضيحه: أنّه إذا رجع المالك الأوّل عن المعاطاة و ردّها، فأجاز المالك

ويحتمل (1) عدمه، لأنه رجوع قبل [1] تصرف الآخر، فينفذ، ويلغو الإجازة. وإن جعلناها (2) ناقلة لغت الإجازة قطعاً (3).

---

الثاني العقد الفضولي، فعلى القول بكون الإجازة كاشفة لغا رجوع المالك الأول، لكشف الإجازة عن صحة العقد حين وقوعه، فلا يبقى مورد للرد، حيث إنه رجوع بعد التصرف الملزم.

(1) يعني: ويحتمل عدم كون الرجوع لغواً، لأنّ الرجوع تحقّق قبل التصرف بالإجازة، فينفذ. وكاشفيّة الإجازة منوطة بصحّتها المفقودة بعد رجوع الأول.

وبعبارة أخرى: يعتبر في المميز أن يكون مالكا لأمر العقد، فإذا عادت العين إلى المالك الأول برجوعه كانت إجازة الثاني من إجازة الأجنبي، فتلغو، إذ لا عبرة بإجازته في باب عقد الفضول.

(2) معطوف على «جعلنا» و حاصله: أنّه بناء على كون الإجازة ناقلة لغت الإجازة قطعاً، ضرورة أنّ عقد الفضولي لا يؤثّر حقيقة إلا بعد تماميته، والمفروض أنّه لا يتمّ إلا بالإجازة، وأنّ رجوع المالك الأول وقع قبل تأثير العقد، فيمنع عن تأثير الإجازة اللاحقة، فلا أثر للإجازة فيه و تقع لغواً، لارتفاع قابلية العقد للتأثير بسبب الرد.

(3) إذ لا يبقى لها مورد بعد ارتفاع عقد الفضولي بالرجوع عن المعاطاة.

هذا تمام الكلام في فروع الملزم الثالث أعني به التصرف الاعتباري في إحدى العينين أو كليهما.

---

[1] هذا خلاف فرض الكشف الحقيقي، لأنّ مقتضى تمامية العقد المؤثّر من حين وقوعه هو ترتب الأثر عليه في أول أزمته وقوعه، و كون الرجوع لغواً، لتحقّقه بعد تأثير العقد. نعم بناء على الكشف غير الحقيقي كان احتمال عدم لغوية الرجوع قوياً.

إشارة

و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط (1) الرجوع على القول بالملك،

الملزم الرابع: مزج إحدى العينين

(1) هذا شروع في الملزم الرابع وهو امتزاج إحدى العينين أو كليهما. والمقصود بالامتزاج هنا ما لا يوجب تبدل الصورة النوعية ولم يحصل الاستهلاك، وإلا كان بحكم التلف.

ثم إن المصنف فصل بين الملك والإباحة، فرجح اللزوم بالامتزاج بناء على إفادة المعاطاة للملك، واختار بقاء جواز التراد بناء على الإباحة.

و توضيح المقام: أن الامتزاج تارة يكون بمال ثالث، وأخرى يكون بمال أحد المتعاطيين. وعلى التقديرين إما أن نقول بالملك في المعاطاة أو بالإباحة، فالصور ست.

الأولى: أن يكون الامتزاج بمال ثالث، وقلنا بإفادة المعاطاة للملك، و حكمها اللزوم لامتناع تراد العينين على الوجه المعتبر وهو الخلوص عن مال الغير.

قال في المسالك: «لو اشتبهت بغيرها أو امتزجت بحيث لا تتميز، فإن كان بالأجود فكالنقل، وإن كان بالمساوي أو الأردأ احتمل كونه كذلك، لامتناع التراد على الوجه الأول. واختاره جماعة. ويحتمل العدم في الجميع، لأصالة البقاء» «1».

وعن تعليق الإرشاد والميسية: «أن ذلك في معنى التلف» «2»، هذا.

الثانية: أن يكون الامتزاج بمال البائع، فيمتنع التراد أيضا، لعدم إمكان الرجوع بعين ماله، بل يصير المال بسبب الامتزاج مشتركا بين البائع والمشتري.

وإن شئت فقل: إن الامتزاج بمنزلة التلف في كونه مانعا عن التراد.

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 150

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 157



لامتناع التّراد. ويحتمل (1) الشركة، و هو ضعيف (2).

أمّا على القول بالإباحة (3)

و منه يظهر عدم الوجه في الرجوع إلى الكسر المشاع.

الثالثة: أن يكون الامتزاز بمال المشتري، و حكمها أيضا لزوم المعاطاة، لامتناع التّراد، إذ المفروض امتزاز ماله المأخوذ بالمعاطاة بماله الآخر، فالمال كلّ له، و لا يمكنه ردّ المأخوذ بالمعاطاة على وجه بحيث يرّد عين المال إلى البائع. و ردّه بالكسر المشاع مما لا وجه له.

و الحاصل: أنّ الحكم في هذه الصور الثلاث هو لزوم المعاطاة، و عدم جواز الرجوع على القول بالملك، لامتناع التّراد.

(1) معطوف على قوله: «سقط الرجوع» و غرضه بيان احتمال جواز الرجوع، و إنّ الامتزاز ليس بملزم للمعاطاة، بل يوجب الشركة، بأن يقال: أنّه بالرجوع يقدر ملك الشخص للأجزاء الواقعية من ماله الممتزج بمال غيره، و يحكم بالشركة لأجل الامتزاز، و به يجمع بين دليلي الشركة و جواز المعاطاة.

(2) وجه ضعفه: أنّ موضوع جواز الرجوع في المعاطاة هو إمكان تراّد العينين، و بالامتزاز يمتنع ترادهما، فلا يصح الرجوع حتى يقدر الملك بعده، ثم يحكم بالشركة.

فالحكم بالشركة متفرّع على الملك، و هو مترتب على الرجوع، و هو مترتب على إمكان التّراد، فبإمتناع التّراد يسقط ما يتفرع عليه.

(3) الصور الثلاث المتقدمة كانت مبنية على القول بإفادة المعاطاة للملك.

و أمّا الصور الثلاث المترتبة على الإباحة فأولها: امتزاز العين بمال ثالث.

و حكمها بطلان المعاطاة بمعنى زوال الإباحة، لأنّ موضوع الإباحة لم يبق على ملك المبيح بالاستقلال، لأنّه صار مشتركا بسبب الامتزاز بينه و بين الثالث، و لم يكن المال المشترك موضوعا للإباحة الحاصلة بالمعاطاة. هذا.

و ثانيها: امتزاز العين بمال المشتري. و حكمها بطلان المعاطاة أيضا، لأنّ

فالأصل بقاء التسلُّط (1) على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به.

نعم (2) لو كان المزج ملحقا له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف.

الامتزاج أوجب الشركة القهرية بين المتعاطيين، ولم يكن هذا الملك الجديد الإشاعي موردا لإباحة المالك.

و ثالثها: امتزاج العين بمال البائع، و حكمها جواز الرجوع كما كان قبل الامتزاج، فإنَّ امتزاج ماله بماله الآخر لا يمنع عن بقاء المعاطاة- المفيدة للإباحة- على جوازها.

فالمتحصل: أنَّ في الصور الثلاث المبنية على القول بالملك تلزم المعاطاة بالامتزاج المانع عن جواز التراد، و في الصور الثلاث المبنية على القول بالإباحة تبطل المعاطاة في صورتين الأوليين منها، و تبقى على الجواز في الصورة الثالثة منها.

(1) لبقاء المال على ملك مالكة، و عدم ترتب أثر على المزج إلا الشركة. و كونه مباحا للغير لا يمنع من حصول الشركة بالمزج. و سلطنة الناس على أموالهم عامة للملك الاستقلالي و الإشاعي، فيجوز الرجوع على الإباحة.

لكن يمكن أن يقال: إنَّ جواز التراد ليس بدليل السلطنة، بل بالإجماع، و المتيقن منه هو جواز ردِّ ماله إذا كان متميِّزا عن مال غيره، بأن يكون موضوع جواز الرجوع خصوص المال المتميِّز عن غيره كما كان ذلك قبل المعاطاة، فلا بدَّ حينئذ من القول بالإباحة اللازمة، إذ لا موجب للملك، فتدبر.

(2) استدراك على قوله: «فالأصل بقاء التسلُّط .. إلخ» و حاصله: أنَّ عدم جواز الرجوع في صورة الامتزاج- بناء على القول بالإباحة- مختصَّ بما إذا كان المزج ملحقا للمأخوذ بالمعاطاة بالإتلاف، كالمزج بغير الجنس، نظير خلط مقدار من ماء الورد بالزيت على ما مثَّل به المصنّف قدس سرّه في خيار الغبن، فإنَّ الرجوع حينئذ يسقط، لكون هذا المزج بمنزلة الإتلاف.

و لو تصرّف (1) في العين تصرّفًا مغيّرًا للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب، فلا لزوم (2) [1] على القول بالإباحة. و على القول بالملك ففي اللزوم

---

التصرف غير المغيّر للصورة ملزم للمعاطاة أم لا

(1) هذا إشارة إلى أمر آخر قد يعدّ من ملزمات المعاطاة، وهو التصرف الخارجي في إحدى العينين - أو كليهما - بما يغيّر صورتها، بحيث لا تبقى العين على ما كانت عليه من الصفات. و مثل له المصنّف بصيرورة الحنطة دقيقًا بالطحن، و القماش ثوبًا بالفصل و خياطته. و حكم بعدم كون هذا النحو من التصرف ملزمًا، بلا تفاوت بين القول بالملك و الإباحة، و لكنّه احتمال اللزوم بناء على الملك، للشك في بقاء موضوع الاستصحاب، و سيأتي توضيحه.

(2) لعدم ما يوجب لزوم المعاطاة من التلف و التصرف الناقل، فكلّ من المالكين باق على ملك مالكة، فله السلطنة على استرداده، لعدم تبدل طبيعة الحنطة بالطحن، و لا القماش بالفصل و الخياطة.

---

[1] بل يمكن القول باللزوم، لما مرّ من أنّ المتيقّن من الإجماع على جواز الرجوع هو صورة عدم تغير وصف من أوصاف العينين ليتمكن ترادّهما على وجههما، و لأنّ تلف الجزء الصوري - وهو الوصف الموجب لتفاوت رغبات الناس مع عدم رجوع المتعاطيين بالمثل و القيمة - يوجب تعيّن الباقي على حاله بدلًا عمّا تلف منه جزؤه الصوري، فمقتضى القاعدة اللزوم. كما أنّ مقتضاها اللزوم على القول بالملك، اقتصارًا على المتيقّن من التخصيص، و هو بقاء العين على أوصافها.

و يمكن استفادة حصول التغيير بمثل فصل الثوب من مرسلّة جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السّلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبًا؟ قال: إن كان الشيء قائمًا بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن. و إن كان الثوب قد قطع أو خيط



وجهان مبيّتان على جواز جريان استصحاب جواز التراد (1).

ومنشأ الإشكال أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي (2).

---

(1) فبناء على جريان الاستصحاب يجوز الرجوع، وبناء على عدمه لا يجوز، قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «وإن أوجب- أي التصرف- تغيراً إلى حالة أخرى- كطحن الحنطة وصيغ الثوب- احتمال كونه كذلك، لأصالة بقاء الملك مع بقائه. ولزوم المعاطاة بذلك، وبه جزم بعض الأصحاب. لما تقدّم من امتناع التراد بسبب الأثر المتجدّد. وعندى فيه إشكال» (1).

(2) فإن كان عرفياً جرى الاستصحاب، لأنّ الملكية والطهارة والنجاسة ونحوها من الأمور الاعتبارية تعرض الذوات لا العناوين، مثلاً إذا تنجّست الحنطة وبعد طحنها شكّ في طهارتها، فاستصحاب النجاسة محكّم مع كون المنتجس هو الحنطة لا الدقيق. لكن موضوع النجاسة لمّا كان بنظر العرف هو الجسم كان استصحاب نجاسته جارياً.

وإن كان حقيقياً أي دليلاً فلا يجري، لأنّ الدقيق غير الحنطة التي هي موضوع الدليل. ولا ينبغي الارتياح في كونه عرفياً لا حقيقياً.

لكن ليس المقام من موارد الاستصحاب، بل من التمسك بعموم دليل اللزوم.

---

أو صبغ رجع بنقصان العيب» (2) حيث إنّه عليه السّلام منع من الرّد بمجرد التصرف بالصبغ والخياطة والقطع، وأنّه يتعيّن الأرش لو أراد. ولو لم يكن هذا المقدار من التغيير تصرفاً مسقطاً للرّد لم يكن وجه لتعيّن الأرش.

وعليه فجعل فصل الثوب من التصرف غير المغيّر للصورة- كما في المتن- لا يخلو من شيء، فمقتضى الرواية جعله ملزماً للمعاطاة.

---

(1): مسالك الافهام، ج 3، ص 150

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 363، الباب 16 من أبواب الخيار، الحديث: 3

ص: 247

ثم إنك (1) قد عرفت ممّا ذكرنا (2) أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاظة نظير (3) الفسخ (4) في العقود اللازمة حتى يورث بالموت (5) ويسقط بالإسقاط

(1) الظاهر أنّ الغرض من التنبيه على كون جواز الرجوع في المعاظة حكماً لا حقاً - كما سبق تفصيله في أوّل هذا الأمر السادس - هو التمهيد لبيان ملزم آخر من ملزمات المعاظة، وهو موت أحد المتعاطيين، والدليل على ملزميته كون جواز التّراد حكماً لاحقاً، ومن المعلوم أنّ الجواز الحكمي كالجواز في الهبة غير موروث، وذلك لأنّ ما ينتقل الى الوارث هو «ما تركه الميت من ملك أو حق» بحيث لو لم ينتقل الى الوارث بقي بلا محلّ، لوضوح قيام إضافة الملكية بطرفيها من المالك والمملوك، كقيام إضافة الحقيّة بمن له الحق ومن عليه الحق، فلا بد من انتقال الملك وحق إلى الوارث حتى لا يلزم بقاء المملوك بلا مالك ولا بقاء الحق بلا ذي الحق.

وأما جواز المعاظة والهبة شرعاً فليس شيئاً تركه الميت حتى يورث، بل هو حكم شرعي ثبت لعنوان المتعاطيين وللواهب. ولو فرض ثبوت هذا الجواز للوارث - كما كان للمورث - فإنّما هو بدليل خاص، لا لأدلة الإرث العامة.

ويتفرّع على كون جواز المعاظة حكماً - لا حقاً - لزومه بموت أحدهما سواء قلنا بالملك أم بالإباحة. أمّا على الملك فتنقل نفس العين إلى الوارث، لا حكمها وهو جواز التّراد الثابت حين حياة المورث، فتنتهي الملكية الجائزة إلى اللازمة.

وأما على الإباحة فلقيام السيرة على عدم التّراد بعد موت أحد المتعاطيين، وهي تكشف عن لزوم الإباحة قبل الموت، وانتقال كل من المالين إلى من بيده، هذا.

(2) بقوله: «و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف، لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين ..».

(3) خبر «ليس جواز».

(4) يعني: الفسخ بالخيار في العقود اللازمة، الذي هو من قبيل الحق لا الحكم.

(5) بمقتضى عموم «ما تركه الميت من مال أو حقّ فهو لوارثه».

ابتداء (1) أو في ضمن المعاملة (2)، بل هو (3) على القول بالملك نظير [1] الرجوع في الهبة. وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع [2] في إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرّضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف.

### [الملزم الخامس: موت أحد المتعاطين]

#### إشارة

فلو (4) مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول

(1) كإسقاطه بعد العقد.

(2) كأن يقول: بعتك المتاع الفلاني بشرط إسقاط الخيار.

(3) أي: جواز الرجوع في المعاوضة على القول بالملك يكون نظير الرجوع في الهبة في كونه حكما غير قابل للإسقاط، فكما لا يسقط جواز الرجوع في الهبة بالإسقاط فكذلك الرجوع في المعاوضة.

وعلى القول بالإباحة يكون كالرجوع في إباحة الطعام في إناطة الإباحة بالرّضا الباطني الذي يرتفع بالكرهية. فالفرق بينهما أنّ الرجوع على القول بالملك يتعلّق بمال الغير، وعلى القول بالإباحة يتعلّق بمال نفسه.

الملزم الخامس: موت أحد المتعاطين

(4) هذا متفرّع على قوله: «أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاوضة نظير

[1] لعلّ وجه كون الجواز في المعاوضة حكما- كجواز الرجوع في الهبة- هو: أنّ المخرج عن أصالة اللزوم لمّا كان هو الإجماع، فلا بدّ من الأخذ بالمتيقن منه، وهو خصوص المتعاطين، فلا يثبت لغيرهما من الورثة، كما لا يسقط بالإسقاط للاستصحاب.

[2] هذا صحيح في الإباحة المالكية لا الشرعية، والمفروض أنّ الإباحة في المقام شرعية لا مالكية، فإناطة الإباحة بالرّضا الباطني غير ظاهر، فيحكم ببقاء الإباحة ولو مع رجوع المالك في المعاوضة، بل بعد التصرفات الناقلة منه أيضا، فتدبر.

الفسخ ..» و حاصله: أنّ جواز التراد حكم كجواز الرجوع في الهبة، وليس حقًا، إذ لو كان حقًا كحق الخيار لانتقل إلى الوارث، لكونه «مما تركه الميت» و من المعلوم صيرورة الملك بالموت لازما، فيكون المال للوارث ملكا لازما.

واعلم أنّ الفرق بين موت أحد المتعاطيين و بين الملزمات المتقدمة هو أنّ منشأ اللزوم فيها كان عروض أمر على إحدى العينين من تلف و تصرف ناقل و نحوهما. و منشأ اللزوم في هذا الملزم سقوط المتعاطيين عن أهلية التملك مع بقاء العوضين على ما كانا عليه حين التعاطي.

(1) تقييد ملزمة الموت بالمملك مشعر ببقاء الجواز بناء على الإباحة، لئلا يلزم لغوية التقييد بالمملك.

(2) أي: استصحاب عدم انتقال الحكم- و هو الجواز- إلى الوارث، و أنّ المنتقل إليه هو المال، و بالانتقال إليه يسقط حق الرجوع، نظير سقوطه بانتقال المال بالنواقل الاختيارية الملزمة للمعاطاة.

[1] و كذا على القول بالإباحة، لأنّها شرعية، و من المعلوم أنّها حكم غير قابل للانتقال، فتسقط بمجرد انتقال موضوعها إلى الوارث، فينتقل المال إليه بدون إباحته من المباح له، حيث إنّ المتيقن من الإجماع هو ثبوت الإباحة من طرف المبيح لشخص المباح له، و ثبوتها لوارثه مشكوك فيه، فيرجع إلى الاستصحاب القاضي بعدم انتقال الإباحة إلى الوارث، فتبطل المعاطاة رأسا.

نعم بناء على صدق العقد على المعاطاة المفيدة للإباحة يحكم بلزومها بعد موت المبيح كما تقدم في بعض المباحث.

[2] لا يخفى أنّ الرجوع إلى الأصل مبني على عدم ثبوت كون الرجوع حكما.

و أمّا بناء عليه فلا وجه للرجوع إليه، لعدم الشك، ضرورة أنّ من لوازم الحكم عدم

(1) تعليل لقوله: «لم يجز» و حاصله: أنّ وجه عدم انتقال «جواز الرجوع» إلى الوارث هو كون الرجوع متقوّماً بنفس المتعاطيين، فلا ينتقل إلى الوارث.

الانتقال إلى الوارث، فيسقط جواز الرجوع بموت مالكة الأول، و يصير ملكاً لازماً لمالكة الثاني. هذا على القول بالملك.

و أمّا على الإباحة فينتقل المال إلى وارث المبيع بدون الإباحة، لكونها حكماً مجعولاً للمبيع، و من المعلوم انتفاء الحكم بانعدام موضوعه. و بعد الانتقال إلى الوارث يكون كسائر أمواله، فله السلطنة على الإباحة المالكية كسائر الملاك، كما أنّ له السلطنة على إيجاد موضوع الإباحة الشرعية أعني به المعاطاة.

و الحاصل: أنّه لا منافاة بين عدم جواز انتقال الرجوع إلى الوارث و بين جواز الإباحة للوارث. وجه عدم المنافاة: أنّ جواز الرجوع من حيث كونه حكماً لا ينتقل إلى الوارث، إذ المفروض عدم كونه حقاً، فلا يندرج في: ما تركه الميت.

و بالجملة: انتفاء الموضوع يوجب انتفاء جواز الرجوع قطعاً، لأنّه شأن الموضوع و الحكم، فلا يرث الوارث جواز الرجوع من المورث و إن كان سلطاناً على ذلك من باب تسلط كل مالك على ماله.

[1] هذا التعليل يشبه المصادرة، لأنّه بمنزلة أن يقال: إنّ هذا الحق يختص بالمالك الأصلي، لأنّ من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي.

فلعلّ الأولى أن يعلّل الحكم بعدم جواز الإرث بهذا الوجه، و هو: أنّ عدّة عدم انتقال جواز الرجوع إلى الوارث هي كون مقتضى القدر المتيقن من الإجماع اختصاص جواز الرجوع بالمتعاطيين و عدم ثبوته لغيرهما، فمع الشك في ثبوته للوارث يرجع إلى أصالة عدم جعله للوارث.

و الحاصل: أنّ الوجه في اختصاص جواز الرجوع بالمتعاطيين و عدم انتقاله إلى

و لا يجري (1) الاستصحاب.

## [الفرق بين موت المتعاطين و جنونهما]

ولو جنّ (2) أحدهما

(1) أي: لا يجري استصحاب جواز الرجوع الذي كان ثابتا للمورث، بأن يقال: إنّ الجواز كان متيقنا حال حياته، و يشك في زواله بالموت فيستصحب، فيبقى الملك متزلزلا على ما كان عليه في حال حياة المتعاطي، فيجوز للوارث الرجوع كما جاز للمورث.

وجه عدم الجريان: عدم إحراز الموضوع، لاحتمال أن يكون الموضوع عنوان «المالك» المنطبق على الوارث، و أن يكون خصوص المتعاطي. فعلى الأوّل ينتقل إلى الوارث، و يصح جريان الاستصحاب فيه. و على الثاني لا يصح جريانه. و حيث إنّ الموضوع دائر بين ما هو مرتفع قطعاً، و بين ما هو باق جزماً، فلا يحرز بقاء الموضوع حتى يجري الاستصحاب.

الفرق بين موت المتعاطين و جنونهما

(2) معطوف على «فلو مات» و مقصوده قدّس سرّه بيان الفارق بين الموت و الجنون بأنّ الأوّل ملزم للمعاطاة، دون الثاني، للفرق بين قيام الوارث مقام مورثه، و بين قيام الولي مقام المولّى عليه. و بيانه: أنّ الولي بمنزلة الوكيل في كون فعله فعل الغير و مضافاً إلى المتعاطي حقيقة، فالولي غير الوارث، لأنّ هذا يثبت له الحق بعنوان المالك و من له الحق، لكون الإرث جهة تعليلية تقتضي ثبوت الحق لنفس الوارث.

الوارث هو قصور الدليل عن إثباته لغيرهما من الوارث.

إلا أن يقال: إن مقتضى الاستصحاب بقاء الحق و عدم سقوطه بموت المتعاطين، فيندرج في: ما تركه الميت، فينتقل إلى الوارث.

إلا أن يستشكل فيه بأنّ الشك في المقتضي.

لكن يجاب عنه بأن الاستصحاب يجري في الشك في المقتضي أيضاً.

ص: 252

بخلاف الولي، فإنه يأخذ الحق لغيره، فالحق ثابت لنفس المتعاطيين، غاية الأمر أن أخذه يكون بمباشرة الولي كالوكيل، ولم يثبت اعتبار المباشرة في ثبوت الحق للمتعاطيين، حتى يقال: «إن المجنون يسقط حق رجوعه، لعدم قدرته على المباشرة» فلا يسقط جواز الرجوع بالمجنون، بل لوليّه الرجوع، و من المعلوم أن الرجوع مما يقبل الولاية كقبوله للوكالة [1].

ولا يخفى أن قيام الولي مقام المتعاطي - الذي عرض عليه الجنون بعد المعاطاة - يجري من أول الملزمات إلى آخرها، فلا فرق في عدم لزوم المعاطاة بمجرد الجنون بين التلف و التصرف الاعتباري و الخارجي و المزج و غيرها مما تقدم من الفروع، فإن تحقق أحد الملزمات عند تصدّي الولي يوجب صيرورة المعاطاة لازمة، و إلا فهي باقية على جوازها، بلا فرق بين القول بالملك و الإباحة.

(1) أي: الملك و الإباحة، لما عرفت من كون الحق ثابتاً لنفس المتعاطيين مع مباشرة الولي.

[1] و مما ذكرنا يظهر غموض في تقرير سيدنا الخويي قدس سرّه من قول المقرر:

«وقد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جنّ أحد المتعاطيين لم يجز له الرجوع إلى الآخر، سواء فيه القول بالملك و القول بالإباحة، فإنّ الدليل على جواز المعاطاة إنّما هو الإجماع على تقدير تحققه، و لا نطمئن بوجوده في هذه الصورة، بل يرجع إلى أدلة اللزوم على كلا القولين. و إذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لوليّ المجنون على كلا القولين» [1].

و ذلك لما عرفت من كون الحق ثابتاً للمجنون لا- للولي حتى يكون الجنون كالموت في كون المتيقن من الإجماع على الجواز هو خصوص المتعاطيين لئلا يرثه

---

الوارث، و لئلا ينتقل إلى الولي. ففرق واضح بين الموت و الجنون.

نعم يكون الجنون مثل الموت إذا ثبت اعتبار المباشرة، و عدم قابلية الرجوع للوكالة و الولاية، و أنّ الرجوع في المعاطاة من الأمور غير القابلة لهما، نظير الرجوع في الطلاق الرجعي على ما في وكالة وسيلة سيدنا الفقيه الأصفهانى قدس سرّه و إن كان فيه تأمل، لأنّ الرجوع ليس إلا إبقاء للزوجة. و لا فرق في نظر العقلاء بين إبقائها و إحداثها في قابلية كلّ منهما للوكالة. فيصح أن يقول الوكيل: «بوكالتي عن فلان أرجعت فلانة إلى زوجيتها له» «1».

فالظاهر- بعد عدم منع شرعي عن هذه الوكالة- جواز التوكيل في الرجوع القولي، و قد ثبت في محله إطلاق أدلة الوكالة في كلّ أمر يكون عرفا قابلا للتفويض إلى الغير، و لم يرد دليل شرعي على اعتبار المباشرة فيه كالرجوع الفعلي في الطلاق الرجعي.

إلا أن يقال: إنّ نفس التوكيل في الرجوع رجوع عرفا، و معه لا يبقى موضوع للوكالة، فتأمل.

---

(1): وسيلة النجاة، ج 2، ص 150

ص: 254



السابع (1): أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاظة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة، قال (2): «يحتمل الأول، لأن (3) [1]

---

التنبيه السابع: المعاظة بعد اللزوم بيع أو معاوضة مستقلة

(1) الغرض من عقد هذا التنبيه هو البحث عن إمكان فسخ المعاظة بالخيار والإقالة بعد طرؤ أحد الملزمات عليها وعدمه. و مورد الكلام هو المعاظة المقصود بها الملك سواء أفادت الملك الجائز أم الإباحة، فإذا صارت لازمة بما تقدم في التنبيه السادس - من التلف و النقل بالعقد الجائز أو اللازم، و المزج ونحوها- يبحث عن قبولها للفسخ بالخيارات المعهودة من العيب و الغبن و تخلف الوصف و غيرها، و تجري فيها الإقالة، أو أنها لا تقبل الفسخ أصلا؟ و ابتداء المصنف بنقل كلام الشهيد الثاني قدس سره، ثم علق عليه، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

(2) قال في المسالك: «الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة، فهل تصير بيعا أو معاوضة برأسها؟ يحتمل الأول .. إلخ».

(3) حاصله: أن حصر المعاوضات في الأمور المعهودة و عدم كون المعاظة منها يقتضي اندراجها في البيع، و لا دليل على كونها معاوضة مستقلة في قبال المعاوضات المعهودة.

---

[1] لا يخفى ما في هذا التعليق، ضرورة أن حصر المعاوضات- التي منها البيع-

المعاوضات محصورة، وليست إحداها. وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني، لإطباقهم (1) على أنها ليست بيعا حال وقوعها، فكيف تصير بيعا بعد التلف (2)؟

---

(1) حاصله: أنّ إطباقهم على عدم كون المعاوضة بيعا حين وقوعها يدلّ على كونها معاوضة مستقلة، إذ لا معنى لكون التلف موجبا لصيرورتها بيعا، فلا مقتضى لكونها بيعا.

(2) يعني: بعد البناء على عدم بيعتها حين وقوعها كيف تصير بالتلف بيعا؟

إلا أن يقال: إنّ المنفي هو البيع الشرعي، لا- العرفي المتقوم بقصد المبادلة بين المالين الموجود هنا، لأنّ المفروض قصد المتعاطين للتمليك، فالمراد عدم شمول دليل

---

في الأمور المعهودة- وعدم كون المعاوضة منها- يقتضي ضدّ المقصود وهو عدم بيعتها.

وإن أراد من المعاوضات غير البيع، فلا يقتضي نفيها عن المعاوضة ثبوت بيعتها، لأنّ نفي الدليل على كونها من المعاوضات غير البيع لا يدلّ على كونها بيعا، بل بيعتها منوطة بصدق مفهومه عليها عرفا، فإن لم يصدق عليها فلا دليل على بيعتها. بل مقتضى الإجماع المدعى على عدم بيعتها قبل التلف هو عدم صيرورتها بعد التلف بيعا بالاستصحاب.

إلا أن يقال: إنّ مفهوم البيع صادق عليها، غاية الأمر أنّ دليل حلية البيع خصّص بالإجماع قبل التلف، وصارت المعاوضة مفيدة للإباحة مع كونها بيعا عرفا. لكن المتيقّن من الإجماع لَمَّا كان هو إفادة المعاوضة للإباحة قبل التلف فيرجع بعده إلى عموم دليل لزوم البيع، فالمراد بصيرورة المعاوضة بعد التلف بيعا هو ترتب الأثر- أعني به الملكية- بعده، فالمعاوضة بيع، غاية الأمر أنّ الإجماع قام على عدم ترتب الأثر الملكي عليها إلا بعد التلف.

و بهذا التقريب يظهر وجه اندفاع التعجب المستفاد من قوله قدّس سرّه: فكيف يصير بيعا بعد التلف؟

و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن (1) أو بعضه (2).

و على تقدير ثبوته (3)

نفوذ البيع للمعاطاة، للإجماع، لكنه بعد التالف لا إجماع، فيتشبهت بأدلة صحة البيع.

و بالجملة: فإن أريد بقولهم: «ليست بيعا حال وقوعها» نفي البيع الشرعي فلا بأس به. و إن أريد به نفي البيع العرفي فلا إشكال في فساده، لأنّ الحاكم بثبوت البيع و نفيه حينئذ هو العرف، و من المعلوم عدم ارتيابهم في صدق مفهوم البيع العرفي عليها.

(1) أمّا التقييد بالتلف فلأنّ المفروض جعل موضوع البحث- في ثبوت الخيارات- المعاطاة التي صارت لازمة بأحد ملزماتها التي منها التالف، و أمّا التقييد بكون التالف الثمن أو بعضه دون المثلث- أعني: الحيوان- فوجهه: أنّه يلزم من فرض وجود الخيار عدمه، و ما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

توضيحه: أنّ المفروض كون المعاطاة اللازمة بسبب التالف موضوعا للخيار، و من المعلوم توقف الخيار كغيره من الأحكام على وجود موضوعه. و قد قرر في محلّه انحلال البيع و انفساخه بتلف المبيع في زمن الخيار، لقاعدة «كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له».

و على هذا فالتلف الذي هو سبب و علة للخيار موجب لانعدام موضوع الخيار. و هذا محال، ففرض ثبوت الخيار في المعاطاة بعد لزومها لا بدّ أن يكون بغير تلف المبيع.

(2) بناء على ما تقدم من كون تلف بعض أحد العوضين ملزما كتلف تمام أحد العوضين.

(3) أي: ثبوت الخيار بأن نختار بيعيّة المعاطاة.

فهل الثلاثة (1) من حين المعاظة أو [1] من حين اللزوم؟ كلّ (2) محتمل.

ويشكل الأوّل (3) بقولهم: إنّها ليست بيعا، والثاني (4) بأنّ التصرف ليس معاوضة بنفسها.

(1) أي: الأيام الثلاثة في خيار الحيوان، فإنّ مبدء الخيار هل هو حين وقوع المعاظة أم حين اللزوم؟

(2) أي: كل واحد من كون مبدء زمان الخيار حين وقوع المعاظة أو حين لزومها. منشأ الاحتمال الأوّل هو احتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفي الفعلي سواء أكان شرعيا بالفعل أم بالشأن.

و منشأ الثاني هو احتمال كون موضوعه البيع الفعلي عرفا و شرعا.

(3) أي: الوجه الأوّل، وهو صيرورة المعاظة بيعا بعد التلف، ووجه الإشكال هو تصريحهم بعدم كون المعاظة بيعا، فإنّه ينافي احتمال بيعتها.

(4) يعني: ويشكل الوجه الثاني وهو كون المعاظة معاوضة مستقلة.

و محصّل وجه الإشكال: أنّ التصرف أو التلف أو غيرهما من ملزمات المعاظة لا تجعل المعاظة معاوضة بنفسها بحيث تكون أجنبية عن البيع، حتى لا يدخل فيها الخيارات المختصة بالبيع.

[1] لا يخفى أنّ هذا التردد خلاف ما فرضه من كون المعاظة بيعا بعد التلف.

توضيحه: أنّه- بعد البناء على توقف المعاظة على بيعتها المنوطة بلزوم المعاظة بالتلف. و بعد البناء على إطباقهم على عدم بيعتها حين وقوعها- لا بدّ من الالتزام بكون مبدء ثلاثة الحيوان حين التلف الذي هو زمان لزوم المعاظة و حصول بيعتها، فلا مجال للترديد في كون مبدء الخيار حين الوقوع أو اللزوم.

اللهم (1) إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه (2).

و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا (3) بناء [1] على أنها ليست لازمة.

و إنما يتم على قول المفيد (4) و من تبعه.

أما خيار العيب و الغبن (5) فيثبتان على التقديرين.

---

(1) غرضه تصحيح كونها معاوضة مستقلة بأن تكون المعاطاة جزء سبب المعاوضة، و يكون التلف متمم السبب، فيصح أن تعدّ المعاطاة حينئذ معاوضة مستقلة.

(2) أي: تمام السبب، فيكون التلف كالتقبض في بيعي الصرف و السلم في متممته للعقد.

(3) أي: في المعاطاة بناء على عدم لزومها، استنادا إلى كون موضوع الخيار هو العقد اللازم، فالمعاطاة المبنية على الجواز ليست موضوعا للخيار.

(4) بناء على ظهور كلامه في كون المعاطاة بيعا لازما. و قد تقدّم البحث عنه في نقل أقوال الأصحاب في المعاطاة، فراجع. «1»

(5) يحتمل أن يكون هذه الفقرة في قبال خيار الحيوان المختص بالبيع، فالمراد حينئذ بقوله: «على التقديرين» هو صيرورة المعاطاة بعد التلف بيعا أو معاوضة مستقلة.

---

[1] هذا الابتداء ممنوع، لأنّ دعوى انحصار موضوع الخيار بالعقد اللازم تقييد في إطلاق أدلة الخيار بلا مقيّد. و قد تقدّم في بعض المباحث عدم التهافت بين جواز العقد و ثبوت الخيار، كما يأتي عدم التنافي بين الخيارين الثابتين في عقد واحد إن شاء الله تعالى.

نعم يختص دليل خيار الحيوان بالبيع كدليل خيار المجلس، فثبوتهما، في المقام منوط بصدق البيع على المعاطاة من دون فرق بينهما.

---

(1): هدى الطالب، ج 1، ص 328 و 563

ص: 259

و محصل المرام على هذا هو: أنه تظهر الثمرة بين الاحتمالين في الأحكام المختصة بالبيع كخيار الحيوان. فبناء على صيرورتها بيعا بعد التلف يثبت فيها خيار الحيوان، وبناء على كونها معاوضة مستقلة لا يثبت فيها ذلك.

وأما الأحكام غير المختصة بالبيع كخيار العيب والغبن فلا تظهر الثمرة فيها، لثبوتها على كلا الاحتمالين، حيث إن مقتضى عموم أدلتها عدم الاختصاص بالبيع، فتثبت للمعاطاة على كلا التقديرين، وهما صيرورة المعاطاة بعد التلف بيعا أو معاوضة مستقلة، هذا.

ويحتمل أن تكون راجعة إلى قوله: «و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا .. إلخ» والمراد حينئذ بقوله: «على التقديرين» هو لزوم المعاطاة قبل التلف كما هو المحكي عن المفيد قدس سره، وعدم لزومها قبله كما هو قول غيره. أما وجه ثبوتها في المعاطاة على التقديرين هو عموم دليلهما الشامل للمعاطاة اللازمة و الجائزة.

و مما يدل على عدم التقييد بلزوم البيع في ثبوت خيار العيب رواية جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع، فيجد فيه عيبا، فقال: إن كان الشيء قائما بعينه ردّه على صاحبه، وأخذ الثمن. وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» و مثلها غيرها.

و مما يدل على الثاني رواية ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال غبن المؤمن حرام» ورواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «ان رسول صلي الله عليه وآله وسلم قال: لا ضرر ولا ضرار».

و عن المسالك: «المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين منهم ثبوت خيار الغبن». و نقل عن الدروس القول بعدمه، و الأخبار خالية عنه.

نعم ورد في تلقي الركبان تخييرهم إذا غبنوا. و استدلوا عليه أيضا بخبر الضرار.

و عن التذكرة ظهور عدم الخلاف فيه بين علمائنا.

كما أنّ خيار المجلس منتف (1)» انتهى «(1)».

---

(1) ظاهره الجزم بانتفاء خيار المجلس على كلا التقديرين، و هما: كون المعاطاة معاوضة مستقلة، أو صيرورتها بيعا. و الوجه فيه: أنّ خيار المجلس مختص بالبيع الذي يكون مبنيا على اللزوم لو لا هذا الخيار.

و ليس المراد بالتقديرين لزوم المعاطاة كما عن المفيد، و جوازها كما عن المشهور، لوضوح عدم المناسبة حينئذ مع اللزوم، إذ على مذهب المفيد قدس سره يثبت خيار المجلس في المعاطاة قطعا، لكونه كالبيع بالصيغة مفيدا للملك اللازم من أول الأمر. مضافا إلى: أنّ المناسب أن يقول: «على القولين» لا التقديرين.

---

و كيف كان فالقول بثبوته قوي جدا، و الله العالم.

و قد ظهر من جميع ذلك خلوّ أدلة خيار الغبن عن اعتبار لزوم البيع لولاه، فلو شكّ في اعتبار في ثبوت خيار الغبن فإطلاق أدلته ينفيه، فلاحظ و تدبّر.

و محصل ما يمكن أن يقال في المقام: إنّ الخيار المتصور في العقود على ثلاثة أقسام.

الأول: أن يكون ثبوته بالجعل و الاشتراط، كاشتراط فعل على أحد المتعاقدين، أو صفة في أحد العوضين، فإنّ مرجع الاشتراط حينئذ إلى سلطنة المشروط له على فسخ العقد مع تخلف الوصف أو الشرط، و ليس هذا إلا معنى الخيار عند التخلف، فاللزوم منوط بوجود ذلك الفعل أو الوصف، إذ لو كان المعلق نفس العقد بحيث توقف أصل العقد عليهما بطل إجماعا، لكونه من التعليق في العقود، فلا محالة يكون الموقوف على الفعل أو الوصف لزوم العقد لا نفس العقد، هذا.

الثاني: أن يكون الخيار للشرط الضمني كاعتبار السلامة في العوضين، و التساوي بينهما في المالية، فإنّ كلا منهما شرط في المعاوضة بمقتضى بناء العقلاء على ذلك. فهذا

---

(1): مسالك الافهام، ج 3، ص 151

ص: 261

شرط ضمني ارتكازي عقلائي، و تخلفه يوجب الخيار، هذا.

الثالث: أن يكون الخيار للدليل الشرعي المسمّى بالخيار المنجعل، فإنّ الخيار يثبت تبعاً لعنوان البيع، بحيث يكون الموضوع في أدلة الخيار نفس عنوان البيع، كخيارى المجلس و الحيوان، من دون أن يكون ذلك لشرط ضمني أو ارتكازي عقلائي، كما لا يخفى.

لا ينبغي الإشكال في جريان القسمين الأوّلين من الخيار في المعاطاة بناء على إفادتها الملك الجائز و إن لم تكن بيعاً، بل معاوضة مستقلة، إذ المفروض عدم اختصاصهما بالبيع، حيث إنّ دليلهما لا يختص به، فجريان هذين القسمين من الخيار لا يتوقف على كون المعاطاة بيعاً.

و المناقشة في جريان الخيار في المعاطاة تارة بلغوية جعل الخيار، لكونه تحصيلاً للحاصل، حيث إنّ المعاطاة بذاتها جائزة، و لا معنى لجعل الخيار فيها، و هذا إشكال عام لجميع الخيارات، كما أنّ الاشكال الآتي يختص بخيارى المجلس و الحيوان.

و أخرى في خصوص خيار المجلس و الحيوان بما حاصله: أنّ أدلتهم ظاهرة في كون موضوعهما خصوص البيع المبني على اللزوم لو لا الخياران المزبوران، لا كلّ ما يصدق عليه البيع، و من المعلوم أنّ المعاطاة المفيدة للملك الجائز جائزة بطبعها الأوّلي.

مندفعة.

أمّا الأوّلى - التي مرجعها إلى الامتناع الذي هو إشكال ثبوتيّ - فبما تقدم في التنبيه الأوّل، و حاصله: أنّه لا مانع من جعل الخيار في المعاطاة المبنية على الجواز، و ذلك لأنّ جوازها إمّا حقّي و إمّا حكمي كجواز الهبة، و على التقديرين، إمّا يكون متعلق الجواز نفس العقد، و إمّا يكون العين المأخوذة بالمعاطاة، فالصور أربع:

الأولى: أن يكون جواز المعاطاة حقّيّاً متعلّقاً بنفس العقد كتعلق الخيار به.

و لا ينبغي الإشكال حينئذ في شمول أدلة الخيارات للمعاطاة، إذ لا مانع من اجتماع



الجوازين، فإذا كان المتعاطيان في مجلس المعاملة كان جواز المعاطاة ثابتا لهما، فإذا تلفت العينان أو إحداهما قبل الافتراق سقط جواز المعاطاة، وبقي خيار المجلس. كما أنه إذا افتراقا قبل تلفهما أو إحداهما سقط خيار المجلس وبقي جواز المعاطاة، كما هو واضح.

الثانية: أن يكون جواز المعاطاة حقيًا متعلقًا بالعين. والحكم في هذه الصورة أوضح من سابقتها، لمغايرة متعلق جواز المعاطاة لمتعلق الخيار، حيث إن متعلق جواز المعاطاة هو العين، و متعلق الخيار هو العقد.

الثالثة: أن يكون جواز المعاطاة حكميًا متعلقًا بنفس العقد كتعلق الخيار به.

وقد يتوهم اللغويّة هنا، إذ المفروض اجتماع الجوازين على موضوع واحد وهو العقد، فجعل الخيار مع جواز المعاطاة طبعًا تحصيل للحاصل.

لكن هذا التوهم فاسد، لأنّ اللغوية إنّما تلزم إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر، والمفروض خلافه، لما عرفت في الصورة الأولى من انفكاكهما، وأنّ النسبة بينهما عموم من وجه، لاجتماعهما مع وجود العينين قبل التفرق عن المجلس، وسقوط جواز المعاطاة وبقاء خيار المجلس، إذا تلفت العينان أو إحداهما قبل التفرق، وبقاء جواز المعاطاة وسقوط خيار المجلس كما إذا تفرّقا عن المجلس و كانت العينان باقيتين.

الرابعة: أن يكون جواز المعاطاة حكميًا متعلقًا بالعين، والحكم هنا أوضح من سابقتها، لتغاير متعلق جواز المعاطاة لمتعلق الخيار المصطلح.

وبالجملة: فلا مانع ثبوتًا وإثباتًا من جريان جميع الخيارات في المعاطاة بناء على كونها بيعًا جائزًا.

وأما الثانية الراجعة إلى الإشكال الإثباتي - المختص بخياري المجلس والحيوان الذي مرجعه الى قصور الدليل - فبما تقدّم أيضا في الأمر الأول من: أنّ المعاطاة كالبيع اللفظي مبنية - بحسب قصد المتعاطيين - على اللزوم، غاية الأمر أنّه قام الدليل من

و الظاهر أنّ هذا (1) تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة. وأمّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى [فلا ينبغي] الكلام في كونها

---

(1) أي: صيرورة المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة، فإنّ الظاهر تفريعهما على

---

الخارج على أنّ لزومها يكون بالتصرف ونحوه من الملزمات.

و الحاصل: أنّ الجواز العرضي لا ينافي اللزوم الذاتي.

فالمتحصل: مما ذكرنا جريان الخيارات مطلقاً حتى خياري المجلس و الحيوان في المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة للملك الجائز من دون توهم مانع ثبوتي في كل خيار، و لا إثباتي في خصوص خياري المجلس و الحيوان.

و أمّا المعاطاة المقصود بها التمليك- على القول بإفادتها للإباحة- فإنّ أريد بالخيار ردّ العين إلى ملك مالكة الأول فلا يثبت فيها، لأنّ العين لم تخرج من ملك مالكة حتى يثبت له حقّ استردادها. و إن أريد به سلطنة حلّ العقد و فسخه فلا يبعد ثبوته هنا، لكون المعاطاة على هذا القول أيضاً بيعاً عرفياً و شرعاً، غاية الأمر أنّ الشارع أناط تأثيرها في الملكية بطرء أحد الملزمات، نظير إناطة الملكية في الصرف و السلم بالقبض، ففسخ المعاطاة حينئذ يوجب انتفاء الموضوع أعني به العقد، فتسقط المعاطاة عن قابلية التأثير في الملكية.

و بالجملة: فالخيار بمعنى السلطنة على حلّ العقد و فسخه جار في المعاطاة المقصود بها الملك مع إفادتها شرعاً للإباحة، لكونها بيعاً عرفياً و شرعاً، غاية الأمر أنّ فعليّة تأثيرها شرعاً في الملكية منوطة بطرء أحد الملزمات. و لا يقدر ذلك في صدق البيع الذي هو موضوع أدلة الخيارات، فلكل واحد من المتعاطيين رفع قابلية المعاطاة للتأثير في الملكية بالفسخ.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: جريان جميع الخيارات في المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للملك المتزلزل أو الإباحة، من دون إشكال ثبوتي و لا إثباتي في ذلك.

معاوضة مستقلة أو يبيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم، إذ (1) الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل يبيع، بلا إشكال في ذلك (2) عندهم على ما تقدّم من المحقق الثاني «1»، فإذا (3) لزم صار يبيعا لازما، فيلحقه أحكام البيع (4) عدا ما أستفيد من دليبه ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار (5).

القول بالإباحة في المعاطاة، إذ على القول بإفادة المعاطاة للملك المتزلزل يلغو التردد بين كونها بيعا أو معاوضة، إذ الظاهر أن القائلين بإفادتها للملك المتزلزل جازمون بكونها بيعا على ما تقدّم في كلام المحقق الثاني، فإذا لزم المعاطاة حينئذ بأحد ملزماتها صارت يبيعا لازما.

(1) تعليل لقوله: «يلغى الكلام» و حاصله: أن وجه اللغوية هو عدم الإشكال عند القائلين بكون المعاطاة مفيدة للملك في كونها بيعا. و عليه فالترديد بين كونها بيعا أو معاوضة مستقلة لغو.

و لا يخفى أن في بعض النسخ المطبوعة «فينبغي الكلام في كونها معاوضة..»

و لكنه سهو قطعاً، لمنافاته مع تعليل المصنف بقوله: «إذ الظاهر» فإنه تعليل لبيعية المعاطاة المفيدة للملك المتزلزل، و لا يبقى موضوع للترديد بين البيعية و المعاوضة المستقلة حتى يبقى مجال للبحث فيه.

و كتب سيدنا الأستاذ النوري قدس سرّه في هامش نسخته: «الظاهر أن يقال:

فلا ينبغي الكلام».

(2) أي: في كون المعاطاة بيعا عند القائلين بالملك.

(3) هذا نظر المصنف و ليس تنمة لكلام المحقق الثاني.

(4) من الخيارات التي تثبت للبيع اللازم من غير جهة الخيار، إذ المفروض لزومها من جهة الملزمات، فهي لازمة لولا الخيار.

(5) فلا يثبت شيء من تلك الخيارات في المعاطاة، لعدم كونها حينئذ من العقد

(1): تقدم كلامه في التنبيه الأول في ص 8

وقد تقدّم (1) أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

وكيف كان (2) فالأقوى أنّها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصحّحه

---

المبني على اللزوم لو لا الخيار، إذ المعاطة عقد مبني على الجواز و التزلزل.

(1) أي: في أوائل التنبيه السادس، حيث قال: «و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري ..، فإنّ الجواز فيه بمعنى جواز الرجوع .. إلخ».

وقد تقدم نظيره في أواخر التنبيه السادس أيضا، فراجع.

ثم إنّ هذا دفع توهم، و هو: أنّ المعاطة أيضا على القول بالملك بيع مبني على اللزوم لو لا الخيار المعبر عنه بجواز الرجوع.

و حاصل دفعه: أنّ الجواز في المعاطة ليس بمعنى الخيار الذي هو حق، بل هو جواز حكمي أجنبي عن الخيار، فلا يثبت الخيار المذكور في المعاطة.

(2) يعني: سواء أكان جواز الرجوع في المعاطة حكما كما في الهبة أم حقًا كما في الخيار. أو سواء أكانت المعاطة المفيدة للملك الجائز ييعا أم معاوضة مستقلة.

و كيف كان فظاهر العبارة منع ما أفاده الشهيد الثاني قدّس سرّه من ابتناء التردد- في حكم المعاطة من كونها ييعا أو معاوضة مستقلة- على القول بالإباحة على ما استظهره المصنف قدّس سرّه بقوله قبل أسطر: «و الظاهر أن هذا تفرّيع على القول بالإباحة في المعاطة».

وجه المنع ما تقدم مرارا من أنّ المعاطة المقصود بها الملك بيع عرفي سواء أفادت الملك المتزلزل أم الإباحة، فالمفيدة للإباحة الشرعية بيع أيضا و إن كان فاسدا لا يترتب عليه أثره المقصود إلّا بطروء أحد الملزمات، نظير توقف الملك في بيع الصّرف و السّلم على القبض. و على هذا لا بدّ من ترتيب أحكام البيع اللفظي على المعاطة المفيدة للإباحة، عدا الحكم المختص بالبيع المنعقد صحيحا أي مفيدا للملك اللازم بحسب طبعه، فإنّه لا يثبت في المعاطة، لفرض إفادتها بالإباحة بحكم

الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه (1). و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليبه بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر (2).

الشارع.

ولا يخفى أنّ ترتب أحكام البيع على المعاوضة المبيحة- بعد طرء الملزم- هو الذي احتمله الشهيد الثاني قدس سرّه في آخر كلامه بقوله: «اللهم إلا أن تجعل المعاوضة جزء السبب والتلف تمامه» بأن يكون التعاطي مقتضيا للملكية- وإن لم تترتب عليه من أول الأمر- و يتوقف فعلية التأثير على حصول الشرط و هو طرء الملزم.

(1) كالتصرف الاعتباري، و المزج و نحوهما من الملزمات.

(2) يعني: لا بعد التلف. و غرضه من ذلك أنّ البيع العرفي على قسمين:

أحدهما: ما هو حكم لخصوص البيع الواقع صحيحا شرعيا من أول الأمر كالصيغة الخاصة، أو مطلق الصيغة على الخلاف.

والآخر: ما هو حكم لمطلق البيع العرفي، نظرا إلى عدم انفهام الاختصاص من دليل ذلك الحكم، كالعلم بالعوضين و ثبوت الخيارات كلاً أو بعضاً، على الخلاف في أنّ المستفاد من أدلتها هو الإطلاق، أو المستفاد من أدلة بعضها الإطلاق كخيار العيب المستند إلى حديث نفي الضرر، فإنّ دليبه لا يختص بالبيع العرفي الواقع صحيحا من أول الأمر.

والحاصل: أنّ المراد بالبيع الصحيح من أول الأمر هو البيع العرفي الذي يترتب عليه الحكم الشرعي من زمان وقوعه، و المراد من مقابله هو عدم ترتب الأثر الشرعي عليه إلا بعد طرء أحد ملزمات المعاوضة، فهما مشتركان في كونهما بيعا عرفياً، و مفترقان في كون أحدهما موضوعاً للأثر الشرعي من حين وقوعه، و الآخر من حين طرء أحد الملزمات.

ص: 267

(1) الظاهر أن غرض المصنف قدس سره من نقل كلام الشهيد الأول ثم توجيهه دفع ما يرد على قوله: «إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال» و توضيح المطلب: أن المصنف جعل مصبّ ترديد الشهيد الثاني في المسالك «من صيرورة المعاطة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلة» المعاطة المقصود بها الإباحة، دون المعاطة المقصود بها الملك. وعلل ذلك بأن المعاطة المفيدة للملك المتزلزل بيع عند القائلين به كما صرح به المحقق الثاني قدس سره، فلا يبقى وجه لأن يتردد الشهيد الثاني في كونها بيعاً أو معاوضة مستقلة، وعليه لا بد أن يكون غرض المسالك التردد في حكم المعاطة بناء على مشهور القدماء من الإباحة التعبدية، هذا.

لكن قد ينافي هذا الحمل تصريح الشهيد في حواشي القواعد من «أن المعاطة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمه» وجه المنافاة: أنها لو كانت بيعاً عندهم لم يبق مجال للجزم بكونها معاوضة مستقلة، فهذا الجزم شاهد على عدم تسالمهم على بيعيتها، فتختل دعوى المصنف «إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال» بل هي إما معاوضة مستقلة بلا إشكال كما ادّعاه الشهيد، وإما هي بيع على إشكال.

ويترتب على هذا التنافي: إمكان الأخذ بإطلاق كلام المسالك من أن التردد بين البيع و المعاطة المستقلة جار على كل من الملك و الإباحة، و لا وجه لتخصيصه بالإباحة كما ادّعاه المصنف بقوله: «و الظاهر أن هذا تفرّيع على القول بالإباحة»، هذا.

وقد تخلّص المصنف عن هذا الإشكال بمنع التنافي، وذلك لأنّ جزم الشهيد قدس سره بكونها معاوضة مستقلة مبني على مسلكه في المعاطة من كونها مفيدة لإباحة التصرف غير المتوقف على الملك، بشهادة منعه عن إخراج المأخوذ بها في خمس و هدي و نحوهما مما يناط شرعاً بالملك.

(1): الحاكي هو السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 158

أو (1) لازمة» و الظاهر (2) أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة. و كونها (3) معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى.

لكن (4) لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بدّ أن

---

و على هذا فكونها معاوضة مستقلة ليس على حدّ سائر العقود المعاوضية الناقلة للأملك كالبيع القولي و الصلح و القرض و نحوها. بل مراده بالمعاوضة هو التعاوض في الإباحة، لوضوح أنّ الإباحة قد تكون بلا عوض كما في أكل المازّة، وقد تكون مع العوض، و المعاطاة عند المشهور تكون من القسم الثاني. فإطلاق المعاوضة عليها بهذا اللحاظ، لا بلحاظ المبادلة في إضافة الملكية.

فتحصّل: أنّ جزم الشهيد قدّس سرّه بالمعاوضة المستقلة ليس منافيا لما نسبته المصنف إلى القائلين بالملك المتزلزل من التصريح ببيعيتها.

هذا توضيح توجيه كلام الشهيد، و للمصنف إشكال عليه سيأتي بيانه.

(1) حرف العطف هنا للتنويع لا للترديد، يعني الجواز قبل الملزم، و اللزوم بعده.

(2) هذا توجيه المصنف لكلام الشهيد، و قد أوضحناه بقولنا: «و قد تخلص المصنف عن هذا الاشكال بمنع التنافي». و عليه فالغرض إخراج الشهيد عن مخالفة القائلين ببيعية المعاطاة المفيدة للملك الجائز، إذ لو كان مقصوده من المعاوضة المستقلة المبادلة في الملكية كان مخالفا لهم، و لكن حيث إنّ مختار الشهيد في المعاطاة معلوم و هو الإباحة الخاصة، فمراده من المعاوضة ليس المبادلة في الملكية.

(3) دفع لما يتوهم من أنّ جعل مورد كلام الشهيد المعاطاة المفيدة للإباحة ينافي جعلها معاوضة لازمة أو جائزة، إذ لا تكون المعاطاة حينئذ من المعاوضات.

و محصل دفعه هو: إنّ إطلاق المعاوضة عليها إنّما هو باعتبار كون كل من العينين مباحا عن الأخرى.

(4) إشارة إلى إشكال على القول بالإباحة، و هو: أنّه بناء على كون المعاطاة

مفيدة للإباحة لا وجه لصيرورتها مملّكة بأحد الملزمات، إذ لا يوجب طرء الملزم حدوث الملكية اللّازمة، بل لا يقتضي عروضه إلّا لزوم المعاطاة، فإن كانت مفيدة للملك صارت لازمة بمعنى صيرورة الملك لازما، وإن كانت مفيدة للإباحة صارت الإباحة لازمة بمعنى عدم جواز حلّ الإباحة الشرعية.

وقيل: إنّه لم يظهر من الشهيد قدّس سرّه، خلاف ذلك، فالتزامه بصيرورة الإباحة لازمة غير بعيد.

(1) لعلّه إشارة إلى: عدم إباء كلام الشهيد عن كون الإباحة لازمة.

أو إلى: أنّ احتمال لزوم المعاطاة المفيدة للإباحة المنافي للإجماع على جوازها مندفع بأنّه مبني على أن يكون قول الشهيد: «جائزة أو لازمة» للترديد. وأما إذا كان للتنويع فلا يلزم إشكال أصلا، لأنّ المعاطاة على هذا تارة تكون لازمة، وأخرى جائزة، يعني: أنّ المعاطاة جائزة قبل عروض الملزم و لازمة بعده.



الثامن (1): لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة- التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة- بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل و هو قبض العينين.

---

التنبيه الثامن: إلحاق الصيغة الملحونة بالمعاطاة

(1) الغرض من عقد هذا الأمر هو: بيان أنّ العقد الفاسد- لاختلال شرائط الصيغة- هل يرجع إلى المعاطاة أم لا؟ وبعبارة أخرى: المعاطاة التي تتحقق بقبض العينين قطعاً هل تتعدّد بالصيغة غير الجامعة لشرائط الصحة كما في الجواهر «1» أم لا؟

محصل ما أفاده المصنف قدّس سرّه في ذلك هو: أنّه لا إشكال في تحقق البيع اللازم بإنشائه باللفظ المستجمع للخصوصيات الدخيلة فيه من الماضوية و العربية و الصراحة و نحوها، كما لا إشكال في تحقق المعاطاة بما إذا كان إنشاء التمليك أو الإباحة بإقباض العينين.

و يقع الكلام في أنّه إذا حصل إنشاء التمليك بالصيغة الفاقدة لبعض شروط الصحة، فعلى القول بكفاية الإنشاء القولي بكلّ لفظ مبرز عرفاً للاعتبار النفساني و إن لم يكن جامعاً لشرائط الصحة- بناء على شمول معقد الإجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ لكل لفظ مبرز عرفاً للاعتبار النفساني و إن لم يكن صحيحاً-

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 238

ص: 271

أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم [1] فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشي ء زائد على الإنشاء اللفظي كما قوّيناه سابقا (1)- بناء على التخلص بذلك (2) عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ-

---

فلا إشكال حينئذ في كون هذا الإنشاء صحيحا لازما.

وعلى القول بمذهب المشهور- من اعتبار أمور زائدة على اللفظ- ففيه وجوه:

الأول: كون هذا الإنشاء بحكم المعاطاة مطلقا.

الثاني: كونه بحكم المعاطاة بشرط تحقق قبض العين معه.

الثالث: كونه فاسدا كغيره من العقود الفاسدة.

(1) حيث قال قبل أسطر من نقل رواية: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» ما لفظه: «نعم الإكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد» (1).

(2) أي: بالإنشاء اللفظي غير الجامع للشرائط. و ظاهر كلمة «التخلص» أنّ الإجماع أوجبنا إلى الإكتفاء بمطلق اللفظ في إنشاء العقود اللازمة، و لولا هذا الإجماع لأنكرنا شرطية اللفظ رأسا، و قلنا بلزوم المعاطاة من أول الأمر.

وعلى كلّ فوجه التخلص هو صدق «الإنشاء اللفظي» على الصيغة الملحونة أو الفاقدة لبعض الشرائط، و بهذا الصدق نخرج عن مخالفة الإجماع المزبور.

---

[1] الظاهر كونه غلطا، و المناسب لما يذكره من قوله: «فان قلنا .. إلخ» تبديل اللزوم بالصحة.

و كيف كان فملخص الكلام: أنه إذا حصل إنشاء التملك بالقول غير الجامع لشرائط الصحة كأن يقول: «بعتك» فعلى القول بكفاية مجرد الإنشاء اللفظي في اللزوم و عدم الحاجة إلى غيره فلا إشكال في صحته و لزومه.

وعلى القول بما عن المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ في اللزوم ففيه وجوه:

---

(1): راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 579

ص: 272

(1) أي: بالقول غير الجامع للشرائط.

أحدها: رجوع ذلك الإنشاء القولي إلى المعاطاة مطلقا، أي سواء تحقق معه قبض أم لا.

ثانيها: رجوعه إليها إذا تعقبه القبض مطلقا، سواء حصل إنشاء آخر بهذا القبض أم لا.

ثالثها: كونه يبيعا فاسدا لا يترتب عليه أثر سواء تحقق قبض بعده أم لا.

التحقيق أن يقال: إنّ المعاطاة إن كانت على طبق القاعدة فلا محيص عن الالتزام بكون إنشاء التمليك بالقول الفاقد لبعض شرائط الصحة يبيعا لازما، إذ المفروض عدم نهوض دليل على اعتبار مبرز خاص فيه، فلدليل صحة البيع ونفوذه يقتضي صحة البيع المنشأ بلفظ فاقد لشرائط الصحة، ولزومه كصحة إذا أنشئ بكتابة أو إشارة أو إلقاء حصاة أو غير ذلك من كل فعل مبرز لاعتبار نفساني.

وإن كانت على خلاف القاعدة بأن اعتبر في صحة البيع لفظ خاص كما اعتبر في النكاح والطلاق فلا ينبغي الإشكال في فساده إذا أنشئ بغير ذلك اللفظ الخاص، سواء أكان لفظا أم فعلا، ويكون الإنشاء بغير ذلك اللفظ الخاص كالعدم، والقبض به من صغريات المقبوض بالعقد الفاسد.

كما أنه إذا دلّ دليل على اعتبار لفظ خاصّ بكيفية مخصوصة في لزوم العقد فلا ينبغي الإشكال أيضا في صحته جوازا، إذ المفروض كون المشروط بتلك الخصوصية هو اللزوم لا صحة العقد و جوازه، فلا بد في الحكم باستمرار جوازه من ملاحظة دليل الجواز.

فإن كان له إطلاق يحكم بجواز العقد دائما على حدو العقود الجائزة بالأصالة، ومع هذا الإطلاق لا وجه للتمسك باستصحاب الجواز، لحكومة الدليل الاجتهادي على الأصل العملي، فلا تصير هذه المعاملة لازمة بطرء ملزمات المعاطاة، إلا إذا قام دليل خاص على اللزوم بها.

وإن لم يكن له إطلاق يحكم باللزوم في غير القدر المتيقن، تمسكا بعمومات

و إن قلنا (1) بمقالة المشهور- من اعتبار أمور زائدة (2) على اللفظ- فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاوضة مطلقا (3)، أو بشرط (4) تحقق قبض العين منه، أو لا يتحقق (5) به مطلقا (6)؟

نعم (7) إذا حصل إنشاء آخر [1] بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاوضة.

---

(1) معطوف على «فان قلنا» وهذا شروع في بيان محلّ النزاع، وهو إلحاق الصيغة الفاقدة لبعض الشروط بالمعاوضة.

(2) مثل الماضيوية، وتقدّم الإيجاب على القبول، والموالاة، ونحوها.

(3) هذا إشارة إلى الوجه الأول، والإطلاق في مقابل قوله: «أو بشرط .. إلخ».

(4) هذا إشارة إلى الوجه الثاني.

(5) معطوف على قوله: «فهل يرجع» وهذا إشارة إلى الوجه الثالث. وضمير «به» راجع إلى الإنشاء القولي، يعني: أو لا يتحقق حكم المعاوضة بالإنشاء القولي.

(6) يعني: لا يكون الإنشاء القولي المزبور بحكم المعاوضة مطلقا، سواء تحقق معه قبض أم لا، فهذا الإنشاء عقد فاسد.

(7) ظاهره الاستدراك على مورد البحث في هذا التنبيه من أنّ القول الفاقد لبعض الشروط هل يلحق بالمعاوضة أم لا؟ حيث قال: «فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاوضة مطلقا .. إلخ».

---

اللزوم، كما كان الأمر كذلك في المعاوضة المتحققة بقبض العينين المفيدة للملك الجائز.

غاية الأمر أنّ الجواز هناك كان بالسيرة والإجماع على ما تقدّم في القول بجواز المعاوضة، وهنا بدليل خاص لوقيل به.

[1] أو حصل التراضي منهما بالتصرف في العينين، فإنّه يباح لهما التصرف

ولكن قوله: «نعم .. تحقق المعاطاة» استثناء منقطع، و غرضه قدس سره بيان صورة أخرى ليست محلّ النزاع، لكونها بيعا صحيحا، كما لا ريب في صحة البيع في صورتين، إحداهما: إنشاؤه بالقول الجامع، و الأخرى: إنشاؤه بقبض العينين فكذا لا ريب في صحته في صورة ثالثة، وهي: ما إذا التفت المتبايعان إلى أنّ القول الملحون لا يتحقق به البيع، فقصدنا إنشاء المعاملة بسبب آخر- و هو تعاطي العينين- و هو يوجب تحقق بيع صحيح، إذ ليست المعاطاة إلا إنشاء المعاملة بالفعل في قبال إنشائها بالقول.

بذلك، و من المعلوم أنّ هاتين الصورتين خارجتان موضوعا عن محل النزاع، و هو جريان حكم المعاطاة على الإنشاء بالصيغة الملحونة. فإذا فرض وقوع نفس المعاطاة بعد ذلك الإنشاء أو الرضا بالتصرف و لو مع فساد المعاملة- بحيث يكون الرضا به مغايرا للرضا المقوم للمعاملة- كان خارجا تخصّصا عن موضوع البحث و عن حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد.

و إن أريد بقوله: «بشرط تحقق قبض العين» القبض بعنوان الوفاء- لا بعنوان المعاطاة- ففيه: أنّ القبض بعنوان الوفاء ليس دخيلا في صحة العقد أصلا، لأنّ المبرز للاعتبار النفساني هو الإنشاء بالصيغة الملحونة، فالعقد بدون القبض باطل، فضمه إلى الإنشاء الباطل لا يصحّحه.

فالمتحصل: أنّ التفصيل بقوله: «أو بشرط تحقق قبض العين» غير سديد، لأنّه على تقدير كون القبض بنفسه معاطاة خارج عن موضوع البحث، و هو إجراء حكم المعاطاة على الإنشاء بالصيغة الملحونة، لأنّ هذا القبض بنفسه معاطاة صحيحة، و لا يتوهم توقف صحة المعاطاة على عدم سبقها بعقد فاسد.

و على تقدير كون القبض وفاء لما أنشئ باللفظ ليس له دخل في صحة العقد، لفرض بطلانه و عدم دخل القبض في صحته.

نعم تختلف هذه الصورة عن سابقتها بأن القبض الإنشائي وقع عقيب قول ملحون، بخلاف المعاظة المتعارفة، فإن القبض والإقباض فيها إنشاء البيع من أول الأمر من دون سبق صيغة ملحونة عليها. ولكن هذا المقدار غير فارق في حكم الصورتين، فكلتاها مصداق للبيع المعاظاتي.

وبعبارة أخرى: القبض الواقع بعد الإنشاء القولي الفاقد لبعض الخصوصيات يقع تارة بعنوان الوفاء بالعقد، وأخرى بعنوان إنشاء البيع بإنشاء جديد، للعلم بعدم تأثير ذلك القول الناقص.

والصورة الأولى هي محل النزاع في هذا التنبيه من كونها بحكم المعاظة وعدمه. وأما الصورة الثانية فهي معاظة صحيحة قطعاً، ولا شبهة فيها، وخارجة عن حريم النزاع.

(1) هذا أجنبي عن قوله: «نعم» وراجع إلى قوله: «فهمل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاظة..» ويمكن أن يدفع به توهم، بأن يقال: إن إنشاء المعاملة وإن كان باللفظ الناقص الذي لا يؤثر عند المشهور في النقل والانتقال، إلا أنه قد تعقبه القبض والإقباض من البائع والمشتري، فيمكن أن يلحقه حكم المعاظة، لتحقق التعاطي من الطرفين حسب الفرض، مع زيادة- على المعاظة المتعارفة- وهي الإنشاء القولي الناقص.

وعليه فالصيغة الناقصة التي يلحقها التقابض لا- تقل عن المعاظة المعهودة، فلا مجال لهذا البحث الطويل الذليل من جريان حكم المعاظة على القول الناقص مطلقاً أو بشرط القبض.

وحاصل الدفع: منع مقايضة القول الفاقد- المتعقب بالقبض- بالمعاظة المعهودة، وبيانه: أنه يعتبر في مقام إنشاء العناوين الاعتبارية- من العقود

والإيقاعات- القصد إلى العنوان والتسبب إليه باللفظ أو الفعل، أو إبرازه بأحدهما، على الخلاف في حقيقة الإنشاء. فإن أنشئت المعاملة بالإيجاب والقبول اللفظيين اعتبر تحقق قصد التمليك مقترنا بهما، وتترتب آثار البيع على هذا الإنشاء القولي، فيجب الوفاء به بتسليم المبيع للمشتري، والتمن للبايع، ولا يقصد المتبايعان إنشاء التمليك بالقبض والإقباض، وإنما قصدها بالقول.

وإن أنشئت المعاملة بالمعاطة اعتبر القصد إلى التمليك والتملك حين التعاطي، لفرض التسبب به إلى العنوان البيعي.

وعلى هذا فإذا كان الإنشاء بالقول الملحون، وزعم المتبايعان تأثيره في النقل والانتقال كان قبض العينين خاليا عن قصد الإنشاء- كما يقصدانه في المعاطة- بل هو مبني على وجوب الوفاء بذلك الإنشاء القولي الملحون، كما إذا كان ذلك اللفظ جامعا للشروط والخصوصيات، حيث إن القبض المترتب عليه متمحض في الوفاء به، وليس هناك قصد ثانوي لإنشاء المعاملة بالتقباض.

ولمّا كان الإنشاء الملحون ساقطا عن التأثير عند المشهور- وكان القبض بعنوان الوفاء لا بعنوان الإنشاء الجديد- فلا محالة لم يتحقق سبب قولي ولا فعلي للتمليك. وهذا بخلاف المعاطة المتعارفة، فإن التعاطي إنشاء التمليك، ويشمله إطلاق دليل إمضاء البيع.

(1) أي: بعد القول غير الجامع للشروط اللزوم. وجه عدم العبارة بهذا القبض هو خلوه عن قصد الإنشاء، لأن المتعاملين زعما تأثير ذلك القول، واعتقدا وجوب الوفاء به، ضرورة كون الوفاء بالعقد الصحيح حقا على كلا المتعاملين، فأقبض كل منهما ماله للآخر أداء لهذا الحق، لا إنشاء جديدا للمعاملة. وحيث إن أصل الإنشاء باطل، فالقبض المتأخر عنه كذلك.

على كونه حقًا لازماً، لكونه (1) من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر (2) كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين (3) الأول (4) تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثمينين. قال المحقق في صيغ عقود- على ما حكى عنه- بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة: «أنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما كان معاطاة» (5) «1» انتهى.

(1) أي: لكون القبض حقًا لازماً، وجه لزومه كونه من آثار الإنشاء القولي، ووفاء لما التزم به من الإنشاء السابق.

(2) هذا متعلق بقوله: «فهل يرجع ذلك الإنشاء» و غرضه بيان الأقوال في المسألة، وأن لكل من الوجوه الثلاثة قائلاً.

(3) كالسيد المجاهد و الفاضل النراقي و صاحب الجواهر، قال في المناهل:

«منهل: إذا كان إيجاب البيع وقبوله بغير العربية من الألفاظ الفارسية وغيرها، فلا إشكال حينئذ في صحة البيع، وإفادته بإباحة التصرف و نقل الملك، بناء على المختار من إفادة المعاطاة ذلك، لظهور عدم القائل بالفصل بين الأمرين، و لفحوى ما دلّ على إفادة المعاطاة أو عمومها الملك. و هل يفيد ذلك اللزوم كما إذا كان الإيجاب و القبول عربيين أو لا؟ بالثاني صرح المحقق الثاني في حاشية الإرشاد و جامع المقاصد .. إلخ».

وقال في الجواهر: «لكن قد عرفت سابقاً: أن قصد التمليك العقدي غير مشخص، مع فرض تحقق البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلاً» (2).

(4) و هو كونه بحكم المعاطاة مطلقاً.

(5) وقال بعده على ما حكى عنه: «لا يلزم إلا بذهاب العينين».

(1): رسالة صيغ العقود و الإيقاعات (ضمن مجموعة رسائل المحقق الكركي) ج 1، ص 178، و الحاكي لهذه العبارة هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة ج 4، ص 159

(2) المناهل، ص 270، مستند الشيعة، ج 2، ص 361 و 362، المسألة الخامسة من مسائل الفصل الأول. جواهر الكلام، ج 22، ص



وفي الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق: «إنها تقييد المعاطاة مع الإفهام الصريح» (1) «1» انتهى.

و ظاهر الكلامين (2) صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره (3).

و ظاهر (4) تصريح جماعة منهم المحقق والعلامة بأنه «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضمونا عليه» هو (5) الوجه الأخير (6)، لأن (7)

---

ثم إن هذا الكلام من المحقق الثاني صريح في كون الإنشاء القولي الملحون معاطاة، فيجري فيه ما يجري فيها من لزومه بتلف العينين، و جواز الترادف قبله.

(1) وجه دلالة هذا الكلام على كون الصيغة الفاقدة للشرائط- التي هي مورد البحث- بحكم المعاطاة هو: أن المناط في إجراء حكم المعاطاة على الإشارة هو إفهام المقصود صريحا، و من المعلوم وجود هذا المناط في موضوع البحث.

(2) حيث إن رجوع الضمير- الذي هو اسم «كان» في قول المحقق قدس سره «كان معاطاة»- إلى: إيقاع البيع بغير ما قلناه- مما لا ينبغي إنكاره.

و كذا قول الشهيد في الروضة: «إنها تقييد المعاطاة» فإن ضمير «إنها» راجع إلى الإشارة. و من المعلوم أن المستفاد منهما كون نفس الإنشاء الملحون و الإشارة معاطاة.

(3) أي: آثار الإنشاء بالقول الملحون، فلا يتحقق الإنشاء بالقبض حتى يتوهم تحقق المعاطاة بهذا التقابض.

(4) مبتدأ معطوف على قوله قبل أسطر: «ظاهر كلام غير واحد من .. إلخ».

و هذا بيان القائل بالوجه الثالث، أي: كون الإنشاء القولي الملحون بحكم العدم.

(5) خبر «و ظاهر».

(6) و هو عدم جريان حكم المعاطاة على الإنشاء القولي الفاقد للشرائط.

(7) هذا تقريب الظهور، و محصله: أن مرادهم ظاهرا بالعقد الفاسد الذي صرحوا فيه بالضمان و عدم الملكية هو الإنشاء القولي الفاقد للشرائط الذي هو مورد بحثنا.

---

(1): الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج 3، ص 225

مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد اختلال شروط الصيغة (1)، كما ربّما يشهد به (2) ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين والمتعاقدين. وإمّا (3) يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر (4).

وجه الظهور: أنّهم ذكروا هذا الكلام وهو قوله: «لو قبض ما ابتاعه .. إلخ» بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين والمتعاقدين، فيكون قولهم: «لو قبض ما ابتاعه» تقرّيعاً على فساد العقد لأجل فقدان شروط الصيغة، لا لفقدان شروط آخر.

ولو سلّمنا شمول العقد الفاسد لما إذا كان منشأ الفساد اختلال شروط العوضين والمتعاقدين أيضاً لم يقدح ذلك فيما نحن بصدده من كون الصيغة الملحونة موضوعاً للبحث والنزاع في جريان حكم المعاطاة فيها وعدمه. فكلامهم المزبور أعني به:

«لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك .. إلخ» شامل للإنشاء القولي الملحون.

ومن هذا البيان ظهر وجه تعبير المصنف بـ «ظاهر تصريح» فإنّ المحقق والعلامة صرّحاً بحكم المقبوض بالعقد الفاسد من حيث عدم التملك والضمان، ولم يصرّحاً بمنشأ الفساد، فاستظهر المحشّون - من إطلاق الفساد - عدم تأثير الصيغة الملحونة.

(1) كتقدم الإيجاب على القبول، والماضوية بناء على اعتبارها، والموالاتة بين الإيجاب والقبول، والتطابق بينهما.

(2) أي: بكون منشأ الفساد مجرّد اختلال شروط الصيغة.

(3) معطوف على «إمّا خصوص».

(4) لشمول إطلاق «الفساد» لجميع موجبات الفساد من اختلال شروط الصيغة والعوضين والمتعاقدين، فالمراد بـ «غيره» هو الفساد من جهة اختلال شروط المتعاقدين كعدم بلوغ أحدهما، والعوضين، وكون أحدهما مجهول الوصف.

و كيف كان (1) فالصورة الأولى (2) داخلة قطعا (3).

و لا يخفى (4) أنّ الحكم فيها (5) بالضمان مناف لجريان حكم المعاظة.

وربما يجمع (6)

---

(1) أي: سواء أكان مراد المحقق والعلامة من العقد الفاسد خصوص الإنشاء القولي الفاقد لبعض الشرائط، أم الأعم منه و من اختلال شروط المتعاقدين أو العوضين.

(2) وهي كون فساد العقد لاختلال شروطه كما هو موضوع البحث.

(3) لصدق «الفساد» على الصيغة الفاقدة لشروطها، و لكون الكلام المزبور و هو «لوقبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد .. إلخ» مذكورا بعد شروط الصيغة، و هذا قرينة على كون الكلام المذكور متفرعا على شروط الصيغة.

(4) غرضه إبداء إشكال على الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، و جعل العقد الملحون كالمعاظة في الحكم بالإباحة.

و محصل الإشكال: منافاة الضمان للمعاظة، لأنّ جريان حكم المعاظة في الإنشاء القولي الملحون يقتضي عدم الضمان، فينافيه الحكم بالضمان.

فأجاب عنه المصنف بأنّ حكم المحقق والعلامة بضمان المقبوض بالعقد الفاسد قرينة على عدم لحقوق حكم المعاظة بالصيغة الملحونة، فالإنشاء الملحون يكون بحكم عدم. و لو كان هذا معاظة لم يكن وجه للضمان فيه، لكونها صحيحة شرعا حينئذ.

و عليه يظهر التهافت بين نظر المحقق والعلامة من الحكم بالفساد، و بين نظر المحقق و الشهيد الثانيين من إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاظة، و قد تصدّى السيد الفقيه العاملي قدس سرّه للجمع بين كلامي الطائفتين.

(5) أي: في الصورة الأولى و هي فقدان شروط الصيغة.

(6) الجامع هو السيد الفقيه في مفتاح الكرامة في مبحث المقبوض بالعقد

بين هذا الكلام (1) و ما تقدم (2) من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال (3): «إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن، لترتبه (4) على زعم

---

الفاسد. ذكره بعد نقل كلمات جمع من الأصحاب، آخرها عبارة المسالك و هي:

«لا إشكال في الضمان- أي ضمان المقبوض، بالعقد الفاسد- إذا كان جاهلا بالفساد، لأنه قدم على أن يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به وإن تلف بغير تقريط» (1).

(1) و هو: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضمونا عليه.

(2) حيث قال قبل أسطر: «بأنّ العقد الفاقد للشروط يكون معاطاة».

(3) هذا تقريب الجمع بين الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد و بين جريان حكم المعاطاة على العقد الفاسد.

و محصل الجمع بينهما هو تغاير الموضوع في المسألتين، إذ الموضوع في الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو تقيّد الإذن في التصرف بصحة المعاملة، بحيث يكون الرضا مفقودا في صورة فساد المعاملة.

و الموضوع في جريان حكم المعاطاة هو صورة إطلاق الإذن لكلتا صورتتي صحة المعاملة و فسادها، إمّا لحدوث الإذن و الرضا بالتصرف بعد علمهما بالفساد، بحيث يستند جواز التصرف إلى الرضا الحادث المستمرّ إلى زمان القبض، و إمّا لكون الإنشاء من أول الأمر على نحو تعدّد المطلوب. و لم يظهر من المحقق و العلامة قدّس سرّهما القائلين بضمان المقبوض بالعقد الفاسد ذهابهما إلى الضمان في صورة بقاء الإذن بالتصرف إلى زمان القبض، و عدم جريان حكم المعاطاة فيها حتى يكونا مخالفين للمحقق و الشهيد الثانيين.

(4) أي: لترتب الإذن في التصرف على سبب واحد و هو اعتقاد صحة العقد، و حيث كان العقد فاسدا فلا إذن، لانتهاء الموقوف بانتفاء الموقوف عليه.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 168

ص: 282

الصحة، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن وأكلاً للمال بالباطل، لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبة، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان (1) قد انتفيا بمقتضى الفرض. وكذا البواقي (2)، للقطع من (3) جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف، مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المقدم كالعدم (4). فإن (5) تراضيا [1] بالعوضين بعد العلم بالفساد، واستمرّ رضاهما، فلا- كلام في صحة المعاملة ورجعت إلى المعاطاة، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأي وجه اتفق،

---

(1) وهما البيع والتجارة عن تراض. ووجه انتفائهما بعد ارتفاع الإذن واضح.

(2) أي: الهبة ونحوها من المجانيات، فإنّ انتفاء الإذن يوجب انتفاءهما أيضاً.

(3) كلمة «من» نشوية، يعني: للقطع الناشئ عن زعم صحة المعاملة، حاصله:

أنّ القطع بعدم الرضا بالتصرف ناش عن عدم صحة المعاملة، حيث إنّ الرضا كان متقوماً بصحة المعاملة، فانتفاؤها يوجب انتفاء الرضا قطعاً.

(4) لتقومه بما يكون منتفياً واقعاً، فلا عبرة به.

(5) هذا بيان لمورد كلام المحقق والشهيد الثانيين ومن تبعهما- بناء على الجمع المذكور في مفتاح الكرامة- واصله: أنّ مورد الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد هو صورة العلم بعدم الرضا بالتصرف على تقدير البطلان، و مورد جريان حكم المعاطاة- الملازم لعدم الضمان فيه- هو صورة العلم بتجدد الرضا به بعد العلم بالفساد. وعلى هذا الجمع لا يبقى تهافت بين الكلامين.

---

[1] بل الظاهر أنّ مورد حكم المشهور بضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو صورة تقيّد الإذن بصحة المعاملة، فمع الفساد ينتفي الإذن. و مورد كلام المحقق والشهيد الثانيين هو صورة إطلاق الإذن لصورتها بصحة المعاملة وفسادها.

سواء صحّت المعاملة أو فسدت، فإنّ ذلك ليس (1) من البيع الفاسد في شيء [1].

أقول: المفروض (2) أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا يتضمّن إلاّ إنشاء واحدا هو التمليك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن

---

(1) حتى يكون المقبوض به من المقبوض بالعقد الفاسد المحكوم بالحرمة و الضمان.

(2) غرضه قدّس سرّه الإشكال على الجمع المزبور المشتمل على أمرين:

أحدهما: تحقق المعاطاة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيده بصحة المعاملة. وقد تعرّض لهذا الأمر بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرف».

وقد أجاب المصنف عنه بقوله: «المفروض أنّ الصيغة .. إلخ» و محصله: أنّ التراضي الموجود حين العقد مقيد بالتمليك لا مطلق، و من المعلوم انتفاء المقيد بانتفاء قيده، فبانتفاء التمليك ينتفي التراضي.

ثانيهما: حصول المعاطاة بالتراضي الجديد الحادث بعد العقد و العلم بالفساد.

وقد تعرّض السيد العاملي لهذا الأمر بقوله: «فان تراضيا بالعوضين» الى قوله:

«و رجعت إلى المعاطاة».

وقد أجاب عنه المصنف بقوله: «مع أنّك عرفت .. إلخ» و حاصله: أنّ كلام الشهيد و المحقق الثانيين لا يقبل الحمل على التراضي الجديد، و وقوع معاطاة جديدة بالتقابض الواقع بعد العقد الفاسد، و ذلك لظهور كلامهما في حصول المعاوضة بنفس الإشارة المفهومة، و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

---

[1] لكنّه ليس من المعاطاة المعهودة أيضا، بل هو إباحة مالكيّة لا تلزم بملزمات المعاطاة. مع أنّ مورد كلام المحقق و الشهيد الثانيين قدّس سرّهما إلحاق نفس اللفظ الملحون بالمعاطاة، و لا أثر من الرضا غير المعاملي في كلامهما.

الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك (1)، و الموجود بعده (2) إن كان إنشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام، لأن المعاطة حينئذ إنما تحصل [1] به لا بالعقد الفاقد للشرائط.

مع أنك (3) عرفت أن ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهومة (4) بقصد البيع، و بنفس الصيغة (5) الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

---

(1) حيث إنه مقيد بالتملك، و بانتفاء القيد ينتفي المقيد.

(2) أي: بعد انتفاء التملك العقدي. و هذا إشكال على ما ادّعاه السيد العاملي قدس سره من وجود إذن بعد فساد العقد، و محصل الإشكال: أن الإذن المدعى إن كان إنشائيا حاصلًا بالتقابض بقصد المعاوضة كان خارجًا عن محل الكلام، و مندرجًا في حصول إنشاء جديد بعد الصيغة الملحونة، و هذه المعاوضة صحيحة بلا ريب كما سبق في قول المصنف قدس سره: «نعم إذا حصل إنشاء آخر بالتقابض المتحقق بعده تحقق المعاوضة».

وإن كان هذا الإذن هو الذي تحقق بالإشياء الملحونة فالمفروض فساده، فينتفي الإذن قطعًا.

(3) هذا إشكال على حصول المعاوضة بالتقابض الحادث بعد الإنشاء الملحون، و قد تقدم آنفاً.

(4) كما هو مصبّ كلام الشهيد الثاني قدس سره.

(5) كما هو مورد كلام المحقق الثاني قدس سره.

---

[1] حصول المعاوضة التي هي محل الكلام في إفادتها الملك أو الإباحة بالتقابض - مضافًا إلى خروجها عن موضوع البحث - ممنوع جدًا، لأن تلك المعاوضة التي قامت السيرة على إباحة التصرف بها هي التي قصد بها التملك، لا مجرد التراضي بالتصرف، فإنه خارج عن المعاوضة المصطلحة. بل التراضي المزبور لا يجدي إلا الإباحة المالكية لا الشرعية التي هي المقصودة في المعاوضة.

(1) أي: و من ظهور كلام المحقق و الشهيد الثانيين- في حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإنشاء الملحون و الإشارة المفهومة- يعلم فساد .. إلخ، و هذا إشكال المصنف على ما ذكره السيد الفقيه العاملي قدس سره في الأمر الأول بقوله: «فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد» و محصل الإشكال أمور:

الأول: أنّ الحمل على التراضي الجديد خلاف ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين، لما عرفت من ظهور كلاميهما في إلحاق نفس الإنشاء القولي الملحون و الإشارة المفهومة بالمعاطاة، و ليس من الرضا الحادث عين و لا أثر في عبارتيهما، فيصير حمل الكلامين على حصول المعاطاة بإنشاء جديد أجنبيًا عنهما، لا توجيهها لهما.

الثاني: أنه لو سلّمنا استناد حليّة التصرف في المالين إلى التراضي الجديد فهو مخصوص بما إذا علم المتبايعان فساد العقد، و عدم ترتب النقل و الانتقال عليه، حتى يأذن كلّ منهما للآخر بالتصرف فيما يأخذه. و أمّا إذا لم يعلما بالفساد أو علما به و لم يرضيا بالتصرف فلا مجال لتوجيه السيد قدس سره، إذ لا معنى للرّضا الجديد في هاتين الصورتين. مع أنّ كلام الفقهاء مطلق يعمّ جميع الصور الثلاث، يعني: سواء علما بفساد ذلك الإنشاء الناقص أم لم يعلما به، و سواء رضيا بالتصرف بعد العلم بالفساد أم لم يرضيا به.

و عليه يكون قول السيد قدس سره: «فان تراضيا بعد العلم بالفساد» توجيهها للصحة في صورة واحدة- و هي العلم بالفساد و الرضا الحادث- لا في جميع الصور، فالمناسب حينئذ التفصيل في إطلاق فتوى الأصحاب، لا دعوى توجيهه في جميع الصور.

الثالث: أنّ أصل هذا التوجيه- بفرض الرضا الحادث- ممنوع، مع الغرض عن إباء كلام الأصحاب عن حمله عليه. و سيأتي توضيح المنع عن قريب.



العقد غير (1) مبني على صحة العقد.

ثم (2) إن ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد- مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور (3) مع أن كلام الجميع مطلق- يرد عليه: أن (4) هذا التراضي

---

(1) بالجر صفة ل «تراض جديد».

(2) قد عرفت توضيح هذا الإشكال آنفا، و حاصله: أن ذلك الجمع مختص بصورة علم المتعاملين بالفساد حتى يتراضيا بالإشياء ثانياً بالقبض، مع أن كلامهم مطلق، حيث إنهم حكموا بالفساد والضمان مطلقاً سواء علم المتبايعان بالفساد أم لا.

(3) المراد من الصور صورتان، إحداهما: علم المتبايعين بفساد الإنشاء القولي و عدم إنشاء إذن جديد، و الثانية: جهلهما بفساده.

(4) هذا أصل الإشكال على الجمع المزبور، و حاصله: أن التراضي الجديد- المفروض حدوثه بعد العلم بالفساد- غير مجد على تقدير، و غير واقع على تقدير آخر. و بيانه: أن هذا التراضي إن كان لا على وجه المعاوضة، و لا تقابض آخر في البين، بل رضي كل منهما بتصرف الآخر في ماله، ففيه: أنه على فرض حدوثه إباحة مجانية لا يترتب عليها إلا جواز التصرف المستند إلى طيب النفس. و هذا غير المعاوضة المصطلحة، و هي التي يقصد بها التمليك، و تترتب عليها الملكية أو الإباحة الشرعية، و من المعلوم أن المقصود بالمعاوضة هنا هو المصطلح منها.

و إن كان على وجه المعاوضة بأن كان التراضي منهما على إنشاء التمليك حتى تندرج في المعاوضة المصطلحة- التي هي من المعاوضات- ففيه: أنه ليس في المقام تراض جديد، إذ المعاوضة المعهودة هي التي قصد بها التمليك، كما تقدم عن المحقق الثاني، و من المعلوم عدم تراض جديد على التمليك بعد العلم بفساد العقد، بل التراضي الموجود فعلاً هو التراضي الذي كان على التمليك السابق.

ص: 287

إن كان (1) تراضياً آخر حادثاً بعد العقد، فإن كان لا على وجه المعاطة، بل كلٌّ منهما رضي بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاه صاحبه بتصرفه في ماله، فهذا ليس من المعاطة، بل هي إباحة مجّانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنّه (2) كالإذن الحاصل من شاهد الحال (3)، ولا يترتب عليه أثر المعاطة من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع.

(1) لم يذكر المصنف عدلاً لهذه الشرطية، فالأولى أن يقال: «ان هذا التراضي الحادث بعد العقد إن كان لا على وجه المعاطة .. إلخ».

(2) تعليل لدوران هذه الإباحة المجّانية مدار العلم بالرضا، وعدم كفاية الجهل بالرجوع عن الإباحة.

(3) في لزوم إحراز الإذن في إباحة التصرف، وعدم كفاية عدم العلم بالرجوع عن الإذن. والوجه في عدم الكفاية هو: أنّ الإذن بالتصرف انحلالياً، فكلّ فرد من أفراد الطولية والعرضية لا بدّ أن يكون مقروناً بالإذن، فمع العلم به يجوز التصرف، وبدونه لا يجوز. ومع الشكّ لا مجال للاستصحاب، لتعدد الموضوع، ضرورة أنّ كل فرد من أفراد التصرف موضوع مستقل، واستصحاب الإذن في الفرد المشكوك فيه تسرية الحكم من موضوع إلى آخر، وهو أجنبي عن الاستصحاب و مندرج في القياس المسدود بابه.

وبالجملة: فلا مجال لاستصحاب الإذن في الفرد من التصرف. بخلاف الرجوع في المعاطة المفيدة للإباحة الشرعية، حيث إنّ غايتها رجوع المالك، ومع الشكّ فيه يستصحب عدم الرجوع.

ففرق واضح بين الرجوع في المعاطة، وبين الإذن وطيب النفس في الإباحة المالكية، فإنّ الإباحة المالكية منوطة بالعلم بطيب النفس في كل فرد من

وإن كان (1) على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضي السابق على (2) ملكية كلٍّ منهما لملك الآخر، وليس تراضيا جديدا- بناء (3) على أن المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفته من كلام المشهور (4) خصوصا المحقق الثاني (5)-

أفراد التصرف.

(1) معطوف على: «فإن كان» وهذا شق آخر من المنفصلة، وقد عرفت توضيحه آنفا.

(2) متعلق بالتراضي، لا بالسابق، يعني: التراضي على ملكية كلٍّ منهما لملك الآخر، وهذا التراضي هو الحاصل بالإنشاء الفاقد لبعض خصوصيات الصيغة، ولم يحصل هذا التراضي بإنشاء جديد بعد العلم بفساد الإنشاء الأول.

(3) حاصله: أنه- بناء على كون المقصود بالمعاطاة التملك- لا يكون هنا تراض جديد على التملك، بل ذلك التراضي المتحقق حال العقد الفاسد. نعم بناء على كون المقصود بالمعاطاة الإباحة فلا بد من التراضي الجديد على الإباحة، لأن التراضي السابق كان على التملك لا على الإباحة.

(4) حيث إن محط نظر المشهور القائلين بالإباحة التعبدية هو المعاطاة المقصود بها الملك، وقد استظهر المصنف قدس سره هذا من عبارات الأصحاب عند ما خاض في تحقيق النزاع بين المحقق الكركي و صاحب الجواهر قدس سرهما «1».

(5) حيث نقل عنه المصنف بعد نقل الأقوال في المعاطاة ما لفظه: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم .. إلخ» «2».

(1): راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 336 إلى 334

(2) راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 345 إلى 347

ص: 289

فلا يجوز (1) له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: «إنّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي يدخل في المعاطاة» التراضي (2) الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة (3) [1].

(1) متفرع على كون المقصود بالمعاطاة التمليك. وجه عدم الجواز هو: أنّ المعاطاة عنده هي المقصود بها التمليك، فالتراضي الجديد على الإباحة لا يوجب الاندراج في المعاطاة المزبورة، بل تكون هذه الإباحة أجنبية عن البيع المنقسم إلى القولي والمعاطاتي.

(2) مفعول «يريد».

(3) يعني: المعاطاة المفيدة للإباحة.

هذا تمام ما أفاده المصنف حول الوجه الأوّل، وهو إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاطاة كما اختاره المحقق والشهيد الثانيان، والوجه الثالث وهو كونه عقدا فاسدا، الذي اختاره المحقق والعلامة، وما أفاده السيد العاملي قدّس سرّه من محاولة الجمع بينهما، ثم نقاش المصنف في الجمع المزبور. وسيأتي مختاره في إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاطاة وعدمه.

[1] ولا يخفى أنّ المحقق الخراساني قدّس سرّه جمع بين ما عن المشهور من عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وضمّانه، و بين ما عن المحقق والشهيد الثانيين وغيرهما من جريان حكم المعاطاة على الإنشاء القولي غير الجامع للشرائط بما هذا لفظه: «و الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنّه حكم اقتضائي لا فعليّ، بمعنى: أنّ قضية فساده بما هو عقد ذلك لو لم يجيء في البين الحكم بصحته بوجه آخر أي بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقا بين ما ذكر في

و تفصيل (1) الكلام: أنّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشروط إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضا من كلّ منهما في تصرّف الآخر، بل حصل قهرا عليهما أو على أحدهما وإجبارا على العمل بمقتضى العقد، فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه (2).

---

(1) أي: تفصيل المطلب الذي عقد له هذا التنبيه الثامن و ما يصح اختياره فيه، لا تفصيل الكلام في الجمع بين الكلامين ورفع التهافت بينهما.

(2) أي: وجه العمل بمقتضى العقد الفاسد إجبارا، و محصل ما أفاده من التفصيل هو: أنّ التعاطي بالعقد الفاسد يتصور ثبوتا على وجوه:

أحدها: أن يترتب عليه التقابض من المتعاطيين قهرا عليهما أو أحدهما بعنوان الوفاء بالعقد. و لا إشكال في حرمة التصرف في هذه الصورة، لعدم مسوّغ لهذا التصرف المشروط بجوازه بطيب نفس المالك المفقود هنا، إذ المفروض بطلان العقد و عدم تأثيره في التمليك، و عدم التراضي منهما في إباحة التصرف، فلا محالة يكون تصرف كلّ منهما في مال الآخر حراما و موجبا للضمان.

---

المقامين، فتفظن» «1».

وفيه: أنّ الحمل على الحكم الاقتضائي وإن كان في نفسه حسنا، لكنه إنّما يصح فيما إذا صار فعليّا و لو في بعض الأزمنة كالأحكام الأوّلية مثل وجوب الوضوء عند طروء عنوان ثانوي كالضرر، فإنّ الجمع بين الحكم الأوّلي و الثانوي بحمل الأوّلي على الاقتضائي، و الثانوي على الفعل في غاية المتانة. بخلاف المقام، فإنّ جعل الحرمة و الضمان فيه بنحو الاقتضاء لغو، لعدم فعليتهما أصلا، ضرورة وجود عنوان المعاطاة دائما في المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يصير شيء من الضمان و الحرمة في المقبوض بالعقد الفاسد في شيء من الأزمنة فعليّا، بل يبقيان على الاقتضاء.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 26

ص: 291

و كذا (1) إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلّ منهما على ملكية الآخر اعتقادا (2) أو تشريعا، كما في كل قبض وقع على هذا الوجه (3)، لأنّ (4) حيثية

ثانيها: أن يترتب التقابض على العقد الفاسد بعنوان الوفاء بمقتضى ذلك العقد وإن كان برضاها مقيّدا بالوفاء، لبنائهما على صحة ذلك العقد اعتقادا أو تشريعا.

وبعبارة أخرى: يتقابضان مع التراضي بناء على كون ذلك التقابض عملا بمقتضى العقد، لاعتقاد صحته شرعا- من جهة جهلهما بفساد العقد واقعا- أو تشريعا بالبناء على صحة ذلك الإنشاء الفاقد لشروط التأثير.

و حكم هذا الوجه هو الحرمة و الضمان، لشمول قولهم: «المقبوض بالعقد الفاسد مضمون و يحرم التصرف فيه» له.

ثالثها: أن يكون التقابض بقصد إنشاء التملك بعد الإعراض عن أثر العقد الأوّل. و لا إشكال في جواز التصرف، و عدم الضمان فيه، لكونه معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد.

رابعها: أن يكون الرضا بالتصرف مقارنا لاعتقاد الملكية، لا مقيّدا به حتى يرتفع بانتفاء الملكية. و سيأتي حكم هذا الوجه من ابتناء شمول المعاطاة له على أمرين.

(1) يعني: و كذا لا إشكال في حرمة التصرف إن وقع التقابض على وجه الرضا .. إلخ. و هذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدّم بقولنا: «ثانيها: أن يترتب .. إلخ».

(2) يعني: أنّ التقابض - بعنوان الوفاء بالعقد الفاسد - موجب للضمان، سواء أ كان عن اعتقاد بصحة العقد جهلا بحقيقة الأمر، أو عن التشريع بالبناء على صحته مع العلم بفساده أو مع عدم العلم بصحّته. و الوجه في الضمان عدم حصول سبب حلّية التصرف و الملكية.

(3) أي: على وجه بناء كلّ منهما على ملكيّة القابض لما يقبضه.

(4) تعليل لحرمة التصرف في كلا الوجهين، وهما: الإجماع على العمل بمقتضى

كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية (1) مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع كما في نظائره (2).

و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين.

العقد الفاسد، ورضا كلّ منهما، بالتصرف في مال الآخر اعتقادا بأنّه ماله، أو تشريعا.

و حاصل التعليل: أنّ المستفاد من مثل قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيبة نفسه» هو اعتبار طيب نفس المالك بتصرف الغير في ماله بما أنّه ماله و هو مالكة، فإذا أنيط الرضا بكون القابض مالكا انتفى بانتفاء المالكية، إذ ليس رضا المالك - بما أنّه أجنبي عن المال - كافيا في جواز التصرف.

و على هذا فإذا باع زيد كتابا من عمرو بدينار - ببيع صحيح - وأقبضه الكتاب كان رضاه بالقبض من جهة كون القابض مالكا مستحقا للكتاب. و أمّا إذا كان يبعه فاسدا فالمشتري القابض للمبيع يعلم بعدم مالكيته للكتاب و عدم استحقاقه له، و حرمة التصرف فيه من جهة انتفاء الملكية.

و الحاصل: أنّ الرضا بالقبض ليس مطلقا، بل مقيّد بكون القابض مالكا، و حيث إنّ الملكية منتفية في الوجه الأول و الثاني كان الرضا بالقبض منتفيا أيضا، فيكون تصرف الآخذ كتصرف الغاصب في الضمان و الحرمة.

(1) يعني: يتقيّد الرضا بالتصرف بما إذا كان القابض مالكا مستحقا لما يقبضه.

(2) كما إذا أعطى زيد دينارا لعمرو باعتقاد كونه مديونا له، فأدّى دينه به، و رضي بتسلّم عمرو للدينار و تصرفه فيه بما أنّه مالكة، و لكن علم عمرو بعدم استحقاقه شيئا على زيد، فإنّه لا يجوز له التصرف في الدينار بمجرد رضا زيد بإقباضه إياه.

و وجه عدم الجواز هو: أنّ رضا زيد بالتصرف في الدينار ليس مطلقا، بل مقيّد بكون القابض - و هو عمرو - مالكا، و مع عدم مالكيته له واقعا ينتفي رضا زيد بالتصرف في ماله، فإنّ انتفاء المقيّد بانتفاء قيده من القضايا التي قياساتها معها.

كما أنه لا إشكال (1) في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد.

و أما (2) إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد- من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق، و لا قصد لإنشاء التملك، بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث (3) لولاها كان الرضا أيضا موجودا،

---

(1) إشارة إلى الوجه الثالث. و الوجه في عدم الإشكال في جواز التصرف فيه و انتفاء الضمان هو كون التقابض حينئذ مصداقا للمعاطاة، و عدم توقف صحتها على العقد السابق الفاسد حسب الفرض.

(2) هذا إشارة إلى الوجه الرابع، و هو مقارنة الرضا بالتصرف لاعتقاد الملكية به لا مقيّدا به، و كون العقد الفاسد وسيلة للتصرف، بحيث لو سئل كلّ منهما بعد فساد العقد «هل تكون راضيا بتصرف صاحبك في مالك» لأجاب بقوله: «نعم». و حكم هذا الوجه: أنّ إدخاله في المعاطاة منوط بأمرين:

أحدهما: كفاية الرضا الارتكازي في حصول المعاطاة. و لعلّ ما أفاده في مفتاح الكرامة من قوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرف بأيّ وجه اتفق» يرجع إلى ذلك. و الوجه في كفاية هذا الرضا المركوز في النفس - بل الرضا الشأني - هو صدق «طيب النفس» على هذا الرضا.

ثانيهما: عدم اعتبار إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض في إباحة التصرفات، بل عدم اعتبار فعل في ذلك، و كفاية وصول كلّ من العوضين إلى المالك الآخر، و حصول الرضا بالتصرف قبله أو بعده.

فإن تمّ هذان الأمران صحّ الوجه الرابع، و جاز التصرف لكلّ واحد منهما، و إن نوقش فيهما أو في أحدهما لم يصح، و لحقه حكم المقبوض بالعقد الفاسد، و سيأتي مناقشة المصنف في الأمر الثاني.

(3) أي: بحيث لولا الملكية، و هو متعلّق بقوله: «وقع» و بيان لمقارنة الرضا



و كان (1) المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له.

و يكشف عنه (2) أنه لو سئل كلّ منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان (3) راضيا- فإدخال (4) هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين [1]:

---

بالتصرف لاعتقاد الملكية.

(1) معطوف على «لولاها» يعني: بحيث كان المقصود الأصلي .. إلخ. وهذا من عطف العلة على المعلول.

(2) أي: عن كون المقصود الأصلي من المعاملة هو التصرف.

(3) جزاء الشرط في قوله: «لو سئل».

(4) جزاء الشرط في قوله: «و أما إن وقع الرضا بالتصرف» وغرضه بيان حكم الوجه الرابع، وقد عرفت أننا أن إدراجه في المعاطاة مبني على أمرين.

أحدهما: عدم اشتراط المعاطاة بالرّضا الفعلي.

وثانيهما: عدم توقف المعاطاة على خصوص الإنشاء الفعلي بالقبض و التعاطي، بل البناء على كفاية وصول كل من العوضين إلى الآخر في تحقق المعاطاة.

---

[1] قال السيد قدّس سرّه: «الحق عدم تمامية شيء منهما. أمّا الأوّل فلأنّ الرضا الباطني وإن كان كافيا في جواز التصرف في مال الغير، إلّا أنّه لا يكفي في لحقوق حكم المعاطاة من اللزوم بالملزمات وغيره. و أمّا الثاني فلأنّه لا بد في تحقق المعاملة من إنشاء قولي أو فعلي، فلا يكفي مجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر. و دعوى: أنّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، وأنّ السيرة التي هي عمدة الدليل موجودة في المقام كما ترى، فإنّا نمنع أنّ مجرد الرضا كاف، بل لا بدّ من الإنشاء الفعلي أو القولي. و السيرة ممنوعة، و مسألة أخذ الماء و البقل و دخول الحمام ليست من باب المعاطاة، بل من باب الإذن المعلوم بشاهد الحال. و على فرضه فليست موردا للسيرة المستمرة الكاشفة كما لا يخفى. فالتحقيق عدم لحقوق حكم المعاطاة لهذا القسم، إلّا أن

---

يرجع إلى ما ذكرنا من إنشاء التمليك و الرضا المطلق بالصيغة الفاسدة، بأن يكون هذه الصيغة بمنزلة المعاطاة في إنشاء التمليك و التراضي به مطلقاً، فتدبر» (1)».

أقول: الحق أن يقال: إنّ المعاطاة لم ترد في دليل حتى يجب اتباع عنوانها، وإقامة الدليل على إلحاق شيء بها، فلا بد حينئذ من ملاحظة الأدلة القاضية بصحة هذه المعاملة الفعلية. فعلى القول بكونها بيعاً مفيداً للملك من أول الأمر كما اخترناه سابقاً فلا إشكال في إفادتها الملك اللازم، لإطلاقات أدلة البيع و التجارة، من غير فرق بين كون آلة الإنشاء قولاً و فعلاً واجداً للخصوصيات أو فاقداً لها، إذ المنطوق صدق البيع العرفي عليه. و كذا الحال إذا كان الدليل سيرة العقلاء بما هم عقلاء، إذ لا فرق في نظرهم بين كون الإنشاء بالقول و الفعل.

و على القول بالملك عند التصرف أو غيره من ملزمات المعاطاة، فإن استند ذلك إلى السيرة الجارية على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة المال المباح بإذن المالك ما دام حيّاً، فيجوز العقلاء كلّ تصرف فيه، و لا يحكمون بالضمان عند التلف، بل يحكمون بتعيين الباقي للعرضية من دون فرق في ذلك بينهم بين الفعل و القول.

وإن استند ذلك إلى اقتضاء الجمع بين الأدلة له فيمكن الفرق بين الفعل و القول، حيث إنّ الجمع بين الأدلة منوط بنهوض الدليل على جواز كل تصرف، و هو في الفعل ثابت شرعاً دون القول، و ذلك لأنّ الإباحة المعاطاتية، إمّا لأجل الرضا الضمني، و إمّا شرعية محضّة مستندة إلى الإجماع، و المتيقن منه هو المعاملة الفعلية.

و أمّا الأولى - أي الإباحة لأجل الرضا الضمني - فقد تعرّض لها المحقق الأصفهاني قدّس سرّه في حاشيته بما هذا لفظه: «فقد مرّ غير مرّة أنّ التسليط الخارجي حيث إنّّه صادر عن الرضا، فإثبات يد الغير عليه - عن الرضا - له دلالة نوعية على الرضا بكل تصرف كان. بخلاف الإنشاء القولي الصادر عن الرضا، فإنّه يدلّ على أنّ التمليك مرضي به. و لم يحصل. و التسليط الواقع بعده لا دلالة له نوعاً إلّا على الالتزام بالمعاملة القولية،

---

(1): حاشية المكاسب، ص 85

---

لا عن الرضا به بخصوصه، و حيث إنّه نوعاً بعنوان الوفاء بما اعتقد تأثيره فلذا لا يجدي في استكشاف الرضا بالتصرفات.

و هذا هو الفارق بين المعاطاة و العقد الفاسد في إفادة الأولى للإباحة دون الثاني.

و عليه فلا رضا و لو ضمننا في المعاملة القولية الفاقدة لما يشك في اعتباره حتى يكون على طبقه إباحة شرعية، ليكون مقتضى الجمع بين الأدلة حصول الملك عند التصرف أو التلف» (1).

و محصل ما أفاده قدّس سرّه في الفرق بين المعاطاة و بين الإنشاء القولي الفاسد هو: أنّ التسليط الخارجي لمّا نشأ عن الرضا بكلّ تصرف فله دلالة نوعية على الرضا بكلّ تصرف، فمقتضى الجمع بين الأدلة حينئذ هو الملكية عند التصرف أو التلف.

و هذا بخلاف الإنشاء القولي الفاسد، فإنّه لا يدلّ إلا على الرضا بالتمليك، و المفروض عدم حصوله. و أمّا التسليط الواقع بعده فإنّه لمّا كان بعنوان الوفاء بما اعتقد تأثيره فلا يكشف عن الرضا بالتصرفات، هذا.

لكن فيه ما لا يخفى، حيث إنّ التسليط الخارجي لمّا كان بعنوان التملك و إنشاء له فالرضا أيضا يكون بالتمليك، لا بالتصرفات في ماله بعنوان أنّه ماله و هو مالكة، فوزان المعاطاة و زان الإنشاء القولي في عدم الدلالة على الرضا بالتصرفات.

و بالجملة: فمن ناحية الرضا لا فرق بين القول و الفعل. فالإنشاء القولي الفاسد لا يترتب عليه أثر أصلا حتى جواز التصرف، بخلاف الفعل و هو المعاطاة، فإنّه بناء على عدم تأثيره في الملكية يترتب عليه إباحة التصرف شرعا، للإجماع و السيرة، لا لأجل الرضا الضمني فيه الموجود في كلّ من الإنشاء القولي الفاسد و المعاطاة و هي التقابض.

فعدم كون الإنشاء القولي الفاسد معاطاة ليس لاعتبار وجود الرضا الضمني في المعاطاة الفعلية دون الإنشاء القولي الفاسد حتى يكون الفارق بينهما ذلك الرضا، بل الفارق بينهما

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 63

الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل (1) الرضا الشأني، لأن (2)

(1) يعني: يتوقف إدراج الوجه الرابع في المعاطاة على كفاية الرضا الشأني الذي هو أخفى من الرضا الارتكازي، فإن الرضا الارتكازي موجود بالفعل في النفس، ولكن الشأني لا حظ له من الوجود فعلا، وإنما هو بحيث لو التفت إلى ذات الشيء المرضي لرضي به.

ففي المقام لو التفت المتعاقدان إلى بطلان العقد وفساده وعدم حصول النقل الملكي لرضي كل منهما بتصرف الآخر في ماله. وهذا الرضا الاقتضائي في قبال الرضا الفعلي، وهو الرضا بالتصرف اعتقادا بصحة العقد وكون الآخذ مالكا.

(2) تعليل لتوقف إدخال الوجه الرابع في المعاطاة على كفاية الرضا الشأني،

هو وجود السيرة والإجماع على الإباحة في المعاطاة الفعلية، دون الإنشاء القولي الفاسد.

فالفرق بين العقد الفاسد وبين المعاطاة حكمي لا موضوعي.

فتلخص: أن الإنشاء القولي الفاسد لا أثر له أصلا، والمقبوض به بمنزلة المغصوب في الحرمة والضمان.

نعم مع العلم بالتراضي يجوز لهما التصرف. لكنه ليس من المعاطاة المصطلحة التي هي عبارة عن إنشاء التملك بالفعل. فما أفاده المحقق الثاني و من تبعه من «كون الإنشاء القولي الفاسد معاطاة» لا يخلو من غموض.

وعليه فما عن الفقهاء قدس سرهم «من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وحرمة التصرف فيه» متين إن لم يكن تراض منهما بالتصرف، وإلا فلا بأس بالتصرف وعدم الضمان لكن من باب الإذن والرضا في ذلك، لا من باب كونه معاطاة. فلا يمكن التوفيق بين كلام الفقهاء وبين ما عن المحقق الثاني و من تبعه.

و حمل التراضي على تقابض جديد بعنوان المعاطاة خلاف ظاهر عبارة المحقق الثاني «كان معاطاة» لظهور رجوع ضمير «كان» في عبارته المزبورة إلى نفس ما أوقع وهو الإنشاء الملحون، فنفس الإنشاء الملحون معاطاة.

الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره. وقد صرّح بعض (1) من قارب عصرنا بكفاية ذلك. ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره (2) إلى هذا.

ولعله يصدق طيب النفس (3) على هذا الأمر المركوز في النفس (4).

الثاني: أنه لا- يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض (5) بل ولا- بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين الى المالك الآخر، والرّضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور (6).

---

وبيانه: أنّ الرضا بالتصرف- الموجود فعلا- لا ينفع من جهة الاعتقاد بصحة العقد، فإن كان المدار على الرضا الفعلي لم يندرج الوجه الرابع في المعاطاة، وإن كان على الرضا الشأني اندرج فيها.

(1) وهو صاحب المقابس قدس سرّه «1».

(2) وهو كلام السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، المتقدم مفاده في المتن بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر .. وعلم التراضي منهما كان معاطاة ..».

(3) إشارة إلى قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه» «2».

(4) يمكن أن يستأنس من عدم المناقشة في كفاية الرضا الشأني التزامه بها في المقام، وهو إدراج الوجه الرابع في المعاطاة.

(5) يعني: من الطرفين، في قبال قوله: «و لا بمطلق الفعل» بأن يراد منه كفاية إعطاء أحدهما وأخذ الآخر في صدق المعاطاة.

(6) لعلّ المراد بالوجه المذكور هو الوصول على وجه إنشاء الإباحة أو التملك، بأن لا يكون كفاية وصول العوض مجردا عن القصد، إذ لا يتحقق به المعاطاة قطعا.

---

(1): مقابس الأنوار، ص 138

(2) وسائل الشريعة ج 3، ص 424، الباب 3 من أبواب مكان المصلّي، الحديث: 1

ص: 299

وفيه (1) إشكال، من (2) أنّ ظاهر محلّ النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه (3) قول العلامة رحمه الله في ردّ كفاية المعاطاة في البيع: «إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد» (1). وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم

---

(1) أي: وفي الأمر الثاني - وهو عدم اشتراط إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض حتى من طرف واحد - إشكال، وسيذكر المصنف قدّس سرّه وجهي الإشكال، ثم يرجّح كفاية وصول العوضين بناء على القول بإفادة المعاطاة للإباحة، لا الملك.

(2) هذا أحد وجهي الإشكال على عدم اشتراط الإباحة أو التملك بالقبض، وتحقّقه بمجرد وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر.

وحاصل هذا الوجه: أنّ محلّ النزاع بين العامة والخاصة في المعاطاة هو العقد الفعلي كما يدل عليه قول العلامة في ردّ كفاية المعاطاة في البيع: «أنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد» وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها «بعدم كون الأفعال كالأقوال في صراحة الدلالة». وكذا ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده: «من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحة..» إلى غير ذلك من العبارات التي تظهر منها أنّ محلّ الكلام في المعاطاة هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، فالإنشاء المتحقق بغير ذلك خارج عن موضوع بحثهم في المعاطاة.

وكذا يظهر ذلك من كلمات العامة، حيث إنّه ذكر بعضهم «أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول والتعاطي» فإنّ ظاهره هو التقابض.

وعليه فبعد بطلان هذا الأمر الثاني لا سبيل لإدراج الوجه الرابع في المعاطاة، لعدم حصول التقابض بقصد الإنشاء، والمفروض عدم كفاية مجرد وصول العوضين إلى الطرفين.

(3) أي: كما ينبئ قول العلامة عن أنّ محلّ النزاع بين العامة والخاصة هو خصوص العقد الفعلي.

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

ص: 300

لزومها «بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة» (1). وكذا ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده من «أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحة» (2). إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض.

وكذا كلمات العامة (3)، فقد ذكر بعضهم: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول والتعاطي (1).

ومن (2) أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي [التقابض] في كلماتهم لمجرّد (3)

---

(1) الظاهر في التقابض. وإرادة مطلق الفعل منه- ولو مجرّد وصول العوضين- محتاجة إلى القرينة.

(2) معطوف على قوله قبل أسطر: «من أن ظاهر.. إلخ» وهذا ثاني وجهي الاشكال، ومقصوده تصحيح المعاطاة بمجرّد وصول العوضين، وعدم توقفها على القبض ولو من طرف واحد.

وحاصله: أنّ عنوان التعاطي لم يقع في حيّز دليل حتى يتبع ذلك بخصوصه.

وعليه فاللازم حينئذ ملاحظة دليل صحة المعاطاة، فإن اقتضى دليلها التعدي عن التعاطي إلى كلّ فعل يدلّ على الرضا فلا بدّ من التعدي إليه، وإلا فيقتصر على التعاطي، فنقول: إنّ عمدة الدليل على صحة المعاطاة هي السيرة الموجودة في غير صورة التقابض أيضا، لوجودها في أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، فإنّ بناء الناس على أخذها ووضع الفلوس في الموضوع المعدّ لها.

وبالجملة: فعلى هذا يكون المعيار في المعاطاة وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف.

(3) خبر قوله: «أنّ عنوان التعاطي».

---

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 58

(2) القواعد والفوائد، ج 1، ص 178، رقم القاعدة 47 و العبارة منقولة بالمعنى.

(3) تقدم نقل بعض كلماتهم في عدّ الأقوال في المعاطاة، فراجع ج 1، ص 329

ص: 301

الدلالة على الرضا، وأن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة (1)، ولذا (2) تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين (3).

و السيرة موجودة في المقام (4)، فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له، و على (5) دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه، و وضع الفلوس في كوز الحمّامي.

فالمعيار (6) في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف.

و هذا (7) ليس ببعيد

---

(1) قد تكرّرت السيرة في كلمات الأصحاب، و استدلّ بها المصنّف على مدّعا من إفادة الملك بقوله: «للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك» «1».

(2) يعني: و لأجل كون التعاطي لمجرّد الدلالة على الرضا- و عدم خصوصية للتعاطي- تعدّوا .. إلخ.

(3) يعني: حصل إنشاء المعاملة بقبض أحد العوضين، و كان قبض العوض الآخر بعنوان الوفاء.

(4) أي: في وصول العوضين- بدون التعاطي- مع الرضا بالتصرف.

(5) معطوف على «أخذ الماء» يعني: أنّ بناء الناس على دخول الحمّام مع .. إلخ.

(6) هذه نتيجة عدم دخل خصوصية التقابض في حصول المعاطاة.

و عليه تمّ إلى هنا إدراج الوجه الرابع في المعاطاة، لكنّه مقيّد بالمعاطاة المبيحة لا المملّكة. و بهذه العبارة قد وفي المصنّف قدّس سرّه بما وعده في التنبيه الثاني- في حكم انعقاد المعاطاة بمجرّد إيصال المثلث و أخذ المثلث- بقوله: «و سيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله تعالى».

(7) يعني: و حصول المعاطاة بوصول المالين أو أحدهما- مع التراضي بالتصرف- ليس ببعيد على القول بالإباحة.

---

(1): راجع الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 371

ص: 302



(1) لعلّ وجه هذه التقييد هو: أنّ دليل هذه المعاطاة- وهو السيرة- لا يساعد على أكثر من القول بالإباحة، ولا يساعد على القول بالملك. هذا آخر ما أردنا إيراده من توضيح كلام المصنف قدّس سرّه في المعاطاة، ونرجو من فضله تعالى شأنه أن يمنّ علينا بالقبول، وأن ينفع به إخواننا المتّقين من أهل العلم والفضل، زاد الله تعالى في تأييداتهم.

[1] لا ينبغي الإشكال في حصول الإباحة بذلك، وعدم توقفها على التقابض.

لكن ترتيب آثار المعاطاة عليها مشكل جدّاً، فلا يلزم بما تلزم به المعاطاة، بل ليس ذلك إلّا إباحة مالكية منوطة بطيب النفس. وبالجملة: لا يكون ما أفاده المصنف قدّس سرّه من الصورة الرابعة- وإناطة كونها من المعاطاة بتسليم أمرين- ممّا يمكن المساعدة عليه. إذ في أولهما: عدم كون طيب النفس الإنشائي في المعاملات- التي منها المعاطاة- كافياً في صحتها، وإن كان ذلك كافياً في جواز التصرفات الخارجية.

وفي ثانيهما: أنّ المتيقن من السيرة- التي هي عمدة الدليل على الإباحة المعاطاتية- هو التقابض الذي هو المعاطاة المتداولة بين الناس، والأمثلة المزبورة ليست من المعاطاة، بل من الإباحة المالكية المتقومة بطيب النفس.

مضافاً إلى: أنّ تصحيح هذه الصورة بالسيرة مناف لما تقدّم من الاستدلال بالسيرة على مملّكية المعاطاة، كمنافاته للخدشة فيها بكونها ناشئة من قلّة المبالاة بالدين.

ووجه المنافاة إنّ السيرة على إنشاء المعاملة بالتقابض إمّا أن تكون مع قصد التمليك أو الإباحة، ولا تعدّد في عمل العقلاء والمشرفة حتى يعتمد عليه تارة في إفادة الملك، وأخرى في الإباحة. ثم لو فرض رمي السيرة بقلّة المبالاة لم تكن دليلاً على شيء من الملك والإباحة كما لا يخفى، فتأمّل في كلمات المصنف لعلّك تجد للجمع بينها سبيلاً

---

## مقدمة في ألفاظ عقد البيع

(1) قد تعرّض المصنف قدس سره في هذه المقدمة لمقصدين.

أحدهما: البحث في اعتبار أصل اللفظ في البيع.

و الثاني: في اعتبار الخصوصيات الملحوظة في اللفظ بعد اعتبار أصله.

وقد تضمّن المقصد الأول لأمر:

أحدها: أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود اللازمة ممّا نقل عليه الإجماع، فأصالة اللزوم في الملك وإن اقتضت ترتب ملك لازم على المعاطاة المقصود بها الملك، إلا أن الإجماع المزبور أوجب الخروج عن عموم أصالة اللزوم، وأنّ المفيد للملك اللازم هو الإيجاب و القبول اللَّفْظِيَّان، فالمعاطاة تفيد الملك الجائز، و يتوقف لزومها على طروء الملزم.

ثانيها: أن القدر المتيقن من الإجماع المتقدم هو صورة قدرة المتبايعين على الإنشاء القولي، لكونه دليلاً لثبوتها. و أما العاجز عن مباشرة اللفظ كالأخرس فلا خلاف و لا إشكال في قيام الإشارة فيه مقام اللفظ، سواء تمكّن من التوكيل أم لا.

هذا إذا قلنا بأنّ معاطاة الأخرس كمعاطاة المتكلم تفيد ملكاً جائزاً. و أما بناء على الفرق بينهما، و أن الإنشاء الفعلي من الأخرس كالإنشاء القولي من غيره فلا يتوقف

في خصوص (1) ألفاظ عقد البيع.

قد عرفت (2) أنّ اعتبار اللفظ في البيع- بل في جميع العقود- ممّا نقل عليه الإجماع (3)، و تحقّق فيه الشهرة العظيمة (4)، مع الإشارة إليه في بعض

لزوم بيعه على الإشارة و الكتابة أصلاً، و ذلك لأنّ المتيقن من الإجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم هو القادر عليه، فتكون معاطاته جائزة، و أمّا العاجز عن اللفظ فيبقى تحت عموم أصالة اللزوم. و سيأتي مزيد توضيح للفرق بين معاطاة الأخرس و غيره.

ثالثها: أنّ الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة. و أمّا مع التمكن منها فقد ترجّح الإشارة، لكونها أظهر في الإنشاء، هذا إجمال ما أفاده المصنف في المقصد الأوّل.

(1) يعني: الخصوصيات الدخيلة في ألفاظ عقد البيع، في قبال الإكتفاء بمطلق اللفظ فيه.

(2) يعني: في أدلة اللزوم. ثم إنّ هذا شروع في المقصد الأوّل.

(3) حيث قال بعد الفراغ من أدلة اللزوم: «و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع» و لم أظفر على تصريحه بالإجماع، و إن تكرّر منه قوله:

«العقود اللازمة تتوقف على اللفظ» فقال- في اعتبار الماضيّة و الموالاة و الإعراب و البناء في عقد البيع- ما لفظه: «و كذا كل عقد لازم، لأنّ الناقل هو الألفاظ المخصوصة، و غيرها لم يدلّ عليه دليل» «1».

و قريب منه كلامه في الإجارة و الهبة و النكاح، فراجع. و لعلمه استفيد الإجماع من إرسال الحكم إرسال المسلّمات.

(4) كما في المسالك- في شرح ما أفاده المحقق قدّس سرّه من عدم كفاية التقابض في حصول الملك- حيث قال: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً» «2» و نحوه عبارته في شرح اللمعة.

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 60

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 147، الروضة البهية، ج 3، ص 222

ص: 305

النصوص (1). لكن هذا (2) يختص بصورة القدرة.

أما مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ، وقيام الإشارة مقامه (3).

---

(1) كقوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» وقال المصنف قدس سره في ذيله:

«و كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور» ثم ذكر روايات أخر مشعرة باعتبار اللفظ في عقد البيع «1».

(2) يعني: أن اعتبار اللفظ في العقود مختص بحال القدرة. قال المحقق الأردبيلي قدس سره: «إنما يشترط أي اللفظ المعتبر مع الإمكان، ومع التعذر يقوم مقامه الإشارة كما في الأخرس و من بلسانه آفة، فإنها بمنزلة تكلمه» «2».

وفي الروضة: «و تكفي الإشارة الدالة على الرضا على الوجه المعين مع العجز عن النطق لأخرس وغيره، ولا تكفي مع القدرة» «3».

وفي مفتاح الكرامة: «قد طفحت عباراتهم بأن العاجز عن النطق لمرض و شبهه كالأخرس» «4».

و كيف كان فالظاهر عدم اختصاص الحكم بالأخرس، بل موضوع المسألة هو العاجز عن النطق وإن لم يكن أخرس.

وقال في الجواهر: «و دعوى اختصاص ذلك في خصوص الأخرس كما ترى، ضرورة عدم الفرق بين الجميع، كما لا يخفى على من أحاط خيرا بمدرك المسألة» «5».

(3) لأن الإشارة حينئذ - كالقول من القادر على التلفظ - عهد مؤكّد، فيشملة

---

(1): تقدم ذكرها في ج 1، ص 574 و 576 و 607 و 608

(2) مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 144، ذكر هذا الكلام في شرح قول العلامة: «ولو تعذر النطق كفت الإشارة».

(3) الروضة البهية، ج 3، ص 225

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 163

(5) جواهر الكلام، ج 22، ص 251

ص: 306

و كذا (1) مع القدرة على التوكيل. لا لأصالة عدم وجوبه (2) - كما قيل (3) -

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ توضيحه: أنّ الصادر من القادر على التلفظ قد يكون عهدا غير مؤكّد، وقد يكون مؤكّدا وهو المسمّى بالعقد، فللقادر على التكلم سنخان من العهد. وكذلك يتصور هذان السنخان بالنسبة إلى العاجز عن النطق كالأخرس، فإنّ له أيضا سنخين من العهد بلحاظ قوّة الدلالة على العهد وضعفها، فإنّ للإشارة منه - كاللفظ من غيره - دلالة قويّة على العهد.

ولا - مجال لتوهم لزوم تحريك لسانه هنا كلزومه في باب القراءة. وذلك لأنّ المطلوب هناك هو القراءة، و تحريك لسانه بما يناسبها هو المقدار المقدر عليه منها.

بخلاف المقام، فإنّ المطلوب فيه هو الدلالة على تأكّد العهد، و الإشارة من العاجز عن التكلم دالة عليه، فلا حاجة إلى تحريك اللسان.

هذا كله مضافا إلى: إطلاق ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود. و المتيقن من الخارج هو القادر على التلفظ مباشرة، فإنّه يجب عليه الإنشاء اللفظي. و أمّا إذا كان عاجزا عن التكلم مباشرة - وإن كان قادرا عليه تسيبا بالتوكيل - فلا يشمل الإجماع، فمقتضى الإطلاق الإكتفاء بالإشارة، و عدم توقف صحته على التوكيل.

(1) معطوف على «فمع عدم القدرة على التوكيل».

(2) و لا لقوله عليه السّلام: «كلّما غلب الله عليه فهو أولى بالعدر» لقصوره عن نفي وجوب التوكيل.

(3) لعلّ القائل المحقق الثاني قدّس سرّه فإنّه قال: «يجوز لمن لا يعلم الإيقاع بمقدوره، و لا يجب التوكيل للأصل. نعم يجب التعلم إن أمكن من غير مشقة عرفا» (1) فاستند قدّس سرّه في نفي وجوب التوكيل إلى أصالة عدم وجوبه.

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 60

ص: 307

لأن (1) الوجوب بمعنى الاشتراط - كما فيما نحن فيه - هو الأصل [1].

(1) تعليل لقوله: «لا لأصالة» و غرضه منع جريان أصالة عدم وجوب التوكيل، بتقريب: أن مقتضى الأصل عدم سببية ما شك في سببته، من جهة احتمال اشتراطه بشرط مفقود، فلا يحكم بتحقيق المسبب كالملكية إلا بعد وجود جميع ما يحتمل دخله في سببية السبب.

وبعبارة أخرى: أصالة عدم وجوب التوكيل لا مجرى لها في المقام، سواء أريد بها الاستصحاب أي أصالة عدم الجعل، أم أريد بها أصالة البراءة.

وجه عدم الجريان: أن المشكوك فيه ليس هو الوجوب التكليفي - كالشك في وجوب الدعاء عند رؤية الهلال - حتى يدفع بأصالة عدم وجوبه، بل هو الوجوب الوضعي بمعنى اشتراط صحة بيع الأخرس - و سائر معاملاته - بالتوكيل عند قدرته عليه، و من المعلوم أن أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات تقتضي الاشتراط، إذ بدون التوكيل يشك في تأثير إشارة الأخرس في مقام الإنشاء، فتأمل.

[1] كون الأصل هو الاشتراط مبني على عدم عموم أو إطلاق في أدلة المعاملات، وإلا فأصالة العموم تنفي الشرطية. ولعل مراد القائل بجريان أصالة عدم الوجوب ذلك، فليس مراده الأصل العملي، و معها لا تصل النوبة إلى الأصل العملي، و هو أصل عدم السببية أو عدم ترتب الأثر الذي هو المحكّم في المعاملات.

ثم إنه قد يتوهم: أن وجه عدم جريان أصالة عدم الاشتراط هو عدم جريان أصالة البراءة في الأحكام الوضعية، و لذا دفعه المحقق الإيرواني قدس سرّه بجريانها فيها، مستدلًا على ذلك باستدلال الامام عليه السلام بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره و عتاقه، «1»، فلاحظ.

لكن الإنصاف أنه ليس وجه عدم جريان أصالة عدم الوجوب ذلك، بل ما أفاده المصنف من فحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، و من المعلوم أنه

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 89

ص: 308

بل (1) لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، فإنّ حملة (2) على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر.

---

(1) معطوف على «لا لأصالة» وغرضه إقامة الدليل على أنّ العاجز عن النطق لا يجب عليه التوكيل حتى تنشأ المعاملة بالإيجاب والقبول اللفظيين.

ومحصل الاستدلال هو: استفادة جواز البيع - بالإشارة - بالأولوية من حكم الشارع بصحة طلاق الأخرس بالإشارة المفهومة للمقصود، ففي معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها، ويضعها على رأسها، ثم يعتزلها» (1). ونحوها مرسله السكوني (2).

وتقريب الدلالة: أنّ إطلاقهما يشمل صورة التمكّن من التوكيل. وحمل هذا الإطلاق على صورة العجز عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر، فلا يجوز.

وتعبير المصنف قدس سره بالفحوى إنّما هو لأجل اهتمام الشارع في الأعراض أشدّ من اهتمامه في الأموال، فإذا كان اعتبار التلفظ بالطلاق - عند العجز عنه - ساقطاً حتى مع التمكّن من التوكيل، فسقوطه في المعاملات المالية التي ليست كالفرّوج في الأهمية بالأولوية.

(2) أي: حمل ما ورد في طلاق الأخرس على صورة العجز حمل للمطلق على الفرد النادر، وهو في عدم الجواز كتخصيص العام بأكثر أفراد.

---

مع الدليل الاجتهادي لا تصل النوبة إلى الأصل العملي.

كما أنّه لا تصل النوبة، إلى أصالة الفساد المحكمة في المعاملات، بعد وجود الدليل الاجتهادي على عدم اعتبار التوكيل الحاكم على أصالة الفساد.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 15، ص 301، الباب 19 من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث: 5

(2) المصدر، ص 300، الحديث: 3

مع (1) أنّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب (2).

ثمّ (3) لو قلنا بأنّ الأصل في المعاطاة اللزوم- بعد القول بإفادتها للملكية-

(1) إشارة إلى دليل آخر على عدم وجوب التوكيل على العاجز عن التكلم، و حاصله: أنّ الظاهر نفي الخلاف عن عدم وجوب التوكيل، ففي مفتاح الكرامة:

«و لم ينصّ أحد على وجوب التوكيل في الأخرس، و لا احتاط به» (1).

(2) أي: وجوب التوكيل.

(3) يعني: أنّ العاجز عن مباشرة اللفظ كالأخرس تكون معاطاته لازمة وإن كانت معاطاة المتكلم جائزة. و غرضه قدّس سرّه من هذه الجملة التنبيه على أمرين:

الأول: الاستدراك على ما أفاده بقوله: «أما مع العجز عنه كالأخرس وقيام الإشارة مقامه ..» حيث إنّ ظاهره توقف لزوم عقد الأخرس على ما يقوم مقام اللفظ من إشارة مفهومة ثم كتابة، فلا يكفي مجرد التقابض في لزوم بيعه، كما لا يكفي من القادر على اللفظ.

و محصّل الاستدراك: أنّ اعتبار الإشارة في معاملة الأخرس مبنيّ على إفادة المعاطاة للملك الجائز، فيقال: كما أنّ للقادر على اللفظ نحوين من الإنشاء، أحدهما لفظي لازم، و الآخر فعلي جائز، فكذا الأخرس. فإن اقتصر على التقابض كان كمعاطاة المتكلم مفيدا للملك الجائز. و إن ضمّ الإشارة إلى التقابض كان إنشأؤه مفيدا للملك اللازم.

و أمّا بناء على ما هو الحق من عموم أصالة اللزوم- و أنّ الخارج عنها بالإجماع خصوص معاطاة المتمكّن من اللفظ- كانت معاطاة العاجز عنه باقية تحت عموم أصالة اللزوم.

و على هذا لا يجب على الأخرس إفهام مقصوده بالإشارة، ثم بالكتابة، بل يكفيه التعاطي بقصد البيع. و ذلك لما عرفت من أنّ الإجماع على اعتبار اللفظ في

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 164

ص: 310



العقود اللازمة دليل لبي، ولم يعلم قيامه على خروج كل عقد فعلي عن عموم أصالة اللزوم، أو على خروج إنشاء خصوص القادر على اللفظ. وقد تقرّر في الأصول مرجعية أصالة العموم- عند دوران المخصّص المنفصل المجمل المرّدّد بين الأقل والأكثر- في ما عدا المتيقن من المخصّص. فيحكم بالفرق بين معاطاة القادر على التلفظ والعاجز عنه، بالجواز في الأول واللزوم في الثاني.

ونتيجه: أنّه لا يتوقف لزوم عقد الأخرس على الإشارة القائمة مقام اللفظ، بل كما تصحّ إشارته تصحّ معاطاته، وتفيد ملكا لازما.

الثاني: أنّ ظاهر المتن وجود سنخين من الإنشاء في العاجز عن التكلم، فتارة يأتي بالإشارة المفهومة للمقصود، فتقوم مقام اللفظ بالنسبة إلى القادر عليه. وأخرى يقتصر على مجرد الإعطاء والأخذ بقصد التملك والتملك، فيكون كالتقابض من المتكلم. ولكن معاطاة القادر على التلفظ والعاجز عنه مختلفان حكما، فهي من المتكلم جائزة، ومن العاجز عنه لازمة.

وحيث كانت الإشارة والمعاطاة متمشّية من مثل الأخرس- وإن لم يكن بينهما فرق في الحكم- توقّف إحراز أحدهما على القرينة المعينة.

وهذا المطلب قد أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه أيضا بقوله: «نعم يعتبر وجود القرينة الدالة على إرادة العقد بها- أي بالإشارة- أو المعاطاة. وبها يحصل الفرق بين المعاطاة والعقد في العاجز» (1).

ولكنه في جملة أخرى من كلامه استفاد من إطلاق كلام الفقهاء- من قيام إشارة الأخرس مقام الصيغة- أنّهم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعا، قال قدّس سرّه: «و لكن قد سمعت سابقا إطلاق الأصحاب قيام الإشارة مقام العقد من غير إشارة إلى بيع المعاطاة. وفيه إشارة إلى عدم كونها بيعا» (2).

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 251

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 252

فالقدر المخرج (1) صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و الظاهر أيضا كفاية الكتابة (2) مع العجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد

---

و ظاهر هذا الكلام أنّ الشارع أقام إشارة الأخرس مقام اللفظ، و ليس له إنشاء آخر بالتقابض ليكون قسيما للإشارة، بل كل ما عدا اللفظ مشمول لعنوان «الإشارة».

و على هذا يشكل ما في المتن من تصوير نحوين من الإنشاء في حقّ الأخرس كالقادر على التلفظ.

و قد أجاب المصنف عن هذا الإشكال بأنّه لا-وجه لإنكار المعاطة من الأخرس، للفرق بين الإشارة و التقابض. و يمكن توجيه كلام الفقهاء- الذي استفيد منه إنكارهم لبيعية معاطة الأخرس- بأحد أمرين:

الأوّل: أنّه مبني على مرامهم من كون المعاطة إباحة تعبدية لا يبيعا. و أمّا بناء على بيعيتها- كما حققناها مفصّلا- فلا وجه لاختصاص المعاطة بالقادر على التكلم بل يمكن صدورها من الأخرس أيضا.

الثاني: أنّهم قدّس سرّهم بصدد بيان ما يقوم مقام الصيغة المعتبرة من المتكلم، فقالوا بقيام إشارة الأخرس مقامها. و أمّا إنشاء المعاملة بالمعاطة فلا- يختلف فيه القادر على اللفظ و العاجز عنه حتى يحتاج إلى تصريح. و أمّا ترتب الإباحة أو الملك الجائز أو اللزوم على المعاطة فهو أجنبي عن أصل تحقق الموضوع. و قد عرفت أنّ المصنف حكم بلزوم الملك في معاطة الأخرس تمسكا بأصالة اللزوم. هذا.

(1) يعني: أنّ القدر الخارج- بالإجماع- عن عموم أصالة اللزوم هو معاطة القادر على التكلم، فهي جائزة، و أما معاطة الأخرس فباقية تحت العموم.

(2) هذا إشارة إلى أمر آخر يقوم مقام اللفظ- بالنسبة إلى العاجز عن التكلم- و هو الكتابة، و لكنّها متأخرة رتبة عن الإشارة. فلا تصل النوبة إلى الإنشاء بالكتابة مع تمكّنه من الإشارة المفهومة لمقصوده. و استدللّ المصنف قدّس سرّه على صحّة إنشاء البيع

من النص (1) على جوازها في الطلاق.

مع (2) أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه.

وأما مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض (3) الإشارة.

---

بالكتابة بوجهين، أحدهما: فحوى جواز إنشاء الطلاق بها، ثانيهما: الإجماع.

(1) كخبر يونس: «في رجل أخرج كعب في الأرض بطلاق امرأته. قال: إذا فعل في قبل الطهر بشهود، وفهم منه كما يفهم من مثله، ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة» (1).

وقريب منه غيره، فإنّ الإكتفاء بالكتابة في الطلاق - مع شدّة اهتمام الشارع بحفظ الفروج - يدلّ بالأولوية على كفاية الكتابة في المعاملات المالية.

(2) يعني: لو فرض عدم وفاء النصّ الوارد في طلاق الأخرس بالكتابة - بإثبات جواز إنشاء البيع - لم يقدح في الالتزام بجواز إنشاء البيع بالكتابة، وذلك لتسالم الأصحاب على كفايتها، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، قال السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه: «وأما الكتابة فكالإشارة كما في التحرير وغيره» (2).

(3) قال الشهيد قدّس سرّه في شرائط صيغة البيع: «ولا - أي ولا تكفي - الكتابة حاضرا كان أو غائبا. ويكفي لو تعدّرت النطق مع الإشارة» (3) أي الإشارة المفهومة كما صرح بها في إشارة الأخرس. ونحوه كلام العلامة في النهاية (4).

ويظهر أيضا من كاشف الغطاء على ما في الجواهر: «فما في شرح الأستاذ من أنّ الكتابة قاصرة عن الإشارة لا يخلو من نظر» (5).

---

(1): وسائل الشريعة، ج 15، ص 300، الباب 19 من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث: 4

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 163

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 192

(4) نهاية الأحكام، ج 2، ص

(5) جواهر الكلام، ج 22، ص 251

ولعله (1) لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة.

وفي بعض روايات الطلاق (2) ما يدل على العكس (3)، وإليه ذهب الحلبي رحمه الله هناك (4) [1].

(1) يعني: ولعل وجه الترجيح هو كون الإشارة أصرح في الإنشاء من الكتابة، حيث إن الكتابة لا تقيد الإنشاء إلا بقريضة، فإن الإنسان غالبا يكتب شيئا لغرض آخر غير الإنشاء كامتحان المداد والقلم، أو حكاية كلام شخص سمعه، أو غير ذلك، فلا ظهور للكتابة في الإنشاء.

(2) كصحيح ابن أبي نصر البزنطي: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكرهه لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك.

قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من فعالة مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها» (1).

(3) حيث إنّه قدّم في رواية ابن أبي نصر الكتابة، ولو كانت متأخرة عن الإشارة كان اللازم تقديم الإشارة على الكتابة.

(4) أي: في كتاب الطلاق، حيث قال: «و من لم يتمكّن من الكلام- مثل أن يكون أخرس- فليكتب الطلاق بيده إن كان ممّن يحسن الكتابة، فإن لم يحسن فليؤم إلى الطلاق كما يؤمى إلى بعض ما يحتاج إليه، فمتى فهم من إيمانه ذلك وقع طلاقه» (2).

[1] ينبغي قبل تحقيق كلام المصنف قدس سرّه، بيان مقدمة، وهي: أنّ الاعتبارات النفسانية- العقديّة أو الإيقاعية- تتصور ثبوتا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون مع الغض عن إبرازها بمبرز- قولي أو فعلي- موضوعا لآثار شرعية، كإنكار النبوة أو ضروري من ضروريات الدين، أو الاعتقاد بشريك له تعالى، فإنّ

(1): وسائل الشيعة ج 15، ص 300، الباب 11 من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث: 1

(2) السرائر الحاوي، ج 2، ص 678

ص: 314

لكن يظهر من جماعة منهم ابن زهرة و المحقق الأردبيلي و الشهيد الثاني و غيرهم قدّس سرّهم عدم الترتيب بين الإشارة و الكتابة، و أنّهما في رتبة واحدة، بل كلّ ما يفهم منه الطلاق يجوز إنشاؤه به، و يظهر ذلك أيضا من صاحب الجواهر، حملا لما في حسنة البزنطي - من ذكر الكتابة - على كونها أحد أفراد ما يقع به الطلاق «1»، فلا تدلّ الحسنه على تعيّن تقديم الكتابة على الإشارة، فلاحظ.

مجرد الإنكار النفساني - و لو بدون إبرازه بفعل أو قول - يوجب الارتداد الذي هو موضوع لأحكام شرعية.

و كالتوبة، حيث إنّ حقيقتها الندم القلبي و العزم على ترك المعاصي من دون اعتبار إبرازها بمبرز قولي و إن كان أحوط.

و كالعهد - على احتمال ضعيف - فإنّه قد احتمل بعض كفاية النيّة في ترتيب آثار العهد عليها. لكنّه في غاية الضعف كما ثبت في محله.

ثانيها: أن تكون موضوعيّتها للآثار الشرعية منوطة بإبرازها سواء أ كان مبرزها قولاً أم فعلاً، كما في جملة من العقود و الإيقاعات كالوكالة و الإجارة و الهبة و الرهن و القرض و البيع و غيرها.

ثالثها: أن تكون موضوعيّتها للآثار الشرعية منوطة بإبرازها بمبرز خاصّ كالطلاق و النذر و النكاح، فإنّ مبرزها لا بدّ أن يكون قولاً بنحو خاص. و كالإسلام، فإنّ إبرازه بالشهادتين موضوع للآثار الشرعية.

وربما تكون أكثر الملكات كذلك، فإنّ ملكة العدالة أو الاجتهاد مثلا لا يترتب عليها الأثر الشرعي إلا إذا أبرزت. و كذلك الملكات الرذيلة، فإنّ الحسد مثلا و إن كان بنفسه مذموما، لكن موضوعيته للحرمة منوطة بالإبراز، كما يدلّ عليه حديث الرفع،

(1): جواهر الكلام، ج 32، ص 61

فيكون المبرز جهة تقييدية.

إذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم: أنّ الكلام يقع في مقامين:

الأول: في ما يقتضيه الدليل الاجتهادي من اعتبار المبرز وعدمه.

و الثاني: في ما يقتضيه الأصل العملي عند الشك في اعتبار أصل المبرز، أو في اعتبار مبرز خاص.

أمّا المقام الأول فإشباع الكلام فيه منوط باتباع تامّ في أدلة تشريع الأحكام للاعتبارات النفسانية في كلّ مقام، فإن ثبت بتلك الأدلة أنّ الموضوع ذلك الاعتبار النفساني من حيث هو وإن لم يبرز بمبرز فلا- كلام. وإن ثبت بها أنّ الموضوع ذلك الاعتبار النفساني أو الصفة النفسانية بوصف الإبراز- بحيث يكون الإبراز جهة تقييدية- فإن دلت تلك الأدلة على إطلاق المبرز، وأنّه لا فرق فيه بين كونه قولاً وفعلاً، أو دلت على دخل مبرز خاصّ من قول متخصّص بخصوصيات مادية و هيئية كصيغتي الطلاق و النكاح- على المشهور- فلا إشكال في ذلك.

و أمّا المقام الثاني فمحصل الكلام فيه: أنّ الشك في اعتبار المبرز يتصور على وجهين:

الأول: أن يكون الشك في اعتبار أصل المبرز، كما إذا شك في أنّه هل يعتبر في ترتيب آثار العدالة- بناء على كونها ملكة- وجود مبرز أم لا.

الثاني: أن يكون الشك في اعتبار مبرز خاص بعد دلالة الدليل على اعتبار أصل المبرز، كما إذا دل الدليل على اعتبار إبراز البيع مثلاً بالقول، ثم شك في اعتبار كفيّة خاصة فيه كالماضوية و العربية، أو دلّ على اعتبار القول مطلقاً و شكّ في تحقّقه بالفعل أيضاً.

أمّا الوجه الأول فملخص الكلام فيه: أنّ الشك فيه يرجع إلى الشك في جعل الحكم الشرعي، فيرجع فيه إلى أصالة البراءة، لكونه من الشبهة الحكمية الناشئة من فقد

الدليل، فإذا شككنا في جعل ملكة العدالة- بوجودها الواقعي أو بوجودها العلمي - موضوعا لأحكام تجري البراءة في تلك الأحكام إن كانت إلزامية، وأصالة العدم إن كانت غير إلزامية كما لا يخفى.

وأمّا الوجه الثاني فمحصل البحث فيه: أنه إن كان الشك في اعتبار كيفية خاصة- كالماضوية مثلا- فمع إطلاق دليل صحة ذلك الأمر الاعتباري كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و«الصلح جائز بين المسلمين» وغير ذلك، فلا إشكال في الرجوع إلى ذلك الإطلاق المقتضي لنفي اعتبار الكيفية الخاصة، وعدم دخلها في موضوعية ذلك الاعتبار النفساني، فيحكم بجواز إبرازه بالقول مطلقا وإن لم يكن بهيئة الماضي مثلا.

و مع عدم إطلاق دليل صحة ذلك الاعتبار يحكم بعدم دخل كيفية خاصة في ترتب الأثر الشرعي، لأصالة البراءة أو أصالة العدم. وإن كان الشك في موضوعية ذلك الاعتبار إذا أبرز بغير ما دلّ الدليل على مبرزيته كما إذا دلّ دليل - من إجماع أو غيره- على اعتبار إنشاء البيع بالقول، وشككنا في أنه إذا أنشئ بالفعل - من إشارة أو غيرها- فهل يترتب عليه ما يترتب على إنشائه بالقول من الآثار الشرعية أم لا؟ فهذا يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يكون الشك في اعتبار خصوص القول تعبدا مع كون الفعل مصداقا لذلك الاعتبار كالبيع مثلا، بحيث يكون صدق البيع عرفا على المنشأ بالفعل كصدقه كذلك على المنشأ بالقول.

والآخر: أن يكون الشك في صدق العنوان الاعتباري على الفعل، كما إذا شك في صدق البيع على التملك المنشأ بالفعل. وهذا أحد المسلكين في عدم إفادة المعاطاة للزوم، حيث إنه قيل بعدم كون الفعل مصداقا لعنوان من عناوين العقود، فيكون قاصرا عن إفادة التملك فضلا عن الزوم، ولذا ذهبوا إلى إفادتها للإباحة.

و المسلك الآخر هو: إفادة المعاطاة للإباحة، لا لعدم مصداقيتها للبيع، بل للإجماع

المدعى على اعتبار اللفظ في اللزوم، مع صدق العقد عليها على حد صدقه على القول، وإفادتها الإلزام والالتزام كإفادة اللفظ.

فإن كان الشك على الوجه الثاني - وهو الشك في صدق عنوان العقد - فيرجع الشك إلى وجود سبب الانتقال، ومن المعلوم أن قضية الاستصحاب عدم الانتقال، وبقاء المالكين على ملك مالكيهما. والمراد بأصالة الفساد هو هذا الاستصحاب.

وإن كان الشك على الوجه الأول - وهو دخل مبرز خاص تعبدًا كالقول على وجه مخصوص في ترتب الأثر الشرعي على الاعتبار النفساني، مع فرض صدق العقد على الفعل - فالأصل يقتضي عدم الاعتبار، لأن دخل المبرز الخاص إنما يكون بالتعبد، فالشك فيه شك في الجعل الشرعي، ومقتضى الأصل عدمه. فإنيشاء الأمر الاعتباري بالفعل كإنشائه بالقول مما يترتب عليه الأثر الشرعي، لأن الشك في ترتب الأثر الشرعي عليه نشأ من احتمال دخل مبرز خاص فيه تعبدًا، وقد نفي ذلك بالأصل. وقد حقق في محله جريان أصل البراءة في الوضعيات كجريانه في التكليفات.

فلا يصغى إلى ما قيل من: «أن الأصل في المقام يقتضي عدم ترتب الأثر، لأنه يشك في ترتبه على المبرز المزبور، ومقتضى الاستصحاب عدمه، فكل من المالكين باق على ملك مالكة. وهذا مرادهم بكون الأصل في العقود الفساد».

وذلك لأن الشك في ترتب الأثر ناش عن الشك في دخل المشكوك اعتباره.

ولما كان الدخل تعبدًا جرى فيه البراءة أو أصل عدمه، وبعد جريان الأصل في الشك السببي لا يجري في الشك المسببي حتى يقال: إن الأصل الجاري فيه هو أصالة الفساد، فإن جريان أصالة الفساد منوط بأمور:

أحدها: عدم جريان أصالة البراءة في الجزئية والشرطية والسببية والمانعية، إما لعدم تأصلها في الجعل وكونها منتزعة عن الأحكام التكليفية، وإما لاعتبار كون مجرى أصالة البراءة الشرعية حكمًا إلزاميًا حتى توجب مخالفتها استحقاق العقوبة عقلا الذي ينفيه البراءة العقلية. ولذا قيل: إن البراءة الشرعية تنفي الملزوم وهو الحكم، والعقلية



تنفي اللازم وهو استحقاق العقوبة، و من المعلوم أن الحكم الوضعي - كالتكليفي غير الإلزامي - لا يوجب استحقاق العقوبة، فلا تجري فيه البراءة، فهي تختص بالحكم الإلزامي.

ثانيها: عدم تسبب أحد الشكين - أعني الشك في الفساد - عن الآخر، وهو الشك في الشرطية.

ثالثها: عدم حكومة الأصل السببي على المسببي.

رابعها: عدم جريان البراءة في المحصّلات، بناء على كون الإنشاء القولي و الفعلي في المعاملات منها.

خامسها: أنّ أصالة البراءة لا تثبت كون الفاقد لمشكوك الدخل موضوعاً للأثر المترتب على الاعتبار النفساني المبرز إلا على القول بالأصل المثبت.

توضيحه: أنّه إذا شككنا في دخل الماضيّة مثلاً في البيع بحيث لا يكون إنشاؤه و إبرازه بغير صيغة الماضي موضوعاً للأثر الشرعي، فنفي اعتبار الماضيّة بأصالة البراءة لا يثبت سببية الفاقد لها للأثر الشرعي إلا بناء على حجية الأصول المثبتة.

لكن الكل كما ترى.

إذ في الأوّل: أنّ أصالة البراءة تجري في الوضعيات كجريانها في التكليفيّات، لوجود المناط و هو كون المشكوك فيه قابلاً للوضع و الرفع التشريعيين في الوضعيات كوجوده في التكليفيّات.

و دعوى اعتبار كون مجرى البراءة متأصلاً في الجعل ممّا لا شاهد له، بل الشاهد على خلافها، حيث إنّ الرفع في مثل حديثه لمّا كان تشريعياً كان من الضروري صحّة إسناد الرفع إلى ما له شأنيّة التشريع، و الرجوع فيه إلى الشارع بحيث لا يكون المرجع فيه إلا الشارع، فاعتبار تأصله في الجعل قيد زائد ينفي بإطلاق أدلة البراءة. فلا فرق في مورد البراءة بين المتأصل في الجعل و غيره.

و على هذا فتجري البراءة في الحكم الوضعي مطلقا سواء أ كان متأصلا في الجعل كالملكية و الزوجية و نحوهما، أم منتزعا عن حكم تكليفي كالجزئية التي تنتزع عن الأمر المتعلق بعدة أمور بنحو الارتباطية بأن كانت تلك الأمور مؤثرة في ملك واحد. أو عن دخل شيء في موضوع الحكم كدخل الاستطاعة في موضوع وجوب الحج، فإذا شككنا في دخل الرجوع إلى الكفاية في وجوبه أيضا، فلا مانع من الرجوع إلى أصالة البراءة عن الدخل، فنفي شرطية الرجوع إلى الكفاية يمكن بالبراءة، لأجل كون منشأ انتزاعها دخل الشارع ذلك في وجوب الحج. كما يمكن بإطلاق الدليل لو كان لفظيا أو مقاميا.

و لو لم يكن هذا الدخل شرعيا لما جاز التمسك لنفيه بالإطلاق، إذ لا فرق بين الدليل و الأصل في كون موردهما ممّا يقبل التشريع. فشرطية مثل الرجوع إلى الكفاية لوجوب الحج منتزعة عن دخل الشارع له في موضوع وجوبه.

لكن الحق عدم جريان البراءة في دخل الرجوع إلى الكفاية في وجوب الحج، لفقدان الامتتان الذي هو شرط لجريان البراءة، لا لعدم المجعولية.

و من هنا يظهر غموض ما في تقرير سيدنا المحقق الخويي قدس سرّه من «انقسام الأحكام الوضعية إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون متأصلا في الجعل كالملكية و الزوجية و الرقية و نحوها.

الثاني: أن يكون الحكم الوضعي راجعا إلى الحكم نفسه كالسببية و الشرطية و المانعية للوجوب مثلا، فالسببية و الشرطية و المانعية منتزعة عن جعل الحكم و لحاظه مقيدا بقيد وجودي أو عدمي.

الثالث: أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف كالجزئية و الشرطية و المانعية للمأمور به، فإنها منتزعة من كيفية الأمر المتعلق بأشياء عديدة، فإنه ينتزع الجزئية لكل واحد من تلك الأشياء، كما ينتزع الشرطية من الأمر المتعلق بشيء مقيدا بوجود شيء آخر كالاستقبال و الستر، و المانعية من الأمر بشيء مقيدا بعدم شيء آخر، كتقييد الصلاة بعدم استصحاب المصلي أجزاء ما لا يؤكل لحمه.

---

وبالجملة: فالجزئية و الشرطية و المانعية منتزعة عن كيفية الأمر، و ليست متأصلة في الجعل، فلا تجري فيها البراءة، و إن قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية، نعم ترتفع هذه الأمور بإجراء البراءة في مناشئ انتزاعها» انتهى ملخصا (1).

وجه الغموض ما عرفت من: أن دليل اعتبار كون مجرى البراءة حكما شرعيا هو كون الرفع تشريعيا لا تكوينيا، فلا بد في صحة إسناد الرفع التشريعي من كون المرفوع قابلا للتشريع نفيًا و إثباتًا. و من المعلوم أن صحة هذا الإسناد لا تتوقف إلا على كون المرفوع مما يرجع فيه وضعًا و رفعًا إلى الشارع دون غيره. و بديهي أن هذا لا- يتوقف على كون المرفوع متأصلًا في الجعل، بل يكفي في ذلك قابلية منشئه للتشريع.

و عليه فلا فرق في جريان البراءة في الشرطية و السببية و المانعية بين كونها راجعة إلى موضوع الحكم، و بين كونها راجعة إلى متعلق الحكم، لأنهما في كليهما منتزعة عن الدخل الشرعي. و قد عرفت صحة إسناد الرفع إلى الشرطية و نحوها بلحاظ انتزاعها عن الدخل الشرعي، و عدم توقف صحته على كونها مجعولة بالذات.

و لو لم يكن هذا المقدار مصححًا لإسناد الرفع التشريعي لم يصح التمسك أيضا بإطلاق الدليل الاجتهادي لنفيها. مثلا إذا شككنا في شرطية الماضوية في العقد نتمسك في نفيها بإطلاق مثل «أحلَّ اللهُ البَيْعَ» و كذا إذا شككنا في وجوب الرجوع إلى الكفاية في الحج. فلا فرق في الرجوع إلى البراءة بين كون مجراها مجعولا بالأصالة و بين كونه منتزعا.

نعم يمنع عن جريان البراءة في الوضعيات باختصاص البراءة بالأحكام الإلزامية الموجبة مخالفتها لاستحقاق العقوبة، و لذا قيل: إن البراءة الشرعية تنفي الملزوم، و البراءة العقلية تنفي اللازم و هو استحقاق المؤاخذة.

إلا أن يقال: إن استدلال الإمام عليه السلام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 3، ص 7 إلى 11

---

وعتاقه يدلّ على جريان البراءة في الوضعيات.

وكيف كان ففي جريان أصالة العدم في الشرطية ونحوها غنى وكفاية، وبها يثبت عدم كون المشكوك فيه من أجزاء السبب المؤثر أو من شرائطه، ومع هذا الأصل لا يجري أصالة الفساد أي عدم النقل والانتقال، وإن كانت أصلاً تنزلياً حاكماً على البراءة التي هي أصل غير تنزيلي. وذلك لأن أصل البراءة هنا يكون في مرتبة السبب، واستصحاب عدم الانتقال في مرتبة المسبب، وحديث حكومة الاستصحاب على البراءة إنما يكون في صورة اتحادهما رتبة.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لا مانع من جريان البراءة أو أصالة العدم في الشرطية، وإثبات عدم كون المشكوك فيه جزءاً من السبب المؤثر، نظير جريان البراءة عن الجزئية والشرطية والمانعية في متعلق التكليف كالصلاة، إذ المتيقن هو الأقل الجامع بين الأقل والأكثر.

ودعوى الفرق - كما في تقرير سيدنا الخويبي تبعاً لشيخ مشايخنا المحقق النائيني قدس سرهما - بين متعلق التكليف كالصلاة إذا شك في شرطية أو جزئية أو مانعية شيء لها، وبين الأسباب كالشك في شرطية شيء كالماضوية للعقد «بجريان البراءة في الأول لكونه شكاً في تعلق الأمر بالمقيّد به، فيدفع بأصالة البراءة، وأما الأقل أعني به الطبيعي الجامع بين المطلق والمقيّد فهو مأمور به قطعاً. وعدم جريانها في الأسباب كالشك في شرطية شيء لصحة عقد أو إيقاع، لانعكاس الأمر فيها، حيث إنّ ترتب الأثر كالملكية أو براءة الذمة على العقد أو الإيقاع الواحد لذلك الشرط معلوم، وترتبه على الفاقد مجهول، فيدفع بالأصل. وهذا هو الفارق بين الشك في شرطية شيء للمأمور به، وبين الشك في شرطية للعقد أو الإيقاع» (1) «خالية عن البيّنة، إذ مناط البراءة وهو الشك في الحكم الشرعي موجود في كلّ من متعلقات التكليف والأسباب.

وأما دعوى: «العلم بترتب الأثر في العقد والإيقاع على الواحد لمشكوك الشرطية

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 3، ص 10 و 11

و الجهل بترتبه على الفاقد له، بخلاف متعلق التكليف، حيث إنّ الأقل معلوم الوجوب، فتجري البراءة في الزائد المشكوك فيه».

ففيها: أنّ منشأ العلم بحدود متعلق التكليف و سببية العقد إنّما هو الأدلة البيانية المبيّنة لما له دخل في متعلق التكليف و في ترتب الأثر على العقد، فحينئذ نقول: نعلم بدخل ما قامت عليه الأدلة، مثلا نعلم بدخل عشرة أشياء في متعلق التكليف كالصلاة، و بدخل أمور خمسة مثلا في سببية العقد للأثر المقصود، و نشك فيما زاد على العشرة في المتعلق، و على الخمسة في العقد، فالشك في دخل الزائد شرعا مشترك بين المتعلقات و الأسباب، حيث إنّنا نعلم بتعلق التكليف بالعشرة و بدخل الخمسة في سببية العقد، و نشك في الزائد، فينفى بالأصل.

و العلم بترتب الأثر على العقد الواحد لمشكوك الدخل شرعا إنّما هو من باب القدر المتيقن، لا لأجل العلم بكون الواحد بخصوصيته سببا لترتب الأثر.

و إلا فمقتضى البرهان ترتب الأثر على ما علم دخله في السببية بعد نفي مشكوك الشرطية بالأصل، و العلم بترتب الأثر من باب القدر المتيقن كالعلم بفراغ الذمة عن التكليف كذلك إذا أتى بالأكثر المشكوك فيه في متعلقات التكليف.

فجعل باب الأسباب على عكس باب متعلقات التكليف في غاية الغموض.

و منه يظهر ما في قوله: «و ترتبه على الفاقد مجهول فيدفع بالأصل» و ذلك لأنّ أصالة عدم ترتب الأثر مبنية على عدم جريان البراءة في مشكوك الدخل في سببية العقد، و مع جريانها لا تصل النوبة إلى الأصل المسببي أعني به أصالة الفساد، فترتب الأثر على الفاقد مجهول وجدانا و معلوم تعبدا، كما أنّ فراغ الذمة عن التكليف بالإتيان بالأقل كذلك.

هذا إذا أريد بأصالة عدم ترتب الأثر ما هو المعروف بينهم من استصحاب عدم النقل و الانتقال.

وَأَمَّا إِذَا أُريدَ بِهَا أَصَالَةٌ عَدَمٍ سَبَبِيَّةٍ الْأَقْلَ لِتَرْتَبِ الْأَثَرِ فَلَا تَجْرِي إِنْ قَصِدَ بِهَا الْبَرَاءَةَ، لِعَدَمِ الْإِمْتِنَانِ. بَلْ جَرِيَانُهَا يُوجِبُ الضَّيْقَ، لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْمَاضِيَةِ مِثْلًا ضَيْقٌ عَلَى الْمَكْلُوفِ.

وَفِي الثَّانِي: أَنَّ إِنْكَارَ تَسَبُّبِ الشُّكِّ فِي الْفَسَادِ عَنِ الشُّكِّ فِي شَرْطِيَّةِ شَيْءٍ لِلْعَقْدِ مَسَاوِقٌ لِإِنْكَارِ الْبَدِيهِيِّ.

وَفِي الثَّلَاثِ أَوَّلًا: مَا قَرَّرَ فِي مَحَلِّهِ مِنْ حُكُومَةِ الْأَصْلِ السَّبَبِيِّ عَلَى الْمَسْبُوبِ، وَعَدَمِ الْوَجْهِ فِي مَنَعِ الْحُكُومَةِ.

وِثَانِيًا: أَنَّهُ - بَعْدَ تَسْلِيمِ عَدَمِ الْحُكُومَةِ - لَا تَجْرِي أَصَالَةُ الْفَسَادِ أَيْضًا، لِمَعَارِضَةِ أَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ لَهَا، فَتَصِلُ النُّوبَةُ إِلَى الْقَرْعَةِ أَوْ الصَّلْحِ الْقَهْرِيِّ، لِقَاعِدَةِ الْعَدْلِ وَالْإِنصَافِ، كَمَا لَا يَخْفَى.

إِلَّا أَنْ يُقَالَ: بِجَرِيَانِ أَصَالَةِ الْفَسَادِ وَتَقَدُّمِهَا عَلَى الْبَرَاءَةِ، لِكُونِهَا أَصْلًا تَنْزِيلِيًّا، دُونَ أَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ.

إِلَّا أَنْ يَدَّعَى أَنَّ هَذَا التَّقَدُّمَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْحُكُومَةِ الَّتِي أَنْكَرَهَا الْخَصْمُ. فَعَلَى هَذَا تَجْرِي أَصَالَةُ الْفَسَادِ وَالْبَرَاءَةُ مَعًا وَتَسَاقُطَانِ.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْخَصْمَ أَنْكَرَ الْحُكُومَةَ الْمُرْتَبِتَةَ عَلَى تَعَدُّدِ الرُّتْبَةِ، لَا مَعَ وَحْدَتِهَا، فَإِنَّ حُكُومَةَ الْإِسْتِصْحَابِ عَلَى الْبَرَاءَةِ مَعَ وَحْدَةِ رَتْبَتِهِمَا مِمَّا لَا سَبِيلَ إِلَى إِنْكَارِهِ، فَتَجْرِي أَصَالَةُ الْفَسَادِ بِلَا مَانِعٍ.

وَفِي الرَّابِعِ أَوَّلًا: كَوْنُ الْمَقَامِ أَجْنَبِيًّا عَنِ بَابِ الْمَحْصَلِ، لِأَنَّ ضَابِطَهُ أَنْ يَكُونَ الْأَثَرُ الْمَقْصُودَ مُرْتَبِتًا عَلَى الْمَحْصَلِ قَهْرًا بِحَيْثُ يَكُونُ مَسَبِّبًا تَوْلِيدِيًّا لَا يَتَوَسَّطُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْفِعْلِ الْمَحْصَلِ لَهُ إِرَادَةٌ فَاعِلٌ مُخْتَارٌ كَالْإِحْرَاقِ الْمُرْتَبِّتِ عَلَى الْإِلْقَاءِ، وَنَقَاءِ الْمَحَلِّ عَنِ النَّجَاسَةِ الْمُرْتَبِّتِ عَلَى الْغَسْلِ وَالْعَصْرِ مِثْلًا، وَنَحْوِ ذَلِكَ. فَإِذَا تَوَسَّطَ ذَلِكَ خَرَجَ عَنِ الْمَحْصَلِ وَدَخَلَ فِي بَابِ الْحُكْمِ وَالْمَوْضُوعِ، كَوَجُوبِ الصَّلَاةِ عِنْدَ الدُّلُوكِ، وَوَجُوبِ

الزكاة عند تحقق شرائطها، فإن ترتب الحكم على موضوعه أجنبي عن باب المحصّل.

ومن المعلوم أنّ ترتب الأثر المقصود كالملكية على الإنشاء القولي و الفعلي يكون من ترتب الحكم على موضوعه لا ترتب المعلول على علته.

وتسمية العقود أسبابا إنّما هي بلحاظ نظر العرف، حيث إتهم يرون العقود أسبابا للأثار المترتبة عليها، وإلا فإنّ العقود و الإقاعات من صغريات الحكم و الموضوع.

و ثانيا: أنّه- بعد تسليم كون المقام من المحصّل- نمنع عدم جريان الأصل في مطلق المحصّل، و إنّما لا يجري في المحصّل العقلي و العادي، دون الشرعي كالغسلتين و المسحتين بناء على كون المأمور به الطهارة النفسانية الحاصلة بها، و إنّها محصّلات للمأمور به، لا أنّها نفسه، فإذا شكّ في دخل شيء جزء أو شرطا للمحصّل الشرعي جرت فيه أصالة البراءة، و يثبت بها أنّ الأقل هو المحصّل، و ليس المشكوك فيه جزءا له، هذا.

و في الخامس: أنّ مثبتية البراءة الجارية في متعلّقات التكاليف- التي هي المركبات الارتباطية و في الأسباب المركّبة كالعقود- منوطة بكون التقابل بين الإطلاق و التقييد تقابل التضاد، إذ يلزم حينئذ إثبات أحد الضدين بنفي الصّد الآخر. و هذا من أوضح مصاديق الأصل المثبت. بخلاف ما إذا كان التقابل بينهما تقابل العدم و الملكة- كما هو الحق المحقّق في محله- فلا يلزم إشكال الإثبات أصلا، لأنّ الإطلاق على هذا أمر عديمي، لأنّه عبارة عن عدم تقييد ما من شأنه أن يقيّد. مثلا إذا جرت أصالة البراءة في الاستعانة، فمقتضاها عدم تقيّد الصلاة بها و كون أجزائها مطلقة غير مقيّدة بالاستعانة.

و كذا الحال في جريان البراءة في مشكوك الجزئية أو الشرطية في باب الأسباب، فإذا جرت في نفي شرطية الماضية في عقد البيع مثلا فمقتضاها عدم شرطية الماضية في سببية العقد للملكية، و عدم كون العقد مقيّدا بالماضوية.

و بالجملة: بعد البناء على كون الإطلاق أمرا عديميّا، و أنّ التقابل بينه و بين التقييد تقابل العدم و الملكة لا يلزم إشكال المثبتية أصلا.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: عدم جريان أصالة الفساد، وعدم مانع من جريان أصالة البراءة في شرطية شيء كالماضوية للعقد، وإثبات سببية الأقل لترتب الأثر. وعدم الفرق في جريان البراءة بين متعلقات التكاليف وبين الأسباب، وأن مجرى البراءة في كلا البابين هو الأكثر.

لكن الذي يسهّل الخطب أن الشك في شرطية شيء للعقود يدفع بالإطلاقات اللفظية أو المقامية، ولا تصل النوبة إلى الأصل العملي حتى يقع الكلام في أنه أصالة الفساد أو أصالة الصحة، فينبغي أن يكون هذا البحث فرضيًا.

نعم إذا كان الشك في صدق عنوان العقد - لا في شرطية شيء فيه تعبدًا - جرى فيه أصالة الفساد بلا كلام. وأما في الشك في دخل شيء فيه تعبدًا فلا مانع من جريان أصالة البراءة فيه، أو أصالة العدم بناء على اختصاص البراءة بالأحكام الإلزامية، بعد فرض عدم إطلاق دليل اجتهادي يرفع الشك.

فعلى كل تقدير لا تصل النوبة إلى أصالة الفساد إلا إذا كان الشك في صدق أصل العنوان عرفًا، كما إذا شك في صدق عنوان البيع العرفي على الإنشاء الفعلي، أو شك في صدقه على الإنشاء القولي الفاقد للماضوية مثلاً، فإنه يجري في صورة الشك في صدق العنوان أصالة عدم ترتب الأثر، لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في تحقق المؤثر في النقل عرفًا، والأصل عدم تحققه.

وقد تحصل مما تقدم أمور:

الأول: أن المرجع في الشك في تحقق العنوان العقدي أو الإيقاعي عرفًا بمرز هو أصالة عدم حصول ذلك العنوان الموجب لعدم ترتب آثاره عليه، وإن شئت فعبر عن هذا الأصل بأصالة الفساد.

الثاني: أن المرجع عند الشك في دخل شيء تعبدًا في مبرز الاعتبار العقدي أو الإيقاعي هو البراءة، وعدم دخل ذلك المشكوك فيه، وكون فاقد مشكوك الشرطية مؤثرًا



في الأثر المقصود من ذلك العقد أو الإيقاع. ولازم جريان البراءة فيه هو الصحة. هذا في الشبهة الحكمية.

وأما الموضوعية كما إذا شك في وجود شيء من الشرائط من شروط نفس العقد كالماضوية- بعد فرض تسلّم اعتبارها- أو من شروط العوضين أو من شروط المتعاقدين، فالإستصحاب وإن اقتضى عدمه المستلزم لفساد العقد أو الإيقاع، إلا أنه قد ادّعى الإجماع والسيرة على ترتيب آثار وجود المشكوك باعتباره، والحكم بصحة الإنشاء العقدي.

الثالث: أنه إذا صدق الاعتبار النفساني بكلّ ما يكون مبرزاً له فلا محالة يكون نافذاً، لشمول أدلة ذلك العنوان له، فإذا صدق البيع مثلاً على الإنشاء القولي أو الإشاري أو الكتابي شمله مثل *أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ* فيكون نافذاً، إلا إذا نهض دليل على اعتبار مبرز خاص في نفوذه كالإجماع المدعى على اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات، فلا يترتب حينئذ على إنشائها بغير اللفظ أثر من آثار النفوذ.

لكن يختص ذلك بالتمكّن من التلفظ، لكون الإجماع دليلاً لبيّناً، والمتيقن منه خصوص القادر، كما إذا ورد «أكرم العلماء» ثم قام الإجماع على عدم وجوب إكرام البصريين منهم، فإنّ المتيقن منه هو خصوص فساقهم، فيخصّص العام به، لا بكلّ عالم بصري وإن كان عادلاً.

وعليه فلا بدّ في تخصيص العام بالدليل اللبّي من الاقتصار على المتيقن، وفي الزائد عليه يرجع إلى العام المقتضي للنفوذ بأيّ مبرز أنشئ ذلك الاعتبار النفساني.

وعلى هذا فتكون الإشارة والكتابة على حدّ سواء بالنسبة إلى العاجز عن التكلم، إلا إذا قام دليل خاص على الترتيب بينهما بتقديم الإشارة على الكتابة، فإنّه مع عدم هذا الدليل الخاصّ يحكم بعدم الفرق بين المبرزات، لأجل العمومات والإطلاقات الدالّة على نفوذ العقود وصحتها.

نعم إن كان المخصّص لها دليلاً لفظياً كقوله عليه السّلام: «إنما يحلّل الكلام ويحرّم

الكلام» كان المرجع هذا المخصّص، و مقتضاه الشرطية المطلقة لفظ المستلزمة لوحدة المطلوب، فإن لم يتمكن من النطق فلا بدّ من التوكيل.

فقد ظهر مما ذكرنا: أنّ البيع الصادر من العاجز عن التكلم كالأخرس نافذ مطلقا سواء أنشئ بالمعاطاة أم الإشارة أم الكتابة أم غيرها مما يكون مبرزا عرفا لذلك الأمر الاعتباري وإن كان قادرا على التوكيل، لما عرفت من أنّ المخصص دليل لبيّ فيقتصر على المتيقن منه، وقد قرّر في محله لزوم الرجوع إلى العموم فيما عدا المتيقن من المخصّص المجمل اللبي، لكون الشك في التخصيص الزائد. فمقتضى العمومات عدم الترتيب بين المبرزات، و كون الكل في عرض واحد، لعدم مرجّح لأحدها على الآخر بعد اشتراكها في المبرزية.

فالالتزام بالترتيب بين الإشارة و الكتابة- بتقديم الأولى على الثانية- بلا ملزم.

و احتمال الاستناد في ذلك إلى أصرحيّتها في الإنشاء من الكتابة- كما أفاده المصنف قدّس سرّه- لا يخلو من غموض، لعدم وضوح أصرحية الإشارة من الكتابة أولا لو لم نقل بالعكس.

و لعدم دليل على اعتبار الأصرحية في المبرز، و كفاية الظهور العرفي في ذلك ثانيا، لصدق العنوان مع الظهور العرفي المعترف عند أبناء المحاورة من دون حاجة إلى الصراحة فضلا عن الأصرحية.

و بالجملة: فمع صدق العقد على كل مبرز لا بدّ من القول باللزوم. لكنّ الإجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم، و المتيقن منه- على فرض تماميته- هو صورة القدرة على النطق، فبدونها يكون كل فعل يصدر منه مبرز للاعتبار النفساني سواء أ كان إشارة أم كتابة مصداقا للعقد، فيجب الوفاء به. و على هذا يسقط البحث عن اعتبار الترتيب بين الإشارة و الكتابة، لصدق العقد عرفا على كل مبرز.

نعم يكون للبحث عن الترتيب مجال بناء على التعبد، لا الصدق العرفي.

فعلى القول بالصدق العرفي يقوم كل فعل مبرز مقام اللفظ، فإشارة الأخرس و كتابته و غيرها من أفعاله المبرزة للأمر الاعتباري تقوم مقام اللفظ و لو كان قادرا على

التوكيل، لأن الأصل عدم اشتراطه.

وعلى القول بعدم الصدق العرفي فلا إطلاق الأخبار الواردة في طلاق الأخرس، المستفاد منها بالفحوى حكم عقده وإيقاعه في سائر الأبواب، وحملها على صورة العجز عن التوكيل حمل لها على الفرد النادر، هذا.

والمتحصل مما ذكرنا: أن كل عقد أو إيقاع ينشأ بما يكون ميرزا له عرفا تشمله العمومات. إلا إذا ثبت بالدليل اعتبار ميرز خاص فيه، بحيث لو أنشئ بغيره لم يكن ممّا يترتب عليه الأثر المقصود. فلو فرض قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات وأغمض عن المناقشة فيه كان ذلك مختصاً بالقادر على التلفظ، فالعاجز عنه ينشئ العقد والإيقاع بكلّ ميرز عرفي. ولا دليل على حصر الميرز في حقه باللفظ، فالأخرس وغيره ممن يعجز عن التكلم يصحّ عقده وإيقاعه بكل ميرز حصل، فلا ترتيب بين الميرزات للأخرس كما قيل.

وإطلاق ما دلّ على تقديم الإشارة على الكتابة وبالعكس يقيّد بنص الآخر، فإنّ ما دلّ على اعتبار الكتابة ظاهر - بمقتضى إطلاقه - في التعيينية، ونصّ في اعتبار الكتابة.

وما دلّ على اعتبار الإشارة ظاهر بإطلاقه في التعيينية أيضا، ونصّ في اعتبار الإشارة، فيرفع ظاهر كل من الإطّاقين بنص الآخر. ونتيجة هذا الجمع هو التخيير بينهما، هذا.

ثم إنّه هل يتعدّى من الأخرس إلى من لا يقدر شرعا على التكلم كمن حلف أو نذر على ترك التكلم بغير القرآن والصلاة مثلا، كالتعدّي إلى من لا يقدر تكويننا على التكلم كما إذا ابتلى بمرض أو جب عجزه عن التكلم؟

الأقوى العدم، لأنّ التعدّي من موضوع إلى آخر منوط بالدليل، والمفروض عدمه، لورود الدليل في خصوص الأخرس، ولا موجب لإلقاء الخصوصية والتعدّي عنه إلى غيره ممّن يعجز عن التكلّم شرعا لنذر، أو تكويننا لمرض.

وعليه لا بدّ أن يكون إنشاء العقد أو الإيقاع بالنسبة إلى القادر على النطق تكويننا - العاجز عنه تشريعا - بالقول، ولا يكفيه الإشارة وغيرها من الأفعال الكافية في إنشاء الأخرس.

ثم (1) الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ [1]:

ما يعتبر في صيغة البيع مادة و هيئة

(1) هذا شروع في المقصد الثاني و هو الخصوصيات المعتمدة في الصيغة بعد البناء على اعتبار أصل اللفظ في المعاملات. وقد بسط المصنف قدس سره الكلام فيها في جهات ثلاث، إذ يقع البحث تارة في مواد الألفاظ، و أخرى في الهيئات الإفرادية، و ثالثة في الهيئات التركيبية.

و البحث في الجهة الأولى إمّا في اعتبار الصراحة و الظهور في المادة التي تنشأ بها المعاملة، و إمّا في اعتبار لغة خاصة فيها، و على كلّ منهما فالكلام تارة في ألفاظ الإيجاب، و أخرى في ألفاظ القبول.

و البحث في الجهة الثانية- و هي الهيئة الإفرادية- عن اعتبار الماضوية.

و في الجهة الثالثة عن أمور:

الأول: اعتبار تقدم الإيجاب على القبول.

الثاني: اعتبار الموالاة بينهما.

الثالث: اشتراط التنجيز في العقد.

الرابع: التطابق بين الإيجاب و القبول.

الخامس: بقاء المتعاقدين على أهلية الخطاب، و سيأتي تفصيل المباحث بترتيب المتن إن شاء الله تعالى.

[1] ينبغي لتوضيح البحث من تقديم أمر، و هو: أن كلّ عقد يلاحظ فيه جهات ثلاث: جهة اللفظ، و جهة الخطاب، و جهة العقد.

أمّا الأولى: فيعتبر فيها القصد، لتقوم العقد به كما اشتهر من تبعية العقد للقصد، فلا يؤثر التلفظ السهوي. و لو باللفظ الجامع للخصوصيات المعتمدة فيه في ترتب الأثر المقصود.

ثمّ إنه يجري في اللفظ اعتبارات ثلاثة:



الأول: الجنس ككونه عربيًا مثلاً.

الثاني: الصنف مثل كونه من صيغ الماضي في اللغة العربية.

الثالث: الشخص العاقد، فلا بد أن يوقع شخص جامع للشرائط المعتبرة في العاقد اللفظ المتخصص بخصوصيته الجنسية كالعربية والنوعية كالماضوية وغيرها.

فمن قصد التلفظ بلفظ «بعت» فقد قصد اللفظ العربي الماضي الذي هو من المادّة الخاصة، فلا يكفي من اللفظ الذي ينشأ به اعتبار عقدي أو إيقاعي إلا ما هو مخصوص بخصوصه، للإجماع، و لكون العقود المأمور بالوفاء بها هي المتعارفة التي يقصد فيها لفظ مخصوص، ولأنّ الأصل عدم حصول النقل والانتقال بغير اللفظ الخاص الكذائي الذي قصد إنشاء الاعتبار النفساني به، فلا ينعقد بالتلفظ باللفظ الذي صدر منه سهواً، وإن كان في حدّ ذاته صالحاً لأن يقع به العقد الخاص.

فإذا فرض صلاحية كل واحد من لفظي «ملكك و بعت» لإنشاء البيع، وكان العاقد قاصداً لإنشائه بلفظ «بعت» ولكن سها وقال: «ملكك» لم يكن مجزياً في تحقق البيع، للإجماع، وللقاعدة، لأنّ الإنشاء باللفظ المقصود لم يقع، والإنشاء الذي وقع باللفظ الصادر غير مقصود.

ولو أتى بألفاظ متعددة ولم يعين واحداً منها للإنشاء به، فتارة يجمع بين تلك الألفاظ في الإيجاب كأن يقول في إنشاء النكاح: «زوّجت و أنكحت و متعت زينب من موكلك زيد على الصداق المعلوم» فيقول القابل: «قبلت». و أخرى يوجب بأحدها، ويقع القبول بعده بلا فصل، ثم يوجب بالآخر فيتبعه قبوله، ثم يوجب بالثالث ويتبعه قبوله، وهكذا.

وعلى التقديرين قد يكون قصد الإنشاء بجنس ما ينشأ به النكاح، الصادق على كل واحد من الألفاظ المتعددة المفروض عدم تعيين بعضها للإنشاء به. وقد يكون قصد الإنشاء بواحد مردّد بينها.

و الفرق بينهما: أنه على الأول يمكن أن يقع الاعتبار النفساني بالمجموع من حيث المجموع، لصدق الجنس على القليل والكثير. و بواحد منها معلوم عند الله تعالى مجهول عندنا، لصدق الجنس عليه أيضا. بخلاف الثاني، فإنه لا يقع فيه الإنشاء إلا بواحد منهما، كما لا يخفى.

وقد يكون قصد الإنشاء بواحد معين عند الله تعالى غير معين عنده.

وقد يكون قصد الإنشاء بمجموع الألفاظ من حيث المجموع، بحيث يكون كل واحد منها جزءا للمبرز.

وقد يكون قصد الإنشاء بكل واحد من الألفاظ بالاستقلال، و باعتبار سببية كل منها برأسه لتحقق العقد.

فهذه وجوه خمسة، تضرب في الصورتين المتقدمتين - وهما: اتباع كل لفظ بقبول يخصه، و اتباع مجموع الألفاظ بقبول واحد - و الحاصل من الضرب عشرة وجوه.

وقد ذكر الفقيه المامقاني قدس سره أنّ حكم الجميع هو عدم تحقق العقد إجماعا.

مضافا إلى: أنّ المجموع من حيث المجموع ممّا لم يحصل له السببية شرعا قطعا.

و استثنى من الصور المزبورة صورتين:

إحدهما: ما لو قصد كلّ منها مستقلا، فإنه يصح في القسم الأول من قسمي الجمع بين الألفاظ المتعددة الصالحة للإنشاء بها، و صحته إنّما هي باعتبار اتصال القبول بالإيجاب الصالح للإنشاء به، فيحصل الأمر الاعتباري الذي أريد إنشاؤه، و يقع الباقي من الألفاظ - المتقدمة على الإيجاب المتصل بالقبول - لغوا غير قادح في الإنشاء، فإذا قال: «أنكحت و زوّجت و متّعت» و قال القابل بلا فصل: «قبلت» صحّ، و وقع الإنشاء بقوله: «متّعت» المتّصل بالقبول، و وقع ما تقدّمه من لفظي «أنكحت و زوّجت» لغوا.

ثانيتها: قصد الإنشاء بكلّ من ألفاظ الإيجاب مستقلا أيضا. لكن مع تعقب كلّ منها بقبول يخصه. و الوجه في صحة هذه الصورة هو حصول الإنشاء بالسبب الأول مع

---

اتصال قبوله به، و لغوية ما بعده من الألفاظ، لحصول المسبب بسببه الأول، و امتناع تأثير السبب الثاني فيه، لاستحالة تحصيل الحاصل (1)، هذا.

ثم إنّه من اعتبار اتصال القبول بالإيجاب يظهر عدم صحة الإنشاء في الصور التي يحصل فيها فصل بين الإيجاب و القبول إذا كان الإنشاء باللفظ الأول، كما إذا قال:

«أنكحت و زوّجت و متّعت موكّلتني موكّلك» ثم قال القابل: «قبلت» و ذلك لوقوع الفصل بين الإيجاب و القبول بأجنبي - و هما الأخيران أعني بهما: زوّجت و متّعت - إذ لم يقصد بهما الإنشاء، فيكون الفصل بين الإيجاب و القبول بأجنبي، و قد صرّحوا بمانعية الفصل بينهما من انعقاد العقد.

و قد علم من ذلك: أنّه لو قصد الإنشاء في القسم الأول بالأخير صحّ العقد، لاتصال القبول به. و لو قصد الإنشاء بالأول في القسم الثاني لم يكن في صحّته إشكال أصلاً، لتعيينه اللفظ، و اتصال القبول بالإيجاب، و يقع ما بعد هذا الإيجاب و القبول المتأخرين عنهما لغوا.

و إن قصد بالإيجاب و القبول المتأخرين الاحتياط بعد قصد الإنشاء بالأول بدون تردّد و تزلزل جاز كما هو الشأن في كلّ احتياط بعد العمل بمقتضى الفتوى.

و كذا لا إشكال في الصحة إذا قصد الإنشاء بالوسط و الأخير، و كان الإتيان بما تقدّمه لا على وجه التردّد و التزلزل، إذ لو كان على هذا الوجه لم يتحقق الإنشاء بالتأخر، لأنّ التزلزل في السابق يوجب التزلزل في اللاحق.

إلا أن يقال: إنّ التزلزل في الأول يوجب بطلانه، فيصحّ الإنشاء بما بعده، لكن بشرط توجّه الموجب و التفاته إلى هذا المعنى حتى يقصد الإنشاء بالتأخر.

و قد حكى الفقيه المامقاني قدّس سرّه عن بعض مشايخه: أنّ المصنّف قدّس سرّه كان في عقد النكاح يبتدئ بعقد فارسي، فيقول: «به زني دادم موكّله خودم فلانه را بموكل خود فلان بمهر معلوم» ثم يأتي بالعقد العربي. و غير خفي أنّ مقصوده قدّس سرّه بذلك إنما هو الاحتياط.

---

(1): غاية الآمال، ص 219



وقد أورد عليه: بأنّ هذا خلاف الاحتياط، وأنّ الاحتياط في تركه، لأنّ الإكتفاء بالعقد الفارسي خلاف الاحتياط، لنقل الإجماع على اعتبار العربية في النكاح، بل في جميع العقود كما سيأتي اعتبارها في المتن عن جامع المقاصد.

فالأولى لمن يريد الاحتياط أن يقدم ما يقتضي الفتوى صحته، ويقصد به الإنشاء، ثم يأتي بما يحتمل صحة الإنشاء به على وجه الاحتياط. لا أن يقدم العقد الفارسي الذي لا يصح إلا في حقّ العاجز عن العقد العربي، فمع عدم صحته من القادر على العربي كيف يقدم على العربي تحصيلًا للاحتياط؟ بل استشكل في مطلق التكرير حتى لو كان قد أتى بالأوّل على مقتضى الفتوى.

أقول: الإنصاف أنّه بناء على كون الإنشاء إبراز الأمر الاعتباري النفساني - لا إيجاد المعنى باللفظ - كما هو خيرة بعض المحققين لا إشكال في أصل جواز التكرار، لأنّ الاعتبار النفساني موجود، و الاحتياط يقع في إبرازه، فيجمع بين المبرزات طرًا حتى يحصل العلم بوجود ما هو مبرز له واقعا، فالاحتياط يكون في المبرزات، فلا يلزم التعليق في الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ حتى يستشكل فيه بلزوم عدم المعقولية، لاستلزامه وجود شيء على تقدير، وعدمه على آخر.

ولا يلزم أن يكون الإتيان بالمحتمل - لرعاية الاحتياط - بعد العمل بما يقتضيه الفتوى كما أفاده المحقق النائيني قدس سره نظرا إلى لزوم مراعاة شأن الأمانة، فإنّ تقديم المحتمل الآخر على ما تقتضيه الحجة إلغاء لاعتبار الأمانة وكسر لسورتها، هذا.

وجه عدم اللزوم أنّ هذا وجه استحساني لا - عبارة به، حيث إنّ الواقع يحرز بالاحتياط بإتيان كلا المحتملين على كل تقدير سواء قدّم ما يقتضيه الحجة أم آخر.

وعليه فلا إشكال في حصول الاحتياط بتقديم اللغة الفارسية على العربية في عقد النكاح كما هو المحكي عن الشيخ قدس سره على ما عرفت. كما لا إشكال في حصوله بتقديم

العربية على الفارسية، هذا.

وأما الجهة الثانية- وهي جهة الخطاب- فحاصل الكلام فيها: أنه لا بدّ من توجيه الخطاب إلى المخاطب وإسماعه إيّاه على الوجه المتعارف، وإصغاء المخاطب إلى المتكلم بحيث يلتفت إلى مفهوم كل كلمة برأسها حتى ينتهي المتكلم إلى آخر كلامه، فيعقبه المخاطب بالقبول. كما أنه لا بدّ من معرفة المتكلم بكلّ كلمة تجري في العقد ليقتصد معناها، ولا يكفي العلم بما يكون مقصودا من جميع الكلام المؤلّف من الكلمات المتعددة، فلو قال: «بعت هذا المتاع ممّن أراه» فقال غيره: «قبلت أو اشتريت» لم ينعقد البيع، لعدم حصول التوجيه. وكذا لو قال: «بعت هذا من أحدكما» فقبل، لكون أحدهما مبهما، فلا يقبل تعلق الإنشاء الإيجادي به في حال صدوره و تحقّقه.

وهذا بخلاف الإنشاء الطلبي بأحدهما المبهم المرّدّ كما في الواجب الكفائي والواجب التخييري، فإنّه يصحّ هناك، لمجيء التخيير فيهما بعد الطلب، فيأتي من شاء منهما بالمأمور به، لكون الإنشاء الطلبي متعلّقا بصرف الوجود من المكلف، أو يأتي المأمور المعين بما شاء من فردي المأمور به.

وبالجملة: فالإنشاء الإيجادي لا بدّ له من متعلّق يقوم به في الواقع حال صدوره، هذا.

وأما الجهة الثالثة- وهي جهة العقد- فملخصها: أنّ القدر المتيقن الكافل بها هو اللفظ العربي الصحيح الصريح الماضي المنجز المشتتمل على إيجاب البائع والقبول المتأخر المتصل المطابق معنى من المشتري. وهذا ممّا لا خلاف ولا إشكال فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. هذا بحسب الإجمال.

وأما بحسب التفصيل فقد ذكر المصنف قدّس سرّه أنّ الكلام فيه يقع تارة في موادّ الألفاظ، وأخرى في هيئاتها لكلّ من الإيجاب والقبول، وثالثة في هيئة تركيب الإيجاب مع القبول. وسيأتي الكلام فيها بترتيب المتن إن شاء الله تعالى.

تارة يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة (1) و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية، و من حيث (2) اللّغة المستعملة في معنى المعاملة.

و أخرى في هيئة كلّ من الإيجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، و كونه بالماضي (3).

و ثالثة في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب (4) و الموالة (5).

### **[الجهة الأولى شرائط مادة العقد]**

### **[المبحث الأول: اعتبار الدلالة الوضعية]**

أمّا الكلام من حيث المادة (6) فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال

(1) سيأتي في المتن ما يراد من صراحة صيغ العقود و ظهورها و كنايتها و مجازها، فانتظر.

(2) معطوف على «من حيث إفادة المعنى» يعني: أنّ البحث في موادّ الألفاظ يشمل أمرين، أحدهما: صراحة الألفاظ و ظهورها، و ثانيهما: اللغة التي تستعمل في معنى المعاملة من العربية و الفارسية و غيرها من اللّغات، فيمكن أن يكون في كلّ لغة لأيّ واحدة من المعاملات لفظ صريح و ظاهر و كناية و مجاز. و لا ملازمة بين جهتي البحث، إذ يمكن أن تعتبر العربية في صيغ المعاملات من دون اعتبار الصراحة و الظهور، بل يكفي إنشاؤها بالكناية و المجاز. و يمكن أن يقال بكفاية اللغات الأخرى بشرط صراحة اللفظ أو ظهوره- المعتدّ به- في عنوان المعاملة.

(3) فالبحث عن اعتبار العربية بحث عن المادّة، و عن الماضوية بحث عن الهيئة.

(4) أي: تقدم الإيجاب على القبول.

(5) أي: عدم الفصل المخلّ - بصدق العقد - بين الإيجاب و القبول.

شرائط مادة العقد المبحث الأول: اعتبار الدلالة الوضعية

(6) إن كان غرضه قدّس سرّه من جعل عدم كفاية الكناية من مباحث مادة العقود هو مماشاة القوم و متابعتهم في اعتبار الصراحة و الظهور الوضعي في صيغ العقود اللّازمة بلا نظر إلى كون الكناية في المادة أو في الهيئة فلا بحث.

في التذكرة: «الرابع من شروط الصيغة التصريح، فلا يقع بالكناية (1) مع النية، مثل قوله: أدخلته في ملكك (2) أو: جعلته لك، أو: خذه مني بكذا، أو: سلطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة (3) بقاء الملك، و لأن (4) المخاطب لا يدري بم خوطب» (1) انتهى.

وإن كان غرضه من قوله: «من حيث المادة» التقييد، وأنه لا مانع من الكناية من حيث الهيئة لم يخل عن إشكال، لظهور بعض الكلمات في منع الإنشاء بالكناية مطلقاً سواء أكانت في المادة أم في الهيئة، ففي المبسوط: «وعندنا: أن قوله: - أنت مطلقة- إخبار عمّا مضى فقط، فإن نوى به الإيقاع في الحال فالأقوى أن نقول: أنه يقع به. وقال بعضهم هو كناية» (2). وقال أيضاً: «فإن قال: - أنت الطلاق- فعندنا ليس بصريح، و الكناية لا نقول بها. وعندهم على وجهين، منهم من قال هو صريح، و منهم من قال: كناية» (3).

و من المعلوم أن الفرق بين قوله: «أنت طالق» و بين «أنت مطلقة أو أنت الطلاق» ليس إلا بحسب الهيئة، ضرورة اشتراكها في المادة. و لشيخ الطائفة قدس سره غير ما ذكرناه من العبارتين في فصل ما يقع به الطلاق به ما يقع به، فلاحظ.

(1) و هي: استعمال اللفظ في معناه الحقيقي وإرادة لا يزمه أو ملزومه بحيث يكون المقصود الأصلي ذلك اللازم أو الملزوم، و كان استعمال الألفاظ في معانيها للانتقال إلى اللوازم أو الملزومات.

(2) هذا من الانتقال من اللازم إلى الملزوم الذي هو المبادلة بين المالمين، و كذا ما بعده.

(3) المعبر عنها بأصالة الفساد.

(4) فلا يتمشى منه القبول الذي هو أحد ركني العقد، إذ مع عدم علم المخاطب بما

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 5، ص 25

(3) المصدر، ص 26

وزاد في غاية المراد على الأمثلة: «مثل قولك: أعطيتكه بكذا، أو: تسلط عليه بكذا» (1).

وربما يبدل هذا (1) «باشتراط الحقيقة، فلا ينعقد بالمجازات» حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد.

---

أراد المتكلم لا يمكنه القبول حتى يتحقق عنوان العقد. وهذا الدليل ظاهر في أنّ عدم صحة العقد في مورد الكناية مستند إلى عدم تحقق المفهوم العرفي، لا إلى تعبد شرعي، كما هو ظاهر ما يأتي من كلام مفتاح الكرامة، لظهوره في كون عدم الصحة لأجل التسالم، لا من جهة عدم صدق مفهوم العقد عرفاً.

(1) أي: ربما يبدل الشرط الرابع وهو التصريح، فإنه قد يعبر عنه باشتراط الحقيقة كما حكاه السيد الفقيه العاملي عن السيد العلامة الطباطبائي قدس سرهما بقوله:

«والذي اعتمده الأستاذ الشريف دام ظلّه: لا فرق في المجازات بين قريبها وبعيدها في عدم انعقاد العقود اللازمة بها، وقوفاً مع هذه القاعدة المسلّمة عندهم، إلا أن يقوم إجماع فيتبع» (2). وقريب منه ما في الجواهر، فراجع.

ثم إن الفقهاء اختلفوا في مادة الصيغة على أقوال ستة:

الأول: الاقتصار على القدر المتيقن، فلا يجوز إنشاء العقود والإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكة.

الثاني: الاقتصار فيها على الألفاظ المنقولة عن الشارع الأقدس، وهو محتمل المنقول عن الإيضاح والمسالك (3).

ويدلّ عليه: أنّ مقتضى الاقتصار على القدر المتيقن الجمود على الألفاظ المأثورة، وعدم دليل على كفاية مطلق الصراحة، فيرجع في غيرها إلى الأصل.

---

(1): غاية المراد للشهيد الأول، ص 82

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 149، جواهر الكلام، ج 22، ص 249

(3) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 12 ومسالك الأفهام، ج 5، ص 172

و لعلّه يرجع إلى الوجه الأوّل كما قيل، بل ادّعي ظهور الرجوع إليه. لكنه لا يخلو من تأمل.

الثالث: أن يكون اللفظ صريحا بمعنى كونه موضوعا لعنوان العقد. كلفظ «بعت» في إنشاء البيع، و «صالحت» في إنشاء الصلح، و «أجرت» في الإجارة وهكذا، فتخرج الكنايات و المجازات. و حكي عن العلامة الطباطبائي قدس سرّه التصريح به في مصابيح.

و إليه يرجع ما ذكره الفخر من: «أنّ كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء» فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن، بناء على أنّ ما عداه ليس من القدر المتيقن.

و كذا ما في إجارة المسالك.

و في مفتاح الكرامة: «و هو الذي طفحت به عباراتهم حيث قالوا في أبواب متفرقة كالسلم و النكاح و غيرهما: أنّ العقود اللازمة لا تتعقد بالمجازات... و كذا لا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم و التصريف و الدفع و الإعطاء و الأخذ و نحو ذلك» (1).

و على هذا فلا ينعقد عقد و لا إيقاع إلا بالألفاظ التي تعنوت بها عناوين العقود و الإيقاعات.

الرابع: كفاية كلّ لفظ له ظهور عرفي معتدّ به في المعنى المقصود. و هذا هو الذي حكاه المصنف عن جماعة. و هذا يشمل المشترك اللفظي و المعنوي و المجاز القريب و البعيد الجاري على قانون الاستعمال الصحيح.

و قد مال إليه المحقق الخراساني قدس سرّه، حيث قال عقيب قوله المصنف قدس سرّه:

«فالمشهور عدم الوقوع» ما لفظه: «لكن مقتضى الإطلاقات في باب البيع وقوعه

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 149

بالكنيات و أنحاء المجازات، بلا فرق أصلي بين أن يكون القرينة على التجوز لفظا أو غيره، لاستناد إنشاء التملك إلى اللفظ على كل تقدير كما لا يخفى. نعم ربما يمكن المناقشة في صدق العقد على ما إذا وقع بالكناية، فإنه عهد مؤكّد، و لا يبعد أن يمنع عن تأكده فيما إذا وقع بها، و ذلك لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى، لما بينهما من شدة الارتباط، بل نحو من الاتّحاد» (1).

الخامس: التفصيل في الألفاظ المجازية بين القرينة و البعيدة، فيصح بالأولى كما يصح بالحقيقة، بخلاف الثانية. و هذا مما أفاده المحقق الثاني قدّس سرّه في النكاح و السّلم قال رحمه الله عند قول العلامة قدّس سرّه في القواعد: «و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السّلم، فيقول:

أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار» ما لفظه: «أي: يقول ذلك البائع، فيكون المسلم هو المبيع، و المسلم فيه هو الثمن .. إلخ» (2).

و محصل وجهه هو شمول العمومات الدالة على صحة البيع و عدم شمولها للمجازات البعيدة، هذا.

السادس: ما حكاه الفقيه المامقاني قدّس سرّه عن بعض مشايخه: «من التفصيل في قرائن المجازات بين اللفظ الحقيقي و غيره، بعد التفصيل بجواز المجاز القريب و عدم جواز المجاز البعيد. ففصل في المجاز القريب بين ما لو كانت قرينته لفظا حقيقيا و بين ما كانت غيره فلا يجوز. و لكنّا لم نجد به قائلا، و سألنا الحاكي فلم يعرفه» (3).

(1) كلفظ «بعت» في إنشاء البيع.

(2) كلفظ «ملّكت» مثلا في إنشاء البيع، فإنه يصح إنشاؤه به شرعا مع عدم وضعه لغة للبيع.

(1): حاشية المكاسب، ص 27

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 207

(3) غاية الآمال، ص 222

الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع (1)، فيفيد إرادة نفسه (2) بالقرائن، و هي على قسمين عندهم جليّة و خفيّة.

و الذي (3) يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة، و الفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع

(1) كلفظ «سلطتك» إذا فرض قيام دليل شرعا على الإكتفاء به في مقام الإنشاء، بحيث يكون «سلطتك» بمنزلة «بعتك» وإن لم يكن لفظ «سلطتك» موضوعا لغة لعنوان البيع، لأنّه وضع للالزام البيع و هو السلطنة، فلفظ «سلطتك» وضع للسلطنة التي هي من لوازم التمليك الذي هو مفهوم البيع، على ما تقدّم تعريفه في كلام المصنف.

(2) أي: أنّ اللازم يفيد نفس العقد الذي هو الملزوم، فإن إرادته من التسليط- الذي هو لازمه- منوطة بالقرائن التي تنقسم إلى الجليّة و الخفيّة.

(3) غرضه قدّس سرّه التعرض لما ينافي نسبة الحكم المزبور- أعني به اعتبار الوضع اللغوي في ألفاظ العقود، و عدم إنشائها بالمجازات و الكنايات- إلى المشهور، و ذلك لوجهين:

أحدهما: النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة، حيث يظهر منها الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي في العنوان الاعتباري الإنشائي.

ثانيهما: الفتاوى المتعرضة لصيغ العقود.

فهذان الوجهان يشهدان بمنع النسبة المزبورة إلى المشهور، فلا تعتبر الصراحة و لا الدلالة الحقيقية المستندة إلى الوضع اللغوي. هذا بحسب الدعوى.

و استدلّ المصنف قدّس سرّه بنقل جملة وافية من عبارات الأصحاب في إنشاء البيع و النكاح و الوقف و الرهن و غيرها كما سيأتي في المتن، و لم يذكر هنا من الروايات شيئا، فلا بأس بالتبرّك بذكر جملة منها:

الأولى: ما ورد فيها إنشاء البيع بلفظ الأمر، مثل ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن السّمسار أ يشتري بالأجر؟ الى أن قال،



فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت، فقال: لا بأس» (1).

و ظاهر الخبر - بملاحظة تقريره عليه السلام - كفاية إنشاء البيع بلفظ الأمر، و جواز تخيير المشتري بين الأخذ و التّرك.

و نحوه ما ورد في بيع اللبن في الصّرع بعد حلب مقدار منه في الاسكرّجة (2).

و بهذا المضمون روايات أخرى في الأبواب المتفرقة.

الثانية: ما ورد فيها إنشاء البيع بصيغة المضارع، مثل ما في معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قدم لأبي متاع من مصر، فصنع طعاما و دعى له التجار، فقالوا له: نأخذ منك بده دوازده، فقال لهم أبي: و كم يكون ذلك؟ فقالوا: في العشرة آلاف ألفان، فقال لهم أبي: فإني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألف درهم، فباعهم مساومة» (3). و ظاهره صحة البيع بصيغة المضارع مع عدم تعقب إيجابه عليه السلام بقبولهم، بل يستفاد القبول من قولهم: «نأخذ منك».

و نحوه ما ورد في شراء العبد الأبق مع الضميمة (4).

الثالثة: ما ورد في بيع الصرف من إنشاء المعاملة تارة بلفظ «أخذ منك المائة بمائة و عشرة» كما في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (5)، و يكون بطلان البيع لأجل الرّبا.

و أخرى من إنشائها بلفظ التحويل كما في رواية إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام من قول المشتري للصّرف: «حوّلها - أي الدراهم الوضع - لي دنانير» (6) الحديث، و تقريره عليه السلام إمضاء لوقوع بيع الصّرف بلفظ التحويل.

(1): وسائل الشيعة، ج 12، 394، الباب 2 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 2

(2) المصدر، ص 259، الباب 8 من أبواب عقد البيع، الحديث: 2

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 385، الباب 14 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 1

(4) وسائل الشيعة، ج 12، ص 263، الباب 11 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 2

(5) وسائل الشيعة، ج 12، ص 467، الباب 6 من أبواب الصرف، الحديث: 3

(6) وسائل الشيعة، ج 12، ص 463، الباب 4 من أبواب الصّرف، الحديث: 1

و ثلاثة من إنشائها بالاستبدال و التبديل كما في رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يستبدل الكوفية بالشامية وزنا بوزن، فيقول الصيرفي: لا أبدل لك حتى تبدل لي يوسفية بغلة وزنا بوزن، فقال: لا بأس» (1).

الرابعة: ما ورد في بيع الزرع و الثمار من إنشاء المعاملة تارة بلفظ «أبتاع» كما في رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في زرع بيع و هو حشيش، ثم سنبل؟ قال: لا بأس إذا قال: ابتاع منك ما يخرج من هذا الزرع ..» الحديث (2).

و أخرى بلفظ التقبل كما في معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة و إن شئت فأكثر، و إن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر» (3).

الخامسة: ما ورد في إنشاء عقد الصلح بقول أحد الشريكين للآخر: «لك ما عندك و لي ما عندي» و قد تقدم في (ص 71) السادسة: ما ورد في إنشاء المزارعة بلفظ المضارع، كما في خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا ينبغي أن يسمي بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك، و لك منها كذا و كذا» الحديث (4). و لا يخفى ظهوره في صحة الإنشاء بلفظ المضارع، مع تقدم القبول فيه على الإيجاب.

السابعة: ما ورد في عقد المساقاة من إنشائها بلفظ الأمر، كما في معتبرة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل يعطي أرضه و فيها ماء أو نخل أو فاكهة، و يقول: اسق هذا الماء و اعمره، و لك نصف ما أخرج الله عزّ و جلّ منه؟ قال: لا بأس» (5) فإنّ تقريره عليه السلام لما حكاها السائل من الصيغة دليل على صحة المساقاة بلفظ الأمر.

(1): وسائل الشيعة، ص 469، الباب 7 من أبواب الصرف، الحديث: 1

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 22، الباب 11 من أبواب بيع الثمار، الحديث: 9

(3) وسائل الشيعة، ج 13، ص 8، الباب 2 من أبواب بيع الثمار، الحديث: 4

(4) وسائل الشيعة، ج 13، ص 201، الباب 8 من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، الحديث: 10

(5) وسائل الشيعة، ج 13، ص 202، الباب 9 من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة، الحديث: 2

بقول مطلق (1)، وفي بعض أنواعه (2)، وفي غير البيع من العقود اللازمة هو (3) الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله:

«بعت و ملكت» و بين قوله: «نقلت إلى ملكك» أو «جعلته ملكا لك بكذا»

---

الثامنة: ما ورد في وقوع عقد المضاربة بغير الصيغة المعهودة، كما في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في الرجل يعطي المال، فيقول له: أنت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها، واشتر منها، قال: فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن» «1» و ظاهرها تحقق المضاربة بإعطاء المال، و ضمان العامل بمخالفة رب المال بتجاوزه عن البلدة المعينة للعمل و الاتجار فيها.

و المستفاد من مجموع هذه النصوص و غيرها جواز الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود من العقد أو الإيقاع، و لا تتوقف الصحة على صراحة الصيغة كما في التذكرة، و لا على الظهور الوضعي كما حكي عن المصاييح، بل كما يجوز إنشاء البيع بلفظ «بعت» فكذا يجوز بلفظ «ملك و نقلته إلى ملكك» و نحوهما من الألفاظ الظاهرة عرفا في إنشاء الأمر الاعتباري البيعي.

(1) يعني: جميع أقسام البيع، سواء أكان المبيع كليا أم شخصا، و سواء أكان عرضا أم نقدا كالدرهم و الدينار، و سواء أكان البيع برأس المال أم بأزيد منه أم بوضيعة منه، و غير ذلك من الأقسام، فيجوز إنشاء البيع في هذه الأقسام بما ليس صريحا فيه، كإيجابه بلفظ «السلم» مع كون المبيع شخصا حالًا لا مؤجلا.

(2) كإنشاء بيع الصّرف بلفظ التبديل و التحويل، و إنشاء بيع الزرع بلفظ التقبّل، و إنشاء بيع التشريك بلفظ «شركتك» و بيع التولية بلفظ «وليتك» مع عدم صراحة هذه الألفاظ في مفهوم البيع و هو إنشاء تملك عين بمال.

(3) خبر قوله: «و الذي يظهر».

---

(1): وسائل الشيعة، ج 13، ص 181، الباب 1 من كتاب المضاربة، الحديث: 2

و هذا (1) هو الذي قوّاه جماعة من متأخري المتأخرين.

و حكي عن جماعة ممن تقدّمهم كالمحقق على ما حكي عن تلميذه كاشف الرموز «أنّه حكى عن شيخه المحقق: أنّ عقد البيع لا يلزم منه لفظ مخصوص» وأنّه (2) اختاره أيضا.

و حكي عن الشهيد رحمه الله في حواشيه «أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه مثل: أسلمت إليك و عاوضتك» (3).

و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين (4).

---

(1) يعني: الإكتفاء بكل لفظ ظاهر عرفا بنحو يعتدّ به. و مقصود المصنف قدّس سرّه عدم تفرّده بهذا الإكتفاء، لأنّه مختار جمع من طبقة متأخري المتأخرين كالمحدث الفيض في محكي المفاتيح «1»، و صاحب الحدائق «2». بل يستفاد من كلمات المتقدمين أيضا كما سيأتي نقل جملة منها في المتن، و قد ابتدأ الماتن بحكاية ما ذكره في البيع، ثم ما يتعلق بصيغ سائر العقود.

(2) معطوف على «أنّه» يعني: و حكي عن الفاضل الآبي أنّه اختار مذهب المحقق. قال في بيع الفضولي: «و إذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا- و هو المحقق- دام ظله، لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، و لا للبيع لفظ مخصوص، بل يشكل على الشيخين، لأنّهما يخالفانه في المسألتين. و المختار عندنا اختيار شيخنا دام ظله» (3).

(3) قال في مفتاح الكرامة: «فجوّز- أي الشهيد- البيع بكل لفظ دلّ عليه، فقال: مثل: قارضتك و سلّمت إليك، و ما أشبه ذلك» (4).

(4) قال في المسالك: «غير أن ظاهر كلام المفيد قدّس سرّه يدل على الإكتفاء في تحقق البيع بما دلّ على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضا. و قد كان بعض

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 150

(2) الحدائق الناظرة، ج 18، ص 354

(3) كشف الرموز، ج 1، ص 446، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 150

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 150

بل هو ظاهر العلامة في التحرير، حيث قال: «إنَّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النقل مثل: بعتك، أو ملكتك، أو ما يقوم مقامهما (1)» «1». ونحوه المحكي عن التبصرة والإرشاد (2)، وشرحه لفخر الإسلام.

فإذا كان (2) الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك أو جعلته ملكا لك بكذا؟» بل (3) ربما يدعى: أنّه (4) ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ وأتباعه (5)

---

مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضا، لكن يشترط في الدال كونه لفظا. وإطلاق كلام المفيد أعم منه» (3).

(1) من كل لفظ يدلّ على إنشاء البيع وإن لم تكن دلالاته عليه بالوضع، وعليه فيمكن نسبة عدم اعتبار لفظ خاص في البيع إلى العلامة قدس سرّه.

(2) هذا ما استنتجه المصنف من كلام العلامة وغيره. ووجهه: أنّ البيع لما كان بمعنى «نقل العين» لزم جواز إنشائه بلفظ النقل وما يفيد.

(3) الإتيان بكلمة الإضراب من جهة أنّ مختار العلامة قد علم من تصريحه بقوله: «أو ما يقوم مقامهما» والمدعي لكفاية مطلق اللفظ يقول بعدم الحاجة إلى هذا التصريح، وذلك لكفاية نفس إطلاق اعتبار الإيجاب والقبول في جواز الإنشاء بكلّ لفظ يدلّ على مقصود المتعاملين.

(4) أي: أنّ الإكتفاء بكلّ لفظ له ظهور معتدّ به في المعنى المقصود.

لكن يمكن المناقشة فيه بورود الإطلاق في مقام اعتبار أصل اللفظ، لا في مقام بيان صحة إنشائه بكلّ لفظ له ظهور في المعنى المقصود من العقد أو الإيقاع، فتدبر.

(5) قال في مفتاح الكرامة: «وقد يدعى أنّه- أي أنّ عدم اعتبار لفظ

---

(1): تحرير الأحكام، ج 1، ص 164

(2) تبصرة المتعلمين، ص 88، إرشاد الأذهان، ج 3، ص 359

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 147

ص: 346

وقد حكى (2) عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السلم.

مخصوص - ظاهر الأكثر كالشيخ وأبي يعلى وأبي القاسم القاضي وأبي جعفر محمد ابن علي الطوسي وأبي المكارم حمزة الحلبي وغيرهم، حيث اقتصروا على الإيجاب والقبول مطلقين، من دون تنصيص على لفظ مخصوص» (1).

(1) إشارة إلى: أنّ إطلاق كلام من إطلاق ناظر إلى اعتبار هذا الجنس في مقابل غيره كالفعل، وليس مسوقاً لبيان صحة الإيجاب والقبول بكلّ لفظ له ظهور في إنشاء عنوان العقد أو الإيقاع. ولا بأس بنقل عبارة واحدة من عبارات الذين أطلقوا في المقال حتى تكون أنموذجاً نهتدي بها إلى حقيقة الحال، وهي عبارة الغنية، قال فيها: «أمّا شروطه فعلى ضريرين: أحدهما شرائط صحة انعقاده، والثاني شرائط لزومه. فالضرب الأوّل ثبوت الولاية في المعقود عليه، وأن يكون معلوماً مقدوراً على تسليمه منتفعا به منفعة مباحة، وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، من غير إكراه ولا إجبار إلّا في موضع» (2). انتهى المقصود من كلامه زيد في علوّ مقامه.

ومثله المحكي عن الشيخ رحمه الله في المبسوط.

(2) الحاكي هو الشهيد الثاني في المسالك، حيث قال في الاستدلال على ما أفاده المحقق من انعقاد البيع بلفظ السلم: «وهذا هو اختيار الأكثر» (3). ونسبه السيد العاملي إلى العلامة والمحقق والشهيدين والمحقق الثاني (4).

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 150

(2) غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية)، ص 523

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 405

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 149

(1) كَالْمَحْقِقِ وَالْعَلَامَةِ وَالشَّهِيدِ قَدَّسَ سِرَّهُمْ «(1)».

(2) يَعْنِي: كَمَا جَوَّزَ جَمَاعَةٌ انْعِقَادَ الْبَيْعِ بِلَفْظِ السَّلْمِ - الْمَوْضُوعُ لِنَوْعٍ خَاصٍ مِنْهُ - فَكَذَا صَرَّحَ جَمَاعَةٌ بِانْعِقَادِ بَيْعِ التَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ بِلَفْظِ «وَلَيْتِكَ وَشَرِّكَتِكَ» مَعَ عَدَمِ كَوْنِهِمَا مَوْضُوعَيْنِ لُغَةً لِلتَّمْلِيكِ الْبَيْعِيِّ، بَلْ يَدُلُّانِ عَلَيْهِ بِالْقَرِينَةِ.

وَلَا بَأْسَ بِتَوْضِيحِ هَذَيْنِ الْقَسْمَيْنِ، فَنَقُولُ: إِنَّ الْمَعْرُوفَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ تَقْسِيمَ الْبَيْعِ بِاعْتِبَارِ الْإِخْبَارِ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَعَدَمِ الْإِخْبَارِ عَنْهُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ، لِأَنَّهُ إِنْ أَخْبَرَ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ فَبَاعَهُ بِزِيَادَةٍ كَانَ مَرَابِحَةً، وَإِنْ بَاعَهُ بِنَقِيصَةٍ كَانَ مَوَاضِعَةً، وَإِنْ بَاعَهُ بِنَفْسِ الثَّمَنِ كَانَ تَوْلِيَةً، وَإِنْ لَمْ يَخْبَرَ بِرَأْسِ الْمَالِ أَصْلًا كَانَ مَسَاوِمَةً.

وَزَادَ الشَّهِيدُ فِي الدَّرُوسِ وَاللَّمْعَةِ قَسْمًا خَامِسًا وَسَمَّاهُ التَّشْرِيكَ. وَفَسَّرَهُ بِقَوْلِهِ: «وَالتَّشْرِيكَ هُوَ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ فِيهِ نَصِيبًا بِرَأْسِ مَالِهِ، وَهُوَ بَيْعٌ أَيْضًا. وَلَوْ أَتَى بِلَفْظِ التَّشْرِيكِ فَالظَّاهِرُ الْجَوَازُ، فَيَقُولُ: أَشْرَكَتِكَ فِي هَذَا الْمَتَاعِ نَصْفَهُ بِنَصْفِ ثَمَنِهِ» «(2)».

وَمَحْصَلُهُ: أَنَّ التَّشْرِيكَ بَيْعٌ جُزْءٌ مَشَاعٌ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي بَذَلَهُ الْمُشْتَرِي، فَهُوَ نَظِيرُ بَيْعِ التَّوْلِيَةِ فِي كَوْنِهِ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ بِنَفْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَا أَزِيدُ مِنْهُ وَلَا أَنْقُصُ. وَلَكِنَّهُ يَفْتَرِقُ عَنِ بَيْعِ التَّوْلِيَةِ بِأَنَّ التَّشْرِيكَ بَيْعٌ كَسَرَ مَشَاعٌ مِنَ الْمَبِيعِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى زَيْدٌ دَارًا مِنْ عَمْرٍو بِأَلْفِ دِينَارٍ، وَارْتَدَى بَيْعُ نَصْفِهَا مِنْ بَكْرٍ بِخَمْسِمِائَةِ دِينَارٍ، فَيَقُولُ: «شَرِّكَتِكَ بِنَصْفِهِ بِنِسْبَةِ مَا اشْتَرَيْتَ» أَوْ: «أَشْرَكَتِكَ بِنَصْفِ الثَّمَنِ» فَيَقْبَلُهُ بَكْرٌ. وَيَصِيرُ شَرِيكًا فِي الدَّارِ مَعَ زَيْدٍ، وَلكلٍّ مِنْهُمَا نَصْفُهَا. قَالَ الشَّهِيدَانِ قَدَّسَ سِرَّهُمَا: «وَهُوَ أَيُّ التَّشْرِيكِ فِي الْحَقِيقَةِ بَيْعُ الْجُزْءِ الْمَشَاعِ بِرَأْسِ الْمَالِ، لَكِنَّهُ يَخْتَصُّ عَنِ مَطْلُوقِ الْبَيْعِ بِصَحْتِهِ بِلَفْظِهِ» «(3)».

وَحَيْثُ اتَّضَحَ بَيْعُ التَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ فَنَقُولُ: إِنَّ غَرَضَ الْمُصَنِّفِ قَدَّسَ سِرَّهُ مِنْ

(1): رَاجِعْ: شَرَائِعَ الْإِسْلَامِ، ج 2، ص 42 و 43، تَذَكُّرَةُ الْفُقَهَاءِ، ج 1، ص 545، قَوَاعِدُ الْأَحْكَامِ ص 53، (الطَّبَعَةُ الْحَجْرِيَّةُ) الدَّرُوسُ الشَّرْعِيَّةُ، ج 3، ص 221

(2) الدَّرُوسُ الشَّرْعِيَّةُ، ج 3، ص 221

(3) الرُّوضَةُ الْبَهِيَّةُ، ج 3، ص 437

بانعقاده (1) بقوله: «وليتك العقد، أو: وليتك السلعة» و التشارك (2) في المبيع بلفظ «شركتك».

الاستشهاد بكلام جماعة في هذين البيعين هو: أنّ تجويزهم إنشاء بيع التولية بلفظ «وليتك» دليل على كفاية مطلق اللفظ في البيع و عدم اعتبار الصراحة فيه. وجه الدلالة: أنّ معنى «وليتك العقد أو السلعة» ليس تمليك عين بعوض - الذي هو حقيقة البيع - بل معناه جعل المشتري متوليا على العقد أو السلعة التي باعها بنفس الثمن الذي اشتراها به، و دلالة التولية على بيع المتاع برأس المال يكون بالقربنة كالمقولة بين المتبايعين قبل العقد، هذا.

و كذا الحال في البيع بالتشارك، فإنّ قول البائع، «أشركتك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه» لا يدلّ بالوضع على «إنشاء تمليك عين بمال» إلاّ مع القرينة، لأنّ «الشركة» أعم من أن تكون في العين و المنفعة، و من كونها حاصلة بسبب قهري كالإرث أو اختياري كالمزج و غير ذلك من موجباتها.

و على هذا فتجويزهم بيع التولية و التشارك بغير لفظ البيع - و التمليك و النقل و التبديل - شاهد على كفاية مطلق اللفظ في انعقاد البيع، و عدم اعتبار الدلالة الوضعية فيه.

(1) أي: بانعقاد بيع التولية. فلا يرد على المصنف: أنّه لا شهادة في جواز إنشاء بيع التولية بهذه الصيغة على جواز إنشاء مطلق البيع بهذا اللفظ.

وجه عدم الوجود: أنّ المصنف لا يقصد الاستشهاد بكلام الجماعة على انعقاد مطلق البيع بلفظ التولية، بل غرضه: أنّ البيع في جميع موارد «تمليك عين بعوض» فإذا جاز إنشاء صنف خاص منه بلفظ التولية - ممّا ليس موضوعا للمبادلة بين المالكين - كان دليلا على صحة انعقاد البيع بالمجاز و الكناية، لأنّ مفاد البيع في جميع أفرادها هو المبادلة بلا فرق بين التولية و المساومة و غيرهما.

(2) ظاهره كونه معطوفا على «بيع التولية» فيكون القائل بجواز التشارك في البيع جماعة كما في التولية، و هو غير بعيد. لكن لم أقف في هذه العجالة على كلام غير



و عن المسالك (1) في مسألة تقبّل أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشي ء معلوم من الثمرة «أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبّل» مع أنّه

الشهيدان قدّس سرّهما في جوازه و عدّه من أقسام البيع، و لذا فالأولى عطفه على «عن الأكثر» يعني: و قد حكي التشريك في المبيع بلفظ شركتك، و إن كان المحكي عنه بعضا لا جماعة.

(1) قال في المسالك: «و ظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ القبالة، و أنّ لها حكما خاصّا زائدا على البيع و الصلح، لكون الثمن و المثل واحد، و هو عدم ثبوت الرّبا لو زاد أو نقص، و وقوعه بلفظ التقبيل، و هو خارج عن صيغتي العقدين» (1).

و التقبّل عبارة عن أن يكون بين اثنين نخل أو شجر أو زرع فيتقبّل أحدهما بحصّة صاحبه - بعد خرص المجموع - بشي ء معلوم على حسب الخرص، و هي معاوضة مستثناة من المزابنة و المحاقلة معا.

و قد دلّ على صحّته شرعا صحيحة يعقوب بن شعيب التي رواها المشايخ الثلاثة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيل [كيلا] مسمّى، و تعطيني نصف هذا الكيل إمّا زاد أو نقص. و إمّا أن آخذه أنا بذلك؟ قال: نعم لا بأس به» (2).

و صحيحة أبي الصلاح الكناني قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة إليهم فخرّص عليهم، فجاءوا إلى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم فقالوا: إنّه قد زاد علينا، فأرسل إلى عبد الله بن رواحة، فقال: ما يقول هؤلاء؟ فقال: خرّصت عليهم بشي ء، فإن شاءوا يأخذون بما خرّصت، و إن شاءوا أخذنا. فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السموات و الأرض» (3).

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 370

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 18، الباب 10 من أبواب بيع الثمار، الحديث: 1

(3) المصدر، ص 19، الحديث: 3

ص: 350

لا يخرج عن البيع أو الصلح (1) أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة «1».

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

و أمّا في غيره (2)، فظاهر جماعة (3) في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فيه، أو: انتفع به و عليك ردّ عوضه، أو: خذه بمثله»

وغيرهما من الأخبار الكثيرة، وإن ردّها الحلّي بناء منه على عدم حجية أخبار الآحاد. و ضعف مبناه يغني عن التكلم في ردّه. و المثبتون اختلفوا في كون هذه المعاملة صلحا أو ييعا أو معاملة مستقلة لازمة.

(1) يعني: أنّ لفظ «التقبّل» أجنبي - بحسب الوضع - عن كلّ من البيع و الصّلمح، فلو كانت القبالة ييعا أو صلحا كان إنشاؤها بصيغة «تقبّل هذا بكذا» شاهدا على كفاية مطلق الدلالة اللفظية. نعم بناء على كون القبالة معاوضة مستقلة كانت الصيغة المزبورة حقيقة فيها.

و عليه فكان المناسب أن يقتصر المصنف على احتمال كونها ييعا أو صلحا حتى يكون لفظ القبالة مجازا فيهما، إذ بناء على الاستقلال لم يلزم مجاز و لا كناية، مع أنّ مقصوده قدس سرّه الاستناد إلى كفاية إنشائها بعنوان القبالة حتى إذا كانت معاملة مستقلة.

إلا أن يقال: إنّ مادّة «القبول و القبالة» لا تدل بالوضع على هذه المعاملة، فتتجه دعوى الماتن من عدم وضع صيغة «قبّلتك» لشيء من البيع و الصلح و المعاملة المستقلة.

(2) أي: غير البيع. و قد أشرنا إلى أنّ المصنف تصدّى لإثبات مرامه - من كفاية مطلق اللفظ في إنشاء العقود اللازمة - بالاستشهاد بكلمات الفقهاء في موضعين، أحدهما فيما يخصّ البيع، و قد فرغ منه. و ثانيهما ما ذكره في سائر العقود، و قد شرع فيه بذكر صيغ القرض.

(3) كالمحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني، فراجع كلماتهم «2».

(1): راجع للوقوف على الأقوال، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 391 و 392

(2) راجع شرائع الإسلام، ج 2، ص 67، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 5. الدروس الشرعية، ج 3، ص 318. مسالك الأفهام، ج 3، ص 440، جامع المقاصد، ج 5، ص 20، وغيرها ممّا نقلها السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 5، ص 33 و 34

ص: 351

وأسلفتك» و غير ذلك (1) ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات (2). مع (3) أنّ القرض من العقود اللازمة (4) على حسب لزوم البيع و الإجارة.

و حكى عن جماعة (5) في الرهن: أنّ إيجابه يؤدّي بكل لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقة عندك» و عن الدروس (6): تجويزه بقوله: «خذه أو أمسكه بمالك».

(1) كقول المقرض: «اصرفه و عليك مثله، و ملكتك بمثله» و لا ريب في أنّ التصرف في العين المقرضة- و الانتفاع بها- من لوازم القرض الذي هو «تمليك مال مع ضمان بدله» مثل «سلطتك عليه بكذا» في باب البيع، و من المعلوم أنّ ذكر اللازم و إرادة الملزوم كناية.

(2) يعني: فلا يعتبر لفظ خاص في إنشاء القرض.

(3) فإنشاؤه بأيّ لفظ مع كونه من العقود اللازمة- و لو من طرف الدائن- يدل على عدم اعتبار لفظ خاص فيه.

(4) لعلّ مراده قدّس سرّه لزوم القرض من طرف المقرض، أو اللزوم من طرف المقرض أيضا إذا شرطاه في عقد لازم كالبيع و الإجارة. و إلاّ فيشكل عدّ القرض بنفسه من العقود اللازمة، فمقتضى تصريح الشهيد الثاني و ظاهر المحقق الثاني قدّس سرّهما كون القرض من العقود الجائزة، فراجع «1».

(5) قال السيد الفقيه العاملي: «و صريح الشرائع و التحرير و الكتاب- يعني القواعد- و التذكرة و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح أنه- أي عقد الرهن- لا يختص بلفظ، و لا بلفظ الماضي» «2».

(6) قال الشهيد فيه: «و لو قال: خذه على مالك أو بمالك فهو رهن. و لو قال:

أمسكه حتى أعطيك مالك و أراد الرهن جاز. و لو أراد الوديعة أو اشتبه فليس

---

(1): جامع المقاصد، ج 5، ص 20 و 24، مسالك الافهام، ج 3، ص 440

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 72

و حكي عن غير واحد (1) تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ «تعهدت المال و تقلدته» و شبه ذلك.

وقد ذكر المحقق (2) و جماعة ممن تأخر عنه جواز الإجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد.

---

برهن» (1). و عليه فتجوز إنشاء الرهن بصيغة الإمساك ليس مطلقا، بل مقيد باقترانته بقصد الرهن.

و على كلّ حال فجواز إيجاب الرهن - مع كونه لازما من قبل الراهن - بالألفاظ غير الدالة عليه بالوضع دليل على عدم اعتبار الصراحة أو الظهور الوضعي في إنشاء العقد.

(1) كشيخ الطائفة و العلامة، قال السيد العاملي في شرح قول العلامة: «الصيغة، و هي: ضمنت و تحملت و تكفلت و ما أدّى معناه» ما لفظه: «من الألفاظ الدالة عليه صريحا كتقديده و التزامه، و أنا بهذا المال ظهير، أو كفيل، أو ضامن، أو زعيم، أو حميل، أو قبيل، كما في المبسوط و غيره. و كذا لو قال: دين فلان عليّ كما في التذكرة، لأنّ عليّ ضمان، لاقتضاء عليّ الالتزام» (2).

(2) قال المحقق قدس سرّه: «أمّا لو قال: ملكتك سكنى هذه الدار سنة بكذا صحّ.

و كذا: أعرتك، لتحقق القصد إلى المنفعة» (3) و وافقه المحقق الأردبيلي و غيره. و وجه الصحة - كما في المسالك - هو: «أنّ الإجارة لمّا كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين، و إنّما تفيد تسلّطه على المنفعة و ملكه لاستيفائها كان إطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة، فتصحّ إقامتها مقام الإجارة، كما يصح ذلك بلفظ الملك» (4).

و المسألة خلافية، فاستشكل العلامة في التحرير في جوازه، و منعه في القواعد (5)

---

(1): الدروس الشرعية، ج 3، ص 383

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 351

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 179

(4) مسالك الأفهام، ج 5، ص 173

(5) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 74

و تردّد جماعة (1) في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة.

وقد ذكر جماعة (2) جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة.

---

و وافقه في المنع المحقق و الشهيد الثانيان «1».

و على تقدير الجواز فلا ريب في كون العارية مجازاً في «تمليك المنفعة بعوض معيّن» عند وجود القرينة و القصد إلى تمليك المنفعة و أخذ العوض، فتمام المناط في انعقاد الإجارة بلفظ العارية هو القصد إلى تمليك المنفعة سواء أ كان الدالّ عليه حقيقة أم كناية أم مجازاً. و عليه فيكون فتوى المحقق دليلاً على صحة التجوّز في صيغ العقود.

(1) كالمحقق و الشهيد في اللمعة، قال في الشرائع: «و كذا- أي لم تصح الإجارة- لو قال: بعتك سكنها سنة، لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان، و فيه تردّد» «2». و وجه التردّد: أنّ البيع موضوع لنقل الأعيان، فلا ينشأ به نقل المنافع، فلا يجوز، و أنّه مع التصريح بقصد تمليك المنفعة ينبغي الجواز.

و كيف كان فنفس تردّد المحقق قدس سرّه شاهد على عدم اعتبار الصراحة في صيغ العقود، إذ لو كانت معتبرة فيها لم يبق وجه للتردّد، بل تعيّن الحكم بالبطلان.

(2) كالمحقق و العلامة و غيرهما قدس سرّهم، قال في الشرائع: «و عبارتها أن يقول:

زارعتك، أو: ازرع هذه الأرض أو سلّمتها إليك- و ما جرى مجراه- مدّة معلومة بحصّة من حاصلها». و زاد العلامة في التذكرة على الصيغ المذكورة ألفاظاً أخرى و هي: «أو قبّلتها بزراعتها أو بالعمل فيها مدة معلومة .. أو خذ هذه الأرض على هذه المعاملة و ما أشبه ذلك، و لا تنحصر في لفظ معيّن، بل كل ما يؤدّي هذا المعنى» و في القواعد زيادة صيغة «عاملتك» «3».

---

(1): جامع المقاصد، ج 5، ص 83، مسالك الأفهام، ج 5، ص 173

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 179، الروضة البهية، ج 4، ص 328

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 149، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 337، قواعد الأحكام، ص 94 (الطبعة الحجرية).

و عن مجمع البرهان (1)- كما في غيره- أنه لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا.

و عن المشهور (2) جوازها بلفظ «أزرع».

---

و حكى السيد العاملي انعقادها بما أشبه هذه الصيغ عن آخرين، فراجع.

و الغرض: أنّ ما عدا لفظ «زارعتك» لا يدلّ بحسب الوضع اللّغوي على عقد المزارعة، و لا بدّ من قرينة معيّنة للمراد، فهذا دليل على جواز الإكتفاء بمطلق اللفظ في العقود اللّازمة.

(1) ظاهر العبارة: أنّ المحقق الأردبيلي جوّز إنشاء المزارعة بالألفاظ المتقدمة إلّا صيغة الأمر المذكورة في الشرائع و التذكرة وغيرهما، فاعتبر الماضوية فيها. و لعلّ المصنف قدّس سرّه اعتمد في نقل كلامه على مفتاح الكرامة «1» أو غيره، و إلّا فالمحقق الأردبيلي استظهر انعقادها بالمضارع و الأمر، قال: «و الظاهر أن لا خلاف في الجواز بكل لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضيا، و الظاهر جوازها بالأمر أيضا» فراجع «2».

(2) المناسب إلى المشهور هو الشهيد الثاني في الروضة، حيث قال: «و المشهور جوازها بصيغة: ازرع هذه الأرض» «3».

و في الرياض: «و استدللّ الأكثر بالصحيح السابق و نحوه على جواز المزارعة و المساقاة بصيغة الأمر» «4».

لكن تأمّل السيد العاملي في صحة النسبة «5»، فراجع.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 7، ص 299

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 96 و 98

(3) الروضة البهية، ج 4، ص 476

(4) رياض المسائل، ج 1، ص 611

(5) مفتاح الكرامة، ج 7 ص 299

ص: 355

وقد جَوَّز جماعة (1) الوقف بلفظ «حرّمت و تصدّقت» مع القرينة الدالّة على إرادة الوقف، مثل «أن لا يباع و لا يورث» مع عدم الخلاف- كما عن غير واحد- على أنّهما من الكنايات (2).

و جَوَّز جماعة (3) وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع، مع أنّه ليس صريحاً فيه.

---

(1) كالمحقّق و العلامة و الشهيدين و المحقّق الثاني قدّس سرّهم «1»، ففي اللّمة و شرحها:

«و أمّا حبّست و سبّلت و حرّمت و تصدّقت فمفتقر إلى القرينة كالتأييد، و نفي البيع و الهبة و الإرث، فيصير بذلك صريحاً» (2).

و لا يخفى صراحة كلامهما في افتقار بعض الصيغ إلى القرينة، مع عدم وضعها بأنفسها للوقف، مع أنّه يجوز إنشاؤه بها.

(2) و وجه كون «حرّمت و تصدّقت و أبّدت» كناية عن الوقف- كما في جامع المقاصد- هو اشتراكها في الاستعمال بين الوقف و بين غيره، فيتوقّف على ضمّ قرينة تدلّ على حكم من أحكام الوقف مثل عدم جواز بيعه و هبته.

(3) كالمحقّق و العلامة في بعض كتبه، و المحقّق الثاني و غيرهم، قال في الشرائع:

«وفي متّعتك تردّد، و جوازه أرجح» (3). و جَوَّزه العلامة في القواعد و الإرشاد، و منع منه في التذكرة «4».

و الغرض أنّ لفظ «التمتع» لم يوضع لغة للنكاح الدائم، فجواز إنشائه به دليل على الإكتفاء باللفظ غير الصّريح.

هذه جملة الكلمات التي استظهر المصنّف قدّس سرّه منها كفاية مطلق اللفظ في العقود

---

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 211، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 427. الدروس الشرعية، ج 2، ص 263. جامع المقاصد، ج 9، ص 8 و 9

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 164

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 273، قواعد الأحكام، ص 147 (الطبعة الحجرية)، إرشاد الأذهان، ج 2، ص 6، جامع المقاصد، ج 12، ص 69 و 70

(4) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 581

ص: 356

و مع هذه الكلمات (1) كيف يجوز أن يسند إلى العلماء- أو أكثرهم- وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له (2)، و أنه (3) لا يجوز بالألفاظ المجازية خصوصا (4) مع تعميمها للقريبة و البعيدة؟ كما تقدّم عن بعض المحققين (5) و لعلّه (6) لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم- من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية في العقود اللازمة- مع (7) ما عرفت منهم من الإكتفاء في

---

اللازمة، و إن كان استفادة الحكم من بعضها لا تخلو من شيء كما تقدم في مطاوي التوضيح.

(1) غرضه الاستنتاج من الفتاوى التي بدأت بقوله: «و الذي يظهر من النصوص و الفتاوى المتعرّضة لصيغها في البيع بقول مطلق، و في بعض أنواعه، و في غير البيع من العقود اللازمة هو الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتدّ به في المعنى المقصود».

(2) أي: الصريح، كما نصّ عليه في التذكرة.

(3) يعني: كيف يجوز أن يسند إلى العلماء المنع من الإنشاء بالألفاظ المجازية؟

(4) قيد ل «لا يجوز» يعني: أنّ المانع من الانعقاد بالمجاز إن كان مانعا عن خصوص المجاز البعيد ربما أمكن توجيهه. و إن كان مانعا عن مطلق المجاز قريبه و بعيده- كما نقله السيد العاملي عن مصابيح السيد بحر العلوم- كان في غاية الإشكال، إذ مع هذه الفتاوى المتقدمة في صيغ العقود اللازمة كيف يمنع عن المجاز القريب؟

(5) و هو العلامة السيد الطباطبائي بحر العلوم قدّس سرّه في المصابيح.

(6) الضمير للشأن. غرضه الجمع بين الكلمات من القول بوجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و عدم جواز إيقاعه بالألفاظ المجازية مع الإكتفاء في أكثر العقود بالألفاظ غير الموضوعة لذلك العقد. و حاصل وجه الجمع الذي أفاده المحقق الثاني هو حمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، و مثل للمجاز البعيد، بالخلع و الكتابة بالنسبة إلى إنشاء البيع، و مثل للمجاز القريب بالتمليك و السلم. و قريب منه كلامه في كتاب النكاح.

(7) متعلق بالتنافي، يعني: التنافي بين ما اشتهر و بين ما عرفت منهم.



أكثرها بالألفاظ غير الموضوعية لذلك العقد جمع المحقق الثاني - على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح - بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة «1»، و هو جمع حسن.

و الأ-حسن منه (1) أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر (2) ليرجع الإفادة بالأخرة إلى

---

(1) لعل وجه الأحسنية هو الأشملية، توضيحه: أن لهم في عدم كفاية الألفاظ المجازية في العقود عبارتين: إحداهما: أنه لا يجوز التعبير بالألفاظ المجازية. و الأخرى: أنه يعتبر كون ألفاظ العقود اللازمة من قبيل الحقيقة، كما أشار إليها بقوله: «أن يراد باعتبار الحقائق».

و الجمع الذي ذكره المحقق الثاني لا ينطبق على العبارة الثانية، إلا بأن يراد بالحقيقة ما هو أعم منها و من المجاز القريب، و هو تكلف بعيد.

بخلاف ما ذكره المصنف قدس سره من وجه الجمع، فإن مقتضاه التوسعة في اعتبار الحقيقة، بمعنى كون الدلالة مستندة إلى الحقيقة، سواء أ كانت هي المفيدة لمضمون العقد ابتداء، بأن يقع الإنشاء به، كأن يقول: «بعثك هذا المتاع بكذا» أم كانت ممّا يستند إليه دلالة اللفظ الذي وقع به الإنشاء، كقوله: «نقلت إليك هذا المتاع بالبيع» فإن نفس اللفظ الذي ينشأ به البيع - و هو لفظ «نقلت» - ليس موضوعا لمعنى البيع، لكن دلالته على البيع يكون بسبب الوضع، حيث إن قرينته - و هي قوله: «بالبيع» - تدلّ بالوضع على معنى البيع، فيصدق على الصيغة: أنها تدلّ بالوضع على معنى البيع.

(2) كما في دلالة «تصدقت» على الوقف بقرينة دلالة لفظ موضوع مثل «لا تباع و لا توهب و لا تورث» و كدلالة «متعت» على النكاح المؤبد بقرينة كلمة «الدائم» الموضوعية للدوام.

---

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 207 و 208، ج 12، ص 70، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 149

ص: 358

الوضع، إذ (1) لا يعقل [1] الفرق في الوضع- الذي هو مناط الصراحة- بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ. وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال (2) أو سبق مقال (3) خارج عن العقد، فإنّ الاعتماد عليه (4) في متفاهم المتعاقدين وإن كان من المجازات القريبة جدًا.

وهذا معنى رجوع دلالة مثل «تصدّقت و متّعت» إلى الوضع، يعني: أنّ القرينة تكون دلالتها وضعية، فتعيّن المراد من ذي القرينة ببركة الوضع.

(1) تعليل لقوله: «و الأحسن منه» وقد عرفت توضيحه.

(2) كما إذا أسّس مكانا للصلاة فيه وعلم من حاله أنّه يريد جعله مسجدا، ولكنّه اقتصر في صيغة الوقف على قوله: «تصدّقت» بدون تعقيبه بقوله: «صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث» فإنّ العلم بالوقفية وإن كان حاصلًا من قرينة حالية، ولكن هذا الإنشاء لا يكفي في مقام الوقف- بناء على توجيه المصنف- لخلو الصيغة عن القرينة اللفظية المعيّنة للمراد.

(3) كما إذا تقاول الرجل والمرأة على النكاح الدائم بدون ذكر قرينة في صيغة العقد، كما إذا قالت: «متّعتك نفسي بكذا» فإنّ القرينة المقالية السابقة على العقد غير كافية حينئذ، بل لا بد أن يوتى بقيد الدوام في نفس العقد.

(4) أي: فإنّ الاعتماد على المقترن بالعقد- من حال أو مقال سابق عليه- رجوع عمّا أسّسوه من دوران صحة العقود مدار الأقوال.

[1] عدم معقولية الفرق في الوضع- بناء على كون مناط الصراحة مطلق الوضع في المراد وإن نشأ من القرينة- وإن كان متينا، لكنه يوجب عدم الفرق حينئذ بين القرينة اللفظية وغيرها، لأنّ ظهور اللفظ في المراد وإن كان بمعونة قرينة حالية أيضا لفظي، فيكون الإنشاء باللفظ الظاهر في المقصود، لا بغيره حتى يكون عدولا عما بنى

رجوع [1] عمّا بني عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد، ولذا (1) [2] لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال تدلّ على إرادة البيع جزماً.

و مما ذكرنا (2) يظهر الإشكال في الاختصار على المشترك اللفظي اتكالاً

---

(1) أي: و لأجل عدم العبرة بغير الأقوال منعوا من تحقق العقد بالمعاطاة حتّى مع سبق مقاولته، أو اقتران التعاطي بقرينة حالّة دالة على إرادة التملك البيعي.

(2) أي: من اعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة- إمّا في نفس الصيغة، و إمّا في قرينتها على المراد، و أنّه لا تكفي القرينة القولية السابقة كالمقاولته، و لا القرينة الحالية المقارنة- يظهر عدم جواز الاختصار في مقام إنشاء العقود على المشترك اللفظي و المعنوي، لقصور اللفظ عن إفهام المقصود ما لم ينضمّ إليه قرينة لفظية. و القرينة الحالية لا عبرة بها، لعدم كونها لفظاً. نعم لو انضمت القرينة الدالة بالوضع على المراد من المشترك صحّ الإنشاء به.

---

عليه من عدم العبرة بغير الألفاظ في إنشاء المقاصد و أمّا بناء على كون مناط الصراحة هو الوضع المستند إلى خصوص وضع اللفظ للمعنى المنشأ به- كما هو صريح تفسيرهم الصريح بما كان موضوعاً لعنوان العقد المنشأ به- فعدم الفرق غير معقول.

و الحاصل: أنّه لم يظهر وجه لحسن ما أفاده فضلاً عن أحسنّيته، فتدبّر.

[1] كيف يكون رجوعاً مع وقوع الإنشاء بالقول، و كذا الإفهام؟ دون الفعل.

[2] فيه: أنّ ما لم يجوّزه عقداً هو الإنشاء بالفعل المقرون بالقرينة، دون الإنشاء باللفظ المفهم للمراد بسبب القرينة، فلا مجال لقياس أحدهما بالآخر.

على القرينة الحالية المعيّنة (1) [1]. وكذا المشترك المعنوي.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا (2) الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله قدس سرّه: «لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب» [1] إذ ليس المراد أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجية. بل المراد أنّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدل على المعنى المنشأ (3) ما لم يقصد [2] الملزوم (4)، لأنّ (5) اللازم الأعم- كما هو الغالب بل المطّرد في الكنايات- لا تدلّ على الملزوم

---

(1) لأنّ ظهوره في البيع منوط بالقرينة، ومثاله «التمليك» المشترك بين البيع والهبة كما قيل.

(2) من عدم جواز الاتّكال على القرينة المقالية السابقة على الإنشاء، أو الحالية المقارنة له. ومقصوده بقوله: «ويمكن» توجيه استدلال العلامة قدس سرّه وجعله موافقا لنفسه في مقام الجمع بين كلمات القوم الذي أفاده بقوله: «و الأحسن منه أن يقال .. إلخ».

(3) وهو عنوان المعاملة- كالبيع- إذا أنشئ بلفظ «نقلت» مثلا.

(4) وهو عنوان العقد كالبيع، يعني: ما لم يقصد المنشئ من اللازم- كالنقل الذي كُتّي به عن البيع- النقل الملازم للمعنى المنشأ وهو البيع. ويرشد إلى هذا التفسير قوله بعد ذلك: «ما لم يقصد المتكلم خصوص .. إلخ».

(5) تعليل لقوله: «لما لم يدل».

---

[1] هذا مناف لما سيذكر من عدم الخلاف في صحة الإيجاب بلفظ «بعت» إذ لا إشكال في كونه مشتركا لفظيا بين البيع والشراء. وكثرة استعماله في البيع ليست من القرائن اللفظية. وهذا وجه آخر لعدم صحة ما أفاده من الجمع المزبور.

[2] قصد الملزوم غير دخيل في الدلالة، ففي العبارة مسامحة. نعم قصد الملزوم دخيل في إنشاء العنوان الاعتباري.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

ص: 361

ما لم يقصد [1] المتكلم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاص، فالخطاب (1) في نفسه محتمل (2) لا يدري المخاطب بمخاطب، وإثما يفهم بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم، والمفروض على ما تقرّر في مسألة المعاظة [2] أنّ النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال (3) لا تؤثر في النقل

---

(1) جزاء الشرط في قوله: «لَمَّا لم يدلّ».

(2) يعني: أنّ الخطاب- المراد به العقد- لعدم اشتماله على لفظ يدلّ على عنوان المعاملة محتمل لإرادة معاملة أخرى، فلا يعلم المخاطب بالعقد بأيّ معنى خاطب به علما مستندا إلى اللفظ، وإثما يفهم المراد بالقرائن الخارجية اللفظية الكاشفة عن قصد المتكلم من اللازم الملزوم.

مثلا: إذا قال البائع: «أدخلته في ملكك بكذا» أو: «جعلته ملكا لك بكذا» أو: «مسّطاً عليه بكذا» لم يدلّ بنفسه على إرادة البيع، لأنّ إدخال المال في ملك المخاطب- وكذا جعله مسّطاً عليه- لازم أعم من البيع، لتحققه به وبالهبّة وبالصلح، ومن المعلوم أنّ اللازم الأعم لا يفيد بمجرد الملزوم الخاص، إلّا أن يقصد البائع خصوص الإدخال والجعل المجتمع مع البيع، مع وجود كاشف عن قيده، حيث إنّه بدون الكاشف يكون خطاب «أدخلته في ملكك» محتملا لعقود متعددة هي ملزومات الخطاب، ولا يتمكن المخاطب من أن يستفيد خصوص البيع أو الهبة مع قطع النظر عن القرائن الخارجية، ولا يعلم أنّ دخول المال في ملكه هل تحقّق بالبيع أم بالهبّة المعوّضة أم بالصلح؟ مع فرض اختلاف أحكامها.

(3) كما في المعاظة، فإنّها فعل مجرّد عن اللفظ.

---

[1] ليست الدلالة تابعة لقصد المتكلم، ومراده قدّس سرّه لا يخلو من خفاء.

[2] قد تقدم أنّها فساد هذه المقايسة.

ص: 362

والانتقال (1)، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به.

لكن هذا الوجه (2) لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية.

ثم إنّه ربما يدعى (3) أنّ العقود المؤثرة في النقل والانتقال أسباب شرعية توقيفية، كما حكى عن الإيضاح من أنّ «كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء» (1) فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن (4).

---

(1) هذا أوّل الوجوه الأربعة في معنى قوله عليه السّلام: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» حيث قال هناك: «إنّ تحريم شيء و تحليله لا يكون إلّا بالنطق بهما، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام، ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال».

ثمّ إنّ الكناية يكون من الثاني، لأنّ نية الملزوم- الذي هو المقصود فيها- قد انكشفت بغير الأقوال، لانكشافها بالانتقال عقلا من لفظ اللازم إلى المعنى الملزوم.

(2) أي: الوجه الذي ذكره لتطبيق كلام العلامة قدّس سرّه- من اعتبار كون الدلالة مستندة إلى اللفظ- لا يجري في جميع أمثلة الكناية، لكونه أخصّ من المدعى وهو إلغاء مطلق الصيغ الكنائية، وذلك لأنّ القرينة في بعضها- مثل: أدخلته في ملكك- لفظية، لأنّ القرينة فيه هو قوله: «في ملكك» وهو لفظ، فيصدق عليه: العقد اللفظي.

(3) الغرض من التعرض لكلام فخر المحققين- بعد توجيه كلام العلامة- هو رفع مانع آخر عمّا ينافي مختار المصنف من كفاية مطلق اللفظ في مقام إنشاء العقود اللازمة، وتوضيحه: أنّ فخر المحققين قدّس سرّه ادّعى حصر جواز الإنشاء في القدر المتيقّن وهو الاقتصار على الحقائق. ولما كانت هذه الدعوى منافية لما أفاده المصنف في الجمع بين الكلمات- من جواز العقد بمطلق اللفظ المفيد له إفادة وضعية ولو كان مجازا محفوظا بالقرينة اللفظية الوضعية- تعرّض لذكره و الإشكال عليه بقوله: «و هو كلام لا محصل له» لمنافاته للروايات وفتاوى العلماء.

(4) يعني: اللفظ الموضوع لذلك العقد، مثل «بعت» في البيع، و «وهبت» في

---

(1): إيضاح الفوائد، ج 3، ص 12

ص: 363

و هو كلام (1) لا محصّل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها.

و أمّا ما ذكره الفخر قدّس سرّه (2) فلعلّ المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعا هي اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به (3) في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بدّ من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا (4) يجوز

---

الهبّة، و «أنكحت» في النكاح، و «وقفت» في الوقف، و هكذا سائر العناوين الاعتبارية.

(1) هذا إشكال المصنّف على فخر الدين قدّس سرّهما. و محصله: مخالفة دعواه للفتاوى المتقدمة، و للنصوص التي تقدم جملة منها، و سيأتي بعضها الآخر في شرائط الصيغة إن شاء الله تعالى.

(2) غرضه توجيه ما أفاده الفخر قدّس سرّه- من وضع الشارع لكل عقد لازم صيغة مخصوصة- بما لا ينافي ما تقدّم في الجمع بين الكلمات من قول المصنّف قدّس سرّه:

«و الأحسن منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية .. إلخ» فيكون الفخر قدّس سرّه موافقا للمصنّف لا مخالفا له.

و ملخص التوجيه: أنّه يحتمل أن يراد بالصيغة المنصوصة في كلام الفخر اشتمال الصيغة على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلا بد من إنشاء عقد النكاح بلفظ النكاح، و البيع بلفظ البيع، و هكذا سائر العقود.

(3) أي: المعبر بذلك العنوان عن تلك المعاملة في كلام الشارع.

(4) متفرع على لزوم اشتمال الصيغة على العناوين المعبر عنها في لسان الشارع، فإنّ «الهبّة» ليست مما عبر بها في لسانه عن النكاح، و لذا لا يجوز إنشاء النكاح بها.

بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك [1]. وهكذا الكلام في العقود المنشئة للمقاصد الأخر كالبيع والإجارة ونحوهما.

فخصوصية اللفظ من حيث (1) اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع أو ما (2) يرادفها لغة أو عرفاً، لأنّها (3) بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى.

وعلى هذا (4) فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في

---

(1) خبر «فخصوصية» يعني: أنّ خصوصية الصيغة- بنظر فخر المحققين- تكون لأجل اشتراط العقود والإيقاعات بخصوص هذه الألفاظ أو ما يرادفها.

(2) معطوف على «العنوانات الدائرة». ولا يخفى أنّ تعميم العنوان للمرادف العرفي واللغوي مبني على توجيه المصنف لكلام الفخر، و إلاّ فعبارة الإيضاح صريحة في الاقتصار على القدر المتيقن مما ورد في الأدلة الشرعية.

(3) يعني: لأنّ العقود بهذه العنوانات من البيع والصلح والنكاح وغيرها موضوعات لأحكام شرعية، كموضوعية عنوان «البيع» لخيازي المجلس والحيوان وغيرهما من الأحكام. فلا- بدّ في تحققها من إنشائها بعناوينها حتى يترتب عليها أحكامها، فلو أنشئت بغيرها كانت أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات مقتضية لعدم ترتب أثر عليها.

(4) أي: وبناء على كون خصوصية اللفظ لأجل اشتمالها على عناوين العقود فالضابط هو .. إلخ. و محصّل ما أفاده: أنّ المناط في إنشاء المعاملات هو الألفاظ

---

[1] الحق صحة العقد بكل لفظ له ظهور عرفي في مضمونه وإن لم يكن بالألفاظ المعبرّ بها عن ذلك المضمون في كلام الشارع، ضرورة أنّ العمومات تشمله، فلو شك في اعتبار لفظ خاص في صحة المعاملة فينفي بالعمومات، فإنّ شمولها لما له ظهور عرفي من الألفاظ ليس بأدون من شمولها للأفعال التي ينشأ بها العقود.



لسان الشارع [1]، إذ لو وقع بإنشاء غيرها فإن كانت لا مع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدّة الاستمتاع - لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة.

الدائرة في لسان الشارع، لا بمعنى الاقتصار على الصيغ المتيقنة كما ادّعاه فخر المحققين، بل نقول بأعميتها منها و مما يرادفها لغة أو عرفاً، فإذا أنشأ البيع بقوله: «ملّكت» صح أيضاً، لاقتراه بذكر العوض، و من المعلوم أنّ «التمليك على وجه المقابلة بين المالين» هو البيع لا غير. و المفروض أنّ ذكر العوض يدلّ بالدلالة اللفظية الوضعية على ما يراد من «ملّكت» فلو لم تكن الصيغة بنفسها موضوعة للعنوان المنشأ، و لم تنضم إليها قرينة لفظية دالة على المراد لم يصح الإنشاء به.

و على هذا فإذا أنشأت المرأة الزوجية بقولها: «وهبت نفسي لك بكذا، أو آجرتك نفسي أو سلّطتك على البضع بكذا» لم تترتب عليها آثار الزوجية الدائمة و المنقطعة سواء قصدت حصول العلقه بينها و بين الرجل أم لا. أمّا مع القصد فلعدم كون هذه الصيغ معهودة من الشارع في مقام إنشاء الزوجية، بل المعهود منها في لسانه هو التزويج و النكاح و التمتع بالدوام لا التسليط و الهبة و شبههما. فهذه كنايات عن التزويج، لأنّ لازم تحقق الزوجية في وعاء الاعتبار هو سلطنة الزوج على البضع و حلية الاستمتاع، و لا عبرة بالكناية كما تقدم.

و أمّا بدون القصد إلى الزوجية بأن كان مقصودها من «وهبت نفسي لك» إنشاء عقد الهبة حقيقة كان لغوا، إذ لا معنى لأن تهب المرأة نفسها لرجل أجنبي.

[1] بل الضابط ما عرفته من اعتبار كون اللفظ المنشأ به العقد ظاهراً عرفياً مضمون العقد و إن لم يكن بتلك العنوانات الدائرة في لسان الشارع، فإنّ المنشأ مفاهيم تلك العناوين بأي لفظ كان.

وإن كانت بقصد (1) هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت أن تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار المقاصد بالأقوال (2). فما ذكره الفخر (3) مؤيد لما ذكرناه (4) واستفدناه من كلام والده (5) قدس سرهما.

وإليه (6) يشير أيضا ما عن جامع المقاصد من «أن العقود متلقاة من

---

(1) يعني: وإن قصدت المرأة عنوان الزوجة الدائمة أو الانتقاعية دخلت صيغة «وهبت نفسي» في الكناية، التي تقدم أن تجويز إنشاء العقود بها رجوع إلى جواز إنشاء مضامين العقود بغير الأقوال الخاصة.

(2) بناء على أن دلالة الكناية على المراد عقلية وإن كان الانتقال من اللازم إلى الملزوم بسبب اللفظ الموضوع للآزم.

(3) من اعتبار صيغة مخصوصة من الشارع لكل عقد لازم.

(4) من اعتبار كون الدلالة مستندة إلى الحقيقة سواء أكانت هي التي أنشئ بها العقد أم كانت هي قرينة اللفظ الذي أنشئ به.

وإلى هنا أخرج المصنف فخر المحققين من المخالفين لمختاره، وأدرجه في الموافقين له. ويستمد المصنف من كلمات الشهيد و المحقق الثانيين والفاضل المقداد لتقوية مرامه.

(5) حيث قال: «لأن المخاطب لا يدري بمخاطب».

(6) أي: وإلى ما ذكره من الضابط المزبور- وهو وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع.. إلخ. فإن قول جامع المقاصد: «لأن العقود متلقاة من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ عقد آخر ليس من جنسه» «1» عبارة أخرى لكلام المصنف قدس سره، إذ المراد باللفظ الآخر الذي ليس من جنس العقد هي الألفاظ المغايرة للعناوين الدائرة على لسان الشارع، كمغايرة «هبة النفس» للزوجة، و مغايرة «الكتابة و الخلع» للبيع، وهكذا.

---

(1): جامع المقاصد، ج 7، ص 83

ص: 367

الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه» [1]. و ما (1) عن المسالك من «أنه يجب الاختصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة» (1).

و مراده بالمنقولة شرعا هي الماثورة (2) في كلام الشارع.

---

(1) معطوف على «ما» في قوله: «ما عن جامع المقاصد» يعني: ويشير إلى ما ذكرناه كلام المسالك في إنشاء عقد الإجارة من وجوب الاختصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة.

(2) يعني: لا ما يتبادر منها من النقل عن معانيها اللغوية إلى المعاني الشرعية، إذ لا يراد هذا المعنى من المنقول هنا، لوضوح أنها في كلام الشارع- كلفظ البيع والصلح والنكاح وغيرها- مستعملة في معانيها الأولى من دون نقل لها إلى معانٍ أخرى.

---

[1] يحتمل قريبا أن يراد بعدم كون اللفظ الآخر من جنسه الألفاظ المجازية المستبشعة، حيث إنها لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء مضمون العقد الذي أراده المتعاقدان حيث لا يكون ما ينشأ بها منشأ لانتزاع تلك العناوين في نظر العرف، لعدم كونها آلة لإنشائها، و من المعلوم أنه لا يصح التمسك حينئذ لصحتها ونفوذها بالعمومات، لأنها منزلة على العناوين العرفية. و أما ما لا يكون ملغى في نظر العرف فيتعيّن البناء على صحة الإنشاء به، من غير فرق بين الحقيقة و المجاز و المشترك اللفظي و المعنوي، عملا بالعمومات أو الإطلاقات المقتضية للصحة و النفوذ من غير مخصّص أو مقيد، إذ لا منشأ لتوهم التخصيص أو التقييد إلا توهم دعوى الإجماع على اعتبار لفظ خاص.

لكنّها ممنوعة جدّا، و الكلمات المتقدمة أقوى شاهد على المنع. و مع الغصّ عن شهادتها بعدم الإجماع فلا أقل من عدم ثبوته، الموجب لمرجعية القواعد العامة المقتضية للصحة.

---

(1): مسالك الأفهام، ج 5، ص 172، و عبارة المتن منقولة بالمعنى. و قريب منه كلامه في عقد النكاح، ج 7، ص 88

ص: 368

وعن كنز العرفان في باب النكاح «أنه حكم شرعي حادث، فلا بد له من دليل يدل على حصوله، وهو العقد اللفظي المتلقى من النص (1) «1» ثم ذكر لإيجاب (2) النكاح ألفاظا ثلاثة، وعللها بورودها في القرآن [1].

و الشاهد على إرادة المأثور عن الشارع من كلمة «المنقولة» هو كلام الشهيد الثاني في إنشاء الإجارة ب «أكرينك» حيث قال: «فهي من الألفاظ المستعملة أيضا- يعني مثل أجرتك- لغة و شرعا في الإجارة، يقال: أكرت الدار فهي مكرأة .. إلخ» (2).

(1) فبدون التلقي من الشارع تقتضي أصالة الفساد عدم تأثير الإنشاء في العنوان المقصود و هو الزوجية.

(2) يعني: ذكر الفاضل المقداد لإيجاب النكاح .. إلخ.

[1] مجرد ورود في مقام الحكاية عن مفاهيمها تشريعا أو إخبارا- كقوله تعالى:

وَ رَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ (3)، وقوله تعالى إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ بِرَبِّكَ وَأَنْ نَكْفُرَ بِالرَّبِّ إِيَّاكَ وَقَوْلِهِ تَعَالَى وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ (5) إلى غير ذلك من الآيات و الروايات المتضمنة لألفاظ العقود- لا يصلح لتقييد أو تخصيص الإطلاقات أو العمومات، بعد صدق عناوينها بإنشائها بألفاظ آخر تدل عليها دلالة عرفية، فإنه مع هذا الصدق تشملها أدلة الصحة و النفوذ، لعدم صلاحية مجرد ورود تلك الألفاظ لتقييد الإطلاقات أو تخصيص العمومات بعد صدق تلك العناوين عرفا بغير ألفاظها، كإنشاء

(1): كنز العرفان للفاضل المقداد، ج 2، ص 146

(2) مسالك الأفهام، ج 5، ص 172

(3) الطور، الآية: 20

(4) القصص، الآية: 27

(5) النور، الآية: 32

ص: 369

و لا يخفى أنّ تعليله هذا (1) كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود، وأنها متلقاة من الشارع، ووجوب الاقتصار على المتيقن (2) [1].

و من هذا الضابط [2] تقدر على تمييز الصريح (3) المنقول شرعا المعهود لغة من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره. و أنّ الإجارة بلفظ العارية غير جائزة [3]، و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه،

---

(1) يعني: أنّ تعليل الفاضل المقداد قدس سرّه- لإيجاب النكاح بخصوص ألفاظ ثلاثة- بالورود في القرآن الكريم يكون كالصريح فيما ذكرناه .. إلخ.

(2) المراد بالمتيقن هو ما دار و تداول في لسان الشارع، لا المتيقن بحسب الصراحة و الظهور لغة.

(3) المراد بالصريح في نظر المصنف قدس سرّه هو وضوح الدلالة بنفسه أو بضميمة قرينة لفظية تدلّ بالوضع على إرادة المقصود من ذي القرينة. و قد تقدّم هذا بقوله: «إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة .. إلخ» راجع (ص 359).

---

البيع بلفظ «ملكت» أو «نقلت في ملكك بكذا» و نحو ذلك ممّا له ظهور عرفي في إنشاء البيع.

[1] لا- وجه للاقتصار على المتيقن بعد اقتضاء الأصل اللفظي- و هو أصالة العموم- عدم الاقتصار على بعض الألفاظ، و جعل المدار على كل لفظ له ظهور عرفي في إنشاء تلك العناوين الموجب لاندراجها تحت العمومات الدالة على الصحة.

[2] قد عرفت ما هو الضابط، و أنّه ظهور كل لفظ في إنشاء العناوين.

[3] وجه عدم الجواز عدم ظهور لفظ العارية عرفا في مفهوم الإجارة، لا كونه خارجا عن الألفاظ المنقولة شرعا.

(1) يعني: أن لسائر العقود ألفاظا مأثورة عن الشارع أيضا، لكن بعضها يدل على العنوان الاعتباري بنفسه، وبعضها يدل عليه بمعونة قرينة، كدلالة «تصدقت» على الوقف بمعونة قوله: «لا تباع ولا توهب ولا تورث أبدا» ولا مانع من الإنشاء بكلا القسمين.

هذا تمام الكلام في البحث الكبروي، وهو أصل اعتبار الصراحة والظهور الوضعي في مواد ألفاظ العقود، وسيأتي الكلام في صغريات هذا البحث إن شاء الله تعالى.

[1] التحقيق في مواد صيغ العقود: أن موضوع الحكم في المعاملات سواء أكانت يباع أم غيره هو المعاملات المسببية، لأنها بالحمل الشائع عقد وتجارة و صلح وهبة وغيرها مما أخذ عرفا و شرعا موضوعا لأحكام.

وهذا المعنى المسببي قد ينشأ بالهيئة التي تؤخذ من المواد الصادقة عليها عناوين المعاملات بالحمل الأولي، نظير: بعت و آجرت و صالحت.

وقد ينشأ ما يكون بالحمل الشائع أحد العناوين المزبورة من البيع وغيره بغير ما ذكر من الألفاظ المأخوذة من المواد الصادقة عليها عناوين المعاملات، كإنشاء البيع بلفظ «ملكت» والإجارة بلفظ «سلطت» وهكذا.

وقد ينشأ بالكنايات والمجازات، أو بالأفعال والكتابات أحيانا، إلى غير ذلك.

ولا إشكال في أن موضوع وجوب الوفاء عند العقلاء هو المعنى المسببي، فمعنى العقود في قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هي المعاهدات الواقعية والنقل الواقعي، من دون نظر إلى آلات إنشائها وإيجادها، فالتمليك الواقعي مع العوض هو العقد والتجارة الموضوعان لوجوب الوفاء، لا ما هو متحقق بعنوان البيع السببي كلفظ «بعت» فلا وجه لما قيل من لزوم أخذ عناوين المعاملات كالبيع والصلح ونحوهما في الصيغة التي ينشأ بها المسببات.

كما لا وجه لتوهم كون موضوع الأدلة الشرعية كقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الصلح جائز بين المسلمين» (1) هو نفس هذه العناوين بما هي عناوين بالحمل الأولى، إذ الموضوع هي العناوين بالحمل الشائع، سواء أكانت آلة الإنشاء ألفاظا مشتملة على تلك العناوين كبعث في البيع و«هبت» في الهبة ونحوهما، أم لا، فإنَّ الجمود على اعتبار إنشائها بالألفاظ الحاوية لمواد تلك العناوين يقتضي اعتبار إنشاء العقد بلفظ «عاقدت» وإيجاد البيع بخصوص لفظ «بعث» وإنشاء التجارة بلفظ الاتجار. مع أنه لم يحتمل أحد ذلك.

وهذا يدل على عدم اعتبار إنشاء المسببات بخصوص ألفاظ عناوينها الأولية.

فكل معاقدة تحققت بأي سبب عقلائي - من لفظ أو فعل أو كتابة أو كناية بحيث يصدق عليها بالحمل الشائع أحد العناوين من البيع و الصلح والهبة وغيرها - كان موضوعا للأدلة الشرعية، ولوجوب الوفاء بها. فاللازم بيان الألفاظ التي ينشأ بها تلك العناوين المسببية، فنقول: إنَّ تلك الألفاظ مأخوذة تارة من المواد التي تصدق عليها عناوين المعاملات كبعث في إنشاء البيع. وأخرى من ألفاظ الكنايات. وثالثة من ألفاظ مجازية. ورابعة من ألفاظ مشتركة بالاشتراك اللفظي. وخامسة من ألفاظ مشتركة بالاشتراك المعنوي. فهنا أبحاث خمسة:

الأول: في الألفاظ المأخوذة من المواد الصادقة عليها عناوين المعاملات.

ولا ينبغي الإشكال في صحة الإنشاء بها على جميع الأقوال. وقد تقدّم عن المصنف قدس سرّه نفي الخلاف فيه فتوى ونصا.

البحث الثاني: في إنشاء العقود بالكنايات. وقد منع عن الإنشاء بها المحقق النائيني قدس سرّه على ما في تقرير بحثه الشريف.

ومحصّل ما أفاده أمور:

---

(1): وسائل الشيعة ج 13، ص 164، الباب 3 من كتاب الصلح، الحديث: 2

---

أحدها: الفرق بين الحكايات والإيجاديات، بتأدي الأولى بكلّ لفظ غير خارج عن أسلوب المحاوررة و لو مجازاً أو كناية، وعدم تأدي الثانية كذلك، بل بما هو آلة لإيجادها و مصداق لعنوانها، فلا يكون إيجاد اللازم أو الملازم إيجادا للملزوم أو الملازم الآخر.

ثانيها: أنّ الكناية ليست من المجاز، لكون الألفاظ فيها مستعملة في معانيها الموضوع لها، غاية الأمر أنّ استعمال الألفاظ في معانيها الحقيقية يكون بداعي الانتقال منها إلى ملزومها أو لازمها.

ثالثها: أنّ الأغراض الداعية إلى استعمال الألفاظ خارجة عن حيّز العقود والإيقاعات، لعدم كون الألفاظ مستعملة في معانيها الموضوعة لها، ومع عدم الاستعمال فيها لا تصلح تلك الألفاظ لإنشاء العقود بها.

رابعها: انصراف أدلة العقود عن العقود المنشئة بتبعية إيجاد لوازمها، لكمال ضعف هذا النحو من الإيجاد بحيث تنصرف أدلة العقود عنها، ومع الشكّ في دخولها تحت العموم، فالأصل عدم ترتب الأثر عليها «1»، هذا.

أقول: ما أفاده قدّس سرّه لا يخلو من التأمل و الغموض، إذ لا فرق في جواز استعمال الكنايات بين الإخبار و الإنشاء. توضيحه: أنّ الألفاظ في باب الكنايات لا تستعمل إلا في معانيها الحقيقية للدلالة على المعنى المكني عنه، فالأخبار في باب الكناية إخبار حقيقة عن المكني عنه، لا عن المعنى المستعمل فيه الذي هو الموضوع له، فقلوه: «زيد كثير الرماد» مثلاً ليس إخباراً عن كثرة الرماد حقيقة، بل هو إخبار عن جوده.

و الشاهد على ذلك أنّ مناط الصدق و الكذب عند أبناء المحاوررة في مثل «زيد كثير الرماد» هو مطابقة المعنى المكني عنه للواقع و عدمها، لا مطابقة المعاني الموضوعة لها للواقع و عدمها، فلو لم يكن لزيد كثرة الرماد و لا الرماد أصلاً، و لكن كان جواداً

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 105



كان الإخبار صدقا، لأنّ الأخبار ليس عن ذلك، بل عن جوده الموجود بالفرض.

فلو كان المعنى المكني عنه من قبيل الدواعي و كان الإخبار عن كثرة الرماد حقيقة لكان الصدق والكذب تابعين للمخبر به، و هو كثرة الرماد وعدمها. مع أنّه ليس كذلك عند أبناء المحاورّة، إذ مناط الصدق عندهم في هذا الكلام هو كون زيد جوادا، لا ذا كثرة الرماد حقيقة. فالمعاني التي وضعت لها الألفاظ في باب الكنايات مرادة بالإرادة الاستعمالية دون الإرادة الجدّية، فإنّ المراد بهذه الإرادة هو المعنى المكني عنه.

هذا حال الأخبار بالكناية. و كذا الحال في الإنشاء بها، فقلوه: «خذ هذا الكتاب و أعطني درهما عوضه» إنشاء بيع كناية، لأنّ الكناية ليست إنشاء للآزم أو إخبارا به حتى يكون الملزوم مرادا بنحو الداعي، بل المخبر به و المنشأ هو نفس الملزوم بالاستعمال الصوري في المعاني الإفرادية، فهذا الاستعمال آلة للإخبار و الإنشاء.

و من هنا يظهر الفرق بين المعاني الكنائية و المعاني الالتزامية، ضرورة أنّه في الدلالة الالتزامية يقع الأخبار حقيقة عن الملزوم، ثم يدلّ المعنى المطابقي - و هو الملزوم - على الآزم، فالدالّ على المعنى الالتزامي هو المعنى المطابقي، فهو من باب دلالة المعنى على المعنى، فقلوه: «طلعت الشمس» ليس إخبارا عن طلوعها الذي هو يدلّ على وجود النهار، و من المعلوم أنّه من دلالة المعنى على المعنى، لا من دلالة اللفظ على المعنى.

فالمتحصل: أنّه لا مانع عن إنشاء المعاملة المسببية بالكنايات.

نعم يعتبر في الإنشاء بها أن يكون المعنى المنشأ المكني عنه من لوازم أو ملزومات المعاني الموضوع لها التي تستعمل فيها الألفاظ استعمالا صوريا، بحيث تكون تلك الألفاظ المستعملة في معانيها آلة لإيجاد المعنى المكني عنه بحسب المحاورات العرفية. و ليس هذا شأن كل لازم و ملزوم، مثلا قلوه: «خذ هذا المتاع و أعطني درهما عوضه» يكون آلة عند أبناء المحاورّة لإيجاد البيع، بخلاف قلوه: «أنت

مسلط على هذا المال بدينار» فإن مجرد التسليط ليس لازماً للبيع بحيث يكون آلة لإنشاء البيع، إذ يمكن أن يكون التسليط على العين بإزاء مال إجارته، فليس التسليط لازماً مساوياً للبيع حتى يكون إنشاء له.

و من هنا يمكن التفصيل بين الكنايات في جواز إنشاء البيع مثلاً بها بين اللوازم والملزومات، بأن يقال: إن اللازم إن كان مساوياً للملزوم صحَّ إنشاء البيع مثلاً به، وإلا فلا.

وكذا الحال في الإخبار، فإنه يصحَّ الإخبار عن جود زيد بأنه صاحب المضيف، لأنَّ هذه الجملة إخبار عرفاً عن جوده وكثرة ضيوفه، لكون وجود المضيف لازماً عرفاً للجود، فيصحَّ الإخبار عنه بكونه صاحب المضيف. وفي مثل هذا اللازم والملزوم يصحَّ الإخبار عن المعنى المقصود بالكناية. وكذا في الإنشاء، فيصحَّ أن يقال: «عقر الإناء بالتراب» كناية عن ولوغ الكلب فيه، بعد تسلّم كون الولوغ ممتازاً عن غيره من سائر النجاسات بالتعفير.

ويمكن التصالح بما ذكرناه من التفصيل بين اللوازم بين المحقق النائبي قدس سرّه المانع عن إنشاء العقود بالكنايات وبين غيره ممّن أصرَّ على جواز إنشائها بالكنايات، فيقال: إنَّ مقصود الميرزا قدس سرّه من المنع هو الكنايات التي لا تكون المعاني المكتبي عنها ظاهرة من الجمل الكنائية ظهوراً عرفياً، ومقصود غيره هو ما إذا كانت الجمل الكنائية ظاهرة عرفياً في المعاني المكتبي عنها.

وبالجملة: بعد منع توقيفية ألفاظ العقود والإيقاعات إلا ما خرج لا بدّ من الالتزام بإنشاء كلّ عقد وإيقاع بكلّ لفظ له ظهور عرفي في ذلك، سواء أكان ذلك اللفظ مشتقاً من المصدر الذي يكون اسماً لذلك العقد أو الإيقاع أم غيره.

ودعوى: انصراف أدلة النفوذ عن العقود المنشئة بالكنايات كما ترى، إذ بعد فرض ظهور الكناية في إنشاء اللازم بذكر الملزوم أو بالعكس لا وجه للانصراف، بعد شيوع الإنشاء كذلك، وعدم خروج مثل هذا الإنشاء عن الأسباب المتعارفة، مع أنّ الانصراف الناشئ عن ذلك مما لا يعتنى به، كما ثبت في محله، هذا.

البحث الثالث: في إنشاء العقود بالمجازات. وعن شيخ مشايخنا المحقق النائيني على ما قرره عنه شيخنا الفقيه الخوانساري قدس سرهما التفصيل بين المجاز المشهور وعدمه.

و محصّل ما أفاده عبارة عن مقدمة وأمرين.

أمّا المقدمة فهي: أنّ البيع وغيره من عناوين العقود والإيقاعات عنوان بسيط غير مركّب من الجنس والفصل، فيمتنع إيجاده تدريجاً، فالتمليك البيعي والقرضي ونحوهما من الهبة والإجارة ليس جنساً، والبيعيّة والقرضية ونحوهما فصلاً، فالتمليك في الجميع واحد، والاختلاف بينها كالاختلاف بين أفراد البيع، يعني: أنّ الاختلاف بين التملك البيعي وغيره يكون من قبيل اختلاف أفراد البيع في الخصوصيات والمشخصات الفردية.

و أمّا الأمران اللذان رتبهما على هذه المقدمة وجعلهما نتيجة لها فأحدهما: أنّ المجاز غير المشهور لَمّا احتاج إلى قرينة صارفة فلا يمكن إنشاء العقد به، للزوم التناقض بين معناه الحقيقي المدلول عليه بالدلالة التصورية، وبين معناه المجازي المدلول عليه بالدلالة التصديقية، فإذا قال في مقام إنشاء الإجارة: «بعتك منفعة الدكان الفلاني بكذا في مدة كذا» لا يقع إجارة، لأنّ قوله: «بعتك» يدلّ على تملك العين، وقوله: «منفعة الدكان» يدلّ على تملك المنفعة لا العين، وهما متناقضان، ولذا قال المشهور بعدم إفادة قوله: «بعتك بلا ثمن، وأجرتك بلا أجر» للهبة الصحيحة والعارية مع الاحتفاف بالقرينة الصارفة، وليس ذلك إلّا لأجل التناقض المزبور.

و ثانيهما: عدم جواز إنشاء العقود ببعض المشتركات اللفظية والمعنوية، للزوم إيجاد البسيط بالتدرّج، هذا «1».

و أنت خير بما فيه.

أمّا في المقدمة فلما فيها من عدم البساطة، وأن البيع مركّب من جنس اعتباري وهو التملك وفصل اعتباري وهو كونه مع العوض، فاختلاف البيع مع القرض والهبة

(1): منية الطالب، ج 1، ص 106

ص: 376

اختلاف نوعي، فإنّ مفهوم البيع و القرض و الهبة عرفا هو التملك الجنسي المتفصل بالفصول المتقدمة، فاختلافها نوعي لا فردي.

فالحق أنّ ماهيات العقود مركّبات اعتبارية و ليست بسائط. نعم تحقّق الأمر الاعتباري العقلاني منوط بتماميّة أجزاء العقد، فذلك الاعتبار عند العقلاء دفعي الوجود لا تدريجي الوجود. و هذا شيء آخر لا ربط له بماهيّة العقد المركّب من جنس و فصل اعتباريين، فمتى تحقّق إنشاء الموجب الملكيّة بالعوض بدالين و القبول من القابل اعتبر العقلاء عقبيهما انتقال المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع دفعة لا تدريجا، فكلّ من الإنشاء و المنشأ تدريجي التحقّق بتعدّد الدال و المدلول، و اعتبار النقل بالحمل الشائع دفعي بعد تحقّق الإنشاء إيجابا و قبولا، هذا.

و أمّا الأمران اللذان جعلهما نتيجة للمقدمة المزبورة ففيهما: أنّه لا فرق في إنشاء الماهية بين إنشائها بالحقائق، و بين إنشائها بالمشاركات اللفظية و المعنوية و المجازات، فإنّ الكلّ في الإنشاء و الاحتياج إلى تعدد الدال و المدلول على حدّ سواء.

و تحيّل التناقض بين ما يوجد بحسب الدلالة التصورية و بحسب الدلالة التصديقية- يعني بين المعنى الحقيقي التصوري و المجازي التصديقي- في غاية الغموض، لأنّه إن أريد لزوم التناقض بحسب الواقع، ففيه منع واضح، إذ المفروض أنّه لم ينشأ إلا المعنى المجازي، و إنّما جعل اللفظ الموضوع للمعنى الحقيقي الذي استعمل فيه آلة لإيجاد المعنى المجازي، فلا تناقض بين المعنى الحقيقي و المعنى المجازي الذي هو المراد الجدّي.

و إن أريد لزومه بنظر غير المتبايعين، ففيه: أيضا ما لا يخفى، لأنّ ظهور الكلام في معناه- المتحصل من مجموع القرينة و ذبها- منوط بتمامية أجزاء الكلام، فقبل تماميّتها لا ينعقد ظهور في المراد، و بعد تماميّتها يكون ظاهرا في المعنى المجازي فقط.

و مما ذكرنا ظهر حال البحث الرابع، و هو إنشاء العقود بالألفاظ المشتركة اللفظية، و البحث الخامس و هو إنشاء العقود بالألفاظ المشتركة المعنوية، و أنّه لا مانع من الإنشاء

إذا عرفت هذا (1) فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول.

## [المبحث الثاني: ألفاظ الإيجاب والقبول]

### [ألفاظ الإيجاب]

منها (2): لفظ «بعت» في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوى ونصاً. وهو

---

المبحث الثاني: ألفاظ الإيجاب والقبول ألفاظ الإيجاب

(1) أي: ما تقدم من الضابط في صيغ العقود، وهي شرطية دلالة الصيغة وضعا بنفسها أو بمعونة القرينة اللفظية الدالة على المراد بالوضع. وقد عقد المصنف قدس سره هذا المبحث - المتعلق بمواد ألفاظ العقود - لبيان الألفاظ التي ينشأ بها الإيجاب والقبول، وقدّم الكلام في ألفاظ الإيجاب، والمذكور منها في المتن أربعة.

(2) أي: من ألفاظ الإيجاب والقبول، وهذا أول صيغ البيع.

---

بها بعد كون الإنشاء بها بتعدد الدال والمدلول.

ودعوى «انصراف الإطلاقات كما في حاشية الفقيه المامقاني قدس سره عن كل لفظ مجازي أو مشترك لفظي أو معنوي أفاد معنى البيع و لو بالقرينة، لقرب احتمال انصرافها إلى المتعارف» غير مسموعة، لما ثبت في محله من عدم صلاحية التعارف للانصراف المعتقد به.

فالمتحصّل من جميع ما ذكر: أنه لا - مانع من إنشاء العقود والإيقاعات بكلّ لفظ يكون ظاهراً عرفياً في ذلك، من غير فرق بين الكنايات و المجازات بأقسامها، والألفاظ المشتركة اللفظية و المعنوية، لما عرفت من أنّ الأحكام تتعلّق بحقائق المسبّبات من غير أن تتقيّد بتحققها بسبب خاص، مثلاً وجوب الوفاء تعلق بالعقد الواقع بين المتعاقدين، وهو من مقولة المعنى، و لا دخل للألفاظ فيها إلا دخالة الإيجاد. كما أنّ المناسبة بين الحكم و الموضوع تقتضي كون موضوع وجوب الوفاء هو العقد بما هو قرار محترم، لا بما هو موجود باللفظ الكذائي كما لا يخفى.

و لا خلاف في صحة إنشاء الإيجاب به، بل اقتصر بعضهم عليه كما هو ظاهر ابن إدريس «1».

وقد يقال: إنّه يفهم من عبارة الغنية حصر الإيجاب في «بعت» و القبول في «اشتريت و قبلت» و عليه فيكون الحصر معقد الإجماع الذي ادّعاه فيها. لكنه ليس كذلك، لعدم ظهور عبارته في الحصر المدّعى، حيث قال في الغنية: «و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري تحرّزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، و هو أن يقول: بعينه بألف، فيقول: بعتك، فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت حتى ينعقد .. إلى أن قال: يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه. و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به، و ليس على صحته بما عداه دليل» «2».

و الظاهر أنّ منشأ فهم الحصر هو الفقرة الأخيرة، بتخيّل أنّ قوله: «فما اعتبرناه» إشارة إلى «بعتك» من البائع و «اشتريت أو قبلت» من المشتري.

لكنّك خبير بأنّ قوله: «فما اعتبرناه» إشارة إلى ما سبق في أوّل الكلام من اعتبار حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري، لا خصوص لفظ «بعتك» فلاحظ.

(1) قال في المصباح: «باعه يبيعه بيعا و مبيعا فهو بائع و بيّع، و أباعه بالألف لغة، قاله ابن القطاع. و البيع من الأضداد مثل الشراء. و يطلق على كل واحد من المتعاقدين: أنّه بائع. و لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة» «3».

و عن شرح القاموس: التصريح بكونه من الأضداد. بل عن مصابيح العلامّة الطباطبائي قدّس سرّه: «نفي الخلاف عن وضعه للمعنيين، فيثبت أنّه مشترك لفظا

(1): السرائر الحاوي، ج 2، ص 250

(2) غنية النزوع في الأصول و الفروع (ضمن الجوامع الفقهية) ص 524.

(3) المصباح المنير، ص 69

لكن كثرة استعماله (1) في وقوع البيع به تعينه.

ومنها (2): لفظ «شريت» لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل

---

بينهما» (1) [1].

(1) لما كان «البيع» مشتركا لفظيا بين إنشاء الموجب والقابل توقّف جواز الإيجاب به على قيام قرينة معيّنة لأحد المعنيين، وقد أشار المصنف إلى قرينة كثرة استعمال «بعت» في الإيجاب، فيتعين له، دون القبول.

و يؤيده ما في المصباح من أنه إذا أطلق «البائع» تبادر إلى الذهن باذل السلعة.

ويستفاد من كلامه مسألة أصولية، وهي: أن اشتهاار المشترك في أحد معنيه يصير قرينة على تعينه [2].

(2) أي: ومن ألفاظ الإيجاب والقبول لفظ «شريت» وهذا ثاني ألفاظ

---

[1] فما أفاده السيد بقوله: «يمكن أن يقال: إنه مشترك معنوي بين البيع والشراء.. فيكون بمعنى التمليك بالعوض أعم من الصريح كما في البيع، أو الضمني كما في الشراء» (2). لا يخلو من غموض.

إذ فيه أولا: ما عرفته من أنه من الأضداد.

وثانيا: أن التمليك الضمني خارج عن حدود البيع، كما تقدّم في تعريفه.

لكن هذا الاشكال المذكور في تقارير سيدنا الخويي قدّس سرّه (3) لا يخلو من غموض، لأنّ طبيعة التمليك بالعوض تنطبق على فرديها، وهما التمليك الأصلي المسمّى بالبيع، و التمليك الضمني المسمّى بالشراء على نسق واحد، و يتميز أحد الفردين عن الآخر في مقام الإنشاء بالقرائن كجامع الطلب بالنسبة إلى الوجوب والندب.

[2] لكن خالف فيه المحقق القميّ قدّس سرّه- في البحث عن حال الفرد المحلّي- لوجهين:

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 244

(2) حاشية المكاسب، ص 87

(3) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 20





الإيجاب، وهو من الأضداد أيضا. ففي المصباح: «شريت المتاع أشريه: إذا أخذته بثمن أو أعطيته بثمن، فهو من الأضداد» (1).

وفي المجمع: «شراء: يمدّ ويقصر، وهو الأشهر. يقال: شرت الشيء أشريه، وشري شراء: إذا بعته وإذا اشترته أيضا، وهو من الأضداد» (2).

---

أحدهما: عدم مدخلية مجرد الشهرة في أحد معاني المشترك في ترجيحه.

و ثانيهما: معارضة الشهرة في المجاز المشهور بأصالة الحقيقة (3).

وفي كليهما ما لا يخفى. أمّا الأوّل فلأنّ الشهرة وإن لم تكن مرّجة بنفسها، لعدم دليل على الترجيح بها، لكنّها تكون مرّجة، لإيجابها الظهور العرفي.

و أمّا الثاني، فلأنّ الشهرة في المجاز غير الشهرة في اللفظ المشترك، إذ المفروض كون المعنى المشهور حقيقيا، بخلاف المجاز المشهور، فإنّ المعنى المشهور غير الحقيقي، فيعارضه أصالة الحقيقة.

وعليه فلا بأس بما في المتن من قرينة كثرة الاستعمال على تعيّن «بعث» للإيجاب.

مضافا إلى ما تقدم من: أنّ المدار على الظهور العرفي من أيّ سبب حصل، هذا.

واستند صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى قرينتين أخريين:

الأولى: أنّ الابتداء بالمعاملة بحسب الطبع والغلبة يكون من الموجب، فهذا قرينة مقامية على إرادة الإيجاب بلفظ البيع.

---

(1): المصباح المنير، ص 312

(2) مجمع البحرين: ج 1، ص 245

(3) قوانين الأصول، ج 1، ص 220

إلا في البيع (1). وعن القاموس «شراه يشريه ملكه بالبيع، و باعه كاشتره، فهما ضدّ» وعنه أيضا «كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتره (2)» «(1)».

---

(1) وفي الجواهر أيضا: «بل قيل: إنه لم يرد في الكتاب العزيز غيره ..» «(2)»

ولم أظفر بالقائل به.

وكيف كان فقد ورد في قوله تعالى وَ لَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ «(3)» أي: باعوا به أنفسهم.

وقوله تعالى وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ «(4)» أي: باعوه.

وقوله تعالى وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ «(5)».

وقوله تعالى فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ «(6)» أي: يبيعونها.

(2) مقتضى هذه العبارة كون «الاشتراء» مشتركا معنويا بين إيجاب البائع وقبول المشتري، لصدق «ترك شيء و أخذ شيء آخر مكانه» على فعل كليهما.

ومقتضى عبارته الأولى - وهي كون «الشراء» من الأضداد- هو اشتراكه اللفظي و تعدّد الوضع.

---

الثانية: كيفية ذكر المتعلقات، فإن «بعت» في الإيجاب يتعدى إلى مفعولين، فيقول: «بعتك الدار» مثلا، وفي القبول إلى مفعول واحد «(7)».

---

(1): القاموس المحيط، ج 4، ص 347 و 348

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 244

(3) البقرة، الآية: 102

(4) يوسف، الآية: 20

(5) البقرة، الآية: 207

(6) النساء، الآية: 74

(7) جواهر الكلام، ج 22، ص 245

ص: 382

وربما يستشكل فيه (1) بقلة استعماله عرفا في البيع، وكونه محتاجا إلى القرينة المعيّنة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء (2).

---

(1) أي: يستشكل في وقوع البيع بلفظ «شريت» بوجوه ثلاثة:

الأول: أنّ «شريت» وإن كان من الأضداد، ومقتضاه جواز إنشاء كل من البيع والشراء به، إلا أنّ قلة استعماله - عند العرف العام - في البيع توهم ظهوره فيه، ومن المعلوم إناطة صحة الإنشاء بالظهور العرفي في المراد.

الثاني: توقف استعمال المشترك في أحد معنیه أو معانيه على القرينة المعيّنة.

الثالث: عدم ورود إنشاء البيع بلفظ الشراء في الأخبار، ولا في كلام القدماء، وعليه فلا يكون لفظ «شريت» ماثورا عن الشارع في مقام إيجاب البيع.

(2) اختلفوا في جواز الإيجاب ب «شريت» فأجازه العلامة قدّس سرّه في التذكرة (1).

وفي الجواهر: «ويتحقق إيجابه ببيع قطعاً، بل وبشريت على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً. بل لعلّها كذلك، لاشتراك كلّ من لفظي البيع والشراء بين المعنيين، فهما من الأضداد.. إلى أن قال: فيصح استعمال كل منهما حينئذ في الإيجاب على الحقيقة. ولا يقدح الاشتراك، وإلا لامتنع الإيجاب بالبيع. ولا ظهورهما في أشهرهما، لوضوح القرينة المعيّنة لغيره، وهي وقوع البيع من المشتري والشراء من البائع. على أنّ استعمال الشراء في البيع كثير.. إلى أن قال: فلا بأس باستعمال كلّ منهما حينئذ في الإيجاب والقبول على الحقيقة» (2).

ومحصل كلامه - زيد في علوّ مقامه - الاستدلال بأنّ المقتضي موجود وهو الوضع، والمانع مفقود، لأنّ المانع المتصوّر في المقام إنّما هو الإجمال الناشئ من الاشتراك.

ولكن فيه أولاً: أنّه غير صالح للمنع، وإلا لمنع من استعمال البيع أيضاً.

وثانياً: أنّ الإجمال مرتفع بوجود القرينة المعيّنة.

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 244

(1) ولعلّه لتوقيفية ألفاظ العقود، فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن، وهو ليس إلا «بعت» إذ لا نصّ ولا إجماع على غيره، كما عن المصابيح، هذا [1].

[1] لكن يمكن أن يقال: إنّه لا وجه لما استوجهه المصنف قدّس سرّه من المنع، إذ القرينة المعينة للمشارك إن كانت لفظيّة حقيقية فلا مانع منه عنده قدّس سرّه. وقاعدة التوقيفية قد وجهها المصنف قدّس سرّه عند نقل عبارة الفخر بما هذا نصّه: «ثم إنّه ربما يدعى أنّ العقود المؤثّرة في النقل والانتقال أسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الإيضاح من: أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء، فلا بد من الاقتصار على المتيقن» إلى أن قال المصنف «وأما ما ذكره الفخر فلعلّ المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعا هي اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرّجل والمرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك».

وهذا التوجيه لا يقتضي أزيد من اعتبار كون اللفظ الذي ينشأ به العقد موضوعاً لعنوان العقد، ولا يقتضي اعتبار شيوع استعماله في الإيجاب حتى تكون أقلّيّة استعمال لفظ «شريت» في إيجاب البيع من استعمال لفظ «بعت» فيه مانعة عن إنشاء الإيجاب.

فالمتحصل: إنّه لا وجه للمنع الذي استوجهه المصنف قدّس سرّه.

نعم يمكن توجيه المنع بوجه آخر، وهو: أنّ لفظ «الشراء» وإن استعمل في قديم الزمان في إنشاء إيجاب البيع، لكنه مهجور في هذه الأزمنة، وإنشاء الإيجاب به خارج عن المتعارف عند أبناء المحاورّة، ولا بد أن لا يكون لفظ العقد من الألفاظ المهجورة عندهم، ولذا اختار بعض المتأخرين المنع استناداً إلى هذا الوجه، فتدبّر.

ومنها (1): لفظ «ملكت» بالتشديد. و الأكثر (2) على وقوع البيع به،

(1) أي: و من ألفاظ إيجاب البيع لفظ «ملكت» و هذا ثالث صيغ البيع.

(2) قال في الجواهر: «و أمّا ملكت فالأكثر- بل المشهور- على تحقق الإيجاب بها، بل عن جامع المقاصد في تعريف البيع ما يشعر بالإجماع على صحة الإيجاب به في البيع» (1).

ولكن في دلالة كلام جامع المقاصد على الإجماع بل الإشعار به تأمل، بل منع.

و مقابل الأكثر ما عن الجامع للشرائع- لابن سعيد الحلبي- من «أنه لا يصح إلا بلفظ الماضي، و هو: بعت أو شريت».

و كيف كان ففي صحة إنشاء إيجاب البيع بلفظ «ملكت» أقوال:

أحدها: ما عن الأكثر، و هو وقوع البيع بلفظ ملكت.

ثانيها: عدم وقوعه به، و هو المحكي عن جامع ابن سعيد.

ثالثها: ما نسب إلى العلامة الطباطبائي قدس سره من التفصيل بين تقييد «ملكت» بالبيع و عدمه، بالوقوع في الأول، و عدمه في الثاني. و تبعه على ذلك صاحب الجواهر قدس سره.

و اختار المصنف قدس سره القول الأول، لوجهين:

أحدهما: الاتّفاق المنقول في غاية المراد، و يؤيده الإجماع المستشعر من جامع المقاصد.

ثانيهما: أنّ التملك بالعرض- المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال- هو المرادف للبيع، و أنّه إذا اتّصل بها ذكر العوض أفاد المجموع المركّب- بمقتضى الوضع التركيبي- البيع خاصة، فيكون صريحا. و يؤيد هذا الوجه ما حكى عن فخر المحققين قدس سره من كون «ملكت» مرادفا في لغة العرب ل «بعت».

فإن قلت: إنّ «التمليك» ليس مرادفا للبيع، لاستعماله في الهبة بحيث لا يتبادر

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 246

ص: 385

بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق (1)، حيث قال: «إنّه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث وملك» (1).

و يدل عليه (2) ما سبق في تعريف (3) البيع من أنّ التملك بالعوض - المنحل

---

عند الإطلاق غيرها، و من المعلوم أنّ تبادر الهبة من لفظ «ملك» يمنع عن ظهوره في البيع. و عليه فلا يصح إنشاء البيع به، لأنّه حينئذ يكون من الإنشاء بالمجازات، و هو غير جائز عندهم، على ما تقدم تفصيله في المبحث الأوّل من مباحث موادّ صيغ العقود.

قلت: ليس التملك مرادفا للهبة، و إنّما تفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة «التمليك» حتّى يقال: إن انسباق الهبة منه إلى الذهن يمنع عن ظهوره في البيع كي يمنع من إنشائه به. بل التبادر مستند إلى القرينة، و هي التجريد عن العوض، فالتمليك مشترك معنى بين ما يتضمّن المقابلة و بين ما يتجرّد عنها، فإن احتفّ الكلام بذكر العوض أفاد المجموع - بمقتضى وضعه التركيبي - البيع. و هذا هو مفهوم البيع حقيقة، فصحة إرادة الهبة المعوّضة أو المصالحة من التملك المحفوف بذكر العوض منوطة بصحة العقد بلفظ غيره مع النية.

فالمحصّل: أنّه يصحّ إنشاء البيع بلفظ «ملك» للترادف.

(1) هذا إشارة إلى الدليل الأوّل على صحة إنشاء البيع بلفظ «ملك» و هو الإجماع المنقول عن الشهيد قدّس سرّه.

(2) أي: على وقوع البيع ب «ملك» و هذا هو الدليل الثاني، و قد تقدم توضيحه آنفا بقولنا: «ثانيهما: أن التملك بالعوض .. إلخ».

(3) حيث قال في ردّ أصالة البيع في تملك الأعيان - و أعميته منه و من الهبة و الصلح - ما لفظه: «إن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع، فلو قال: ملكتك

---

(1): غاية المراد، ص 81

ص: 386

إلى مبادلة العين بالمال- هو المرادف للبيع عرفا و لغة كما صرّح به فخر الدين، حيث قال: «إنّ معنى بعث في لغة العرب: ملّكت غيري» (1).

و ما قيل (1): «من أنّ التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها» فيه (2): أنّ الهبة إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة التملك (3)، فهي مشتركة معنى بين ما يتضمّن المقابلة (4) و بين المجرد عنها،

---

كذا بكذا كان يبع، و لا يصحّ صلحا و لا هبة معوضة و إن قصدهما ..» (2).

(1) لم أظفر بقائله، و حكاه في الجواهر أيضا بقوله: «و دعوى ..» و لعلّ المقصود ما أفاده المحقق الثاني قدّس سرّه في بيع السلف بقوله: «لأنّه- أي التملك- شائع في الهبة، فإذا انعقد بالأبعد فبالأقرب أولى» (3).

و كيف كان فغرض القائل منع مرادفة التملك و البيع، فيمنع إنشاؤه به، و قد أوضحناه بقولنا: «فان قلت ..».

(2) خبر و «ما قيل» و هذا جواب الإشكال، و قد أوضحناه بقولنا: «قلت:

ليس التملك مرادفا للهبة ..».

(3) حتى تكون مادة «التملك» موضوعة لخصّة من طبيعة التملك، و هي خصوص التملك المجاني كي يكون البيع- و هو التملك بالعوض- معنى مجازيا له، بل هذه المادة مشتركة معنوية بين التملك المعوّض و المجرد عنه، فإرادة كل واحدة من الحصّتين تتوقف على قرينة.

(4) يعني: المقابلة بين المالكين، لا مطلق المبادلة و لو كانت بين تملك الواهب و تملك المتهب، كما هو حال الهبة المعوضة.

---

(1): حكاه السيد الفقيه العاملي عن شرح الإرشاد لفخر المحققين- و هو مخطوط- مفتاح الكرامة، ج 4، ص 151

(2) راجع الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 246 و 247

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 207

ص: 387



فإن اتّصل (1) بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التركيبي البيع. وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجّانية.

وقد عرفت سابقا (2) أنّ تعريف البيع بذلك (3) تعريف بمفهومه الحقيقي،

وبعبارة أخرى: إن كان التملك مجرّدا عن العوض أفاد الهبة غير المعوّضة.

وإن كان متضمنا للعوض فهو على قسمين:

أحدهما: أن يكون العوض عوضا عن تملك الأوّل، فالمقابلة تقع بين تملك و تملك، وهذا هو الهبة المعوّضة.

ثانيهما: أن يكون العوض عوضا عن المال وهو العين التي ملكها الأوّل للثاني، فالمقابلة تقع بين نفس المالكين في إضافة الملكية، وهذا هو البيع.

و مقصود المصنف قدّس سرّه من «التمليك المتضمن للمقابلة الذي هو البيع» هو القسم الأخير كما أفاده في ردّ انتقاض تعريف البيع بالصلح و الهبة المعوّضة. وعليه لا يتوهم أنّ المقابلة موجودة في الهبة المعوّضة أيضا لما عرفت من أنّ التقابل في الهبة ليس بين المالكين بل بين الفعلين. وإن شئت توضيح هذا المطلب أزيد ممّا هنا فراجع الجزء الأوّل من هذا الشرح ص (241-248).

(1) هذا متفرع على كون مادة «التمليك» مشتركا معنويا بين البيع و الهبة، فيلحقها حكمه، وهو توقف إرادة كل واحدة من الحصّتين على القرينة، فقرينة الهبة التجرّد عن ذكر العوض، وقرينة البيع ذكر العوض.

(2) يعني: في رد ما أفاده كاشف الغطاء قدّس سرّه من حمل التملك بعوض على البيع، لكونه الأصل في تملك الأعيان.

(3) أي: أن تعريف البيع ب «التمليك المتضمن للمقابلة على وجه العوض» تعريف للبيع بمفهومه الحقيقي، وليس مشتركا بينه وبين الهبة المعوّضة و الصلح على عين بعوض.

و عليه فالمشترك بين البيع و الهبة هو طبعي تملك العين بعوض. و أمّا تملك

فلو أراد منه (1) الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنى صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره (2) مع التّية.

ويشهد لما ذكرنا (3) قول فخر الدين في شرح الإرشاد: «انّ معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري (4)».

---

عين في قبال عين أخرى فليس إلا البيع.

(1) أي: فلو أراد الموجب بقوله: «ملكك الكتاب بدينار» غير البيع، بأن أراد الهبة المعوضة أو المصالحة توقّف صحته على انعقاد الهبة و الصلح بالألفاظ المجازية.

ووجه المجازية: أنّ «تمليك عين بإزاء عين أخرى» هو البيع خاصّة، فإرادة غيره مجاز.

(2) كإنشاء البيع بغير لفظ «بعت» مثل «نقلته إليك وأدخلته في ملكك» ونحوهما من المجاز والكناية.

(3) من كون البيع هو التمليك بالعوض، وأنّ إنشاءه به صحيح.

(4) وبهذا قد وفي المصنف قدّس سرّه بما وعد به في أوّل كتاب البيع في تعريفه بإنشاء التمليك، و جوازه به، حيث قال: «و فيه: أنه الحق كما سيجيء» [1].

---

[1] وقد يستدلّ أيضا على جواز إنشاء البيع بلفظ «ملكك» بما في الجواهر من قوله: «و لعلّه لكونها حقيقة فيما يشمل البيع، فاستعمالها فيه حينئذ حقيقة، إذا لم يكن على جهة الخصوصية التي يكون استعمال الكلّي فيها مجازا» [1].

و كذا بما مرّ من كلام كاشف الغطاء قدّس سرّه من «أن الأصل في تمليك الأعيان بالعوض هو البيع، وفي تمليك المنافع هي الإجارة».

وفي الكل ما لا يخفى. أمّا الاتفاق الذي نقله المصنف قدّس سرّه عن غاية المراد ففيه أولا: عدم دلالة على الإجماع كما يظهر للمراجع. و كذا لا إشعار به في كلام المحقق الثاني.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 246

ص: 389

و ثانيا: عدم إجماع قطعا مع هذا الخلاف.

و ثالثا: عدم اعتباره بعد تسليم تحققه، لعدم حجية الإجماع المنقول.

و أمّا ما استدللّ به في المتن - من: أنّ التملك بالعوض المنحل إلى «مبادلة عين بمال» هو المرادف للبيع إذا اتّصل به ذكر العوض فيكون صريحا- ففيه: أنّ المراد بالصريح في كلامهم ليس ذلك، و إلاّ لجرى في «نقلته إليك و أدخلته في ملكك و جعلته لك» و المفروض عدمه كما لا يخفى على من لاحظ التذكرة.

و الاستشهاد بكلام فخر المحققين على ترادف البيع و التملك ممنوع أيضا، لأنّه إن أراد الترادف لغة توجّه عليه أعمية التملك من البيع، لاشتراكه بينه و بين العطية و الهبة كما نسب إلى الفقهاء و أهل اللغة. بل في المسالك- في مسألة انعقاد البيع بلفظ السلم- ما نصّه: «و لا ريب أنّ السلم أقرب الى حقيقة البيع من التملك المستعمل شرعا استعمالا شائعا في الهبة، فإذا انعقد بالأبعد لتأدية المعنى المراد، فالأقرب إذا أذاه أولى» و هو قريب من كلام جامع المقاصد المتقدم في التوضيح.

و إن أراد التفسير بالأعم لم يجد في الدلالة على المطلوب و هو جواز إنشاء البيع به، لعدم دلالة العام على الخاص.

و أمّا ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه فيردّه: أنّه مع إرادة الخصوصية- أي التملك المتخصص بخصوصية البيعة- يصير استعمال لفظ «ملك» فيه مجازا، و استعمال المجازات في إنشاء العقود ممنوع عند الجماعة. و مع إرادة الكلّي لا- يجوز أيضا، لأنّ معناه أعم من التملك البيعي، لشموله له و للصلح و الهبة بعوض.

و أمّا ما حكى عن كاشف الغطاء- من أصالة البيع في تملك الأعيان- ففيه: أنّ دعوى الأصالة ممنوعة جدّا، إذ الجامع بين التملكيات المتشخصة هو نفس التملك، لأنّه القدر المشترك بين جميع حصص التملك التي منها البيع و الصلح و الهبة، نظير

تحصص الحيوان بحصص عديدة متفصلة بفصول مشتتة، ولذا لا يكون أحد أنواع الحيوان مثلاً أصلاً لسائر أنواعه.

وعليه فلا معنى لكون البيع أصلاً في مقام الثبوت لسائر حصص التمليك.

هذا إذا أريد بالأصل الأصالة الثبوتية. وإن أريد به الأصالة الإثباتية- بمعنى كون غالب التمليكات في الخارج هو البيع- فلا تجدي في إثبات صحة إنشاء البيع ب «ملك» لأنّ هذا راجع إلى مقام الثبوت الذي هو أجنبي عن الغلبة الراجعة إلى مقام الإثبات، هذا.

بقي التعرض للدليل القولين الآخرين.

أمّا دليل القول الثاني- وهو المنع عن وقوع البيع بلفظ التمليك- فوجهه:

أحدها: توقيفية صيغ العقود، وعدم معهودية تجويز العقد عنهم بلفظ «ملك» فتبقى أصالة الفساد سليمة عن المانع.

وفيه: عدم ثبوت توقيفيتها، وإلا كان اللازم على الشارع تعيين لفظ أو ألفاظ لإنشاء العقود، لئلا يتجاوز عن تلك الألفاظ إلى غيرها.

ثانيها: ما حكاه المصنف قدس سره بقوله: «و ما قيل من أنّ التمليك يستعمل في الهبة».

وفيه: ما أجاب به في المتن بقوله: «إنّ الهبة إنّما يفهم من تجريده اللفظ .. إلخ».

ثالثها: أنّ التمليك حقيقة في القدر المشترك بين البيع والعطية والهبة، فإن أريدت خصوصية البيع من لفظه صار مجازاً، واستعمال الألفاظ المجازية في العقود غير جائز.

وإن لم ترد الخصوصية من اللفظ كان عنواناً عاماً غير منطبق على المقصود وهو البيع، فإنشاء إيجاب البيع بلفظ «ملك» غير جائز.

وفيه: أنّ هذا مبني على القول باشتراط كون الصيغة بنفسها صريحة. وأمّا على القول بالاكْتفاء بكون المجموع المركّب صريحاً- كما يظهر من الأكثر- فلا يتم، إذ المجموع المركّب من لفظي التمليك والعوض المنضم إليه يصير صريحاً في عنوان

---

البيع، فيكون نفس «ملكت» دالاً على طبيعة التمليك، و القيد دالاً على التمليك البيعي من باب تعدد الدال و المدلول، نظير «أعتق رقبة مؤمنة».

و أما دليل القول الثالث فهو ما أفاده في محكي المصاييح من: «أنه يشكل الإيجاب بلفظة- ملكت- لاحتمالها لغير البيع وإن كانت نصّاً في الإيجاب. و لا يجدي ذكر العين و العوض، لأنّ تمليكها به قد يكون بالهبة و الصلح، فلا يتعيّن بيعاً، إلا إذا قيده البائع به، فقال: ملكتك بالبيع. و منه يظهر وجه المنع كما هو ظاهر الجامع، مع ضعف إطلاقه، كإطلاق غيره. و لو حمل المنع فيه على المجرد عن القيد، و الجواز في غيره على المقيّد زال الإشكال» انتهى.

و نسج على منواله صاحب الجواهر قدّس سرّه بزيادة احتمال حمل المنع على ما إذا استعمل فيه مجازاً، بملاحظة الخصوصية، و المجاز لا ينعقد به العقد. و الجواز على استعماله على جهة الحقيقة و إن استفيدت الخصوصية من قيد آخر «1».

و فيه: أنّ التمليك المقرون بذكر العوض هو البيع حقيقة، فقوله قدّس سرّه: «و لا يجدي ذكر العين و العوض .. إلخ» في غاية الإشكال، لأنّ الصلح و الهبة المعوّضة ليسا من التمليك بالعوض على وجه المقابلة، فلا حاجة في تعيّن «ملكت» في إنشاء إيجاب البيع إلى تقييده بذكر البيع، بأن يقال: ملكتك بالبيع، هذا.

و أما ما أفاده الجواهر من «حمل المنع على ما إذا استعمل فيه مجازاً .. إلخ» ففيه:

أنّ المجاز- بعد فرض الظهور العرفي للفظ في المعنى المقصود- ممّا لا- مانع عنه، فلا فرق في الجواز بين كون الاستعمال على وجه الحقيقة و بين كونه على وجه المجاز.

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 246

ص: 392

و أمّا الإيجاب ب «اشتريت» (1) [1] ففي مفتاح الكرامة «أنّه قد يقال بصحّته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة (2)، و المنقول عنها في نسختين من

---

(1) هذا رابع ألفاظ الإيجاب بناء على صحة إنشاء البيع به.

(2) ظاهر العبارة أنّ السيد الفقيه العامليّ ظفر ببعض نسخ التذكرة و بنسختين

---

[1] قال الفقيه المامقاني قدّس سرّه: «الظاهر أنه تصحيف- شريت- كما هو الموجود في النسخة التي رأيناها، لبعدها الاقتصار عليها دون شريت. و يؤيده: أنّه لم يذكر- اشتريت- بالخصوص أحد من الفقهاء في عداد ألفاظ إيجاب البيع، وإن كان بعض أهل اللغة ذكر استعماله في معنى الإيجاب و قبوله. ففي شرح القاموس يقال: اشتراه إذا ملكه بالبيع، و يقال: اشتراه إذا باعه» [1].

و لكن قد يتّجه عليه أولاً: أنّ الظاهر صحة ما في المتن و وقوع السهو في النسخة التي رآها قدّس سرّه، ضرورة أنّ المصنف قدّس سرّه لم يقتصر في صيغ الإيجاب على «اشتريت» حتى يستبعد منه إهمال «شريت» بل قد جعلها في عداد صيغ الإيجاب، حيث قال قبل أسطر بعد ذكر صيغة «بعت» ما لفظه: «و منها: لفظ شريت، فلا إشكال في وقوع البيع به لو وضعه له .. إلخ».

و عليه فلو قال المصنف هنا: «و أمّا الإيجاب بشرية» لكان تكراراً مخلاً بنظام المطلب.

مضافاً إلى قوله في المتن: «و لكن الاشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا».

و ثانياً: أنّ المصنف قدّس سرّه اقتصر في أوّل كلامه على نقل عبارة مفتاح الكرامة، و الموجود فيه في هذا المقام: «اشتريت» كما في المتن، فراجع.

و ثالثاً: أنّ المصنف لم يدع ذكر خصوص صيغة «اشتريت» في شيء من الكتب الفقهيّة، بل ادّعى ذكرها في التذكرة، ثم استفادتها من عطف «ما أشبههما، و ما يقوم مقامهما» على قولهم: «بعت و ملكت».

و الإنصاف أنّه لم يتّضح لنا مراده قدّس سرّه و هو أعلم بما قال.

---

(1): غاية الآمال، ص 233

ص: 393

من تعليق الإرشاد للمحقق الثاني قدس سرّه، و ظفر بتجويز العلامة قدس سرّه إيجاب البيع بصيغة «اشترت».

وقال السيد بعد العبارة المنقولة في المتن تأييدا لصحة الإيجاب بها: «و في القاموس: شراه يشره إذا ملكه بالبيع، و باعه كاشترى، فهما ضدّ. وفيه أيضا: كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه».

و عليه يسهل الأمر في الإنشاء ب «اشترت» بعد كونه مشتركا بين الإيجاب و القبول.

و هذا لا ينافي ذكر صيغ ثلاث في كثير من كتب الأصحاب، و هي «بعت و شريت و ملّكت» كما حكاها السيد العاملي قدس سرّه «2» عن التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و التنقيح و صيغ العقود و تعليق الإرشاد.

وجه عدم التنافي: أنّه يحتمل أن يكون ذكر الصيغ الثلاث للمثال، كما يحتمل أن يكون للحصر، فلا سبيل للجزم بالحصر حتى يكون ذكر «اشترت» في بعض نسخ التذكرة منافيا للمشهور أو للمتمق عليه بينهم.

نعم المستفاد من عبارة العلامة في القواعد الحصر في الثلاث، حيث قال:

«و لا بدّ من الصيغة الدالة على الرضا الباطني، و هي الإيجاب كقوله: بعت و شريت و ملّكت» «3».

و لكن استظهر صاحب الجواهر «4» منها عدم الحصر، لأنّ العلامة ذكر أوّلا لزوم الصيغة الدالة على الرضا الباطني، و هي عنوان كليّ، ثم حكم بأنّه الإيجاب و القبول، و أدخل «الكاف» على ألفاظ الإيجاب، و هي ظاهرة في التمثيل.

(1) أ: مفتاح الكرامة، ج 4، ص 150 و 151

(2) ب: مفتاح الكرامة، ج 4، ص 150 و 151

(3) قواعد الأحكام، ص 47 (الطبعة الحجرية).

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 247

أقول: قد يستظهر (1) من عبارة كلٍّ من عطف على بعت و ملّكت «شبههما» أو «ما يقوم مقامهما» إذ إرادة خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جدًا.

---

وإن كان هذا الاستظهار لا يخلو من تأمل، إذ لا ظهور لعبارة العلامة في عدم الحصر.

(1) يعني: قد يستظهر صحة الإيجاب بلفظ «اشترت» من عبارة غير العلامة- في التذكرة- أيضا، لأنّ جمعا بعد أن ذكروا صيغتي «بعت و ملّكت» عطفوا عليهما:

«و ما أشبههما أو ما قام مقامهما».

فعن حواشي الشهيد على القواعد: «مثل قارضتك و سلّمت إليك و ما أشبه ذلك».

و عن التحرير: «الإيجاب اللفظ الدال على النقل مثل: بعتك و ملّكتك أو ما يقوم مقامهما». و من المعلوم أنّ المراد ممّا أشبه الصيغتين أو مما قام مقامهما ليس خصوص «شريت» لعدم الدليل على هذا الحصر، بل المراد كل ما يدلّ على الرضا بالبيع، فيشمل «اشترت» الذي هو من ألفاظ الأضداد، و يكون استعماله في الإيجاب حقيقة لا مجازا.

و يؤيد هذا الاستظهار ما اختاره الفاضل الآبي، و نسبه إلى المحقق من عدم اعتبار لفظ خاص في البيع «1».

و الحاصل: أنّ مراد المصنف قدّس سرّه أن يكون «اشترت» بمعنى «بعت» بأن يراد منه إيجاب البيع، فيكون قول الموجب: «اشترت مالي بمالك» بمعنى «بعت مالي بمالك». لا أن يكون «اشترت» بمعنى قبول البيع، و كان من تقديم القبول على الإيجاب، لأنّه بهذا المعنى يخرج عن مورد النزاع.

---

(1): كشف الرموز، ج 1، ص 446

ص: 395



و حملة (1) على إرادة «ما يقوم مقامهما» في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن (2) إرادة ما يرادفهما لغة أو عرفاً، فيشمل «شريت» و «اشتريت».

لكن الإشكال المتقدّم (3) في «شريت» أولى بالجريان هنا (4)، لأن «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه (5). بخلاف

---

(1) أي: و حمل العطف على إرادة .. إلخ. و غرضه بيان توهم و دفعه. أما التوهم فتقريبه: أنه يمكن أن يراد من كلمتي «شبههما، يقوم مقامهما» أمر آخر غير ما استظهره المصنف، بل المراد ما يدلّ على معنى «بعت و ملكت» في سائر اللغات، بأن يقول بالفارسية «فروختم، مال تو قرار دادم» و هكذا ترجمة الصيغتين في اللغات الأخرى.

و على هذا فلا يمكن أن ينسب إلى الفقهاء إرادة صيغة «اشتريت» من كلمة «أو ما أشبهه أو ما يقوم» و نتيجة ذلك منع قول المصنف: «قد يستظهر».

و أمّا الدفع فهو: أنّ حمل «ما أشبههما» على ترجمة «بعت» بالنسبة إلى العاجز عن العربية في غاية البعد، إذ لو كان مرادهم مدلول خصوص صيغتي «بعت و ملكت» في سائر اللغات لزم أن يقولوا: «إيجاب البيع: بعت و ملكت للقادر على العربية، و مرادفهما من سائر اللغات، أو: ما يقوم مقامهما من سائر اللغات» مع أنّهم قالوا:

«إيجاب البيع: بعت و ملكت و ما أشبههما» و لا- مجال إلا لأن يراد من «الشبه» سائر الألفاظ الدالّة على إيجاب البيع مثل «شريت، اشتريت».

(2) هذا متفرع على أبعديّة حمل العطف على المرادف من سائر اللغات.

(3) و هو قلة استعماله عرفاً في البيع، و احتياجه إلى القرينة المعينة.

(4) يعني: في لفظ «اشتريت» وجه الأولوية هو اشتمال «اشتريت» على تاء المطاوعة.

(5) أي: لم يستعمل- في القرآن- إلا في البيع.

(1) فإنه لم يستعمل في إنشاء الإيجاب، بل اقتصر في محكي التذكرة- من أفاظ القبول- على خصوص «اشتریت» (1).

[1] قال سيدنا الأستاذ قدس سره: «و ينبغي أن يكون جواز الإيجاب به مبنياً على جواز الإيجاب بالمجاز، لأن استعمال اشتریت بمعنى بعت و شريت مجاز» (2).

وفيه ما عرفت من أن الاشتراء- كما تقدّم عن شرح القاموس- من الأضداد، فاستعمال «اشتریت» في إيجاب البيع ليس مجازاً، بل هو حقيقة بقرينة معيّنة. وعلى تقدير المجازية لا بأس بها، لما مرّ من جواز الإنشاء، بكلّ ما يكون ظاهراً عرفاً في المعنى المقصود، وعدم دليل تعبدي على اعتبار الإنشاء بما يكون دلالة على المقصود بالوضع، هذا.

ثم إنّه مع الغض عن كون «اشتریت» من الأضداد يمكن إثبات جواز الإيجاب به أيضاً، لأنّ الاشتراء كما عن القاموس «ترك الشيء و التمسك بغيره» و منه اشترؤ الضلالة بالهدى و عليه فالإشتراء يستعمل حقيقة في الإيجاب.

وقد يقال: إنّ «اشتریت» متمحضة في القبول حقيقة، لكون هيئة الافتعال و التفعّل لمطاوعة فعل الغير، كما يظهر من تقرير مشايخنا المحقق النائيني قدس سره.

لكنّه ليس كذلك، لأنّ هذه المطاوعة عبارة عن اتخاذ الذات للمبدأ مطلقاً سواء أ كان المبدأ صادراً من نفسه كالاكتساب و الاحتطاب و الاحتشاش و نحوها، و كما في التعمم و التقمص و التّسرّبل و التكبر و نحوها، أم من غيره.

و عليه فإن تعلّقت المطاوعة بمال نفسه كان معناه اتخاذ المبدأ من نفسه، و هو تملك مال نفسه بعوض. و إن تعلّقت بمال الغير كان معناه اتخاذ البيع من الغير، و حينئذ يكون مصداقاً للقبول و المطاوعة الحقيقية.

و منه يظهر أنّ وقوعه موقع الإيجاب يناسب مفهومه، لا أنه يبتني على كون «الشراء و الاشتراء» من الأضداد، فلاحظ و تدبّر.

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، 152

(2) نهج الفقاهة، ص 96

و دفع (1) الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة (2) تقديمه الدال على كونه إيجاباً، إتما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإتما لغلبة ذلك، غير (3) صحيح، لأنّ الاعتماد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت (4) ما فيه.

(1) مبتدأ، خبره «غير صحيح» والمراد بالإشكال هو قوله: «لكن الإشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا» ومقصود الدافع تصحيح إيجاب البيع ب «اشترت» فالإشكال الوارد على «شريت» لا يجري في «اشترت».

وحاصل وجه الدفع هو: أنّ إنشاء الإيجاب بلفظ «اشترت» إن كان مع القرينة الموجبة لظهوره في إنشاء الإيجاب فلا بأس به. ثم إنّ القرينة عبارة عن لزوم تقديم الإيجاب على القبول، أو غلبة ذلك الموجبة لظهور «اشترت» مع التقديم في إنشاء الإيجاب.

(2) متعلق ب «دفع» وبيان له، وضمير «تقديمه» راجع إلى «اشترت».

(3) خبر «و دفع» وحاصل الإشكال على هذا الدفع عدم صلاحية القرينة- غير اللفظية- على تعيين المراد من ألفاظ العقود، فلا يصلح لزوم تقديم الإيجاب على القبول- أو غلبته- لتعيين المراد، وهو الإيجاب من لفظ «اشترت».

(4) حيث قال: «و الأحسن منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة الوضعية .. الى أن قال: وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالة على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد» لاحظ (ص 358).

وحاصله: اعتبار الدلالة الوضعية في العقود، سواء أكان اللفظ الدال على إنشاء العقد بنفسه موضوعاً له، أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ آخر موضوع له، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع، إلى آخر ما أفاده.

إلا (1) أن يدعى أن ما ذكر سابقا- من اعتبار الصراحة- مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالة على خصوص العقد و تميّزه عمّا عداه من العقود. و أمّا تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله- الراجع إلى تميز البائع عن المشتري- فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد ولو بقرينة المقام، أو غلبته، ونحوهما.

و فيه إشكال (2) [1].

---

(1) غرضه تصحيح الاعتماد على القرينة غير اللفظية كغلبة تقديم الإيجاب على القبول- أو لزومه- في الدلالة على تعيين المراد من ألفاظ العقود.

و محصّله: أن اعتبار صراحة الدلالة إنّما هو في تشخيص عنوان العقد كالبيع و تمييزه عمّا عداه من سائر العقود، لا في تمييز الإيجاب عن القبول في عقد قد تميّز عنوانه عن غيره من العقود. و المفروض في المقام تميّز العقد- و هو البيع- عن سائر العقود، فلا تعتبر الصراحة في الدلالة على الإيجاب، بل تكفي الدلالة عليه بالقرينة المقامية.

(2) أي: في عدم اعتبار الصراحة في لفظ الإيجاب- و تردّده بين الإيجاب و القبول، و تعيّن أحدهما بالقرينة- إشكال. و وجه الإشكال: ظهور كلماتهم في عموم المنع لذلك، و عدم اختصاص اعتبار الصراحة بعنوان العقد، فالصراحة معتبرة في تميّز العقد عمّا عداه من العقود، و في تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله أيضا، فتوجيه إنشاء الإيجاب بغير ما يكون صريحا فيه بقوله: «إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقا .. إلخ» مشكل.

---

[1] و قد ظهر مما قدّمناه سابقا عدم اعتبار الصراحة أصلا، لا في تمييز عنوان العقد عمّا عداه من العقود، و لا في تمييز الإيجاب عن القبول.

نعم إذا استند في اعتبار الصراحة إلى الإجماع فالمتيقن منه هو اعتبار الصراحة في الدلالة على تعيين عقد خاص، لا في تمييز الإيجاب عن القبول. لكن في الإجماع ما لا يخفى.

ص: 399

و أمّا القبول (1) فلا ينبغي [1] الإشكال في وقوعه بلفظ: قبلت ورضيت و اشتريت و شريت (2) و ابتعت و تملّكت و ملكت مخفّفاً. و أمّا «بعت» فلم ينقل إلّا من الجامع، مع أنّ المحكيّ عن جماعة من أهل اللغة (3) اشتراكه بين البيع و الشراء.

ب: ألفاظ القبول

(1) هذا المقام الثاني من مبحث ألفاظ الإيجاب و القبول، و محصّل هذا المبحث على ما أفاده المصنف قدّس سرّه هو: أنّه لا ينبغي الإشكال في وقوع القبول بلفظ «قبلت» إلى آخر ما في المتن. و اشتراك بعضها لفظياً أو معنوياً غير قادح بعد الاحتفاف بالقرينة المقالية أو الحالية على تعيين المعنى المقصود كما تقدم.

(2) الأوّل مأخوذ من «شريت» بمعنى «بعت» فيكون بمعنى «ابتعت»، و الثاني مقابل «بعت» لفرض كون «شريت» من الأضداد.

(3) قال في مجمع البحرين: «و البيع الإيجاب و القبول» «1» و مقصود المصنف قدّس سرّه أنه مع قول جماعة من اللغويين باشتراك لفظ «البيع» بين البيع و الشراء كيف لم يذكر لفظ «بعت» من ألفاظ القبول إلّا يحيى بن سعيد في جامعهم، على ما حكاه السيد العاملي من قوله: «و القبول: قبلت أو شريت، أو بعت» «2».

لكن الموجود في النسخة المطبوعة من الجامع «ابتعت» بدل «بعت» فراجع «3».

[1] نفي الإشكال مبنيّ على مذهبه قدّس سرّه من عدم اعتبار ألفاظ خاصة في إنشاء عقد البيع. و أمّا مع اعتبارها فلا يخلو نفي الإشكال عن الغموض كما لا يخفى.

و كيف كان فالبحت فيما أفاده من ألفاظ القبول يقع في ناحيتين:

إحدهما: في انحصار الألفاظ الدالة على القبول و عدمه.

(1): مجمع البحرين، ج 4، ص 304

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 152

(3) الجامع للشرائع، ص 246

ثانيتها: في أنّ الأصل في القبول هل يكون أحدها، والآخر بدله، أم لا؟

أمّا الناحية الأولى فمحصّلتها: أنّ مقتضى العبائر التي عرفتها في المتن وغيرها مما لم يذكر عدم الانحصار.

وأمّا الناحية الثانية فمحصّلتها عدم ثبوت أصل وبدل في ألفاظ القبول، لأنّ كلّ لفظ لا يصلح للقبول، إلا إذا دلّ على معنى لا يمكن إنشاؤه ابتداءً، سواء أكان بلفظ «قبلت» أم غيره. ولعلّ المراد بالأصل هو كون الدلالة على المعنى القبولي مطابقة منحصراً بلفظ «قبلت» فتأمل.

ولا بأس بالنظر إلى بعض كلماتهم في ألفاظ القبول، ففي السرائر «1» ما ظاهره الاقتصار على صيغتي «اشتريت وقبلت» لعدم ذكر غيرهما.

قيل: وقد يدعى انقضاء انحصار ألفاظ القبول فيهما من عبارة الغنية.

وفي جواهر الفاضلي عبد العزيز بن البراج رحمه الله: «مسألة: إذا قال المشتري للبائع بعني بكذا، وقال البائع: بعتك هل ينعقد البيع أم لا؟ الجواب: لا ينعقد البيع بذلك، وإّما ينعقد بأن يقول المشتري بعد ذلك: قبلت أو اشتريت، لأنّ ما ذكرناه مجمع على ثبوت العقد وصحته به، وليس كذلك ما خالفه. ومن ادّعى ثبوته وصحّته بغير ما ذكرناه فعليه الدليل. وأيضا فالأصل عدم العقد، وعلى من يدّعي ثبوته الدليل» (2).

وفي التذكرة: «و القبول من المشتري قبلت أو ابتعت أو اشتريت أو تملكّت» (3).

وفي الدروس: «و القبول ابتعت و اشتريت و تملكّت و قبلت بصيغة الماضي» (4).

وفي القواعد: «و القبول و هو: اشتريت أو تملكّت أو قبلت».

وفي جامع المقاصد في شرح هذه العبارة: «كان الأولى أن يقول: كاشتريت، لأنّ

(1): السرائر الحاوي، ج 2، ص 250

(2) جواهر الفقه (ضمن الجوامع الفقهية)، ص 421

(3) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(4) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191

(1) أي: و لعلّ الإشكال في إنشاء القبول بصيغة «بعت» هو قلة الاستعمال في الإيجاب ب «شريت».

ابتعت و نحوه قبول قطعاً «1».

وجه الأولوية: أنّ ظاهر قول العلامة: «و القبول هو اشترت .. إلخ» هو الحصر، بخلاف التعبير بقوله: «كاشترت» فإنّه كالصريح في التمثيل، لا الحصر.

و عن العلامة الطباطبائي قدس سرّه: القطع بعدم الفرق بين الصيغ المؤدّية للمعنى لا عقلاً و لا شرعاً.

و في الجواهر: «و لو توقف النقل على خصوص اللفظ المعين لزم الاقتصار على بعت و اشترت و قبلت، و لم يجز غيره، لعدم ثبوته بعينه من نصّ و لا إجماع. و رضيت في القبول أظهر من ملكت و شريت، و أقرب إلى مفهوم قبلت، فكان أولى بالجواز منهما» (2).

و أنت بعد الإحاطة بما ذكرناه من العبائر وغيرها ممّا لم نذكرها تعرف اختلافهم في انحصار ألفاظ القبول في بعض ما ذكر و عدم انحصارها فيه، فلا إجماع على الانحصار، فلا بدّ حينئذ من المشي على طبق القواعد. و هي تقتضي جواز إنشاء قبول البيع بكلّ لفظ يكون ظاهراً في ذلك بحيث يعدّ مبرزاً له عند أبناء المحاوره، و يصدق عليه قبول العقد عرفاً، فإنّه مع صدق البيع العرفي عليه تشمله العمومات كقوله تعالى:

أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ.

[1] لا يخفى أنّه بعد البناء على كون الشراء من الأضداد- و بعد وجود القرينة الدالة على إرادة الإيجاب منه- لا ينبغي الإشكال في جواز إنشاء الإيجاب به.

و كذا الإشكال في إنشاء القبول بلفظ «بعت». و غلبة استعماله في إنشاء الإيجاب

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 57

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 247

في الإيجاب (1).

واعلم أنّ المحكي عن نهاية الأحكام والمسالك «أنّ الأصل في القبول قبلت (2)، وغيره (3) بدل، لأنّ [1] القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الابتداء، والابتداء بنحو اشترت وابتعت ممكن» (1) وسيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب.

---

(1) المراد بالإشكال في «شريت» هو ما أفاده المصنف قدّس سرّه عند ذكر لفظ «شريت» بقوله: «وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفا في البيع، وكونه محتاجا إلى القرينة المعيّنة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء».

فإشكال «بعت» في القبول- وهو قلة استعماله فيه عرفا- نظير الإشكال المزبور في «شريت» الذي يستعمل في الإيجاب.

(2) قال في المسالك: «وفي الحقيقة: هذه الألفاظ المتقدمة المعدة قبولا قائمة مقامه، لا نفسه، وإنّما القبول على الحقيقة: قبلت، وهو ممّا لا يصحّ الابتداء به».

(3) يعني: وغير «قبلت» مثل «اشترت، ابتعت» بدل عن «قبلت» والدليل على أصالة هذه وبدليّة ما سواها هو امتناع تقديم «قبلت» على الإيجاب، بخلاف «ابتعت و اشترت» فإنّ الابتداء بهما ممكن، ولذا عدّوهما من صيغ إيجاب البيع أيضا، فلا تتمحضان في قبوله، إذ ليس القبول مجرد الرضا بفعل الغير حتى يمكن سبقه عليه، بل هو مطاوعة فعل الغير ومتابعته له، ومن المعلوم امتناع تقدمه على الإيجاب.

---

لا تمنع عن جواز إنشاء القبول به مع القرينة المعيّنة.

[1] هذا التعليل لا يثبت أصالة «قبلت» فقط، بل مقتضاه أصالة كلّ ما لا يمكن الابتداء به كلفظ «تملّكت، ورضيت» ونحوهما ممّا يتضمن القبول.

---

(1): نهاية الأحكام، ج 2، ص 448، مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

ص: 403



ثم إن في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والإنفاذ وشبهها وجهين (1) [1].

(1) لعلّ منشأ المنع عدم كونها صريحة، لعدم وضعها لعنوان القبول مثل لفظ «قبلت» ولا لعنوان طرف المعاملة كـ «اشتريت» وقد اشترطوا الصراحة في ألفاظ العقود، مع عدم تصريح منهم بوقوع القبول بها، فلا ينعقد بها.

ومنشأ الانعقاد أنّ الظاهر اعتبار الصراحة في خصوص ألفاظ الإيجاب دون القبول، ولذا يكتفى فيه بلفظ «قبلت» من دون ذكر المفعول و هو البيع، للاستغناء عنه بالاقتران بلفظ الإيجاب «كبت» فإنّ الاقتران المزبور قرينة مقامية على إرادة القبول من لفظ «رضيت و أنفدت» و نحوهما أيضا، لدلالة الاقتران على كون مضمونه تابعا للإنشاء الإيجابي.

[1] قال السيد قدّس سرّه في حاشيته: «الظاهر أنّ وجه الإشكال استعمال هذه الألفاظ غالبا في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه وقبوله كما في إجازة الفضولي، وإجازة المرتهن بيع الراهن، وإمضاء الورثة تصرّف الميت في الزائد عن الثلث، وهكذا. ولكنّ الحق كفايتها في القبول بعد مساعدة معناها عليه، إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت كما لا يخفى» [1].

أقول: فيه أولا: أنّ عطف «و إمضاء الورثة .. إلخ» على قوله: «في إجازة الفضولي ..

إلخ» غير سديد، لأنّ الوصية بالزائد عن الثلث ليست عنده قدّس سرّه من العقود حتى يكون إمضاء الورثة تنفيذا للعقد، حيث قال ما لفظه: «الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول، وكذا الوصية بالفكّ كالعتق. و أمّا التمليلية فالمشهور على أنّه يعتبر فيها القبول جزءا.

وعليه تكون من العقود. أو شرطا على وجه الكشف أو النقل، فيكون من الإيقاعات.

ويحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها، بل يكون الرّد مانعا. وعليه تكون من الإيقاع

(1): حاشية المكاسب، ص 87

ص: 404

الصريح .. إلخ» (1).

ومع عدم كون الوصية من العقود لا يصح جعلها من العقود التي يتعقبها الإمضاء والإنفاذ، لكونها حينئذ من الإيقاعات.

وثانياً: أنّ جعل منشأ الإشكال غلبة استعمال هذه الألفاظ في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه غير وجيه، لعدم صلاحية مجرد غلبة الاستعمال للمنع عن إنشاء القبول بتلك الألفاظ بعد مساعدة معانيها على صحة إنشائه بها.

ولعلّ غرضه قدّس سرّه من غلبة الاستعمال هو كون مورد أدلة الإمضاء المعاملات المتداولة بين العقلاء، فكلّ ما هو المتداول بينهم يكون مورد الأدلة، هذا.

لكن يرد عليه: أنّ التداول لا يمنع عن شمول أدلة الإمضاء لغير الغالب بعد كونه عرفياً أيضاً وإن كان نادراً عندهم، فمجرد الغلبة لا يوجب انصراف أدلة الإمضاء عن النادر.

فالأولى توجيه الإشكال بخفاء دلالتها على القبول، فتدبر.

وقال المحقق الأصفهاني قدّس سرّه: «لا-ريب في أنّ عنوان الإمضاء والإجازة والإنفاذ لا يتعلق إلّا بما له مضيّ وجواز ونفوذ. وما يترقّب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد، لتقوم السبب المترقّب منه التأثير في الملكية بالإيجاب والقبول معاً، فلا معنى للتسبّب بقوله: أمضيت وأجزت وأنفذت إلّا في مثل العقد الفضولي، لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط إلّا بنحو الكناية، لأنّ النفوذ والجواز والمضي لازم تحقق العقد بلحوق القبول للإيجاب، فيكون القبول المتمم للسبب ملزوماً للنفوذ والمضيّ والجواز. فيظهر الرضا بالإيجاب- وهو الملزوم- بإنشاء لازمه وهو النفوذ مثلاً من حيث أنّه لازم تامية السبب بالقبول، وإظهار الرضا بالإيجاب، فيبيني وقوع تلك الألفاظ موقع القبول على جواز العقد بالكناية.

مضافاً إلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى في محلّه من أنّ النفوذ والمضيّ وشبههما

(1): العروة الوثقى، ج 2، ص 877، كتاب الوصية: المسألة الأولى.

معان منتزعة من تأثير السبب أثره، لا أنّها أمور إنشائية يتسبّب بوجوداتها الإنشائية الى وجوداتها الحقيقية. وتمام الكلام فيه في محله» (1).

وفيه: أنّ عنوان الإمضاء والإجازة لا ينحصر تعلّقهما بما فيه مضيّ و نفوذ بنحو السببية التامة كالعقد المتقوم بالإيجاب والقبول كما هو صريح قوله قدّس سرّه: «وما يترقّب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد» لأنّ هذه الألفاظ تستعمل كثيرا مع عدم كون متعلّقها سببا تامّا للتأثير كإمضاء أحد الورثة العقد الخياري الذي أوقعه مورّثهم، فإنّ الخيار موروث لجميع الورثة، وإمضاء أحدهم لا يتعلق بسبب تام للتأثير، بل تمامية العقد في التأثير اللزومي منوطة بإمضاء سائر الورثة.

و كحدّ القذف الذي يرثه الوراث، فإنّ عفى بعضهم لم يسقط حقّ الآخرين.

وسائر الحقوق الموروثة مع تعدّد الوارث وإنفاذ البعض.

وبالجملة: فالإمضاء ونحوه لا ينحصر تعلّقه بالسبب التام، بل لا معنى لتعلّقه به مع فرض إناطة تأثيره بالإمضاء، لأنّه خلاف سببته التامة.

فالأولى أن يقال: إنّ الإمضاء يتعلّق بما فيه اقتضاء التأثير وإن تعلّق بالإيجاب، فإنّ إمضاءه من القابل عبارة عن إيجاد القبول الذي هو جزء السبب المؤثّر، فالإنفاذ في العقود والإيقاعات نظير الإيجاب في الواجبات، فإنّ الموجب قد يسدّ جميع أبواب عدم واجب كالواجب التعييني، وقد يسدّ بعض أبواب عدم واجب كالواجب التخييري، فإنّ المشرّع يسدّ أبواب عدمه إلّا عدمه الناشئ عن وجود عدله، كسدّ أبواب عدم أحد الإبدال في الكفارة إلّا عدمه الناشئ عن وجود غيره من الأبدال.

ففي المقام يكون الإنفاذ كذلك، فإمضاء الإيجاب لازم وجود القبول، فدلالته على القبول تكون من باب الكناية، لدلالة «أمضيت» ونحوه على اللازم- أعني النفوذ- مطابقة، وعلى الملزوم وهو تحقق القبول بالالتزام، لدلالة اللازم على الملزوم، كدلالة كثرة الرماد على الملزوم أعني الجود. فما أفاده المحقق المتقدم قدّس سرّه من كون دلالة هذه الألفاظ على القبول بالكناية في محله.

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 68

فرع: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول (1)، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل، إمّا (2) بناء على جواز تقديم القبول، وإمّا من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف (3)، ثم عدم ترتب الآثار المختصة.

(1) كلفظ «بعت» فإنّه بناء على ما عن ابن سعيد قدّس سرّه يجوز إنشاء قبول البيع به.

و يؤيّده- بل يدلّ عليه- ما تقدّم من كونه من الأضداد، فيستعمل لفظ «بعت» في كلّ من البيع والشراء. و كلفظ «شريت» المستعمل في كليهما.

(2) غرضه بيان منشأ الاختلاف، وهو أحد أمرين:

الأوّل: عدم لزوم تقديم الإيجاب، فيختلف المتعاقدان، ويدّعي البادي بالإنشاء بقوله: «شريت» أنّه أراد القبول، لعدم لزوم تقديم الإيجاب عليه، ويدّعي غيره أنّك أردت الإيجاب، أو بالعكس.

الثاني: أنّه يجب تقديم الإيجاب على القبول، غاية الأمر أنّهما يتنازعان في المتقدم، وأن البادي بالإنشاء هل هو هذا أم ذاك؟

ثم إنّ هذا النزاع لا يختص بما إذا وقع العقد بالألفاظ المشتركة، بل يعمّ ما إذا وقع بالألفاظ المختصة، بأن يختلفا في أنّ المتلقّظ بصيغة الإيجاب هذا أو صاحبه؟ فلا يترتب هذا النزاع على إيقاع العقد بخصوص الألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول.

(3) لأنّ كلّاً منهما مدّع و منكر، حيث إنّّه يدّعي كلّ منهما أنّه مشتري الحيوان، و ينكره الآخر.

و توضيح ما أفاده: أنّ الأثر يترتب تارة على كلّ من الدعويين، كما إذا كان العوضان حيوانين كفرس و غنم، و ادّعى كلّ منهما أنّه مشتري ليشبث له خيار الحيوان بناء على اختصاصه بالمشتري، فيدّعي صاحب الفرس أنّه اشترى الغنم بالفرس، فهو مشتري، و الغنم مبيع، و يشبث له الخيار. و يدّعي صاحب الغنم أنّه اشترى الفرس بالغنم، فالمبيع هو الفرس، و يكون له خيار الحيوان.

و الحكم حينئذ التحالف، لأنّ كلّاً منهما مدّع للشراء و منكر للبيع، فكلّ منهما مدّع و منكر، و في مثله يجري التحالف.

وأخرى يترتب الأثر على إحدى الدعويين، كما إذا كان أحد العوضين حنطة و الآخر غنما، فيدعي أحد المتبايعين أنه اشترى الغنم بالحنطة، فهو المشتري، و الغنم مبيع. و يدعي الآخر أن الغنم ثمن، و باع الحنطة به، فلا خيار لمن انتقل إليه الحيوان.

وبالجملة: فالتحالف المذكور في المتن متجه في الصورة الأولى، دون الصورة الثانية التي هي من باب المدعي و المنكر، فإطلاق التحالف ممنوع.

وعليه فالإشكال الوارد على المتن أمران، أحدهما: حكمه قدس سره بإطلاق التحالف. ثانيهما: جعل هذا الفرع متفرعا على إنشاء العقد بالألفاظ المشتركة، مع أنك عرفت عدم اختصاص النزاع بالألفاظ المشتركة.

المبحث الثالث: اعتبار العربية

(1) هذا إشارة إلى المبحث الثالث من الجهة الأولى - الباحثة عن خصوصيات مواد العقود - و هو مسألة اعتبار العربية فيها، و قد نقل المصنف قدس سره عنهم أدلة ثلاثة على الاعتبار و ناقش فيها، ثم ذكر فروعاً ثلاثة رتبها على شرطية العربية.

و محصل ما أفاده في أصل الاشتراط هو: أن المنسوب إلى جماعة من الفقهاء اعتبار العربية في العقد، لوجوه:

أحدها: التأسي بالنبي و الأئمة عليهم الصلاة و السلام، حيث كان دأبهم على إنشاء العقود و الإيقاعات بالألفاظ العربية كما لا يخفى على المتتبع. هذا بحسب الصغرى.

و أما من حيث الكبرى فلا ريب في حجية فعلهم كحجية قولهم و تقريرهم عليهم الصلاة و السلام.

و على هذا فالتأسي بهم عليهم الصلاة و السلام يقضي بإنشاء المعاملات بالعربية دون اللغات الأخرى التي لم تؤثر من الشارع الأقدس.

ثانيها: ما عن تعليق الإرشاد من: أن عدم صحة العقد بالعربي غير الماضي - كقوله: أبيعك أو: أنا بائع - يستلزم عدم صحة العقد بغير العربي بالأولية، لكونه

المحكّي عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانيان (1): اعتبار العربية في العقد (2)، للتأسي كما في جامع المقاصد (3)، ولأن (4) عدم صحته بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى. وفي الوجهين ما لا يخفى (5).

---

فاقدا لكلّ من العربية و الماضوية، فعدم صحة فاقد إحداهما يستلزم عدم صحة فاقد كليهما بالأولية كما لا يخفى.

(1) الحاكي لكلمات هذه العدة- عدا الفاضل المقداد، إذ لم ينسب إليه اعتبار العربية- هو السيد الفقيه العاملي «1»، فراجع.

(2) المراد بالعقد هو البيع ونحوه، وأما النكاح فقد ادّعى شيخ الطائفة والعلامة قدّس سرّهما اشتراطه بالعربية.

(3) قال المحقق الثاني قدّس سرّه: «لأنّ الناقل هو الألفاظ المخصوصة، وغيرها لم يدلّ عليها دليل، و معلوم أنّ العقود الواقعة في زمن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم والأئمة عليهم السلام إنّما كانت بالعربية».

وقال الفاضل الأصفهاني: «لأنّ العقود متلقاة من الشارع مع الأصل» «2».

(4) هذا إشارة إلى الوجه الثاني المذكور بقولنا عن تعليق الإرشاد: «ثانيهما عدم صحة العقد .. إلخ».

(5) إذ في أولهما: أنّ مجرد عدم تلقّظهم عليهم السلام- في مقام إنشاء العقود والإيقاعات- إلاّ باللغة العربية لا يدلّ على عدم جواز إنشائها باللغات الأخر، لقوة

---

(1): لاحظ كلام السيد عميد الدين والمحقق الثاني في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 162، والنسبة إلى المحقق والشهيد الثانيين في ص 164. ولاحظ كلام الفاضل المقداد في التنقيح، ج 2، ص 184 و ج 3، ص 7. وكلام المحقق الثاني في جامع المقاصد ج 4، ص 60، و ج 12 ص 74، وكلام الشهيد الثاني في بيع الروضة البهية، ج 3، ص 225، وفي نكاح المسالك، ج 7، ص 95.

(2) كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 7

وأضعف (1) منهما منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي، فالأقوى (2) صحته بغير العربي.

احتمال أن يكون اقتصارهم على اللغة العربية لأجل عدم الابتلاء باللغات الأخرى، لا لأجل التشريع الموجب للاقتصار على العربي، حتى يكون من قبيل مناسك الحج الصادرة منه صلى الله عليه وآله وسلم الثابت كونها في مقام التشريع بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «خذوا عني مناسككم».

وعليه فلا يصلح التأسي المزبور لتقييد إطلاقات الصحة و النفوذ الشاملة لغير العربي.

وفي ثانيهما: منع الاستلزام المزبور، لأن غير الماضي بعيد عن معنى الإنشاء، بخلاف غير العربي المستعمل في مقام إنشاء العقد على طبق قواعد تلك اللغة.

(1) هذا إشارة إلى ثالث الوجوه التي استدلت بها على اعتبار العربية في العقد، وحاصله: منع صدق العقد على ما ينشأ بغير العربي مع التمكن من العربي، فالصدق منوط بالعربية، هذا.

وضعه في غاية الوضوح، لمخالفته للوجدان، بدهة صدق العقد العرفي على كل ما يصح عرفاً إنشاؤه به، وعدم تقوّم مفهوم العقد بإنشائه بالعربية، وعدم اعتبار العربية في إنشائه عقلاً أو شرعاً، فعمومات أدلة الإمضاء تشمل المنشأ بغير العربي، كشمولها للمنشأ بالعربي.

وبعبارة أخرى: العقد هو الالتزام المرتبطان بلا فرق بين كون المتعاقدين عربيين أو عجميين أو مختلفين، ومن المعلوم أن الالتزام أمر نفساني لا ربط له باللسان حتى يختص بأهل لغة دون أخرى.

(2) هذا متفرّع على بطلان الوجوه الثلاثة المستدل بها على اعتبار العربية، وحاصله: صحة العقد بغير العربية، لأنها مقتضى إطلاقات الصحة. ونسب ذلك إلى المشهور، لعدم تعرض الأكثر لهذا الشرط، وإنما تعرض له جماعة، وهم بين مثبت له و نافي.

و هل يعتبر عدم اللحن (1) من حيث المادّة (2) و الهيئة (3) بناء على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك (4) بناء على أنّ دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل.

و كذا (5) اللّحن في الإعراب. و حكي (6) عن فخر الدين «الفرق بين ما لو قال: بعثك بفتح الباء، و بين ما لو قال: جوّزتك بدل زوّجتك، فصحّح الأول دون الثاني، إلّا مع العجز عن التعلّم و التوكيل».

(1) هذا الفرع الأوّل من فروع اعتبار العربية، و حاصله: أنّه بناء على اعتبار العربية هل تعتبر مطلقاً- أي من حيث المادّة و الهيئة و الإعراب- أم لا، أم يفصّل بين ألفاظ الإيجاب و القبول بالاعتبار فيها، و بين غيرها كالمتملّقات بعدم الاعتبار فيها؟ فيه وجوه بل أقوال.

(2) كإنشاء النكاح بقوله: «جوّزت» بدل «زوّجت» لاختلاف مادتي الجواز و الزواج.

(3) كالإنشاء بلفظ «أبيع و بائع» لتعدد الهيئة مع وحدة المادّة.

(4) أي: الاعتبار، بناء على كون الدليل في اشتراط العربية هو الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل، فيجري فيما عداه أصالة عدم ترتب الأثر.

(5) هذا الفرع من فروع اعتبار العربيّة، يعني: و كذا يعتبر عدم اللّحن في الإعراب بناء على استناد اعتبار العربية إلى المتيقّن من أسباب النقل، فإذا قال: بعث - بفتح التاء ليكون للخطاب - لم ينعقد به البيع، و كذا إذا قال المشتري: «اشتريت أو قبلت» بفتح التاء أو كسرها.

(6) الحاكي هو السيد العاملي قدّس سرّه (1)، و غرضه حكاية التفصيل في الصحة و عدمها بين اللحن المادّي و الصّوري، فقيل بالصحة في الثاني دون الأوّل، إلّا مع العجز عن التعلّم و التوكيل، فقوله: «بعثك» صحيح، دون «جوّزتك» بدل «زوّجتك».

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 163 و 164

ص: 411



ولعله (1) لعدم معنى صحيح في الأول إلا البيع، بخلاف التجويز، فإن له معنى آخر، فاستعماله في التزويج غير جائز.

ومنه (2) يظهر أنّ اللغات المحرّفة (3) لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى (4).

ثم (5) هل المعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب و القبول كالثمن و المثلث، أم يكفي عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول؟ حتى لو قال: «بعتك إين كتاب را به ده درهم» كفى.

(1) أي: ولعلّ الفرق بين اللحن المادي و الصوري. لَمَّا كان يتوجه على فخر المحققين قدّس سرّه سؤال الفرق فيما حكي عنه بين «بعتك» و بين ما لو قال: «جوّزتک» بدل «زوّجتک» حيث حكم بصحة العقد بالأوّل دون الثاني مع اشتراكهما في اللحن، غاية الأمر أنّه في الأوّل صوري و في الثاني ماديّ، تعرّض المصنّف قدّس سرّه لإبداء الفرق بينهما بما حاصله: أنّه ليس للأوّل معنى صحيح إلاّ البيع، فهو مراد من أنشأ البيع به، بخلاف الثاني، فإنّ له معنى آخر صحيحا مغايرا للنكاح، فلا يجوز استعماله في التزويج، إذ ليس مبرزا حينئذ للاعتبار النفساني من التزويج، بعد فرض المغايرة بينهما.

(2) أي: و من عدم قدح اللحن الصوري في صحة الإنشاء يظهر أنّه لا بأس بالإنشاء باللغات المحرّفة، ما لم تغيّر المعنى، حيث إنّها مع هذا التحريف لا تخرج عن كونها موجدة أو مبرزة للاعتبارات النفسانية. وكذا الحال في الوصل بالسكون و الوقف بالحركة و نحوهما ممّا لا يوجب تغييرا في المعنى المقصود.

(3) المراد باللغة المحرّفة هي الكلمة التي تتغيّر فيها هيئتها بتضعيف حرف مخفّف أو بالعكس، أو ضمّ الحرف المفتوح و نحوهما.

(4) بخلاف ما إذا تغيّر المعنى، «كقبّلت» فإنّ معناه غير معنى: «قبلت» بالتخفيف.

(5) هذا الفرع الثالث من فروع اعتبار العربية، و محصّله: أنّه هل تعتبر العربيّة

و الأقوى هو الأول (1)، لأن (2) غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام (3).

نعم (4) لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب- كما لا يجب في القبول (5)- و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صحّ الوجه الثاني (6).

في كل جزء من أجزاء الإيجاب و القبول؟ فلا- بد أن يقول البائع: «بعتك هذا الكتاب بدينار» مثلا، و يقول المشتري «قبلت بيع الكتاب بدينار» أم لا يعتبر ذلك، و إنما المعتبر عربيّة نفس صيغتي الإيجاب و القبول، و إن كان غيرهما فارسياً أو غيره من اللغات، فلو قال: «بعتك إين كتاب را به ده درهم» و قال المشتري: «قبلت بيع إين كتاب را به ده درهم» كفى.

(1) و هو اعتبار العربية في جميع أجزاء الإيجاب و القبول.

(2) تعليل لقوله: «و الأقوى هو الأول» و حاصله: أنّ الثمن و المثلث من أجزاء العقد و من مقوماته، و الإنشاء لا يحصل إلا بالمجموع، بحيث لا يصدق على الخالي عنهما اسم العقد حتى تشمله العمومات و الإطلاقات، و لا أقلّ من الشك.

(3) و لعلّ وجهه كما في بعض الكلمات هو أنّه لا يلزم منه الفصل بين الإيجاب و القبول بالأجنبي، لأن تلك المتعلقات مرتبطة معنى بالصيغة التي أنشئ بها العقد و إن لم يكن الكلام جارياً على قانون الاستعمال.

(4) استدراك على قوله: «الأقوى هو الأول» و غرضه إقامة الدليل على قوله:

«أم يكفي عربية الصيغة» و حاصله: أنّ في مسألة اشتراط صحة العقد بذكر متعلقاته وجهين، فبناء على الاشتراط لا بدّ من ذكر المتعلقات بالعربيّة كنفس الصيغة. و بناء على عدم الاشتراط يجوز ذكرها بالفارسية، فالمسألة مبنائية.

(5) لظهوره في كونه قبولا لما أنشأه الموجب، فلا موجب لإعادتها في القبول لأنّ المتعلقات من أجزاء الصيغة.

(6) و هو كفاية عربيّة نفس الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول، و من

لكنّ (1) الشهيد رحمه الله في غاية المراد «1» في مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب [1].

---

المعلوم أنّه بناء على عدم اعتبار ذكر متعلّقات الإيجاب- كعدم اعتباره في القبول- لا ينبغي الإشكال في كفاية العربية في الإيجاب و القبول، وعدم الحاجة إلى ذكر المتعلّقات بالعربية.

(1) فعلى هذا يجب ذكر العوضين في الإيجاب باللغة العربية. ولعلّ وجهه ما عرفت آنفا عند شرح قوله: «لأن غير العربي كالمعدوم» فيجب ذكر العوضين، لأنّهما ركنان في المعاوضات، كركنيّة الزوجين في النكاح. و مقتضى الاختصار على المتيقن هو ذكرهما بالعربية.

---

[1] ينبغي تفصيل البحث في اعتبار العربية في صيغ العقود في مقامين:

الأوّل: فيما عدا النكاح من العقود اللازمة، سواء أكانت بيعاً أم غيره.

و الثاني: في عقد النكاح.

أمّا المقام الأوّل فمحصّله: أن المنسوب إلى المشهور عدم اعتبار العربية في صيغ العقود اللازمة، خلافاً لجماعة، حيث إنهم ذهبوا إلى اعتبار العربية فيها، لوجوه:

الأوّل: الأصل.

الثاني: التأسّي.

الثالث: أنّ عدم صحة العقد بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بالألويّة، لكون غير العربي فاقداً لقبدي العربية و الماضوية معاً.

الرابع: أنّ غير العربي غير صريح، فهو من قبيل الكنايات التي وقع المنع عن استعمالها في العقود في كلمات الفقهاء. وهذا الوجه يظهر من كلام العلامة في التذكرة لأنّه بعد الحكم فيها بعدم الانعقاد بغير العربية عند علمائنا قال: «و هو قول الشافعي وأحمد، لأنّه عدل عن النكاح و التزويج مع القدرة، فصار كما لو عدل إلى البيع و التمليك

---

(1): غاية المراد، ص 81

ص: 414

---

وقال أبو حنيفة وأصحابه و الشافعي أيضا: إنه ينعقد اعتبارا بالمعنى» (1)«.

الخامس: أنّ العقد بغير العربية لا يصدق عليه أنّه عقد.

وزاد بعضهم أنّ غير العربية من اللغات ليست لغة، لأنّ غير العرب أعجم، والأعجم هو من لا لسان له، هذا.

وأنت خبير بما في الكل.

إذ في الأوّل- وهو الأصل- أنّه لا أصل له مع الدليل، وهو عموم ما دلّ على نفوذ العقود و البيع و التجارة، فإنّ صدق هذه العناوين عرفا على ما ينشأ بغير الألفاظ العربية ممّا لا يمكن إنكاره، و مع هذا الصدق كيف يصح التمسك بأصالة الفساد؟

و في الثاني: أنّ التأسّي إنّما يصح في الأفعال الواردة في مقام التشريع كأفعال الصلاة و الحج، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «صلّوا كما رأيتموني أصلي» و «خذوا عني مناسككم».

و أمّا إذا ورد فعل بعد ورود دليل عام على صحة شيء، ثم صدر عمل يكون مصداقا لموضوع ذلك الدليل، فلا وجه للزوم التأسّي حينئذ حتّى يقال بانحصار المصدق فيما صدر عن التشريع كما في المقام، فإنّ عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه يشمل العقد المنشأ بالعربي و الفارسي، فصدور العقود العربية منهم عليهم السلام لا يدلّ على انحصار العقود النافذة بما أنشئ باللفظ العربي حتى يجب التأسّي.

و في الثالث: أنّ الماضي لا يختص باللغة العربية حتى يكون غير العربي فاقدا لقيدين، فلا أولوية في البين، بل هما سيّان، لكون كل واحد منهما فاقدا لقيد و واجدا له.

و في الرابع: أن كون غير العربي من الكنايات ممنوع أشدّ المنع، بداهة أنّ ترجمة لفظ «بعت» مثلا- وهي بالفارسية «فروختم» كنفس «بعت» تدلّ بالوضع على معنى البيع في الزمان.

و لعل المستدل زعم أنّ الماضي مختص باللغة العربية، و هو معلوم الفساد، هذا.

و في الخامس: أنّ تقوّم العقد بالعربية مما يعلم بالضرورة خلافه، لصدق العقد العرفي على ما ينشأ بغير العربية من اللغات، فإنّ التشكيك في صدقه عليه خلاف

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 582

بل دعوى انصراف العقود إلى المعهودة توجب القطع بعدم اعتبار العربية فيها، لكون العقود المتعارفة عند كلّ ملّة منشأة بلغاتهم المختلفة. و يظهر مما تقدّم ضعف احتمال عدم كون غير العربية لغة.

فتلخص مما ذكرناه: عدم دليل على اعتبار العربية فيما عدا النكاح من العقود اللازمة حتى تخصّص به عمومات أدلة النفوذ، فلو شكّ في اعتباره فمقتضى العمومات عدمه، فيصحّ إنشاء العقود اللازمة غير النكاح بكلّ لغة، لصدق العقد عرفاً عليها، وعدم اعتبار العربية فيها شرعاً كما لا يخفى.

وأما المقام الثاني: وهو عقد النكاح ففي اعتبار العربية فيه خلاف. قال في المبسوط: «فإن عقداً بالفارسية، فإن كان مع القدرة على العربية فلا ينعقد بلا خلاف، وإن كان مع العجز فعلى وجهين: أحدهما، يصحّ، وهو الأقوى، والثاني: لا يصح. فمن قال: لا يصحّ قال: يوكل من يقبلها عنه، أو يتعلّمها. ومن قال: يصحّ، لم يلزمه التعلم. وإذا أجزى بالفارسية احتاج إلى لفظ يفيد مفاد العربية على وجه لا يخلّ بشيء منه فيقول الولي: اين زن را به تو دادم به زني، ومعناه هذه المرأة زوّجتكها، ويقول الزوج: پذیرفتم به زني، يعني: قبلت هذا النكاح» (1).

وقال العلامة قدّس سرّه في نكاح التذكرة: «لا ينعقد إلا بلفظ العربية مع القدرة، فلو تلفّظ بأحد اللفظين - يعني: أنكحت وزوّجت - بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكّنه ومعرفة بالعربية لم ينعقد عند علمائنا .. إلى أن قال: وأما إذا لم يحسن العربية، فإن أمكنه التعلم وجب، وإلا عقد بغير العربي للضرورة» (2).

وقال المحقّق قدّس سرّه: «ولا يجوز العدول عن هذين اللفظين إلى ترجمتهما بغير

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 194

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 582

---

العربية إلا مع العجز عن العربية» (1).

وعن حاشية المحقق الثاني عليها: «لا ريب في وقوع عقد النكاح بالعربية، فيبطل لو وقع بغيرها. والمراد بالعربي ما يكون لفظه باعتبار مادته وصورته. ولو غير بنية الكلمة أو لحن في إعرابها لم ينعقد مع القدرة على العربي، كما لو أتى بالترجمة مع العلم بلسان العرب. أمّا لو لم يكن عالماً بذلك ولم يمكنه التعلم أو أمكنه بمشقة العادة فإنه يكفي الإيقاع بمقدوره وإن تمكّن من التوكيل. وكذا كل موضع يعتبر فيه اللفظ العربي».

وفي القواعد: «ولا يصحّ بغير العربية مع القدرة، ويجوز مع العجز» (2).

وقال المحقق الثاني في شرحه: «فلا ينعقد النكاح وغيره من العقود اللازمة بغيره من اللغات كالفارسية، مع معرفة العاقد، وتمكّنه من النطق، ذهب إلى ذلك أكثر الأصحاب. وقال ابن حمزة: إن قدر المتعاقدان على القبول والإيجاب بالعربية عقداً بها استحباباً. والأصحّ الأوّل، لما قلناه» (3).

أقول: الذي يتحصل من الكلمات: أن في المسألة صوراً:

الأولى: التمكن فعلاً من إنشاء النكاح بالعربي كالعالم باللغة العربية.

الثانية: العجز عن ذلك فعلاً مع التمكن من التعلم أو التوكيل.

الثالثة: العجز منهما معاً.

أمّا هذه الصورة الأخيرة فقد ذكروا فيها عدم الخلاف والإشكال في صحة العقد فيها بغير العربية، وقالوا: إن مثلها ما لو عجز عن التعلّم وحده مع التمكن من التوكيل، لأصالة عدم وجوب التوكيل. وإليه يشير إطلاق كلام العلامة: «وأمّا إذا لم يحسن العربية فإن أمكنه التعلم وجب وإلا عقد بغير العربي للضرورة» وأمّا الصورة الثانية فمقتضى الكلام المتقدم عن الشيخ في المبسوط: أنّ فيها قولين:

---

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 273

(2) قواعد الأحكام، ص 147 (الطبعة الحجرية).

(3) جامع المقاصد، ج 12، ص 74

---

أحدهما: أنه يصح بغير العربي، ولا يجب التعلم ولا التوكيل.

والآخر: أنه لا يصح بغير العربي، فيجب التعلم أو التوكيل.

ويستدلّ للأول- بعد البناء على اعتبار العربية في العقد- بأصالة البراءة عن وجوب التعلم و التوكيل، فيأتي بمقدوره الذي يصدق عليه العقد قطعاً، فيجب الوفاء به، لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. و برفع الحرج كما في كشف اللثام «1». و بفحوى الاجتزاء بإشارة الأخرس كما في كشف اللثام أيضاً، حيث إنّ اللفظ غير العربي أولى من الإشارة.

و لعدم نصّ يدلّ على الأمر بالعربية، كما فيه أيضاً.

و الظاهر أنّ مراده قدّس سرّه وجود أمانة على عدم اعتبار العربية، لأنّ عموم الابتلاء به يقتضي بيان المعصومين عليهم السّلام له، فعدم بيانهم عليهم السّلام- مع شدة الحاجة إليه- دليل على عدم اعتبار العربية كما هو الشأن في كلّ ما يعمّ به البلوى، هذا.

وأيّده الجواهر «بعدم عثوره على الخلاف في جواز العقد بغير العربي للعاجز عنه و لو مع التمكن من التوكيل. فما عن بعضهم من الإكتفاء بذلك مع العجز عن التوكيل لا يخلو من نظر» «2». انتهى ملخصاً.

و في الكلّ ما لا يخفى.

إذ في الأول: أنّه بناء على اعتبار العربية فإن كان له إطلاق بحيث يكون ظاهراً في الشرطية المطلقة فيجب التعلم، و لا مجال للبراءة. و إن لم يكن له إطلاق فيتشبّث في ذلك بإطلاق أدلة نفوذ العقود الذي هو دليل اجتهادي. و معه لا تصل النوبة إلى أصل البراءة كما لا يخفى.

و في الثاني- بعد فرض جريانه في الأحكام الوضعية كما هو الأصحّ- أنّه أخص من المدعى.

و في الثالث: أنّه لا مجال للأولوية في الأحكام التعبديّة، لعدم خروجها عن

---

(1): كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 7

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 250 و 251

---

القياس الممنوع إعماله في الأحكام الشرعية.

وفي الرابع: أنه وإن كان متينا في نفسه، لكنه ينافي ما بنى عليه من اعتبار العربية في العقد.

وأما الصورة الأولى - وهي التمكن الفعلي من إنشاء النكاح بالعربي كالعالم باللغة العربية - فقيل: إنه لا ريب في مصير الأكثر والمعظم إلى اعتبار العربية فيها، بل لم يحصل لنا دراية ولا رواية عثور على مخالف في المسألة عدا أبي جعفر محمد بن علي بن حمزة، فإنه قال في كتاب النكاح من الوسيلة: «وإن قدر المتعاقدان على القبول والإيجاب بالعربية عقدا بها استحبابا. وإن عجزا جاز بما يفيدها من اللغات» (1) و مراده بالاستحباب إما الاحتياط الاستحبابي وإن كان خلاف الظاهر، وإما استحباب التبرك بألفاظ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

ثم استدلوا على اعتبار العربية مع التمكن فعلا منها بوجوه خمسة تقدمت في المقام الأول.

وزادوا عليها وجها سادسا، وهو: أن الاحتياط في الفروج يقتضي اعتبار العربية، ذكره في كشف اللثام (2).

وجوابه: أن الاحتياط أصل عملي، وإطلاق الأدلة النافية لاعتبار العربية دليل اجتهادي، ومعه لا تصل النوبة إلى الأصل العملي.

التحقيق أن يقال: إن النكاح من الأمور العقلانية المتداولة بين الناس، كما يرشد إليه قولهم عليهم السلام: «لكل قوم نكاح» وعدم كونه من الماهيات المخترعة، فكل ما يصدق عليه عنوان النكاح يندرج في إطلاق أدلة نفوذ النكاح، وتقييده بالعربية منوط بدليل مفقود. ولو سلم فإنما هو بالنسبة إلى القادر فعلا على العربية، وإن كان ذلك مخدوشا أيضا، لأنه ليس إلا الإجماع المدعى، مع مخالفة ابن حمزة في الوسيلة. ومع احتمال

---

(1): الوسيلة ضمن الجوامع الفقهية، ص 752

(2) كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 7



استنادهم إلى الوجوه المذكورة التي قد عرفت حالها.

ومخالفة كلام المحقق الثاني، حيث قال: «ذهب إلى ذلك أكثر الأصحاب» لقول العلامة: «لم ينعقد عند علمائنا» فإن الظاهر من الأول عدم الاتفاق، وظاهر الثاني الاتفاق، لظهور «عند علمائنا» في الإجماع كما قرر في محلّه.

ومع الغض عن ذلك فالمتيقن منه هو صورة القدرة فعلا على الإنشاء العربي، فيقيّد الإطلاق بهذه الصورة فقط.

وبالجملة: فكل لفظ يكون مبرزاً للاعتبار النفساني - المعبر عنه بالزواج والنكاح ونظائرهما - يشمل إطلاق أدلة صحة النكاح، لكونه عقداً عرفياً. فالقول بعدم اعتبار العربية مطلقاً حتى بالنسبة إلى القادر عليها فعلاً - لعدم دليل معتدّ به على تخصيص عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود - هو الأقوى، وإن كان الأحوط شديداً مراعاتها للقادر عليها، والله العالم.

ثم إنّه على تقدير اعتبار العربية هل يعتبر فيها عدم اللّحن مطلقاً، أي مادّةً وهيئةً وإعراباً أم لا؟ الحق هو الأوّل بناء على كون الدليل الاقتصار على المتيقن.

وأما بناء على كونه غيره فالمتجه هو العربية المتداولة بين الناس بحيث تكون عندهم مبرزة للاعتبار النفساني، وإن كانت مخالفة للقواعد العربية وغلطاً بالنظر إليها، فالعربيّة الدارجة ممّا يصح الإنشاء بها كما لا يخفى.

فعلى هذا لا فرق في اللّحن بين أن يكون في المادّة كـ «جوّزت» بدل «زوّجت» وبين أن يكون في الصورة كـ «أبيع و بائع» مثلاً بدل «بعت» وبين أن يكون في الإعراب كـ «بعت» بعد فرض كون الكل مفهماً للمعنى المقصود في اللغة العربية الدارجة.

وأما اللغات المحرّفة فإن كانت مفهومة للمعنى المقصود عند العرف الحاضر فلا بأس بها، وإلا فلا، إذ لا بدّ من الإنشاء بما يكون مبرزاً عند العرف. فالضابط في صحة الإنشاء بالألفاظ العربية - بناء على اعتبار العربية - هو أن تكون مبرزة عرفاً للمعنى المقصود، من غير فرق بين أنحاء اللّحن و اللّغات المحرّفة.

ثم إنّه (1) هل يعتبر [1] كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ بأن يكون فارقاً بين معنى «بعت وأبيع وأنا بائع» أو يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأول (2)، لأنّ عريّة الكلام

---

(1) هذا الفرع الثالث من فروع اعتبار العربية، و محصّ له: أنّه هل يعتبر أن يكون المتكلم بالألفاظ العربية عالماً بمعانيها تفصيلاً، بأن يميّز بين معنى «بعت» و «أبيع» مثلاً، أم يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ وجهان، رجّح المصنف قدّس سرّه الأوّل، و سيأتي.

(2) و هو اعتبار العلم تفصيلاً بمعاني الألفاظ العربية، لما أفاده المصنف قدّس سرّه بقوله: «لأنّ عريّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام.. إلخ».

و حاصله: أنّ الإنشاء و الإخبار لَمَّا كانا من وجوه الاستعمال الذي هو متقومّ بلحاظ اللفظ و المعنى، و إيجاد المعنى باللفظ بالإرادة، فلا محيص عن تصوّر المعنى بالمقدار الذي يريد إيجاده باللفظ حتّى يعقل توجه القصد إليه، فإنشاء ما لا معرفة له به تفصيلاً غير معقول. فهذا الوجه يقتضي معرفة معنى الكلام تفصيلاً حتى يقصده المتكلم، و يستعمل الكلام فيه، فبدون المعرفة التفصيلية بالمعنى لا يصح استعمال اللفظ فيه [2].

---

[1] لا يخفى أنّ هذا الكلام لا يترتب على اعتبار العربية.

[2] إلّا أن يقال: إنّ المقصود ليس وجود المعنى بالذات باللفظ، لاستحالة وجوده كذلك حتى يحتاج إلى لحاظه تفصيلاً، بل الغرض وجود المعنى بالعرض، فيكفي في وجوده بالعرض قصد المعنى بالعرض، بأن يقصد العنوان المنطبق عليه قهراً، فيستعمل اللفظ في معنون هذا العنوان المقصود، و ليس استعماله إلّا أن يكون وجود اللفظ بالذات وجوداً بالعرض لذلك المعنى المقصود بالعرض. و عليه فيقصد العنوان المقصود كالبيع، و يستعمل اللفظ في معنون هذا العنوان المقصود، فيكون المعنون

ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميّز (1) بين معنى بعت وأبيع وأوجدت البيع وغيرها.

بل على هذا (2) لا- يكفي معرفة أنّ «بعت» مرادف لقوله: «فروختم» حتى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز بين «بعتك و بعت» بالضمّ و «بعت» بفتح التاء، فلا ينبغي ترك الاحتياط، وإن كان في تعيّن (3) نظر، ولذا نصّ بعض على عدمه.

---

(1) ليقصد من كل جزء من أجزاء الكلام- مادّة و هيئة- معناه الموضوع له في لغة العرب، ويستعمله فيه، هذا.

لكن توقف صدق العربية على التمييز بهذا النحو مشكل جدًّا، لإناطته بكمال معرفة وخبرة، مع اختلاف بين أهل العربية في بعض الخصوصيات.

(2) أي: على هذا الوجه المقتضي لمعرفة المعنى تفصيلا- حتى يصحّ استعمال اللفظ فيه- لا يكفي معرفة أنّ «بعت» مرادف .. إلى آخر ما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

(3) أي: في تعيّن الاحتياط و معرفته بهذا الوجه. وجه النظر عدم الدليل على الاعتبار، بعد كون المجموع في نظر العرف مبرزا للاعتبار النفساني.

---

مقصودا بالعرض، وهو كاف في الاستعمال.

نعم لو كان جاهلا بمضمون الصيغة رأسا فلا يصحّ الإنشاء بها قطعا، لأنّه حينئذ بمنزلة استعمال كلمة «ضربت و أكلت و شربت» مثلا مكان «بعت».

فالمتحصل: أنه لا دليل على اعتبار معرفة خصوصيات معاني الصيغ، و كون كل خصوصية مدلولا عليها بكلمة خاصة، بل معرفته إجمالا بأنّ مجموع الكلام يدلّ على المعنى المقصود كافية.

مسألة (1): المشهور (2) [1] كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية، بل في التذكرة (3):

الجهة الثانية: اعتبار الماضوية

(1) هذه المسألة متكفلة لشرط الهيئة الإفرادية للصيغة، وهي اعتبار الماضوية، وعدمه.

(2) كما في كلام المحقق الأردبيلي قدس سره حيث قال: «لا دليل عليه - أي على عدم انعقاد البيع بغير الماضي - واضحاً، إلا أنه مشهور» (1). ونحوه المحكي عن مفاتيح الشرائع (2).

(3) لما كانت الشهرة تؤذن بوجود المخالف في المسألة تصدّى المصنف قدس سره لنقل

[1] الظاهر من الكلمات أن في اعتبار الماضوية قولين:

أحدهما: وهو المنسوب إلى المشهور اعتبارها، استناداً إلى وجوه ثلاثة:

أحدها: الإجماع.

ثانيها: صراحة الماضي في الإنشاء، دون غيره من الأمر والمستقبل، لكون الثاني، أشبه بالوعد، والأول استدعاء لا إيجاباً. قال المحقق قدس سره: «لأن ذلك أشبه بالاستدعاء والاستعلام».

ثالثها: أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

ولكن الكل كما ترى، لعدم إحراز كون الإجماع تعبدياً، مع احتمال استناد المجمعين إلى الوجوه الاعتبارية.

وعدم صراحة الماضي في الإنشاء إن أريد بها الوضع له، بداهة عدم الوضع له، إن لم نقل بوضعه للإخبار. وإن أريد بها الصراحة من ناحية القرينة، فالصراحة حينئذ ثابتة لغير الماضي أيضاً.

(1): مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 145

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 162

الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك أو اشتر مني.

---

الإجماع على اعتبار الماضي حتى لا يتوهم مخالفة أحد فيه. قال العلامة في عداد شرائط الصيغة- ما لفظه: «الثاني: الإتيان بهما بلفظ الماضي، فلو قال: أبيعك، أو قال:

أشترني، لم يقع إجماعاً، لانصرافه الى الوعد» (1).

وفي القواعد: «و لا بدّ من صيغة الماضي» (2) و قريب منه عبارة التحرير (3).

وفي الدروس: «فلا يقع بالأمر و المستقبل» (4) و ربما يستفاد منه كونه من المسلّمات.

ولكن الأولى الإكتفاء بالشهرة الفتوائية بعد وجود المخالف، و هو القاضي ابن البرّاج كما سيأتي في المتن.

و كيف كان فالمستفاد من المتن وجوه ثلاثة على اعتبار الماضي في صيغ العقود.

الأول: الإجماع المنقول.

الثاني: صراحة الماضي في الإنشاء.

الثالث: انصراف إطلاق أدلة الإضاء إلى العقود المتعارفة خارجاً.

---

وعدم كون التعارف مقيّدا للإطلاقات.

و ثانيهما: عدم اعتبار الماضي، و جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، لصدق العقد على المنشأ بهما، فتشمله العمومات. و هذا القول منسوب إلى القاضي قدّس سرّه استناداً إلى ما ذكره المصنف قدّس سرّه في المتن.

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) قواعد الأحكام، ص 47

(3) تحرير الأحكام، ج 1، ص 164

(4) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191



و لعلّه (1) لصراحته (2) في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه (3) بالوعد، و الأمر استدعاء (4) لا إيجاب. مع (5) أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

(1) أي: و لعلّ اشتراط الماضوية لأجل صراحة الماضي في الإنشاء، كما ورد في كلام جمع منهم المحقق و الشهيد الثانيان، و أوضحه في المسالك بقوله: «إنّما اعتبر في العقد لفظ الماضي، لأنّ الغرض منه الإنشاء، و هو صريح فيه، لاحتمال الوعد بالمستقبل، و عدم اقتضاء الأمر إنشاء البيع من جانب الأمر، و إنّما أنشأ طلبه. و أمّا الماضي فإنّه و إن احتمل الإخبار، إلّا أنّه أقرب إلى الإنشاء، حيث دلّ على وقوع مدلوله في الماضي، فإذا لم يكن ذلك هو المقصود كان وقوعه الآن حاصلًا في ضمن ذلك الخبر. و الغرض من العقود ليس هو الإخبار. و إنّما هذه الصيغة منقولة شرعا من الإخبار إلى الإنشاء، و الماضي ألصق بمعناه» (1).

(2) ليس المراد بالصراحة الوضع اللغوي، ضرورة عدم وضع صيغة الماضي لذلك، بل المراد بها الصراحة في الإنشاء، و منشؤها النقل الشرعي من الحكاية إلى الإيجاد، كما تقدم في عبارة المسالك.

و قال الشهيد قدّس سرّه: «و المأخذ في صراحة هذه- أي صيغ العقود و الإيقاعات- مجيئها في خطاب الشارع لذلك، و شيوعها بين حملة الفقه» (2).

(3) فلا يكون ظاهرا في الإنشاء حتّى يقع به.

(4) يعني: أنّ الأمر استدعاء و طلب لإيجاب البيع، لا إيجاب له.

(5) هذا هو الدليل الثالث على اعتبار الماضوية، و هو مؤلف من مقدمتين:

الأولى: أنّ المتعارف من العقود- بحسب الوجود الخارجي- هو ما ينشأ بلفظ الماضي، لا المضارع و لا الأمر، و لا الجملة الاسمية.

الثانية: أنّ دليل الإمضاء- كوجوب الوفاء بالعقود- منزّل على العقود

---

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 153

(2) القواعد و الفوائد، ج 1، ص 153، رقم القاعدة: 40، و لاحظ أيضا ص 253

وعن (1) القاضي في الكامل و المهذب عدم اعتبارها. ولعله (2) لإطلاق البيع و التجارة، و عموم العقود (3)،

---

المتعارفة في عصر التشريع، و لا يشمل إنشاءها بغير المتعارف.

و نتيجة المقدمتين: عدم ترتب الأثر على العقود المنشئة بما عدا الماضي.

(1) هذا إشارة إلى القول الآخر في المسألة، و هو عدم إناطة الصحة بالإنشاء بالماضي، فيجوز بالمضارع، كما ذهب إليه القاضي ابن البراج، على ما حكى عنه.

قال العلامة في المختلف: «وقال ابن البراج في الكامل: لو قال المشتري: بعني هذا، فقال البائع: بعتك، انعقد» (1) و نحوه كلامه في المهذب (2).

و استدلل له المصنف قدس سره بأدلة ثلاثة:

الأول: إطلاق الآيات المباركة.

الثاني: خصوص النصوص الواردة في البيع، المتضمنة للإنشاء بالمضارع، فإنها صريحة في المدعى.

الثالث: فحوى النصوص المجوزة لإنشاء عقد النكاح بالمضارع، و سيأتي بيانها.

(2) أي: و لعل عدم اعتبار الماضية.

(3) هذا إشارة إلى الدليل الأول على صحة الإنشاء بالمضارع، و حاصله: أن مقتضى إطلاق آيتي حلّ البيع و التجارة عن تراض، و عموم و جوب الوفاء بالعقود- الشاملين للعقود المنشئة بغير لفظ الماضي - هو نفي اعتبار الماضية. و التعارف بحسب غلبة أفراد الإنشاء بالماضي غير صالح لتقييد شمول الآيات المباركة.

و دعوى الصراحة في الماضي مجازفة بعد كون إرادة الإنشاء منه خلاف وضعه اللغوي. و إرادة الإنشاء من المضارع على طبق وضعه، لا اشتراكه بين الحال و الاستقبال.

---

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 53

(2) المهذب، ج 1، ص 350

ص: 426



(1) معطوف على «إطلاق البيع» وهذا إشارة إلى الدليل الثاني، وهو الأخبار المتضمنة لإنشاء البيع بالمستقبل مع تقديم القبول على الإيجاب في بعضها.

فمنها: ما ورد في بيع العبد الآبق مع الضميمة، كصحيحة رفاعة النخاس، قال:

«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهما، فإن ذلك جائز» (1).

وتقريب الدلالة: أنه عليه السلام علم رفاعة إنشاء شراء الجارية الآبقة مع ضميتها، بأن يقول للقوم: «أشتري منكم ..» وظهور الصحيحة في انعقاد المعاملة بصيغة المضارع مما لا ينكر.

وقريب منها معتبرة سماعة (2) عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء العبد الآبق.

إلا أن يחדش في دلالتها على المدعى بأنهما في مقام بيان تجويز بيع الآبق مع الضميمة، لا في مقام بيان ما يتحقق به البيع والشراء، فتأمل.

ومنها: ما ورد في بيع اللبن في الضرع من صحته بصيغة الأمر، كما في موثقة سماعة، قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه أسكرجة، فيقول: اشتري مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمي، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة» (3).

(1): وسائل الشيعة، ج 12، ص 262، الباب 11 من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث: 1

(2) المصدر، ص 263، الحديث: 2

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 259، الباب 8 من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث: 2 والأسكرجة «بضم السين والكاف والراء والتشديد: إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الأدم. وهي فارسية .. وقيل: والصواب فتح الراء، لأنه فارسي معرب» راجع المجمع البحرين، ج 2، ص 310.

في الصّرع (1) من الإيجاب بلفظ المضارع. و فحوى ما دلّ عليه في النكاح (2).

ولا يقدح إضمارها، للتصريح بأنّ المسؤول هو الإمام أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السّلام، كما في الفقيه بنقل الوسائل. مضافا إلى عدم قدح الإضمار من مثل زرارة و سماعة كما قرّر في محلّه.

ولا يخفى أنه قد تقدم في (ص 341-343) نقل جملة من الأخبار التي ورد فيها الإنشاء بصيغة المستقبل إمّا من البائع أو المشتري، فراجع.

(1) قد عرفت أنّ رواية بيع اللبن متضمنة لإيجاب البيع بصيغة الأمر، لا المضارع. ولعلّ المراد عدم خصوصية في صيغة الماضي، سواء أ كانت بلفظ المضارع أم الأمر، والأمر سهل.

(2) هذا إشارة إلى الدليل الثالث على عدم توقف صحة عقد البيع على الإنشاء بصيغة الماضي، وهو الاستدلال بأولية جواز إنشاء البيع بالمضارع من جواز إنشاء النكاح به، وقد دلّت أخبار عديدة على صحة انعقاد الزواج المنقطع بالمضارع مع ابتداء الزوج به، كرواية أبان بن تغلب، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله و سنّة نبيّه لا وارثة و لا مورثة، كذا و كذا يوما- و إن شئت كذا و كذا سنة- بكذا و كذا درهما، و تسمّي من الأجر [من الأجل] ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت، و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها» «1».

و لا ريب في ظهور تعليمه عليه السّلام لصيغة النكاح المنقطع في انعقاده بلفظ المضارع.

وقريب منه روايات أخرى من نفس الباب، فراجع.

و تقريب الفحوى: أنّ الشارع الأقدس قد اهتمّ بالنكاح و أمر بالاحتياط فيه.

(1): وسائل الشيعة، ج 14، ص 466، الباب 18 من أبواب المتعة، الحديث: 1

فإذا جَوَزَ إنشاءه بصيغة المضارع لزم تجويزه في البيع بطريق أولى، لأن أمر الأعراض أشدّ من الأموال.

[1] بل ينبغي الجزم بصحّته بعد وضوح عدم توقف إنشاء مفاهيم العقود والإيقاعات عرفاً على اللفظ، فعموم أدلة العقود يشمل ما ينشأ منها بغير اللفظ مثل ما ينشأ منها باللفظ. و تخصيصه باللفظ - فضلاً عن الماضوية - منوط بالدليل، وهو مفقود. و مع الشك فيه يرجع إلى أصالة العموم، إذ هو المرجع في المخصص المردّد بين الأقل والأكثر، فإنّه بعد فرض تخصيص عموم وجوب الوفاء بالعقود باللفظ - وأنّ وجوب الوفاء مختص باللفظ - إذا شكّ في اعتبار هيئة خاصة كالماضوية في اللفظ يتمسك في نفي اعتبارها بعموم دليل وجوب الوفاء.

إلا أن يستشكل في ذلك بعدم صدق مفهوم العقد على ما ينشأ بغير الماضي.

لكنه مندفع بما مرّ من وضوح صدقه عليه، هذا.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ قول القاضي بعدم اعتبار الماضوية هو الأقوى، للعمومات، و معها لا حاجة إلى النصوص المشار إليها، لإمكان المناقشة في بعضها سندا و دلالة، و في الآخر دلالة، لاحتمال ورودها في المقابلة، لا إنشاء المبايعة، أو اختصاصها بموردها كبيع الأبق و اللبن في الضرع، و عدم التعدي إلى غيره، فيكون الدليل أخص من المدعى.

نعم روايات النكاح ظاهرة في كون الإنشاء بالمستقبل، إلا أن الفحوى ممنوعة، لأنّ عظم المفسدة في السّفاح يقتضي التوسعة و التسهيل في النكاح حفظاً للأنسب، و صونا لهم عن الوقوع في المفساد. بخلاف الأموال، فإنّ من الممكن اعتبار بعض الأمور في إنشاء تبديلها.

فالأولى الاستدلال على عدم اشتراط الماضوية في ألفاظ الإيجاب و القبول بالعمومات.

لو فرض (1) صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل (2).

(1) اختار المصنف قول القاضي في جواز الإنشاء بالمضارع، لكن لا مطلقاً بل قيده بما إذا كانت دلالة المستقبل على الإنشاء بنفسه، لا بمعونة قرينة مقامية، وهي كون المتكلم في مقام إيقاع المعاملة، فلو كانت دلالة على الإنشاء بمعونة قرينة مقامية لم يصح، ولا بد من الاقتصار على الفعل الماضي.

و الوجه في هذا التقييد هو ما أفاده- في المبحث الأول مما يتعلق بمادة الصيغة- في توجيه كلمات القوم من: أن الصيغة إن دلت بحسب الوضع أو بمعونة قرينة لفظية منضمّة إليها جاز الإنشاء بها. وإن دلت بقرينة مقامية مقارنة لها أو بقرينة لفظية سابقه على الإنشاء بالصيغة غير الصريحة لم يصح.

فعلى هذا لا بد من تقييد جواز الإنشاء بالمضارع بما إذا كانت الدلالة مستندة إلى الوضع ولو بضميمة قرينة لفظية، كقرينة التأييد وعدم البيع والهبة والإرث على إرادة الوقف من صيغة «حرمت».

(2) إشارة إلى: أن الصراحة الناشئة عن الوضع- بحيث لا تحتاج إلى قرينة لفظية أو مقامية- مفقودة في الماضي أيضاً، ضرورة أن فعل الماضي وضع للإخبار لا الإنشاء، فهو صريح في الإخبار، ولا يكون ظاهراً في الإنشاء إلا بالقرينة. فدعوى:

صراحة الماضي في الإنشاء بدون قرينة المقام في غاية الوهن والسقوط.

هذا بناء على وضع الماضي للإخبار كما هو المشهور عند النحاة. وأما بناء على كون الإخبارية والإنشائية من شؤون الاستعمال- من دون دخلهما في نفس المعنى الموضوع له- فلا وجه أيضاً لدعوى الصراحة في الإنشاء أصلاً، فلا بد من الالتزام بدلالة الماضي مع القرينة على الإنشاء. وحينئذ يكون الأمر والمضارع مع القرينة المقامية دالّين على الإنشاء أيضاً.

[المبحث الأول: تقديم الإيجاب على القبول]

مسألة (1): الأشهر كما قيل (2) لزوم تقديم الإيجاب على القبول،

شرائط الهيئة التركيبية المبحث الأول: تقديم الإيجاب على القبول.

(1) الكلام من هذه المسألة إلى آخر المقدمة- التي عقدها لألفاظ صيغة البيع- ناظر إلى ما يعتبر في الهيئة التركيبية، وهي الجهة الثالثة من جهات البحث عن شؤون الصيغة، وقد أشرنا في (ص 330) إلى أن مباحث هذه الجهة خمسة، أولها: اعتبار تقديم الإيجاب على القبول وعدمه.

ولا يخفى أن في المسألة أقوالا نشير إليها، وسيأتي تفصيلها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

الأول: اشتراط تقديم الإيجاب على القبول مطلقا، وهو الأشهر.

الثاني: عدم اعتباره كذلك.

الثالث: التفصيل بين النكاح وغيره، بجواز تقديم القبول في النكاح، واشتراط تقدم الإيجاب في سائر العقود.

الرابع: التفصيل بين كون القبول بصيغة الأمر، فيجوز التقديم سواء في البيع والنكاح وغيرهما، وبين غير صيغة الأمر فلا يجوز التقديم.

الخامس: مختار المصنف قدس سره وهو التفصيل في ألفاظ القبول، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

(2) القائل هو العلامة في المختلف، قال: «مسألة: وفي اشتراط تقديم الإيجاب على القبول قولان، أشهرهما ذلك. اختاره الشيخ في المبسوط» (1).

ونسبه فخر المحققين إلى الشيخ أيضا في محكي شرح الإرشاد. لكن تأمل السيد الفقيه العاملي في النسبة، وقال: «والموجود فيه- أي في المبسوط- وإن تقدم القبول فقال: بعينه بألف، فقال: بعثك صحّ. والأقوى عندي أنه لا يصحّ حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت. انتهى يعني كلام المبسوط. ولو لم يسمّه قبولا متقدما

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 52

وبه (1) صرّح في الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة، كما عن الإيضاح و جامع المقاصد (2).

ولعلّه (3) الأصل (4) بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق البيع و التجارة في الكتاب و السنّة.

و زاد بعضهم (5): أنّ القبول فرع الإيجاب، فلا يتقدّم عليه، وأنّه

---

لأمكن أن نقول: إنّ حكمه بعدم الصحة لمكان الاستيجاب و الاستدعاء كما تقدم، لأنّ محلّ النزاع ما إذا قال المشتري: اشتريت أو نحوه، فيقول البائع: بعت. لكن التسمية المذكورة و تفرقتها في المقام بين البيع و النكاح جوّزنا للمصنف- يعني العلامة- نسبة ذلك إليه «1».

(1) أي: و بالاشتراط صرّح الشيخ و غيره بناء على ما نسبه إليهم فخر المحققين، حيث قال في الإيضاح: «ذهب الشيخ في المبسوط و ابن حمزة و ابن إدريس إلى الاشتراط» (2).

(2) قال فيه: «و الأصحّ الاشتراط» (3). و لا يخفى أن ظاهر العطف كون المحقق الثاني ناسبا إلى الشيخ و ابني حمزة و إدريس تصريحهم بالاشتراط. و ليس الأمر كذلك، بل المناسب للتصريح هو الفخر فقط.

(3) أي: و لعلّ الاشتراط، و هذا أحد الوجوه التي استدلّ بها على ما يظهر من المتن، و محصّله: جريان الاستصحاب بالتقريب الآتي.

(4) هذا أوّل وجوه هذا القول، و هو استصحاب عدم ترتب الأثر، بعد حمل العقود في الآية على العقود المتعارفة، و تسليم خروج العقد- المقدم قبوله على إيجابه- عن العقود المتعارفة، و إلا فلا وجه للتشبّث بالأصل مع الدليل الاجتهادي.

(5) هذا ثاني الوجوه المستدلّ بها على اشتراط تقدّم الإيجاب على القبول،

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 164

(2) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 412 لاحظ: الخلاف ج 3، ص 239 المسألة: 56. الوسيلة لابن حمزة، ص 740 (ضمن الجوامع الفقهية)، السرائر الحاوي، ج 2، ص 243 تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 60

ص: 432

تابع له، فلا يصح تقدّمه عليه.

و حكى في غاية المراد عن الخلاف (1) الإجماع عليه (2).

وليس في الخلاف (3) في هذه المسألة إلا (4) «أنّ البيع مع تقديم الإيجاب

---

و حاصله: تفرّع القبول على الإيجاب و تبعيته له، وقد نقل المحقق الأردبيلي قدّس سرّه هذا الاستدلال عنهم بقوله: «و أنّ القبول فرع الإيجاب، فلا معنى لتقديمه» (1).

و الموجود في جامع المقاصد: «فإنّ القبول مبني على الإيجاب، لأنّه رضا به» (2).

(1) قال في الخلاف: «إذا قال بعنيه بألف، فقال: بعتك، لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت. وقال الشافعي: يصح وإن لم يقل ذلك .. إلى أن قال: دليلنا أنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به، و ما ادّعوه لا دلالة على صحته، و الأصل عدم العقد. و من ادّعى ثبوته فعليه الدلالة» (3).

(2) هذا ثالث الوجوه المحتج بها على القول باشتراط تقدم الإيجاب على القبول، ففي غاية المراد: «و استدل عليه في الخلاف بالإجماع و عدم الدليل على خلافه» (4).

(3) قال في مفتاح الكرامة: «و قد نسب في غاية المراد و المسالك إلى الخلاف دعوى الإجماع. و هو وهم قطعاً، لأنّي تتبعت كتاب البيع فيه مسألة مسألة، و غيره حتى النكاح فلم أجده ادّعى ذلك، و إنّما عبارته في المقام توهم ذلك للمستعجل، و هي قوله: دليلنا: أنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به، و ما ادّعوه لا دلالة على صحته، إلا أن يريد أنّه استدلّ بأنّه مجمع عليه» (5).

(4) هذه العبارة إلى قوله: «فيؤخذ» في محل رفع على أنها اسم «ليس»،

---

(1): مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 145

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 60

(3) الخلاف ج 3، ص 40

(4) غاية المراد، ص 80

(5) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 164

متفق عليه (1)، فيؤخذ به» فراجع.

خلافاً (2) للشيخ في المبسوط

و هي مضمون كلام شيخ الطائفة في الخلاف. و غرض المصنف الاعتراض على الشهيد قدس سرّه- في نسبة الإجماع إلى الشيخ بما عرفته من كلام مفتاح الكرامة، لأنّ قيام الإجماع على ثبوت العقد مع تقدم الإيجاب لا يقتضي ثبوت الإجماع على فساد العقد بتأخره عن القبول، لإمكان صحته مع التأخر أيضاً وإن لم يكن إجماعياً.

(1) هذا توجيه لدعوى الإجماع، و حاصله: أنّ المراد بالإجماع هنا هو كون العقد المقدم إيجابه على قبوله متيقن الصحة، فيؤخذ به و يترك غيره، لعدم الدليل على صحته.

و عبارة غاية المراد المتقدمة آنفاً قابلة لهذا التوجيه. لكن عبارة المسالك و هي قوله: «و ذهب جماعة من الأصحاب إلى اعتبار تقديمه بل ادعى عليه الشيخ في الخلاف الإجماع» «1» لا تقبله، لظهورها في الإجماع المصطلح كما لا يخفى.

لكن الإنصاف أن استظهار الشهيد قدس سرهما من عبارة الشيخ لا يخلو من قوة، لأنّ معقد الإجماع ليس مجرد صحة العقد بتقديم إيجابه على قبوله، بل معقده اشتراط التقديم، لقوله: «دليلنا أن ما اعتبرناه مجمع» و من المعلوم أنّ ما اعتبره شيخ الطائفة هو تقديم الإيجاب على القبول، لا مجرد صحة العقد بتقديمه حتى يبقى مجال احتمال صحته إذا تقدّم القبول على الإيجاب.

(2) إشارة إلى القول الثاني، و هو عدم اعتبار تقدم الإيجاب على القبول، الذي اختاره شيخ الطائفة قدس سرّه في نكاح المبسوط، لالتزامه فيه بصحة النكاح و البيع عند تقدم القبول.

و لكنّه قدس سرّه في بيع المبسوط خالف هذه الفتوى، و فصل بين البيع و النكاح، فاعتبر تقدّم الإيجاب على القبول في خصوص عقد البيع، دون النكاح. فيكون مختاره

(1): مسالك الأفهام، ج 3، ص 153

ص: 434



في باب النكاح (1) و إن وافق الخلاف في البيع (2)، إلا أنه عدل (3) عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه (4) عدم الخلاف في صحته بين الإمامية، حيث إنه - بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح، بأن يقول الرجل: «زوّجني فلانة» جائز بلا خلاف - قال: «أمّا البيع فإنه إذا قال: بعنيها، فقال: بعتهها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين. و قال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب» (1).

و كيف كان (5) فنسبة القول الأوّل (6) إلى المبسوط مستندة إلى كلامه في باب البيع (7).

---

في عقد البيع موافقا لما اختاره في الخلاف، و سيأتي من المصنف قدّس سرّه نقل كلامه في بيع المبسوط و نكاحه، فانتظر.

(1) فإنه في باب النكاح قال بعدم اشتراط تقدم الإيجاب على القبول، سواء في عقد النكاح و البيع، خلافا لما فصله بينهما في بيع المبسوط.

(2) يعني: أنّ رأي شيخ الطائفة في بيع المبسوط موافق لرأيه في الخلاف، في اعتبار تقديم إيجاب البيع على قبوله.

(3) يعني: أنّ شيخ الطائفة قدّس سرّه عدل في نكاح المبسوط عن تفصيله الذي اختاره في بيع المبسوط، و التّعبير بالعدول لأجل تقدّم تحرير البيع على النكاح بحسب ترتيب أبواب الفقه، و إلا فلا ضرورة إلى تأليف أحدهما قبل الآخر.

(4) يعني: ظاهر كلامه في نكاح المبسوط عدم الخلاف في صحة البيع مع تقدم القبول على الإيجاب، لقوله: «صحّ عندنا» و ظهور هذا اللفظ في الإجماع ممّا لا ينكر.

(5) يعني: سواء تمّ ظهور كلمة «عندنا» في الإجماع على جواز تقديم القبول على الإيجاب، أم لم يتم، فنسبة .. إلخ.

(6) و هو اشتراط عقد البيع بتقديم الإيجاب على القبول.

(7) يعني: في بيع المبسوط، الموافق لكلامه المتقدّم عن الخلاف.

---

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 194

ص: 435

وأما في باب النكاح (1) فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق رحمه الله في الشرائع (2) والعلامة في التحرير «1»، والشهيدان (3) في بعض كتبهما، وجماعة (4) ممن تأخر عنهما، للعمومات (5) السليمة عما يصلح لتخصيصها.

وفحوى (6) جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خير أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة، المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: «أترؤجك متعة»

---

(1) من المبسوط، وقد تقدم كلامه في المتن. وعليه فمراد المصنف من باب البيع والنكاح هو كتاب البيع والنكاح من المبسوط، لا عقد البيع والنكاح.

(2) حيث قال في كتاب البيع: «و هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردد، والأشبه عدم الاشتراط» «2». نعم منع المحقق من انعقاد البيع بالاستدعاء، فراجع.

(3) قال الشهيد قدس سره: «ولا ترتيب بين الإيجاب والقبول على الأقرب، وفاقا للقاضي» «3». وقريب منه كلامه في اللمعة.

وقال الشهيد الثاني بعد ذكر أدلة القولين: «و الأقوى الأول» «4» أي: عدم الاشتراط.

ولكنه لم يرجح في شرح اللمعة أحد القولين، فراجع.

(4) كالمحقق الأردبيلي والفاضل السبزواري قدس سرهما «5».

(5) هذا إشارة إلى وجه القول الثاني وهو عدم الاشتراط، والمذكور في المتن وجهان، أولهما العمومات السليمة عن المخصص، فإنها قاضية بعدم اعتبار تقدم الإيجاب على القبول، ورافعة للشك في الاعتبار المزبور.

(6) هذا ثاني وجهي القول بعدم اشتراط تقدم الإيجاب على القبول مطلقا، وحاصله: أن بعض الروايات - كخبري أبان بن تغلب وسهل الساعدي الدالين على

---

(1): تحرير الاحكام، ج 1، ص 164

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 13

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191، الروضة البهية، ج 3، ص 225

(4) مسالك الافهام، ج 3، ص 154

(5) مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 144. كفاية الأحكام، ص 89



على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك (1)، وأنت أولى الناس بها» (1).

ورواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين - كما قيل (2) المشتمة

جواز تقديم القبول في صيغة النكاح على الإيجاب - يدلّ بالفحوى على جواز ذلك في غير النكاح كالبيع، لأنّ أمر النكاح أشدّ وأهمّ من غيره، فإذا كان تقديم القبول فيه جائزاً ففي غيره كالبيع الذي هو دون النكاح في الأهمية يكون التقديم جائزاً بالأولوية.

(1) لا يخفى أنّ قوله عليه الصلاة والسلام: «فهي امرأتك..» قرينة على كون «أترّجك» في مقام إنشاء القبول، لا المقابلة، فيكون دليلاً على جواز إنشاء القبول بالمضارع، وعلى جواز تقديم القبول - بلفظ المضارع - على الإيجاب.

(2) القائل هو الشهيد الثاني في مسألة جواز إنشاء النكاح بلفظ الأمر، حيث قال: «كما ورد في خبر سهل الساعدي المشهور بين العامة والخاصة، ورواه كلّ منهما في الصحيح» (2). ولا يخفى أن المروي مسنداً بطرقنا خال عن هبة المرأة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله وسلم، ثم تزويجها من رجل آخر، ففي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: زوّجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من لهذه؟ فقام رجل، فقال: أنا يا رسول الله زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: مالي شيء، فقال: لا. قال: فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الكلام، فلم يبق أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إيّاه» (3).

ودلالتها على إنشاء صيغة النكاح الدائم - الذي تقدّم القبول فيه على الإيجاب - قويّة جداً.

(1): وسائل الشيعة، ج 14، ص 466، الباب 18 من أبواب المتعة، الحديث: 1

(2) مسالك الافهام، ج 7، ص 89

(3) الكافي، الفروع، ج 5، ص 380، باب نوادر في المهر، الحديث: 5. رواه عنه الشيخ في التهذيب، ج 7، ص 354، الحديث: 1444

على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنيها» (1).

و التحقيق (2): أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ «قبلت ورضيت» وإمّا أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو: «بعني» فيقول المخاطب «بعتك» وإمّا أن يكون بلفظ: «اشتريت و ملكت - مخفّفاً - و ابتعت».

---

(1) و هو بلفظ الأمر، و لذا يستدل برواية سهل على أمرين.

أحدهما: صحة إنشاء النكاح بالأمر.

ثانيهما: عدم اشتراطه بتقدم الإيجاب على القبول.

(2) بعد أن نقل المصنف قدّس سرّه قولين في المسألة شرع في بيان مختاره، في مقامين:

---

أحدهما: في حكم تقدم القبول على الإيجاب في خصوص عقد البيع.

و ثانيهما: في حكمه في سائر العقود، و سيأتي المقام الثاني بقوله: «ثم إنّ ما ذكرنا جار في كلّ قبول يؤدّي بإنشاء مستقل».

فالكلام فعلا- في المقام الأوّل، و قد فصلّ بين ألفاظ القبول، و قسمّها إلى ثلاثة أقسام، و هي: أنّ إنشاء القبول يكون تارة بلفظ «قبلت، رضيت، أمضيت، أنفذت» و نحوها ممّا له ظهور في إنشاء تملك الثمن مع سبق الإيجاب، بحيث لا ظهور له في ذلك بدون سبقه، نظير تحريك الرأس في مقام الجواب عن السؤال.

و يكون أخرى بما هو ظاهر في الاستدعاء كلفظ الأمر، مثل قول المشتري:

«بعني الكتاب الفلاني بألف» فيقول البائع: «بعته إيّاك بكذا».

و يكون ثالثة بلفظ «ملكيت أو اشتريت أو ابتعت» و نحوها من الألفاظ الظاهرة في إنشاء التملك و التملك. فهذه أقسام ثلاثة.

و أمّا حكمها فهو عدم جواز تقديم القبول في القسمين الأوّلين، و جوازه في القسم الثالث.

و سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر (1) عدم جواز تقديمه، وفاقا لما عرفت (2) في صدر المسألة. بل (3) المحكي عن الميسية والمسالك و مجمع الفائدة: «أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ: قبلت» (1) و هو (4) المحكي عن نهاية الأحكام

---

(1) هذا شروع في بيان حكم القسم الأول من ألفاظ القبول، وقد استدلل له المصنف قدس سره بوجوه ثلاثة.

أولها: الإجماع المتضافر نقله.

ثانيها: انصراف أدلة الإمضاء إلى العقود المتعارفة، وهي التي يتأخر قبولها عن إيجابها.

ثالثها: فرعية القبول على الإيجاب، وسيأتي توضيح كلامه.

(2) من القول الأول أعني اشتراط تقديم الإيجاب على القبول، حيث قال:

«الأشهر كما قيل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول...».

(3) إشارة إلى وجه عدم جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «قبلت» والمراد بذلك نفي الخلاف. قال في المسالك: «و موضع الخلاف ما لو كان القبول بلفظ ابتعت أو شريت أو اشتريت أو تملكك منك كذا بكذا، بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الإيجاب. أمّا لو اقتصر على القبول، وقال: قبلت وإن أضاف إليه باقي الأركان لم يكف بغير إشكال».

(4) الضمير راجع إلى عدم جواز تقديم القبول، لا إلى دعوى عدم الخلاف، وذلك لأنّ المذكور في نهاية العلامة قدس سره هو قوله: «و لا فرق بين أن يتقدم قول البائع:

بعث على قول المشتري: اشتريت، و من أن يتقدم قول المشتري: اشتريت، ويصحّ البيع في الحالتين على الأقوى. بخلاف ما لو قدّم: قبلت، فإنّه لا يعدّ قبولا، ولا جزءا

---

(1): الحاكي عن هذه الكتب هو السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 165، و لاحظ مسالك الأفهام، ج 3، ص 154، مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 146

ص: 439

و كشف اللثام في باب النكاح «1»، وقد اعترف به (1) غير واحد (2) من متأخري المتأخرين أيضا.

بل المحكي هناك (3) عن ظاهر التذكرة «2» الإجماع عليه.

---

من العقد، فكان لغوا».

و كذا لا أثر من دعوى الإجماع في كلام الفاضل الأصبهاني في نكاح كشف اللثام، فراجع.

(1) أي: بعدم جواز تقديم القبول.

(2) منهم السيد الطباطبائي قدس سره في الرياض «3».

(3) أي: في باب النكاح. ولكن قال الفقيه المامقاني قدس سره: «و لكتبي قد لاحظت مسألة تقديم الإيجاب على القبول هناك فليس فيها من ذلك أثر. نعم قال بعد ذكر رواية سهل الساعدي و ما في ذيله مما قدمنا ذكره ما لفظه: و قال أحمد: لا يصح العقد إذا قدم القبول، لأنّ القبول إنما يكون للإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولا، لعدم معناه، فلم يصح كما لو تقدّم بلفظ الاستفهام. و لأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصحّ، فإذا قدّم كان أولى كصيغة الاستفهام. و لأنه لو أتى بالصيغة المشروعة مقدّمة، فقال: قبلت هذا النكاح، فقال الولي: زوّجتك ابنتي، لم يصحّ، فلأن لا يصحّ إذا أتى بغيرها كان أولى. و لا بأس بهذا القول. انتهى. فلعلّ من حكى الإجماع عن ظاهرها- أي ظاهر التذكرة- استفاد منها دعواه، من جهة أنّه جعل الصيغة المشروعة التي أراد بها بقرينة المثال لفظ: قبلت، مقيسا عليه في مقام الاستدلال، فدلّ

---

(1): الحاكي عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 165، لاحظ: نهاية الأحكام، ج 2، ص 448، كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 7

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 583

(3) رياض المسائل، ج 1، ص 511

ص: 440

و يدل عليه- مضافا إلى ما ذكر (1)، و إلى كونه (2) خلاف المتعارف من العقد- أن (3) القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.

---

ذلك على أن حكم المقيس عليه مما قام عليه الإجماع» (1).

و الأمر كما أفاده قدّس سرّه لعدم الظفر بالإجماع في هذه المسألة من نكاح التذكرة، و إنّما هو نفي البأس عمّا قاله أحمد. و لم أعثر على حكاية الإجماع في بيع مفتاح الكرامة و الجواهر أيضا، و لم يظهر معتمد المصنف قدّس سرّه في نسبة الإجماع إلى العلامة قدّس سرّه.

(1) و هو نفي الخلاف المتقدّم بقوله: «بل المحكي عن الميسية .. أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ: قبلت». و كذا الإجماع المحكي عن التذكرة، بناء على صحة الحكاية.

(2) أي: و إلى كون تقديم القبول على الإيجاب خلاف المتعارف.

(3) هذا في محلّ الرفع على أنه فاعل «يدل عليه» و هذا الوجه الثالث، و هو العمدة في اعتبار تأخر مثل «قبلت» عن الإيجاب، لكون القبول متفرّعا على الإيجاب و مبنيا عليه، فلا يتقدم عليه.

و توضيح كلام المصنف قدّس سرّه هو: أن القبول العقدي متقوم بأمرين، أحدهما الرضا بالإيجاب، و الآخر إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب تبعا لنقل الموجب ماله إلى القابل. و بهذه الملاحظة يكون القبول فرع الإيجاب، بمعنى: كون تملك الثمن تابعا لتمليك المبيع. و هذا المعنى من القبول لا يتحقق إلا إذا تأخر عن الإيجاب، فلفظا:

«قبلت و رضيت» إذا تقدّما على الإيجاب لا يحصل المعنى المزبور بهما.

و بيان أوضح: أن القبول- الذي هو أحد ركني العقود المعاوضية- يدلّ بالمطابقة على تملك مال الموجب، و بالالتزام على تملك مال نفسه إلى الموجب بعنوان العوضية التي دلّ عليها حرف الباء في «ملكك هذا بهذا». و لأجله يعتبر في القبول أمران:

---

(1): غاية الآمال، ص 244 و 245

ص: 441



و ليس (1) المراد من هذا القبول الذي هو ركن العقد مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إن الرضا بشي ء لا يستلزم تحققه (2) قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبلي. بل المراد منه (3) الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله

---

الأول: الرضا بإيجاب الموجب المقتضي لنقل ماله إلى القابل بعوض.

الثاني: أن ينشئ القابل تملك ماله للموجب- في حال إنشاء القبول- بعنوان كونه رضا بنقل الموجب.

و على هذا فإن تقدّم الإيجاب اجتمع هذان الأمران في القبول المتأخر، سواء أ كان بلفظ «قبلت» أم بسائر ألفاظه. لأنّ المشتري ينشئ تملكه للمبيع، و ينقل مال نفسه- في حال قبوله- على وجه العوضيّة إلى الموجب، و يتحقق معنى المعاوضة.

و أمّا إذا تقدّم القبول على الإيجاب فلا- يتحقق إلّا الأمر الأول، و هو أصل الرضا بتمليك الموجب ماله للقابل، لإمكان تعلق الرضا بما مضى و بما يأتي و لم يتحقق الأمر الثاني، و ذلك لأنه لم ينتقل بعد الى القابل شي ء حتى يتضمن قبوله تملك مال نفسه إلى الموجب بعنوان العوضيّة، فيصير القبول المتقدم لغوا، إذ لم ينشأ نقل مال إلى القابل حتى ينشئ هو تملك مال نفسه إلى الموجب. و بهذا تصح دعوى فرعيّة القبول على الإيجاب.

(1) هذا إلى قوله: «بالأمر المستقبلي» إشارة إلى دليل القائل بجواز تقدم القبول على الإيجاب، و محصله: أنّ القبول ليس إلّا الرضا بالإيجاب، و من المعلوم إمكان تعلق الرضا النفساني المبرزب «قبلت» بكلّ قول، سواء تحقق في الزمان السابق على الرضا، أم في الحال أم في المستقبل.

(2) أي: تحقق الشيء المرضي قبل تحقق نفس الرضا الذي هو صفة نفسانية منشأة بقوله: «قبلت».

(3) أي: بل المراد من القبول هو الرضا بالإيجاب بحيث .. إلخ، و هذا جواب

في الحال (1) إلى الموجب على وجه العوضية، لأنّ (2) المشتري ناقل كالبائع.

وهذا (3) لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال (4)، فإنّ من رضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل (5) في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقا، فإنّه (6) يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضية.

و من هنا (7) يتضح فساد ما حكي عن بعض المحققين (8) في ردّ الدليل

---

الاستدلال، و محصله: أنّ القبول رضا متفرع على الإيجاب، لا مطلقا حتى يمكن تحقيقه قبله.

(1) أي: في حال القبول، يعني: أنّ القبول يدلّ بالمطابقة على تملك مال الموجب، وبالتضمن على تملك مال نفسه له بعنوان كونه عوضا.

(2) تعليل لدلالة القبول تضمّنا على تملك العوض للموجب، وأنّه ليس مجرد تملك المعوّض، و هذا مفاد قوله: «على وجه يتضمّن».

(3) أي: المعنى المذكور للقبول- أعني المتضمن للنقل و التملك- لا يحصل إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب.

(4) أي: في حال إنشاء القبول المتقدم على الإيجاب، لعدم حصول المتبوع- و هو نقل الموجب- حال إنشاء القبول حتى يملكه القابل بعنوان العوضية.

(5) بل سينقل القابل- في المستقبل بعد إنشاء الإيجاب- ماله إلى الموجب.

فلا نقل فعلا في القبول المتقدم على الإيجاب.

(6) أي: فإنّ القابل يرفع- برضاه بالإيجاب المتقدم- يده عن ماله.

(7) أي: من أنّ القبول هو الرضا بالإيجاب- على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب- يتضح فساد .. إلخ.

(8) و هو السيد بحر العلوم قدّس سرّه، على ما في مفتاح الكرامة، قال السيد العاملي قدّس سرّه

المذكور- و هو (1) كون القبول فرع الإيجاب و تابعا له- و هو (2): «أن تبعية

في تصحيح تقديم القبول على الإيجاب: «أو يقال: إنَّ تبعية القبول للإيجاب إنما هي على سبيل الفرض و التنزيل، لا تبعية اللفظ للفظ حتى يمتنع التقديم عقلا، و لا القصد للقصد ..» إلى آخر ما نقله في المتن، ثم قال السيد: «و هذا قد ذكره الأستاذ دام ظله منذ سنين. فكان الأقرع عدم الاشتراط» (1).

(1) أي: أن الدليل المذكور هو فرعية القبول للإيجاب.

(2) أي: وردّ الدليل المذكور أن تبعية .. إلخ، و هذا تقريب الردّ الذي حكى عن السيد بحر العلوم قدّس سرّه، و الاستفادة من كلامه فرض أنحاء ثلاثة لتبعية شيء لشيء آخر، و يعتبر تقدّم المتبوع في اثنين منها.

الأول: تبعية لفظ للفظ آخر، و هو مخصوص بباب التوابع المذكورة في علم النحو، كتبعية المعطوف للمعطوف عليه، و الصفة للموصوف، و هكذا.

الثاني: تبعية قصد لقصد آخر، مثل ما ذكره في بحث مقدمة الواجب، من تبعية قصد التقرب بالمقدمة لقصد التوصل بها إلى ذبيها، بناء على اعتبار قصد التوصل في اتصاف المقدمة بالمقدمية، فلو لم يقصد التوصل بها إلى ذبيها امتنع قصد التقرب بالمقدمة، لعدم اتصافها بالمقدمية بدون قصد التوصل حتى يتقرب بها.

الثالث: تبعية شيء لشيء فرضا لا حقيقة، يعني: أن للتابع وجودا مستقلا غير متقوم بوجود المتبوع، ولكنه يفرض أحدهما متبوعا و الآخر تابعا.

إذا اتضحت أنحاء التبعية فاعلم: أن تقدّم المتبوع على تابعه معتبر في القسمين الأولين، دون القسم الثالث. أمّا تقدم المتبوع في القسم الأول فلأن الصفة و الحال و نحوهما تكون بيانا لملازمات متبوعاتها، فلا معنى لذكرها مقدّما على الموصوف و ذي الحال.

و أمّا تقدم أحد القصدتين على الآخر في القسم الثاني فلما عرفت من أنه عقلي.

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 165

ص: 444

القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ (1) و لا- القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً- لما يلقي إليه من الموجب، و الموجب متناول كما يقول السائل في مقام الإنشاء: أنا راض بما تعطيني، و قابل لما تمنحني، فهو متناول قدّم (2) إنشاءً أو آخر. فعلى هذا (3) يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت إن لم يتم إجماع (4) على خلافه» انتهى.

و أمّا عدم لزوم التقدم في القسم الثالث- و هو تبعية القبول للإيجاب- فلأنّ القابل يفرض نفسه متناولاً لما يأخذه من الموجب، و الموجب يفرض نفسه متناولاً لما يأخذه القابل، و إلاّ فكّل منهما يعطي شيئاً و يأخذ بدله.

و حيث كانت تبعية القابل للموجب بالتنزيل و الادّعاء- لا بالحقيقة- أمكن تقدم إنشاء الرضا بالإيجاب قبل تحقّقه خارجاً. و نظيره إنشاء السائل رضاه بما سيعطيه المسؤول، فهو يفرض نفسه متناولاً قبل أن يناوله المسؤول مالا.

و نتيجة هذا البيان: جواز تقديم القبول على الإيجاب، إذ ليس الإيجاب أصلاً حقيقة و القبول فرعاً كذلك حتى يمتنع تقدم الفرع على الأصل، إذ الفرعية تكون بمحض الفرض و التنزيل، هذا.

(1) قد عرفت أنّا تبعية اللفظ للفظ، و القصد للقصد، فإذا كانت التبعية حقيقةً تعيّن تأخر التابع عن متبوعة.

(2) أي: سواء قدّم السائل إنشاء رضاه بما يعطيه المسؤول أم أخره، فكما أنّ تقديمه لا يصيّرهُ متناولاً و معطياً حقيقةً بل هو متناول، فكذا في عقد البيع، فلو تقدّم القبول لم يصر القابل متناولاً، بل هو متناول على كل حال، و المناول هو الموجب.

(3) أي: بناء على كون تبعية القبول للإيجاب فرضية- لا حقيقة- يصح تقديم القبول حتى إذا كان بلفظ «قبلت» إلاّ إذا منع من تقديمه الدليل التعبدي كالإجماع.

(4) يعني: فالاستدلال بفرعية القبول باطل، إذ لا أصل و لا فرع حقيقة. و عليه فالمعول في منع تقديم القبول هو الإجماع لو تمّ.

ووجه الفساد (1): ما عرفت سابقا من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من (2) نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال.

و ليس المراد (3) أنّ أصل الرضا بشي ء تابع لتحقيقه في الخارج أولا قبل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال (4). بل المراد الرضا الذي

---

(1) حاصل ما أفاده المصنف في ردّ كلام السيد بحر العلوم قدّس سرهما هو: منع مقايسة البيع بقبول السائل لما يعطيه المسؤول. وبيانه: أنّ القبول ليس مجرد الرضا بالإيجاب حتى يصح تعلّقه بالمستقبل، بل هو الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب في الحال بعنوان العوضية. و من المعلوم أنّ القبول - بهذا المعنى - يتوقف على سبق الإيجاب، ولا يصح بدونه. و على هذا فعدم كون القبول تابعا للإيجاب - نظير تبعية الصفة للموصوف - لا يوجب جواز تقدمه عليه.

(2) بيان ل «ما يصدر» يعني: إذا تقدّم القبول لم يكن رضا القابل بنقل ماله إلى الموجب فعليا، بل هو رضا بنقل ماله إلى الموجب في المستقبل.

(3) يعني: أنّ السيد الأجل بحر العلوم قدّس سره فهم من الفرعية - المذكورة في كلمات الأصحاب - تبعية الرضا بشي ء لتحقيق ذلك الشي ء خارجا، و أنّ القبول متفرّع على وجود الإيجاب خارجا، و لذا أورد عليهم بالنقض بما يقوله الفقير المستعطي من رضاه بإعانة من يعينه، حيث إنّ رضاه موجود فعلا مع عدم تحقق المرضي بعد.

و ليكن الإيجاب و القبول من هذا الباب.

و لكن يرد على السيد منع هذا الاستظهار، إذ ليس المراد بالرضا في عقد البيع طبيعّي الرضا، بل صنف خاص منه، و هو الرضا على وجه يتضمّن نقل مال فعلا إلى الموجب بعنوان العوضية، و من المعلوم ترتب هذا الرضا على الإيجاب و تفرّعه عليه و تبعيته له.

(4) و هو قول السيد: «كما يقول السائل في مقام الإنشاء أنا راض .. إلخ».

يعدّ ركنا في العقد (1).

و مما ذكرنا (2) يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر كما لو قال: «بعمي هذا بدرهم، فقال: بعتك» لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة

(1) وهو الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب في الحال على وجه العوضية.

وبهذا أثبت المصنف قدّس سرّه وجود المقتضي لمدّعه، وهو امتناع تقديم «قبلت ورضيت» على الإيجاب، وبقي عليه رفع المانع، و المانع هو دليل القائل بجواز تقديم القبول مطلقا على الإيجاب. و لكنّه أخر بيانه و تعرّض لمنع تقديم القبول في القسم الثاني من ألفاظ القبول، وهو الأمر، هذا.

(2) يعني: يظهر مما ذكرنا من وجه تأخير «قبلت» عن الإيجاب- الوجه في منع تقديم القبول بلفظ الأمر، حيث إنّ القبول هو الرضا المتضمن لنقل مال بالفعل إلى الموجب على وجه العوضية، وهذا الدليل الجاري في إنشاء القبول بلفظ «قبلت» يجري في إنشائه بصيغة الأمر، و بيانه: أنّ الأمر لا يدلّ على الرضا بالإيجاب المزبور، إذ طلب المعاوضة لا يدلّ على أزيد من الرضا بالمعاوضة المستقبلية، و لا يدلّ على الرضا بالنقل في الحال إلى البائع، فلا ينطبق مفهوم القبول على إنشائه بالأمر، فلا يصحّ تقديمه على الإيجاب، كما لا يصحّ إنشاء القبول بالأمر في صورة التأخر، لأنّه طلب للحصول.

و بالجملة: فلا يقع القبول بلفظ الأمر مطلقا تقدّم أو تأخر.

و لا يخفى أنّ قوله: «و مما ذكرنا يظهر الوجه .. إلخ» جملة معترضة بين الوجوه التي استدللّ بها المصنف على عدم جواز تقديم «قبلت و رضيت» و هي من قوله:

«و يدلّ عليه مضافا إلى ما ذكر» الى قوله: «و مما ذكرنا يظهر الوجه» و بين بعضها الآخر، و هو إبطال ما بقي من دليل الجواز، و هو قوله الآتي: «و أمّا فحوى جوازه في النكاح .. إلخ» فتفتنّ.

ص: 447

على الرضا بها، لكن (1) لم يتحقق - بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية - نقل في الحال للدرهم إلى البائع كما لا يخفى.

وأما ما يظهر من المبسوط - من الاتفاق هنا (2) على الصحة به - فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

وأما فحوى (3) جوازه في النكاح ففيها (4)

(1) يعني: مع أنّ المعتبر في القبول - الذي هو ركن العقد المعاوضي - إنشاء نقل ماله بالفعل بعنوان العوض، و المفروض عدم تحقق هذا النقل الفعلي إذا كان القبول بلفظ الأمر.

(2) أي: في باب البيع، يعني: و أمّا ما يظهر من المبسوط - من الاتفاق في باب البيع على صحته بأمر المشتري - فموهون بما سيأتي من مصير الأكثر إلى خلافه، فكيف يدعى الإجماع على الصحة بالأمر؟

و غرضه قدس سرّه من التعرض لكلام شيخ الطائفة قدس سرّه الإشارة إلى ما استدللّ به على جواز تقديم القبول إذا كان بصيغة الأمر على الإيجاب، ثم ردّه و التنبيه على ضعفه بعدم تحقق الإجماع، لمصير الأكثر على خلافه. و عليه فالمنع من تقديم القبول في باب البيع إذا كان بصيغة الأمر غير مخالف للإجماع حتّى يشكل المصير إليه.

(3) هذا من الوجوه الدالة على جواز تقديم القبول بصيغة الأمر و المضارع.

و قد تقدم تقريب الاستدلال بالفحوى في (ص 436) عند قوله: «و فحوى جوازه في النكاح .. إلخ» فراجع.

(4) جواب «و أمّا فحوى» و قد ردّها المصنف قدس سرّه بوجهين:

الوجه الأول: منع الحكم في الأصل - و هو النكاح - لعدم دلالة رواية سهل على تحقق القبول بلفظ الأمر و هو قول الصحابي: «زوّجنيها» حتى يدلّ على جواز تقديم القبول في غير النكاح بالأولية. و جه عدم الدلالة: أنّ في رواية سهل احتمالين:

أحدهما: أن يكون قول الصحابي: «زوّجنيها» قبولا مقدّمًا على إيجاب النكاح

بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «زَوَّجْتُكُمَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ» وقد أقرّه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وهذا الاحتمال مبني استفادة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر- في باب البيع- على الإيجاب، من باب الأولوية، لكون الأموال دون الأعراض في الأهمية والاحتياط.

ثانيهما: أن يكون قول الصحابي مجرد استدعاء التزويج بالمرأة فالرجل طلب من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أن يزوجه منه إن لم يكن لنفسه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حاجة بها. ومن المعلوم أن هذا الاستدعاء أجنبي عن تقدم قبول النكاح على إيجابه، بل لا بد أن يكون الصحابي أنشأ القبول بعد قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «زَوَّجْتُكَ أَوْ زَوَّجْتُكِهَا».

ويؤيد هذا الاحتمال الثاني ما ذكره جمع من الفقهاء من أنه لو كان قول الصحابي: «زَوَّجْنِيهَا» قبولاً مقدماً على الإيجاب لزم تخلل الكلام الأجنبي بين الإيجاب والقبول، وهو محاوراة النبي مع الرجل حول الصداق. وحيث إن الموالاة بين الإيجاب والقبول معتبرة في العقود، تعيّن حمل رواية سهل على مجرد الاستدعاء، ويوهن به الاحتمال الأول، ولا يبقى موضوع لاستفادة الفحوى.

الوجه الثاني: لو سلّمنا دلالة رواية سهل على صحة النكاح بالقبول المقدم على الإيجاب قلنا بمنع أولوية البيع- بجواز التقديم- من النكاح، وذلك لأنّ الترتيب بين الإيجاب والقبول يقتضي تقديم الإيجاب، بلا فرق بين عقد البيع وغيره. لكن الحكمة الخاصة باب النكاح- وهي أنّ الإيجاب فيه من المرأة، وهي تستحي غالباً من الابتداء- اقتضت توسعة الشارع فيه و ترخيصه في ابتداء الزوج بالقبول. كما وسّع الشارع للمكلفين في جهات أخرى، فجوّز نكاح الفضول، والمتعة حذراً من الابتلاء بالحرام. ومن المعلوم أنّ هذه الحكمة منتفية في باب البيع، فليس هو مساوياً للنكاح في هذا الحكم فضلاً عن كونه أولى منه في تقديم قوله على إيجابه.

هذا كله إذا أريد استفادة الفحوى من رواية سهل الساعدي.

وأما إذا أريد استفادتها من رواية أبان فسيأتي الإشكال فيها.



- بعد الإغماض (1) عن حكم الأصل (2) بناء (3) على منع (4) دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول (5)، لاحتمال (6) تحقق القبول بعد إيجاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

و يؤيده (7) أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول- منع (8) الفحوى. و قصور (9) دلالة رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة:

---

(1) هذا إشارة إلى أوّل الوجهين، وقد تقدّم بقولنا: «الأوّل: منع الحكم في الأصل..».

(2) أي: النكاح.

(3) و أمّا بناء على تمامية دلالة الرواية على جواز تقديم قبول النكاح على إيجابه لم يتّجه هذا الإشكال الأوّل على شيخ الطائفة، و عليه فالإشكال مبنيّ.

(4) هذا تقريب الإشكال على حكم النكاح، و حاصله: منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر قبولاً لعقد النكاح، لاحتمال تحقّق القبول بلفظ «قبلت» مثلاً بعد إيجاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. ثمّ أيّد ذلك بأنه لو لا تحقّق القبول بعد إيجابه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يلزم فوات الموالاتة بين الإيجاب و القبول، فيبطل العقد.

(5) أي: القبول المقدم على الإيجاب.

(6) تعليل لمنع دلالة رواية سهل، و قد عرفت توضيحه.

(7) لم يقل: «و يدلّ عليه» لاحتمال كون الرواية دليلاً على عدم اعتبار الموالاتة في هذا المورد.

(8) مبتدأ مؤخّر لقوله: «ففيها» وجه منع الفحوى: ما أفاده العلامة- و تبعه من تأخّر عنه- بقوله: «و الجواب: المنع من المساواة بين النكاح و البيع، و إنّما سوّغنا في النكاح، لضرورة لم توجد في البيع، و هي الحياء الحاصل للمرأة، فلا تبادل إلى تقديم الإيجاب، فلهذا جوّزنا تقديم القبول، بخلاف البيع» «1».

(9) معطوف على «منع الفحوى» و غرضه دفع توهم، حاصل الوهم: أنّ

---

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 52 و 53

ص: 450

«نعم» في الإيجاب (1).

ثم اعلم (2) أنّ في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر

المناقشة الأولى في رواية سهل الساعدي لا تجري في رواية أبان بن تغلب الواردة في إنشاء النكاح المنتقطع بصيغة المضارع مع تقدّم القبول على الإيجاب.

وجه سلامة هذه الرواية عن المناقشة الأولى هو: أنّ الإمام عليه السلام علّم أبان كيفية إنشاء المتعة بأن يقول لها: «أتزوّجك متعة .. إلخ» و تقول المرأة بعده: «نعم» و لعلّ هذه الرواية صريحة في جواز تقديم القبول على الإيجاب في باب المتعة.

و الاحتمال المتقدم في رواية سهل - من تحقق القبول بعد إيجاب النبي صلّى الله عليه وآله وسلم بقوله:

«زوّجتك» - غير جار في رواية أبان. و عليه يمكن الاستناد إلى هذه الرواية في استفادة الفحوى.

وقد دفع المصنف قدّس سرّه هذا الوهم بما حاصله: قصور دلالة رواية أبان على تقديم قبول النكاح على إيجابه، و ذلك لما ذكره جمع من الفقهاء من أنّ قولها: «نعم» في جواب القبول المقدم لا يكون إيجاباً مؤخراً «1». و عليه يشكل العمل بظاهر رواية أبان لمخالفتها للقاعدة المسلمة، و هي توقف العقد على إيجاب و قبول، سواء تقدّم الإيجاب أم تأخّر. ففي رواية سهل الساعدي لا مانع من جعل قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «زوّجتك إيّاها» إيجاباً مؤخراً، و قول الرجل: «زوّجنيها» قبولاً مقدماً، لكون كلتا الصيغتين صريحتين في النكاح. بخلاف قولها: «نعم» في رواية أبان، فإنّه ليس إيجاباً. و حيث كانت الرواية.

مخالفة للقاعدة المسلمة لم يمكن الأخذ بظاهرها فضلاً عن استفادة الفحوى منها.

(1) يعني: و الحال أنّ الاقتصار على «نعم» في إيجاب النكاح ممنوع عندهم.

(2) بعد أن اختار ما هو التحقيق عنده من عدم جواز تقديم القبول بصيغة الأمر أن ينبّه على كلمات الأصحاب فيه، و قد تعرّض لجملة منها.

(1): جامع المقاصد، ج 12، ص 72

ص: 451

اختلافا كثيرا (1) بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: «إن قال: بعنيها بألف، فقال: بعتك صحّ. والأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك:

اشتريت» (1).

و اختار ذلك في الخلاف (2) (2). و صرّح به (3) في الغنية، فقال: «و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و هو أن يقول: بعني بألف، فيقول: بعتك، فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت» (3).

و صرّح به (4) أيضا في السرائر و الوسيلة (4).

و عن جامع المقاصد (5) «أن ظاهرهم أنّ هذا الحكم اتفاقي» (5).

---

(1) الأولى إسقاط: «كثيرا» إذ ليس في المسألة أزيد من قولين، و التعبير بالاختلاف الكثير إنّما يحسن مع كثرة الأقوال في المسألة، و المفروض أنه ليس في هذه المسألة إلا قولان.

(2) تقدّمت عبارة الخلاف في (ص 433) فراجع.

(3) يعني: صرّح السيد أبو المكارم ابن زهرة بعدم صحة البيع عند تقدم القبول على الإيجاب.

(4) أي: صرّح ابنا حمزة و إدريس بعدم الصحة كما صرّح به أبو المكارم.

(5) قال في شرح قول العلامة: «و لا الاستيجاب و الإيجاب» ما لفظه:

«ظاهرهم أنّ هذا الحكم اتفاقي، و ما قيل بجوازه في النكاح مستند إلى رواية ضعيفة».

---

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 87 و هذه العبارة مذكورة في بيع المبسوط.

(2) الخلاف، ج 3، ص 39، المسألة: 56

(3) غنية النزوع في الأصول و الفروع، ص 522 (الجوامع الفقهية).

(4) الوسيلة لابن حمزة (ضمن الجوامع الفقهية) ص 740، السرائر الحاوي، ج 2، ص 249 و 250

(5) جامع المقاصد، ج 4، ص 59



و حكي الإجماع (1) عن ظاهر الغنية أيضا أو صريحها «1».

وعن المسالك (2): «المشهور».

بل قيل (3): إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب و القبول.

و مع ذلك (4) كَلَّه فقد صرَّح الشيخ في المبسوط «2» في باب النكاح بجواز

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي، حيث قال: «و الإجماع ظاهر الغنية أو صريحها».

(2) يعني: و حكي عن المسالك أنّ عدم صحة البيع - بتقديم القبول على الإيجاب - هو المشهور، حيث قال فيه - في شرح كلام المحقق: «و لا ينعقد إلا بلفظ الماضي .. و كذا في طرف القبول» - ما لفظه: «تبّه بذلك على خلاف ابن البرّاج، حيث جوّزه بهما، و المشهور خلافه» (3).

و لا يخفى أنّ الشهيد الثاني ادّعى الشهرة في مسألة جواز الإنشاء بغير الماضي، لا في تقديم الإيجاب على القبول، إلا أن يدعى التلازم بين الحكمين، فراجع المسالك.

(3) القائل هو السيد الفقيه العاملي في عدم انعقاد البيع بالاستيجاب و الإيجاب، قال قدّس سرّه: «و الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب و القبول و الماضوية فيهما» (4).

و لعلّ وجه الاستظهار هو دعوى ظهور «الأمر» في غير القبول، فلا يصح إنشاء القبول به. أو دعوى اعتبار الترتيب بينهما في مقام الاشتراط من جهة عطف القبول على الإيجاب في كلماتهم، دون العكس.

(4) أي: و مع هذه الكلمات - الدالة على عدم انعقاد البيع باستدعاء المشتري و قبوله بلفظ الأمر - فقد صرَّح الشيخ في باب النكاح بجواز تقديم القبول بصيغة الأمر، و عبارته مشعرة بكون الجواز إجماعيًا.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 161

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 194

(3) مسالك الافهام، ج 3، ص 159

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 161

التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا (1) مشعرة- بقرينة السياق- إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: «إذا تعاقدنا، فإن تقدّم الإيجاب على القبول، فقال:

زوّجتك، فقال: قبلت التزويج صحّ. وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف. وأمّا إن تأخّر الإيجاب و سبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج (2): زوّجنيها، فقال: زوّجتكها صحّ، وإن لم يعد الزوج القبول، بلا خلاف، لخبر الساعدي، قال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم، فقال زوّجتكها بما معك من القرآن، فتقدّم القبول وتأخّر الإيجاب. وإن كان هذا في البيع فقال بعنيها، فقال: بعتكها، صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين. وقال قوم منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب» انتهى.

و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ (3) عن القاضي في الكامل.

بل يمكن نسبة هذا الحكم (4) إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، و تمسّك (5) له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن

---

(1) يعني: قال شيخ الطائفة: «صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين» و من المعلوم إشعار «عندنا» بالإجماع عند الخاصة لو لا ظهوره فيه. و حينئذ كيف يمكن الجمع بين دعوى اتفاق الأصحاب- على صحة تقديم القبول بلفظ الأمر بالبيع- مع الكلمات المتقدمة عن جماعة منهم؟

(2) يعني: قال الزوج لوليّ الزوجة: «زوّجنيها» فزوّجها الوليّ منه.

(3) أي: لفظ الأمر، مثل «بعنيها» و حكاه في المختلف عن المهذب أيضا «1».

(4) و هو جواز التقديم بلفظ «بعنيها» و الوجه في صحة هذه النسبة هو: إطلاق القول بجواز التقديم، إذ من صغريات القبول لفظ الأمر، فتدبر.

(5) معطوف على «جوّز» أي: كلّ من جوّز و تمسّك لجواز تقديم القبول على الإيجاب برواية سهل، إذ هذا التمسك قرينة على أنّ مراده من القبول هنا ما يعمّ الأمر،

---

(1): مختلف الشيعة، ج 5، ص 52

القبول بطلب التزويج (1).

إلا (2) أنّ المحقق رحمه الله- مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب- صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

وذكر العلامة قدس سرّه الاستيجاب والإيجاب، وجعله خارجاً عن قيد اعتبار

إذ لو اختلفت بغير الأمر لما صحّ الاستدلال برواية سهل، فلا بدّ أن يكون كذلك في باب البيع أيضاً، لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة.

(1) بقول الرجل: «زوّجنيها يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم».

(2) استدراك على قوله: «بل نسبة هذا الحكم» وتضعيف لاستفادة نسبة تجويز تقديم القبول- بلفظ الأمر- إلى كلّ من أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب، وذلك لأنّ المحقق مع تصريحه بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب في البيع أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب، حيث قال: «و لا ينعقد إلا بلفظ الماضي، فلو قال: اشتر أو ابتع أو أبيعك، لم يصح. وكذا في طرف القبول، مثل أن يقول: بعني، لأنّ ذلك أشبه بالاستدعاء أو بالاستعلام. وهل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردّد.

و الأشبه عدم الاشتراط» (1).

و العبارة صريحة في عدم صحة البيع بالاستيجاب والإيجاب، وصحته بتقديم القبول. وكذا العلامة.

فالجزم بعدم كفاية الاستيجاب والتردد في شرطية تقديم الإيجاب على القبول- كما في قواعد العلامة «2»- يكشف عن عدم صحة إنشاء القبول بالأمر حتى يقع البحث عن جواز تقديمه على الإيجاب، وعدمه، فإنّ هذا البحث فرع صحة إنشاء القبول بالأمر في نفسه. ومع عدم صحته كذلك لا يبقى موضوع للبحث عن جواز تقديم القبول المنشأ بلفظ الأمر، وعدمه.

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 13

(2) قواعد الأحكام، ص 47 (الطبقة الحجرية).

ص: 455

الإيجاب و القبول كالمعاطاة (1)، و جزم بعدم كفايته، مع أنه تردّد في اعتبار (2) تقديم القبول.

و كيف كان (3) فقد عرفت (4) أنّ الأقوى المنع في البيع، لما عرفت (5).

بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا (6) بناء على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول (7).

ثم إنّ هذا (8) كلّ بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في لزوم، و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك.

(1) يعني: كما أنّ المعاطاة خارجة عن العقد، إذ ليس فيها إيجاب و قبول لفظيان، فكذا الاستيجاب و الإيجاب خارجان عن العقد.

(2) الأولى التعبير بالجواز، إذ ليس الكلام في لزوم تقديم القبول و اعتباره، بل في جوازه كما لا يخفى.

(3) يعني: سواء أكانت نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر- إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب- صحيحة بقول مطلق، أم غير صحيحة فقد عرفت .. إلخ.

(4) بقوله: «و مما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر ..».

(5) من قوله: «لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال للدرهم إلى البائع» يعني: أنّه يعتبر في القبول دلالة على الرضا بالإيجاب، و على تضمّن النقل في حال القبول، و المفروض قصور صيغة الأمر عن إفادة النقل الضمني.

(6) أي: في إنشاء القبول بالأمر.

(7) يعني: فلا ملازمة بين جواز تقديم القبول بلفظ «قبلت» و بين جوازه بلفظ الأمر. وجه عدم الملازمة: أنّ الماضوية روعيت في «قبلت» و لم تراعى في صيغة الأمر، ففي إنشاء الأمر إشكال زائد على إنشاء ب «قبلت» مقدّما على الإيجاب.

(8) أي: أنّ عدم كفاية إنشاء القبول بالأمر مبني على الالتزام بتوقف العقود



وَأَمَّا عَلَى مَا قَوَّيْنَاهُ [مَا اخْتَرْنَاهُ] سَابِقًا فِي مَسْأَلَةِ الْمَعَاوَاةِ (1) مِنْ أَنَّ الْبَيْعَ الْعَرْفِيَّ مُوجِبٌ لِلْمَلِكِ، وَأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمَلِكِ اللَّزُومَ، فَالْإِجْمَاعُ بِاللَّزُومِ فِي كُلِّ مَوْجِدٍ لَمْ يَتَّجِمِ عَلَى عَدَمِ اللَّزُومِ، وَهُوَ (2) مَا إِذَا خَلَّتِ الْمَعَامَلَةُ عَنِ الْإِنْشَاءِ بِاللَّفْظِ رَأْسًا، أَوْ كَانَ اللَّفْظُ الْمُنْشَأُ بِهِ الْمَعَامَلَةَ مِمَّا قَامَ الْإِجْمَاعُ عَلَى عَدَمِ إِفَادَتِهَا لِلزُّومِ. وَأَمَّا فِي غَيْرِ ذَلِكَ فَالْأَصْلُ لِلزُّومِ.

اللازمة على إنشائها بالصيغ الخاصة المأثورة عن الشارع. وأما إن قلنا بكفاية المعاطاة في النقل الملكي - لكونها بيعا عرفيا مفيدا للملك، و الأصل في الملك هو اللزوم - اتجه الالتزام بانعقاد البيع بكل ما يكون مصداقا له عرفا.

إلا أن يقوم دليل مانع عن الأخذ بهذا الالتزام، و المانع هو الإجماع على أحد الأمرين، إما على توقف اللزوم على الإنشاء بمطلق اللفظ، و أن التعاطي لا يفيد الملك اللزوم. وإما على توقف اللزوم على صيغة خاصة، بحيث لا يترتب على مطلق اللفظ الكاشف عن القصد.

فإن تمَّ الإجماع على أحد الأمرين أخذ بمقتضاه، وإلا فلا بدَّ من القول باللزوم إذا أنشئ البيع باللفظ، و لكن تقدّم قبوله - بصيغة الأمر - على إيجابه. و المفروض عدم وجود إجماع في البين بعد تصريح شيخ الطائفة قدّس سرّه بانعقاد البيع بأمر المشتري و إيجاب البائع بعده.

(1) حيث إنّه قدّس سرّه أثبت أولاً إفادة المعاطاة للملك، ثم أثبت أصالة اللزوم في كل ملك.

(2) هذا بيان معقد الإجماع، و هو أحد الأمرين، إما خلوّ المعاملة عن اللفظ رأسا، و إما خلوّها عن اللفظ الخاص المأثور عن الشارع. فإذا أنشئت بلفظ كنائي أو مجازي و كانت القرينة مقالبة سابقه على الإنشاء، أو مقامية مقارنة له لم تصحّ، لانتفاء الدلالة الوضعية. و أما إذا أنشئت بلفظ الأمر فلا إجماع على عدم تأثيره في اللزوم.

وقد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في المبسوط بصحته (1)، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا (2)، و حكي عن الكامل أيضا، فتأمّل (3).

و إن كان (4) التقديم بلفظ: «اشترت أو ابتعت أو تملكّت أو ملكت هذا بكذا» فالأقوى جوازه، لأنّه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا، ففي الحقيقة

---

(1) يعني: فيفيد الملك، و لا إجماع على عدم لزومه، فالأصل يقتضي لزومه.

(2) حيث قال في عبارته المنقولة في المتن: «صحّ عندنا».

(3) لعلّه إشارة إلى ما تقدم من موهوبية دعوى الشيخ لنفي الخلاف بمصير الأكثر إلى خلافه حتّى هو قدّس سرّه في بيع المبسوط.

(4) معطوف على ما تقدم في (ص 439) من قوله: «فإن كان بلفظ قبلت» و غرضه قدّس سرّه الاستدلال على جواز تقديم ثالث أقسام ألفاظ القبول على الإيجاب.

و توضيح ما أفاده: أنّه لا يعتبر في صدق العقد و المعاوضة عرفا المطاوعة لإنشاء الغير، ضرورة أنّ العقد متقوم بالتزامين مرتبطين مبرزين، و من المعلوم حصول إبرازهما بلفظ «ملكّت» قبولا و «بعت» إيجابا، لأنّ معنى «ملكّت» و «اشترت» إنشاء ملكية المبيع بإزاء ماله عوضا، فالمشتري ينشئ المعاوضة حقيقة كالبائع، غاية الأمر أنّ البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشئ تملكّ مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، فكل منهما يخرج ماله إلى ملك صاحبه، و يدخل مال صاحبه في ملك نفسه.

إلا أنّ بين الإدخالين فرقا، فالإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، لأنّ دخول الثمن في ملك البائع يفهم من قول البائع: «بكذا» بعد قوله: «بعت» حيث إنّ «بعت» يدلّ على خروج المال عن ملك البائع، و ذكر العوض يدلّ على دخول الثمن في ملكه بإزاء المبيع. و الإدخال في القبول يفهم من نفس لفظ «ملكّت» فإنّ معناه تملكّ المبيع بإزاء الثمن، فالمشتري ينشئ بمثل «ملكّت، تملكّت، اشترت» دخول مال البائع

كلّ منهما يخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه، إلا (1) أنّ الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض (2)، وفي القبول مفهوم من نفس الفعل (3)، و الإخراج بالعكس (4). و حينئذ (5) فليس في حقيقة الاشتراء من حيث

في ملكه، و البائع ينشئ بقوله: «بعت» خروج المبيع عن ملكه، و بذكر العوض يتملّك الثمن بإزائه.

و الحاصل: أنّ الإدخال في الإيجاب يفهم من ذكر العوض، و في القبول من نفس لفظ «تملكت». و الإخراج بالعكس، لأنّه في الإيجاب يكون بنفس اللفظ الذي ينشأ به الإيجاب، فإنّ معنى «بعت»: أخرجت المبيع عن ملكي. و الإخراج في القبول يكون بذكر العوض. فإذا قدّم المشتري القبول، و قال: «اشتريت هذا الكتاب بدينار» فدلالته على إخراج الدينار عن ملكه تكون بذكر العوض و هو الدينار.

و بالجملة: فما هو المعتبر في القبول من أمرين - أحدهما الرضا بالإيجاب، و الثاني نقل الثمن في حال القبول - متحقق في هذا القسم الثالث. أمّا الرضا فواضح.

و أمّا نقل الثمن فلأنّه ينشئ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا. و لا يعتبر في القبول ما عدا هذين الأمرين كالمطوعة، إذ لا دليل على اعتبارها في مفهوم القبول.

(1) هذا بيان الفارق بين الإدخالين و الإخراجين، و قد تقدم توضيحه بقولنا:

«إلا أنّ بين الإدخالين فرقا .. إلخ».

(2) يعني من قوله: «بدينار» لا من نفس قوله: «بعت».

(3) أي: نفس اللفظ، فإنّ قول القابل: «قبلت» مثلا يدلّ على إدخال المبيع في ملكه، و إخراج الثمن عن ملكه، و «بعت» يدلّ على الإخراج عن الملك، و ذكر العوض يدلّ على إدخال أي إدخال الثمن في ملكه.

(4) يعني: إخراج الإيجاب يستفاد من نفس «بعت» و إخراج القبول يفهم من ذكر العوض.

(5) يعني: و حين دلالة «اشتريت» على تملك القابل ماله للموجب بعنوان

هو (1) معنى القبول (2).

لكنه (3) لَمَّا كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب (4) تحقق المطاوعة و مفهوم القبول

---

العوضية في حال الإنشاء فليس .. إلخ».

(1) يعني: في نفسه مع الغض عن وقوعه عقيب الإيجاب.

(2) حتّى يلزم تأخّره عن الإيجاب من حيث كونه قبولا، كما لزم تأخّر لفظ «قبلت» عن الإيجاب.

(3) هذا دفع دخل يرد على قوله: «فليس في حقيقة الاشتراء معنى القبول» و حاصل الدخل هو: أنّ الاشتراء إن كان دالا على إدخال مال الغير في ملكه وإخراج مال نفسه إلى ملك الموجب كان كالإيجاب الذي هو إخراج وإدخال، و لم يبق وجه لعدّ «اشترت» من ألفاظ القبول الذي يفهم منه مطاوعة فعل الغير، و من المعلوم اعتبار سبق فعل حتى يمكن مطاوعته.

و عليه فيكون وزان «اشترت» وزان «قبلت» في اعتبار تأخّره عن الإيجاب، إذ القبول إمضاء فعل الغير.

وقد دفعه المصنف بما حاصله: أنّ تسمية «اشترت» قبولا ليس لأجل اتحاده مفهوما مع «قبلت» حتى يمتنع تقدّمه على الإيجاب، بل لأجل أنّ الغالب من العقود والبيوع الخارجية ينشأ فيها الإيجاب أولا، ثم يتبعها القبول، إمّا بلفظ «قبلت أو رضيت أو اشترت أو ملكت» فيستفاد من كلّ منها المطاوعة والانفعال، و من المعلوم أنّ هذه الغلبة الوجودية لا تتغير مدلول اللفظ، فالمطاوعة تستفاد من «قبلت اشترت» لكنّها في «قبلت» مدلول اللفظ، و في «اشترت» استفادة من القرينة المقامية، و هي غلبة تأخّر القبول عن الإيجاب.

(4) خبر قوله: «و إنشاء».

أطلق (1) عليه القبول (2). وهذا المعنى (3) مفقود في الإيجاب المتأخر، لأنَّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، و البائع إنّما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

وقد صرّح (4) في النهاية و المسالك - على ما حكى - «بأنَّ اشترت ليس قبولاً حقيقة (5) وإنّما هو بدل، وأنَّ الأصل (6) في القبول قبلت، لأنَّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، و لفظ اشترت يجوز الابتداء به» (1).

---

(1) جواب «لَمَّا كان» و ضميراً «وقوعه، عليه» راجعان إلى الاشتراء.

(2) فإطلاق القبول و دلالة على المطاوعة إنّما تكون بقريئة المقام، و هو وقوعه عقيب الإيجاب غالباً. و لا يرد عليه ما في بعض الحواشي من: أنّه إذا لم يدلّ بنفسه على المطاوعة فكيف يدلّ عليها إذا وقع عقيب الإيجاب؟

(3) يعني: تحقق المطاوعة و مفهوم القبول بسبب التأخر مفقود في الإيجاب المتأخر، لفقد ما يوجبه و هو إنشاء البائع انتقال الثمن إلى نفسه بالمدلول المطابقي للصيغة، لأنَّ الانتقال يكون بالمدلول الالتزامي. كما أنّ نقل المشتري إياه إلى البائع - وإن تقدّم - إنّما هو بالدلالة الالتزامية لا المطابقية.

(4) غرضه من الاستشهاد بكلام النهاية و المسالك هو: أنّ «اشترت» ليس من ألفاظ القبول بالأصالة، إذ القبول يعتبر فيه الرضا بإيجاب الغير و مطاوعته له، لكونه مبنياً عليه، و حيث إنّ «اشترت» لا يدلّ على هذه الخصوصية لم يكن أصلاً في القبول، بل بدلاً عن «قبلت» و «رضيت».

(5) لعدم كون دلالة على القبول بالمطابقة، بل لقريئة مقامية، و هي وقوعه عقيب الإيجاب.

(6) بمعنى كون ما يدلّ على الإنشاء الذي لا يجوز الابتداء به - لتفرّعه على إنشاء آخر - هو لفظ القبول، لأنّه وضع للإنشاء المسبوق بإنشاء آخر، بخلاف لفظ

---

(1): نهاية الأحكام، ج 2، ص 448، مسالك الأفهام، ج 3، ص 154.

ص: 461

و مرادهما أنه بنفسه لا يكون قبولا، فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع. كما أن «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا، ولذا منعنا عن تقديمه. فكل من «رضيت و اشتريت» بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدّم و التأخر متعاكسان (1).

فإن قلت (2): إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله:

«اشتريت» حتى يقع قبولا، لأن إنشاء مالكية مال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون «اشتريت»

«اشتريت» مثلا، لأنه مما يمكن الإنشاء به بدون سبق إنشاء عليه، فيسقط بهذا ما عن بعض: من أنّ لا نفهم معنى لكون الأصل في القبول «قبلت».

(1) توضيحه: أن «رضيت» يفيد المطاوعة التي بها يكون إنشاء لنقل ماله إلى البائع، و لأجل تأخر المطاوعة امتنع تقدّم «رضيت» على الإيجاب، فإنشاء النقل مترتب على المطاوعة. بخلاف «اشتريت» فإنه لا يدل على المطاوعة إلا إذا تأخر عن الإيجاب، لكنه يدل على إنشاء نقل ماله.

و بالجملة: «رضيت» يدل على المطاوعة، و لا يدل بنفسه على إنشاء النقل إلا إذا تأخر، و «اشتريت» يدل على إنشاء النقل، و لا يدل على المطاوعة إلا إذا تأخر، فهما في إفادة المطاوعة و النقل متعاكسان.

(2) هذا إشكال على ما قوّاه من جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» و نحوه. و محصل الإشكال: خلوّ عقد البيع عن القبول، و انحصار الإنشاء في الإيجاب.

و توضيحه: أن الإجماع على اعتبار القبول يوجب تأخيره عن الإيجاب حتى يقع قبولا، فدلالة «اشتريت» على القبول إنّما تكون بسبب تأخيره، و إلا كان إيجابا لا قبولا، إذ إنشاء التملك لا يجعله قبولا إلا إذا وقع عقيب تملك الغير.

و الشاهد على أعمية إنشاء التملك من القبول العقدي هو صحة تملك الملتقط للقطعة، و كذا صحة تملك الحائز - للمباحات الأصلية - بالحيازة، مع أنه لا تملك من

متأخراً (1) التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم، فإنّ مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة، فإنّه لا قبول فيه رأساً.

قلت (2): المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرّضا بالإيجاب. وأمّا وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة و قبول الأثر فلا.

فقد تبين من جميع ذلك (3): أنّ إنشاء القبول لا بدّ أن يكون جامعاً لتضمن

---

طرف آخر حتى يقبله الملتقط والحائز، بل هو تملك ابتدائي.

وعلى هذا فدلالة «اشتريت» على القبول منوطه بتأخره عن الإيجاب، إذ تقدّمه لا يلازم التملك القبولي. وحيث إنّ «بعت» المتأخر عنه إيجاب العقد، فيلزم قيام البيع بإيجابين وخلوّه عن القبول، ومن المعلوم تقوم العقود بركنين، إذ هو الفارق بينها وبين الإيقاعات القائمة بإنشاء واحد. ولا مفرّ من هذا المحذور إلاّ إنكار تقدم القبول ولو كان بلفظ «اشتريت، تملك، ملكت، ابتعت».

(1) حال من «اشتريت» وقوله: «التزاما» خبر «فيكون».

(2) هذا جواب الإشكال المزبور، ومحصله: أنّ المتيقن من الإجماع هو الرّضا بالإيجاب، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك في القبول كالمطوعة وغيرها.

(3) الظاهر أنّ المشار إليه هو ما أفاده في «قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول .. إلخ».

ومحصله: أنّ القبول العقدي متقوم بأمرين، أحدهما: الرضا بالإيجاب، والآخر: الدلالة على إنشاء نقل العوض إلى الموجب، وهذان متحققان في القبول المتقدم على الإيجاب، إذا كان بلفظ «اشتريت» وأخواته.

ولا يعتبر في القبول أمر ثالث وهو المطوعة الحقيقية للإيجاب، ولا إنشاء التأثير من تأثير البائع وتمليكه، إذ لو كان هذا دخيلاً في القبول امتنع تقديمه في جميع ألفاظه.

إنشاء النقل، و للرضا بإنشاء البائع، تقدّم أو تأخّر، و لا يعتبر (1) إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصّل مما ذكرناه (2) صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشترت» وفاقا لمن عرفت (3).

بل (4) هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف «1»، حيث إنّه لم يتعرّض إلا للمنع

---

(1) حتى يجب تأخيره عن الإيجاب، تحقيقا لمعنى المطاوعة و الانفعال و التأثير.

(2) يعني: مما أفاده من أول القسم الثالث إلى هنا، حيث قال: «و إن كان التقديم بلفظ اشترت .. إلخ». و مقصوده قدّس سرّه إثبات أنّ جواز تقديم القبول بلفظ مثل «اشترت» و إن كان مقتضى الدليل و الصناعة، إلا أنّه لم يتفرّد به حتى يستوحش من المصير إليه، بل ذهب جمع من أعيان الفقه إلى جوازه، كما سيأتي ذكرهم.

(3) بقوله في أوائل هذه المسألة: «و أمّا في باب النكاح- من المبسوط- فكلامه صريح في جواز التقديم- أي تقديم قبول البيع على إيجابه- كالمحقق رحمه الله في الشرائع، و العلامة في التحرير، و الشهيدان في بعض كتبهما و جماعة ممّن تأخّر عنهما» راجع (ص 436).

(4) أي: جواز تقديم القبول على الإيجاب ظاهر إطلاق شيخ الطائفة في كتاب الخلاف، حيث إنّه- مع كونه في مقام بيان شرائط الصحة- لم يمنع إلا عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب مثل «بعني، فيقول بعثك» و من المعلوم عدم الملازمة بين المنع عن الاستيجاب و الإيجاب، و بين المنع عن تقديم مثل «اشترت». و جه عدم الملازمة قصور «بعني» عن الدلالة على القبول المعتبر في العقد من جهة عدم دلالة الأمر على الرضا الفعلي بالإيجاب حتى يملك القابل ماله بعنوان العوضيّة للموجب. و هذا بخلاف «اشترت» و أخواته المتكفلة لهذه الجهة.

---

(1): الخلاف، ج 3، ص 39-40، المسألة 56

ص: 464



عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب. وقد عرفت (1) عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشتريت».

وكذا السيد في الغنية «1»، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول. واحتراز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب (2).

وكذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي «2»، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد (3).

والحاصل: أنّ المصريح بذلك (4) - فيما وجدت من القدماء - الحلبي

---

(1) لعل مراده قدّس سرّه ما تقدّم تارة بقوله: «لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال ..»

وأخرى بقوله: «إلا أن المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب».

والتصريح بجواز تقديم «اشتريت» وإن لم يذكر في العبارتين، إلا إنّ القدر المتيقّن من جواز تقديم القبول على الإيجاب - عند الكل - هو «اشتريت» وأخواته، دون «قبلت ورضيت».

(2) فيستفاد من إطلاق اعتبار الإيجاب والقبول في عقد البيع شرطيهما المطلقة سواء تقدم الإيجاب أم تأخر.

(3) لقوله: «و اشترطنا الإيجاب والقبول، لخروجه من دونهما عن حكم البيع» ولم يشترط تقدم الإيجاب على القبول.

(4) أي: المنع عن تقديم القبول على الإيجاب.

---

(1): غنية النزوع في الفروع والأصول (ضمن الجوامع الفقهية) ص 524، وقد تقدم كلام السيد في ص 452

(2) الكافي في الفقه، ص 252

ص: 465

و ابن حمزة (1) «1».

فمن التعجب بعد ذلك (2) حكاية الإجماع عن الخلاف «2» على تقديم الإيجاب مع (3) أنه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب «بأن» (4) ما عدها مجمع على صحته و ليس على صحته دليل» و لعمرى أن مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول.

وقد تبّهنا على أمثال ذلك (5) في مواردّها (6).

---

(1) قال الأوّل: «فإن كان القبول متقدما على الإيجاب فالبيع غير صحيح».

وقال الثاني في عداد شروط صيغة البيع: «و الثامن من تقديم الإيجاب على القبول».

(2) يعني: بعد موافقة جمع، و إطلاق الشيخ في الخلاف، و إطلاق السيد و الحلبي، فإنه بعد هذه الموافقة تكون دعوى الإجماع على اعتبار تقديم الإيجاب على القبول بعيدة جدًا.

(3) غرضه تضعيف الإجماع بما حاصله: أنه لا دلالة في كلامه على دعوى الإجماع على ذلك، لأنّ مفاده دعوى الإجماع على صحة العقد بغير الاستيجاب و الإيجاب، و أين هذا من دعوى الإجماع على اعتبار تقديم الإيجاب؟ و المجدي إنّما يكون هذه الدعوى، و هي مما لا يدلّ عليه كلام الخلاف.

(4) متعلق بالاستدلال، يعني: استدلال الشيخ بقوله: «انّ ما عده .. إلخ».

(5) يعني: أمثال هذا الموهن، و هو مصير جمع كثير إلى ما يخالف الإجماع، إذ يستكشف بهذه المخالفة عدم اتفاق الفقهاء على الحكم حتى يحرز به رأي الامام عليه السّلام.

(6) كما تبّه في بحث الإجماع المنقول على الإشكال العام في الإجماعات المنقولة- بعد توجيه دعاوي الإجماع و نقل كلام المحقق الشوشتری في كشف القناع- بما لفظه:

«و بالجملة: فالإنصاف بعد التأمل و ترك المسامحة بإبراز المظنون بصورة القطع-

---

(1): السرائر الحاوي، ج 2، ص 243، الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص 740

(2) قد تقدم في ص 433، و الحاكي هو الشهيد في غاية المراد، و الشهيد الثاني في المسالك.

نعم (1) يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم (2) لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثم إنّ ما ذكرنا (3) جار في كلّ قبول يؤدّي بإنشاء مستقل كالإجارة التي

---

كما هو متعارف محصّلي عصرنا- أنّ اتفاق من يمكن تحصيل فتاواهم على أمر كما لا يستلزم عادة موافقة الإمام عليه السّلام، كذلك لا يستلزم وجود دليل معتبر عند الكلّ من جهة أو من جهات شتى. فلم يبق في المقام إلّا أن يحصل المجتهد أمارات آخر من أقوال باقي العلماء وغيرها، ليضيفها إلى ذلك، فيحصل من مجموع المحصّل له والمنقول إليه- الذي فرض بحكم المحصّل من حيث وجوب العمل به تعبّدا- القطع في مرحلة الظاهر باللازم، وهو قول الامام عليه السّلام أو وجود دليل معتبر الذي هو أيضا يرجع إلى حكم الإمام عليه السّلام بهذا الحكم الظاهري المضمون لذلك الدليل .. إلخ» (1)، فراجع.

(1) استدراك على ما قوّاه من جواز تقديم القبول على الإيجاب، وحاصل الإشكال: أنّ المتعارف من الصيغة لَمّا كان تقديم الإيجاب على القبول كان هذا التعارف مقيّدا لإطلاق وجوب الوفاء بالعقود، كتنسيق تعارف الموالات بين الإيجاب والقبول لإطلاق الأدلة. ولا فرق بين التعارف في المسألتين، ولا وجه للتفكيك بينهما بأن يكون موجبا لانصراف الإطلاق في مسألة الموالات، ولا يكون موجبا له في مسألة تقدم الإيجاب على القبول. ولذا يشكل الحكم بجواز تقديم القبول على الإيجاب وإن كان التقديم مقتضى الصناعة.

(2) هذه نتيجة الإشكال في تقديم القبول بلفظ «اشترت». وبهذا تمّ الكلام في المقام الأوّل وهو حكم تقدم القبول على الإيجاب في خصوص عقد البيع. وسيأتي الكلام في المقام الثاني وهو حكم تقدم القبول في سائر العقود.

(3) من جواز تقديم القبول إذا كان متضمّنا لإنشاء مستقلّ في نفسه، مثل «اشترت، ابتعت» ونحوهما، وإن لم يكن قبولا- بالمعنى الأخصّ، وهذا شروع في

---

(1): فرائد الأصول، ص 63 و 64 (طبعة رحمة الله)

المقام الثاني، و المستفاد من كلامه تقسيم ألفاظ القبول في سائر العقود إلى أقسام، و أنّه يجوز تقديمه على الإيجاب في بعضها، دون بعض. و قبل توضيح الأقسام ينبغي التنبيه على أنّ المصنف قدس سرّه ذكر وجهين في أقسام ألفاظ القبول.

أحدهما: ما أفاده بقوله: «ثم إنّ ما ذكرنا جار في كل قبول .. إلى قوله: و قد عرفت أنّ قبلت و رضيت مع التقديم لا يدل ..».

و ثانيهما: ما أفاده بقوله: «فتلخص مما ذكرنا إلى قوله: فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلّا في القسم الثاني من كلّ من القسمين». و يمكن أن يختلف مفاد الوجهين كما سيأتي ذكره في آخر البحث.

و توضيح الوجه الأوّل هو: أنّه إمّا أن يكون القبول التزاما بنقل مال أو التعهّد بشي ء آخر - غير نقل المال - بعنوان العوضية، و إمّا أن يكون مجرد الرضا بالإيجاب من دون أن يتضمّن نقل مال إلى الموجب، أو التعهّد له بشي ء آخر.

و الأوّل إمّا أن يكون الالتزام القبولي مغايرا للإيجاب، أو مماثلا له. و الثاني إمّا أن يكون القبول مطاوعة للإيجاب، و إمّا أن يكون مجرد الرضا به، فهذه أقسام أربعة.

أمّا القسم الأوّل فكالقبول في بابي الإجارة و النكاح، فإن أنشئ قبول الإجارة بلفظ «قبلت و رضيت» تعيّن تأخّره عن الإيجاب، لما تقدم في تأخّره عنه في البيع. و إن أنشئ بلفظ «ملكيت أو تملكيت منفعة الدار بكذا» جاز تقديمه، لدلالته على إنشاء نقل الأجرة بعنوان العوضية للمنفعة، فيكون نظير إنشاء الشراء بلفظ «اشتريت و تملكيت».

و كذا الحال في قبول النكاح، فإن أنشئ بلفظ «قبلت» لزم تأخيره. و إن أنشئ بلفظ «نكحت، تزوّجت» جاز تقديمه على إيجاب الزوجة، لدلالة «تزوّجت» على التعهّد بالزوجية و بأحكامها المترتبة عليها، سواء تقدّم على الإيجاب أم تأخّر.

و أمّا القسم الثاني - و هو كون القبول التزاما بشي ء مماثل للإيجاب -

فكالمصالحة المعوّضة، كما إذا صالح زيد عمروا على الدار بألف دينار، فكلّ منهما مصالِح و متصالح، من جهة إنشائهما التسالم على مبادلة الدار بالألف. و حكمه لزوم تأخير القبول عن الإيجاب، و ذلك لأجل تركّب العقد من إيجاب و قبول. و لَمَّا كان هذا الصلح قائما بهما على السّوية- و ليس كالبيع و الإجارة- توقف تمييز القابل عن الموجب بأن ينشأ القبول بلفظ «قبلت» دون «صالحت» و إلا يلزم تركّب العقد من إيجابين، و هو ممنوع، فلا مناص من إنشاء القبول بلفظ «قبلت» و يلزم تأخيره حينئذ عن الإيجاب، لما تقدم في البيع.

و أمّا القسم الثالث- و هو عدم تكفل القبول للالتزام بنقل شيء إلى الموجب، و إنّما هو مجرد الرضا بالإيجاب- فإن أنشئ بما لا يتضمن المطاوعة جاز تقديمه على الإيجاب، كإنشاء قبول الهبة و القرض بلفظ «ملكيت» فإنه يدلّ على الرضا بتمليك الواهب و المقرض، و لا يفهم منه الانفعال بالإيجاب و المطاوعة له، فلا مانع من تقديمه.

و كذا الحال في الصلح على إسقاط حقّ أو إسقاط دين، كما إذا كان زيد مديونا لعمرو بدينار فصالحه عمرو على إبراء ذمته، فلا مانع من سبق قبول زيد على إيجاب عمرو، لأنّ قبوله محض الرضا بالإيجاب.

و إن أنشئ بما يدلّ على المطاوعة لزم تأخيره عن الإيجاب، كما في إنشاء قبول الرهن و الهبة و القرض بلفظ «ارتهنت، اتهمت، اقترضت» فإنّ قبول هذه العقود و إن لم يدلّ على الالتزام بنقل شيء إلى الموجب، بل هو مجرد الرضا بالإيجاب، لكن يمتنع تقديمه من جهة ظهور الهيئة في الانفعال بالإيجاب و المطاوعة له، فلا بد من سبق فعل من الموجب حتى يصحّ الانفعال به.

هذا توضيح القسم الثالث من ألفاظ القبول. و قد ظهر به القسم الرابع أيضا، لأنّ القبول في عقد واحد كالهبة يختلف حكمه من حيث جواز تقديمه إن لم يدلّ على

قبوله بلفظ «نكحت و تزوّجت» (1).

و أما (2) ما لا إنشاء في قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمّنه (3) ك «ارتهنت» فقد يقال: بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام في قبوله لشيء، كما كان (4) في قبول

---

المطّوعة، وعدم جوازه إن تضمّن المطّوعة.

هذا تقريب ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أقسام القبول، وسيأتي تطبيق المتن عليها.

(1) هذا إشارة إلى القسم الأوّل، ومثاله قبول الإجارة و النكاح إذا كان بلفظ «تملّكت و تزوّجت» لا ما إذا كان بلفظ «قبلت». و حكمه جواز تقديم القبول فيه كجوازه في البيع إذا كان بلفظ «اشتريت». و قد تقدّم توضيحه بقولنا: «أما القسم الأوّل فكالقبول في بابي الإجارة و النكاح .. إلخ».

(2) هذا إشارة إلى قسم آخر من ألفاظ القبول في عدة من العقود، و هو القبول الذي لا يدلّ على إنشاء مستقل، لعدم دلالته على التزام بشيء، على حدّ دلالة «اشتريت» على الالتزام بنقل ماله إلى البائع، فالمنشأ في هذا القسم الثاني ليس إلا الرضا بالإيجاب، نظير قبول الرهن و الهبة و القرض.

و قد يقال بجواز تقديمه على الإيجاب، لما مرّ من أن الرضا كما يجوز تعلّقه بأمر حالّي كذلك يجوز تعلّقه بأمر استقبالي.

لكن المصنف قدّس سرّه منع من إطلاق هذا، و فصل بين إنشاء القبول بما يدلّ على مجرد الرضا بالإيجاب، و بين ما يدلّ على المطّوعة لإنشاء الغير و الانفعال به. و قد تقدّم توضيحه بقولنا: «و أما القسم الثالث و هو عدم تكفل القبول للالتزام بنقل شيء للموجب .. إلخ».

(3) يعني: يتضمّن القبول نفس الرضا بالإيجاب، و لا يتضمّن الالتزام بشيء للموجب.

(4) هذا بيان للمنفى و هو «الالتزام بنقل شيء».

البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشأ به معنى غير الرضا بفعل الموجب.

وقد تقدّم (1) أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمر مترقّب كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق، فيجوز أن يقول: «رضيت برهنك هذا عندي» فيقول: «رهنّت».

والتحقيق (2) عدم الجواز، لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن. ولا يخفى (3) أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن، لأنّ (4) الإيجاب إنشاء للفعل [لنقل] و القبول إنشاء للانفعال [لانتقال].

وكذا (5) القبول في الهبة والقرض، فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشيء، وإتّما يحصل به الرضا بفعل الموجب.

---

(1) حيث قال: «إنّ الرضا بشيء لا يستلزم تحققه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبلي...» راجع (ص 442).

(2) غرضه عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في هذا القسم الثاني، لأنّ القبول إنشاء للانفعال المترتب على الفعل الذي هو الإيجاب، فإنّ عنوان «المرتهن، والمقترض» مثلاً لا يتحققان إلا بعد حصول الإيجاب، هذا.

وفيه: أنّ عنوان المرتهن يتحقق بالرضا بحصول الرهن، ولا يتوقف على إنشاء القبول بمفهوم يتضمن معنى المطاوعة. وقد تقدم منه قدّس سرّه عدم نهوض دليل على اعتبار إنشاء القبول بمفهوم متضمّن لمعنى المطاوعة.

(3) يعني: و من المعلوم أنّ «الارتهان» يكون على هيئة «الافتعال» الذي أشرب فيه مطاوعة فعل الغير.

(4) تعليل لقوله: «لا يصدق إلا بعد تحقق الرهن» و محصله: أنّ إنشاء الرهن إنشاء للفعل، و قبول الرهن إنشاء لمطاوعة فعل الراهن.

(5) يعني: أنّ القبول في عقدي الهبة والقرض يكون كقبول الرهن في أنّهما من حيث عدم تضمّنهما إنشاء نقل مال إلى الموجب- ينبغي جواز تقديمهما على الإيجاب، لكن مانع تقديم «ارتهنّت» و هو المطاوعة مانع عن تقديم «اتهبت و اقترضت».

و نحوها (1) قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط و التمليك بغير عوض.

و أما المصالحة (2) المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها

(1) يعني: و نحو القبول في الهبة و الرهن و القرض قبول الصلح المتضمّن لإسقاط ما في الذمة، أو حقّ، أو المتضمن للتمليك بغير عوض، إذ ليس في قبولها التزام بشي ء، بل ليس إلّا الرضا بالإيجاب، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

(2) محصّ له: إبداء الفرق بين المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التمليك بغير عوض، و بين المصالحة المشتملة على المعاوضة. و حاصل الفرق بينهما هو: أنّ الالتزام القبولي ليس مغايرا للالتزام الإيجابي، فالبادي منهما لا محالة يتصف بالإيجاب، لصدق الإيجاب- و هو إنشاء التسالم- لغة و عرفا عليه، فلو كان الإنشاء التسالمي المتأخر مثله لتركّب العقد من إيجابين. و الإجماع قام على توقف العقد على القبول، فلا بدّ من إنشاء القبول بلفظ القبول و نحوه ممّا يفيد حتى يتألف العقد من إيجاب و قبول، و من المعلوم اعتبار تأخر لفظ «قبلت» عن الإيجاب.

و بعبارة أخرى: إنّ هنا أمرين يقتضيان إنشاء قبول المصالحة المعوّضة بلفظ «قبلت» و يتعيّن تأخره عن الإيجاب.

الأوّل: أنّه يجوز لكل واحد من المتصالحين الابتدء بإنشاء الصلح، فكلّ مصالح و متصالح. و وجهه: استواء نسبة عنوان «الصلح» إليهما. و ليست المصالحة كالبيع في كون أحد طرفي المعاملة بائعا و موجبا، و الآخر قابلا و مشتريا، فإذا أرادا المصالحة على الكتاب بدينار جاز لكلّ منهما إنشاء المعاملة، و لا يتعيّن الإيجاب من مالك الكتاب كما كان في البيع.

الثاني: أنّ الإجماع انعقد على توقف عنوان العقد على إيجاب أحد الطرفين و قبول الآخر له، و لا يحصل عقد بإيجابين و إن كانا مرتبطين.

و نتيجة هذين الأمرين: أنّه يتعيّن إنشاء قبول الصلح بلفظ «قبلت» إذ لو أنشأ كلّ منهما بلفظ «صالحت»- بمقتضى جوازه لهما- لزم خلوّ عقد الصلح من قبول،



جائزا من الطرفين و كان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر- كان (1) البادي منهما موجبا، لصدق الموجب عليه (2) لغة و عرفا. ثم لما انعقد الإجماع [1] على توقف العقد على القبول (3) لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضا: «صالحتك» كان إيجابا آخر، فيلزم تركب العقد من إيجابين (4).

و تحقّق من جميع ذلك (5): أنّ تقديم القبول في الصلح أيضا (6) غير جائز، إذ لا قبول فيه بغير لفظ: «قبلت و رضيت» و قد عرفت (7) أنّ «قبلت و رضيت»

---

و تركّبه من إيجابين، و هو ممنوع. و حيث إنّ لفظ «قبلت» مما يلزم تأخّره عن الإيجاب- لأنّه ليس مطلق الرضا بالإيجاب، بل هو الرضا المتضمن للنقل في الحال إلى الموجب- تعيّن تأخّره عن إيجاب الصلح.

(1) جواب قوله: «فلما كان..» و قد عرفت وجه تعيّن البادي بالإنشاء في الإيجاب، و المتأخّر في القبول.

(2) أي: صدق الموجب على البادي. و وجهه تصدّيه لإنشاء عنوان الصلح بقوله: «صالحتك» فهو المصالح بحسب اللغة، لتلبسه بالعنوان، و كذا بحسب العرف.

(3) يعني: فلا يجوز إنشاء قبول الصلح مقدّما على الإيجاب، لعدم دلالة على نقل العوض في الحال، مع أنّه لا بد في القبول من دلالة عليه.

(4) و من المعلوم عدم كون الإيجابين المنضم أحدهما إلى الآخر عقدا.

(5) المشار إليه قوله: «و أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة» إلى قوله: «فيلزم تركب العقد من إيجابين».

(6) يعني: كما لا يجوز في كل عقد معاوضي ينشأ قبوله بلفظ «قبلت و رضيت».

(7) يعني قبوله: «لأنّ المشتري ناقل كالبائع، و هذا لا يتحقق إلّا مع تأخّر

---

[1] لا يخفى أنّه قد تقدم منه قدّس سرّه قريبا كون المتيقن من الإجماع هو اعتبار القبول بالمعنى الشامل للرّضا بالإيجاب، و من المعلوم حصول هذا بلفظ «صالحتك» أيضا.

مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص ممّا ذكرنا (1): أنّ القبول في العقود على أقسام، لأنّه إمّا أن يكون التزاما بشي ء من القابل كنقل مال عنه، أو زوجيّة، وإمّا أن لا يكون فيه سوى الرّضا بالإيجاب.

و الأوّل (2) على قسمين، لأنّ الالتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيرا كالاقتراء.

و الثاني (3) أيضا على قسمين، لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان (4) و الاتّهاب و الاقتراض، وإمّا أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من

---

الرّضا عن الإيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال ..» راجع (ص 443).

(1) يعني: ممّا ذكرناه من قولنا: «و التحقيق أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ قبلت .. إلخ» و هذا التلخيص وجه ثان لبيان أقسام ألفاظ القبول في جميع العقود، سواء أكانت عهديّة- معاوضيّة و غير معاوضيّة- أم إذنيّة.

و محصّل هذا التفصيل: أنّ القبول على أربعة أقسام، لأنّه إمّا التزام يغيّر الالتزام الإيجابي كما في الشراء و الإجارة و النكاح، وإمّا موافق له كالصلح المعاوضي، وإمّا رضا بالإيجاب مع المطاوعة، أو بدونها.

(2) و هو ما يكون القبول فيه التزاما بشي ء من القابل، في قبال التزام الموجب.

(3) و هو ما يكون القبول فيه مجرد الرّضا بالإيجاب.

(4) لا يخفى أنّ المصنّف قدّس سرّه فرّق في الوجه الأوّل بين الرهن و بين الهبة و القرض، حيث حكم بتأخير قبول الرهن من جهة اعتبار المطاوعة في «ارتهنت و قبلت» و لكن مقتضى تعليقه في الهبة و القرض بأنّه «لا يحصل من إنشاء القبول منهما التزام بشي ء، و إنّما يحصل به الرّضا بفعل الموجب» و كذا تنظير الصلح على الإبراء- أو التمليك بغير عوض- بالهبة هو جواز تقديم قبول الهبة و القرض على الإيجاب، و حينئذ يختلف الوجهان المذكوران في حصر ألفاظ قبول العقود، فمقتضى

الرّضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما (1)، فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني (2) من كلّ من القسمين (3).

الوجه الأوّل جواز تقديم القبول في الهبة و القرض. و مقتضى الوجه الثاني لزوم تأخير قبولهما، هذا.

أقول: لا يبعد أن يكون مقصود المصنف قدّس سرّه من تجويز تقديم القبول في الهبة و القرض في الوجه الأوّل هو إنشاء قبولهما بغير لفظ «اتهبت و اقترضت» كما إذا أنشأ المتهب و المقترض ب «ملك و تملك» فإنّه لا مانع من تقديم هذا القبول، لأنّه مجرد الرّضا بالإيجاب، بلا دلالة على المطاوعة.

و مقصوده قدّس سرّه في الوجه الثاني من امتناع تقديم قبول الهبة و القرض هو إنشاؤه بما يدلّ على المطاوعة، كقول المتهب و المقترض «اتهبت، اقترضت» فإنّه من جهة ظهوره في الانفعال بالإيجاب يتعيّن تأخّره عنه كتأخر «قبلت».

وبهذا لا يبقى منافاة بين الوجهين، و إن كان الوجه الثاني أوفى بيانا لأقسام قبول العقود، و لذا تعرّض فيه لتقديم قبول العقود الإذنية كالوكالة، و لم يتعرض له في الوجه الأوّل.

(1) كالوديعة من العقود الجائزة.

(2) و هو ما أشار إليه بقوله: «أو متغيرا كالاشتراء» و حاصله: كون الالتزام القبولي مغايرا للالتزام الإيجابي، فإنّ الالتزام الإيجابي البيعي في اعتبار العرف هو نقل المال على أن يكون معوّضا عن مال الغير، و الالتزام الشرائي في اعتبارهم هو نقل ماله على أن يكون عوضا عن مال الغير.

(3) قد عرفت الوجه الثاني من وجهي القسم الأوّل. و أمّا الوجه الثاني من وجهي القسم الثاني فهو كون القبول مجرد الرّضا بالإيجاب من دون اعتبار المطاوعة فيه. و قد أشار إليه بقوله: «و إما إن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب .. إلخ».

ثم (1) إنّ مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكلّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمّى مشترياً، و كلّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمّى بائعاً.

وبعبارة أخرى: كلّ من ملّك ماله غيره بعوض فهو البائع، و كلّ من ملك (2) مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، و إلا (3) فكلّ منهما في الحقيقية يملّك ماله غيره بإزاء مال غيره، و يملك مال غيره بإزاء ماله.

---

(1) غرضه قدّس سرّه من هذه العبارة إلى آخر البحث- بعد تقسيم العقود بلحاظ جواز تقديم القبول على الإيجاب- هو تمييز البائع عن المشتري حتى يظهر أنّ قبول البيع إن كان بلفظ «قبلت» لم يصح تقديمه، و إن كان بلفظ «اشتريت» جاز تقديمه.

و هذا المطلب قد سبق بيانه في موضعين، أحدهما: في ثالث تنبيهات المعاطاة، و الآخر في هذا المبحث في جواز تقديم «اشتريت» على الإيجاب، حيث قال: «لأنّه- أي القبول- إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع، إلا أنّ البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله .. إلخ».

و على هذا فحاصل ما أفاده هنا هو: أنّ الالتزام بالنقل و التملك متحقق في كلّ من الإيجاب و القبول، فلا فرق بحسب الدقّة بينهما، و لكن الفارق بينهما في مقام الإثبات موكول الى العرف، فمن التزم بنقل ماله إلى الغير على أن يكون عوضاً عمّا ملّكه الغير سميّ مشترياً، و من التزم بنقل ماله على أن يكون عوضه مال الآخر سميّ بائعاً.

(2) أي: تملّك مال الغير بعوض مال نفسه.

(3) أي: مع الغصّ عن الاعتبار العرفي يصدق عنوان «البائع و المشتري» على كلّ واحد منهما، لأنّ البيع «مبادلة مال بمال» و الشراء هو «ترك شيء و أخذ آخر» و من المعلوم انطباق التعريفين على كلا المتبايعين.

هذا تمام الكلام في توضيح كلمات المصنف قدس سره في بحث تقديم الإيجاب على القبول [1].

[1] لا يخفى أنّ البحث في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الاحتمالات و الأقوال المتطرفة فيها.

و الثاني: فيما ينبغي المصير إليه و الاعتماد عليه.

أمّا المقام الأول: فنخبة الكلام فيه: أنّ في المسألة احتمالات خمسة، بل أقوالا كذلك.

الاحتمال الأول: وهو الأشهر - كما في المختلف - لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقا. وفي التذكرة في شرائط الصيغة: «تقديم الإيجاب على الأقوى» ونحوه ما في الإيضاح و عن التنقيح. وفي جامع المقاصد و عن صيغ عقود: «و الأصح الاشتراط» «1».

و عن تعليقه على الإرشاد: «انه الأظهر» بل في غاية المراد و المسالك «ادعى عليه الشيخ في الخلاف الإجماع» «2» و في النسبة منع كما في مفتاح الكرامة.

و كيف كان فالدليل على هذا القول أمور ثلاثة، و هي بين دليل عقلي و تقلي.

أحدها: أصالة عدم ترتب الأثر بدون تقديم الإيجاب على القبول، بعد البناء على اختصاص عموم أدلة الصحة بهذه الصورة، هذا.

لكن فيه ما لا يخفى إذ لا منشأ لهذا الاختصاص إلاّ غلبة تقدّم الإيجاب على القبول، و هي لا تصلح للتخصيص، و الانصراف المسبّب عنها أيضا لا ينهض لتخصيص العمومات. و تمسك الأصحاب بتلك العمومات في دفع ما يشك في اعتباره في العقد أقوى شاهد على عدم سقوط عمومها - بالانصراف - عن الاعتبار.

(1): جامع المقاصد، ج 4، ص 60

(2) غاية المراد، ص 81، مسالك الأفهام، ج 3، ص 153

---

الثاني: دلالة العقل على كون القبول فرع الإيجاب، والفرع لا يتقدّم على الأصل، وإلا يلزم الخلاف، هذا. وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

الثالث: الإجماع الذي حكاه الشهيدان قدّس سرّهما في غاية المراد والمسالك عن الشيخ في الخلاف.

لكن فيه أوّلاً: أنّ إرادة الإجماع المصطلح من عبارة الخلاف مشكّلة، لظهورها في إرادة القدر المتيقن، كتيقّن الطهارة مع الامتزاج في تطهير المياه. وتيقّن صحة الصلاة مع التسيّحات الأربع ثلاث مرات، فإنّ التيقن في مقام تحصيل العلم بالصحة غير الإجماع على اعتبار ما شكّ في اعتباره، كما لا يخفى.

إلا أنّ الإنصاف ظهور كلام الشيخ في الإجماع لا في القدر المتيقّن، وذلك بقريضة قوله: «ان ما اعتبرناه مجمع» كما ذكرناه في التوضيح في (ص 434).

وثانياً: أنّ الإجماع مع اختلاف الفقهاء وتعدّد الأقوال غير حاصل.

و ثالثاً: - بعد تسليم الإجماع - أنّه ليس بحجة، لكونه من الإجماع المنقول كما ثبت في محله.

ورابعاً: بعد تسليم حجية المنقول - أنّه يكون حجة إذا لم يكن مدركياً، وفي المقام يحتمل أن يكون مستند المجمعين أصالة الفساد، أو تقرّع القبول على الإيجاب.

ومع هذا الاحتمال لا يكون إجماعاً تعبدياً كاشفاً قطعياً عن السنّة، هذا.

الاحتمال الثاني في المسألة: عدم اعتبار التقدّم مطلقاً، وهو خيرة الشيخ في نكاح المبسوط، والمحقق في الشرائع، حيث قال فيه: «وهل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردد، والأشبه عدم الاشتراط» (1). والعلامة في التحرير، قال فيه: «والأقرب عدم اشتراط تقديم الإيجاب» (2). والشهيدان في بعض كتبهما كاللمعة والروضّة، حيث

---

(1): شرائع الإسلام، ج 2، ص 13

(2) تحرير الأحكام، ج 1، ص 164

---

قالا فيهما: «و لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول و إن كان تقديمه أحسن» «1».

وقال في الدروس: «و لا ترتيب بين الإيجاب و القبول على الأقرب وفاقا للقاضي رحمه الله» «2».

و جعله الشهيد الثاني في المسالك هو الأقوى «3».

و في الكفاية: «و هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ الأقرب العدم» «4».

و في مجمع البرهان «أنه الأظهر» «5».

وقال الشيخ قدس سره في نكاح المبسوط: «و أما ان تأخر الإيجاب فسبق القبول، فإن كان في النكاح صحّ بلا خلاف، لخبر الساعدي. و إن كان هذا في البيع فقال: بعنيها، فقال:

بعتكها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين» «6».

و الوجه في هذا القول أمران:

أحدهما: الإطلاقات السليمة عن المقيّد، و قد عرفت في وجه القول الأوّل عدم صلاحية تلك الوجوه لتقييد الإطلاقات، و من المعلوم صدق البيع و التجارة و العقد على ما تقدّم فيه القبول على الإيجاب، فتشمله العمومات و الإطلاقات، هذا.

ثانيهما: الروايات الواردة في باب النكاح الدالة على جواز تقديم القبول تارة بلفظ المضارع، كما في خبر أبان المتقدم المتضمن لقول الرّجل: «أترّوجك على كتاب الله و سنّة رسوله صلّى الله عليه و آله و سلّم» الحديث. و أخرى بصيغة الأمر كما في خبر سهل بن سعد

---

(1): الروضة البهية، ج 3، ص 225

(2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

(4) كفاية الأحكام، ص 89

(5) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 144

(6) المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 194

الساعدي: «إن النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم جاءت إليه امرأة فقالت: يا رسول الله أتني قد وهبت نفسي لك، فقال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: لا إربة لي في النساء. فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها، فقال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: هل معك شيء تصدقها، فقال والله ما معي إلا ردائي هذا، فقال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا وكذا، فقال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: زوّجتها على ما معك من القرآن «1».

بناء على كون القبول فيهما هو قول أبان: «أترّوجك» وقول ذلك الصحابي:

«زوّجنيها» والإيجاب قول المرأة: «نعم» وقوله صَلَّى الله عليه وآله وسلم بعد فصل طويل: «زوّجتها على ما تحسن» أو «على ما معك من القرآن» وإلا لا يصح الاستدلال بهما كما لا يخفى.

وإشكال اختصاصهما بالنكاح مندفع بأولوية غير النكاح منه، وبدعوى الجزم بعدم الفرق بين الماضي والمضارع والأمر، وأن كلّ من قال بجواز التقديم في الأمر قال به في الماضي. بخلاف العكس، لأنّ بعض من قال بالجواز في الماضي قال بالعدم في الأمر، بل هذا أحد الأقوال في المسألة كما سيجيء إن شاء الله تعالى.

أقول: العمدة في إثبات القول الثاني - أعني به عدم الاشتراط مطلقاً - هو الوجه الأوّل أي الإطلاقات، لما تقدم من منع أولوية غير النكاح منه. كما أنّ دعوى الجزم بعدم الفرق بين الماضي وغيره ممنوعة، إذ لا منشأ لها مع احتمال دخل الخصوصية كما لا يخفى. فالأولى الاقتصار على الوجه الأوّل، وهو كاف في إثبات المدعى.

الاحتمال الثالث: في المسألة هو التفصيل بين النكاح وغيره، بالجواز في الأوّل مطلقاً وإن كان بغير الأمر، والعدم في الثاني وإن كان بالأمر.

ولعلّ وجهه بالنسبة إلى الجواز في النكاح منع الإطلاق في الأدلّة العامة في النكاح وغيره، لكونها في مقام التشريع، لا لبيان خصوصيات العقود، واختصاص دليل الجواز كروايتي أبان وسهل المتقدمين بالنكاح، فالمرجع في غيره من سائر العقود

---

(1): عوالي اللئالي، ج 3، ص 312، الحديث: 144



وأما وجه التعميم إلى جميع ألفاظ القبول في النكاح فلعلّه دعوى القطع بأولوية الماضي بالجواز من غيره، ولا أقلّ من التساوي، هذا.

وفيه: أمّا بالنسبة إلى الجواز في النكاح فلمنع عدم الإطلاق في الأدلة العامة، ومقتضاه جواز تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً، من دون حاجة إلى التمسك بدليل خاص كروايتي أبان وسهل المتقدمين، حتّى يقال باختصاص جواز تقديم القبول حينئذ بالنكاح، وعدم في غيره لأصالة الفساد. بل مقتضى الإطلاقات عدم الفرق بين النكاح وغيره.

وأما بالنسبة إلى جهة تعميمه إلى جميع ألفاظ القبول في النكاح فلمنع القطع بأولوية الماضي بالجواز من غيره، بعد احتمال دخل خصوصية المضارع والأمر في النكاح.

الاحتمال الرابع: التفصيل بين كون القبول بصيغة الأمر، فيجوز مطلقاً، وبين كونه بغيرها، فلا يجوز مطلقاً. ولعلّ وجهه في العقد الإيجابي هو اختصاص دليل الجواز بالأمر، ويتعدّى عن مورده- أعني به النكاح- إلى غيره بالأولوية، فيجوز تقديم القبول بلفظ الأمر في غير النكاح أيضاً.

وفي العقد السلبي- أعني به عدم الجواز بغير الأمر في النكاح وغيره- هو قصور الإطلاقات، لانصرافها إلى العقود المتعارفة، فيرجع في غير النكاح- الذي هو مورد النص و ما يلحق به بالفحوى- إلى أصالة الفساد القاضية ببطان العقد المقدم قبوله بغير الأمر على إيجابه، هذا.

وفيه ما لا يخفى، إذ في الأول أولاً: أنّ دليل النكاح لا يختصّ بالأمر- بعد تسليم كون الأمر، وهو قول الصحابي: «زوّجني» في مقام إنشاء القبول، لا المقابلة- لورود المضارع أيضاً في رواية أبان المتقدمة.

و ثانيا: منع أولوية غير النكاح من النكاح حتى يتعدى إلى غير النكاح كما تقدّم آنفا.

وفي الثاني: منع قصور الإطلاقات و انصرافها إلى العقود المتعارفة كما عرفت أيضا. فالإطلاق محكّم، و مقتضاه جواز تقديم القبول- مطلقا- على الإيجاب بعد صدق العقد العرفي، هذا.

الاحتمال الخامس: الذي اختاره المصنف قدّس سرّه هو التفصيل بين ألفاظ القبول، و الظاهر أنّه أوّل من فصّل في المقام.

و محصّل ما أفاده هو: أنّ إنشاء القبول تارة يكون بلفظ «ملكيت أو تملكيت أو اشتريت أو ابتعت» و نحوها من الألفاظ الظاهرة في إنشاء التملك و التملك التبعي.

و أخرى يكون بلفظ «قبلت أو رضيت أو أمضيت أو أنفذت» و نحوها ممّا له ظهور في إنشاء التملك مع سبق الإيجاب، بحيث لا ظهور له في ذلك بدون سبقه، نظير تحريك الرأس في مقام الجواب عن السؤال.

و ثالثة يكون بما هو ظاهر في الاستدعاء كلفظ الأمر، مثل قول المشتري: «بعني الكتاب الفلاني بألف» و قول البائع له: «بعته إياك بكذا».

أمّا القسم الأوّل: فيجوز تقديمه على الإيجاب. و الوجه فيه عدم اعتبار عنوان القبول و المطاوعة في صدق مفهوم العقد العرفي، ضرورة أنّ العقد متقوم بالتزامين مرتبطين مبرزين، و من المعلوم حصول إبرازهما بلفظ: «ملكيت» قبولا، و «بعت» مثلا إيجابا، لأنّ معنى «ملكيت و اشتريت» و نحوهما ممّا تقدّم هو إنشاء ملكية المبيع بإزاء ماله عوضا، فالمشتري ينشئ المعاوضة حقيقة كالبائع، غاية الأمر أنّ البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله. فكلّ منهما يخرج ماله إلى صاحبه، و يدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أنّ الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، و الإدخال في القبول يفهم من نفس اللفظ و هو

---

«ملكت» و نحوه، فإنّ معناه ملكت المبيع بإزاء الثمن بذكر العوض و هو الدينار.

و بالجملة: فما هو المعترف في القبول- من الرضا بالإيجاب، و نقل الثمن في الحال- متحقق. أمّا الرضا فواضح. و أمّا الثاني فلاّته أنشأ ملكيّة المبيع بإزاء ماله عوضا، و لا يعتبر في القبول ما عدا هذين الأمرين كالمطّوعة، فإنّّه لا دليل على اعتبارها في مفهوم القبول.

لا يقال: إنّ «التاء» في «اشترت و ابتعت و تملك» يدلّ على مطّوعة الفاعل لغيره، و قبوله لأثره، فالتاء في «اشترت» يدلّ على مطّوعة فاعله لفاعل «شريت» فلا فرق بين «قبلت و اشترت» إلّا أنّ دلالة الأوّل على المطّوعة تكون بالمادة، و الثاني بالهيئة.

فإنّّه يقال: لا تدلّ «تاء» المطّوعة على لزوم صدور مدخولها من فاعل غير فاعل الفعل، بل يكفي فيه مجرّد الصلاحية لذلك، فيصحّ أن يقال: «اكتسى زيد أو اهتدى» و إن لم يكن له كاس و هاد.

نعم لعلّ الغالب صدور مدخول تاء المطّوعة من فاعل غير فاعل الفعل. لكنّه لا يوجب اعتبار ذلك فيه، فلا دليل على اعتبار المطّوعة في مفهوم القبول، هذا.

و قد أورد على ما أفاده المصنف قدّس سرّه- من جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ اشترت و نحوه- بوجه.

الأوّل: ما عن المحقق النائيني قدّس سرّه على ما في تقرير بحثه الشريف، و محصّله: أنّه يعتبر في القبول- بأيّ لفظ كان- مطّوعة الإيجاب و الانفعال و التآثر منه، و إلّا كان أجنبيا عن الإيجاب و غير مرتبط به، و كان إيقاعا لا عقدا، فلا بدّ من الارتباط بين الإيجاب و القبول بمطّوعة الثاني له، فالمطّوعة معتبرة في مفهوم القبول، سواء أ كان بلفظ «قبلت أم اشترت» و نحوه. و عليه فلا بدّ من تقديم الإيجاب على القبول، و إلّا فمع التقديم لا يسمّى قبولا، بل إيجابا، هذا «1».

و أوجب عنه تارة بعدم اعتبار شيء في القبول سوى الرضا بالإيجاب، و من

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 110

ص: 483

---

المعلوم أنه لا يمنع عن جواز التقديم.

وفيه ما لا يخفى، لأنّ مجرد الرضا بالإيجاب ليس قبولا للإيجاب. و دعوى كونه قبولا لا شاهد عليها.

وأخرى- بعد تسليم اعتبار المطاوعة- أنّ المعتبر منها هي الإنشائية القابلة للتقدم دون الحقيقية غير القابلة له، هذا.

الثاني: ما في المتن من الإجماع على اعتبار القبول في العقد، وهو متضمن لمعنى المطاوعة حتى يقع قبولا.

وفيه ما قيل من: أنّ المتيقن من الإجماع هو اعتبار القبول الشامل للرّضا بالإيجاب.

لكنّه ممنوع بأنّ المتيقن اعتبار المطاوعة أيضا في القبول، فبدونها يشكّ في ترتب الأثر على العقد، و مقتضى أصالة الفساد عدمه، فتدبر.

الثالث: ما في حاشية المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من: «أنّ مفهوم الاثراء أو الاتباع متضمن لاتّخاذ المبدء، فإن كان بعنوان اتخاذه من الغير فلا محالة يكون مطاوعة قصدية، وإلا كان من إنشاء بيع مال الغير فضولا، لا إنشاء الملكية قبولا» (1)، هذا.

وقد أوجب تارة: بأنّ المطاوعة الإنشائية لا تمنع من التقديم.

وأخرى: بأنّ صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائما، هذا.

و أنت خبير بما فيهما. إذ في الأوّل: أنّه لا فرق بين المطاوعة الحقيقية والإنشائية في لزوم التأخر، إذ المفروض ترتبها على فعل الفاعل، كما في الانكسار المترتب على الكسر، والانتقال المترتب على النقل، فتقدّم القبول الإنشائي ينافي اعتبار المطاوعة.

والحاصل: أنّه لا فرق في المطاوعة الاعتبارية والحقيقية، لأنّ تقديم القبول على الإيجاب خلاف ما فرض فيه من المطاوعة. نظير ما قيل في دفع إشكال الشرط المتأخر من: أنّ الممتنع هو تأخر الشرط في العلل التكوينية دون الاعتبارية التي يمكن اعتبارها قبل حصول ماله دخل فيها، فإنّك خبير بأنّ اعتبار الملكية مثلا قبل إجازة

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 69

المالك مناف لفرض دخل الإجازة فيه، ويكون ذلك خلفا كما لا يخفى.

وفي الثاني: أنّ ظهور باب الافتعال في المطاوعة ممّا لا سبيل إلى إنكاره، ولا يصار إلى خلافه إلا بالقرينة، أو عدم قابلية المورد للمطاوعة كالإحتطاب و الاحتشاش ونحوهما، فتدبر.

الرابع: ما أوجب تردّد المصنف قدّس سرّه من قوله: «نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب. ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال».

وفيه: أنّ التعارف لا- يقيد الإطلاق. وفرق بين المقام وبين الموالاة، حيث إنّ فوات الموالاة محلّ بالمعاقدة عرفا، فاعتبار الوصل بين الإيجاب والقبول دخیل في صدق العقد العرفي، بخلاف تقديم الإيجاب على القبول، فإنّه إذا ثبت كان بالتعبّد كما لا يخفى.

أو يقال في الفرق بين المقامين: بأنّ التعارف هنا من قبيل الغالب المتخلف في بعض الموارد، بشهادة ما ورد في بعض نصوص عقد النكاح من قول الزوج: «أترّوجك وقول الزوجة: نعم». وهذا بخلاف التعارف في الموالاة، إذ لم يعرف تخلف له.

والتعارف على النحو الأوّل- وهو المتخلف في بعض الموارد- لا يقيد الإطلاق، بخلاف التعارف على النحو الثاني، فإنّه يقيد، فمع فرض صدق العقد العرفي على الإيجاب والقبول المنفصلين لا- يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لفوات الموالاة المعتبرة في العقود المقيّدة لإطلاق أدلة الصحة، هذا.

وأما القسم الثاني:- وهو أن يكون القبول بلفظ «قبلت ورضيت» ونحوهما- فقد ذهب إلى عدم الجواز. والوجه في ذلك- على ما في المتن- أمور ثلاثة:

الأوّل: الإجماع المحكي عن التذكرة.

والثاني: أنّ العقد المتقدم قبوله على إيجابه خلاف المتعارف، فلا يشملهُ عموم

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بعد انصرافها إلى العقود المتعارفة.

و الثالث: أنّ القبول- الذي هو أحد ركني العقد المعاوضي- فرع الإيجاب، لأنّه عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب عوضاً، إذ المشتري كالبائع ناقل، فلا بدّ من تقدم الإيجاب عليه، وإلا لم يكن معنى للقبول.

نعم لو كان القبول عبارة عن مجرد الرضا بالإيجاب توجّه تقديم القبول عليه، لأنّ مجرد الرضا يتعلّق بالشيء الماضي والحال والمستقبل. وبالجملة: فلا يدلّ «قبلت ورضيت» على إنشاء نقل الثمن في حال التكلم إلاّ مع تأخّرها عن الإيجاب الدال على نقله عن المشتري تبعاً، هذا.

وفي الكل ما لا يخفى إذ في الأوّل: عدم ثبوت الإجماع، وعدم صحة نسبته إلى التذكرة كما تقدم في التوضيح. وعلى تقدير ثبوته يحتمل أن يكون مدركياً، لاحتمال استناد المجمعين إلى بعض الوجوه كالفرعية، فراجع.

وفي الثاني: عدم صلاحية التعارف لتقييد الإطلاقات.

وفي الثالث: أنّ المراد بالفرعية إن كان فرعية المعلول للعلة في الوجود، ففيه: أنّ فساده أوضح من أن يذكر، إذ لازمه وجود القبول قهراً بمجرد وجود الإيجاب، كما هو شأن المعلولات الحقيقية.

وإن كان فرعيته للعلة في التأثير لا أصل الوجود ففيه أولاً: أنّه ليس أولى من العكس.

و ثانياً: أنّه أجنبي عن مورد البحث الذي هو جواز تقديم القبول من حيث الوجود الإنشائي، ومقتضى الفرعية المذكورة عدم جوازه من حيث التأثير، وهو لا يدلّ على لزوم تأخير القبول بوجوده الإنشائي.

وإن كان فرعية العرض للمعروض في قيام القبول بالإيجاب- بأن يقال: إنّ القبول كسائر الأفعال المتوقف تحقّقها على وجود مفعول به قبلها كالأكل والشرب المتعلقين

بالمأكل والمشروب- ففيه: أنه إن أريد من وجود الإيجاب قبل القبول حتى يرد عليه القبول وجوده الإنشائي الخارجي فهو مصادرة، لأنه عين محل النزاع.

وإن أريد منه مطلق وجوده- ولو كان ذهنيا- فهو ممّا لا إشكال فيه، لكنه لا يثبت المقصود، وهو عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب الإنشائي الخارجي.

وبعبارة أخرى: الأفعال من حيث الاحتياج إلى وجود المتعلق- المعبر عنه بالمفعول به تارة، وبالموضوع أخرى، وبمتعلق المتعلق ثالثة- تكون على أقسام.

أحدها: احتياجها إلى خصوص الوجود الخارجي كالأكل والشرب.

ثانيها: احتياجها إلى خصوص الوجود الذهني كالطلب، إذ لو تعلق بالوجود الخارجي لزم طلب الحاصل المحال.

ثالثها: احتياجها إلى مطلق الوجود كالقبول، فإنه يتعلّق بالإيجاب الموجود خارجا أو ذهنيا، كالرضا المتعلّق بإيجاب يوجد في المستقبل، فليتأمل.

وإن كان فرعية الأفعال للفعل ففيه: أنّ ترتب الأفعال على الفعل وتأخره عنه إنّما هو في الفعل والأفعال الحقيقيين كالكسر والانكسار، دون الفعل والأفعال الإنشائيين، لصحة الأفعال الإنشائي وإن لم يكن هناك فعل، لا واقعا ولا إنشاء، حيث إنّ الأفعال الإنشائي ليس إلاّ إنشاء لمفهومه، واستعمال اللفظ فيه بقصد تحقيقه. فالقبول والمطاوعة الإنشائيان لا يتوقّفان على وجود الإيجاب لا خارجا ولا إنشاء، و إنّما يتوقّفان بوجودهما الواقعي على وجود الإيجاب.

والحاصل: أنّ للقبول والمطاوعة أنحاء من الوجود الذهني والخارجي والإنشائي، ومحلّ البحث هنا هو وجودهما الإنشائي الذي لا يتوقف على وجود الإيجاب قبله، فيصح إنشاء القبول والمطاوعة قبل الإيجاب.

ثم إنّ على فرض التنزّل- والالتزام بتوقف وجودهما الإنشائي أيضا على وجود الإيجاب- يمكن القول بجواز تقديم القبول على الإيجاب أيضا. بيانه: أنّ عدم الجواز

حينئذ مبني على كون القبول العقدي انفعالا متضمنا لمعنى المطاوعة. وذلك ممنوع، لأن الانفعال- الذي هو التأثير- في قبال الفعل و هو التأثير، وإحداث الأثر لا يتصور في القبول العقدي، لأن مورد التأثير إما هو المال، لعروض الانتقال عليه، فيتأثر المال بالابتياح والانتقال. وإما هو القابل، فكان الموجب بنقل ماله إلى المشتري بعوض يؤثر في المشتري، وهو يتأثر به.

إذ يلزم على الأول أن يكون القبول العقدي صفة للمال دون المشتري، فلا يصح جعل المشتري قابلا، بل القابل هو المال. ومن البديهي أن القابل هو المشتري لا المال، كما أن الموجب هو البائع لا المبيع، فإن الموجب والقابل وصفان للمتعاملين لا العوضين. كما لا يخفى.

و يلزم على الثاني أن يصح إنشاء القبول بلفظ «انفعلت و تأثرت» وفساده بمكان من الوضوح.

إلا أن يقال: إن عدم صحة إنشاء القبول بلفظ «انفعلت و تأثرت» يحتمل أن يكون تعبدا محضا.

لكن فيه: أنه لم يثبت تعبد هنا، فلاحظ.

و الذي يشهد بعدم كون القبول العقدي انفعالا: أنه لا يستعمل شيء من ألفاظ القبول إلا متعديا، و من المعلوم أن التعدي ينافي معنى الانفعال، فليس القبول العقدي- وإن كان بلفظه- انفعالا للإيجاب، بل هو عبارة عن مجرد الرضا بالإيجاب الذي هو نقل الموجب ماله إلى المشتري أصالة، و نقل مال المشتري إليه تضمنا.

وبعبارة أخرى: التأثير و هو تمليك المبيع أصالة، و التأثير و هو تملك مال المشتري تبعا كلاهما مستند إلى الموجب، و ناش من إيجابه، و لا يصدر من المشتري إلا صرف الرضا بهذين التأثير و التأثير. و حيث إن هذا الرضا قائم بالصورة الذهنية كالطلب فلا يتوقف على وجود الإيجاب خارجا فعلا، بل يكفي وجود الإيجاب خارجا



في المستقبل في تعلق القبول بمعنى الرضا المزبور به، ولا يحتاج إلى تقدم الإيجاب عليه في الخارج. وسيأتي في المقام الثاني إن شاء الله تعالى مزيد بيان لإثبات كون القبول مجرد الرضا بالإيجاب، فانتظر.

وأما القسم الثالث- وهو أن يكون القبول بصيغة الأمر- فقد ذهب المصنف قدس سره إلى منع تقديمه على الإيجاب، لأن الأمر لا يدلّ إلا على طلب المعاوضة والرضا بها، ولا يدلّ على نقل الثمن إلى البائع في الحال عوضاً عن المبيع، إذ المفروض عدم تحقق الإيجاب قبله. ودعوى الاتفاق على صحة تقدم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب كما في المبسوط موهونة بمصير الأكثر إلى خلافه، فلا إجماع أصلاً.

ثم إنه ينبغي تحرير محل النزاع في الأمر، فنقول وبه نستعين: إن استعمال الأمر في مقام المعاملة يتصور على ثلاثة أقسام:

أحدها: مجرد الطلب، والدلالة على رضائه بالمعاملة لو اتفق معه البائع، من دون قصد الطالب للقبول به، بل غرضه طلب المعاملة من البائع. ولا ينبغي الإشكال في عدم كفايته عن القبول، كما لا ينبغي نسبة القبول بصحة العقد به- إذا لحقه الإيجاب من دون اتباعه بالقبول المعبر- إلى أحد من فقهاءنا، لفقدان قصد القبول مع تقوّم القبول به.

ثانيها: مجرد الدلالة على الرضا بالمأمور به وهو البيع من دون قصد إلى الطلب، من باب استعمال اللفظ الموضوع للامر في الملزوم، فتدلّ صيغة الأمر حينئذ على مجرد الرضا بما يوجبه الموجب في المستقبل، ولا تدلّ على الرضا بنقل الثمن في الحال إلى البائع. وهذا أيضاً لا يتحقق به القبول، لعدم كونه رضا بنقل الثمن في الحال، والمفروض أنّ القبول على مذهب المصنف قدس سره عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل الثمن في الحال إلى الموجب، فلا يكون هذا الأمر قبولا حتّى يلتزم العقد بلحوق القبول- الذي هو ركن- بالإيجاب.

ثالثها: الدلالة على معنى «اشترت» من باب استعمال اللفظ الموضوع للملزوم في اللازم، إذ من لوازم طلب البيع قبوله والقيام بالاشتراء، فاستعملت صيغة الأمر في

إنشاء هذا اللازم.

وهذا ممّا ينبغي أن يكون محلّاً للنزاع، دون الأولين، لوضوح عدم كفايتهما في تحقق العقد، لما عرفت من عدم دلالتهما على الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب في الحال، ومن المعلوم أنّ هذا المعنى هو القبول العقدي، والمفروض عدم حصوله بهما. بخلاف المعنى الأخير، لحصول القبول العقدي به، غاية الأمر أنّ دلالة الأمر على هذا اللازم تكون على سبيل المجاز، للقرينة المقاليّة أو المقامية، فيصح استعماله على مذهب المحقق الثاني قدّس سرّه فيصير حاله حال «اشترت» فإنّ جوازنا تقديم القبول بصيغة الأمر فهو وإلا فلا.

و من هنا يظهر: أنّ منع المصنّف قدّس سرّه عن تقديمه على الإيجاب ناش عن حمل الأمر على المعنى الأوّل، وهو الدلالة على مجرّد الطلب كما هو صريح كلامه: «لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها .. إلخ».

و أنت خبير بأنّ الأمر بالمعنى الذي أفاده المصنّف قدّس سرّه لا يصلح لأن يكون قبولا عقديّاً حتى يقع محلّاً للنزاع في جواز تقديمه على الإيجاب، إذ لا يدلّ بهذا المعنى على القبول العقدي أصلاً، فلا يصحّ إنشاء القبول به وإن تأخّر عن الإيجاب.

فالحقّ أن يقال: إنّ الأمر إذا دلّ على القبول العقدي بالقرينة فهل يجوز تقديمه على الإيجاب أم لا؟ فإنّ هذا ينبغي أن يقع مورداً للنزاع في جواز تقديم القبول بصيغة الأمر، كالنزاع في تقديمه إذا كان بصيغة الماضي، ويأتي ما هو مقتضى التحقيق إن شاء الله تعالى.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل أعني به: الاحتمالات والأقوال في مسألة اعتبار تقدم الإيجاب على القبول وعدمه.

و أمّا المقام الثاني: - أعني به الحقّ الذي ينبغي الاعتماد عليه - فتنتيحه منوط بتقديم أمور:

الأول: أنه لا ريب في تركب العقد من الإيجاب والقبول، وأن مجموعهما موضوع لحكم الشارع أو العقلاء من الأمر الاعتباري كالملكية و الزوجية ونحوهما.

و الفارق بين العقد وبين الإيقاع هو كون موضوع الأمر الاعتباري بسيطاً في الإيقاع غير محتاج إلى إنشاء آخر يسمّى بالقبول كباب التحرير والنذر وغيرهما من الإيقاعات، و مركباً في العقد أي محتاجاً في ترتب الأثر إلى إنشاء آخر يسمّى بالقبول. ونتيجة هذا الأمر أن الإنشاءين المقومين للعقد العرفي موجودان مع تقدم القبول على الإيجاب.

الثاني: أنه لا بدّ في الأدلة اللبّية- كالإجماع- من الأخذ بالمتيقن، إذ لا إطلاق لها حتى يؤخذ به، وهذا بخلاف الأدلة اللفظية، فإنها على قسمين:

أحدهما: أن تكون مجمّلة، كما إذا كانت في مقام التشريع فقط، كقوله تعالى أقيموا الصلاة و آتوا الزكاة.

والآخر: أن يكون لها إطلاق أو عموم، كما إذا كانت في مقام البيان من سائر الجهات أيضاً غير جهة التشريع.

الثالث: أن الإيجاب والقبول المعتبرين في العقود لا حقيقة شرعية لهما، فلا بدّ في تحقيق مفهومهما من الرجوع إلى العرف.

الرابع: أن النزاع في اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول إنّما هو مع انحفاظ عنوان القبول مع تقدّمه على الإيجاب، وإلا فلا معنى للنزاع في تقدم القبول مع خروجه عن عنوانه، وتبدّله بعنوان الإيجاب.

الخامس: أنه لا ريب في صدق العقد العرفي على العقد المتقدم إيجابه على قبوله، فلا يتقوّم مفهوم العقد عرفاً بتقدم الإيجاب على القبول، فاعتبار تقدمه لو قيل به لا بدّ أن يكون بدليل شرعي.

والغرض من هذا الأمر هو: أن الارتباط المقوم لعقدية الإنشاءين موجود مع تقدم القبول على الإيجاب.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: أنّ المتيقن من الإجماع القائم على اعتبار القبول في العقد هو كون القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب و تقريره و تثبيته. و اعتبار المطاوعة و الانفعال خصوصية زائدة لا دليل على اعتبارها في مفهوم القبول، فإنّ المتيقن من الإجماع الدالّ على اعتبار القبول في العقد هو الرضا بالإيجاب. و اعتبار قيد زائد فيه- كالانفعال و المطاوعة و إنشاء نقل- مما لا دليل على اعتباره، بعد وضوح صدق مفهوم العقد العرفي على العقد الذي يكون قبوله رضا بالإيجاب من دون خصوصية أخرى معه. و لو شك في اعتبارها شرعا ينفى بعموم و جوب الوفاء بالعقود.

فوزان القبول وزان «جزاكم الله خيرا» لمن عمل عملا، و شأنه تقرير عمل الموجب. كما أنّ المناسب للفظ القبول عرفا هو هذا المعنى، فإنّه قبول لإيجاب الموجب و رضا به، فليس شأن القبول إنشاء نقل مثلا في قبال إنشاء الموجب، و إلا كان العقد مركبا من إيجابين، لا إيجاب و قبول، كما إذا قال المشتري بعد قول البائع: بعتك هذا المتاع بدينار: «نقلت الدينار إليك بهذا المتاع» فإنّ هذا الكلام من المشتري إيجاب لا قبول.

و الحاصل: أنّ تمام ماهية البيع توجد بإيجاب البائع و قبول المشتري لهذا الإيجاب، و لا تحتاج إلى إيقاع المشتري ملكية المبيع أو البائع ملكية الثمن، لأنّ الإيجاب متضمّن لذلك، و المحتاج إليه في ترتب الأثر هو قبول المشتري، و رضا بما أوقعه الموجب، فليس القبول نقلا و انتقالا جديدا، بل الإنشاء الصادر من المشتري ليس إلا رضا بالإيجاب.

فما أفاده المصنف قدّس سرّه من اعتبار تضمّن القبول للنقل و للرّضا بالإيجاب لا يخلو من غموض.

إذ فيه أولا: عدم الدليل على اعتبار النقل في القبول، كما عرفت.

و ثانيا: منافاته لما اختاره قدّس سرّه في ثاني تنبيهات المعاطاة من كفاية الإعطاء من

---

طرف واحد في تحقق البيع المعاطاتي. وجه المنافاة أنه لا يتحقق حينئذ فعل من المشتري حتى يكون نقلا للثمن، بل يحصل منه أخذ، و هو متمم لفعل المعطي، و ليس إنشاء لنقل الثمن كما لا يخفى.

كما أن ما أفاده المحقق النائيني قدس سره على ما في تقرير بحثه الشريف: «من أن كلاً من الموجب و القابل في عقود المعاوضة ينشئ أمرين، أحدهما بالمطابقة، و ثانيهما بالالتزام، فالموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقة، و يتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً، و القابل بعكس ذلك» (1) لا يخلو أيضاً من غموض.

لما فيه أولاً: من منافاته لتحقيق البيع المعاطاتي بإعطاء واحد كما عرفت آنفاً، فتأمل.

و ثانياً: أن تملك الثمن بالقبول لا بد أن يكون مقصوداً للمشتري، لتبعية العقد للقصد، كسائر الأمور القصدية المتقومة بالقصد، و من المسلم فقدانها في غالب البيوع، لجهل المشتري باعتبار قصد نقل الثمن، فيلزم بطلان كثير منها، و هو كما ترى.

و ثالثاً: يلزم تركب العقد من إيجابين: تملك البائع للمبيع، و تملك المشتري للثمن، و هذا غير الإيجاب و القبول المقومين للعقد.

و رابعاً: يلزم أن يكون مفهوم القبول- الذي هو أحد ركني العقد في العقود المعاوضية- مغايراً لمفهوم القبول في سائر العقود، و لازم هذا تعدد الوضع للقبول على حسب تعدد أنواع العقود، و لا أظن التزام أحد بذلك، هذا.

وقد ظهر أيضاً مما ذكرناه ما في تفصيل المصنف قدس سره بين ألفاظ القبول، بجواز التقديم إذا كان بلفظ «اشترت» و نظائره مما هو ظاهر في التملك و التملك التبعية و بعده إذا كان بلفظ «قبلت» و نحوه مما هو ظاهر في مطاوعة فعل الموجب، أو كان بصيغة الأمر، بدعوى: أن «اشترت» و نحوه يدل على الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 109

النقل في الحال، فيجوز تقديمه. وأن لفظ «قبلت» متفرع على الإيجاب، ولم يحصل بعد، فلا يجوز. وكذا لفظ الأمر، فإنه يدل على الرضا بالمعاملة، ولا يدل على الرضا بالنقل في الحال، فالأمر إذن في إيقاع البيع، لا قبول للإيجاب، هذا.

وذلك لما عرفت من أن القبول العقدي ليس إلا الرضا بفعل الموجب، سواء حصل الإيجاب أم لم يحصل بعد، ضرورة أن الرضا كما يتعلق بأمر حالي كذلك يتعلق بأمر استقبالي. ولا يعتبر في القبول النقل في الحال، لما مرّ من عدم دخله في شيء من العقود شرعا ولا عرفا. ولو كان إنشاء النقل دخيلا في مفهوم القبول لما كان التقديم جائزا بأيّ لفظ كان، لا متناع اتصاف القبول بهذا المعنى إلا مع التأخر، لأنّ نقل الثمن لازم تملك المبيع، وبدون تملكه لا ينشأ تملك الثمن. ولو لم يكن دخيلا في مفهومه جاز تقديم القبول بأيّ لفظ كان.

فهذا النزاع الراجع إلى مقام الإثبات غير مناسب، لأنّ مفهوم القبول إما يقبل التقديم وإما لا يقبله. فعلى الأول يجوز مطلقا، وعلى الثاني لا يجوز كذلك، وإن كان بلفظ: اشترت وابتعت.

ولو سلّم اعتبار المطاوعة في القبول فلا مانع من إنشائه مقدّما على الإيجاب بأحد نحوين، إما بنحو الاشتراط، كأن يقول: «إن بعثني هذا المتناع بكذا قبلت» نظير الواجب المشروط، فيتحقق القبول الحقيقي المتمم لموضوع الأمر الاعتباري بعد الإيجاب. وإما بنحو الواجب التعليقي، فيقبل الإيجاب في موطن تحققه، كإيجاب الصلاة في الغد، فالإنشاء فعلي والمنشأ استقبالي.

وعلى التقديرين لا مانع من إنشاء القبول قبل الإيجاب سواء أكان بلفظ: «اشترت أم قبلت» أم الأمر. والفرق بينها إنّما هو في كيفية الدلالة، فإنّ دلالة «قبلت ورضيت» على القبول وهو الرضا بالإيجاب إنّما تكون بالمطابقة، وعلى النقل والتملك بالالتزام، ودلالة

«اشتريت» ونحوه على القبول - بالمعنى المزبور - إنما تكون بالالتزام، وعلى النقل والتملك بالمطابقة. ودلالة الأمر على القبول إنما تكون بالكناية، لأنّ مطلوبة البيع الذي هو مادة الأمر يلزمها الرضا بإيجابه.

لكن هذا الفرق ليس بفارق في جهة البحث وهي تقدّم القبول على الإيجاب.

ولو نوقش في دلالة بعض الألفاظ على القبول مع تقدّمها على الإيجاب، فإنّما هو مناقشة صغروية لا تقدح في البحث الكبروي، وهو تقدم القبول على الإيجاب، بعد كون القبول هو الرضا بالإيجاب، وعدم اعتبار شيء آخر - كالنقل في الحال - فيه.

وبالجملة: فالحقّ جواز تقديم القبول مطلقا ولو كان بلفظ الأمر، إن كان مفهوم القبول بسيطا وهو الرضا بالإيجاب، لما عرفت من جواز تعلّق الرضا بإيجاب استقبالي كتعلّقه بإيجاب حالي، وعدم جواز التقديم إن كان مفهومه مركّبا من الرضا بالإيجاب والنقل في الحال، وإن كان بلفظ «اشتريت وابتعت وملك». فمناط جواز التقديم وعدمه هو بساطة مفهوم القبول وتركّبه من غير دخل لدلالة الألفاظ من حيث الصراحة وعدمها في ذلك، كما لا يخفى.

كما أنّه قد ظهر مما ذكرنا أيضا غموض تفصيل آخر، وهو ما أفاده المصنف قدّس سرّه أيضا من الفرق بين أنواع العقود، وملخصه: أنّ القبول في العقود على أقسام، لأنّه إمّا التزام بشيء كالالتزام بنقل ماله إلى الغير عوضا عن ماله كما في العقود المعاوضيّة كالبيع والإجارة، وما بحكمهما كالنكاح، فإنّ القابل وهو الزوج يلتزم بالزوجيّة. وهذا القسم يتصور على وجهين:

أحدهما: كون الالتزام الحاصل من القابل نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة المعاوضيّة، حيث إنّ كلّا منهما يتسالم صاحبه على المال.

ثانيهما: كونه مغايرا له كالأشراء، إذ الملحوظ فيه عوضيّة لمال آخر.

وإما مجرد الرضا بالإيجاب من دون التزام بشي ء. وهذا القسم يتصور أيضا على وجهين:

الأول: أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقتراض.

والثاني: أن لا- يعتبر فيه أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعارية والوديعة، فإنّ القبول فيها يحصل بمجرد الرضا بإيجاب التوكيل والإعارة والإيداع، وليس فيه إنشاء التزام.

وتقديم القبول على الإيجاب إنّما يكون في صورتين:

إحدهما: كون القبول التزاما مغايرا للإيجاب كالاشتراء.

ثانيتها: كون القبول مجرد الرضا من دون اعتبار المطاوعة فيه، كالقبول في المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض، وفي الوكالة والعارية والوديعة لأنّ في هاتين الصورتين ينبغي أن يناع في جواز تقديم القبول على الإيجاب وعدمه، حيث إنّ تقديمه فيهما على الإيجاب لا يخرج عن معنى القبول.

بخلاف الصورتين الأخرين- وهما كون القبول التزاما نظير التزام الموجب كالمصالحة المعاوضية. وكون القبول الرضا بالإيجاب مع اعتبار المطاوعة فيه- فإنّ التقديم في الأولى يوجب تركب العقد من إيجابين، وفي الثانية يوجب فوات المطاوعة المعتبرة في مفهوم القبول. هذا محصل ما يستفاد من كلام المصنف قدس سرّه.

والإشكال فيه يظهر مما أسلفناه، إذ القبول العقدي في جميع أنواع العقود ليس له معنى متعدّد وضع كذلك. والوجه في اعتبار القبول في العقد إمّا العرف، لتركب العقد عندهم من الإيجاب والقبول، فالقبول حينئذ مقوم للعقد العرفي. وإمّا الإجماع على اعتبار القبول في العقد.

وعلى التقديرين لا وجه لاعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب في ظرف تحققه، إذ لا يحكم العرف بأزيد منه. وكذا الإجماع، لأنّ المتيقن منه هو اعتبار مجرد الرضا



بالإيجاب، ولا دليل على اعتبار المطاوعة- أو فعليّة الإيجاب حين القبول- في مفهوم القبول أو في تأثيره.

فالتحقيق: أنّ القبول في جميع العقود بمعنى واحد، وهو الرضا بالإيجاب مطلقا، سواء تقدّم أم تأخّر، لما عرفت من صحة الرضا بشي ء مستقبل كالحالي.

وأما الالتزام بالشي ء في بعض العقود- كالاتزام بالنقل في البيع والزوجية في النكاح- فليس دخيلا في مفهوم القبول، وإّما هو من لوازمه، حيث إنّ الرضا بالإيجاب يختلف مقتضاه بحسب اختلاف أنحاء الإيجاب، فإنّ إيجاب الزوجية يستلزم أن يكون الرضا به التزاما بالزوجية، والرضا بتسالم زيد مثلا على مال يكون قبولا للصلح.

وبالجملة: ففي جميع أنواع العقود ليس القبول فيها إلّا مجرد الرضا بما أوجبه الموجب من غير فرق في ذلك بين العقود اللازمة المعاوضية والإذنية والمجانبة.

هذا مضافا إلى ما في بعض أمثلة التفصيل المزبور من المناقشة، حيث إنّه قدّس سرّه جعل قبول القرض مجرد الرضا بالإيجاب من دون التزم بشي ء، مع أنّ من الواضح التزم المقترض بضمان العين المقترضة مثلا أو قيمة.

وكيف كان فمقتضى التحقيق جواز تقديم القبول بأيّ لفظ كان على الإيجاب في أيّ عقد كان، فتدبّر.

ومما ذكرنا تعرف ما في كلمات المصنف قدّس سرّه من الاضطراب، هداانا الله تعالى إلى حقائق أحكامه بحق محمد و عترته سادة أوليائه صلوات الله عليهم إلى يوم لقائه.

## [المبحث الثاني: شرطية الموالاة بين الإيجاب و القبول]

و من جملة شروط العقد: الموالاة (1) بين إيجابه و قبوله.

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع (2)،

---

المبحث الثاني: شرطية الموالاة بين الإيجاب و القبول

(1) هذا هو المبحث الثاني من مباحث الجهة الثالثة المتكفلة لشرائط الصيغة من حيث الهيئة التركيبية. و البحث في هذه المسألة عن شرطية الموالاة بين الإيجاب و القبول، وإخلال الفضل بينهما- بالأجنبي. وقد يعبر عن هذا الشرط بالفورية في كلام بعضهم، كما في حاشية الفقيه المامقاني قدس سره «1». و سيأتي تصريح شيخ الطائفة باعتبار الفورية في الخلع.

وفي الجواهر: «و أما الاتصال فعن جماعة منهم الفاضل في النهاية و الشهيد و المقداد و المحقق: أنه يشترط أن لا يتأخر القبول بحيث لا يعدّ جواباً، و لا يضّرّ تخلّل آن أو تنفس أو سعال» «2».

وفي مفتاح الكرامة- بعد حكاية الاشتراط عن الجماعة المذكورين-: «قلت:

هو مما لا ريب فيه» «3».

(2) ذكره شيخ الطائفة في خصوص الخلع، و لم يذكره على وجه القضية الكلية الجارية في سائر العقود. قال في المبسوط: «إذا طلقهما بألف أو على ألف، فقد طلقهما

---

(1): غاية الآمال، ص 251

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 255

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 165

ص: 498

طلاقاً بعوض ألف. و يقتضي أن يكون جوابه على الفور، فإن تراخى لم يصحّ أن يطلّقهما على ما طلبتا، فإن طلق كان ابتداء طلاق من جهته، و يكون رجعياً» (1) انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علوّ مقامه.

(1) قال قدّس سرّه في بيع النهاية: «و يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب و القبول، و لا يتخلّلهما كلام أجنبي عن العقد، إذا خرج بذلك عن القبول عرفاً» (2).

و اعتبر في نكاح القواعد (3) وحدة مجلس الإيجاب و القبول.

و جوّز في نكاح التذكرة التراخي، فقال: «إنّما يصح العقد إذا صدر في مجلس واحد و لم يتشاغلا بينه بغيره و إن تراخى أحدهما عن الآخر، إذا عدّ الجواب جواباً للإيجاب .. إلخ» (4) فراجع.

و على هذا فإن أمكن استفادة الفورية من اشتراط وحدة المجلس فهو، و إلا فتتحصّر نسبة شرطية الفورية إلى العلامة في صراحة عبارة النهاية.

(2) قال الشهيد قدّس سرّه في شرائط الوقف: «و رابعها: القبول المقارن للإيجاب، إذا كان - أي الوقف - على من يمكن فيه القبول» (5).

و استفاد اعتبار الموالاة أيضاً من مفهوم قوله في شرائط عقد البيع:

«و لا يقدح تخلّل آن أو تنفس أو سعال» (6).

و رجّح الشهيد الثاني في الرّوضة اشتراط الوقف بالقبول - إذا كان الوقف على من يمكن في حقه القبول - ثم قال: «فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة من

---

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 362

(2) نهاية الأحكام، ج 2، ص 450

(3) قواعد الأحكام، ص 147 (الطبعة الحجرية)

(4) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 583

(5) الدروس الشرعية، ج 2، ص 264

(6) الدروس الشرعية، ج 3، ص 191



والمحقق الثاني (1) و الشيخ المقداد «1».

قال الشهيد في القواعد (2): «الموالة معتبرة في العقد ونحوه (3)، وهي (4)

---

اتصاله بالإيجاب عادة» (2).

(1) كما في موضعين من جامع المقاصد، أحدهما: في عقد البيع، حيث قال:

«ويشترط وقوع القبول على الفور عادة من غير أن يتخلل بينهما كلام أجنبي» (3).

ثانيهما: في عقد النكاح، حيث شرط العلامة اتحاد المجلس، واستظهر منه المحقق الثاني الموالة، فقال: «وكذا يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو تعدد - كما لو قالت الزوجة: زوجت نفسي من فلان، وهو غائب، فبلغه، فقبل - لم يصح، لأن العقود اللازمة لا بدّ فيها من وقوع القبول على الفور عادة، بحيث يعدّ جواباً للإيجاب.

وكذا لو تخلل بينهما كلام آخر أجنبي» (4).

وتعرض العلامة قدس سرّه في التذكرة لفرعين، أحدهما: اتحاد المجلس كما نقلناه آنفاً، والآخر: تأخر القبول عن الإيجاب بما لا يتعارف، كما إذا كان غائباً عن مجلس الإيجاب. ويظهر من عقد فرعين تعددهما موضوعاً، فراجع التذكرة «5».

(2) استند الشهيد قدس سرّه في اعتبار الموالة إلى فتاوى فقهاءنا قدس سرّهم في مسائل خمس، ونقل فتوى بعض العامة في مسألة تخلل التحميد والتصلية بين إيجاب عقد النكاح وقبوله.

(3) ممّا يعدّ فيه الشيطان أو الأشياء واحداً، أو يعدّ أجزاء المركّب واحداً كالصلاة.

(4) أي: الموالة. توضيحه: أنّ الملحوظ في اعتبار الاتصال بين الإيجاب

---

(1): التنقيح الرائع، ج 2، ص 24

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 165

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 59

(4) جامع المقاصد، ج 12، ص 78

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 582



مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه (1). وقال بعض العامة (2):

---

والقبول هي تبعية القبول له كتبعية المستثنى للمستثنى منه، فكأنّ ملاك الاتّصال في الاستثناء- وهو التبعية- جار في جميع التوابع، فتعدّوا من باب الاستثناء إلى كلّ ما لوحظ فيه التبعية، وترتّب عليها الآثار الشرعية. وجعلوا العقد من الموارد الملحوظ فيها التبعية، حيث إنّ القبول تابع للإيجاب، فيعتبر الاتّصال و الموالاة بين الإيجاب و القبول كاعتبارهما بين المستثنى و المستثنى منه.

والحاصل: أنّ تبعية المستثنى للمستثنى منه و شدّة ارتباطه به لمّا كانت في غاية الوضوح- بحيث كان الاستثناء من النفي إثباتا و من الإثبات نفيا، و كان موجبا لقلب المستثنى منه من المدح إلى الذم، و من الصدق إلى الكذب، و من الإيمان الى الكفر، و من الإقرار إلى الإنكار، و بالعكس- كان اعتبار الموالاة بينهما في غاية الوضوح، و جعل مأخذا و أصلا لاعتبار الموالاة في سائر الأمور المتّصلة كالعقود.

(1) فلو أقرّ بقوله: «لزيد عليّ خمسون دينارا» و بعد ساعة قال: «إلا خمس دنانير» لم يسمع منه هذا الاستثناء حتى يكون إقراره بخمس و أربعين، بل يحتملونه الخمسين، و يجعلون استثناء الخمس إنكارا لإقراره بالخمسين، و من المعلوم عدم العبرة بالإنكار بعد الإقرار. و هذا بخلاف ما لو اتّصل المستثنى بالمستثنى منه، فإنّه يقبل منه الاعتراف بخمس و أربعين.

و عليه فسماع الاستثناء عند الاتّصال بالمستثنى منه- و عدم سماعه عند الفصل الماحي لوحدة الكلام- دليل قطعي على اعتبار الوحدة بين أجزاء الكلام الواحد، و كذا بين أجزاء كل مرّكب اعتباري.

(2) في الفقه على المذاهب الأربعة في شروط عقد النكاح: «و اشترط الشافعية و المالكية الفور، و اغتفروا الفاصل اليسير الذي لا يقطع الفور عرفا» (1).

---

(1): الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ص 24

ص: 501

لا يضرّ (1) قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله و الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم قبلت نكاحها.

و منه (2) الفوريّة في استتابة المرتدّ، فيعتبر في الحال. وقيل: إلى ثلاثة أيّام (3).

و منه (4) السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيرا أبطله.

---

(1) و هو يضرّ بناء على ما سمعته من جامع المقاصد من قوله: «و كذا لو تخلّل بينهما بكلام آخر أجنبي».

(2) أي: و من اعتبار الاتصال و التوالي: ما ذكره في توبة المرتد من حيث اعتبار الفورية فيها عقيب استتابه من طرف الحاكم الشرعي. فلو لم يتب فورا قتل، هذا بناء على ما نسب إلى المشهور.

و أمّا بناء على إمهاله ثلاثة أيّام لم تكن هذه المسألة من فروع الموالة، لأجنبيّتها عنها.

و يدلّ على فوريّة إجابة المرتد بعد الاستتابة عدة نصوص:

منها: ما في معتبرة علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام في حديث، قال: «قلت:

فنصرانيّ أسلم ثم ارتدّ؟ قال: يستتاب، فإن رجع، و إلاّ قتل» (1). و ظهورها في وجوب الرجوع فورا و عدم إمهاله ممّا لا ينكر.

(3) و هو مروّي أيضا، مثل ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: المرتدّ عن الإسلام تعزل عنه امرأته، و لا تؤكل ذبيحته، و يستتاب ثلاثة أيّام، فإن تاب، و إلاّ قتل يوم الرابع» (2).

(4) أي: و من اعتبار التوالي: حكمهم بقدر السكوت في أثناء الأذان.

---

(1): وسائل الشيعة، ج 18، ص 547، الباب 3 من أبواب حدّ المرتدّ، الحديث: 1، و نحوه الحديث 2 و 3 و 4

(2) المصدر، ص 548، الحديث: 5

ص: 502



ومنه (1) السكوت الطويل في أثناء القراءة، أو قراءة غيرها خلالها (2).

وكذا التشهد (3).

ومنه (4) تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا الجمعة.

واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة (5).

---

واستدلّ في الجواهر على اعتبار الموالة بين فصول الأذان بوجوه ثلاثة:

الأصل، وفعلهم عليهم السلام، والاستفادة من الأدلة الخالية عن المعارض «1».

والكلّ مخدوش، إذ في الأول عدم معارضته للإطلاق الدالّ على عدم الاعتبار.

وفي الثاني: الإجمال. والاستفادة من الأدلة على خلافه.

فالتحقيق أنّ المعبر هو عدم انمحاء الصورة عند المشرعة بسكوت طويل أو أعمال أجنبية، كانمحاء صورة الصلاة على ما ثبت في محله.

فالموالة بالمعنى المقصود هنا غير معتبرة في الأذان.

(1) أي: ومن اعتبار التوالي: حكمهم بقدر السكوت الطويل الماحي للهيئة الكلامية المعتبرة في صحة كونه كلاما، وكذا الكلام الأجنبي

الماحي.

لكنك خبير بأنه أجنبي عن الموالة المعتبرة في شيء، مع انخفاض عنوانه، ضرورة أنّ الماحي مخلّ بعنوان القراءة، لا بالفورية فقط.

(2) الضميران راجعان إلى القراءة.

(3) فإنّ التشهد عنوان واحد لا يتحقق إلاّ باتصال أجزائه.

(4) أي: ومن اعتبار التوالي. وغرضه - ظاهرا - هو: أنّ ما دلّ على اعتبار العدد في الجمعة يقتضي اعتبار دخولهم في الصلاة قبل الركوع

على وجه يعدّ تمام الصلاة فعلا لجميعهم.

(5) وهذا أولى من سابقه، لأنّه أمسّ بالموالة.

---

(1): جواهر الكلام، ج 9، ص 92

ص: 503

و منه (1) الموالة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر. و الموالة في سنة التعريف (2)، فلورج (3) في أثناء المدة استؤنف ليتوالي» (1) انتهى.

(1) أي: و من اعتبار التوالي: الموالة في التعريف. و لعلّ المراد بهذا التعريف هو تعريف اللقطة في أولها، يعني تعتبر الموالة بين التقاطها و بين تعريفها، بحيث لا يتخلل زمان معتدّ به بين الالتقاط و بين التعريف الأول.

و كذا يعتبر التوالي بين التعريفات أثناء سنة واحدة، إذ لو تخلل زمان طويل بين التعريفات لم يتذكّر السامع أن التعريف الثاني و الثالث تكرر للتعريف الأول، و احتمال أنه تعريف للقطعة أخرى غير اللقطة الأولى التي عرّفها مرّة مثلاً. و على هذا يعتبر التوالي بين التعريفات حتى لا تصير اللقطة نسيا منسيا. قال الشهيد قدّس سرّه:

«و الضابط أن يتابع بينها بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوّه» (2).

(2) أي: تعريف اللقطة في أثناء السنّة.

(3) أي: فلورج عن التعريف في أثناء السنة استأنف التعريف. و بيانه: أنه- بناء على اعتبار التتابع في التعريف في حول كامل- إذا عرّف الملتقط اللقطة شهرا مع التتابع المعتبر كتعريفها في كلّ أسبوع مرّة مثلاً، ثم ترك التعريف شهرين، و جب عليه تعريفها سنة كاملة بعد الشهر الثالث، و ذلك لأنّ التعريف في الشهر الأول قد انقطع أثره بفوات الموالة و التكرار في الشهر الثاني و الثالث، فلو شرع في التعريف في الشهر الرابع لم يكن متابعة للتعريف في الشهر الأول. و حيث إنّه يجب التعريف حولا كاملا و جب عليه أن يعرّفها من الشهر الرابع، و أن يجعله مبدأ سنة التعريف مع رعاية الموالة بين الدفعات. و لو لم يكن التوالي معتبرا لم يسقط التعريف في الشهر الأول عن الأثر، و لم يقدح تخلل شهرين بدون التعريف، و كان يكفيهِ إلحاق تسعة أشهر بما تقدم حتى يتمّ الحول.

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 234، رقم القاعدة: 73، و تمام كلام الشهيد هذا: «ليتوالى الانجاش- أي الإعلان- و قيل: يبني».

(2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 88

ص: 504

أقول: حاصله (1) أن الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف، فلا بدّ في ترتب الحكم المعلّق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية. فالعقد المركّب من الإيجاب و القبول - القائم بنفس المتعاقدين - بمنزلة (2) كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيته (3) الاتصالية. ولذا (4) لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد.

و انضباط ذلك (5) إنما يكون بالعرف، فهو في كل أمر بحسبه، فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كلّ واحد منهما، و يجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان و القراءة.

و ما ذكره (6) حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطاً بصدق

---

(1) قد تقدّم في (ص 501) تقريب هذا الحاصل، فراجع.

(2) خبر قوله: «فالعقد المركّب» و قوله: «القائم» صفة للعقد.

(3) متعلّق ب «يقدح» و الضمير راجع إلى العقد.

(4) أي: و لأجل قدح تخلّل الفصل المزبور لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد.

(5) يعني: و ضبط الفصل المفرط - المخلّ بالهيئة الاتصالية - موكول إلى العرف، و لا حدّ معيّن له، فتختلف مراتب الفصل بحسب قصر الزمان و طوله، فالفصل بالسعال و العطاس بين حروف كلمة واحدة و بين مثل المضاف و المضاف إليه قادح في صدق الكلمة و شبهها. و الفصل بين المبتدأ و الخبر بالعطاس مثلاً ربما لا يكون مخالّاً بالهيئة التركيبية. و السكوت دقيقة أو أكثر ربما يكون ماحياً لصورة قراءة السورة مثلاً، و هكذا.

(6) أورد المصنف على كلام الشهيد قدّس سرّهما بوجه ثلاثة:

أولها: يتعلّق بما أفاده من اعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول، من جهة توقف صدق العقد على التوالي بينهما.

العقد عرفاً، كما هو مقتضى (1) التمسك بآية الوفاء بالعقود، و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك. أمّا لو كان (2) منوطاً بصدق البيع

ثانيها: يتعلّق بما أفاده من جعل مبنى شرطية الموالاة الرّبط بين المستثنى منه والمستثنى.

ثالثها: في الفروع التي فرّعها الشهيد على شرطية الفورية و التتابع.

أمّا الإشكال الأوّل فتقرّبه: أنّ ما أفاده الشهيد قدّس سرّه حسن لو كان دليل الملك و اللزوم الآية المباركة الآمرة بالوفاء بالعقود، حيث إنّها أناطت ترتب الملك و اللزوم بعنوان «العقد» و لا يحرز صدقه إذا انفصل القبول عن الإيجاب بما لا يتسامح عرفاً فيه. و أمّا لو كانا مترتبين على عنوان «البيع» أو «التجارة عن تراض» لم يقدح عدم صدق العقد على الإيجاب و القبول، المنفصل أحدهما عن الآخر، و ذلك لكفاية صدق «البيع و التجارة» عليه، حيث إنّهما موضوعان- في آيتي: (حلّ البيع و التجارة عن تراض) للصحة و اللزوم.

و عليه فلا موجب حينئذٍ لاعتبار الموالاة فيه، لعدم دوران الصحة و اللزوم مدار عنوان العقد حتى نلتزم باعتبار الموالاة فيه. هذا توضيح الإشكال الأوّل.

و أمّا الإشكال الثاني و الثالث فسيأتي بيانهما إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: أنّ ما أفاده الشهيد قدّس سرّه من دوران الملك و اللزوم مدار صدق العقد مستند إلى وجهين. أحدهما: ظهور الآية المباركة في أنّ ما يجب الوفاء به هو العقد.

ثانيهما: إطلاق كلمات الأصحاب، حيث حكموا بترتب الإباحة على المعاطاة، و قالوا: «إنّها ليست بيعاً و لا عقداً» و من المعلوم أنّ إطلاق «العقد» محمول على العقد العرفي غير الصادق على ما إذا لم يتصل القبول بالإيجاب فوراً.

(2) هذا هو إشكال المصنف على الشهيد قدّس سرّهما، و حاصله- كما عرفت- عدم انحصار دليل الإمضاء في الأمر بالوفاء بالعقود.

أو التجارة عن تراض فلا يضره (1) عدم صدق العقد.

وأما جعل المأخذ في ذلك (2) اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه

(1) يعني: أنّ عدم صدق العقد لا يضرّ الملك و اللزوم. و وجه عدم الإضرار عدم التلازم بين العقد و البيع و التجارة، فيمكن صدقهما و عدم صدق العقد.

(2) أي: اعتبار الموالاة. و هذا هو الإشكال الثاني على كلام الشهيد. و مقصود المصنف قدّس سرّه تحقيق استدلاله على اعتبار الموالاة بقوله: «و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه» و بيانه: أنّه لا ريب في اعتبار الاتصال في الاستثناء، لكن الكلام في شرطية الاتصال و الموالاة في مطلق المركبات كالعقد و الصلاة، و كذا غير المركبات، كما في التابع في تعريف اللقطة في الحول، و من المعلوم أنّ الاستثناء جزئي من جزئيات هذه المسألة، و مجرد اعتبار الموالاة في هذا الجزئي لا يكفي في تأسيس قاعدة كليتة بعنوان شرطية الموالاة في أجزاء الكلام الواحد، و كذا في غير الكلام ممّا له صورة اتصالية. و وجه عدم الكفاية أنّه استقراء ناقص لا يعوّل عليه في ضرب القانون.

و لا ينحصر استدلال الشهيد- بتتبع حال بعض الأفراد على تأسيس الأصل- بالمقام، بل تكرر منه في كتاب القواعد: «أنّ الأصل كذا» مع أنّه قدّس سرّه لم يظفر بدليل عام، و إنّما توصل إليه بملاحظة بعض الأفراد، فاصطاد منها أصلا عاما و قاعدة كلية.

و لكن الانتقال من باب الاستثناء إلى اعتبار الموالاة في العقد و غيره لا يخلو من شيء.

ثم تصدّى المصنف قدّس سرّه لتوجيه استفادة الفورية و الموالاة من باب الاستثناء ببيان آخر، و محصله: أنّ ارتباط المستثنى بالمستثنى منه أشدّ و أكد من ربط سائر التوابع و الملايسات بمتبوعاتها، لما عرفت في تقريب كلام الشهيد من دوران صدق الإخبار على إلحاق المستثنى بالمستثنى منه فورا، بحيث لو لم يلحقه أو لحقه بالتراخي كان المراد الاستعمالي هو المستثنى منه خاصة، و كان هو مدار الصدق و الكذب، كما إذا قال: «ما دخل في الدار أحد» مع دخول زيد فيها، فإن لم يتصل به قوله: «إلا زيد»

فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة (1)، فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص (2). وقد صرح (3) في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا.

حكم العرف بكذب الخبر. وهذا الربط الوثيق غير معتبر في سائر التوابع كالحال وذيهِ، فإذا قال: «جاء زيد» ولم يقل «راكبا» كان صادقا في إخباره.

ولما كان الربط في جملة الاستثناء أقوى منه في اللواحق الأخرى جعلوه مبنى حكمهم باعتبار الموالاة في مطلق التابع سواء أكان من مقولة اللفظ أم أمراً آخر مما يتوقف صدق العنوان على الهيئة الاتصالية بين أجزائه كتعريف اللقطة في سنة واحدة.

هذا توضيح توجيه المصنف لجعل الاستثناء أساساً لشرطية التوالي مطلقاً، ولكنه قدس سرّه جعله وجهاً بعيداً، وسيأتي تفرّيقه.

(1) وهي اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول.

(2) يعني: أنّ كثيراً من القواعد الشرعية تستنبط من حكم الشارع في قضية شخصية، كما أنّ كثيراً منها وردت بلسان ضرب القانون والحكم العام.

(3) غرضه الاستشهاد بخصوص كلمات الشهيد قدس سرّه في القواعد على الالتفات إلى الحكم الكلي من تتبع بعض جزئياته، وقد تكرر قول الشهيد: «الأصل كذا».

كقوله: «الأصل أنّ كلّاً من الواجب والندب لا يجزي عن صاحبه، لتغاير الجهتين».

وقوله: «الأصل في الأسباب عدم تداخلها إلا في مواضع».

و«أنّ الأصل في العقود الحلول ..».

و«الأصل أنّ كلّ أحد لا يملك إجبار غيره إلا في مواضع».

و«الأصل عدم تحمل الإنسان عن غيره ما لم يأذن له إلا في مواضع» وغير ذلك مما لا يخفى على المتتبع في قواعده قدس سرّه.

وعلى هذا فقوله في مسألتنا: «الموالاة معتبرة في العقود، وهي مأخوذة .. إلخ»

و يحتمل بعيدا (1) أن يكون الوجه فيه: أن الاستثناء أشدّ ربطا بالمستثنى منه من سائر اللّواحق، لخروج (2) المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه (3) يتوقف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك (4) أقبح، فصار أصلا في اعتبار الموالاتة بين أجزاء الكلام، ثم تعدّى (5) منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا (6) أو معنى (7)

---

مبني على استفادة شرطية التوالي - في العقود وغيرها - من الرّبط الموجود في مورد خاصّ وهو المستثنى منه و المستثنى.

(1) وجه البعد: أن اعتبار الاتصال في ما كان الرّبط فيه أشدّ - كالاستثناء - لا يلازم ثبوته في ما كان الرّبط فيه أخفّ. مع أن الشهيد قدّس سرّه جعل الاستثناء منشأ لاعتبار الاتصال و التوالي في موارد أخرى مع عدم كون الرّبط فيها بمثابة الاستثناء، و من المعلوم أنه لا أولوية و لا مساواة في البين حتّى يتّجه التعدّي من الأشدّ إلى الأخفّ.

(2) يعني: أن الحاجة إلى المستثنى لأجل خروج الخبر عن الكذب إلى الصدق، و هذا بخلاف سائر التوابع كالحال و الصفة و التأكيد، فإنّ إهمالها في الكلام لا يؤثّر في صدق الخبر و كذبه أصلا.

(3) يعني: فصدق المستثنى منه يتوقف على وصل المستثنى به فورا.

(4) أي: الفصل بين المستثنى و المستثنى منه أقبح من الفصل بين مثل الحال و ذي الحال، فإذا كان وصل الحال بذيه لازما كان وصل المستثنى بالمستثنى منه ألزم و أكد. و لأجل هذه الأكديّة جعل الشهيد الاستثناء منشأ لشرطية الموالاتة في العقود وغيرها. و الضمير المستتر في «صار» راجع إلى كون طول الفصل أقبح في باب الاستثناء.

(5) يعني: تعدّى الشهيد قدّس سرّه من باب الاستثناء إلى التوابع و نحوها.

(6) كالتأكيد اللفظي، فإنّه - مع تخلّل زمان معتدّ به بين المؤكّد و المؤكّد - يخرج الكلام عن ضابط التأكيد اللفظي.

(7) كالمحمول، فإنّ الفصل الطويل بينه و بين الموضوع يمنع عن حصول الرّبط

أو من (1) حيث صدق عنوان خاصّ عليه، لكونه عقداً أو قراءة، أو أذاناً، ونحو ذلك.

ثم (2) في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتدّ، فإنّ غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه: إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته (3) في أقرب الأوقات.

وأما مسألة الجمعة (4) فلأنّ هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من

---

المعنوي بينهما.

(1) معطوف على قوله: «لفظاً» أي: سائر الأمور المرتبطة بالكلام من حيث صدق عنوان على الكلام، كعنوان العقد و القراءة و الأذان، و الدعاء بالمأثور ممّا له عنوان خاص، و التشهد، و غيرها من صنوف الكلام.

(2) هذا هو الإشكال الثالث على الشهيد قدّس سرّه، و هو ناظر إلى تطبيق شرطية الموالاة على بعض الموارد، و محصل الإشكال: أنّ المرتدّ و إن وجبت عليه التوبة- بعد الاستتابة- فوراً، لكنه ليس بلحاظ اعتبار الموالاة بين الاستتابة و التوبة، بل بلحاظ مطلوبة الإسلام من المرتدّ في كل حال حتى حال الاستتابة و قبلها و بعدها، فيجب عليه الرجوع إلى الدين الحنيف من هذه الجهة، لا من جهة رعاية الموالاة بين استتابته و توبته.

هذا لو لم يؤخذ بالأخبار التي تمهله ثلاثة أيّام، ثم يقتل بعدها لو لم يتب فيها. و أمّا بناء على الأخذ بها فلا يبقى مجال لاعتبار التوالي عرفاً بين الاستتابة و التوبة، لوضوح أنّ الفصل بثلاثة أيّام محلّ بالتوالي و الاتصال قطعاً.

(3) أي: إعادة الإسلام في أوّل الأزمنة، فليست المسألة من فروع الموالاة.

(4) هذا مورد ثان جعله المصنف قدّس سرّه أجنياً عن عموم اعتبار الموالاة بين أجزاء مركّب واحد عنواناً، و حاصله: أنّ انعقاد صلاة الجمعة بتحريم المأمومين قبل الركوع ليس لأجل اعتبار الاتصال و الموالاة بين تحريم الإمام و تحريمهم، بل لأجل

ص: 510



القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها (1).

و للتأمل في هذه الفروع (2) وفي صحة تبريعها على الأصل المذكور مجال (3).

ثم إن (4) المعيار في الموالاة موكول

---

مطلوبية القدوة في جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود و التشهد و غيرها، فالإخلال بها قادح في تحقق الجماعة، و أين هذا من اشتراط الجمعة بالموالاة؟

(1) أي: بهيئة الاجتماع، يعني: أن عدم تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع محلّ بهيئة الاجتماع، المطلوبة في جميع أحوال الصلاة.

(2) يعني: لو سلّمنا اعتبار الهيئة الاتصالية في القراءة و فصول الأذان و نحوهما لم يكن ذلك متفرّعا على شرطية الموالاة، بل للدليل خاص، كما تقدّم في مطلوبية التدين بالإسلام في كل حال، و مطلوبية هيئة الاجتماع في صلاة الجماعة، فلو لا هذا الدليل الخاص لأمكن نفي شرطية الاتصال بأصالة البراءة.

(3) مبتدأ مؤخر لقوله: «للتأمل» و وجه مجال التأمل هو ما أفاده في قوله:

«و يحتمل بعيدا أن يكون الوجه فيه» الذي حاصله: أن اعتبار الاتصال في باب الاستثناء- لشدّته و أكدّيته- لا يقتضي اعتباره في مطلق التابع و المتبوع مع عدم وثاقة الرّبط بينهما.

(4) غرضه من هذا الكلام إلى آخر البحث تعيين المرجع في تحقق التوالي بين شيئين أو أشياء، و أنّ ما ذا يكون مناط الفصل بينهما أو بينها؟ و قد أفاد أولا: أنّ الموالاة لا حقيقة شرعية لها، فالمرجع في تشخيص مفهومها هو العرف، و من المعلوم أنّها تختلف باختلاف مواردها، فالموالاة في قراءة كلمات آية أضيق دائرة من الموالاة في آيات سورة واحدة.

ثم أفاد ثانيا: أنّ الاستفادة من خبر سهل الساعدي- الوارد في تزويج امرأة بالصحابي- جواز الفصل بين إيجاب النكاح و قبوله بكلام طويل أجنبي عن صيغة

إلى العرف (1) كما في الصلاة والقراءة والأذان ونحوها.

و يظهر (2) من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي (3)، بناء (4) على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي: «زوّجنيها» والإيجاب قوله بعد فصل طويل: «زوّجتكها بما معك من القرآن» (5).

ولعلّ هذا (6)

---

النكاح، بناء على ما اختاره جمع منهم الشهيد الثاني قدس سرّه من أن قوله صلّى الله عليه وآله وسلم:

«زوّجتكها» إيجاب مؤخّر، وقول الرجل: «زوّجنيها» قبول مقدّم.

وأما بناء على ما اختاره آخرون من توجيه الخبر، وعدم الأخذ بظاهره تعيّن الرجوع إلى العرف في سعة مفهوم المولاة وضيقتها في كل مورد.

(1) كما أفاده صاحب الجواهر قدس سرّه أيضا، حيث قال: «قلت: المدار في هذه المولاة على العرف، فإنّه الحافظ للهيئة المتعارفة سابقا في العقد الذي نزلنا الآية عليه، فإنّ الظاهر عدم تغييرها» (1).

(2) مقصوده من الاستشهاد برواية سهل التوسعة في مفهوم المولاة تعبداً، وعدم الاقتصار على تحديدها عرفاً.

(3) المراد بالأجنبي هو الكلام غير المرتبط بالصيغة ومتعلقاتها من صداق و شرط في ضمن العقد ونحوهما.

(4) وأما بناء على ما فهمه جمع - من عدم كون قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «زوّجتكها» إيجاباً مؤخّراً، ولا قول الرجل: «زوّجنيها» قبولاً مقدّماً - كان الخبر أجنبياً عن إلغاء المولاة بين القبول المقدّم والإيجاب المؤخّر.

(5) إذ لو لم يكن قول الصحابي: «زوّجنيها» قبولاً - بأن تحقّق منه القبول بعد الإيجاب بلا فصل - كان التوالي محقّقاً.

(6) يعني: ولعلّ لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - بناء على ما

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 255

ص: 512

فهمه الأصحاب من كون قول الصحابي: «زوّجنيها» قبولا- بلفظ الأمر مقدّما على الإيجاب من دون وقوع قبول آخر عقبيه- موهن آخر للرواية، و مسقط لها عن الاعتبار.

(1) أشار به إلى موهن آخر تقدّم في بحث تقدم القبول- إذا كان بصيغة الأمر- بقوله: «و أمّا ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه» فإنّ مصير الأكثر إلى خلاف مضمون الرواية يوهن اعتبارها، و يرفع الوثوق بها، لأنّه إعراض عنها.

(2) إشارة إلى: أنّ هذه الرواية إن دلّت على جواز الفصل بين الإيجاب و القبول لزم العمل بها، لا أنّه موهن لها، كيف؟ ولم يقدّم دليل تام على اعتبار الموالاة حتى يكون ذلك موهنا لهذه الرواية، بل لو لم تنهض هذه الرواية على جواز الفصل كان مقتضى الأصل جوازه.

نعم يمكن أن يكون الموهن ضعف السند.

إلا أن يقال: إنّه يكفي في الوثوق بها توصيف الشهيد الثاني قدّس سرّه لها في المسالك بكونها «مشهورة بين العامة و الخاصة، و أنّه رواها كل منهما في الصحيح».

مضافا إلى: أن بمعناها رواية موصوفة بالصحة، هداانا الله تعالى إلى أحكامه.

[1] قد عرفت ذهاب جمع إلى اشتراط صحة العقد بالموالاة المعبر عنها في بعض الكلمات بالفورية، و المراد بها العرفية، بمعنى عدم تخلّل الفصل بما يخلّ بوحدة الموجود التدريجي فيما إذا أخذ بقيده وحدته موضوعا لآثار، و إلا فلا تتصور الموالاة الحقيقية بين أجزاء الموجود التدريجي المتشابه مع العدم، لتقومه بالأخذ و الترك. هذا بالنسبة إلى موجود واحد و تدريجي.

و أمّا الموجودان المستقلّان كالالتزامين القائمين بشخصين أو الكلامين كذلك فمعنى اتصالهما هو عدم تخلّل زمان بينهما حقيقة أو عرفا. و حيث إنّ المدار على صدق العقد العرفي فلا بدّ من عدم التخلّف بين إيجابه و قبوله، لتقوم العقد المعنوي و اللفظي

المبرز له بعدم تخلّل زمان معتدّ به عرفاً بين جزئية، فاعتبار الموالاتة حينئذ لكونها مقومة لعنوان العقد لا للتعبد.

والتحقيق: أنّ هنا عناوين عديدة:

أحدها: العهد، وهو الالتزام القلبي أو الجعل المعاملي.

ثانيها: العقد، وهو ربط أحد الالتزامين بالآخر، فحيثية العهد غير حيثية العقد، لأنّ العهد بمنزلة الموضوع للعقد، حيث إنّ الربط بين الشئيين متفرّع عليهما، وربط أحد الالتزامين بالآخر ليس كارتباط لفظ بلفظ و كلام بكلام حتى يقال: إنّ الارتباط مساوق للاتصال المتقدم وهو الوصل من حيث الزمان.

بل مناط العقدية في مقام السببية إنّما هو ارتباط مدلول أحد الكلامين بالآخر، بحيث يصلح أن يتسبّب به إلى مبادلة خاصة، ويكون الآخر قبولاً لذلك التسيب لا لأمر آخر. وربط أحد الالتزامين بالآخر إنّما هو بلحاظ ورودهما على أمر واحد، وهو كون أحد المالكين بإزاء الآخر في الملكية مثلاً. فالجامع الرابط بين الالتزامين هو وحدة الملتزم به. ومن المعلوم أنّ هذا المعنى من الارتباط لا يناط بعدم تخلّل الزمان بين الكلامين الدالّين على المدلولين، بل يناط ببقاء الالتزام الإيجابي على حاله إلى أن يلحقه القبول، وإن تخلّل زمان معتدّ به بين الإيجاب والقبول، إذ لا يتحقق الربط بين موجود ومعدوم، ولذا لو أوجب البيع ولم يقبل القابل إلّا بعد مضيّ زمان من الإيجاب - وعظه الموجب بأنّ هذا البيع ينفك، ويبيّن منافعه ومصالحه حتى قبل المشتري - لم يكن مانع من صحة هذا البيع.

نعم لو ألغى الموجب التزامه الإيجابي لغا القبول، لانتفاء الإيجاب.

فغاية تقريب الموالاتة بين الإيجاب والقبول هي: أنّ الإيجاب والقبول لمّا كانا قائمين بأثر واحد فلهما بنظر العرف جهة وحدة، فكأنّهما كلام واحد يترتب عليه أثر واحد. ومن المعلوم أنّ الاتصال العرفي المساوق للوحدة منوط بعدم تخلّل زمان معتدّ به بين الإيجاب والقبول.

ثالثها: البيع ونحوه من العناوين الإنشائية، فيمكن أن يقال: إن كان دليل الصحة واللزوم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فلا يشمل البيع والتجارة حتى يقال بكونهما من العقود التي تعتبر فيها الموالاة، إذ لم يؤخذ في موضوع دليل الصحة واللزوم عنوان العقد، هذا.

لكن فيه ما لا يخفى، ضرورة أنّ البيع والصلح والإجارة ونحوها من العقود العرفية بلا إشكال.

نعم يمكن أن لا تكون التجارة عقدا كالتملك بالحيازة، فتأمل. لكنه نادر.

فلا فرق في اعتبار الموالاة بين كون دليل الصحة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وبين كونه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وتجارة عن تراض، هذا.

ثم إنّه لا بأس بالإشارة إلى الوجوه المستدلّ بها على اعتبار الموالاة في العقد، وهي بين ما ظاهره كون دخل الموالاة في العقد عرفيا بمعنى تقوّم العقد بالموالاة، وبين ما ظاهره كون الدخل تعبدّيًا، وبين ما ظاهره كون الدخل عقليًا.

الأول: ما عن ابن إدريس وغيره من قاعدة توقيفية ألفاظ العقود.

وفيه ما لا يخفى، إذ الإطلاقات تقضي بعدم اعتبار الموالاة وعدم التوقيفية، إلا ما خرج.

الثاني: ما نقله المصنف عن الشهيد قدّس سرّهما. وحاصله: أنّ الموجود التدريجي - المركّب من أمرين أو أمور - إذا كان له عنوان واحد كالصلاة فلا بدّ في ترتيب الحكم المعلّق عليه من اعتبار صورته الاتصالية الحافظة لوحده المقومة لعنوانه. والعقد المركّب من الإيجاب والقبول من هذا القبيل، فإنّه وإن كان قائما بشخصين وموجودا بوجودين، لكنهما لوحدة أثرهما بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، فيقدح في صدق العنوان تخلّل الفصل المنحلّ بهيئته الاتصالية، ولذا لا تصدق المعاقدة إذا كان الفصل بين الإيجاب والقبول كثيرا جدًّا، كسنة أو أزيد.

والحاصل: أنّ دخل الموالاة في العقد بناء على هذا التقريب عرفي ومقوّم لمفهومه العرفي. كما أنّ الوجه الأوّل المنسوب إلى ابن إدريس رحمه الله ناظر إلى كون دخل

الموالة في العقد تعدياً، هذا.

وفيه ما عرفت آنفاً من: أن العقد هو الربط بين الالتزامين، ولا يناط ذلك الربط بعدم تخلل زمان بينهما، إذ الربط غير الاتصال الزماني، هذا.

وأما ما أجاب به المصنف عن هذا الدليل بأن ما أفاده الشهيد قدس سره حسن لو كان دليل الملك و اللزوم مثل أوفوا بالعقود مما أناطهما بعنوان العقد العرفي. أما لو كانا منوطين بصدق البيع أو التجارة عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد، لكفاية صدق البيع و التجارة عليه، فلا موجب حينئذ لاعتبار الموالة فيه، لعدم إناطة الصحة و اللزوم بعنوان «العقد» حتى يلتزم باعتبار الموالة فيه.

ففيه أولاً: أن البيع و الصلح و غيرهما من العقد العرفي، لاشتمالها على الإيجاب و القبول اللذين يتقوم بهما كل عقد.

نعم قد لا يصدق العقد على التجارة كتملك المباحات، فإنه تجارة غير عقد كما قيل.

لكن فيه: عدم صدق التجارة عليه، بل الصادق عليه هو الفائدة، فصدق العقد على البيع و التجارة على حدّ سواء.

إلا أن يقال: إن تملك العامل للجعل في باب الجعالة تجارة أيضاً، مع عدم كون الجعالة عقداً، بل هي إيقاع، فتأمل.

و ثانياً: أن العقد هو الربط بين الالتزامين. و قد عرفت عدم توقف الربط العقدي على عدم تخلل زمان معتدّ به بين الإيجاب و القبول، و من المعلوم أن تخلل زمان بين الإيجاب و القبول الحاكين عن ذلك الربط لا يوجب انفصام الالتزامين القائمين بالنفس، كما لا يخفى.

و دعوى: وحدة الإيجاب و القبول اللفظيين الحاكين عن الالتزامين المرتبطين، كما ترى، حيث إن مورد اعتبار الموالة هو العقد لا الكلامان الحاكيان عنه، فمن ناحية

---

العقد العرفي لا يمكن الحكم باعتبار الموالاة في العقد.

مع أنه لو كان التوالي معتبرا في العقد من حيث إنه عقد عرفي لزم اعتباره في جميع أنواع العقود من اللازمة و الجائزة- كما هو مقتضى إطلاق كلام الشهيد في القواعد- إذ لزوم و الجواز من أحكام العقد لا من مقوماته. مع أن الشهيد الثاني لم يعتبر الموالاة في الوديعة التي هي من العقود الجائزة، وقال في أول وديعة الروضة: «و كيف كان لا تجب مقارنة القبول للإيجاب قوليا كان أو فعليا» (1).

فلو كان الوجه في اعتبار الموالاة عنوان العقدية فلا بدّ من الالتزام باعتبارها في كل عقد لازما كان أو جائزا.

و كيف كان فقد أورد المحقق النائيني قدس سرّه على ما عرفته من جواب المصنف عن الدليل المذكور- الذي استدلّ به الشهيد قدس سرّه- بوجه:

أحدها: أن البيع و الصلح و التجارة و النكاح ليست إلا العقود المتعارفة، فلا بدّ من الموالاة فيها قضية لعقديتها.

وفيه: أنّ التعارف لا يوجب انصراف الإطلاق إلى خصوص العقود المتعارفة، حتى يقال: إنّ دليلي البيع و التجارة بمنزلة أوفوا بالعقود في كون الموضوع عنوان العقد.

ثانيها: أنه لا يصح التمسك بإطلاق دليلي البيع و التجارة لنفي اعتبار الموالاة، لعدم كونهما في مقام البيان من جميع الجهات، هذا.

وفيه أولا: أنّ التمسك بالإطلاق المزبور لإمضاء الأسباب يكشف عن ورودهما في مقام بيان الجهات.

و ثانيا: أنّ الشك في ورودهما في مقام البيان كاف في الإطلاق، للأصل العقلاني على ما قرّر في محله.

---

(1): الروضة البهية، ج 4، ص 230

ثالثها: أنه لا يمكن التفكيك بين الصحة و اللزوم إلا بدليل خارجي من الإجماع ونحوه، من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين، أو جعلهما لأنفسهما أو لأجنبي، فهذه المعاملة و هي الإيجاب و القبول- اللذان تخلل الفصل بينهما- لا يشملها أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الذي هو دليل اللزوم، و لأجل ذلك لا يحكم بلزومها، فلا بدّ من البناء على فسادها أيضا، لما عرفت من عدم التفكيك بين الصحة و اللزوم إلا بدليل على عدم اللزوم، و ذلك الدليل مفقود هنا، فلا محيص عن الحكم بفسادها، هذا.

و فيه أولا: عدم انحصار دليل لزوم البيع ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لدلالة قوله تعالى:

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ عَلَى اللزوم، حيث إنّ الأكل بالفسخ ليس تجارة عن تراض، فيكون من الأكل بالباطل كما تقدّم تفصيله في أدلة لزوم المعاطاة.

و ثانيا: عدم دليل على التلازم بين الصحة و اللزوم.

و ثالثا: أنّ عدم شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يدلّ على عدم اللزوم حتى يحكم- بضميمة عدم الفصل- بالفساد، إذ يمكن أن يقال: بكفاية دليل الصحة- بضميمة عدم الفصل بين الصحة و اللزوم- في الحكم باللزوم، هذا.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني قدس سرّه على ما في تقرير بحثه الشريف من:

«أنّ في المعاملة خلعا و لبسا، حيث إنّ البائع يخلع ثوب الملكية عن نفسه و يلبسه شخصا آخر، فتخلل الفصل بين الإيجاب و القبول يوجب تحقق الخلع مع عدم ثبوت اللبس و يلزم منه تحقق الإضافة بلا- مضاف إليه. أو أنّ في المعاملة إيجاد علقه، و مع الفصل بين الإيجاب و القبول يلزم تحقق العلقه بلا محل. و كلاهما باطل، فلا بد من اتصال القبول بالإيجاب» «1»، هذا.

و فيه أولا: النقص بالزمان القصير المتخلل بين الإيجاب و القبول في جميع

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 111



---

الموارد، إذ لا فرق في هذا المحذور العقلي - وهو لزوم قيام الإضافة و العلقه بذاتهما و بلا محلّ و بغير مضاف إليه- بين قصر الزمان و طولهُ.

و ثانياً:- بعد تسليمه- أنّه لا يبقى مجال للتردد و الإشكال في اعتبار الموالاة في بعض العقود، و هو العقود العهديه غير المشتملة على المعاوضة كالهبة و الرهن، لأنّ اللبس و الخلع موجودان في الهبة أيضاً، إذ إضافة الملكية تخلع من الواهب، و يكتسبها المتّهب، فإذا تخلّل الفصل بين الإيجاب و القبول لزم الخلع بلا لبس مدّة من الزّمان.

و ثالثاً: أنّ الخلع و اللبس الإنشائيين يتحققان بالإيجاب من دون حاجة إلى القبول أصلاً، فالموجب ينشئ تمام ماهية البيع و يملك المبيع و يتملك الثمن، و القابل ينفذ هذا الإيجاب، فلا ينفصل اللبس عن الخلع. و أمّا الخلع و اللبس الاعتباريان اللذان يحكم بهما الشرع أو العقلاء فلا يحصلان إلا بالقبول، فبوجوده يتحققان معاً في آن واحد من دون تخلّل لحظة بينهما، فلا يلزم المحذور العقلي و هو تحقق الإضافة بلا محل، فابتناء اعتبار الموالاة في العقد على هذه المسألة العقلية ليس في محله.

الوجه الرابع: ما يظهر من حاشية المحقق الإرواني قدّس سرّه و هذا نصّه: «و كأنّ اعتبار التوالي ناش من اعتبار المطابقة بين الإيجاب و القبول، بتوهم: عدم حصول المطابقة مع التأخّر، لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخّر القبول فإمّا أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحّته حصول النقل من حين الإيجاب كما في الإجازة على القول بالكشف، فيكون النقل حاصلًا قبل حصول تمام العقد، و ذلك باطل.

أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب أعني النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب و القبول. و هذا المحذور و إن كان يعمّ صورة التوالي أيضاً، لتحقق الفصل هناك أيضاً و لو بيسير، لكن هذا المقدار من التخلف لا يضر بالمطابقة العرفية، فلا يوجب الحكم بالفساد» (1).

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 90

وفيه أولاً: أنّ الالتزام بصحة العقد من حين الإيجاب بأن يكون القبول كاشفاً عن صحته كذلك حقيقة أو حكماً ممّا لا مانع عنه، لما مرّ مراراً من أنّ الموجب ينشئ تمام ماهية العقد، فالقبول كاشف- كالأجازة في الفضولي- فيكون القبول قبولاً لتمام مضمون الإيجاب من دون محذور.

هذا ما أفيد، لكنه لا يخلو من تأمل، وجهه: أنّ جعل القبول كاشفاً لا جزء السبب المؤثّر في المسبب خلاف مقتضى العقد، لأنّ مقتضاه كون كلا الإنشائين سبباً، لا كون القبول واسطة إثباتية، وإلا كان إيقاعاً لا عقداً.

وثانياً: أنّ مضمون الإيجاب ليس إلّا مجرد التمليك أو التبديل بين المالين، من دون دخل للزمان فيه بأن يكون التبديل مقيّداً بزمان الإيجاب، إلا أنّ ترتب الأثر عليه عرفاً وشرعاً منوط بضم القبول إليه.

وبعبارة أخرى: الزمان ظرف لتحقيق المسببات لا قيد لها، فالقبول- بعد ضمّه إلى الإيجاب- يؤثّر في الأمر الاعتباري العقلاني والشرعي، فمضمون الإيجاب هو النقل الإنشائي، وأمّا الأمر الاعتباري فهو يترتب على القبول الذي هو قبول لتمام المضمون في الصورتين، وهما: كون مضمون الإيجاب النقل من الحين، أو كون مضمونه مجرد النقل الإنشائي، والعلاقة الاعتبارية تترتب على القبول، ففي كلتا الصورتين يكون القبول قبولاً لتمام مضمون الإيجاب من دون محذور.

فتحصل من جميع ما ذكرناه أمور:

الأول: أنّ العقد والبيع والتجارة والإجارة والصلح وغيرها من أنواع العقود أسام للمسببات التي ليست هي من الأمور التدريجية الوجود، ولا من مقولة الألفاظ حتى تلاحظ فيها الموالاة المقومة للهيئة الاتصالية، فليس العقد هو السبب أعني الإيجاب والقبول حتى يكون مركّباً تدريجياً اعتبر فيه الموالاة، إذ لازمه انتفاء العقد بوجود القبول، لانعدام الألفاظ، ولا معنى لوجود العقد مع انعدامها. وقد تقدّم أنّ العقد هو نفس الرّبط

ص: 520

---

بين الالتزامين، و من المعلوم كونه بسيطاً لا مركباً حتى تلاحظ الموالاة بين أجزائه. نعم يعتبر في صحة العقد بقاء الالتزام الإيجابي إلى زمان تحقق الالتزام القبولي.

الثاني: أن قياس العقد على القراءة والتشهد والأذان وغيرها- كما في عبارة الشهيد المتقدمة- في غير محله، لأنها من الأمور المتدرجة الوجود، بخلاف العقد الذي هو دفعي الوجود، لبساطته.

وبالجملة: فلا موضوع للموالاة في العقود حتى يبحث عن اعتبارها وعدمه.

نعم هذان الإشكالان مبنائين، لأنَّ الشهيدين جعلاً ألفاظ المعاملات أسامي للأسباب على ما تقدم مشروحا في محله (1).

الثالث: أنه لا فرق في العقود بين أنواعها في عدم موضوع لاعتبار الموالاة فيها، لكون مفهوم العقد في جميع أنواعه واحداً غير قابل لتطرق بحث الموالاة فيه، هذا.

ثم إنه لو سلم كون العقد من مقولة اللفظ حتى يندرج في الأمر التدريجي- القابل لجريان بحث الموالاة فيه- فنقول: إنه لا دليل على اعتبار الموالاة فيه، لإطلاق أدلة الإمضاء، و معه لا تصل النوبة إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

نعم لما كان الإيجاب والقبول بمنزلة السؤال والجواب كانت الموالاة المعتبرة بينهما بمثابة لا يخرج القبول عما هو بمنزلة الجواب. وأما الموالاة على حدِّ الموالاة المعتبرة في الأذان والصلاة والقراءة ونحوها فهو ممّا لا يساعده دليل.

بل ربما يستدل على عدم اعتبار الموالاة في العقود بما دلّ على إهداء مارية القبطية، حيث إنه وقع بين إيجابه وقبوله فصل طويل. وذلك لأنَّ النجاشي ملك الحبشة- بعد تشرفه بالإسلام- بعث إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بهدايا، وبعث إليه مارية القبطية أم إبراهيم عليه السلام، وبعث إليه بثياب وطيب كثير و فرس.

ويدلّ أيضا على عدم اعتبار الموالاة فحوى ما ورد في قول الصحابي: «زوّجنيها»

---

(1): راجع الجزء الأول عن هذا الشرح، ص 289 إلى 296

---

و الإيجاب بعد فصل طويل «زوّجتكها».

و ما في تقارير المحقق النائبي قدّس سرّه من توجيه الاتصال و الموالاة في الهدايا المرسلّة من الأمكنة البعيدة بقوله: «و لكن الحق اعتبار الاتصال فيها أيضا. و إرسال الهدايا من البلاد البعيدة لا يدل على جواز الانفصال، فإنّ تحقق الأفعال مختلف، فمنها ما لا يحتاج إلى زمان ممتدّ، كما لو وقعت في حضور المتعاطيين. و منها ما يحتاج إليه كالهدايا المرسلّة من الأماكن البعيدة، فإنّ الفعل لا يتحقق إلّا بوصولها إلى يد المهدي إليه.

و جميع هذه الأفعال الصادرة من الوسطة كأنّها صادرة من الموجب، فهو بمنزلة من كان في المشرق، و كانت يده طويلة تصل إلى المغرب، فمدّ يده و أعطى شيئا لمن كان في المغرب، فإنّ فعله يتم في زمان وصول يده إلى المغرب، فتأمل جيّدا» (1).

لا يخلو من غموض، للفرق الواضح بين ما نحن فيه و بين المثال المزبور، و ذلك لأنّ المهدي من المكان البعيد ربما يغفل عن هديّته حين وصولها إلى المهدي إليه، فلا يمكن تنزيل فعل الرسول منزلة فعل المرسل. و هذا بخلاف المثال، فإنّ المهدي في ذلك هو المرسل الذي يكون بنفسه متصديا لإنشاء العقد من دون فصل بين إيجابه و قبوله، لعدم كون طول اليد منخرجا للفعل الواحد عن وحدته كما لا يخفى.

و يدل أيضا على عدم اعتبار الموالاة قيام السيرة بين التجار المتدينين على المعاملة بالكتابة و البرقية مع تخلّل فصل طويل بين إيجابها و قبولها، مع عدم مناقشة أحد في صحتها.

فالمتحصل: أنّ العقد- بناء على كونه المسبّب- لا- معنى لاعتبار الموالاة فيه. و بناء على كونه السبب و هو الإيجاب و القبول- كما هو ظاهر الشهيدين قدّس سرّهما- يتصور فيه التوالي، لكن لا دليل على اعتبار أزيد من الموالاة الرابطة للجواب بالسؤال، فقياس العقد

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 112

ص: 522

---

من ناحية الموالاته على الصلاة وأشباهاها في غير محله.

بقي الكلام فيما أفاده الشهيد قدس سرّه بقوله: «و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه .. إلخ» و الظاهر أنّ مراده كون الاستثناء منشأ للانتقال إلى اعتبار الموالاته في العقد وغيره مما يعتبر فيه الاتصال، و ذلك لأنّ تبعية المستثنى للمستثنى منه أوجبت اعتبار الاتصال و الموالاته بينهما، ففي جميع موارد التبعية لا بدّ من مراعاة الموالاته.

و الإيجاب و القبول في العقود من هذا القبيل، حيث إنّ القبول تابع للإيجاب، فالتبعية تقضي باعتبار الاتصال بينهما أيضا، هذا.

و أنت خير بما فيه، حيث إنّ منشأ اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه هو تقوّم معنى كلمة «إلا» الذي هو معنى حرفي بالطرفين، فلا- محيص عن اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه حتى يتحقّق تلك النسبة و الربط. و هذا بخلاف العقد بمعنى الإيجاب و القبول، فإنّهما بمنزلة السؤال و الجواب، و من المعلوم عدم اعتبار الفورية العرفية بينهما، و إنّما المعتبر فيهما عدم تخلّل زمان معتدّ به بينهما بحيث يخرجان عن السؤال و الجواب.

و كذا ما هو بمنزلةتهما كالسلام و ردّه، و الورود في المسجد و صلاة تحيّته.

و أمّا العقد بالمعنى البسيط- أعني به المسبّب- فقد عرفت امتناع جريان نزاع اعتبار الموالاته و عدمه فيه. فعلى التقديرين لا وجه لجعل الموالاته في باب الاستثناء أصلا لاعتبار الموالاته في العقد، هذا.

و من جملة الشروط التي ذكرها جماعة: التنجيز (1) في العقد، بأن (2) لا يكون معلّقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود

---

المبحث الثالث: اعتبار التنجيز

(1) هذا ثالث المباحث المتعلقة بالجهة الثالثة المتكفلة لشروط الهيئة التركيبية لصيغ العقود، وهو ما ذكره جماعة من شرطية التنجيز أو مانعية التعليق، وقد تعرّض المصنف قدّس سرّه في هذا البحث لمقامات أربعة:

الأول: في معنى التنجيز.

الثاني: في نقل كلمات الأصحاب حتى يظهر منها أنّ اعتباره ثابت عندهم، وأن التنجيز شرط أو التعليق مانع.

الثالث: في دليل اعتبار هذا الشرط.

الرابع: في تحقيق المسألة مورداً ودليلاً، وسيأتي الكلام في كلّ منها بالترتيب.

(2) هذا إشارة إلى المقام الأول، وهو معنى التنجيز المبحوث عنه في صيغ العقود، ومحصّله: أنّ التنجيز عبارة عن الإرسال وعدم إناطة الإنشاء بشيء من أدوات الشرط، وفي مقابله التعليق الذي هو إناطة العقد بشيء من أداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشرط، كما إذا قال: «بعتك هذا الكتاب بدينار إن جاء زيد في هذا اليوم» وقال المشتري: «قبلت هكذا» أي القبول كالإيجاب مشروط بمجيء زيد، فقصدتهما للبيع منوط بمجيئه، بحيث لا يقصدان البيع في صورة عدم ذلك الشرط، فالتنجيز حينئذ عبارة عن قصدتهما البيع بدون الإناطة بالشرط.

ذلك الشيء، لا في غيرها (1).

وَمَمَّن (2) صرَّح بذلك (3) الشيخ والحلِّي (4) والعلامة (5) وجميع من تأخَّر

---

(1) يعني: في غير صورة وجود ذلك الشيء الذي أنيط العقد به، من شرط أو صفة.

(2) هذا إشارة إلى المقام الثاني، وهو أقوال الفقهاء في اعتبار التنجيز في العقود.

(3) أي: باشتراط التنجيز، قال شيخ الطائفة قدس سره في الخلاف: «إذا قال - أي الموكل - إن قدم الحاج أو رأس الشهر فقد وكلتك في البيع، فإن ذلك لا يصح .. دليلنا أنه لا دليل على صحة هذا العقد، وعقد الوكالة يحتاج إلى دليل» (1).

وقال في المبسوط: «و أما الوقف فلا يدخله الخياران - يعني خيارى المجلس والشرط - لأنه متى شرط فيه لم يصح الوقف» (2).

(4) قال في وقف السرائر: «و شيخنا أبو جعفر رحمه الله ذهب إلى أن دخول الشرط في الوقف يبطله. ذكر ذلك في المبسوط وفي مسائل خلافه في كتاب البيوع، لأن عقد الوقف لازم من الطرفين، مثل عقد النكاح» (3) والمستفاد من التعليل أن كل عقد لازم من الطرفين حكمه التنجيز، وعدم صحة دخول الشرط فيه.

(5) قال في التذكرة: «يشترط في الوقف التنجيز، فلو علّقه على شرط أو صفة لم يجز، مثل أن يقول: إذا جاء زيد فقد وقفت داري. أو يقول: إذا جاء رأس الشهر وقفت عبي، كما لا يصح تعليق البيع والهبة» (4).

وقال في الهبة: «و أن يكون العقد منجزاً، فلو علّقه على شرط لم يصح، كالبيع» (5).

---

(1): الخلاف، ج 1، ص 655 (الطبعة الثانية 1377).

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 1، ص 81

(3) السرائر الحاوي: ج 3، ص 158 و 159

(4) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 433

(5) المصدر، ص 415

ص: 525

وقال في هبة القواعد: بعد اعتبار التنجيز: «و لا يصح تعليق العقد».

وفي نكاحه: «و يشترط التنجيز، فلو علّقه على شرط لم يصح» وفي وقفه:

«و يشترط تنجيزه، فلو علّقه بصفة أو بشرط لم يقع» (1).

(1) قال الشهيد في الدروس في شرائط الوقف: «و خامسها: التنجيز، فلو علّق بشرط أو وصف بطل، إلا أن يكون واقعا، و الواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان يوم الجمعة» (2).

وفي اللمعة و شرحها في شرائط الوقف: «و شرطه- مضافا إلى ما سلف- التنجيز» إلى آخر ما في الدروس، و أضاف قوله: «و كذا في غيره من العقود اللازمة» (3).

و اشترط المحقق التنجيز في صحة الوقف، و فرّع عليه قوله: «و لو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر، أو: إن قدم زيد، لم يصح» (4).

و علّق عليه الشهيد الثاني بما لفظه: «هذا تفريع على اشتراط التنجيز .. و تبه بالمثاليين على أنه لا فرق بين تعليقه بوصف لا بدّ من وقوعه كمجيء رأس الشهر، و هو الذي يطلق عليه الصفة، و بين تعليقه بما يحتمل الوقوع و عدمه كقدوم زيد، و هو المعبر عنه بالشرط. و اشتراط تنجيزه مطلقا موضع وفاق كالبيع و غيره من العقود، و ليس عليه دليل بخصوصه» (5).

وقال أيضا في مسألة «إن كان لي فقد بعته» ما لفظه: «إنّ التعليق ينافي الإنشاء

(1): قواعد الأحكام، ص 110، 147، ص 107 (الطبعة الحجرية)

(2) الدروس الشرعية، ج 2، ص 264

(3) الرّوضة البهية، ج 2، ص 169

(4) شرائع الإسلام، ج 2، ص 217

(5) مسالك الأفهام، ج 5، ص 357



والمحقق الثاني (1) وغيرهم (2) قدس الله أرواحهم.

وعن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: «أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية، وكذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة» (1).

وعن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه (2).

وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف: الاتفاق عليه (3).

والظاهر عدم الخلاف (3)

---

في العقود والإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول (4).

(1) قال في شرائط الوقف: «أحدها: تنجيزه، فلو علق بشرط أو صفة..

لم يصح، لعدم الجزم به، كما لا يصح تعليق البيع والهبة» (5).

وقال في بطلان عقد الهبة بالتعليق: «لأنه مع التعليق لا جزم بإنشاء التمليك» (6).

وقال في النكاح: «يشترط في عقد النكاح التنجيز قطعا، لانقضاء الجزم بدونه، فيبطل لو علقه بأمر محتمل أو متوقع الحصول» (7).

(2) منهم الفاضل المقداد في التنقيح والسيد الطباطبائي في وقف الرياض ووكالته.

(3) لكن تأمل جمع في اعتبار التنجيز في الوكالة كالمحقق الأردبيلي والفاضل

---

(1): حكاة السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج 7، ص 526

(2) حكاة السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 165، تمهيد القواعد، ص 117، وليس فيه دعوى الإجماع: ولعل السيد حكاة عن موضع آخر.

(3) مسالك الأفهام، ج 5، ص 357 الحدائق الناضرة، ج 22، ص 10 و 11

(4) مسالك الأفهام، ج 5، ص 276

(5) جامع المقاصد، ج 9، ص 14 و 15

(6) جامع المقاصد، 9، ص 143

(7) جامع المقاصد، ج 12، ص 77

ص: 527

فيه كما اعترف به غير واحد وإن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام (1).

و يدل عليه (2) فحوى فتاواهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتّى أنّ العلامة (3) ادّعى الإجماع

---

السبزواري و المحدث البحراني، فراجع كلماتهم «1».

بل عن المحقق القمي قدّس سرّه التصريح بأن التعليق في الوكالة لا يضرّ بصحتها «2».

(1) يعني: أنّ أكثر الفقهاء لم يتعرّضوا لشرطية التنجيز في خصوص عقد البيع، و لكن يستفاد من كلماتهم في أبواب متفرّقة- كالوقف و الهبة و النكاح و الوكالة و غيرها- تسالمهم على الاشتراط.

(2) أي: على اشتراط التنجيز، و هذا إشارة إلى المقام الثالث و هو بيان الدليل على توقف صحة العقد على عدم تعليقه على شرط أو صفة، و قد تعرّض المصنف قدّس سرّه أولاً لكون المسألة إجماعية، و ثانياً للوجه الذي استند إليه المجمعون.

أمّا أصل اتفاهم على الاشتراط في باب البيع فيستفاد من فحوى شرطيته عندهم في عقد الوكالة مع كونه من العقود الإذنية التي لا يعتبر في إنشائها ما يعتبر في إنشاء العقود اللازمة كالمأضوية و الموالاة بين الإيجاب و القبول، فإذا توقّفت صحة الوكالة على تنجيزها كان توقّف صحة البيع و النكاح- و نحوهما من العقود اللازمة- عليه بالأولية القطعية.

و أمّا وجه الاشتراط فهو منافاة التعليق للجزم حال الإنشاء، و سيأتي بيانه.

(3) مقصوده قدّس سرّه من الاستشهاد بكلام العلامة قدّس سرّه إثبات وضوح شرطية التنجيز- و مبطلية التعليق- في عقد الوكالة التي يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن.

و بيانه: أنّ تعليق الوكالة مبطل، بخلاف تعليق الموكل فيه، مع اشتراكهما في الإنابة

---

(1): مجمع الفائدة و البرهان، ج 9، ص 533 و 534، كفاية الأحكام، ص 128، الحدائق الناضرة، ج 22، ص 10 و 11

(2) جامع الشتات، ج 1، ص 307

على ما حكى (1) عنه على عدم صحة أن يقول الموكل: أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبع عبدي وعلى صحة قوله: أنت وكيل، ولا تبع عبدي إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا (2)

والتوقف، فإذا قال: «أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبع عبدي» كان باطلا، لعدم فعلية التوكيل، لفرض توقفه على حلول يوم الجمعة، وهو معدوم حال الإنشاء.

وإذا قال: «أنت وكيل، ولا تبع عبدي إلا في يوم الجمعة» صح، لفعلية التوكيل وإن كان التصرف الموكل فيه استقباليا.

والفارق بين المثالين - مع اشتراكهما في التعليق - أنّ المعلق في الأوّل هو أصل مضمون العقد وهو التوكيل والإذن، والمفروض اشتراط العقود بالتنجيز. وهذا بخلاف المثال الثاني، فإنّ المعلق ليس أصل التوكيل، بل الموكل فيه. ولو لا دخل التنجيز تعبّدا في العقود لكان اللازم التسوية بين المثالين بصحتهما معا أو بطلانهما كذلك. إلا أن الدخل التعبدي اقتضى بطلان الأوّل وصحة الثاني.

(1) الحاكي لهذه العبارة عن العلامة جمع منهم الشهيد الثاني والمحقق الأردبيلي والسيد الفقيه العاملي قدس سرهم «1» وهو حكاية بالمعنى، لا لنص كلامه، قال في التذكرة:

«لا يصح عقد الوكالة معلقا بشرط أو وصف، فإن علقت عليهما بطلت، مثل أن يقول:

إن قدم زيد، أو: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك، عند علمائنا.. والفرق ظاهر بين تنجيز العقد و تعليق التصرف، وبين تعليق العقد. إذا ثبت هذا فلا خلاف في تنجيز الوكالة و تعليق العقد، مثل أن يقول: وكلتك في بيع العبد ولا تبعه إلا بعد شهر، فهذا صحيح» «2».

(2) وهو الإذن في إنشاء البيع يوم الجمعة.

(1): مسالك الأفهام، ج 5، ص 240، مجمع الفائدة والبرهان، ج 9، 533، مفتاح الكرامة، ج 7، ص 527

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 114

و فرّق (1) بينهما جماعة بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعليق «بأنّ (2) العقود لمّا كانت متلقّاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها وإن أفادت فاندتها» فإذا كان الأمر كذلك (3) عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع؟

وبالجملة: فلا شبهة في اتفاهم على الحكم (4).

و أمّا الكلام (5) في وجه الاشتراط، فالذي صرّح به العلامة في التذكرة «أنه مناف للجزم حال الإنشاء (6)» بل (7) جعل الشرط هو الجزم، ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق.

---

(1) هذا الفارق المذكور في المسالك، قال قدّس سرّه بعد نقل المثالين عن التذكرة:

«و هذا وإن كان في معنى التعليق، إلّا أنّ العقود لمّا كانت متلقّاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط .. إلخ». وقد تقدّم بيان الفارق بين بطلان تعليق الوكالة، و صحة تعليق التصرف الموكّل فيه.

(2) متعلّق بقوله: «فرّق» و هذا كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه.

(3) يعني: فإذا كان التعليق مبطلا في عقد جائز مثل الوكالة فكيف لا يكون مبطلا في عقد لازم كالبيع؟

(4) أي: بطلان العقد بالتعليق يكون متّفقا عليه بينهم.

(5) مقصوده من هذا الكلام: أن اعتبار التنجيز وإن كان إجماعيا، لاتفاهم عليه، لكن اشتراطه ليس تعبّدا محضاً، بل من جهة إناطة الإنشاء بالجزم، و هو منوط بتجريده عن التعليق.

(6) هذا نقل بالمعنى، إذ الموجود في عبارة التذكرة «الجهل بثبوتها- أي المشيئة- حال العقد» «1». نعم في عبارة المسالك الآتية في المتن التصريح بمنافاة التعليق للإنشاء.

(7) الوجه في الإضراب واضح، إذ لو كان مستند اعتبار التنجيز مجرد منافاة

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

ص: 530

قال: «الخامس من الشروط: الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصحّ وإن كان الشرط المشيئة، للجهل بثبوتها حال العقد، وبقائها (1) مدّته. وهو أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندهم الصّحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، لأنّه لو لم يشأ لم يشتر» (1) انتهى كلامه.

و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده (2)، قال: «لأنّ الانتقال بحكم الرّضا (3)، ولا-رضا إلا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق» (2) انتهى.

---

التعليق للجزم كان ظاهراً في مانعية التعليق، لا في شرطية التنجيز. وهذا بخلاف ما لو كان التنجيز شرطاً، فإنّ بطلان العقد بالتعليق يستند إلى فقد الشرط، لا إلى وجود المانع، ومن المعلوم تقدّم رتبة الشرط على عدم المانع.

وعليه فيظهر من عبارة التذكرة أمران:

أحدهما: كون التنجيز- المعبر عنه بالجزم- هو الشرط، لا كون التعليق مانعاً.

والآخر: كون اعتبار التنجيز على طبق القاعدة، وأنّه ليس من باب التعبد.

(1) أي: بقاء المشيئة مدّة العقد في ما لو علم ثبوتها قبل العقد، و جهل بقاءها حال العقد.

(2) ذكره الشهيد في قاعدة عنونها بقوله: «التكاليف الشرعية بالنسبة إلى قبول الشرط و التعليق أربعة أقسام» إلى أن قال: «الثالث: ما يقبل الشرط دون التعليق على الشرط، كالبيع و الصلح و الإجارة و الرهن، لأنّ الانتقال .. إلخ».

(3) توضيحه: أنّ الانتقال و ترتّب الأثر على العقد إنّما هو لأجل الرّضا فعلاً بالانتقال، و لا رضا بالانتقال مع التعليق، لأنّه رضا تقديري لا فعلي، و لا يحرز الرّضا الفعلي- الذي أئيط به نفوذ المعاملة- إلا بالجزم بالإشياء.

وبالجملة: لا يحرز الرّضا الفعلي- المحكوم بالعدم بالأصل- إلا بالجزم، فالتعليق ينافيه.

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) القواعد و الفوائد، ج 1، ص 65، رقم القاعدة: 35

و مقتضى ذلك (1) أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول (2) كما صرّح به (3) المحقق في باب الطلاق.

و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته «أنّ التعليق إنّما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات

---

(1) يعني: و مقتضى منافاة التعليق للجزم هو اختصاص بطلان العقد بما إذا كان المعلق عليه مجهول الحصول. و غرض المصنف قدّس سرّه التنبيه على أنّ استدلال الشهيد قدّس سرّه على مبطلية التعليق بقوله: «و لا رضا إلاّ مع الجزم...» و إن كان مقتضيا- بإطلاقه- لمبطلية التعليق سواء أ كان المعلق عليه مجهول الحصول أم معلومة، إلاّ أنّ الشهيد قدّس سرّه صرّح في كلامه الآتي بأنّه لا مانع من تعليق العقد على أمر معلوم الحصول سواء أ كان حاليا أم استقباليا، فالحالي كما إذا قال المالك: «إن كان لي فقد بعته» و الاستقبالي كما إذا قال: «بعتك إن قدم يوم الجمعة» فالتعليق فيهما غير قادح، لفعلية رضاه بالبيع.

و عليه يختص البطلان بما إذا كان المعلق عليه مجهول الحصول، كقوله: «بعتك إن قدم زيد من السفر» مع عدم إحراز مجيئه.

(2) إذ مع العلم بحصوله يكون التعليق صوريّا، فالرضا الفعلي محرز.

(3) يعني: صرّح المحقق بأنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، قال قدّس سرّه في كتاب الطلاق: «و يشترط في الصيغة تجريدتها عن الشرط و الصفة في قول مشهور، لم أقف فيه على مخالف منّا» إلى أن قال: «تفريع: إذا قال: أنت طالق في هذه الساعة إن كان الطلاق يقع بك، قال الشيخ قدّس سرّه: لا يصح، لتعليقه على الشرط. و هو حق إن كان المطلق لا يعلم. أمّا لو كان المطلق يعلمها على الوصف الذي يقع معه الطلاق فينبغي [ينبغي] القول بالصحة، لأنّ ذلك ليس بشرط، بل أشبه بالوصف و إن كان بلفظ الشرط» «1».

---

(1): شرائع الإسلام، ج 3، ص 18 و 19

ص: 532

حيث (1) يكون المعلق عليه مجهول الحصول (2) «(1)».

لكن (3) الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم «أنّ الجزم ينافي التعليق

(1) ظرف لقوله: «انما ينافي» وهذا تقريب المنافاة و موردها، و حاصله: أنّ منافاة التعليق للإنشاء إنّما تكون في التعليق على أمر مجهول الحصول، لأنّه مع العلم بحصوله لا تعليق حقيقة وإن كان تعليقا صورة.

(2) فإذا كان المعلق عليه معلوم الحصول- و لو في المستقبل- لم يقدح في صحة الإنشاء.

و الأولى نقل جملة من كلام الشهيد الثاني في شرح قول المحقق «و طريق التخلّص أن يقول الموكل: إن كان لي فقد بعته من الوكيل، فيصح البيع، و لا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط، و يتقاصن» فقال في المسالك: «إنّما لم يكن ذلك شرطا- مع كونه بصيغته- لأنّ الشرط المبطل ما أوجب توقف العقد على أمر يمكن حصوله و عدمه. و هذا أمر واقع يعلم الموكل حاله، فلا يضرّ جعله شرطا. و كذا القول في كل شرط علم وجوده، كقول البائع يوم الجمعة مع علمه به: إن كان اليوم الجمعة فقد بعته بكذا».

و المستفاد منه صحة التعليق في ما كان المعلق عليه متحققا خارجا، مثل كون المبيع مملوكا له.

(3) غرضه من هذا الاستدراك التنبيه على اختلاف الشهيدين قدّس سرّهما في مورد منافاة التعليق للجزم، فالشاهد الأوّل جوّز التعليق في مورد واحد، و هو كونه معلوم الحصول حال الإنشاء، كما في مثل: «إن كان لي فقد بعته» مع كونه مملوكا له، فلو كان المعلق عليه معلوم الحصول في المستقبل لم يصحّ.

و لكن ظاهر الشهيد الثاني صحّته إذا علم وجوده، حيث قال في عبارته المتقدّمة آنفا: «و كذا القول في كل شرط علم وجوده». لكن عموم هذه العبارة

(1): جامع المقاصد، ج 8، ص 305، مسالك الأفهام، ج 5، ص 276

ص: 533



لأنه بعرضة عدم الحصول- و لو قدّر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف (1)- لأن (2) الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه (3)، فاعتبر المعنى العام (4) دون خصوصيات الأفراد».

ثم قال: «فإن قلت: فعلى هذا (5) يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل: إن كان لي فقد بعته منك بكذا.

---

للشرط غير الموجود فعلا محل تأمل.

(1) عبارة القواعد هكذا: «و لو قدّر علم حصوله كالمعلّق على الوصف ..».

(2) تعليل لمنافاة التعليق للإنشاء وإن كان المفروض العلم بحصوله كالتعليق على الوصف. و حاصل تقريبه: أنّ جنس الشرط بحسب الوضع الأولي- مع الغصّ عن الخصوصيات الخارجية المتنوعة الموجبة للتفصيل في منافاة الشرط للإنشاء بين الوجود والعدم- ينافي الجزم المعتبر في الإنشاء.

وبعبارة أخرى: اعتبار عدم التعليق في العقد إنّما هو بلحاظ جنس الشرط بمعناه العام الساري في جميع الأفراد، لا الشرط بلحاظ خصوصياته النوعية والشخصية، فأداة الشرط تخرج الإنشاء عن الإرسال وتجعله منوطا بشيء، مهما كان المعلّق عليه.

(3) المراد بأنواع الشرط هو معلوم الحصول في الحال أو في الاستقبال، و مجهوله كذلك، فإنّ الشرط في جميع موارد محتمل الحصول والعدم. نعم إذا كان معلوم التحقق حال الإنشاء صحّ، لكون التعليق صورياً لا جدياً.

(4) يعني: أنّ المعتبر هو مانعية الشرط و منافاته للجزم- بما هو شرط- مع الغصّ عن كون المعلّق عليه حاصلًا حين الإنشاء أم لا.

(5) أي: فبناء على تقدير كون المناط في مبطلية التعليق جنس الشرط يلزم بطلان العقد حتى في قوله في صورة إنكار التوكيل: «إن كان لي فقد بعته منك» ممّا كان التعليق على أمر معلوم الوجود في ظرف الإنشاء. و الحال أنّه صحيح، فيستكشف من ذلك أنّ المدار على خصوصيات الشرط لا جنسه، إذ المفروض وجود الجنس.

قلت (1): هذا تعليق على واقع، لا متوقع الحصول، فهو (2) علة للوقوع أو مصاحب له (3)، لا معلق عليه الوقوع.

وكذا نقول (4) لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج، وإنكار التزويج

وَأَمَّا كَوْنُ التَّعْلِيْقِ هُنَا عَلَى أَمْرٍ مَعْلُومٍ الْوُجُودِ فَلِقَوْلِهِ فِي الْجَوَابِ: «إِنَّ هَذَا تَعْلِيْقٌ عَلَى وَاقِعٍ» يَعْنِي عَلَى أَمْرٍ يَعْلَمَانِ أَنَّهُ وَاقِعٌ فِي ظَرْفِ الْإِنْشَاءِ، ضَرْوْرَةٌ أَنْ مَجْرَدُ وَقُوعِهِ فِي ظَرْفِ الْإِنْشَاءِ فِي الْوَاقِعِ - بَدْوْنِ الْعِلْمِ بِهِ - لَا يَمْنَعُ عَنِ التَّرْدِيدِ، وَ مَعَهُ يَبْقَى التَّنَافِي - بَيْنَ التَّعْلِيْقِ عَلَيْهِ وَ بَيْنَ الْجَزْمِ - عَلَى حَالِهِ.

(1) مَحْصَلُ هَذَا الْجَوَابِ: أَنَّ التَّعْلِيْقَ هُنَا صَوْرِي لَا حَقِيْقَةً لَهُ، لِأَنَّ التَّعْلِيْقَ الْحَقِيْقِيَّ مَنْوُطٌ بِعَدَمِ الْعِلْمِ بِتَحَقُّقِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ حِينَ الْإِنْشَاءِ، فَمَرْجِعُ قَوْلِهِ: «إِنْ كَانَ لِي فَقَدْ بَعْتَهُ» إِلَى قَوْلِهِ: «لَمَّا كَانَ لِي فَقَدْ بَعْتَهُ».

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْعِبْرَةَ بِجِنْسِ الشَّرْطِ، لَكِنْ يَعْتَبَرُ فِيهِ الْجَهْلُ بِتَحَقُّقِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ وَ تَرْقُبِ حَصُولِهِ، وَ هُنَا لَا تَرْقُبُ، إِذْ لَا جَهْلَ.

(2) يَعْنِي: أَنَّ وُجُودَ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ وَاقِعًا عِلَّةٌ لَوُقُوعِ الْمُنْشَأِ - أَيِّ الْبَيْعِ - الَّذِي أُنْشِئَ بِقَوْلِهِ: «إِنْ كَانَ لِي فَقَدْ بَعْتَهُ» فَمَمْلُوكِيَّةُ الْمُبِيعِ فَعَلًا عِلَّةٌ لَوُقُوعِ الْبَيْعِ بِهَذَا الْإِنْشَاءِ الْمَزْبُورِ.

(3) مَعْطُوفٌ عَلَى «عِلَّةٍ» يَعْنِي: أَنَّ مَمْلُوكِيَّةَ الْمَالِ لَيْسَتْ عِلَّةً لَوُقُوعِ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ مَصَاحِبَةً لِلْعِلَّةِ، إِذْ الْعِلَّةُ هِيَ إِرَادَةُ الْبَيْعِ، وَ يَصْحَبُهَا مَمْلُوكِيَّةُ الْمَالِ.

(4) يَعْنِي: يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ فِي مِثَالَيْنِ آخَرَيْنِ، أَحَدُهُمَا: إِذَا تَنَازَعَ رَجُلٌ وَ امْرَأَةٌ فِي الزَّوْجِيَّةِ، فَادَّعَتْهَا الْمَرْأَةُ وَ أَنْكَرَهَا الرَّجُلُ، فَتَنْحَلُّ الْمُرَافَعَةُ بِأَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: «إِنْ كَانَتْ زَوْجَتِي فَهِيَ طَالِقٌ» فَيَقَعُ الطَّلَاقُ - عَلَى تَقْدِيرِ تَحَقُّقِ الزَّوْجِيَّةِ وَاقِعًا - مَعَ كَوْنِهِ مَعْلُوقًا.

وَ لَا يَقْدَحُ هَذَا التَّعْلِيْقَ، لِأَنَّ الْمَعْلُوقَ عَلَيْهِ - وَ هُوَ الزَّوْجِيَّةُ - مَتَحَقِّقٌ فِي وَعَاءِ الْإِعْتِبَارِ، وَ لَيْسَ مَتَوَقَّعُ الْحَصُولِ كَمَا فِي قُدُومِ زَيْدٍ مِنَ السَّفَرِ. هَذَا إِذَا كَانَ أَصْلُ التَّرْوِيْجِ ثَابِتًا.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُمَا عِلْقَةٌ كَانَ الطَّلَاقُ الْمَزْبُورَ لَغَوًا، مِنْ جِهَةِ انْتِفَاءِ الْمَوْضُوعِ.

حيث تدعيه (1) المرأة: إن كانت زوجتي فهي طالق» (1) انتهى كلامه رحمه الله.

وعلل العلامة في القواعد صحة- إن كان لي فقد بعته- «بأنه (2) أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضرّ جعله شرطاً. وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه (3) لا يوجب شكاً في البيع، ولا وقوفه (4)» انتهى (2).

وتفصيل الكلام (5): أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، وإما

ثانيهما: إذا تنازع الرجل والمرأة، فادّعت أن الرجل وكل شخصاً في أن يزوّجني منه، وقد تزوّجت به، وأنكر الرجل هذه الوكالة، فيصح أن يقول: «إن كانت زوجتي فهي طالق» على ما تقدّم في المثال الأول.

(1) بأن ادّعت التزويج أو التوكيل فيه.

(2) هذا نقل بالمعنى، وإلا فعبرة القواعد هكذا: «فإن قال: إن كانت الجارية لي فقد بعته، أو قال الموكّل: إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعته، فالأقرب الصحة، لأنه أمر واقع يعلمان وجوده..» إلى آخر ما في المتن.

(3) يعني: أن الشرط المعلوم وجوده لا يوجب شكاً ولا ترديداً في إنشاء البيع.

(4) يعني: لا يوجب هذا التعليق توقف البيع على ذلك المعلق عليه، إذ العلم بحصوله حال البيع يوجب كون التعليق صورياً لا حقيقياً.

(5) بعد أن أشار المصنف قدس سرّه إلى جملة من كلمات الفقهاء وما استدّلوا به على شرطية التنجيز تعرّض للمقام الرابع المتكفل لتحقيق المسألة موضوعاً ومحمولاً، وأفاد فيه مطالب ثلاثة:

الأول: في ذكر أقسام التعليق بالنظر إلى المعلق عليه، وبيان حكم كل منها.

الثاني: في تحقق الوجوه المستدل بها على اعتبار التنجيز.

الثالث: في حكم تردد المنشئ وعدم جزمه بتحقيق شرط الصحة، وسيأتي تفصيل الأخيرين بتبع المتن. فنقول وبه نستعين وبوليّه صلوات الله وسلامه عليه وآله نستجير:

(1): القواعد والفوائد، ج 1، ص 66

(2) قواعد الأحكام، ص 105 (الطبعة الحجرية)

يكون محتمل التحقق. و على الوجهين فإمّا أن يكون تحقّقه -المعلوم أو المحتمل- في الحال أو المستقبل.

المطلب الأوّل في أقسام التعليق، و محصله: أنّ المعلّق عليه إمّا معلوم الحصول، أو مشكوك الحصول، و على كلّ منهما فإمّا أن يكون المعلّق عليه ممّا يتوقف عليه صحة العقد شرعا، أو يكون أجنبيا عن العقد، فالمجموع ثمانية أقسام.

أمّا التعليق على مصحّح العقد- كشرائط العوضين و المتعاقدين بالنسبة إلى البيع- فكالموارد الأربعة التي ذكرها في المتن.

أولها: قابلية المبيع للملك و للبيع شرعا، بأن لا يكون ساقطا عن المالية كالخمر و الخنزير.

ثانيها: قابلية المبيع للإخراج عن ملك البائع بعد الفراغ عن ملكيته، كعدم كون الأمة أمّ ولد، و عدم كونه وقفا و لا رهنا.

ثالثها: قابلية المشتري للملك، بأن لا يكون عبدا مملوكا لا يقدر على شيء.

رابعها: قابلية المشتري للمعاملة معه- بعد كونه مالكا- بأن لا يكون صبيّا.

فإذا قال: «بعتك هذا بشرط أن لا يكون خمرا» أو «بعتك هذه الأمة على أن لا تكون أمّ ولد» أو «بعتك هذا على أن تكون حرّا» أو «بعتك على أن لا تكون صغيرا» كان المعلّق عليه ممّا يتوقف صحة العقد عليه. و في كل واحد من هذه الأمثلة تقادير أربعة، إذ المعلّق عليه إمّا معلوم الحصول في الحال أو في الاستقبال، و إما مجهول الحصول كذلك.

و أمّا الصور الأربع التي يصرّح فيها بالتعليق و لم يكن المعلّق عليه دخيلا في صحة العقد، فقد ظهرت مما تقدّم عند نقل الأقوال، كما إذا باع ماله معلّقا على مجيء زيد أو طلوع الشمس، فإن المجيء و الطلوع ليسا من شرائط صحة البيع، فإذا علّق البيع عليهما فإمّا أن يكونا معلوم الحصول حال الإنشاء، و إمّا في الاستقبال، و إمّا أن يشك في الحصول في الحال أو في الاستقبال. فهذه صور أربع.

هذا كلّ في صور التصريح بالتعليق. و زاد المصنف قدّس سرّه ما إذا كان التعليق لازما

و على التقادير فإمّا أن يكون الشرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد، ككون (1) الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً، أو ممّا (2) يصحّ إخراجه عن الملك كغير أمّ الولد و غير الموقوف و نحوه (3)، و كون (4) المشتري ممّن يصح تملكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه (5) بأن يكون بالغاً.

للكلام و إن لم يصرّح فيه بأداة الشرط، كما إذا قال: «بعتك هذا يوم الجمعة» بأن يكون ظرف حصول الملكية للمشتري هو يوم الجمعة، فيجري فيه ما تقدّم من أنّ الإنشاء إن كان في يوم الجمعة فالمعلّق عليه محرز الحصول في الحال، و إن كان يوم الخميس فالمعلّق عليه محرز الحصول في الاستقبال.

هذا إجمال صور التعليق، و سيأتي بيان أحكامها عند شرح كلمات المصنف قدّس سرّه إن شاء الله تعالى.

(1) قد عرفت أنّ المذكور في المتن - من شرائط الصحة - أمور أربعة.

أولها: قابلية المبيع للتملّك، و عدم إلغاء ماليّته العرفية، بأن لا يكون خمراً و لا خنزيراً، فإذا قال: «بعتك هذا على أن لا يكون خمراً» كان المعلّق عليه ممّا يتوقف صحة العقد عليه شرعاً.

(2) هذا ثاني الأمور التي تتوقف صحة العقد عليها شرعاً.

(3) ممّا لا يكون المال ملكاً طلقاً لأحد المتبايعين، كبيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن، كأن يقول: «بعتك هذا على أن لا يكون رهناً».

(4) معطوف على «كون» في قوله: «ككون الشيء» و هذا ثالث الأمور، و هو قابلية المشتري للتملّك بأن لا يكون عبداً و لا كافراً حريباً.

(5) هذا رابع الأمور المعتبرة شرعاً في البيع، و هو بلوغ المتعاقدين، فإنّ الصبي مسلوب العبارة، بأن يقول البائع: «بعتك على أن تكون بالغاً».

و نظير هذه الأمور الأربعة الدخيلة في الصحة ما تقدّم من تعليق الطلاق على زوجية المرأة، كما إذا قال: «إن كانت هند زوجتي فهي طالق» و أنه من التعليق على واقع لا على متوقّع.

وإما (1) أن لا يكون كذلك (2).

ثم التعليق إما مصرح به (3)، وإما لازم من الكلام، كقوله: «ملكك هذا بهذا يوم الجمعة» وقوله في القرض والهبة: «خذ هذا بعوضه (4)» أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة (5)» فإن التمليك (6) معلق على تحقق الجمعة في الحال أو في

---

(1) معطوف على قوله: «فإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصحّحا للعقد».

(2) بأن يكون أجنبيا عن المصحح للعقد، كأن يقول: «بعتك هذا المتاع إن صلّيت صلاة الليل» فإن هذا الشرط ليس من شروط صحة البيع.

(3) قد عرفت صور صراحة التعليق، وأما التعليق المستفاد من الدلالة الالتزامية فالمستفاد من المتن أنّ له صورتين:

إحدهما: أن يتضمّن الإنشاء ظرفا، مثل «اليوم، وعند، وحين» ونحوها، كما إذا قال: «بعتك هذا بهذا يوم الجمعة» فإن البيع معلق على تحقق يوم الجمعة إمّا في الحال كما إذا كان زمان الإنشاء يوم الجمعة، أو في الاستقبال كما إذا كان الإنشاء يوم الخميس.

ثانيتها: أن يكون لا يتضمّن الإنشاء ظرفا، وإمّا يستفاد التعليق من توقف صحة البيع على أمر واقعي كالملكية، كما إذا باع الولد مال والده بظنّ موته حتى ينتقل إليه، ويخرج عن الفضول، فيقول: «بعتك هذا بكذا» فإنّ توقف صحة البيع على مملوكية المبيع - أو ملك أمر البيع - أمر واقعي سواء علّق الإنشاء عليه بأن يقول: «بعتك إن كان لي» أم لم يعلّق عليه.

(4) أي: «خذ هذا بعوضه يوم الجمعة» وهذا تعليق القرض - بالدلالة الالتزامية - على يوم الجمعة، وهو من التعليق على أمر معلوم الحصول في الحال إن كان ظرف الإنشاء يوم الجمعة، أو في الاستقبال إن كان الإنشاء قبل الجمعة.

(5) هذا مثال تعليق الهبة بما ليس صريحا.

(6) يعني: فإنّ التمليك - بالقرض أو بالهبة - وإن كان منجزا، لعدم التصريح بأداة

الاستقبال. ولهذا (1) احتمال العلامة في النهاية وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته، معللاً «بأنّ العقد وإن كان منجزاً في الصورة، إلاّ أنّه معلّق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك» (1).

---

فما كان منها معلوم الحصول (2) حين العقد فالظاهر أنّه غير قاذح، وفاقاً

---

الشرط، لكنه معلّق واقعا على تحقق الجمعة في الحال أو في الاستقبال.

(1) أي: ولأعمية التعليق من الصريح والضماني احتمال العلامة وولده قدّس سرهما بطلان بيع الوارث مال مورثه بظن موته. قال العلامة: «ولو باع مال أبيه بظن أنّه حيّ وهو فضولي، فبان أنّه كان ميتاً حينئذ، وأنّ المبيع ملك للعاقد، فالأقوى الصحة، لصدوره من المالك» ثم فرّق قدّس سره بين إخراج زكاة فيبطل، وبيعه فيصح، لعدم توقف البيع على النيّة، ثم قال: «ويحتمل البطلان، لأنّه وإن كان العقد منجزاً في الصورة، إلاّ أنّه في المعنى معلّق، وتقديره: إن مات مورثي فقد بعثك. ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أنّ المبيع لغيره» و نحوه كلام فخر المحققين، فراجع.

هذا تمام الكلام في ذكر صور التعليق، وسيأتي بيان أحكامها إن شاء الله تعالى.

(2) يعني: معلوم الحصول مطلقاً سواء توقف عليه صحة العقد أم لا. وهذا شروع في بيان حكم الأقسام المتقدمة، فأفاد عدم قدح التعليق في صورتين، وجمعهما كون المعلّق عليه معلوم التحقق حين العقد مطلقاً، سواء أكان من قبيل ما هو مصحّح للعقد أم لا، كما إذا قال: «إن كان لي فقد بعثك» مع كونه ملكاً له أو قال: «بعثك إن كان اليوم الجمعة» مع كون يوم الإنشاء الجمعة.

و الوجه في صحة العقد: ما تقدّم في كلام جمع من أن التعليق فيها صوري، وأنّه تعليق على واقع لا على متوقّع، فشرط الصحة - وهو الجزم بالإنشاء - متحقق بالفعل.

---

(1): نهاية الأحكام، ج 2، ص 476 و 477، إيضاح الفوائد ج 1، ص 420

ص: 540

لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني والصيمري (1).

و حكي (2) أيضا عن المبسوط والإيضاح في مسألة ما لو قال: إن كان لي فقد بعته (1).

بل لم يوجد في ذلك (3) خلاف صريح. ولذا (4) ادعى في الرياض في باب

---

(1) ظاهر العطف أن المصنف قدس سره نقل كلاما عن الصيمري كما نقل عن المحقق والعلامة والشهيدان وغيرهم، فأحال بقوله: «وفاقا لمن عرفت» على ما سبق نقله عنهم.

لكن لم نجد في المتن من أول بحث التنجيز إلى هنا تصريحًا بكلام الصيمري.

ولعل مراد المصنف بقوله: «وفاقا لمن عرفت» أعم ممن صرح باسمه و من أدرجه في عموم: «و جميع من تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم قدس سرهم» فتصح نسبة عدم القدح إلى هذه الجماعة حتى الصيمري.

و كيف كان فهو- كما في مقدمة المقابس والذريعة- الشيخ مفلح بن الحسن [الحسين] الصيمري من تلامذة ابن فهد الحلبي قدس سره، و له كتاب غاية المرام في شرح شرائع الإسلام (2)، و نقل السيد العاملي عنه في كتاب الوكالة اعتبار التنجيز، فراجع (3).

(2) يعني: و حكي عدم القدح- في التعليق على ما هو معلوم الحصول حين العقد- عن المبسوط والإيضاح، و سيأتي في المتن نقل كلام المبسوط، و مورده و إن كان معلوم التحقق حال الإنشاء، لكنه مختص بمصحح النقل لا مطلقا.

(3) أي: في عدم قادية التعليق على الشرط المعلوم حصوله حال العقد.

(4) أي: و لأجل عدم وجود الخلاف الصريح- في جواز التعليق على معلوم الحصول- ادعى السيد الطباطبائي عدم الخلاف في الصحة، قال قدس سره في وقف الرياض:

---

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 385، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 360

(2) مقابس الأنوار، المقدمة، ص 18، الذريعة إلى تصانيف الشيعة، ج 16، ص 20

(3) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 526



الوقف: عدم الخلاف فيه صريحا (1).

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة (2) فالظاهر أنه (3) داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز،

---

«و يشترط فيه التنجيز، فلو علّقه على شرط متوقع أو صفة مترتبة، أو جعل له الخيار في فسخه متى أراده من دون حاجة بطل بلا خلاف فيه، و في الصحة لو كان المعلق عليه واقعا، و الواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة. و كذا في غيره من العقود. و بعدم الخلاف صرح جماعة» (1).

و المقصود من نقل كلام السيد أنه ادّعى عدم الخلاف في الصحة، كما حكاه عن جماعة، و به يقوى نقل الإجماع على عدم مانعية التعليق على الشرط المعلوم وقوعه حال الإنشاء. هذا حكم التعليق على معلوم الحصول في الحال.

(1) هذا بيان حكم قسم آخر، و هو التعليق على معلوم التحقق في الاستقبال كطلوع الشمس و مجيء الجمعة إذا كان الإنشاء قبلهما، و هو مبطل للإنشاء، لكونه داخلا في معقد إجماعهم على عدم جواز التعليق. فالمعول في البطلان هو الاتفاق المزبور.

فان قلت: إنّ تعليق اعتبار التنجيز في بعض الكلمات «باشتراط الجزم»- كما تقدّم في عبارة التذكرة- يقتضي جواز التعليق على ما يعلم بحصوله بعد الإنشاء، لتحقق الجزم بالإنشاء عند العلم بحصول المعلق عليه في المستقبل.

قلت: نعم، لكن لما كان مستند شرطية التنجيز هو الإجماع تعيّن الحكم بالبطلان في هذا القسم.

(2) في قبال التعليق على الشرط، و هو ما لا يقين بحصوله في المستقبل كقدوم زيد.

(3) أي: أنّ معلوم الحصول في المستقبل مشمول للإجماع على بطلان التعليق عليه.

---

(1): رياض المسائل، ج 2، ص 18

ص: 542

وإن كان (1) تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه كما اعترف به (2) الشهيد فيما تقدم عنه (3)، ونحوه الشهيد الثاني فيما حكي عنه (4).

بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه (5) ممّا لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامة، فإنّه قال: «إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشهر فقد

---

(1) مقصوده من هذه الجملة: أنّ المجمعين استندوا إلى منافاة التعليق للجزم بالإنشاء، ومقتضاه جواز التعليق على معلوم الحصول في المستقبل، لفعلية الجزم والرّضا حال الإنشاء. إلّا أنه مع ذلك يحكم ببطلان هذا التعليق، لأجل الإجماع.

(2) يعني: كما اعترف الشهيد قدّس سرّه بدخول الشرط المعلوم الحصول في المستقبل في معقد اتقافهم على عدم الجواز.

(3) حيث قال: «إنّ الجزم ينافي التعليق، لأنّه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأن الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه .. إلخ» وقد تقدّم كلامه في (ص 530).

(4) حيث قال: «من شرط الوكالة وقوعها منجّزة عند علمائنا، فلو علّقها على شرط متوقّع، وهو ما يمكن وقوعه وعدمه، أو صفة وهي ما كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع الشمس .. لم يصح» «1».

(5) يعني: يظهر من عبارة المبسوط: كون عدم جواز التعليق على معلوم التحقق في المستقبل ممّا لا خلاف فيه عند الكلّ. والوجه في الإتيان بكلمة «بل» هو أنّ المصنّف استظهر أوّلاً شمول معقد الإجماع لهذا القسم، من جهة الإطلاق. ولكن عبارة المبسوط صريحة في الإجماع على بطلان الوقف بالتعليق على معلوم الحصول في المستقبل، ومعه لا يبقى مجال توهم الجواز، بأن يقال: إنّ الإجماع دليل لبي يقتصر على المتيقن منه، فلا يبطل التعليق على ما يعلم تحققه بعد الإنشاء.

---

(1): مسالك الأفهام، ج 5، ص 239

ص: 543

وقفته (1) لم يصحّ الوقف بلا خلاف، لأنّه مثل البيع والهبة. وعندنا مثل العتق أيضا» (1) انتهى، فإنّ ذيله (2) يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالإمامية (3). نعم مماثلته للعتق مختصة بهم.

وما كان منها مشكوك الحصول (4)- وليس صحة العقد معلّقة عليه في الواقع كقدوم الحاج- فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم.

---

(1) عبارة المبسوط هكذا: «فقد وقفت هذه الدار على فلان لم يصح .. إلخ».

(2) يعني: فإنّ ذيل قول الشيخ: «لأنّه مثل البيع والهبة .. إلخ» يدلّ على اتّفاق المسلمين على اشتراط التنجيز في الوقف والبيع والهبة. و أمّا العتق، فاشتراطه بالتنجيز من مختصّات الفرقة المحقّقة أيدهم الله تعالى.

(3) إذ لو كانت مماثلة الوقف للبيع والهبة مختصّة بالإمامية لنبّه الشيخ عليها كما نبّه عليه في العتق فقال: «وعندنا مثل العتق» فكان المناسب أن يقول: «لأن الوقف مثل البيع والهبة والعتق عندنا» ففرقته قدس سرّه في المماثلة- بين البيع والهبة وبين العتق- كاشفة عن اتّفاق جميع المسلمين على بطلان البيع والهبة والوقف بالتعليق على ما يعلم حصوله في المستقبل.

(4) هذا بيان حكم قسم آخر من أقسام التعليق، وهو كون المعلّق عليه مشكوك الحصول ولم يكن مصحّحا للعقد، سواء أكان ظرف تحقّقه حال الإنشاء أم بعده، كما إذا قال: «بعثك إن قدح الحاج» وشكّ في قدومهم حال العقد وفي المستقبل.

وحكم هذا القسم البطلان، لكونه القدر المتيقّن من معقد إجماعهم على شرطية التنجيز، فلو نوقش في إطلاق المعقد بالنسبة إلى القسم السابق- وهو معلوم الحصول في المستقبل- لم يكن مجال للمناقشة في بطلان هذا القسم، لكونه المتيقّن من مورد اتّفاقهم على قدح التعليق.

---

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 299

ص: 544

و ما كان صحة العقد معلّقة عليه (1) كالأمثلة المتقدمة (2) فظاهر إطلاق كلامهم يشملهم.

إلا أنّ (3) الشيخ في المبسوط حكى في مسألة: «إن كان لي فقد بعته» قولاً

(1) هذا حكم قسم رابع، وهو التعليق على مصحح العقد، وقد تقدّم أنّ المذكور في المتن أمور أربعة يتوقف عليها صحة البيع شرعاً، وهي مالمية المبيع شرعاً بأن لا يكون خمراً، وقابليته للبيع بأن يكون ملكاً طلقاً، وقابلية المشتري للتملك بأن لا يكون عبداً، وقابليته للمعاقدة معه بكماله بالبلوغ والعقل.

و التعليق على كل واحد منها إما بالتصريح بأداة الشرط، وإما بالدلالة الالتزامية. وحكم هذا القسم - بماله من الصور - لا يخلو من بحث، فذهب المصنف أولاً إلى البطلان، لإطلاق معقد الإجماع على قاذية التعليق، ثم نقل - ثانياً - عن شيخ الطائفة ما يقتضي تجويزه. ثم تأمل فيه ثالثاً، وسيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(2) هذا ما أبداه أولاً، وهو بطلان التعليق على مصحح العقد.

(3) مقصود المصنف قدس سره من نقل كلام شيخ الطائفة المناقشة في تحقق الإجماع على بطلان الإنشاء بتعليقه على ما يكون دخيلاً في صحته. و بيانه: أنه إذا اشترى الوكيل جارية بعشرين ديناراً، وخالفه الموكل، أمّا لإنكار أصل الوكالة، وإما لدعواه بأنّ التوكيل كان في شرائها بعشرة لا بعشرين، فترافعا إلى الحاكم، فقال قوم بأنّه يأمر الموكل بأن يبيعها للوكيل، ويأمر الوكيل بالقبول، فيقول الموكل: «إن كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتهك إياها بعشرين» و يقبله الوكيل. فإن أجاب الموكل أمر الحاكم و باعها من وكيله تملكها الوكيل ظاهراً و باطناً، و يثبت للموكل على ذمته العشرون ديناراً، كما يثبت العشرون له على ذمة الموكل، لأنّ الوكيل اشتراها بماله، فيتقاصان في الثمن.

وفي هذا الفرض قال الشيخ بعد ما نقل إيجاب الموكل: «فمن الناس من قال:

لا يصحّ، لأنّه علّقه بشرط، و البيع بشرط لا يصحّ. و منهم من قال: يصحّ، لأنّه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنّه إنّما يصحّ بيعه لهذه الجارية من الوكيل إن

من بعض الناس بالصحة، وأن الشرط لا يضره، مستدلاً (1) «بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل (2) إذا كان أذن له في الشراء (3)، فإذا اقتضاه (4) الإطلاق لم يضر إظهاره وشرطه،

---

كان قد أذن له في الشراء بعشرين، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن و تسليم المثل، و ما أشبه ذلك» (1).

والجملة الأخيرة وهي قوله: «لأنه إنما يصح بيعه .. فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره» هي محط نظر المصنف من نقل عبارة المبسوط، لأن الشيخ قدس سره لم يناقش في دليل بعض الناس، و لم يحكم ببطان بيع الموكل من جهة التعليق.

و مقتضاه صحة البيع المعلق على شرط صحته.

(1) حال من «بعض الناس».

(2) يعني: يكون بائع الجارية هو الموكل، و المشتري لها هو الوكيل.

(3) إذ لو لم يكن أذن للوكيل في شراء الجارية بعشرين لم يصح بيع الموكل، لكونه أجنبيًا عن الجارية. فقوله: «بعتك إن كانت لي» تعليق على ما يتوقف صحة البيع عليه، و لا مانع من هذا التعليق.

(4) الضمير راجع الى الشرط، و المقصود بالإطلاق هو إطلاق البيع و عدم تعليقه على «إن كان لي» و مقصود بعض الناس من هذه الجملة: أن بيع الموكل للجارية يتوقف على أن تكون ملكا له، إذ لو لم يكن المبيع ملكا للبائع - أو بحكم الملك - لم يترتب الأثر شرعا على الإنشاء. و حيث اعتبرت الملكية فيه كانت صحة البيع منوطة بها، سواء صرح بهذا الاشتراط بأن يقول: «بعتك الجارية إن كانت لي بكذا» أم لم يصرح به، كما إذا قال: «بعتكها بكذا» فإن التعليق على الملكية ثابت في الواقع و نفس الأمر، و لا يختلف حكمه من حيث الإظهار و الإطلاق.

---

(1): المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 385

ص: 546

كما (1) لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلث أو ما أشبه ذلك (2)» انتهى.

و هذا الكلام (3) وإن حكاه عن بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له.

و حاصله (4): أنه كما لا يضّر اشتراط بعض لوازم (5) العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضّر تعليق العقد بما هو معلق عليه (6) في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام (7) ببعض غاياته، فكما لا يضّر الإلزام بما يقتضي العقد

---

(1) يعني: أن التعليق على شرط صحة البيع و مقدماته الشرعية غير قادح، كما لا يقدح تعليق البيع على لوازمه و آثاره الشرعية، بأن يقول: «بعثك هذا المال بكذا إن قبضته و أقبضت الثمن»، وجه عدم القدح: أن العقد الصحيح يجب الوفاء به بتسليم المبيع و الثمن، بلا فرق بين التصريح به في العقد و إهمال ذكره.

(2) مثل كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع.

(3) أي: القول بالصحة- في التعليق على شروط الصحة التي يقتضيها إطلاق العقد- و إن حكاه شيخ الطائفة عن بعض الناس، لكن ظاهر سكوته ارتضاؤه له، و بهذا الارتضاء لا وجه لدعوى الإجماع على بطلان التعليق في هذا القسم.

(4) يعني: و حاصل هذا الكلام، و مقصود المصنف قدس سره تقريب كلام بعض الناس الذي اختاره الشيخ أيضا، و محصله التسوية في جواز التعليق بين كون المعلق عليه مصححا للعقد و دخيلا في ترتب الأثر عليه، و بين كونه من آثار صحته و لوازمه المترتبة عليه. و الوجه في التسوية نقيذ العقد واقعا بما علق عليه، سواء صرح به أم لا، فلا فرق بين قوله: «بعثك إن كان لي» و قوله: «بعثك إن سلّمت المبيع».

(5) قد عرفت المراد بكلّ من لوازم العقد و مقدماته.

(6) مثل كون المبيع ملكا للبائع، و ممّا يجوز بيعه، و قابلية المشتري للتملك، و قابليته للخطاب.

(7) خبر قوله: «فتعليقه» و المراد بغايات العقد آثاره و أحكامه المترتبة على صحته.

التزامه (1)، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه و مقيداً به.

و هذا الوجه (2) و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد،

(1) مثل إلزام المشتري بدفع الثمن، لأن إطلاق العقد يقتضي هذا الإلزام و إن لم يصرح به في الإنشاء.

(2) الذي نقله في المبسوط و ارتضاه. و غرض المصنف قدس سره من هذا الكلام أن حكم شيخ الطائفة قدس سره بصحة البيع المعلق على مملوكية المبيع و إن كان مانعاً عن انعقاد الإجماع على مبطلية التعليق في هذا القسم، إلا أن أصل هذا الوجوه الذي اعتمد عليه بعض الناس - لإثبات عدم منافاة التعليق هنا للجزم بالإنشاء- غير سديد، و بيانه: أن في البيع مرحلتين:

إحدهما: الإنشاء القائم بالبائع، و هو لا يتوقف على أزيد من اعتبار النقل الملكي و إيجاد الصيغة المعهودة، أو إبرازه بها، على الخلاف في حقيقة الإنشاء. و هذا هو البيع بالمعنى المصدرى، و يتمشى من غير المالك أيضاً، خصوصاً بناء على القول بأن صحة عقد الفضول تكون على طبق القاعدة، على ما سيأتي تفصيله في محله إن شاء الله تعالى.

ثانيهما: إمضاء الشارع و حكمه بالملكية المماثلة لما أنشأ المتبايعان، و هذا هو البيع المسببي أو الاسمي. و كل شرط اعتبره الشارع في موضوع حكمه فهو دخيل في هذه المرحلة مثل كون المبيع ملكاً طلقاً للبائع، و بلوغ المتعاقدين، و أهلية المشتري للتملك، و غيرها.

و من المعلوم أن البيع بمعناه المصدرى الذي هو فعل البائع غير معلق على شيء من الشرائط الشرعية، بل هي أمور خارجة عن الإنشاء، و إنما تكون دخيلة في البيع الاسمي.

و عليه فإذا قال الموكل: «بعتك الجارية بعشرين إن كانت لي» كان الإنشاء معلقاً، و لم يحصل الجزم المعتبر في العقد. و لا يمكن تصحيحه «بأن المعلق عليه مما يقتضيه إطلاق العقد» حتى يكون التعليق صورياً.

لأنّ (1) المعلق على ذلك الشرط في (2) الواقع هو ترتّب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي (3) هو وظيفة المتكلم، فالمعلق (4) في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق (5) على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم

وجه عدم الإمكان: أن المعلق عليه- وهو ملكية المبيع- ليس ممّا يقتضيه إطلاق العقد، وذلك لعدم توقف إنشاء البيع على ملكية المبيع حتى يكون العقد- بحسب طبعه- مقتضياً لها، وإمّا يكون المعلق على هذا الشرط هو البيع بمعناه الاسمي، والمفروض أن الملكية الشرعية أمر خارج عن فعل العاقد، وليس ممّا يقتضيه إنشاء البيع.

والحاصل: أنّ مدلول العقد لا- تعليق فيه واقعا على ملكية المبيع لعدم كونها شرطاً للإنشاء كما عرفت. وما فيه التعليق- وهو إمضاء الشارع و ترتيب الأثر على العقد- ليس من كلام المتكلم، إذ المنشئ إمّا يتمكّن من اعتبار الملكية والنقل في نظر نفسه، لا في نظر الشارع، فالملكية الشرعية لم ينشئها البائع أصلاً حتى تكون معلقة أو منجزة.

(1) تعليل لعدم النهوض، وقد عرفته آنفاً.

(2) وهو ملكية المبيع.

(3) صفة ل «إنشاء» والمراد بالكلام الإنشائي هو «بعت» يعني: دون إنشاء هو مدلول الكلام الإنشائي الذي هو صفة المتكلم في مقام الإنشاء. وعليه فإضافة «الإنشاء» إلى «مدلول الكلام» بيانية، ولا يراد بالمدلول الملكية الاعتبارية المنشئة.

(4) وهو البيع المصدري، فإنّه غير معلق على ملكية المبيع، ولا على غيرها من الشروط الشرعية.

(5) وهو إمضاء الشارع و حكمه بترتيب الأثر على العقد، فإنّه معلق على ملكية المبيع، سواء صرّح بهذا التعليق أم لم يصرّح به.



على شيء، بل ولا منجزاً (1)، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام (2).

إلا (3) أن ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بتحقيق الإجماع عليه (4).

مع أن (5) ظاهر هذا التوجيه - لعدم قبح التعليق - يدل على أن محلّ

---

(1) لعدم كون الأثر الشرعي ممّا أنشأه البائع حتى يتمكن من إنشائه منجزاً تارة ومعلّفاً أخرى، ومن المعلوم أنّ المعلّق والمنجز وصفان للإنشاء الذي هو فعل المنشئ، فالملكية الشرعية لا تقبل التعليق ولا التنجيز.

(2) وهو «بعت». ووجه خروج الأثر الشرعي عن الإنشاء هو كون وضعه ورفع بيده الشارع لا البائع.

(3) استدراك على قوله: «وإن لم ينهض» وحاصله - كما عرفت - أنّ الوجه المنقول في المبسوط وإن كان مخدوشاً، لكن ارتضاء شيخ الطائفة له يمنع عن تحقيق الإجماع على مبطلية التعليق في هذا القسم، وهو ما إذا كان المعلّق عليه مصحّح العقد و كان مشكوك الحصول.

(4) أي: على قبح التعليق على ما يكون صحة العقد متوقفاً عليه.

(5) هذه الجملة إلى قوله: «فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم» ليست إشكالا آخر على ما حكاها شيخ الطائفة قدّس سرّه عن بعض الناس وارتضاه، بل هي متممة لقوله: «إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بالخلاف» فكأنه قال:

«إلا أن ارتضاء الشيخ له يفيد أمرين، أحدهما عدم الظن بانعقاد الإجماع على قبح التعليق على مصحّح العقد. ثانيهما: أنّ دعوى بعض الناس وتوجيهه يقتضيان صحة التعليق - إذا كان المعلّق عليه ممّا يقتضيه إطلاق العقد - سواء أكان العاقد عالماً بتحقيقه حال الإنشاء أم شاكاً فيه».

و مقصود المصنف قدّس سرّه من قوله: «مع أن .. إلخ» هو أنّ التعليل المتقدم في عبارة المبسوط - لو تمّ في نفسه وسلم عن الإشكال - يقتضي صحّة العقد المعلّق على ما يقتضيه إطلاقه، كملكية المبيع في قول الموكّل: «بعتك هذه التجارية بعشرين

الكلام فيما لم (1) يعلم وجود المعلق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم (2).

إن كانت لي» سواء أ كان عالما واقعا بملكيتها- و يكون إنكار الوكالة في الظاهر- أم شاكا فيها كما إذا عرض النسيان عليه، و لم يتذكر التوكيل.

و الوجه في اقتضاء التعليل إطلاق الجواز لصورتي العلم و الشك هو كون المعلق عليه مما يتوقف عليه تأثير العقد، حتى أن إنشاء الموكّل لو كان منجزا كان تنجيزه صورياً، لكون البيع معلقاً بحسب الواقع و نفس الأمر على الملكية.

و عليه ينبغي أن يكون شيخ الطائفة قائلاً بجواز التعليق- في ما يقتضيه إطلاق العقد- في قسمين أحدهما: أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول. ثانيهما: أن يكون مشكوك الحصول.

فكما يحصل الظن بعدم الإجماع على البطان في صورة العلم بحصول الشرط، فكذا يحصل الظن بعدم الإجماع في صورة الشك في حصوله. و لا موجب لاختصاص نظر الشيخ بالعلم بالحصول كما توهمه بعضهم.

هذا ما استفاده المصنف قدّس سرّه من أصل دعوى بعض الناس و من تعليقه، ثمّ أيد المصنف هذا التعميم بكلام الشهيد قدّس سرّه و سيأتي.

(1) ظاهر العبارة اختصاص مورد النزاع بالشك في وجود المعلق عليه، مع أنّ غرضه قدّس سرّه أعمية التعليل من العلم و الشك، و لذا فالأولى أن يقال: «إنّ محل الكلام أعمّ ممّا لم يعلم وجود المعلق عليه .. إلخ» و ذلك بقرينة قوله بعده: «بصورة العلم».

(2) لم أقف على من خصّ صحة التعليق- المذكور في كلام الشيخ- بصورة العلم، لكن يظهر من تعبير جمع كالمحقق و الشهيد الثانيين الاختصاص، لما تقدّم عنهما من: «أنّ التعليق إنّما ينافي الإنشاء حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول. أمّا مع العلم بوجوده فلا، لانتفاء الشك حينئذ في الإنشاء» و مفروض كلامهما تعليق البيع على ملكية الجارية، فراجع.

و يؤيد ذلك (1) أن الشهيد في قواعده جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: بعتك إن قبلت «(1)».

و يظهر منه (2) ذلك أيضا (3) في آخر القواعد.

(1) يعني: و يؤيد أن محل النزاع أعمّ - من صورة علم العاقد بالمعلّق عليه، و شكّه فيه - ما يستفاد من موضعين من قواعد الشهيد قدّس سرّه، ففي الموضوع الأوّل حكم بصحة تعليق البيع على شرط صحة العقد، كانضمام القبول إلى الإيجاب، فإذا قال:

«بعتك هذا بكذا إن قبلت» صحّ، مع أن عقديّة العقد متوقفة على لحوق القبول، فصحة تعليق الإيجاب على تحقق القبول - مع الجهل بتحقيقه - تقتضي أولوية صحة ما تقدم في كلام المبسوط، حيث إن المعلّق عليه - فيه - ليس شرط أصل العقد، بل شرط ترتب الآثار الشرعية عليه.

قال الشهيد قدّس سرّه: «و منه تعليق البيع على الواقع، أو على ما هو شرط فيه.

و الأصح انعقاده مثل: بعتك إن كان لي، أو: بعتك إن قبلت. و يحتمل البطلان».

و في الموضوع الثاني حكم الشهيد قدّس سرّه بصحة تعليق البيع على مشيئة المشتري، و هو - كالتعليق على القبول - شرط صحة نفس الإنشاء، لا شرط ترتب الأثر الشرعي عليه، قال: «أمّا لو علم الوجود فإنّ العقد صحيح، و لا شرط و إن كان بصورة التعليق .. و لو قال: بعتك بمائة إن شئت، فهذا تعليق بما هو من قضاياها، إذ لو لم يشأ لم يشتر» «(2)».

(2) يعني: يظهر من الشهيد صحة تعليق العقد على ما هو شرط فيه - و هو مشكوك الحصول - كقبول المشتري و مشيئته.

(3) يعني: كما ظهر جواز التعليق في أوائل القواعد.

هذا تمام الكلام في أقسام التعليق الصريح، و أحكامها.

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 155 و 156. رقم القاعدة: 41

(2) القواعد و الفوائد، ج 2، ص 237، رقم القاعدة: 238

ثم إنك (1) قد عرفت أن العمدة في المسألة هو الإجماع.

وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو (2) عدم قابلية الإنشاء للتعليق.

وأما التعليق الذي يكون لازم الكلام فسيأتي حكم بعض أقسامه في (ص 565) بقوله: «ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء .. إلخ» فانتظر.

(1) هذا شروع في المطلب الثاني الذي تعرض له في المقام الرابع، وهو تحقيق الوجه التي استدلت بها الفقهاء على اعتبار التنجيز. فالدليل الأول- وهو المعتمد- الإجماع الذي حكاه عن جمع، كالشيخ وابن إدريس والعلامة وغيرهم، وقد تقدمت كلماتهم في المقام الثاني، فراجع.

(2) هذا إشارة إلى ثاني الوجه المستدل بها على اعتبار التنجيز، وقد تقدم نقله- في أول المسألة- عن تذكرة العلامة قدس سره من منفاة التعليق للجزم، وتقدم بيانه إجمالاً هناك، ويأتي مزيد توضيح له في التعليقة إن شاء الله تعالى.

وأورد المصنف قدس سره عليه بأن المراد بالإنشاء- الذي ينافي التعليق للجزم به- إما هو إيجاد المعنى باللفظ، وإما هو المنشأ أي البيع المسببي المفسر بالمبادلة والتملك والنقل. فإن أريد التنافي للإنشاء- بالمعنى الأول- قلنا باستحالة التعليق فيه، وذلك لأن الإنشاء من قبيل الإيجاد الحقيقي في عدم القابلية حينئذ للإناطة والتعليق، لأن الإنشاء- بهذا المعنى- عبارة عن استعمال اللفظ في المعنى، وإخطار المعنى بسببه، ومن المعلوم ترتب هذا الإخطار على إلقاء اللفظ فقط.

وإن أريد بالإنشاء ما هو محل الكلام- أعني به المنشأ- بأن يكون المعلق على الشرط هو الأمر الاعتباري كالملكية في باب البيع فلا مانع من تعليقه، بل هو واقع كما يظهر من نظائره سواء في باب الأوامر والمعاملات. أما في الأوامر فكتعليق وجوب الإكرام بالمجبي ء في قوله: «إن جاءك زيد فأكرمه» حيث إن المجبي ء قيد للمنشأ وهو الوجوب المستفاد من الهيئة. وأما في المعاملات فكالوصية التمليلية، فإن

و بطلانه واضح (1)، لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام (2) فالتعليق غير متصوّر فيه، إلا أنّ الكلام ليس فيه (3).

و إن كان الكلام (4) في أنّه- كما يصحّ إنشاء الملكية المتحققة على كلّ تقدير- فهل يصحّ إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غدا» و «خذ (5) المال قرضاً أو قراضاً إذا أخذته من فلان» و نحو

---

الموصى ينشئ ملكية المال للموصى له، و لكنها معلّقة على موته.

و عليه فالإنشاء بالمعنى الثاني يكون تعليقه واقعا شرعا و عرفا فضلا عن إمكانه، فلا وجه لما قيل من «منافاة التعليق للجزم بالإنشاء» لحصول الجزم بالملكية على تقدير، كحصوله في الملكية على كل تقدير، هذا.

(1) قد اتضح وجه البطلان بقولنا: «و أورد المصنف قدّس سرّه عليه بأنّ المراد بالإنشاء .. إلخ».

(2) قد عرفت بما ذكرناه في توضيح الإيراد أنّ الأولى أن يقال: «إن كان هو الكلام» أي تعليق نفس اللفظ، و ذلك بقريئة الشقّ الثاني الذي هو من تعليق المنشأ.

و يمكن أن تكون الإضافة بيانية، فتأمّل.

(3) يعني: أنّ مراد العلامة و غيره من منافاة التعليق للجزم بالإنشاء ليس منافاته لنفس الكلام و الصيغة.

(4) الأنسب- بقريئة المقابلة- أن يقال: «و إن كان المراد تعليق المنشأ كالملكية .. إلخ» فإذا قال: «بعتك هذا بهذا إذا قدم الحاج» يراد به تعليق الملكية- الحاصلة من البيع- على قدوم الحاج، فلا بيع قبل قدومهم.

(5) بأن يكون معناه: تحقق الملكية بالاقتراض على تقدير أخذ مال المقرض ممّن هو عنده، فلو لم يأخذه منه فلا قرض. و كذا الحال في إنشاء عقد المضاربة على تقدير أخذ رأس المال ممّن بيده المال.

ذلك (1) فلا ريب (2) في أنه أمر متصوّر (3) واقع في العرف و الشرع كثيرا في الأوامر (4) و المعاملات من العقود و الإيقاعات.

و يتلو هذا الوجه (5) في الضعف ما قيل من: أنّ ظاهر ما دلّ على سببية

---

(1) كالوصية التمليكية، و النذر و السبق و الرّماية و الجعالة.

(2) جزاء الشرط في قوله: «وإن كان الكلام».

(3) يعني: أنّ الملكية التعليقية ممكنة في نفسها، و واقعة في الخطابات الشرعية و العرفية.

(4) كتعليق و جوب الحج و الرّكاة مثلا على الاستطاعة و النّصاب، و غيرهما من سائر الواجبات المشروطة.

(5) أي: عدم قابلية الإنشاء للتعليق. و هذا إشارة إلى ثالث الوجوه المستدلّ بها على اعتبار التنجيز. و هو ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه - بعد إبطال عدم قابلية الإنشاء للتعليق - بقوله: «بل لمنافاته - أي: التعليق - ما دلّ على سببية العقد، الظاهر في ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين دون الشارع معارض لذلك، بل هو شبه إثبات حكم شرعي من غير أهله. و للشك في شمول الآية و نحوها له .. إلخ» «1». و كذا منع قدّس سرّه من التعليق في بحث الشروط «2»، و في باب الطلاق «3»، فراجع.

و حاصله: أنّ ظاهر أدلة الإمضاء و الصحة هو ترتيب الآثار المقصودة من حين العقد، و ذلك منوط بإطلاق العقد و تنجيزه حتى تترتب عليه فعلا، فمع تعليقه لا تشمل الأدلة من حينه، و مع عدم شمولها له من زمان صدوره لا تشمله بعده أيضا، فالعقود المعلّقة غير مشمولة لأدلة الصحة لا حدوثا و لا بقاء أي بعد حصول المعلّق عليه، فمع عدم الدليل على الصحة يرجع إلى أصالة الفساد، هذا.

و أورد المصنف قدّس سرّه عليه بوجوه خمسة أو ستة:

---

(1): جواهر الكلام، ج 22، ص 253

(2) جواهر الكلام ج 23، ص 198

(3) جواهر الكلام، ج 32، ص 78 و 79

ص: 555

العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك (1).

وفيه- بعد الغض عن عدم (2) انحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لِأَنَّ (3) دليل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم

الأول: أنه لو سلمنا اقتضاء الأمر بالوفاء بالعقود لترتيب الأثر الشرعي على كل عقد من حين الإنشاء، قلنا بعدم انحصار دليل صحة البيع في هذه الآية المباركة حتى يقال بطلان العقد المعلق، فيمكن القول بصحته، وذلك بعد تمامية مقدمتين:

الأولى: أنه قد تقدم في أدلة مملكية المعاطاة و لزومها دلالة آيتي (حلّ البيع) و (التجارة عن تراض) على صحة كل ما هو بيع- بالحمل الشائع- بنظر العرف.

و كذلك استدلّ صاحب الجواهر قدس سره على مشروعية بعض أقسام المعاطاة بحديث السلطنة.

الثانية: أنّ تعليق بعض أفراد البيع على الشرط واقع عرفاً و شرعاً، و لا ترتب الملكية فيه على نفس العقد، ففي بيع الصرف لا يفيد نفس الإنشاء الملكية الشرعية، بل تتوقف على القبض.

و بعد تمامية هذه الكبرى و الصغرى يظهر أنّ إطلاق «حلية البيع» يقتضي صحة كل بيع عرفي سواء أ كان منجزاً أم معلقاً، فإن كان منجزاً ترتب المسبب من حين إنشاء السبب. و إن كان معلقاً توقّف ترتب المسبب على حصول المعلق عليه، و لا محذور في تأخر المسبب عن سببه و انفكاكه عنه بعد إطلاق دليل الإمضاء.

هذا توضيح الإيراد الأول، و سيأتي بيان سائر المناقشات.

(1) أي: لترتب المسبب حال وقوع سببه و هو العقد.

(2) هذا إشارة إلى أول إيرادات المصنف على صاحب الجواهر قدس سرهما، و قد عرفته آنفاً.

(3) تعليل لقوله: «عدم انحصار».

كاف في إثبات ذلك (1) - أن (2) العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على

(1) أي: في إثبات صحة البيع ولزومه، سواء أكان منجزاً أم معلقاً.

ولا يخفى أن عدّ حديث السلطنة من أدلة الصحة واللزوم مبني على اعتراف صاحب الجواهر قدّس سرّه بكونه مشرعاً، إذ على هذا يتجه إشكال المصنف قدّس سرّه عليه بأنّ الحديث يدلّ - كآية حلّ البيع - على نفوذ تصرف المالك في ماله بالبيع والوقف والهبة ونحوها، سواء أكانت أسبابها منجزاً أم معلقاً.

وبهذا يظهر عدم المجال للإشكال على المصنف بأنّ الحديث غير مشرّع أصلاً أو لخصوص الأسباب، فلا وجه لعدّه من أدلة الصحة واللزوم.

وجه عدم المجال ما عرفت من توجيه الإيراد على ما يعترف به صاحب الجواهر أعلى الله مقامه.

(2) هذا هو الإشكال الثاني على كلام الجواهر، ومقصود المصنف منع ما استفاده صاحب الجواهر من آية وجوب الوفاء بالعقود حتى لو كان دليل الإمضاء منحصرًا فيها.

وتوضيحه: أن الآية الشريفة وإن دلّت على سببية العقد لترتب المسبّب عليه، إلا أنّها قاصرة عن إثبات ترتب المسبّب من حين الإنشاء، وذلك لأنّ المراد بالعقود التي يجب الوفاء بها هو العقود على ما ورد تفسيرها بها في معتبرة عبد الله بن سنان «1» عن أبي عبد الله عليه السلام، ومن المعلوم أنّ العهد يصدق حقيقة على العهد المعلق كصدقه على المنجز، فإن كان مدلول العهد منجزاً وجب الوفاء به فوراً، وإن كان مدلوله معلقاً على أمر مترقب الحصول - كما في غالب موارد النذر - وجب الوفاء به معلقاً على حصول الشرط.

وعلى هذا فليس مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عدم ترتب الأثر على العقود المعلقة على ما يتوقّع حصوله، بل مفادها وجوب العمل بمقتضى العقد، فإن كان منجزاً

(1): تفسير القمي، ج 1، ص 160

ص: 557



طبق مدلوله (1). فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إِلَّا مفاد أَوْفُوا بِالْعَهْدِ فِي (2) أَنَّ الْعَقْدَ كَالْعَهْدِ إِذَا وَقَعَ عَلَى وَجْهِ التَّعْلِيقِ فَتَرْقُبُ تَحَقُّقَ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ - فِي تَحَقُّقِ الْمَعْلُوقِ - لَا يُوجِبُ (3) عَدَمَ الْوَفَاءِ بِالْعَهْدِ.

وَالْحَاصِلُ (4): أَنَّهُ إِنْ أُريدَ بِالْمَسَبِّبِ هُوَ مَدْلُولُ الْعَقْدِ (5) فَعَدَمُ تَخَلُّفِهِ عَنِ إِتْيَانِ الْعَقْدِ مِنَ الْبَدِيهِيَّاتِ الَّتِي لَا يَعْقِلُ خِلَافَهَا. وَإِنْ أُريدَ بِهِ (6) الْأَثَرُ الشَّرْعِيُّ

---

فَفُورًا، وَإِنْ كَانَ مَعْلُوقًا فَعِنْدَ حَصُولِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ.

هَذَا إِذَا كَانَ الْمُرَادُ بِالْأَثَرِ الَّذِي يُجِبُ تَرْتِيبَهُ عَلَى الْعَقْدِ وَالْعَهْدِ هُوَ حُكْمُ الشَّارِعِ، كَالْمَلَكِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْبَيْعِ، وَالزَّوْجِيَّةِ كَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ، وَهَكَذَا.

وَإِمَّا إِذَا كَانَ الْمُرَادُ بِالْأَثَرِ مَا يَعْتَبِرُهُ نَفْسُ الْعَاقِدِ - مَعَ الْغَضِّ عَنِ إِمضَائِهِ شَرْعًا - فَهُوَ يَتَرْتَبُ عَلَى الْإِتْيَانِ مَعْلُوقًا كَانَ أَوْ مَنْجُزًا، وَيَسْتَحِيلُ انْفِكَاهُ عَنْهُ. فَإِنَّ النِّسْبَةَ بَيْنَ الْإِتْيَانِ وَالْمَنْشَأِ - بِهَذَا الْمَعْنَى - نِسْبَةُ الْإِيجَادِ وَالْوُجُودِ، لَا يَعْقِلُ انْفِكَاهُمَا، لَا نِسْبَةَ الْإِيجَابِ وَالْوُجُوبِ.

(1) فَإِنْ كَانَ مَدْلُولُ الْعَقْدِ مَنْجُزًا تَرْتَبُ الْمَسَبِّبُ عَلَيْهِ مِنْ حِينِهِ، وَإِنْ كَانَ مَعْلُوقًا وَجِبَ الْوَفَاءُ بِهِ عِنْدَ تَحَقُّقِ الشَّرْطِ.

(2) هَذَا وَجْهُ اتِّحَادِ مَفَادِ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ وَالْعَهْدِ.

(3) خَبَرُ قَوْلِهِ: «فَتَرْقُبُ» وَقَوْلِهِ: «إِذَا وَقَعَ» قَيْدٌ لِلْعَهْدِ.

(4) هَذَا الْحَاصِلُ وَإِنْ كَانَ مَتِينًا، لَكِنِ الْمَصْنُفُ لَمْ يَتَعَرَّضْ قَبْلَهُ لِاسْتِحَالَةِ تَخَلُّفِ الْمَسَبِّبِ عَنِ الْإِتْيَانِ، كَالْمَلَكِيَّةِ الَّتِي يَعْتَبَرُهَا الْبَائِعُ مَعَ الْغَضِّ عَنِ إِمضَاءِ الشَّارِعِ، كَمَا يَعْتَبَرُ الْفَسَّاقُ مَلَكِيَّةَ الْخَمْرِ وَنَحْوَهُ مِمَّا أَسْقَطَ الشَّارِعُ مَالِيَّتَهُ. فَهَذِهِ لَا تَتَخَلَّفُ عَنِ الْعَقْدِ أَصْلًا مَعَ فَرْضِ التَّفَاتِ الْعَاقِدِ وَقَصْدِهِ.

وَكَيفَ كَانَ فَقَدْ تَقَدَّمَ تَوْضِيحُ كَلَامِ الشَّقِّينِ.

(5) أَي: مَضْمُونُهُ الْعَرْفِيُّ، لَكِنِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنِ تَقْرِيرِ الشَّارِعِ وَتَصْحِيحِهِ.

(6) أَي: وَإِنْ أُريدَ بِالْمَسَبِّبِ الْأَثَرُ الشَّرْعِيُّ - كَمَا هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْجَوَاهِرِ، لِأَنَّهُ

- وهو ثبوت الملكية- فيمنع (1) كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل (2) هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق (3) كان أثره الشرعي الملك غير المعلق، وإن كان معلقاً (4) فأثره الملكية المعلقة.

مع أن (5) تخلف الملك عن العقد كثير جداً.

---

الذي قد ينفك عن العقد، فيتخيل عدم وجوب الوفاء به فيمنع كون .. إلخ.

(1) جزاء الشرط في قوله: «وإن أريد» وقد تقدّم وجه المنع.

(2) يعني: بل المسبب الذي هو الأثر الشرعي يكون مطلق الملك أعم من المنجز والمعلق. والدليل على هذه الأهمية صدق «العقد والعهد» على كل من الإنشاء المنجز والمعلق، ولا مقيّد في البين حتى تختص الصحة بالمنجز.

(3) كما إذا قال: «بعتك هذا الكتاب بدينار» فقبل المشتري، فيجب الوفاء به فوراً.

(4) كما إذا قال: «بعتك هذا الكتاب بدينار إن كان لي، أو: إن جاء زيد» فقبل المشتري.

(5) ظاهر السياق- كما استفاد بعض أجلة المحشين كالفقيه المامقاني قدس سرّه «1»- أنه إشكال ثالث على استدلال صاحب الجواهر قدس سرّه، فيكون المقصود منع اختصاص مفاد الآية المباركة بما إذا كان العقد سبباً تاماً حتى يترتب الأثر عليه حال وقوعه كي تختص الصحة بالعقد المنجز.

وجه المنع: أن الشارع حكم بصحة عقود كثيرة مقتضية للملكية، ويتوقف تمامية السبب على تحقق أمر آخر، فلو اختصت الآية بالعقود التي تكون تمام السبب في التأثير لزم التخصيص الكثير، أو عدم كون الآية دليلاً على صحتها.

فمنها: بيع الصّرف، فتتخلف الملكية عن الإنشاء حتى القبض.

ومنها: بيع المعاطاة بناء على الإباحة، لتوقف الملك- عند القائل به- على

---

(1): غاية الآمال، ص 260

ص: 559

مع (1) أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: «بعتك إن شئت، و: إن قبلت، فقال: قبلت» فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.

طروء الملمزم.

و منها: بيع الفضولي بناء على النقل، فالملكية متوقفة على لحوق الإجازة.

و منها: الهبة، فإن انتقال العين إلى المتَّهب منوط بالقبض.

و منها: الوقف على الذرية، فإن البطون المتأخرة تتلقى الملكية من الواقف، مع ما بين الإنشاء و التملك من الفصل الكثير.

و منها: الوصية، فالعين الموصى بها تنتقل إلى الموصى له بعد موت الموصى.

و منها: المضاربة، فإن العامل يملك الحصة بعد ظهور الربح، لا بنفس العقد.

و منها: عقد المساقاة، فإن العامل يملك حصته من الثمرة بعد ظهورها.

و منها: عقد السبق و الرماية، لتوقف تملك السبق على تقدّم أحدهما على الآخر.

و منها: غير ذلك من موارد تخلف الملك عن العقد. و يستكشف من مجموعها عدم كون العقد سببا تاما لحصول الملك في جميع الموارد، فكيف ادعى صاحب الجواهر حصر مفاد الآية في ترتب المسببات على الإنشاءات حال وقوعها؟ هذا.

و لا يخفى أنه يمكن أن تكون العبارة متممة للإشكال الثاني، و تقريبه: أن المصنف قدس سره جعل مفاد الآية الشريفة وجوب الوفاء بمضمون العقد، فإن كان منجزا فمنجزا، و إن كان معلقا فمعلقا. و لكنه لم يأت بشاهد على هذه الدعوى، فكان لصاحب الجواهر قدس سره منعها، و حصر المدلول في وجوب الوفاء بالعقود منجزا.

و حينئذ يمكن جعل قول المصنف قدس سره: «مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا» دليلا على منع الحصر، و أن العقود المملّكة التي يتخلف أثرها عنها كثير كما عرفت، فتكون الآية دليلا على صحة كلا القسمين، و الوفاء في كلّ منهما بحسبه، و عليك بالتأمل في المتن ليتبين لك حقيقة الأمر.

(1) هذا رابع ما أورده المصنف على صاحب الجواهر قدس سرهما، و محصله: أخصيّة الدليل من المدعى، و هو مبطلية مطلق التعليق، و بيانه: أنه لو كان مفاد وجوب الوفاء بالعقود ترتيب الأثر الشرعي على سببه- و هو العقد- فورا كان مقتضاه قدح

مع (1) أن هذا (2) لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد حينئذ (3) يكون مراعى (4)

التعليق في بعض الأقسام، أعني ما إذا كان المعلق عليه استقباليا، فلو كان مقارنا للعقد فلا بد من صحته، إذ لا يلزم حينئذ تخلف الأثر عن المؤثر، كما إذا علقه البائع على قبول المشتري أو على مشيئته، فقال: «بعتك إن قبلت، أو: إن شئت» فقال المشتري:

«قبلت» فإن النقل لا ينفك عن هذا الإنشاء كما هو واضح. مع أن مقصود صاحب الجواهر منع التعليق مطلقا مهما كان المعلق عليه.

(1) هذا خامس ما أورده على كلام الجواهر، و محصله أيضا أخصّية الدليل من المدعى، و غرض المصنف قدس سرّه: أن دليل صاحب الجواهر قدس سرّه - على فرض تماميته - يقتضي صحة التعليق على شرط متحقق واقعا، و لكنه مشكوك الحصول بنظر المتعاقدين، كما إذا قال البائع: «بعتك إن كان لي، أو: بعتك إن كان هذا اليوم يوم الجمعة» فتبين كونه مالكا للمبيع و كون يوم الإنشاء الجمعة.

و الوجه في الصحة: أن محذور تخلف المسبب عن السبب - الذي اعتمد عليه صاحب الجواهر في اعتبار التنجيز - لا يلزم في المثاليين، غاية أنه أن المتبايعين لا يعلمان بترتب الأثر الشرعي على العقد، للجهل بحصول المعلق عليه، فإذا انكشف لهما تحققه حال الإنشاء تبين لهما موضوعية العقد لوجوب الوفاء به. هذا مقتضى دليل صاحب الجواهر قدس سرّه، مع أنه جعله وجها لبطلان العقد المعلق مطلقا حتى فيما كان المعلق عليه حاصلًا حال العقد، و كان مشكوك الحال بنظر المتعاقدين.

(2) أي: ما استدل به صاحب الجواهر - من اقتضاء الآية الشريفة ترتب الأثر على العقد فوراً - لا يجري .. إلخ.

(3) يعني: حين كون الشرط - المشكوك تحققه - موجودا في حال الإنشاء.

(4) حتى ينكشف حال الشرط، فإن كان موجودا حال الإنشاء كان العقد

مع (2) أنّ ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها، كما لا يخفى.

صحيحاً من حينه، وإن كان معدوماً كان العقد باطلاً، لمحدور تخلف الأثر عن المؤثر.

(1) يعني: حتى يلزم التخلف، إذ الموقوف هو العقد المتخلف مقتضاه عن نفس العقد، لتوقّفه على ما لا وجود له فعلاً.

(2) هذا إيراد سادس على كلام الجواهر، ومحصله: أخصيّة الدليل من المدّعى، وذلك لأمرين مسلمين:

الأول: أنّ البحث عن شرطية التنجيز لا يختص بالبيع، بل عام لجميع الإنشاءات من العقود والإيقاعات، فإن نهض دليل على الاشتراط لم يختص بباب دون آخر، وإن لم ينهض فكذا، أي يجوز تعليق الإنشاء مطلقاً.

ووجه فيه: أنّ ما استدللّ به على الاعتبار - كالأجماع وما تقدّم من كلام الجواهر - لا يختص بالبيع. وعليه فاللّازم القول بالاشتراط مطلقاً، أو بالعدم كذلك، ولا وجه للتفصيل بين العقود.

الثاني: أنّ سببية العقود لترتب مسبباتها عليها مختلفة، فمنها ما يكون بمقتضى طبعه سبباً تاماً، ولا ينفك مسببه عنه كالبيع والإجارة و الصلح وغيرها. ومنها ما لا يكون كذلك، بل يتخلف الأثر عن العقد كالوصية التمليلية والوقف والهبة والمضاربة والمساقاة ونحوها، فالعقد يكون جزء السبب، والجزء الآخر هو الأمر المتأخر كالموت في باب الوصية، والقبض في الهبة والوقف، وهكذا.

وبناء على هذين الأمرين نقول: إنّ الآية الشريفة التي استدللّ بها صاحب الجواهر - لو تمّ دلالتها - تقتضي شرطية التنجيز في القسم الأول من العقود، مع أنّ المدّعى اعتباره مطلقاً. وبيانه: أنّ الآية تدلّ على ترتب المسبب على السبب - أي العقد - مباشرة وبلا فصل، ومن المعلوم عدم كون جميع العقود مقتضية لترتيب الأثر فوراً، لما عرفت من أنّ جملة منها ليست أسباباً تامّة لمسبباتها، بل هي مشروطة

وليس الكلام (1) في خصوص البيع، وليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة.

ثم الأضعف (2) من الوجه المتقدم: التمسك (3) في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس (4) إلا العقد العاري عن التعليق.

بأمور متأخرة عن العقد كالقبض في بيع الصرف، وظهور الرّيح في المضاربة، وهكذا.

فيلزم جواز تعليق هذا القسم بأن يقول الموصى: «أوصيت بهذا المال لزيد إن قدم الحاج» ووجه الجواز واضح، لفرض اختصاص مدلول الآية بالعقود التي تكون أسبابا تامّة، لا مقتضية.

مع أنّ الالتزام بهذا التفصيل ممّا لا وجه له، لما عرفت من أنّ هذا البحث لا يختص ببعض العقود، ولا دليل آخر على شرطية التنجيز في سائر العقود، فلو قيل ببطلان مثل الوصية بالتعليق كان قولاً بغير علم.

(1) قد تقدم توضيح هذا أننا بقولنا: «الأول: أن البحث عن شرطية التنجيز...».

(2) الجمع بين تعريف صيغة التفضيل و «من» لا يساعده القواعد الأدبية.

(3) هذا رابع الوجوه المستدل بها على اعتبار التنجيز، وهو المذكور في مفتاح الكرامة، لكنه منعه بقوله: «وفيه ما فيه» و تقدم في كلام المحقق والشهيد الثانيين «أن العقود لمّا كانت متلقاة من الشارع نيّطت بهذه الضوابط، وبطلت في ما خرج عنها» وينسب هذا الوجه إلى جماعة من القدماء كالقاضي في جواهره. وأشار إليه صاحب الجواهر قدّس سرّه في عبارته المتقدمة أيضا. و حاصله: أنّ الإنشاءات أسباب حكم الشارع بتأثيرها في مسبباتها، فإذا شك في جواز التسبّب بالإنشاء- المعلّق على شيء- للأثر تعيّن الاقتصار على المتيقن، وهو العقد العاري عن التعليق، إذ لو علّقه لم يندرج في دليل الصحة، فيرجع فيه إلى أصالة الفساد.

(4) يعني: وليس المتيقن من الأسباب الشرعية إلا العقد العاري عن التعليق.

إذ فيه (1): أن إطلاق الأدلة مثل حليّة البيع، وتسلّط الناس على أموالهم، وحلّ التجارة عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلة (2) سائر العقود كاف (3) في التوقيف.

وبالجملة (4): فإثبات هذا الشرط في العقود- مع عموم أدلتها ووقوع كثير منها في العرف (5) على وجه التعليق-

(1) هذا ردّ الاستدلال المزبور، وحاصله: أن إطلاق الأدلة المصحّحة للعقود كاف في التوقيف، فمع الصدق العرفي على العقد المعلق يتشبّث بتلك الإطلاقات، ومعها لا مجال للاقتصار على المتيقّن الذي يكون مورده إجمال الدليل. وقد سبق هذا المطلب في أوّل ما أورده المصنّف على صاحب الجواهر قدّس سرّهما.

(2) معطوف على «الأدلة» يعني: إطلاق أدلة العقود، كقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «النكاح سنّتي، والصلح جائز بين المسلمين» و نحوهما أدلة صحة الإجارة والقرض والمضاربة وغيرها، فإنّ إطلاقها مسوق لإمضاء المتعارف منها. ولما كان المتعارف إنشاءها منجزاً تارة ومعلّقاً أخرى كان مقتضى إطلاق الأدلة صحة كلا القسمين.

وعليه تكون العقود التعليقية توقيفية أيضاً، لكفاية الإطلاق في إثبات صحتها شرعاً.

(3) خبر قوله: «أنّ إطلاق» يعني: أنّ توقيفية الأسباب المعلّقة- كالمنجزّة- ثابت بالإطلاق، ولا وجه لحصر الأسباب الممضاة شرعاً في خصوص المنجزّة منها.

(4) هذا ملخّص ما أفاده بقوله: «وربما يتوهّم أن الوجه في اعتبار التنجيز..»

إلى هنا. يعني: أنّ المعتمد من الوجوه المستدل بها على شرطية التنجيز هو الإجماع، لا سائر الوجوه التي عرفت ضعفها.

(5) غرضه من هذه الجملة أنّه لا مجال لتوهم انصراف إطلاق الأدلة إلى خصوص المنجزّة- لشيوعها وندرة المعلّقة- كما هو حال سائر الإطلاقات المنصرفّة عن أفرادها النادرة. وجه عدم المجال ما تقدّم من منع ندرة العقود المعلّقة، بل المتعارف كلا القسمين.

بغير (1) الإجماع محققاً أو منقولاً (2) مشكل (3).

ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء (4). وأما إذا أنشأ من غير تعليق صحَّ

---

(1) متعلّق بـ «إثبات».

(2) ظاهر العبارة تسليم أصل الإجماع وتردده بين المحصّل والمنقول.

لكن في مفتاح الكرامة والجواهر ما ظاهره الجزم بتحصيل الإجماع فضلاً عن نقله، ففي الأول: «و الدليل على ذلك بعد الإجماع نقلاً و تحصيلاً: أنّ الأصل عدم جواز الوكالة، خرجت المنجزة بالإجماع وبعض الأخبار، وبقي الباقي» «1».

وفي الثاني: «و شرطها- أي الوكالة- أن تقع منجزة كغيرها من العقود، بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه» «2».

(3) لأنّ رفع اليد عن العمومات- المقتضية للصحة- بدون المخصّص مشكل جدّاً.

(4) هذا هو المطلب الثالث الذي تعرّض له في المقام الرابع، وغرضه من هذا الكلام إلى آخر المسألة بيان حكم ما إذا كان الإنشاء منجزاً بصورة، ولكن تردّد المنشئ في تحقق شرط عرفي أو شرعي ممّا يتوقف عليه الأثر، وهذا قسم من أقسام التعليق غير الصريح، بل هو لازم الكلام، على ما سبق منه في (ص 541) من التنظير بما إذا باع شخص مال مورّثه بظنّ موته، وقد نقل هناك عن العلامة احتمال بطلانه لكونه معلّقاً واقعا وإن كان منجزاً بصورة.

و كيف كان فمحصّل ما أفاده قدّس سرّه: أنّ ما دلّ على بطلان الإنشاء بالتعليق- كالإجماع- يقتضي الاختصاص بإنشاء بشرط أو صفة. وأما إذا كانت الصيغة منجزة ولكن تردّد المنشئ في ترتب الأثر عليها- للشك في تحقق شرط صحتها عرفاً أو شرعاً- كانت صحيحة وخارجة عن مورد مبطلية التعليق، كما

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 7، ص 526

(2) جواهر الكلام، ج 27، ص 352

ص: 565



العقد (1) وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أن المال له (2)، أو أن المبيع مما يتموّل (3)، أو أن المشتري راض حين الإيجاب (4) أم لا، أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه

إذا باع شيئاً وهو متردّد في ماليّته العرفية أو الشرعية، أو شكّ في رضا المشتري جدّاً بالإيجاب، وغير ذلك من الأمثلة المذكورة في المتن. ووجه الصحة في الجميع - يعني سواء أكان الشرط المشكوك تحقّقه مقوّماً للعنوان عرفاً أم مأخوذاً فيه تعبّداً - هو تجرّد الإنشاء عن أداة الشرط، ولا دليل على اعتبار جزم المنشئ. هذا ما ذكره المصنف قدّس سرّه في مطلع كلامه، ولكنه استدرك عليه بالفرق بين كون المشكوك فيه مقوّماً، فيبطل الإنشاء، وغيره فيصح، و سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(1) هذا مبني على الاستناد إلى الإجماع. وأمّا بناء على ما حكاه عن العلامة من اعتبار الجزم في الإنشاء فيبطل في هذا القسم أيضاً، كما احتمله هو وفخر المحققين في بيع مال المورث بظنّ موته، فراجع.

(2) هذا مثال للشرط الذي له دخل شرعاً في ترتب الأثر على الإنشاء، ولا دخل له فيه عرفاً.

(3) هذا مثال للشرط المصحّح للعقد عرفاً، فإنّ البيع عندهم «مبادلة مال بمال» فمع عدم ماليّة المبيع لا يقع البيع العرفي حتى يمكن إمضاؤه شرعاً، فإذا شكّ البائع في أنّ المبيع ممّا يتموّل، لم يكن جازماً بالبيع والمبادلة، ومع ذلك يصحّ إنشاؤه، لخلوّه عن الشرط.

(4) هذا أيضاً لو كان شرطاً مصحّحاً للعقد كان بالتعبّد، لا لدخله عرفاً في العقد.

عرفا (1) أو شرعا (2).

بل (3) الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر (4) عليه إذا تحقّق القصد إلى التملك العرفي.

وقد صرّح بما ذكرنا (5) بعض المحققين (6)، حيث قال: «لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد».

---

(1) كالشك في رضا المشتري بالإيجاب و كراهته له، فإنّ المعاهدة الاختيارية متوقفة عرفا على الرضا.

(2) كجملة من شرائط المتعاقدين و العوضين، فالبلوغ شرط تعبدى، و كذا عدم سقوط العوضين عن المالية، فمبادلة الخمر و الخنزير عقد عرفي، لكن نهى الشارع عنها، لعدم قابلية العوض للتملك شرعا. و العقل و قابلية الخطاب شرط عرفي.

(3) غرضه الإضرار- عن عدم قبح تردّد المنشئ- إلى أنّ اعتقاد عدم ترتّب الأثر شرعا لا يقدح أيضا في الصحة إذا اجتمعت الشرائط العرفية المقومة للمعاملة، و كان عدم إمضاء الشارع لأجل فقد شرط تعبدى كبلوغ المتعاقدين، فلا مانع من تمشّي القصد إلى البيع إذا كان المشتري صبيا مميّزا.

(4) يعني: الأثر الشرعي. و أمّا الأثر العرفي فيمتنع القصد إليه عند العلم بعدم ترتبه.

(5) من صحة الإنشاء غير المعلق، و لكن اعتقد المنشئ بعدم إمضائه شرعا.

(6) و هو المحقق صاحب المقابس، في مسألة اشتراط البيع بالقصد، حيث قال:

«و لا يعتبر أيضا علمه بصحة العقد، و لا يخلّ زعمه فساد ما لم يتسبّب لارتفاع قصده من الأصل، و إلحاقه باللعب و الهزل» «1».

و الظاهر أنّ مورد كلامه اعتقاد الفساد الناشئ من اختلال الشرائط الشرعية، فيقصد البيع العرفي، و لا ينقاد للأحكام التعبدية.

---

(1): مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 12

ص: 567

نعم (1) ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة، كعدم الزوجية، أو الشك فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية. وكذا الرقية في العتق (2). وحينئذ (3) فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من

(1) هذا استدراك على قوله: «و أما إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد وإن كان المنشئ متردداً».

ومحصّله: أنّ ما ذكرناه- من صحة العقد المنجز مع تردّد المنشئ، بل مع اعتقاده بالفساد شرعاً- لا يمكن تسليم إطلاقه، سواء أكان الشرط المشكوك تحقّقه مقوماً عرفياً للمعاملة أم شرعياً، بل ينبغي التفصيل بينهما، ونقول ببطلان العقد في الشرط المقوم عرفاً، سواء أكان مقطوع الانتفاء أم مشكوكاً فيه، كما إذا طلق امرأة يشكّ في زوجيتها، فقال: «هي طالق».

و الوجه في البطلان عدم تمثي القصد الجدّي إلى الطلاق- الذي هو فكّ علاقة الزوجية- مع الشكّ في موضوعه، فيكون كإنشاء الهازل و العايب في عدم ترتب الأثر عليه.

وكذا الحال في إنشاء العتق مع الشك في كون المعتق مملوكه، أو مع العلم بعدم مملوكيته له.

(2) لتقوم العتق بالرقية، كتقوم الطلاق بالزوجية، والزوجة بأجنبية المرأة، وهكذا.

ثم لا يخفى أنّ مقصود المصنف قدس سرّه من «عدم تحقق القصد إليه منجزاً» هو القصد الجدّي. فلا يمكن التسبّب بصيغتي الطلاق و العتق عند عدم إحراز الزوجية و الرقية. و أمّا إيجادهما رجاء فلا مانع منه، كما تبّه عليه بقوله: «فإذا مسّت الحاجة ..»

و سيأتي.

(3) يعني: و حين انتفاء القصد المنجز- في فقد الشرط المقوم- فإذا مسّت .. إلخ، و غرضه قدس سرّه بيان طريق الاحتياط فيما لو شك في تحقق الشرط المقوم، كما إذا شك في زوجية المرأة- إمّا للشك في محرمتها بالرضاع أو لفقد بعض ما يشكّ شرطيته في الصيغة أو لغير ذلك- جاز له التخلّص منها بأحد طريقين:

ص: 568

ذلك للاحتياط (1)- وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه (2)- فلا بد (3) من إبرازه بصورة التنجّز وإن كان في الواقع معلقاً (4)، أو يوكل غيره الجاهل (5) بالحال بإيقاعه.

الأول: أن ينشئ - بنفسه - صيغة الطلاق منجّزاً، فيقول لها: «أنت طالق» ولا يعلّقه على قوله: «إن كنت زوجتي» فيصحّ الطلاق، لكونه منجّزاً صورة وإن كان برجاء تحققه.

الثاني: أن يوكل من يكون جاهلاً بالشبهة التي حصلت للزوج، فيطلقها الوكيل منجّزاً أيضاً. وبكلا الطريقتين يتحقق الاحتياط، وتبين المرأة منه.

فإن قلت: إن في كلا الوجهين جهة مشتركة مصحّحة للطلاق، وهي الإنشاء منجّزاً، وذلك لأنّ توكيله لغيره منجّز صورة ومعلق حقيقة، إذ لو لم تكن الزوجية متحققة واقعا كانت الوكالة صورية أيضاً، فلا يبقى فرق بين طلاق الزوج وطلاق وكيله.

قلت: نعم وإن كان التوكيل في الطلاق معلقاً واقعا على تحقق الزوجية، فيبطل على تقدير انتفاء الزوجية، إلا أنّ أصل الإذن في الطلاق باق بحاله، ويتمسّى من الوكيل القصد إلى الطلاق، فيقع صحيحاً. هذا في تقوم الطلاق بالزوجية.

وكذا الحال في مثال العتق، كما إذا تردّد الوارث في أنّ مورّثه أعتق عبده أم لا، فيمكنه الاحتياط بإجراء الصيغة بنفسه، فيقول: «أنت حرّ» أو بتوكيل الغير الجاهل بشبهة موكله.

(1) متعلق ب «الحاجة» يعني: احتاج الى الاحتياط لينجو من الشبهة.

(2) إذ لو قلنا بجواز تعليق الإنشاء على مصحّحه لم يكن وجه للتوكيل، بل يطلقها معلقاً بقوله: «أنت طالق إن كنت زوجتي».

(3) جزاء قوله: «إذا مسّت».

(4) هذا هو الطريق الأول، وقوله: «أو يوكل» إشارة إلى الطريق الثاني.

(5) تقييد الغير بالجاهل لأجل أنه يتمسّى منه الجزم بالإنشاء، إذ لو كان عالماً

و لا يقدح فيه (1) تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل (2)، لأن (3) فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلا (4) أن ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشك في أنها محرمة عليه، فظهر حلها. وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد، قال:

---

بشبهة موكله كان مثله في عدم القصد الجدّي.

(1) أي: و لا يقدح في التوكيل في الطلاق كونه معلقا واقعا على موضوعه و هو الزوجية، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «إن قلت ..».

(2) المراد بالفعل هنا هو الطلاق أي يكون أمره بيد الزوج، و كذا أمر العتق بيد السيّد.

(3) تعليل لقوله: «لا يقدح» و تقدم توضيحه بقولنا: «قلت ..».

(4) هذا استدراك على قوله: «فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجّز» يعني: أن ما ذكرناه من صحة الإنشاء منجزا- مع التردّد في الشرط المقوم- يشكل بما أفاده الشهيد قدس سرّه من الجزم بالبطلان في مسائل ثلاث:

الأولى: تزويج المرأة المشكوك كونها محرما حتى يبطل نكاحها، و أجنبية حتى يحلّ، مع أن إحراز أجنبية المرأة مقوم لإنشاء النكاح، ثم تبين بعد العقد كونها ممّن يحلّ نكاحها.

الثانية: طلاق امرأة أو مخالعتها مع الشك في زوجيتها، ثم تبين كونها زوجة، مع تقوّم القصد الجدّي إلى الطلاق بإحراز زوجيتها.

الثالثة: تولية نائب الإمام عليه السلام شخصا للقضاء بين الناس، مع شكّه في أهليّته، ثم تبين كونه أهلا، مع وضوح توقف إنشاء هذا المنصب الشامخ على إحراز أهليّة المنصوب.

و يظهر من تعليل البطلان في هذه الفروع الثلاثة «بانتهاء الجزم» مخالفة الشهيد لما أفاده المصنف من الصحة، و كفاية خلوّ الإنشاء عن أداة الشرط و إن كان

«وكذا الإيقاعات، كما لو خالغ امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها، أو ولي نائب الإمام عليه السلام قاضيا لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلا» (1) (1).

ثم قال: «ويخرج من هذا (2) بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان مينا، لأن الجزم هنا (3) حاصل،

المنشئ مترددا.

(1) العبارة منقولة بتصريف يسير غير قادح في المعنى، فراجع القواعد.

(2) أي: ويخرج من الجزم بالبطلان بيع ..، والأولى أن يقال: «و ليس من هذا القبيل بيع ..» لعدم مناسبة الخروج مع التعليل بعدم الجزم.

و كيف كان فاستثنى الشهيد من عموم حكمه بالبطلان - لأجل تردد المنشئ - مسألتين، واحتمل صحتهما شرعا.

الأولى: أن يبيع شخص مال مورثه ظنا بحياته، فتبين بعد البيع انتقال المال إلى البائع بالإرث. والوجه في الصحة تحقق الجزم بالبيع، غايته كونه فضوليا. وتردد المالك بين البائع والمورث غير قادح في الجزم بنفس المعاملة.

ويحتمل البطلان أيضا كالفروع الثلاثة المتقدمة، وذلك لانتفاء القصد إلى الخصوصية وهي بيع المال بما أنه ملكه، فإن الظن بحياة المالك يوجب تردده في مالكية نفسه، فلو قصد البيع لنفسه كان غير جازم حال الإنشاء.

الثانية: أن يزوج الولد مملوكة أبيه ظنا بحياته حتى يكون العقد عليها تصرفا في ملك الغير، فتبين بعده انتقالها إليه، وأنه زوج أمة نفسه. و وجه الصحة و البطلان كما تقدم في المسألة الأولى، هذا.

(3) أي: في هذا المثال، لإمكان القصد إلى البيع وإن لم يكن مالكا، كما في بيع الفضولي، فالتملك غير معلق، و خصوصية المالك مشكوكة.

(1): القواعد و الفوائد، ج 2، ص 238، القاعدة: 238

ص: 571

لكن خصوصية البائع (1) غير معلومة. وإن قيل بالبطلان أمكن، لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوج أمة أبيه فظهر ميتها «1» انتهى.

و الظاهر (2) الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه (3) بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم (4).

---

(1) الأولى تبدليه ب «المالك» لأن خصوصيته مشكوكة، وإلا فخصوصية البائع - وهو المنشئ للبيع - معلومة. إلا أن يكون مراد الشهيد قدس سره من البائع من يبيع بوصف كونه مالكا لا مجرد المنشئ، و من المعلوم عدم العلم بخصوصية البائع بوصف مالكيته.

(2) مقصوده قدس سره المناقشة في ما ادعاه الشهيد قدس سره من الجزم بالبطلان - في المسائل الثلاث المتقدمة أولا - بالفرق بين مسألة الطلاق و مسألتى التزويج و التولية، و الفارق إمكان الجزم فيهما، فيصحان، دون الطلاق فيبطل. أما صحة التزويج مع المرأة المشكوك حلها و حرمتها فلأن كون المرأة أجنبية غير مقوم لمفهوم التزويج لا لغة و لا عرفا، وإنما تكون معتبرة في صحته شرعا، فيتمشى القصد الجدّي إلى التزويج.

و أما صحة التولية - مع الشك في عدالة المنسوب و أهليته - فلأن العدالة شرط شرعي، و ليس مقوما لعنوان «القاضي» عرفا.

و أما بطلان الطلاق فلأنه مزيل لعلاقة الزوجية، و اعتبر في تحقق مفهومه الزوجية، و لا يتحقق بدونها، و لذا لا يمكن الجزم فيه و لو تشريعا. و هذا بخلاف التزويج و التولية، فإنه يمكن الجزم و لو بعنوان التشريع.

(3) و هما مسألتا التزويج و التولية.

(4) لعله إشارة إلى أنّ الإنشاء خفيف المئونة، فمجرد إناطة التسبب به شرعا إلى حصول الأمر الاعتباري كالزوجة و الحرية و الطلاق لا يمنع عن الإنشاء معلقا على الأجنبية و الرقية و الزوجية.

---

(1): القواعد و الفوائد، ج 1، ص 367، رقم القاعدة: 143

ص: 572

وقال في موضع آخر: «ولو طلق بحضور خنثيين فظهرها رجلين أمكن الصحة (1). وكذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا. ويشكلان في العالم بالحكم، لعدم قصده إلى طلاق صحيح (2)» «1» انتهى.

(1) هذا أيضا من الفروع التي رتبها الشهيد قدس سره على زعم فقد شرط الصحة الشرعية، فتبين بعد الإنشاء تحقّقه حاله. وقد ذكر قدس سره في القواعد فروعاً عديدة، إلا أنّ المنقول منها في المتن اثنان:

الأول: أن يطلق الزوج أو وكيله بحضور شخصين ظلّ أنّهما خنثيان، فتبين كونهما رجلين.

الثاني: أن يطلق بحضور رجلين يظنّ فسقهما، فظهرت عدالتهما. فحكم قدس سره بصحة الطلاق - مع كون المطلق متردداً حال الإنشاء - وذلك لأنّ مفهوم الطلاق عرفاً لا يتوقف على كون الشاهدين رجلين، فيمكن إنشاؤه ولو مع عدم حضورهما.

غاية الأمر أنّ ترتب الأثر شرعاً منوط بحضور عدلين، فإن تحقّق ذلك لأثر الطلاق، وإلا فلا. وكذا الحال في الظنّ بفسقهما وظهر عدالتهما.

(2) لا حاجة إلى قصد عنوان الصحيح بحيث يكون شرطاً لصحة العقد، بل المدار على قصد المعاملة العرفية ولو مع العلم بانتفاء الأثر الشرعي، لانتهاء شرطه كما في بيع الغاصب [1].

[1] تنقيح البحث في هذه المسألة منوط بالتعرض لجهات:

الأولى: في معنى التنجيز.

والثانية: في نقل كلمات الأصحاب حتى يظهر أنّ اعتباره ثابت عندهم، وأنّ التنجيز شرط أو أنّ التعليق مانع.

والثالثة: في مورد اعتباره.

والرابعة: في دليل اعتبار هذا الشرط.

(1): القواعد والفوائد، ج 1، ص 367، رقم القاعدة: 143

ص: 573



أمّا الجهة الأولى فملخصها: أنّ التنجيز عبارة عن الإرسال، وعدم إنفاذ الإنشاء بشيء، في مقابل التعليق الذي هو الإنفاذ بشيء.

وأمّا الجهة الثانية: فتقف عليها بالمراجعة إلى ما حرّراه في الحاشية التوضيحية.

وظاهر عباراتهم كون التنجيز شرطاً، حيث إنهم جعلوا مبطلية التعليق متفرعة على اعتبار التنجيز، فقالوا: «التنجيز شرط في صحة العقد، فلو علّقه على شرط أو صفة لم يصح» فلاحظ كلماتهم. وتظهر الثمرة في حال الشك، فعلى شرطية التنجيز لا أصل لإحرازه، بخلاف مانعية التعليق، فإنّه يجري فيه أصالة عدم تحققه.

والحاصل: أنّ الشرط لا بدّ من إحرازه، لكونه وجودياً، ولا يحرز بالأصل، لكونه مسبوقاً بالعدم. بخلاف المانع، فإنّ عدمه المساوق لوجود الممنوع يحرز بالأصل، فلو اشتملت عبارة الإنشاء على شيء يشكّ في كونه موجباً للتعليق أمكن نفي التعليق بالأصل، بأن يقال: إنّ الكلام قبل وجود ما يشكّ في إيجاد تعليق العقد لم يكن معلّقاً قطعاً، وبعد وجوده يستصحب عدم تعليقه.

وكيف كان فكلماتهم في المقام مضطربة جدّاً، لظهور بعضها -كعبارة فخر الإسلام المتقدمة- في كون التعليق مبطلاً للعقود والإيقاعات مطلقاً لازمة كانت أو جائزة. وظهور إطلاق بعضها كعبارة المحقق والشهيد الثانيين المتقدمة أيضاً في التعميم للعقود اللازمة والجائزة، مع التقييد بكون المعلّق عليه مجهول الحصول. وصراحة بعضها في إبطال التعليق مطلقاً للعقود اللازمة من الطرفين، كعبارة السرائر المتقدمة أيضاً.

وبالجملة: فعباراتهم مضطربة بالنسبة إلى المعلّق عليه من حيث كونه معلوم الحصول ومجهول الحصول، و حالياً واستقبالياً، ومما يتوقف صحة العقد عليه شرعاً كالقبض في الهبة وبيع الصرف والقدرة على التسليم، أو مما يتوقف عليه حقيقة المنشأ كالقبول في البيع والزوجية في الطلاق. وكذا بالنسبة إلى المعلّق من حيث كونه عقداً مطلقاً أو لازماً من الطرفين.

ولهذا الاضطراب أوضح المصنف قدس سره هذه المسألة بتقسيم المعلق عليه على أقسام ثمانية، بأنّ المعلق عليه إمّا معلوم التحقق وإمّا محتملة، وعلى التقديرين إمّا يكون أمراً حالياً أو استقبالياً، وعلى التقادير الأربعة إمّا يتوقف عليه صحة العقد شرعاً، وإمّا لا يكون كذلك، فالأقسام ثمانية.

ولكن في تقريرات بحث السيد المحقق الخويي قدس سره: «الأولى جعل الأقسام اثني عشر، فإنّ المعلق عليه على التقادير الأربعة إمّا يتوقف عليه حقيقة العقد ومفهومه كتوقف البيع على القبول أو الطلاق على الزوجية. وإمّا يتوقف عليه صحته شرعاً كالقبض في الهبة، والقدرة على التسليم في بيع السلم. وإمّا لا يكون شيء من ذلك، فالأقسام اثني عشر» (1)، هذا.

ولكن الحق صحة تقسيم المصنف وعدم الحاجة إلى إدراج ما علق عليه مفهوم العقد في التقسيم، لأنّ مورد البحث هو تعليق العقد، فتعليق مفهوم العقد خارج عن محل البحث، لأنّ التعليق يعرض العقد، فقبل تحققه لا عقد حتى يقال: إنه منجز أو معلق.

إلا أن يتسامح ويقال: إنّ المراد بالمعلق أعم من العقد وجزئه حتى يشمل تعليق الإيجاب فقط، كقوله: «بعتك هذا المتاع بكذا إن قبلت» فإنّ القبول مقوم للعقد، ولا يتحقق العقد إلا به، ومع ذلك يصح تعليق العقد- أي الإيجاب- به.

أو يقال: إنّ مفهوم العقد ينشأ بالإيجاب فقط، وليس القبول إلا تنفيذاً له، فيصح أن يعلق العقد وهو الإيجاب على القبول، فتأمل.

وبالجملة: فمع فرض تقويم العقد بالقبول لا يعقل تعليق العقد به، لأنّه من التعليق على نفسه، فينحلّ قوله: «بعتك هذا المتاع بكذا بشرط أن تقبل» إلى: إنشاء البيع على تقدير تحققه. والمفروض أنّ العقد أسام للمسببات، وهي بسيطة لا تتحقق إلا بعد حصول القبول. فمرجع هذا الشرط إلى: أنّ إنشاء البيع متوقف على وجوده، وليس هذا

---

(1): محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 135

إلا توقف الشيء على نفسه.

فلعل الأولى في التقسيم أن يلاحظ كل من الشرط والمشروط والمشروط به، بأن يقال: إن الشرط إما صريح وإما ضمني، والمشروط به إما ماضوي كمجيء زيد في أمس وإما حالي وإما استقبالي.

ثم إنه على التقادير الستة إما معلوم العدم وإما معلوم الوجود وإما مشكوكه، فالأقسام ثمانية عشر، ومن ضربها في كون المشروط به مقوماً لمفهوم العقد أو لصحته أو أجنبيًا عن المفهوم والصحة معا تنتهي الصور إلى أربع وخمسين، ثم بضرب هذه الصور في كون التعليق في الإنشاء والمنشأ مادة وهينة تنتهي الصور إلى مائة واثنين وستين.

أما صور التعليق في الإنشاء بجملتها- من كون المعلق عليه ماضويًا أو حاليًا أو استقباليًا، وكونه معلوم الوجود أو العدم، أو مشكوك الوجود والعدم، وكونه مقوماً لمفهوم العقد أو لصحته أو أجنبيًا عنهما، وكون الشرط صريحًا أو ضمنيًا، وكون المعلق عقداً بأنواعه أو إيقاعاً فهي ساقطة عن التقسيم، لأن الإنشاء- سواء أكان استعمال اللفظ في المعنى بقصد إيجاده، وحاصله إيجاد المعنى باللفظ، في قبال الإخبار الذي هو استعمال اللفظ في معناه بقصد الحكاية عنه، أم كان إبرازاً للاعتبار النفساني باللفظ- لا يعقل تعليقه بشيء، لأن الإنشاء نظير الإيجاد التكويني، فكما لا يعقل الإيجاد التكويني كالضرب معلقاً على شيء، ضرورة أنه يوجد في الخارج وإن علقه على كون المضروب شخصاً معيناً، فإن الضرب يوجد وإن لم يكن المضروب ذلك الشخص بل غيره، فكذلك لا يعقل تعليق الإيجاد الإنشائي، فإن الإنشاء بعد كونه من شؤون استعمال اللفظ في المعنى كالإخبار- والمفروض تحقق الاستعمال- فلا محالة يوجد الإنشاء، لتقومه باستعمال اللفظ في المعنى، وهو معلوم الحصول. وسيأتي مزيد توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

ص: 576

وأما الجهة الثالثة- وهي مورد اعتبار التنجيز- فيظهر من كلماتهم أنّ مورده كلّ إنشاء سواء أكان عقدا أم إيقاعا، كما يظهر من بعض الوجوه التي أقاموها على اعتبار هذا الشرط، كمنافاة التعليق للإنشاء.

وأما الجهة الرابعة- وهي الدليل على اعتبار التنجيز المعبر عنه أحيانا بالجزم- فنخبة الكلام فيها: أنّهم استدّلوا على اعتباره بوجوه:

الأول: دعوى الإجماع على ذلك، ولذا فرّعوا عليه مبطلية التعليق، حيث إنّه رافع للشرط أعني به التنجيز، فبطلان العقد يستند إلى فقدان شرطه، لا إلى وجود المانع. وقد عرفت في الجهة الثانية دعوى جماعة الاتفاق على ذلك.

لكن فيه: أنّ المحتمل قويًا كونه مدركيًا، وأنّ مستند المجمعين الوجوه الاعتبارية التي استند إليها الفقهاء، فلم يثبت كونه إجماعًا تعبديًا كاشفا قطعياً عن قول المعصوم أو فعله أو تقريره عليه السّلام.

الثاني: ما عن جماعة من القدماء كالقاضي في جواهره، حيث إنّه استدّل على المنع عن المضاربة بغير الدرهم والدينار، فكان عدم الدليل عندهم دليلاً على العدم.

ومحصّل هذا الوجه هو: أنّ العقود والأسباب الشرعية توقيفية لا بدّ فيها من الاقتصار على المتيقن، وهو العقد الخالي عن التعليق.

وفيه: أنّ الأخذ بالمتيقن إنّما يصح إذا لم يكن هناك إطلاق أو عموم يدلّ على مشروعية كل عقد عرفي، فإنّ مقتضى القاعدة حينئذ التمسك بذلك، والحكم بصحة كل ما يصدق عليه العقد. والمفروض وجود العمومات والإطلاقات الدالة على صحة كلّ عقد، فلا مجال للأخذ بالمتيقن. نعم له مجال إن كان دليل صحة العقود ليّاً كالإجماع، لكنه ليس كذلك، هذا.

الثالث: ما عن شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه من: انصراف أدلة صحة المعاملات عن العقود المعلّقة، لأنّها خلاف ما تعارف بينهم من تنجيز العقود وعدم

---

تعليقها، فأدلة الصحة منصرفاً إلى العقود المتعارفة، وهي المنجزة. و عليه فلا دليل حينئذ على صحة العقد المعلق، ومقتضى أصالة الفساد بطلانه (1)، هذا.

وفيه: ما مرّ مرارا من عدم صلاحية التعارف للتقييد.

مضافاً إلى وقوع التعليق كثيراً في العقود، فكون التعليق فيها غير متعارف ممنوع.

الرابع: ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه في عبارته المنقولة في التوضيح، وحاصله:

أنّ ظاهر أدلة الصحة هو ترتيب الآثار من حين العقد، وذلك منوط بإطلاق العقد، فمع تعليقه لا تشمله الأدلة من حينه، ومع عدم شمولها له من زمان صدوره لا تشمله بعده أيضاً، فالعقود المعلقة غير مشمولة لأدلة الصحة لا حدوثاً ولا بقاء أي بعد حصول المعلق عليه. فمع عدم الدليل على الصحة يرجع إلى أصالة الفساد، هذا.

وفيه: أنّ العقد إن كان عبارة عن الإيجاب والقبول وما يتعلّق بهما من الشرائط والقيود فوجوب الوفاء به بمعنى ترتيب آثار الصحة عليه منوط بتماميته، كما هو شأن كل موضوع وحكم. ومن المعلوم أنّ موضوع وجوب الوفاء لا يتمّ إلا بحصول المعلق عليه، ومقتضى جعل الحكم على نحو القضية الحقيقية هو توقف فعليّة الحكم على فعليّة موضوعه، فلا موضوع لوجوب الوفاء قبل حصول المعلق عليه، حتى لا يشمل دليل وجوب الوفاء.

وإن كان عبارة عن ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد فوجوب الوفاء به- بمعنى عدم نقضه وحلّه- لا يترتب أيضاً إلا على تمامية سببه، لأنّ العقد المسببي لا يحصل إلا بتحقق جميع ما له دخل في سببه.

والحاصل: أنّ وجوب الوفاء مترتب على موضوعه- سواء أكان منجزاً أم معلقاً- فإمضاء الشارع للعقد تابع لجعل المتعاقدين، فإن كان العقد منجزاً أي مطلقاً فأثره الشرعي الملكيّة المنجزة غير المشروطة، وإلا كان أثره الملكيّة المعلقة، ولا يجب الوفاء

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 113

إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الحال في النذر والعهد ونحوهما، ولا يتخلف عنه، وإلا يلزم الخلف والمناقضة كما حقق في محله. ولا يلزم التخلف المزبور في المقام أصلا، سواء أكان العقد أمرا بسيطا دائرا بين الوجود والعدم أم مركبا من الإيجاب والقبول، هذا.

وقد أجاب عنه المصنف قدس سره بوجه:

أحدها: أن دليل الصحة واللزوم غير منحصر بأوفوا بالعقود، لأن دليل حلية البيع، وتسلط الناس على أموالهم كاف في إثبات ذلك، هذا. وفيه أولا: أنه أخص من المدعي الذي هو أعم من البيع، لاختصاصه بالبيع، فيبقى غيره من العقود التعليقية خاليا عن دليل الإمضاء. وأما دليل السلطنة ففيه: أنه ليس مشرعا كما تقدم عن المصنف قدس سره في مباحث المعاطاة. هذا ما أفيد.

ويمكن منعه بأن إشكال المصنف ناظر إلى ما ارتضاه صاحب الجواهر من مشرعية قاعدة السلطنة للأسباب. وعليه يتجه الاستدلال بقاعدة السلطنة على صحة العقد المعلق بالمنجز.

وثانيا: أن ما ادعاه المستدل - من ظهور آية وجوب الوفاء بالعقد في ترتب الأثر من حين وقوع العقد - جار في آية حل البيع، ودليل السلطنة أيضا، فهما يدلان على ترتب الملكية من حين تحقق البيع أو عقد آخر، ولا يدلان على صحة العقود المعلقة من البيع وغيره.

ثانيها: أنه ينتقض بالعقود التي يتخلف مقتضاها بالتأخر عن نفس تلك العقود كبيع الصرف والسلم والوصية والمعاملات المعاطاتية بناء على إفادتها بالإباحة مع قصد الملكية، فإن بيع الصرف مثلا لا يترتب أثره إلا بعد القبض في المجلس. بل وكذا البيع الخياري، إذ البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فالأثر اللزومي لا يترتب إلا بعد الافتراق.

وفيه: أن القياس مع الفارق، لكون التعليق فيها ثابتا بالدليل الخاص، فلا وجه

---

للتنقض، هذا ما قيل.

لكن الصواب أن يقال: إنّه لا يلزم التخلف المزبور أصلاً، لما عرفت من أنّ وجوب الوفاء لا ينفك عن موضوعه، و من المعلوم أنّ الحكم لا يترتب إلا على موضوعه الذي يتقوم وجوده بما علق عليه، فإذا كان بيع الصرف منوطاً بالقبض فالقبض يكون جزءاً أو شرطاً في البيع، فما لم يتحقق القبض لا يتم موضوع وجوب الوفاء، هذا.

ثالثها: أنه أخص من المدعي الذي هو مبطلية التعليق مطلقاً سواء أكان المعلق عليه خارجاً عن حقيقة العقد كقدوم الحاج أم داخل في حقيقته كتعليق البيع على القبول، كما إذا قال البائع: «بعتك هذا الكتاب بدينار إن قبلت» فإنّ مثل هذا التعليق داخل في محل النزاع، مع عدم لزوم تأخر مقتضى العقد عن وجوده، فلا يصح الاستدلال بهذه الآية على عدم صحة التعليق مطلقاً ولو لم يلزم تأخر الأثر زماناً عن العقد.

الخامس: ما عن العلامة في التذكرة من: أنّ التعليق ينافي الجزم بالإنشاء، إذ الإنشائية كالإخبارية من وجوه استعمال اللفظ، ولا يعقل تعليقهما على شيء، بل هما إمّا توجدان وإمّا لا توجدان، فوجودهما معلقاً غير معقول. فالوجود الإنشائي كالتكويني - كالضرب على شخص - غير قابل للتعليق، بدهاءة وقوع الضرب عليه وإن لم يكن المضروب ذلك الشخص المقصود.

وهذا وجه عقلي لاستحالة التعليق في الإنشاء، لاستلزام التعليق للتناقض، كما عن المحقق النائيني قدس سره (1)، حيث إنّ لازم التعليق عدم وجود المعلق - وهو الإنشاء - قبل تحقق المعلق عليه، فوجود الإنشاء قبله مناقض له، فيلزم أن يكون الإنشاء قبل حصول المعلق عليه موجوداً ومعدوماً، وهذا محال. فلا بدّ أن يكون تعليق الإنشاء خارجاً عن مورد البحث، فمورد اعتبار التعليق هو المنشأ، لا الإنشاء، هذا.

وفيه: ما في المتن من أنّ مورد التعليق ليس هو الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 112

باللفظ، لأنّ ذلك حاصل بمجرد إلقاء اللفظ، فلا يقبل الفرض و التعليق كالإيجاد التكويني، فيمتنع تقييده و تعليقه، و بنفس امتناع التقييد يمتنع الإطلاق أيضاً، لما قرر في محله من كون التقابل بينهما تقابل العدم و الملكة.

و الإخبار كالإنشاء في امتناع تعليقه، فإنّه يحصل بمجرد إلقاء اللفظ بقصد الحكاية و إن كان المخبر به معلّقاً، كالإخبار بفساد العالم إذا تعدّدت الآلهة، فإنّ الأخبار فعليّ، و المخبر به تعليقي.

بل محلّ الكلام هو المنشأ كالمبادلة أو التملك في البيع، كأن يقول: «بعثك إن جاء زيد» و كقوله: «إن جاءك زيد فأكرمه» فإنّ المجيء قيد للمنشأ و هو الوجوب المستفاد من الهيئة، فنفس البيع معلّق على المجيء، كتعليق الوجوب الذي هو المنشأ على المجيء، فتعليق المنشأ- كالبيع- نظير الوجوب المشروط، فمصّب النزاع في اعتبار التنجيز هو المنشأ، و من المعلوم قابليته للتعليق كالوصية التمليلية، فإنّ الملكية معلّقة على الموت، هذا.

و فيه أولاً: أنّ الإنشاء ليس مجرد إلقاء اللفظ لإخطار المعنى حتى يمتنع تعليقه و يكون كالإيجاد التكويني غير القابل للتعليق، بل هو نفس الإيجاد التكويني، لأنّ اللفظ الموجود بالتلفظ موجود تكويني لا إنشائي اعتباري. بل الإنشاء نحو خاصّ من استعمال اللفظ و إلقاء المعنى به، فالإنشاء متقوم بتلك الخصوصية بحيث لا يوجد في الوعاء المناسب له إلّا بوجود تلك الخصوصية. ففرق واضح بين الإيجاد الإنشائي و التكويني، فإنّ الثاني لا يقبل التعليق و الإناطة، بخلاف الأوّل، لأنّ إنشاء الأمور الاعتبارية غير إنشاء الأمور التكوينية، إذ الأوّل متقوم بقصد حصول المنشأ، بخلاف الثاني، إذ الإيجاد و الوجود متّحدان ذاتا مختلفان اعتباراً، و الوجود عين التحقق، و هو ينافي الفرض و التعليق، فالإنشاء إيجاد اعتباري قابل للتعليق، و الإيجاد الحقيقي غير قابل له.

و ثانياً: أنّ الإنشاء لو كان مجرد إلقاء مدلول الكلام لزم صدقه على الكلام الصادر من النائم و الساهي، و من المعلوم عدمه، لأنّ الإنشائية خصوصية قصديّة من خصوصيات الاستعمال متقوّمة بالقصد، و الإنشائية و الإخبارية خارجتان عن حريم



فالإنشاء في الأمور الاعتبارية قابل للتعليق، لأنه عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ بكيفية خاصّة، بحيث يتقوّم الإنشاء بها، فإنشاء الملكية مثلا تارة لا يعلّق على شيء، كأن يقول: «بعتك هذا المتاع بكذا» وأخرى يعلّق على شيء، كأن يقول: «بعتك إذا قدم الحاج» فإنّ إنشاء الملكية حينئذ معلّق على قدوم الحاج، بحيث لا تتحقّق الملكية إلّا إذا قدم الحاج.

والمراد بتعليق الإنشاء هو هذا المعنى، وهذا التعليق هو الذي أنكره في الأصول على ما حكى عنه، حيث أنكر رجوع القيود إلى الهيئة، و أرجعها إلى المادة كالفصول، فالتزم بالواجب المعلّق دون المشروط لأحد وجوه:

من خصوص المعنى الحرفي غير القابل للتقييد.

و من كونه إيجابيا غير قابل للحاظ و التعليق، لكون الإيجاد كالوجود يمتنع تعليقه.

و من كون المعنى الحرفي- الذي يكون معنى الهيئات منه- آليا غير قابل للحاظ الاستقلالي، لتضاد الآلية و الاستقلالية، فيمتنع لحاظهما في شيء واحد.

ولكن قد ثبت في الأصول بطلان هذه الوجوه، وبنينا على إمكان تقييد الهيئة و صيرورة الوجوب مشروطا. فلو قال: «إذا دخل الوقت فصل» أو: «بعتك هذا إذا جاء زيد» كان الشرط قيّدا للوجوب و إنشاء البيع، بحيث لا يكون إنشاء للوجوب و النقل إلّا في ظرف تحقق الشرط، فبدونه لا وجوب و لا نقل. فالوصية التمليلية من قبيل الواجب المشروط، و الإجارة بالنسبة إلى منفعة السنة الآتية تكون من قبيل الواجب المعلّق، لكون الملكية حاصلة بالفعل، و المنفعة المملوكة متأخرة زمانا.

و بالجملّة: إذا قال: «بعتك هذا المتاع بدينار إذا قدم الحاج» فهنا أمور:

أحدها: الألفاظ المذكورة.

ثانيها: معانيها الإفرادية.

ثالثها: معانيها التركيبية.

رابعها: الأثر الشرعي أو العرفي المترتب على هذه الألفاظ.

أمّا الأوّل فهو أجنبي عن الإنشاء، لأنّ وجود الألفاظ تكويني، لا اعتباري.

و أمّا الثاني فوجودها حين استعمال الألفاظ - كوجودها قبله - ذهني، و يعرضها الوجود اللفظي عناية، و إلا فالوجود اللفظي حقيقة لنفس الألفاظ.

و أمّا الثالث فهو كالثاني في إحضار المعاني التركيبية في الدّهن، فوجود اللفظ تكويني و المعنى ذهني، فالموجود الاعتباري الإنشائي لا بدّ أن يترتب على قصد خصوصية، و هي قصد تحقق المعنى في وعاء الاعتبار، فما لم يقصد ذلك لا يتصف الكلام بالإنشاء، فمجرد التلفظ بلفظ و استعماله في معناه لا يكون إنشاء.

و قصد إيجاد المعنى في صقع الاعتبار تارة يكون مطلقاً، كقوله: «بعتك هذا بكذا» فإنّ القائل يوجد البيع - الذي هو المبادلة مثلاً - في عالم الاعتبار بلا شرط، فالإنشاء مطلق لا معلق. و أخرى يكون معلقاً كالمثال المزبور، فإنّ البائع ينشئ البيع في عالم الاعتبار معلقاً على قدوم الحاج، بحيث لا يوجد البيع الاعتباري إلا حين قدوم الحاج، فقبله لا إنشاء و لا منشأ، و حينه يوجد الإنشاء و المنشأ، فالإيجاد و الوجود غير منفكّين، نظير «إن بنيت مسجداً فصلّ فيه» فإنشاء الوجوب يكون بعد بناء المسجد، و قبله لا وجوب و لا إنشاء، فالتعليق في الإنشاء من الأمور المتداولة عند الشارع و العرف.

فدعوى «امتناع التعليق في الإنشاء، و إرجاعه إلى المنشأ» في غاية الغرابة. و لعلّ المدّعي خلط بين اللفظ الذي هو موجود تكويني يمتنع تعليقه كغيره من الموجودات التكوينية، و بين الإنشاء الذي هو أمر اعتباري كالإيجاب، فزعم أنّ الإنشاء هو اللفظ الذي يمتنع تعليقه.

فتلخص مما ذكرنا: أنّ التعليق في الإنشاء من الأمور المتداولة عرفاً و شرعاً، و لا يعقل التفكيك بين الإنشاء و المنشأ في التعليق، و لا معنى لتعليق الإنشاء و تنجيز المنشأ، فإنّهما كالإيجاب و الوجوب و الإيجاد و الوجود من الاتّحاد الذاتي

و الاختلاف الاعتباري. ففي المثال يكون إيجاب الصلاة و وجوبها بعد بناء المسجد، فلا إيجاب و لا وجوب قبله.

نعم آلة الإنشاء- و هي اللفظ الخاص مثل «بعت»- توجد فعلا وجودا تكوينيًا، و هذا الوجود أجنبي عن الإيجاد الاعتباري الذي هو مفاد الإنشاء.

وقد ظهر مما ذكرنا- من كون الإنشاء إيجادا اعتباريًا تابعًا لاعتبار المعبر من الإطلاق و التقييد و التنجيز و التعليق- فساد قياس الإيجاد الإنشائي بالإيجاد التكويني، كإيجاد الأكل و الشرب و اللبس و الضرب و غيرها من الأفعال الخارجية، فإنَّ إيجادها لا يقبل التعليق، فإنَّ الأكل يتحقق و لو لم يكن المأكول ما قصده الآكل، كما إذا أكل شيئًا معلقًا على كونه حنطة ثم تبين أنه شعير، فإنَّ الأكل يتحقق. فالوجود التكويني غير قابل للتعليق، بخلاف الوجود الاعتباري، فإنه قابل لذلك في إنشاء الأمور الاعتبارية كالملكية و الزوجية.

و الحاصل: أن حقيقة الإنشاء إيجاد المعنى في وعاء الاعتبار، لا إيجاد المعنى باللفظ الذي هو مقوم الاستعمال. و من المعلوم أن الإيجاد الاعتباري تابع لكيفية اعتبار معتبرة، فإن علقه على شيء توقّف وجوده في وعاء الاعتبار على وجود ذلك الشيء، فلا وجه لاستحالة تعليق الإنشاء، كما عن المحقق النائيني قدس سرّه، و لا منافاته للجزم حال الإنشاء كما عن العلامة في التذكرة، لعدم اعتبار الجزم في الإنشاء. بل هو أمر ممكن و واقع في العرفيات و الشرعيات كالوصية و التدبير و النذر، فإنشاء العقود معلقًا مما لا مانع عنه، لصدق العقد عرفًا مع التعليق و بدونه على نسق واحد، فاعتبار التنجيز محتاج إلى الدليل.

بل يمكن أن يقال: إنَّ الجزم في الإنشاء المعلق كالأخبار المعلق موجود، فإنَّ الأخبار بفساد العالم على فرض تعدد الآلهة جزمي لا ترديد فيه. و كذا الإنشاء، فإنَّ الإنشاء في قوله: «بعتك إن جاء زيد» جزمي، إذ لا ترديد له في البيع على تقدير مجيء زيد.

وعلى فرض كون مثل هذا الإنشاء خاليا عن الجزم نمنع الكبرى وهو اعتبار الجزم في الإنشاء، لصدق العقد والإيقاع عرفا مع الجزم، فلو قال شاكا في كون شخص عبده أو امرأة فلانية زوجته: «أنت حرّ لوجه الله» و«أنت طالق» فأصاب، صدق في العرف عتق عبده وطلاق زوجته.

وكذا الحال إذا قال: «بعتك هذا المال» برجاء كونه ماله- وكان في الواقع ماله- صدق عرفا أنه باع ماله، فلا يعتبر الجزم في الصدق العرفي، فاعتبار الجزم مع هذا الصدق لا بدّ أن يكون تعبدا محضا.

وبالجملة: فالتعليق في الإنشاء خال عن المحذور.

بل لا وجه لرجوع القيد إلى المنشأ في بعض الموارد، كما إذا أنشأ بالفعل الملك يوم الجمعة، فإنّ لازمه جواز إنشاء الملك لشخص آخر يوم السبت، ولثالث يوم الأحد، نظير باب الإجارة، فيكون الجميع مالكا بالفعل كلّ ملكية قطعة من الزمان، مع أنّ الملك ليس متكثرًا بتكثر الزمان، وليس المملوك متعددا في المملوكية كالمنافع في كل يوم.

فالصواب رجوع القيد إلى الإنشاء، وبطلان رجوعه إلى المنشأ، لعدم تعدّد المملوك حتى ينتقل في زمان إلى شخص، وفي غيره إلى شخص آخر. بل المملوك نفس الشيء، و الزمان ظرف له.

وأما إذا رجع إلى الهيئة فالتملك لنفس الطبيعة لا مقيّدة بيوم الجمعة، إذ المقيّد حينئذ هو نفس التملك، فكأنّه قال: «أوجدت يوم الجمعة ملكية المتاع الفلاني لك» فإنشاء التملك معلق على يوم الجمعة، فقبله لا عقد ولا إنشاء.

والسرّ في ذلك: أنّ القيد إن رجع إلى الهيئة كانت الطبيعة مطلقة. ففي المثال تكون الملكية مطلقة، و التملك مقيّدا بيوم الجمعة. فالنتيجة: أنّ في يوم الجمعة صار المتاع ملكا للمشتري، فطبيعة المتاع صارت مملوكة له في يوم الجمعة، فالتملك والإنشاء معلق على يوم الجمعة، فقبله لا تملك ولا عقد.

وإن رجع إلى المادّة والمنشأ كان التمليك، بلا قيد و الإنشاء بلا تعليق، فلا بدّ من تحقّقه و من وجود الملكية فعلا، لا امتناع انفكاك المنشأ عن الإنشاء. لكن الملكية مقيدة بيوم الجمعة، لا مطلقة، لأنّ مقتضى هذا العقد هو وجود الملكية المقيدة بيوم الجمعة لا الطبيعة المطلقة، فللمتاع المزبور ملاك متعددة حسب اقتضاء القيود الراجعة إلى المادّة.

و هذا كما ترى.

و لازم رجوع القيد إلى المادّة أيضا تمامية العقد فعلا، و عدم جواز الرجوع من المتعاقدين قبل حصول القيد و المعلق عليه. بخلاف ما إذا رجع إلى الهيئة، إذ العقد إنّما يكون على تقدير حصول القيد، فبدونه لا عقد، بل إنشاء معلق، و لا يصير عقدا إلّا بعد حصول المعلق عليه.

فالمتحصل: أنّه لا وجه لاعتبار الجزم في الإنشاء لا عقلا و لا عرفا من باب تقوّم عنوان العقد أو الإيقاع عرفا بالإنشاء المنجز، حتى يقال: إنّ التّجيز مقوّم لمفهوم العقد العرفي أو الإيقاع كذلك. فلا بدّ أن يكون اعتباره بدليل نقلي، و هو مفقود أيضا، لأنّ الإجماع غير ثابت أوّلا، لما عرفت من تصريح المحقق القمي قدّس سرّه بصحة الوكالة مع التعليق.

مضافا إلى: أنّ المسألة لم تكن معنونة، و إنّما استندوا فيها إلى باب الوكالة و الوقف و نحوهما.

و ثانيا: بعد تسليمه- لا يكون إجماعا تعبديا، لاستناد المجمعين إلى الوجوه المذكورة، فيكون مدركيا. و لا أقلّ من صيرورته محتمل المدركية، فيسقط عن الاعتبار.

و كذا الحال في سائر أدلتهم التي عرفت ضعفها، فلا- دليل على مبطلية التعليق ليخصّص به عموم أدلة صحة العقود، فالمرجع هو العمومات و الإطلاقات، و بها يدفع احتمال مانعية التعليق أو شرطية التّجيز.

فتلخص: من جميع ما ذكرناه أمور:

الأوّل: أنّ التعليق لا ينافي الإنشاء أصلا، سواء أكان عقدا أم إيقاعا.

---

الثاني: أنه لا فرق في القيود بين دخلها في قوام العقد أو الإيقاع كتزويج من يشك في أنوثيته، و طلاق من يشك في زوجيتها، وبين دخلها في الصحة كالطلاق بحضور رجلين يشك في عدالتهما، وبيع ما يشك في كونه ممّا يتموّل، لما عرفت من عدم منافاة التعليق للإنشاء. و بين ما لا يكون دخيلا في شي ء منهما.

الثالث: أنه لا فرق في القيود بين الحالية والاستقبالية، و بين معلوم الحصول و مشكوكه، و بين كونها صريحة و ضمنية، و بين كون صيغة العقد جملة اسمية و بين كونها جملة فعلية- كما في حاشية الفاضل الشهيد قّدس سرّه- بزعم «صحة التعليق في الأولى، و بطلانه في الثانية، استنادا إلى عدم المنع عن الصحة في الأولى، لعدم دلالتها على الزمان، لأنّها تدلّ على مجرد ثبوت المحمول للموضوع، فهي تقبل التقييد بالزمان المستقبل و بمقابليه. بخلاف التعليق في الثانية أي الجملة الفعلية، حيث إنّ التعليق فيه ينافي مدلول الفعل ماضيا كان أو مضارعا، أمّا في الماضي فلأنّ مدلوله صدور الفعل قبل حصول القيد، و قضية التعليق صدوره بعده. و كذا الكلام في المضارع فيما إذا قصد به الإنشاء.

و لا مجال للتصرف في أحد الطرفين بقرينة الآخر، للزوم محذور فوات الإنشاء على تقدير محذور فوات التعليق على آخر. نعم يصح فيه إذا كان المعلق عليه أمرا حاليا معلوم الحصول» (1).

و ذلك لأنّ الجملة الفعلية الدالة على الزمان- على ما عن النحاة- لا بدّ أن تنسلخ عن الزمان إذا استعملت في مقام الإنشاء، فحينئذ تكون كالجملة الاسمية في انسلاخها عن الزمان، فتصلح للتقييد بالقيود. و عليه فلا فرق بين الجملة الفعلية و الاسمية في جواز تعليق الإنشاء بها و عدمه.

الرابع: أنه لا فرق في جواز التعليق بين كون المعنى الذي يراد إنشاؤه في حدّ

---

(1): هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 198

ذاته متقومًا بمعنى آخر بحيث يمتنع إنشاؤه بدون ذلك الشيء كالرهن، فإنه متقوم بالدين، وبدونه لا يعقل إنشاء الرهن، لأنه وثيقة للدين. و كالطلاق و العتق، فإنهما متوقفان حقيقة على الزوجية و الرقية، لأن الأول إزالة علة الزوجية، و من المعلوم توقف ذلك على الزوجية، و الثاني فك الرقية، فبدونها لا معنى للعتق. و بين عدم كونه متقومًا بغيره و إن توقّف تأثيره عرفًا أو شرعًا على شيء كإناطة زوجية المرأة بأجنبيّتها و كقضاوة من لا أهلية له، إذ مفهوم الزوجية غير متقوم بالأجنبيّة، و كذا مفهوم القضاوة بالأهليّة، بل الأجنبيّة و الأهلية شرطان شرعا لهما.

فالتفكيك بين القسمين بدعوى: «عدم تحقق الجزم بالإنشاء في الأوّل دون الثاني، إذ مع عدم العلم بالزوجية و الرقية لا يعقل حصول الجزم بالإنشاء. بخلاف الثاني، لحصول الجزم بالإنشاء فيه و لو مع عدم القطع بالأجنبيّة و عدم الأهلية، بل و مع العلم بالعدم، إذ المفروض عدم تقوم مفهومهما بذلك» ممّا لا وجه له، لما عرفت من عدم مانع عن الإنشاء معلقًا، لصدق الطلاق على قول من قال لامرأته: «أنت طالق إن كنت زوجتي». و صدق العتاق على قول من قال: «أنت حرّ إن كنت عبدي» فتبيّن كون المرأة زوجته، و الرجل عبده كما لا يخفى.

الخامس: أنه قد ظهر مما ذكرنا: أنّ التنجيز - على تقدير اعتباره - يكون من شرائط المعنى المنشأ، لا من شرائط الصيغة كالعربية و الماضوية كما هو ظاهر المحقق النائيني قدّس سرّه، حيث قال: «لا ينحصر التعليق في أداة الشرط، بل كل ما كان في معنى التعليق و لو بغير الأداة» (1). خلافا للمصنف قدّس سرّه، حيث يظهر منه كونه شرطًا للصيغة، لأنّه قال: «فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز».

و إن أمكن أن يقال بعدم ظهور عبارته في كون التنجيز من شرائط الصيغة، و أنّ إبرازه بصورة التنجيز لأجل كون الصيغة حاكية عن المعنى المنشأ.

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 113

---

و كيف كان فالأقوى ما ذكرناه من كون التنجيز بعد تسليم اعتباره شرطا للمعنى المنشأ، هذا.

وقد ظهر من هذا البيان جريان بحث اعتبار التنجيز و عدمه في المعاطاة أيضا، لأن مقتضى عدم كونه من شرائط الصيغة- بل من شرائط المعنى الإنشائي - تطرّقه في المعاطاة أيضا، فيقال: إنّه يعتبر في الإنشاء سواء أكان باللفظ أم بالفعل أن يكون منجزا.

لكن الأصحّ على ما تقدم عدم اعتبار التنجيز في الإنشاء، فيصح بداعي احتمال حصول المسبّب به، فله إنشاء مفهوم الطلاق بهذا الوجه، فيقع طلاقا حقيقيا إذا كانت المرأة زوجته واقعا، وإلا يقع لغوا.

والحاصل: أنّ الجزم في المعاملات كالجزم في العبادات، فكما لا يعتبر ذلك في العبادات على الصحيح، فكذلك في المعاملات، والله تعالى هو العالم بالأحكام.

تكملة: الظاهر أنّ توقيت البيع بمنزلة التعليق، إذ لا فرق- على ما تقدم- بين كون المعلق عليه زمانا و زمانيا. فعلى القول باعتبار التنجيز في البيع كان التوقيت مبطلا، وإلا فلا، فإذا قال: «بعتك هذا بعد شهر مثلا» صحّ، بناء على عدم اعتبار التنجيز، و بطل بناء على اعتباره.

لكن حكي الإجماع على بطلانه، فإن ثبت ذلك فلا كلام، وإلا فمقتضى عدم اعتبار التنجيز في العقود هو الصحة، كما قيل بصحة الإجارة مع التوقيت، كما إذا قال:

«أجرتك هذه الدار بكذا بعد شهر».

قال في مفتاح الكرامة: «و يشترط في البيع أن لا يكون موقتا، لأنّه لا يقبل التوقيت كما تقبله الإجارة، فإنّه يصح أن يؤجرهم بعد سنة، و لا يصح أن يبيعه كذلك» (1).

هذا بعض الكلام فيما يتعلق بالتنجيز في الإنشاءات العقدية و الإيقاعية.

---

(1): مفتاح الكرامة، ج 4، ص 166

ص: 589



## [المبحث الرابع: التطابق بين الإيجاب و القبول]

و من جملة شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول (1).

---

المبحث الرابع: التطابق بين الإيجاب و القبول

(1) هذا هو المبحث الرابع من مباحث الهيئة التركيبية في صيغة البيع، وقد اشترطوا مطابقة القبول للإيجاب، ففي التذكرة: «لا بدّ من التطابق في المعنى بين الصيغتين» «1».

وفي القواعد: «و لا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول. فلو قال: بعتك هذين بألف، فقال: قبلت أحدهما بخمسمائة، أو: قبلت نصفها بنصف الثمن، أو قال: بعتكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن لم يقع» «2».

وقال في الجواهر- بعد نقل تصريح غير واحد من الأصحاب باعتبار هذا الشرط- ما لفظه: «لكن على معنى المطابقة بينهما بالنسبة إلى المبيع و الثمن، لا- مطلق التطابق، لا تفاق على صحة الإيجاب بيعت و القبول باشتريت. بل الظاهر صحة قبلت النكاح مثلا لإيجاب زوّجتك، كما عن جماعة التصريح به. بل المراد المطابقة التي مع انتفائها ينتفي صدق القبول لذلك الإيجاب و بالعكس .. إلخ» «3».

---

(1): تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462

(2) قواعد الأحكام، ص 47 (الطبعة الحجرية).

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 255

ص: 590

فلو (1) اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن، أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد.

ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو (2) مأخوذ من اعتبار القبول، وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: «بعته من موكل بكذا» فقال: «اشتريته لنفسي» لم ينعقد. ولو قال: «بع هذا من موكلك» فقال الموكل غير المخاطب:

«قبلت» صح (3).

(1) هذا متفرع على اعتبار التطابق، ويستفاد منه أن المراد بالمطابقة هو المطابقة في المضمون والمعنى دون اللفظ، فلا يلزم أن يكون قبول البيع - الذي أنشئ إيجابه بلفظ «بع» أو إيجاب النكاح بلفظ «أنكحت» - ابتعت، أو: قبلت النكاح. بل لو قال «اشتريت» وفي الثاني «قبلت التزويج» صح، لتطابق الإيجاب و القبول في المعنى.

(2) أي: اشتراط التطابق مأخوذ.. إلخ. توضيحه: أن منشأ اعتبار التطابق هو اعتبار القبول في العقد، حيث إن القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب كما تقدم سابقا، فلا بد في تحقق القبول من كونه رضا بالإيجاب، ولا يحصل ذلك إلا بتطابق القبول والإيجاب في المعنى الإنشائي، بأن يتحقق الرضا بالإيجاب على النحو الذي حصل، إذ بدون التطابق لا يكون القبول رضا بالإيجاب، ولا يرتبط به، ولا يعدّ قبولا - أي رضا بالإيجاب - بل يكون شيئا آخر، فلا يتحقق الربط بين الالتزامين.

وإن شئت فقل: إن نفس المعاهدة و المعاهدة تتقوم بالتطابق بين الإيجاب و القبول، إذ مع التخالف لا تصدق المعاهدة على شيء واحد، فإن المعاهدة على أمر لا تتحقق إلا بوحدة المورد الذي تعاقدا عليه.

(3) لوجود التطابق، فإن قول الموكل: «قبلت» يكون رضا بالإيجاب.

و كذا (1) لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب وكيله بالقبول، فقبل.

و لو قال: «بعتك العبد بكذا» فقال: «اشتريت نصفه بتمام الثمن» أو نصفه (2) لم ينعقد (3).

و كذا (4) لو قال: «بعتك العبد بمائة درهم» فقال: «اشتريته بعشرة دنانير».

و لو قال للاثنين: «بعتكما العبد بألف» فقال أحدهما: «اشتريت نصفه بنصف الثمن» لم يقع (5). و لو قال كلٌّ منهما ذلك لا يبعد الجواز (6).

و نحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمائة» فقال المشتري: «اشتريت كلَّ نصف منه بخمسين» وفيه إشكال (7).

---

(1) لصدق تطابق الإيجاب و القبول حينئذ.

(2) بالجزء معطوف على «تمام الثمن» أي: يقول المشتري: «اشتريت نصفه بنصف الثمن».

(3) لعدم المعاقدة على ذلك، فإنّ مضمون الإيجاب شيء غير مضمون القبول، فلا تتحقق المعاقدة المتقومة بربط الالتزامين، المنوط بوحدة الملتزم به.

(4) لعدم صدق المعاقدة أيضا على ذلك، فإنّ القبول ليس مرتبطا بالإيجاب، لاختلافهما في الثمن، فلا تتحقق المعاقدة على مبادلة العبد بمائة.

(5) لاختلاف الإيجاب و القبول في الثمن و المثلن، إذ المبيع تمام العبد بألف، لا نصفه بخمسائة.

(6) إذ لا اختلاف بينهما إلا في العبارة، فإنّ البيع ينحل حقيقة إلى بيعين، أحدهما: بيع نصفه من أحدهما بخمسائة، والآخر: كذلك أيضا.

(7) و هو: أنّ الإيجاب إنّما وقع على بيع المجموع، بحيث يكون انتقال كلّ نصف من العبد إلى المشتري ضمنيًا، و القبول إنّما وقع على الرضا بانتقال كل نصف بالاستقلال، فلا يتحقق التطابق بين الإيجاب و القبول، هذا.

لكن فيه تأمل، لأن مقتضى الإيجاب انحلاله إلى إيجابين بالنسبة إلى بيع النصفين، فقبول أحدهما قبول لأحد الإيجابين، فالتطابق بين أحد الإيجابين مع قبوله موجود، فلا بأس بالصحة بالنسبة إليه، وإن كان الخيار ثابتاً، لتخلف الإيجاب الآخر عن قبوله، فليتأمل [1].

[1] قد عرفت أنهم عدّوا من شرائط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، والمراد به هو التطابق على إنشاء المعنى المقصود لهما، لا التطابق في جميع الجهات حتى اللفظ كي لا يصحّ القبول مثلاً بلفظ «قبلت» فيما إذا كان إيجاب البيع بلفظ «بعتك» وإيجاب النكاح بلفظ «أنكحت».

قال في نكاح التذكرة: «لا- يشترط اتفاق اللفظ من الموجب والقابل، فلو قال الموجب: زوّجتك، فقال الزوج: أنكحت، أو قال الموجب: أنكحتك، وقال الزوج:

تزوّجت، صحّ العقد إجماعاً» [1].

وفي نكاح القواعد- بعد اشتراط اتحاد المجلس-: «فلو قالت زوّجت نفسي من فلان، وهو غائب، فبلغه فقبل، لم ينعقد. وكذا لو أّخر القبول مع الحضور بحيث لا يعدّ مطابقاً للإيجاب» [2].

لكن ذلك معنى آخر ينطبق على اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول. وقد عرفت في التوضيح عبارة الجواهر الدالة على اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول في المبيع والتمن، لا مطلق المطابقة.

وكيف كان يكون تعبير المصنف أولى، لكونه أجمع من تعبير الجواهر.

(1): تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 582

(2) قواعد الأحكام، ص 147 (الطبعة الحجرية)

و تنقيح المقام يتوقف على البحث عن جهات:

الأولى: في كون التطابق من شروط الصيغة أم من شروط مضمونها أعني به العقد الذي هو الالتزام المرتبطان.

الثانية: في أنّ موردها جميع الخصوصيات المذكورة في الإيجاب، أو خصوص ما يتحقّق به عنوان العقد، و هو المطابقة لما يتقوّم به الإيجاب.

الثالثة: في الدليل على اعتباره.

أمّا الجهة الأولى فملخصها: أنّ الإيجاب و القبول لا يراد بهما إلا مضمونها، فإنّ إيجاب البيع ليس إلاّ تبديل مال بمال مثلا، و ليس للفظ خصوصية حتى يقال: إنّ التطابق شرط للصيغة على حذو شرطية العربية و الماضوية لها، فليس القبول إلاّ رضا بهذا المضمون. و من هنا صحّ اختلاف ألفاظ الإيجاب و القبول، فيصح أن يقول قائل عقد النكاح: «قبلت التزويج» مع كون الإيجاب بلفظ «أنكحت» و أن يقول قائل البيع:

«اشتريت أو تملكّت» مع كون الإيجاب بلفظ «بعت».

و قد عرفت تصريح التذكرة بعدم اشتراط اتفاق اللفظ من الموجب و القابل. و قد مرّ تصريحه أيضا في التذكرة بأنّه «لا بدّ من التطابق في المعنى بين الصيغتين» فعباراتهم مشتملة على اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول مطلقا كما في القواعد، أو «التطابق في المعنى بين الصيغتين» كما في التذكرة.

لكن هذه العبارة تفسّر عبارة القواعد، خصوصا بعد ما عرفت من تصريحهم بعدم اعتبار المطابقة اللفظية بين الإيجاب و القبول في النكاح الذي اهتمّ فيه الشارع غاية الاهتمام.

فقد ظهر ممّا ذكرنا في هذه الجهة أمور:

الأول: أنّ مورد التطابق هو العقد لا الإيقاع، لعدم اشتماله على الإيجاب و القبول.

الثاني: أنّ التطابق من شرائط العقد أعني به الالتزامين، لا الصيغة حتى يكون من

الثالث: أنّ التطابق لا يختص باعتباره بالعقد اللفظي، بل يعمّ العقد و لو كان بالمعاطاة، إذ المفروض أنّ التطابق شرط لنفس العقد الذي ينشأ تارة باللفظ، و أخرى بالفعل، كما لا يخفى.

و أمّا الجهة الثانية: فملخص البحث فيها: أنّ التطابق بين الإيجاب و القبول يتصور على وجوه:

أحدها: أن يلاحظ بالإضافة إلى المبيع، كأن يقول البائع: «بعتك عبدي بألف دينار» فقال المشتري: «قبلت بيع العبد بذلك الثمن»، لا ينبغي الارتياح في اعتبار المطابقة هنا، إذ لو قال المشتري: «قبلت بيع الجارية بألف دينار» لم يكن هذا قبولاً لما أنشأه الموجب، بل كان إنشاءً أجنبياً عن الإنشاء الإيجابي، فلا يتحقق عنوان العقد الذي هو عبارة عن التزامين مرتبطين كما لا يخفى.

ثانيها: أن يلاحظ بالإضافة إلى الثمن، كأن يقول البائع: «بعتك عبدي بألف دينار» و يقول المشتري: «قبلت ذلك بألف درهم» لا ينبغي الإشكال أيضاً في بطلان العقد و عدم تحققه، لأنّ المعاهدة و المعاقدة لم تتحقق بينهما، فإنّ الإنشاء القبولي - الذي هو عبارة عن إمضاء الإيجاب و الرضا به - لم يحصل، فلم يتحقق عنوان البيع بينهما، لعدم التزامين مرتبطين بينهما، بل حصل بينهما إنشاءً أجنبياً مندرجان تحت عنوان الإيقاع لا العقد، فإنهما إيقاعان، كما لا يخفى.

ثالثها: أن يلاحظ بالإضافة إلى نفس المعاملة، كأن يقول البائع: «بعتك هذا الكتاب بدينار» فإن قال المشتري: «قبلت هذا البيع بهذا الثمن» فلا إشكال في الصحة.

و أمّا إذا قال: «قبلت هبة أو صلح هذا الكتاب» فلا إشكال في البطلان، لعدم اتفاق الإنشائين على عنوان واحد حتى يرتبطا، فيكون كلّ واحد من الإنشائين أجنبياً عن الآخر، فلا تحصل معاقدة بينهما حتى تشملها العمومات المقتضية للصحة.

رابعها: أن يلاحظ بالنسبة إلى البائع والمشتري، فلو قال زيد لعمرو: «بعتك هذا الكتاب بدينار» وقال عمرو: «قبلت البيع لخالد» بطل العقد، لعدم ورود الإيجاب والقبول على مورد واحد.

ودعوى «عدم دخل خصوصية البائع والمشتري في صحّة البيع، حيث إنّ الركن فيه العوضان. بخلاف النكاح، إذ الركن فيه الزوجان، فمقتضى القاعدة عدم لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول في البائع والمشتري، بل هذا التطابق معتبر في النكاح الذي ركنه الزوجان» غير مسموعة، لأنّ عدم لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول - في البائع والمشتري - إنّما هو فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية.

أمّا مع كون أحدهما - فضلا عن كليهما - كلياً ذمياً فإنّه لا بدّ من اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري، بدهة اختلاف ذم الأشخاص من حيث الاعتبار، فربّ شخص لا يعتمد عليه إلا في الأمور الحقيرة، وشخص آخر يعتمد عليه في الأمور الخطيرة، فلا بدّ حينئذ من المطابقة بين البائع والمشتري.

و عليه فإذا باع زيد متاعه من عمرو بمائة دينار في الذمة، فليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره، ولا لغيره أن يقبله لنفسه. وهذا هو ما أشار إليه المصنف قدس سرّه بقوله:

«فحينئذ لو قال بعته من موكلّك بكذا فقال: اشتريته لنفسي لم ينعقد».

وكذا إذا باع زيد عبده بمائة من بكر و خالد، فقال أحدهما: «قبلت بيع نصفه بخمسين دينارا» فإنّ التطابق هنا أيضا مفقود، لأنّ الإيجاب عبارة عن تملك العبد لاثنين لا لواحد.

أقول: اعتبار التطابق في هذه الصورة بين البائع والمشتري غير ظاهر، بل المدار على رضا البائع باشتغال ذمّة القابل بالثمن، فعلى تقدير كون القابل وجيها عند البائع فلا دليل على اعتبار التطابق المزبور، بعد وضوح عدم دخل خصوصية البائع والمشتري في صحّة البيع، ولذا لا يتفحصون عن المالك غالبا، ويشترون الأمتعة من غير سؤال

وفحص عن ملاكها، هذا.

خامسها: أن يلاحظ التطابق بين الإيجاب والقبول في أجزاء المبيع والثلث، فإذا قال: «بعتك داري بمائة دينار» فقال المشتري: «قبلت بيع نصف الدار بخمسين دينارا» فعن المحقق النائيني قدس سره بطلان البيع، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر، حيث قال مقرر بحثه الشريف: «ومما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع والشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط، وقبل الآخر بلا شرط، أو باع البائع عبيدين، وقبل المشتري أحدهما، وغير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضا، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر» (1).

ولا يخفى أن ذكر المثال الثاني - وهو قوله: أو باع البائع عبيدين .. إلخ - غير مناسب، لأنه تفريع على اتحاد المنشأ في التوابع والشروط، مع أنه تبعيض في المبيع، أو هو مع الثمن كما لا يخفى.

وكيف كان فأئده سيدنا المحقق الخوي قدس سره بما هذا لفظ المقرر: «لأن مرجع بيع الدار بخمسين دينارا مثلا إلى بيع كل نصف منها بخمسة وعشرين دينارا مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط، وقد مر حكمه» (2).

وقد ذكر قبل ذلك لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول في الشروط أيضا.

لكن الحق عدم اعتبار التطابق في الشروط، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

سادسها: التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد.

قيل: بصحة العقد مع عدم التطابق في الشروط، نظرا إلى أجنبية الشرط عن العقد، حيث إنه التزام آخر غير الالتزام العقدي.

(1): منية الطالب، ج 1، ص 114

(2) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 74



---

و هذا هو الأقوى بناء على كون دخل الشرط بنحو تعدّد المطلوب كالواجبات التي ثبت لها القضاء، فإنّ قضاءها يكشف عن كونها بنحو تعدّد المطلوب، فتعدّد المطلوب يكون في الوضعيات و التكاليفيات معاً، ففوات الشرط لا يوجب بطلان العقد، لعدم كون الشرط مقوّمًا له، بل خارجاً عنه غير موجب فواته لفوات العقد.

و دعوى: بطلان العقد، لأجل عدم التطابق بين الإيجاب و القبول في الشروط- كما في تقرير سيدنا المحقق الخويي قدّس سرّه نظراً إلى: «أنّ تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، و هذا الجعل يرجع إلى تحديد المنشأ، و عدم التطابق فيه يوجب البطلان» (1).

انتهى ملخصاً.

غير مسموعة، لأنّ التطابق العقدي موجود بالنسبة إلى الالتزام الأول، كما هو قضية انحلال العقد إلى عقدين أو أزيد، نظير انحلال رواية متضمنة لجمل - سقط بعضها عن الحجية- إلى روايات تكون بعضها حجة، و بعضها غير معتبرة، فالشرط لا يوجب تحديد المنشأ الأول بحيث يوجب وحدة المنشأ، حتى يلزم التطابق، بل هناك إنشاءان و التزامان و مطلوبان يوجب تخلف الثاني سلطنة المشروط له على حلّ الالتزام الأول، و هذه السلطنة حكم شرعي مترتب على عدم وفاء المشروط عليه بالشرط، فالخيار مجعول شرعي موضوعه تخلف الشرط، فالشارط لم يجعل الخيار حتى يكون مرجعه إلى تحديد المنشأ.

و الحاصل: أنّ انحلال الإيجاب المتضمّن لقيود إلى إيجابات يقتضي انحلال القبول أيضاً، فإذا طابق القبول جميع مراتب الإيجاب كانت العقود التي انحلت إليها الإيجاب صحيحة، و إلا كان الصحيح خصوص العقد المطابق لقبوله.

و أمّا انحلال عقد الی عقود ففي غاية الوضوح، كبيع المملوك و غير المملوك معاً، و كبيع ما يملكه مع مملوك الغير كذلك.

و عليه فإذا باع كتابه و فرسه بعشرة، و قبل المشتري بيع أحدهما بخمسة دراهم

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 3، ص 73

---

صحّ البيع بالنسبة إليه، وبطل بالإضافة إلى الآخر، هذا.

وأما الجهة الثالثة: فملخص الكلام فيها: أنه يظهر من المصنّف وغيره أنّ منشأ اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول هو اعتبار القبول في العقد، إذ القبول - بمعنى الرضا بالإيجاب - لا يصدق إلا على الرضا بما أنشأه الموجب، ولا نعني بالتطابق إلا هذا، فاعتبار هذا الشرط يكون حقيقة مقوّمًا لمفهوم المعاهدة والمعاقدة. ولذا قال المحقق الخراساني في مقام بيان شرطية التطابق ما لفظه: «ضرورة أنه لو لا التطابق لما قصدا أمرا واحدا، بل لكلّ همّ وقصد، فلا يكون بينهما عقد» (1). فدخل التطابق في العقد عرفي، لكونه مقوّمًا لمفهوم العقد العرفي.

و عليه فوزان اعتبار التطابق وزان اعتبار القبول في العقد، نظير شرائط تنجيز العلم الإجمالي كالاتي، فإنّها توجب العلم بالحكم الفعلي، لا أنّها شرائط منجزية العلم بالحكم الفعلي.

وبعبارة أخرى: تلك الشرائط مقوّمه لحصول العلم المزبور، فجعل العلم بالحكم الفعلي مشروطا بها لا يخلو عن مسامحة.

و كيف كان فإنّاطة المعاقدة بالتطابق المزبور ممّا لا ينبغي الارتياح فيه، فشرطيته في العقد من القضايا التي قياساتها معها، فلا يحتاج إثبات شرطيته إلى إقامة برهان، فليست شرطيّة التطابق على حدّ شرطيّة العربية و الماضوية و التنجيز بعد تسليمها، حيث إنّها شروط تعبدية لا بدّ من إقامة الدليل على اعتبارها.

و المتحصل: أنّ الكبرى مسلّمة، إلا أن تطبيقها على صغرياتها مشكل، كما عرفت في جملة من الموارد.

منها: كون الإيجاب مشروطا بشرط، و القبول خاليا عنه.

و منها: ما إذا أوجب البائع لشخصين، فقبل أحدهما نصف المبيع بنصف الثمن.

---

(1): حاشية المكاسب، ص 29

ومنها: ما إذا باع شيئين بثمن معيّن، وقبل القابل أحدهما بنصف الثمن.

فالتحقيق أن يقال: إن في كل مورد ينحلّ العقد عرفاً إلى عقدين أو عقود أو إلى عقد و شيء آخر، فقبل القابل البعض المنحلّ يقع التطابق بينهما، كما إذا قاول المشتري البائع في بيع عبده بمائة وبيع ثوبه بمائة، بحيث لا يكون بين البيعين ارتباط في الغرض، فباعهما بمأتين، و كان الجمع بينهما في العبارة لمجرّد السهولة، ففي مثل هذه الصورة ينحلّ البيع في نظر العقلاء إلى بيعين، فإذا قبل المشتري أحدهما- كبيع العبد- يصدق أنّه باع عبده بمائة، و يكون القبول مطابقاً للإيجاب.

بخلاف ما إذا كان في الواقع و بنظر العقلاء- أو في نظر المنشئ- ربط بينهما، فباع المجموع بما هو مجموع، فإنّ المشتري إذا قبل البعض لا يكون قبولاً له، و لا مطابقاً لإيجابه، كما إذا باع الباب فقبل أحد مصراعيه، لا يتحقق المطاوعة و التطابق، فيكون البيع باطلاً.

وهكذا الكلام في الشروط، فعلى القول بانحلالها و كونها التزاماً في التزام يكون القبول بلا شرط قبولاً و مطابقاً للإيجاب. و على القول بعدم انحلالها لا يكون القبول المجرّد عن الشرط مطابقاً للإيجاب. فالمدار في المطابقة و عدمها على الانحلال و عدمه.

فعلى الأوّل يحصل التطابق بين الإيجاب و القبول، فيصح في أحد العقدين دون الآخر. أو في الالتزام العقدي دون الشرطي. و تشخيص موارد الانحلال بنظر العرف، فمع إحراز الانحلال أو عدمه لا كلام، و مع الشك في قابلية المنشأ للانحلال يرجع إلى أصالة الفساد، للشكّ في عقديته مع عدم إحراز التطابق.

و بالجملة: فاعتبار التطابق إنّما هو لأجل تقوّم العقد به، فالشكّ في التطابق يوجب الشك في تحقق العقد، و الأصل عدمه.

ففي جميع موارد الشكّ في انحلال العقد يشكّ في التطابق، و مرجع هذا الشكّ الى الشكّ في صدق العقد، فمقتضى أصالة الفساد عدم ترتب الأثر المقصود عليه.

---

و من هنا يقال: إنَّ الصداق وإن لم يكن ركناً في عقد النكاح إلا أنه شرط له، كقبول الموصى له بناء على عدم كون الوصية التمليلية عقداً، و ليست شرطية على حدّ سائر الشروط التي لا تكون قيداً للعقد حتى يبطل العقد بالإخلال بها، بل الصداق شرط كالقيد، فإذا لم يقصد الزوج اشتغال ذمته بالصداق، و قبل النكاح كذلك بطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول، فإنَّ الاستفادة من النصوص أنه لا بدّ في استحلال الفرج من بذل شيء و لو تعليم سورة من القرآن، إلا في تحليل الإماء، لأنّه من شؤون تصرفات المالك في ملكه و سلطنته على ماله، غاية أن تصرفه في ماله تارة مباشرى، و أخرى تسببي، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في شرطية التطابق، و الله تعالى هو العالم.

ص: 601

و من جملة الشروط في العقد: أن يقع كلٌّ من إيجابه في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء (1)

المبحث الخامس: اعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد

(1) هذا آخر شروط الهيئة التركيبية لصيغة البيع، وهو أهلية المتعاقدين من حين الشروع في الإيجاب إلى الفراغ من القبول.

و توضيحه: أنه لا ريب في توقف صحة العقد على جملة من الأمور الدخيلة فيها عرفاً أو شرعاً، فالأول كقابلية التخاطب في المتعاقدين، و عدم سقوطهما عنها بموت أو جنون أو إغماء أو نحوها. و الثاني كالبلوغ و عدم الحجر بفلس أو رفق أو مرض موت. فيبحث عن أنه هل يكفي اجتماع الشروط في البائع حال الإيجاب خاصة، فيصحّ إنشاؤه و إن اختلّ بعضها قبل انضمام القبول، أو أنه يعتبر بقاؤها إلى لحوق القبول بالإيجاب؟

و كذا هل يكفي في الصحة أهلية المشتري حين القبول و إن لم يكن أهلاً له حال الإيجاب، أم تعتبر حال إنشاء البائع أيضاً؟ أفاد المصنف قدس سره- تبعاً للقوم- اشتراط العقد بأهلية كلٍّ من الموجب و القابل في حال إنشاء الآخر، لأنّ للعقد حالة وحدائيّة، فبقاء كل واحد من الموجب و القابل على صفة الإنشاء شرط لمجموع العقد، فانتفاء الشرط من أحدهما حالة الإنشاء يوجب عدم انعقاد العقد، فالمعاهدة و المعاهدة لا تصدق إلا مع اتصافهما بالشروط حال الإنشاء.

فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد (1).

ثم (2) إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء- بل النوم- فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاهدة والمعاهدة حينئذ.

و أمّا (3) صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو (4) شرط حقيقة لا ركن، فإنَّ حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا (5) لو مات قبل القبول قام

---

و الوجه في هذا الشرط فيما إذا كان فقدانه موجبا لعدم قابلية فاقده للتخاطب كالموت والجنون واضح، إذ لا معنى لمعاهدة العاقل مع المجنون أو النائم أو المغمى عليه.

(1) جواب قوله: «فلو كان» وقد تقدّم أنّ وجه عدم الانعقاد.

(2) مقصوده أنّ القابلية المعتبرة في المتعاقدين تكون مقومة لعقدية العقد، سواء أكانت لأجل أهلية التخاطب، أم لأجل اعتبار الرضا في العقد.

(3) هذا إشكال على اعتبار بقاء كلّ من المتعاقدين على الشرائط إلى تمام العقد، وحاصله: أنّ الموصى له حين ما يقبل الوصية التمليكية ليس للموجب- وهو الموصى- أهلية الإنشاء، لفرض موته، وهذا دليل على عدم اعتبار أهلية كل منهما حال إنشاء الآخر.

(4) هذا دفع الإشكال، وحاصله: أنّ قبول الموصى له ليس ركنا كركنية القبول في العقود، بل قبول الوصية شرط لها لا جزء للعقد، فإنَّ الوصية حقيقة هي الإيصاء الذي هو من الإيقاعات، لا العقود. ومورد البحث في هذه المسألة هو العقد لا الإيقاع، فالوصية خارجة عنه موضوعا.

(5) يعني: ولأجل كون الوصية التمليكية إيصاء- أي إيقاعا لا عقدا- يقوم الوارث مقامه، إذ لو كانت عقدا كان القبول ركنا، واللازم حينئذ البطلان، وعدم قيام

وارثه مقامه. و لو ردّ جاز له القبول (1) بعد ذلك.

و إن كان (2) لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه أيضا (3) عن مفهوم التعاهد و التعاقد، لأنّ المعترف فيه عرفا رضا كلّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن

---

الوارث مقام الموصى له، إذ المفروض انتفاء السبب الموجب للحق - وهو العقد - بانتفاء جزئه أعني به القبول، فلم يتحقق سبب تامّ لحقّ الموصى له حتّى ينتقل إلى وارثه. فقيام الوارث مقام الموصى له يكشف عن كون إيجاب الموصى سببا تامّا لثبوت حقّ للموصى له، فينتقل ذلك الحقّ إلى وارثه، و لا يصحّ ذلك إلا إذا كانت الوصية إيقاعا.

(1) يعني: لو ردّ الموصى له جاز لوارثه قبول الوصية بعد موت الموصى له ما دام الموصى حيّا. و هذا يدلّ على عدم كون القبول ركنا، إذ لو كان ركنا لكان الردّ مانعا عن انضمامه مع الإيجاب، كما هو كذلك في جميع العقود، هذا.

ثم إنّ جواز القبول بعد الردّ إنما هو في الردّ الواقع حال حياة الموصى، أمّا ما كان حال موته و قبل قبول الموصى له فلا خلاف في عدم جواز القبول بعده، و في الجواهر «الإجماع بقسميه عليه» (1). و تنقيح ذلك موكول إلى محله.

(2) معطوف على قوله: «إن كان» و حاصله: أنّ عدم قابلية الموجب و القابل إن كان لعدم العبرة برضاها كالمحجور بفلس أو سفه، فوجه اعتبار الأهلية في الموجب و القابل أيضا هو الوجه السّابق، حيث إنّ عدم الأهلية يوجب إلغاء رضاها شرعا، فكان التعاهد منهما كالعدم في نظر الشارع و إن لم يكن كذلك في نظر العرف، فهذا العقد عقد عرفي ذو أثر عرفي و إن لم يكن شرعيّا ذا أثر كذلك.

(3) يعني: كخروج العقد عن مفهوم التعاهد في القسم الأوّل، و هو عدم أهلية التخاطب.

---

(1): جواهر الكلام، ج 28، ص 256

ص: 604

يعرض له الحجر بفلس أو سفه (1)، أو رفق لو فرض (2)، أو مرض موت.

و الأصل (3) في جميع ذلك أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغا الإيجاب السابق. وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض، أو كان ممّن لا يعتبر رضاه (4) كالصغير.

فصحة كلّ من الإيجاب والقبول يكون معناه قائما في نفس المتكلم من أوّل العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، وبه يتمّ معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائما في نفس أحدهما، أو قام ولم يكن قيامه معتبرا (5) لم يتحقق معنى المعاقدة.

---

(1) لا يخفى: أنّ ذكر الحجر بالفلس وشبهه لا يناسب المقام وهو البطلان، ضرورة أنّ الحجر بالمذكورات لا ينافي الصحة، لأنّ تصرف المحجور بها يصحّ بالإجازة. والحمل على رضا المالك بما أنّه مالك لأمر العقد كما ترى.

(2) كما إذا كان البائع حربيا، فاسترقّ قبل قبول المشتري.

(3) يعني: أنّ منشأ الالتفات إلى وجه اعتبار ما ذكرناه- من اعتبار رضا كلّ من المتعاقدين حال إنشاء الآخر في حصول المعاقدة و المعاهدة- هو وضوح فساد الإيجاب بفسخ الموجب قبل إنشاء القبول مع عدم رضا القابل بهذا الفسخ، ففساد الإيجاب يكشف إنّما عن اعتبار رضا كلّ منهما- حال إنشاء الآخر- في تحقّق المعاهدة.

و عليه فلا يتّجه ما أفاده المحقق الإيرواني قدّس سرّه «من أنّ هذا عين المسألة المبحوث عنها، لا أصلها» (1).

(4) يعني: لا عبرة برضاه شرعا، وإن كان معتبرا عرفا كما في المميّز.

(5) كبيع الراهن بدون إذن المرتهن الذي تعلقّ حقّه بالعين المرهونة.

لكن عدم تحقّق المعاهدة عرفا هنا ممنوع، بل عدم الصحة فيه إنّما هو لأجل تعلق حق الغير بالمعقود عليه، ولذا يصحّ إذا تعقّبه الرضا ممن له الحق.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 92

ص: 605



ثم إنهم (1) صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكروه، و مقتضاه (2) عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده (3) فضلا عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول (4).

و من هنا يظهر أنّ الحكم بصحة بيع المكروه إذا لحقه الرضا ليس على خلاف القاعدة، بل على طبقها. فما في المتن «من كون الحكم بالصحة في بيع المكروه إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة للإجماع» غير ظاهر، بل هو على طبق القاعدة، لأنّ المفقود حال العقد هو الرضا الذي لا يعتبر تقارنه مع العقد.

(1) غرضه أنّه لا يرد النقض ببيع المكروه الذي لا يكون حين الإنشاء راضيا، مع أنّ الرضا دخيل في المعاهدة، فلا تكون أهلية المتعاقدين- في حال إنشاء كلّ منهما- دخيلة في المعاهدة. فصحة بيع المكروه دليل على عدم دخل الرضا حين الإنشاء في الصحة. وعلى هذا تنحصر القابلية في القسم الأول وهو أهلية التخاطب.

وجه عدم ورود النقض: أنّ اعتبار الرضا وطيب النفس حال الإنشاء مسلّم، ولا ينافيه صحة عقد المكروه الملحق بالرضا، وذلك لخروجه بالإجماع عن القاعدة المقتضية للغوية الإنشاء الفاقد للرضا، هذا. لكنه محلّ تأمل، فراجع التعليقة.

(2) يعني: و مقتضى تصريحهم بجواز لحوق الرضا ببيع المكروه هو عدم اعتبار أصل رضا المتعاقدين حين العقد.

(3) أي: حصول الرضا بعد العقد.

(4) يعني: أنّ صحة عقد المكروه- الفاقد للرضا حال الإنشاء- تقتضي بالأولوية القطعية صحة العقد الذي تحقق الرضا فيه بعد الإيجاب و قبل القبول.

و وجه الأولوية: مقارنة القبول لشرط الصحة أي الرضا بالإيجاب. و عليه فلا وجه لجعل الرضا من الشرط المقوم لمفهوم المعاهدة و المعاهدة.

اللهم إلا أن يلتزم (1) بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع [1].

(1) هذا جواب النقص، يعني: لو لا الإجماع كان اعتبار مقارنة الرضا للعقد مقتضيا لبطلان عقد المكره.

[1] و تنقيح البحث في هذا الشرط منوط ببيان جهات.

الأولى: في مورد هذا الشرط، و أنه هو العقد أو المتعاقدان.

و الثانية: في انقسام عدم أهلية المتعاقدين إلى قسمين.

و الثالثة: فيما يقتضيه الأصل مع فرض فقدان الدليل.

أما الجهة الأولى فنخبة الكلام فيها: أن الظاهر أن أول من تنبّه لاعتبار هذا الشرط هو المصنف قدّس سرّه، و لم نظفر بمن تعرّض له قبله، و لعلّ عدم التعرّض له لأجل عدم كونه شرطا زائدا على أصل العقد، حيث إنّه مقوم له، بداهة تقوّم التعاقد بقابلية المشتري حين إيجاب البائع للتخاطب، و إلا فلا يتحقق التعاهد بين الموجب و بين من يكون كالجدار أو الحمار، فهذا من الأمور المحقّقة للموضوع، و لذا عدّ من شرائط العقد، لتقوّم مفهوم العقد العرفي بأهلية كلّ من المتبايعين للإنشاء، و لم يعدّ من شرائط المتعاقدين مع كون عدّه منها أشبه.

و أما الجهة الثانية فحاصلها: أن عدم أهلية المتعاقدين تارة يكون مانعا عن تحقّق أصل التعاقد، كأن يكونا غافلين عرفا غير قاصدين لمدلول اللفظ. و أخرى يكون مانعا عن الرضا بالعقد، فالكلام يقع في موضعين:

الأول: في عدم الأهلية المانع عن تحقّق التعاهد.

و الثاني: في المانع عن الرضا المعتبر في العقد.

أما الموضوع الأول ففيه أقوال:

الأول: ما اختاره المصنف و المحقّق النائيني قدّس سرّهما من اعتبار واجدية كلّ منهما لجميع القيود المعتبرة في تحقّق العقد في حال إنشاء الآخر، و جعل المحقّق النائيني هذا

---

الشرط كسابقه من القضايا التي قياساتها معها، حيث قال مقرر بحثه الشريف ما لفظه:

«لا يخفى أنّ هذا الشرط أيضا كالشرط السابق من القضايا التي قياساتها معها، بل منشأ اعتباره هو المنشأ لاعتبار الشرط السابق، لأنّ العقد لا ينعقد إلا بفعل الاثنيين، فلو فقد حين إنشاء أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقا أو لاحقا لا أثر له، و مجرد تحقق الشرط حين إنشاء الآخر لا يفيد بعد كون إنشائه جزءا من العقد، لا إيقاعا مستقلا، فلو كان المشتري حين إنشاء البائع نائما لا يصحّ العقد، وكذلك العكس. و التفصيل بينهما كما في حاشية السيد قدّس سرّه لا وجه له، و ما يدعيه من الصحّة بلا إشكال في العقود الجائزة، فإنّها في العقود الإذنية لا العهدية» (1).

الثاني: عدم اعتبارها فيهما كما في حاشية المحقق الايرواني قدّس سرّه، حيث قال- بعد قول المصنف قدّس سرّه: فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاهدة- ما لفظه: «فيه منع، فإنّه لا يعتبر في تحقق مفهوم المعاهدة إلا وجود الشرائط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين حال إنشاء نفسه» (2).

و محصّ له: أنّه إن كان اعتبار هذا الشرط لأجل توقف مفهوم المعاهدة فذلك غير ظاهر، ضرورة صدق المعاهدة على الإنشائين اللذين كان إنشاء كل من المتعاقدين في حال واجديته لشرائط إنشاء نفسه و إن لم يبق على تلك الشرائط حين إنشاء الآخر، فلو كان بقاؤه عليها شرطا فلا بدّ أن يكون شرطا تعديدا، لا مقوّما لمفهوم العقد كما هو المفروض في الموضوع الأوّل.

الثالث: اعتبار واجدية القابل للشرائط في حال الإيجاب، و عدم اعتبارها بالنسبة إلى الموجب، نسب ذلك إلى السيد قدّس سرّه في بعض الفروض.

الرابع: عكس ذلك، بأن كان الموجب جامعا للشرائط حين القبول، من دون اعتبار ذلك في القابل حين إنشاء الإيجاب.

---

(1): منية الطالب، ج 1، ص 114

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 92

---

أقول: تنقيح الكلام في الموضوع الأول يتوقف على صرف عنان البحث الى مقامات ثلاثة:

الأول: في الإيجاب، و الثاني في القبول، و الثالث فيما بينهما.

أمّا المقام الأول: فملخص البحث فيه: أنه قد استدل- كما في المتن- لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود- حين إنشاء الإيجاب- بأنّ المعاقدة لا تتحقق بدونها.

وأيّده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه بما حاصله: أنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معا كذلك في حال الإيجاب و القبول، إذ معيّة المتعاقدين ليست معيّة جسم مع جسم، و لا معيّة حيوان مع حيوان، بل معيّة شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير و يلتزم الغير له، و إلاّ فلا ينقدح القصد الجدّي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار. و علمه بالتفاته فيما بعد لا يصحّح المعاهدة معه فعلا «1»، هذا.

وفيه: أنّ حقيقة العقد ليست من مقولة الفعل، و لا من مقولة اللفظ، و لا من الاعتبارات النفسانية المحضّة، بل هي ارتباط أحد الالتزامين بالآخر، و الرّابط بينهما- كما تقدم سابقا- هو وحدة الملتزم به. و الالتزام قائم بالنفس، و لا يسقط عن صلاحية ارتباطه بالتزام آخر بعروض عارض من نوم أو إغماء أو جنون، فإنّ الالتزامات النفسانية لا تسقط عن الاعتبار بشي ء من ذلك.

و توضيح المقام منوط بتقديم مقدّمين.

إحداهما: عدم اعتبار التخاطب في شي ء من العقود- غير النكاح و المعاملات الذمّية- حتى يلتزم باعتبار الأهلية في المتعاقدين في زمان الإنشائين و ما بينهما، فإنّ البيع مثلا- كما تقدّم في صدر الكتاب- هو التبدّل بين المالين، أو المبادلة بينهما، من دون نظر إلى حيثية التخاطب، فهذه الحيثية أجنبية عن حقيقة البيع، فإذا قال الدّلال مثلا:

«بعت هذا الكتاب بدينار» و استيقظ نائم و التفت إلى هذا الإيجاب و قال: «قبلت»

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 73

فلا ينبغي الارتياح في صدق البيع عرفا عليه مع عدم الأهلية المصححة للتخاطب.

ثانيتها: كون القبول تنفيذا للإيجاب وإمضاء له كالإجازة في عقد الفضولي، فكما لا يعتبر في المجيز أهليته للإجازة حين عقد الفضولي، فكذلك في القابل، فالإيجاب هنا بمنزلة عقد الفضولي، والقبول بمنزلة الإجازة.

وبعد لحاظ هاتين المقدمتين يتضح عدم اعتبار أهلية القابل حين إنشاء الإيجاب.

وقد ظهر مما ذكرنا ضعف ما في كلام المحقق المزبور من قوله: «إذ معية المتعاقدين إنما هي معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم الغير له، وإلا فلا ينقدح القصد الجدي في نفس العاقل .. إلخ».

وجه الضعف: أنّ البيع ونحوه ليس إلا تبديلا إنشائيا بين شيئين، وليس البيع من المعاهدة المعتبر فيها وجود الشرائط للمتعهدين حين التعاقد. والقبول ليس إلا إمضاء للإيجاب.

وعلى تقدير كون البيع من المعاهدات يمكن أيضا منع اعتبار الشرائط لكلّ منهما حال تحقق المعاهدة، لصدق المعاهدة العرفية على العهد الذي صدر من أحدهما حال نوم الآخر، وبعد استيقاضه قبل ذلك العهد، فإنه عقد عرفي بلا إشكال، وهو موضوع للاعتبار العقلائي والشرعي، هذا.

ولا إشكال في انقداح القصد الجدّي في نفس الموجب مع علمه بلحوق القبول بعد دقيقة من شخص نائم بعد استيقاضه، فلا يتوقف انقداح القصد الجدّي على التفات شخص خاص إلى إيجابه ووجدانية لشرائط الإنشاء حين الإيجاب.

بل يمكن أن يقال: بعدم اعتبار القصد الجدّي في الإنشاء، وكفاية الإنشاء الإيجابي برجاء لحوق القبول من شخص ما، كما تقدم في بحث التنجيز.

وأما ما قيل في وجه اعتبار واجدية القابل للشرائط حال الإيجاب من: «أنّه

لا- ريب في أنه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الأثر على الالتزام النفساني أن يظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فإذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالإظهار له كإظهار، فلأجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الإيجاب، فتدبر، فإنه دقيق».

فيتوجه عليه: أن المراد بالإظهار إن كان إنشاء الإيجاب بشرط قابلية القابل للتخاطب حينه، ففيه ما عرفت من منع اعتبار أهلية المتعاقدين للتخاطب، لخروج التخاطب عن ماهية العقد.

وإن كان مجرد الإظهار لمن هو طرفه في المعاملة، فيكفي في صحة القبول اطلاع القابل على إنشاء الموجب بأي نحو كان ولو بعد إفاقة من إغمائه أو جنونه.

وبالجملة: فلا تكون أهلية القابل حين إنشاء الإيجاب مما هو مقوم لمفهوم العقد العرفي كما هو مدعى الخصم، هذا.

وأما المقام الثاني: - وهو اعتبار أهلية الموجب حين إنشاء القبول - فقد استدل عليه بوجه:

أحدها: ما تقدم أنفا من قولنا: «وَأَمَّا مَا قِيلَ فِي وَجْهِ اعْتِبَارِ واجديّة القابل للشرائط ..

إلخ» وفيه: ما مرّ، فلاحظ.

ثانيها: أن القبول لما كان متمما للعقد ومخرجا لكل من المالين عن ملكه فلا بد أن يكون الموجب أيضا في هذا الحال أهلا للتملك حتى يترتب الأثر على التزامه النفساني، هذا.

وفيه: أن التملك الإنشائي الذي هو حقيقة البيع قد أنشأه البائع، وبالقبول يتم موضوع الأمر الاعتباري وهو الملكية، فلو كان الموجب حيا ملكه، وإلا يملكه وارثه إن أمضى هذا العقد، حيث إن المال انتقل قبل القبول إلى الوارث الذي هو يقوم مقام الموجب المالك.

فالمتحصل: أن العقد العرفي لا يتقوم ببقاء الموجب على شرائط الإنشاء إلى

زمان القبول، هذا.

ثالثها: عدم تحقق المعاهدة من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالإغماء والجنون مثلا، فلا يبقى التزام من الموجب حتى يرتبط بالالتزام القابل، هذا.

وفيه: عدم زوال الالتزامات النفسانية بالموت فضلا عن النوم والإغماء. ولو كان الموت مزيلا للالتزام النفساني لم يكن فرق بين وقوع الموت قبل لحوق الالتزام القبولي وبعده، لأنّ ضمّ التزام آخر إلى الالتزام الإيجابي مثلا لا يوجب بقاءه إن كان الموت مزيلا له.

وبالجملة: لا يتقوم العقد العرفي بواجديّة الموجب لشرائط الإنشاء حال القبول، هذا.

وأما المقام الثالث فقد ظهر حاله ممّا مرّ في المقامين المتقدمين، فلا يعتبر أهلية المتعاقدين للإنشاء في الزمان المتخلّل بين إنشائهما.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه في الموضع الأوّل- وهو عدم الأهليّة الموجب لعدم تحقق المعاهدة العرفية- أنّ اعتبار واجدية كلّ من المتعاقدين لشرائط الإنشاء مختصّ بحال إنشاء نفسه. ولا دليل على اعتبارها في كلّ منهما في زمان الإنشائين و بينهما، والله العالم.

وأما الموضع الثاني- وهو اعتبار الشرائط المعتمدة في صحة العقد ونفوذه بعد واجديّتهما لما هو دخيل في تحقق العقد العرفي- فاختلّوا فيه أيضا على أقوال.

و ملخّص الوجه في اعتبار الشرائط الزائدة على الأمور المقوّمة للعقد العرفي: أنّه قد استدل المصنّف قدّس سرّه على اعتبارها في المتعاقدين حال كلّ واحد من الإنشائين على ما يستفاد من عبارته بوجهين:

الأوّل: عدم تحقق معنى المعاهدة بدون رضا المتعاقدين أو أحدهما، كما هو صريح عبارته، حيث قال: «وإن كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه أيضا عن مفهوم

---

التعاهد و التعاقد، لأنّ المعترف فيه عرفاً رضا كلّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر .. إلخ» فإنّه صريح في كون الرضا دخيلاً في مفهوم العقد، لا أنّه شرط تعدي في العقد العرفي، هذا.

ولكن فيه ما لا يخفى، فإنّه مصادرة واضحة، لأنّ دخل الرضا في مفهوم العقد العرفي أول الكلام، بل المعلوم خلافه، وإلا لكان عقد المكره والصبي المميّز والرّاهن بدون إذن المرتهن و المفلس وغيرهم من المحجورين عن التصرف غير قابل للإجازة، لعدم كونه عقداً عرفياً على الفرض، مع القطع بأنّها عقود عرفية قابلة للتأثير بالإجازة.

ودعوى: كون جميعها خارجة بالإجماع كما ترى، لأنّ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل يخرج العقد العرفي الباطل شرعاً- بلسان العموم- عن القواعد المقتضية للبطلان، فيكون الإجماع مخصّصاً للعموم ما دلّ على بطلان العقد بعدم الرضا حقيقة كعقد المكره، أو تنزيلاً كعقد المحجور بفلس أو سفه أو غيرهما، فإنّ رضاهما كالعدم شرعاً.

وما أفاده المحقق الإيرواني في توجيه كلام المصنف قدّس سرّه بقوله: «لعلّ المراد أنّ رضاهما بعد أن كان في نظر الشارع كلا رضا، و المفروض أنّ رضاهما مما يعتبر في تحقق مفهوم التعاهد لا جرم كان تعاهدهما في نظره بمنزلة العدم، فلا يكون عقدهما عقداً معتبراً شرعاً وإن كان عقداً عرفياً ذا أثر عرفي» (1).

لا يخلو من غموض، لأنّ تنزيل رضا المحجور عليه شرعاً بمنزلة العدم في ترتب الأثر الشرعي لا يخرج العقد عن مفهومه العرفي الذي لا يعتبر فيه الرضا، ولذا كان عقد المكره عقداً حقيقة مع عدم الرضا به حين إنشائه.

والحاصل: أنّ العقد الفاقد للرّضا حقيقة أو تنزيلاً عقد عرفي غير مؤثّر شرعاً، فليس الرضا مقوماً لمفهوم العقد العرفي كما هو واضح.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 93



الثاني: برهان إثبي، وهو: أنّ لغوية الإيجاب بفسخ الموجب له قبل تمامية القبول تكشف إنّها عن شرطية رضا الموجب إلى زمان القبول المتمم للعقد الذي هو الموضوع للأمر الاعتباري، إذ لو لم يكن الرضا شرطا كذلك لم يؤثر الفسخ، حيث إنّ ما يهدمه الفسخ عين ما يعمره الرضا، هذا.

وفيه: ما لا يخفى، ضرورة أنّ لغوية الإيجاب إنّما هي بسبب الفسخ، لأنّ الالتزام ينحلّ حقيقة به، فلا يبقى بعد الفسخ إيجاب حتى ينضمّ إليه القبول ويرتبط به حتى يحصل منهما عقد. فلغوية الإيجاب بفسخ الموجب أجنبية عن المقام، فلا تكشف عن اعتبار رضا الموجب حال إنشاء القابل، وعن تحقق معنى التعاقد.

وهذا بخلاف الموت والنوم والإغماء، فإنّها لا توجب انحلال الالتزام، ولذا لا تبطل العهود والالتزامات بالموت إلا ما ليس التزاما حقيقة كالعقود الجائزة، فلو أوجب البائع ومات -فضلا عن الجنون والنوم- وقبل المشتري تمّ موضوع الاعتبار، غاية الأمر أنّ وارث الموجب يقوم مقامه، لانتقال المال إليه قبل قبول المشتري.

وبالجملة: فالشرط في لحوق القبول بالإيجاب حتى يتحقق العقد هو بقاء الالتزام الإيجابي وعدم انحلاله بالفسخ، لا بقاء الموجب على شرائط الإنشاء إلى تمامية القبول.

وكذا لا يشترط أهلية القابل لشرائط الإنشاء حين الإنشاء الإيجابي، فلو كان محجورا لصغر أو فلس أو سفه أو نحوها وزال الحجر بعد إنشاء الإيجاب وقبل الإيجاب كان ذلك عقدا عرفيا. فعدم الأهلية المانع عن اعتبار الرضا شرعا بالإيجاب حين إنشائه لا يمنع عن تحقق العقد العرفي كما أفاده المصنف قدس سرّه. فلا ينبغي جعل الحجر شرعا مانعا عن تحقق المعاهدة العرفية، بل هو مانع عن تأثير العقد شرعا.

نعم إذا كان الحجر للجنون أو عدم التمييز فمنع تحقق المعاهدة عرفيا في محلّه.

وأما إذا كان لتعلق حقّ الغير كحقّ المرتهن والغرماء فمنع المعاهدة العرفية غير ظاهر جدّا.

فالمتحصل: أنه لا يعتبر بقاء أهلية الإنشاء من ناحية الشروط الشرعية في المتعاقدين في زمان الإنشاءين ولا بينهما، بل العبرة بوجود تلك الشروط في كل من المتعاقدين حال إنشاء نفسه، هذا.

وأما الجهة الثالثة فملخص الكلام فيها: أن وجه اعتبار الشروط في تمام آتات الإنشاءين في كل من المتعاقدين إن كان لعدم صدق العقد العرفي فقد عرفت ما فيه.

وإن كان للدليل خاص شرعي ففيه: أنه لم يقد دليل تام على اعتبار أهلية كل من المتعاقدين في جميع آتات الإنشاءين وبينهما، فإذا شك في اعتبارها شرعا فالمرجع إطلاق أدلة نفوذ العقود.

ودعوى: انصرافها إلى العقود المتعارفة، و خروج المقام عن العقود المتعارفة، قد عرفت سابقا ما فيها. نعم بناء على تسليمها يرجع إلى أصالة الفساد.

فتلخص من جميع ذلك: أن واجدية المتعاقدين للشروط العرفية المقومة لمفهوم العقد العرفي كالحياء والعقل والالتفات معتبرة في حال إنشاء كل منهما لنفسه، وليست معتبرة في جميع آتات الإنشاءين وبينهما.

وأما الشروط الشرعية المعتبرة في صحة العقد ونفوذها فهي معتبرة فيهما في الجملة ولو بعد العقد، ولذا يصح بيع المكروه بعد حصول رضاه وطيب نفسه، وبيع المحجور عن التصرف لفسل أو رهن أو غيرهما، إذ لا شبهة في صحته بعد ارتفاع الحجر، فإن سلطنة المالك معتبرة في البيع ولو بعد العقد.

وبالجملة: فالشروط العرفية معتبرة في خصوص حال الإنشاء. وأما الشروط الشرعية فهي معتبرة في المتعاقدين في الجملة ولو بعد العقد، لأنها معتبرة في موضوع اعتبار الشارع، فهي جزء الموضوع، وبتحققها يتم الموضوع. واعتبار مقارنتها لنفس العقد محتاج إلى الدليل.

ففرق واضح بين الشروط العرفية المقومة للعقد، وبين الشروط الشرعية المقومة لصحته وترتب الأثر عليه، فلاحظ و تدبر.

فرع (1): لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة، فهل

### اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

(1) الغرض من عقد هذا الفرع هو بيان حكم العقد الذي اختلف المتعاقدان في شرائطه صحة وفسادا.

و توضيحه: أنه لا كلام في صحة العقد الذي روعيت فيه الشروط المعتبرة فيه بنظر المتعاقدين، فإذا اجتهدا في شرطية تقدم الإيجاب و الفارسية و الماضوية و قالوا بعدمها، فعقدا بالفارسي المضارع المقدم قبوله على إيجابه صح. و كذا الحال إذا قلدا مجتهدا نافيا لاعتبار ما ذكر، أو قلدا كل منهما مجتهدا فاتقفا في الفتوى.

و أمّا إذا اجتهدا و اختلفا في الرأي، أو قلدا أحدهما من يقول بعدم جواز تقديم القبول و بجواز العقد بالفارسي، و قلدا الآخر من يقول بالعكس، بأن جوّز تقديم القبول و اشترط العربية، فيتجه هذا البحث، و هو: أنه هل يجوز لكل واحد من المتعاقدين العمل برأيه أو برأي مقلده، مع فرض بطلانه بنظر الآخر؟ أم تتوقف صحة العقد على رعاية كافة الشرائط حتى يعتقد كلاهما بصحته، أفاد المصنف قدس سره أنّ في المسألة وجوها ثلاثة:

الأول: صحة العقد في حقهما مطلقا، سواء لزم من عمل كل منهما على مقتضى مذهبه كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بسببته للنقل، أم لا.

الثاني: عدم صحة العقد في حقهما مطلقا.

يجوز أن يكتفي كلٌّ منهما بما يقتضيه مذهبه (1) أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سببا في النقل، كما لو فرضنا أنّه

الثالث: التفصيل بين أن يكون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بسببته للنقل فيظل، وأن لا يكون ممّن لا قائل بسببته فيصح.

مثاله: ما لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الإيجاب، مع قوله بعدم جواز العقد بالفارسي، وقال البائع بجواز العقد بالفارسي، فقدّم المشتري القبول باللفظ العربي عملا بمذهبه، وأوجب البائع بالفارسي عملا بمذهبه، فحصل من ذلك عقد فارسي مقدّم القبول. و من المعلوم أنّ القائل بالعربية يعتبرها في جميع العقد المركب من الإيجاب والقبول، فمع كون الإيجاب فارسيًا لا يكون العقد عربيًا، بل يصدق عليه العقد بالفارسي في الجملة. فالقائل باعتبار العربية يحكم بفساد العقد المزبور من جهة عدم العربية، والقائل بوجوب تأخير القبول عن الإيجاب يحكم بفساده من جهة تقدّم القبول، فلا يوجد قائل بسببته هذا العقد للنقل.

و مثال ما إذا وجد قائل بسببته هو: أن يكون القائل باعتبار العربية موجبا، فأوجب بالعربية، وقبل الآخر بالفارسية، فإنّه يوجد قائل بسببته هذا العقد، لأنّ من لا يعتبر العربية يقول بسببته، مع فرض تقدّم إيجابه على قبوله.

(1) بمعنى الإكتفاء بما يقتضيه مذهبه بالنسبة إلى خصوص ما يصدر منه، وأمّا بالنسبة إلى الصادر من الآخر فيعمل بما يقتضيه مذهبه، لا مذهب نفسه، فإذا اختلفا في اعتبار العربية، وكان القائل باعتبارها موجبا كفى صدور الإيجاب منه بالعربية، وإن كان القبول بالفارسية. فلا يلزم أن يقع القبول بالعربي أيضا، بل يكتفي في القبول بمذهب القابل، فيكون كلّ من الإيجاب والقبول صحيحا بمذهب منشئه فقط، فاجتهاد كلّ واحد منهما أو تقليده حجة على الآخر، وإلا فحجية اجتهاد كلّ منهما في تمام العقد تقتضي فساده.

لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب، و جواز (1) العقد بالفارسي.

أردؤها أخيرها (2).

و الأولان (3) مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة (4) الواقعية الاضطرارية (5).

(1) الواو للمعية، و مقصوده التمثيل للوجه الثالث، و قد عرفته آنفا.

(2) لأردنية وجهه و هو العلم الإجمالي ببطلان هذا العقد القائل بفساده كل واحد من المتعاقدين، و من المعلوم عدم جواز ترتيب آثار الصحة على عقد لم يقل أحد بصحته.

وجه الأردنية: أن المرجع في العقد مجتهدان، أحدهما يفتي بجواز العقد الفارسي، و الآخر بجواز تقديم القبول على الإيجاب، فموضوع فتوى أحدهما مغاير لموضوع فتوى الآخر. نظير ما قيل في العبادات من صحة صلاة واجدة لتسيحة واحدة و فاقدة للسورة، استنادا إلى فتوى من يكتفي بتسيحة واحدة و من يفتي بعدم جزئية السورة، فإن هذه الصلاة باطلة برأي كل منهما. لكن كل واحد منهما مرجع في جزء من الصلاة، لا في مجموعها حتى يقال: إن كل واحد منهما قائل ببطلانها.

(3) و هما الصحة مطلقا و الفساد كذلك.

(4) خبر قوله: «أن الأحكام» أي: هل تكون بمنزلة .. إلخ.

(5) المراد بها هي السببية، يعني: أن مبنى الصحة و الفساد هو الخلاف في كون الأمارات حجة على الموضوعية أو على الطريقة. و على الأول يكون قيام الأمانة على شيء موجب لحدوث مصلحة في المؤدى موجبة لتشريع الحكم على طبقها و إن كان مخالفا للحكم الواقعي الأولي، فتكون الأمانة من العناوين الثانوية المغيرة لأحكام العناوين الأولية.

و على الثاني - و هو الطريقة - تكون مؤدياتها أحكاما عذرية.

فعلى الموضوعية يصح العقد، و على الطريقة لا يصح.

فالإيجاب (1) بالفارسية من المجتهد القائل بصحّته- عند من يراه باطلا- بمنزلة (2) إشارة الأخرس، وإيجاب العاجز عن العربية، و كصلاة (3) المتيّم بالنسبة إلى واجد الماء؟ أم (4) هي أحكام عذريّة (5) لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها (6).

و المسألة محرّرة في الأصول.

هذا (7) كلّه إذا كان بطلان العقد.

(1) هذا متفرّع على سببّيّة الأمارات، لأنّ صحّة الإيجاب الفارسي عند القائل بصحّته حكم واقعي ثانوي، فيكون صحيحا عند القائل باعتبار العربية، لكون الإيجاب الفارسيّ عند من يعتبر العربية بمنزلة إشارة الأخرس، إذ لا شبهة في كون إشارة الأخرس إيجابا أو قبولا صحيحا عند من يرى اعتبار العربية مثلا كصحة ايتمام المتوضّي بالمتيّم.

(2) خبر قوله: «فالإيجاب».

(3) فإنّ صحة صلاة المتيّم حكم واقعي ثانوي، وصحة صلاة المتوضّي حكم واقعي أولي.

(4) معطوف على «الأحكام المجتهد فيها».

(5) هذا هو الطريقية، فمؤدّيات الأمارات حينئذ أحكام عذرية مختصة بمن اجتهد أو قلّد فيها، إذ يمكن أن يكون الحكم العذري موضوعا للأثر بالنسبة إلى الغير، مثل ما دلّ على «أنّ لكلّ قوم نكاحا» حيث إنّ نكاح كل قوم حكم عذري، لا يجوز للغير تزويجها لنفسه أو لغيره.

(6) يعني: فيختصّ الإجزاء بذلك المجتهد ومقلّده، دون غيره، فلا ينفذ بالإضافة إلى شخص آخر.

(7) أي: ابتناء المسألة على السببية و الطريقية. و غرضه الإشارة إلى تفصيل بين الشروط. و محصله: أنّ ابتناء المسألة على كون الأحكام الظاهرية أحكاما اضطرارية أو عذريّة إنّما يكون في غير الشروط الثلاثة من الصّراحة و العربية

عند كلِّ (1) من المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر كالصراحة والعربية والماضوية والترتيب (2).

وأما الموالاة والتنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع (3)، لأنّ بالإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الإنشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً، فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً أو لم يبق على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد (4) مشروعية ذلك (5) لم يجز من القائل بطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب

والماضوية ونحوها ممّا يستند بطلان العقد فيه إلى فعل أحد المتعاقدين. وأما الشروط التي توجب فساد العقد عند كليهما كالموالاة وغيرها فلا يبتني بطلان العقد بها على المبنى المزبور من طريقية الأمارات وسببيتها، بل يبطل مطلقاً.

(1) الظاهر أنّ الصحيح أن تكون العبارة هكذا: «عند أحد المتخالفين» بدل «كلّ من المتخالفين».

(2) ليس الترتيب وما تقدّمه من الشروط الثلاثة مما يوجب فساد العقد عند كلِّ من المتعاقدين، إذ القائل بعدم اعتبارها لا يذهب إلى اعتبار عدمها.

(3) أي: فساد مجموع جزئي العقد، وهذا قرينة على لزوم بدلية «أحد» عن لفظ «كل» في العبارة المتقدمة، لأنّ فساد المجموع عبارة أخرى عن فساده عندهما معاً، وهذا الفساد عند كلِّ منهما ناش عن فعل الآخر.

(4) متعلق بقوله: «علّق، لم يبق».

(5) أي: الإيجاب التعليقي، أو الإيجاب الذي لم يبق موجه على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول، فإنّ الموجب إذا أنشأ الإيجاب المعدّق أو المنجّز لكن لم يبق على صفة الإنشاء إلى آخر زمان القبول - مع اعتقاد الموجب مشروعية الإيجاب وصحته في هاتين الصورتين - لم يجز وضعا للقابل الذي يرى بطلان هذا الإيجاب أن ينشئ القبول، لاعتقاده لغوية الإيجاب وكونه كالعدم، ومع هذا الاعتقاد يصير

بالقبول. وكذا (1) القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالة بزعم صحة ذلك، فإنه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالة، فتأمل (2).

---

القبول أيضا لغوا، فلا يتم العقد الذي هو موضوع الأثر.

(1) المفروض في مثال الموالة اعتقاد الموجب باعتبارها، واعتقاد القابل بعدمها، فإنه إذا تخلل الفصل بين الإيجاب والقبول لم يجز للموجب ترتيب الأثر على هذا العقد، لعدم تحقق عنوان المعاهدة بنظره.

(2) لعله إشارة إلى المناقشات التي ذكرناها في التعليقة في قسم الشروط فراجعها [1].

---

[1] تنقيح البحث في هذا الفرع منوط ببيان الوجوه والاحتمالات المتصورة في اختلافهما في الشروط، فنقول و به نستعين: إن الشرط المختلف فيه تارة يكون عرفيًا بمعنى اختلافهما في كونه دخيلا في مفهوم العقد عرفا كالقصد إلى مدلول العقد، والموالة والتنجز بناء على كونهما من الشرائط المقومة لمفهوم العقد العرفي، بأن يكون القائل باعتبارهما مدعيا لتقوم العقد العرفي بهما، والقائل بعدم اعتبارهما منكرا لذلك. وأخرى يكون شرعيًا.

وعلى الأول قد يكون دليل الشرط المختلف فيه لبيًا، وقد يكون لفظيًا.

وثالثة قد يكون العقد الفاقد للشرط المختلف فيه فاسدا عند الكل، كما إذا فرضنا عدم القائل بسببية العقد المركب من الإيجاب العربي المتأخر، والقبول الفارسي المتقدم. وقد يكون صحيحا بنظر أحدهما دون الآخر كالعقد الملتئم من الإيجاب العربي المتقدم، والقبول الفارسي المتأخر، فإنه صحيح عند القائل منهما بعدم اعتبار العربية.

ورابعة قد يكون بطلان رأي الطرف معلوما للطرف الآخر، وقد يكون مظنونا له بالظن الاجتهادي. فإن كان بطلان العربية مثلا معلوما للطرف الآخر صحّ العقد،



وإن كان مظنوناً بطل.

و خامسة قد يكون المستند في نفي شرطية ما رآه أحد المتعاقدين شرطاً أمانة، وقد يكون المستند فيه أصلاً.

و سادسة: أنّ اختلاف المتعاقدين قد يكون موجبا لفساد الجزئين كالتعليق، فإنّ قبول الإيجاب المعلق قبولاً تعليقياً، و كالترتيب القائم بكلا الجزئين. فصور المسألة كثيرة.

الأولى: ما إذا كان الاختلاف في الشرط العرفي كالتمييز و الموالاة. و حكمها الرجوع إلى العرف في أنّه هل يصدق عليه مفهوم العقد عرفاً أم لا. فعلى تقدير الصدق يكون صحيحاً، لأنّه عقد عرفي يشمل مثل أوفوا بالعقود و على فرض عدم الصدق أو الشك فيه لا وجه للصحة، لعدم شمول دليل الصحة له، إمّا للقطع بعدم موضوعه، أو الشك فيه، و مقتضى أصالة الفساد عدم الصحة.

الثانية: ما إذا كان دليل الشرط لبيّناً كالإجماع، فإنّ المتيقن من الإجماع هو غير صورة الاختلاف الناشئ عن الاجتهاد كاعتبار العربية، فإنّ الوجه فيه - كما قيل - هو الإجماع، فيقتصر على المتيقن المزبور، و يرجع في صورة الاختلاف إلى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد، فيحكم بصحته.

و مثل الدليل اللبّي الدليل اللفظي المجمل، فإنّ المتيقن منه هو غير صورة اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً. نعم إذا كان للدليل إطلاقاً فيبيني على اعتباره حتى في صورة الاختلاف.

الثالثة: ما إذا كان العقد فاسداً عند الكل، كالعقد المركّب من الإيجاب العربي المتأخّر و القبول الفارسي المتقدّم، و فرضنا عدم قائل بصحته، لأنّ كلّاً من القائلين باعتبار العربية و عدمه يقول بفساد هذا العقد. أمّا القائل باعتبار العربية فلفقدان العربية. و أمّا القائل بعدم اعتبارها فلفقدان الترتيب، هذا.

و نظير ذلك ما ذكره جمع من محدثي العروة من أنه إذا كان هناك مجتهدان متساويان، وكان أحدهما يرى عدم وجوب السورة، ولا يرى الاجتزاء بمرّة واحدة في التسيّحات الأربع. والآخر يرى الاكتفاء بها، ولكنّه يرى وجوب السورة، فقدّ العامي كلّاً منهما في فتواه فصلّي بغير السورة مقتصرًا على المرّة الواحدة في التسيّحات الأربع، فإنّ هذه الصلاة- بعد فرض انحصار المجتهد في الدنيا بهما- باطلة عند الكل.

ولكن فيه: أن مثل هذا الإجماع لا يصلح للاستناد إليه لعدم توارد أقوال المجمعين على عنوان واحد، بل كلّ أفتى بعنوان غير العنوان الذي أفتى به صاحبه، ويخطئ كلّ من المفتين صاحبه في الفتوى، فمورد الإجماع عنوان انتزاعي، لأنّه ينتزع عن كل واحدة من الفتويين المتعلّقتين بعنوانين مختلفين كالعربية والترتيب، فالمرجع هو عموم دليل الصحة بعد وضوح استناد كل من المتعاقدين إلى حجّة.

والمصنف قدّس سرّه جعل الفساد في هذا العقد- الذي لا قائل بصحّته- أردء الوجوه، ولعلّه لما عرفته آنفاً.

وكذا الحال في نظيره المتقدّم عن جمع، وأنّ الصحيح ما ذهب إليه السيّد قدّس سرّه في العروة (1)، من أن المقلّد يجتزئ بالصلاة المذكورة، لاستناده- في كلا عملية- إلى حجّة شرعية، وهي فتوى من يقلّده.

والمقام أيضاً كذلك، لأنّ كلّاً من المتعاقدين مستند إلى حجّة شرعية سواء أكان هناك قائل بصحة العقد المركّب أم لا.

وأما إذا كان العقد صحيحاً بنظر أحدهما دون الآخر كالعقد الملتئم من الإيجاب العربي المتقدم والقبول الفارسي المتأخر- حيث إنّه صحيح عند القابل المنكر لاعتبار العربية، وفسد عند الموجب القائل باعتبارها- فابتنى المصنف قدّس سرّه صحة العقد وفساده على كون الأحكام الظاهرية أعدارا صرفة أو أحكاماً واقعية ثانوية اضطرارية، كإشارة

---

(1): العروة الوثقى، ج 1، ص 24، المسألة: 65 من مسائل التقليد.

الأخرس، و العاجز عن العربية، و تيمّم المعذور عن الطهارة المائية.

فعلى الأوّل يختص الحكم الظاهري بمن قامت عنده الأمانة دون غيره، فيبطل العمل بالنسبة إلى غيره الذي لا يقول بالصحة. فمن لا يعتبر العربية- ولذا ينشئ الإيجاب بالفارسية- لا يترتب عليه أثر عند القابل الذي يعتبر العربية، و لا يجوز له أن يجتزئ بالإيجاب الفارسي، فيكون العقد فاسداً.

وعلى الثاني لا يختصّ به، بل يكون نافذاً في حق غير من قامت عنده الأمانة أيضاً، فإجتهد كل مجتهد نافذ بالنسبة إلى مجتهد آخر أيضاً. وعليه فيصح العقد المؤلّف من الإيجاب الفارسي و القبول العربي، لنفوذ الاجتهاد المؤدّي إلى عدم اعتبار العربية بالنسبة إلى من لم يؤدّ اجتهاده إلى اعتبارها.

وبالجملة: فبناء على الموضوعية في الإمارات يصح العقد المزبور، و بناء على الطريقة لا يصح، هذا.

ولكن فيه: أنّ مجرد البناء على السببية و الطريقة لا يوجب صحّة العقد في الأوّل وفساده في الثاني، بل لا بدّ من ملاحظة دليل الاعتبار. فإن كان مقتضاه عموم تنزيل مؤدّيات الإمارات منزلة الأحكام الواقعية لغير من قامت عنده الأمانة، أو عموم العذر كذلك اقتضى ذلك صحّة العقد. و إن لم يكن لدليل الأمانة عموم أو إطلاق اختصّ الحكم أو العذر بمن قامت عنده الأمانة، فلا يصحّ العقد المزبور مطلقاً و إن قلنا بسببية الإمارات لا طريقتها.

و الحاصل: أنّ مجرد السببية لا يستلزم صحة العقد- الملتزم من الإيجاب الفارسي و القبول العربي- عند القابل القائل باعتبار العربية في العقد. و كذا لا يستلزم مجرد الطريقة فساد العقد المذكور.

فالحقّ أن يقال: إنّ دليل اعتبار الأمانة إن أحرز عمومه لغير من قامت لديه فلا إشكال في الإجزاء كإمامة المتيمّم للمتوضئ مثلاً و إن أحرز عدم عمومه له

فلا ينبغي الإشكال في عدم الاجتزاء. وإن كان مجملاً فمقتضى الأصل عدم الاكتفاء، إذ المتيقن اختصاص مؤدى الأمانة على كل من السببية و الطريقية بمن قامت عنده.

وعليه فمقتضى أصالة الفساد فساد العقد المزبور، إلا إذا قام دليل خاص على جواز اجتزاء غير من قامت عنده الأمانة به، كصحة اتمام المتطهر المائي بالمتطهر الترابي، للنصوص الدالة على ذلك، كموثق ابن بكير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أجنب ثم تيمم فأثنا ونحن طهور؟ فقال: لا بأس به» «1» و قريب منه غيره.

و كحرمة تزويج المعقودة بالفارسي على من يرى فساد العقد بالفارسي، لما دلّ على «أن لكل قوم نكاحا» حيث إنه يشمل نكاح المؤمن المعتقد لصحة العقد الفارسي بالأولوية، بعد أن شمل نكاح أهل الأديان الفاسدة.

مضافا إلى: صدق ذات البعل عرفا عليها. و البعد عن مذاق الشارع من أن يجوز تزويج زوجة الغير بمجرد اجتهاده، هذا.

الرابعة: التفصيل بين القطع بالخلاف و الظن المعتبر، كما إذا قطع مجتهد بفساد العقد الفارسي، فلا يصح العقد المؤلف من الإيجاب العربي و القبول الفارسي، و يصحّ إن كان ظانًا بفساده.

وقد ذكره السيّد قدّس سرّه في حاشيته على المتن في مسألة تبدل الرأي، حيث قال في صورة العلم بمخالفة الأحكام الاجتهادية للواقع ما لفظه: «لا يجوز ترتيب الأثر، بل يجب النقص لورثب، سواء أكان ذلك بالنسبة إلى نفسه، كما إذا تبدل رأيه بالانكشاف العلمي، أو بالنسبة إلى غيره ممّن علم خطائه في إصابة الواقع، و هو الذي عنونوه في الأصول هو:

أنّه هل هي أحكام شرعية أو عذرية .. إلخ» «2».

و محصل ما أفاده قدّس سرّه بطوله هو التفصيل بين العلم بالخلاف و الظنّ به، بالإجزاء

(1): وسائل الشيعة، ج 5، ص 401، الباب 17 من أبواب صلاة الجماعة، الحديث: 2

(2) حاشية المكاسب، ص 93

و الصحة في الثاني، و العدم في الأول. ففي المقام إن كان أحد المتعاقدين عالما باعتبار العربية كان العقد فاسدا، لأنّ القبول الفارسي مقطوع الفساد عنده، فلا ينضمّ إلى الإيجاب العربي. وإن كان ظانّا باعتبارها الموجب للظنّ بفساد العقد المزبور كان العقد صحيحا، لأنّ دليل اعتبار الظنّ متساوي النسبة إلى الظنين.

و الظاهر أنّ مقصوده قدّس سرّه عدم كون الاجتهاد الثاني هادما للاجتهاد الأول بحيث يجب تدارك الأعمال السابقة المأتيّ بها على طبقه، لأنّ كلّا من الاجتهادين ظنّي، و دليل اعتبار الظنّ متساوي النسبة إليهما، فالظنّ الثاني لا يهدم الأول رأسا، بل يهدمه بالنسبة إلى الأعمال اللاحقة.

وقوله قدّس سرّه: «و كذا لو كان رأيه عدم وجوب السورة .. إلى قوله: لأنّه كان مطابقا للظنّ الذي هو حجة في ذلك الزمان كهذا الظنّ اللاحق» كالصريح في صحة العمل السابق، لكونه مطابقا للظنّ الذي كان حجة في ذلك الزمان. فعلى تقدير مخالفة العمل السابق للواقع لا تجب إعادته لموافقته للطريق المعتمدة في ظرف الإتيان به.

و غرضه قدّس سرّه من قوله: «لأنّ دليل حجية الظنّ متساوي النسبة إلى الظنين» هو ظنّ المجتهدين، كما إذا ظنّ أحدهما اجتهادا بجواز العقد الفارسي، و الآخر كذلك بعده، فإنّ دليل اعتبار الظنّ متساوي النسبة إلى الظنين. و أمّا بالنسبة إلى تبدّل الرأي فلا معنى لتساوي الدليل الى الظنين، إذ المفروض زوال الظنّ بعدم وجوب السورة، و تبدّل الظنّ به بوجوبها، فلا ظنّ بعدم وجوبها بعد تبدّله.

و الحاصل: أن دعوى حجية الظنّ السابق و كونه عذرا بالنسبة إلى الأعمال السابقة في محلّها، فإنّها ثابتة بالسيرة الجارية على عدم قضاء الأعمال السابقة الواقعة على طبق الآراء المعدول عنها، أو الفتاوى التي مات المفتون بها. بل لا يخطر ببال أحد احتمال وجوب القضاء بعد العدول عن الرأي، أو بعد موت المجتهد، و الرجوع الى الحي. فبهذا التسالم العملي المسمّى بالسيرة يثبت اعتبار الظنّ الاجتهادي ما دام موجودا، كدوران كل

نعم بعد زوال الاجتهاد الأول يجب تطبيق العمل على الاجتهاد الثاني، إذ لا موضوع لدليل الاجتهاد الأول.

فما أفاده بعض أجلة العصر من قوله: «و فيه أنّ الطرق الاجتهادية الظنيّة إذا قامت على خلاف اجتهاده الأول أو اجتهاد مجتهد آخر يكشف منها فعلا- بطلان الاجتهاد السابق و خطاؤه. و مع قيام الأمانة المعتبرة على بطلانه أو بطلان كل اجتهاد يخالفه لا يكون دليل الحجية متساوي النسبة إليهما، بل يختص الاجتهاد الفعلي بالحجّية دون غيره، فلو دلّ دليل على طهارة الغسالة، و كان في طريقه ضعف، و كان مقتضى اجتهاده الأول وثاقه الراوي، ثم تبدّل رأيه إلى عدم الوثاق، فلا شبهة في هدم اجتهاده الثاني الأول، لقيام الطريق الفعلي على بطلانه. و لا وجه لانطباق دليل حجية الظن عليه».

لا يخلو من غموض، لأنّ في قوله: «يكشف منها فعلا بطلان الاجتهاد السابق ..

إلخ» أنّ المراد بالبطلان إن كان مطلقا حتّى فيما مضى، ففيه: ما عرفت من قيام السيرة على خلافه. و إن كان بالإضافة إلى خصوص الأعمال اللاحقة فهو صحيح. لكن السّيد صاحب العروة لم يذكر هذا، بل قوله: «كهذا الظنّ اللاحق» كالصرّيح في الاعتراف بحجية الاجتهاد الثاني في الزمان اللاحق.

فقول السيّد قدّس سرّه: «لأنّ دليل حجية ظن المجتهد متساوي النسبة إلى الظنّين» ناظر إلى كل واحد من الظنّين الحاصلين لكلّ من المجتهدين، لأنّ الظنّين الموجودين فعلا هما موجودان لهما، حيث إنّ أحدهما ظانّ بصحة العقد الفارسي، و الآخر ظانّ بفساده.

و لا مانع من حجية كلّ واحد من الظنّين في حق صاحبه. و مقتضاه و إن كان جواز تزويج المرأة المعقودة بالعقد الفارسي لمن يرى بطلان العقد الفارسي، و عدم حصول النكاح بذلك، إلّا أنّ الدليل الخاص كقولهم: «لكل قوم نكاح» أو وجوب الاحتياط في الفروج أو «صدق ذات البعل عرفا عليها» يقتضي عدم الجواز.

وبالجملة: فلا مانع من انطباق دليل اعتبار الظن على كلا الظنين الحاصلين للمجتهدين، غاية الأمر أنّ لزوم ترتيب الأثر على كل واحد منهما بالنسبة إلى ظنّ الآخر منوط بالدليل، وقد قام في موارد تقدّمت الإشارة إلى بعضها.

فالمتحصل: أنه مع العلم بشرطيّة أو مانعية شيءٍ للعقد لا يكون ظنّ غيره على خلافه حجّة عليه. إلا فيما قام الدليل على وجوب اتّباع ظنّ الغير و ترتيب الأثر عليه كموارد النكاح، لأنّ لكلّ قوم نكاحا. ومع الظن بالشراطيّة أو المانعية يجب ترتيب الأثر عليه، فلو ظنّ عدم شرطية العربية في العقد لم يجز لمن يظنّ اعتبارها تزويج المرأة المعقودة بالفارسيّة كما تقدّم.

ويمكن أن يصحّح العقد بأن يقال: إنّ الفتويين المتعارضتين في شروط العقد تسقطان عن الاعتبار، ويرجع إلى عموم دليل نفوذ العقود، بعد وضوح صدق العقد العرفي عليه.

الخامسة: التفصيل في نفي الشرطية بين كون مستنده الأصول العمليّة كأصالي الحلّ والطهارة وكحديث الرفع، وبين كونه الأمارات العقلانية أو الشرعية، بالصحة في الأول، و البطلان في الثاني.

توضيحه: أنّ مفاد الأصول بالنسبة إلى الشكّ كالحكم الواقعي في ترتيب الآثار، فالإيجاب الفارسي من الشكّ في اعتبار العربية استنادا إلى حديث الرفع في نفي اعتبارها إيجاب واقعي عند الشارع، فبضمّ القبول إليه يتمّ ركنا المعاملة التي هي متقوّمة بإيجاب صحيح واقعي، و قبول كذلك، و المفروض تحقّقهما. و لا- معنى لبطلان ما هو وظيفة الشكّ الذي يرجع إلى الأصول العملية، إذ لا واقع له حتى يكون خلافه باطلا، فلا محالة يكون مقتضى الأصل العملي صحيحا أي مقرّرا شرعيّا للشكّ. فإذا كان الإيجاب الفارسي من الشكّ صحيحا، فلا ينبغي الشكّ في تمامية المعاملة حينئذ بانضمام القبول العربي إليه.

---

و هذا بخلاف ما إذا كان مستند عدم الشرطية الأمانة كإطلاق دليل نفوذ العقود، بتقريب: أن إطلاقه ينفي كل شك في شرط أو مانع، فيفتي لأجل ذلك بعدم اعتبار العربية مثلاً. و المجتهد الآخر يرى عدم الإطلاق، و أن استفادة إطلاق هذا الدليل خطأ و مخالف للواقع، فيعتقد بطلان الإيجاب الفارسي، و مع هذا الاعتقاد كيف ينضمّ القبول العربي إليه حتى يتمّ ركنا العقد.

و بالجملة: يكون نفي الشرطية و المانعية بالأصول العملية في المعاملات كنفيةما بها في العبادات، و لذا يصح الاقتداء بمن يكون اجتهاده مخالفاً لاجتهاد إمامه في مانعية شيء، مع استناد الإمام في عدم المانعية إلى حديث الرفع الحاكم على أدلة اعتبار الشرائط و الموانع. فصلاة الإمام عند المأموم صحيحة واقعا، لأنّ الشك في المانعية وظيفته نفي المانعية بحديث الرفع.

فما أفاده الفقيه الطباطبائي في العروة في بطلان العقد من قوله: «لأنّه- أي البيع- متقوم بطرفين» (1) لا يخلو إطلاقه من غموض، لما عرفت من أنّ البطلان إنّما يتمّ إذا كان المستند في نفي الشرطية إطلاق الدليل الاجتهادي، لأنّ المثبت للشرطية يخطئه. و أمّا إذا كان مستنده مثل حديث الرفع فلا وجه للبطلان كما لا يخفى.

السادسة: ما أفاده المصنف قدس سرّه من التفصيل بين الشروط التي يسري فسادها إلى إنشاء الآخر، بحيث يبطل مجموع الإيجاب و القبول، كالموالاتة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحّة الإنشاء إلى آخر العقد، و بين الشروط التي لا يسري فسادها إلى إنشاء الآخر كالصراحة و العربية و نحوهما، ببطلان العقد في الأول و صحته في الثاني، فلا يجدي في الصحة كون الأحكام الظاهرية أعدارا، أو بمنزلة الواقعية الاضطرارية التي بنى المصنف قدس سرّه صحة العقد و فساده عليها، بل العقد باطل على كلا التقديرين، لعدم تحقق العقد العرفي مع اختلال أحد الشروط المزبورة كالموالاتة

---

(1): العروة الوثقى، ج 1، ص 20، المسألة: 55 من مسائل التقليد.



والتنجيز وبقاء أهلية المتعاقدين إلى آخر العقد، هذا.

ولا يخفى أن هذا التفصيل بحسب الكبرى صحيح، لكن الإشكال كله في الصغريات، فإنَّ عدَّ التنجيز من الشروط المقومة لمفهوم العقد عرفاً ممنوع، لما مرَّ سابقاً من عدم الدليل على اعتبار التنجيز، لا في حقيقة العقد، ولا في صحته وتأثيره.

أمَّا الأوَّل فواضح، لما عرفت من صحة الإنشاء المعلق عرفاً، وعدم توقف صدق العقد على التنجيز.

وأمَّا الثاني فلأنَّ الموجب إن كان قائلاً باعتباره وأنشأ الإيجاب منجزاً بقوله:

«بعتك هذا الكتاب بدينار» وقال القابل: «إن طلعت الشمس قبلت» فلا يسري التعليق إلى الإيجاب، لأنَّ الإيجاب الذي هو فعل الموجب دون القابل قد وجد متشخصاً، وبعد وجوده يمتنع تعليق وجوده على شيء، نظير تعليق الضرب الواقع على شخص بأن يكون ذلك واقعا إن كان المضروب يهودياً دون ما إذا كان مسلماً، فإنَّ هذا التعليق في غاية البشاعة، فلا يكون العقد من هذه الجهة فاسداً.

وتوهم فساده لأجل عدم التطابق بين الإيجاب والقبول فاسد، لعدم دليل على اعتبار هذا المقدار من التطابق بين الإنشائين، فيصح العقد مطلقاً، أمَّا مع طلوع الشمس فلتحقق الشرط وفعليته. و أمَّا بدونه فلما مرَّ أيضاً من أنَّ الموجب- الذي هو موجد البيع- لا يملك التملك الحالي، إذ الحال ظرف للإيجاب وإنشائه، فالمنشأ نفس التملك، وبضمِّ القبول إليه يتم السبب سواء لحق به في الحال أو الاستقبال.

وإن كان القابل قائلاً- باعتبار التنجيز والموجب قائلاً- بعدم اعتباره فأنشأ الموجب معلقاً، وقال: «بعتك هذا الكتاب بدينار إن طلعت الشمس» فقبل القابل وقال: «قبلت» صحَّ العقد أيضاً، لعدم كون القبول معلقاً، وإنَّما هو قبول إيجاب معلق. ففرق واضح بين تعليق القبول على شيء، بأن يقول: «قبلت إن جاء زيد» وبين قوله عقيب:- بعتك إن جاء زيد-: «قبلت هذا الإيجاب المعلق» إذ القبول في الأوَّل معلق دون الثاني، لكونه قبولا

---

منجّزا لهذا المعلّق.

فالمتحصل: أنّ التنجيز ليس ممّا يوجب انتفاؤه فساد مجموع العقد، فلا ينبغي عده ممّا يسري فسادُه إلى جزئيّ العقد، كما لا يخفى.

وأمّا الموالاة فإن كان معتبرها هو القابل فلا- يصحّ إنشاء القبول مع الفصل المخلّ بالموالاة، فمع الفصل كذلك لا ينضمّ القبول إلى الإيجاب، و يسري فساد القبول المتأخر كذلك إلى الإيجاب، فيفسد كلا جزئيّ العقد.

وإن كان القائل باعتبارها هو الموجب، فأوجب، و لم يقبل المشتري إلّا مع الفصل المفوّت للموالاة، فسد الإيجاب بنظر الموجب، لأنّه يرى سقوط الإيجاب عن صلوحه لضمّ القبول إليه، فقبل تحقق القبول خرج إيجابه عن الصحة التأهليّة بنظر الموجب.

وكذا الكلام في بقاء الأهلية، فإن اعتبره الموجب خرج إيجابه- المتعقب بالحجر- عن الصحة التأهلية، فلا ينضم إليه القبول في نظره. وإن اعتبره القابل كان الإيجاب المتعقب بالحجر كلا إيجاب، فلا ينضم إليه القبول.

فالمتحصل: أنّ العقد الفاقد للأهلية و الموالاة فاسد بكلا جزئية، بخلاف الفاقد للعربية و الماضوية و الصراحة. هذا على مذاق المصنّف قدّس سرّه. وقد تقدم الإشكال في اعتبار الموالاة و بقاء الأهلية إلى آخر العقد، فيسقط ما فرّعه عليهما، فلاحظ و تدبّر.

و أمّا الترتيب فقد جعله المصنّف أيضا مما لا يسري فسادُه إلى الجزء الآخر كالصراحة و العربية. لكن أورد عليه في تقرير سيدنا الخويي: «بأنّه مثل الموالاة و التنجيز ممّا يسري فسادُه إلى الجزء الآخر، نظرا إلى أنّ التقدّم و التأخر متضايقان، فإذا تقدّم القبول على الإيجاب فقد تأخّر الإيجاب عن القبول، فيسري فساد القبول المتقدّم إلى الإيجاب المتأخر» «1» هذا.

---

(1): مصباح الفقاهة، ج 3، ص 81

وفيه: أنه لا يعتبر عنده قدس سره تقدم الإيجاب و تأخر القبول من حيث التقدّم والتأخر، بل قاذحية تقدم القبول إنّما هي لأجل عدم تضمّنه للنقل في الحال، و من المعلوم عدم سراية هذه الخصوصية إلى الإيجاب، لأنّه متضمّن للنقل في الحال مطلقا تقدّم أو تأخّر.

نعم بناء على كون تقدم الإيجاب على القبول لأجل الاقتصار على ما هو المتداول في العقود، فيكون الإيجاب المتأخر فاقدًا للصفة المعتبرة فيه، و هي التداول الذي يجب الاقتصار عليه.

لكن هذا الوجه مبني على انصراف العقود إلى خصوص المتداولة و المتعارفة و قد تقدم منعه، و أنّ الحق خلافه. كما أنّ مقتضى التحقيق عدم تضمّن الإيجاب و كذا القبول للتملك و التملك في الحال، بل الحال ظرف لهما. و انصراف العقود إلى المتعارفة قد عرفت سابقا ما فيها، مع الغصّ عن كون كلّ من تقدم الإيجاب و القبول على الآخر متداولًا عند العرف.

تتمة فيها مطلبان:

الأول: أنّ السيد قدس سره ذكر في حاشيته وجهًا لفساد العقد مع اختلاف المتعاقدين في الشروط. و محصّل ذلك الوجه: أنّ العقد متقوم بطرفين، و يجب على كلّ من المتبايعين إيجاد عقد البيع، و هو عبارة عن الإيجاب و القبول، فلا يجوز لواحد منهما الأكل إلا بعد ذلك، فمع اعتقاد أحدهما ببطلانه- و لو لأجل بطلان أحد جزئية- لا يجوز له ترتيب الأثر. و إنّما يتم ما ذكره المصنف قدس سره لو كان المؤثر في حق البائع في جواز الأكل الإيجاب الصحيح، و بالنسبة إلى المشتري القبول الصحيح. و ليس كذلك، إذ المؤثر المجموع، و هو فعل كل واحد منهما.

و بعبارة أخرى: ليس جواز القبول معلقًا على وجود إيجاب صحيح من الغير حتى يقال: إنّ المفروض أنّه محكوم بالصحة عند الموجب، بل البيع فعل واحد تشريكي. و لا بدّ من كونه صحيحًا في مذهب كلّ منهما ليتمكن ترتيب الأثر عليه، و هذا

---

بخلاف مسألة النكاح، فإنّ الفعل للأول، والثاني مرتّب عليه أثره «1».

وحاصل كلامه- بعد أن قال: إنّ ترتب الأثر على ظن المجتهد الآخر إنّما يجوز فيما إذا كان فعله قائما مقام فعله موضوعا للأثر بالنسبة إليه كالنكاح وغيره، دون ما كان فعله قائما مقام فعله، كاستيجار الوليّ للقضاء عن الميّت من يعتقد بطلان صلاته، فإنّ فعل الأجير فعل المستأجر- هو: أن ما نحن فيه أعني اختلاف المتعاقدين في الشروط من هذا القبيل، لتقومه بطرفين. فلا بدّ أن يكون صحيحا في مذهب كلّ منهما، لما أفاده في تقليد العروة، فالبيع فعل واحد صادر منهما، فلا بد من كونه صحيحا عندهما معا، هذا.

وفيه أولا: أنّ فعل الأجير ليس فعل المستأجر، لأنّه نائب عن الميّت لا عن المستأجر، ولذا قال في العروة بوجوب عمل الأجير على مقتضى تكليف الميّت اجتهادا أو تقليدا.

وثانيا: - بعد الغصّ عن ذلك- أنّ تنزيل المقام منزلة فعل الأجير غير وجيه، إذ لا يعقل أن يكون فعل كلّ من المتعاقدين فعل الآخر، ضرورة أنّه لا يعقل أن يكون الإيجاب قبولا والقبول إيجابا، إذ الإيجاب فعل الموجب، والقبول فعل القابل كما هو ظاهر قوله قدّس سرّه في الحاشية: «و يجب على كل من المتبايعين إيجاد عقد البيع، وهو عبارة عن الإيجاب والقبول» الى آخر ما تقدّم، حيث إنّ ظاهره أنّ العقد- الذي هو الإيجاب والقبول- يوجد كل من المتعاقدين. مع أنّه لا يعقل أن يكون العقد بهذا المعنى فعلا لكل واحد منهما، بل كلّ منهما يوجد جزءا من العقد الذي هو موضوع الأثر، وإن كان اعتبار القبول اعتبار الإمضاء والتنفيذ لما أوجبه الموجب كما تقدم سابقا.

والحاصل: أنّ كون البيع فعلا- واحدا تشريكيّا غير وجيه، كيف؟ والإيجاب والقبول عرضان لمحلّين، ويمتنع اتّحادهما وجودا، ولذا ينطبق على العرضين لمحلّين ضابط التركيب، لا التقييد.

---

(1): حاشية المكاسب، ج 1، ص 93

فبالإلزام حينئذ أن يكون كل واحد من الإيجاب والقبول مطابقاً للحجة عند موجدّه، فالإيجاب الصحيح عند الموجب وكذا القبول المقبول عند القابل كاف في صحة العقد وترتب الأثر عليه. نظير الصلاة الفاقدة للسورة استناداً إلى فتوى من لا يرى جزئيتها، والمشملة على المرة الواحدة في التسيّحات الأربع، اعتماداً على فتوى من يكفي بالواحدة، فإنّ هذه الصلاة صحيحة، لأنّ كلّاً من فقدانها للسورة وللثلاث من التسيّحات ممّا يستند إلى الحجة، فإنّ مجموع الصلاة لم يقع عن تقليد أحد المجتهدين حتى يقال: إنّه لم يقل أحد منهم بصحتها، بل وقع بعضها عن تقليد واحد، وبعضها الآخر عن تقليد آخر.

فإذا كانت الصلاة التي هي أهمّ الارتباطات كذلك كانت البيع ونحوه من العقود- التي هي من المركبات الارتباطية- أولى.

فالتحقيق أن يقال: إن المرجع في المقام هو عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود. توضيحه: أنّ الشك في اعتبار صحة مجموع الإيجاب والقبول عند كلّ منهما يرجع إلى الشك في شرطية ذلك شرعاً، بعد صدق العقد العرفي على العقد المركّب من الإيجاب العربي والقبول الفارسي مثلاً. والمرجع حينئذ هو العموم المزبور، ومع هذا الوجه الواضح لا حاجة إلى جعل مبنى المسألة كون الأحكام الظاهرية اضطرارية أو عذرية، فلاحظ وتدبر، والله العالم.

المطلب الثاني: أنّه قد أورد المحقق الخراساني على ما أفاده المصنف قدّس سرهما- من الصحة بناء على كون الأحكام الاجتهادية واقعية اضطرارية- بما حاصله: أنّ مجرد ذلك لا يجدي في الصحة إلا إذا ثبت كونها اضطرارية بالنسبة إلى الغير الذي له مساس بالعقد، وإلا فمجرد كونه حكماً حقيقياً في حقّ نفس الموجب أو القابل لا يجدي في الصحة.

والحاصل: أنّه لا بد من تقييد إطلاق الصحة- على القول بكون الأحكام الظاهرية

---

بمنزلة الاضطرارية- بما إذا كانت كذلك حتى في حق الغير، هذا «1».

وقد ناقش فيه المحقق الأصفهاني قدس سره بما محصله: أن الاشكال مبني على كون الملكية من الأمور الواقعية التي كشف عنها الشارع، إذ بناء على حجية الأمانة على الموضوعية يتجه البحث عن إطلاق التعبد بالآثار و تقييده بخصوص من قامت عنده، فإذا كانت الملكية متوقفة واقعا على العقد بالعربية و أنشأ الموجب بالفارسي و هو يرى صحته، فتصرفه و إن كان في مال الغير حقيقة، لكنه جازز حقيقة، لحدوث مصلحة في التعبد بالأمانة- كإطلاق وجوب الوفاء بالعقود- غالبية على مفسدة التصرف في مال الغير، و التعبد بالملكية تعبد بآثارها، و حينئذ يمكن الإطلاق و التقييد. فبناء على الإطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبة على الملك، و لا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، و إن لم يعتقد سببية ما يراه المعتقد سببا. و بناء على التقييد يجوز لخصوص المعتقد التصرف فيه، و لا يحرم على الطرف الآخر- الذي لا يرى سببية الإنشاء بالفارسي- التصرف فيه بدون رضا الموجب.

و أما بناء على ما هو الحق من كون الملكية من الاعتبارات الوضعية يشكل ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره، إذ كما تكون الملكية مجعولة شرعا فكذا سببها مجعول أيضا، فالعقد الفارسي الذي قامت الحجة على سببته شرعا يصير ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعا، فهو سبب تام في التأثير يقتضي ترتيب الملك عليه و لو في حق الطرف الآخر الذي لا يرى سببية الإنشاء الفارسي.

و هذا بخلاف الأحكام التكليفية، فإن مجرد قيام الأمانة على خلاف الواقع لا يوجب بدلية مصلحة المؤدى عن مصلحة الواقع، و لذا يجب التدارك، هذا «2».

أقول: الظاهر ورود الاشكال على المحقق الخراساني قدس سره القائل بأن الملكية

---

(1): حاشية المكاسب، ص 29

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 74

---

اعتبار شرعي وضعي كما صرّح به في بحث الأحكام الوضعية من الكفاية وحاشية الرسائل. الا أنه يبقى سؤال الفرق بين التكليف والوضع، فإنّ لسان التعبد بالأمانة سواء على الطريقة أو الموضوعية هو وجوب تصديق العادل مثلا، فلو كان مدلوله حدوث مصلحة بقيامها يتدارك بها ما يفوت من مصلحة الواقع لزم التعبد بها سواء أ كان المضمون إنشاء المعاملة بالفارسي أم وجوب صلاة الجمعة، ولم يظهر وجه التفصيل بين البابين، هذا.

بل لا حاجة الى التدارك، لأنّه على السببية يكون من تبدل الموضوع كصيرورة المسافر حاضرا، لا من انكشاف الخلاف.

وعليك بملاحظة ما اختاره هذا المحقق في بحث الإجزاء من حاشية الكفاية، لعلّك تستفيد منه و مما أفاده هنا أمرا آخر.

وكيف كان فالمختار ما ذكرناه في المسألة الثالثة (في ص 622) والله هو الهادي للصواب.

هذا آخر ما أوردناه في هذا الجزء، وسيأتي الكلام إن شاء الله تعالى في الجزء الثالث في المقبوض بالعقد الفاسد، والحمد لله أولا و آخر، وصلى الله على سيّد المرسلين وآله الغرّ الميامين، واللعنة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.







صورة

ص: 639

صورة

ص: 640

صورة

ص: 641

صورة

ص: 642

صورة

ص: 643

صورة

ص: 644

صورة

ص: 645



صورة

ص: 646

صورة

ص: 647

صورة

ص: 648

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416ق. = - 1375.

1250 : ISBN ريال (ج.1)؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان: العربية.

ملحوظة: الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة: ج. 5 (1421ق. = 1379) 10000 ريال: (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة: ج. 4 (چاپ اول: 1420ق. = 1378) 27500 ريال: ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة: كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/BP190/الف 8م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

اشارة

الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing - Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440-455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

ص: 2



«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيما الإمام المبين وغيث  
المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

ص: 4

مسألة: (1) لو قبض ما ابتاعه

المقبوض بالعقد الفاسد

(1) هذه المسألة- بما لها من الفروع- من مهمات مسائل المعاملات، وقد تعرّض لها المصنف قدّس سرّه بعد الفراغ من المقدمة الباحثة عمّا يعتبر في صيغة البيع مادّة و هيئة، كالظهور الوضعي و تقديم الإيجاب على القبول و الموالاة بينهما و التنجيز و غيرها ممّا تقدم البحث فيه تفصيلاً. إذ يتّجه حينئذ البحث عن حكم المقبوض بالعقد المختلّ بعض شرائطه، بحيث لم يؤثّر في النقل و التمليك.

و لا يخفى أنّ فساد العقد كما ينشأ من فقد شرط الصيغة، كذلك ينشأ من خلل في ما اعتبره الشارع في المتعاقدين أو العوضين، على ما استظهره المصنف في ثامن تنبيهات المعاطاة بقوله: «لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة .. و إمّا ما يشمل هذا و غيره، كما هو الظاهر» (1).

و كيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد موضوع لأحكام سيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

الأول: عدم دخوله في ملك القابض.

الثاني: كون القابض ضامناً له.

(1) راجع هدى الطالب، ج 2، ص 280



بالعقد (1) الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه (2).

## [الأمر الأول المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: عدم الملك]

### إشارة

أما عدم الملك فلائته مقتضى فرض الفساد (3).

الثالث: وجوب ردّه فوراً إلى المالك مع بقائه. و وجوب ردّ بدله- من المثل أو القيمة على تقدير تلفه- إليه. و يتفرّع على هذا- بالنسبة إلى المثلي- حكم تعذر المثل، أو وجوده لكن بأكثر من قيمته المتعارفة. و بالنسبة إلى القيميات يقع البحث عن تعيين قيمة يوم التلف أو يوم الأداء، أو غير ذلك على تقدير اختلاف قيم المقبوض بالبيع الفاسد.

الرابع: ضمان منافعه المستوفاة، بل الفائتة أيضاً. و غير ذلك ممّا سيأتي بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

و المقصود بالبحث فعلاً هو الأولان أعني بهما عدم الملك و ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(1) الباء للسببية، يعني: أنّ القبض نشأ من البناء على سببية العقد للملكية و تأثيره فيها، فيكون القبض بعنوان الوفاء بالعقد، لا بعنوان إنشاء النقل، إذ لو علما بفساد العقد و تقابضاً بقصد إنشاء البيع كان معاطاة، على ما سبق التصريح به في ثامن تنبيهات المعاطاة بقوله: «نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده، تحقق المعاطاة» (1).

(2) كذا عنوان المسألة في الشرائع (2)، و قريب منه ما في قواعد العلامة، حيث قال: «و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك، و ضمن» (3).

(3) لأنّ فساد الناقل عبارة عن عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عليه، كالملكية المقصودة من البيع، فمقتضى عدم تحققه هو بقاء كلّ من المالكين على ملك ماله.

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 274.

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 13.

(3) قواعد الأحكام، ص 47 (الطبعة الحجرية).

إشارة

و أمّا الضمان- بمعنى (1) كون تلفه عليه (2)، و هو أحد الأمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد- فهو المعروف (3).

و لا حاجة إلى التمسك بأصالة عدم الانتقال، و ذلك لعدم الشك حتى يجري فيه الأصل، فإنّه بعد العلم بفساد العقد واقعا يعلم بعدم انتقال المالكين عن مالكيهما، و معه لا شك حتى يعالج بالأصل.

و ادّعى صاحب الجواهر قدّس سرّه عدم الخلاف في هذا الحكم، و استدلّ عليه «بالإجماع بقسميه و بالأصل، بعد فرض بطلان السبب الذي أريد التسبّب به إلى الانتقال، و فرض عدم إرادة غيره من أسباب الملك حتى المعاطاة» (1)، فراجع.

(1) هذا المعنى للضمان سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى قريبا في ما يتعلق بشرح مفردات قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده».

(2) لا بمعنى كون إتلافه عليه، لأنّه مما لا إشكال و لا خلاف فيه، حيث إنّه مقتضى قاعدة الإلتاف، فالضمان الذي اشتهر بين الأصحاب هو بمعنى كون تلف المقبوض- بالعقد الفاسد- عليه.

أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد أ: الإجماع

(3) و في الجواهر أيضا: «بلا- خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لعموم على اليد» (2). و لا يخفى أن ما في المتن من «أن الضمان هو المعروف» لا- ينافي الإجماع- المنقول عن شيخ الطائفة- على الضمان، و ذلك للفرق بين التعبير بالمعروف و المشهور، فالمشهور مشعر بوجود قول آخر في المسألة، بل هو ظاهر فيه. بخلاف المعروف، فإنّه مساوق لتعبير الجواهر من عدم الظفر بالخلاف، و من المعلوم أنّ عدم وجدان الخلاف يلتزم مع الإجماع المدّعى في المبسوط.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 256

(2) المصدر، ص 257

ص: 7

و ادعى الشيخ في باب الرهن، وفي موضع من البيع الإجماع عليه (1) صريحا. و تبعه (2) في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.

وفي السرائر: «أن (3) البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في

(1) أي: على الضمان، وهذا الإجماع هو الدليل الأول في المسألة، وقد ادعاه الشيخ قدس سره في مسألة ما إذا شرط أحدهما في الرهن شرطا فاسدا، ككون العين المرهونة مبيعا لو لم يؤدّ المديون الدين إلى المرتهن، قال في المبسوط: «إذا رهن رجل عند غيره شيئا بدين إلى شهر - على أنه إن لم يقبض إلى محله كان بيعا منه بالدين الذي عليه - لم يصح الرهن ولا البيع إجماعا، لأن الرهن مؤقت، و البيع متعلق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضمونا عليه، لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف بفاسده؟ و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعا» (1) و لا يخفى صراحة الجملة الأخيرة في كون المقبوض بالبيع الفاسد مضمونا على القابض.

وقال أيضا في كتاب البيع - في حكم المقبوض بالعقد الفاسد - ما لفظه: «فإذا ثبت أن البيع فاسد، نظر، فإن كان المبيع قائما أخذه مالكة .. وإن كان تالفا كان له أن يطالب بقيمته كل واحد منهما، لأن الأول لم يبرء بتسليمه إلى الثاني، لأنه سلّمه بغير إذن صاحبه، و المشتري الثاني قبضه مضمون بالإجماع» (2).

(2) يعني: تبع الفقيه كاشف الغطاء - في شرح القواعد - شيخ الطائفة قدس سرهما في دعوى الإجماع صريحا على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(3) دلالة كلام ابن إدريس قدس سره على الإجماع من جهة أنه نسب إلى محصلي الأحكام الشرعية - وهم الفقهاء - اتحاد المقبوض بالعقد الفاسد و المغصوب في الحكم بالضمان.

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 204

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 150

الضمان» (1). وفي موضع آخر نسبه (1) إلى «أصحابنا» (2).

### [ب: الحديث النبوي «على اليد ..»]

ويدلّ عليه (2) النبويّ المشهور «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (3).

---

(1) نسبة الضمان إلى «أصحابنا» ظاهرة في الإجماع وإن لم تكن صريحة فيه، قال في السرائر: «و من ابتاع بيعا فاسدا، فهلك المبيع في يده، أو حدث فيه فساد كان ضامنا لقيمته أكثر ما كانت إلى يوم التلف والهلاك، ولأرش ما نقص من قيمته بفساده، لأنّه باق على ملك صاحبه، ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلا في ارتفاع الإثم بامساكه».

ب: الحديث النبوي «على اليد ..»

(2) يعني: ويدلّ على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد- مضافا إلى تظافر نقل الإجماع عليه حديث «على اليد» وهذا هو الدليل الثاني. والاستدلال به يقع في مقامين أحدهما السند، والآخر الدلالة. أمّا الأوّل فقد تبيّن عليه المصنف قدس سرّه بتوصيف هذا النبوي ب «المشهور» ومقصوده: أنّ سنده وإن كان في غاية الضعف- بل من أردء الإسناد، لكون راويه عن الرسول صلّى الله عليه وآله وسلّم هو سمرة بن جندب لعنه الله، وعناده للنبي وأهل بيته عليه السلام ووقوفه بوجهه في حديث نفي الضرر معلوم، وكذلك افتراؤه واختلاق الأكاذيب عليه وحثّ الناس على قتال السبط الشهيد عليه السلام غير خفي على من راجع ترجمته- إلا أن شهرة الحديث بين عامة الفقهاء وعملهم بمضمونه جارية لضعف سنده، بناء على ما هو الحق من عموم دليل حجّية الخبر الواحد للوثوق الخبري، وعدم اختصاصه بالوثوق المخبري.

---

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 285

(2) المصدر، ص 326

(3) عوالي اللئالي، ج 1، ص 224، الحديث 106

ص: 9

وعليه فالغرض من «المشهور» هنا ليس مجرد شهرة الرواية بين الأصحاب، بل الشهرة العملية فإنها الجارية لضعف السند، كما أنّ إعراضهم عن الرواية الصحيحة كاسر لصحتها. وقد تّبّه المصنف على هذه الجهة في قاعدة ما يضمن بقوله: «وأما خير اليد.. وسنده منجبراً» ومن المعلوم أنّ الجابر هو اشتها الفتوى بمضمون الخبر. فلا- وجه لطرحة بضعف رواته- بناء على كونه مسنداً كما في كتب العامة وفي الخلاف- ولا بالإرسال.

و ما في المتن من انجبار الضعف بالعمل- موافق لما عليه عدة من أساطين الفقه، قال العلامة الشيخ البلاغي قدس سرّه: «.. لكنّه قد شاعت روايته بين الفريقين، وكثرت روايته والاعتماد عليه بين الأصحاب، بل لم يخل من الاعتماد عليه في الاستدلال فيما رأيناه كتاب يتعرّض لمدارك الأحكام، و وصفه في جامع الشتات بالمشهور المقبول، بل ذكر في المضاربة وصفه بالرواية المجمع عليها. وكاشف الغطاء في شرح القواعد بالمستفيض المجمع على مضمونه. وفي الرياض بالمشهور المقبول. وفي غصب مفتاح الكرامة بالمشهور المعمول به في أبواب الفقه. وفي ودیعة المقاييس بالقويّة المعروفة المجمع عليها. وفي العناوين بالمنجبر بالشّهرة المتلقّى بالقبول عند العامة والخاصة، والملحق بالقطعيّات في الصدور.. وفي الجواهر أنّه مجبور بالعمل» (1).

هذا بعض الكلام في سند الحديث، وله تنمة تذكر في التعليقة إن شاء الله تعالى.

وأما المقام الثاني- وهو دلالة النبوي صلّى الله عليه وآله وسلّم على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد- فتوضيحه: أن هذه الجملة وإن كانت بظاهرها إخباراً عن كون الشيء المأخوذ فوق يد الآخذ، إلّا أنّ المناسب لشأنه صلّى الله عليه وآله وسلّم إنشاء الحكم الشرعي،

(1) العقود المفصلة، المطبوعة مع تعليقة المكاسب، ص 2

إمّا التكليفي كما نسب إلى جمع، وإمّا الوضعي كما استظهره آخرون. ويتم ذلك ببيان أمرين:

الأول: أنّ المراد باليد ليس هو الجارحة الخاصة، بل المراد صاحبها، تسمية لكل باسم الجزء، كما شاع تسمية الجاسوس عينا، والترجمان لسانا، والمستمع أذنا.

وعليه فالمقصود باليد هو المستولي على الشيء.

الثاني: أنّ المراد بالموصل هو الشيء المأخوذ بما أنّه مال عرفا. ولّمّا كان المال عينا خارجية كما هو الغالب، أو ما بحكمها- كالمنفعة وبعض الحقوق- توقّف إسناد الحكم إليها على تقدير فعل مناسب يتعلّق بالمال، كتقدير الأكل في حلية الطعام، والشرب في حرمة الدم والخمر، ونحوهما ممّا ورد في الكتاب والسنة.

وفي هذا النبوي يدور الأمر بين إرادة التكليف والوضع. فعلى الأول إمّا أن يقدر وجوب الرد والأداء بأن يكون المدلول: «يجب على ذي اليد أداء ما أخذه إلى مالكه» وإمّا أن يقدر وجوب الحفظ، بأن يكون المفاد: «يجب على ذي اليد حفظ ما أخذه إلى أن يؤدّيه إلى مالكه».

وعلى الثاني يكون معنى الجملة: «اليد الآخذة لمال الغير ضامنة له». ورجّح المصنف قدّس سرّه هذا الاحتمال، بدعوى ظهورها عرفا في الضمان، من جهة إسناد الظرف إلى المال، لا إلى سائر الأعيان والأفعال، للفرق بين أن يقال: «لزيد عليّ دين» حيث لا يستفاد منه إلا الإقرار بالدين واشتغال العهدة به، وبين أن يقال: «كتب عليكم الحج أو الصوم» أو «حرّم عليكم الدّم» فإنّ الظرف- في المثال الأول- أسند إلى الفعل وهو الحج والصوم، ولا يراد به إلا الوجوب التكليفي، وفي المثال الثاني أسند التحريم إلى عين خارجية، وهو ظاهر في النهي عن الشرب والأكل.

والحاصل: أنّ ظهور الجملة في الحكم الوضعي- وهو الضمان- ممّا لا ينكر.

وبه يتم الاستدلال بالنبوي على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(1) ذكر هذه الخدشة في دلالة الحديث على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد شيخ الطائفة والعلامة والفاضل النراقي قدس سره حيث إنهم استفادوا منه الحكم التكليفي لا الوضعي، فالأولان ذهبوا إلى أن مفاده وجوب رد المأخوذ، والفاضل ذهب إلى أن مدلوله وجوب الحفظ عن التلف.

أمّا شيخ الطائفة قدس سره فيظهر منه ذلك في استدلاله بالنبوي على تحريم الغصب و وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه. قال في غضب المبسوط بعد ذكر جملة من الآيات و الروايات: «و روي عن الحسن عن سمرة أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (1). وقال بعده: «فإذا غضب غاصب من هذا شيئا فإن كان قائما ردّه، وإن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (2).

و الظاهر أنه قدس سره استفاد من الحديث حكم بقاء العين المغصوبة، فاستدلّ بالنبوي على وجود ردّها، و استفاد وجوب ردّ المثل من الآية الشريفة.

وقال أيضا في الوديعة: «و إذا ثبت ذلك فالوديعة جائزة من الطرفين، من جهة المودع متى شاء أن يستردها فعل. و من جهة المودع متى شاء أن يردّها فعل، بدلالة ما تقدّم من الأخبار والآي. و روى سمرة أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (3). و مراده بالآيات و الأخبار هو ما دلّ على وجوب ردّ الأمانات و الودائع إلى أهلها، فراجع.

و أمّا العلامة قدس سره فقال في وجوب ردّ العين المغصوبة: «كلّ من غضب شيئا وجب عليه ردّه على المالك، سواء طالب المالك برده أولا، ما دامت العين باقية،

---

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 59 و 60

(2) سورة البقرة، الآية: 194

(3) المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 132

بلا خلاف، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (1).

وقال في لقطة المختلف: «وقوله عليه السّلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه أوجب دفع العين» (2).

وأما الفاضل التراقي قدّس سرّه فقال- بعد المناقشة في استظهار كلّ من وجوب الأداء والضمان- ما لفظه: «فالأظهر تقدير الحفظ من الضياع والتلف، أو نحوه.. فيكون معنى الحديث: يجب على ذي اليد حفظ ما أخذت إلى زمان أدائه..» (3).

و كيف كان فتقريب دلالة الحديث على مجرّد الحكم التكليفي، واختصاص مدلوله بحال بقاء العين الواقعة تحت اليد هو: أنّ جعل شيء على شخص ظاهر في التكليف، كأن يقال: إذا بلغ الصغير فعلية الصوم والصلاة. فإنّ المراد بهذه العبارة هو الوجوب التكليفي. وعليه فلا يستفاد من الحديث النبوي حكم وضعي وهو استقرار المال المأخوذ في عهدة الآخذ حتى يجب عليه دفع المثل أو القيمة إذا تلف المال بيده.

(1) يعني: في مطلق موارد وضع اليد على مال الغير، سواء في المقام وهو المقبوض بالبيع الفاسد، أم غيره.

(2) خبر قوله: «و الخدشة» وتضعيف لها، ومحصله: أنّ ظهور «على» في التكليف مسلّم فيما إذا أسند حرف الاستعلاء إلى فعل كالصلاة والصوم والحج ونحوها، دون ما إذا أسند إلى مال من الأموال، كقوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (4) فإنّه ظاهر حينئذ في استقرار النفقة على عهدة الوالد. وكذا الحال في الحديث النبوي، إذ المراد بالموصول في «على اليد ما أخذت»

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383 (الطبعة الحجرية).

(2) مختلف الشيعة، ج 6، ص 87

(3) عوائد الأيام، ص 110، العائدة الثالثة والثلاثون.

(4) سورة البقرة، الآية: 233



فإنّ (1) هذا الظهور إنّما هو إذا أسند الظرف إلى فعل (2) من أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال (3)، كما يقال (4): «عليه دين» فإنّ لفظة «على» حينئذ لمجرّد الاستقرار في العهدة (5)، عينا (6) كان أو دينا (7).

و من هنا (8) كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون

---

هو المال، فتكون عهدة المأخوذ على الآخذ، فلو تلف ثبت بدله في ذمّته، وهذا هو الضمان المبحوث عنه.

(1) هذا تقريب ضعف الخدشة، وقد عرفته آنفا.

(2) كالصلاة و الصوم و الزكاة و الحجّ و نحوها من أفعال المكلفين، فإنّ إسناد «على» إلى الفعل ظاهر في التكليف.

(3) كما في الحديث النبوي.

(4) غرضه الاستشهاد بظهور إسناد حرف الاستعلاء إلى المال في استفادة الحكم الوضعي لا التكليف.

(5) فيصح الاستدلال به على الضمان، بناء على استقلال الأحكام الوضعية في الجعل، و عدم انتزاعها من التكليف.

(6) كما إذا كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد باقية لم يطرأ عليها التلف.

(7) كما إذا تلفت العين، أو كان المستقر في العهدة- من أول الأمر- دينا، كالمبيع سلفا.

(8) أي: و من ظهور إسناد «على» إلى المال في الضمان، يتجه الاستدلال بالنبوي المزبور على ضمان الصبي و المجنون كالبالغ و العاقل إذا كان لهما تميّز و شعور، حيث إنّ الآخذ ظاهر في الإرادة و الاختيار. فإن لم يكن لهما شعور لم يصدق «الآخذ» على فعلهما حتّى يصحّ الاستدلال به على الضمان. و لو كان مفاد الحديث الحكم التكليفي امتنع شموله للطفل و المجنون، لحديث رفع القلم عنهما.

إذا لم تكن يدهما ضعيفة، لعدم (1) التمييز [التمييز] والشعور.

(1) تعليل لتقييد ضمان الصبي والمجنون بعدم الضعف، إذ لو كانت يدهما ضعيفة لم يصدق «الأخذ» على الاستيلاء على مال الغير، و كان الحديث النبوي قاصرا عن إثبات ضمانهما حينئذ [1].

[1] تنقيح البحث في هذه المسألة المعروفة بالمقبوض بالعقد الفاسد يتوقف على بيان أمور:

الأول: في موضوعها، وهو: أن مورد البحث على ما يستفاد من كلمات الأصحاب هو كون القبض بعنوان الوفاء بالعقد و من لوازمه و آثاره. و عدم كونه بنفسه إنشاء للملك كالمعاطاة، فإنّ الباء في قوله: «العقد الفاسد» للسببية، فالقبض بعنوان الإنشاء خارج عن ظاهر كلامهم. إمّا لعدم سببية المعاطاة للملك عندهم، و إمّا لعدم قصد المتعاقدين لها، فمصّبّ كلامهم هو القبض المترتب على العقد الفاسد، و لذا قال في الجواهر: «نعم لو علم منهما و لو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم إرادتهما ذلك، بل قصد الإنشاء بتقابضهما و أرادا حصول الملك أو الإباحة جرى عليه حينئذ حكم المعاطاة، و كان خارجا عمّا نحن فيه. و بذلك ظهر الفرق بين البيع الفاسد و المعاطاة. لكن قد عرفت سابقا أنّ قصد التملك العقدي غير مشخّص مع فرض تحقق البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلا. على أنّ الأصحاب قد أطلقوا عدم الملك به و إن لم يكن قصد إلاّ الى البيعية. فهذا شاهد على عدم صحة بيع المعاطاة عندهم. و من هنا يتجه إطلاقهم عدم الملك» [1].

و أنت خبير بعدم شهادة إطلاق كلامهم عدم الملك بعدم صحة المعاطاة، لتوقف هذه الشهادة على كون المعاطاة عبارة عن مطلق التقابض و لو كان حاصلًا مع الصيغة الملحونة و نحوها من أفراد العقد الفاسد كما يراه الشهيد و المحقق الثانیان قدّس سرّه. إذ على هذا الفرض يدلّ إطلاق كلامهم عدم الملك في المقبوض بالبيع الفاسد على عدم صحة

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 257

ص: 15

المعاطاة، حيث إنَّها لو كانت صحيحة كانت مملَّكة، فيحصل الملك بها، ولم يكن وجه لإطلاق القول بعدم الملك.

لكن المعلوم من كلماتهم أنَّ المعاطاة عندهم عبارة عن التقابض الذي يكون آلة لإنشاء البيع، سواء لم يكن لفظ في البين، أم كان مع علم المتبايعين بفساده، وإنشائهما البيع بالتعاطي مع الغض عن ذلك العقد الفاسد. وأمَّا بدون إنشائهما البيع بالتقابض فلا يكون هنا معاطاة.

والحاصل: أنَّ إطلاق كلامهم المزبور لا يدلُّ على بطلان المعاطاة.

نعم يمكن أن تكون المعاطاة باطلة لفقدانها لبعض الشرائط، لكنها لا تندرج تحت عنوان المقبوض بالعقد الفاسد. فالمراد هو المقبوض المترتب قبضه على البيع الفاسد، لا المقبوض الذي نفس قبضه إنشاء للبيع.

نعم لا تختص الأحكام الآتية بالمقبوض بالعقد البيعي، بل يعمُّ المقبوض بكل عقد فاسد يباع أم صلحا أم غيرهما. وقولهم: «لو قبض ما ابتاعه .. إلخ» إنَّما هو لذكرهم هذه المسألة في كتاب البيع، ولذا قالوا: «ما ابتاعه» وإلا فالمناسب أن يقال:

«لو قبض ما تملكه أو أراد تملكه بالعقد الفاسد».

فالمتحصل ممَّا ذكرنا: عدم خصوصية البيع، بل العنوان عام، وهو المقبوض بالعقد الفاسد سواء أكان يباع أم صلحا أم غيرهما.

الثاني: المراد بالمقبوض هو كون الشيء تحت اليد والتصرف والاستيلاء، بحيث لو ترتب عليه أثر كصحة عقد السلم و الصرف والرهن وغيرهما ممَّا يتوقف عليه صحة العقد، لترتّب عليه، فالقبض هنا كالقبض في سائر الموارد.

والحاصل: أنَّ المراد بالمقبوض معنى يصح الاستدلال على حكمه بقاعدة اليد الآتية.

الثالث: في الحكم المترتب على المقبوض بالعقد الفاسد، وهو على قسمين تكليفي ووضعي.

---

أمّا الأوّل فحاصله: أنّ مقتضى القاعدة العقلية و النقلية حرمة التصرف و قبحه في المقبوض بالعقد الفاسد، لإناطة جوازه بطيب نفس المالك و رضاه، فيحرم على القابض التصرف فيه إلا بإذن المالك، و الرضا المعاوضي المتقوم بالعقد قد ارتفع، فلا مسوّغ للتصرف، إذ احتمال تجدد الرضا- بعد ثبوت فساد العقد- منفي بالأصل و هو الاستصحاب. و لو نوقش فيه فلا مانع من جريان الاستصحاب الحكمي أعني به استصحاب الحرمة.

مضافا إلى كونه خلاف الفرض، إذا الكلام في جواز التصرف في المقبوض لأجل الرضا المعاملي، لا الرضا الحادث بعد العلم بفساد العقد، فإنّ الرضا الجديد غير محرز، و هو منفي بالأصل.

فدعوى بقاء الاذن و الرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لأنّ الجنس لا يتقوم بفصل خاص، غير مسموعة، لأنّ الرضا ليس جنسا حتى يقال بعدم تقوّمه بفصل خاص، بل هو أمر بسيط ما به امتياز عین ما به اشتراكه.

و الحاصل: أنّ التصرف في مال الغير حرام إلا بطيب نفس المالك و رضاه، و لا يجوز عقلا إلا بعد إحراز الرضا، هذا. فما عن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه من إباحة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد مما لم يظهر له وجه «1».

و أمّا الثاني: و هو الحكم الوضعي أعني به الصّمان فيدلّ عليه- مضافا إلى الشهرة و الإجماعات المحكيّة في المتن و غيره- «النبوي المشهور» كما في كلام المصنف و غيره، و «المعمول به عند الفريقين» كما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه «2»، و غيره من أساطين الفقه. و غرضهم من نحو هذا التعبير كفاية الوثوق الخبري في العمل بالحديث، و هو متحقق في المقام، و ذلك لتماميّة أمرين:

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192

(2) منية الطالب، ج 1، ص 116

---

أحدهما: إحراز استناد المشهور إلى هذا النبوي والعمل بمضمونه، و ثانيهما: كون العمل برواية ضعيفة سندا جابرا لضعفها، وإعراضهم عن رواية قويّة سندا كاسرا لصحتها و موهنا لاعتبارها. و الأمر كما أفادوه.

تحقيق سند النبوي «على اليد» لكن قد نوقش في كلا الأمرين، أمّا في الكبرى فبمنع كون عمل المشهور جابرا، وإعراضهم كاسرا، كما تكرر في كلمات بعض الأعظم فقها و أصولا «1». و أمّا في الصغرى فلما في كلامه أيضا و كلام بعض الأجلّة من عدم إحراز عمل قدماء الأصحاب بهذا النبوي «فإنّ جمعا منهم لم يذكروه في كتبهم كما يظهر بمراجعة نكت النهاية و المقنع و الهداية و المراسم و الوسيلة و جواهر الفقه.

و جمعا منهم و إن أوردوا هذا الحديث في كتبهم كالسيدين و شيخ الطائفة، بل و ابن إدريس أيضا. إلّا أن الظاهر إيراده احتجاجا على المخالفين لا- اعتمادا عليه. قال السيّد في الانتصار في مسألة ضمان الصّدّاع: «و مما يمكن أن يعارضوا به لأنّه موجود في رواياتهم و كتبهم- ما يروونه عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: من قوله: على اليد ما أخذت حتى تؤديه» لظهور كلامه في الإيراد على المخالفين بما هو مسلّم عندهم، و لا يستفاد منه استناد السيد إليه.

و قريب منه كلام السيّد أبي المكارم في غضب الغنية و إجارتها، لقوله: «و يحتجّ على المخالف بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم .. إلخ».

و أورده شيخ الطائفة في غير مورد من الخلاف و المبسوط رواية و احتجاجا على القوم كما هو دأبه في كتابيه، لا استنادا. ففي غضب الخلاف، مسألة 20، بعد عنوانها و ذكر خلاف أبي حنيفة قال: «دليلنا أنه ثبت أنّ هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه،

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 88 و 89

فمن ادّعى أنّه زال ملكه بعد التغيير فعليه الدلالة. وروى قتادة عن الحسن عن سمرة: أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم، قال: علي اليد ما أخذت حتى تؤديه». أخذت حتى تؤديه».

و الظاهر أنّ مستنده هو الأصل خاصة. إذ لو كان مستنده هو الحديث لم يكن وقع للاستدلال بعدم الدليل على زوال ملكه، وعليه فيكون إيراد الحديث لمحض الاحتجاج على أبي حنيفة.

نعم تمسك به ابن إدريس في غصب السرائر، ونسبه جزماً إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم مع عدم عمله بالخبر الواحد، ثم شاع الاستدلال به بين المتأخرين من زمن العلامة. مع احتمال أن يكون ذكره احتجاجاً عليهم كما يظهر من موضع آخر من غصب السرائر، حيث قال: «ويحتج على المخالف بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: علي اليد. وهذا يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم، لا التمسك به، وإن كان خلاف الظاهر.

و لم أر إلى الآن فيما حضرني من كتب العلامة تمسكه به لإثبات حكم، وإنما نقل عن ابن الجنيد وابن إدريس التمسك به على ما حكى. و حدوث الاشتهار بعده لا يفيد شيئاً.

و عليه فالاعتماد على هذا الحديث مشكل، و ترك العمل به مشكل آخر، مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم مع طريقتة في العمل بالأخبار. مع احتمال أن يكون ذلك لاجتهاد منه وقيام قرائن عنده ربما لا تقيدها علماً ولا عملاً. و اختلاف عبارات الحديث بحيث ربما يكشف عن تكرره و تظافره و اعتماد محققي أصحابنا من بعد ابن إدريس إلى عصرنا مع تورّعهم و التفاتهم الى ضعفه، و لا بدّ من الجبر في مثله، و هو لا يمكن إلاّ باعتماد قدماء الأصحاب عليه، مع إتقان متنه و فصاحته بما يورث قوّة الاحتمال بأنّه من كلمات رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم لا سمرة و لعلّ بناء العقلاء على مثله

---

مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بخبر الثقة. لكن بعد اللتيا والتي في النفس تردد «1».

أقول: أمّا المناقشة في كبرى الجبر بالعمل فقد فرغنا من الجواب عنها بما علّقناه على بحث حجّية الشهرة «2»، و محصّله: أنّ عمل المشهور برواية ضعيفة مع تشتت آرائهم في حجّية أخبار الآحاد، و شدة ورعهم و علمهم بضعف الراوي و خبثه يوجب الوثوق العقلاني بالصدور، و هو المناط في سيرة العقلاء في العمل بالأخبار، و لا مقيّد لها بالوثوق المخبري خاصة.

و أمّا المناقشة في الصغرى - بمعنى عدم إحراز استناد قدماء الأصحاب إلى هذا النبوي - فغير ظاهرة أيضا.

أمّا قوله: «و الظاهر أنّ مستنده هو الأمر الأوّل .. إلخ» ففيه: أنّ كلمات قدماء الأصحاب و متأخريهم في مقام الاستدلال مشحونة بذكر الأصل و الرواية و الإجماع في عرض واحد، فيقولون: «للأصل و لقول الصادق عليه السّلام و للإجماع». مع أنّ الأصل ليس في رتبة الدليل، فالشيخ في الخلاف يذكر الأصل و هو الاستصحاب بقوله: «دليلنا: أنّه ثبت أنّ هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه .. إلخ» ثم يعقبه بحديث على اليد. و بقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحل مال امرء مسلم إلاّ (بطيب من نفسه) عن طيب نفس منه». فهل يمكن التفكيك بين كلاميه قدّس سرّه بأن يقال: إنّ الشيخ أورد الأوّل احتجاجا و الثاني استنادا، مع وحدة السياق، و ذكره لهما بعد قوله: «دليلنا» فإنّ هذه اللفظة قرينة واضحة على كون ما يذكر بعدها دليلا على الحكم و مستندا له. فإنّ الاحتجاج على الخصم و إلزامه بما ألزم به نفسه لا ينافي الاستناد. فظهور كلام الشيخ في الاستناد إلى كلا النبيّين ممّا لا ينبغي إنكاره.

---

(1) كتاب البيع، ج 1، ص 247 الى 250

(2) منتهى الدراية، ج 4، ص 390

ص: 20

و نظير هذه المسألة ما أفاده الشيخ في غضب الخلاف (في المسألة 22): «إذا غضب ساجدة فبنى عليها .. إلى أن قال: كان عليه ردّه .. إلى أن قال: دليلنا ما قلناه في المسألة الأولى .. إلى أن قال: و روى سمرة أنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، و هذه يد قد أخذت ساجدة، فعليها أن تؤديها. و أيضا قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا يحلّ مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه، نفس منه، يدلّ عليه، لأنّه ما طابت نفسه بالبناء على ساجته» (1).

فإنّ قوله: «و أيضا .. إلخ» يدلّ على أنّ ذكر «على اليد» كان للاستناد.

مضافا إلى أنّه ذكر هذا الحديث بعد قوله: «دليلنا» فكلّ ما يذكره بعد هذا اللفظ يكون حجة و مستندا للحكم، و إلا كان عليه قدّس سرّه أن يقول: «و يؤيده». و لو كان مقصوده الاحتجاج على العامة لكان المناسب أن يعبّر بما عبّر به السيد قدّس سرّه بقوله: «و ممّا يمكن أن يعارضوا به ما يروونه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أو يقول- كما عبّر به في بعض الموارد- «و يحتج على المخالف» حتى لا يحرز استناد فتواه إلى خصوص هذا الحديث.

و نظير هذا في العمل بالحديث ما نسبته إليه العلامة في المختلف بقوله: «مسألة:

إذا ارتهن الغاصب الغصب صحّ. قال الشيخ في الخلاف: و لا يزول الضمان، لثبوته قبل الرهن، فمن ادّعى براءته منه فعليه الدلالة. و لما روي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنّه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» ثم قال العلامة: «و قد ذكرنا نحن في بعض كتبنا زوال الضمان، لأنّه مأذون له في الإمساك، فيسقط الضمان، و قول الشيخ لا يخلو من قوّة» (2).

و لا يخفى دلالة كلامه في تقوية الضمان على عمله بالحديث تبعا للشيخ، كظهور نفس عبارة الخلاف في الاستناد، و لا أثر من الاحتجاج على المخالف في كلامه.

و أظهر من ذلك في الاستناد إلى الحديث كلامه في غضب المبسوط و وديعته،

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 408 و 409

(2) الخلاف، ج 3، ص 228، مختلف الشيعة، ج 5، ص 417



---

حيث جعل الحديث النبوي في عداد ما رواه من السنة الدالة على وجوب ردّ المغصوب و الوديعة إلى المالك.

هذا مضافا إلى تصريح هذا القائل باستدلال الشيخ بقاعدة اليد، في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد- في الاشكال على المصنف في ما نسبه الى الشيخ من استدلاله بالاقدام- حيث قال: «مع أن عبارة الشيخ في بيع المبسوط و غصبه على ما عثرت عليه ليست كما نقلها، بل ظاهرة بضمان اليد بدليلها» (1).

فلو كان ذكر النبي لمجرد التأييد لا الاستناد كان إشكال شيخنا الأعظم على شيخ الطائفة في استدلاله بالاقدام في محله، و لا يتجه الاعتراض عليه بأنّ الدليل المتكرر في بيع المبسوط و غصبه هو اليد لا الاقدام. هذا كله في استناد شيخ الطائفة إلى النبي.

و استند ابن الجنيد إلى هذا النبي على ما نقله العلامة عنه قدّس سرّهما في عارية المختلف، فقال: «وقال ابن الجنيد: و ليس يضمن المعار تلف ما تلف منها إذا كانت السلعة متاعا، إلا أن يتعدى. و ما كان منها عينا أو ورقا أو حيوانا ضمن المعار تلف ذلك، إلا أن يشترط المال [المالك] سقوط الضمان عنه .. احتجّ بقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (2).

و أورده السيّد أبو المكارم أيضا في الغنية (3)، و هو و إن كان في مقام الاحتجاج عليهم، إلا أنّه لم يعبّر بمثل ما عبّر به السيد المرتضى من قوله: «و ممّا يمكن أن يعارضوا به» و إنّما أسند الحديث إلى الرسول صلّى الله عليه و آله و سلّم، و ظاهره القطع بصدوره عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم، لأنّه لا يعمل بالأخبار الآحاد المفيدة للظن.

و أورده ابن إدريس في مواضع من السرائر، فاستدلّ به فيما إذا اختلف شخصان

---

(1) كتاب البيع، ج 1، ص 270

(2) مختلف الشيعة، ج 6، ص 72

(3) غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ج 4، ص 536، السطر 21 و ص 537، السطر 27

---

في كون مال وديعة أو قرصنا، وقال: «و يكون القول قول من ادعى أنه دين، لأنه قد أقر بأن الشيء في يده أولاً، و ادعى كونه وديعة، و الرسول عليه السلام قال: على اليد ما أخذت حتى تردّه .. إلخ» (1). و ليس في هذا الكلام شائبة الاحتجاج على المخالفين، و إنما عارض رأي شيخ الطائفة في نهايته.

و قال أيضا في مسألة أخرى في باب الرهن: «و الرسول عليه السلام قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، إلا ما خرج بالدليل» (2).

و قال في كتاب الغصب: «و يحتج على المخالف بقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (3).

و قال في كتاب الغصب أيضا: «و من غصب ساحة فأدخلها في بناءه، لزمه ردّها، و إن كان في ذلك قلع ما بناه في ملكه، لمثل ما قدّمناه من الأدلة، من قوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرء مسلم إلا عن طيب نفس منه. و قوله عليه السلام أيضا: على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (4).

و مبناه الأصولي في حجية الخبر غير خفي على من يتصفح السرائر، و أنه قدّس سرّه لا يسند الحديث الى المعصوم عليه السلام إلا بالقطع، فقد تكرر منه هذه الجملة في الإيراد على شيخ الطائفة قدّس سرّه: «و قد بينا أن أخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علما و لا عملا، و الواجب على المفتي الرجوع في صحة الفتوى إلى الأدلة القاطعة» (5) و نحوه كلامه في باب الرهن (6).

---

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 437

(2) المصدر، ص 425

(3) المصدر، ص 481

(4) المصدر، ص 484

(5) المصدر، ص 322

(6) المصدر، ص 422

ص: 23

---

ولا ينافي حجّية هذا الحديث عنده واستناده إليه إرادته احتجاجاً على المخالف في موضع من كتاب الغصب، لأنّ غايته إلزامهم بما هو حجة عندهم أيضاً. فيكون الحديث مقبولاً عند الخاصّة والعامة، ولعلّ هذا منشأ استظهار صاحب العناوين وغيره من اتفاق الفريقين على صدوره منه صلّى الله عليه وآله وسلّم.

وبهذا ظهر أن شبهة إرادته احتجاجاً- في عبارة الغنية- غير جارية في كلام ابن إدريس في المواضع التي استند فيها إلى الحديث.

وأما العلامة قدّس سرّه فقد أوردته في المختلف والتذكرة، فاستند إلى الحديث في الكتابين، ونقل في المختلف استدلال الشيخ في الخلاف، واستدلال ابن الجنيد وابن إدريس به، وكذا نقل استدلال المشهور به.

أما استناده إلى الحديث ففي مواضع، ففي التذكرة: «كلّ من غصب شيئاً وجب عليه ردّه على المالك، سواء طالب المالك برده أو لا، ما دامت العين باقية، بلا خلاف، لقول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (1) وأسنده إليه صلّى الله عليه وآله وسلّم في الضمان بالباشرة، فراجع (2).

وقال في المختلف: «إذا ادّعى الراكب الإجارة والمالك العارية المضمونة بعد تلفها قبل مضيّ مدة لمثلها أجرة، قال الشيخ في المبسوط: القول قول الراكب مع يمينه، لأنّ صاحبها يدّعي ضماناً في العارية فعليه البيّنة، والأصل براءة ذمة الراكب. والأقرب أنّ القول قول المالك، لأنّ الأصل تضمين مال الغير، لقوله عليه السّلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (3) ونحوه في الاستناد كلامه في باب اللقطة (4).

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 382 و 383

(2) المصدر، ص 374

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 77

(4) المصدر، ص 87

---

ونقل استدلال المشهور به بقوله: «مسألة: المشهور أن المقبوض بالسوم مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد. وقال ابن إدريس: لا يكون مضمونا، وهو الأقرب، وله قول آخر في باب الغصب: إنه مضمون. لنا: الأصل عدم الضمان .. احتجوا بعموم قوله عليه السلام:

على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (1). وهذه الجملة الأخيرة هي المعتمدة في إحراز عمل المشهور بهذا النبوي والفتوى بمضمونه، و ظاهره الأخبار الحسني باستناد المشهور إليه، وإلا كان المناسب أن يقول: «ويحتج لهم».

وبهذا ظهر أن عدم ظفرنا بالحديث في عدة من المتون الفقهية القديمة كالمقنع والمقنعة والجواهر والكافي وغيرها غير قادح في استنادهم إليه بعد شهادة مثل العلامة باستدلالهم به وحجته عندهم.

كما ظهر أيضا التأمل فيما ذكره القائل من «عدم ظفره باستدلال العلامة بهذا النبوي، وإنما اقتصر على نقل استدلال ابن الجنيد به» إذ عرفت استناد العلامة إليه في مواضع عديدة، ونقل استناد شيخ الطائفة و ابن إدريس و المشهور به أيضا في مواضع أخرى.

هذا مضافا إلى أن دعوى عدم الظفر به في كلام العلامة ربما ينافي قوله في مقام آخر: «ثم شاع الاستدلال به بين المتأخرين من زمن العلامة».

هذا كله في إحراز عمل القدماء وبعض المتأخرين كالعلامة. وأما من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثاني وغيرهم فقد أسندوه إلى الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بلا تأمل، كما لا يخفى على من راجع الدروس و جامع المقاصد و المسالك وغيرها.

وقد تحصّل من هذا التتبّع في كلمات فقهاءنا الأبرار الوثوق بانجبار ضعف سند الحديث. بل لا تبعد دعوى كون المضمون مجمعا عليه بينهم، وعليه لا مجال للتشكيك في عمل المشهور به كما لا مجال للمناقشة في كبرى الجبر بعملهم.

---

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 321

---

فالحقّ أنّ النبوي المزبور لا يكون أقلّ من خبر الثقة، فيصح الاستناد إليه و الاعتماد عليه في استنباط الحكم الشرعي، فلا بدّ من عطف عنان البحث إلى دلالاته، فنقول و به نستعين، و بوليّه صلوات الله عليه نتوسل و نستجير:

محتملات حديث «على اليد» إنّ الوجوه المحتملة في معنى الحديث كثيرة:

الأوّل: أنّه يدلّ على الحكم التكليفي ما دام المأخوذ موجوداً، فيختص بحال وجود العين، و لا يدلّ على حكم ما بعد تلفها، و للقائلين بذلك مسلكان:

أحدهما: أن يكون متعلق الحكم التكليفي ردّ العين، فيجب ردّ العين على من أخذها. و هذا الاحتمال يستفاد من كلام الشيخ قدس سرّه في المبسوط، حيث إنّه- بعد بيان تحريم الغصب و إقامة الأدلة الأربعة عليه و ذكر النبوي على اليد ما أخذت .. إلخ- قال: «و الإجماع ثابت على أنّ الغصب حرام، فإذا ثبت تحريم الغصب فالأموال على ضربين حيوان و غير حيوان، فأما غير الحيوان فعلى ضربين ماله مثل و ما لا مثل له، فما له مثل ما تساوت أجزاءه، و معناه تساوت قيمة أجزائه، فكلّ هذا له مثل كالحبوب و الأدهان و التمور و الأقطان و الخلول التي لا- ماء فيها، و الأثمان و نحو هذا كلّ له مثل، فإذا غصب غاصب من هذا شيئاً فإن كان قائماً ردّه، و إن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى:

فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (1) انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علوّ مقامه.

و قريب منه عبارة التذكرة: «و كلّ من يثبت يده على مال الغير و لا- حقّ له في إمساكه و كان المال باقياً و جب عليه ردّه على مالكة، بلا خلاف، لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم:

على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي. و لأنّ حق المالك متعلق بمالّيته، و مالّيته لا تتحقّق إلّا

---

(1) المبسوط، ج 3، ص 59 و 60

برده إليه» (1).

ولعل وجهه عدم تأصل الوضع بالجعل، وكونه منتزعا عن الأحكام التكليفية.

والمناسب لكونه منشأ لانتزاع الوضع عنه هو وجوب الردّ بالنسبة إلى نفس المأخوذ، لا بدله، ولا الأعم منه و من بدله، لمنافاته للغاية، ولا وجوب الحفظ.

ثانيهما: ما يفيد كلام الفاضل النراقي قدس سرّه من: أن المراد به وجوب حفظ المال عن الضياع والتلف، إلى أن يرده إلى المالك. والوجه فيه: أن الكلام محتاج إلى التقدير، ويدور المقدر بين الردّ والأداء والضمان. ولا يجوز تقدير ما عدا الحفظ من الردّ والأداء والضمان، لأنّ تقدير الأولين يوجب خروج المعنى عن السلاسة، إذ معناه حينئذ وجوب الردّ حتى يتحقق الردّ. وتوقف الحكم على بقاء موضوعه عقلي، وكذلك انتفاء بانتفائه، فالغاية حينئذ عقلية لا شرعية تعبدية.

وتقدير الأخير مناف لجعل الغاية أداء نفس المأخوذ، على ما يقتضيه رجوع الضمير المنصوب مفعولا ل «تؤديه»- المحذوف في بعض طرق الحديث، والمذكور في البعض الآخر كما تقدّم في نقل الحديث- إلى الموصول.

وجه المنافاة: أنّ الضمان عبارة عن الغرامة المجعولة في ظرف التلف، إذ لا معنى للغرامة والخسارة مع وجود العين و ردها، فإنّ ردّ نفس العين ليس غرامة على الآخذ، بل ردّا للمال إلى مالكة كما لا يخفى.

الثاني: ما عن بعضهم من كون الحديث مسوقا لبيان الحكم الوضعي، لكن بالنسبة إلى خصوص صورة التلف، من دون دلالة له على وجوب ردّ العين الذي هو حكم تكليفي، ولا على ضمانها ما لم تتلف.

وحاصل تقرّبه: أنّ تلف العين تحت يده سبب لتعلق الغرامة به، والمراد بالضمان هو دفع المثل أو القيمة عند التعذّر، وهو المعبر عنه بتحمّل الغرامة، إذ لا يعقل

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 374، السطر 20

لضمان العين معنى محصّل، لأنّ دفع عين المال إلى المالك ليس ضمانا ولا غرامة، فمعنى الحديث حينئذ: أنّ ضمان ما أخذته اليد ثابت عليه، وأنّه لا يخرج عن الضمان إلّا بدفع بدله القائم مقامه مثلا أو قيمة، هذا. وليس معنى الحديث «أنّه يجب دفع عين المال إلى مالكة» إذ لا يحتاج إلى هذا التعبير، بل العبارة الدالة عليه: «أنّه يجب دفع أموال الناس إلى مآلكها» فالتعبير بقوله: «على اليد» إنّما هو لبيان معنى آخر يلائم «على اليد» وذلك المعنى هو الضمان الذي هو مجازاة لجناية اليد. وبهذه العناية أسند الحكم إلى اليد، وجعل عليها، وقيل: «على اليد، لا على أخذ المال» ثم قال هذا القائل في جملة كلامه:

«وهذا المعنى - أي الضمان - مما لا يشك فيه مشكّك بعد ملاحظة فهم العرف حتّى من لم يتشرّع بشرعنا أيضا».

الثالث: ما حكى عن بعض، وهو: أنّ الحديث مسوق لإفادة كلّ من الحكم التكليفي والوضعي، وأنّ كلا- الحكمين مستفادان من الحديث، فيجب على الآخذ ردّ المأخوذ، ويكون عهده أيضا عليه.

ولعلّ وجه الاستفادة هو: أنّ العرف يفهمون من كون العين المتموّلة على شخص أنّ الأعم من العين والبدل يثبت على عهده، فلتبوت المأخوذ في عهدة ذي اليد آثار تكليفية ووضعية من حفظه، وأدائه مع التمكن، وأداء بدله عند الحيلولة أو عند التلف، فإنّ معنى اعتباره في عهده هو كون ذي اليد مرجعا ومأخوذا به، فيجب عليه ردّه مع بقاء عينه و ردّ بدله مع تلفه، فبنحو الطولية يثبت الحكم التكليفي والوضعي بعد إرجاعه إلى التكليفي، هذا.

وأورد عليه بما حاصله: أنّ وجوب الردّ إنّما يستفاد من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد» أو من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتّى تؤدّي» ولا يتمّ المدعى على شيء منهما.

أمّا الأول: فلأنّ لازم استفادة الحكم التكليفي إنّما هو تقدير الردّ، ولازم الحكم الوضعي تقدير الضمان بمعنى كون المأخوذ على عهدة الآخذ، وأنّه لو تلف كان عليه

بدله، إفادته للحكمين منوطة بتقديرهما معا، وذلك مما لا يفى الكلام بإفادته، فهو أشبه شيء باستعمال الخطاب في إنشائين، بل هو منه.

وأمّا الثاني: فلأنّ المغيّا- وهو لزوم الخروج عن عهدة المأخوذ على تقدير تلفه- ثابت إلى حين الأداء، وهذا يلائم وجوب الأداء قبل التلف وبعده، فهو أعم منهما، ولا دلالة للعام على تعيين الخاص، فلا بدّ من إثبات وجوب الرد قبل التلف بدليل آخر.

إذا عرفت الاحتمالات المتطرفة في معنى الحديث المزبور، فاعلم: أنّ تنقيح معنى الحديث منوط ببيان أمور:

الأول: أنّ الأصل عدم التقدير، فإذا لم يكن صحة الكلام عقلا منوطة بالتقدير- كقوله تعالى وَ سَدَّ بِلِ الْقَرْيَةِ أَوْ شرعا كقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ- فلا وجه للالتزام به.

الثاني: أنّ الأصل في الظرف أن يكون مستقرا، إذ اللغوية منوطة بتقدير فعل خاصّ ربّما لا يكون لتعيين متعلّقه دليل، فيصير الكلام لأجله مجملا، فإذا كان الظرف متعلقا ب «يجب» مثلا فلا بدّ من تقدير متعلّق له كالرّد والحفظ والضمان، ولا قرينة على أحدها، فيصير الكلام مجملا. بخلاف المستقر فإنّه لا يحتاج إلى فعل خاصّ، بل العامل في الظرف هو أفعال العموم. فمع الدوران بين كون الظرف مستقرا ولغوا يبنى على كونه مستقرا متعلقا بفعل من أفعال العموم.

الثالث: أنّ الأصل في كلام الشارع أن يكون في مقام التشريع والإنشاء لا التكوين والاختبار، فمع الشك في كون كلامه إنشاء أو إخبارا يحمل على الإنشاء، فلا يصح أن يقال: إنّ معنى «على اليد» هو الاختبار عن كون المال تحت استيلاء الآخذ، وأنّه لا يرتفع خارجا هذا الاستيلاء إلا بالرّدّ والأداء.

الرابع: أنّ التشريع يكون من الاعتباريات التي لها نحو وجود مغاير للوجود التكويني، فيمكن أن يكون لشيء وجود تكويني ووجود اعتباري ناش من تشريع



الشارع، فإذا اعتبر الشارع شيئاً من الأعيان على شخص كقوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ فَالاعتبار الشرعي يقتضي أن يكون ذلك الشيء بوجوده الاعتباري على عهده، إذ لا معنى لتعلق التشريع بالوجود التكويني، فلا بد أن يكون متعلق الاعتبار موجوداً اعتبارياً ثابتاً على العهدة. يعني: أن الثابت بالتشريع هو الموجود الاعتباري، وكون الشيء بهذا الوجود على العهدة عبارة أخرى عن الضمان، إذ لا معنى لأن يكون بوجوده الخارجي في العهدة، بل الموجودات الاعتبارية يكون وعاؤها العهدة، كالموجودات الذهنية التي يكون وعاؤها الذهن.

المختار في معنى حديث «على اليد» إذا عرفت هذه الأمور تعرف: أن مقتضى كون كل من التقدير و لغوية الظرف على خلاف الأصل هو أن يكون نفس المال المأخوذ على صاحب اليد، لا وجوب رده أو حفظه أو ضمانه، لأنها مبنية على لغوية الظرف والالتزام بالتقدير اللذين هما على خلاف الأصل، كما أن مقتضى إنشائية كلام الشارع وكون التشريع من الاعتباريات هو كون المأخوذ بوجوده الاعتباري ثابتاً على عهدة الآخذ.

ففي وعاء الاعتبار يكون المأخوذ فوق يده، كما أنه بوجوده التكويني يكون تحت يده، فللمأخوذ وجودان تكويني، وبهذا الوجود يكون تحت اليد. واعتباري ناش من التشريع، وبهذا الوجود يكون فوق اليد، لأنه مقتضى كلمة «على» الاستعلائية.

وحيث إن الحاكم بكون نفس المال على العهدة هو الشارع، وثبوته الشرعي على اليد ليس إلا ثبوتاً اعتبارياً مقتضياً لكون الثابت بهذا الثبوت موجوداً اعتبارياً في العهدة، لأن العهدة وعاء الاعتباريات، فالمعنى حينئذ هو: أن نفس المال المأخوذ بوجوده الاعتباري ثابت على العهدة، وهذا الثبوت مستمر إلى أن يحصل الأداء. وهذا الاستمرار يستفاد من كلمة «حتى» لدلالاتها على ما ثبت بما قبلها من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد». وليس هذا

إلا عبارة عن الضمان، حيث إنّ مصداق ذلك الموجود الاعتباري مع تلف العين هو الأقرب الى التالف القائم مقامه، الواجد لغير خصوصياته المشخّصة من الجهات النوعية والصنفيه.

وقد ظهر ممّا ذكرنا ضعف الاحتمال الأوّل، أعني به كون مفاد الحديث تكليفا محضاً، وهو وجوب ردّ العين، أو وجوب حفظها عن التلف، على الوجهين المتقدّمين عن الشيخ والعلامة و النراقي قدّس سرّهم وأنّ الحديث متكفل للحكم التكليفي المختص بالعين حال بقائها دون حكمها بعد تلفها.

وجه الضعف: أنّه مبني على لغوية الظرف، وقد عرفت أنّه خلاف الأصل، ولا يصار إليه إلا بالقرينة.

كما أنّه ظهر أيضاً ضعف الاحتمال الثاني، وهو كون الحديث مسوقاً لبيان الحكم الوضعي بالنسبة إلى خصوص صورة التلف، بأن يقدر الضمان، بعد قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد» بأن يقال: على اليد ضمان أي غرامة ما أخذته.

وجه الضعف: أنّ تقدير الضمان خلاف الأصل بعد كون ظاهر الكلام هو اعتبار ثبوت نفس المال المأخوذ على عهدة صاحب اليد. و حيث إنّ الاعتبار يتعلق بالموجودات الاعتبارية لا التكوينية، فلا بدّ أن يكون الثابت بهذا الاعتبار موجوداً اعتبارياً ثابتاً في العهدة. وهذا الثبوت الاعتباري مستمر حتّى يحصل الأداء بعين المأخوذة التي هي مصداق حقيقي للوجود الاعتباري الذي اعتبره الشارع، لأنّه واجد للمقومات النوعية والصنفيه والشخصية. و ببدله وهو المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً، و مع فقد المماثل في المثلي يكون مصداق الأداء منحصرًا بالمالية، هذا.

و كذا ظهر ضعف الوجه الثالث وهو الجمع بين الحكم التكليفي والوضعي، وذلك لأنّه موقوف على كون الظرف لغوا حتى يتعلق بكلمة «يجب» وعلى كون المتعلق كلمتين وهما: الرد والضمان. و لا قرينة على شيء منهما، فإنّه مع إمكان الظرف

---

المستقر لا تصل النوبة إلى الظرف اللغو.

فالمتحصل: أنّ النبوي الشريف يدلّ على كون المال في وعاء الاعتبار على عهدة الآخذ، فإن كان موجوداً رده إلى المالك، لأنّه المصدق الحقيقي لرد المال، حيث إنّ واجد للمقومات النوعية والصنافية والشخصية. فمفاد الحديث على هذا حكم وضعي، ولا يتكفل حكماً تكليفاً، فيرجع في حكمه التكليفي إلى ما يدلّ على حرمة حبس الحقوق ووجوب ردها إلى مالكيها.

وبالجملة: فاستدلال المصنف وغيره بهذا النبويّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد في محلّه، هذا.

ثمّ إنّّه لا بأس بالتعرّض لبعض الجهات المتعلقة بالنبويّ المذكور:

1- عدم اختصاص الآخذ بالقهر والغلبة منها: أنّ الآخذ هل يكون عامّاً أم مختصاً بما يكون على وجه القهر والغلبة؟

فلا يشمل الأيدي الأمانيّة، ويكون خروجها عن موضوع الحديث المزبور بالتخصص، فيختص الحديث بالغصب، ولا يشمل موارد إذن المالك الحقيقي كاللقطة وغيرها من الأمانات الشرعية، وتسليط المالك غيره على ماله كالوديعة وغيرها من الأمانات المالكيّة.

وربّما يستشهد لذلك- أي الآخذ بالقهر والغلبة- بقوله تعالى وَكَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخَذَ الْقُرَىٰ «1»، وقوله تعالى لَأَخْذُنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ «2» وقوله تعالى فَأَخْذُنَا هُمْ أَخْذُ عَزِيزٍ مُّقْتَدِرٍ «3» وغير ذلك من موارد

---

(1) سورة هود، الآية 120

(2) سورة الحاقة، الآية: 45

(3) سورة القمر، الآية 42

---

استعماله في الأخذ بالقهر والغلبة. وجعل المحقق النائيني هذا المعنى هو الظاهر «1».

وفيه: أن الأخذ لغة هو تناول الشيء مطلقاً وإن لم يكن عن قهر وعدوان، كقوله تعالى خُذِ الْعَفْوَ «2» وقوله عز اسمه خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً «3» فتأمل، وقوله عليه السلام: «خذها فإني إليك معتذر». وغير ذلك من الموارد.

وخصوصية القهر والغلبة تستفاد من القرائن الحالية أو المقالية، من باب تعدد الدال والمدلول، وليست من خصوصيات نفس المعنى اللغوي أو العرفي. فيدلّ الحديث الشريف على الضمان في جميع الموارد سواء أكان هناك قهر أم لا، إلا ما خرج بالدليل كالأمانات مطلقاً.

وبالجمله: فلم يثبت كون مفهوم الأخذ عرفاً هو التناول القهري حتى يحمل اللفظ عليه، فيحمل على معناه اللغوي، وهو مطلق التناول الذي منه المقبوض بالعقد الفاسد، والمسروق، والوديعة، والعارية. فالأخذ يكون من قبيل المتواطى لا المشكك.

ولو سلم التشكيك فإنما هو من قبيل التشكيك البدوي الذي لا عبرة به في رفع اليد عن إطلاق مفهومه، هذا.

2- اعتبار الإرادة والاختيار في الأخذ المضمّن ومنها: أن «الأخذ» لما كان فعلاً اختيارياً فلا بدّ من عدم صدوره بلا إرادة ولا اختيار، فإذا ألقى مال في حجر شخص بحيث صار تحت يده واستيلائه من دون دخل لإرادته واختياره في ذلك لم يصدق عليه الأخذ حتى يشملته الحديث الشريف.

وكذا لا يصدق «الأخذ» على تناول الصبي غير المميّز الذي لا شعور ولا تمييز له بحيث

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 117

(2) سورة الأعراف، الآية 19

(3) سورة التوبة، الآية 103

لا يلتفت إلى ما يصدر منه من الفعل وعنوانه، وكذا المجنون.

فيظهر من اعتبار الإرادة في حال الأخذ وكون الآخذ مستشعرا مميّزا لفعله خروج الصبي غير المميز و المجنون و النائم عن حيّز الحديث إذا أمسكوا على شيء من المنقولات و استولوا عليه، فلا يشملهم الحديث حتى يحكم عليهم بالضمان.

و يشمل الصبي المميّز المستشعر لفعله، لصدق الأخذ الاختياري على فعله، وفاقا للمصنّف قدّس سرّه، حيث قال: «و من هنا كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور».

و الحاصل: أنّه يعتبر في شمول الحديث كون الفاعل مختارا في فعله، هذا.

3- شمول إطلاق الضمان للعلم بالحكم و الجهل به و منها: أنّ إطلاق الحديث يشمل كون صاحب اليد عالما بالحكم التكليفي - و هو وجوب الأداء- و الوضعي أعني به الضمان، و جاهلا- بهما. كما يشمل كونه عالما بالموضوع و هو العلم بأنه مال الغير أو مغصوب أو مقبوض بالعقد الفاسد، و كونه جاهلا به كما إذا زعم أنّه مال نفسه أو أنّه وكيل عن مالكه أو وليّ عليه.

4- إطلاق الضمان لليد الأصلية و التابعة و منها: أنّ مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين كون اليد أصلية و بين كونها تابعة، كيد وكيل الغاصب مع عدم علم الوكيل بالغصب، إذ مع علمه بالغصب لا تصح الوكالة حتّى ظاهرا. و كذا الحال في الوكيل في قبض المبيع بالبيع الفاسد، و ذلك لأنّه يعتبر في صحة الوكالة كون متعلّقها مباحا، و لذا قال في المسالك في ذيل قول المحقق قدّس سرّه: «و لو وكّله في بيع فاسد لم يملك الصحيح» ما لفظه: «كما لو قال: اشتر لي كذا إلى إدراك الغلّات، أو مقدم الحاج، أو بعه كذلك، أو ما شاكلة. و لا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين بالفساد

---

و جاهلين وبالتفريق، وإثما لم يملك الصحيح، لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا» (1).

ففي الصورة المذكورة يكون الوكيل هو الذي يشملته الحديث دون الموكل.

لا يقال: إنَّ المقرّر عندهم أنّ يد الوكيل يد الموكل، وكذا يد الأمين يد الحاكم فلا يعدّ يد أحدهما في العرف يدا له، بل يد الموكل و الحاكم.

فإنّه يقال: إنّ معنى كون يد الوكيل يد الموكل هو إجراء أحكام يد الموكل عليه في التصرفات كالأثار المترتبة على قبض المالك، كفراغ ذمة المقبوض منه بقبض الوكيل، كفراغ ذمته بقبض الموكل، فإنّ قبض الوكيل كقبض الموكل في تلك الأثار. وهذا لا ينافي صدق الاستيلاء و التسلط عرفا على يد الوكيل الموجب لضمّانه، فلا وجه لما قيل من:

أنّ المالك لا يرجع على الوكيل، بل على الموكل، لأنّه صاحب اليد.

والحاصل: أنّ معنى كون يد الوكيل يد الموكل وقبضه قبضه هو: أنّ القبض - الذي من شأنه أن يصدر من الموكل - إذا صدر من الوكيل كان كصدوره من الموكل في فراغ ذمة المقبوض منه، أو صحة العقد كالتوكيل في عقد الصرف أو السلم. وإجراء حكم الضمان الثابت للوكيل على الموكل أجنبي عن معنى قولهم: «يد الوكيل يد الموكل» إذ ظاهره هو أنّ كل ما يكون من وظيفة شخص إذا صدر عن غيره وكالة كان كصدوره عن نفس ذلك الشخص في الحكم الشرعي المترتب عليه، هذا.

5- إطلاق الضمان لليد المستقلّة والمشاركة ومنها: أنّ قضية الإطلاق عدم الفرق بين انفراد اليد بالأخذ و تعددها بأن شاركها غيره فيها بحيث أسند إلى المتعدد، وكان المستولي على المال المأخوذ اثنين في عرض واحد. أو ترتبت إحدى اليدين على الأخرى، وهذه مسألة تعاقب الأيدي على المغصوب، وإن كان في كيفية التضمين إشكال ليس هنا محل ذكره، هذا.

6- أقسام المأخوذ باليد ومنها: أن المأخوذ قد يكون عينا من المنقول وغيره، وقد يكون منفعة كسكنى الدار و منفعة الدكان ونحوهما، و قد يكون من قبيل الحقوق كحق التحجير، و قد يكون من قبيل ما لا يدخل تحت الاستيلاء و الاستحقاق كالحرّ و الخمر و الخنزير بالنسبة إلى المسلم، فهنا أقسام أربعة:

القسم الأول: الأعيان الشخصية و الكلية الأول: كون المأخوذ هو العين، و ذلك يتصور على نحوين:

أحدهما: أن يكون المأخوذ من المنقولات.

ثانيهما: أن يكون من غير المنقولات، كالدار و الدكان و الأرض و نحوها.

أمّا الأول فملخصه: أنّه لا ريب في صدق أخذ اليد على الاستيلاء عليه بالقبض و نحوه، فيصدق الأخذ و الاستيلاء باليد على ركوب دابة الغير، فيشملة النبوي «على اليد ما أخذت» و إن لم يحركها من مكانها.

و أمّا الثاني فحاصله: أنّ إثبات اليد عليه حقيقة غير ممكن، لعدم الإحاطة بها كالمنقول، لكن التصرف فيه بالدخول و نحوه ممكن، و هو يتصور على وجهين:

أحدهما: ما يوجب صدق الاستيلاء عليه، كدخول الجائر - عدوانا - دار غيره للتصرف و التسلط أو السكنى فيها، أو إيجارها. و هذا القسم لا إشكال في صدق اليد عليه، فيشملة النبوي الموجب للضمان.

ثانيهما: ما لا يوجب صدق التسلط و الاستيلاء عليه، كما إذا دخل دار الغير أو بستانه بغير إذن المالك للتفرّج و التترّج مثلا، فإنّ الاستيلاء لا يصدق عليه، فلا يشمله النبوي، فلا دليل حينئذ على الضمان. و قد صرح بذلك العلامة في التذكرة حيث قال:

«و لو دخل دار غيره أو بستانه لم يضمن بنفس الدخول من غير استيلاء، سواء دخلها

---

بإذنه أو بغير إذنه، و سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن» (1).

و لا فرق في هذا القسم - أعني الأعيان - بين ما لو كان مفزرا و ما لو كان مشاعا، لإطلاق المأخوذ و عدم اختصاصه بالمفزز، فيعدّ من سكن دار غيره مع مالكتها قهرا ذائد على النصف. و لهذا قال العلامة قدّس سرّه في التذكرة: «و لو لم يزعج المالك، و لكنه دخل و استولى مع المالك كان غاصبا لنصف الدار، لاجتماع يدهما و استيلائهما عليه. نعم لو كان الداخل ضعيفا و المالك قويا لا يعدّ مثله مستوليا عليه لم يكن غاصبا لشيء من الدار» (2).

لا يقال: إنّ الاستيلاء لا يتحقق إلا على الشيء المعين.

فإنّه يقال: إنّ الاستيلاء أمر عرفي يتحقق في المشاع كتحقّقه في المعين. و يدل عليه صحة بيع المشاع و صلحه و هبته و وقفه، فقبضه جائز كالمقسوم.

و أمّا الكلّي فلا يدخل تحت اليد و إن قيل به، لأنّ ما يقع تحت الاستيلاء خارجا هو الفرد كما لا يخفى.

إلا أن يقال: أنّ وجود الفرد عين وجود الكلّي الطبيعي، فلاجله يدخل الكلّي تحت اليد و الاستيلاء.

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاق عدم اعتبار كون العين ممّا له قيمة و مالية. و دعوى تبادل ما كان له مالية ممنوعة.

إلا أن يقال: إنّ الضمان الذي يدل عليه النبويّ - و هو تدارك خسارة المال المفوّت أو الفائت - لا يتصوّر إلا فيما له مالية، فلا بد من شموله للمأخوذ الذي هو مال، فما ليس كذلك لا يندرج تحت هذا النبوي، هذا.

ثمّ إنّه لا فرق في ضمان المأخوذ بين بقاء عينه و بين تلفه، كعدم الفرق في ضمانه بين الأوصاف الطارئة عليه من مزجه بشيء أو تغيير صورته كالطحن، فإنّ المأخوذ في

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 337، السطر 16

(2) المصدر، السطر: 22



---

جميع الصور مضمون على الآخذ. كما لا فرق في الحكم بالضمان بين كون المتصدّي لذلك التصرف نفس الآخذ وغيره، وإن كان للمالك أيضا الرجوع إلى ذلك المتصرّف، لكنّه كلام آخر.

كما لا فرق في الأعيان بعد دخولها تحت اليد بين أن تكون مقصودة بالذات في الاستيلاء عليها وبين أن يتحقق الاستيلاء عليها بالتبع، و لهذا قال في الرياض: «و يضمن حمل الدابة لو غصبها. وكذا غصب الأمة الحامل غصب لحملها بلا خلاف أجده ظاهرا، لأنّه مغصوب كالأمّ. والاستقلال باليد حاصل بالتبعية لها. وليس كذلك حمل المبيع فاسدا، حيث لا يدخل في البيع، لأنّه ليس مبيعا، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، ولأنّ تسلّمه بإذن البائع. مع احتمال الضمان، لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدي، مع الشك في صدق الأمانة عليه وبه قطع الماتن في الشرائع» (1) انتهى كلامه رفع مقامه.

القسم الثاني: المنافع القسم الثاني - وهو كون المأخوذ منفعة- يتصور على نحوين:

أحدهما: المنافع التي لم يستوفها آخذ العين، كما إذا استولى على دابة غيره فغصبها منه غاصب قبل استيفاء الأول شيئا من منافعها، فإنّ المنافع بالنسبة إلى الآخذ الأول غير مستوفاة، فلا تدخل تحت عنوان قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت» وإن قلنا بضمان الثاني لها، لمباشرته للاستيفاء بدليل آخر.

وكذا الحال لو بقيت تحت يده ولكن لم يستعملها ولم ينتفع بها، فإنّه لا يصدق على المنافع حينئذ أنّها مأخوذة، لعدم استيفائه لها، وعدم تعلّق فعل منه بها. وإن قلنا بكونها مضمونة عليه لجهة أخرى من جهات الضمان وهي قاعدة الإتلاف، حيث إنّ

---

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 301

---

أُتلف المنافع على المالك، ولذا قال العلامة قدس سرّه في التذكرة: «منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و القوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه، سواء أُلُفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع» (1)».

ثانيهما: المنافع المستوفاة، كما إذا ركب الدابة التي غصبها، أو استخدم العبد أو الجارية مثلاً. وهذا كسابقه في عدم صدق الاستيلاء على المنافع، لأنّ المنفعة غير موجودة بحيث يجتمع طرفاها في زمان واحد، بل هي تدريجية الوجود، فلا يتصور الاستيلاء على المنافع من المستولي على العين حتى في صورة استيفائها، فلا يمكن إثبات ضمانها حتى مع الاستيفاء بحديث اليد. نعم لها سبب آخر للضمان وهو الإتلاف على المالك، وتدلّ عليه العبارة المتقدمة عن العلامة قدس سرّه.

لكن خالف فيما ذكرناه صاحب الجواهر قدس سرّه، حيث استدللّ على ضمان المنافع المستوفاة بالحديث المزبور. قال في كتاب العارية: «ولو استعار مستعير من الغاصب- وهو لا يعلم بغصبه- كان قرار الضمان للمنفعة الفاتنة على الغاصب، لغروره، وإن كان للمالك أيضاً إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة أو فاتت في يده، لعموم من أُلُف و على اليد كما هو المشهور بين الأصحاب هنا، وفي الغصب عند ذكر حكم الأيدي المترتبة على يد الغاصب» (2)».

و أنت خبير بضعف التمسك بقاعدة اليد، لما عرفت من ظهور «ما» الموصولة في قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت» في عين خارجيّة استولت عليه اليد. وليست المنفعة موجودة مجتمعة أجزاؤها في الوجود، بل هي من الموجودات التدريجية المتصرّمة التي يتوقف وجود جزء منها على انعدام سابقه، فلا تجتمع أجزاؤها في الوجود حتى تأخذها

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

(2) جواهر الكلام، ج 27، ص 166

اليد و تستولي عليها، فالمتعین التمسك لضمان المنافع مطلقا حتى المستوفاة بقاعدة الإلتاف.

لا يقال: إن مجموع منافع الدار سنة مثلا يعدّ في نظر العرف موجودا واحدا، ولذا يبذل بإزائه الأجرة. وهذا يدلّ على أنّ المنافع كالأعيان مما يمكن أن تنالها اليد و تدرج تحتها.

فإنه يقال: إنّ الاعتبار العرفي المزبور إنّما يصحّ اعتبار المالية المعتبرة في العوضين، كاعتبار مالية عين كالحنطة مثلا في الذمة، أو عمل كذلك كخياطة ثوب، أو بناء دار، فإنّ الاعتبار المزبور لا يوجب صيرورة الكلّي في الذمة موجودا خارجيا قابلا لأن تدخل تحت اليد. بل يجدي في المالية فقط، لا في الوجود الخارجي المتوقف عليه صدق الأخذ باليد. فدعوى عدم صدق اليد على المنافع مطلقا في غاية القرب، هذا.

لكن الانصاف صدق اليد على المنافع كصدقها على الأعيان. توضيحه: أنّ المنفعة هي الحيشية القائمة بالعين التي تستوفى تارة و لا تستوفى أخرى. و إن شئت فقل: إنّ المنفعة- التي هي معنى اسم المصدر- قائمة بالعين قيام اللازم بالملزوم و العرض بالمعروض، فمنفعة الدار مثلا- هي صلاحيتها للمسكوّية. و هذا القابلية ثابتة للعين، و ليست تدريجية الوجود، فلا يتقوم باستيفاء المستوفي لها تدريجا، حتى يستشكل في شمول النبوي لها بعدم كونها موجودة مجتمعة أجزاءها في الوجود.

نعم لا تصلح المنافع لشمول الأخذ لها بالأصالة. و هذا لا يقدر في شمول النبوي لها كما تقدّم من إطلاق الأخذ للأصالة و التبعية. فما أفاده الجواهر من التمسك بقاعدة اليد في العبارة المتقدمة في غاية المتانة.

نعم بناء على دخل الاستيفاء- الذي هو قائم بالشخص المنتفع في حقيقة المنفعة- كان ما أفيد من منع جريان النبوي في المنافع في محلّه، هذا.

لكنّه في غاية الضعف و السقوط، إذ لا شبهة في صحة إسناد الفوت إلى المنفعة، بأن يقال: فأتت المنفعة، أو: فوّتها الغاصب، أو: استوفاه. و صحة هذه الإضافة منوطة

---

بكون المنفعة هي الحيثية القائمة بنفس العين التي تستوفى تارة ولا تستوفى اخرى.

وليس الاستيفاء الذي هو معنى مصدري دخيلا في مفهوم المنفعة التي هي من الحيثيات القائمة بالعين كالدار، هذا.

ثم إنّه لو شكّ في دخل فعل المنتفع في حقيقة المنفعة القائمة بالعين- التي وقعت تحت اليد- بحيث رجع الى الشبهة المفهومية بأن يدعى إجمال مفهوم المنفعة، لم يمكن التمسك بالحديث المزبور، لعدم جواز التمسك بالدليل مع عدم إحراز موضوعه. كما إذا شك في أنّ مفهوم العالم الواجب إكرامه هل له سعة يشمل العالم الفلسفي أم لا؟

فلا يجوز التمسك لحكمه بدليل وجوب إكرام العالم كما لا يخفى.

القسم الثالث: الحقوق القسم الثالث: وهو أخذ الحقوق، والحكم فيه عند جماعة منهم العلامة المامقاني قدّس سرّه هو حكم المنفعة في عدم تناول حديث اليد لها، لعدم صدق أخذ اليد عليها (1). وعند جماعة أخرى شمول الحديث لها كشموله للمنافع على ما عن غير واحد، فغصب الحقوق كالتحجير وحقّ السبق إلى المشتركات كالسوق والمسجد والخان ونحوها كغصب الأعيان والمنافع، فإنّها تدخل تحت اليد، لصدق الاستيلاء عليها عرفا. ولا يراد من الأخذ القبض حتى يختص المأخوذ بالأعيان. ولا يشمل غيرها من المنافع و الحقوق.

وبالجملة: فغصب العين المتعلقة للحق كغصب العين المتعلقة للملك في شمول النبوي لها، وأداء الحق بأداء موضوعه، فأداء حق التحجير والسبق إلى المشتركات بأداء متعلّقه كالأرض والمسجد وغيرهما.

والحاصل: أنّه بناء على ظهور الأخذ باليد والتأدية في العين خاصّة لا يشمل

---

(1) غاية الآمال، ص 272

النبوي المنافع و الحقوق كما عليه غير واحد على ما تقدم أنفا.

القسم الرابع: ما ليس بملك و لا حقّ القسم الرابع: أعني به ما لا يدخل تحت التسلط بالتملك أو الاستحقاق كالحرّ و الخمر و الخنزير بالنسبة إلى المسلم. و حكمه على ما ذكره غير واحد من الأصحاب عدم دخوله تحت الحديث الشريف، لما مرّ من ظهور النبوي في الضمان، و لا ضمان في غير المملوك بمجرد اليد. و لأنّ غاية الضمان هو الأداء إلى من يجب الدفع إليه كالمالك و نحوه، و لا تأدية في غير المملوك، لعدم وجود المؤدّي إليه، فخروجه عن الرواية واضح.

و لا فرق في غير المملوك بين أن لا يكون قابلا للتملك من أصله كالحرّ المسلم و الخنزير و غيرها، فإنّ ذلك غير مضمون باليد، و بين أن يكون قابلا له و لكن لم يجر عليه ملك أحد كالمباحات، فإنّه لا ضمان في أخذه.

و عن جماعة تعليل الحكم في الحرّ بأنّه لا يدخل تحت اليد.

فإن أرادوا بذلك أنّه لا يدخل تحت اليد شرعا فهو حسن، إذ ليس الحرّ مالا مملوكا شرعا حتى يدخل تحت اليد و يكون مضمونا على أخذه. لكن مقتضى القواعد هو الأخذ بالمعنى العرفي. و هو الاستيلاء، و لا مدخل للشرع في ذلك. بل إرادة اليد الشرعية تنتج عكس المدعى، إذ يلزم حينئذ عدم ضمان الغاصب، لأنّه لا يدلّه شرعا على المال. و يلزم ضمان من له يد على المال شرعا كالأولياء. و هذا عكس المدعى.

و إن أرادوا بقولهم: «إنّه لا يدخل تحت اليد» عدم دخوله عرفا تحت اليد، ففيه منع، ضرورة أنّ الحرّيّة و الرقيّة أمران اعتباريان لا مدخل لهما في الصدق العرفي، بدهاء أنّ كل من تسلّط على إنسان بحيث يتصرّف فيه كيف يشاء يقال: إنّه مستول عليه، و هو في يده، من غير فرق فيه بين كونه حرّا و مملوكا.

فالأولى أن يقال في عدم ضمانه: إنّ دليل الضمان لا يشملّه إذ المتبادر منه هو

المملوك، خصوصا بقريظة قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «حتى تؤدّي» ونحو ذلك، لظهوره في تأدية المأخوذ إلى مالك أمره، وإلا فلا معنى للتأدية، لقيام التأدية بالمؤدّي والمؤدّي إليه، فالتأدية إضافات ثلاث، فلا يشمل ما لا يقبل الملك كالحرّ والخمر للمسلم، لعدم من يؤدي إليه المأخوذ.

اللهم إلا أن يقال: إنّ المملوكية مما لا دخل له في صدق الأخذ والأداء العرفيين، فلا يعتبر في الضمان كون المأخوذ مملوكا شرعا. فالقول باعتبار كون المأخوذ ملكا شرعا في صدق الأخذ والأداء خال عن الدليل، و مناف لأوضاع الألفاظ العربية، ولا إشعار للأخذ والأداء باعتبار كون المأخوذ مملوكا شرعا.

وعليه فخرم المسلم وخنزيره من جملة مصاديق الحديث، لثبوت الإضافة العرفية إلى المسلم الموجبة لصدق الأداء إليه المجعول غاية في الكلام.

وكذا الحال في الأوقاف العامة والخاصة، لثبوت الإضافة إلى الموقوف عليهم المستلزم لتحقيق الأخذ والأداء إذا استولى عليها غيرهم.

نعم يخرج الحرّ، لعدم قابليته للأداء، لعدم وجود من يؤدّي إليه ولو عرفا، إذ لا يضاف الحرّ إلى أحد بالمملوكية والاستحقاق. ولولا التقييد بالغاية لقلنا بأنّ من استولى على الحرّ وأثبت يده عليه ضمنه لو تلف تحت يده، لصدق قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت» بالمعنى الذي تقدّم، وهو كون ضمانه وعهدته عليه لو تلف.

والحاصل: أنّ الحر يخرج عن مقتضى الحديث من جهة عدم قابليته للأداء لأجل عدم وجود من يؤدّي إليه المأخوذ ولو عرفا، إذ لا يضاف الحرّ إلى أحد بالمملوكية والاستحقاق عرفا أيضا.

وأما الخمر والخنزير فلخروجهما عن مفاد الحديث، لما دلّ على عدم احترامهما، وإلا فلا إشكال في صدق الأخذ والأداء عليهما عرفا، وفي ثبوت الإضافة العرفية لهما إلى المسلم الموجبة لصدق الأداء إليه المجعول غاية في الكلام، كصدق الأخذ عليهما.

فالمحصل: أنّ الحرّ خارج عن حيّز الحديث تخصّصا، لعدم إضافته إلى أحد حتى

---

يصدق الأداء عليه وأن الخمر والخنزير اللذين هما تحت يد المسلم خارجان عن حيز الحديث بالتخصيص، لصدق الأخذ والأداء عرفاً عليهما، فالخروج حينئذ يكون بالتخصيص الناشئ عما دلّ على عدم احترامهما. وعدم كونهما معنوين بعنوان من الملكية والوقفية والزكاة وغيرها حتى يكون بدلها حافظاً لذلك العنوان، فإن من أتلّف الغنم التي هي زكاة، كان بدلها المضمون على المتلف معنونا أيضاً بعنوان الزكاة، ويقال:

إنّه زكاة كما كان مبدلها زكاة. وهذا بخلاف الخمر والخنزير المضافين إلى المسلم. هذا.

ثم إن ما تقدّم في الحرّ كان بالنسبة إلى نفسه. وأمّا بالإضافة إلى منفعه، فإن استوفائها الآخذ ضمنها، لأنّ استيفاء عمل الغير يوجب الضمان، لقاعدة الاستيفاء.

وإن لم يستوفها فضمنها مشكل إلا أن يتمسك فيه بقاعدة الإتلاف. وقد تقدم شطر من الكلام فيه في بحث عمل الحرّ، فراجع. (1)

وأما حديث «على اليد» فلا يشمل منافع الحرّ، لأنّ اليد على نفس الحرّ كالعدم فضلاً عن منفعه، فلا بدّ من التمسك فيها بقاعدة الإتلاف، كما تقدم.

7- المراد من الأداء المجعول غاية للضمان بقي الكلام في ارتفاع الضمان المدلول عليه بالحديث. اعلم: أنّه قد جعل في الحديث رافع الضمان التأديبة، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتّى تؤدي» ومحصل ما يستفاد من هذه الغاية أنّ الغاصب ضامن للمغصوب، ولا يرتفع ضمانه بمجرد إذن المالك له في إبقائه تحت يده، بل المترتب على الاذن ليس إلا ارتفاع الإثم الذي نشأ عن عدوانية يده، ولا ملازمة بين ارتفاع الإثم وبين بقاء الحكم الوضعي الثابت إلى أن يتحقق الأداء بتسليمه إلى المالك كما هو قضية قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتّى تؤدي» فلا يرتفع الضمان إلا بالأداء.

نعم إذا وُكِّلَ المالك في التسلم من قبله، فتسلم الغاصب ما غصبه وكالة عن مالكة أمكن القول بارتفاع الضمان حينئذ، لتبدل يده العادية باليد الأمانية. فالغاصب لصيرورته وكيلا فعلا صار قبضه و تسلمه كتسلم المالك موجبا لارتفاع الضمان عنه، هذا.

وقد استشكل بعض الفقهاء في ذلك بأن ظاهر الحديث هو الضمان ما لم يحصل التسليم والتأدية إلى المالك، خرج عنه التسليم إلى يد الوكيل إذا كان غير الغاصب بالإجماع، وأما الغاصب الوكيل فخروجه غير معلوم، والأصل يقضي بالعدم، هذا.

لكنه مندفع بأن أدلة الوكالة- على فرض تماميتها- حاکمة على أدلة الضمان، لكونها موجبة لتبدل الموضوع الموجب للضمان، فإنّ موجب و هو اليد العدوانية يتبدل بسبب الوكالة بالأمانية، فإذا صارت يد الغاصب أمانية ارتفع الضمان. ولا فرق في الحكم بارتفاع الضمان بين الوكيل الغاصب وغيره كما هو مقتضى إطلاق أدلة الوكالة. وإلا لم يكن وجه لخروج الوكيل غير الغاصب أيضا، لعدم كونه بالخصوص مورد الإجماع حتى يمتاز به عن الغاصب كما لا يخفى.

ثمّ الظاهر أنّ المراد بالتأدية إلى المالك هو جعله مستوليا عليه. فكما أنّ مجرد وضع اليد على ثوب الغير ليس غصبا له، فكذلك مجرد وضع المالك يده على ما غصب منه من دون استيلائه عليه- كما إذا وضع يده على ثوبه الذي غصبه غاصب- ليس رافعا للغصب و مصداقا للتأدية الرافعة للضمان. فإذا غصب شخص نقدا من صراف ثم دفعه إلى ذلك الصراف لينقده لم يكن هذا الدفع ضدّا للغصب و تأدية للمغصوب حتّى يرتفع الضمان، بل الغاصب ضامن له إذا تلف بأفة سماوية أو أخذه ثالث من يده، لعدم حصول التأدية الرافعة للضمان.

و الحاصل: أنّه لا يصدق التأدية إلى أحد إلا إذا استولى عليه. ألا ترى أنّ تسليم النقد إلى الصراف لينقده لا يسمّى تأدية إليه.

هذا مضافا إلى الإجماع المستنبط من تتبع كلماتهم.



---

وإلى الأصل مع الإغماض عن دلالة الحديث، فإن الاستصحاب يقضي بقاء الضمان ما لم يحصل استيلاء المالك على المغصوب.

فتلخص: أنّ براءة ذمة الغاصب عن المغصوب منوطة باستيلاء المالك أو من يقوم مقامه عليه و لو قهرا و بدون اطلاع الغاصب و إذنه، كما إذا أخذ المالك بالقهر و الغلبة و استولى عليه. فالمدار في حصول البراءة- و سقوط الضمان- على وصول المال إلى مالكة على وجه يكون مستوليا عليه. و هذا المعنى يتحقق قطعاً بما إذا دفع المغصوب إلى المغصوب منه بعنوان أنه ماله و ملكه ليتصرف فيه كتصرف سائر المالك في أملاكهم كما اختاره الشهيد الثاني قدس سره قائلا: «بأن التسليم التام إلى المالك الموجب لارتفاع الضمان هو التسليم بهذا النحو» (1).

و أمّا إذا دفع إليه بنحو آخر كعنوان الأمانة المضمونة كالعارية المضمونة، أو عارية الذهب و الفضة مطلقاً، أو غير المضمونة كالوديعة، أو بعنوان التملك الضماني كالبيع منه، أو الهبة المعوّضة أو الإجارة أو الصلح غير المحاباتي أو نحو ذلك أو التملك المجاني كالهبة غير المعوّضة، ففي كونه رافعا للضمان إشكال.

و التحقيق أن يقال: إنّ رافع الضمان هو التأدية التي هي أمر عرفي، فلا بدّ من تحقق التأدية عرفاً. و الظاهر تحققاً باستيلاء المالك على التصرفات في العين، بحيث يكون تصرفه فيها مستندا إلى مالكيته لها و لو بزعم ملكية جديدة. فالاختلاف في موجبات الملكية لا يمنع عن صدق التأدية، فإذا دفع المغصوب إلى مالكة بعنوان التملك الضماني أو المجاني كان ذلك ردّاً للمال إلى مالكة، لأنّ التأدية مقدمة للوصول إلى المالك بنحو يكون مستوليا عليه و متصرفاً فيه تصرف المالك في أملاكهم، كما كان متصرفاً فيه قبل غصب الغاصب. فالتأدية مقدّمة لعود السلطنة التامة التي كانت ثابتة للمالك، فلا تصدق التأدية على ردّ المال إلى مالكة بعنوان الوديعة أو العارية، لعدم كونهما موجبين لعود سلطنة المالك، إلا إذا علم بالحال. فحينئذ لا يكون قبول المالك

---

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 205؛ الروضة البهية، ج 7، ص 55

---

قبولا للوديعة و العارية، فلا يتحقق عقداهما.

و على كلّ حال إذا شك في كون الرّدّ تأدية رافعة للضمان فلا استصحاب يقضي ببقاء الضمان كما لا يخفى.

و اعلم أنّ في حكم التأدية الرافعة للضمان إتلاف المالك لما غضب منه إذا كان موجبا لضمّانه لو تعلّق بغير ماله.

توضيحه: أنّ إتلاف المالك تارة يكون بنحو يوجب الضمان لو كان المال لغيره، كما إذا اعتقد أنّ المتاع الفلاني مال زيد، فغضبه و أتلفه، ثمّ تبين أنّه له.

و أخرى بنحو لا- يوجب الضمان، كإتلاف الضيف ما قدّمه المضيف إليه من الطعام بالأكل، فإنّ هذا الإتلاف لا يوجب الضمان، فلو غضب زيد شاة عمرو ثمّ أطعمه إيّاها بعنوان الضيافة، فحينئذ و إن استولت يد المالك على ماله و أتلفه بالأكل، لكنّه لا يوجب سقوط ضمان الغاصب، لتغيره للمالك. بل يتأكد الضمان بقاعدة الغرور، و لذا يستقر الضمان على الغازّ لو أكل المغرور مال ثالث بتغيره.

و اتّضح ممّا ذكرنا سرّ ما أفاده الشهيد قدّس سرّه في اللّعة و غيره من الفقهاء من: أنّه لو غضب شاة فأطعمها المالك مع جهل المالك بكونها شاة ضمنها الغاصب «1».

فالمتحصل: أنّ إتلاف المالك على الوجه الأوّل- و هو اعتقاد المالك بكون المال لغيره، فأتلفه بقصد الإضرار بمالكة- يرفع ضمان الغاصب. بخلاف ما إذا كان على الوجه الثاني، فإنّه لا يرفعه.

و لو باع المغصوب من مالكة و شرط عليه إتلافه اليوم، فاشتراه و أحرقه، فهل يعدّ هذا من الغرور حتى لا يسقط الضمان، أم لا؟ فيه وجهان، أظهرهما صدق الغرور عليه عرفا.

هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بالنبويّ المشهور. و قد علم مما ذكر وجه دلّالته على الحكم الوضعي أعني به ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و الله العالم.

---

(1) راجع الروضة البهية، ج 7، ص 54؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 157 و 205؛ شرائع الإسلام، ج 3، ص 242

و يدلّ على الحكم المذكور (1)

الدليل الثالث: أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة

(1) و هو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، و هذا دليل ثالث على المدّعى، و محصّ له استظهار الحكم بضمن الأصل بالأولية من ضمان المنافع غير المستوفاة، توضيحه: أنّه ورد في عدّة روايات «1» السؤال عن حكم شراء جارية من السوق، و أنّه استخدمها أو استولدها المشتري، ثمّ تبين كونها مسروقة، و قد ظفر بها مالكةا. فأجاب عليه السّلام بأنّ المشتري يأخذ ولده، و يردّ الجارية و قيمة الولد إلى مالكةا.

و تقريب الاستدلال بها على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو: أنّ جواب الامام عليه السّلام متضمن لحكّمين، أحدهما: و جوب ردّ الجارية، و هو مقتضى فرض فساد البيع، و ثانيهما: - و هو محلّ الشاهد- كون المشتري ضامنا لقيمة الولد.

و الاستدلال بهذا الحكم على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد يتوقف على مقدمتين:

الأولى: إثبات كون موجب الضمان هو اليد، لا غيرها من موجباته كالإتلاف و الاستيفاء و التسبيب.

الثانية: إثبات أولويّة ضمان الجارية من ضمان نمائها.

أمّا الأولى فبيانها: أنّ الضمان مستند إلى التلف الحكمي لا- إلى الإتلاف و التسبيب و الاستيفاء، و ذلك لوضوح أنّ الجارية و منافعها مملوكة لسيدّها، و من منافعها قابليتها للاستيلاد، فمن استوفى شيئا من منافعها من كنس و طبخ و خياطة و وطي كان ضامنا لبدلها للمالك، كضمان من يلقي البذر في أرض الغير و يزرعه فيها، فإذا استولدها المشتري كان الولد منفعة لها، لكنّه لم يستوف هذه المنفعة، لأنّ الولد ينعقد حرّا بحكم الشارع تبعا لأبيه، و لا ينعقد رقّا حتى يقابل بالمال. و عليه فحكمه عليه السّلام بضمن نمائها- و هو الولد- إنّما هو لتلفه على مالك الجارية بسبب حرّيته

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592-590، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

أيضا (1) قوله عليه السلام في الأمة المبتاعة- إذا وجدت مسروقة، بعد أن أولدها المشتري- «أنه يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بالقيمة» (2)

التي هي بحكم التلف السماوي.

فإن قلت: إن المشتري بمباشرته للجارية ألقى نطفة الحرّ في رحمها وأتلف على مالها قابليتها لأن تصير حاملة بالرق، فيكون ضمان قيمة الولد مستندا إلى إتلاف نماء الأمة لا إلى التلف، لأنه نظير منع المستأجر أو المالك عن السكنى في الدار، فإن المانع ضامن لاجرة المثل.

قلت: الإتلاف هو إعدام الموجود عن صفحة الوجود، وهذا غير صادق في المقام، إذ المشتري بمباشرته معها أحدث نماء لها غير قابل للتملك، وعدم تملكه لا يستند إليه، بل إلى حكم الشارع بحرّية الولد تبعا لأبيه في الحرّية، فلم يبق إلا أن يكون ضمان قيمة الولد لأجل تلف النماء حكما، وهو كالتلف الحقيقي السماوي في اقتضائه للضمان.

ويشهد له أن المضمون هو قيمة الولد، لا قيمة منفعة الجارية وهي قابليتها للاستيلاد. هذا تقرب كون الضمان للتلف لا الإتلاف.

وأما الثانية- وهي أولوية ضمان العين من ضمان النماء- فواضحة، لأنّ اليد على المنفعة تابعة لليد على العين، فإذا حكم الشارع بضمنان اليد التابعة فاليد المتبوعة المتأصلة أولى بالضمان قطعا.

هذا بيان الاستدلال بهذه الطائفة على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

(1) يعني: كما دلّ الإجماع وحديث «على اليد» على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

(2) هذا مفاد رسالة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جارية فأولدها، فوجدت مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل

فإنّ (1) ضمان الولد بالقيمة- مع كونه (2) نماء لم يستوفه المشتري- يستلزم ضمان

ولده بقيمته» (1).

وبهذا المضمون روايات أخرى، منها معتبرة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه» (2). وكان الأولى الاستدلال بهذه المعتبرة لا بالمرسلة، ولعلّ نظر المصنف إلى وحدة المضمون المتصاغر نقله، لا إلى خصوصيّة الخبر المتكفّل للحكم، فتأمّل.

(1) هذا تقريب الاستدلال، وقد تقدم آنفاً، ومحصّله: أنّ ضمان المنفعة- غير المستوفاة- للمقبوض بالبيع الفاسد يستلزم بالأولوية ضمان الجارية لو تلفت بيد المشتري.

(2) أمّا كون الولد نماء و منفعة للجارية فواضح، لأنّه قد تكوّن في رحمها. وأمّا أنّ المشتري لم يستوف هذه المنفعة الخاصة كما استوفى سائر خدماتها من كس و طبخ و خياطة و شبهها فلأنّ الولد تابع لوالده في الحرّيّة، فهو من حين انعقاد نطفته يتكوّن حرّاً، و من المعلوم أنّ الحرّ لا يقوّم بالمال.

وعليه فغرض المصنف من قوله: «لم يستوفه» هو دفع ما توهمه بعضهم من أنّ ضمان المشتري لقيمة الولد يكون لأجل استيفاء منفعة رحم الأمة بإشغاله بنطفته التي هي نطفة حرّ، كما يضمن قيمة سائر منافعها المستوفاة، فتكون الرواية أجنبيّة عن ضمان المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف بيد القابض، لدالتها على الضمان باستيفاء المنفعة، وهو ممّا لا ريب فيه.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 3

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 5

ص: 50

وليس (2) استيلادها من قبيل إتلاف النماء (3) بل من قبيل إحداث

وأجاب عنه المصنف بمنع صدق الاستيفاء هنا، لعدم انتفاع المشتري منها بالولد، ضرورة عدم مقابلة الحرّ بالمال. وبهذا يظهر الفرق بين الاستيلاذ وبين منافعتها الأخرى، لصدق الاستيفاء عليها، فتكون مضمونة بأجرة المثل، بخلاف الاستيلاذ.

(1) لما عرفت من أنّ اليد على المنافع تكون بتبع اليد على العين، فإذا كانت اليد التابعة مضمّنة فالأصلية أولى بالتضمين.

(2) غرضه قدّس سرّه دفع إشكال، محصّله: عدم ارتباط ضمان النماء بما نحن فيه- وهو ضمان التلف باليد- حتى يصحّ الاستدلال به على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وذلك لأنّ مورد الرواية ضمان الإتلاف لا التلف، وبيانه: أنّ استيلاذ الجارية أتلف منفعتها على مالکها، لأنّ رحمها كان مستعدّاً لانماء نطفة الرّق، وقد سلب المشتري عنه ذلك بإشغاله بنطفته. وبهذا يصدق الإتلاف، ولا يتوقف صدقه على فعلية النماء، بشهادة أنّ من سقى أشجار الغير- المستعدة للإثمار- بماء مالح يمنعه عن الإثمار يصدق عليه عرفاً أنّه أتلف ثمرها. وكذا في المقام، فإنّ الاستيلاذ بمنزلة إتلاف النماء، لانعقاده حرّاً، هذا.

وقد دفعه المصنف قدّس سرّه بمنع صدق الإتلاف- الذي هو إعدام الموجود- هنا، إذ ليس للجارية نماء موجود حتّى يتلفه المشتري. بل أحدث فيها نماء غير قابل لأنّ يتملّكه مالك الجارية، حيث إن حرّية المشتري منعت- شرعاً- عن انعقاد ولده رقّاً.

وليس مستند عدم دخوله في ملك مالکها فعل المشتري حتى يضاف التلف إليه، ويصير هو المتلف له. ولما كان الولد بمنزلة التلف على المالك كان ضمان قيمته مقتضياً لضمان التالف الحقيقي بالألوية.

(3) حتى يكون أجنبياً عن المدعى وهو ضمان اليد.

المشتري نماءها غير (1) قابل للملك، فهو كالتالف (2) لا كالمثلث (3)، فافهم (4) [1].

(1) حال ل «إحداث» يعني: أحدث المشتري باستيلادها نماء غير قابل للدخول في ملك مالك الجارية، وعدم دخول هذا النماء الخاص في ملكه يستند إلى حكم الشارع بحرّية الولد، لا إلى وطى المشتري لها.

(2) أي: التالف بالتلف السماوي، وهو مورد ضمان اليد.

(3) حتى يكون موردا لإتلاف مال الغير، فقاعدة الإتلاف أجنبية عنه.

(4) لعلّه إشارة إلى: دعوى إمكان صدق الإتلاف على مورد الرواية، فلا يصحّ الاستدلال بها على المقام.

أو إلى: أنّ الاستيلاء إشغال لها بالولد، فهو استيفاء لنمائها، فيكون الولد مضمونا بقاعدة الاستيفاء، لا باليد التي هي مورد البحث، هذا.

إلا أن يقال: إنّ الولد من منافع الجارية، وليس إشغالها بالمحلّ منفعة لها عرفاً، ولذا تضمّنت الرواية قيمة الولد لا قيمة الأشغال.

أو يقال: إنّ الضمان في مورد الرواية إنّما هو لأجل تسليط الغاصب، بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد، فإنّ التسليط فيه من نفس المالك و إذنه ولو بعنوان الوفاء بالعقد، فالضمان في مورد الرواية لا يقتضي الضمان في المقام.

إلا أن يدعى القطع بكون مناط الضمان فساد العقد، وهو جار في المقام و مورد الرواية.

لكن هذه الدعوى لا تخلو عن مجازفة.

[1] لا يخفى أنّه اختلفت أنظار الأعلام قدّس سرّهم في موجب الضمان في النصوص المتكفلة لضمان قيمة الولد، فاختار المصنّف أنّه التالف الحكمي، و وافقه المحقق النائيني قدّس سرّه ببيان آخر سيأتي التعرّض له، و رجّح السيد و المحقق الأصفهاني قدّس سرّهما أنّه إتلاف منفعة الرّحم، و احتمل المحقق الايرواني قدّس سرّه كلّاً من الاستيفاء و الإتلاف.

فلعلّ الأولى أن يكون الأمر بالفهم إشارة إلى: أنّ الوطي إذا كان مانعا عن صدق الإتلاف على حدوث الولد غير قابل للملك، فلا محالة يكون مانعا أيضا عن صدق الضمان باليد، ضرورة أنّ التلف تحت اليد إنّما يوجب الضمان باليد إذا كان التالف ملكا للمضمنون له. و من المعلوم أنّ الولد ليس كذلك، لعدم كونه ملكا لصاحب الجارية، فلا تكون الرواية شاهدة لما نحن فيه من ضمان المأخوذ باليد، بل تدلّ على ضمان الولد بسبب تعبدّي غير الأسباب المعروفة. بل عدم تعرّض الرواية لضمان منافع الأمة من حين الشراء إلى زمان الرّدّ يومي إلى عدم ضمان الرّدّ بالنسبة إلى المنافع.

فالمتحصل: أنّ الروايات الدالة على ضمان قيمة الولد لا تدلّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان اليد.

أمّا المحقق النائيني فقد أفاد في تقريب استناد الضمان إلى التلف - لا إلى الإتلاف و الاستيفاء و التسيب - ما حاصله: «أنّ استيلاء الأمة ليس داخلا تحت العناوين المذكورة، لعدم استيفاء المشتري منفعة الأمة، فإنّ استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب على الدابة و السكنى في الدار و أكل الثمرة و شرب لبن الشاة و وطى الجارية و نحوها، و ليس الولد منفعة لها، و لا ممّا كان المشتري سببا لإتلافها، إذ ليس الولد ملكا لمالك الأمة حتّى يكون المشتري سببا لإتلافه. و عدّ العرف إيّاه منفعتها لا اعتبار به، لعدم كون نظره متّبعًا في تشخيص المصاديق. نعم أوجد المشتري سبب فوت النماء على المالك، لأنّ وطيه - الذي استلزم الحمل - صار سببا لفوت المنفعة عليه، لكن لا ضمان على من منع المالك من التصرف حتى تلفت المنفعة. و عليه فضمن قيمة الولد لكونه حرّا إنّما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المغصوبة، فيدلّ الخبر على ضمان العين، لا للأولوية، بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التالف» (1).

أقول: ما أفاده قدّس سرّه مخالف لما استظهره المصنّف قدّس سرّه من وجهين: أحدهما: إنكار



---

كون الولد منفعة للجارية، و الآخر: إنكار الأولوية، و جعل ضمان قيمة الولد مسببا عن ضمان العين المغصوبة. و صرّح في آخر كلامه بأنّ حكم الشارع بحريّة الولد تلف حكمي ملحق بالتلف الحقيقي.

أمّا إنكار كون الولد نماء للأمة- لعدم تبعية نظر العرف المسامحي في مقام تعيين المصاديق- فغير ظاهر، لصدق المنفعة عليه حقيقة، خصوصا بملاحظة إطلاق الانتفاع على الولد في ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام في حكم الجارية المسروقة التي استولدها المشتري: «يردّ إليه جاريته، و يعوّضه بما انتفع، قال: كان معناه قيمة الولد» (1) و الظاهر أنّ تفسير عوض المنفعة بقيمة الولد من زرارة، و المهمّ إطلاق المنفعة المستوفاة على الاستيلاء، إذ لم يذكر في هذه الرواية استيفاء منفعة أخرى من منافع الجارية. و هذا المقدار كاف في عدم العناية و المسامحة في إطلاق المنفعة على الولد.

لكن هذه الرواية ربّما تشكل الأمر على المصنّف قدّس سرّه أيضا، فإنّه و إن اعترف بكون الولد نماء للجارية، إلّا أنّه ادّعى عدم استيفاء المشتري له، مع أنّ ظاهر قوله عليه السّلام:

«بما انتفع» بل صريحه كون الولد منفعة مستوفاة، هذا.

و أمّا إنكار الأولوية فغير ظاهر أيضا، لما سيأتي في بحث ضمان المنافع المستوفاة من تأمل بعضهم في صدق الأخذ عليها، و اختصاص حديث اليد بما يقبل الردّ إلى مالكة و هو العين. و حينئذ إذا حكم الشارع بضمنان قيمة الولد الذي هو من قبيل منفعة الجارية كان ضمان نفسها ثابتا بالأولوية، مع اعترافه بتسبّب ضمان المنفعة عن ضمان العين، لليد.

نعم يمكن أن يكون نظر المصنّف الى أنّ الانتفاع لا يختص بما يقوم بالمال حتى يصدق الانتفاع المالي على الولد، بل هو أعم من المال و الاعتبار العرفية كتحصيل الوجاهة بين الناس، و لا شكّ في أن الولد منفعة بهذا المعنى.

هذا مضافا إلى غموض قياس الاستيلاء بمنع المالك عن استيفاء منفعة ملكه، مع

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 2

ما في المقيس عليه من الاشكال، لما ذكرناه في ضمان حبس الحرّ الكسوب من أن تقويت المنافع مضمن كاستيفائها. و الوجه في فساد القياس أن الوطي ليس سببا للحمل، وإنّما هو معدله، فتسميته سببا كما ترى. هذا بعض ما يتعلق بكلام المحقق النائيني قدس سرّه.

و أمّا كون الضمان للإتلاف فقد ذكرنا تقرّبه في التوضيح عن المحقق الايرواني قدس سرّه «1»، و محصّله: إتلاف منافع الرّحم، و مثل له بضمنان من سقى أشجار الغير بماء مالح منع من إثمارها، لاستناد التلّف إلى فعله.

و قريب منه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه، من «أن النطفة وإن كانت من الرّجل، إلا أنّها كانت مكّملة بدم الأم، و كانت تكوّنها حيوانا بالقوى المودعة في الرّحم، فكان صيرورتها حيوانا من قبل الأم، فقد أتلّفها الرّجل على الأب [على المالك] خصوصا إذا قيل بتكوّنه من نطفة المرأة، و كان اللقاح من الرّجل» «2».

لكن لا يخلو ما أفاده من الغموض، فإنّ الإتلاف يقتضي ضمان الدم التالف و قوى الرّحم، مع أن المضمون في النصوص قيمة الولد. و دعوى «كون قيمة الولد تقديرا لما أصاب من منافع رحمها و لبنها، فالمضمون حقيقة هي المنفعة التي أتلّفها المشتري بالاستيلاء» ممنوعة بأنّه لا شاهد لهذا الحمل، فيكون تخرّصا على الغيب.

بل يشهد بخلافه ما ورد في رواية أخرى لزرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السّلام:

رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولادا، ثم أتاها من يزعم أنّها له، و أقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده، و يدفع إليه الجارية، و يعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» «3» للتصريح بضمنان خدمتها مضافا الى ضمان الولد. و عليه فالأقرب ما اختاره المصنّف من كون الضمان للتلّف الحكمي لا لسائر موجباته.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 93

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 75

(3) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 4

## [د الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»]

ثم إن هذه المسألة (1) من جزئيات القاعدة المعروفة (2) «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» (3). و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

و هذه القاعدة أصلاً و عكساً (4) و إن لم أجد لها بهذه العبارة في كلام

---

الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»

(1) الظاهر أن غرضه قدس سره من التعرض لقاعدة «ما يضمن» هنا هو إقامة دليل رابع على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، لكونه من صغريات قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» المقتضية لاتحاد حكم العقد الصحيح و الفاسد في الضمان، و حيث إن البيع الصحيح يقتضي ضمان المشتري بالثمن، و البائع بالثمن، فكذا فاسده.

و الأمر كما أفاده قدس سره لو تمت هذه القاعدة في نفسها بأن كانت مجعماً عليها أو دلّ عليها قاعدة الإقدام كما سيأتي نقله عن المسالك. و أمّا إذا كان الدليل عليها قاعدة اليد كما يظهر من المسالك أيضاً لم تكن قاعدة «ما يضمن» دليلاً مستقلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، إذ المدار حينئذ على ما يستفاد من نفس حديث «على اليد» و بناء على هذا يكون تعرض المصنّف قدس سره لهذه القاعدة هنا مماشاة للأصحاب، حيث يظهر من بعضهم إرسال القاعدة إرسال المسلمات.

(2) قال الفقيه المامقاني قدس سره: «وصف القاعدة في الرياض بالشهرة، و في كتاب الإجارة منها بكونها متفقاً عليها. و في شرح القواعد بالشهرة و بكونها مجعماً عليها، و كونها موافقة للقواعد الشرعية» (1).

(3) لا يخفى أن مورد الاستدلال هنا هو هذه الجملة لا عكسها، إذ المقصود مضمينية قبض المبيع بالعقد الفاسد كالمقبوض بصحيحه.

(4) التعبير بالعكس مسامحة، و أطلق المحقق الثاني قدس سره العكس على أصل القاعدة، فقال في عدم ضمان المستأجر للعين - سواء أ كانت الإجارة صحيحة أم فاسدة-: «أمّا الصحيحة فظاهر، للقطع بأن ذلك من مقتضياتها. و أمّا الفاسدة

---

(1) غاية الآمال، ص 275

ص: 56

فلأنّ كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، و بالعكس « (1) فيكون مراده بالعكس هو أصل قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده».

وكيف كان فإطلاق العكس على «ما لا يضمن» مسامحة، لعدم انطباق شيء من العكس المستوي وعكس النقيض عليه. أما الأوّل فلأنّه تبديل طرفي القضية مع بقاء الكيف على حاله. وكلاهما مفقود في المقام، لعدم تبدل الموضوع والمحمول، ولعدم تغيير الكيف من الإيجاب إلى السلب، لقولهم: «لا يضمن بفساده».

وأما الثاني فلأنّ عكس النقيض هو تبديل نقيضي الطرفين مع الاختلاف في الكيف. ووجه عدم صدقه على قاعدة «ما لا يضمن» هو: أنّ الكيف وإن كان مختلفاً، إلا أن التبدل مفقود، فالصواب التعبير بالنقيض دون العكس. أو التعبير بما في الجواهر «(2) من المفهوم تارة كما في بيعه، والسالبة أخرى كما في إجارتها.

(1) قال في رهن التذكرة: «إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنّه قبضه بحكم أنّه رهن. وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففساده أيضاً كذلك.

وكلّ عقد كان صحيحه مضموناً ففساده مثله. أمّا الأوّل فلأنّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاقد أولى باقتضائه. وأما الثاني فلأنّ من أثبت اليد عليه أثبتته عن إذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضماناً، ولا يكاد يوجد التسليم والتسلّم إلا من معتقدي الصحة» (3).

ولا يخفى وقوع السهو في العبارة- ولعلّه من الناسخ- فإنّ المناسب تبديل «أما الأوّل» ب «أما الثاني» لأن الأوّل في استدلاله هو قوله: «وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففساده أيضاً كذلك». وكذا ينبغي تبديل قوله «وأمّا الثاني» ب «وأمّا الأوّل». والأمر سهل.

(1) جامع المقاصد، ج 7، ص 258

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 259 و ج 27، ص 252

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 32، و لاحظ كلامه في كتاب الإجارة، ج 2، ص 318

إلا (1) أنها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة «بأنه دخل على أن يكون المال مضمونا عليه» (2).

---

وقد تعرّض قدّس سرّه أيضا لذكر القاعدتين في إجارة التذكرة.

هذا كلّ في ورود القاعدة في كلام العلامة.

وأما ورودها في كلمات من تأخّر عنه كالشهيد والمحقق الثانيين والمحقق الأردبيلي وغيرهم قدّس سرّهم فكثير، وسيأتي نقل بعض عبارهم في المتن.

(1) غرضه من هذا الاستدراك أنّ قاعدة «ما يضمن» أصلا وعكسا وإن لم ترد بهذه الألفاظ في كلام من تقدّم على العلامة، لكنّها تظهر من كلمات شيخ الطائفة قدّس سرّه، وعلى هذا تكون القاعدة جارية على السنة القديما أيضا، وليست متداولة بين المتأخرين خاصّة. أمّا أصل القاعدة فتستفاد من مواضع من غصب المبسوط. وأمّا عكسها فيستفاد من كتاب الرهن.

(2) كقوله في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد: «فإن كان المبيع قائما ردّه، وإن كان تالفًا ردّ بدله، إن كان له مثل، وإلا قيمته. لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله. فإذا هلكت كان له بدلها. و كذلك العقد الفاسد في النكاح يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الإجارة الفاسدة. الباب واحد» (1).

وقال في موضع آخر: «وهكذا كلّ ما كان قبضا مضمونا، مثل أن يأخذه على سبيل السّوم، أو على أنّه بيع صحيح، أو كان ثوبا فأخذه على أنّه عارية مضمونة، فكلّ هذا يستقرّ عليه، لأنّه دخل على أنه مضمون عليه، فلم يكن مغرورا فيه» (2).

وقال أيضا: «لأنّه - أي المشتري - دخل على أنّ العين عليه مضمونة بالبدل» (3).

---

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 65

(2) المصدر، ص 89

(3) المصدر، ص 85

و حاصله (1) [1]: أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان. و هذا المعنى (2) يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها (3).

(1) يعني: و حاصل تعليل الضمان في جملة من العقود الفاسدة- بالدخول على الضمان- هو: أن وضع اليد على مال الغير موجب للضمان إذا كان مقترنا بالبناء على التعهد ببدله الواقعي، كما في المقبوض بالسوم، أو ببدله الجعلي المسمّى كما في العقود المعاوضية الصحيحة. و هذا الاقدام يمكن أن يكون دليلا على ما ذكره العلامة و المتأخرون عنه من قولهم: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الظاهر في جعل الملازمة في مضمّنية العقد المعاوضي بين صحيحه و فاسده. و على هذا فقاعدة «ما يضمن» وإن لم يصرّح بها في كلام من تقدّم على العلامة قدّس سرّه، إلا أنها مذكورة في المبسوط تلويحا.

(2) أي: الدخول على الضمان و الاقدام عليه، و مقصود المصنّف قدّس سرّه استظهار جريان قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في جميع العقود التي توجب صحيحها ضمّانا. و الوجه في التعميم- مع كون كلام الشيخ قدّس سرّه مختصا ببعضها كالبيع و الإجارة- هو جريان الاقدام على الضمان في كل عقد مبني على تعهد الآخذ حتى في العارية المشروط فيها الضمان أو عارية الذهب و الفضة، فإنّها و إن لم تكن معاوضة، إلا أن الاستيلاء على العين مبني على الضمان، هذا.

(3) كالصالح المتضمن للمعاوضة، و كالهبة المشروط فيها العوض، بناء على عدم اختصاص اقتضاء الضمان بنفس العقد، و شموله للاقتضاء العرضي، على ما سيأتي في المتن.

[1] ظاهر هذا التعليل كون سبب الضمان الاقدام، لكن ظاهر قولهم: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو سببية نفس العقد كالإتلاف للضمان، فاستظهار قاعدة «ما يضمن» من هذا التعليل الذي ذكره الشيخ قدّس سرّه في المبسوط محل نظر.

و ذكر (1) أيضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد «أنّ صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف بفاسده؟»

---

(1) غرضه استظهار قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» من كلام شيخ الطائفة في رهن المبسوط، فيما إذا فسد الرهن لاشتماله على شرط فاسد، قال قدّس سرّه:

«إذا رهن رجل عند غيره شيئا بدين إلى شهر، على أنّه إن لم يقبض إلى محلّه كان بيعا منه بالدين الذي عليه، لم يصحّ الرهن، و لا البيع إجماعا، لأنّ الرهن موقتّ و البيع متعلّق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضمونا عليه، لأنّ صحيح الرهن غير مضمون فكيف فاسده؟ و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنّه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعا» (1).

و الشاهد في قوله: «لأنّ صحيح الرهن غير مضمون فكيف فاسده» إذ استفاد منه الملازمة في عدم الضمان بين الرهن الصحيح و الفاسد. و حيث إنّ لا خصوصية في عقد الرهن أمكن استظهار القاعدة الكلية، يعني: أنّ كل عقد صحيح لا يقتضي الضمان ففاسده مثله.

و قد تحصّل إلى هنا استظهار أصل القاعدة و عكسها من كلام شيخ الطائفة، و إن كان تعبيره مغايرا لتعبير العلامة و من تأخّر عنه.

---

ثم إنّ قد يورد على الشيخ قدّس سرّه بأنّ الإقدام بنفسه ليس علّة للضمان، فلا يصحّ تعليل الضمان به. لكنّه يندفع بأنّ الاستدلال به ليس لأجل عليّته له، بل للتنبية على أنّه ليس بمانع عن تأثير المقتضي - و هو القبض - كما هو مورد كلامه في جميع الموارد التي استدللّ فيها على ثبوت الضمان مع فساد العقد، فتعليل الضمان بالإقدام عليه من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع عن تأثير مقتضية.

و الحاصل: أنّ في تعليل الشيخ دلالة على الملازمة بين الضمان و الإقدام وجودا و عدما.

---

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 204

ص: 60

و هذا (1) يدلّ على العكس المذكور.

و لم أجد (2) من تأمّل فيها عدا الشهيد (3) في المسالك فيما لو فسد عقد السبق، فهل يستحق السابق أجره المثل، أم لا (4)؟

---

(1) يعني: قول الشيخ: «إنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف فاسده» يدلّ على العكس المذكور.

(2) مقصوده من هذه الجملة: أنّ ظاهرهم الاتفاق على الأصل و العكس المذكورين، إلّا أنّ المخالف هو الشهيد الثاني قدّس سرّه حيث تأمّل في أصل القاعدة أي:

«ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في كتاب السبق و الرماية، و هذا التأمّل قادح في دعوى الإجماع على الأصل المذكور.

(3) و كذا المحقق الأردبيلي في ضمان المقبوض بالسوم و بالعقد الفاسد، حيث ناقش في دليل الضمان - من حديث على اليد و قاعدة ما يضمن - بقوله: «و صحتهما غير ظاهر، و الأصل يقتضي العدم» (1).

(4) توضيحه: أن المحقق قدّس سرّه فصل - في ما لو تبين بعد المسابقة فساد العقد - بين كون منشأ الفساد اختلال شرط ممّا يتوقف عليه صحة العقد كتعيين مبدأ المسافة و منتهاها، و تعيين ما يسبق عليه، و تساوي ما به السباق، و غير ذلك، و بين كونه مغضوبية العوض و عدم مملوكيته لمن عليه بذله، فإنّ العقد يقع صحيحا و يتوقف على إجازة المالك، و لو لم يجز و جب على البازل مثله أو قيمته.

و أمّا إن كان الفساد من الجهة الأولى فقد نقل الشهيد الثاني قولين في المسألة:

أحدهما: أنّه لا شيء للسابق، و هو اختيار الشيخ و المحقق «و وجهه: أنّه لم يعمل له شيئاً، و لا قوت عليه عمله، و لا عاد نفع ما فعله إليه، و إنّما فائدة عمله راجعة إليه. بخلاف ما إذا عمل في الإجارة و الجعالة الفاسدتين، فإنّه يرجع إلى أجره مثل عمله، لأنّ فائدة العمل للمستأجر و الجاعل».

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192

ص: 61



إشارة

و كيف كان (1) فالمهمّ بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً، ثم بيان المدرك فيها، فنقول و من الله الاستعانة:

و القول الآخر للعلامة و جماعة من المتأخرين، و هو وجوب أجره المثل، قال قدّس سرّه: «لأنه عقد استحق المسمّى في صحيحه، فإذا وجد المفقود عليه في الفاسد و جب عوض المثل. و لا نسلم أنّ وجه وجوب اجرة المثل في العقدين و نظائرهما رجوع عمل العامل إلى من يجب عليه العوض، لأنّ العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك، و مع ذلك يكون مضموناً».

ثمّ ناقش الشهيد الثاني في استدلال العلامة مفصّلاً إلى أن قال: «و قاعدة: أنّ كل ما كان صحيحه موجبا للمسمّى ففاسده موجب لأجره المثل لا- دليل عليها كليّة، بل النزاع واقع في بعض مواردّها، فكلّ ما لا إجماع و لا دليل صالح يدلّ على ثبوت شيء فالأصل يخالف مدّعي القاعدة» (1).

و الشاهد في قوله: «لا دليل عليها كليّة» و هذا مقصود المصنّف من نسبة التأمّل في قاعدة «ما يضمن» إلى الشهيد الثاني.

و لا يخفى اختلاف كلماته، فيظهر من مواضع من المسالك و بيع الرّوضة تسليم القاعدة و كليّتها، كقوله في عدم ضمان المحرم المستعير للصيد: «أما مع صحته فالأصل في العارية أن تكون عندنا غير مضمونة .. و أمّا مع فساده فلا أنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه، كما أسلفناه في مواضع قاعدة كليّة» (2).

(1) أي: سواء وجدت هذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة أم لا؟ و سواء تمّ تأمّل الشهيد الثاني في عمومها أم لا؟ فالمهمّ .. إلخ. و هذا شروع في تحقيق أصل القاعدة الذي عدّ دليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و الكلام يقع في مقامين، أحدهما في ما يتعلق بالأصل، و الثاني في ما يتعلق بالعكس.

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 109 و 110

(2) مسالك الافهام، ج 5، ص 139

إنّ المراد بالعقد (1) أعمّ من الجائز و اللّازم، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب اليه.

و الكلام في المقام الأوّل يقع في جهات:

الجهة الأولى: في معاني ألفاظ القاعدة، و هي متضمنة لأبحاث:

الأوّل: في شمول العقد للعقد الجائز و عدم اختصاصه بالعقد اللّازم.

الثاني: في معنى الضمان.

الثالث: في أنّ عموم «كل عقد» يكون بلحاظ الأنواع أو الأصناف أو الأفراد.

الرابع: في أنّ اقتضاء العقد الصحيح للضمان هل يختص بذات العقد أم يعمّ الاقتضاء العرضي الناشئ من الشرط في ضمن العقد؟

الخامس: في أنّ الباء في قولهم: «بصحيحه» سببية أو ظرفية.

الجهة الثانية: في مدرك القاعدة و مستندها.

الجهة الثالثة: في أنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هل يختص بحال جهل الدافع بالفساد أم يعمّ صورة علمه به أيضا؟ و سيأتي الكلام في هذه المباحث بترتيب المتن إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول: المراد بالعقد ما يشتمل على المعاوضة

(1) هذا شروع في البحث الأوّل من الجهة الأولى، و محصل ما أفاده: أنّ المراد بالعقد في قولهم: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» كلّ ما يشتمل على المعاوضة، سواء أ كان عقدا لازما كالبيع و الصلح، أم جائزا كالجعالة بناء على كونها عقدا لا إيقاعا، و كالهبة المشروطة بالعوض. و الوجه في الشمول وجود ملاك الضمان في كلّ من العقد اللّازم و الجائز.

بل يندرج في القاعدة بعض العناوين الاعتبارية مما يحتمل كونه إيقاعا أو كان أقرب إلى الإيقاع، و ذلك كالجعالة و الطلاق الخلعي، فإنّه و إن ذهب جمع الى كونهما

من العقود، إلا أن القائل بكونهما من الإيقاعات موجود أيضا.

أمّا الجعالة فهي عند جمع كابن إدريس والعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم قدس سرهم عقد جائز. قال العلامة: «الجعالة عقد جائز من الطرفين إجماعا، لكلّ منهما فسخها قبل التلبس بالعمل، وبعده قبل تمامه، لأنّ الجعالة تشبه الوصية من حيث إنّها تعليق بشرط، والرجوع عن الوصية جائز، وكذا ما يشبهها. وأمّا بعد تمام العمل فلا معنى للفسخ، ولا أجر، لأنّ الجعل قد لزم بالعمل» (1) هذا.

ولكن استظهر صاحب الجواهر - تبعا للشهيد الثاني - من عبارة الشرائع كونها إيقاعا، قال المحقق: «أمّا الإيجاب فهو أن يقول: من ردّ عبيدي أو ضالّتي أو فعل كذا فله كذا، ولا يفتقر إلى قبول .. و يصح على كل عمل مقصود محلّل، ويجوز أن يكون العمل مجهولا، لأنّه عقد جائز كالمضاربة» (2).

قال الشهيد الثاني قدس سره في شرحه: «قد اختلف كلام الأصحاب وغيرهم في الجعالة هل هي من قسم العقود أو الإيقاعات؟ و المصنف جعلها من الإيقاع وضعا وحكما، حيث صرح بعدم افتقارها إلى القبول، وهو المطابق لتعريفهم لها، حيث جعلوها التزام عوض على عمل. و يؤيّده عدم اشتراط تعيين العامل، وإذا لم يكن معينا لا يتصور للعقد قبول، وعلى تقدير قبول بعض لا ينحصر فيه إجماعا. و منهم من جعلها من العقود، وجعل القبول الفعلي كافيا فيها كالوكالة، والمنفي هو القبول اللفظي. وهو ظاهر كلام المصنف فيما سيأتي حيث جعله عقدا جائزا. والظاهر أنّه تجوّز في ذلك، إذ لو كان عقدا عنده حقيقة لذكره في قسم العقود لا في قسم الإيقاعات .. إلخ» (3).

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 288

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 163

(3) مسالك الأفهام، ج 11، ص 149 و 150

و اختار صاحب الجواهر كونها إيقاعا بقوله: «و لعلّه الأصح، لما تسمعه من صحة عمل المميّز بدون إذن وليّه بعد وضعها- بل قيل في غير المميّز و المجنون و جهان- و من المعلوم عدم صحة ذلك مع فرض اعتبار القبول فيها و لو فعلا، لسلب قابلية الصبي و المجنون قولاً و فعلاً عن ذلك، و لذا لا يجوز معه عقد من العقود الجائزة .. إلخ» (1).

و كأنّ هذه الوجوه أوجبت تردّد المصنّف في كون الجعالة عقداً جائزاً، و احتمال كونها إيقاعاً، و لذا قال: «مما كانت فيه شائبة الإيقاع».

و تظهر الثمرة بين كونها عقداً و إيقاعاً في ما إذا صدر العمل من العامل خالياً عن قصد العوض و التبرّع مطلقاً، سواء أطلع على الإيجاب أم لا، فإنّه يستحق مال الجعالة على الإيقاعية دون العقدية، هذا.

و أمّا الطلاق الخلعي ففيه أيضاً احتمالان بل قولان، أحدهما كونه عقداً، و الآخر كونه إيقاعاً.

و الأوّل هو المشهور كما يستفاد من كلام الشهيد الثاني في شرح قول المحقق:

«و هل يصح- أي بذل الفداء- من المتبرّع؟ فيه تردّد، و الأشبه المنع». و الثاني هو الذي رجّحه الشهيد الثاني مدّعياً مخالفته لمذهب جميع الأصحاب، و وافقه الفاضل الأصفهاني قدّس سرّه.

و لا- بأس بنقل جملة من عبارة المسالك، فقال: «و أمّا بذله من المتبرّع عنها، بأن يقول للزوج: طلق امرأتك بمائه من مالي، بحيث يكون عوضاً للخلع، ففي صحته قولان، أظهرهما بين الأصحاب- و هو الذي اختاره المصنّف و الشهيد و غيرهما من الأصحاب- العدم، فلا يملك الزوج البذل، و لا- يقع الطلاق إن لم يتبع به، لأنّ الخلع من عقود المعاوضات، فلا- يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوّض، كالبيع، لو قال:

بعتك كذا بمائة في ذمة فلان» إلى أن قال: «وقول بالصحة لا يعلم قائله من الأصحاب، لكنّه مذهب جميع من خالفنا من الفقهاء إلا من شدّ منهم.

و مبنى القولين على أن الخلع فداء أو معاوضة، أو على أنّه طلاق أو فسخ.

فعلى الأولين يصح من الأجنبي، لجواز الافتداء منه، وبذل مال له ليطلقها، كما يصحّ التزام المال ليعتق عبده. وقد يتعلّق به غرض بأن كان ظالما بالإمساك، وتعذر إزالة يده بالحجة، أو كان يسيء العشرة و يمنع الحقوق، فأراد المختلّع تخليصها.

وعلى تقدير كونه طلاقا فالطلاق يستقل به الزوج، فجاز أن يسأله الأجنبي على مال، كما إذا قال: ألق متاعك في البحر وعلّي كذا» إلى أن قال: «و يرحح جانب الفداء: الآية الدالة عليه، إلا أنّ مفهوم خطابها اختصاصها بها، لكن مفهوم الخطاب ليس بحجة» (1).

وهذه الجملة الأخيرة تشهد بنفي كون الطلاق الخلعي عقدا، وأنّه إيقاع، ويتفرع عليه جواز تبرّع الأجنبي ببذل الفداء، فراجع تمام كلامه.

واقصر قدّس سرّه في شرح اللمعة على بيان وجهي المنع والصحة، وإن أمكن الاستفادة ترجيح كون الخلع إيقاعا «لأنه افتداء، وهو جائز من الأجنبي».

ونحوه كلام الفاضل الأصفهاني قدّس سرّه (2).

والحاصل: أنّ بذل الفداء في الخلع لا يوجب صيرورته عقدا مؤلّفا من بذل الزوجة و طلاق الزوج، بل الغرض من البذل إحداث الداعي في نفس الزوج على الطلاق. نظير ما لو التزم رجل لرجل آخر مالا ليعتق عبده أو يطلق زوجته طلاقا رجعيا أو بائنا، بأن يقول له: «أعتق عبدك أو طلق زوجتك وعلّي ألف دينار» فإنّ الألف ليس عوضا، وإنّما يقصد به حصول الرغبة لمن بيده الأمر فيما يراد منه من العتق و الطلاق.

(1) مسالك الأفهام، ج 9، ص 392 و 393

(2) كشف اللثام، ج 1، (القسم الثاني) كتاب الطلاق، ص 151

## [المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد]

و المراد (1) بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون

المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد

(1) هذا هو المبحث الثاني من مباحث الجهة الاولى، و هو بيان معنى الضمان بحيث يكون جامعا للعقد الصحيح و الفاسد، بأن يراد من الضمان في جملتي «ما يضمن بصحيحه» و «يضمن بفاسده» معنى واحد. و قد فسره المصنّف قدس سرّه بوجهين:

أحدهما: ما اختاره من أن الضمان كون درك المضمون عليه.

و الثاني: ما نقله عن بعض من أنّه «كون تلفه عليه بحيث يتلف مملوكا له».

و توضيح المعنى الأول هو: أنّ الضمان في الجملتين عبارة عن كون درك المضمون و خسارة تلفه على الضامن، بأن يجب عليه تداركه بأداء بدله من ماله، فتلف المال المضمون يوجب نقصان مال الضامن، للزوم تداركه منه.

و الضمان بهذا المعنى جامع للضمان في موارد ثلاثة:

أحدها: الضمان المعاوضي في العقود الصحيحة.

ثانيها: ضمان التالف في العقود الفاسدة.

ثالثها: ضمان العين الموهوبة- بشرط التعويض- إذا تلفت بيد المتهب.

و الوجه في جامعية الضمان بهذا المعنى هو: أنّ خسارة تلف المال تكون على عهدة الضامن، سواء أ كانت الخسارة بدفع البديل المسمّى كما في العقد الصحيح، أم بدفع البديل الواقعي كما في غيره.

مثلا إذا باع زيد كتابه من عمرو ودينار، فالكتاب هو المال الأصلي المملوك لزيد قبل العقد، و الدينار ماله الفعلي الذي حصله ببيع كتابه. و بالعكس بالنسبة إلى المشتري، فالدينار ماله الأصلي و الكتاب ماله الفعلي. فإن كان العقد صحيحا اقتضى ضمان كل من الطرفين لمال صاحبه بالضمان المعاوضي، يعني أنّ البائع يتعهد بالكتاب قبل تسليمه للمشتري بحيث لو تلف بيده التزم بخسارته و دركه من ماله، لا من مال المشتري. و كذا يتعهد المشتري بالدينار بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع.

عليه (1)، بمعنى (2) كون خسارته و دركه (3) في ماله الأصلي (4)، فإذا (5) تلف (6)

وإن كان العقد معاوضي فاسدا و ترتب عليه القبض - فصار الكتاب بيد المشتري، و الدينار بيد البائع - كان المشتري ضامنا للكتاب بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع، و لو تلف الدينار كان على عهدة البائع لا المشتري.

و الدليل على ضمان كلّ منهما لمال الآخر هو الملازمة المستفادة من قاعدة «ما يضمن» بين صحيح العقد المعاوضي و فاسده. هذا توضيح نظر المصنف في أصل معنى الضمان. و أمّا كونه جامعا بين موارد الضمان فسيأتي.

(1) خبر «كون» و الضمير راجع إلى «الضامن» المستفاد من كلمة «الضمان».

ثم إن تفسير الضمان بهذا الوجه لعلّه لمراعاة قرينة السياق المقتضية لوحدة الضمان في العقد الصحيح و الفاسد، لصدق «تدارك المضمون على الضامن» سواء أ كان التدارك بعوض المسمى كما في الصحيح، أم بالبدل الواقعي كما في الفاسد. و لا يلزم استعمال لفظ «الضمان» في أكثر من معنى، و سيأتي تقريبه.

(2) هذا تفسير لقوله: «كون درك المضمون عليه» و قد عرفته.

(3) هذا الضمير و ضمير «خسارته» راجعان إلى المال المضمون.

(4) قد عرفت المراد بما هو مال أصلي للضامن، في قبال ماله الفعلي الذي حلّ محلّ المال الأصلي بالمعاوضة.

(5) لا يخفى أنّ الضمان المعاوضي يحصل بنفس العقد، و لا يتقيد هذا الضمان بتلف أحد العوضين أو كليهما، فذكر «التلف» إنّما هو لبيان موضوع الخسارة الواردة في المال الأصلي، إذ لو لا التلف لم ترد خسارة على المتبايعين، لوضوح أنّ بائع الكتاب يتدارك خروج كتابه عن ملكه بالدينار، و كذا المشتري يتدارك نقصان ماله بدخول الكتاب في ملكه، فورود الخسارة على كل منهما يتوقف على تلف مال الآخر بيده.

(6) يعني: فإذا تلف المضمون وقع نقصان في ماله الأصلي، لوجوب تدارك المضمون من ماله الأصلي.

وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه.

وأما مجرد كون تلفه في ملكه (1)

---

(1) أي: في ملك الضامن، وهذا إشارة إلى معنى آخر للضمان نسبة الفقيه المامقاني قدس سره إلى العالم الجليل الشيخ علي في حواشي الروضة، قال فيما حكاه عنه:

«معنى قولهم في القاعدة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده: كل عقد يضمن المال أو الشيء فيه بسبب كونه صحيحا يضمن بسبب كونه فاسدا، بمعنى: أن صحة العقد إن كانت سببا للضمان كان الفساد كذلك. فالبيع الصحيح مثلا سبب في كون المبيع إذا تلف كان من مال المشتري فكذا البيع الفاسد. وما لا يضمن بصحيحه كالعارية و مال المضاربة و الوديعة و نحو ذلك، فإن صحيح مثله لا يوجب الضمان، فكذا فاسده» (1).

وقد ينسب هذا التفسير إلى صاحب الرياض قدس سره في مسألة تقدير الثمن (2)، لكن في النسبة تأمل، فراجع الرياض. و نسبه المحقق النائيني إلى العلامة فيما احتمله في الأواني المكسورة و إلى صاحب المقابس (3). لكنه لا يخلو من تأمل أيضا، فإنه نقل عن المحقق التستري دخول المضمون- في مطلق موارد الضمان- في ملك الضامن أنا ما قبل التلف حتى يقع التلف في ملكه، وهذا أجنبي عما يكون المصنف بصدده من تحديد معنى «الضمان» الوارد في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده».

و كيف كان فتوضيح تعريف الضمان بأنه «يتلف مملوكا له» هو: أن الضمان بمعنى الخسارة الواردة على مال الضامن، و وقوع التلف في ملكه. مثلا إذا باع زيد كتابا من عمرو و بدينار، فإن كان العقد صحيحا و سلم البائع الكتاب إلى عمرو، و تسلّم الثمن

---

(1) غاية الآمال، ص 277، لكن لم أعثر على هذه العبارة في هامش النسخة المطبوعة من الروضة، و هي طبعة عبد الرحيم، فراجع، ج 1 ص 323

(2) حاشية السيد الاشكوري على المكاسب، ص 41

(3) منية الطالب، ج 1، ص 118؛ المكاسب و البيع، ج 1، ص 303

ص: 69



منه، ثم تلف الكتاب بيد المشتري، كان هو الضامن لماله، لورود الخسارة عليه بتلف الكتاب.

وإن كان العقد فاسداً و تلف المبيع بيد المشتري فهذا البيع الفاسد يقتضي وقوع التلف في ملك المشتري، بأن يقدر دخوله في ملكه قبل التلف أنا ما، ويكون دفع البدل خسارة واردة عليه بسبب التلف عنده.

و الوجه في العدول عن تفسير الضمان بما أفاده المصنّف - من «تدارك المضمون ببذله»- إلى تقييد المضمون بكونه مملوكاً للضامن هو: أنّ الضمان - بمعنى تدارك المضمون - مخصوص بالعقد الفاسد، إذ المقبوض به لو تلف بيد المشتري كانت خسارته عليه، ووجب عليه دفع بدله إلى البائع. وأمّا في العقد الصحيح فلا يتصور معنى للضمان - بمعنى تدارك مال الغير - وذلك لأنّ المبيع إذا تلف عند المشتري لم يلزمه شيء أصلاً، لأنّ المال تلف من ملكه، لا من ملك البائع حتّى يجب على المشتري تداركه، وحينئذ لم يتضح المراد من كلمة «الضمان» الواردة في قولهم:

«ما يضمن بصحيحه».

ولذا عدل هذا القائل إلى تعريف الضمان بنحو ينطبق على مورد العقد الصحيح أيضاً، وقال: «إنّ الخسارة الواردة على الشخص حال كونها مملوكة له» فإنّ هذا المعنى ينطبق على المأخوذ بالعقد الصحيح، كما تقدم آنفاً في مثال الكتاب المقبوض بالبيع الصحيح إذا تلف بيد المشتري، إذ يصدق عليه أنّ المشتري ضامن بهذا العقد، ووجه ضمانه هو وقوع التلف في ملكه.

و اعترض المصنّف قدس سرّه على هذا التفسير بأنّه أجنبيّ عن معنى الضمان لغة و عرفاً، إذ لا يصدق على «تلف المال المملوك لشخص» أنّه ضامن لماله التالف، بل المناط في صدقه تدارك الخسارة الواردة على المالك إذا تلف ماله عند غيره بلا إذن المالك، أو أتلفه ذلك الغير.

بحيث يتلف مملوكا له (1) - كما يتوهم - فليس (2) هذا معنى للضمان أصلا فلا يقال (3): إن الإنسان ضامن لأمواله.

ثم (4) تداركه من ماله

وأما ما زعمه هذا القائل من أن تصور معنى صحيح لجملة «ما يضمن بصحيحه» يتوقف على تفسير الضمان بأنه «بحيث يتلف مملوكا له» فممنوع، إذ المقصود بالضمان في العقود الصحيحة هو الضمان المعاوضي، بمعنى أنه بمجرد العقد يصير المبيع ملكا للمشتري فيضمنه البائع لو تلف عنده، و يصير الثمن ملكا للبائع، و يضمنه المشتري بحيث لو تلف وجب عليه بدله. و أما إذا تسلّم المشتري المبيع، و تسلّم البائع الثمن، ثم تلف فلا ضمان، لوقوع التلف في ملكه. و لم يعهد صحة إطلاق أن كل شخص ضامن لأموال نفسه حتى يتجه تعريف الضمان بالخسارة الواردة في ملك نفسه، هذا.

(1) أي: مملوكا للضامن، يعني: أن الجامع بين ضمان المال في العقد الصحيح و الفاسد هو وقوع التلف في ملك الضامن.

(2) هذا جواب قوله: «و أمّا» و ردّ تفسير الضمان المنقول عن بعضهم.

(3) هذا متفرع على قوله: «فليس» و الوجه في فساد تعريف الضمان بأنه «يتلف مملوكا له» هو: أنه لو كان هذا المعنى صحيحا لزم صدق ضمان الشخص لأموال نفسه التي قد تتلف منه، مع أنه لا يصحّ الصدق المذكور، و يستكشف من عدم صدقه بطلان التعريف المذكور.

(4) بعد أن اختار المصنّف قدّس سرّه تعريف الضمان بأنه «كون درك المال المضمون على عهدة الضامن» أراد إثبات جامعية هذا التعريف، و عدم كون الضمان مشتركا لفظيا، و عدم لزوم التفكيك في معنى الضمان بين جملة «ما يضمن بصحيحه» و «ما يضمن بفاسده».

و توضيحه: أنه قد يتوهم اختلاف معنى الضمان في الجملتين، لأنّه في العقد

تارة يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى (1) هو و المالك على كونه عوضاً، و أمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح.  
و أخرى بأداء عوضه

الصحيح يكون بالبدل الجعلي المسمّى في العقد كبديلية الدينار عن الكتاب. و لكن الضمان في العقد الفاسد يكون بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة. فإذا قبض المشتري الكتاب و تلف عنده و تبين فساد العقد كان اللازم تداركه بعوضه الواقعي لا الجعلي.

و بهذا يتفاوت معنى الضمان الذي أفاده المصنّف، لاختلاف نحوي تدارك مال الغير، هذا.

وقد دفعه قدس سرّه بأنّ للضمان في جميع موارد مفهومها وحدانياً، و هو التدارك بمال الضامن، إلا أنّ الاختلاف يكون فيما يتدارك به، إذ هو تارة بدل واقعي، و أخرى بدل جعليّ، و ثالثة أقلّ الأمرين من البدل الواقعي و الجعلي كما سيأتي بيانه في الهبة المعوّضة التالفة قبل دفع العوض، فللمتّهب الاقتصار في تدارك العين الموهوبة على أقلّ البدلين قيمة، فإن كان العوض المشترط أقلّ اكتفى به، و إن كانت القيمة الواقعية أقلهما اكتفى به.

و الحاصل: أنّ الضمان في جميع موارد بمعنى «تدارك المال المضمون و تحمّل خسارته» و يراد به عند الإطلاق أداء العوض الواقعي، و في خصوص العقد الصحيح يراد به أداء البدل الجعلي، و ذلك من باب تعدّد الدال و المدلول و قيام القرينة على إرادة التدارك بالعوض المسمّى، و هي تعيين البدل في العقد المعاوضي الذي أمضاه الشارع، كجعل الدينار- بالبيع- بدلا عن الكتاب.

(1) كتراضي مالك الكتاب و مالك الدينار على كون كلّ منهما عوضاً عن الآخر. و كتراضي مالك الدار و المستأجر على كون عشرة دنانير عوضاً عن منفعتها مدة شهر مثلاً. و هذا التراضي إنّما يترتب عليه الأثر بعد إمضاء الشارع لهذين العقدين و حكمه بصحتهما.

الواقعي - وهو المثل أو القيمة- وإن لم يتراضيا عليه (1). و ثلاثة بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم (2) في بعض المقامات، مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

(1) كما في صورة فساد العقد و تلف المال، فإنّ الضمان يكون حينئذ بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

(2) كالشاهد الثاني، حيث قال: «و حاصل الأمر: أنّ العين الموهوبة المشروط فيها الثواب لو تلفت في يد المتهب أو عابت قبل دفع العوض المشروط و قبل الرجوع، سواء أ كان ذلك بفعله كلبس الثوب، أم لا، فهل يضمن المتهب الأرش أو الأصل أم لا؟ قولان: أحدهما عدم الضمان، و هو الذي اختاره المصنف، ثم تردّد فيه.

و جزم به العلامة في التذكرة و ولده في الشرح .. و الثاني: الضمان، جزم به ابن الجنيّد من المتقدمين و بعض المتأخرين، لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي، و لأنّه لم يقبضها مجاناً بل ليؤدّي عوضها فلم يفعل، و لأنّ الواجب أحد الأمرين، ردّها أو دفع العوض، فإذا تعدّر الأول و جب الثاني. و هذا هو الوجه.

إذا تقرّر ذلك و قلنا بالضمان مع التلف، فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته أو أقلّ الأمرين من ذلك و من العوض؟ و جهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أنّ المتهب مخيّر بين الأمرين، و المحقّق لزومه هو الأقل، لأنّه إن كان العوض الأقلّ فقد رضي به الواهب في مقابلة العين. و إن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتهب لا يتعين عليه العوض، بل يتخيّر بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى. و وجه اعتبار القيمة مطلقاً أنّ العين مضمونة حينئذ على القابض، فوجب ضمانها بالقيمة.

و فيه: أنّه مسلّط على إتلافها بالعوض، فلا يلزمه أزيد منه لو كان أنقص» (1).

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 63 الى 65

ص: 73

فإذا ثبت هذا (1) فالمراد بالضمان بقول مطلق (2) هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنّ هذا (3) هو التدارك حقيقة، ولذا (4) لو اشترط ضمان العارية

(1) يعني: فإذا ثبت أنّ معنى الضمان هو كون تدارك المضمون على عهدة الضامن وأنّ التدارك إمّا بالعوض المسمّى وإمّا بالواقعي وإمّا بأقلّ الأمرين، فالمراد .. إلخ.

وغيره قدّس سرّه أنّ الضمان وإن كان هو التدارك بأحد الأنحاء الثلاثة، إلّا أنه عند الإطلاق وعدم تقييده بالعوض الواقعي أو الجعلي أو أقلّ الأمرين يحمل على التدارك الحقيقي الذي هو جبر الخسارة بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

وأما أداء البدل المسمّى أو أقلّ الأمرين فيحتاج إلى دليل على جوازه، مثل ما دلّ على صحة عقد البيع والإجارة، المقتضي لضمان كلّ منهما بالضمان المعاوضي، لا الواقعي، فلو ثبت الضمان في مورد ولم يقترن معه ما يقيده بالبدل الجعلي تعيّن تداركه بالعوض الواقعي. لما عرفت من أنّ جبران خسارة مال الغير لا يكون إلّا بأداء عوضه الحقيقي، ولأجله يحمل «الضمان» الوارد في أدلّة ضمان المغصوب مثل «الغاصب ضامن» وغير المغصوب مثل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» على التعهّد بالبدل الواقعي، لا غير.

ولا يخفى أن قوله قدّس سرّه: «فالمراد بالضمان .. إلخ» تمهيد لردّ ما احتمله بعضهم من حمل الضمان في العقود الفاسدة على العوض الجعلي لا الواقعي، وسيأتي بيانه.

(2) يعني: لم يقيّد الضمان بالمسمّى، ولا بالواقعي ولا بأقلّ الأمرين، بل ورد قوله «فهو ضامن» فإنّه ينصرف إلى الواقعي خاصة.

(3) أي: لأنّ التدارك بالعوض الواقعي هو التدارك الحقيقي، وغيره منوط بقريضة تدلّ عليه.

(4) يعني: ولأجل كون الضمان بقول مطلق هو لزوم التدارك بعوضه الواقعي لزم غرامة مثلها أو قيمتها.

لزم غرامة مثلها أو قيمتها (1). ولم يرد (2) في أخبار ضمان المضمونات- من المغصوبات (3) و غيرها (4)- عدا لفظ الضمان بقول مطلق (5).

(1) فإن كانت العين المعارة مثلية كان ضمانها بمثلها، وإن كانت قيمة فقيمتها.

(2) غرضه قدس سره أنه لم يفسر لفظ الضمان- في أخبار المضمونات- بشيء من الواقعي و الجعلي و غيرهما، بل الوارد فيها لفظ «الضمان» فينصرف إلى المعهود منه، وهو الواقعي من المثل أو القيمة.

(3) مثل ما في مرسل حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام: «لأن الغصب كله مردود» (1).

(4) مثل ما ورد في ضمان المستودع مع التفريط في الحفظ من قوله عليه السلام:

«هو ضامن لها إن شاء..» (2).

و ما ورد في عدم ضمان المستعير من قوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن» (3).

و ما روي في ضمان عارية النقدين، و العارية المشروط فيها الضمان من قوله عليه السلام: «لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان» (4) الحديث. و قوله عليه السلام في ضمان المستعير: «إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن» (5).

و غيرها من الأخبار الواردة في ضمان الصّناع، و المستأجر المفترط في العين المستأجرة، فإنّ الضمان فيها ينصرف إلى التدارك بالبدل الواقعي، لا غير.

(5) يعني: غير مقيّد بالبدل الواقعي و لا المسمّى.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 309، الباب 1 من أبواب الغصب، الحديث 3

(2) المصدر، ج 13، ص 229، الباب 5 من أبواب الوديعة، الحديث 1

(3) المصدر، ج 13، ص 237، الباب 1 من أبواب العارية، الحديث 6

(4) المصدر، ج 13، ص 239، الباب 3، الحديث 1

(5) المصدر، ج 13، ص 240، الباب 4، الحديث 1

و أما (1) تداركه بغيره فلا- بدّ من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع. فاحتمال (2) «أن يكون المراد بالضمان في قولهم: - يضمن بفاسده- هو وجوب أداء العوض المسمّى، نظير الضمان في العقد الصحيح»

(1) أي: و أمّا تدارك المضمون بغير البديل الحقيقي من المثل أو القيمة فلا يستفاد من نفس دليل الضمان، بل لا بدّ من دليل آخر عليه، و هو مؤلّف من أمرين:

أحدهما: توافق المتعاقدين على أن يضمن كلّ منهما مال الآخر بالعوض المعيّن في المعاملة.

ثانيهما: إمضاء الشارع هذا التراضي حتى يترتب عليه الأثر، كما مضى البيع بآية حلّ البيع، و إمضاء الإجارة و الصلح المعاوضي بأدلة صحّتهما، و هكذا سائر الموارد.

فإن كان العقد صحيحا كانت صحّته قرينة على إرادة الضمان بالبديل الجعلي، و إن كان فاسدا تعيّن حمل الضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» على التدارك بالبديل الواقعي.

(2) يعني: بعد كون الضمان حقيقة في الضمان الواقعي أو منصرفا إليه يظهر ضعف احتمال إرادة العوض المسمّى من «الضمان» في جملة «يضمن بفاسده».

و المحتمل - كما أفاده الفقيه المامقاني قدّس سرّه - هو الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه في شرح القواعد، حيث قال بعد ذكر قاعدة «ما يضمن» ما لفظه: «و هي صريحة في أصل الضمان، إلّا أنّها يحتمل فيها وجهان: أحدهما: الضمان بمقدار ما أقدم عليه من المقابل. و ثانيهما: قيمته بلغت ما بلغت، و هو الظاهر، لأنّ التقييد غير مفهوم منها» «1».

و هو قدّس سرّه و إن احتمل الضمان بالمسمّى، إلّا أنّه رجّح الضمان بالبديل الواقعي.

و على هذا فلا بدّ أن يكون غرض المصنف من الاشكال عليه هو: أنّ أصل إبداء احتمال الضمان بالبديل المسمّى في العقد المعاوضي الفاسد ممّا لا ينبغي صدوره من فقيه خصوصا مثل كاشف الغطاء قدّس سرّه.

(1) غاية الآمال، ص 279

ص: 76

ضعيف (1) في الغاية، لا لأنّ (2) ضمانه بالمسمّى يخرجّه عن فرض الفساد، إذ (3)

(1) خبر قوله: «فاحتمال» ودفع له، وقد ذكر في دفع الاحتمال وجهان:

أحدهما: ما تكرّر في كلام المصنّف من أنّ الضمان بقول مطلق يحمل على التدارك بالبدل الحقيقي.

و ثانيهما: ما أفاده بعضهم وهو لزوم الخلف، توضيحه: أنّ الضمان في العقد الفاسد بمقدار ما أقدم عليه - أي المسمّى - يوجب خروج العقد الفاسد عن فرض الفساد ويجعله صحيحاً، إذ الضمان بالمسمّى يتوقّف على توافق المتعاضدين وإمضاء الشارع له، وحيث إنّ المفروض فساد العقد لم يكن توافقه مضمي شرعاً ولا موضوعاً للأثر، فلا وجه لرفع اليد عن الضمان الواقعي الذي هو مقتضى إطلاق «الضمان» والالتزام بالضمان الجعلي.

(2) فكأنّ هذا القائل فهم استلزام صحة العقد لتعيّن المسمّى، فإذا فسد كان تعيّن المسمّى بلا معيّن.

(3) تعليل لقوله: «لا» وهذه مناقشة المصنّف في جواب الاحتمال، وحاصلها:

منع توقف الضمان بالعرض المسمّى على صحّة البيع من حين العقد، بل يمكن تعيّن بعد تلف أحد العوضين.

توضيحه: أنّه إذا كان العقد فاسداً لم ينتقل المبيع إلى المشتري، ولا الثمن إلى البائع، ويحرم التصرف في كل منهما. ولو كان لأحدهما نماء كان لمالكه الأصلي، هذا مع بقاء العينين. وأمّا إذا تلف أحدهما - كما إذا تلف المبيع بيد المشتري - فنقول بأنّ الثمن المسمّى في ذلك العقد الفاسد هو الذي يضمّنه المشتري، ويجب عليه تسليمه إلى البائع، ولا يتعيّن البدل الواقعي من المثل أو القيمة للعوضيّة.

ولا استيحاش من هذا، لوجود نظيره في الفقه وهو المعاطاة بناء على الإباحة، لما تقدّم في التنبيه السادس المعقود لبيان الملزمات من: أنّ تلف أحد العوضين ملزم للمعاطاة، ويتعيّن العوض الجعليّ للعوضيّة ويملكه مالك التالف،



يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة (1) وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية، نظير المعاواة على القول بالإباحة (2).

بل (3) لأجل ما عرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى في الصحيح

---

مع أنه لم يدخل في ملكه من حين التعاطي المفيد للإباحة.

وعلى هذا فلا ملازمة بين الصحة وتعيين المسمى، حتى يكون ضمان المسمى في العقد الفاسد مخالفا لفرض الفساد. بل يمكن القول بضمان المسمى في العقد الفاسد أيضا بعد تلف أحد العوضين.

فالنتيجة: أن الاحتمال الذي أبداه كاشف الغطاء قدس سره لا يندفع بما أفيد من اختصاص ضمان المسمى بالعقد الصحيح، هذا.

(1) بأن كان المالان باقيين على ملك مالكيهما إلى أن يتلف أحدهما، فحينئذ ينتقل التالف منهما عند التلف - أنا ما - إلى ملك من تلف عنده، وبالعكس.

(2) فإن العوضين باقيا على ملك مالكيهما - وهما المتعاطيان - ولا يتعين أحدهما للعوضية إلا بعد تلف الآخر.

ولا يخفى أن تنظير المقام بالمعاواة - بناء على الإباحة التي لا يقول بها المصنف - إنما هو لمجرد دفع الاستبعاد عن تغيير الضمان في العقد الفاسد من الواقعي إلى الجعلي حين تلف أحد المالين، إذ القائل بالإباحة يلتزم بانتقال التالف قبل التلف أنا ما إلى من تلف عنده، و يتعين العوض الآخر للعوضية.

وإلا فيرد على المصنف قدس سره أن قياس المقام بالمعاواة في غير محلّه، لكون العقد الفاسد فاسدا إلى الأبد، بخلاف المعاواة، فإنّها صحيحة، ولأجل صحتها - بالإجماع المدعى على الإباحة - يتعين المالان للعوضية عند التلف، هذا.

(3) معطوف على قوله: «لا لأن» و غرضه بيان وجه ضعف الاحتمال الذي أفاده الفقيه كاشف الغطاء قدس سره. وقد عرفت، و محصله: أن الضمان بقول مطلق يراد به التدارك بالعوض الواقعي، وأن التدارك بالمسمى يتوقف على أمرين، أحدهما توافق

لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأن (1) معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة (2)، فافهم (3).

المتعاملين، والآخر إمضاء الشارع لما تواطئا عليه، وهذا الأمر الثاني مفقود في العقد الفاسد، فلا وجه للضمان بالمسمى فيه.

(1) هذا قد استفيد من قوله قبل أسطر: «و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات ..»

إلخ» وكأنه قدس سره يريد دفع توهم، حاصله: أنّ الضمان في العقد الصحيح إن كان بالمسمى وفي الفاسد بالواقعي لزم التفكيك في مدلول كلمة «ما يضمن بصحيحه» بحمله على ما يضمن بمسماه، وكلمة «ما يضمن بفاسده» بحمله على ضمانه الواقعي، وهذا التفكيك مخالف لظهور الكلام في إرادة معنى واحد من كلمة «الضمان» في الجملتين.

ومحصل دفعه: عدم لزوم التفكيك في معنى الضمان، لأنه بمعنى تدارك مال الغير بحيث لو تلف كانت خسارته في ماله الأصلي. وهذا جار في كل من العقد الصحيح والفاسد، إلا أنّ مصداق المال الأصلي مختلف، فقد يكون ما عيّن في العقد، وقد يكون هو المثل أو القيمة، ومن المعلوم أنّ اختلاف مصاديق التدارك لا يوجب تعدّد المفهوم حتى يتوهم التفكيك بين الضمان في صحيح العقد وفاسده.

(2) أي: التفكيك في الضمان بين جملة «ما يضمن بصحيحه» و جملة «يضمن بفاسده».

(3) لعله إشارة إلى أنّ التفكيك في مفهوم الضمان ممّا لا بدّ منه، سواء أكان من باب استعمال لفظ الضمان في الواقعي تارة، وفي المسمى أخرى، أم من باب استفادة التدارك الواقعي من إطلاق اللفظ وعدم تقييده بشيء، والتدارك الجعلي من قرينة تواطؤ المتعاقدين وإمضاء الشارع. هذا تمام الكلام في ثاني أبحاث الجهة الاولى، وهو معنى الضمان الوارد في القاعدة.

المبحث الثالث: عموم «كل عقد» هل يكون بلحاظ الصنف أو غيره؟

(1) هذا شروع في المبحث الثالث من مباحث الجهة الأولى، وهو بيان المراد من العموم المدلول عليه بكلمة «كل» في قولهم: «كل عقد يضمن..» أو بكلمة «ما» الموصولة في قولهم: «ما يضمن».

والوجه في عقد هذا المبحث هو: أن في العموم احتمالات ثلاثة، بل أقوالا كذلك، و تتفاوت الآثار المترتبة على كل منها، فلا بد من تحقيق المسألة، وينبغي الإشارة إلى أمرين مقدمة لتوضيح كلام المصنف قدس سره، فنقول وبه نستعين:

الأول: أن هذا البحث لا يختص بأصل القاعدة- أعني به «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»- بل يجري في العكس أيضا، إذ الموضوع فيه «كل عقد لا يضمن بصحيحه» أو «ما لا يضمن» فيجري فيه احتمال نوع العقد أو صنفه أو أشخاص العقود التي ينشئها المتعاقدان.

الثاني: في بيان المراد بالنوع و الصنف و الفرد، فنقول: إن «العقود» عنوان مشير إلى المعاملات القائمة بطرفين، سواء تضمنت معاوضة أم لا، كالبيع و الصلح و الإجارة و الهبة و الجعالة و السبق و الرماية و المضاربة و العارية و الوديعة و الوكالة و الرهن و نحوها مما هو معهود في الكتب الفقهية. و يعدّ كل منها نوعا، فالبيع- بما له من الأقسام- نوع واحد، لصدق تعريفه من «مبادلة مال بمال، أو تملك عين بعوض» على جميعها. و كذا الإجارة نوع واحد، و الصلح نوع، و هكذا سائر العقود.

ثم إن لكل من هذه الأنواع أقساما هي أصناف ذلك النوع، كبيع الصّرف و السّلم و الحيوان و الثمار و النسينة و المعاطاة، و بيع الدين و غيرها من الأقسام.

و للإجارة أيضا صنفان، هما إجارة الأعيان و الأعمال. و كذلك للصلح أصناف، فإنّه إمّا يفيد فائدة البيع أو الإجارة أو العارية أو الهبة أو الإبراء. و هكذا العارية، فإنّها إمّا عارية النقدين و إمّا غيرهما، و الثاني إمّا مشروط بالضمان و إمّا غير مشروط به.

و المراد بالأفراد هو أشخاص العقود التي تقع خارجا بإنشاء المتعاقدين.

إذا اتضح هذان الأمران، فنقول: إن أريد بلفظ «كل عقد» العموم بلحاظ الأنواع كان معناه: أنّ جميع أفراد نوع- كالبيع- إن كان في صحيحها ضمان، ففي فاسدها الضمان أيضا. و أنّ جميع أفراد نوع كالوديعة إن لم يكن في صحيحها ضمان فلا ضمان في فاسدها أيضا.

و على هذا ينحصر مصداق أصل قاعدة «ما يضمن» في البيع و الإجارة اللذين يضمن بصحيحهما، و لا يندرج في هذه القاعدة عقد آخر، لعدم مضمّنية جميع أفراد العقود- بنحو الإطلاق- غير البيع و الإجارة، فكأن القاعدة استت لبيان حكم الضمان في خصوص هذين العقدين.

و إن أريد العموم بلحاظ أصناف كل واحد من العقود كان معنى القاعدة: أنّ كل صنف من أصناف العقود إن كان في صحيحه ضمان فكذا في فاسد ذلك الصنف، سواء أكان في سائر أصنافه ضمان أم لا. و معنى عكس القاعدة: أنّ كل صنف ليس في صحيحه ضمان فكذا في فاسده، سواء أكان في سائر أصناف ذلك العقد ضمان أم لم يكن.

و على هذا الاحتمال تتكثّر العقود المندرجة في الأصل، و لا تنحصر في البيع و الإجارة المقتضيين للضمان، فيقال: إنّ العارية بنوعها مثلا لا ضمان في صحيحها فكذا في فاسدها. و لكن أقسام العارية مختلفة، ففي بعضها الضمان كعارية التقدين، فيمكن أن تندرج في أصل القاعدة، فإذا كانت عارية التقدين فاسدة- لاختلال بعض شروطها- ثبت فيها الضمان، لأنّ «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» مع أنّ نوع عقد العارية غير مضمّن.

و كذا تندرج الهبة المشروطة بالعوض في أصل القاعدة- بناء على تعميم اقتضاء العقد للضمان لما إذا كان بالذات أو بالعرض- مع عدم الضمان في نوع الهبة.

ليس (1) باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفراده مثل البيع (2) و الصلح و الإجارة و نحوها، لجواز (3) كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به، دون الفاسد من غير ذلك

و الحاصل: أنه بناء على كون العموم بلحاظ الأصناف يلزم دخول بعض أقسام عقد في أصل القاعدة، وبعضها في العكس، و لا مانع منه.

وإن كان العموم بلحاظ الأفراد- لا الأنواع و لا الأصناف- كانت مصاديق أصل القاعدة و عكسها في غاية الكثرة، لأن كل عقد يقع في الخارج فهو بنفسه- لا بما أنه فرد للنوع أو الصنف- إن كان مقتضيا للضمان على تقدير صحته كان مقتضيا له على تقدير فساده. و إن لم يكن مقتضيا له على فرض صحته فكذا على فرض فساده.

هذا كله في مقام الثبوت و الاحتمالات المتطرفة في المراد بالعموم. و أمّا في مقام الإثبات فقد استظهر المصنف الاحتمال الثاني و هو العموم بلحاظ الأصناف، و سيأتي بيانه.

(1) غرضه استظهار كون العموم بلحاظ الأصناف، لا الأنواع و لا الأفراد.

و المذكور فعلا نفي العموم النوعي، و أمّا العموم الأفرادي فسيأتي - بعد فصل - الخدشة فيه.

(2) هذه الأنواع مثال للعموم في كل من أصل القاعدة و عكسها، و ذلك بقرينة ذكر «الصلح» فإنه بنوعه مما لا يضمن بصحيحه فكذا بفاسده. نعم البيع و الإجارة مثالان للنوع في أصل القاعدة لأطراد الضمان في جميع أصنافهما و أفرادهما.

(3) تعليل لعدم كون العموم في القاعدة بلحاظ خصوص الأنواع. و محصله: أنه لو كان العموم بلحاظها لزم عدم أطراد عكس القضية، مثلا لا يكون الصلح الجامع بين المعاوضي و المحاباتي مقتضيا للضمان، كما إذا كان مفيدا للهبّة أو الإبراء، فيندرج في عكس القضية، في أنّ صحيحه لا يقتضي الضمان فكذا فاسده. و كذا الهبة الجامعة بين المشروطة بالعوض و غيرها، مع أنّ الصلح قد يقتضي الضمان كما إذا كان معاوضيا.

فالمتعيّن كون العموم بلحاظ الأصناف لا الأنواع، فصنف من الصلح- و هو

الصنف. مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه (1) قد لا يفيد إلا فائدة الهبة غير المعوّضة، أو الإبراء. فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة. فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا (2). ولا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا (3)، فلا يضمن (4) بفاسده. وكذا (5) الكلام

---

المعاوضي - يقتضي صحيحه الضمان، وكذا فاسده. وصنف منه وهو المحاباتي لا يقتضي صحيحه الضمان وكذا فاسده.

وهكذا العارية، فنصف منها يندرج في الأصل وهو «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وصنف آخر من ذلك النوع يندرج في العكس وهو «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

(1) هذا تعليل لعدم اقتضاء الصلح - بما هو نوع من أنواع العقود - للضمان، إذ قد يكون أثره تمليك عين مجّانا وهو الهبة غير المعوّضة، أو إبراء المديون عمّا في ذمته، وهو إيقاع، وربما يخلو من العوض.

وعلى هذا فلو كان العموم في القاعدة بلحاظ النوع لزم اندراج الصلح - بجميع أقسامه - في العكس. مع أنّ الصحيح هو التفصيل بين أصنافه، فبعضها المشتمل على المعاوضة مندرج في الأصل، وبعضها في العكس. فلا بدّ من كون العموم بلحاظ الأصناف، وأنّ كل صنف عنوان مستقل، فإن اقتضى الضمان كان من أفراد الأصل، وإلا فمن العكس.

(2) يعني: كإيجاب الفرد الصحيح من الصلح - المشتمل على المعاوضة - للضمان.

(3) يعني: مطلقا، سواء أفاد فائدة البيع أم الإجارة مما يشتمل على معاوضة بين المصالح والمتصالح، أم لم يشتمل عليها كالمفيد فائدة الهبة غير المعوّضة، والإبراء.

(4) هذا متفرّع على كون العموم بلحاظ أنواع العقود، ولازمه خروج عنوان الصلح عن قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(5) هذا مثال ثان لظهور الثمرة بين كون العموم نوعيا وصنفيا، فبناء على إرادة الأنواع لا ضمان في الهبة المشروطة بالعوض، لأنّ جميع أفراد الهبة - بما هي مصاديق

في الهبة المعوّضة. وكذا (1) عارية الذهب و الفضة.

نعم (2)

لعنوان الهبة- غير مضمونة، فلا تندرج في الأصل. وبناء على إرادة الصنف يتعيّن التفصيل بين الهبة المعوّضة باندراجها في الأصل، وبين الهبة غير المعوّضة باندراجها في العكس.

(1) هذا مثال ثالث للثمرة بين إرادة النوع و الصنف، فبناء على النوع تندرج العارية بجميع أقسامها في العكس. وبناء على الصنف يفصل بين عارية الذهب و الفضة- و عارية الحيوان بناء على ما حكى عن ابن الجنيّد- فتكون مضمونة سواء في صحيحها و فاسدها. و بين عارية سائر الأشياء فلا ضمان فيها.

(2) هذا استدراك على إرادة الصنف، و حاصله: أنّ مقتضى تمسكهم بقاعدة «ما لا يضمن» في استعارة المحرم صيدا هو إرادة النوع، يعني: حيث إنّه لا ضمان في نوع العارية فلازمه عدم ضمان المستعير، لفرض فساد العارية، و به يشكل إرادة الصنف.

و توضيحه: أنّ جمعا ذكروا: أنّ المحرم إذا استعار الصيد من المحلّ وجب عليه إرسال الصيد، و عاريته فاسدة، و لا يضمن للمعير الصيد الذي أتلفه بإرساله.

و الدليل على الضمان هو تبعية العارية الفاسدة لصحيحها في عدم الضمان. قال في المسالك: «و أمّا مع فسادها- أي العارية- فلاّنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع- قاعدة كلتية» «1». و من المعلوم ظهور هذا التعليل في أنّ المدار في الضمان و عدمه هو نوع العقد، فيشكل مختار المصنف قدّس سرّه من إرادة الصنف.

و لكنّه قدّس سرّه و جّهه بأنّ مقصودهم بالاستدلال بقاعدة «ما لا يضمن» هو الصنف، بقرينة تصريحهم في كتاب العارية بضمان عارية الذهب و الفضة، و العارية

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 139

ص: 84

ذكروا (1) في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أن صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدها. ولعلّ (2) المراد عارية غير الذهب والفضّة وغير (3) المشروط ضمانها.

---

المشروطة بالضمان، إذ لو كان المدار نوع العارية لزم التنافي بين إدراجها في «ما لا يضمن» وبين حكمهم بالضمان في القسمين المذكورين، ورفع التهافت منوط بالالتزام بالصنف، فيكون صنف من العارية مشمولاً للأصل وهو «ما يضمن» و صنف منها للعكس، وهو «ما لا يضمن» هذا.

(1) الأولى أن يقال: «ذكر بعضهم» إذ المسألة خلافية، ففي الشرائع: «ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنّه ليس له إمساكه. و لو أمسكه ضمنه، وإن لم يشترط عليه» (1). نعم رجّح الشهيد الثاني عدم الضمان، لقاعدة «ما لا يضمن» فراجع، و التفصيل في محله.

(2) هذا توجيه استدلال مثل الشهيد الثاني بقاعدة «ما لا يضمن» وقد عرفته آنفا.

(3) الأولى إسقاط «غير المشروط ضمانها» بناء على ما سيأتي منه قريبا في تفسير القاعدة من كون المقتضي للضمان نفس العقد الصحيح، و من المعلوم عدم كون الضمان في العارية المشروطة به من مقتضيات نفس العقد، بل هو اقتضاء عرضي ناش من الشرط.

إلا أن يكون غرض المصنف قدس سرّه الاستشهاد بكلام القوم لإثبات العموم الأصنافي لا- الأنواعي، فلا بأس حينئذ بذكر العارية المشروطة بالضمان بعد تصريحهم بضمانها صحيحة وفاسدة.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 172

ص: 85



## [المبحث الرابع: اعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط]

ثم المتبادر (1) من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له

المبحث الرابع: اعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط

(1) هذا شروع في المبحث الرابع من مباحث الجهة الأولى، وهو تحقيق أنه هل يعتبر كون الضمان مقتضى نفس العقد أم يكفي كونه مقتضى الشرط؟ ولا يخفى أن المناسب تأخير هذا البحث عن المقام، لعدم تمامية البحث الثالث بعد، فإن المصنف وإن رجح العموم بلحاظ الصنف على النوع، إلا أن احتمال كونه بلحاظ أشخاص كل صنف باق بحاله، وسيأتي بعد أسطر إبطاله. كما أن البحث الخامس و هو أن الباء سببية أو ظرفية مقدّم رتبة على البحث عن اختصاص اقتضاء الضمان بنفس العقد، أو تعميمه إلى اقتضاء الشرط أيضا.

و كيف كان فتوضيح ما أفاده: أن اقتضاء العقد الصحيح للضمان تارة يكون بذاته كالبيع، وأخرى يكون بالشرط النافذ بأدلة الشروط، كقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» كما إذا شرط في عقد الإجارة أن يكون المستأجر ضامنا للعين - مع عدم اقتضاء ذات الإجارة ضمانها، وأن يده على العين أمانة لا تضمنها لو تلفت بأفة سماوية لا بتعدّد وتقریط - فلو تلفت كان المستأجر ضامنا لها، لوجوب الوفاء بالشرط الجائز في نفسه، كوجوب الوفاء بنفس العقد.

وكذا الكلام في ضمان العين المعارة لو شرط المعير ضمانها على المستعير.

ولا إشكال في هذا. إنما الكلام في ما إذا شرط الضمان في مثل عقد الإجارة والعارية، ثم تبين بطلان العقد لاختلال بعض شرائط صحته، فهل تقتضي قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» تبعية الفاسد للصحيح في هذا الضمان العرضي الناشئ من الشرط، أم لا تقتضيه؟ في المسألة قولان:

أولهما: الاقتضاء، وهو ظاهر صاحب الرياض قدّس سرّه في العارية المضمونة تبعا للمسالك.

وثانيهما: عدم الاقتضاء، وهو مختار المصنّف قدّس سرّه. واستدلّ عليه بأن المتبادر من قولهم: «كل عقد يقتضي صحيحه الضمان ففي فاسده كذلك» هو اقتضاء العقد

بنفسه (1) [1]، فلو (2) اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان

---

بطبعه للضمان، لا بالشرط الذي هو أجنبي عن العقد و خارج عنه، وإثما يرتبط به بعناية الاشرط. و على هذا فلا ضمان في الإجارة و العارية الفاسدتين المشروط فيهما ضمان العين.

(1) أي: بذاته، لا بالعرض كالشرط في ضمن العقد.

(2) هذا متفرع على اختصاص اقتضاء العقد الصحيح للضمان بنفسه، لا مطلقا و لو بالشرط.

---

[1] كما أن المتبادر أو المتيقن ضمان نفس متعلق العقد، دون توابعه. ففي الإجارة مثلا المتعلق هو المنفعة، و العين تابعة، و في البيع هو العين، و المنافع تابعة.

فالقاعدة ساكتة عن ضمان غير مؤدى العقد من التوابع. و يظهر أثر هذا التفسير في المنافع غير المستوفاة، فإنها غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد.

و قد جعله المصنف نقضا على القاعدة، لكنّه يندفع بالتفسير المزبور، لسكوت القاعدة عن ضمان التوابع التي منها المنافع غير المستوفاة، فتأمل جيدا.

ثم إن السيد قدس سرّه عمّم الفساد إلى العرضي بدعوى: أن العقد المقرون بالشرط و المجرد عنه صنفان متغايران، و المفروض إرادة الصنف من عموم مدخول (كلّ) و لذا لا يبقى إشكال في التمسك بهذه القاعدة «1».

وفيه: أن الضمان لما كان مستندا الى العقد و كان الشرط خارجا عنه، لأنّ العقد المشتمل عليه عقد و شرط، و لا يصدق العقد على المركب من العقد و الشرط الذي هو التزام خارج عن الالتزام العقدي، فيكون المراد من صنف العقد في قبال نوعه و شخصه حصص العقد بما هو عقد، فالقيود الخارجة عن العقد أجنبيّة عن نفس العقد، و خارجة عن ماهيته.

---

(1) حاشية المكاسب، ص 94

ص: 87

بالباسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان- تمسكا بهذه القاعدة (1)- إشكال (2).

كما لو استأجر إجارة فاسدة، و اشترط فيها ضمان العين (3)، و قلنا (4) بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الباسد، لأن (5) صحيحة يضمن به و لو لأجل الشرط أم لا؟ و كذا الكلام في الفرد الباسد من العارية المضمونة.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بباسدها (6) مطلقا (7)

---

(1) أي: ما يضمن بصحيحه يضمن بباسده.

(2) فلا وجه لمضمّنية العقد الباسد المتضمن لشرط صحيح في نفسه، لعدم كون الضمان مقتضى ذات العقد.

(3) تقدّم أنّما توضيح هذا الفرع بقولنا: «فلا ضمان في الإجارة و العارية الفاسدتين .. إلخ».

(4) غرضه من هذه الجملة الحالية: أن التنظير بالإجارة الفاسدة- المتضمّنة لشرط ضمان العين- للاقتضاء العرضي يتوقف على الفراغ من صحة هذا الشرط في نفسه، فلو تأملنا في أصل جوازه كان مثال الإجارة أجنبيّا عن اقتضاء الشرط للضمان، لوضوح أنّ اقتضاءه له منوط بمشروعية الشرط في نفسه حتى يجب الوفاء به لاشتراطه في ضمن العقد.

(5) هذا تعليل للضمان بالباسد فيما إذا كان المقتضى للضمان هو الشرط لا ذات العقد.

(6) أي: بباسد العارية المضمونة.

(7) يعني: حتى إذا كان الضمان باقتضاء الشرط، الذي هو مورد البحث من حيث الاندراج في قاعدة «ما يضمن» فيظهر من ذلك ذهاب صاحب الرياض قدس سرّه إلى تعميم الضمان إلى الاقتضاء الشرطي أيضا، إذ لا مدرك للضمان في فاسد العارية المضمونة إلا هذه القاعدة.

قال في الرياض - في ما لو استعار من الغاصب، و تلفت العين بيد المستعير، فرجع المالك على الغاصب - ما لفظه: «لم يرجع - يعني الغاصب - على المستعير، إلا مع علمه أو كون العين مضمونة، فيرجع عليه فيهما، لاستقرار الضمان عليه في الأول، وإقدامه في الثاني على الضمان، مع صحة العارية. فكذا عليه الضمان مع الفساد، للقاعدة الكلية: أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» (1).

و توضيح المراد من عبارة الرياض بحيث تكون شاهدة لما استظهره المصنف منها - من أن الضمان في العقد الصحيح إن كان للشرط الضمني كان كذلك في العقد الفاسد - هو: أن السيد قدس سره حكم بأن الغاصب لو أعار العين المغصوبة حتى ينتفع المستعير بها و تلفت عنده رجع المالك على الغاصب، وأخذ بدل ماله منه، ولا يجوز للغاصب الرجوع على المستعير، إلا في صورتين:

إحدهما: علمه بأن العين المعارة مغصوبة، وليست ملكا للمعير، مع عدم إذن المالك في التصرف فيها، فيستقرّ الضمان على المستعير، لأنه من تعاقب الأيدي.

ثانيتها: جهله بالغصب، لكن كانت العين مضمونة، إما لكونها من الذهب و الفضة، وإما لأن الغاصب شرط على المستعير ضمان العين.

ففي كلتا صورتين يضمن المستعير من جهة إقدامه على الضمان. و بهذا تدرج المسألة في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» لأن العارية الصحيحة التي أقدم المستعير فيها على الضمان تكون مضمونة، فكذا يثبت الضمان في فاسدتها، كما في عارية الغاصب. و وجه فسادها انتفاء شرط الصحة و هو ملك العين و الانتفاع، أو الأذن.

تبعاً لظاهر المسالك (1).

ويمكن (2) جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل، بناء على

---

(1) قال الشهيد الثاني قدّس سرّه- في شرح قول المحقق: «و لو استعاره من الغاصب و هو لا يعلم كان الضمان على الغاصب .. وكذا لو تلفت العين في يد المستعير» وأنّ في المسألتين قولين- ما لفظه: «و الحاصل: أنّ المالك مخيّر في الرجوع على كلّ منهما، فإن رجع على المستعير رجع على الغاصب إن لم تكن العارية مضمونة، وإلا رجع عليه بغير ما قدم على ضمانه. وربما احتمل هنا ضعيفا رجوعه- أي رجوع المستعير على الغاصب- مطلقا- يعني سواء كانت العارية مضمونة أم لا- لأنّ استحقاق العين أوجب فساد العارية، فلا تكون مضمونة، و هو مغرور مع الغصب، فيرجع على من غرّه.

و يضعّف بأنّ غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان، لأنّ لم نضمّنه من حيث الغصب، بل من حيث كونها عارية مضمونة، و دخوله على ذلك، فإذا تبين فساده لحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة. وإن رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير، إن لم تكن مضمونة، وإلا رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة» (1).

و دلالتها على تبعية الفاسد للصحيح في الحكم بالضمان- حتّى إذا كان للشرط- أظهر من عبارة الرياض، لتصريحه بأنّ ضمان المستعير لا يستند إلى الغصب، بل إلى كون العارية مضمونة، لأنّه أقدم على ضمانها، و من المعلوم أنّ التعليل بالاقدام- مع جهله بالغصب- إمّا أن يكون لشرط الضمان في هذه العارية الفاسدة، و إمّا لكون العين المعارة ذهاباً أو فضّة، هذا.

(2) غرضه قدّس سرّه بيان فرد ثالث لما إذا كان ضمان العوض مستندا إلى الشرط لا باقتضاء ذات العقد، و ذلك كالهبة المشروط فيها العوض، كما إذا وهب زيد كتابه لعمرو على أن يهبه عمرو دينارا. ففي هذه الهبة المشروطة احتمالان:

---

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 141 و 142

ص: 90

أنّها هبة مشروطة، لا معاوضة (1).

وربّما يحتمل (2) في العبارة أن يكون معناه: أنّ كلّ شخص من العقود

---

الأول: أنّ عقد الهبة يفيد تملك عين مجّانا، ولا يقتضي بنفسه ضمان العوض، فأخذ العوض من المتهدب يستند إلى الشرط. فتكون الهبة المشروطة فيها العوض نظير العارية المشروطة فيها الضمان، في أنّ منشأ الضمان هو الشرط لا ذات العقد. وهذا الاحتمال قوّاه المصنّف قدّس سرّه في أوائل البيع عند تعرّضه للنقوض الواردة على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» فراجع «1».

الاحتمال الثاني: أنّ الهبة المعوّضة معدودة من المعاوضات كالبيع والإجارة والصلح المعاوضيّ ونحوها. وعلى هذا يستند ضمان العوض إلى ذات العقد لا إلى الشرط.

(1) إذ لو كانت معاوضة كان اقتضاؤها للضمان ذاتيا لا شرطيا، ضرورة أنّ المقتضي للضمان حينئذ نفس العقد، لا الشرط المجعول فيه. هذا تمام الكلام في البحث الرابع، وهو أنّ اقتضاء الضمان مختصّ بذات العقد، أو يعمّ الشرط.

(2) هذا رجوع إلى البحث الثالث، وهو تحقيق أنّ العموم هل هو نوعي أم صنفّي أم فرديّ، وقد تقدّمت الخدشة في إرادة العموم بلحاظ الأنواع، وبقي التعرض لاحتمال العموم الأفرادي.

وكيف كان فاحتماله المذكور في الجواهر- وإن لم يظهر أنّ المحتمل هو أو غيره- بقوله: «بل قد يقال: بشمول هذه القاعدة للفرض- أي: فساد الإجارة- بناء على إرادة أشخاص العقود منها، لا أصنافها، ولا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد، للقاعدة المزبورة .. إلخ» «2».

---

(1) هدى الطالب، ج 1، ص 241-245

(2) جواهر الكلام، ج 27، ص 247

ص: 91

و توضيحه: أنهم حكموا في الإجارة الفاسدة بوجوب أجره المثل، مع فرض استيفاء المنفعة كلاً أو بعضاً، سواء زادت على المسمى أم نقصت عنه. و استثنى الشهيدان قدس سرهما صورة واحدة، فحكما بعدم ضمان أجره المثل فيها، و هي ما إذا كان منشأ الفساد اشتراط عدم الأجرة، أو عدم ذكرها في العقد بنحو يستفاد منه إرادة عدم بذل الأجرة. و الوجه في عدم وجوب أجره المثل على من استوفى المنفعة هو: إقدام العامل على العمل مجاناً و بلا عوض.

هذا ما أفاده الشهيدان قدس سرهما. و وجه صاحب الجواهر قدس سره هذه الفتوى بجعلها من مصاديق قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بتقريب: أنّ «كلّ عقد يضمن .. إلخ» عنوان مشير إلى أشخاص العقود المنشئة في الخارج، و يفرض لكلّ عقد حالتان إحداهما الصحة، و الأخرى البطلان. فالمراد بالعقد في أصل القاعدة- أعني به «ما يضمن بصحيحه»- هو: أنّ كل شخص من العقود مقتضى للضمان لو كان صحيحاً، فهو مقتضى له لو كان فاسداً. مثلاً: بيع الكتاب بالدينار موجب للضمان كلا المتبايعين، لكونه عقداً معاوضياً، فهذا الفرد من البيع إن كان فاسداً- لاختلال بعض شرائطه- كان مضمناً أيضاً.

و المراد بالعكس أعني «ما لا يضمن» هو: أنّ كل ما صدر مجاناً- كالهبة الخالية عن العوض و الصلح المفيد للإبراء- ممّا لا يفيد الضمان إذا كان صحيحاً، فكذا لا يفيد إذا وقع فاسداً. و على هذا فالإجارة الفاقدة للأجرة باطلة شرعاً، لأنّ حقيقة الإجارة «تمليك منفعة بعوض معلوم» أو «التسليط على العين لاستيفاء منفعتها بعوض» فخلوها عن الأجرة مناف لحقيقتها. إلا أنّ هذه الإجارة مندرجة في «ما لا يضمن» لأنها لو وقعت صحيحة شرعاً لما كانت مضمّنة لمن يستوفي المنفعة، فكذا لا تكون مضمّنة له على تقدير فسادها.

و الحاصل: أنّ المدار في كون عموم القاعدة بلحاظ أشخاص العقود و أفرادها هو فرض حالتين لكل عقد خارجي، فنفس هذا الفرد إن اقتضى الضمان على تقدير

ورتب (1) عليه عدم الضمان في ما لو استأجر بشرط أن لا أجره، كما اختاره الشهيدان (2)، أو باع بلا ثمن (3)

---

الصحة اقتضاه على تقدير الفساد. وإن لم يقتض الضمان على فرض صحته لم يقتضه على فرض فساده.

وبهذا يندرج مثال الإجارة الفاسدة- من جهة خلّوها عن الأجرة- في قاعدة «ما لا يضمن». هذا توضيح ما نسبته المصنف إلى بعضهم من إرادة العموم الأفرادي، وما يترتب عليه من الثمرة.

(1) يعني: ورتب هذا المحتمل- وهو صاحب الجواهر- على أنّ معنى العموم هو كل شخص .. إلخ عدم الضمان في ما لو استأجر بشرط عدم الأجرة، فلا يلاحظ أنّ نوع الإجارة أو كلّ صنف منها مضمّن أو غير مضمّن، بل المدار على شخص الإجارة الواقعة بين الطرفين، فإن كان صحيحها مؤثرا في الضمان فكذا فاسدها، وإن لم يكن صحيحها مؤثرا في الضمان فكذا فاسدها.

(2) قال الشهيد الثاني قدس سرّه- في ضمان أجره المثل لو استوفى المنفعة وكانت الإجارة باطلة- ما لفظه: «و استثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو كان الفساد باشرط عدم الأجرة في العقد، أو متضمنا له كما لو لم يذكر أجره، فإنّه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجرة، لدخول العامل على ذلك. وهو حسن» (1).

ولكن المحقق الثاني اعترض على إطلاق كلام الشهيد، وفصل بين العمل وبين سكنى الدار، فراجع (2).

(3) هذا المثال غير مذكور في كلام الشهيدين قدس سرهما، وإّما أضافه المحقق الثاني في ما فصله في كلاميهما، فراجع.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 184

(2) جامع المقاصد، ج 7، ص 120 و 121



كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد (1).

ويضعف (2) بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له

---

و أما العلامة قدس سره فاقترص على احتمال الضمان وعدمه، فقال: «وكذا لو قال:

بعتك بلا ثمن، أو: على أن لا ثمن عليك، فقال: قبلت. ففي انعقاده هبة نظر، ينشأ من الالتفات إلى المعنى، واختلال اللفظ. وهل يكون مضمونا على القابض؟ فيه إشكال، ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا. ودلالة اللفظ على إسقاطه» (1).

وكيف كان فتقريب انتفاء الضمان في البيع بلا ثمن هو: أن شخص هذا البيع لو كان صحيحا لم يكن المشتري ضامنا للثمن، لأن البائع أسقطه، وحيث كان يبيعا فاسدا لحقه حكم الصحيح في عدم الضمان.

(1) والوجه الآخر في كلام العلامة هو الضمان، لأن نوع البيع الصحيح يفيد، فكذا فاسده، فيندرج في أصل القاعدة، لا في عكسها.

(2) يعني: يضعف احتمال إرادة الاستغراق بلحاظ الأشخاص والأفراد، على ما تقدّم في كلام الجواهر. وحاصل التضعيف: أن الموضوع في قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو العقد، وأن له قسمين أحدهما صحيح والآخر فاسد، ويكون الفاسد تابعا للصحيح في الضمان، ومن المعلوم ظهور التقسيم في فعلية أقسامه، فلا بدّ من أن يكون للعقد فردان، أحدهما صحيح فعلا وهو الموجود خارجا جامعا للشرائط، والآخر فاسد فعلا، لاختلال شرائطه الشرعية وإن كان عقدا عرفيا.

والتحفّظ على ظهور الموضوع الجامع للقسمين في فعليتهما يتوقف على كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف، ولا وجه لإرادة الشخص، ضرورة عدم تحمّل الفرد الشخصي - الموجود خارجا - للاتصاف فعلا بوصفين متقابلين وهما الصحة والفساد، بل يوجد إما صحيحا وإما فاسدا. ويتوقف الاتصاف على التقدير والفرض

---

(1) قواعد الأحكام، ص 51، الشرط الأول من شرائط بيع السلف (الطبعة الحجرية).

بالفعل (1) صحيح و فاسد، لا ما (2) يفرض تارة صحيحا و أخرى فاسدا.

فالمتمعين (3) بمقتضى هذه القاعدة (4) الضمان في مسألة البيع (5)، لأنّ البيع الصحيح

بأن يقال: لو اقتضى هذا الفرد الخارجي - كالإجارة بلا أجره و البيع بلا ثمن - الضمان على فرض صحته، لاقتضى الضمان على فرض فساد. و من المعلوم أنّ الفرد الواحد من كل عقد له حكم فعلي واحد، و لا يتعدّد حكمه الشرعي بمجرد الفرض.

و الحاصل: أنّ ظهور القاعدة في فعلية القسمين يمنع عن الحمل على الأشخاص، و قد سبق أيضا امتناع حمل العموم على الأنواع، فتعيّن مختار المصنف و هو الحمل على الصنف، لصحة أن يقال: إنّ الإجارة إن كانت صحيحة - لاجتماع الشرائط فيها من ذكر الأجره و غيرها - ففيها و في فسادها الضمان، فالإجارة بلا أجره فاسدة، و هي تابعة للإجارة الصحيحة في الضمان. و كذا البيع بلا ثمن، فإنّه بيع فاسد مضمّن، لكون نوع البيع و صنفه مقتضيا لضمّان المتبايعين.

هذا بناء على صدق عنواني البيع و الإجارة عرفا على المثالين. و أمّا إذا قيل بالتجوز في الصيغة - و أنّ البيع بلا ثمن إنشاء للهبة، و أنّ الإجارة بلا أجره إنشاء للعارية - كانا أجنبيّين عن المقام، لصحتهما هبة و عارية، و لا ضمان فيهما، فلا حظ.

(1) يعني: أنّ العقد الصحيح فرد، و العقد الفاسد فرد آخر، و كلّ منهما يمكن وجوده خارجا.

(2) يعني: ليس موضوع القاعدة فردا واحدا من العقد يفرض تارة صحيحا على تقدير اجتماع شرائطه، و أخرى فاسدا على تقدير اختلالها.

(3) هذا نتيجة بطلان كون العموم و الاستغراق بحسب أشخاص العقود، كما احتمله صاحب الجواهر قدّس سرّه.

(4) أي: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(5) أي: البيع بلا ثمن. و قد عرفت وجه الضمان فيها آنفا، و أنّها مورد لأصل القاعدة لا عكسها.

يضمن به (1).

نعم (2) ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة «بأنه أقدم على العين مضمونة عليه» (3) لا يجري في هذا الفرع (4). لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها.

---

(1) فكذا فاسد البيع، لانطباق عنوان «البيع» عليه.

(2) هذا استدراك على قوله: «فالمتمعن .. الضمان في مسألة البيع» وحاصله: أنّ الشهيد الثاني قدّس سرّه استدّل- في كلامه الآتي في المتن- بالاقدم على الضمان على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و من المعلوم أنّ هذا التعليل لا يجري في «البيع بلا ثمن» ضرورة تحقق الإقدام المجاني فيه، المضادّ للإقدام الضماني في البيع مع الثمن.

وهكذا سائر العقود المعاوضية.

وعليه فلا- ينطبق دليل القاعدة على البيع بلا ثمن، و الإجارة بلا اجرة. فيندرج البيع المزبور في الهبة المجانية التي هي من صغريات العكس، وهو «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وكذا تندرج الإجارة المزبورة في العارية. وبهذا يشكل حكم المصنف بضمن المشتري للثمن الواقعي في مثال البيع بلا ثمن.

لكنّه قدّس سرّه تخلّص عن هذا الإشكال بأنّ الكلام فعلا في معنى القاعدة و تفسير مفرداتها، لا في مدركها، حتى يقال: بأنّ الإقدام على الضمان مخصوص بالعقد المتضمن للعوض، ولا يجري في العقد العاري عنه، و من المعلوم أنّ معنى القاعدة شامل للبيع بلا ثمن، و الإجارة بلا أجر، هذا.

لكن ينبغي الاهتمام في البحث عن مدرك القاعدة و مقدار دلالتها، ثم حملها على ما يساعد عليه دليلها.

(3) سيأتي قريبا استفادة هذا التعليل من كلام شيخ الطائفة، وكذا ورد التصريح به في كلام الشهيد الثاني وغيره.

(4) وهو البيع بلا ثمن، و المناسب ذكر مسألة الإجارة بلا أجر أيضا، لارتضاعهما من ثدي واحد. هذا تمام الكلام في البحث الثالث، المتكفل لإثبات كون العموم بحسب الأصناف، لا الأنواع و لا الأفراد.

ص: 96

ثم (1) إن لفظة «الباء» في «بصحيحه و بفساده» إمّا بمعنى «في» بأن يراد:

كلّما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده (2).

---

المبحث الخامس: حرف «الباء» ظرفية أو سببية

(1) هذا شروع في البحث الخامس من مباحث الجهة الاولى، وهو أنّ «الباء» في «بصحيحه و بفساده» ظرفية أو سببية، و غرضه قدّس سرّه عدم التفكيك في الضمان بين العقد الصحيح و الفاسد، و أنّ كون الباء للظرفية أو السببية لا يوجب التفكيك المزبور.

توضيحه: أنّ الباء يستعمل في الظرفية كقوله تعالى نَجِّنَاهُمْ بِسَحَرٍ و يستعمل في السببية كقوله عزّ من قائل إِنَّكُمْ ظَلَمْتُمْ أَنْفُسَكُمْ بِاتِّخَاذِكُمُ الْعِجَابَ و قوله فكَأَلَّا أَخَذْنَا بِذَنبِهِ. فعلى الظرفية لا يلزم تفكيك في معنى «الباء»، فإنّ المعنى حينئذ: أنّ الضمان يكون في كلّ من العقد الصحيح و الفاسد.

و على السببية المطلقة الشاملة لكلّ من العلة التامة و الناقصة لا يختلف الضمان فيهما أيضا، لكون العقد في كليهما سببا ناقصا للضمان.

أمّا في الصحيح فلاّ أنّه لو لم يتحقّق فيه القبض لم يتحقّق الضمان، لقولهم:

«و بالقبض ينتقل الضمان». و أمّا في الفاسد فلكون العقد سببا للقبض الذي هو منشأ للضمان. فللعقد دخل في الضمان في الصحيح و الفاسد، فالسببية ملحوظة في كليهما و مصحّحة لاستعمال الباء فيهما في السببية.

و بالجملة: فالعقد سبب ناقص للضمان و القبض متمّم له. و لذا لو تلف المبيع قبل القبض كان من مال بائعه، بل و كذا الثمن. هذا في العقد الصحيح. و في الفاسد يكون العقد مع الاقدام على القبض مصداقا لليد، و سيأتي توضيحه.

(2) و بناء على الظرفية لا يستفاد من القاعدة كون الضمان مقتضى العقد أو هو

وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة (1)، لا العلة التامة، فإن (2) العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما في السلم و الصّرف [1]، بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع

---

مع القبض، وهذا بخلاف كون «الباء» سببية، إذ يجري البحث عن السببية التامة و الناقصة، كما عرفت.

(1) يعني: لا خصوص السببية التامة حتى لا يكون القبض مؤثرا في الضمان.

(2) هذا تقريب عدم كون العقد الصحيح علة تامة للضمان.

---

[1] لا يخلو هذا التمثيل من المناقشة، لأنّ القبض شرط صحة بيعي الصرف و السلم، فعدم الضمان فيهما قبله لعدم صحة العقد، بمعنى عدم وجود العقد الصحيح.

و كيف كان فالأولى أن يكون «الباء» لمطلق السببية، فيكون العقد سببا ناقصا للضمان، و القبض جزء أخيرا لعلّة الضمان. كما أنّ العقد سبب تام لقلب اليد المالكية إلى غيرها، ضرورة أنّه بنفس العقد يصير المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع.

و عليه فالاستيلاء على كلّ من العوضين قبل العقد استيلاء على مال نفسه، و بعده على مال الغير بدون إذن مالكي، أو استيتمان شرعي أو مالكي يوجب عدم الضمان، لإطلاق «على اليد» فالعقد جزء السبب للضمان، و تمام السبب لقلب اليد المالكية.

و أمّا جعل «الباء» للظرفية فغير ظاهر، لأنّ الظرفية الحقيقية غير حاصلة، بداهة عدم كون العقد ظرفا حقيقة للضمان، فلا بدّ من التأويل بجعل استعمالها في الظرفية بمناسبة السببية، و هو تعسّف كما هو ظاهر. و كذا الظرفية الاعتبارية، فإنّ الظرف الاعتباري للضمان هو العهدة، كما هو واضح.

نعم العقد سبب لثبوت الضمان في العهدة. فكلّ من الظرفية الحقيقية و الاعتبارية مفقود في العقد، فلا معنى لجعل الباء للظرفية.

بمعنى أن دركه عليه (1)، و يتداركه (2) برد الثمن، فتأمل (3).

وكذا (4) الإجارة و النكاح و الخلع، فإنّ المال في ذلك كلّ مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه.

وأما (5) العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة

---

(1) خبر «أنّ» و الضمير راجع إلى البائع. و ضمير «دركه» راجع إلى المبيع.

(2) أي: يتدارك البائع المبيع بردّ الثمن إلى المشتري.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ الضمان - بمعنى تدارك مال الغير - أجنبي عن تلف المبيع قبل القبض، لأنّ البيع يفسخ حينئذ، فيتلف المبيع في ملك مالكة و هو البائع، و هذا ليس من الضمان في شيء، لأنّ التالف ملكه، لا أنّ عليه تداركه من ماله.

و على هذا فما أفاده بقوله: «بل مطلق البيع» - من جعل عقد البيع في جميع موارد جزء السبب المضمّن و جزءه الآخر هو القبض - غير ظاهر، و ذلك لأنّ كون العقد سببا تاما لضمّان المشتري - في غير بيع الصرف و السّلم - لا ينافي كون المبيع في ضمان البائع قبل قبضه، لفرض انقاسخ هذا السبب التام بتلفه بيد البائع، و معه لا يبقى العقد الموجب لضمّان المشتري. و هذا بخلاف القبض في بيع الصرف و السّلم، لدخله في سببّيّة العقد للضمّان المعاوضي.

(4) في كون الضمان على من انتقل عنه ما لم يتسلّمه المنتقل إليه. فإذا تلفت الأجرة بيد المؤجر - في إجارة الأعمال - تلفت منه لا من مال الأجير. و كذا الحال في تلف المهر بيد الزوج، و تلف عوض الخلع بيد الزوجة، فالقبض في هذه الثلاثة جزء السبب المضمّن للطرف الآخر.

(5) هذا في قبال قوله: «فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان» و غرضه توجيه سببّيّة العقد الفاسد للضمّان، بناء على كون «الباء» سببّيّة، فإنّ العقد الفاسد يكون بحكم العدم فكيف يوجب الضمان؟ و لذا تصدّى لتوجيه سببّيته بأحد وجهين:

أبدا [1] بل يفترق في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبله لا ضمان. فجعل الفاسد سببا إماما (1) لأنه المنشأ للقبض على (2) وجه الضمان

---

الأول: أن الضمان في العقد الفاسد وإن كان منوطا بالقبض، إلا أن الموجب للإقدام على القبض هو العقد الفاسد، فهو سبب السبب، و من المعلوم صحة إسناد الضمان إلى سبب السبب كصحة إسناده إلى نفس السبب أي القبض.

الثاني: أن العقد الفاسد بنفسه سبب ناقص للضمان، و تتوقف عليته التامة على تحقق الشرط، و هو القبض على وجه الضمان لا مجانا. و عليه فالسبب مؤلف من العقد الفاسد و القبض. و هذا نظير بيع الصرف و السلم، إذ يتوقف الضمان - في العقد الصحيح - على قبض الثمن في السلم، و التقابض في الصرف.

و الحاصل: أن مطلق السببية الجاري في بعض العقود الصحيحة يجري في العقد الفاسد أيضا، فلا مانع من جعل «الباء» سببية، هذا.

(1) هذا هو الوجه الأول لتوجيه جعل «الباء» سببية في العقد الفاسد كالصحيح.

(2) قيد للقبض، يعني: القبض المبني على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، في قبال القبض المبني على المجانية، كما في الهبة و العارية الفاسدتين، لعدم إقدام المتهم و المستعير على ضمان ما قبضاه بالعقد الفاسد.

---

[1] هذه العبارة توهم كون العقد الصحيح دائما أو غالبا أو نادرا علة تامة للضمان، و هذا ينافي قوله: «فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان. الى قوله: بل مطلق البيع» حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، إلى آخر ما أفاده، فإن ظاهره عدم كون العقد الصحيح علة تامة للضمان أبدا، فالمناسب أن يقول: و أمّا العقد الفاسد فكذلك أيضا في عدم عليته التامة أبدا.

الذي هو سبب للضمان [1]، وإما (1) لأنه سبب (2) الحكم بالضمان بشرط القبض [2]. ولذا (3) علل الضمان الشيخ وغيره «بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه» «1». ولا-ريب (4) أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو (5) سبب لضمان ما يقبضه.

---

(1) هذا هو الوجه الثاني، يعني: وإما لأنّ العقد الفاسد مقتضى للحكم بالضمان بشرط كون القبض على وجه الضمان لا على وجه المجانية، وبهذا يكون العقد من أفراد مطلق السببية.

(2) فالعقد هو المقتضى للضمان، لا أنه سبب السبب كما كان في الوجه الأول.

(3) أي: ولأجل اشتراط الضمان بالقبض علل شيخ الطائفة وغيره .. إلخ.

وغيره الاستشهاد بكلامهم على صحة الوجه الثاني، وأنّ العقد الفاسد من أفراد مطلق السببية، إذ بالعقد الفاسد يتحقق إقدام المتعاقدين على الضمان.

(4) غرضه تطبيق التعليل - الوارد في كلام الشيخ - على الوجه الثاني، وهو أنّ الإقدام على الضمان يكون بإنشاء العقد الفاسد.

(5) يعني: بإنشاء العقد الفاسد سبب لضمان ما يقبضه، إذ لولاه لما وقع القبض على وجه الضمان المقرّر عند المتعاقدين.

---

[1] لا يختص هذا التوجيه بالعقد الفاسد، بل يجري في الصحيح أيضا، فلا وجه لتخصيصه بالفاسد.

[2] لكن هذا التوجيه ينافي ما ذكره سابقا بقوله: «ثم إنّ المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه». وجه المناقاة: أنّ الضمان يكون باقتضاء الشرط لا نفس العقد.

---

(1) المبسوط، ج 3، ص 58 و 65 و 68 و 85 و 89؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

ص: 101



و الغرض من ذلك كله (1) دفع توهّم أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سبب الضمان، و يقال:

(1) أي: من توجيه سبب العقد الفاسد للضمان بالوجهين المتقدمين، و هما: كون العقد سبب السبب، أو سببا ناقصا. و غرضه من هذا البيان دفع توهّمين:

الأول: أنّ جعل «الباء» للسبب في العقد الصحيح أمر معقول. بخلاف العقد الفاسد، لعدم تأثيره في ضمان المتعاقدين، إذ تمام المؤثر في الضمان هو القبض. و عليه فلا معنى لأن يقال: «إنّ العقد الذي يضمن بسببه إن كان صحيحا يضمن بسببه إن كان فاسدا» لما عرفت من عدم دخل العقد الفاسد في الضمان، و عليه يتعيّن جعل الباء للطرفيّة، هذا.

وقد دفعه المصنف بصحة إطلاق «السبب» على العقد الفاسد، إمّا لأنّه سبب السبب، و من المعلوم أنّ سبب السبب سبب بمقتضى قياس المساواة. و إمّا لأنّه سبب ناقص، و يكون مشروطا بالقبض، لا أنّ تمام السبب هو القبض كما زعمه المتوهم.

الثاني: أنّ مقتضى سبب «الباء» هو كون العقد علة تامّة للضمان، من دون أن يكون للقبض دخل فيها أصلا، سواء أ كان العقد صحيحا أم فاسدا. و من المعلوم أنّ هذا الظهور يناهض ما تقرّر عندهم من عدم تأثير العقد الفاسد في الضمان إلا بالقبض. و لا يرتفع هذا التنافي إلا بتخصيص قاعدة «ما يضمن» بأن يقال: «كل عقد يضمن بسبب صحيحه يضمن بسبب فاسده، إلا العقد الفاسد قبل القبض» و يبقى للقاعدة موارد ثلاثة و هي العقد الصحيح مطلقا مع القبض و بدونه، و العقد الفاسد بعد القبض.

وقد دفعه المصنّف قدّس سرّه بأنّه لا موجب للتخصيص المزبور أصلا، إذ لا يراد من سبب العقد للضمان عليّته التامة حتى يقع التنافي المذكور، بل المراد مطلق السبب و لو الناقصة، و لا يستند الضمان في العقد الفاسد إلى خصوص القبض حتى يبقى مجال للتوهم. و عليه فالضمان مستند إلى العقد، إمّا لأنّه علة العلة، و إمّا لأنّه مقتضى و سبب ناقص له.

كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ (1).

وقد ظهر من ذلك (2) أيضا فساد توهم أنّ ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه (3) [1].

---

(1) يعني: مع أنّه لا يضمن بنفس العقد الفاسد، بل بالقبض المترتب عليه.

(2) أي: من تفسير سبب الضمان بقوله: «إمّا .. وإمّا» فإنّ السببية بأحد الوجهين المتقدمين تدفع توهم عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، كما عرفته آنفا.

(3) كحديث «على اليد» الظاهر في إناطة الضمان بالقبض. هذا تمام الكلام في الجهة الاولى، وهي شرح مفردات القاعدة.

---

[1] لا يخفى أنّ المقبوض بالعقد الفاسد جعل من صغريات القاعدة المعروفة وهي: كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. والبحث فيه يقع في جهات:

الأولى: أنّ المذكور في التذكرة هو العقد، فإنّه قال في إجارتها: «و حكم كل عقد فاسد حكم صحيحه في الضمان في وجوب الضمان و عدمه، فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده، و ما لم يجب في صحيحه لا يجب في فاسده» (1). ونحوه ما عن القواعد.

وفي إجارة جامع المقاصد: «فلانّ كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وبالعكس» (2).

وفي إجارة مجمع الفائدة: «و لما تقرّر عندهم أنّ كلّ ما لا يضمن و بصحيحه لا يضمن بفاسده» (3).

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 138، السطر 17 و 18

(2) جامع المقاصد، ج 7، ص 258

(3) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 69

ص: 103

وبالجملة: المذكور في كلمات الأصحاب عدا العلامة قدس سره عنوانان: أحدهما «ما يضمن» والآخر «كل ما يضمن .. إلخ». ومقتضى كونهما من ألفاظ العموم ما لم تقم قرينة على العهد هو مطلق السبب عقداً كان أو إيقاعاً أو برزخاً بينهما كالنكاح على ما قيل. وتعبير العلامة بالعقد لا يقدح بعد إجرائهم لهذه القاعدة في غير العقد من الإيقاعات كالخلع والجماعة الفاسدين بناء على عدم كون الجمالة عقداً كما قيل. ومن الأحكام كالشفعة والقسمة عندنا من كونها إفراز حق، لا معاوضة كما عن العامة. واللقطة إن وقع قصد تملكها على وجه الفساد، هذا.

ويمكن إرادة العقد بمعناه اللغوي أعني به التعهد، فيشمل جميع ما ذكرنا.

وكيف كان فاختلاف العبارات في كون الموضوع عنوان العقد كما في التذكرة، أو «ما يضمن» كما في إجارة مجمع الفائدة، أو «كلما يضمن» كما في غصب جامع المقاصد غير مهم بعد كون العبرة بدليل القاعدة، لعدم كون هذه القاعدة بنفسها متن رواية معتبرة، ولا معقد إجماع حتى يبحث في أن الموضوع هو مطلق الإنشاء عقداً كان أم إيقاعاً، أو خصوص العقد، فدائرة موضوع القاعدة سعة وضيقة تابعة لدليلها، كما لا يخفى.

الجهة الثانية: أن الضمان يستعمل في ثلاثة معان:

أحدها: ما اختاره المصنف قدس سره من كون المال متداركاً بعوض بحيث تكون الخسارة واقعة في ماله الأصلي، ففي طرف العقد الصحيح يكون المال متداركاً بسبب المعاوضة بماله الأصلي، بحيث إذا تلف كانت خسارته من ماله الأصلي المجعول عوضاً، وفي طرف العقد الفاسد يكون متداركاً بما يؤدّيه عند تلفه بدلاً عنه من ماله الأصلي.

وبعبارة أخرى: المراد بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى وقوع خسارته في ماله الأصلي، فتلفه يوجب نقصان ماله، لوجوب تداركه منه. وقد جعل الضمان بهذا المعنى جامعاً للضمان في العقود الصحيحة والفاصلة، وفي تلف

الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض. ثم قال: «إنّ المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي» وكأنّ مراده أنّ الضمان ظاهر في الضمان الواقعي ما لم تقم قرينة على خلافه، وقد قامت على الضمان بالمسمّى في المقبوض بالبيع الصحيح، دون البيع الفاسد، فيحمل على المعنى الظاهر فيه.

و هذا ليس تفكيكا في الضمان، لوجود الجامع. و اختلاف الخصوصيّات لا ينافي وجود الجامع الذي بلحاظه لم يكن تفكيك، لكونها من قبيل تعدّد الدال و المدلول.

ثانيها: ما نقله المصنف قدّس سرّه و زيّقه، و هو: كون تلفه عليه و أنّه يتلف مملوكا له، فالمأخوذ بالعقد الصحيح يكون تلفه منه، و هو عين كونه خسارة عليه، و المأخوذ بالعقد الفاسد يكون تلفه موجبا لترتب الخسارة عليه، للزوم تداركه بالبدل.

و على هذا فالتالف تارة نفسه خسارة كما في العقد الصحيح، فإنّ الكتاب المبيع بدينار مثلا إذا تلف عند المشتري يكون نفسه خسارة على المشتري، لأنّه ماله. و أخرى بدله خسارة كما في العقد الفاسد، فإنّ الكتاب المزبور ليس نفسه خسارة على المشتري، لفرض بقائه على ملك البائع، بل يكون بدله- مثلا أو قيمة- خسارة على المشتري.

هذا ما ينسب إلى الشيخ الجليل الشيخ علي رحمه الله في حاشية الروضة. و قد تقدّمت عبارته في التوضيح، فراجع. و قد ينسب الى الرياض أيضا في النقد و النسيئة في مسألة تقدير الثمن.

ثالثها: مطلق التعهد الجامع بين صورتَي التلف و عدمه، فالتعهد في صورة البقاء يكون بحفظه و ردّه إلى صاحبه، و في صورة التلف بردّ مثله أو قيمته. يعني: أنّ ما يقتضي صحّحه التعهد- أي عدم المجانية- ففاسده أيضا كذلك. و أمّا كونه بالمثل أو القيمة أو المسمّى فلم يتعرض القاعدة لها حينئذ.

و تظهر الثمرة بين هذه التفاسير الثلاثة في شمول القاعدة أصلا للجهة غير المعوّضة الفاسدة، كشمول القاعدة لها على التفسير الثاني، لأنّه يصدق على صحيحها

عند تلف الموهوب أنه تلف في ملك المتهب، ففاسده أيضا كذلك، مع أنها داخلة في العكس، لحكمهم فيها بعدم الضمان.

وعدم شمولها على الأول والأخير، الموجب لعدم دخول الهبة المعوضة في أصلها، لعدم صدق التعهد بدفع المثل أو القيمة عند التلف في ملك المتهب على تقدير إرادة التعهد من الضمان، كما هو المعنى الثالث. كعدم صدق دفع البديل والعوض على تقدير إرادة لزوم و الدرك كما هو المعنى الأول، إذ التلف وإن كان في ملك المتهب، إلا أنه ليس من ماله الأصلي، لعدم دفعه شيئا في مقابلته بعنوان العوضية، فتدخل على التقديرين في عكسها، هذا.

كما تظهر الثمرة بين الأول والثالث في شمول الثالث لضممان الحيلولة، كمن أقرّ بمال زيد لعمرو، ثم أقرّ لزيد، فإنّ ضمان القيمة للمالك ضمان بمعنى التعهد الذي هو المعنى الثالث، دون الضمان بالمعنى الأول وهو لزوم البديل من المثل أو القيمة، لاختصاصه بصورة التلف. و المفروض في ضمان الحيلولة وجود العين. إلا أن يعمّم العوض والبديل بالنسبة إلى الموجود والتالف، فيدخل في المعنى الأول أيضا، لصدق دفع العوض على بدل الحيلولة، فيدفع البديل المزبور إلى مالك العين.

وكذا تظهر الثمرة في صدق المعنى الثالث- وهو التعهد- على الموجود والمعدوم واختصاص المعنى الأول بالمعدوم، إلا أن يعمّم كما عرفت آنفا.

وكيف كان ففي المعنى الأول الذي اختاره المصنّف قدّس سرّه: أنّ ردّ مال الغير إلى مالكه لاقتضاء العقد ذلك ليس ضمانا و دركا، فإذا كان المثل موجودا في يد البائع و ردّ المشتري الثمن لا يصدق أنّه أدّى دركه. بل يقال: إنّّه أدّى دينه. وكذا لو كان المبيع في يد المشتري، و ردّ الثمن إلى البائع.

لا يقال: إنّ الثمن درك المبيع، وكان الشيخ قدّس سرّه يعترف بذلك، ولذا فرض مورد التلف، ولا شبهة في أنّ دفع الثمن إلى البائع بعد تلف المبيع في يد المشتري ليس إلا

كدفعه في حال وجود المبيع سواء أ كان في يد البائع أم المشتري.

وعليه فتلف المبيع لا دخيل في الضمان بوجه، لأنّ العقد مع فرض صحته يقتضي الضمان أي رد الثمن إلى البائع مع وجود المبيع عند البائع أو المشتري. كما لا- دخيل في كيفية ردّ مال الغير بوجه، فتلف المبيع لا يعقل أن يكون مضمونا على مالكة، لعدم تعقل ضمان الشخص مال نفسه، كما أنّ ردّ مال الغير كالثمن إلى البائع ليس من قبيل الدرك. فما فرضه جامعا بين العقد الصحيح والفاسد- حتى لا يلزم التفكيك في معنى الضمان بين الصحيح والفاسد- لا يخلو من غموض، هذا.

وفي المعنى الثاني الذي زيّقه المصنف قدّس سرّه- وهو كون تلفه عليه، وأنّه يتلف مملوكا له- أولا: استدراك قيد المملوكية، إذ لا يعتبر في الضمان والتغريم كون التالف مملوكا للضامن، إلا بناء على قول من يقول بكون أداء البدل من باب التعاوض القهري شرعا بين التالف و بدله. لكنّه ضعيف كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و ثانيا: أنّ الإنسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفة، فتلف المال من الشخص لا يحقّ عنوان الضمان.

و ثالثا: أنّ مجرد تلف مال من شخص غير تلفه عليه، إذ معنى كون تلفه عليه ترتب تدارك التالف و جبران خسارته عليه بسبب التلف. و أمّا كون نفس التلف خسارة فهو خسارة منه بلا تدارك عليه. فعنوان «تلفه» الموجب لتداركه عليه هو معنى الضمان، و ذلك منحصر في الفاسد، فلا يكون بين تلفه منه و تلفه عليه جامع حتى يكون أحد مصداقيه في الصحيح و الآخر في الفاسد.

نعم مجرد شباهاة ضمان الصحيح بضمان الفاسد- إمّا من جهة كونه ذا بدل كما في التفسير الأوّل، و إمّا من جهة الخسارة كما في التفسير الثاني- يوجب حسن المقابلة مع الضمان في الفاسد، كما في قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا.

و ربّما يقال: في تصحيح عدم التفكيك المزبور: «بأنّ الضمان في الصحيح

و الفاسد كليهما بالمثل أو القيمة، فإنّ الضمان بالمسمّى في الصحيح قبل القبض، و هو خارج عن القاعدة التي أسّست لتشريع الضمان في موارد، و هو يتحقق بالقبض، و يقال:

إنّ بالقبض ينتقل الضمان. و معنى انتقاله أنّ المسمّى ينقلب بعد القبض بالمثل أو القيمة.

و معنى ضمان القابض بعد قبضه- مع أنّ المقبوض ملكه- أنّه لو تلف و طرأ عليه فسخ أو انفساخ و جب عليه ردّ المثل أو القيمة، و هو المضمون في الصحيح و الفاسد .. إلخ» (1).

فمحصل كلامه: أنّ القاعدة أجنبية عن ضمان المسمّى، فالضمان حينئذ هو تدارك المضمون بالمثل أو القيمة مطلقا. أمّا في العقد الفاسد فواضح، لكون الضمان فيه في صورة التلف بالمثل أو القيمة. و أمّا في العقد الصحيح فلأنّ الضمان فيه أيضا بعد التلف و الفسخ أو الانفساخ إنّما هو بالمثل أو القيمة، هذا.

و أنت خبير بما فيه، لأنّ حمل قوله: «كلّ عقد يضمن بصحيحه» على أنّه يضمن بعد فسخه و بعد تلف المبيع في غاية الغرابة، لأنّ المراد بالعقد حينئذ فسخه أو الفسخ بعد العقد و القبض و التلف، و هو يحتاج إلى التقدير من غير قرينة على أصله، و لا على تعيين المقدّر. و طرح الدليل أولى من ارتكاب ذلك بلا دليل، هذا.

مضافا إلى: أنّ قوله: «إنّ الضمان بالمسمّى قبل القبض، و هو خارج عن القاعدة، فإنّها أسّست لموارد ضمان اليد» تخريص منه، لعدم دليل على الخروج، و لا على تأسيسها لموارد ضمان اليد. فلو أريد بتلك القاعدة قاعدة اليد، فلا معنى لتغيير عبارته الصحيحة الجامعة بهذه العبارة المجملة المحتاجة إلى التأويل كما لا يخفى، هذا.

ثمّ إنّ المحقق الأصفهاني قدس سرّه فسّر الضمان بكون الشيء في العهدة. و هذا المعنى جامع بين موارد الضمان. قال في جملة ما أفاده: «و بالجملة: الضمان كما يناسبه معناه الأصلي كون الشيء في ضمن شيء، فإذا نسب إلى الشخص فمعناه: أنّه في ضمن

---

عهده. و هذا المعنى قد يكون بتسيب من الشخص كما في عقد الضمان بأنحائه حتى ضمان النفس، فإنّ مرجعه إلى تعهّد إحضاره. و كما في مطلق المعاوضات، لتعهّد كلّ منهما و التزامه بأخذ المال ببذله، و لذا عبّر عنه بضمان المعاوضة فليس مجردّ كونه ذا عوض أو مملوكا بعوض مناط الضمان، بل تعهّد أخذه ببذله هو المناسب للضمان.

وقد يكون بجعل من الشارع أو العرف كما في التغيرات الشرعية و العرفية، فإنّهما يعتبران المأخوذ أو المتلف في عهدة الشخص. و العهدة في كل مقام لها آثار تكليفية أو وضعية، و لكنه لا يختلف معنى العهدة باختلافها، فكون الضمان تارة ضمان المعاوضة، و أخرى ضمان التكفل، و ثالثة ضمان الغرامة، و هكذا، لا يوجب اختلافًا في معناه.

و بناء على ما ذكرناه في معنى الضمان فمفاد القاعدة: أنّه كل مورد كان عهدة مورد العقد على المتعاقدين في الصحيح فعهدته عليهما في الفاسد» (1) انتهى كلامه علا مقامه.

و أورد عليه: «- مضافا إلى أنّ ما ذكره في معنى الضمان و أصله اللغوي مخالف للعرف و اللغة. و الأوّل ظاهر. و يعلم الثاني بالمراجعة إلى كتب اللغة- بأنّ كلّ عهدة ليست ضمانا، فعهدة أداء الدين غير كونه ضامنا له، و الدّين متعلق بالعهدة، لكن المديون ليس ضامنا، و بناء العقلاء في باب البيع و نحوه على تسليم العوضين معنى غير الضمان في العرف و اللغة، فلا يقال بعد تحقق البيع: إنّ كلّا من المتبايعين ضامن للأداء أو للمال، و هو واضح، فلا جامع بما ذكر بين ضمان اليد و التزام المتبايعين لتسليم العين، إذ الثاني ليس بضمان» (2).

أقول: أمّا ما أفاده في مخالفة معنى الضمان عرفا فلم يظهر له وجه، إذ العرف يساعد على كون الضمان نوع تعهّد بشيء، و أنّ مناط الضمان عندهم هو التعهد

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 76

(2) كتاب البيع، ج 1، ص 262



---

والالتزام بأخذ شيء مع البذل، كالتقاضي الذي هو تمليك بالضمان.

وأما ما أفاده من كونه مخالفاً للغة، ففيه: أن في المصباح: «ضمنت المال وبه ضماناً فأنا ضامن وضمين التزمته» (1). وفي الصحاح: «ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن وضمين» (2) فإنّ التعهد بشيء في ذمته هو الموافق لمعناه اللغوي.

فما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه - من معنى الضمان - ليس مخالفاً لمعناه اللغوي، كما ليس مخالفاً لمعناه العرفي.

وأما ما أفاده بقوله: «بأنّ كلّ عهدة ليست ضماناً» فإنّ أريد به عدم صدق الضمان اللغوي عليه، ففيه ما عرفت من صدقه على مطلق التعهد والالتزام. وإنّ أريد به عدم صدق معناه العرفي على كلّ تعهد، ففيه: - مضافاً إلى رجوعه إلى الإشكال الأوّل، وهو مخالفة الضمان بهذا المعنى للضمان العرفي، وعدم كونه اشكالياً على حدة - أنّه وإن كان صحيحاً، لكنّ المقام - أعني به ضمان المقبوض بالعقد الفاسد - مما يصدق عليه الضمان العرفي.

نعم الإنصاف أنّ الضمان العرفي لا يصدق على العقد الصحيح المعاوضي، إذ لا يصدق الضمان على الثمن والمثمن، ولا الضامن على كلّ من المشتري والبائع بالنسبة إلى ما انتقل عنه. فما أفاده المحقق المتقدّم لا يكون جامعاً بين العقد الصحيح والفاسد حتّى لا يلزم التفكيك في معنى الضمان بين الجملتين.

ولعلّ الأولى أن يقال: إنّ الضمان عبارة عن كون مال الغير في العهدة، فيجب دفع عينه مع وجوده، وبدله مع تلفه حتى يخرج عن عهده. وهذا ما يساعده العرف واللغة.

وليس معناه لزوم التدارك بالعوض الواقعي حتّى يغيّر الضمان في العقد الفاسد الضمان

---

(1) المصباح المنير، ص 364

(2) صحاح اللغة، ج 6، ص 2155

في العقد الصحيح، ويلزم التفكيك بينهما، بل لزوم التدارك مثلاً أو قيمة- كلزوم دفع العين بنفسها إن كانت موجودة- من أحكام الضمان بالمعنى المزبور، وهو كون مال الغير في العهدة، فلا يلزم تفكيك في معنى الضمان بين الجملتين.

و توضيحه: أنه إذا باع زيد كتاب المكاسب مثلاً على عمرو ودينار بيعاً صحيحاً، فهنا أمور:

الأول: الخسارة الواردة على كلّ منهما بخروج الكتاب عن ملك زيد، و خروج الدينار عن ملك عمرو، و هذه الخسارة تجبر بكلّ من العوضين.

الثاني: ضمان زيد الكتاب قبل قبض المشتري له، و ضمان عمرو للدينار قبل قبض البائع له، فلو تلف الكتاب كانت خسارته على زيد. كما أنه إذا تلف الدينار كانت خسارته على عمرو، و هذا ضمان المعاوضة.

الثالث: أنه بعد التقابض إذا طرء فسخ بإقالة أو غيرها أو انفساخ، فإن كانت العين باقية دفعها القابض إلى المالك. و إن كانت تالفة دفع بدلها مثلاً أو قيمة إليه. و هذا يدلّ على ضمان القابض، و إلا امتنع الفسخ مع التلف، لانتفاء الموضوع.

و القول بامتناع ضمان القابض، لأنّه ماله، و لا يضمن الإنسان مال نفسه، مندفع بأنّه لا مانع من هذا الضمان إذا كان موضوعاً لحقّ الغير، كإتلاف الراهن العين المرهونة، فإنّه ضامن لها مع أنّها ماله.

و كذا إتلاف المالك منذور التصدّق، أو العين الزكويّة بعد تعلق حق الفقراء بها، بناء على عدم كون الزكاة جزءاً من العين، إذ بناء عليه يكون الضمان تداركاً لمال الغير لا لمال نفسه.

و كيف كان فإن كان تطبيق الضمان في العقد الصحيح بلحاظ الأمر الأول فليس ذلك من الضمان المصطلح، ضرورة أنّ كلّاً من العوضين صار ملكاً لمن انتقل إليه، فلا يكون ضمانه تداركاً لمال الغير.

وإن كان بلحاظ الأمر الثاني فكذلك، لأنّ تلف المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع ورجوع المبيع إلى ملك البائع، فيتلف في ملكه لا في ملك غيره، فيكون الضمان المصطلح أجنبيًا عنه أيضًا.

وإن كان بلحاظ الأمر الثالث كان إطلاقه على الصحيح والفاقد بمعنى واحد، إذ معنى الضمان فيهما هو كون مال الغير في العهدة، فمع وجوده يجب ردّ عينه إلى مالكها، ومع تلفه يجب ردّ بدله من المثل أو القيمة إليه. نعم يكون الضمان بهذا المعنى في الصحيح تبعيًا، لترتبه على انحلال العقد، وفي الفاسد أصلًا، لعدم توقفه على شيء.

وعليه فلا يلزم تفكيك بين معنى الضمان في الفقرتين. بخلاف تفسير المصنّف تبعًا للجواهر للضمان في الفقرة الأولى بالمسمّى، فإنّه يستلزم التفكيك بين الفقرتين في معنى الضمان، فلاحظ.

فالمتحصل: أنّه على ما ذكرناه من كون الضمان عبارة عن التعهد والالتزام بمال الغير- وكون حكم هذا التعهد تارة وجوب دفع عينه مع وجودها، بناء على كون ردّ العين أيضًا ضمانًا. وأخرى دفع بدلها من المثل أو القيمة مع تلفها، لعموم على اليد وغيره- لا يلزم اختلاف في معنى الضمان ومفهومه. واختلاف الأحكام ناش عن الأدلة كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتعلقة بمعاني الضمان.

الجهة الثالثة: أنّ العموم في قاعدة «ما يضمن بصحيحه .. إلخ» هل هو بلحاظ أنواع العقود أم بلحاظ الأصناف أم بلحاظ الأشخاص؟ وقبل الخوض فيه لا بدّ من تقديم أمرين:

الأول: أنّ التقسيم ظاهر في فعلية أقسامه كما هو ظاهر.

الثاني: أنّ القضية الحقيقية وإن كان الموضوع فيها مفروض الوجود، إلاّ أنّه لا بدّ أن يكون المفروض وجوده ممكن الفعلية، فإن كان ممتنع الفعلية لم يصحّ جعله

---

موضوعا للجعل و التشريع، إذ يلزم حينئذ لغوية إنشاء الحكم له.

إذا عرفت هذين الأمرين تعرف أنه لا يصح أن يكون عموم القاعدة بلحاظ الأفراد، إذ معنى العبارة حينئذ: كل فرد و شخص من أفراد العقد إذا كان صحيحه مضمونا ففاسده أيضا مضمون. و من المعلوم أنّ الفرد إمّا يقع فعلا صحيحا أو فاسدا، و يمتنع اتصافه بالصحة و الفاسد معا لتناقضهما، إذ المراد بهما التمامية و عدمها. فاتصافه بهما يكون فرضيا، و لا يمكن أن يكون فعليًا، فلا يصح جعله موضوعا لحكم.

فما في بعض كلمات الأعلام - كصاحب الجواهر و بعض أجلة المعاصرين «1» - من «كون عموم القاعدة بلحاظ الأفراد» في غاية الغموض: و إن فرضنا ظهور مثل هذا الكلام في العموم الأفرادي، كقوله: «أكرم كلّ عالم» لكنّه لا يمكن المصير إلى ذلك فيما نحن فيه كما لا يخفى.

و الاعتذار عن إشكال امتناع اتّصاف فرد واحد بالصحة و الفساد بما في القواعد الفقهية من قوله: «ليست هذه الجملة بهذه الصورة و هذه الألفاظ واردة في آية أو رواية معتبرة حتّى نقول يجب الأخذ بظاهرها، و ظاهرها كذا و كذا، بل لا بدّ من الأخذ بها بمقدار ما يدلّ عليه مدرّكها» اعتراف بورود الأشكال على ظاهر الجملة، و إنكار لاعتبارها، لعدم ورودها في آية و لا رواية معتبرة و لا معقد إجماع.

و ليس هذا جوابا عن الاشكال، بل هو اعتراف به مع إنكار اعتبار أصل القضية، و هذا مطلب آخر.

هذه جملة مما يتعلّق بالقاعدة، و بقي بعض الكلام حولها سيأتي إن شاء الله تعالى.

---

(1) جواهر الكلام، ج 27، ص 247؛ القواعد الفقهية، ج 2، ص 96

[الأول: إقدام المتعاملين]

ثم إنَّ المدرك (1) لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك- في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل- هو إقدام الآخذ على الضمان.

---

مستند قاعدة «ما يضمن» الأول: إقدام المتعاملين

(1) هذا شروع في تحقيق ما يمكن أن يستدل به على القاعدة، وهو أمور، قاعدة الاقدام، وحديث «على اليد» وقاعدة الاحترام، وقاعدة نفي الضرر. وسيأتي بيانها مرتباً إن شاء الله تعالى.

الأول: قاعدة الإقدام على الضمان التي ذكرها في رهن المسالك وتوضيحه: أنه إذا رهن المديون مالا عند المرتهن واشترط فيه كون العين المرهونة مبيعا بالدين إذا حلَّ الأجل ولم يؤدِّ المديون دينه، فهل يصحَّ ذلك أم لا؟

ذهب الشهيد الثاني قدس سره إلى أن الرهن والبيع فاسدان. أمّا الرهن فلائّه لا يتوقّت إلا بوفاء الدين، لا بالأجل كشهر أو سنة مثلاً. وأمّا البيع فلائّه معلق على عدم وفاء الدين، والتعليق مبطل، ثم قال: «فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل، لا قبله، لأنّه في مدّة الأجل رهن فاسد، وبعده مبيع فاسد. وفساد كل عقد يتبع صحّحه في الضمان وعدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك. وحيث كان صحيح البيع مضموناً على المشتري، ففاسده كذلك. والسّرّ في ذلك- يعني في الضمان- أنّهما تراضيا على لوازم العقد، فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان. ودفع المالك عليه. مضافاً إلى قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» [1] «1» [1].

---

[1] لا يخفى دلالة هذا الكلام على استناد قاعدة «ما يضمن» إلى الاقدام واليد،

---

(1) مسالك الأفهام، ج 4، ص 55 و 56

ص: 114

ثم أضاف إلى ذلك (1) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

و الظاهر أنه (2) تبع في استدلاله بالاقدام الشيخ في المبسوط، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين «بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة» (1).

---

و غرض المصنّف قدّس سرّه من الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني أنّه قدّس سرّه استدللّ على ضمان الرهن بعد الأجل بقاعدة «ما يضمن» ثم استدلل عليها بقاعدة الإقدام على الضمان. و عليه فمدرك قاعدة «ما يضمن» هو الإقدام.

(1) يعني: أنّ الشهيد الثاني لم يقتصر - في مستند القاعدة - على الاقدام فحسب، بل جعل الحديث النبوي دليلا عليها أيضا.

(2) يعني: أنّ استدلال الشهيد الثاني بقاعدة الإقدام مسبق باستدلال شيخ الطائفة بها - في موارد عديدة - على الضمان.

---

كما نقله المصنّف عنه. لكنّه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد جعل القاعدة دليلا مستقلا على الضمان كاليد و الاقدام، و لا بدّ أن يكون مدرك القاعدة أمرا آخر بنظره، قال في شرح قول المحقق: «و لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه» ما لفظه: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلا بالفساد، لأنّه أقدم على أن يكون مضمونا عليه، فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفریط. و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي. و من القواعد المقرّرة في هذا الباب: أنّ كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» (2).

و هذا يقتضي أن يكون للقاعدة مدرك آخر غير الاقدام و اليد، حتى يصح جعلها دليلا ثالثا على الضمان، إذ لو كان مستندا الاقدام و اليد المذكورين في العبارة كانت العبرة بهما، لا بقاعدة ما يضمن، فتأمل في كلامه.

---

(1) تقدمت جملة من كلمات الشيخ في ص 58، فراجع.

(2) مسالك الافهام، ج 3، ص 154

ص: 115

و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل (1)، لأنهما إنّما أقدما و تراضيا و توطأنا بالعقد الفاسد على ضمان خاص (2)، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص (3). و مطلق (4) الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى. فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله، و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

(1) ناقش المصنّف قدّس سرّه في الاستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «ما يضمن» بوجه ثلاثة، أحدها: منع صغروية العقد الفاسد لقاعدة الإقدام. ثانيها: منع الملازمة بين الإقدام و الضمان. ثالثها: منع قاعدة الإقدام كبرويًا، بمعنى عدم كونها من موجبات الضمان.

توضيح الوجه الأول: أنّ الضمان في العقد المعاوضي - الممضى شرعا - يكون بحسب العوض المسمّى. و في العقد الفاسد بحسب البديل الواقعي. و على هذا نقول:

بعدم صلاحية قاعدة الإقدام للاستدلال بها، و ذلك لأنّ الضمان الخاصّ و هو ضمان المسمّى - الذي أقدما عليه و تراضيا به - لم يسلم، لفساد سببه أعني به العقد. و الضمان الآخر - و هو ضمان البديل مثلا أو قيمة - ممّا لم يقدم عليه، فلو ثبت ضمان مع التلف لم يكن ذلك بقاعدة الإقدام، بل بدليل آخر.

فتوجيه الضمان في العقد الفاسد بقاعدة الإقدام في غير محلّه، إذ المقدم عليه - و هو الضمان المعاوضي - غير واقع، و الواقع - أعني به الضمان بالمثل أو القيمة - غير المقدم عليه، كما هو ظاهر.

(2) أي: الضمان الجعلي، كما إذا باع الكتاب بدينار، و كان قيمته السوقية أزيد أو أقلّ من الدينار.

(3) و من المعلوم عدم العبرة بالإقدام على الضمان الجعلي، لعدم إمضاء الشارع له، فهذا الإقدام يكون بحكم العدم.

(4) إشارة إلى توهم و دفعه. أمّا التوهم فهو: أنّ الإقدام على الضمان الخاص

هذا كله مع أنّ (1) مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب، إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض [1]، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع

---

وإن كان منتفيا من جهة فساد العقد. إلا أنّ انتفاء الضمان الجعلي لا يوجب انتفاء إقدامهما وتراضيهما على مطلق الضمان، ضرورة عدم تواطئهما على المجانيّة، و من المعلوم أنّ مطلق الضمان ينصرف إلى البديل الواقعي. و عليه فلا بأس بجعل قاعدة الإقدام على الضمان و الدخول عليه مدركا لقاعدة «ما يضمن».

وأمّا الدفع فهو: أنّ ما أقدم عليه المتعاقدان ضمان خاصّ، وهو المعاوضي، و المفروض انتفاؤه بفساد العقد، و ينتفي مطلق الضمان أيضا، و الضمان بالبديل الواقعي يتوقّف على الإقدام و الرضا به، و هو غير حاصل حسب الفرض.

و عليه فثبوت الضمان بالبديل الواقعي في العقد الفاسد منوط بدليل يدلّ عليه، و لا ربط له بإقدام المتعاقدين عليه.

(1) هذا هو الوجه الثاني من المناقشة في استدلال الشيخ و الشهيد الثاني قدّس سرّهما بقاعدة الإقدام، و بيانه: أنّ النسبة بين المدعى - و هو قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده - و بين الإقدام الذي استدلاّ به عليه عموم من وجه، مع أنّه يعتبر كون الدليل مساويا للمدعى أو أعمّ منه مطلقا. و هذا الضابط مفقود في المقام، ضرورة اجتماع الضمان و الإقدام تارة و افتراقهما اخرى. فقد يكون الإقدام متحققا و لا ضمان كما في تلف المبيع قبل القبض، فإنّه يتلف من مال بائعه، مع أنّ المشتري أقدم على ضمانه بالثمن المسمّى في العقد الصحيح، و ليس بضامن له. و قد لا يكون إقدام على الضمان - في العقد الفاسد - و مع ذلك يتحقق الضمان، كما في الأمثلة المذكورة في المتن:

---

[1] لكن موضوع كلامهم يكون بعد القبض، فمقصودهم من كون الإقدام موجبا للضمان أنّه موجب له في المقبوض، فلا- يرد النقض المذكور.



إذا تلف في يد المشتري. و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو: «آجرتك بلا اجرة».

نعم (1) قوَى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، و استشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم (2).

أحدها: البيع بلا- ثمن، فإنّ المشتري لم يقدم على ضمان المبيع، لفرض توافقهما على انتقال المبيع إليه مجردا عن الثمن. مع أنّ جمعا حكموا بضمان المشتري، و كون المبيع على عهده، فلو تلف و جب عليه دفع بدله إلى البائع.

ثانيها: الإجارة بلا اجرة، كما إذا آجر المالك داره لزيد شهرا بلا أجرة، فإنّ المستأجر ضامن لاجرة المثل، مع عدم إقدامه على الضمان.

ثالثها: شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري: بأن يقول البائع:

«بعتك هذا الكتاب بدينار، بشرط أن يكون تلفه عندك عليّ» فقبل المشتري.

فلو تلف عنده لم يكن الضمان على البائع، بل على المشتري، مع أنّه لم يقدم عليه.

هذا كلّه في موارد افتراق الضمان و الاقدام. و أمّا مورد الاجتماع فكثير، كما إذا باع الكتاب بدينار بعقد صحيح، و تلف بيد المشتري، فإنّ الاقدام و الضمان متحققان.

فالنتيجة: أنّ النسبة بين المدعى و دليله- و هو الاقدام- عموم من وجه، و في مثله لا يصح الاستدلال.

(1) هذا استدراك على جعل المثالين الأخيرين- و هما البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة- من موارد وجود الضمان بدون الاقدام عليه. و محصّ له: أنّ ضمان المشتري و المستأجر في هذين المثالين ليس متّققا عليه، لذهاب الشهيدان قدّس سرهما إلى عدم الضمان، فالمسألة خلافية.

و عليه فمثال وجود الضمان بدون الاقدام هو ضمان المشتري للمبيع التالف بيده، مع شرط ضمانه على البائع.

(2) تقدم في (ص 93 و 94) توضيح المسألة، و نقل كلام الشهيدان في الإجارة بلا أجرة، و كلام العلامة في البيع بلا ثمن، فراجع.

وبالجملة (1): فالدليل الاقدام - مع أنه (2) مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله - منقوض (3) طردا وعكسا [1].

(1) ظاهر العبارة أنها تلخيص ما تقدّم من الاشكال على الاستدلال بقاعدة الإقدام، لكنّها تتضمّن إشكالا ثالثا على القاعدة لم يسبق له ذكر، وكان الأنسب تقديمه على الإشكالين السابقين، ومحصّله: أنّا نطالب الشيخ والشهيد الثاني قدّس سرهما بالدليل على كون الاقدام من أسباب الضمان، نظير سببية إتلاف مال الغير واستيفاء منفعته والتسبب ونحوها له. فلو أغمضنا عن الإشكالين السابقين لم يتّجه أيضا جعل الاقدام مدركا لقاعدة «ما يضمن» لعدم إحراز اقتضائه للضمان، هذا.

(2) هذا هو الاشكال الثالث الذي أشرنا إليه من عدم الدليل على كون الاقدام من موجبات الضمان وأسبابه.

(3) النقض بالطرد والعكس هو ما تقدّم في الاشكال الثاني، والمراد بالطرد منع الأغيار، وهو يقتضي انتفاء الضمان بانتفاء الاقدام، مع أنّ الضمان موجود بدون الاقدام كما في البيع بلا ثمن ونحوه. والمراد بالعكس جمع الأفراد، بمعنى ثبوت الضمان في كلّ مورد تحقّق فيه الاقدام، مع أنّه قد يتحقّق الاقدام، ولا ضمان، كما في البيع الصحيح إذا تلف المبيع بيد البائع.

والحاصل: أنّ قوله: «طردا وعكسا» إشارة إلى أنّ النسبة بين الدعوى والدليل عموم من وجه. ولعلّ التعبير بالعكس والطرد في مثله لا يخلو من مسامحة.

[1] لا يخفى أنّ شيخ الطائفة كما استدللّ على الضمان بقاعدة الإقدام المعبر عنها «بالدخول على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمّى» كما نقلنا مواضع من كلماته، فكذلك استدللّ - كالشهيد الثاني - بقاعدة اليد، فيمكن أن يكون نظره إلى كلّ منهما مستقلا. و من مواضع استناده إلى الضمان اليدي قوله في تعاقب الأيدي في البيع الفاسد:

«فإذا ثبت أن البيع فاسد، نظر، فإن كان المبيع قائما أخذه مالكة وهو البائع الأوّل، سواء

---

وجده في يد المشتري الأول أو المشتري الثاني، لأنّه ملكه لا حقّ لغيره فيه. وإن كان تالفا كان له أن يطالب بقيمته كل واحد منهما، لأنّ الأول لم يبرأ بتسليمه إلى الثاني، لأنّه سلّمه بغير إذن صاحبه، والمشتري الثاني قبضه مضمون بالإجماع.

فإذا ثبت ذلك فإنّه يجب عليه أكثر ما كانت قيمته. وقيل: إنّه يعتبر قيمته وقت التلف. ثمّ ينظر في قيمة المبيع، فإن كانت قيمته في يدهما واحدة فإنّه يطالب بقيمته إن شاء المشتري الأول، وإن شاء المشتري الثاني، لأنّ كل واحد منهما ضامن للقيمة.. إلخ» (1).

وقريب منه كلامه في باب الغصب في بيع العبد المغصوب إذا أعتقه المشتري، فيضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين العتق، قال: «لأنّه دخل على أنّه عليه بعوض، وقد تلف في يده.. إلخ» (2).

وعليه فالاستدلال على الضمان بكلّ من قاعدتي اليد والاقدام موجود في كلام شيخ الطائفة قدّس سرّه. فلا وجه للإيراد على المصنّف قدّس سرّه بما حاصله: «أنّه لا موضوع للإشكال على استدلال الشيخ بقاعدة الإقدام، لأنّ المتكرر في كلماته في باب البيع الفاسد والغصب وغيرهما هو استناد الضمان إلى اليد، كقوله: وإنّما وجب الضمان عليه- أي على المشتري- لأنّه أخذ الشيء بعوض، فإذا لم يسلم العوض المسمّى وجب عوض المثل لما تلف في يده.. إلخ» (3) «(4).

وذلك لما عرفت من استناد الشيخ إلى كلتا القاعدتين، كما صنعه الشهيد الثاني أيضا. ولعلّه اقتبس منه، وحينئذ ينبغي النظر في كل من اليد والاقدام.

---

(1) المبسوط، ج 2، ص 150

(2) المبسوط، ج 3، ص 98

(3) المبسوط، ج 2، ص 149

(4) كتاب البيع، ج 1، ص 270

---

أمّا اليد فتقتضي الضمان، لأنّ الاستيلاء على مال الغير- ما لم يطرأ عليه ما يرفع الضمان من قصد المجانية- مضمّن، و الضمان الاقداامي على مبادلة المالمين كالعدم في نظر الشارع، فيؤثر الاستيلاء المقتضي للضمان أثره.

و أمّا الاقدام فقد أنكر المصنف إقدامهما على ضمان المثل أو القيمة، و إنّما أقدا على ضمان خاصّ و هو عوض جعلي لم يسلم لهما، فلا وجه لاستناد البديل الواقعي إلى الاقدام.

و أورد المحقق الخراساني عليه بوجهين، قال قدّس سرّه: «يمكن أن يقال: بأنّهما أقدا على أصل الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاص، و الشارع إنّما لم يرض الضمان الخاصّ، لا أصله. مع أنّ دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إمضائه، فافهم» (1).

أمّا الإشكال الأوّل فيمكن أن يقال: إنّ ما أقدم عليه المتعاقدان حصّة من الضمان أي المسمّى، و دليل فساد العقد يدلّ بالملازمة على انتفاء هذه الحصّة، و معه لا يعقل بقاء طبيعة الضمان الموجودة بوجود هذه الحصّة.

و بعبارة أخرى: المضمون المقدم عليه مقيّد من أوّل الأمر بالمسمّى، و لا تركيب و لا اشتراط في البين حتى يتصوّر بقاء المشروط بعد انتفاء الشرط، أو بقاء الجزء بعد انتفاء المركّب.

هذا مضافا إلى غموض «تحقق الاقدام على أصل الضمان في ضمن الاقدام على الضمان خاصّ» فإنّ الإقدام على الحصّة و إن كان متضمنا للإقدام على طبيعي الضمان، إلّا أنّ المفروض إلغاء هذه الحصّة شرعا. و جعل حصّة أخرى و هي البديل الواقعي- من المثل أو القيمة- مقامها، و من المعلوم انتفاء الطبيعة بانعدام حصّتها، هذا.

و أمّا الإشكال الثاني، فلا يخلو من إجمال في نفسه، لأنّ مرجع ضمير «عدم إمضائه» إن كان هو الضمان الخاصّ بمعنى عدم دلالة دليل فساد العقد على عدم

---

(1) حاشية المكاسب، ص 31

---

الضمان الخاصّ، ففيه: أنّ دليل الفساد يستلزم انتفاء الضمان بالمسمّى، لانهصار الدالّ عليه في دليل إمضاء العقد، و مع فرض الفساد كيف لا ينتفي الضمان الخاصّ؟

وإن كان مرجع الضمير مطلق الضمان، بأن يراد عدم اقتضاء دليل فساد العقد انتفاء مطلق الضمان- كما لعله المراد- ففيه: أنّه وإن كان محتملا ثبوتها، إلا أنّ الضمان حكم شرعي يتوقف على دليل في مقام الإثبات، و المفروض عدم الدليل عليه بعد حكم الشارع بإلغاء ضمان المسمّى. و كيف يكون إقدام المتعاملين على أصل الضمان مع أنّه أمر قصدي؟ و المقصود هو الضمان بالعوض الجعلي «1».

و بهذا يسلم أوّل إشكالي الماتن- على شيخ الطائفة- عن مناقشة المحقق الخراساني قدّس سرّهما.

إلا أنّه لا يبعد- كما أفاده المصنّف أيضا- أن يكون مراد شيخ الطائفة احترام المال، و عدم ذهابه هدرا، إلا إذا سلب المالك احترامه، بأن بذله للغير مجّانا. فإذا لم يقدم المتعاقدان على المجّانية كان الضمان في محلّه، لكونه حينئذ على طبق السيرة العقلانية الممضاة شرعا. فمراد شيخ الطائفة من الاقدام على الضمان بيان عدم الاقدام على المجّانية، و سلب احترام ماله.

و على هذا لا يرد الإشكال الأوّل المذكور في المتن على شيخ الطائفة قدّس سرّه.

و أمّا الإشكال الثاني- و هو قوله: إذ قد يكون الاقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض .. إلخ- فيمكن أن يقال: إنّ الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد، فالإقدام مع القبض دليل القاعدة، لا مجرد الاقدام. فلا يرد عليه هذا النقض.

و أمّا قضية شرط الضمان على البائع فلا ترد على قاعدة الإقدام، لأنّ الضمان المعاوضي موضوع عند الشيخ للحكم بضمان المثل أو القيمة مع عدم صحة المعاوضة و عدم سلامة المسمّى. و شرط الضمان على البائع لا ينافي إقدام المشتري على ضمان

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 77

اللهم إلا أن يستدلّ على الضمان فيها (1) بما دلّ على احترام مال المسلم،

الدليل الثاني: قاعدة الاحترام

(1) أي: في المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة، وهذا إشارة إلى دليل ثالث على قاعدة «ما يضمن». وظاهر العبارة وإن اقتضى الاستدلال على ضمان المنافع خاصة، إلا أنّ الدليل - وهو احترام مال المسلم - عام، لصدق الموضوع - أي المال - على الأعيان والمنافع معاً، وإن كان صدقه على الأعيان أوضح.

وعلى هذا فقاعدة الاحترام دليل على قاعدة «ما يضمن» مطلقاً سواء أكان العقد على تملك الأعيان أم المنافع.

وكيف كان، فقاعدة الاحترام مصطادة من طوائف ثلاث من الأخبار:

الأولى: ما دلّ على عدم حليّة مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه، كمعتبرة سماعة وزيد الشّحّام عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: «إنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرء مسلم

المسمّى. نعم لم يقدم المشتري على ضمان المثل أو القيمة، وهو ليس موضوعاً للضمان.

وأما البيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر فلا يندرجان في القاعدة موضوعاً، لعدم كونهما عقداً، إذ البيع والإجارة متقوّمان بالعوضين، فانتفاء أحدهما يوجب انتفاء ماهيّتهما، ولعلّهما يندرجان في الهبة والعارية. غاية الأمر أنّهما قد أنشئتا بلفظي البيع والإجارة، فهما من صغريات «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بناء على صحة إنشائهما بهذين اللفظين. لكن الحقّ عدم صحّته.

ولا بدّ أن يكون النقض بمورد مسلم، والشهيدان اختاروا عدم الضمان في الإجارة بلا أجر، واستشكل العلامة في الضمان في البيع بلا ثمن.

وبالجملة: فلا يرد شيء من النقوض المزبورة على شيخ الطائفة قدّس سرّه.

ولا ماله إلا بطيبة نفس منه [نفسه]» (1).

و كرواية تحف العقول عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أنه قال في خطبة حجة الوداع:

أيها الناس إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه» (2).

ونحوهما مما ذكرناه في أدلة لزوم المعاطاة، فراجع (3).

و تقريب دلالتها على الضمان: أن الحرمة المسندة إلى مال المسلم أو المؤمن يراد بها حرمة التصرف، و من المعلوم أن التصرف في المال أعم من الخارجي كما في الأعيان المتمولة التي ينتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع كالأكل و الشرب و اللبس و نحوها. و من الاعتباري كالبيع و الصلح و الهبة و الوقف و نحوها. و لا ريب في أن الحرمة تكليفية في التصرف الخارجي، و وضعية في الاعتباري. و حرمة المال تقتضي ضمان المتصرف فيه، هذا.

الثانية: ما دل على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه، كمعتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه» (4).

و تقريب دلالتها على الضمان: أنه صلى الله عليه وآله وسلم نزل حرمة مال المؤمن منزلة حرمة دمه، و عموم التنزيل يقتضي ثبوت كل حكم ثبت للدم- من التكليف و الوضع- للمنزل و هو المال، و من المعلوم أن الدم لا يذهب هدرا، و هذا هو المناسب لمقام المسلم و عظم شأنه، لا مجرد حرمة إراقة دمه تكليفا. فمقتضى عموم التنزيل

(1) وسائل الشيعة، ج 3، ص 424، الباب 3 من أبواب مكان المصلي الحديث 1؛ و الرواية بتمامها مذكورة في ج 19، ص 13، الباب 1 من أبواب قصاص النفس، الحديث 3

(2) المصدر، ص 425، الحديث: 3

(3) هدى الطالب، ج 1، ص 516

(4) وسائل الشيعة، ج 8، ص 610، الباب 158 من أبواب أحكام العشرة، الحديث 3

- بعد عدم قرينة على خصوص الحكم التكليفي - احترام ماله بكل احترام لدمه، و من الواضح أن احترام دمه بعدم إراقته و بدفع الدية - لو أهرق - حتى لا يذهب هدرا، فكذا المال، فينبغي ضمانه لو تلف بيد المتصرف، هذا.

الثالثة: ما ورد فيها من التعليل بعدم صلاحية ذهاب حق أحد، كمعتبرة الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (1).

و تقريب دلالة التعليل هو: أن المراد بالحق أعم من الحق المالي وغيره، لإطلاقه تارة على المال كالخمس و الزكاة و نحوهما، كقوله تعالى الَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلنَّاسِ وَالْمَحْرُومِ، و كقوله عليه السلام: «هلك الناس في بطونهم و فروجهم، لأنهم لم يؤدوا إلينا حقنا». و أخرى على الحق المصطلح المقابل للحكم و الملك، كحق الوصية، كما ورد في موثقة سماعة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الذمة؟ فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (2) إذ المراد بالحق - في التعليل - هو حق الوصية الثابت للمسلم.

و على هذا فيدل التعليل على أنه إذا ثبت حق شخص على غيره لم يصح ذهابه و فواته بغير عوض، و هذا معنى الضمان.

و قد تحصل من هذه الطوائف الثلاث حرمة مال المسلم و ضمانه. و لما كان صدق «المال» على المنافع و الأعمال المحترمة حقيقيا كصدقه على الأعيان، دلت قاعدة الاحترام على قاعدة «ما يضمن» مطلقا سواء أ كان متعلق العقد عينا أم منفعة، هذا.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 390، الباب 20 من أبواب أحكام الوصايا، الحديث: 3

(2) المصدر، ص 391، الحديث 5



وأنه (1) لا يحلّ إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

### [الدليل الثالث: قاعدة نفي الضرر]

مضافاً إلى أدلّة نفي الضرر (2) [1].

---

(1) هذا وقوله: «وأن حرمة ماله» و«وأنه لا يصلح» معطوفة على قوله:

«احترام» عطف تفسير، فالمراد بالكلّ قاعدة واحدة وهي قاعدة الاحترام المستفادة من النصوص المتفرقة. ويشهد لهذا قوله بعد أسطر، «لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر» فليس مقصود المصنف جعل كلّ طائفة من الطوائف الثلاث دليلاً مستقلاً على ضمان المنافع والأعمال.

الدليل الثالث: قاعدة نفي الضرر

(2) هذا إشارة إلى دليل آخر على القاعدة، وهو الأخبار المتضمنة لنفي الضرر والضرار في الإسلام، حيث إنّ تلف مال شخص - بلا عوض - عند غيره بدون إذن مالكه يوجب نقص ماله وتضرره، وكذا الحال في استيفاء منفعة الغير بدون أجره.

ولا يخفى أنّ الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على المقام مبنيّ على كون مفاد عموم نفي الضرر نفيه مطلقاً وإن كان ناشئاً عن عدم جعل الحكم كالمقام، حيث إنّ المالك يتضرر من عدم حكم الشارع بضمان المنفعة، ومقتضى حكومة القاعدة على أدلّة الأحكام الأوليّة نفيها، سواء أكانت وجوديّة كوجوب الوضوء الضروري، أم عدميّة كعدم ضمان المستوفي لمنفعة مملوكة للغير، فيحكم بالضمان لئلا يتضرر المالك أو العامل.

---

[1] قد يستشكل في دلالة قاعدة الاحترام على الضمان بالتلف: بأنّ تنزيل حرمة مال المؤمن أو المسلم منزلة حرمة دمه يقتضي وجوب حفظه وعدم إتلافه حتى

لا يذهب هدرا. و أمّا مجرّد تلفه عنده بأفة سماوية فلا ظهور لها في ضمانه و وجوب تداركه بالبدل.

و كذا الحال في روايات الشهادة على الوصية، فإنّ عدم صلاحية ذهاب حق أحد ظاهر في حرمة تضييعه، و إشغال ذمته بالإتلاف. و الكلام يكون في التلف.

لكن يمكن أن يقال: بأنّه- بعد عدم اختصاص الحرمة بالتكليف و استفادة الحكم الوضعي منها كما هو الظاهر- لا وجه للاختصاص بالإتلاف، إذ المقبوض بالعقد الفاسد ليس أمانة مالكية بيد المشتري حسب الفرض، و مقتضى إطلاق دليل الحرمة على الضمان هو الحكم به مطلقا سواء أ كان بالتلف أم بالإتلاف، و لا قرينة على إرادة الإتلاف خاصّة من حرمة مال الغير.

و عليه فالقاعدة سليمة من هذه المناقشة. و للكلام تتمّة تأتي في ضمان المنافع إن شاء الله تعالى.

و أمّا قاعدة نفي الضرر فقد تشكل أولا: بأنّها أخصّ من المدعى، فإن التالف في العقد الفاسد مضمون بالبدل الواقعي، و ربّما كان أكثر مائيّة من البدل المسمّى، فلو قيل بالضمان الواقعي كان مخالفا لامتنائيّة القاعدة، لتضرّر المشتري الذي تلف المبيع عنده مع عدم تقصيره في الحفظ. نعم لا بأس بإثبات الضمان لو كان البدل الواقعي مساويا للمسمّى أو أقلّ منه.

و ثانيا: باختصاص القاعدة بالإتلاف الذي هو موردها، و ذلك أجنبي عن التلف الذي هو محطّ البحث، لإصرار سمة بالإضرار بالأنصاري و تعمّده فيه.

إلا أن يقال: إن العبرة: بعموم الوارد- و هو لا ضرر- لا بخصوصية المورد و هو الإضرار، بل الغرض نفي الضرر في أحكام الإسلام عن المؤمنين سواء كان الضرر من قبيل التلف أم الإتلاف، فليتأمل.

و أمّا (1) خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة (2)، و سنده منجبراً، إلا أنّ مورده مختصّ بالأعيان (3) [1]،

الدليل الرابع: حديث «على اليد...»

(1) هذا إشارة إلى الدليل الرابع على قاعدة «ما يضمن» وقد ورد ذلك في كلام الشهيد الثاني قدس سرّه و محصّله: أنّ النبي «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» لا بأس به سنداً، لانجبار ضعفه بعمل المشهور، إلا أنّه أخصّ من القاعدة، لاختصاص المأخوذ باليد بالأعيان، لأنّها هي القابلة للأخذ. فتختصّ القاعدة بالعقود المعاوضية الواقعة على الأعيان كالبيع و الصلح المعاوضي و الهبة المشروطة بالعرض - بناء على تعميم الاقتضاء للشرط - و لا تشمل العقود الواقعة على المنافع كالإجارة الفاسدة، لأنّها تملك المنفعة، و هي لا تؤخذ باليد، و كذا الجعالة الفاسدة، مع أنّ قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» تشمل تملك المنافع أيضاً.

و عليه يكون النبيّ أخصّ من المدعى، فلا وجه لاستدلال الشهيد الثاني قدس سرّه به على المقام.

(2) يعني: أنّ دلالة الحديث على الضمان ظاهرة، لما تقدم من أنّ إسناد الظرف إلى مال ظاهر في الضمان و التعهد، لا الحكم التكليفي.

(3) لم يرد لهذا الحديث مورد، لعدم قرينة فيه على اختصاصه بالأعيان من سبق سؤال و نحوه. و الظاهر أنّ غرض المصنف قدس سرّه اختصاص الموصول بالأعيان بقرينة الأخذ باليد. و المنفعة حيثية قائمة بالعين كمسكوّية الدار، و لا يمكن وضع اليد عليها حتى تصير مضمونة على الأخذ.

[1] سيأتي إن شاء الله تعالى - في ثالث الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد - أنّه لا يمنع ذلك من الاستدلال بالنبيّ على ضمان المنافع في صورة قبض العين ذات المنفعة.

و وجه الاختصاص أمران:

أحدهما: ما سيأتي من المصنّف من عدم صدق «الأخذ باليد» بالإضافة إلى المنافع.

فلا يشمل المنافع والأعمال (1) المضمونة في الإجارة الفاسدة. فكل (2) عمل وقع من عامل لأحد- بحيث يقع بأمره و تحصيلًا لغرضه (3)- فلا بدّ من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام و نفي الضرر.

(1) لا- يخفى صدق المنافع والأعمال على مثل خدمة العبد والأمة، فإنها منفعة و عمل، إلا أنّ المراد هنا بالمنافع ما يقابل الأعمال، فالمنافع نظير سكنى الدار و ركوب الدابة، و الأعمال المضمونة نظير الخياطة و التجارة و الطبابة التي هي أفعال الآدمي. و عليه فإذا استأجر دارًا بإجارة فاسدة، أو استأجر خياطًا لخياطة ثوبه كذلك كان على المستأجر أجره المثل، مع أنّ المنفعة غير قابلة للقبض باليد و الاستيلاء عليها.

(2) هذه نتيجة دلالة قاعدتي الاحترام و نفي الضرر على ضمان منافع الأعيان و أعمال الأشخاص. لكن الضمان مشروط بأن يكون العمل- كالخياطة و الطبابة و الكنس و نحوها- صادرًا من العامل مستندًا إلى أمر المستأجر و تحصيلًا لغرضه، بأن يقول مالك القماش للخياط: «خطه ثوبًا أو قباء» فخاطه و لم يقصد التبرّع، فإنّ له أجره مثل عمله.

(3) فلو كان العمل مقابلاً بالأجرة عرفًا، لكنّ العامل تبرّع بالعمل- و لم يأمره شخص آخر- لم يكن عمله مضمونًا بالأجرة. و كذا لا ضمان لو استند العمل إلى أمر الأمر، لكنّه لم يحصل غرضه من الأمر، كما لو أمره بصنع سرير فجعله منضدة مثلاً.

هذا كلّه في الوجوه المستدلّ بها على قاعدة «ما يضمن». و قد تحصّل وفاء ثلاثة منها بإثبات الضمان، و هي اليد- بالنسبة إلى العقود على الأعيان- و الاحترام و نفي الضرر.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه من عدم صدق التآدية في المنافع مطلقًا، فإنّ ظاهر قوله: «حتى تؤدّي» كون عهدة المأخوذ مغيّمة بأداء نفس المأخوذ. و المنافع لتدرّجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حدّ ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حدّ ذاتها و إن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً «1».

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 78

ثم (1) إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه (2)- من الاستدلال على الضمان بالاقدام و الدخول عليه- بيان (3) أنّ العين (4)

---

و سيأتي استدراك بعض الأعمال المضمونة عند عدم استيفاء الأمر منفعة العامل كالسبق في المسابقة الفاسدة.

(1) غرضه توجيه استدلال شيخ الطائفة و الشهيد الثاني قدس سرهما بقاعدة الإقدام بنحو يسلم من مناقشة المصنّف قدس سره. و توضيحه: أنّ المقتضي للضمان و الموجب له عند تلف مال الغير- من العين و المنفعة- هو قاعدة الاحترام، و قاعدة اليد- بالنسبة إلى الأعيان، لكنهما ليستا تمام السبب للضمان، ضرورة توقف وجود المقتضى على علته التامة من المقتضي و الشرط و عدم المانع، و المانع هو تسليط المالك غيره على العين مجاناً أو دفعها إليه أمانة، أو تبرّع العامل بعمله، فالتسليط بهذا النحو مانع عن تأثير الاحترام و اليد في الضمان.

و أمّا إذا دفع المالك ماله إلى غيره بقصد أخذ عوضه، و أقدم الآخذ على ضمانه بالعوض فقد تمّ سبب الضمان و هو اليد و الاحترام، بضميمة انتفاء المانع.

و عليه فغرض شيخ الطائفة من الاستناد إلى قاعدة الإقدام ليس إثبات سببها التامة للضمان، بل المقصود بيان عدم المانع عن تأثير مقتضي الضمان، و هو وضع اليد على مال الغير و قاعدة الاحترام. و لمّا لم تكن القاعدة دليلاً مستقلاً لم يرد عليها ما تقدّم من المناقشة فيها صغرى و كبرى.

(2) كابن إدريس، حيث قال في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد: «لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله .. إلخ» «1». و كذا المحقق الثاني «2».

(3) خبر «يكون».

(4) كتسلّم المشتري للمبيع، فإنّه مبنيّ على دفع الثمن إلى البائع.

---

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 488

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 216

و المنفعة (1) اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً و تبرّعا حتّى (2) لا يقضي (3) احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرّع به، و العين المدفوعة مجاناً (4) أو أمانة (5). فليس (6) دليل الاقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع (7) عن مقتضي اليد في الأموال (8) و احترام الأعمال.

(1) كتسلّم منفعة الدار و هي السكنى فيها، فإنّ المستأجر أقدم على تسلّمها في قبال الأجرة. هذا في إجارة الأعيان، و كذا الحال في إجارة الأعمال المحترمة.

(2) هذا مترتب على المنفيّ و هو التسلّم مجاناً و تبرّعا، إذ لو كان تسليمهما من قبل مالك العين و المنفعة تبرّعيّاً لم يكن لهما احترام حتّى يلزم تداركهما بالعوض.

(3) أي: لا يحكم احترامهما بتداركهما بالعوض، و كلمة «العين» مجرور عطفًا على «العمل».

(4) كما في الهبة، فإنّ تسليم العين مبنيّ على المجانيّة، فلا يضمن المتسلّم - و هو المتّهب - العوض.

(5) كما في الوديعة و العارية.

(6) هذه نتيجة توجيه ما أفاده شيخ الطائفة قدّس سرّه من جعل الاقدام دليلاً على الضمان.

(7) و هو الاقدام على المجانيّة، حيث إنّهُ يمنع عن تأثير اليد - المستولية على الأعيان - في الضمان.

(8) المراد بالأموال هنا هو خصوص الأعيان المتموّلة، لتصريحه قدّس سرّه باختصاص القاعدة بالأعيان. مضافاً إلى قوله: «و احترام الأعمال» لظهوره في مغايرة المعطوف للمعطوف عليه. و هذا لا ينافي إطلاق المال على المنافع و الأعمال في سائر الموارد.

نعم (1) ذكر في المسالك كلاً من الاقدام و اليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه (2) ما ذكر سابقاً من النقض (3) و الاعتراض (4).

و يبقى الكلام (5) حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى

(1) هذا استدراك على قوله: «فليس دليل الاقدام دليلاً مستقلاً» و هو يتضمن أمرين:

أحدهما: أن توجيهنا لكلام شيخ الطائفة قدس سره من جعل الاقدام بيانا لعدم المانع- لا دليلاً مستقلاً على الضمان- لا يجري في كلام الشهيد الثاني قدس سره، لظهور استدلاله على قاعدة «ما يضمن» بدليلين- و هما الاقدام و اليد- في كون كل منهما دليلاً مستقلاً على الضمان، و هذا أب عن الحمل على عدم المانع.

و عليه فالإشكال على قاعدة الإقدام وارد على الشهيد، و مندفع عن الشيخ.

ثانيهما: أن إسقاط قاعدة الإقدام عن كونها دليلاً مستقلاً على الضمان قد يوجب الإشكال في ضمان بعض الأعمال عند جمع، مع أنه لا يتجه إثبات ضمانه بقاعدة الاحترام، و سيأتي بيانه.

(2) يعني: فيبقى على الشهيد الثاني قدس سره ما أورده المصنّف قدس سره عليه.

(3) المراد به النقض من حيث الطرد و العكس، الناشئ من كون النسبة بين الاقدام و الضمان عموماً من وجه.

(4) المراد بالاعتراض هو الإشكال الأول و الثالث، أي: منع صغروية الضمان في العقد الفاسد لكبرى الاقدام، و منع كبروية سببية الإقدام للضمان.

(5) يعني: و يبقى الكلام في دليل الضمان- حين عدم كون الاقدام دليلاً مستقلاً على الضمان- في بعض الأعمال المضمونة. و توضيحه: أن إثبات ضمان الأعمال المحترمة بقاعدة الاحترام منوط بأمرين:

الأول: أن يعود نفع عمل الغير إلى الضامن، كتسليم القماش إلى الخياط ليخيط ثوباً، فيضمن أجرته، لانتفاعه بعمله.

الضامن، و لم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة، حيث حكم الشيخ (1)

الثاني: أن يستند العمل - كالحياطة- إلى أمر من يضمنه، بأن يقول للخياط:

«خط هذا القماش ثوبا» أو للنجار: «اصنع هذا الخشب سريرا» فالأمر ضامن للأجرة المسماة، أو لأجرة المثل. فلو أوجد العامل عملا تبرّعا منه لا بأمر من شخص و لم يعد نفعه إليه لم يكن ضامنا.

و على هذا فإذا تسابق شخصان على الخيل و عيّنا سبق كمائة دينار للسابق منهما، و تبين بعد المسابقة فساد العقد، ففي المسألة قولان:

أحدهما: عدم استحقاق السابق أجرة مثل عمله، لعدم ما يوجب ضمان المسبوق، إذ لم يعد نفع العمل إلى المسبوق، و إنما المنتفع هو السابق، لتدريه على فنون الحرب، و لم يقع العمل بأمر من المسبوق. و على هذا فلا مورد للنقض و الاشكال، إذ لا ضمان حتى يتفحص عن دليله.

ثانيهما: استحقاق السابق اجرة المثل، لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و حيث إنّ عقد سبق و الرماية ممّا يضمن بصحيحه فكذا بفاسده. و بناء على هذا القول يشكل إثبات الضمان، لعدم جريان قاعدة احترام الأعمال، لانتفاء الأمر بالعمل، و لعدم عود النفع إلى غير السابق. و أمّا قاعدة الإقدام فالمفروض عدم كونها من موجبات الضمان كما عرفت في توجيه كلام الشيخ قدّس سرّه. فما الدليل حينئذ على وجوب بذل اجرة المثل إلى السابق في المسابقة الفاسدة؟

(1) حيث قال- بعد حكمه بعدم استحقاق المسمّى إذا فسد عقد المناضلة- ما لفظه: «و قال قوم: يستحق اجرة المثل كالبيع و الصلح و الإجارة. و قال آخرون:

لا يستحق شيئا، لأنه إنّما يجب اجرة المثل في الموضوع الذي يفوّت على العامل عمله، و عاد به نفعه إلى الناצל. كالقراض الفاسد يجب عليه مثل اجرة العامل، لأنه فوّت عليه عمله فيما عاد نفعه إليه» (1). و المستفاد من سكوته و عدم الاعتراض على القول

(1) المبسوط، ج 6، ص 302

ص: 133



و المحقق (1) و غيرهما (2) بعدم استحقاق السابق اجرة المثل (3). خلافا لآخرين (4).

---

بعدم استحقاق اجرة المثل ارتضاؤه له.

(1) قال قدس سره: «إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل اجرة المثل، ويسقط المسمى لا إلى بدل. و لو كان السبق مستحقا وجب على الباذل مثله أو قيمته» (1).

و في كلامه تفصيل بين كون منشأ الفساد اختلال الشرط، و بين كونه عدم مملوكية العوض لمن يجب عليه بذله.

(2) كالشهيد الثاني و المحقق الأردبيلي قدس سره (2).

(3) و أمّا عدم استحقاق «السبق» المسمى فواضح، إذ المفروض فساد العقد.

(4) كالعلامة (3) و نجله فخر المحققين و المحقق الكركي قدس سرهم. قال في جامع المقاصد: «إذا فسدت المعاملة بعد المسابقة من جهة العوض فللفساد طريقان، أحدهما:

أن يظهر كون العوض المعقود عليه مما لا يملك في شرع الإسلام، كما لو ظهر خمرا، ففي استحقاق السابق على الباذل شيئا قولان: أحدهما: لا يستحق شيئا، اختاره نجم الدين بن سعيد .. الى أن قال: و أصحهما و اختاره المصنف هنا- أي في القواعد- و في التذكرة و جوب اجرة المثل، لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه، فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل. و العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك، و مع ذلك يكون مضمونا، فيرجع إلى اجرة المثل، الى أن قال: الثاني: أن يكون سبب الفساد استحقاق العوض. و مقتضى عبارة المصنف أن القول بسقوط المسمى لا إلى بدل غير آت هنا. و هو ظاهر عبارة الشرائع. و يلوح من عبارة التذكرة عدم الفرق.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 240

(2) مسالك الأفهام، ج 6، ص 109 و 110، مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 187، لاحظ قوله:

«و يمكن أن يقال .. إلخ».

(3) راجع: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 356 و 357؛ قواعد الأحكام، ص 106، السطر 6 (الطبعة الحجرية)؛ تحرير الاحكام، ج 1، ص

262

ص: 134

وهو الصواب، فإنّ الدليل في الموضوعين واحد، وكذا الفتوى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه مع ظهور العوض مستحقاً هل يجب مثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمته .. أم تجب اجرة المثل، لأنّ العوض المسمّى إذا فات وجب قيمة العوض الآخر، وهي أجرة مثله كما في سائر المعاوضات؟ وجهان أصحهما الثاني «1».

والغرض من نقل كلامه- المتضمّن لكلام العلامة أيضا- هو وجوب اجرة المثل في المسابقة الفاسدة سواء أكان فسادها لاختلال شرط الصحة كعدم كون العوض قابلاً للتملك شرعاً، فيبطل به أصل العقد. أم كان فسادها لمغصوبيّة العوض، لصحة العقد الفضولي ووقفه على إجازة المالك، ولو لم يجز انتقل الى مثله أو إلى أجرة المثل على الخلاف [1].

[1] لكن تتظّر فيه الشهيد الثاني قدّس سرّه بأنّ الفرق بين عقد المسابقة وغيره من العقود التي يضمن بفسادها ليس من جهة رجوع النفع و عدمه، بل لأنّ تلك العقود اقتضت الأمر بالعمل، بخلاف هذا العقد، فإنّه لم يقتض ذلك، فإنّ قوله: «سابقتك» على معنى: أنّ من سبق منّا فله كذا. وقاعدة ما يضمن لا دليل عليها كليّة، بل النزاع واقع في موارد .. إلخ «2».

والتحقيق عدم الضمان، لانتفاء موجباته من الاستيلاء على مال الغير، و من الاستيفاء، و من الأمر بعمل محترم يصدر من المأمور حتى إذا لم يعد نفعه إلى الأمر في المسابقة الفاسدة، وإن كان صحيحها مضمّناً لإمضاء الشارع لها، للاهتمام بأمر الجهاد مع الكفّار. ولو لا هذه الجهة كانت المسابقة من أنواع القمار المنهيّ عنه وضعا وتكليفاً.

وعليه فالمسابقة الفاسدة مصداق للقمار المحرّم، فيكون أكل المال بها أكلاً له بالباطل، إذ المفروض عدم تحقق ما يوجب الضمان، لأنّه لم يوجد فيها إلا سبق السابق.

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 368؛ جامع المقاصد، ج 8، ص 337 و 338

(2) مسالك الأفهام، ج 6، ص 110

و وجهه (1) أنّ عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر (2) و لم يقع بأمره (3) أيضا، فاحترام (4) الأموال- التي منها الأعمال- لا يقضي بضمان الشخص له، و وجوب

---

(1) يعني: و وجه حكم الشيخ و المحقق بعدم استحقاق أجره المثل في المسابقة الفاسدة هو عدم انطباق قاعدة الاستيفاء عليها.

(2) و هو من يجب عليه بذل السبق.

(3) إذ لو وقع عمل العامل بأمر من غيره اقتضى احترامه الضمان حتى إذا لم ينتفع الضامن بذلك العمل، كما إذا أمره بكس مسجدا، فإنّ الأمر و إن لم تعد منفعة العمل إليه، لكنه يغترم بمجرد صدور العمل عن أمره.

(4) غرضه أنّ قاعدة الاحترام لا تجري في المسابقة الفاسدة، كما لا يجري فيها قاعدة اليد و الاستيفاء، فلو قيل بوجوب اجرة المثل فيها كان دليها قاعدة الاقدام لا غير، مع أنّ المصنّف أسقطها عن الدليلية و أرجعها إلى عدم المانع.

---

و ليس هذا السبق بأمر المسبوق، و لا ممّا يعود نفعه إليه، و لا أنّه أتلف شيئا من أموال السابق. و مع انتفاء هذه الأمور الموجبة للضمان كيف يحكم في المسابقة الفاسدة بالضمان؟

و الحاصل: أنّ المسابقة الفاسدة من القمار المحرّم الذي لا يوجب الضمان.

إلا أن يقال: إن المراد بعود النفع إلى باذل العوض كون العمل صادرا لغرض عقلائي مخرج له عن المعاملة السفهية، كما إذا استأجر شخصا لكس مسجدا أو بيت عالم أو نقل متاع مؤمن إلى بيته، فإنّ النفع إن أريد به المال فلا يعود مال في هذه الموارد الى باذل الأجرة، مع أنّ المعاملة صحيحة، فإذا فرض فساد هذه المعاملة كانت مضمونة، كما إذا صدرت صحيحة. فالمسابقة الفاسدة كالصحيحة تصدر عن غرض عقلائي، و هو التهيؤ للحرب و الوقوف على رموزها، فتكون كالإجارة لكس مسجدا في كون المسابقة من المعاملات العقلانية، فتدرج في «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

و عليه فلا ينتقض قاعدة «ما يضمن» بالمسابقة الفاسدة، فالمسابقة كالإجارة في كون فاسدها كصحيحها موجبة للضمان. فما أفاده العلامة و ثاني المحققين قدس سرهما من الضمان في المسابقة الفاسدة هو الجدير بالقبول، و الله العالم.

عوضه (1) عليه، لأنه (2) ليس كالمستوفي له، ولذا (3) كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل. وتمام الكلام في بابه (4).

### [عدم اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة]

ثم إنه (5) لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض (6).

(1) أي: عوض العمل على الآخر الذي لم يأمر بالعمل ولم ينتفع به.

(2) أي: لأن الآخر لم ينتفع ولم يستوف عمل الغير حتى يكون ضامنا بمقتضى قاعدة الاحترام.

(3) أي: ولأجل عدم المقتضي للضمان في مثل المسابقة الفاسدة كانت مشروعيته على خلاف القاعدة، لعدم بذل مال في مقابل عمل ينتفع به الباذل.

(4) وهو كتاب المسابقة إذا تبين فسادها بعد العمل.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المعقودة لبيان مدرك قاعدة «ما يضمن».

عدم اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة

(5) هذا إشارة إلى الجهة الثالثة، مما تعرض له في شرح قاعدة «ما يضمن» وهي اختصاص الضمان بجهل الدافع بفساد المعاملة، و تعميمه لكلتا حالتَي العلم والجهل به.

ولا يخفى أنّ هذا البحث وإن كان له تعلق بالقاعدة، ولكنّه لا يختص بها، بل يجري في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد سواء أكان الدليل على الضمان حديث «على اليد» أم حديث ضمان قيمة ولد الأمة المسروقة، أم قاعدة «ما يضمن» أم الإجماع المدعى في بعض الكلمات.

وكيف كان فينبغي الإشارة إلى أمر قبل توضيح المتن، وهو: أنّ للمسألة صوراً أربع، وهي: علمهما بالفساد، و جهلهما به، و علم الدافع و جهل القابض، و بالعكس. إلا أنّ المذكور في المتن هي الصور الثلاث الأولى، و لم يتعرّض لحكم صورة جهل الدافع بالفساد مع علم القابض به، و لعلّه اتّكالا على وضوحه.

(6) الدليل على عموم الضمان ما سيأتي في كلامه من إطلاق النص و الفتوى،

و توهم (1) «أنّ (2) الدافع في هذه الصورة هو الذي سلّطه عليه، و المفروض

و عدم مقيد له في البين.

(1) هذا تفصيل في الضمان بين علم الدافع بالفساد و جهل القابض به، و بين غيره. و هذا التفصيل احتمله الشهيد الثاني قدّس سرّه أولاً، لكنّه عدل عنه و قال:

«و الأقوى ثبوته- أي الضمان- في جميع الصور» (1).

و اختاره المحقق الأردبيلي قدّس سرّه بناء على مرجعية أصالة البراءة عن الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، لعدم حجّية حديث «على اليد» و لا قاعدة «ما يضمن» فقال قدّس سرّه: «و هو- أي عدم الضمان- مع الجهل بالفساد قويّ، و مع علم الآخر أقوى.

و مع علمه بالفساد- و بعدم جواز تصرفه و وجوب حفظه و وجوب ردّه إلى مالكه معجّلاً- كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد، و عدم رضاه بكونه عنده .. و أمّا مع الجهل بالفساد- سيّما في أمر غير ظاهر الفساد، و كذا بعد العلم به، و لكن مع عدم العلم بوجوب الرد- فالضمان غير ظاهر ..

إلى أن قال: نعم إذا علم عدم الرضا إلا بوجه البيع أو اشتبه ذلك، يتوجّه جواز التصرف، و الضمان على تقدير فهم عدم الرضا بالمكث عنده، و كونه أمانة على تقدير غيره» (2).

و حاصله: أنّه قدّس سرّه فصل بين صورتَي العلم بالفساد و الجهل به، فإن كانا جاهلين بعدم الضمان قويّ. و إن كان الآخر- أي: الدافع- عالماً و القابض جاهلاً بعدم الضمان أقوى. و إن كان القابض عالماً بالفساد و بحرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، و بوجوب ردّه إلى مالكه معجّلاً فهو ضامن كالغاصب.

(2) هذا الوجه المذكور في المسالك و إن لم يعتمد عليه. و حاصله: أنّ الدافع- مع علمه بالفساد و جهل القابض به- سلّط القابض على المقبوض، و أذن له في

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192 و 193

أنّ القابض جاهل» (1) مدفوع (2) بإطلاق النص و الفتوى. وليس (3) الجاهل مغرورا، لأنّه (4) أقدم على الضمان قاصدا.

إتلافه و التصرف فيه مع علمه ببقائه على ملكه، و لا موجب لضمان القابض حينئذ.

(1) إذ لو كان عالما بالفساد كان ضامنا بلا إشكال.

(2) هذا خبر «توهم» و دفع للتوهم المزبور و ملخص الدفع: أنّ إطلاق النص و هو «على اليد» و كذا إطلاق الفتوى يثبت الضمان و يدفع الشك فيه.

(3) إشارة إلى وجه آخر لنفي الضمان، و هو قاعدة الغرور، بتقريب: أنّ الدافع مع علمه بالفساد و جهل القابض به قد غرّه، إذ لم يكن موظفا بدفع المال إلى القابض، و مع ذلك دفعه إليه.

و بيان آخر: قد تقرّر عندهم في باب الضمان «أنّ المغرور يرجع على من غرّه» كما إذا قدّم شخص طعاما لضيفه بعنوان أنّه ملكه أو مأذون في تقديمه للضيف، فتبين عدم كون المضيف مالكا و مأذونا في التصرف فيه، فإنّ الأكل ضامن له. و لكنّه يرجع بقيمته على الغارّ و هو المضيف. و الوجه في الرجوع إلى الغارّ هو قاعدة الغرور.

و المدعى انطباق هذه القاعدة على المقام، لأنّ الدافع العالم بفساد العقد أقبض ماله للطرف الآخر- الجاهل بالفساد- بعنوان أنّ المال انتقل إلى القابض، و أخذ عوضه من القابض. و هذا الإقباض خدعة من البائع العالم بالفساد، لأنّ المشتري يتخيّل صحة المعاملة و وجوب الوفاء بها. و من المعلوم أنّ إبقاء جهله و إعطاءه ما ليس بنظر البائع مالا للمشتري نحو غرور و خدعة، و لا وجه حينئذ لضمان المشتري لما تسلّمه من البائع العالم بالفساد، بل يرجع عليه بماله، هذا.

(4) أي: لأنّ الجاهل. و هذا إشارة إلى دفع الوجه المزبور- و هو قاعدة الغرور- و محصّ له: عدم كون المقام من صغريات هذه القاعدة، و ذلك لأنّ القابض الجاهل- كالمشتري- قد قبض المال مع ضمانه بالمسمّى الذي يدفعه إلى البائع، و العالم بالفساد

و تسليط (1) الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكيّة (2)، لأنّه (3) دفعه على أنّه (4) ملك المدفوع إليه، لا أنّه (5) أمانة عنده أو عارية، ولذا (6) لا يجوز له التصرف فيه

إنّما سلّط القابض على المال بعنوان أنّه ملكه، ولم يقصد عنوانا آخر من الأمانة أو العارية، فلا غرور في البين.

(1) هذا من إضافة المصدر إلى الفاعل، وغرض المفصل الاستناد إلى: أنّ العالم بفساد العقد إذا سلّط الآخر على ماله فقد أسقط حرمة ماله، فلا وجه لضمان القابض.

وأجاب عنه المصنّف قدّس سرّه بما عرفت من أنّ مجرد التسليط لا يساوق المجانيّة والاذن في التصرف، بل هو أعمّ فإن كان مقرونا بقصد الأمانة أو المجانيّة لم يضمن الآخذ، وإن كان مبنيا على كون المال ملكا للآخذ- ولو تشريعا- كما هو المفروض في البيع الفاسد كان ضامنا، هذا.

(2) حتى لا يثبت الضمان، إذ الأمانة المالكيّة كالشرعيّة رافعة للضمان.

(3) تعليل لعدم الأمانة المالكيّة، واصله: أنّ المالك لم يدفع المال بعنوان الأمانة، بل دفعه إليه بعنوان كونه ملكا له.

(4) هذا الضمير وضميرا «دفعه، أنّه» راجعة إلى «المقبوض» المستفاد من السياق.

(5) معطوف على «على» أي: لم يكن دفع المال إلى المدفوع إليه مبنيا على الأمانة و العارية حتّى يسقط الضمان.

(6) أي: ولأجل كون دفع المال مبنيا على كونه ملكا للمدفع إليه- لا بعنوان الأمانة- لا يجوز للمدفع إليه التصرف في المال، ولا الانتفاع به. ولو كان عارية لجاز الانتفاع به كما هو واضح.

هذا تمام الكلام في المقام الأول وهو البحث عن دليلية قاعدة «ما يضمن» على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

والانتفاع به [1] وسيأتي تتمة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري (1).

(1) سيأتي في الأمر الثالث ممّا ذكره في العقد المجاز، حيث قال: «ثم إنّ هنا إشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب .. إلخ».

[1] قد ذكر لهذا التفصيل وجوه:

الأول: الأصل، بتقريب: أنّ أصالة البراءة تنفي الضمان.

وفيه ما لا يخفى، لحكومة «على اليد» عليه، سواء أريد به الأصل الحكمي وهو الضمان، أم أريد به الأصل الموضوعي وهو أصالة عدم تحقق سبب الضمان.

أمّا الأول فواضح. وأمّا الثاني فلأنّ اليد تقتضي الضمان. إلا أن يكون هناك مانع وهو الأمانة، ولا بدّ من العمل على طبق المقتضي حتّى يعلم المانع وهو الأمانة المعلوم عدمها في المقام.

الثاني: التسليط المجاني المانع عن تأثير اليد في الضمان. توضيحه: أنّ العلم بالفساد موجب للعلم بعدم استحقاق العوض، وهو مستلزم للإقدام على دفع المال مجّانا.

وفيه: - مضافا إلى عدم اختصاص هذا الوجه بجهل القابض، لجريانه في صورة علمه أيضا- أنّه إن أريد عدم تمشي قصد البيع مع العلم بعدم استحقاق العوض، ولازمه قصد المجّانية، وهو ينفي الضمان، ففيه أولا: منع الملازمة بين العلم بعدم الاستحقاق وبين امتناع قصد البيع. ويتضح وجه عدم الملازمة بملاحظة التشريع، فإنّ الغاصب يشرّع مالكته للمغصوب ثم يبيعه، فمع علمه بفساد البيع يقصد المعاوضة لا المجّانية.

وثانيا: منع الملازمة بين عدم قصد حقيقة البيع وبين مجّانية التسليط الخارجي، لجواز كونه بعوض كما هو كذلك في مقامنا، ضرورة أنّ تسليط المشتري على المبيع إنّما يكون في مقابل تسليطه البائع على الثمن، فلا مجّانية حتى تمنع عن تأثير اليد في الضمان.

مضافا إلى: أنّ القبض الخارجي يكون متفرّعا على البيع الفاسد، لأنّ الكلام في المقبوض به، لا على عدم البيع، فلا مجال لإنكار قصد البيع حتى يكون القبض عنوانا



مستقلاً قصد به المجانية.

فالمتحصل: عدم الفرق في الضمان بين علم القابض و جهله.

نعم الفرق بينهما في ثبوت الحرمة التكليفية المنجزة في صورة علم القابض و عدمها مع جهله، فلاحظ.

الثالث: قاعدة الغرور، بتقريب: أنّ الدافع العالم بالفساد قد غرّ القابض الجاهل به، حيث إنّ المقبض العالم إنّما أقبضه ما هو ماله بنظر القابض خدعة لإتمام المعاملة، وأخذ عوضه من القابض، فإبقاء جهله بحاله وإعطاؤه ما ليس بنظره ماله نحو غرور و خدعة، و من المعلوم أنّ المغرور يرجع على من غره. نعم مع علم القابض لا غرور ولا خديعة.

فهذا الوجه الثالث مختص بصورة جهل القابض.

وفيه أولاً: أنّه أخصّ من المدّعى، لاختصاص الغرور بما إذا كان الجاهل القابض مبالياً بماله دخل في صحّة المعاملة من الشرائط الشرعية، إذ بدون المبالاة و الاقتصار على الصحة العقلائية- بحيث لو علم بفساد المعاملة شرعاً لأقدم عليها أيضاً كبيع الخمر و الخنزير و غيرهما من البيوع العقلائية المنهي عنها شرعاً- لا يصدق الغرور و الخدعة، لأنّ إقدام القابض حينئذ ليس ناشئاً من الخدعة أصلاً، بل من عدم مبالاته بالدين. فقاعدة الغرور لا تجري في كلتا صورتها جهل القابض و علمه، مع أنّ المدّعى ضمان القابض في كليهما، كما لا يخفى.

و ثانياً: أنّ الغرور بمعنى الخديعة متقوم بأمرين:

أحدهما: علم الغارّ، و الآخر جهل المغرور. و انتفاء أحدهما يوجب انتفاء الغرور. و في المقام و إن كان القابض جاهلاً بفساد العقد. إلاّ أنّه عالم بالضمان و مقدم عليه، غاية أنّه أقدم على ضمان المسمّى لا أكثر، فلا تجري قاعدة الغرور في أصل الضمان. نعم تجري في الزائد على العوض المسمّى، بداهة أنّ الدافع غارّ بالنسبة إلى هذا الزائد، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

فالمتحصل: أنّ ما عن المشهور من الضمان في جميع الصور- كما في حاشية

و أمّا عكسها (1) و هو «أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» فمعناه (2): أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده (3) [1] ففساده لا يفيد ضمانا،

---

قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

(1) أي: عكس قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» وقد تقدم (في ص 57) المسامحة في التعبير بالعكس كما لا يخفى، فراجع.

و كيف كان فهذا شروع في المقام الثاني، و هو البحث عن الجهات المتعلقة بقاعدة «ما لا يضمن» و اقتصر المصنّف قدّس سرّه هنا على جهات ثلاث، الأولى: مدلول القاعدة، الثانية: موارد النقض عليها. الثالثة: مدرك القاعدة و مستندها.

و أمّا المباحث المتقدمة في قاعدة «ما يضمن»- من معنى الضمان، و كون عموم العقود أفراديا أو أنواعيا أو أصنافيا، و اقتضاء ذات العقد للضمان أو كفاية اقتضاء الشرط له- فلا حاجة إلى إعادتها، لاشتراكها بين الأصل و العكس.

(2) هذا شروع في الجهة الأولى.

(3) مورد العقد ظاهر في نفس ما تعلق به العقد، و ما هو مصبّه، كالعين في عقد البيع، و الانتفاع في العارية، و المنفعة في الإجارة. لكن المراد به هنا بقرينة ما يأتي في

---

الفقيه المامقاني قدّس سرّه «1»- هو الأقوى، فلا يقيد الضمان في قاعدة ما يضمن بشيء من العلم و الجهل.

كما أنّ المتحصّل ممّا ذكرنا تامة كلية القاعدة من ناحية إيجابها أعني به «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» و وفاء الأدلة من اليد و قاعدة الاحترام بإثبات إيجابها الكلّي، فلاحظ و تأمل.

[1] ظاهره نفي سببّيّة العقد للضمان، لا إثبات سببّيّته لعدم الضمان، فعدم الضمان إنّما هو لعدم المقتضي له، لا لوجود المقتضي لعدم الضمان.

كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية غير المضمونة، بل المضمونة- بناء على أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه (1) لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه- وغير (2) ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

---

كلامه: «ثم إنّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين ..» أعم منه و ممّا يكون متعلّق متعلّق العقد، إذ لو لا هذا التعميم لا يستقيم عدم ضمان العين المستأجرة، حيث إنّ اليد تقتضي ضمانها، فعدم ضمانها مبنيّ على تعميم متعلق العقد لمتعلق متعلقة. فمورد نفس متعلق الإجارة هو المنفعة، و العين تكون متعلق متعلق الإجارة. ففي الإجارة الصحيحة ليست العين مضمونة، و كذا في فاسدها.

(1) هذا متعلّق بقوله: «بل المضمونة» و هو إشارة إلى ما مرّ من اقتضاء العقد بنفسه للضمان، لا من جهة الشرط الذي هو خارج عن ماهية العقد، و يكون الضمان لأمر خارج عن حقيقته و هو الشرط. فبناء على التعميم تندرج العارية المشروطة بالضمان في أصل القاعدة، و بناء على الاختصاص تندرج في العكس.

(2) معطوف على «عقد الرهن ..» و المراد بالغير هو العقود التي لا تتضمن معاوضة كالهبة و الوديعة.

---

و على هذا فلو ثبت الضمان في فاسد العقد الذي لا يضمن بصحيحه لم يكن معارضا لهذه القاعدة، لتوقّف عدم الضمان على استقصاء سائر أسباب الضمان و إحراز عدمها. و إلاّ فمجرد عدم اقتضاء فاسد العقد للضمان لا يجدي في الحكم بعدم الضمان فعلا.

هذا لو كانت «الباء» للسببية، بخلاف ما لو كانت ظرفية، لظهورها في تبعية العقد الفاسد لصحيحة في عدم الضمان، فلو قام دليل آخر على الضمان كان معارضا لهذه القاعدة لو تمّت في نفسها، للتنافي بين ما يثبت الضمان في الفاسد و ما ينفيه، فلاحظ.

(1) المشار إليه هو قوله في تفسير القاعدة: «أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورد ففاسده لا يفيد ضماناً» فمقتضى هذه القاعدة عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة، لأنّ الإجارة الصحيحة لا تقيد ضمان العين فكذا الفاسدة.

وغيره قدس سرّه بيان أحد النقوض الواردة على قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و لكنّه خصّ هذه المسألة بالذكر هنا و لم يجعلها في عداد النقوض الآتية بقوله: «ثمّ إنّ يشكّل اطراد القاعدة في موارد» و لعلّه لخصوصيّة في هذه، و هي ابتناؤها على الخلاف في أنّ المراد بالعقد في أصل القاعدة و عكسها هل هو خصوص مصبّ العقد كالعين في باب البيع، و المنفعة في باب الإجارة، أم ما يعمّ متعلق المتعلق؟

فإن قلنا بالاختصاص لزم التفكيك بين العين و المنفعة في عقدي البيع و الإجارة، لكون العين في البيع موضوعاً لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و المنفعة موضوعاً لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و ينعكس الأمر في باب الإجارة، إذ المعوّض فيها هو المنفعة، فتندرج في أصل القاعدة، و تندرج العين في العكس، يعني «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و إن قلنا بالتعميم أي: دخول العين في مصبّ الإجارة، فلا ضمان في صحيحها و فاسدها. أمّا في الصحيح فلأنّ مالك العين يلزمه تسليم العين للمستأجر ليستوفي منفعتها، فهو مأذون من قبل المالك، و يده يد استحقاق. و أمّا في الفاسد فلا إقدام المالك على تسليم العين بدون ضمان.

و كيف كان فإذا استأجر زيد من عمرو داراً عاماً بمائة دينار، فإن كانت صحيحة كان المستأجر ضامناً للأجرة المسماة، و لا يضمن نفس الدار، فلو تلفت بيده - من دون تعدّد و تقربط في الحفظ - لم يضمنها، لكونها أمانة. و إن كانت الإجارة فاسدة ففي ضمانه قيمة الدار قولان:

الإجارة غير مفيد لضمانها، كما صرّح به (1) في القواعد و التحرير، و حكي عن التذكرة (2) و إطلاق (3) الباقي.

أحدهما: الضمان، و هو المصرّح به في كلام العلامة السيّد الطباطبائيّ قدّس سرّه «(1)».

و الآخر: عدمه، و لعلّه المشهور، كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

(1) أي: بعدم ضمان العين. قال العلامة في القواعد: «العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعدّد أو تفريط، في المدة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب، سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة» «(2)». و الجملة الأخيرة صريحة في عدم ضمان العين المستأجرة بالإجارة الباطلة شرعا. و نحوه عبارة التحرير «(3)».

(2) الحاكي هو السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه «(4)»، حكاه بتصريف في اللفظ، قال في التذكرة: «إذا كانت الإجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين أيضا إذا تلفت بغير تفريط و لا على عدوان، لأنّه عقد لا يقتضي صحيحة الضمان فلا يقتضيه فاسدة، كالوكالة و المضاربة. و حكم كل عقد فاسد حكم صحيحة في وجوب الضمان و عدمه، فما وجب الضمان في صحيحة وجب في فاسده، و ما لم يجب في صحيحة لم يجب في فاسده. و لأنّ الأصل براءة الذمة من الضمان، لأنّه قبض العين بإذن مالكيها، فلم يجب عليه ضمانها، لعدم موجب له مع هذا القبض» «(5)».

(3) الأولى أن يقال: «و أطلق الباقي» ليكون مقابلا لقوله: «كما صرّح به في القواعد». و جعله معطوفا على نائب فاعل «حكي»- ليكون مفاده حكي التصريح عن التذكرة كما حكي إطلاق الباقي- لا بأس به و إن كان خلاف الظاهر. و قد حكي

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 8

(2) قواعد الأحكام، ص 93، السطر 15 (الطبعة الحجرية).

(3) تحرير الأحكام، ج 1، ص 252

(4) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 132

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 318

ص: 146

إلا أن صريح الرياض (1) الحكم بالضمان، و حكي (2) فيها عن بعض «نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب» و الظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة (3).

---

السيد العاملي إطلاق الباقيين، فراجع «1».

و كيف كان فالمقصود أن عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا يستفاد من تصريح العلامة و من ظاهر غيره ممن أطلق عدم الضمان، و لم يقيده بالعقد الصحيح، كالمحقق، حيث قال: «و العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعدّد أو تقريظ» «2».

(1) قال في ذيل ما ذكره في شرح قول المحقق قدس سرّه: «و يثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الإجارة» «3» ما لفظه: «و العين مضمونة في يد المستأجر مطلقا كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب. و لعلّه لعموم الخبر بضمان ما أخذته اليد» «4».

(2) يعني: و حكي السيد الطباطبائي في الرياض نسبة الضمان إلى ما فهمه بعض من كلمات الأصحاب، و المناسب هو المحقق الأردبيلي قدس سرّه.

(3) قال المحقق المذكور ما نصّه: «ثم إنّ الظاهر أنّ العالم كالعاصب لا يجوز له التصرف، و لا يستحق شيئا، لما مرّ من أن الاذن إنّما علم بالعقد، لاعتقاد أنّه صحيح، و يلزم الطرف الآخر ما يلزمه، و قد بطل و هو عالم بالفرض، فيبقى أصل المنع على حاله كما قيل في البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضا» «5».

و هذه الجملة الأخيرة محلّ الاستشهاد بكلام المحقق الأردبيلي قدس سرّه، حيث فهم من كلام الأصحاب ضمان العين المستأجرة.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 252

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 179

(3) المختصر النافع، ص 153

(4) رياض المسائل، ج 2، ص 8، أواخر الصفحة.

(5) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 50

(1) يعني: و ما أبعد ما بين ما أفاده المحقق الأردبيلي قدّس سرّه- من أنّ المفهوم من كلمات الأصحاب ضمان العين في الإجارة الفاسدة- وبين ما أفاده المحقق الكركي قدّس سرّه من أنّه يلوح من كلامهم عدم الضمان. و غرض المصنّف قدّس سرّه التعجّب من استظهار هذين العلمين، حيث ادّعى المحقق الأردبيلي أنّ الضمان يفهم من كلامهم، و ادّعى المحقق الكركي ظهور كلامهم في عدم الضمان.

و كيف كان فيحتمل أن يكون اختلافهما في النسبة إلى الأصحاب ناشئاً من الاختلاف في فهم معنى قولهم: «كلّ ما يضمن بصحيحه.. إلخ» بأن يقال: إنّ المحقق الأردبيلي قدّس سرّه فهم من هذه العبارة: أنّ مورد إثبات الضمان و نفيه عند الأصحاب خصوص متعلّق العقد كالمنفعة في الإجارة، فلا يعمّ العين المستأجرة، فلا بدّ حينئذ من الحكم بضمّان العين لقاعدة اليد، لعدم كون العين مورداً للعقد.

و المحقّق الثاني قدّس سرّه فهم منها أنّ مورد النفي و الإثبات عندهم ما يشمل مورد العقد و متعلّق المتعلّق، فيعمّ العين المستأجرة، فيتعارض اليد و القاعدة، فيرجع إلى البراءة.

و الحاصل: أنّ هنا قاعدتين إحداهما- وهي اليد- توجب الضمان، و الأخرى وهي قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه» تنفي الضمان. و الاختلاف إنّما يكون في مفاد الثانية.

فإن كان مفادها عند الأصحاب نفي الضمان عن خصوص مورد العقد، فلا تشمل العين المستأجرة فاسداً كما زعمه المحقق الأردبيلي. و عليه فمقتضى قاعدة اليد ضمانها.

و إن كان مفادها عندهم نفي الضمان عن الأعمّ من مورد العقد كما استظهره المحقق الثاني من كلام الأصحاب فلازمه نفي الضمان عن العين المستأجرة فاسداً، إذا المفروض عدم اختصاص قاعدة «ما لا يضمن» بنفس مورد العقد، و شمولها لمتعلّق متعلّق أيضاً كالعين المستأجرة، فإنّ مورد العقد هو المنفعة دون العين.

الغضب: «إنّ الذي (1) يلوح من كلامهم هو (2) عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء (3) المنفعة. و الذي ينساق إليه النظر (4) هو الضمان، لأنّ (5) التصرف

لكنّه بناء على تعميم مورد العقد لمتعلّق متعلّقة تدرج الإجارة الفاسدة في قاعدة «ما لا يضمن» فإنّ صحيح الإجارة لا يوجب ضمان العين، وكذا فاسدها.

(1) العبارة منقولة بتصرف غير قادح في المقصود، قال قدّس سرّه: «و هل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم. و الذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة، لأنّ التصرف في العين غير جائز، فهو بغير حق، فيكون في حال التصرف استيلاؤه عليها بغير حق، و ذلك معنى الغضب، إلا أنّ كون الإجارة الفاسدة ..» (1)

إلى آخر ما في المتن. و كلامه مشتمل على أنظار ثلاثة سيأتي بيانها.

(2) هذا هو النظر الأوّل المذكور في جامع المقاصد، و هو نسبة عدم ضمان العين- في الإجارة الفاسدة- إلى الأصحاب. و كان مبنى هذه النسبة تصريح العلامة في القواعد و التحرير و التذكرة بعدم الضمان.

(3) متعلق ب «عدم ضمان» يعني: أنّ استيفاء المنفعة و إن أوجبت ضمانها بأجرة المثل، لكنّها لا تقتضي ضمان العين.

(4) أي: نظر المحقق الثاني، خلافا لما استظهره من كلام الأصحاب من عدم الضمان. و هذا ثاني الأنظار في المسألة، و هو إثبات ضمان العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة، لكونه من موارد الغضب، و هو محرّم شرعا، و يترتب عليه الضمان.

و الوجه في حرمة التصرف هو فساد العقد حسب الفرض، و لا- إذن من المالك غير الإذن العقديّ، فكما يضمن المستأجر منفعتها المستوفاة فكذا يضمن العين لو تلفت بيده.

(5) تعليل للضمان، و قد عرفته آنفا، كما عرفت أنّ هذه الجملة ليست نصّ عبارة جامع المقاصد.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 216

ص: 149



فيه (1) حرام، لأنه غصب فيضمنه» ثم قال: «إلا أن (2) كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك (3)، فيقال: (4) إنه (5) دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن (6) مستحقا، والأصل براءة الذمة من

---

(1) كان المناسب تأنيث هذا الضمير وضمير «فيضمنه» لرجوعهما إلى العين في الإجارة الفاسدة، وكذا تأنيث ضمير «لأنه» لو لم يرجع إلى التصرف.

(2) هذا شروع في بيان النظر الثالث، وهو الخدشة في الضمان، وبيانها: أن قاعدة اليد وإن اقتضت ضمان العين، إلا أنها معارضة بقاعدة أخرى تقتضي عدم الضمان، فيتم نظر المشهور الآذين يلوح من كلامهم ذلك، وتلك القاعدة هي «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بتقريب: أن الموجر أقدم على عدم الضمان، حيث إنه سلط المستأجر على العين بلا عوض عنها، وإن لم يكن المستأجر مستحقا لها من جهة فساد العقد. فإن كان الترجيح مع قاعدة «ما لا يضمن» فلا ضمان.

وإن كانتا متكافئتين تساقطتا، والمرجع أصالة براءة ذمة المستأجر عن بدل العين التي استوفى منفعتها، هذا.

(3) أي: للضمان الذي تقتضيه قاعدة اليد.

(4) هذا تقريب تطبيق قاعدة «ما لا يضمن» على الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، ومحصله: الاقدام على تسليط المستأجر عليها بلا عوض عنها.

ويستفاد من هذا الكلام أن الاقدام على التسليط بعوض يكون من موجبات الضمان، فيكون المحقق الثاني موافقا لشيخ الطائفة وابن إدريس قدس سرهم في عد الاقدام من أسباب الضمان.

(5) أي: أن مالك العين أقدم على عدم ضمانها.

(6) أي: وإن لم يكن المستولي - وهو المستأجر - مستحقا للعين مقدّمة للانتفاع بها، ووجه عدم استحقاقه لها فساد عقد الإجارة.

الضمان (1)، فلا يكون العين بذلك مضمونة. و لو لا ذلك (2) لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأنّ استيلاءه بغير حق، و هو (3) باطل «1» انتهى.

(1) إن كان الأصل العملي في رتبة الدليل الاجتهادي أعني به قاعدة «ما لا يضمن» فيكون معاضدا لها في تقدمها على قاعدة اليد. و إن كان متأخرا عنها رتبة- كما هو الحق- فتكون مؤيدا، أو مرجعا على تقدير تساقط القاعدتين بالتعارض.

(2) أي: و لو لا انطباق قاعدة «ما لا يضمن» على الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين لكان المرتهن .. إلخ.

و غرض المحقق الكركي قدّس سرّه من الاستشهاد بمسألة عدم ضمان العين المرهونة- في الرهن الفاسد- هو تأييد مقالته من عدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة، لكونه من موارد قاعدة «ما لا يضمن» و بيانه: أنّ مجرد وضع اليد على مال الغير لا يقتضي ضمانه، بل يتوقف على عدم إذن مالكيّ و لا شرعيّ و لا استيمان و لا معاوضة، فلو كان التسليط المالكّي مبنيا على عدم ضمان الآخذ لم تقتض يد ضمانا، و هذا أمر مطّرد في موارد:

منها: الرهن الفاسد، فإنّ استيلاء المرتهن على العين المرهونة يكون بغير حقّ حسب الفرض، إلّا أنّها لو تلفت بيده لم يكن عليه بدلها، لأنّ الراهن سلّط المرتهن على ماله مبنيا على كونه وثيقة عنده، لا بعنوان المعاوضة. و بهذا يندرج الرهن في قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و تجري أصالة البراءة عن الضمان.

و لو لا هذا لزم الحكم بضمان الرهن عملا بقاعدة اليد، مع أنّهم حكموا بعدم الضمان، أخذوا بالقاعدة و بالأصل.

(3) يعني: و الحال أنّ ضمان المرتهن للعين المرهونة- في الرهن الفاسد- باطل، فكذا لا وجه لضمان العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة، هذا تمام كلام المحقق الكركي قدّس سرّه.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 216

ص: 151

ولعلّ الحكم بالضمان في المسألة (1) إمّا لخروجها (2) عن قاعدة «ما لا يضمن» لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة

(1) يعني: ولعلّ حكم الأصحاب بالضمان في مسألة الإجارة الفاسدة- على ما نسبته المحقق الأردبيلي إليهم، وعدم عملهم فيها بقاعدة «ما لا يضمن» المقتضية لعدم الضمان- مستند إلى أحد وجهين .. إلخ. و غرضه قدّس سرّه من هذه الجملة إلى قوله: «وإمّا لأنّ قاعدة ما لا يضمن معارضة بقاعدة اليد» توجيه الحكم بضمان العين بوجهين ذكرهما صاحب الجواهر قدّس سرّه وإن تنظر فيهما في آخر كلامه، و سيأتي نقل بعض ما أفاده.

و على كلّ منهما يشكل ما تقدّم عن المحقق الكركي من ترجيح القول بعدم ضمان العين عملاً بقاعدة «ما لا يضمن» و بأصالة البراءة عن الضمان.

(2) هذا هو الوجه الأوّل للقول بضمان العين، و هو مؤخّر- ذكر- في الجواهر، قال قدّس سرّه: «على أنّه قد يقال: بعدم اندراج العين في قاعدة ما لا يضمن، فلا تعارض قاعدة اليد حينئذ، و ذلك لأنّ المراد من الإيجاب و السلب فيها ما كان مضموناً بسبب العقد، و ما لم يكن مضموناً كذلك. على معنى أنّ الضمان و عدمه مورد العقد كالمنفعة في الإجارة، و العين في الهبة. و لا ريب أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخلة للعقد فيه، و إنّما هو لكونها أمانة، فيدور الضمان في الفاسد عليها، لا من القاعدة المزبورة. و كذلك العين في العارية. فمع فرض عدم الأمانة- لما سمعته من تقييد الإذن بالصحة، و المفروض انتفاؤها- يتّجه ما نسباه- يعني المحقق الأردبيلي و صاحب الرياض- إلى الأصحاب من الضمان .. إلخ» «1».

و محصّل هذا الوجه: عدم شمول قاعدة «ما لا يضمن» للعين تخصّصاً، بتقريب:

أنّ المراد ب «ما يضمن و ما لا يضمن» ما وقع عليه العقد، لا ما هو خارج عنه و يعدّ من حواشيه، كمتعلّق متعلّقه. فاستفادة حكمه منوطة بملاحظة سائر القواعد و الأدلّة، فإن اقتضت الضمان قيل به، و إن لم تقتضه قيل بعدم الضمان. هذا بحسب الكبرى.

(1) جواهر الكلام، ج 27، ص 252

ص: 152

المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد (1). و حيث كانت (2) في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا، و من طرف المالك (3) لم يكن فيه ضمان. و أما في فاسدها فدفح الموجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فيها، و المفروض عدم الاستحقاق (4)، فيده عليه (5) يد عدوان موجبة للضمان.

و إما (6) لأن قاعدة

---

و أما تطبيقها على المقام فهو: أن مورد الإجارة و متعلقها هو المنفعة لا العين.

فإن كانت الإجارة صحيحة لم يضمنها المستأجر، لكونها أمانة شرعية و مالكية، أما الاذن الشرعي فلوجوب تسليم العين للمستأجر من باب وجوب الوفاء بالعقد ليستوفي منفعتها. و أما الاذن المالكى فلأن الموجر يأذن للمستأجر في الانتفاع بها، و هو منوط بتسليمها إليه. و من المعلوم فقدان هذا الاذن في الإجارة الفاسدة. فيتحقق حينئذ موضوع قاعدة اليد المقتضية للضمان، و بهذا يتجه حكم صاحب الرياض قدس سره بالضمان، هذا.

(1) من قاعدة اليد و احترام مال المسلم و نفي الضرر و غيرها، المقتضية للضمان، أو قاعدة الاستيمان المقتضية لعدمه.

(2) أي العين. و جواب الشرط قوله: «لم يكن فيه ضمان».

(3) أما الاذن الشرعي فلصحة الإجارة شرعا المقتضية لكون العين أمانة لاستيفاء منافعها مدة الإجارة. و أما الاذن المالكى فلتسليمه إياها بطيب نفسه للانتفاع بها إذا توقّف الانتفاع بها على التسليم.

(4) لفساد العقد.

(5) الضمير راجع إلى العين، فالأولى تأنيته.

(6) معطوف على قوله: «و إنما لخروجها» و هذا إشارة إلى ثاني الوجهين للحكم بضمان العين المستأجرة. قال في الجواهر: «و إن كان قد يوجه- يعني الضمان- على تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم- على اليد- المعارض للقاعدة المزبورة من وجه، و يرجح عليها بالنسبة المزبورة. و دعوى العكس باعتزادها

بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من الرياض أخيراً من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة، لكون الاذن كالمقيّدة بذلك - أي بالصحة - فمع الفساد ينكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانة» (1).

ولا يخفى ابتناء هذا الوجه على شمول قاعدة «ما لا يضمن» للعين المستأجرة وعدم اختصاصها بمورد العقد و مصبّه، إذ لو اختصّت القاعدة بمورد العقد و متعلقة لم تكن العين المستأجرة مندرجة فيها، لعدم كونها أحد العوضين، فهي خارجة موضوعاً عن القاعدة.

وبناء على هذا فتوضيح كون النسبة بين قاعدتي «اليد و ما لا يضمن» عموماً من وجه هو: أنّ قاعدة «اليد» تجري في المغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد و نحوهما ممّا يكون المضمون عيناً، و تقتضي الضمان. و قاعدة «ما لا يضمن» تجري في العارية و نحوها من موارد الاستيمان، فتقتضي نفي الضمان. و تجتمع القاعدتان في العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة، فتطبق قاعدة اليد عليها، لعدم كونها أمانة بيد المستأجر، فتكون مضمونة. و كذلك تنطبق قاعدة «ما لا يضمن» عليها، و تحكم بعدم ضمانها، لتبعية الإجارة الفاسدة لصحتها، فكما لا تضمن العين في صحيحها فكذا في فاسدها.

و حيث كانت النسبة عموماً من وجه، فإن كان لأحد العامّين مرجّح قدّم على الآخر، و إن كانا متكافئين تساقطا و يرجع إلى دليل ثالث. هذا بحسب الكبرى.

و المدعى في كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه تقديم قاعدة «اليد» في المجمع - المقتضية للضمان - على قاعدة «ما لا يضمن» النافية له. و الوجه في التقديم معاضدتها بفتوى الأصحاب بالضمان، على ما نسبه المحقق الأردبيلي و صاحب الرياض قدّس سرّهما إليهم.

و لا معاضد لقاعدة «ما لا يضمن» لأنّ قاعدة الاستيمان النافية للضمان مخصوصة

«ما لا يضمن» معارضة بقاعدة اليد (1).

والأقوى (2) عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة (3) بالعين

بما إذا كان دفع العين إلى المستأجر مبنياً على صحة الإجارة لا مطلقاً. هذا توضيح كلام الجواهر.

ويحتمل أن يكون غرض المصنّف قدّس سرّه من هذا الوجه الثاني تقديم قاعدة اليد لكونها أخصّ مطلقاً من قاعدة «ما لا يضمن» و من المعلوم أنّ التعارض بين العامّ والخاصّ المطلقين بدويّ، ويتعيّن التخصيص. فيقال: إنّ قاعدة «ما لا يضمن» تنفي الضمان عن العين في الإجارة الصحيحة والفاسدة، وقاعدة اليد تقتضي الضمان في الفاسدة، فتكون «اليد» مخصصة لقاعدة «ما لا يضمن» وتبقى العين في الإجارة الصحيحة موضوعاً لها، كموضوعية سائر العقود الأمانية لها.

(1) لا- يخفى قصور العبارة عن تأدية المراد، فإنّ المقصود توجيه ضمان العين في الإجارة الفاسدة، و من المعلوم أنّ مجرد تعارض القاعدتين ليس من أسباب الضمان، إذ لو كانتا متكافئتين تساقطتا، و المرجع حينئذ هو أصالة البراءة عن الضمان كما تقدّم في كلام المحقق الكركي قدّس سرّه.

و عليه كان الأولى أن يقال: «معارضة بقاعدة اليد، لكنّها لأخصّ يتّنها تخصّص قاعدة ما لا يضمن» كما يستفاد هذا التخصيص من قوله: «غير مخصصة».

(2) بعد أن بيّن المصنّف كلا دليلي الضمان و عدمه قوّى عدم الضمان، للخدشة في الوجهين المتقدمين عن الجواهر. و مقصوده قدّس سرّه إثبات عدم الضمان بدليل اجتهادي و هو قاعدة «ما لا يضمن» لا بالأصل العملي الذي ركن إليه المحقق الكركي قدّس سرّه.

(3) هذا دفع الوجه الثاني للضمان، و هو تخصيص قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد.

و محصّل الدفع: إباء قاعدة «ما لا يضمن» عن التخصيص بقاعدة اليد، لما تقرّر في بحث تعارض الدليلين من اشتراط التخصيص ببقاء العام على حيثية كونه قانوناً، و عدم لزوم الاستهجان العرفي من كثرة التخصيص، بحيث تبقى تحت العامّ أفراد

نادرة، فيمتنع التخصيص لو ترتب محذور الاستهجان عليه. ولا فرق في هذا الامتناع بين كون نسبة المتعارضين عموماً مطلقاً و من وجه، لا اتحاد الملاك في كليهما.

وهذه الكبرى منطبقة على المقام. أما بناء على كون النسبة عموماً من وجه كما صرح به صاحب الجواهر قدس سره فلأن غالب العقود المندرجة تحت عموم «ما لا يضمن» مشمولة لقاعدة اليد أيضاً، كالمضاربة والرهن والهبة ونحوها مما تقع على الأعيان، فلو بنينا على تقديم قاعدة اليد لزم اختصاص «ما لا يضمن» بالعارية غير المضمونة، وهذا في الحقيقة إلغاء لتشريعها بنحو ضرب القانون. وأما لو قدمنا هذه القاعدة على اليد لم يلزم هذا المحذور، لبقاء موارد عديدة مندرجة تحت اليد المقتضية للضمان كالمغصوب والمقبوض بالسوم وبالبيع الفاسد وغيرها.

وعلى هذا نقول: إن العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة باقية تحت قاعدة «ما لا يضمن» بعد البناء على شمول القاعدة لمصّب العقد و لمتعلق متعلقه.

وأما بناء على كون النسبة عموماً مطلقاً فكذا يتعين تقديم القاعدة على اليد، فإن الظاهر أخصيتها من اليد، دون العكس، وذلك لورود هذه القاعدة مورد اليد، نظير ورود قاعدة التجاوز في مورد استصحاب العدم، إذ البناء على فعل المشكوك فيه - كالركوع والسجود - مخالف لاستصحاب عدم الإتيان به المقتضي لتداركه، مع أنهم بنوا على تقديم القاعدة على الاستصحاب سواء كانا أمارتين أم أصليين محرزين، أم مختلفين. والوجه في تخصيص دليل الاستصحاب هو ورود القاعدة مورده بحيث يلزم لغوية تشريعها لو لا التخصيص.

وهكذا الحال في المقام، لأن غالب العقود التي تجري فيها قاعدة «ما لا يضمن» تجري فيها قاعدة اليد، ولا عكس. فتقديم قاعدة اليد المقتضية للضمان إلغاء لتشريع قاعدة «ما لا يضمن».

هذا كله توضيح عدم تخصيص قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد. وعليه فالعين في الإجارة الفاسدة غير مضمونة، عملاً بقاعدة «ما لا يضمن».

(1) هذا إشارة إلى ردّ أول الوجهين المتقدمين عن صاحب الجواهر قدّس سرّه الذي كان حاصله خروج العين المستأجرة موضوعا عن قاعدة «ما لا يضمن» فتشملها القواعد الأخر كقاعدة اليد الموجبة للضمان.

و محصل مناقشة المصنّف قدّس سرّه فيه هو: اندراج العين المستأجرة في قاعدة «ما لا يضمن» وعدم خروجها عنها تخصّصا كعدم خروجها عنها تخصيصا.

و الوجه في بطلان التخصّص المزبور: أنّ المعوّض في إجارة الأعيان- كالدار- وإن كان هو المنفعة، إلّا أنّ الوفاء بالعقد يقتضي تسليم العين للمستأجر كي ينتفع بها، فالعقد يتضمّن شرطا ارتكازيا متعارفا، و هو جعل العين أمانة بيد المستأجر. و حيث كان التسليط مالكيّا و مبتنيا على الأمانة كان خارجا عن قاعدة اليد و مندرجا في «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» لما تقرّر عندهم من انتفاء الضمان في موارد الاستيمان.

فإن قلت: يختص كون العين أمانة مالكيّة و شرعيّة- بيد المستأجر- بصحّة عقد الإجارة، و أمّا مع فسادها فلا، إذ لا يستحقّها المستأجر حتى تكون أمانة عنده.

قلت: لا- فرق في قصد الاستيمان بين صحة الإجارة و فسادها، فإنّ المالك يرى نفسه ملزما بالوفاء بالشرط الضمني الارتكازي، فيجعل العين أمانة بيد المستأجر، و يكون اعتقاد صحة العقد داعيا له إلى تسليم العين. فلو كانت الإجارة فاسدة لم تقدح في قصد المالك، و إنّما يلزم تخلف داعيه إلى التسليم. و قد تقرّر عندهم عدم العبرة بتخلف الدواعي، كما إذا قدّم المضيف طعاما لضيفه معتقدا بأنّه عالم، فتبيّن كونه جاهلا، فلا ريب في جواز الأكل، لأنّه من قبيل تخلف الداعي.

و قد تحصّل: أنّ العين المستأجرة- فاسدة- غير مضمونة على المستأجر لو تلفت بيده، لشمول قاعدة «ما لا يضمن» لها، و لا مخصّص لها في البين، كما عرفت.

فالأقوى وفاقا للمحقق الكرّكي عدم الضمان، لكن للقاعدة، لا للأصل العملي.

هذا كله في التخلّص عن النقص الأول من النقوض الواردة على القاعدة.



إشارة

ثم إنه يشكل أطراد القاعدة في موارد:

أ: النقض بعارية الصيد

منها (1): الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ

الجهة الثانية: موارد النقض على قاعدة «ما لا يضمن» أ: النقض بعارية الصيد

(1) هذا ثاني النقوض التي أوردوها على قاعدة «ما لا يضمن» و النقض الأول ما تقدّم من الإجارة الفاسدة على التفصيل المزبور.

ومحصّل هذا النقض الثاني: أنّ العارية الصحيحة لا توجب الضمان، مع أنّ فاسدها في الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ يوجب الضمان. وفرض هذا النقض هو ما إذا لم يكن في الحرم، لأنّ الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم أيضا. فالمسألة مفروضة فيما إذا كان هناك شخصان، أحدهما محرم خارج الحرم، والآخر محلّ، فصاد الثاني حيوانا واستعاره المحرم منه، فإنّه لا إشكال في وجوب إرساله عليه، فإن أرسله فلا خلاف في ضمانه لمالكه. وهذا خارج عن مورد البحث، لكونه إتلافا ولو بإذن الشارع، فلا ينتقض به القاعدة، لأنّ عدم الضمان في قاعدة «ما لا يضمن» مختص بالتلف، فالإتلاف خارج موضوعا عن حيّزها.

وإن أمسكه فإن مات بأفة سماوية أو كان طائرا فطار- وهذا هو مورد نقض قاعدة «ما لا يضمن» على القول بفساد عارية الصيد للمحرم- ففيه خلاف بينهم، فمنهم من ذهب إلى الضمان، مع أنّ صحيح العارية لا ضمان فيه، ومنهم من قال بعدمه.

بل يظهر من الجواهر «1» عدم وجود مصرّح بالضمان في مفروض البحث أعني التلف السماوي، وأنّ حكمهم بالضمان إنّما هو في صورة الإتلاف المترتب على الموت بعد الإرسال.

قال في الشرائع: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنّه ليس له

بناء (1) على فساد العارية، فإنهم (2) حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به. ولذا (3) ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة و الفساد.

إمساكه، فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه، وإن لم يشترط عليه ذلك في العارية» (1). فإن ظاهره ترتب الضمان على الإرسال الذي هو إتلاف الصيد، فلا يشمل ما نحن فيه وهو التلف.

(1) هذا ظاهر في أن فساد استعارة المحرم مسألة خلافية كما ستأتي في عبارة المسالك. وعلى كل فمناً الفساد هو النصوص النهائية عن إمساك الصيد والأمر بتخلية سبيله. ومن المعلوم اشتراط صحة العارية بحلّة الانتفاع بالعين المعارة.

(2) هذا وجه ورود النقص على قاعدة «ما لا يضمن» وقد عرفته آنفاً.

(3) يعني: و لكون صحيح العارية لا يضمن به ناقش الشهيد في ضمان المحرم قيمة الصيد للمالك على كل من تقديري صحة عقد عارية الصيد للمحرم وفساده، لأنها إن كانت صحيحة فلا ضمان، وكذا إذا كانت فاسدة، لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

قال في المسالك: «و مقتضى عبارة المصنّف رحمه الله و جماعه أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضا بالقيمة، لأنهم جعلوها من العواري المضمونة، وإن لم يشترط فيها الضمان. و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحّته.

أمّا مع صحّته فالأصل في العارية عندنا أن تكون غير مضمونة، إلا أن يدلّ دليل عليه، و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه. و أمّا مع فساده فلأنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع قاعدة كليتة.

و يمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص بأنّ المحرم لو أتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه، فيدخل فيه صورة النزاع. و فيه نظر، لمعارضته بالنص

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 172

ص: 159

الصحيح الدالّ على أنّ العارية غير مضمونة، فكما يمكن تخصيص الأوّل بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك، يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد، فالترجيح غير واضح» (1) [1].

توضيح وجه نظره: أنّه كما يمكن أن يقال بالضمان، للنصوص الدالّة على «أنّ من أتلّف صيدا مملوكا فعليه فداؤه» الشاملة لمورد النزاع، كذلك يمكن أن يقال بعدم الضمان، لما دلّ على أنّ العارية غير مضمونة. وكما يمكن تخصيص نصوص الفداء بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك، فتخرج العارية عنها، فلا ضمان في الصيد المعار؛ فكذلك يمكن تخصيص ما دلّ على عدم الضمان في العارية بغير الصيد، ففي عارية الصيد ضمان، ولم يظهر ترجيح لأحدهما.

(1) هذا توجيه لضمان قيمة الصيد المعار، مع اقتضاء قاعدة «ما لا يضمن» عدمه. وحاصل التوجيه: خروج عارية الصيد موضوعا عن حيّز قاعدة «ما لا يضمن» المختصة بالتلف. ووجه الخروج كون الضمان للإرسال الذي هو بمنزلة الإتلاف، فلا نقض على القاعدة.

ولتوضيح التوجيه ينبغي تقديم أمرين:

الأوّل: الالتزام بوجوب إرسال الصيد المعار، كما هو المشهور، بل في

[1] لا- يخفى أنّه على ما أفاده في المسالك تكون النسبة بين ما دلّ على ضمان الصيد المتلف بغير إذن المالك، وبين ما دلّ على عدم الضمان في العارية عموما من وجه، ومع عدم المرجّح لتخصيص أحد الدليلين في المجمع- وهو الصيد المستعار- يرجع إلى الأصل، وهو هنا البراءة عن الضمان.

جامع المقاصد: «لم أظفر إلى الآن بمخالف» (1) وإن تأمل هو فيه. قال العلامة قدس سره:

«لا- يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ولا من المحلّ، لأنّه يحرم عليه إمساكه، فلو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته. ولو تلف في يده ضمنه أيضا بالقيمة لصاحبه المحلّ، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك» (2).

فلو قلنا بعدم وجوب تخلية سبيله و جواز ردّه إلى المالك المعير لم يتّجه ضمان القيمة حتى يكون مبنى النقض على قاعدة «ما لا يضمن». ويلوح من الشهيد الثاني قدس سره عدم تعيّن وجوب الإرسال، قال قدس سره بعد التأمل في فساد عارية الصيد ما لفظه: «فعلى تقدير قبضه له- أي قبض المستعير للصيد- إن ردّه على المالك لزمه الفداء لله تعالى، و بريء من حق المالك. وإن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه لله تعالى، لأنّه ثابت عليه بمجرد الإمساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك» (3). فإنّ قوله: «و بريء من حق المالك» ظاهر بل صريح في عدم ضمان القيمة بمجرد الاستعارة، فلا ضمان على تقدير ردّ الصيد إلى مالكه، وإنما يجب عليه الفداء والكفارة.

والحاصل: أنّ مبنى التوجيه المذكور في المتن هو استقرار القيمة على عهدة المحرم المستعير بمجرد قبض الصيد من المحلّ.

الثاني: أنّ كون المستعير ضامنا لقيمة الصيد لمالكه مع فرض بقاء عينه- و عدم إرساله بعد- لا بدّ أن يكون للجمع بين دليلين، أحدهما: حرمة مال المسلم المقتضية لضمان ماله بماله من الخصوصيات الشخصية و الصنفيّة و النوعيّة. و ثانيهما: وجوب إرسال الصيد و تخلية سبيله و حرمة تسليمه إلى المعير، فإنّه أمر بإعدام خصوصيّة و شخصيّة.

فمقتضى الجمع بينهما القول بإلغاء احترام الصيد- بعينه- رعاية لحقّ

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 60

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 209

(3) مسالك الأفهام، ج 5، ص 149

- بعد البناء (1) على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته- أن المستقر عليه (2) قهرا (3) بعد العارية هي القيمة، لا العين [1]. فوجوب دفع القيمة ثابت

---

الخالق جلت آلاؤه، و بقاء ماليته على عهدة المستعير رعاية لحق المخلوق.

إذا اتضح ما مهّدناه قلنا في تقريب توجيه المصنّف قدّس سرّه: أنّ ضمان الصيد ثابت بمجرد استيلاء المحرم على العين، حيث إنّه مأمور بالإرسال الذي هو إتلاف- و لو تنزيلا- و مورد قاعدة «ما لا يضمن» هو التلف لا الإتلاف. فلا ينتقض القاعدة بضمان الصيد المستعار، لخروجه عن القاعدة موضوعا، لما عرفت من أنّ موردها التلف، لا الإتلاف الذي هو المفروض في عارية الصيد.

(1) كما هو المشهور. و أمّا بناء على تخيير المستعير بين الردّ إلى المالك، و بين الإرسال و ضمان قيمة الصيد لم يتم هذا التوجيه. و هذا إشارة إلى الأمر الأوّل الذي مهّدناه لتوضيح المتن.

(2) أي: على المحرم.

(3) يعني: بحكم الشارع، و هذا كأنّه خرق لقانون ضمان مال الغير، إذ لم يعهد اشتغال الذمّة بالبدل من المثل أو القيمة مع بقاء العين، و التمكن من إيصالها إلى المالك.

و لا بدّ أن يوجّه بأنّ الشارع أبقى ماليّة العين و ألغى حرمة خصوصيّتها، بالأمر بإرساله، كما أوضحناه في الأمر الثاني.

---

[1] هذا غير ظاهر، إذ لازمه عدم براءة ذمّة المستعير بدفع العين، لفرض كون ذمته مشغولة بالقيمة. و لا يظنّ من أحد أن يلتزم بذلك. و لعلّه لهذا حمل صاحب الجواهر حكمهم بالضمان على الإرسال، لا على مجرد العارية. قال قدّس سرّه شارحا لكلام المحقق: «لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنّه ليس له إمساكه، بل يجب عليه إرساله. و حينئذ فلو أثم و أمسكه ثم أرسله ضمنه ..» (1).

---

(1) جواهر الكلام، ج 27، ص 164

ص: 162

قبل التلف (1) بسبب وجوب الإتلاف الذي (2) هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد (3)،

(1) يعني: فلا تنقض قاعدة «ما لا يضمن» بعارية الصيد، لأنّ ضمان قيمته ثابت قبل التلف و مستند إلى الأمر بإرساله، الذي هو بمنزلة إتلافه، و من المعلوم أنّ الضمان المنفيّ في قاعدة «ما لا يضمن» إنّما هو بعد التلف، و لا منافاة بين ثبوت الضمان بالإتلاف و ما هو بحكمه، و بين نفيه بالتلف.

(2) صفة للإتلاف، لا للوجوب، لأنّ المضمّن هو الإتلاف لا الأمر به، لقولهم:

«من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

(3) المراد بالعقد هو الذي يكون موضوعا لقاعدة «ما لا يضمن» فإنّ الإتلاف مضمّن فيه. و أمّا العقد الموضوع لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فالضمان بالقيمة الواقعيّة ثابت بمجرد التلف. و لما كانت العارية مندرجة في «ما لا يضمن» توقّف الضمان فيها على الإتلاف. هذا توضيح ما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

و لا يخفى أنّ توجيه الضمان بالإتلاف قد أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه و إن خصّ الضمان بما إذا خلى سبيل الصيد، قال قدّس سرّه: «و وجوب ذلك- أي إرسال الصيد- عليه لا ينافي ضمانه لملكه و إن أقدم- أي المالك- على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالإرسال، فإنّ ذلك لا يقتضي ذهاب حرمة ماله، كما لا يقتضي إبطال

و يظهر منه عدم وجود مصرّح بالضمان لو تلف الصيد بأفة سماويّة بيد المستعير قبل إرساله. و من العجب أنّ السيد قدّس سرّه حكى عبارة الشرائع هكذا قوله: «فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه» (1). و لعلّه اعتمد على ما في الجواهر من مزج الشرح بالمتن، و إلّا فعبارة الشرائع خالية عن ترتّب الضمان على الإرسال، و إنّما يترتب على الإمساك، فراجع (2).

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 94

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 172

سببته- أي الإلتلاف- للضمان، الحاصلة من عموم قوله: من ألتف مال غيره فهو له ضامن ..» (1).

[1] فيه: أنّ الثابت على المستعير المحرم وجوب الإرسال تكليفاً، وهو بنفسه لا يستلزم الوضع أعني به الضمان واستقرار القيمة في الذمة، بحيث يكون نفس وجوب الإرسال- كالإلتلاف- موجبا لاشتغال الذمة بالقيمة، فإنّ سببته وجوب الإرسال للضمان محتاجة إلى دليل. و وجوب إيجاد سبب الضمان ليس من أسباب الضمان، بشهادة عدم ضمان من يجب عليه أكل طعام الغير حفظاً لنفسه عن التلف لو لم يؤكل منه حتّى مات، فإنّه لا يضمن قيمة ذلك الطعام الذي أمر بإتلافه و أكله، ولذا لو لم يرسلها بل ردّها إلى المالك لم يضمن له شيئاً و إن كان أتما لتركه الإرسال الواجب.

وعليه فالضمان لا يتحقق إلا بعد التلف، ويكون مستندا إليه، فينتقض به القاعدة.

و كيف كان فالنقض بعارية الصيد موقوف على أمور:

الأول: فساد العارية، إذ على فرض صحتها لا يكون الضمان فيها نقضا لقاعدة «ما لا يضمن» بل يكون تقييدا لأدلة عدم ضمان العارية الصحيحة، كما لا يخفى.

الثاني: التلف، إذ الإلتلاف خارج موضوعا عن مفروض البحث، فلا بدّ من إثبات كون المقام من التلف.

الثالث: الضمان لو تلف الصيد عند المستعير، إذ بدونه لا يكون نقضا على القاعدة.

الرابع: عدم زوال ملكية المعير المحلّ بتسليم العين إلى المحرم المستعير، إذ مع زوالها كان الضمان- بناء على ثبوته- غير مرتبط بالعارية الفاسدة، لأنّ نفس التسليم إلى المحرم و تسلّم المحرم له بأيّ نحو كان موجب لسقوط ملكه. وهذا أجنبّي عن الإعارة وعقدها.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فيمكن الاستدلال عليه بقوله تعالى وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا «1» بعد ظهور الصيد في المصيد أي الحيوان الوحشي، لا في معناه المصدرى، وذلك بقريته إضافته في الآية الشريفة المتقدمة عليها إلى البرّ والبحر. وبقريته قوله تعالى مَتَاعًا لَكُمْ وَ لِلسِّيَارَةِ «2» وقوله تعالى في الآيتين المتقدمتين، وهما:

لِيَبْلُغَكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ «3» وَ لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَ أَنْتُمْ حُرْمٌ «4». وقد أطلق على الحيوان الصيد باعتبار كونه في معرض الاصطياد، ولا بأس به، لأنه إطلاق شائع.

وتحريم ذات الصيد كغيره من التحريمات المضافة إلى الذوات- بقريته حذف المتعلق- ظاهر في حرمة جميع تقلباته اصطیادا و حيازة و تملكا و بيعا و شراء و إعارة و استعارة و استئمانا و إمساكا و غيرها، بتقريب: أنّ الحرمة بمعنى المنع الشامل للتكليفي و الوضعي. و على هذا فلا يصح كل تصرف اعتباري و خارجي يتعلّق بالعين التي أضيفت إليها الحرمة، فلا تصح إعارتها، إذ لا يصح الانتفاع بها بعد حرمة كل تصرف يتعلق بها. و من المعلوم اعتبار حليّة الانتفاع بها في صحة العارية.

و بالجملة: فيمكن الاستدلال على فساد عارية الصيد للمحرم بحرمة على المحرم، بتقريب: أنّ قوله تعالى حُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ ظاهر في حرمة جميع التصرفات المتعلقة به من الاصطياد و الإمساك و الانتفاع به، كشرب لبنه و أكل بيضه و نحوهما، و بطلان بيعه و شرائه و عاريتة و وديعته و إجارته و نحوهما، فإنّ حرمة الانتفاع بالصيد تهدم قوام العارية و هو جواز الانتفاع بالعين المستعارة.

إلا أن يقال: إنّ التحريم المضاف إلى العين ناظر إلى الفعل المناسب لها، كالتحريم

(1) سورة المائدة (5) الآية 96

(2) سورة المائدة (5) الآية 96

(3) سورة المائدة (5) الآية 94

(4) سورة المائدة (5) الآية 95



المضاف إلى الأمتهات. وعليه فالمراد بحرمة الصيد حرمة أكله، لأنّ الفعل المناسب هنا هو الأكل. نعم يراد بحرمة الصيد بقريئة النصوص حرمة جميع التقلبات.

وكيف كان فالظاهر فساد عارية الصيد لفقدان شرط صحتها و هو حليّة الانتفاع به.

و أمّا الثاني:- أعني به صدق التلف- فالظاهر ذلك و عدم صدق الإلتلاف على الحكم بالإرسال، فلا موضوع عرفا لقاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن». و لا شرعا، إذ لم يظهر دليل على تنزيل الإرسال الواجب منزلة الإلتلاف حتى يخرج إعاره الصيد عن موضوع قاعدة «ما لا يضمن» و يندرج في قاعدة «من أتلف» الحاكمة على قاعدة «ما لا يضمن» بعد توسعة موضوع قاعدة «من أتلف» ليشمل الإلتلاف الحقيقي و التنزيلي.

هذا مضافا إلى: أنّ الإلتلاف التنزيلي منوط بوجوب الإرسال، و هو غير مسلّم، لذهاب صاحب الحداثق إلى وجوب ردّ الصيد الى مالكه. و على هذا فالنقض وارد.

و أمّا الثالث:- و هو الضمان- فقد عرفت الخلاف فيه، و مناقشة الشهيد الثاني في ذلك، و كلام الجواهر، و هو عدم وجود مصرّح بالضمان في صورة التلف السماوي الذي هو مورد البحث، فراجع. و مع الخلاف في الضمان لا وجه لجعله من موارد النقض.

و أمّا الرابع:- و هو عدم زوال ملكية المعير- فقد يستدل له بالآية الشريفة:

وَ حُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا بِالتَّقْرِيبِ الْمَشَارِإِلَيْهِ مِنْ أَنَّ حُرْمَةَ ذَاتِ الصَّيْدِ بِنَحْوِ الْحَقِيقَةِ الْإِدْعَائِيَّةِ إِنَّمَا هِيَ بِلِحَاطِ حُرْمَةِ جَمِيعِ التَّقْلِبَاتِ تَكْلِيفًا وَ وَضْعًا، وَ مِنْهُ حُرْمَةُ الْإِصْطِيَادِ مَبَاشَرَةً وَ تَسْبِيحًا، بَلْ وَ دَلَالَةً وَ إِشَارَةً، وَ مِنْهُ حُرْمَةُ إِرْجَاعِ الصَّيْدِ إِلَى بَيْتِ مَغْلَقٍ وَ إِلَى الصَّيَّادِ، وَ ذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ وَجُوبَ إِرْسَالِهِ الَّذِي لَازِمُهُ الْخُرُوجُ عَنِ مَلِكِ صَاحِبِهِ.

لكن فيه أولا: أنّ استفادة وجوب إرسال مال الغير- و حرمة إرجاعه إلى صاحبه- من الآية المباركة مشكلة جدّا، لعدم إطلاق لها يشمل كون الصيد مال الغير.

و ثانيا:- بعد تسليم الوجوب- أنّ كونه ملازما لخروجه عن ملكه ممنوع، نظير

وجوب أكل مال الغير في المخمصة، في عدم استلزامه للخروج عن ملك مالكة.

و مثل الاستدلال المزبور في الضعف ما قيل: من كون إيجاب الإرسال مساوقا لسلب جميع الانتفاعات، و هو ملازم لسلب الملكية التي تعتبر بلحاظ الآثار، فما لا أثر له لا يعتبر ملكيته، كأمر الشارع بإهراق الخمر الكاشف عن عدم مملوكيتها. وأمره بإرسال المحرم صيده الكاشف عن سلب ملكيته.

وجه الضعف بعد التسليم في المثالين- وهما الأ-مر بإهراق الخمر وإرسال الصيد- أنه لا وجه له في المقام، إذ الحكم بالإتلاف مع الضمان مؤكّد للملكية لا مزيل لها. نعم لو نهض دليل على عدم ضمانه بالإرسال كان لما ذكر من سلب الملكية وجه.

و ما قيل من: «أنّ الأمر في المقام دائر بين التخصيص و التخصص، و أصالة العموم تقتضي عدم التخصيص، لأنّ جواز التصرف و الإرسال مع بقاء الملكية تخصيص لدليل حرمة التصرف في مال الغير، فأصالة الإطلاق تكشف عن خروجه عن ملكه، و أنّ جواز الإرسال إنّما هو لخروج الصيد عن ملك مالكة» ضعيف.

وجه الضعف أولا: أنّ الخروج عن الملك قهرا تقييد لدليل الملكية.

و ثانيا: أنّ أصالتي العموم و الإطلاق لا تجريان مع العلم بمراد المتكلم كالمقام، و الشك في التخصيص و التقييد كما قرّر في محله.

فالمحصّل: أنّ عدّ عارية الصيد للمحرم من نقوض قاعدة «ما لا يضمن» غير ظاهر. و على تقدير تمامية النقوض لا يرد طعن على القاعدة عكسا أو أصلا على فرض تماميتها في نفسها، لكونها من العمومات القابلة للتخصيص.

بقي التعرّض لإشكال أورده السيد قدّس سرّه على المتن، و محصّله: أنّ سببية الإتلاف لضمان قيمة الصيد مبنية على وجوب إرساله على المحرم حتى يكون إتلافا لمال الغير.

و ليس الأمر كذلك، إذ الاستفادة من النصوص حرمة إمساكه، و هي لا- تستلزم وجوب الإرسال، لإمكان التخلص من حرمة برده إلى المعير، و معه لا موجب لضمانه بمجرد

تسلّم الصيد من المعير، «1» هذا.

أقول: لا ريب في اختلاف مضامين نصوص الباب، ففي بضعها الأمر بالتخلية.

كقوله عليه السّلام في رواية: «إذا استوى جناحاه خلى عنه» «2» ونحو قوله عليه السّلام في رواية «فخلّ سبيلها» «3» ونحوهما ممّا هو ظاهر جدّاً في وجوب الإرسال.

وفي بعضها النهي عن إمساك الصيد، كرواية شهاب بن عبد ربّه عن أبي عبد الله عليه السّلام:

«حرّم عليك ذبحه وإمساكه» «4» وإليه نظر السيد قدّس سرّه، لإمكان امتثال هذا النهي بكلّ من الإرسال والرّد إلى المعير إن كان عارية.

ولا ريب في أنّ المجموع شرعاً في حقّ المحرم أمر واحد، وهو إمّا مطلوبة الإرسال، فتكون مبعوضة الإمساك والحبس بالعرض، وإمّا بالعكس. ولا يبعد استظهار الاحتمال الأوّل من مجموع النصوص الواردة في الصيد المملوك وغيره، وأنّه بمجرد الإحرام يرسله، وأنّه لا يغلق الباب عليه ولا يؤذيه، لأنّ من دخله كان آمناً.

مضافاً إلى فهم الأصحاب وتعبيرهم بوجوب الإرسال أو التخلية كما يظهر بمراجعة المتون الفقهية كالنهاية وفقه القرآن والشرائع والسرائر والقواعد والمختصر النافع وغيرها، ونحوها الوسائل أيضاً، فإنّه عنوان الباب الثاني عشر من أبواب الصيد بقوله: «أنّ الحمام ونحوه حتى الأهليّ إذا دخل الحرم وجب على من هو معه إطلاقه» «5» ثم ذكر بعض النصوص الناهية عن إمساك الصيد في هذا الباب.

وعليه فتعبير المصنّف قدّس سرّه بوجوب الإرسال أقرب إلى مضامين النصوص الآمرة بتخلية سبيل الصيد وإرساله، خصوصاً مع تأييدها بفهم الفقهاء، وحيث إنّ الأمر بالإرسال أمر بإتلافه كان ضمان قيمته ضمان الإتلاف لا التلف.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 94

(2) وسائل الشيعة، ج 9، ص 199، الباب 2 من أبواب كفارات الصيد وتابعها، الحديث 1

(3) وسائل الشيعة، ج 9، ص 199، الباب 2 من أبواب كفارات الصيد وتابعها، الحديث 1

(4) المصدر، ص 200، الحديث 2

(5) المصدر، ص 200

## ب: النقض على القاعدة بمنفعة المبيع فاسداً

و يشكل (1) أطراد القاعدة أيضا في البيع فاسدا بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها (2)، فإنّ هذه المنافع (3) غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنّها

ب: النقض على القاعدة بمنفعة المبيع فاسدا

(1) معطوف على «يشكل» وهذا نقض ثالث على قاعدة «ما لا يضمن» و محصّله: منع الملازمة بين البيع الصحيح و الفاسد في ضمان المنافع الفائتة، مع أنّ مقتضى القاعدة تبعية العقد الفاسد للصحيح في عدم الضمان.

و توضيحه: أنّ المشتري للمبيع - بالعقد الفاسد - إمّا أن يستوفي منفعه و ينتفع به، كما إذا اشترى دارا فسكن فيها أو سيّارة فركبها، و لا ريب في ضمانها، لما سيأتي إن شاء الله تعالى في الأمر الثالث مما يترتب على المقبوض بالبيع الفاسد.

و إمّا أن لا يستوفي منفعها، بل فاتت كما إذا لم يسكن في الدار مع قابليتها للسكنى.

و هذه المنافع الفائتة غير مضمونة في العقد الصحيح، و مضمونة في الفاسد، فإذا فسخ العقد الصحيح بإقالة أو غيرها لم تكن منفعتها الفائتة مضمونة على المشتري، و إنّما عليه تسليم الدار للبائع و له استرداد تمام الثمن منه.

و أمّا إذا كان البيع فاسدا فقد حكموا بأنّ المشتري كما يضمن العين - لو تلفت بيده - كذلك يضمن بدل منفعتها الفائتة في المدة التي كانت الدار تحت يده و سلطنته.

و هذا الحكم بالضمان مناف لقاعدة «ما لا يضمن» لأنّ عدم ضمان منافع المبيع بالبيع الصحيح يقتضي عدمه في البيع الفاسد أيضا. مع أنّهم فرّقوا بين البيع الصحيح و الفاسد، و حكموا بضمان المنفعة الفائتة في المقبوض بالبيع الباطل. و هذه التفرقة تكشف عن عدم كون «ما لا يضمن» قاعدة كليّة حتى يرجع إليها في كلّ عقد لم يضمن بصحيحه، هذا.

(2) قد تقدّم أنّ وجه تقييد المنافع بعدم استيفائها، لوضوح أنّ المنافع المستوفاة مضمونة بقاعدة الاستيفاء لا باليد، فلا مورد للنقض بها على قاعدة «ما لا يضمن».

(3) أي: المنافع الفائتة.

إلا أن يقال (1): إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد (2). وفيه نظر (3)، لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد

(1) هذا جواب النقض، و محصّ له: أنه لا موضوع للنقض بالمنافع الفاتية، و ذلك لأنها مضمونة في عقد البيع سواء أ كان صحيحا أم باطلا، فهي داخلة في أصل القاعدة أعني به «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده». و الوجه في ضمان المنافع مطلقا سواء استوفيت أم فاتت هو: أن البيع و إن كان «تمليك عين بعوض» و ظاهره خروج منافع العين عن مورد المعاملة، إلا أن الصحيح ضمان منافعها أيضا. و ذلك لكونها ملحوظة في مقام المعاوضة و مؤثرة في رغبة المشتري عند شراء العين، بل لزيادة المنفعة و قلتها دخل في قيمة العين، كما هو المشاهد من طريقة العقلاء في شراء الأعيان ذوات المنافع.

و على هذا فنمات المبيع مضمونة على المشتري، و يجب عليه ردّ عوضها إلى البائع إذا تبين فساد البيع.

و هذا الجواب و إن لم أظفر به بهذا النحو- من استتباع ضمان العين لضمان المنفعة- في الجواهر و غيره، لكن في بيان المحقق الكركي قدس سرّه ما يستفاد منه ضمان منافع المغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد، حيث قال قدس سرّه في جواب إشكال عدم ضمان المنفعة ما لفظه: «لما كان المجموع في مقابلة المجموع، و فاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضمونا بجميع أجزائه، نظرا إلى مقتضى المقابلة» (1). و ظاهره تقسيط الثمن على العين و المنفعة، و هذا مغاير لما في المتن من الاستتباع الظاهر في كون الثمن بإزاء نفس المبيع و هو العين، و إنما تضمن المنافع بالاستلزام و الاستتباع، فلاحظ.

(2) يعني: فلا يرد النقض، إذ المفروض ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد معا، فهي من مصاديق أصل القاعدة لا عكسها.

(3) هذا ردّ على استتباع ضمان العين لضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 324، و اقتبسه منه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 304

وحاصل وجه النظر: أنّ الثمن يبذل بإزاء العين في العقد الصحيح من دون أن يقع شيء منه بإزاء المنافع حتّى تكون مضمونة في العقد الصحيح. وعلى هذا فالمنافع خارجة عن مورد العقد، فالقاعدة غير متعلّقة لها، بل يرجع في ضمانها إلى اليد أو قاعدة الاحترام أو غيرهما، فالنقض غير متوجّه، لخروج المنافع عن مورد العقد، والقاعدة ناظرة إلى مورد العقد.

وبعبارة أخرى: إنّ منفعة المبيع وإن كانت ملحوظة للمشتري ومتعلّقة لغرضه، إلّا أنّها داعية له على شراء العين، ومن المعلوم الفرق بين الحيثية التقييدية كما إذا شرط في بيع الكتاب خياطة ثوبه، وبين الحيثية التعليلية الخارجة عن مصبّ العقد، كداعوية برودة الهواء لاشترائه الألبسة الخشنة الحارّة لدفع برودة الشتاء.

والمناطق في الضمان هو الحيثية التقييدية دون التعليلية، ولذا قالوا بأنّ تخلّف الداعي عن المعاملة لا يوجب الخيار فيها ولا يبطلها. وعلى هذا فالمضمون في البيع الصحيح هو نفس العين، كما أنّ المضمون في الإجارة هو نفس المنفعة. فالجواب المذكور غير واف بدفع النقض.

و الصحيح في التخلّص عنه أن يقال: إنّ المدار على الضمان وعدمه هو مصبّ العقد، لا ما يتعلّق به. ولما كان الثمن مقابلا بالمبيع لا بمنافعه لم تندرج المنافع في أصل قاعدة «ما يضمن» كما زعمه المجيب عن النقض، ولا في عكسها كما زعمه الناقض.

فإن قلنا بضمانها فبدليل آخر كقاعدة الاحترام. وإن قلنا بعدمه فللاقدام على تسليط المشتري على المبيع لينتفع به، هذا.

(1) يعني: لا يقتضي نفس البيع الصحيح ضمان منفعة المبيع حتى يقتضيه فاسده، فلو ضمنها المشتري في البيع الفاسد كان للدليل آخر.

(2) تعليل لقوله «غير مضمونة» والمستفاد منه أمران، أحدهما: المناقشة في جواب النقض، والآخر: ردّ أصل النقض. وقد تقدم توضيحهما أنّنا بقولنا: «و حاصل وجه النظر: أنّ الثمن يبذل بإزاء العين» وقولنا: «و الصحيح في التخلّف عنه أن يقال ..».

و يمكن نقض (1) القاعدة أيضا (2) بحمل المبيع فاسدا (3)، على ما صرّح به (4)

ج- النقض على القاعدة بحمل المبيع فاسدا

(1) هذا نقض رابع على قاعدة «ما لا يضمن» و توضيحه: أنه إذا تباع زيد و عمرو و حيوانا حاملا- كشة مثلا- بعشرة دنانير، فإما أن يكون المبيع مؤلفا من الحمل و الحامل بأن يقسّط الثمن على كليهما، وإما أن يكون المبيع خصوص الأمّ، و يبقى الحمل أمانة عند المشتري إلى أن يولد، فيسلّمه إلى البائع.

فإن كان البيع صحيحا فلا كلام على كلا التقديرين. و إن كان فاسدا توجه التفصيل بين الفرضين، فبناء على الأول- و هو كون المبيع كليهما- يكون المشتري ضامنا لكلّ من الحمل و الأمّ لو تلفا أو تلف أحدهما.

و بناء على الثاني- أي كون المبيع خصوص الأمّ- فمقتضى القاعدة عدم ضمان الحمل لو تلف عند المشتري، لأنّه ممّا لم يضمن في البيع الصحيح، فيلزم أن لا يضمن في البيع الفاسد أيضا، مع أنّ جماعة حكموا بضمان هذا الحمل التالف. و هذا نقض على قاعدة «ما لا يضمن».

نعم بناء على عدم ضمان الحمل- كما ذهب إليه جمع- لم يرد نقض على القاعدة، هذا.

(2) يعني: كما أمكن نقض القاعدة بما تقدّم من الموارد الثلاثة.

(3) متعلّق بالمبيع، يعني: المبيع بالبيع الباطل.

(4) اي: بضمان الحمل. قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «من غصب جارية حاملا ضمنها و حملها معا. و ولد المشتراة شراء فاسدا مثل ذلك» (1). و الشاهد في قوله: «و ولد المشتراة» حيث إنّه قدّس سرّه حكم على الجارية المشتراة بالشراء الفاسد بالضمان، سواء بالنسبة إليها و إلى حملها. و بهذا يتّجه النقض على قاعدة «ما لا يضمن».

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 65

(1) قال المحقق قدس سره: «و غصب الأمة الحامل غصب لولدها، لثبوت يده عليها و كذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد» (1).

(2) قال العلامة قدس سره فيها: «إذا اشترى شراء فاسدا و جب عليه ردّه على مالكة، لعدم خروجه عنه بالبيع. و عليه مؤونة الردّ كالمغصوب .. و لو زادت العين في يد المشتري زيادة منفصلة كالولد و الثمرة، أو متصلة كالسمن و تعلم الصنعة و جب عليه ردّ الزيادة أيضا، لأنّها نماء ملك البائع، فيتبع» (2).

و الشاهد في جعل الولد نماء مضمونا للمبيع بالبيع الفاسد. و كذلك جزم العلامة بضمان الأمّ و الحمل في التحرير و الإرشاد (3).

(3) قال الشهيد قدس سره: «و غصب الحامل غصب الحمل. أمّا حمل المبيع فاسدا أو المستام فلا ضمان فيه. و قال الفاضل: يضمن الحمل في البيع الفاسد. و لعله أراد مع اشتراط دخوله» (4).

أقول: و بهذا الاشتراط صرح العلامة في الإرشاد، حيث قال: «و لو باع الحامل فالولد له، إلا أن يشترطه المشتري» (5). فلعلّ الشهيد أراد إطلاق حكم العلامة في التذكرة و التحرير بضمان الحمل في المبيع بالبيع الفاسد، لا إطلاق كلامه في سائر كتبه. و كذا المحقق في الشرائع (6).

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 236

(2) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 495

(3) تحرير الاحكام، ج 2، ص 137؛ إرشاد الأذهان، ج 1، ص 362

(4) الدروس الشرعية، ج 3، ص 108

(5) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 366

(6) شرائع الإسلام، ج 2، ص 57



وقال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك- بعد حكمه بضمان حمل الأمة المغصوبة- ما لفظه: «و أمّا ضمان حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد فإنّما يتم مع دخوله معها في البيع، إمّا تبعا كما يقوله الشيخ، أو مع الشرط. أمّا لو لم يكن داخلا لم يتّجه ضمانه، لأنّه مقبوض بإذن المالك، و ليس مبيعا فاسدا حتى يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه ..

وقد اختلف كلام العلامة في المسألة. ففي التحرير جزم بضمان الأمة و الحمل معا كما ذكره المصنّف- يعني المحقّق- و في القواعد جزم بعدم ضمان الحمل. و هو الأصحّ.

و لا إشكال مع دخوله في البيع» «1».

وقال في الروضة: «و غصب الحامل غصب للحمل، لأنّه مغصوب كالحامل، فالاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعية لامّه. و كذلك حمل المبيع فاسدا حيث لا يدخل في المبيع، لأنّه ليس مبيعا، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، و لأنّ تسلّمه بإذن البائع. مع احتماله، لعموم على اليد» «2».

و احتماله الضمان غير مذكور في عبارة المسالك المتقدمة.

(1) قال قدس سره في شرح قول العلامة في القواعد: «و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع فاسدا» ما لفظه: «أمّا حمل الغصب فإنّه مغصوب كالأصل. و أمّا حمل المبيع فإنّه ليس مبيعا، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأمّ، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، و لأنّ تسلّمه بإذن المالك الذي هو البائع» «3».

(2) كالمحقق الأردبيلي قدس سره «4». و قال السيد الفقيه العاملي قدس سره بعد سرد أسماء المذكورين في المتن: «و لعلّه- أي عدم الضمان- قضية كلام الباقيين إلّا

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 155

(2) الروضة البهية، ج 7، ص 24 و 25

(3) جامع المقاصد، ج 6، ص 220

(4) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 511

تبعاً للعلامة قدّس سرّه في القواعد (1). مع أنّ (2) الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنّه للبائع (3). وعن الدروس (4) توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع. وحينئذ لا نقض على القاعدة (5).

---

من ستعرفه» (1).

(1) تقدّمت عبارة القواعد آنفاً. وبالجملة فبناءً على القول بعدم ضمان الحمل في بيع الحامل ببيع فاسد لا يتّجه النقض على قاعدة «ما لا يضمن».

(2) هذا هو النقض على القاعدة بناءً على قول شيخ الطائفة والمحقّق وغيرهما من ضمان حمل المبيع فاسداً كضمانه بالغصب، مع عدم ضمانه في البيع الصحيح، لكون تمام الثمن بإزاء الحامل، وعدم تقسيطه عليها وعلى الحمل.

(3) إذ لو كان الحمل للمشتري - في البيع الصحيح - كان مضموناً عليه ببعض الثمن، لكونه جزءاً للمبيع.

(4) غرضه قدّس سرّه من نقل توجيه الشهيد قدّس سرّه هو سلامة قاعدة «ما لا يضمن» عن النقض بحمل المبيع فاسداً، ومحصل التوجيه: أنّ مورد حكم العلامة - في ما عدا القواعد من كتبه - بضمن الحمل في بيع الحامل فاسداً هو ما إذا اشترط المشتري على مالك الأمّ بجزئية الحمل لها، كما إذا قال: «أشترى هذه الشاة الحامل على أن تكون سخلتها لي» وقبل البائع، فإنّ المشتري يضمن كلاً منهما بالضمن المعاوضي، بمعنى وقوع بعض الثمن بإزاء الأمّ وبعضه بإزاء الحمل. وإذا تبين فساد العقد كان الضمان لأجل تخلف الشرط، لا لاقتضاء ذات العقد.

---

(5) لأنّ الحكم بالضمن مع الشرط إنّما يكون لأجل الشرط، لا لاقتضاء ذات العقد. ومن المعلوم أنّ مورد القاعدة هو اقتضاء نفس العقد للضمن وعدمه، لا لأمر خارج عن حقيقته كالشرط، فيخرج عن موضوع القاعدة أصلاً وعكساً. فلا نقض.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 223

ص: 175

ويمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة (1) [1]،

---

**د- النقض على القاعدة بالشركة الفاسدة**

(1) هذا نقض خامس على قاعدة «ما لا يضمن» وهو الفرق بين الشركة الصحيحة و الفاسدة. و تقريبه: أن الشركة الفاسدة توجب الضمان و حرمة التصرف في المال المشترك، مع أن الشركة الصحيحة لا توجب الضمان، فينتقض قاعدة «كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بالشركة الفاسدة.

لكن هذا النقض إنّما يتوجّه بناء على عدم جواز التصرف بسبب الشركة الفاسدة في المال المشترك، لانتفاء الاذن في التصرف مع فساد الشركة. كما أنّ الوجه في جواز التصرف بقاء الاذن فيه.

و منشأ الوجهين أنّ تقييد الاذن بالشركة هل هو بنحو وحدة المطلوب أم تعدده؟ فعلى الأوّل لا يجوز، و على الثاني يجوز، فلا نقض، لوجود الاذن الراجع للضمان، كعدم الضمان في الشركة الصحيحة.

---

[1] الظاهر عدم ورود هذا النقض، لأنّ الشركة إن كانت مقتضية لجواز التصرف لم يكن فرق بين الشركة الصحيحة و الفاسدة في عدم الضمان، لكون الشريك أميناً، و لا ضمان على الأمين. و إن لم تكن مقتضية له لم يجز التصرف مطلقاً، سواء صحّ عقد الشركة أم فسد، و يثبت الضمان مطلقاً، لعموم «على اليد» من دون مخصّص. فهذا النقض غير وارد.

وقد يقال: بانتقاض أصل القاعدة- أعني به: كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده- بالنكاح الفاسد، مع علم المرأة بالفساد، لأنّها حينئذ زانية، و لا مهر لبغيّ، فإنّ النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة، دون فاسده.

لكن فيه ما لا يخفى، لأنّ النكاح خارج عن القاعدة موضوعاً، إذ ليس المهر بإزاء الاستمتاع بالزوجة حتّى يضمن على كلا تقدير صحيحة العقد و فساد، بل المهر بإزاء

بناء (1) على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ (2) عدوانا [1] موجب للضمان (3).

---

(1) إذ بناء على إذن كل واحد من الشركاء لغيره في التصرف في المال المشترك مطلقا- حتى مع العلم بفساد الشركة- لم يرد نقض على القاعدة، فالنقض مبني على وحدة المطلوب و تقيّد الاذن في التصرف بخصوص الشركة الصحيحة شرعا.

(2) أي: حين فساد الشركة وانتفاء الاذن.

(3) فتنقض قاعدة «ما لا يضمن» إذ لا ضمان في الشركة الصحيحة، مع أنّ في فاسدها الضمان.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية ممّا يتعلق بقاعدة «ما لا يضمن» وسيأتي الكلام في الجهة الأخيرة، وهي دليل الاعتبار.

---

الزوجية الاعتبارية- سواء أكانت دائمية أم انقطاعية- الثابتة بنفس العقد، لأنّ استحقاق المرأة للمهر إنّما هو بنفس العقد المحقّق للزوجية و إن لم يكن هناك استمتاع، كما إذا ماتت قبل مباشرة الزوج لها و التمتع بها.

و الحاصل: أنّه ليس هنا شيء يضمنه الزوج بالتلف أو الإتلاف. و مورد القاعدة كون الضمان مسببا عن أمر آخر غير العقد كالقبض في العقد، فإنّ التلف بعده يوجب الضمان، و قبله لا يوجبه، بل هو من مال بائعه.

و بالجملة: البضع و سائر الاستمتاعات لا مالية لها شرعا، فلا تقابل بالمال. نعم قد ثبت مهر المثل في بعض الموارد كالوطي بالشبهة، لاحترام الأعراس.

فالمتحصل: أنّ ثبوت المهر في النكاح الصحيح، و عدمه في الزنا أجنبى عن مورد القاعدة.

[1] هذا متّجه في صورة العلم بفساد الشركة دون الجهل به، فالدليل أخصّ من المدعى، فالأولى التمسك بقاعدة اليد.

[أ: الأولوية]

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة (1) - على ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط - هي الأولوية (2).

الجهة الثالثة: مستند قاعدة «ما لا يضمن»: أ: الأولوية

(1) أي: قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» وقد أحسن المصنّف قدّس سرّه في التعبير بالقضية السالبة الموافقة للصناعة، دون العكس لما مر من كون التعبير بالعكس مبنياً على المسامحة. وكيف كان فهذا شروع في الجهة الثالثة - والأخيرة - مما يتعلّق بالقاعدة، وهي مدركها والدليل عليها. والمذكور في المتن أمران: أحدهما الأولوية التي استظهرها من عبارة المبسوط، و ثانيهما الأخبار المتفرقة الواردة في عدم ضمان الأمين، وسيأتي الكلام فيهما إن شاء الله تعالى.

(2) هذا هو الدليل الأوّل، وقد نقل المصنّف كلام شيخ الطائفة قدّس سرّه إجمالاً في صدر المسألة و حكيناه هناك بألفاظه، فراجع (ص 60) والمقصود منه هو استدلاله على عدم ضمان العين المرهونة في الرهن المتضمن لشرط فاسد - مثل كونها مبيعة من المرتهن لو لم يؤدّ الرهن دينه، قال في المبسوط: «لأنّ صحيح الرهن غير مضمون عليه - أي على المرتهن - فكيف فاسده» «1».

وهذه العبارة الموجزة يحتمل أن يراد بها التعجّب من الضمان في العقد الفاسد الذي لا يؤثر صحيحه في الضمان. ويحتمل أن يراد بها أولوية عدم الضمان في العقد الفاسد من عدمه في العقد الصحيح منه، كالرهن الصحيح والفاسد. واستظهر المصنّف قدّس سرّه هذا الاحتمال.

كما أنّه يحتمل أن يريد شيخ الطائفة - بناء على الأولوية - أولوية عدم ضمان العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه كالرهن - من عدم ضمان نفس هذا العقد الذي لا يضمن بصحيحه. ولعلّ هذا ظاهر العبارة. ويحتمل أن يريد قدّس سرّه ما استظهره

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 204

و حاصلها: أنّ الرّهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفساده؟ و توضيحه (1):

المصنّف من أولويّة العقد الفاسد مما لا يضمن بصحيحه من فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه كالبيع.

و الانصاف عدم خلوّ المتن من اندماج، فلا- بدّ أوّلا من بيان ما أفاده الماتن في توضيح عبارة المبسوط، و ثانيا من التعرّض لما أفاده في تقريب الأولويّة.

(1) أي: توضيح انتفاء الضمان في الرهن الفاسد و نحوه من العقود التي لا تضمن بصحيحها، و أمّا كون عدم الضمان في الفاسد للمساواة مع الصحيح أو للأولويّة فسيأتي في المتن بقوله: «وجه الأولويّة».

و محصّل ما أفاده بقوله: «و توضيحه» هو: أنّ سبب الضمان الجعليّ في العقود الصحيحة المضمّنة كالبيع و الصلح المعاوضيّ و الإجارة إمّا أن يكون إقدام المتعاقدين على صيرورة مال كلّ منهما مضمونا بمال الآخر. و إمّا أن يكون السبب إمضاء الشارع لما أقدم عليه، و حكمه بوجوب الوفاء بما التزم به.

و كلا السببين منتف في مثل الرّهن. أمّا انتفاء الإقدام على الضمان بالمسمّى فواضح، لأنّ تسليم العين إلى المرتهن ليس بقصد تمليكها له بعوض، بل بقصد كونها وثيقة عنده، فتكون أمانة كالعين في الوديعة و العارية و الوكالة. و أمّا انتفاء الضمان الناشئ من حكم الشارع بصحة العقد فلأنّ المراد بالصحة في باب المعاملات إمضاء ما التزم به المتعاقدان و وجوب الوفاء به، فالإمضاء يكون على طبق الممضى و مماثلا له. و لمّا كان الممضى هو البناء على تسليم العين إلى المرتهن و تسلّمها بلا عوض كان معنى صحة الرّهن شرعا إمضاء ما أقدم عليه من عدم ضمان العين لو تلفت بيد المرتهن.

هذا إذا كان عقد الرّهن صحيحا. و كذا الحال لو كان فاسدا، فلا ضمان فيه، لا من جهة الإقدام على الضمان و لا من جهة حكم الشارع و إمضائه. أمّا انتفاء الإقدام فلأنّ الرهن الفاسد فرد من طبيعّي الرّهن المبنيّ على كون العين المرهونة وثيقة

أنّ الصحيح من العقد (1) إذا لم يقتض (2) الضمان- مع إمضاء الشارع له- فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر (3) في الضمان. لأنّ أثر الضمان (4) إمّا من الأقدام على الضمان (5)،

وأمانة بيد المرتهن. و أمّا انتفاء الضمان من ناحية الإمضاء فلأنّ المفروض فساد العقد و كونه بمنزلة العدم، فكيف يؤثر في الضمان؟ بل عدم الضمان في الرهن الفاسد يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

و المتحصّل: أنّ علة عدم الضمان مشتركة بين الرهن الصحيح و الفاسد، فلا بدّ أن يكون المعلول- و هو عدم الضمان- كذلك. هذا تقريب عدم اقتضاء العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه للضمان. و أمّا أنّه للمساواة أو لألويّة الفاسد بعدم الضمان فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) أي: عقد الرهن و نحوه مما لا يضمن بصحيحه.

(2) قد تقدّم أنّ وجه عدم اقتضاء الصحة و الإمضاء الشرعي للضمان، و محصّله: أنّ الإمضاء لا بدّ أن يكون على طبق الممضى، و لمّا كان الممضى هو الأقدام على الاستيمان لا المعاوضة، كان حكم الشارع بالصحة تثبيتها لهذا الأقدام، فيمتنع استناد الضمان إلى الإمضاء.

(3) هذه العبارة تدلّ على أنّ العقد الفاسد من الرهن لا يكون مضنّاً، و أمّا أنّه لمساواته للعقد الصحيح أو لألويّته منه في عدم الضمان فلا يستفاد منها.

(4) الإضافة بيانية، و غرضه أنّ الضمان- الذي هو أثر الصحة أو الإقدام- منتف في العقد الفاسد. و قد عرفت توضيحه آنفاً. و لو قال: «لأنّ الضمان ..» كان أسهل تناولاً.

(5) مقصوده قدّس سرّه انتفاء المقتضي للضمان. و لا يخفى أنّ استناد عدم الضمان إلى عدم الأقدام على المعاوضة لم يذكر في كلام شيخ الطائفة هنا، إذ المذكور فيه هو انتفاء الصحة شرعاً، و لكنّ المصنّف قدّس سرّه أضاف إليه انتفاء الأقدام هنا، لأنّه استفاده من

و المفروض عدمه، وإلا يضمن (1) بصحيحه. وإما (2) من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنّها لا تؤثر شيئاً [1].

و وجه الأولوية (3): أنّ الصحيح

---

تعليّل الضمان في «ما يضمن بصحيحه» في موارد متعددة من المبسوط- بالاقدم و الدخول على أن تكون العين مضمونة، فإذا كان الضمان للإقدام في مثل عقد البيع كان عدم الضمان في الرهن لأجل عدم الإقدام على المعاوضة و المبادلة. و لا بأس بما صنعه المصنّف قدس سرّه استقصاء لجهات البحث.

(1) أي: لو كان الراهن و المرتهن أقدا على الضمان لكان الرهن الصحيح مؤثراً في الضمان، مع أنّ المفروض عدم مضمّنيته.

(2) يعني: أنّ الموجب الثاني للضمان هو حكم الشارع بالضمان في هذا الرهن الفاسد، و لكن لا يجتمع الفساد الشرعيّ مع الضمان، لأنّ معنى الفساد لغويّة العقد و كونه كالعدم، و الضمان الشرعيّ يدور مدار الجعل و لو إمضاء، و المفروض عدمه.

(3) ظاهر العبارة أولوية الرهن الفاسد- بعدم الضمان- من البيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه، لا أولوية الرهن الفاسد بعدم الضمان من الصحيح منه. و توضيحه:

أنّه قد سبق في (ص 58 و 115) استدلال شيخ الطائفة على الضمان في الفاسد- ممّا يضمن بصحيحه- بقاعدة الإقدام و الدخول على المعاوضة. و ناقش المصنّف فيه بأنّه

---

[1] هذا الوجه إنّما يتّجه بناء على كون الضمان ناشئاً عن العقد بحيث يكون نفس العقد سبباً له، إذ يصح حينئذ أن يقال: إذا لم يكن الصحيح مقتضياً للضمان فالفساد- الذي يكون كالمعدوم في عدم ترتّب أثر عليه- أولى بعدم تأثيره في الضمان. و أمّا بناء على كون سبب الضمان و مقتضية غير العقد من اليد و التصرّف فلا بدّ أن يكون عدم الضمان في الصحيح لاقتضاء العقد له، و لا يلزم من اقتضاء الصحيح للعدم أن يكون الفاسد كذلك، و من الواضح أنّ الأمر كذلك أي يكون سبب الضمان غير العقد.



لا سبيل لإثبات الضمان في مثل البيع الفاسد بقاعدة الإقدام، لأنّهما أقدم في العقد الصحيح على ضمان خاصّ وهو الضمان الجعلي المسمّى في العقد، ولم يقدم على طبيعيّ الضمان، حتّى يثبت الضمان بالبدل الواقعي في العقد الفاسد، فثبوت المثل أو القيمة في عهدة المتبايعين منوط بالدليل عليه.

فمقتضى قاعدة الإقدام انتفاء الضمان بالمسمّى في البيع الفاسد، لفرض أنّ الشارع لم يصحّح العقد ولم يمض ما أقدم عليه. مع وضوح أنّ البيع الفاسد يقتضي الضمان من جهة كونه مصداقاً لطبيعيّ البيع المتقوم بالمبادلة و المعوضة بين المالين.

وعليه نقول: إنّ انتفاء الضمان بالعوض المسمّى في البيع الفاسد- لعدم الإقدام على طبيعيّ العوض و عدم إمضاء الضمان الخاص - يدلّ بالأولوية القطعية على انتفاء الضمان في مثل الرهن الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه.

ووجه الأولوية: أنّ الرهن الفاسد لا يتوقّع ترتب الضمان عليه، وذلك لانتفاء كلّ من الإقدام على الضمان و الإمضاء، بخلاف البيع الفاسد، فإنّه من جهة كونه مصداقاً لمفهوم البيع المتقوم بالمبادلة و المعوضة يترقّب منه الضمان، و مع ذلك لم يترتب عليه.

و هذا البيان كما ترى ظاهر في أولوية فاسد العقد- الذي لا يضمن بصحيحه- بعدم الضمان من فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه كالبيع. و هو لا يلتئم مع كلام المبسوط- بناء على إرادة الأولوية دون التعجّب و المساواة- لدلالته على أولوية فاسد العقد- الذي لا يضمن بصحيحه- من صحيحه كالرهن الصحيح و الفاسد.

ولذا تكلف المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه في توجيه الأولوية التي ادّعاها المصنّف قدّس سرّه، بأن يقال: إنّ الملحوظ طبيعيّ العقد الصحيح، فالصحة في كلّ عقد تقتضي الضمان، سواء أ كان بيعاً أم رهناً، فإذا لم يثبت الضمان فيه فعلا- مع اقتضاء الصحة ثبوته- فالفاسد الذي ليس فيه اقتضاء الضمان- إمّا لعدم إقدام مضمّن كما في الرهن، و إمّا لعدم إمضاء مضمّن كالبيع الفاسد- أولى بأن لا يوجب الضمان.

و على هذا فالرهن الفاسد أولى بعدم الضمان من الرهن الصحيح، لأنّ الصحة بنفسها

إذا كان مفيدا للضمان (1) أمكن أن يقال: إنَّ الضمان من مقتضيات الصحيح (2)، فلا يجري في الفاسد، لكونه لغوا غير مؤثّر، على ما سبق تقريبه (3) من أنّه أقدم على ضمان خاصّ (4)، و الشارع لم يضمنه، فيرتفع أصل الضمان (5) [1].

---

مقتضية للضمان، وإن لم يبلغ مرتبة الفعلية، وهذا الاقتضاء الناقص مفقود في الفاسد «1».

(1) هذه الجملة قرينة على أن المصنّف قدّس سرّه قاس الأولوية بين نوعين من العقود، يعني العقد الصحيح المفيد للضمان الذي لا يؤثّر فاسده في الضمان، و بين العقد الصحيح الذي لا يفيد ضمانا كالرهن، فجعل العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه أولى بعدم الضمان من العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه.

(2) يعني: أن الصحة الشرعيّة تقتضي الضمان، سواء أكان مضمّنا بالفعل أم لا، فإذا انتفت الصحة لم يبق المقتضي له.

(3) حيث قال في الاعتراض على استدلال شيخ الطائفة بالاقدم ما لفظه:

«و هذا الوجه لا يخلو من تأمّل، لأنّهما إنّما أقدمتا و تراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية».

(4) و هو الضمان بالبدل المسمّى في العقد المعاوضيّ، كضمان الكتاب بدينار في بيعه به.

(5) يعني: فيرتفع أصل الضمان في العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه، فكيف حال العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه، فإنّه أحرى بعدم الضمان؟

هذا كله في تقرير الأولوية، و سيأتي مناقشة المصنّف قدّس سرّه فيها.

---

[1] لا يخفى أنّ المحقق الايرواني قدّس سرّه استظهر من المتن: أنّ مقصود المصنّف قدّس سرّه ملاحظة الأولوية بين عقدين يقتضي صحيح أحدهما الضمان، و لا يقتضيه الآخر، لكنه قدّس سرّه لغموض كلام الماتن قال: «ينبغي تقرير الأولوية هكذا: إنّ

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 85

ص: 183

(1) أي: يخذش الأولوية، و محصل الخدشة: أن مبنى الأولوية- وهو إمكان كون علة الضمان صحة العقد و إمضاء الشارع لما أقدم عليه المتعاقدان- معارض بإمكان دعوى كون الصحة في العقد الصحيح غير المفيد للضمان كالرهن و الإجارة- بالنسبة إلى العين المستأجرة- و إمضاء الشارع لما أقدم عليه من التسليط المجاني هو السبب الراجع للضمان، و المانع عن تأثير القبض فيه. و لا يجري في العقد الفاسد، لعدم إمضاء الشارع للتسليط المجاني على ما هو معنى الفساد، فلا أولوية.

و الحاصل: أن لكل من الصحيح و الفاسد مزية ترفع أولوية الفاسد من الصحيح في عدم الضمان. أما مزية الفاسد فقد عرفت من عدم إقدام مضمّن و إمضاء مضمّن. و أما مزية الصحيح فهي أن إمضاءه المقتضي للسلطنة الشرعية الراجعة للضمان عند وجود سببه مختصّ به، فبلحاظ الإمضاء- الذي هو أمر وجودي رافع للضمان- يمتاز الصحيح عن الفاسد، فلا أولوية.

و اعلم أن المذكور في المتن من المناقشة في استدلال شيخ الطائفة قدس سره أمران:

أحدهما: ما أفاده المصنّف بقوله: «لكن يخذشها» و غرضه منع أولوية العقد

صحيح العقد الذي كان فيه إقدام على الضمان ليس في فاسده إقدام، لما عرفت أن الإقدام حاصل على المسمّى، و لا ضمان به. و ما به الضمان و هو المثل أو القيمة لا إقدام عليه. فإذا كان هذا حال ما كان الإقدام في صحيحه على الضمان موجوداً، فكيف ما لا إقدام في صحيحه على الضمان، فإنه بالأحرى أن لا يكون في فاسده إقدام على الضمان» «1».

و هذا كما ترى ملاحظة للأولوية بين عقدين لا بين صحيح عقد و فاسده، مع أن ظاهر عبارة المبسوط كما تقدّم في التوضيح جعل عدم ضمان فاسد الرهن أولى من عدمه في صحيحه. إلا أن يتكلّف في توجيه المتن بما أفاده المحقق الأصفهاني، و أدرجناه في التوضيح، فتأمل فيه حقّه.

أنّه (1) يجوز أن يكون صحّة الرّهن والإجارة (2) المستلزمة لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعا (3) مؤثّرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلّطا لهما على العين، فلا أولويّة (4).

فإن قلت (5): إنّ الفاسد وإن لم يكن له دخل

---

الفاسد من العقد الصحيح بعدم الضمان، وقد عرفته.

ثانيهما: ما أفاده بقوله: «فإن قلت» وأجاب عنه، و محصّله منع مساواة العقد الفاسد للصحيح في عدم الضمان، لوجود المقتضي للضمان في الفاسد، وعدمه في الصحيح، فكيف يكون الفاسد أولى بعدم الضمان؟

(1) هذا مرفوع محلاً على أنّه فاعل «يخدشها» و الضمير للشأن.

(2) عطف الإجارة على الرّهن- في كون العين غير مضمونة بيد المرتهن والمستأجر للتسليط المالكي- مبنيّ على دخول العين المستأجرة في قاعدة «ما لا يضمن» كما استظهره قدّس سرّه بقوله: «القاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة ولا متخصّصة» وإلا فبناء على ما ذهب إليه صاحب الرياض وغيره من ضمانها لا تكون الإجارة كالرّهن.

(3) قيد لقوله: «تسلّط» يعني: فتكون العين أمانة شرعيّة و مالكيّة، فلا وجه للضمان في العقد الصحيح.

(4) أي: فلا أولويّة للفاسد من الصحيح في عدم الضمان.

(5) هذا الاشكال ناظر إلى أصل استدلال شيخ الطائفة قدّس سرّه مع الغصّ عن الخدشة التي ذكرها بقوله: «لكن يخدشها» وهو مبنيّ على أمرين:

الأول: أنّ حديث «على اليد» يقتضي ضمان المستولي على مال الغير مطلقاً، سواء أ كانت يده عدوانيّة أم أمانيّة، و سواء أ كان بعقد صحيح أم لا، لصدق «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» على جميع موارد الوضع.

في الضمان (1)، إلا أن مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان (2)، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، وبقي الباقي (3).

الثاني: أن هذا العموم خصّص في جملة من العقود الصحيحة، حيث لا ضمان فيها كالوديعة و العارية و الرهن و الوكالة و نحوها ممّا يكون التسليط بإذن الشارع و المالك. و أمّا إذا كانت هذه العقود باطلة غير ممضاة شرعا كان وضع اليد فيها مندرجا في عموم «على اليد» كاليد العدوانيّة في موارد الغصب المقتضية للضمان.

و بناء على هذين الأمرين يتّضح منع مساواة العقد الفاسد- ممّا لا يضمن بصحيحه- للصحيح في عدم الضمان، فضلا عن أولويّة الفاسد من الصحيح فيه.

و الوجه في المنع: أن سبب الضمان غير منحصر في ما أفاده شيخ الطائفة قدّس سرّه من إقدام المالك على الضمان و إمضاء الشارع له، حتى يقال بتساوي الصحيح و الفاسد في علّة عدم الضمان و هي عدم الاقدام المضمّن و عدم الإمضاء المضمّن. بل للضمان سبب آخر، و هو قاعدة اليد الشاملة لكلّ من العقد الصحيح و الفاسد. إلا أنّها خصّصت في العقود الصحيحة التي لا ضمان فيها، كالرهن و الوديعة و المضاربة، و لم تخصّص في فاسد هذه العقود. و مقتضى عموم قاعدة اليد- التي هي أمر خارج عن مرحلة العقد- هو الضمان في العقد الفاسد. و معه كيف حكم شيخ الطائفة قدّس سرّه بعدم الضمان في الرهن الفاسد، استنادا إلى مساواته للصحيح في السببيّة لعدم التضمين؟

(1) لما عرفت من انتفاء علّة الضمان، و هي الإقدام على الضمان، و إمضاء هذا الاقدام، و هذه مشتركة بين الرهن الصحيح و الفاسد.

(2) فالعقد الفاسد من جهة وجود هذا العموم فيه أولى بالضمان من الصحيح.

(3) و العقد الفاسد ممّا بقي تحته، لعدم صلاحيّته لتخصيص عموم قاعدة اليد.

قلت (1): ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به (2) المقبوض

ب: عموم دليل الهبة و الأمانات

(1) هذا جواب الاشكال على المساواة بين العقد الصحيح و الفاسد في عدم الضمان، و غرض المصنّف قدّس سرّه إثبات الملازمة في عدم الضمان بين العقد الصحيح غير المضمّن و بين فاسده.

و هذا الجواب دليل ثان على قاعدة «ما لا يضمن». و محصّله: أنّ الدليل المخرج للمقبوض بصحاح تلك العقود عن عموم على اليد- على ما اعترف به المستشكل - هو المخرج بعينه لفاسد تلك العقود عن العموم المزبور. و ذلك الدليل عموم ما دلّ على عدم ضمان من تسلّم مال الغير من دون أن يضمّنه المالك، من غير فرق في عدم الضمان بين التملك المجاني كالهبة، و بين التسليط على الانتفاع بعين مجاناً كالعارية، أو بعوض كالإجارة، إلى غير ذلك من موارد الاستيمان المالكي، بعد تساوي صحيح هذه العقود و فاسدها في الجهات الداخليّة و الخارجيّة. أمّا الداخليّة فهي عدم الاقدام المضمّن، و عدم الإمضاء المضمّن. و أمّا الجهات الخارجيّة فهي اليد الموجبة بذاتها للضمان و الاذن المالكيّ الراجع له.

و المراد بالاستئمان المالكي هو التسليط عن الرضا و عدم كونه بلا إذن منه حتى تكون يده عادية، و التسليطات المجانيّة كلّها كذلك. و ليس المراد بالاستئمان المالكي الاستنابة في الحفظ، ضرورة أنّه لا شيء من العقود كذلك إلاّ الوديعة.

و بعد فرض تساوي العقود الصحيحة و الفاسدة في الجهات الداخليّة و الخارجيّة تكونان متساويتين أيضا في الحكم بالضمان و عدمه. فإذا دلّ دليل على عدم الضمان في الصحيحة دلّ على عدمه في الفاسدة أيضا.

(2) هذا الضمير و ضمير «به» المتقدم راجعان إلى «ما» الموصول المراد به عموم ما دلّ على عدم الضمان في موارد الاستيمان.

بفاسدها (1)، و هي عموم (2) ما دلّ على: أنّ من لم يضمّنه (3) المالك سواء ملكه إياه بغير عوض (4)، أو سلّطه على الانتفاع به (5)، أو استأمنه عليه لحفظه (6) أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه (7)، أو العمل فيه بلا اجرة (8) أو معها، أو غير ذلك (9)، فهو (10) غير ضامن.

أمّا (11) في غير التمليك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصّص لقاعدة

(1) لمساواة فاسد تلك العقود مع صحاحها في الجهة المخرجة لها عن إطلاق «على اليد».

(2) هذا العموم يستفاد من النصوص المتفرّقة كما سيأتي ذكر جملة منها إن شاء الله تعالى.

(3) بصيغة التفعيل، أي: لم يقصد المالك ضمان القابض لماله.

(4) كما في الهبة بغير عوض، لكونها تمليكا للعين مجّانا.

(5) كما في العارية، فإنّ المالك المعير يسلّط المستعير على العين للانتفاع بها.

(6) كما في الوديعة، فإنّها استيمان لحفظ المال عن الضياع.

(7) كما في إجارة الأعيان، فالمؤجر يسلّط المستأجر على العين ليستوفي حقّه منها، كالسكنى في الدار.

(8) كما إذا دفع القماش إلى الخياط ليخيطه ثوبا تبرّعا منه بالخياطة، أو دفع القماش إليه ليخيطه ثوبا بأجرة معيّنة. وهذه إجارة على الأعمال المحترمة. فسواء أكان العمل مع أجره أم بدونها تكون يده على الثوب أمانية لا يضمن تألفها.

(9) كما في دفع مال المضاربة إلى العامل للتجارة به. وكدفع المال الموكّل في بيعه إلى الوكيل، فهما غير ضامنين لما بيدهما.

(10) جزاء الشرط في قوله: «من لم يضمّنه».

(11) غرضه قدّس سرّه إبداء الفرق بين الهبة غير المعوّضة، وبين العقود الأمانية التي لا تضمن بصحیحها وفاسدها، و الفارق هو عدم صدق الأمانة في باب الهبة،

الضمان (1) عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل «ليس لك أن تتهمه» (2).

لكونها رافعة للملك ولا تكون العين أمانة بيد المتّهب، بل هي ملكه، بخلاف العارية والوكالة والمضاربة والوديعة والرهن ونحوها، فإنّها مصاديق لعموم ما دلّ على «عدم ضمان الأمين». ولا بدّ حينئذ من دليل آخر لإثبات عدم الضمان في الهبة الفاسدة، وذلك الدليل هو الأولوية القطعية، وسيأتي بيانها.

(1) يعني: قاعدة اليد المقتضية للضمان في كلّ استيلاء على مال الغير، سواء أكان بالعقد أم بغيره، وسواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً.

(2) كما في رواية مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السّلام: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّيته» (1). ورواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «ليس لك أن تأتمن من خانك، ولا تتهم من ائتمنت» (2).

وهناك نصوص أخرى دالة على عدم ضمان الأمين في موارد الوديعة والعارية والإجارة على الأعمال، فمنها: مرسله أبان بن عثمان عن أبي جعفر عليه السّلام في حديث، قال: «و سألته عن الذي يستبضع المال، فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال:

ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (3) رواها الكافي والتهذيب بسند كالصحيح عنه عليه السّلام.

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وقال: ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية والوديعة مؤتمن» (4).

ومنها: معتبرة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 229، الباب 4 من أبواب الوديعة، الحديث 10

(2) المصدر، الحديث 9

(3) المصدر، ص 228، الحديث 5

(4) وسائل الشيعة، ج 13، ص 237، الباب 1 من كتاب العارية، الحديث 6

ص: 189



أتي بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب، فضاعت، فلم يضمّنه، وقال: إنّما هو أمين» (1). و التعليل ظاهر في كبرى عدم ضمان الأمين، و أنّ عدم تضمين الحمّامي إنّما هو لأمانته.

ومنها: معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: لا يضمّن الصّانغ و لا القصّار و لا الحائك، إلّا أن يكونوا متهمين، فيخوف (فيحيئون) بالبيّنة، و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيئا. و في رجل استأجر جمّالا فيكسر الذي يحمل أو يهريقه. فقال: على نحو من العامل، إن كان مأمونا فليس عليه شيء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن» (2). و ظهورها في إناطة الضمان بالتهمة، و عدمه بالأمانة مما لا ينكر.

ومنها: قول الفقيه عليه السّلام في مكاتبة الصّفّار في ضمان القصّار: «هو ضامن له إلّا أن يكون ثقة مأمونا إن شاء الله» (3).

إلى غير ذلك من النصوص المتفرقة الواردة في المستعير و المرتهن و الودعيّ و المستبضع، و الأجير على العمل كالقصّار و الحّمّال و الجمّال، و المستأجر للعين، و غير ذلك المتضمّنة لعدم ضمانهم، بدعوى: أنّ اشتمال بعضها على تعليل عدم الضمان «بكون الرجل أمينا» يدلّ على قاعدة كلىّة، و هي عدم ضمان المؤتمن و عدم الغرم على كلّ أمين. و مقتضى ترك الاستفصال عدم الفرق بين كون الاستيمان في العقد الصحيح أو الفاسد.

و بدعوى: أنّ التسليم في باب الإجارة و المضاربة و الشركة و نحوها يكون من قبيل جعل العين أمانة.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 270، الباب 28 من أبواب أحكام الإجارة، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 274، الباب 29 من أبواب أحكام الإجارة، الحديث 11

(3) المصدر، ص 275، الحديث 18

أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى (1) ما دلّ على خروج مورد الاستيمان، فإنّ (2) استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له (3) اقتضى (4) التسليط المطلق (5) عليه مجاناً عدم

و الحاصل: أنّ المدعى عدم ضمان كلّ من استأمنه الرجل على ماله. وهذا بمنزلة الكبرى، فكأنّه قيل: «كلّ أمين ليس بضامن». وكون العقود الفاسدة من صغرياته، لصدق الأمين على المستعير في العارية الفاسدة، وعلى المستأجر في الإجارة الفاسدة، إلى غير ذلك. و صغروية العقود الفاسدة تثبت بترك الاستفصال.

هذا كلّ في العقود الفاسدة الأمانية التي لا تضمن بصحيتها. وأما الهبة فسيأتي وجه عدم الضمان بفاسدها.

(1) متعلّق ب «خروج» وهذا وجه عدم الضمان في الهبة الفاسدة حتى تكون قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» شاملة لها كشمولها للعقود الأمانية، فهي خارجة عن عموم «على اليد» المقتضي للضمان.

و تقريب الأولوية: أنّ عدم الضمان في صورة قطع العلقة عن المال بالمرّة أولى من عدم ضمانه في موارد الاستيمان التي تبقى إضافة الملكيّة على حالها.

(2) تقريب للفحوى، وقد عرفته آنفاً.

(3) أي: للمالك.

(4) جزاء الشرط، و جملة الشرط و الجزاء خبر قوله: «فإنّ استيمان».

(5) المراد بالتسليط المطلق هو سلطنة المتهب على التصرفات الخارجيّة و الاعتباريّة المشروعة في العين الموهوبة، وهذا في قبال تسليط المالك في باب العارية، لكون متعلّقه الانتفاع بالعين بنفسه. وكذا في باب الإجارة، فإنّ المستأجر مسلّط على العين في جهة الانتفاع بها و استيفاء حقّه منها، لا مطلقاً، ولذا لا يجوز له التصرف الأجنبيّ عن حيثيّة الانتفاع. وكذا في باب البيع، فإنّ تسليط المالك.

ضمانه بطريق أولى (1). و التقييد (2) بالمجانّة لخروج التسليط المطلق بالعرض كما في المعاوضات، فإنّه عين التضمين.

فحاصل (3) أدلة عدم ضمان المستأمن (4) أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمّنه بعوض واقعيّ - أعني المثل و القيمة - ولا جعلي فليس

وإن كان مطلقاً غير مقيّد بتصرّف دون آخر، إلاّ أنّه مقابل بالعرض، وليس مجاناً.

(1) تقدم تقريب الأوليّة آنفاً.

(2) غرضه من هذه الجملة أنّ الموجب لتقييد التسليط المطلق في قوله: «اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً» بالمجانّة هو: أنّ للتسليط المطلق على المال فردين، أحدهما: بلا عوض وهو الهبة، و الآخر معه وهو البيع و الصلح المفيد فائدة البيع.

و ما ذكر - من أولويّة التسليط المطلق بعدم الضمان من موارد الاستيمان المالكيّ - فمورده الهبة التي لا يضمّن المتّهب عوض ما أخذه من الواهب. و أمّا التسليط المطلق في باب البيع ونحوه فحقيقته التضمين، فلا معنى لتوهم كونه كالهبة ممّا لا ضمان فيه.

(3) هذا الحاصل راجع إلى ما أفاده بقوله: «قلت» الذي محصّله خروج العقود الأمانيّة صحيحها و فاسدها عن الحديث النبويّ «على اليد» المقتضي للضمان في مطلق موارد الاستيمان. و عليه فإذا دفع المالك ماله إلى آخر من دون الاقدام على تضمين الآخذ ببدله الواقعي و لا يبدل جعليّ مسّى لم يكن ماله مضموناً، فلو تلف لم يلزم تداركه ببدل على الآخذ. و بذلك تمّ الدليل على أنّ «ما لا يضمّن بصحيحه لا يضمّن بفاسده».

(4) بصيغة المفعول أي: من جعله المالك أميناً على ماله لا يكون ضامناً. هذا تمام الكلام في ضمان نفس المقبوض بالبيع الفاسد، و سيأتي الكلام في وجوب ردّه و سائر آثاره إن شاء الله تعالى.

[1] لا يخفى أنّه قد استدلّ على قاعدة «ما لا يضمن» بوجه:

الوجه الأوّل: الأولوية. و يكفي في ردّها ما أفاده المصنّف قدس سرّه من الخدشة.

الوجه الثاني: الأصل، إذ الضمان حكم وضعي، فإن شكّ في ثبوته ولم يكن عليه دليل ينفي بأصالة البراءة.

وفيه: أنّ هذا مبنيّ على عدم إمكان التمسك بالنبوي «على اليد ما أخذت» لضعف السند أو غيره. وقد تقدّم البحث فيه، و أنّه حجة و يصح الاستدلال به، فراجع.

الوجه الثالث: إقدام المتعاقدين على المجانيّة الرافع للضمان في كل من الصحيح و الفاسد.

وفيه: أنّ ما أقدم عليه عنوان خاصّ صحيح، و قد انتفى، و ارتفع العنوان يوجب انتفاء السبب الرافع للضمان، فمقتضى عموم «على اليد» هو الضمان.

الوجه الرابع: الأدلة الدالة على عدم الضمان في الأمانات كالوكالة و الوديعة و نحوهما، و ذلك كعموم ما دلّ على «أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه» و ضمّ المصنّف رحمه الله إلى ذلك: الفحوى بالنسبة إلى مثل الهبة، فإنّه إذا لم يضمن فيما لم يكن فيه بذل المال بل كان مجرد استيمان، ففيما كان فيه بذل المال يكون عدم الضمان أولى بالقبول.

و أورد عليه: بأنّ الكلام إنّما هو في مثل الشركة الفاسدة، و كذا الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، و في مثل حمل المبيع بالبيع الفاسد على القول بكونه مضموناً على المشتري مع عدم الضمان في صحيحه، و في مثل استعارة المحلّ من المحرم على تقدير فساد العارية.

و حينئذ نقول: إنّ العموم المزبور و نحوه من أدلة الاستيمان لا- يستفاد منها إلّا حكم ما هو استيمان محض قصد منه مصلحة المالك كالوكالة و الوديعة، أو ما كان مثل العارية بالنسبة إلى الصحيح منها الذي هو مورد الاذن، دون غيره، إذ ليس في المورد

إلا الإذن المقيّد بكونه في ضمن العارية الصحيحة أو الإجارة الصحيحة مثلا، وقد انتفى القيد فينتفى المقيّد بانتفائه.

ودعوى كون مطلق الاذن رافعا للضمان، خالية عن البرهان، فإنّ المقبوض بالسوم مع اقترانه بالاذن مضمون على القابض كما عن المشهور. فالحق أنّ هذه القاعدة لم يتم عليها دليل واضح.

فحينئذ نقول: إنّ كلّ مورد قام الدليل على عدم ضمان المقبوض باليد كان ذلك مخرجا له عن عموم «على اليد» وكلّ مورد لم يتم فيه دليل على عدم الضمان فالمرجع فيه قاعدة اليد. وعليه فلا دليل على عدم الضمان في العقود الفاسدة.

فالنتيجة: أنّ قاعدة «ما لا يضمن» خالية عن الدليل. بل مقتضى عموم «اليد» الضمان.

أقول: بناء على تسليم الكبرى - وهي: أنّ كل أمين ليس بغارم - و تسليم صغر وية المستأجر و المستعير و المرتهن و الودعي و المستبضع بالعقود الفاسدة لكبرى الأمين لا وجه للضمان.

ودعوى «تقيّد الاذن بصحة العقد بأن يقال: إنّ العقود الفاسدة ليست من موارد الأمانات حتى لا يكون فيها ضمان، إذ الأمانة فرع الاذن، و هو مقيّد في العقود بصحتها، فينتفى الاذن بانتفاء الصحة كانتفاء كل مقيّد بانتفاء قيده» خالية عن الشاهد، بعد صدق عناوين العقود على صحتها و فاسدها بوزان واحد، و اشتراكها فيما عرفت في التوضيح من الجهات الداخلية و الخارجية.

لا يقال: إنّ الاستيمان المالكي هو الاستنابة في الحفظ، و ليس شيء من العقود كذلك إلا الوديعة، فاستناد عدم الضمان في قاعدة «ما لا يضمن» إلى الاستيمان المالكي في غير محله. بل لا بدّ من الالتزام بالضمان في تلك العقود.

فإنّه يقال: إنّ المراد بالاستئمان المالكي هو التسليط عن الرضا و عدم كونه بلا إذن

حتى تكون يده عادية، و من المعلوم أنّ ما ذكره من التسليطات المجّانية كلّها كذلك، فلا تكون اليد عادية حتى يضمن القابض، بل اليد مأذونة وليس مضمّنة.

وأما ما ورد من «أنّ المستعير والمستأجر، مؤتمنان» فهو تنزيل لهما منزلة من استأمنه المالك حقيقة في عدم الضمان بمجرد التلف، لا أنّهما مؤتمنان حقيقة من قبل المالك.

وأما ما ورد في النصوص من «أنّه إذا كان مأمونا لا يضمن» فإنّه في قبال المتّهم، فالفرق بين الأمين و المتّهم هو: أنّ الأمين في صورة دوران الأمر بين التلف و الإلتاف لا يحكم عليه بالضمان، إمّا واقعا كما إذا لم يتلف بالتعدّي أو التفريط، وإمّا ظاهرا و في مقام الدعوى، فليس لصاحب المال مطالبته بالبينة و اليمين، بخلاف المتّهم، فإنّه يطالب بهما.

فهذه الأخبار في مقام التفكيك بين الأمين و المتّهم في الحكم الظاهريّ، لا في مقام بيان حكم التلف المحض الذي تتكلم فيه. و لا يتفاوت فيه بين الأمين و المتّهم.

كما أنّه لا تفاوت بينهما في الضمان بالتلف مع التعدي أو التفريط.

ثمّ إنّ لبعض الأعلام كلاما، و هو: «أنّ ما ورد في مرسله أبان بن عثمان المتقدّمة- من عدم الضمان بعد كون الرجل أمينا- يحتمل فيه وجوه، بعد الخدشة في كون ما ذكر بمنزلة التعليل، و احتمال أن يكون بيانا لمورد القضية، أي بعد ما جعلته في المورد أمينا لا غرم عليه، و هذا نحو أن يسأل الطبيب عن الرّمان، فيقول بعد أن كان حلوا لا مانع منه، الذي يفهم منه أنّ كلّ حلوا لا مانع منه» هذا.

وفيه: أنّ قوله: «بعد أن يكون الرجل أمينا» مساوق لقوله في خبر غياث المتقدّم:

«إنّما هو أمين» و ظهور مثل هذه التعبيرات في بيان الكبرى الكلّية و هي عدم ضمان كل أمين- خصوصا بعد ملاحظة كون وظيفة الشارع بيان الأحكام الكلّية- مما لا ينكر، إذ من

المعلوم أنّ التعليل بكون الرّجل أميناً ظاهر عرفاً في حكم كلّّي وهو عدم ضمان كلّ أمين، ولا ظهور له في كونه بياناً للمورد، فإنّ المورد من قبيل ما إذا أمر الإمام عليه السّلام بأخذ معالم الدين من أحد الأصحاب، وقال: «إنّه ثقة» فإنّه لا ريب في كونه تبييناً على وثاقته الموجبة لاندراجه في «الثقة» الذي يكون قوله حجة.

ثمّ قال: «إنّ في الرواية احتمالات: أحدها: أنّ المقصود الاخبار عن قضية واقعية، وهي: أنّ الأمين لا تصدر منه الخيانة حتى يضمن، فلا ضمان عليه واقعا. وعليه فلا يكون تعليلاً ليستفاد منه حكم غير المورد».

وفيه: أنّ الاخبار- الذي هو حكاية أمر خارجي- خلاف الأصل في كلام الشارع، فإنّ الأصل في كلامه هو الحمل على إنشاء الأحكام. فقوله عليه السّلام: «ليس عليه غرم» حكم قد علّل بكونه أميناً، فكأنّه قال عليه السّلام: «علّة عدم الغرم شرعا هي أمانة الرجل» فموضوع عدم الضمان هو الأمين. كتعليل حرمة الخمر «بأنّه مسكر» الظاهر في كون موضوع الحرمة حقيقة هو المسكر، وأنّ حرمة الخمر إنّما هي لأجل انطباق موضوع الحرمة أعني طبيعيّ المسكر عليه، فيكون المقام من قبيل العلة المنصوصة، لا من قبيل علة التشريع.

وإن شئت فقل: إنّ ما نحن فيه من قبيل علة المَجْعول، لا علة الجعل على ما هو مصطلح بعض المحققين.

ثانيها: «أن يراد بقوله:- بعد أن يكون الرجل أميناً- أنّه بعد ما اتّخذته أميناً وجعلت المال أمانة عنده لم يحكم عليه بالغرم، إلّا مع قيام البيّنة. وعلى هذا يمكن أن يقال: إنّ الاتّخاذ أميناً في عقد الوديعة إنّما يصدق مع صحّته. وأمّا مع فساده فلا، إذ ليس المراد كونه أميناً واقعا أو كونه مورد وثوق المودع، بل المراد أنّه مع اتّخاذه في العقد أميناً وجعلت بضاعتك أمانة لديه لم يحكم عليه بالغرم، فلا يكون صادقا في فاسد العقد، لأنّه لم يتّخذ أميناً مطلقاً، بل في العقد مع البناء على صحّته».

وفيه: أنّ كون الرجل أميناً معناه: أنّ كونه أميناً واقعا دعا الناس إلى أن يجعلوا أموالهم أمانة عنده. وهذا الداعي موجود في كلتا صورتني صحة العقد وفساده، لأنّ إمضاء الشارع لا دخل له في الرضا بكون المال أمانة عند الأمين. بل بعد البناء على أمانته يرضى بجعل المال عنده وديعة سواء أمضاها الشارع أم لا. بل الرضا مقيّد بالأمانة المحرزة بالفرض.

نعم إن كان الموجب لفساد الوديعة اختلال ما هو مقوم لمفهومها عرفاً- لا اختلال ما هو شرط لصحتها شرعاً- كانت دعوى تقيّد الوديعة بالرضا في محلّها، حيث إنّ الرضا تعلق عرفاً بالوديعة، و المفروض عدم تحققها، فلا موضوع للاستيمان، فتأمل.

ثالثها: «أن يراد به أنّه بعد اتّخاذه أميناً لا يكون ضامناً بالتلف السماويّ، من غير إفراط و تفریط، فيأتي فيه الاشكال المتقدم».

والفرق بينه وبين سابقه: إنّ هذا الوجه راجع الى الحكم الواقعي، وهو أنّ التلف من غير إفراط و تفریط - لا- يوجب الضمان. والوجه السابق راجع الى الحكم الظاهري، وهو عدم الضمان مع قيام البيّنة. وغرضه من الاشكال المتقدم هو أنّ الاتّخاذ أميناً لا يصدق مع فساد عقد الوديعة.

وفيه ما تقدّم من: أنّ الاتّخاذ أميناً لا يتوقّف على صحّة العقد، بل يتوقّف على أمانته واقعا، وأن لا يكون العلم بأمانته جهلاً مركّباً. وأمّا حكم الشارع بصحّة العقد فليس مقوماً لاتّخاذه أميناً.

رابعها: «أن يكون المراد أنّه بعد ما كان أميناً واقعا لا يضمن. و مقتضى التعليل: أن لا يضمن الأمين بالتلف السماوي مطلقاً، و يضمن غير الأمين. ففي المقبوض بالعقد الفاسد مثلاً إذا كان القابض أميناً ثقة لا يضمن، بخلاف غير الأمين».

و الظاهر أنّ غرضه أخصيّة هذه الرواية من المدعى، لأنّها تدلّ على عدم ضمان الأمين، فالمقبوض بالعقد الفاسد غير مضمون على القابض إن كان أميناً، و مضمون عليه



---

إن لم يكن أميناً. والمدعى أعمّ من ذلك، إذ المقصود من قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» هو عدم الضمان مطلقاً وإن لم يكن القابض أميناً.

وفيه: أنّ عدم الضمان في العقود الصحيحة منوط أيضاً بالوثوق والأمانة، لأنّ رضى المالك منوط بالأمانة، فإن لم يكن أميناً لا يرضى المالك بأن يكون المال أمانة عنده أتجه من الحكم بالضمان مع الأمانة وإن كان العقد صحيحاً، وبعدم الضمان وإن كان العقد فاسداً، لأنّ المدار حينئذ الأمانة. فإن كان أميناً فلا ضمان عليه، وإلا فعليه الضمان.

خامسها: «أن يراد: كل من استأمنته لا يضمن، بمعنى أن كل من جعلت الشيء عنده بعنوان الأمانة ليس بضامن، فيشمل الصحيح و الفاسد. و هذان الاحتمالان بعيدان» «1».

وفيه: أنّ الظاهر إرادة هذا المعنى من الرواية، لأنّ استبضاع المال لا يحصل عادة إلا عند الأمين، فالاستيمان متحقق من صاحب المال، فالمستفاد من الرواية: أنّ كل من استأمنه المالك على ماله وكان القابض أميناً لا يضمن، فالاستيمان من المالك وأمانة القابض دخيلان في ارتفاع الضمان.

فتحصّل: من جميع ما تقدم أنّ ما أفاده الشيخ قدّس سرّه من ارتفاع الضمان باستيمان المالك يستفاد من النصوص، فلاحظ و تدبّر.

تكملة: هل المستفاد من الروايات المتفرقة في هذه الأبواب هو كون الضمان في مورده وعدمه في مورده بنحو الاقتضاء كوجوب الصلاة و حرمة شرب الخمر، حتى يكون شرطه وجوداً أو عدماً مخالفاً لمقتضى العقد، فشرط الضمان في العارية مثلاً مخالف للكتاب، و شرط عدمه في عارية الذهب و الفضة- التي فيها الضمان- مخالف لمقتضى العقد المستفاد من الأدلة الخاصة الدالة على الضمان في عاريتها؟ أم التفصيل بين شرط عدم الضمان في مورد ثبوته، و بين شرط الضمان في مورد عدمه، كشرط

الضمان في عارية غير الذهب و الفضة، بدعوى: أنّ الظاهر من جعل الضمان كونه حكما اقتضائياً، لأنّ ثبوت الحكم لموضوع لا يكون إلاّ عن الاقتضاء، فشرط عدمه مخالف للشرع، بخلاف شرط الضمان في مورد عدمه، وذلك لأنّ أدلّة نفي الضمان لا تدلّ على أزيد من عدمه، ولا تدلّ على أنّه عن اقتضاء، فإنّ دلالة تلك الأدلّة على ذلك محتاجة إلى قرينة مفقودة. كما أنّ دلالة دليل إباحة شيء على أنّ الإباحة تكون لوجود المقتضي أو لوجود المانع عن جعل الحرمة منوط بدلالة دليل.

أم يقال: إنّ شرط عدم الضمان في مورد ثبوته أيضاً ليس مخالفاً للشرع، لإمكان دعوى أنّ تشريع الضمان إنّما هو إرفاق بالمالك و مراعاة لمصلحته، فأدلّة الضمان منصرفة عن مورد الاشتراط برضا المالك بعدمه.

و الحاصل: أنّه يحتمل وجوه:

أحدها: صحّة اشتراط الضمان في مورد عدمه، و اشتراط عدمه في مورد ثبوته، فالشرط مطلقاً- أي وجود الضمان و عدمه- في مطلق الموارد ليس مخالفاً للشرع.

ثانيها: عدم صحة الشرط مطلقاً، أي شرط الضمان في مورد عدمه، و بالعكس.

ثالثها: التفصيل بين شرط عدم الضمان في مورد ثبوته، و بين شرط الضمان في مورد عدمه، بكون الأوّل مخالفاً للشرع دون الثاني.

لا يبعد أن يقال: إنّ الظاهر هو الاحتمال الأوّل، فشرط الضمان في مورد عدمه و شرط عدمه في مورد ثبوته ليس مخالفاً للشرع. و ذلك لإمكان استفادة هذه الكليّة من جملة من الروايات، كصحيحة زرارة: «قال قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: العارية مضمونة؟»

فقال: جميع ما استعرتَه فتوى فلا يلزمك تواه إلاّ الذهب و الفضة، فإنّهما يلزمان، إلاّ أن تشترط عليه أنّه متى توى لم يلزمك تواه. و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك

---

لزمك. و الذهب و الفضة لازم عليك و إن لم يشرط عليك» (1). فإنّ الاستفادة منه نفوذ شرط الضمان في مورد عدمه، و شرط عدمه في مورد ثبوته، إذ عارية غير الذهب و الفضة لا ضمان فيها، لقوله عليه السّلام: «جميع ما استعرتة فتوى ..» و عارية الذهب و الفضة فيها الضمان، و شرط تعدمه ينفيه، لقوله عليه السّلام: «فإنهما يلزمان إلا أن تشترط ..».

و صحيحته الأخرى: «قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن ودیعة الذهب و الفضة؟

قال: فقال: كل ما كان من ودیعة و لم تكن مضمونة لا تلزم» (2) و من المعلوم أنّ المراد به اشتراط عدم الضمان، و إلا فهو من توضیح الواضح كما لا يخفى.

و تدلّ أيضا على صحة الشرط مطلقا- الكاشفة عن عدم كون الضمان و عدمه اقتضائيا- بعض روايات الإجارة، فلاحظ.

و لعلّ الاستفادة من هذه الروايات نفوذ شرط الضمان و عدمه في جميع الموارد.

ففي الأمانات التي نفى الشارع فيها الضمان يجوز شرط الضمان فيها، كالعين المستعارة و المستأجرة، و لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة. و كذا يجوز شرط عدم الضمان فيما جعل فيها الضمان كعارية الذهب و الفضة.

و الحاصل: أنّ هذه الروايات ترجّح الاحتمال الأوّل و هو نفوذ شرط الضمان و عدمه في الأمانات، فيتعيّن في مقام الإثبات، دون الاحتمالين الآخرين. فجعل الضمان شرعا في بعض موارد الأمانات و عدمه في بعضها الآخر ليس من باب المقتضي و العلة التامة، فيتغير بالشرط الذي هو من العناوين الثانوية المغيّرة للأحكام الأوّلية.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 239، الباب 3 من كتاب العارية الحديث 2، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن ابن أبي عمير عن جميل عن زرارة، و الرواية صحيحة كما لا يخفى على من راجع تراجم هؤلاء.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 228، الباب 4 من أبواب الودیعة، الحديث 4، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حمّاد عن حريز عن زرارة، و الرواية صحيحة.

## [الأمر الثاني المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكة فوراً]

الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب ردّه فوراً إلى المالك (1). والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح (2) من مجمع الفائدة.

وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكة فوراً

(1) قد تقدّم في أوّل مسألة المقبوض بالعقد الفاسد (ص 6) أنّه موضوع لأحكام تكليفيّة ووضعيّة، وقد كان الكلام إلى هنا في عدم التملك، وضمان العين لو تلفت بيد الآخذ. وكان المناسب اتباعه ببحث ضمان المنافع المستوفاة والفائتة، لكنّ المصنّف قدّس سرّه قدّم البحث عن حكم تكليفيّ متعلّق بنفس المقبوض بالبيع الفاسد، وهو وجوب ردّه فوراً إلى المالك.

واستدلّ عليه بوجوه ثلاثة، وهي الإجماع المنقول في مجمع الفائدة، والتوقيع الشريف، والنبويّ، وسيأتي بيانها.

ولا يخفى أنّ محلّ الكلام وموضوع البحث عن وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فوراً هو القول بعدم جواز التصرف فيه، وكون القبض وفاء بالعقد الفاسد. فلو قيل بحصول إذن جديد- بعد العلم بالفساد على ما سبق تفصيله في أوّل المسألة وفي ثامن تنبيهات المعاطاة- أو قلنا ببقاء الاذن المقارن للعقد وعدم ارتفاعه بفساد العقد لم يبق موضوع لوجوب ردّ المقبوض بالمعاملة الباطلة إلى مالكة فوراً كما لا يخفى.

(2) يعني: يلوح من مجمع الفائدة عدم الخلاف في حرمة التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد ووجوب ردّه فوراً إلى مالكة، قال المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه: «ومع علمه بالفساد- وعدم جواز تصرفه وحفظه ووجوب ردّه إلى مالكة معجلاً- كالمغصوب، وذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد، وعدم رضاه

بل (1) صرّح في التذكرة- كما عن جامع المقاصد (2)- «أنّ منونة الرّدّ على المشتري». وإطلاقه (3) يشمل ما لو كان في ردّه منونة كثيرة،

---

بكونه عنده، وفتوى العلماء له بذلك ..» (1).

و المراد بعدم الخلاف في المسألة قوله: «و فتوى العلماء». و لكن مورد كلامه قدّس سرّه علم المشتري بفساد العقد و بحرمة التصرف بل بحرمة إمساكه، و أنّ المالك لو اطّلع على فساد العقد لطالب المشتري بالمبيع و لم يرض بكونه عنده. و هذا أخصّ من محلّ البحث و هو عدم اختصاص حرمة التصرف- و ما يترتب عليها من وجوب الرّدّ فوراً- بصورة علم المشتري بالفساد، كما أنّ ضمان المقبوض بالمبيع الفاسد لا يختصّ بصورة الجهل بالبطان على ما سبق تصريح المصنّف به في الأمر الأول.

(1) غرضه الترقّي و الإضراب عن بناء و وجوب الرّدّ فوراً على حرمة التصرف إلى أنّ وجوب الرّدّ كأنه من المسلّمات، بشهادة جزم العلامة به، و بنى عليه وجوب منونته لو توقّف الرّدّ عليها. قال قدّس سرّه: «إذا اشترى شراء فاسدا و جب عليه ردّه على مالكة، لعدم خروجه عنه بالمبيع، و عليه منونة الرّدّ كالمغصوب» (2).

(2) الأولى إضافة «أيضا» إليه، لأنّ غرضه قدّس سرّه أنّ المصرّح بكون منونة الرّدّ على المشتري ليس هو العلامة خاصّة، بل المحقّق الكركي صرّح به أيضا. و الأمر سهل. قال المحقّق الثاني قدّس سرّه: «فرع: على المشتري منونة ردّ المبيع فاسدا إن كان له منونة كالمغصوب، و لا يرجع بالنفقة إلّا إذا كان جاهلا بالفساد، إذ لا يعدّ متبرعا بنفقته، إذ لم ينفق إلّا بناء على أنّه ماله، فإذا فات ذلك رجع كلّ إلى حقّه، و جعل في التذكرة البائع غاّزا» (3).

(3) يعني: و إطلاق وجوب الرّدّ- المنقول عن التذكرة- يقتضي إيجاب مقدّماته التي منها بذل المال سواء أ كان قليلا أم كثيرا، إلّا أن تكون كثرة منونة الرّدّ ضررا

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 495

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 435

إلا أن يقيّد (1) بغيرها (2) بأدلة نفي الضرر [1].

على المشتري، فينفي وجوب بذل المال الكثير عنه. بل مقتضى حكومة قاعدة الضرر نفي وجوب بذل المال وإن كان يسيرا، إلا إذا كان بمثابة لا يصدق عليه الضرر.

(1) التعبير بالقيّد دون الحكومة- مع أنّ مبناه حكومة دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام الأوليّة- مسامحة، ولعلّه لأجل أنّ الحكومة قد تخصّص العامّ وتقيّد المطلق، وقد تعمّم، فالتعبير بالقيّد مبنيّ على ملاحظة نتيجة الجمع بين الدليلين.

(2) أي: بغير المئونة الكثيرة، وهذا الغير هو المئونة المتعارفة أو ما دونها.

[1] لم يظهر وجه لكون المئونة على القابض، لأنّ الرّد لا يتوقف غالبا على بذل مال حتى يقال: إنّ الزائد على ما يقتضيه طبع الرّد من بذل المال على المالك، بل تمامه يكون على المالك، لقاعدة نفي الضرر. ولو كان الرّد بذاته وطبعه متوقفا على مئونة لم تكن منفكّة عن مصاديقه، هذا.

مضافا إلى: أنّ حرمة الإمساك لا تستلزم وجوب الرّد، لعدم الملازمة بين حرمة الضدّ وجوب ضده. وكذا وجوب نقيض الإمساك لا يدلّ على وجوب الرّد، لما قرّر في الأصول.

مع أنّه على القول به- لرفع اليد عن المبنى الأصولي- يمكن القول بعدم وجوب الرّد أيضا، لأنّه متقوم برفع يد الدافع وإثبات يد القابض، و الرفع مقدّم على الإثبات دائما، فيتصف هو بالوجوب، دون ما تأخر عنه.

لكن فيه ما لا يخفى، لأنّ الرّد ليس مركّبا من الرفع والإثبات، بل هو عبارة عن الإيصال إلى المالك، والإثبات منتزع عنه. وأمّا مراد الشيخ الأعظم قدّس سرّه من الاستدلال على وجوب الرّد بحرمة الإمساك فليس مبنيّا على اقتضاء حرمة الضدّ لوجوب ضده، بل على فهم العرف من مثل قوله: «يحرم عليك إمساك مال الناس» لزوم الرّد إلى المالك، سيّما بملاحظة تعليل لزوم ردّ الأمانات إلى أهلها بأنّه «لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه».

إلا أن يدعى: عدم ملازمة وجوب ردّ الأمانات إلى أصحابها للإيصال إليهم، وأن المراد رفع اليد و التخلية بينها وبين صاحبها. لكنّه خلاف ظاهر الأدلة.

وكيف كان لا يكون وجوب الردّ مبنياً على اقتضاء حرمة الصّد لوجوب ضده، فتدبر.

ويمكن أن يستدلّ على وجوب الردّ بروايات متفرقة في أبواب اللقطة و التجارة و الجهاد و الوديعة و غيرها، فلاحظ.

ثم إن للسيد قدس سره تفصيلاً، و هو ما لفظه: «ثم على فرض كون الردّ واجبا و كون مؤنثه على القابض إنما يتمّ فيما إذا كان هو الناقل له عن مكانه. و أمّا إذا كان في مكان القبض و قد انتقل البائع إلى بلد آخر فلا دليل على وجوب نقله إلى ذلك البلد و كون مؤنثه على القابض، فتدبر» (1).

و اختار المحقّق النائيني قدس سره هذا التفصيل بما حاصله: «أنّه يجب الردّ إذا نقل القابض المقبوض بالعقد الفاسد إلى بلد آخر مع كون المالك في بلد القبض. و أمّا إذا كان المقبوض في بلد القبض و انتقل المالك إلى مكان آخر لم يجب نقله إليه، بل يرده إلى وكيله أو الحاكم، إذ لا دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالك في هذه الصورة» (2).

و هذا موافق لما فصله السيّد، إلا أنّه لم يتعرض لوجوب ردّ المال في بلد القبض إلى وكيل المالك أو الحاكم، و صرح به الميرزا قدس سره.

وفيه: أن إطلاق دليل وجوب الردّ كقوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «على اليد .. إلخ» بعد البناء على اعتباره- كما هو التحقيق على ما تقدّم- كاف في المطلوب، لأنّ قضية إطلاق وجوب الردّ إلى المالك عدم الفرق بين كون المقبوض و المالك معا في بلد القبض و بين تفرّقهما، بأن كان المقبوض في مكان القبض و المالك في بلد آخر، أو كان المالك في مكان القبض و المال منقولاً إلى محلّ آخر. ففي جميع الصور يجب رده إلى المالك.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 95

(2) منية الطالب، ج 1، ص 132

و يدلّ عليه (1): أنّ الإمساك أنا ما تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز، لقوله عبّ الله تعالى فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره

---

(1) أي: على وجوب الرّدّ فوراً، وهذا إشارة إلى دليل ثان على المدّعى.

و حاصل الاستدلال بهذا التوقيع المبارك على فوريّة وجوب الرّدّ- بناء على كون الإمساك تصرّفاً- أنّ الإمساك أنا ما مصداق للتصرّف المحرّم، لقوله عليه السّلام: «لا يجوز لأحد..» فيجب التخلّص عن هذا الحرام برده فوراً إلى مالكه.

---

نعم إذا استلزم الرّدّ الى المالك ضرراً أو حرجاً سقط أصل وجوب الرّدّ على فرض وجوده، ويبقى وجوب تمكين المالك من ماله ورفع اليد عنه.

و الحاصل: أنّ الواجب هو الرّدّ إلى المالك إن لم يكن فيه ضرر أو حرج. وأمّا الرّدّ في خصوص مكان القبض لخصوصيّة فيه من كثرة الرغبات ونحوها فلا وجه له، إذ لا دليل عليه، وإتّما الدليل دلّ على وجوب الرّدّ إلى المالك سواء أكان في بلد القبض أم لا.

و بالجملة: فالرّدّ واجب مطلقاً وفي جميع الصور. إلّا إذا لزم منه الضرر أو الحرج، فيرفع بقاعدتهما، وإن كان المال في مكان القبض و المالك فيه أيضاً. وإن لم يلزم منه أحد هذين المحذورين وجب الرّدّ إلى المالك وإن كان المالك في مكان ثالث، أي: لا في محلّ القبض ولا- في المكان الذي نقل إليه المال، كما إذا كان محلّ القبض النجف الأشرف، و المال نقل إلى كربلاء المقدّسة، و المالك سافر إلى بغداد.

و لو كان وجه التفصيل لزوم الضرر من الرّدّ في غير مكان القبض فلا بدّ من التفصيل بنحو آخر، و هو: أنّ الرّدّ إن استلزم الضرر ارتفع وجوبه سواء أكان الرّدّ في محلّ القبض أم غيره، و سواء أكان المالك في ذلك المحلّ أم غيره. وإن لم يستلزم الضرر وجب الرّدّ من غير فرق فيه بين محلّ الرّدّ و غيره، و كون المالك في مكان ثالث و غيره، كما لا يخفى.



و لو نوقش (1) في كون الإمساك تصرفاً كفى عموم (2) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا- يحلّ مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه» (2) حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده.

---

(1) بأن يقال: إنّ «التصرّف» مأخوذ من الصّرف، فيراد به التقليل والتقلّب، وهما مفقودان في الإمساك، فلا يصدق التصرّف على مجرد الإمساك حتى يكون منهياً عنه، ويجب التخلص عنه بالردّ إلى المالك.

(2) هذا إشارة إلى دليل ثالث على وجوب الردّ فوراً إلى المالك، وهو النبويّ الذي رواه زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام في حكاية خطبته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في حجة الوداع، وفيه: «قال: اللهم اشهد، ألا من كان عنده أمانة فليؤدها إلى من أئتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه..» الحديث.

ورواه صاحب الوسائل (3) في مكان المصليّ بما يقرب منه، ولكنه ليس فيه لفظ «دم».

وكيف كان فتقريب دلالة الحديث على وجوب الردّ فوراً: أنّ الحرمة المستفادة من «لا يحلّ» منسوبة إلى الذات- وهو المال- ولا بدّ من تقدير الفعل المناسب، كما في إسناد الحرمة إلى سائر الأعيان من الخمر والدم والميتة ونحوها. وحيث إنّ لا قرينة تقتضي تقدير فعل خاصّ لزم تحريم جميع الأفعال والشؤون المتعلقة بالمال، التي منها إمساكه وجعله في يده، فإنّ حذف المتعلق يدلّ على العموم.

وعليه فلا وجه لدعوى: «أن حرمة المال تكليفاً تقتضي تقدير فعل مناسب

---

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، الحديث 6، وفيه «فلا يحلّ» بدل «فلا يجوز».

(2) وسائل الشيعة، ج 19، ص 3، الباب 1 من أبواب قصاص النفس، الحديث 3

(3) وسائل الشيعة، ج 3، ص 425، الباب 3 من أبواب مكان المصلي، الحديث 3

وَأَمَّا تَوْهَمُ أَنَّ هَذَا (1) بِإِذْنِهِ، حَيْثُ إِنَّهُ دَفَعَهُ بِاخْتِيَارِهِ (2) فَمَنْدَفَعُ (3) بِأَنَّهُ مَلِكُهُ إِيَّاهُ عَوْضًا [1]

له و هو التصرف أو الانتفاع، و أمّا مجرد الإمساك فيشك في صدق التصرف عليه، فيكون التمسك بهذا النبوي من التشبث بالدليل في الشبهة الموضوعية». إذ في هذه الدعوى: أن حذف المتعلق يقتضي حرمة كل ما يتعلق بالمال، و لا وجه لاختصاص المتعلق بالانتفاع و التصرف حتى يشك في صدقهما على الإمساك.

خصوصا بملاحظة ورود هذه الجملة تعليلا لوجوب ردّ الأمانات، فإنّ التعليل يصير نصّا في المورد، فكيف يدعى تقدير التصرف أو الانتفاع؟ إذ لازمه أجنبيّة هذه الكبرى الكلية عن المورد و هو ردّ الأمانة، و من المعلوم أنّ التخلّف عن ردّها إمّا بالتصرف فيها و إمّا بمجرد الإمساك، و كلاهما منهيّ عنه. و مجرد كون غالب فائدة الأموال التصرف فيها و الانتفاع بها لا يوجب اختصاص العموم - المدلول عليه بحذف المتعلق - بهما.

و عليه فقريّة حذف المتعلق على العموم باقية بحالها.

(1) أي: الإمساك، حاصله: أنّه قد يتوهم عدم حرمة الإمساك و إن كان تصرفًا، حيث إنّ المالك قد أذن له بالإمساك حين دفع المبيع إليه، فيكون الإمساك مأذونا فيه و جائزا.

لكن هذا التوهم مندفع بأنّ المالك قد دفع المبيع إلى المشتري باعتقاد أنّه ملكه بإزاء الثمن الذي دفعه المشتري إليه، و المفروض عدم سلامة العوض له شرعا، لفساد المعاوضة و بقاء العوضين على ملك مالكيهما.

(2) الضمائر البارزة في «إذنه، إنّّه باختياره، بأنّه» و المستتر في «دفعه، ملكه» راجعة إلى المالك المفهوم من السياق و من قوله: «امرء مسلم» و الضميران البارزان فيهما راجعان إلى المال.

(3) جواب «و أمّا تَوْهَمُ» و دفع له، و قد تقدّم توضيحه آنفا.

[1] لا يخفى أنّ هذا يختصّ بالمقبوض في العقود المعاوضيّة، و محلّ الكلام

فإذا انتفت (1) صفة العوضيّة باعتبار (2) عدم سلامة العوض له شرعا، و المفروض (3) أنّ كونه على وجه الملكية المجانيّة ممّا لم ينشئها المالك (4).

---

(1) لم يظهر جواب لهذا الشرط في العبارة، و التقدير «انتفى الاذن» و نحوه.

(2) متعلّق ب «انتفت» و هذا وجه انتفاء صفة العوضيّة، إذ بفساد العقد لا يسلم العوض للبائع، فينتفي إذنه للمشتري بالتصرّف في المبيع.

(3) غرضه قدّس سرّه نفي الأسباب التي يجوز لقاibus المال- كالمشتري- التصرّف فيه. فما أنشأه البائع- و هو التملك بالعوض- لم يقع، لفرض فساد البيع. و الملكية المجانية بعنوان الهبة لم ينشئها، فلا معنى لأن يتصرّف هذا المشتري في المبيع بزعم كونه هبة بلا عوض. و كذلك لم ينشئ البائع عنوان الوديعة حتى يكون المال بيد المشتري أمانة مالكية.

و لو فرض إنشاء أحد هذين بعد العلم بفساد البيع كان خارجا عن محلّ البحث أعني به ترتّب قبض المبيع وإقباض الثمن على ذلك العقد الفاسد وفاء به، و اندرج في مورد التراضي الجديد.

(4) حتى يكون الاذن في الإمساك باقيا مع فساد البيع.

---

أعمّ، فالصواب في الجواب أن يقال: إنّ الإقباض في العقود التملكيّة المعاوضيّة و المجانيّة لمّا كان بعنوان الوفاء بالعقد، و كون المقبوض ملكا للقابض لم يكن معنى لإذن الدافع، لأنّه باعتقاده مملوك للقابض، و لا محصّل لإذن الغير في تصرّف المالك في ماله، لعدم تسلطه على ذلك.

و أمّا العقود الاستيمانية فالإذن فيها بالتسليط إنّما كان وفاء بمضمون العقد، و مع فساده ينتفي الاذن.

نعم قد يحرز طيب النفس بالتصرّف في العقود التملكيّة المجانيّة كالهبة الفاسدة، فعلى فرض حصوله يجوز التصرّف، لكن لا بدّ من إحرازه، و لا يكفي احتمالاه. و على تقدير عدمه لا يجوز التصرّف فيه.

و كونه (1) مالا للمالك و أمانة في يده (2) أيضا ممّا لم يؤذّن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد (3). كما أنّه لو ملكه مجّانا كانت هبة جديدة. و لكنّ (4) الذي يظهر من المبسوط «1» عدم الإثم في إمساكه (5)، و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب (6).

---

(1) معطوف على «كونه» و غرضه سدّ باب احتمال أن يكون المبيع أمانة مالكيّة بيد المشتري.

(2) حتى يندرج هذا البيع الفاسد في الأمانات المالكيّة، و يجوز الإمساك من هذه الجهة، كما يجوز إمساك ملك الغير في باب الوديعة و العارية و نحوهما.

و الوجه في عدم اندراجه في الأمانات واضح، لأنّ البائع أقدم على تمليك ماله بعوض، لا على جعله أمانة عند غيره.

(3) في قبال البيع الفاسد القديم، و المفروض أنّ هذا الاستيداع المالكيّ لم يتحقّق، و احتمالاه لا يكفي في صيرورته أمانة، بل إذا شكّ فيه اقتضى الأصل عدمه.

(4) هذا تصريح بما فهم من التقييد في أوّل هذا الأمر الثاني بقوله: «على تقدير عدم جواز التصرّف فيه» لظهوره في وجود قائل بجواز الإمساك أو بجواز التصرّف لو كان الإمساك تصرّفاً.

(5) قال شيخ الطائفة قدّس سرّه في المقبوض بالبيع الفاسد: «و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه، لأنّ ملك الأوّل لم يزل عنه، فالتصرّف فيه لا يصحّ، و يلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه. و لا إثم عليه، لأنّه قبضه بإذن مالكه» و هذه الجملة الأخيرة ظاهرة في عدم فورية وجوب الردّ، فيجوز للمشتري إمساك المبيع.

(6) قال ابن إدريس قدّس سرّه في المقبوض بالبيع الفاسد: «فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلّا في ارتفاع الإثم بامساكه» (2) بناء على أن يكون عدم الإثم في

---

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 149

(2) السرائر الحاوي، ج 2، ص 326

وهو (1) ضعيف. و النسبة (2) غير ثابتة. ولا يبعد إرادة صورة الجهل (3)، لأنه لا يعاقب (4) [1].

---

الإمساك معقدا لإجماع الأصحاب كإجماعهم على لحوق حكم المغصوب بالمبيع بالبيع الفاسد.

(1) أي: وهذا القول الثاني - وهو عدم الإثم الكاشف عن عدم الحرمة - ضعيف، لما تقدّم من دلالة النبويّ على حرمة كلّ فعل يتعلّق بمال الغير بدون إذنه، ولو لم يصدق التصرفّ عليه.

(2) يعني: ما نسبته ابن إدريس إلى الأصحاب من عدم الإثم في الإمساك غير ثابت، لاحتمال رجوع الاتفاق المدلول عليه بقوله: «عند أصحابنا» إلى المستثنى منه خاصّة، بأن يراد: أنّ كون البيع الفاسد بمنزلة الغصب مجمع عليه من جميع الجهات إلّا جهة الإثم في إمساكه، فإنّها مختلف فيها. وعليه لا يكون جواز الإمساك مجمعا عليه، فلا مانع من القول بالحرمة عند مساعدة الدليل.

(3) أي: صورة جهل القابض بفساد المعاملة.

(4) و من المعلوم أنّ عدم العقاب يكشف عن عدم الإثم، وذلك يلائم حال جهل القابض بفساد المعاملة. ويمكن أن يكون عدم الإثم لتوهم الإذن المالكيّ كما عليه جماعة. ولعلّ هذا الاحتمال أقرب من الحمل على صورة الجهل، إذ غاية عدم تنجّز التكليف عليه لا عدم حرمة واقعا، والمدعى هو حرمة الإمساك واقعا سواء تنجّز على المشتري بإحراز الفساد أم لم يتنجّز عليه.

هذا تمام الكلام في الأمر الثاني. وسيأتي الكلام في ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد.

---

[1] قد ذكر السيد قدّس سرّه في حاشيته في الرّدّ على المصنّف قدّس سرّه - القائل بأنّ الإذن مقيّد بالملكية، وهي غير حاصلّة - بما حاصله: أنّ الإذن إنّما تكون بالملكيّة الإنشائيّة،

---

والمفروض تحقّقها، وأنّ البائع بنى - ولو تشريعا - على كون المشتري مالكا، لا بالملكيّة الشرعيّة التي لم تحصل لفرض فسادها شرعا.

ثمّ أشكل على ذلك بقوله: «فإن قلت: لم يصدر من البائع إلا التملك، وقد صار لغوا في حكم الشرع بالفرض، فأين الاذن».

وأجاب عنه بما لفظه: «قلت: هذا التملك له حيثّتان، فهو إذن من حيثية وتمليك من أخرى. ولما كان التملك محتاجا شرعا إلى صيغة صحيحة و المفروض عدمها، فهو غير مؤثّر من هذه الجهة، لعدم حصول شرطه. وأمّا من حيثية الأخرى فهي غير مشروطة شرعا، فيجوز العمل به، فإنّ الإذن مؤثّر في جواز التصرف، من غير اشتراط بصيغة خاصّة، فيشمله عموم ما دلّ على جواز التصرف مع الاذن وطيب النفس. وإذا جاز التصرف فلا يجب الردّ إلى المالك فضلا عن كونه فوريا. نعم لورجع عن إذنه وطيبه وجب الردّ إليه فورا، فتدبر» (1).

وحاصله: أنّه لا مانع من تأثير التملك من حيثية الاذن في جواز التصرف، وعدم تأثيره من حيثية أخرى، فتأثير الاذن في جواز التصرف لَمّا لم يكن مشروطا بشرط حاصل، لشمول ما دلّ على جواز التصرف مع الاذن وطيب النفس له.

وفيه: أنّ جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد منوط بأحد أمرين على سبيل منع الخلو: إمّا كون ذلك ملكا للقباض، وإمّا إذن المالك في التصرف فيه.

أمّا الأوّل فانتفاؤه معلوم بالفرض.

وأمّا الثاني فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك أصلا. توضيحه: أنّ الأفعال تارة تتعلّق بالعناوين الكليّة كالأفعال الاعتبارية من بيع الكلي من الحنطة والشعير وغيرهما، وكالاذن وطيب النفس. وأخرى تتعلّق بالجزئيات الخارجيّة كالأكل والشرب والنوم والضرب والقيام والقعود وأشباهها.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 95

فإن كان الفعل متعلقًا بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق الكلّي عليه داعيًا، فإذا ضرب شخصًا باعتقاد أنّه كافر، فتبيّن أنّه مؤمن كان هذا من التخلف في الداعي، فإنّ الضرب وقع على المؤمن حقيقة، و التخلّف إنّما هو في اعتقاد كفره.

وإن كان متعلقًا بالكلّي فلا يسري إلى غير مصداقه وإن اعتقد الفاعل بمصداقيّته له. مثلاً إذا أذن المالك بدخول العلماء في داره لم يجرّ لغير العالم الدخول فيها وإن اعتقد المالك بعالميّته. و من المعلوم أنّ متعلّق الاذن في قوله (عج): «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» هو العنوان الكلّي، وهو التصرف في مال الغير بغير إذنه و بعنوان أنّه مال الآذن.

وبعبارة أخرى: إذا أحرز عنوان الاذن في التصرف في ماله جاز التصرف. و أمّا الاذن في التصرف في مال غيره فلا معنى له. و من الواضح أنّ إذن المالك لغيره في التصرف في ماله بعنوان أنّه ماله مفقود في المقبوض بالعقد الفاسد، ضرورة أنّ الدافع سلّم المال إلى القابض بعنوان أنّه ماله لا مال الدافع، و لم يسلمه إليه بعنوان العارية ونحوها. و حيث إنّ القابض لم يصر مالكا للمقبوض و لا مأذونا من قبل مالكة في التصرف فيه لم يجرّ له التصرف فيه، لبقائه في المستثنى منه. و هو: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف .. إلخ».

و الحاصل: أنّ جواز التصرف للقابض منوط بإحراز إذن المالك للقابض بالتصرف في المقبوض بما أنّه ملك للدافع، لا بما أنّه ملك للقابض، إذ لا معنى لإذن غير المالك بتصرف المالك في ماله، فما أفاده الشيخ قدّس سرّه من عدم جواز تصرف القابض هو الأقوى.

الثالث (1): لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الردّ (2) كان

ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد أ: المنفعة المستوفاة

(1) البحث في هذا الأمر عن حكم آخر من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد لو كان له منفعة، وهو ضمانها، والكلام في مقامين أحدهما في المنافع المستوفاة، والآخر في المنافع الفاتئة. فإذا اشترى داراً صالحاً للسكنى فيها ببيع فاسد، وتسلّمها من البائع فهل يضمن أجره مثل السكنى فيها كما يضمن قيمة الدار أم لا؟ وهكذا الكلام في سائر الأعيان ذوات النماء والمنفعة لو بيعت بعقد باطل شرعاً.

وقدّم قدس سرّه الكلام في المنافع المستوفاة، وحكم بضمانها وفقاً للمشهور وخلافاً لابن حمزة الطوسي كما سيأتي.

(2) هذا من القيود المحقّقة لموضوع ضمان المنافع نظير قولهم: «ان رزقت ولدا فاختته» في سوقه لبيان موضوع الحكم، ولذا يكون مفهومه سالبة بانتفاء الموضوع.

وكذا في المقام لوضوح أنّ منافع المبيع بعد ردّه إلى المالك غير مضمونة على المشتري



عليه عوضها (1) على المشهور (2). بل ظاهر ما تقدّم من السرائر (3) - من كونه بمنزلة المغصوب - الاتّفاق على الحكم (4).

و يدلّ عليه (5) عموم قوله: «لا يحلّ مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب

---

إلا بالاستيلاء على العين مرة ثانية عدوانا، فيصير أجنبيا عن حكم المقبوض بالعقد الفاسد و مندرجا في الغصب.

(1) كما إذا اشترى شاة فانتفع بلبنها و صوفها و سائر نماءاتها، فيجب عليه ردّ عوضها. و لا يخفى أنّ التعبير بالعوض - كما في المتن - أولى من التعبير بالأجرة الظاهرة في بدل عمل محترم أو منفعة عين كركوب الدابة.

و أمّا المنافع الأخرى التي هي أعيان أيضا كثمرة الشجرة المبيعة بالبيع الفاسد و لبن الشاة كذلك و نحوهما فالأولى التعبير عن بدلها بالعوض دون الأجرة.

(2) كما في مفتاح الكرامة «1».

(3) تقدّم كلام السرائر في الأمر الثاني، فراجع (ص 209) «2» و غرض المصنّف الإضراب و العدول عن مجرد شهرة ضمان عوض المنفعة المستوفاة إلى كون الحكم إجماعيا، لاتّحاد المقبوض بالبيع الفاسد مع الغصب في الأحكام ما عدا الإثم في الإمساك.

(4) و سيجي ء في عبارة التذكرة تصريحه باتّفاق علمائنا على ضمان المنافع المستوفاة و غيرها «3».

(5) أي: يدلّ على ضمان المنافع المستوفاة عموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحلّ»

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 748

(2) السرائر الحاوي، ج 2، ص 326

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

ص: 214

و تقريب الاستدلال يتم بيان أمرين:

الأول: أنّ المنافع أموال حقيقة، سواء أ كانت أعيانا تابعة لأعيان اخرى كالثمرة للشجرة، أم أعراضا وحيثيات قائمة بالأعيان كالسكنى في الدار و الأعمال المحترمة كالخياطة، لما تقدّم في أول كتاب البيع من أنّ مناط ماليّة الأشياء هي رغبة العقلاء فيها و تنافسهم عليها، و لا ريب في عدم اختصاص رغبتهم بالأعيان المتموّلة، بل تعمّ المنافع أيضا. و يشهد لماليّة المنافع حكمهم في مسألتين:

إحدهما: جواز جعلها ثمنا في باب البيع، مع أنّ حقيقته المبادلة بين مالين، و لو لم تكن المنفعة مالا لما صحّ جعلها عوضا عن المبيع، بل يتعيّن كون كلا العوضين من الأعيان على ما ذهب إليه الوحيد البهبهاني قدّس سرّه و بعض آخر.

ثانيتهما: جواز جعلها صداقا في باب النكاح، مع وضوح اعتبار ماليّته.

الثاني: أنّ الحلّ المضاف إلى المال ظاهر في التكليف كما في نظائره. و هذا أجنبّي عن المدعى، و هو ضمان المنافع المستوفاة في المبيع بالعقد الفاسد، و لذا ينبغي تقريب الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحل مال ..» بأن يقال: إنّ حلّ المال المتلف عبارة عن عدم تعلّقه بذمّة المتلف و عدم كونه مطالبا بالأداء، و مقتضى عدم حلّه استقراره على عهدة المتلف له. و هذا هو ضمان ما استوفاه المشتري من المنافع، فإنّ وزان الاستيفاء في المنافع وزان الإتلاف في الأعيان في كونه مضمّنا.

و بهذا التقريب جاز التمسك بالنبويّ المذكور لضمان توابع المغصوب من ولد الشاة و اللبن و الصوف و نحوها من التوابع التي هي من الأعيان التي يصدق عليها المال إذا تلفت، فإنّ مناط الضمان في الجميع صدق التصرف في مال الغير بدون إذنه، و المفروض ماليّة المنافع بأقسامها، هذا.

(1) مبنى هذا البناء هو ظاهر كلام الفيروزآبادي في القاموس من تعريف المال

ولذا (1) يجعل ثمننا في البيع وصدقا في النكاح [1].

بما يختص بالأعيان، وكذا العلامة الطريحي في المجمع «1». لكنّه مزيف ولم يعتمد عليه المصنّف في أوّل البيع، حيث قال: «وأمّا العوض فلا إشكال في جواز كونها منفعة».

وقال أيضا: «إنّ الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة..» (2). وكذلك رجّح مالّيّة المنفعة بالاستشهاد بجواز وقوعه ثمننا في البيع وصدقا في النكاح، ولو لم تكن مالا تعيّن كون الثمن والصدقا من الأعيان.

(1) أي: ولأجل كون المنفعة مالا يجعل ثمننا وصدقا.

[1] في كلا الشاهدين منع. أمّا في الأوّل فلعدم اعتبار كون الثمن مالا بعد صدق البيع العرفي على تبادل العين بمنفعة أو حقّ، كصدقه على تبديلها بعين. وكذا الحال في الصدقا.

ثمّ إنّه يمكن أن يستدلّ على ضمان المنافع بوجوه أخرى:

منها: قاعدة اليد، بالتقريب الذي تقدّم في ما يتعلق بمباحث اليد (ص 40).

إلا أن يستشكل فيه بأنّ الأخذ وإن لم يكن مختصّا بالأعيان الخارجية، لصحة إضافة الأخذ إلى العلم و البيعة والعهود والمواثيق، فيراد باليد هنا الاستيلاء الصادق على أخذ المنافع، إلا أنّ ذيله يمنع عن الأخذ بظهور الصدر، حيث إنّه لا يعقل ردّ المأخوذ بعينه في المنافع المتصرّمة الوجود، إذ لا تضمن قبل وجودها في الخارج، وبعد وجودها تنعدم، فيمتنع أدائها إلى المالك.

والمستفاد من النبويّ اعتبار إمكان أداء المأخوذ ذاتا وإن صار ممتنعا بالعرض حتى ينتقل إلى البدل، خصوصا على النسخة المشتملة على قوله: «حتى تؤديه» لكونه كالصريح في ردّ نفس المأخوذ.

(1) القاموس المحيط، ج 4، ص 52؛ مجمع البحرين، ج 5، ص 475

(2) راجع هدى الطالب، ج 1، ص 59 و 237

ص: 216

ومنها: قاعدة الإتلاف، وهي من القواعد العقلانيّة التي لم يردع عنها الشارع، بل أمضاها في موارد كثيرة. مثل ما ورد في شهادة الزور، كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «إن كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائما بعينه ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (1) ونحوه غير من روايات الباب.

ومثل ما ورد في تلف الرّهن بتفريط المرتهن، كموثّقة إسحاق بن عمّار، قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل يرهّن الرّهن بمائة درهم، وهو يساوي ثلاثمائة درهم، فيهلك، أعلى الرّجل أن يرّد على صاحبه ما أتى درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل وضيّعه ..» (2) الحديث.

ونحوها سائر روايات الباب، فإنّ التعليل يدلّ على ضمان كلّ من ضيّع مال الغير، إذ لا خصوصيّة عرفا للرّهن، بل موضوع الضمان هو تضييع مال الغير وإن لم يكن رهنا. وهذا هو قاعدة الإتلاف.

ثمّ إنّ المراد بالإتلاف على ما يستفاد من النصوص التي تستند إليها قاعدته ما يعمّ الأكل والشرب والتضييع والإفساد، فلو لم يصدق مادّة الإتلاف- وهي التلف- في مورد ولكن صدق التضييع والإفساد كفي في جريان قاعدة الإتلاف.

فما في حاشية المحقق الايرواني قدّس سرّه: من «أنّ المتبادر من إتلاف المال إخراجه عن المالية بتضييعه، لا إتلافه في سبيل الانتفاع به كأكل المأكول وشرب المشروب» (3).

لا يخلو من غموض، لما عرفت من أنّ المستفاد من الروايات ما يعمّ ذلك. ولا دليل على ما أفاده.

مضافا إلى: أنّ الأكل والشرب مصلحة للأكل والشارب، وإتلاف حقيقة لمال

---

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 239، الباب 11 من كتاب الشهادات، الحديث 2

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من كتاب الرّهن، الحديث 2

(3) حاشية المكاسب، ج 1، ص 96

المالك، فلم لا تشمله القاعدة.

فالمتحصل: أنّ الاستدلال بقاعدة الإتلاف لضمان المنافع المستوفاة- بعد صدق المال على المنافع عرفا كما هو كذلك و عدم العبرة بما يظهر من بعض اللغويين من اختصاص المال بالعين ذات المنفعة، لتقدّم العرف العامّ عليه- في محلّه. فالإعدام و الإفساد و التضييع كلّها موضوع لقاعدة الإتلاف. ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» (1).

و في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام رفع إليه رجل استأجر رجلا ليصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمّنه أمير المؤمنين عليه السّلام» (2).

و أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صائغ أو غيره. قال: إن كان ضيّع شيئا أو أبق منه فمواليه ضامنون» (3).

و منها: قاعدة الاحترام المستفادة من موثقة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام: «قال:

قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه» (4) بتقريب: أنّ إتلاف ماله يوجب الضمان، و لا يذهب هدرًا، كما أنّ دمه لا يذهب هدرًا. و من الواضح شموله للمنافع المستوفاة كشموله للأعيان، لكون المنافع ممّا يصدق عليه المال.

و المناقشة فيه «بأنّ الظاهر من حرمة المال بقرينة سائر الجمل المذكورة في الرواية هو الحكم التكليفي، فإنّ سبّ المؤمن و أكل لحمه بمعنى اغتيابه حرام تكليفي

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 271، الباب 29 من أبواب الإجارة، الحديث 1

(2) المصدر، ص 274، الحديث 10

(3) المصدر، ص 251، الباب 11 من أبواب الإجارة، الحديث 2

(4) وسائل الشيعة، ج 8، ص 610، الباب 158 من أبواب أحكام العشرة، الحديث 3

فقط. ووحدة السياق تقتضي كون حرمة المال أيضا تكليفيّة محضّة، فلا يستفاد الحكم الوضعي وهو الضمان من هذه الرواية» (1).

مندفعة أولا: بأنّه لا موجب للحكم الوضعي في سائر الجمل، لأنّ الفسوق والكفر والمعصية كالصريح في الحرمة التكليفيّة، ولذا عبّر بغير هذه التعبيرات في المال، فلا- مانع من حرمة المال تكليفا ووضعا. وهذا بخلاف النهي عن السباب والغيبة والقتل الظاهر في التكليف خاصة.

وثانيا: بأنّ تشبيه حرمة المال بحرمة الدم ظاهر في الضمان، وأنّ ماله كدمه لا يذهب هدرا. فحمل هذه الجملة- كسائر الجمل- على الحكم التكليفي فقط أو جعلها مجملّة كما في بعض الكلمات (2) ليس كما ينبغي.

نعم يمكن المناقشة في قاعدة الاحترام بأخصّ بيتها من المدعي الذي هو ضمان المنافع سواء أكان المقبوض مالا لمسلم أم غيره. وروايات القاعدة تتضمّن حرمة مال المسلم، وهذه الإضافة ظاهرة في كونها حيثيّة تقيديّة، فمال المسلم من حيث إضافته إلى المسلم محترم، فالاحترام إنّما هو لهذه الحيثيّة، لا لحيثيّة المال ليكون الاحترام مترتبا على المال من حيث كونه مالا حتى يكون دليلا على ضمان منافع المبيع فاسدا المستوفاة.

اللّهم إلا أن يتشبه بعدم الفصل في حرمة المال بين المسلم ومن بحكمه كالذميّ.

ومنها: الروايات الدالّة على عدم حلّيّة مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، وعلى حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه (3). بعد ما عرفت من صدق المال على المنافع، ولذا تقع ثمننا في البيع وصدقا في النكاح. وقد تقدّم ذلك.

ومنها: ما ورد في جملة من الروايات من: «أنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» كحسن الحلبي ومحمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة

(1) وسائل الشيعة، ج 8، ص 610، الباب 158 من أبواب أحكام العشرة، الحديث 3

(2) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 91

(3) ذكرنا مصادرها في ص 124 فراجع.

---

على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم، إذا لم يجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، أنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» (1).

والاستدلال بها منوط بصدق الحقّ على المال، ويكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه، وإلا فلا وجه للاستدلال بها على الضمان كما قيل. ومورد بعض هذه الروايات الوصية، ومقتضاها أنّ للمسلم أن يوصي بماله، وهذا حقّ له، ولا يصلح ذهاب حقّه. وهذا المعنى أجنبّي عمّا نحن فيه.

مضافا إلى ما قيل من: أنها لا تشمل صورة التلف، فالدليل أخصّ من المدعى.

إلا أن يقال: إنّ إذا كان الحق لازم الرعاية، مع أنّه ليس مالا، وإضافته إلى من له الحق أضعف من إضافة المال إلى مالكه، فرعاية المال أولى.

أو يقال: إنّ حقّ أحد إذا ثبت على ذمّة غيره فلا يصح ذهابه بغير عوض، وهذا يدلّ على الضمان.

وأما ورود الروايات في باب الوصية فلا يمنع عن الاستدلال بها على الضمان، لإبائه التعليل بعدم صلوح ذهاب حق أحد عن الاختصاص بباب الوصية، وبملة دون أخرى. إلا إذا قام دليل على التخصيص وعدم حرمة المال، كما ورد في الحربي.

ومنها: قاعدة نفي الضرر في الشريعة المقدسة المستفادة من عدّة روايات.

تقريب الاستدلال بها: أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لمنافع المال بالعقد الفاسد ضرر على المالك، فينفي بالقاعدة.

ونوقش فيه بأنّها لا تدلّ على الضمان سواء أريد بها نفي الحكم الضرري أولا كما هو مقتضى النفي البسيط وعليه المصنّف. أم أريد بها النفي المركّب أعني نفي الحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه صاحب الكفاية وبعض المحققين.

وجه عدم الدلالة: اختصاص أدلّة نفي الضرر برفع الأحكام الوجودية الضرورية كوجوب الوضوء ولزوم البيع. وأمّا إذا كان الضرر ناشئا من عدم جعل حكم كالضمان.

---

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 390، الباب 20 من كتاب الوصايا، الحديث 3

في المقام، فقاعدة نفي الضرر لا تنفيه لثبوت الجعل الشرعي كالضمان.

ولكن يمكن دفع هذه المناقشة بأنّ العدم تارة يراد به العدم الواقعي كعدم الوجوب وعدم الحرمة. وأخرى يراد به إنشاء عدمهما، كأن يقول الشارع «لا يجب أو لا يحرم».

فإن أريد بالعدم المعنى الأوّل لم يرتفع بقاعدة الضرر، لعدم كونه حكماً حتى يرفعه دليل نفي الضرر.

وإن أريد به المعنى الثاني كان مجعولاً مشمولاً لقاعدة نفي الضرر، والأعدام بعد تشريع الأحكام تكون مجعولة ولو بالإمضاء، لأنّ إبقاء الشارع لها مع تشريع الأحكام جعل لها بقاء، لا إخبار ببقاء الأعدام الواقعية على حالها كما تخيّل بعض. وهذا المقدار من الجعل كافٍ في نفيها بقاعدة الضرر، لأنّ إمضاء تلك الأعدام - ولو بمثل أصالة عدم الضمان - من الإسلام أيضاً، فيشمّله قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» أو «في الدين». فعدم ضمان المنافع المستوفاة حكم ضرريّ ينفي بقاعدة الضرر.

والحاصل: أنّ إبقاء عدم ضمانها حكم ضرريّ ينفي بقاعدته.

هذا بناء على كون مفاد قاعدة نفي الضرر نفي نفس الحكم الضرري كما عليه المصنّف قدّس سرّه.

وأما بناء على كون مفادها نفي الحكم بلسان نفي الموضوع فالأمر أوضح، لأنّه يقال: إنّ استيفاء المنافع مجّانا ضرريّ، أو تقويت منافع العين المملوكة للغير بإمساك العين ضرريّ، فيرتفع حكمه أعني عدم الضمان ويثبت الضمان.

لا يقال: إنّ المقام يكون من تعارض الضررين، لأنّ اشتغال ذمّة القابض ضرر أيضاً كتضرّر الدافع.

فإنّه يقال: إنّ الضرر - وهو النقص - لا يرد على الدافع، لأنّه يدفع بدل المنفعة التي استوفاه، لا أنّه يتضرّر حتى يندرج في تعارض الضررين، فإنّ دفع عوض المال الذي دخل في كيسه ليس نقصاً في المال، بل دفع لمال الغير، كأداء الثمن.

ومنها: قاعدة الاستيفاء، فإنّ استيفاء مال الغير من دون إذن المالك في استيفائه مجّانا موجب للضمان إجماعاً، وعليه السيرة العقلانيّة التي لم يردع عنها الشارع.

وهذه الوجوه لو نوقش في بعضها ففي البعض الآخر منها كفاية.



خلافًا للوسيلة (1)، فنفي الضمان، محتجًا بأن «الخراج بالضمان» كما في النبوي المرسل (2). و تفسيره (3): أن من ضمن شيئًا وتقبله لنفسه فخراجه له. فالباء

(1) قال ابن حمزة قدس سره: «إذا باع أحد بيعا فاسدا و انتفع به المبتاع، و لم يعلما بفساده، ثم عرفا، و استردّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به، أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده و ولدت، لأنه لو تلف لكان من ماله، و الخراج بالضمان» (1).

و صريح كلامه قدس سره اختصاص عدم ضمان المنافع المستوفاة في المبيع بالعقد الفاسد بصورة جهلها بالفساد، مع أن عنوان البحث في المتن شامل لصورة علمها أو علم أحدهما بالفساد.

و كيف كان فيكفي للتعرض لكلام ابن حمزة قوله بعدم الضمان موجبة جزئية و هي صورة الجهل بالبطلان. و محصل استظهاره من الحديث النبوي هو: أن من أقدم على ضمان شيء و تقبله لنفسه بتضمين المالك فالخراج- أي: ما يخرج من ذلك الشيء من الفوائد و المنافع- له مطلقا، سواء أمضى الشارع هذا الضمان أم لا. و من المعلوم أن المشتري في المقام أقدم على ضمان المبيع بتضمين البائع إيّاه على أن يكون خراجه له مجانا، ف ضمان المبيع عليه و منافعه له، حتى على تقدير فساد المعاملة.

(2) قال ابن أبي جمهور الأحسائي «و روي عنه صلى الله عليه و آله و سلم: أنه قضى بأن الخراج بالضمان» ثم قال: «و معناه: أن العبد مثلا يشتره المشتري، فيغتنله حيناً، ثم يظهر على عيب به، فيردّ بالعيب أنه لا يردّ ما صار إليه من غلّة و هو الخراج، لأنه كان ضامنا له و لو مات» (2).

(3) هذا التفسير إلى قوله: «و الفائدة بإزاء الغرامة» استظهار المصنّف من كلام ابن حمزة قدس سرهما، و توجيه استدلاله بالحديث.

(1) الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص 744، السطر 33

(2) عوالي اللئالي، ج 1، ص 219، الحديث 89

للسببية (1) أو المقابلة (2) [1]. فالمشتري (3) لمّا أقدم على ضمان المبيع و تقبله (4) على نفسه بتقريب البائع و تضمينه إياه على (5) أن يكون الخراج له مجاناً كان (6) اللازم

(1) لأنّ ضمان المبيع سبب لملكية المنافع. وجه تسمية «الباء» بالسببية أنّها تدخل على الأسباب، كقوله تعالى ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ.

(2) «باء» المقابلة هي التي تدخل على الأعراض، مثل «اشتريته بألف، و كافت إحصانه بضعف» ففي المقام إذا ثبت الخراج كان ضمان العين عوضاً عنه، فتدبر.

(3) قد عرفت في توضيح ما استدللّ به شيخ الطائفة على قاعدة «ما لا يضمن» من قاعدة الإقدام: أنّ كل واحد من البائع و المشتري أقدم على الضمان المعوضيّ، فالبائع يضمن المشتري المبيع، و يجعله على عهده و يتقبله المشتري، و يضمن البائع الثمن و يتقبله هو. و بعد هذا الإقدام لو كان نماء للمبيع كان ملكاً للمشتري في قبال ضمانه للمبيع.

(4) أي: تقبل المشتري المبيع على نفسه و ضمنه- بعد تمليك البائع و تضمينه- مبنيّاً على أن تكون منفعة للمشتري مجاناً، فلو استفادها لم يلزمه عوضها.

(5) يعني: أنّ الشرط الارتكازيّ المبنيّ عليه البيع هو كون النماء للمشتري سواء صحّ البيع أم فسد.

(6) جواب الشرط في قوله: «لمّا أقدم».

[1] قد يقال: إنّ «الباء» كما يحتمل أن تكون للسببية، يحتمل أن تكون للمقابلة، فيكون الكلام مجملاً، و الاستدلال بالحديث على عدم الضمان مبنيّاً على السببية، فلا يصحّ.

لكنّه مندفع بأنّ الأصل في الباء السببية، بل يمكن إرجاع المقابلة- بنحو من العناية- إلى السببية أيضاً.

من ذلك (1) أنّ خراجه له على تقدير الفساد (2). كما أنّ الضمان عليه (3) على هذا التقدير أيضا.

والحاصل (4): أنّ ضمان العين لا يجتمع (5) مع ضمان الخراج. و مرجعه (6) إلى أنّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة.

وهذا المعنى (7) مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله- في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري-: «ألا ترى أنّها

---

(1) أي: من الاقدام على ضمان المبيع على أن يكون خراج المبيع له مجّانا.

(2) كما أنّ الخراج للمشتري مجّانا على تقدير الصحة، لوحدة الدليل وهو الاقدام على تضمين العين بشرط مجّانية المنفعة.

(3) أي: كما أنّ ضمان العين يكون على المشتري على تقدير فساد العقد- ولو ببدله الواقعي لا الجعلي- إذ ليس مدار ضمان العين على صحّة البيع شرعا، بل على جعل المتعاملين وإقدامهما، وهو موجود في كلتا صورتَي إمضاء الشارع و عدمه.

(4) يعني: حاصل تفسير ابن حمزة للحديث النبويّ هو عدم اجتماع ضمان العين والمنفعة في باب البيع.

(5) إذ المفروض كون ضمان العين سببا لملكيّة المنافع للضامن، فلا يجتمع الضمانان- أي: ضمان العين والمنافع- على ضامن العين، كالمشتري، فلا بدّ أن يكون ضامنا للعين فقط، لأنّ ضمان العين عوض المنافع.

(6) أي: و مرجع عدم اجتماع ضمان العين مع ضمان الخراج هو: أنّ الغنيمة تكون بإزاء غرامة العين و بدلا لها.

(7) أي: كون ضمان العين سببا لملك الخراج، بحيث يكون ضامن العين مالكا لمنافعها- المعبر عنها بالخراج- ليرتّب عليه عدم ضمان المنافع التي استوفاه من المقبوض بالعقد الفاسد.

و غرض المصنّف قدّس سرّه من هذا بعد نقل تفسير الحديث على رأي ابن حمزة قدّس سرّه هو تأييد هذه المقالة بما ورد في غير واحد من الأخبار، مثل ما دلّ على أنّ منفعة الدار المبيعة ببيع خياريّ تكون ملكا للمشتري في الزمان المتخلّل بين البيع والأخذ بالخيار.

ففي موثقة إسحاق بن عمار، قال: «حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السّلام وسأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره، فجاء إلى أخيه، فقال له:

أبيعك داري هذه، و تكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن تردّ عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه، قلت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّها لو احترقت لكانت من ماله» (1).

وفي رواية معاوية بن ميسرة: «قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط أنّك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأراه بماله، قال:

له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله. وقال أبو عبد الله عليه السّلام: أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» (2).

و تقريب دلالتهما على مدّعي ابن حمزة قدّس سرّه هو: أنّ الامام عليه السّلام حكم بدخول منافع الدار- في مدّة الخيار- في ملك المشتري المستوفي لها، و لا يكون ضامنا لعوضها للبائع بعد فسخ العقد. و الوجه في عدم ضمانها هو ضمانه لنفس المبيع و بذل الثمن بإزائه، و هذا المطلب هو مفاد حديث «الخراج بالضمان».

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 355، الباب 8 من أبواب الخيار، الحديث 1، و المراد بالحاصر هو الجدار.

(2) المصدر، الحديث 3

لو أحرقت كانت من مال المشتري» [1].

ونحوه في الرهن (1) وغيره (2).

(1) كموثق إسحاق بن عمّار، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السّلام: الرّجل يرهّن الغلام و الدار فتصيبه الآفة، على من يكون؟ قال عليه السّلام: على مولاه، ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد. قال عليه السّلام: ألا ترى فلم يذهب مال هذا، ثم قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مأتي دينار لمن كان يكون؟

قلت: لمولاه، قال عليه السّلام: كذلك يكون عليه ما يكون له» [1].

(2) لعلّ مراده قدّس سرّه ما ورد في باب الإجارة من أنّه يجوز لمن استأجر أرضا أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها بشرط أن تكون الأجرة الثانية مغايرة للأجرة الاولى في الجنس، أو أن يحدث في الأرض ما يقابل التفاوت بأن يحفر فيها نهرا و نحو ذلك.

فيقال في تقريب دلالتها على مدّعى ابن حمزة: إنّ المستأجر الأوّل لمّا ضمن الأجرة للمالك أو للسلطان أو لمن بيده أمر الأرض كانت الفائدة الحاصلة بالإجارة الثانية عائدة له، لا لمالك الأرض.

[1] الظاهر عدم ارتباطهما بهذا المعنى أي كون ضامن العين مالكا لخراجها لأجل ضمان العين. بل هي في مقام بيان كون العين في مدة الخيار ملكا للمشتري، وأنّ ملكيّة المنفعة لقاعدة تبعيتها في الملكيّة للعين.

وبعبارة أخرى: قاعدة تبعية المنافع للعين في الملكيّة سارية في جميع موارد ملكيّة العين مطلقا و إن لم يكن ضمان للعين بإزاء مال كالمجانيات من الهبة و نحوها، فإنّ ملكيّة العين مطلقا تقتضي ملكيّة المنفعة.

فليس المقصود سبب ضمان العين لملك المنفعة و خراجها. و لا قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم» فالأخبار المشار إليها أجنبيّة عن مدّعى ابن حمزة.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 126، الباب 5 من أبواب الرهن، الحديث 6

ص: 226

وفيه (1): أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون

---

ففي معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسّامة أو بطعام مسمّى، ثم أجرها، و شرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر، وله في الأرض بعد ذلك فضل، أ يصلح له ذلك؟ قال: نعم إذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم بذلك فله ذلك» الحديث (1).

هذا ما يتعلّق بالجهة الثانية وهي تأييد مقالة ابن حمزة الطوسي أعلى الله مقامه.

(1) هذا شروع في الجهة الثالثة مما يتعلّق بكلام ابن حمزة، وهو المناقشة فيه، والمذكور في المتن وجوه ثلاثة من الإيراد، أفاد أولها المصنف، ثم تعرّض للوجهين الآخرين وردّهما.

أمّا مناقشة المصنف في كلام ابن حمزة فتوضيحا: أنه قد تقدم (في ص 116) الإيراد على استدلال شيخ الطائفة بالإقدام على الضمان في البيع الفاسد بما محصّ له: أن ما أقدم عليه من العوض المسمّى لم يسلم لهما، ولم يقدم على البديل الواقعي حتى يضمناه. وكذلك يقال في المقام، حيث إنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان قهريّ شرعيّ، وليس ضمنا اختياريا للمتبايعين حتى يستلزم ملكيّة المنافع لضا من العين.

و المفروض أن الضمان الموجب لملكيّة المنافع هو الضمان المعاوضي الذي أقدم عليه المتعاقدان وأمضاه الشارع.

وبالجملة: الضمان المستلزم لملكيّة الخراج هو الضمان المقيّد بقيد الاقدام والإمضاء، دون الضمان القهريّ الذي يكون من باب الغرامة المعبر عنها بالضمان الواقعيّ، و المفروض أن الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد ليس من الضمان المعاوضي الاختياريّ الذي أقدم عليه المتعاقدان وأمضاه الشارع، بل من الضمان القهريّ الذي لا يوجب ملكيّة المنافع.

---

(1) وسائل الشيعة ج 13، ص 261، الباب 21 من أحكام الإجارة، الحديث 3

ص: 227

الخراج بإزائه (1)، وإثما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم (2) بضمان المقبوض بالسّوم و المغصوب. فالمراد بالضمان (3) الذي بإزائه الخراج التزام (4) الشيء على نفسه و تقبّله له مع إمضاء الشارع له [1].

وربّما ينتقض ما ذكرنا (5) في معنى الرواية بالعارية المضمونة،

---

(1) بمقتضى «الخراج بالضمان» وجه عدم الاقدام على ضمان المبيع فاسدا هو: أنّه مضمون بالبدل الواقعيّ مع أنّ المقدم عليه ضمان جعليّ.

(2) بإطلاق «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

(3) يعني: في حديث: «الخراج بالضمان» و غرضه قدّس سرّه- بعد أن نفى كون ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من الضمان المعاوضيّ الاختياريّ الممضى شرعا- أنّ المراد بالضمان الموجب لملكية المنافع هو معناه المصدريّ أي التزام الشيء على نفسه و تقبّله له، مع إمضاء الشارع له. و الضمان بهذا المعنى مفقود في المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يكون ضمان العين فيه موجبا لملكية المنافع حتى لا يضمنها.

(4) خير قوله: «فالمراد».

(5) من كون الضمان في الحديث هو الضمان الاختياريّ الممضى شرعا الذي تبّه عليه بقوله: «فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج ..» دون الضمان القهريّ الجاري في المقبوض بالبيع الفاسد.

و توضيح النقض الوارد على إرادة الضمان الاقداميّ الاختياريّ هو: أنّ المستعير إذا أقدم على ضمان العارية- بأن شرطه المعير عليه- و أمضاه الشارع لم يوجب هذا الإقدام مالكية المستعير لمنافعها، لما تقرّر عندهم من أنّه لا يملك منافع العارية، وإثما يملك الانتفاع الذي عينه المالك له. و بهذا يشكل جعل مدلول الحديث

---

[1] لكنه لا قرينة عليه، فيحتمل أن يراد به اسم المصدر، يعني كونه في العهدة، كما يحتمل إرادة معان أخر منه سيأتي بيانها.

حيث إنه (1) أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له [1] لعدم تملكه للمنفعة، وإّما تملك الانتفاع الذي عيّنه المالك (2)، فتأمل (3).

---

مخصوصا بالضمان الاقداامي الممضى شرعا، فإنّ الشارع الممضى للعارية المضمونة لم يحكم بمالكية المستعير لخراجها.

(1) أي: أنّ المستعير أقدم على ضمان العين و لم يملك الخراج.

(2) كما في الشرائع، حيث قال: «ويقع بكل لفظ يشتمل على الاذن في الانتفاع» وقال أيضا: «و لا يجوز إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك، و لا إجارتها، لأنّ المنافع ليست مملوكة للمستعير و إن كان استيفؤها» «1».

(3) لعلّه إشارة إلى كفاية جواز استيفاء الخراج- بلا ضمان له مع ضمان العين- في صدق «الخراج بالضمان» إذ حاصل المعنى حينئذ: أنّ ضمان العين رافع لضمان المنافع، سواء صارت ملكا لضا من العين أم لا.

أو إلى: فقدان تملك الانتفاع في العارية أيضا، بل تباح المنافع له بإذن مالك العين، فكأنّ معناه: أنّ ضمان العين يمنع عن ضمان المنافع و إن لم تصر مملوكة لضمان العين، فلا ينتقض - إرادة الضمان الاختياري - بالعارية.

أو إلى: أنّ معنى «الخراج بالضمان» هو كون الخراج في مقابل ضمان العين بعنوان كونها ملكه في حال الانتفاع بالعين، و من المعلوم أنّ العارية المضمونة ليست كذلك، لأنّها لم تضمن بعنوان كون العين ملكا للمستعير، فلا نقض.

---

[1] المعروف في العارية أنّها إباحة الانتفاع بمنافع ملك الغير مجّانا مع بقاء المنفعة على ملك مالك العين، نظير إباحة الطعام للضيف و نثار الأعراس. قال في التذكرة: «ليس للمستعير أن يعير». و قال في وجهه: «إنّه غير مالك للمنفعة، و لهذا

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 171 و 173

ص: 229



و الحاصل (1): أنّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك

(1) هذا ملخص ما أورد به المصنف على ابن حمزة قدس سرهما النافي لضمان المنافع المستوفاة مستدلًا بالحديث النبوي. و محصل الكلام: أنّ الحديث موهون سندًا و دلالة. أمّا سندًا فلائّه مروّي بطرقنا مرسلًا، و لا عبرة بالمراسيل ما لم تنجبر بعمل المشهور، و قد عرفت إعراض المشهور عن المدلول الذي استظهره ابن حمزة، بل ادعى الإجماع على ضمان المنافع المستوفاة. و هذا الحديث وإن روي مسندًا بطرق العامة لكنّه مرمي بضعف بعض رجاله كما سيأتي في التعليقة.

و أمّا دلالة فلائّه محتتملات الحديث كثيرة، و لا معيّن لما استظهره ابن حمزة منه، و يكفي في ردّه ما أفاده المصنف من اختصاصه بموارد الاقدام المضمّن الممضى شرعا.

و عليه فلا معارض لما يدلّ من القواعد الجارية في ضمان مطلق الأموال

لا يجوز أن يؤجر» (1).

و يحتمل - كما قيل - أن تكون العارية تملك المنفعة مجانًا، كالهبة التي هي تملك العين مجانًا، كما أنّ الإجارة تملك المنفعة بعوض، في مقابل البيع الذي هو تملك العين بعوض. ففي التذكرة في مقام الاستدلال على مشروعية العارية ما لفظه:

«أما الإجماع فلا - خلاف بين علماء الأمصار في جميع الأعصار في جوازها و الترغيب فيها. و لأنّه لمّا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، و لذلك صحّت الوصية بالأعيان و المنافع جميعًا» (2) و هو صريح في كون العارية من هبة المنافع.

لا يقال: إنّه على هذا يجوز للمستعير إجارة العين المستعارة، مع أنّ من المسلّم عدم جوازها.

فإنّه يقال: إنّ عدم جواز إجارتها إنّما هو لأجل شرط انتفاع المستعير بنفسه، و لو شرطًا ضمنيًا مبنيا عليه عقد العارية.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 209، السطر 14

(2) المصدر، السطر 27

لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه (1) إلا عن طيب النفس.

وربما يردّ هذا القول (2)

---

- سواء أكانت أعيانا أم منافع - كقاعدة الاحترام.

(1) هذا عطف تفسير للاحترام، وليس دليلا آخر على ضمان مال المسلم.

(2) أي: قول ابن حمزة قدّس سرّه بعدم ضمان المنافع المستوفاة، ويستفاد هذا الرّدّ من العلامة وغيره حيث استدّلوا على ضمان منافع المبيع فاسدا بالروايات المتقدّمة في الأمر الأوّل- وهو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد- المتضمنة لحكم الامام عليه السّلام بضمنان منافع الأمة المسروقة. قال السيد العاملي قدّس سرّه في بيع الفضولي: «إذا لم يجز المالك رجوع في عين ماله و نمائه متصلا أو منفصلا، و عوض منفعه المستوفاة وغيرها .. وفي رواياتهم ما يدل عليه ..» «1». وقال في موضع آخر: «و يرجع به- بالمبيع فاسدا- و بزوائده متّصلة كالسمن و منفصلة كالولد، و بمنفعه المستوفاة وغيرها كما في المبسوط وغيره، و المخالف ابن حمزة» «2».

و حاصل الرّدّ: أنّ الجارية المسروقة كما تكون بنفسها مضمونة على المشتري الجاهل بالحال. كذلك تكون منافعها من الولد و الخدمة و اللبن مضمونة عليه.

و لو كان ضمان العين- في البيع الفاسد- موجبا لحلّيّة المنافع للمشتري لم يكن وجه لحكم الشارع بضمنان نماءاتها.

و عليه فضمنان المنافع مناف لما استظهره ابن حمزة من حديث «الخراج بالضمنان» فلا بدّ من حمله- بعد فرض اعتباره سندا- على البيع الصحيح كما صنعه العلامة (3) قدّس سرّه، هذا تقريب الرّدّ على ابن حمزة، و ستأتي خدشة المصنف فيه.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 198

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 169

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 319

بما ورد (1) في شراء الجارية المسروقة: من ضمان قيمة الولد (2) و عوض اللبن، بل عوض كل ما انتفع.

وفيه (3): أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين (4) من

---

(1) كخبر زرارة، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم أتاهم من يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها» (1).

(2) لا يخفى أن ضمان قيمة الولد و اللبن و سائر المنافع لم يرد في رواية واحدة، بل تضمنتها نصوص متفرقة، ففي صحيحة جميل «و يدفع إليه المبتاع- و هو المشتري- قيمة الولد» وفي رواية زرارة المتقدمة ضمان عوض اللبن و الخدمة، وفي خبر آخر ضمان كل ما انتفع، فمقصود الرّادّ على ابن حمزة ورود ضمان هذه في الأخبار المتفرقة.

(3) هذه مناقشة المصنّف قدّس سرّه في التمسك بهذه الروايات لردّ ابن حمزة. و حاصل المناقشة: أن مورد الأخبار المتقدمة أجنبي عن مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و عدمه، لأنّ الكلام بين ابن حمزة و بين المشهور إنّما هو في المقبوض بالعقد الفاسد، من غير جهة الغصب، كما يدلّ عليه قوله في ذيل عبارته في الوسيلة: «فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره .. الى قوله: وإن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن و بما غرم للمالك» حيث إنّّه يدلّ على غرامته للمالك غير الثمن من عوض المنافع، و لا وجه له إلا ضمانها للمالك.

(4) و هذا أجنبي عن أخبار ضمان منافع الجارية المسروقة، إذ ليس بائعها مالكةا، بل هو غاصب، و لا ملازمة في الضمان بين منافع المغصوب المبيع، و بين منافع

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 4 و نحوه الحديث 2

ص: 232

جهة (1) أنّ مالك العين جعل خراجها له (2) بإزاء ضمانها بالثمن، لا (3) ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير [1].

---

المبيع فاسدا لاختلال شرط صحته.

(1) متعلق ب «الكلام» يعني: أنّ وجه البحث في مسألة ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد هو: أنّ البائع أقدم على جعل منافع المبيع ملكا للمشتري في قبالة الثمن، فإمضاء هذا الإقدام وعدم إمضائه غير مرتبط بضمان نماء الجارية المسروقة التي يكون ضمانها من جهة الغصب.

(2) أي: للمشتري، في قبالة الثمن الذي يدفعه إلى البائع.

(3) معطوف على «جهة» يعني: ليس كلامنا في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد شاملا- لمطلق موارد الفساد حتى من ناحية مغصوبة العوضين أو أحدهما، حتى نستدلّ على ضمان المنافع بنصوص الجارية المسروقة، بل محلّ الكلام فساد العقد من غير ناحية الغصب، بأن كان العوضان مملوكين.

---

[1] قد يشكل هذا الجواب بمنافاته لما تقدّم منه من الاستدلال بفحوى أخبار ضمان منفعة الجارية المسروقة على ضمان نفس الجارية لو تلفت بيد المشتري.

وجه المنافاة: أنّ الاستدلال بالفحوى منوط باتّحاد المقبوض بالعقد الفاسد والمغصوب حكما، سواء أكان منشأ فساد العقد اختلال شرط الصيغة أو العوضين أو المتعاملين، كما أنّ إطلاق عنوان المسألة شامل لجميع مناشئ الفساد. و من المعلوم أنّ ما أفاده هنا من قوله: «لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير» يقتضي اختصاص مدلول هذه الأخبار بما كان منشأ بطلان العقد عدم تملك العوضين خاصة، و معه كيف يتّجه الاستدلال بفحواها على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد مطلقا؟ و جعلها في عداد حديث اليد و غيره ممّا يدل على ضمان المبيع بالبيع الفاسد؟

ص: 233

(1) المشار إليه هو ردّ قول ابن حمزة بنصوص ضمان منافع الجارية المسروقة.

وهذا إشارة إلى وجه آخر لردّ مقالة ابن حمزة قدّس سرّه. وتوضيحه: أنّه ورد في صحيحة أبي ولّاد الحنّاط السّؤال عن اكتراء بغل من الكوفة إلى مسافة معيّنة- وهي قصر بني هبيرة- لاستيفاء دين من غريم، فلمّا خرج من الكوفة ووصل إلى قنطرتها أخبر بخروج الغريم إلى مكان آخر، وهو النيل، فتابعه أبو ولّاد إلى أن ظفر به ببغداد، وفرغ ممّا بينه وبينه، ورجع إلى الكوفة، وقد طال سفره من مبدئه إلى منتهاه خمسة عشر يوماً، وهي أزيد بكثير من المدة المتعارفة للسّير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة والرجوع منه إلى الكوفة. فأراد أبو ولّاد التحلّل من المكاري ببذل أجرة أخرى زائدة على الأجرة المعيّنة أولاً، فلم يرض بها صاحب البغل، فتراضيا بالترافع إلى قاضي الجور، فحكم ببراءة ذمّة أبي ولّاد من الأجرة الزائدة، مستدلاً بحديث الخراج بالضمان، فاسترجع صاحب البغل من هذا القضاء الجائر.

إلى أن تشرف أبو ولّاد للحجّ وزار الامام الهمام أبا عبد الله جعفر بن محمّد الصادق صلوات الله وسلامه عليه وعلى آبائه وأبنائه الطاهرين، وقصّ عليه قصّته، فقال عليه السّلام: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركاتها» وحكم على أبي ولّاد بضمانه لاجرة البغل في جميع المدة التي خرج به من الكوفة حتى عوده إليها، لأنّه استوفى منفعتة بإجارة فاسدة، لإخلاله بالشرط، فصار البغل مغصوباً، فيضمنه كما يضمن ما استوفى من منافعه.

وعليه تكون هذه الصحيحة ردّاً على ابن حمزة القائل بأنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان منافعها، هذا.

وناقش المصنّف قدّس سرّه في هذا الرّد مقتصرًا على قوله: «وأضعف منه ذلك» وجه الأضعفيّة: أنّه ليس في الغصب- الذي هو مورد صحيحة أبي ولّاد- عقد فاسد، بخلاف ما قبلها، فإنّ فيه عقداً بين المشتري وغير المالك، ومن المعلوم أنّ الغصب

المغصوب المستوفاة (1)، ردّا على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقّق ضمان العين- ولو بالغصب- سقط كراهها، كما يظهر (2) من تلك الصحيحة.

نعم (3) لو كان القول المذكور موافقا لقول أبي حنيفة في إطلاق (4) القول بأنّ الخراج بالضمان انتهضت الصحيحة و ما قبلها (5) ردّا عليه. هذا كله في المنفعة المستوفاة.

---

أجنبيّ عن العقد الفاسد الذي هو مورد كلام ابن حمزة، إذ الغصب خال عن العقد.

(1) صفة للمنفعة، و المراد بالمنفعة المستوفاة في هذه الصحيحة هو الركوب على الدابة و السير بها.

(2) يعني: كما يظهر قول أبي حنيفة- بسقوط ضمان الأجرة بسبب ضمان العين- من تلك الصحيحة، و سيأتي متن صحيحة أبي ولّاد إن شاء الله تعالى في (ص 482 إلى 488).

(3) استدراك على عدم كون الصحيحة ردّا على ابن حمزة، و حاصله: أنّ الصحيحة تنهض للردّ على ابن حمزة إذا كان قائلا- بإطلاق «الخراج بالضمان» بحيث يشمل الغصب كما يقول به أبو حنيفة. و أمّا إذا لم يقل بذلك، و كان قائلا باختصاص «الخراج بالضمان» بالعقود المعاوضيّة و عدم شموله للغصب لم تنهض الصحيحة للردّ عليه.

(4) المقصود من إطلاق «الخراج بالضمان» أنّ كلّ مورد تحقّق فيه ضمان العين كان منفعة مجّانا و بلا عوض، سواء أ كان بالعقد الصحيح كما يقول به أصحابنا- عدا ابن حمزة- أم أعمّ منه و من العقد الفاسد كما هو رأي ابن حمزة، أم أعمّ منهما و من الأعيان المغصوبة كما يقول به أبو حنيفة، لعدم تضمينه أبا ولّاد عوض انتفاعه بالبغل الذي صار مغصوبا بيده من قنطرة الكوفة إلى النيل، ثمّ إلى بغداد، ثمّ إلى الكوفة.

(5) و هو نصوص الجارية المسروقة، فإنّها أيضا صالحة لردّ مقالة أبي حنيفة، لما تقدم من صراحتها في ضمان اللين و الخدمة و سائر منافعها. فكما تكون نفس الجارية مضمونة فكذا نماؤها، و هذا معارض بالتباين لما استفاده أبو حنيفة من

حديث «الخراج بالضمان» [1].

هذا ما يتعلّق بتوضيح المتن في ردّ استدلال ابن حمزة بالحديث النبويّ، وبقيت مباحث أخرى تأتي في التعليقة إن شاء الله تعالى.

[1] وربما ينتقض قاعدة «الخراج بالضمان» بالمنافع التي تملك بالإرث تبعا للأعيان، أو بالأصالة، حيث إنّها ليست بسبب ضمان العين و تعهدها ببذل مال بإزائها.

وفيه: أنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الخراج بالضمان» ليس في مقام حصر سبب ضمان الأعيان لملكية المنافع، بل في مقام نفي الضمان عن المنافع فيما إذا حصل تعهد ببذل عوض بإزاء العين. فكأنّه قيل: كلّ من ضمن عينا ملك منافعها، وهو لا يدلّ على تسبّب ملكية المنافع عن ملكية العين على وجه الحصر، فيمكن أن تكون ملكية المنافع بسبب آخر.

وهذا نظير أن يقال: «البيع سبب للنقل والانتقال» وهو لا ينافي سبب الصلح والهبة مثلا لهما، ولا ينفي سبب غير الضمان لملكية المنافع، لأنّ «الخراج بالضمان» قضية لقبية لا مفهوم لها، فلا تدلّ على الحصر أصلا.

ثمّ إنّّه لا بأس بعطف عنان البحث إلى النبويّ «الخراج بالضمان» سندا ودلالة، فنقول وبه نستعين وبوليّه صلوات الله وسلامه عليه وعلى آبائه الطاهرين وعجل فرجه الشريف نتوسّل ونستجير: ينبغي البحث في مقامين، أحدهما: في السند، والآخر في الدلالة.

أمّا المقام الأوّل فمحصّله: أنّه لم يرو هذا الحديث في جوامعنا الروائية، وإنّما روي مرسلا في بعض الكتب الفقهية كالخلاف والمبسوط والوسيلة والسرائر وغيرها، فالاعتماد عليه منوط بإحراز عمل المشهور به.

---

نعم روي بسندين في كتب العامة، و اختلفوا في صحّة كلا الطريقتين، و روايتهم له تارة بعنوان قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «الخراج بالضمان» أو «قضى بالخراج الضمان» و أخرى مع ذكر السبب. فعن السيوطي: «القاعدة الحادية عشر، قال: الخراج بالضمان حديث صحيح أخرجه الشافعي و أحمد و أبو داود و الترمذي و النسائي و ابن ماجة و ابن حبان من حديث عائشة. و في بعض طرقه ذكر السبب، و هو: أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيبا، فخاصمه إلى النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: قد استعمل غلامي، فقال: الخراج بالضمان» (1).

و السند الأوّل هو ما عن سنن ابن ماجة «بالإسناد عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: إن رجلا اشترى عبدا.. إلخ». و السند الثاني: «مخلّد بن خفاف عن هشام بن عروة عن أبيه.. إلخ».

و اختلفوا في صحّة الطريقتين، فعن تاج العروس نقل تصحيح جماعة. و عن ابن حزم: «لا يصح حديث الخراج بالضمان، لانفراد مخلّد بن خفاف و مسلم بن خالد الزنجي به» و عن الزبيدي: «ضعّف البخاري حديث مخلّد بن خفاف».

و أمّا السند الآخر فعن الحاكم تصحيحه، إلا أنه حكى عن الذهبي: «اختلاف كلام ابن معين فيه، فتارة يقول: لا بأس به. و أخرى: إنّه ثقة. و ثالثة: إنّه ضعيف. و عند الساجي:

كثير الغلط، و يرمى بالقدر».

فالمحصّل من كلماتهم بعد التتبّع فيها: أن هذا الحديث ليس ممّا اتفق الكلّ على صحّته، بل اعتباره عند العامة مورد الخلاف. هذا ما يرجع إلى سنده الذي لا يحصل

---

(1) الأشباه و النظائر، ص 121، نقلا عن هامش تقارير السيد المحقق الخويي، محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 171 و 172



---

الوثوق بصدوره عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

وأما من ناحية عملهم به فالعاملون به كثيرون من المذاهب الأربعة، إلا أنه لما لم يكن جدوى في وثوقهم به عندنا، فالأولى الاقتصار على ذكر من عمل به من فقهاءنا الأبرار رضوان الله تعالى عليهم. وإن شئت الوقوف على أقول العامة وعملهم بالحديث فراجع ما تتبَّعه العلامة السيد المقدم في تعليقه على تقريرات السيد الخويي قدس سرهما «1».

وأما الإمامية أعلى الله كلمتهم فقد أسنده شيخ الطائفة قدس سره إليه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في الخلاف والمبسوط.

فقال في الخلاف: «إذا اشترى جارية حاملا، فولدت في ملك المشتري عبدا مملوكا، ثم وجد بالأم عيبا، فإنه يرده الأم دون الولد، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: له أن يردهما معا، لأنه لا يجوز أن يفرق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين. والأول أصح عندهم. دليلنا: عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمان» «2».

وقال في المبسوط: «فصل في أن الخراج بالضمان: إذا كان لرجل مال فيه عيب فأراد بيعه وجب عليه أن يبين للمشتري عيبه، ولا يكتمه، أو يتبرء إليه من العيوب.

والأول أحوط. فإن لم يبينه واشترى إنسان فوجد به عيبا كان المشتري بالخيار إن شاء رضي، وإن شاء رده بالعيب واسترجع الثمن. فإن اختار فسخ البيع ورد المبيع نظر، فإن لم يكن حصل من جهة المبيع نماء رده واسترجع ثمنه، وإن كان قد حصل نماء وفائدة فلا يخلو من أن يكون كسبا من جهته أو نتاجا وثمرة. فإن كان كسبا مثل أن يكتسب بعمله

---

(1) محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 169 الى 174

(2) الخلاف، ج 3، ص 108، المسألة: 176 من كتاب البيع.

أو تجارته أو يوهب له أو يصطاد شيئاً أو يحتطب أو يحتش، فإنه يردّ المعيب ولا يردّ الكسب بلا خلاف، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الخراج بالضمان. فالخراج اسم للغلّة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع» إلى أن قال: «وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمان معناه: أنّ الخراج أن يكون المال يتلف من ملكه، ولَمَّا كان المبيع يتلف من ملك المشتري، لأنّ الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له» (1).

و استند قدّس سرّه الى هذا الحديث في بيع المصّرّة، فقال: «و لا يردّ اللبن الحادث، لأنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قضى أنّ الخراج بالضمان» (2).

وقال في السرائر في عدم ضمان العين المرهونة: «و يحتجّ على المخالف بقوله عليه السّلام: الخراج بالضمان، و خواجه إذا كان للراهن بلا خلاف، و جب أن يكون من ضمانه» (3).

وقال العلامة في المختلف - بعد نقل كلام ابن حمزة في الوسيلة - ما لفظه:

«و المعتمد أنّ النماء للبائع، لأنّ الملك باق عليه، و النماء يتبع الملك. و قوله عليه السّلام:

الخراج بالضمان محمول على الصحيح، و إلاّ لكان الغاصب مالكا للمنافع، لدخول الأصل تحت ضمانه» (4).

و ظاهر العبارتين اعتمادها على الحديث. و لو كان في سنده غمز لكان المناسب التخلّف منه بطرحه كليّة، لا بحمله على العقد الصحيح.

نعم يحتمل في كلام ابن إدريس إيراده احتجاجا على المخالفين لا استنادا، و إن

---

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 126

(2) المصدر، ص 125

(3) السرائر الحاوي، ج 2، ص 420

(4) مختلف الشيعة، ج 5، ص 319

---

أمكن التخلص عن هذا الاحتمال بمخالفته للظاهر، ولو كان الغرض الاحتجاج عليه بما هو مسلّم عندهم كان الأولى أن يقول: «و يحتج على المخالف بما يرويه عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم» مع أنّه قدّس سرّه أسنده إليه صلّى الله عليه وآله وسلّم. وقد تقدم نظيره في حديث «على اليد».

نعم يشكل تعليل العلامة: «وإلا لكان الغاصب مالكا للمنافع..» بعدم صلاحية هذا الوجه لأن يكون منشأ لحمل «الخراج بالضمان» على خصوص الصحيح، ضرورة قابلية عمومته للتخصيص بأدلة الغصب كصحيحة أبي ولّاد.

وقال في الجواهر: «المشهور نقلا و تحصيلا- بل في ظاهر التذكرة الإجماع- على أنّ المبيع يملكه المشتري في زمن الخيار بالعقد» إلى أن قال: «وقيل به و بانقضاء مدة الخيار» و استدللّ عليه بأمر، إلى أن قال: «و النبويّ الخراج بالضمان الذي معناه أنّ الربح في مقابلة الخسران، فإنّ الخراج اسم للفائدة الحاصلة في المبيع، و المراد أنّها للمشتري، كما أنّ الضرر الحاصل بالتلف عليه، فهو دالّ على المطلوب، و إن كان مورد الحديث خيار العيب» (1).

أقول: الغرض ممّا ذكرناه من سند الحديث و عمل الفقهاء به من العمارة- كما حكى- و بعض الخاصّة هو: أنّه هل يوجب ذلك السند و العمل و ثوقا بصدور الحديث حتى يصحّ الركون إليه و الاعتماد عليه أم لا؟ فإن حصل ذلك وصلت النوبة إلى البحث عن معنى الحديث.

وقد حكى عن شيخ الشريعة الأصفهاني قدّس سرّه: «أنا تتبعنا غاية التتبع فلم نجدها في كتب الإمامية رضوان الله تعالى عليهم صحاحها و غير صحاحها، بل وجدناه في كتب العمارة بطرق متعدّدة في موارد عديدة». و لعلّ غرضه قدّس سرّه عدم الظفر به مسندا في جوامعنا

---

الروائية، وإلا فقد عرفت روايته مرسلًا عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، بل نسبه شيخ الطائفة إلى النبيِّ جازمًا، ولم يقل: «وروي عنه». هذا بعض الكلام في المقام الأول.

وأما المقام الثاني وهو الدلالة فلنذكر كلام بعض اللغويين في معنى الخراج والضمان، ثم ما يحتمل في مفاد الحديث.

أما الخراج ففي مفردات الراغب: «و الخراج مختص في الغالب بالضريبة على الأرض، وقيل: العبد يؤدِّي خرجه أي غلته، والرعية تؤدِّي إلى الأمير الخراج» (1).

وقال ابن منظور: «وقال الزجاج: و الخراج اسم لما يخرج، و الخراج غلّة العبد و الأمة، و الخرج و الخراج الاتاوة، تؤخذ من أموال الناس» ثم قال: «و أما الخراج الذي وظّفه عمر على السواد و أرض الفيء، فإنّ معناه الغلّة أيضا .. و لذلك يسمّى خراجًا يؤدونها كل سنة .. و قيل للجزية التي ضربت على رقاب أهل الذمة: خراج، لأنّه كالغلّة الواجبة عليهم. ابن الأعرابي: الخرج على الرؤوس، و الخراج على الأرضين» (2).

وقال العلامة الطريحي قدّس سرّه: «الخرج و الخراج- بفتح المعجمة فيهما- ما يحصل من غلّة الأرض. وقيل: يقع اسم الخراج على الضريبة و الفيء و الجزية و الغلّة، و منه خراج العراقيين» (3).

وقال ابن الأثير: «الخراج بالضمان يريد ما يحصل من غلّة العين المبتاعة عبدا كان أو أمة أو ملكا. و ذلك أن يشتريه فيستغله زمانا» إلى أن قال: «و يكون للمشتري ما استغله، لأنّ المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه، و لم يكن على البائع شيء. و الباء في (بالضمان) متعلّقة بمحذوف، تقديره: الخراج مستحقّ بسبب الضمان» (4).

---

(1) مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص 145

(2) لسان العرب، ج 2، ص 251 و 252

(3) مجمع البحرين، ج 2، ص 294

(4) النهاية، ج 1، ص 321

---

هذا ما يتعلّق بمعنى كلمة الخراج.

وأما الضمان فهو التكلّف بالشئ ٤. قال في المجمع: «وضمنت الشئ ٤ ضمانا كفلت به، فأنا ضامن وضمنين، وضمنت المال التزمته» (1) ونحوه ما في الصحاح والمصباح (2).

وهذا المعنى ما يساعده العرف العام، فإنّ الضمان العرفي هو كون مال الغير في العهدة، سواء أكان سببه اختيارياً كقبول شرط ضمان العين المستأجرة أو عارية غير الذهب والفضة، أم قهرياً كإتلاف مال الغير غفلة أو في حال النوم.

وأما ضمان الشخص لمال نفسه فلا معنى له، وليس ذلك معنى لغويّاً ولا عرفياً للضمان، فإنّ البيع ليس إلاّ المبادلة بين المالين، ولا يخطر الضمان فيه أصلاً، فلا يصح أن يقال: إنّ المنافع غير مضمونة على المشتري، لأنّه ضمن العين، وضمّانها يوجب أن تكون منافعها للضامن.

بل يقال: إنّ المنافع - تبعاً للعين - مملوكة للمشتري، فلا يضمنها، إذ لا معنى لضمان الشخص مال نفسه، وجعل ماله في عهده.

بل يقال: إنّ المنافع غير مضمونة عليه، لعدم ضمانه لها من جهة كونها ماله، فاستوفى مال نفسه، ولا معنى لضمان مال نفسه.

ففي مورد الحديث يقال: منفعة العبد المستوفاة غير مضمونة على المشتري في الزمان المتخلّل بين عقد البيع وبين ردّ العبد لأجل العيب على البائع. وجه عدم الضمان:

أنّ الخراج كمنفعة العبد غير مضمون على المشتري، لأنّ المشتري لم يجعلها في عهده.

---

(1) مجمع البحرين، ج 6، ص 275

(2) صحاح اللغة، ج 6، ص 2155؛ المصباح المنير، ص 364

وكذا لم يجعلها الشارع في عهده. و المفروض أنّ ثبوت الخراج على العهدة منوط بصيرورة الخراج في العهدة، وبدون صيرورته في العهدة لا ضمان على من استوفى الخراج.

ففي مورد الحديث يقال: إنّ المشتري لا يضمن منافع المبيع المعيب ما لم يردّ المبيع على البائع أخذاً بخيار العيب. وجه عدم ضمانها: أنّ المشتري لم يجعلها في عهده، لأنّه استوفّاها بعنوان كونها مملوكة له بتبعية مملوكية أصل المبيع له. وقاعدة التبعية تقتضي كون المنافع كنفس العين ملكاً لمالك العين، ولا معنى لضمان شخص لمال نفسه كما هو الظاهر.

فكأنّه قيل: الخراج كائن على عهدة من استخرجه بسبب ثبوت عهده عليه. وفي مورد الحديث ليس الخراج - أي المنفعة - على المشتري، لأنّه لا بدّ أن تكون عهدة المنفعة على المشتري إذا ضمن وتعهّد، و المفروض عدم تعهده لبدل المنفعة، فلا ضمان عليه. هذا ما خطر ببالي في معنى هذا الحديث، وليكن هذا أحد المعاني المحتملة فيه، وسيأتي بيانه.

و كيف كان فيحتمل في مفاد جملة: «الخراج بالضمان» وجوه:

الاحتمال الأوّل: ما استفاده ابن حمزة، حيث استدللّ به على عدم ضمان المنافع المستوفاة، وقد خرج منه منافع المغصوب، حيث إنّها مضمونة على الغاصب بصحيح أبي ولّاد الآتي إن شاء الله تعالى، فإنّه يخصّص النبويّ المزبور.

و حاصل هذا الاحتمال: أنّ المراد بالخراج مطلق المنافع الشامل للخراج المصطلح وغيره. ويراد من الضمان المعنى اللغوي أعني به مطلق التعهّد، سواء أكان أمراً اختياريّاً مترتباً على العقود الصحيحة أو الفاسدة، أم كان أمراً غير اختياريّاً مترتباً على الغصب. فالمراد: أنّ المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة

---

أو الفاسدة، أو المأخوذة غصباً مملوكة للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكية المنافع، فتدلّ الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفاة كما عليه ابن حمزة وفاقاً لشيخ الطائفة.

و خلافاً للحنفية، إذ المحكي عنهم: «و لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه، لأنها حصلت على ملك الغاصب، إلا أن ينتقص باستعماله، فيغرم النقصان.

الاحتمال الثاني: أن يكون المراد من كلمة «الخراج» فيه ما هو المعروف المتبادر منه من الخراج و المقاسمة. و المراد من كلمة «الضمان» فيه ضمان الأراضي الخراجية بسبب التقبل و الإجارة. و لعلّ هذا أقرب الاحتمالات - كما في تقرير سيدنا الخويي قدس سرّه «1» - و إن لم يذكر في كلمات الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم.

و ملخص هذا الاحتمال: أنّ المتقبل للأرض الخراجية يملك ما يخرج منها من الغلّة بسبب الضمان و التقبل، و لا ربط لهذا المعنى بمورد البحث.

الاحتمال الثالث: أن يراد بالخراج مطلق المنافع الخارجة عن الشيء، لا خصوص الخراج المصطلح، و يراد بالضمان مطلق العهدة، سواء أ كانت اختيارية كالمترتبة على العقود الصحيحة و الفاسدة، أم غير اختيارية كالعهدة المترتبة شرعاً على الغصب.

و حاصل هذا المعنى: أنّ منافع الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة أو الفاسدة أو بالغصب مملوكة للضامن بسبب ضمانه للعين أو بإزاء ضمانه لها، و لازم هذا الضمان عدم ضمان المنافع التي يستوفيهها ضامن العين، سواء أ كان استيفاء المنفعة في حال التملك كالعبد الذي اشتراه، فاستغله، ثمّ ردّه بالعيب السابق، فإنّ مقتضاه كون الغلّة للمشتري. أم في غير حال التملك كانتفاع البائع بالمبيع الذي تلف قبل قبض المشتري له، فإنّ المنافع التي استوفها البائع من المبيع تكون له، لأنّ ضمانه عليه بمعنى: أنّه ينتقل

---

إليه المبيع أنا ما قبل التلف، فيتلف من ماله.

وعلى هذا المعنى يتم ما أفتى به أبو حنيفة من عدم ضمان الغاصب لما يستوفيه من منافع العين المغصوبة، ولا يلتزم به ابن حمزة ولا غيره، فلا يكون النبويّ بهذا المعنى سندا للقول بعدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد.

نعم يكون دليلا لأبي حنيفة على عدم ضمان الغاصب لمنافع العين المغصوبة.

الاحتمال الرابع: أن يراد بالضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحة الممضاة شرعا كالبيع والإجارة ونحوهما، وبالخراج المنافع المستوفاة. فيكون المعنى: من تقبل العين بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع.

وهذا الاحتمال أجنبيّ عن المدعى، وهو استيفاء منافع المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يصحّ استدلال ابن حمزة قدّس سرّه بالنبويّ على هذا الاحتمال.

الاحتمال الخامس: أن يراد بالخراج- كما في الاحتمال الثالث- معناه المصدرّي أي الانتفاع بالشيء، فيختصّ بالمنافع المستوفاة، وبالضمان الضمان المعاملي الاختياريّ مطلقا ولو لم يمضه الشارع، فيشمل العقود الصحيحة والفسادة. وعلى هذا المعنى يصحّ استدلال ابن حمزة قدّس سرّه بالنبويّ.

لكن لا بدّ في صحة الاستدلال من كون النبويّ ظاهرا في هذا المعنى بحيث يتبادر في أذهان العرف عند إلقاء الكلام إليهم، وهو كما ترى. بل قد عرفت أنّ الظاهر من لفظ الخراج ما هو المعروف في باب الخراج والمقاسمة، كما في حاشية العلامة الشهيدي قدّس سرّه «1». وأنّ المراد بالضمان ضمان الأراضي الخراجيّة بسبب التقبّل والإجارة من السلطان العادل أو الجائر. ومن المعلوم أنّ هذا المعنى أجنبيّ عمّا نحن فيه من ضمان المنافع المستوفاة من العين المقبوضة بالعقد الفاسد، هذا.

مضافا إلى: ما في هذا الاحتمال الخامس من الإشكال، إذ لازمه ضمان البائع

---

(1) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 221



---

للمشتري منافع المبيع بالبيع الفاسد إذا استوفاهما قبل تسليمه إلى المشتري.

وأيضا: لازمه ضمان غاصب المبيع للمشتري إذا استوفى المنافع، إذ المفروض ضمان المشتري للمبيع، فمنافعه له، فإذا غصبه غاصب و استوفى منافعه كان ضامنا للمشتري لا البائع. وهذا من الفساد بمكان من الوضوح. فدعوى القَطْع ببطلان هذا الاحتمال في محلها.

الاحتمال السادس: ما في حاشية المحقق الخراساني قدس سرّه وهو: «أنّ خراج الأرض كمّا وكيفا على من ضمنها إنّما هو بحسب ضمانها» (1).

الاحتمال السابع: ما خطر ببالي، وهو: أنّ المراد بالضمان معناه العرفي، وهو صيرورة مال الغير في العهدة، والمراد بالخراج إمّا معناه المصدري وهو الانتفاع بالشيء، وإمّا حاصل المعنى المصدري وهو ما يخرج من الشيء ويعدّ منفعة له. وعلى الأوّل يختصّ بالمنافع المستوفاة، وعلى الثاني يكون أعم منها، فيشمل المنافع غير المستوفاة أيضا.

فمعنى الحديث- والله العالم- أنّ المنافع مطلقا أو خصوص المستوفاة ثابتة على الشخص بسبب صيرورتها في عهده، كما إذا غصب مال الغير، فإنّ العين و منافعها مضمونة عليه، فبدل المنافع ثابت عليه، لصيرورتها في عهده بسبب الغصب. وهذا المعنى يستفاد من قرينة المورد، وهو شراء العبد المعيب و استيفاء المشتري منافعه و ردّه بعد ظهور العيب، فإنّ البائع طلب من المشتري بدل منافع العبد بقوله:

«يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: إنّك قد استغلّ عبيدي، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: إنّ عمله للمشتري، لأنّ الخراج بالضمان».

و حكى أنّ عمر بن عبد العزيز قضى- في عبد اشتراه شخص و استعمله ثم انكشف كونه معيبا فردّه- «بأنّ عمله للبائع» يعني: أنّ المشتري ضامن للمنافع التي استوفاهما من العبد قبل فسخ البيع. ثم قيل لعمر بن عبد العزيز: إنّ روي عن عائشة أنّ مثله وقع في حياة رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم وقال صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الخراج بالضمان».

---

(1) حاشية المكاسب، ص 34

وبالجملة: فبعد البناء على كون الخراج ظاهرا في مطلق المنافع- الذي هو حاصل المصدر- أو في الانتفاع بالشيء الذي هو المعنى المصدري، وكون الضمان معناه العرفي المتبادر منه حين إطلاقه، وكون الظرف مستقرا، يكون محصل معنى الحديث:

أنّ المنافع ثابتة على الشخص بسبب صيرورتها في عهده وضمائه، فما لم يتحقق عهدها على شخص لا يحكم بضمائه لها وخسارتها عليه.

وهذا المعنى ينطبق على مورد الحديث، وهو كون منافع العبد للمشتري، وذلك لأنّ المشتري لم يضمن المنافع أي لم يجعل بدلها في عهده، لأنّه استوفى منافع ماله، ولم يستوفها ضامنا لها، إذ لا معنى لضمان مال على عهدة مالكه، فلا وجه لتضمين المشتري بالنسبة إلى المنافع المملوكة له بقاعدة تبعية المنفعة للعين في الملكية.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أنّ حديث «الخراج بالضمان» لم يثبت الوثوق بصدوره، ولا يكفي مجرد تشبث شيخ الطائفة به في ثلاثة موارد، وكذا تشبث ابن حمزة به وغيرهما ممن عرفت في المقام الأول.

مضافا إلى إجماله وعدم ظهوره فيما ادّعاه ابن حمزة والشيخ قدس سرهما، فلا يصحّ التمسك بهذا النبوي لعدم ضمان المنافع التي استوفها قابض العين بالعقد الفاسد.

ثمّ إنّ المحقق النائيني قدس سره- على ما في تقرير بحثه الشريف- استظهر من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الخراج بالضمان» معنى لا بأس بالتعرض له، فإنّه- بعد بيان: أنّ مفاد الحديث بمناسبة الحكم والموضوع هو الضمان الجعليّ الفعليّ الممضى شرعا، و بعد دعوى عدم شموله للبيع الفاسد والضمان القهريّ كما في ضمان المغصوب- أفاد ما توضيحه: أنّ الضمان بمعناه المصدري المعبر عنه بالفارسيّة «عهده گرفتن يا قرار دادن چیزی در عهده» يتصوّر على أنحاء:

أحدها: أن يكون جعل شيء في العهدة ببذل عوض في مقابله، كما في العقود المعاوضيّة من البيع ونحوه.

ثانيها: أن يكون هذا الجعل بسبب الشرط من دون بذل عوض في مقابل ما جعله في عهده، كشرط الضمان في عارية غير الذهب والفضة، وفي كلّ عقد صحيح.

أو بسبب التعبد كحكم الشارع بالضمان في عارية الذهب و الفضة.

وكل واحد من هذين القسمين تارة يكون في العقد الصحيح، وأخرى في الفاسد، لأنّ العقد المعاوضيّ أمّا صحيح وإمّا فاسد. وكذا العقد المشروط بالضمان، أو كان الضمان فيه بالتعبد. فالأقسام أربعة.

و ظاهر قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «الخراج بالضمان» هو كون الضمان معاوضيًا و ثابتا ببذل العوض. و الوجه في هذا الاستظهار هو دخول باء السببية على كلمة «الضمان» الظاهرة في كون الضمان ببذل العوض، لا بالشرط. فالأموال تبذل بإزاء تعهد المال بإزائها، فالمبيع مثلا يبذل بعوض في عهدة المشتري، فبسبب تعهد المشتري لعوض الجميع يبذل له المبيع، فكأنّه قيل: الأموال مبدولة بسبب التعهد بعوضها.

فيختصّ الحديث بما إذا كان الضمان ببذل العوض، و لا يشمل الضمان بالشرط كضمان عارية غير الذهب و الفضة، و لا بالتعبد كضمان عاريتهما. كما يختصّ بالعقد الصحيح، لوجهين:

الأوّل: ظهور كلمة «الخراج بالضمان» في كون التعهد بالمبيع مثلا- ببذل الثمن في مقابله هو المنشأ لكون الخراج كالمبيع له. و هذا مختصّ بما إذا كان العقد صحيحا، لأنّ في العقد الفاسد يكون الضمان بالمثل أو القيمة، لا بالعوض المسمّى في العقد. فضمان العوض اسم لما هو كذلك واقعا. و هو منتف في العقد الفاسد.

الثاني: أنّ منشأ الضمان في العقد الفاسد هو اليد، و لذا يراد بالضمان فيه معناه الاسم المصدريّ، فلو أريد تعميمه للعقد الفاسد لزم إرادة معنى اسم المصدر منه كما فهمه أبو حنيفة. فقاعدة «الخراج بالضمان» بعد اختصاصها بالعقد الصحيح لا تصلح لإثبات عدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد كما في الوسيلة.

ثمّ إنّ بذل العوض يكون بإزاء الأموال سواء أ كانت باقية مع الانتفاع بها كالدار و الدكان، أم تالفة كالشبع المترتب على أكل الخبر، فإنّ الغرض منه يستوفى بإعدامه

---

بالأكل كالعقاقير، فإنّ ترتّب خواصّها و ما هو مناط ماليتها منوط بإعدامها.

وكيف كان فالظاهر من الضمان في الحديث الضمان المعاوضي، بقرينة الباء في «بالضمان» الظاهرة في السببية أو المقابلة، ومقتضاهما السببية والمقابلة من الطرفين، بمعنى: كون تملك المنافع داعيا إلى الضمان والتعهد بالعوض، فلحاظ تملك المنافع علّة غائية للضمان أي بذل العوض، فالمنفعة علّة غائية للبدل، ومتقدمة تصوّرا عليه ومتأخرة عنه في الخارج، كما هو شأن العلّة الغائية، فيصحّ أن يقال: تملك المنافع سبب للضمان، والضمان سبب لكون المنافع له، فالضمان متأخر عن لحاظ تملك المنفعة، كما أنّ وجود المنفعة خارجا متأخر عن الضمان.

فالمتحصل: أنّ الحديث ظاهر في الضمان المعاوضي الصحيح، ولا يشمل العقد الفاسد. كما أنّه لا يشمل الضمان الحاصل بالشرط أو التعبد من دون بذل عوض في مقابله، لكونه خلاف مقتضى الباء من السببية أو المقابلة. فلا يصحّ الاستدلال به على ضمان المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد، لما عرفت من ظهوره في الضمان المعاوضي الصحيح، أو إجماله (1).

وقد نوقش في كلام المحقق النائيني قدّس سرّه تارة بإنكار ظهور الخبر في المعنى الأخير وهو منشأ ضمان العين، والداعي إليه تملك المنافع لينحصر بباب البيع.

وجه الإنكار: أنّ الضمان بهذا المعنى لا ينطبق على جعل الثمن مقابل العين وبالعكس، ولا على القرار والعقد، فإنّها ليست ضمانا عرفا و لغة.

و اخرى: بأنّ جعل مبنى استظهار الجعليّ المعاوضيّ ظهور الباء في السببية أو المقابلة، ثم دعوى أن مقتضى السببية أن تكون من الطرفين، مع أنّها لا تقتضي ذلك بلا شبهة، عجيب.

وثالثة: بأنّ حمل السبب على العلّة الغائية خلاف ظاهر آخر.

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 133

ورابعة: بأنّ المقابلة من الطرفين لا محصّل لها.

والكلّ كما ترى، إذ في الأولى: أنّ الضمان المعاوضيّ وإن لم يكن ضمانا عرفا و لغة، إلا أنّ قرينة مورد النبويّ - وهو شراء العبد المعيب - توجب الحمل عليه، وإلا امتنع تطبيقه على المورد.

وفي الثانية: أنّ الاستظهار المزبور خارج عن طريقة أبناء المحاورّة بعد البناء على ظهور الباء في السببيّة والمقابلة.

وأما الاستعجاب من أن تكون قضية السببيّة من الطرفين، ففيه: أنّ المراد بالسبب في المعاملات هو الداعي إلى إنشاء المعاملة، و من المعلوم أنّه موجود في الطرفين، فإنّ الداعي للمشتري إلى شراء الكتاب مثلا - هو الانتفاع به، و الداعي للبائع إلى بيع الكتاب هو انتفاعه بالثمن.

و منه يظهر ما في المناقشة الثالثة من الإشكال، إذ لحاظ احتياج كلّ من المتعاقدين علة غائيّة لإنشاء المعاملة، بحيث لولاه لم يقدمها عليها. فحمل السبب على العلة الغائيّة ليس على خلاف الظاهر و ليس مخالفا لطريقتهم، فإنّ السببيّة مساوقة للعليّة.

وفي الرابعة: أنّ المقابلة من المتضائفات، فلا يتّصف شيء بالمقابلة إلا مع اتّصاف غيره بها، كالأبوة و البنوة و الاخوة وغيرها. فيتّصف كلّ من العوضين بالمقابلة. و كيف يمكن أن يكون الثمن مقابلا للمبيع و لا يكون المبيع مقابلا للثمن؟

فالمحصّل: أنّ الاستظهار المنسوب الى المحقّق النائيني - بقريّة الباء و كذا مورد الرواية من بيع العبد و الجارية المعيين - في محلّه. لكنّه متّجه في المتن الذي يشتمل على الموردين المزبورين. و أمّا المتن الخالي عنهما فإثبات ظهوره في الضمان المعاوضيّ الصحيح مشكل جدّا.

و على كلّ حال لا يصحّ الاستدلال بالنبويّ المذكور لنفي ضمان المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد بعد الغصّ عن ضعف سنده، إمّا لإجماله، و إمّا لظهوره في العقد المعاوضيّ الصحيح الذي هو أجنبي عن المقام.

و أمّا المنفعة الفاتئة [1] بغير استيفاء (1)

ب: ضمان المنفعة الفاتئة

(1) هذا شروع في المقام الثاني ممّا تعرّض له في الأمر الثالث المنعقد لبيان حكم منافع المقبوض بالبيع الفاسد، وقد تمّ الكلام في المقام الأوّل وهو ضمان المنافع المستوفاة خلافاً لابن حمزة منّا. والمراد بالمنفعة الفاتئة هي المقابلة للمستوفاة، سواء أكانت عينا- كنفس المبيع- كثمرة الشجرة المبيعة فاسداً، ولبن الشاة كذلك و صوفها، أم كانت حيثية متصرّمة الوجود قائمة بالعين، وهي المعبر عنها بالمنافع

[1] قد يقال: إنّ المنافع الفاتئة هي الحكمية. وأمّا المنافع العينية المتصلة كالسمن، والمنفصلة كالصوف واللبن ونحوهما فلا إشكال في ضمانها، لصدق المال عليها، وصدق الأخذ بمعنى الاستيلاء عليها، فيشملها الموصول في «ما أخذت» وعليه فمصّب الأقوال في المنافع غير المستوفاة هي الحكمية.

لكنّه ممنوع، لما سيأتي في المتن من استدلال المصنّف قدّس سرّه على عدم ضمان المنافع الفاتئة بإخبار الجارية المسروقة التي حكم الامام عليه السّلام فيها بضمان خصوص النماء المستوفي كاللبن والولد والخدمة، دون ما فات منها، حيث إن مقتضى المقابلة عدم ضمان اللبن لو لم ينتفع به، كما إذا استأجر مرضعة للولد ولم يرتضع منها، فذهب لبنها هدرا.

مضافاً إلى: التصريح بالأعمية في بعض الكلمات كقول العلامة قدّس سرّه: «ويضمنه و ما يتجدّد من منفعه، الأعيان أو غيرها، .. إلخ» (1).

وعليه فلم يتّضح وجه اختصاص المنفعة الفاتئة بالحكمية، مع عموم المدعى والدليل، فلاحظ.

(1) قواعد الأحكام، ص 81، السطر 27، (الطبعة الحجرية) ونحوه تصريح المحقق في منافع المغصوب، وإطلاقه في منافع المبيع فاسداً، فراجع شرائع الإسلام، ج 3، ص 244 و 245

ص: 251

فالمشهور فيها (1) أيضا (2) الضمان. وقد عرفت (3) عبارة السرائر المتقدمة.

الحكمية كسكنى الدار والأعمال المحترمة المملوكة كخدمة العبد.

وكيف كان فقد أفاد المصنّف قدّس سرّه أنّ الأقوال في حكم المنافع الفاتئة خمسة:

أولها: الضمان، وهو المشهور، بل المدعى عليه الإجماع.

ثانيها: العدم وهو الظاهر من فخر المحققين قدّس سرّه.

ثالثها: التفصيل بين علم البائع بالفساد وجهله به، بالضمان في الثاني وبالعدم في الأول.

رابعها: التوقّف في صورة علم البائع بالفساد، والضمان في صورة الجهل.

خامسها: التوقّف عن الحكم بالضمان، وبعده مطلقا سواء علم البائع بالبطلان أم لم يعلم.

واضطربت كلمات المصنّف في المسألة، فاختر القول الأول في بدء كلامه، واستدلّ له بوجهين، ثم ناقش فيهما، ثم رجّح القول الثاني لوجوه ثلاثة تقتضي عدم الضمان، ثم جعل التوقّف هو الإنصاف في المسألة، ثم رجّح في آخر كلامه القول الأول وهو الضمان مطلقا. وستأتي الوجوه بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(1) أي: في المنفعة الفاتئة، وهذا شروع في القول الأول في المسألة.

(2) يعني: كالمنافع المستوفاة التي تقدّم أنّ المشهور فيها هو الضمان.

(3) يعني: في أول بحث المقبوض بالبيع الفاسد، حيث قال: «وفي السرائر: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب» و غرض المصنّف من الإشارة إلى كلام ابن إدريس قدّس سرّه هو استفادة الإجماع المنقول على ضمان المنافع الفاتئة في المقبوض بالبيع الفاسد. وذلك لمساواته للمغصوب في ما عدا حرمة الإمساك، ولما كانت المنافع الفاتئة مضمونة في باب الغصب فهي كذلك في المقام.

وعلى هذا فالمدعى وإن كان شهرة القول بالضمان في المنفعة غير المستوفاة، إلا أنّ من يعتمد على الإجماع المنقول بخبر الواحد يلزمه الأخذ به، ولا سبيل له إلى القول بعدم الضمان أو التوقّف فيه.

ولعلّه (1) لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده،

(1) أي: ولعلّ الضمان، وهذا استدلال للقول المشهور، والمذكور منه في المتن وجهان:

الوجه الأول: قاعدة اليد، فإنّها كما تجري في الأعيان وتثبت ضمانها، كذلك تجري في المنافع، وذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المنافع أموال حقيقة، لما تقدّم في أول بحث البيع من جواز كون الثمن منفعة، مع أنّه تعتبر ماليّة العوضين، لوضوح كون البيع مبادلة مال بمال.

ثانيهما: أنّ المناط في ضمان العين - وهو قبضها والاستيلاء عليها - متحقق في المنافع أيضاً، حيث إنّها مقبوضة بقبض العين. والدليل على صدق «القبض» على المنفعة ما ذكروه في مسألتين:

الأولى: أنّ الإجارة هي «تمليك منفعة بعوض» فيجب على الموجر تسليم المنفعة إلى المستأجر وفاء بالعقد، ومن المعلوم أنّ قبضها يكون بقبض العين، فإذا أقبض الموجر داره للمستأجر فقد أقبضه سكنها. ولو لم تكن المنافع قابلة لوقوعها تحت اليد لم يكن مجرد تسلّم المستأجر للدار استيلاء على سكنها. مع أنّه لا ريب في دخول المنفعة في ضمان المستأجر، وثبوت الأجرة عليه بنفس تسلّطه على العين.

وهذا كاشف عن قابلية المنافع للقبض كالأعيان.

الثانية: أنّهم اعتبروا في بيع السّلم قبض الثمن في مجلس العقد، وجوّزوا وقوع المنافع المملوكة ثمناً - كسكنى الدار وخدمة العبد و الجارية - كما إذا باع طناً من الحنطة سلفاً وجعل المشتري خدمة الجارية سنة عوضاً عنه، فحكموا بصحته، وأنّ تسليم الجارية - لينتفع البائع بخدمتها - تسلّم للثمن حقيقة. وهذا كاشف عن قابلية المنافع للقبض والوقوع تحت اليد، ولو لا بالاستقلال بل بتبع الأعيان. ولو اختصّ القبض والاستيلاء بالأعيان الخارجيّة لزم بطلان عقد السّلم في الفرض المزبور، مع أنّ ظاهرهم صحته بلا ريب.



و لذا (1) يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر (2). و يتحقق (3) قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا، وكذا (4) الدار المجعول سكنها ثمنا.

مضافا (5) إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم، إذ كونه في يد غير مالكة

---

وبهذا يتجه الاستدلال بحديث «على اليد» على ضمان المنافع مطلقا سواء استوفيت أم فاتت. هذا تقريب الدليل الأول، وسيأتي تقريب الدليل الثاني وهو قاعدة الاحترام.

(1) يعني: ولأجل كون المنافع أموالا- في يد من بيده العين يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين. وغرضه قدس سره الاستشهاد بما ذكره الفقهاء في المسألتين المتقدمتين آنفا.

(2) هذا إشارة إلى المسألة الأولى، فإن المنفعة في باب الإجارة تكون كالبيع، فكما يكون المبيع في ضمان البائع قبل إقباضه للمشتري، فكذا المنفعة تكون في ضمان الموجر قبل تسليم العين إلى المستأجر. وأما بعد التسليم فتدخل في ضمانه، ولو تلفت ولم يستوفها فقد تلفت من ماله لا من مال الموجر. والغرض من هذا الفرع صدق قبض المنفعة بقبض العين.

(3) هذا إشارة إلى المسألة الثانية، وهي جعل المنفعة المملوكة ثمنا في بيع السلم، سواء أكانت سكنى دار أم كتابة عبد أم خدمة جارية، فيتحقق قبض الثمن فيها بقبض الجارية أو العبد أو الدار. ولو كانت «اليد» مختصة بالأعيان أشكال جواز وقوع هذه المنافع ثمنا في بيع السلم.

(4) معطوف على «الجارية» يعني: يتحقق قبض الثمن بقبض الدار المجعول سكنها ثمنا في السلم. والجامع بين منفعة الدار وخدمة الجارية هو كونهما حيثيتين قائمتين بالعين وهي الدار والجارية.

(5) هذا إشارة إلى الدليل الثاني على ضمان المنافع الفائتة في المقبوض بالبيع

مدّة طويلة (1) من غير اجرة مناف (2) للاحترام.

لكن يشكل الحكم (3)- بعد تسليم كون المنافع أموالاً

الفاسد، و هو قاعدة احترام مال المسلم. و تقريبها- بعد صدق المال على المنفعة- أنّ احترام المسلم و شرفه يقتضيان حرمة التصرف في ماله بدون إذنه، و حرمة حبسه عن مالكه مدّة طويلة من غير اجرة في قبال منافعه، سواء استوفى ذلك الغير منفعته أم لا. و عليه فاحترام ماله يقتضي ضمان بدل ما تلف منه أو فات بيد الغير، فلا احترام لماله بدون الضمان.

(1) الظاهر أنّه لا خصوصيّة لطول المدّة، إذ المناط في الضمان فوت المنفعة التي يبذل بإزائها المال، و لعلّ ذكرها من جهة التريّد في صدق «فوت المال» على فوات المنفعة في مدّة قصيرة، كإشغال دار الغير ساعة أو أقلّ.

(2) خبر قوله: «كونه».

(3) يعني: يشكل الضمان الذي ذهب إليه المشهور. و غرض المصنّف المناقشة في الدليلين المتقدمين. و حاصل الاشكال على الأوّل أمران:

أحدهما: أنّ الموصول في «ما أخذت» هو المال، و لم يحرز صدق «المال» على المنافع حتى تندرج في الضمان اليديّ. فيحتمل اختصاصه بالأعيان المتموّلّة، و يكفي في شبهة شمول المال للمنافع كلام ابن الأثير المنقول في اللسان: «المال في الأصل ما يملك من الذهب و الفضة، ثم أطلق على كلّ ما يقتني و يملك من الأعيان، و أكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنّها كانت أكثر أموالهم» (1) لظهور قوله: «من الأعيان» في عدم ماليّة المنافع و الحقوق.

و عليه فالمنافع خارجة عن حديث «على اليد» موضوعاً، و لا بدّ من التماس دليل آخر على ضمانها.

ثانيهما: أنّ مجرد صدق «المال» على المنفعة لا يكفي في الضمان ما لم تندرج تحت

(1) لسان العرب، ج 11، ص 636

عموم قاعدة «على اليد» والمفروض عدم اندارجها تحته، لأنّ صلة الموصول في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «ما أخذت» لا تشمل المنافع، لظهوره في كون المأخوذ باليد قابلاً - بنفسه - للردّ والأداء، ولا يكون ذلك إلاّ عينا، فإنّها تؤخذ وتردّ. بخلاف المنفعة، لكونها حيثية قائمة بالعين، وليست بنفسها قابلة للأخذ والردّ، هذا.

فإن قلت: قد تقدّم في مسألتي الإجارة وبيع السّلم تحقق قبض المنفعة بقبض العين، ومعه لا وجه لمنع شمول الصلة - وهي «أخذت» - للمنفعة، ودعوى اختصاصها بالأعيان. فإمّا أن يقال: بصدق الأخذ على المنفعة بتبع وضع اليد على العين، ومقتضاه دلالة الحديث على ضمان المنافع حتى الفاتئة منها. وإمّا أن يقال: بأنّ ما يقبل الأخذ والقبض هو خصوص العين، ومقتضاه الإشكال في المسألتين المتقدّمتين، لأنّ الكلّ من باب واحد، هذا.

قلت: إنّ المنفعة تحصل في اليد وتقبض بقبض العين، ولذا يصحّ وقوعها ثمنا في بيع السّلم، ويتحقّق قبضها بتسليم العين ذات المنفعة، ولكن لا يصدق «أخذ المنفعة» عند وضع اليد على العين، فالأخذ أضيق مفهوما من القبض، لأعمّيته، لصدقه على كلّ من المقبوض استقلاّ، والمقبوض تبعا. بخلاف الأخذ الظاهر في المأخوذ بالأصالة.

وبهذا ظهر الفرق بين المسألتين وبين المنافع الفاتئة، لعدم صدق «الأخذ» عليها حتى تندرج في حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

فإن قيل: لا وجه لاختصاص صلة الموصول - وهي: أخذت - بالأعيان التي تتناولها الجارحة الخاصّة، وإلاّ يلزم عدم شمول الحديث لوضع اليد على الأموال غير المنقولة كالسّاتين والدور والدكاكين، مع أنّه لا ريب في تحقق وضع اليد بمجرد الاستيلاء عليها. وهذا يكشف عن عدم إرادة معنى «الأخذ» حقيقة، وإنّما هو كناية عن مطلق الاستيلاء. وبناء على هذا المعنى الكنائي نقول بصدق الاستيلاء على كلّ من العين والمنفعة، ويتعيّن حينئذ الحكم بضمان المنافع الفاتئة كالمستوفاة، هذا.

حقيقة (1) - بأن (2) مجرد ذلك (3) لا يكفي في تحقق الضمان، إلا (4) أن يندرج في عموم

قلنا: لا ريب في صدق «الأخذ» على الاستيلاء على الأعيان غير المنقولة كالدار والبستان، لكنّه لا يوجب شموله للمنفعة أيضا، وذلك فإنّ الأخذ وإن كان كناية عن الاستيلاء، إلا أنّ الاستيلاء الحقيقيّ على شيء يقتضي أن يكون المستولي عليه موجودا حقيقيا قارا، سواء أكان الاستيلاء عليه باليد كالمفتاح والكتاب ونحوهما ممّا يتناول بالجارحة الخاصة، أم بالتصرّف فيه بالجلوس والمشي وسائر أنحاء التقلّب.

وأما المنفعة التي لا وجود لها بالفعل حين الاستيلاء على العين - بل إمّا توجد تدريجا على تقدير الاستيفاء، وإمّا لا توجد أصلا على تقدير الفوات - فلا وجه للتكلّف في صدق «الاستيلاء» عليها بمجرد الاستيلاء على العين، لما عرفت من أنّها معدومة فعلا، فكيف يستولي عليها؟.

والحاصل: أنّ حديث «على اليد» لا يشمل المنافع الفاتئة، لمنع صدق الموصول عليها، فالاستدلال به على ضمانها مشكل. وستأتي المناقشة في الاستدلال بقاعدة الاحترام.

(1) هذا إشارة إلى أول الإشكاليين على الاستدلال بقاعدة اليد. ومقصوده بقوله: «حقيقة» أنّ المناط في شمول القاعدة للمنافع هو صدق «المال» بمعناه الحقيقيّ عليها، وإلا فلا عبرة بعدها من الأموال بالمسامحة والعناية كما هو واضح.

(2) هذا هو الإشكال الثاني على الاستدلال بقاعدة اليد، وقد عرفته آنفا.

(3) أي: مجرد كون المنافع أموالا حقيقة لا يكفي في ضمان المنافع الفاتئة.

(4) متعلّق بقوله: «لا يكفي» وهذا تمهيد لبيان عدم شمول الصلّة للمنافع، لعدم قابليتها للأخذ.

«على اليد ما أخذت». و لا إشكال (1) في عدم شمول صلة الموصول للمنافع.

و حصولها (2) في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ [1].

---

(1) يعني: و الحال أنه لا إشكال في عدم شمول «أخذت» للمنافع، لما عرفت آنفا.

(2) مبتدأ خبره «لا يوجب» و غرض المصنّف من هذا بيان الفارق بين المنافع الفاتئة و بين مسألتي الإجارة و ثمن بيع السّلم، بصدق قبض المنفعة فيهما بقبض العين، دون المقام، حيث إنّ دليل الضمان هو حديث اليد المشتمل على مادّة «الأخذ» و هي غير صادقة على المنفعة. و قد تقدم توضيح المطلب بقولنا: «فان قلت .. قلت» فلاحظ.

---

[1] لم يظهر الفرق بين قبض المنافع في الإجارة و أخذها هنا، لأنّ الأخذ و الحصول في اليد المعبرّ عنه بالقبض متقاربان، بل هما بمعنى، ففي اللسان: «أخذت الشيء أخذته أخذًا: تناولته» (1) و قال في القبض: «قبضت الشيء قبضًا: أخذته ..

و القبض: تناول للشيء بيدك ملامسة» (2).

و عليه فلم يتّضح الفرق بين القبض و الأخذ حتى يصدق الأول على المنفعة و لو بتبع الاستيلاء على العين، دون الثاني.

و توجيه المطلب بما في حاشية سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه من «أنّ الأخذ إذا أخذ موضوعًا لحكم شرعي لا يكفي في تحقّقه القبض بالتبع تشبّهًا بإطلاق: ما أخذت» (3) لا يخلو عن غموض أيضًا إذا لو كان القبض التبعية مسامحيًا أشكل صدق القبض في بابي الإجارة و السّلم أيضًا، لعدم العبرة بالمسامحات العرفية في مقام التطبيق. و لو كان القبض التبعية حقيقيًا لزم صدقه على المنفعة في المقام، بعد ترادف الأخذ و القبض لغة، فالفرق بينهما غير متّضح، هذا.

---

(1) لسان العرب، ج 3، ص 472

(2) لسان العرب، ج 7، ص 214

(3) نهج الفقاهة، ص 136

و دعوى (1) «أنه كناية عن مطلق (2) الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان» مشكلة.

وأما احترام مال المسلم فإنما (3) يقتضي عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقّق ذلك (4) في الاستيلاء.

(1) غرض المدّعي إثبات شمول الحديث للمنفعة مع الغصّ عن صدق قبضها بقبض العين، بل لأنّ «الأخذ» هنا بمعنى الاستيلاء كناية، و من المعلوم صدق الاستيلاء عرفاً على كلّ من العين و المنفعة.

وقد منع المصنّف قدّس سرّه هذه الدعوى بقوله: «مشكلة» و تقدم توضيحهما بقولنا:

«فان قيل .. قلنا».

(2) هذه الكلمة قرينة على أنّ «الأخذ» وإن كان بمعنى الاستيلاء في الجملة حتى يتحقّق ذلك بالنسبة إلى ما لا ينقل من الأموال، إلاّ أنّه لا- موجب للتوسعة في معناه بجعل الأخذ كناية عن مطلق الاستيلاء كي تندرج المنافع في الحديث، لكون هذا المفهوم العامّ خلاف الظاهر، فلا يصار إليه بلا قرينة.

(3) هذا إشكال المصنّف على الاستدلال بقاعدة الاحترام لضمان المنافع الفائتة، و حاصل الاشكال: أنّ ظاهر القاعدة ضمان المنافع المستوفاة، لأنّ الإتلاف عبارة عن إعدام الموجود، و هو لا يتحقّق إلّا في استيلاء المنافع وإتلاف الأعيان، فيقال: إنّ حرمة مال المسلم تقتضي ضمان من أتلّفه لئلاّ يذهب هدرا، كما أنّ دمه لا يذهب هدرا، و من المعلوم أجنبيّة هذا المعنى عن ضمان المنافع الفائتة، فإنّها تالفة لا متلفة حتى يلزم تداركها ببدلها.

وقد تحصّل: أنّه لا مقتضى للقول المشهور من ضمان المنفعة الفائتة في المبيع بالبائع الفاسد، لما عرفت من الخدشة في الدليلين، و هما قاعدتا اليد و الاحترام.

(4) أي: إنّما يتحقّق التصرف فيه وإتلافه فيما إذا استوفى المنفعة، و هذا خارج عن محلّ البحث و هو المنفعة الفائتة.

فالحكم (1) بعدم الضمان مطلقا (2) كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد، كما عن بعض آخر (3) موافق (4) للأصل (5) السليم.

مضافا إلى: أنه قد يدعى (6) شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

(1) غرضه قدس سره- بعد إبطال المقتضي للضمان- إبداء المقتضي لعدم الضمان وفاقا لفخر المحققين، وهذا المقتضي لنفي الضمان أمور ثلاثة:

أولها: الأصل السليم عن الحاكم والمعارض.

و ثانيها: قاعدة «ما لا يضمن».

و ثالثها: أخبار بيع الجارية المسروقة التي ضمنت المشتري خصوص المنافع المستوفاة، و سيأتي بيانها.

(2) أي: مع علم البائع بالفساد و جهله به، فالإطلاق في قبال تفصيل بعض بين صورتَي العلم و الجهل.

(3) لعل مراده من البعض هو العلامة في القواعد، حيث استشكل في ضمان المنافع الفاتئة. فقال: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، و يضمه و ما يتجدد من منفعه، الأعيان أو غيرها، مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال» (1) بناء على ما فهمه المحقق الكركي من العبارة من جعل مورد الاشكال علم البائع بالفساد و عدم استيفاء المشتري للمنفعة، فراجع.

(4) خبر قوله: «فالحكم».

(5) و هو أصالة البراءة عن الضمان عند فوت المنفعة بيد المشتري، و لا معارض لهذا الأصل من دليل اجتهادي أو أصل عملي.

(6) هذا وجه آخر استدل به بعضهم على عدم ضمان المنفعة الفاتئة في المقبوض بالبيع الفاسد، و هو مبني على اختصاص قاعدة «ما يضمن و ما لا يضمن» بمصّب العقد و مورده، على ما سبق من المصنّف قدس سره التنبيه عليه، و فرّع عليه عدم ضمان العين

(1) قواعد الأحكام، ص 81، السطر 27 (الطبعة الحجرية).

ص: 260

بفاسده» و من المعلوم (1) أنّ صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنّها (2) له مجاناً. ولا يتقسّط (3) الثمن عليها. و ضمانها (4) مع الاستيفاء لأجل الإلتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة، لأنّها (5) بالنسبة إلى التلف لا الإلتلاف.

المستأجرة بالإجارة الفاسدة، بدعوى: أنّ متعلّق المعاوضة فيها هو المنفعة، فتدرج العين في قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

وكذا يقال في المقام: بأنّ صحيح البيع لا يوجب ضمان المشتري للمنفعة، حيث إنّ الضمان المعاوضي يقع بين المبيع و الثمن، و منافع المبيع ليست طرفاً للمعاوضة و لا تقابل بشيء من الثمن، فلا تضمن لو تلفت و فادت. كما أنّ العين المستأجرة لا تضمن لو تلفت بيد المستأجر.

نعم إلتلاف العين و استيفاء المنفعة يوجب الضمان، لقاعدة الإلتلاف، و هذا لا ينافي قاعدة «ما لا يضمن» المختصة بمورد التلف، لا الإلتلاف كما لا يخفى.

(1) هذا تقريب شمول قاعدة «ما لا يضمن» للمنفعة الفاتنة، و قد عرفته آنفاً.

(2) يعني: لأنّ المنفعة تكون للمشتري مجاناً، لكون تمام الثمن بإزاء نفس العين.

(3) بأن يكون مقدار من الثمن بإزاء العين، و مقداره بإزاء المنفعة حتى تدرج المنافع - كنفس العين - في قاعدة «ما يضمن» ليكون نتيجة تقسيط الثمن ضمان منافع المبيع بالبيع الفاسد سواء استوفيت أم فادت.

(4) مبتدأ خبره «لأجل» و غرضه دفع توهم المنافاة بين نفي الضمان للمنافع بقاعدة «ما لا يضمن» و بين الإلتزام بالضمان في استيفائها، و قد عرفت تقريبه بقولنا:

«نعم إلتلاف العين ..».

(5) يعني: لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» نافية للضمان في مورد التلف، و لا تتعرّض لحال الإلتلاف أصلاً حتى يتحقق التنافي بينها و بين ما يوجب الضمان كالإلتلاف و الاستيفاء.



(1) هذا ثالث الوجوه المستدل بها على عدم ضمان المنافع الفائتة، ومحصله:

استفادة عدم الضمان من السكوت في مقام بيان مورد الضمان في الجارية المسروقة، ثم إثباته في المقبوض بالبيع الفاسد بالأولوية القطعية، فهنا أمران ينبغي توضيحهما.

الأول: أصل دلالة الأخبار على عدم ضمان المنفعة الفائتة في مورد بيع الجارية المسروقة.

الثاني: أولوية المقام بعدم الضمان.

أمّا الأول فبيانه: أنه قد ورد في جملة من الأخبار سؤال الراوي عن حكم جارية مسروقة بيعت، فاستولدها المشتري وانتفع بلبنها وخدمتها، فحكم عليه السلام بضمنان قيمة الولد واللبن واجرة مثل خدمتها من طبخ وكس وطحن ونحوها من المنافع التي استوفاها المشتري في المدّة التي مكثت عنده، كقوله عليه السلام- كما في خبر زرارة-: «ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها» (1) و سكت عليه السلام عن ضمان منافعها الفائتة، مع كون السائل بصدد استعلام وظيفته الفعلية وما تشغل عهده به، و من المعلوم أنّ السكوت في مقام البيان بيان العدم.

فإن قلت: إنّ كون هذه الأخبار ناظرة إلى المنفعة الفائتة حتى يستفاد عدم ضمانها من السكوت محلّ تأمل، لأنّه عليه السلام اقتصر على بيان ضمان قيمة الولد و المنافع المستوفاة، ولم يفرض فوت بعض منافع الجارية حتى يتحقق موضوع للكبرى المقررة، وهي: أنّ السكوت في مقام البيان بيان العدم.

قلت: ليس كذلك، لأنّ مورد السؤال منزل على المتعارف، ولا ريب في أنّ للجارية منافع يستوفى بعضها ويفوت بعضها الآخر، وليست تستخدم بمثابة لا يفوت شيء من منافعها. ولو شكّ كفى استفادة الإطلاق من ترك الاستفصال،

(1) وسائل الشريعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث 4، وقد تقدم في ص 49 و 50 نقل بعض هذه الأخبار، فراجع.

إذ لم يسأل عليه السّلام عن أنّ المشتري هل استخدمها في تمام منافعها أم في مقدار منها؟

وعليه ففوت المنفعة مفروض في الرواية، ويتّجه الاستدلال بسكوته عليه السّلام عن ضمان المنافع الفائتة، واقتصاره على ضمان المستوفاة.

وأما الأمر الثاني - وهو الأولوية - فتقريبه: أنّ الأخبار الواردة في بيع الجارية المسروقة لم تضمّن المشتري عوض المنفعة الفائتة، مع كون موردها شراءها من الغاصب الأجنبيّ عن المالك، وكون مقتضى أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال هو ضمان المشتري للمنفعة الفائتة أيضا ليرجع على الغاصب من جهة غروره. فإذا كان البائع مالكا للجارية كان عدم ضمان المشتري أولى قطعا، لأنّ المالك أقدم على البيع و تسليمها إلى المشتري.

هذا تمام الكلام في تقريب دلالة هذه الطائفة على انتفاء الضمان في المنفعة الفائتة. وكذا الكلام في رواية أخرى وهي صحيحة محمّد بن قيس الآتية.

(1) صفة ل «الأخبار» وهذا إشارة إلى الكبرى المقرّرة في الأصول من: أنّ السكوت في جواب السؤال عن الوظيفة الفعلية دليل على عدم الحكم، ففي المقام لو كان المشتري ضامنا لبيّنه الإمام عليه السّلام، لئلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، مع عدم حكمة ظاهرة في تأخيره.

(2) أي: غير المنافع المستوفاة، وهذا الغير هو المنافع الفائتة.

[1] قد يقال: إنّ تلك الأخبار ليست في مقام بيان حكم المنافع من حيث الضمان وعدمه، والتعرّض لدفع قيمة الولد إلى مالك الجارية إنّما هو لدفع توهم رقيّة الولد وكونه ملكا لمالك الجارية، لأنّه نماء ملكه. ولو كانت في مقام بيان حكم المنافع فلا بدّ من بيان ضمان المنافع المستوفاة التي هي مضمونة على مستوفيها قطعا، ومن المعلوم عدم التعرّض لها مع استيفائها عادة، كخدمة الجارية في المدّة التي كانت عند المشتري.

و كذا (1) صحيحة محمد بن قيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه،

---

(1) معطوف على «الأخبار» و مقصوده أنّ الأمرين المتقدمين في تلك الأخبار- من السكوت و الأولوية- جاريان في صحيحة محمد بن قيس أيضا، فالتقريب مشترك بينهما.

أمّا الصحيحة فقد رواها شيخ الطائفة بإسناده عن علي بن الحسن بن فضال، عن سندی بن محمد و عبد الرحمن بن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل، فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول، فخاصم سيدها الأخير، فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال: خذ وليدتك و ابنها. فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه- يعني الذي باع الوليدة- حتى ينفذ لك ما باعك. فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني. فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى سيده الوليدة الأول أجاز بيع ابنه» (1).

و سيأتي الكلام في مفاد الصحيحة في بيع الفضول إن شاء الله تعالى. إلا أنّ

---

لكن فيه: أنّ أخبار الباب متعدّدة، و قد صرّح في بعضها بضمان خدمتها. كما أدرجناه في التوضيح، و معه لا مجال لدعوى اختصاص القيمة بالولد لأجل دفع توهم رقية الولد و كونه ملكا لسيده الجارية، فلاحظ.

و لم يظهر من المتن اعتماد المصنّف قدس سرّه على خصوص الرواية المتضمّنة لقيمة الولد حتى يتّجه ما ذكر، بل مقصوده الاستدلال بمجموعها، و قد عرفت اشتغال بعضها على ضمان ما أصاب من خدمتها، و هو المنفعة المستوفاة، فيبقى مجال استفادة عدم ضمان المنفعة الفائتة من السكوت.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1، و رواه ثقة الإسلام بسنده، و فيه «قضى أمير المؤمنين عليه السلام».

فقال عليه السّلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» و سكت عن المنافع الفاتئة. فإنّ (1) عدم الضمان في هذه الموارد (2)- مع كون العين لغير البائع (3)- يوجب عدم الضمان هنا (4) بطريق أولى.

و الانصاف أنّ للتوقّف في المسألة- كما في المسالك تبعا للدروس و التنقيح (5)- مجالا.

---

المقصود من نقلها فعلا دلالتها على عدم ضمان ما فات من الجارية المبيعة بغير إذن مالكيها. فإنّه عليه السّلام قضى أولا للمالك بأخذ الجارية من المشتري، وكذا ولدها الذي هو منفعتها، ولم يضمّن المشتري ما فات من منفعتها في المدّة التي كانت عنده. و حيث إنّ الصحيحة في مقام بيان الوظيفة الفعلية كان اقتصاره على ضمان قيمة الولد دليلا على عدم استقرار عوض المنفعة الفاتئة على عهدة المشتري. هذا تقريب أصل الدلالة.

و أمّا أولوية المقام- و هو البيع الفاسد مع إقدام المالك على البيع- فقد تقدّمت آنفا.

(1) هذا تقريب الأولوية، و أمّا الدلالة على عدم ضمان المنفعة الفاتئة فمنشؤها السكوت.

(2) يعني: مورد الصحيحة و موارد بيع الجارية المسروقة، لظهورها في تعدّد الواقعة، لأنّ المسؤول في بعض الأخبار أبو جعفر عليه السّلام، و في بعضها أبو عبد الله عليه السّلام.

(3) يعني: ليس المبيع ملكا للبائع، إذ البائع فضول، إمّا غاصب كما في الجارية المسروقة، و إمّا غير غاصب كما في صحيحة محمد بن قيس.

(4) أي: في المقبوض بالبيع الفاسد، إذ قد ينشأ الفساد من اختلال بعض شروط الصيغة خاصّة، مع اجتماع شروط العوضين و المتعاقدين، بأن يكونا مالكيين أو مآذونين في التصرف. هذا تمام الكلام في وجه عدم الضمان و سيأتي التوقّف في المسألة.

(5) قال الفاضل المقداد قدس سرّه: «و أمّا مع الفوات فوجهان، من أصالة البراءة، و من أنّها منافع عين مضمونة فتضمن» (1).

---

(1) التنقيح الرائع، ج 2، ص 32

ص: 265

وربما (1) يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال و التوقف بصورة علم البائع، على ما استظهره السيد العميد و المحقق الثاني من عبارة الكتاب (2)،

---

وقال الشهيد قدس سره في حكم البيع الفاسد: «و يرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاة، فلو فاتت بغير استيفاء فوجهان» (1).

وقال الشهيد الثاني قدس سره: «و لو فاتت بغير استيفاء فوجهان» (2).

ولكنه في موضع آخر من البيع رجح الضمان فقال: «و كما تضمن العين تضمن منافعها؛ سواء استوفاه أم لا، على الأقوى» (3).

و كيف كان فقد جعل المصنّف قدس سره هنا- وفي عبارته الآتية قريبا- التوقف مقتضى الإنصاف في المسألة، ولعله لأجل تمنع وجهي الضمان وعدمه لو تمّ المقتضي في كلّ منهما، بعد عدم ترجيح أحدهما على الآخر. لكنه قدس سره عدل عن هذا الإنصاف إلى القول المشهور وهو الضمان اعتمادا على الإجماع المصرّح به في التذكرة، وسيأتي.

(1) غرضه قدس سره من هذه العبارة- إلى عدّ الأقوال في المسألة- هو: أنّ الأقوال في ضمان المنافع الفاتئة أربعة، إلا أنّ اختلاف شرّاح القواعد في الاستظهار من العبارة جعلها خمسة، ففخر المحققين قدس سره جعل مصبّ إشكال العلامة في ضمانها أعمّ من علم البائع بالفساد و جهله به، ولكنّ المحقق الثاني و السيد العميد استظهرا من عبارة القواعد اختصاص التوقف في ضمان المنافع الفاتئة بما إذا علم البائع بالفساد، فلو كان جاهلا به كان ضامنا لها.

(2) يعني: عبارة كتاب القواعد، و هي قول العلامة المتقدم في (ص 260) وفيه:

«و بدونه إشكال» فإن كان مرجع ضمير «بدونه» الاستيفاء، اتجه ما استظهره

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 194

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

(3) المصدر، ص 174

و عن الفخر (1) حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء.

فيتحصّل (2) من ذلك كلّ أنّ الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة.

---

فخر المحقّقين من التوقّف في ضمان المنافع الفاتئة مطلقا سواء علم البائع بالبطلان أم جهل به.

وإن كان مرجع الضمير الاستيفاء مع قيد «علمه» أتجه ما استظهره المحقّق الثاني، إذ المعنى حينئذ: «أنّه مع علم البائع بالفساد إذا فاتت المنفعة ففي الضمان إشكال و توقّف» فيتألّف موضوع توقّف العلامة من أمرين: أحدهما علم البائع بالبطلان، و الآخر عدم استيفاء المشتري للمنفعة.

قال المحقّق الثاني في ضمان المنافع: «فلا تفاوت في كون المتجدّد في البيع عينا كالولد أو منفعة كسكنى الدار، و لا في كون البائع عالما بالفساد و جاهلا، و لا بين أن يستوفي المشتري فاسد المنفعة و عدمه، على إشكال في بعض الصور، و هو ما إذا علم البائع بفساد البيع و لم يستوف المشتري المنفعة» (1).

(1) الحاكي لكلام فخر المحقّقين هو السيّد الفقيه العاملي قدّس سرّهما، قال في الإيضاح- في شرح عبارة القواعد المتقدمة: «و بدونه إشكال»- ما لفظه: «ينشأ من تبعيّة الأصل، و لأنّ الأصل في قبض مال الغير الضمان إلّا بسبب عدمه، و لم يثبت. و من أنّها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب. و الحقّ الثاني، لأنّ مال الغير يجدّد في يده بغير فعلهما، فكان كالثوب تطيره الريح» (2).

و ما ذكره قدّس سرّ من وجه عدم الضمان بقوله: «و من أنّها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب» جار في صورتى علم البائع بالفساد و جهله به، و مقتضاه أنّه فهم من عبارة والده توقّفه في ضمان المنافع الفاتئة مطلقا بلا فرق بين العلم و الجهل.

(2) يعني: بعد أن اختلف شرح القواعد في مراد العلامة قدّس سرّ من قوله: «و بدونه إشكال» فقد تحصّل أقوال خمسة في حكم المنافع الفاتئة.

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 324

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 305؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 194

الأول: الضمان، وكأنه للأكثر (1).

الثاني: عدم الضمان، كما عن الإيضاح (2).

الثالث: الضمان، إلا مع علم البائع (3)، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقف (4) في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد «1» من عبارة القواعد.

---

إلا أن يقال: بأن الأقوال ثلاثة، والتوقف ليس قولاً، بل هو تردد في الحكم، فتأمل.

(1) تقدم الاستدلال له بقاعدتي اليد والاحترام، وناقش فيهما المصنف، وبقي وجه آخر وهو الإجماع المنقول، فلا منافاة بين إنكار الضمان، للخذشة في القاعدتين، وبين إثباته للإجماع.

(2) واستدل عليه في عبارته المتقدمة بقوله: «لأن مال الغير يجدد في يده بغير فعلهما..» ويمكن المناقشة فيه بأن المشتري قبض المبيع باختياره، ويكفي في قبض المنافع قبض العين، فقياس المقام بإطارة الريح في غير محله.

(3) لعل وجهه - كما عن بعض - أن البائع مع علمه بفساد البيع هو المقدم على تسليط المشتري على المنافع مجاناً، فلا وجه حينئذ لضمان المشتري للمنافع.

لكن فيه أولاً: أن قضية هذا الوجه عدم ضمان المنافع مطلقاً حتى المستوفاة منها، وهو كما ترى.

و ثانياً: أن مجرد التسليط ليس رافعاً للضمان، لا مكان بناء البائع تشريعاً على صحة المعاملة، وكون التسليم إلى المشتري بعنوان الوفاء بالمعاملة، فالتسليط معاوضي، والرافع للضمان هو التسليط المجاني وبلا عوض.

(4) وسيأتي إن شاء الله تعالى، في التعليقة وجهه وضعفه.

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 324؛ كنز الفوائد، ج 1، ص 676

ص: 268

الخامس: التوقّف مطلقاً (1) كما عن الدروس و التتقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

وقد عرفت (2) أنّ التوقّف أقرب إلى الانصاف.

إلا (3) أنّ المحكّي عن التذكرة: «أنّ منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غضب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده، بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها، عند (4) علمائنا أجمع (5)».

---

(1) يعني: مع علم البائع بالفساد و جهله به.

(2) حيث قال قبل أسطر: «و الانصاف أنّ للتوقّف في المسألة كما في المسالك .. إلخ».

(3) يعني: أنّ المانع عن التوقّف هو الإجماع الذي ادّعاه في التذكرة على ضمان الغاصب للمنافع مطلقاً- من المستوفاة و غيرها- بعد البناء على كون يد المشتري فيما نحن فيه من اليد العادية خصوصاً مع علمه بفساد العقد.

و كذا يظهر الإجماع من عبارة السرائر من قوله: «المنافع تضمن عندنا بالغضب» «1».

و تقدّم منه أيضاً: «أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصلين منزلة المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمساكه».

(4) هذا متعلّق بقوله: «مضمونة بالتفويت و الفوات» يعني: أنّ ضمان مطلق المنافع اتّفاقيّ.

(5) ثم قال العلامة قدّس سرّه: «و به قال الشافعيّ و أحمد بن حنبل، لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، فتضمن بالغضب كالأعيان .. إلخ» «2».

---

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 479

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

ص: 269



و لا يبعد (1) أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل (2) يد المشتري فيما نحن فيه، خصوصا (3) مع علمه،

(1) غرضه قدس سره من هذا الاستظهار: أن عبارة التذكرة تحتل وجهين:

أحدهما: اختصاص معقد الإجماع بباب الغصب، لأنّ المتيقن من قوله: «تحت اليد العادية» هو الغصب الذي يكون استيلاء الغاصب اعتداء على مال الغير. وبناء على هذا الاحتمال يمتنع الاستدلال بإجماع التذكرة على ضمان المنفعة الفائتة في المبيع بالبيع الفاسد، و ذلك لتعدد الموضوع، إذ ليست يد المشتري عادية حتى تندرج في موضوع حكمهم بالضمان في منافع المغصوب.

ثانيهما: شمول «اليد العادية المضمّنة» للمقام، لوضوح أنّ اليد على مال الغير إمّا حقة، لاستنادها إلى إذن مالكي أو شرعي، وإمّا عادية، و لا ثالث لهذين القسمين.

و لا ريب في أنّ يد المشتري- على المبيع بالبيع الفاسد- ليست حقة واقعا، لفرض فساد السبب المملّك. نعم قد يزعم استحقاؤه للتصرف فيه في صورة الجهل بالفساد، لكن لا عبرة بهذا الاعتقاد، لأنّ المناط في جواز التصرف تملكه للمبيع واقعا. و حيث لم يدخل في ملكه كانت يده عادية وإن لم يعلم به المشتري.

و على هذا الاحتمال لا يختصّ الاعتداء على مال الغير بباب الغصب، بل تندرج منافع المبيع بالبيع الفاسد فيه، فتتجه دعوى الإجماع على ضمان المنفعة الفائتة.

و استظهر المصنّف قدس سره هذا الاحتمال الثاني، لما ذكرناه آنفا من صدق «اليد العادية» على كلا المقامين، و لا قرينة على الاختصاص بباب الغصب. بل في ما نقلناه من التذكرة قرينة على أنّ ضمان منافع المبيع فاسدا أوضح وجهها من باب الغصب، فلاحظ قوله: «لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، فتضمن بالغصب».

(2) لعدم كون يد المشتري حقة بعد فساد العقد واقعا.

(3) وجه الخصوصية: أنه لو نوقش في صدق «اليد العادية» على يد المشتري الجاهل بفساد العقد- بأنه يزعم استحقاق التصرف في المبيع- فلا ريب في صدقها

سيّما (1) مع جهل البائع به.

وأظهر منه (2) ما في السرائر في آخر باب الإجارة من «الاتّفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة» (1) مع قوله في باب البيع: «إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه» (2) انتهى.

وعلى هذا (3) فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة، وإن كان المتراءى من ظاهر

---

على يده عند علمه بالفساد، لاعتقاده حينئذ بأنّ استيلاءه على المبيع اعتداء على البائع.

(1) وجه الخصوصية: أنّ البائع العالم بفساد البيع ربما يرضى بتسلّط المشتري على المبيع، فيشكل صدق «اليد العادية» على يد المشتري. وأمّا مع جهل البائع بالفساد وعلم المشتري به فلا ريب في صدق الاعتداء كما تقدّم آنفا.

(2) يعني: وأظهر من كلام التذكرة- في دعوى الإجماع على ضمان المنافع مطلقا استوفيت أم فاتت- كلام ابن إدريس قدّس سرّه بعد ضمّ كلامه في باب البيع الفاسد إلى ما أفاده في الغصب من تصريحه بضمان المنفعة الفائتة. فيتحصّل منه الإجماع على ضمانها في البيع كالغصب.

وجه أظهرية عبارة السرائر في الإجماع على ضمان المنافع الفائتة هو أنّ تعبير العلامة باليد العادية يحتمل وجهين كما ذكرناه، لكن تعبير ابن إدريس بضمان منافع المغصوب وكون البيع الفاسد بمنزلة المغصوب لا يقبل الحمل على معنى آخر.

(3) أي: وبناء على الإجماع الذي حكاه ابن إدريس والعلامة فالقول بالضمان قويّ.

---

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 479

(2) المصدر، ص 326

صحيحة أبي ولاد «1» اختصاص الضمان (1) في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة.

(1) غرضه قدس سرّه دفع توهم يورد به على الحكم بضمّان المنافع الفائتة في البيع الفاسد. و محصل التوهم: أنّ صحيحة أبي ولاد الواردة في البغل المغصوب خصّت الضمان بالمنافع المستوفاة، فحكم الإمام أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام على أبي ولاد بضمّان اجرة مثل كراء البغل بالنسبة إلى خصوص المنفعة المستوفاة، لقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه إياه» و سكت عليه السلام عن ضمان ما فات من منفعة البغل في المدّة، فإنّ قطع هذه المسافة يتحقق بأقلّ من خمسة عشر يوما، فيتراءى من ذلك أنّ ذمّته لم تشتغل إلّا بأجرة المنافع التي استوفاه من البغل، دون ما لم يستوفها من المنافع، فإنّ طيّ المسافة المزبورة إذا تحقّق في مدّة عشرة أيام كانت منافع البغل الفائتة في مدّة الخمسة غير مضمونة على مستأجر البغل.

و الحاصل: أنّ المنافع التي فاتت في مدّة الخمسة التي لم يستعمل البغلة فيها غير مضمونة، فالصحيحة تدلّ على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

و محصل دفع التوهم هو: أنّ ضمان المنفعة الفائتة من المغصوب من مسلمات الفقه، فلو فرض ظهور سكوت الامام عليه السلام في عدم ضمانها قلنا بأنّ هذا الظهور معرض عنه، و من المعلوم أنّ إعراض جميع الأصحاب عنه يوهن أصالة الجدلّ فيها، فلا يمكن التمسك به لإثبات عدم الضمان في باب الغصب، فكيف يعارض به الإجماع على ضمان المنفعة الفائتة للمبيع بالبيع الفاسد.

ثمّ إنّ تعبير المصنّف قدس سرّه بقوله: «و إن كان المتراءى .. إلخ» ظاهر في عدم جزمه بالاستظهار المزبور. و لعلّ وجهه أنّ سيره لم يكن من الطريق المتعارف في هذه

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 255، الباب 17 من أبواب الإجارة، الحديث 1

إلا أننا لم نجد (1) بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها (2) [1].

الأعصار من الكوفة إلى بغداد، فإنَّ السير في هذا الزمان من الطريق المتعارف من الكوفة إلى بغداد و بالعكس بالبغال و الحمير يتحقّق في مدّة ثمانية أيّام تقريباً، لكنَّ السير في مورد الصحيحة كان على غير المتعارف، لأنّه ركب من الكوفة إلى النيل الواقع في الواسط- و يسمى فعلاً بالحّي- و من النيل إلى بغداد، وقيل: إنّ السير على هذا النحو يحتاج إلى زمان أوسع.

وعلى هذا فلا يبقى للصّحيفة ظهور في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة حتى يقال: إنّّه موهون بالاعراض عن العمل بها في موردها و هو الغضب، فكيف يمكن التعدّي عن موردها إلى المقام، و هو منافع المقبوض بالعقد الفاسد؟

(1) هذا دفع التوهّم، وقد أوضحناه آنفاً.

(2) أي: مورد صحيحة أبي ولّاد.

[1] قد عرفت أن الأقوال في المسألة خمسة:

الأول- و هو المشهور-: الضمان مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك، كما ظهر من عبارة الإيضاح.

الثالث: التفصيل بين علم البائع بالفساد و جهله به، بعدم الضمان في الأوّل، و بالضمان في الثاني.

الرابع: التوقّف عن الحكم بالضمان في الصورة الثالثة، و هي صورة علم البائع.

الخامس: التوقّف في الضمان مطلقاً.

لكن لا- يستقيم عدّ التوقّف في هاتين الصورتين من الأقوال، لأنّ مرجع التوقّف إلى عدم الحكم، و من المعلوم أنّه ليس قولاً و رأياً في المسألة. و عليه فالأقوال ثلاثة، ثالثها: التفصيل بين علم البائع بالفساد و جهله به، بالضمان في الثاني، و عدمه في الأوّل.

أمّا القول المشهور- و هو الضمان مطلقاً- فقد استدلّ له بوجوه:

أحدها: الإجماع الذي يظهر من عبارة السرائر المتقدّمة.

---

ثانيها: قاعدة اليد، بعد صدق «الأخذ» على المنافع بأخذ الأعيان، كما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

ثالثها: قاعدة الاحترام المستفادة من جملة من الروايات الدالّة على «أنّ حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» و المفروض كون المنافع من الأموال، لتنافس العقلاء عليها، فمنعها عن المالك بدون الضمان ينافي حرمة مال المؤمن.

رابعها: قاعدة نفي الضرر، حيث إنّ عدم ضمان من فوّت منافع الغير ضرر عليه، فينفي بقاعدته.

خامسها: قاعدة الإتلاف، كما استدلّ بها السيد قدّس سرّه «فإنّ الاستيلاء على العين و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت و إتلاف لمنافعها. و مقتضى قاعدة الإتلاف ضمانها. و لأجل هذه القاعدة نحكم بضمان منافع المغصوب التي لم يستوفها الغاصب» (1).

سادسها: قوله عجل الله تعالى فرجه و صلّى عليه و جعلناه فداه: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» (2).

سابعها: ما في حاشية المحقّق الخراساني قدّس سرّه من «أنّ الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها و لوازمه. و لا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاة و غير مستوفاة كما لا يخفى. و الظاهر أنّ هذا هو الوجه في ضمانها مطلقا في باب الغصب قولاً واحداً. و لا أظنّ اختصاص ذلك الباب بوجه غير جار في الباب. إلّا أن يكون هو إجماع الأصحاب. لكنّه لا يظنّ أن يكون مدرّكهم أيضا إلّا ما ذكرنا، فافهم» (3).

و حاصله: أنّ الوجه في ضمان المنافع المستوفاة و غيرها هو: أنّ من آثار ضمان

---

(1) حاشية المكاسب، ص 96

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، الحديث 3

(3) حاشية المكاسب، ص 34

---

العين ضمان منافعها، فدلّيل ضمان العين دليل على ضمان منافعها. وادّعى قدّس سرّه أنّ هذا هو الوجه في ضمانها مطلقا في باب الغصب. إلّا أنّ يكون الوجه في ضمان منافع المغصوب مطلقا هو الإجماع المفقود هنا، لكون الأقوال في ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد متعدّدة، هذا.

أمّا الاستدلال بالإجماع ففيه أولا: عدم الاتّفاق، لكون المسألة ذات أقوال، كما عرفت.

و ثانيا: أنّ من المحتمل كونه مدرّكيا، بأن يكون مستندهم في الضمان ما تقدّم من قاعدتي اليد و الاحترام.

و ثالثا: بأنّه من الإجماع المنقول الذي تقرّر في الأصول عدم حجّيته.

مضافا إلى: أنّ الظاهر من عبارة السرائر ترتيب خصوص وجوب الرّد من أحكام الغصب على المقبوض بالعقد الفاسد، ضرورة أنّ الغاصب إذا استولد الجارية المغصوبة لا يلحق به الولد، لأنّه زان، بخلاف ما إذا أولدها من قبضها بالعقد الفاسد، فإنّ الولد يلحق به.

و توجيه إجماع السرائر و التذكرة بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقّق النائيني قدّس سرّه من قوله: «و لكنّه لا يخفى أنّ اختياره الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول، مع أنّه قدّس سرّه منكر لحجّيته في الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف اتّفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد و الاحترام للمنافع» (1) لا يخلو من الغموض، إذ فيه أولا:

أن لازم الاتّفاق على شمول قاعدتي اليد و الاحترام للمنافع عدم الاختلاف في ضمان المنافع غير المستوفاة. و قد عرفت تعدّد الأقوال فيه.

و ثانيا: أنّ موضوع القاعدتين - أعني بهما اليد و الاحترام - من الموضوعات العرفيّة التي يكون المرجع في معرفتها العرف، و ليس بيد الفقيه بما هو فقيه. فالإجماع

---

التعبديّ القائم على تشخيص المفهوم العرفيّ أو تطبيقه على مصاديقه غير الإجماع الذي هو حجة - أعني به الإجماع - على الحكم الشرعيّ.

نعم إذا كان الموضوع من الموضوعات المستنبطة التي لا بدّ فيها من الرجوع الى الفقيه، كالغناء، و المفازة و الصعيد و الآنية وغيرها و كان مرجع الإجماع إلى تحديد الموضوع الذي يترتب عليه الحكم الشرعيّ، فهو وإن كان و جيبها. إلا أن جماعة ناقشوا في صدق اليد على المنافع و منهم المصنّف، حيث قال قبل أسطر - بعد تسليم كون المنافع أموالا - ما لفظه: «بأنّ مجرد ذلك لا يكفي في تحقّق الضمان. إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت، و لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع».

و مع هذه المناقشة - بل نفي الاشكال عن عدم صدق اليد على المنافع - كيف يمكن أن يدعى رجوع الإجماع إلى الاتّفاق على صدق اليد على المنافع؟

و قد تقدّم كلام الإيضاح و تنظير المنافع بالثوب الذي أطارته الريح، فإنّه ظاهر في إنكار صدق اليد على المنافع، فلا بدّ أن يراد بالإجماع الاتّفاق على نفس الحكم أعني به الضمان، لا على دليل الحكم، و لا على تحديد موضوعه. لكن قد عرفت عدم الإجماع على الضمان، هذا.

ثم أفاد المحقق المذكور في وجه الضمان ما حاصله: «أنّ المقتضي له و هو اليد الشاملة للعين أصالة و المنافع تبعاً - لصدق اليد و الأخذ عليهما - موجود، و المانع عنه مفقود، لأنّه إمّا قاعدة «ما لا يضمن» في كلتا صورتَي العلم بالفساد و الجهل به. و إمّا تسليط البائع للمشتري على المنافع مجاناً في صورة علم البائع بالفساد.

و كلاهما مفقود، إذ الأوّل مختصّ أصلاً و عكساً بمصّب العقد و هو العين في المقام، و المنافع خارجة عنه، فيرجع فيها إلى القواعد الأخر.

و الثاني لا يستلزم المجانيّة الرافعة للضمان، لإمكان البناء على الصحة تشريعاً «1».

انتهى ملخصاً.

ويتوجه عليه: أن جعل وجود المقتضي وهو اليد مفروغا عنه أول الكلام، لما عرفت من المناقشة في صدق اليد على المنافع، لظهور النبوي في اعتبار كون المأخوذ بنفسه قابلاً للرد، وليست المنافع كذلك. فالظاهر قصور الحديث عن شموله للمنافع.

فمع عدم تسلّم وجود المقتضي لا تصل النوبة إلى البحث عن وجود المانع أو عدمه.

بل لو سلّمنا صدق اليد على المنافع أمكن المناقشة فيه أيضاً بأن اليد المضمّنة هي خصوص العادية، وهي مفقودة هنا، لعدم منع القابض للمالك عن استيفاء المنافع كما لا يخفى.

نعم قاعدة الاحترام - بناء على عدم اختصاصها بالحكم التكليفي - تجري في المنافع غير المستوفاة. وكذا قاعدة الإتلاف فيما إذا استند تقويت المنافع إليه على التفصيل الآتي.

وأما الاستدلال بقاعدة اليد، ففيه: أن اليد وإن كانت كناية عن الاستيلاء الصادق على الأعيان والمنافع، وليس المراد بها خصوص الأخذ بالجراحة الخاصة قطعاً، وإلا يشكل الأمر في غير المنقولات كالأرض والدار ونحوهما، لكن الذيل وهو «حتى تؤدي» ظاهر في كون المأخوذ بنفسه مردوداً، فيختص النبوي بما كان في نفسه قابلاً للرد وإن امتنع عرضاً كالتلف.

وبالجملة: فجعل اليد كناية عن الاستيلاء الشامل للأعيان والمنافع لا يجدي في شمول النبوي أيضاً للمنافع، مع قرينة «حتى تؤدي» على كون المأخوذ بعينه قابلاً للرد، فيختص النبوي بالأعيان.

وأما قاعدة الاحترام فهي متوقفة على صدق المال على المنفعة، لإضافة نفي الحل إلى المال في قوله عليه السلام: «حرمة ماله كحرمة دمه» أو «لا يحل مال امرء مسلم» ومع الصدق لا ينبغي الإشكال في صحة الاستدلال بها.



و دعوى كونها في مقام بيان الحكم التكليفي - وأنه لا يجوز التصرف فيه بدون إذنه، بقرينة السياق المستفاد من الجمل السابقة، كقوله: «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية» إذ لا ريب في ظهورها في الحكم التكليفي - غير مسموعة، لأنه خلاف إطلاق الحرمة، فاحترام المؤمن و شرفه يقتضي حرمة التصرف في ماله بدون إذنه، و ضمانه أيضا لو أتلفه متلف بغير إذنه الراجع للضمان.

و أما قاعدة الإتلاف فهي منوطة أيضا بصدق المال على المنافع، و إلا فلا إشكال فيها من حيثية أخرى.

و الإتلاف و إن كان إعدام الموجود، إلا أن التّفويت الذي هو إبداء المانع عن الوجود يستفاد من النصوص التي هي مدرك قاعدة الإتلاف أيضا.

فالاتلاف أعم من إعدام الموجود و من المنع عن الوجود.

و قد يستشكل في جريان القاعدة في المنافع المستوفاة فضلا عن غير المستوفاة بما في حاشية سيدنا الأستاذ قدس سرّه من: أن المستفاد من أدلة القاعدة خصوص الإضرار بالعين بالجناية على ذاتها أو صفاتها، فلا تشمل المنافع التي هي اعتبار محض، فالتمسك بقاعدة الإتلاف لضمان المنافع مطلقا مشكل (1).

لكن يمكن أن يقال: إن المراد بالنقص هو العرفي الصادق على المنافع التي هي اعتبار محض، فتفويت المنافع بلا عوض جنائية عرفا على المنفعة التي هي صفة العين.

و أما قاعدة الضرر فلا إشكال في التمسك بها أيضا، بعد صدق النقص على فوت المنافع تحت يد قابض العين. و الاشكال عليها بما قيل من: «أنها ناظرة إلى الأحكام الشرعية التي ينشأ منها الضرر، و عدم الضمان ليس حكما شرعيا، فلا تجري القاعدة فيه» مندفع بما عرفت من: أن عدم الضمان كسائر الأعدام بعد تشريع الأحكام أيضا حكم شرعي يحكم عليه القواعد الثانوية كقاعدي الضرر و الحرج، فإن تفويت المنافع على

مالكها ضرر عليه، لكونها مالا عرفا، فينفى بقاعدة نفي الضرر فإتلافها يوجب الضرر وهو النقص في مال مالكها، لا أنه يوجب عدم النفع، كما لا يخفى.

وَأَمَّا قَوْلُهُ عَجَّلَ اللَّهُ تَعَالَى فِرْجَهُ وَصَلَّى عَلَيْهِ: «فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ...» فَحَاصِلُ الْكَلَامِ فِيهِ: أَنَّ عَدَمَ حَلْيَةِ التَّصَرَّفِ - الَّذِي هُوَ فِعْلُ اخْتِيَارِيٍّ - ظَاهِرٌ فِي الْحَرَمَةِ التَّكْلِفِيَّةِ الْمُسْتَتَبِعَةِ لِلْمُؤَاخَذَةِ وَالْعُقُوبَةِ، وَعَدَمَ حَلْيَةِ الْمَالِ ظَاهِرٌ فِي التَّبَعِيَّةِ وَالْخُسَارَاءِ، وَذَلِكَ هُوَ الضَّمَانُ. فَحَرَمَةُ الْمَالِ يَرَادُ بِهَا الْحُكْمُ الْوَضْعِيُّ أَعْنَى بِهِ الضَّمَانُ، وَحَرَمَةُ الْفِعْلِ كَالْتَصَرَّفِ يَرَادُ بِهَا الْحُكْمُ التَّكْلِفِيُّ أَعْنَى بِهِ الْحَرَمَةُ. وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ.

وَأَمَّا مَا أَفَادَهُ الْمُحَقِّقُ الْخِرَاسَانِيُّ قَدَّسَ سِرَّهُ فِي عِبَارَتِهِ الْمُتَقَدِّمَةِ فِيهِ: أَنَّهُ إِنْ أَرَادَ اقْتِنَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ ضَمَانَ مَنَافِعِهَا - لِتَحَقُّقِ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَيْهَا بِجَمِيعِ حَيْثِيَّاتِهَا وَشُؤُونِهَا بِسَبَبِ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَى الْعَيْنِ - فَيُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَفَادَهُ الْمُحَقِّقُ الْأَصْفَهَانِيُّ قَدَّسَ سِرَّهُ مِنْ: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا فِعْلِيَّةَ لَهَا، لِأَنَّهَا مَوْجُودَاتٌ بِالْقُوَّةِ، فَلَا يَصْدُقُ عَلَيْهَا الْاسْتِيْلَاءُ «1».

لكن لا يخفى أن هذا ما يقتضيه النظر الدَّقِّي العَقْلِي الَّذِي لَا عِبْرَةَ بِهِ فِي الْمَقَامِ.

وَأَمَّا النَّظْرُ الْعَرْفِيُّ فَيَسَاعِدُ عَلَى صَدْقِ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَى الْمَنَافِعِ غَيْرِ الْمُسْتَوْفَاءِ. وَلِذَا يَصَحُّ جَعْلُهَا طَرَفًا لِإِضَافَةِ الْمَلِكِيَّةِ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِكُ لَتِلْكَ الْمَنَافِعِ الَّتِي هِيَ حَيْثِيَّاتٌ قَائِمَةٌ بِالْعَيْنِ، فَلَا يَعْتَبَرُ فِي صَحَّةِ تَمْلِكِهَا، وَلَا فِي صَدْقِ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَيْهَا فِعْلِيَّتُهَا، بَلِ الْمَدَارُ فِي صَدْقِ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَيْهَا وَصَحَّةِ اعْتِبَارِ الْمَلِكِيَّةِ لَهَا عَرَفًا وَجُودَهَا الشَّأْنِيَّ كَقَابِلِيَّةِ الدَّارِ لِلسُّكْنَى، لَا الْوُجُودَ الْفِعْلِيَّ، حَتَّى يُقَالَ: إِنَّهَا قَبْلَ فِعْلِيَّتِهَا إِعْدَامٌ، فَلَا يَصَحُّ الْاسْتِيْلَاءُ عَلَيْهَا.

فَالْاسْتِيْلَاءُ عَلَى الْعَيْنِ مِنْ قَبِيلِ الْوَاسِطَةِ فِي الثَّبُوتِ لِلْاسْتِيْلَاءِ عَلَى مَنَافِعِهَا، لَا مِنْ قَبِيلِ الْوَاسِطَةِ فِي الْعُرُوضِ كَحَرَكَةِ السَّفِينَةِ وَنَحْوِهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى جَالِسِهَا، إِذْ لَوْ كَانَ مِنْ قَبِيلِ الْوَاسِطَةِ فِي الْعُرُوضِ لَزِمَ عَدَمُ ضَمَانِ حَابِسِ الْحَرِّ الْأَجِيرِ الْمُقَدَّرِ عَمَلَهُ بِأَجْرَةٍ، لِأَنَّ الْاسْتِيْلَاءَ عَلَى الْعَيْنِ لَا يَوْجِبُ ضَمَانَهَا حَتَّى تَتَضَمَّنَ مَنَافِعَهَا عَرَضًا، فَلَا بَدَّ مِنَ الْحُكْمِ

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 78

---

بعدم ضمان حابس الحرّ، إذ لا ضمان لنفس العين التي استولى عليها ذاتا- وهي الحرّ- حتى يصح نسبته عرضا إلى منفعته وهي عمله.

وإن أراد أنّ نفس ضمان العين بدليله الخاصّ مستلزم لضمان منافعه من دون سبب آخر بالإضافة إلى منافعها، فيرد عليه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه (1) من أنّه يشبه الجزاف، إذ معناه أنّ ضمان شيء بموجبه سبب لضمان شيء آخر، فنفس الضمان يكون من أسباب الضمان. مع أنّه لا شبهة في ضمان المنافع المستوفاة بدون ضمان العين، كما إذا اشترى عينا مسلوّبة المنفعة مدّة، فاستوفى منافعها في تلك المدّة، فإنّ المنافع مضمونة و العين غير مضمونة حتى يكون ضمانها بضمن العين. و كما إذا استوفى عمل الحرّ، فإنّ الحرّ غير مضمون، مع أنّ عمله المستوفى مضمون إلى غير ذلك.

نعم لا مانع من أن يكون الحديث دليلا على قاعدة التبعيّة، يعني: أنّ ضمان العين في موارد يوجب ضمان ما يعدّ من توابعها من باب التبعيّة، كتمليك العين الموجب لتمليك منافعها تبعا، لكون البيع تمليك العين لا المنفعة، فإنّ التبعيّة جارية في كثير من الموارد كالطهارة والنجاسة والإسلام والكفر وغير ذلك.

ولا يرد عليه: أنّ لازمه أن يكون ضمان شيء بسببه سببا لضمان شيء آخر. وجه عدم الورود: أنّ ذلك الشيء إن كان من توابع العين المضمونة فلا مانع من ضمانه تبعا.

وإن لم يكن من توابعها لم يلزم ذلك أصلا، للاختصاص بالتوابع، لا كل شيء ولو كان أجنبيا عن مورد اليد. فلا يلزم أن يكون سبب ضمان الدار مثلا موجبا لضمان العبد.

و من هنا يظهر الاشكال فيما ذكره قدّس سرّه من النقص باستيفاء منافع العين المسلوّبة المنفعة واستيفاء عمل الحرّ، فإنّ اليد تدلّ على عقد إيجابيّ، وهو أنّ العين إذا صارت مضمونة صارت منافعها مضمونة أيضا. ولا تدلّ على عقد سلبي وهو عدم ضمان المنافع إذا لم تكن العين مضمونة.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 88

و الحاصل: أنّ المدلول عقد إيجابيّ أعني به ضمان المنافع يتبع ضمان العين، وليس المدلول عدم ضمان المنافع تبعاً لعدم ضمان العين، فيرجع في ضمان منفعة الدار المسلوّبة المنفعة وعمل الحرّ المستوفي ونحوهما إلى دليل آخر، كقاعدة الاحترام وغيرها، هذا.

مضافاً إلى: أنّ قاعدة اليد المقتضية لضمان المنافع التابعة لما أخذته اليد من العين من العمومات القابلة للتخصيص.

فالمحصّل: أنّ ما أفاده المحقّق صاحب الكفاية قدّس سرّه من التمسك بقاعدة اليد لضمان المنافع المستوفاة وغيرها مما لا بأس به.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه: أنّ ما عن المشهور من ضمان المنافع غير المستوفاة لا يخلو من قوة.

إلا أن يناقش في صدق الأخذ على المنافع وإن صدق عليها القبض بأخذ العين، بأن يقال: إنّ الأخذ لا يصدق على التخلية ورفع المانع عن استيلاء الغير، بخلاف القبض، فإنّه يصدق عليه. و الأخذ ظاهر في الاستيلاء المقرون بالغلبة، والمقبوض بالعقد الفاسد يكون مبيّناً على الوفاء بالعقد لا القهر والغلبة، فالتمسك بقاعدة اليد لضمان المنافع غير المستوفاة مشكل جداً.

فإن دلّ دليل آخر على الضمان كقاعدة الاحترام وغيرها فلا كلام، وإلا فتصل التوبة إلى الأصل المقتضي لعدم الضمان.

إلا أن يدعى أنّ موضوع الضمان لمّا كان من الموضوع المركّب أمكن أن يقال: إنّ الاستيلاء على مال الغير محرّز وجدانا، و جزءه الآخر و هو عدم الرضا محرّز بالاستصحاب، فيتمّ موضوع الضمان.

إلا أن يستشكل في الاستصحاب بأنّ القبض لمّا كان بعنوان الوفاء بالعقد. فالرضا محرّز، دون عدمه حتى يستصحب، ويثبت به الضمان، و الله العالم.

وَأَمَّا الْقَوْلُ بِعَدَمِ الضَّمَانِ مُطْلَقًا وَهُوَ الْمُنْسُوبُ إِلَى فِخْرِ الْمُحَقِّقِينَ قَدْ سَرَّهٗ فَقَدْ عُرِفَتْ وَجْهَهُ مِنْ عِبَارَتِهِ الَّتِي نَقَلْنَاهَا عَنْهُ فِي التَّوْضِيحِ، وَضَعْفَهُ.

وَأَمَّا الْقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي صُورَةِ جَهْلِ الْبَائِعِ بِالْفُسَادِ، وَعَدَمِهِ فِي صُورَةِ عِلْمِهِ بِهِ فَقَدْ تَعَرَّضْنَا لَوَجْهِهِ بِقَوْلِنَا: «وَجْهَ الْأَشْكَالِ أَنَّ الْمَالِكَ مَعَ عِلْمِهِ بِالْفُسَادِ .. إلخ».

وَأَمَّا التَّوَقُّفُ فِي صُورَةِ عِلْمِ الْبَائِعِ بِالْفُسَادِ فَوَجْهَهُ مَا تَقَدَّمَ فِي التَّوْضِيحِ مِنْ تَسْلِيْطِ الْبَائِعِ.

لَكِنْ فِيهِ: أَنَّهُ لَوْ تَمَّ اقْتِضَى عَدَمِ الضَّمَانِ لَا التَّوَقُّفُ فِيهِ.

وَأَمَّا التَّوَقُّفُ مُطْلَقًا فَوَجْهَهُ تَضَارُبُ الْأَدْلَةِ.

أَقُولُ: لَعَلَّ الْأَقْرَبَ التَّفْصِيلُ، بِأَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْمَشْتَرِيَّ مَعَ عِلْمِهِ بِالْفُسَادِ يَضْمَنُ، لِقَاعِدَةِ الْإِتْلَافِ، حَيْثُ إِنَّ عَدَمَ انْتِفَاعِ الْمَالِكِ بِمَالِهِ مُسْتَنْدٌ إِلَى قَبْضِ الْمَشْتَرِيِّ الْعَالَمِ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ لِلْقَبْضِ الْمَوْجِبِ لَكُونِ يَدِهِ عَادِيَّةً، فَلَوْ لَمْ يَقْبِضْهُ كَانَ الْبَائِعُ قَادِرًا عَلَى الْانْتِفَاعِ بِمَالِهِ، فَالْمَشْتَرِيُّ غَاصِبٌ فَوَتْ الْمَنَافِعَ عَلَى الْمَالِكِ، فَيَضْمَنُ. وَ مَعَ جَهْلِهِ بِالْفُسَادِ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّ فَوْتَ الْمَنَافِعِ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى الْمَشْتَرِيِّ، بَلْ إِلَى الْبَائِعِ الدَّافِعِ لِلْمَبِيعِ إِلَيْهِ، لِبِنَائِهِمَا عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ، فَلَا يَعْدُّ يَدَ الْمَشْتَرِيِّ عَادِيَّةً. نَعَمْ إِذَا عِلْمُ بِالْفُسَادِ وَتَسَاهَلُ فِي دَفْعِ الْمَبِيعِ إِلَى الْبَائِعِ ضَمَّنَ جَمِيعَ الْمَنَافِعِ مِنَ الْمُسْتَوْفَاةِ وَغَيْرِهَا.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَصَدَقَ الْيَدُ الْعَادِيَّةُ عَلَى يَدِ الْمَشْتَرِيِّ مَعَ جَهْلِهِ بِالْفُسَادِ، وَكُونِ قَبْضِهِ مَبْنِيًّا عَلَى زَعْمِ صِحَّةِ الْعَقْدِ الْمَوْجِبِ لِعَدَمِ التَّزَامِهِ بِرَدِّ الْمَبِيعِ إِلَى الْمَالِكِ الْعَالَمِ بِالْفُسَادِ مَحَلًّا تَأْمَلُ بَلْ مَنَعُ.

نَعَمْ إِذَا نَهَضَ دَلِيلٌ عَلَى «أَنَّ كُلَّ مَنْ وَقَعَ تَحْتَ يَدِهِ مَالٌ الْغَيْرِ ضَامِنٌ لَهُ إِلَّا مَا خَرَجَ بِدَلِيلٍ» كَانَ لَضَمَانِ الْمَنَافِعِ مِنَ الْمُسْتَوْفَاةِ وَغَيْرِهَا وَجْهٌ. وَعَلَيْهِ فَلَا يَحْكُمُ بِضَمَانِ الْمَنَافِعِ الْفَائِتَةِ بِغَيْرِ اسْتِيفَاءِ إِلَّا مَعَ عِلْمِ الْمَشْتَرِيِّ بِالْفُسَادِ، بِحَيْثُ يَسْتَنْدُ فَوَاتِهَا إِلَى فَعْلِهِ وَإِلَّا فَلَا دَلِيلٌ عَلَى الضَّمَانِ أَصْلًا.

أما اليد فلعدم صدقها على المنافع غير المستوفاة أولاً، ولعدم كونها عادية على تقدير صدقها عليها ثانياً. إذ الظاهر أنّ المراد بالعادية-بناء على تعنون اليد بها- ما لا يحكم شرعاً ولو ظاهراً بعدم العداوية كالمقبوض بالعقد الفاسد، فإنّ يد القابض قبل علمه بفساد العقد ليست عادية، للحكم بصحة العقد ظاهراً بمقتضى أصالة الصحة، فلا تكون يده عادية، بل حقة في ظاهر الشرع.

إلا أن يقال: إنّ اليد وإن لم تشمل يد القابض حدوثاً، لكنّها بعمومها الأزمانى تشملها بعد علمه بالفساد بقاء.

وأما ضمانها على القول به في الغصب فلصدق الإتلاف والتفويت عليها، وكون حبس العين الذي هو فعل الغاصب سبباً لفواتها على المالك كما لا يخفى.

وأما قاعدة الاحترام فهي غير جارية، للتعارض، لأنّ احترام مال مؤمن لا يقتضي سلب احترام مال مؤمن آخر بلا وجه. ولا يكون الإضرار بمؤمن آخر من مقتضيات احترام مال مؤمن غيره، ضرورة أنّ المشتري لم يهتك حرمة مال البائع، بل قبضه بعنوان مال نفسه.

نعم مع العلم بالفساد وحبسه يصدق الهتك.

وأما قاعدة الضرر فهي معارضة بمثلها في طرف المشتري، إذ المفروض أنّ أخذ بدل المنافع الفائتة من المشتري ضرر عليه ونقصان في ماله، إذ لم يعد إليه نفع.

وأما قاعدة الاستيفاء فلا موضوع لها، إذ المفروض عدم استيفائها.

وأما أصالة الضمان فموردها الشك في تحقق موضوعها، وهو الاستيلاء على مال الغير بدون رضا مالكة، فيقال: إنّ الاستيلاء محرز وجدانا، وعدم الرضا تعبداً للاستصحاب، فيتّم موضوع الضمان، كسائر الموضوعات المركبة المحرز بعض أجزائها بالوجدان وبعضها الآخر بالتعبّد.

وليس المقام كذلك، لأنّ الشك في ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء ليس ناشئاً

من الشكّ في طيب نفس المالك حتى يستصحب عدمه. بل الشكّ نشأ عن احتمال صدق أصل اليد أو اليد العادية على المنافع غير المستوفاة وعدمه. وهذا لا يجري فيه الأصل، لأنّه بعد قبض العين إمّا يصدق اليد على منافعها، وإمّا لا تصدق عليها، فالشكّ يكون في قابليّة المنافع لوقوعها تحت اليد، وهذا الشكّ مانع عن التمسك بقاعدة اليد، لكون الشبهة مصداقيّة، و من المعلوم أنّ الاستصحاب لا يثبت القابليّة.

نظير الشكّ في تحقّق التذكية، للجهل بقابليّة الحيوان لها، فإنّ الأصل لا يجري في القابليّة ولا يثبتها، لأنّ الحيوان إمّا خلق قابلاً للتذكية، و إمّا خلق غير قابل لها. نظير القرشيّة، فإنّ الأصل في العدم المحموليّ لا يثبت عدم القابليّة وعدم قرشيّة المرأة إلّا بناء على الأصل المثبت. وفي العدم النعتيّ الذي هو موضوع الأثر لا يجري، لعدم العلم بالحالة السابقة.

وقد ظهر من هذا البيان عدم المجال لأصالة الضمان في المنافع غير المستوفاة، لأنّه على تقدير صدق اليد عليها لا ينبغي الإشكال في الضمان، وعلى تقدير عدمه لا ينبغي الإشكال في عدم الضمان، فتنتهي النوبة إلى الأصل المحكوم وهو أصالة البراءة عن الضمان.

بل يمكن أن يقال بعدم الضمان ولو مع صدق اليد على المنافع أيضاً- بعد البناء على كون اليد المضمّنة هي العادية، و اليد غير المضمّنة هي الأمانيّة- لأنّه يشكّ في صدق العدوانيّة عليها، فيتشكّث بأصالة البراءة لنفي الضمان.

فالمحصّل: أنّه في صورة علم المشتري بالفساد تكون المنافع مضمونة عليه. وفي صورة جهله به لا ضمان عليه. أمّا في الصورة الأولى فلكون يده عادية كالغاصب، بل هو نفسه. وأمّا في الثانية فلأصل بعد عدم الدليل على الضمان. وليكن هذا قولاً سادساً في المسألة.

فقد ظهر وجه العقد السلبيّ أعني به عدم الضمان في صورة جهل المشتري بالفساد، كما ظهر وجه العقد الإيجابيّ، وهو الضمان في صورة علم المشتري بالفساد.

---

كما ظهر أيضا وجه عدم دخل علم البائع وجهه بالفساد في الضمان وعدمه، والله العالم.

ثم إن سيدنا الخويي قدس سره التزم بعدم الضمان، لوجهين:

«أحدهما: عدم جريان قاعدة الإلتلاف في تلك المنافع، لعدم استناد الإلتلاف إلى القابض، حيث إنّه لم يزاحم المالك في استيفائها.

ثانيهما: عدم جريان السيرة على ضمانها بمجرد تلفها تحت يد القابض من دون استناد إليه.

وناقش في الوجوه التي استند إليها القائلون بالضمان - من قاعدتي اليد والاحترام و حديث الحلّ والإجماع - بعدم جريان قاعدة اليد في المنافع غير المستوفاة، لعدم قابليتها للردّ.

وبعدم جريان قاعدة الاحترام فيها، إذ ليس مقتضاها أزيد من توقّف جواز التصرف على إذن المالك.

وبأنّ حديث الحلّ لا يدلّ إلا على حرمة التصرف تكليفاً.

وبأنّ الإجماع غير ثابت أولاً. وعلى تقديره يكون المتيقّن من معقده هو وجوب الردّ فقط، لا جميع أحكام الغصب» «1» انتهى ملخصاً.

و توضيح ما له وعليه تقدم فيما اخترناه.

فروع ترتبط بضمان المنافع أ: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ثمّ إنّه يناسب المقام التعرّض لبعض الفروع المبتلى بها في هذا العصر:

الأوّل: ما إذا حبس ظالم حرّاً كسوبا، فهل يضمن ما فات عنه في مدّة الحبس من العمل الذي يبذل بإزائه المال أم لا؟ فيه قولان، وقد ذكرناه في بحث عمل الحرّ، فراجع «2».

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 138 إلى 144

(2) هدى الطالب، ج 1، ص 75 إلى 85



ب: جواز مطالبة المستأجر بتخلية العين المستأجرة الثاني: ما إذا استأجر دكاناً و اتجر فيه مدة مديدة، و باع جملة من متاعه نسية، و بعد انتهاء مدة الإيجار أخرج المؤجر عن الدكان و أخذه منه، و هذه الإخراج يوجب تضرر المستأجر، لذهاب أمواله التي تكون على الناس، لعدم معرفتهم بمكانه الفعلي حتى يؤدوا إليه. و كذا يتضرر المستأجر بترك تجارته مدة حتى يتهيأ له محل جديد، و يعرف الناس مكانه ليعاملوا معه و يؤدوا أمواله، فهل تكون هذه الخسارات على عهدة المؤجر أم لا؟ للمسألة صورتان:

الأولى: ما إذا لم يشترط المستأجر على المؤجر بقاءه في الدكان إلى مدة مديدة يريد استيجاره فيها. و الثانية: ما إذا اشترط على المؤجر ذلك.

أما الأولى فملخص البحث فيها: أن مقتضى سلطنة المؤجر على ماله جواز أخذ الدكان من المستأجر، و عدم ثبوت حق للمستأجر في الدكان، إذ المفروض عدم اشتراط حق لبقائه. و مجرد استيجاره الدكان مدة مديدة لا يوجب حقاً له بحيث يسقط سلطنة المالك على دكانه، و يجب عليه إبقاء المستأجر فيه.

و الظاهر عدم موجب لضمان المؤجر لخسارات المستأجر، لأنّ المديونين يجب عليهم الفحص عن الدائن و مكانه مقدّمة لأداء دينهم، فالضرر الوارد على المستأجر من ناحية أمواله التي له على الناس مستند إلى تقصير المديونين في أداء ديونهم، لا إلى المؤجر، فلا يجري شيء من أسباب الضمان - كقواعد الضرر و الإلتاف و اليد و الاحترام - في المقام، لأنّ مناط شمولها لمورد هو عدم توسط إرادة فاعل مختار بين موارد هذه القواعد، و الشخص الذي يراد تضمينه لا بدّ من استناد الفعل اليه، نظير إرسال الماء إلى دار الجار مثلاً، فإنّ انهدام الدار حينئذ منسوب إلى مرسل الماء، لعدم توسط فعل فاعل مختار بين الانهدام و بين إرسال الماء حتى يستند الانهدام إليه.

بخلاف المقام، فإنّ الخسارات المتوجّهة إلى المستأجر ناشئة من تقصير المديونين، فيتوسّط بين تلف أمواله وبين أخذ المالك دكّانه إرادة فاعل مختار أعني به المديونين، فلا يستند تلف الأموال إلى المالك حتى يكون ضامنا لها، بل يستند إلى فعل المديونين، و هو تقصيرهم في الأداء. هذا ما يرجع إلى أمواله التي على الناس.

و أمّا ما يرد عليه من ضرر تعطيل تجارته إلى زمان ظفّره بمحلّها، فليس ضررا أي نقصا ماليّا، بل هو من عدم النفع، فلا تشملها قاعدة الضرر.

وبالجملة: فما نحن فيه أجنبيّ عن قاعدة نفي الضرر، إمّا لعدم صدق الضرر، وإمّا لعدم كونه مستندا إلى مالك الدكّان. وكذا قاعدة الاحترام، لأنّ مال المالك أيضا محترم، و هو يتصرّف في ماله لقاعدة السلطنة.

نعم لو فرض كون أخذ الدكّان من المستأجر علّة تامة لفوات مال أو عمل ذي قيمة منه- كما إذا كان محلّ الخياطة منحصرًا بذلك الدكّان، بحيث لا يمكن اشتغاله بها في غيره، و يتّصف إخراجها عن الدكّان بالتفويت- أمكن أن يقال بالضمان، وأنّ الخياطة الفاتئة منه مضمونة على مالك الدكّان، إذا أعطي المستأجر أجره المثل، بحيث لا يتضرّر المالك من بقاء المستأجر في الدكّان، ولا من جهة أخرى.

و الوجه في الضمان حينئذ قاعدة الضرر من دون معارض، إذ المفروض عدم تضرّر المالك ببقاء المستأجر في الدكّان، حتى يقال: بوجوب دفع ضرر عن الغير، و هو المستأجر، و تحمّله عنه. بل ليس في البين إلا قاعدة السلطنة، و هي محكومة بقاعدة الضرر.

و الحاصل: أنّه على تقدير كون فعل المالك- أي أخذ الدكّان من المستأجر- علّة تامة لضرر المستأجر، أو وقوعه في الحرج و المشقة يمكن القول بضمان المالك له إن لم يكن في البين سوى قاعدة سلطنة المالك على ماله.

ولا بأس ببيان صور المسألة، وهي: أن قاعدة الضرر في ناحية المستأجر تارة لا معارض لها إلا قاعدة سلطنة المالك. و اخرى يعارضها قاعدة الضرر في ناحية المالك، أو قاعدة الحرج، فللمسألة صور:

إحداها: كون سلطنة المالك ضررا على المستأجر أو حرجا عليه من دون لزوم ضرر على المالك، فحينئذ يقدم حق المستأجر على حق المالك، لكون سلطنة المالك حينئذ ضررا أو حرجا على المستأجر، فتتفى بقاعدة الضرر أو الحرج.

ثانيها: أن يتعارض الضرران، كما إذا تضرر المالك ببقاء المستأجر في الدكان، و تضرر المستأجر أيضا بتخلية الدكان.

ثالثها: كون التخلية حرجا على المستأجر، و عدمها حرجا على المالك، فيتعارض قاعدتا الحرج.

رابعها: كون التخلية ضررا على المستأجر، و عدمها حرجا على المالك.

خامستها: عكس ذلك، بأن تكون التخلية حرجا على المستأجر، كما إذا وقع في مشقة استيفاء أمواله من الناس، و عدمها ضررا على المالك، فيقع التعارض في هاتين الصورتين بين قاعدتي الضرر و الحرج، فيرجع إلى قاعدة السلطنة، فللمالك إلزام المستأجر بالتخلية.

و بالجملة: هنا كبريان في قاعدة الضرر: إحداهما: حرمة الإضرار بالغير، بأن يكون فعله علّة تامة أو الجزء الأخير منها لورود الضرر على الغير.

ثانيتهما: عدم وجوب تحمّل الضرر عن الغير.

و للمسألة المبحوث عنها صور يندرج بعضها في القاعدة الاولى، و بعضها الأخر في القاعدة الثانية. و مجموع الصور المتصورة في هذه المسألة تسعة:

الأولى: عدم الضرر لا للمالك في عدم التخلية، و لا للمستأجر في التخلية.

---

و الحكم فيه و هو سلطنة المالك على إلزام المستأجر بالتخلية واضح لا غبار عليه.

و بقية الصور أربع منها مركبات، و مثلها بسائط.

أما المركبات فهي: تضرر كل من المالك بعدم التخلية و المستأجر بالتخلية، و حرجية التخلية و عدمها للمالك و المستأجر، و كون التخلية ضررا على المستأجر و حرجا على المالك، و عكس ذلك.

---

و في هذه الصور الأربع- بعد تعارض الضررين أو الحرجين أو المختلفين- يرجع إلى قاعدة سلطنة المالك المقتضية لجواز إلزامه المستأجر بتخلية الدكان. هذا بناء على كونها من صغريات كبرى التعارض.

و أما بناء على صغرويتها لكبرى عدم و جوب دفع الضرر و المشقة عن الغير، فيقدم حق المالك على المستأجر، إذ لا يجب على المالك دفع الضرر أو المشقة عن المستأجر، فلا بد من التأمل في أنّ الضرر أو الحرج الوارد على المستأجر هل هو ناش عن فعل المالك أو غيره؟

فعلى الأول تسقط سلطنة المالك بضرر المستأجر، كسقوط سلطنة المالك على حفر بالوعة في داره إضرارا بجاره، فإن ضرر الجار يسقط سلطنة الحافر على حفر بالوعة في داره، لكونه من صغريات الإضرار بالغير.

و على الثاني لا تسقط سلطنة المالك، لكونه من صغريات كبرى عدم و جوب تحمّل الضرر عن الغير.

و أما البسائط، و هي الضرر على المالك فقط، و الحرج عليه كذلك، و الضرر على المستأجر فقط، و الحرج عليه كذلك، فالحكم في الأوليين منها سلطنة المالك على إلزام المستأجر بالتخلية، لوضوح عدم مانع من قاعدة السلطنة. و في الأخيرين منها يكون

الحق للمستأجر إن كان فعل المالك موجبا لوقوع المستأجر في الضرر والحرج الرافعين لسلطنة المالك، وإلا فسلطنة المالك باقية على حالها، لعدم وجوب دفع الضرر أو المشقة عن الغير.

ولو نوقش في سلطنة المالك ففي استصحابها غنى وكفاية، حيث إنه قبل الإيجار كان سلطانا على شؤون دكانه، و الآن كما كان، فتأمل جيّدا.

هذا كلّ في الصورة الاولى وهي عدم الشرط على المالك.

وأما الصورة الثانية وهي ما إذا شرط المستأجر على المالك في ضمن عقد لازم أن يؤجره الدكان إلى مدّة مديدة كعشرين سنة، فليس للمالك إلزام المستأجر بالتخلية، بل عليه أن يؤجره الدكان بعد مضي السنة الاولى من مدّة الإجارة، فلو لم يؤجره وأجبره بالتخلية، فتضرّر المستأجر بتخلية الدكان ضمن المالك كلّ ضرر يرد على المستأجر من ناحية التخلية، لقاعدة الضرر، حيث إنه صار سببا لوقوعه في الضرر، فلو أجز المالك دكانه من غير المستأجر المشروط له فله فسخه وإجباره المالك بأن يؤجره منه.

ففائدة الشرط قصور سلطنة المالك عن الإيجار من الغير. بخلاف الصورة السابقة، فإن المالك فيها مسلّط على ماله، ولا ملزم له بان يؤجر الدكان من المستأجر.

فالإجارة الثانية فضوليّة منوطة بإجازة المستأجر الأوّل، وله أخذ مال لإسقاط حقه من المالك أو المستأجر الثاني، كما أنّ له إسقاط هذا الحقّ مجّانا.

ثمّ إنّه مع الشرط المزبور ليس للمستأجر الشارط إلا إلزام المالك بأصل الإيجار، وليس له إلزامه بالإيجار بمبلغ معيّن، إلا إذا شرطه على المالك أيضا في ضمن عقد لازم، بأن شرط عليه بأن يؤجره الدكان عشر سنين مثلا كلّ سنة بكذا، فحينئذ يكون الشرط بالنسبة إلى أصل الإيجار والأجرة نافذا، فيجب على المالك الوفاء بهما كما لا يخفى.

وهل يجوز للمستأجر أن يأخذ مالا من المالك أو الأجنبي لإسقاط حقه؟ الظاهر

ذلك. أمّا بالنسبة إلى المالك فلا ينبغي الإشكال فيه، لأنّ فائدة إسقاط الشرط دفع قصور سلطنة المالك، وهذا غرض عقلائيّ. و أمّا بالنسبة إلى الأجنبيّ فلأنّ بذل المال لرفع الموانع عن الوصول إلى الأغراض العقلانيّة ممّا جرت عليه السيرة الممضاة شرعا، و حيث إنّ الشرط كجزء أحد العوضين يكون حقًا للشارط و قابلا بنفسه للنقل و الانتقال إن لم يكن هناك مانع كشرط تقوم الشرط بنفس المشروط له صريحا أو ضمنا.

ففي مسألتنا إن كان شرط الإيجار على المستأجر مقيدا بنفسه لم ينتقل إلى وارثه، كما لا يقبل النقل إلى غيره. نعم هو قابل للإسقاط مجّانا و مع العوض، سواء أ كان معطي العوض نفس المشروط عليه أم الأجنبيّ.

كما أنّه بدون شرط المباشرة يكون الشرط قابلا للانتقال القهري كالإرث، إذ مع الشكّ لا مانع من استصحابه إلى زمان موت المشروط له، فيشملة ما دلّ على أنّ ما تركه الميّت فلوارثه. هذا كلّّه إذا كان حقّ المستأجر ناشئا من مجرد الشرط الضمنيّ.

و أمّا إذا كان ناشئا من بذل السرقة إلى المؤجر كان تابعا لكيفيّة المعاهدة بينهما، و تتصور المسألة بوجوه ليس هنا محل ذكرها، و استوفينا الكلام فيها في رسالة المسائل المستحدثة، وفقنا الله لنشرها.

ج: حق الطبع و النشر الثالث: أنّه إذا عمل عملا يوجب نقصان ماليّة مال الغير، كما إذا كان وجيها عند الناس، و جعل محلّ تجارته في مكان يوجب كساد تجارات غيره، أو نزل سعر السلع فأقبل الناس إليه و أدبروا عن غيره، أو طبع كتابا عزيز الوجود و صار بذلك كثير الوجود و قليل الثمن، فهل يوجب ذلك ضمنا على من تسبّب تنزيل الماليّة أم لا؟

الحقّ التفصيل بين الموارد، بأن يقال: إنّ العمل المزبور إن كان تصرفاً في ملك الغير- كما إذا طبع ما ألفه غيره بدون إذن مؤلفه و صار الطبع سبباً لتنزّل قيمة الكتاب- ضمن المتصرف النقص الماليّ الحاصل بسبب الطبع، حيث إن الكتاب مملوك ذاتيّ للمؤلف بمعنى كونه نتيجة لعمله وفكره، و الناس مسلّطون على أموالهم، و لا يجوز التصرف فيه إلّا بإذنهم و طيب نفوسهم. و لو كان التصرف منقّصاً لماليّته ضمن النقص، لأنّه أتلف ماليّة مال الغير. و التصرف العدوانيّ يوجب الضمان بالنسبة إلى نفس المال و ماليّته، كما إذا غضب ثلجاً أو ماء في مفازة و أراد أن يؤدّي الثلج في الشتاء أو الماء على الشاطئ، إلى غير ذلك من الأمثلة.

و الحق عدم الضمان في شيء من الموارد، لأنّ قاعدة الضرر لا تجري أوّلاً، لأنّ الضرر عبارة عن النقص في المال أو العرض أو الطرف. و المقام يكون من نقص الماليّة، لا من نقص المال، إذ لم يرد نقص في نفس المال.

و ثانياً: على تقدير جريانها متعارضة- بعد وضوح كونها من الأحكام الامتثاليّة- لتضرّر النوع بغلوّ سعر تلك السلعة التي صارت عزيزة الوجود، و من المعلوم أنّ الضرر النوعيّ أهمّ من الشخصي.

نعم في مثال طبع الكتاب من غير إذن مؤلفه يكون للمؤلف حقّ إجازة النشر و عدمها، فلو طلب من طابعه مالا لأن يأذن له في نشره كان له ذلك، لأنّ النشر تصرف فيما ألفه، فله المنع عن النشر و أخذ المال لرفع هذا المنع.

فالمتحصل: أنّه لا ضمان في غير قضية طبع الكتاب بغير إذن المؤلف. و أمّا هو فقد عرفت أنّ للمؤلف أخذ مال للإجازة في نشره. و أمّا كونه شريكاً في المطبوع- لكون ما فيه من المطالب من نتائج أعمال المؤلف المملوكة له بالملكيّة الذاتية- فهو غير واضح، إذ الكتاب مملوك بالملكيّة الاعتبارية لطابعه. و أمّا المطالب فهي وإن كانت نتيجة أعمال المؤلف و أفكاره، لكنّها ليست مملوكة له بالملكيّة الاعتبارية. و لو بني على

التضمين بالملكيّة الذاتية لزم من ذلك تضمين حابس الحرّ الكسوب وإن لم يستوف عمله. و الظاهر عدم التزامهم بذلك، لأنّهم لم يلتزموا بكفاية الملكيّة الذاتية في الضمان، واعتبروا فيه الملكيّة الاعتباريّة.

لكن يبقى حينئذ سؤال الفرق بين استيفاء الحابس عمل الحرّ وعدمه، بالضمان في الأوّل دون الثاني، إذ الاستيفاء لا يجعل عمل الحرّ مملوكا اعتباريًا له حتى يضمّنه الحابس.

نعم إذا صار أجيرا، ثم حبسه الحابس كان ضامنا لعمله، سواء استوفاه أم لا، لأنّ عمل الحرّ بسبب الإجارة صار ملكا اعتباريًا للمستأجر، فيضمّنه الحابس كضمان عمل العبد بالحبس، فإنّ عمله مملوك للسيد ملكيّة اعتباريّة تبعا لرقبته.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أنّه لا وجه للضمان في الأمثلة المزبورة.

نعم في طبع الكتاب بدون إذن المؤلّف وإن لم يكن ضمان على الطابع، إلّا أنّ اختيار نشر مطالبه وكتمانها بيده، لأنّها نتيجة عمله، فهي مملوكة له بالملكيّة الذاتية.

و مقتضى «الناس مسلّطون على أنفسهم» سلطنته على ما هو من شؤون نفسه وأعماله، فله الاذن في نشر مطالبه مجّانا ومع العوض.

وأما القرطاس و الخطوط فهي مملوكة للطابع ملكيّة اعتباريّة، و المؤلّف أجنبيّ عنهما.

ويمكن أن يقال: إنّ المؤلّف يصير مالكا لماليّة مطالب الكتاب لا نفس الخطوط والنقوش، و تكون مالكيّته لها نظير مالكيّة الزوجة بالإرث ماليّة الأبنيّة، إذ لا ترث من نفس البناء، بل ترث من قيمة الأبنيّة.

و عليه فالمراد بما تداول كتبه من «أن حق الطبع محفوظ للمؤلّف» إن كان حقّ النشر فلا بأس به. وإن كان غيره فلا بدّ من النظر فيه. و أمّا إذا كتب هذه الجملة غير المؤلّف فلا أثر له.



الرابع (1): إذا تلف المبيع،

#### 4- ضمان المثلي بالمثل

(1) بعد أن ثبت في المبحث الأول ضمان المشتري لما أخذه بالبيع الفاسد، فتلف- وأنه يجب عليه ردّ بدله إلى البائع- يقع الكلام في خصوصية هذا البديل المضمون، وأنه هل يكفي ردّ ما يشاركه في النوع وهو ماليته المتحققة في ضمن مطلق الأموال من النقود والسّلع المختلفة؟ أم لا بدّ من رعاية خصوصيته الصنفيّة بدفع ما يكون أقرب إلى التالف مما يشترك معه في الصفات الدخيلة في الرغبات، ويلزم حينئذ البحث عن ضمان التالف المثلي بالمثل، والقيميّ بالقيمة. وهو بحث مبسوط لما فيه من الفروع التي تعرّض المصنّف قدس سرّه لجملة منها، فعقد هذا الأمر الرابع المتضمّن لمقامات ثلاثة:

أولها: تعريف المثليّ.

ثانيها: دليل اعتبار ضمان المثليّ بمثله، وهي وجوه ثلاثة، الإجماع المتضافر نقله، والإطلاق المقاميّ، وآية الاعتداء بالمثل. وإن كان مفاد هذه الوجوه مختلفا كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

ثالثها: حكم الشك في كون التالف مثليّا أو قيميّا، وأنه يتخيّر الضامن بين دفع المثل أو القيمة، أو أنه يتخيّر المالك بين مطالبة ما شاء منهما، وغير ذلك ممّا سيأتي بالتفصيل.

ثمّ إنّ الداعي لمعرفة مفهوم المثليّ هو وقوع هذا العنوان في دليلين:

فإن كان مثلياً وجب مثله (1) بلا خلاف (2)، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

---

أحدهما: الإجماع على ضمان المثليّ بمثله، وعدم إجراء أداء قيمته مع إمكان المثل.

و ثانيهما: الآية الشريفة المجوّزة للاعتداء بالمثل. فيلزم حينئذ تمييز موضوع الحكم ليترتب عليه آثاره، و لأجله قدّم المصنّف قدّس سرّه البحث الموضوعيّ، هذا.

(1) هذا هو الدليل الأوّل على أنّ المثليّ يضمن بالمثل. و نقل الإجماع تمهيد للبحث المبسوط عن تعريف المثليّ.

(2) هذا العنوان مقابل لما سيأتي في الأمر السابع في حكم ضمان القيميّ: «لو كان التالف المبيع فاسداً قيميّاً فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة» .. ثم قال:

«فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي».

و العبارة المنقولة عن ابن الجنيد هي: «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه» (1). فإن كان مراده بالمضمون ما هو أعمّ من المثليّ و القيميّ كان معناه مخالفة ابن الجنيد في ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، لحكمه بضمان القيمة مطلقاً إلا مع رضا المالك بالمثل. فيتّجه حينئذ ما نسبته المصنّف إليه هنا و في الأمر السابع من أنّ المخالف لضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة هو أبو علي الإسكافي.

و إن كان مراده بالمضمون خصوص القيميّ - كما احتمله جماعة منهم الشهيد قدّس سرّه بقوله: «و لعلّه يريد القيميّ» - فما نسبته إليه هنا من قوله: «عدا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي» لا يخلو من غموض، لكون مصبّ كلام الإسكافي خصوص المضمون القيميّ، و لا تعرّض فيه للمثليّ أصلاً، حتى يكون مخالفاً لإجماع أصحابنا على ضمان المثليّ بالمثل [1].

---

[1] و احتمال قويّاً السيّد المحقّق الخويي قدّس سرّه وقوع السّقط في عبارة المتن، فكأنّه قال: «إذا تلف المبيع فإن كان مثليّاً وجب مثله، و إن كان قيميّاً وجبت قيمته، بلا خلاف

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 241

ص: 295

وقد اختلف (1) كلمات أصحابنا في تعريف المثليّ. فالشيخ «1» (2) وابن زهرة «2» وابن إدريس «3» والمحقّق «4» و تلميذه و العلامة «5» وغيرهم (3) «قدّس الله أسرارهم»

---

(1) هذا شروع في تحقيق معنى المثليّ، وقد اقتصر في أوّل كلامه على تعريف المشهور و حام حوله، و نقل بعد الفراغ منه تعاريف آخر.

(2) نقلنا عبارة المبسوط في (ص 26) فراجع، و من جملتها قوله: «فماله مثل ما تساوت أجزاءه. و معناه: تساوت قيمة أجزائه .. إلخ».

(3) قال السيد الفقيه العامليّ بعد عدّ كتب الجماعة المصرّح بأسمائها في المتن:

«و المهذّب البارع و المقتصر و التنقيح، و فيه و في المسالك و الكفاية: أنّه المشهور» «6».

---

في ذلك بين الأصحاب، إلّا عن الإسكافي، فإنّه حكم بضمان المثل في القيميّ أيضا» «7».

و هذا التوجيه منوط بظهور كلام الإسكافي في الاحتمال الثاني، و هو إرادة القيميّ. و أمّا بناء على إطلاق كلامه فلا نقص في عبارة المتن، لاقتصار المصنّف في هذا الأمر الرابع على بيان حكم المثليّ، و في الأمر السابع على ضمان القيميّ، و لا مانع من كون الإسكافي مخالفا في المسألتين، هذا.

---

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 59 و 60؛ و نحوه في الخلاف، ج 2، ص 103، المسألة 29 كتاب الغصب.

(2) غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ص 537

(3) السرائر الحاوي، ج 2، ص 480

(4) شرائع الإسلام، ج 3، ص 239؛ و تلميذ هو الفاضل الآبي في شرحه على المختصر النافع، لاحظ كشف الرموز، ج 2، ص 382

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 10؛ قواعد الأحكام (الطبعة الحجرية) ص 79؛ تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

(6) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 141

(7) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 145 و 146

ص: 296

- بل المشهور على ما حكى (1) - «أنه ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة».

و المراد (2) بأجزائه ما يصدق عليه

(1) قال الشهيد الثاني قدس سره: «و المشهور بين الأصحاب ما ذكره المصنّف من أنّ المثليّ ما يتساوى قيمة أجزائه، أي: أجزاء النوع الواحد منه ..» (1). و الحاكي عنه هو السيّد الفقيه العاملي قدس سره كما عرفت آنفا.

(2) غرضه قدس سره توجيه تعريف المشهور للمثليّ - بحيث يسلم عن بعض ما يرد عليه - ببيان المراد من الأجزاء، و توضيحه: أنّ الجزء يقابل الكلّ، كما أنّ الجزئيّ يقابل الكلّيّ، فالجزء يطلق على أبعاد المركّبات كالرأس و الرقبة و اليد بالنسبة إلى كل فرد من أفراد الإنسان، و من المعلوم عدم صدق الكلّ - كزيد - على أجزائه، فلا يقال: إنّ يده إنسان. و هذا بخلاف الجزئيّ، لصحّة حمل الكلّيّ على أفرادها، فيقال: زيد إنسان.

و على هذا، يرد على تعريف المشهور للمثليّ ما حكاه الشهيد الثاني قدس سره بقوله:

«و اعترض بأنّه إن أريد بالأجزاء كلّ ما تركّب عنه الشيء، فيلزم أن لا تكون الحبوب مثليّة، لأنّها تتركّب من القشور و الألباب. و القشر مع اللّب مختلفان في القيمة. و كذا التمر و الزبيب، لما فيهما من التوى و العجم. و إن أريد بالأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة فيلزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثليّة، لما يقع في الصّحاح من الاختلاف في الوزن، و في الاستدارة و الاعوجاج، و في وضوح السّكّة و خفائها، و ذلك ممّا يؤثّر في القيمة» (2).

و حاصل الشقّ الأوّل من الاعتراض هو: أنّ المشهور حكموا بكون الحنطة و الشعير مثليّين، مع أنّ التعريف غير صادق عليهما، إذ الصبرة من الحنطة تحتوي على حبّات مشتملة على ألباب و قشور، و من الواضح عدم مساواتهما في القيمة، فألحقه من اللباب إذا قوّمت بدينار مثلا كانت الحقّة من القشور درهما لا خمسة دراهم، مع مساواتهما في المقدار من وزن أو كيل.

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 182

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 182

و المراد (2) بتساويهما من حيث القيمة تساويهما بالنسبة، بمعنى (3) كون قيمة كلّ بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث

و لأجل دفع هذا الاعتراض وجه المصنّف قدس سرّه تعريف المثليّ بأنّ المراد بـ «الأجزاء» هنا هو الأفراد و الجزئيات التي تصدق عليها طبيعة واحدة، كالحنطة الصادقة على كلّ حبة من حباتها.

فملخص هذا التعريف: أنّ المثليّ هو «ما يكون أفراده متساوية قدرا وقيمة» فالحنطة من المثليات، لأنّ فردين منها متساويان في المقدار و القيمة كالمئتين منها مثلا، فإنّ كلّ واحد من المئتين يسوى خمسة دراهم مثلا. فالمثلي على هذا هو الكلّي الذي تكون أفراده المساوية في المقدار مساوية في المالتية أيضا.

و أمّا بناء على إرادة ظاهر لفظ «الأجزاء» فموضوع المثلية هو الفرد، و مثليته بلحاظ تساوي أجزائه معه. و موضوع المثلية بناء على خلاف ظاهر الأجزاء هو الكلّي الذي تتساوى أفراده و مصاديقه في القيمة، و لا يرد إشكال حينئذ.

(1) كمّن من الحنطة- مثلا- بالنسبة إلى منّ آخر منها، فيصدق حقيقة الحنطة على كلا المنين، مع تساويهما قيمة.

(2) هذا مترتب على توجيه التعريف بإرادة الجزئيات من «الأجزاء» فالمثليّ هو ما تتساوى قيم أفرادها، فإذا كان المنّ من الحنطة عشرة دراهم كان نصف المنّ منها خمسة دراهم، و ربعه دراهم و نصف، و هكذا. و لا يكون العبرة بقيمة اللباب و القشور حتى يقال بكون قيمة اللب أضعاف قيمة القشر. مع وضوح عدم صدق عنوان «الحنطة» على القشر الذي هو بعض المركّب، بل لا بدّ من إضافته إليها فيقال:

قشر الحنطة. و هذا بخلاف إرادة الأفراد، فإنّ كلّ مقدار منها كالمّن و الحقة و الأوقية مصداق حقيقيّ لطبيعيّ الحنطة كما لا يخفى.

(3) هذا معنى التساوي في القيمة، و قد عرفته آنفا.

المقدار، و لذا (1) قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوي قيمة فنصفه يستوي نصف تلك القيمة. و من هنا (2) رجَّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: «إذ لو انفصلت نقصت قيمتها» [1].

---

(1) يعني: و لأجل تساوي الأفراد قيمة و مقداراً قيل في توضيح التساوي ..

إلخ، و القائل هو السيّدان الطباطبائي و العاملي قدّس سرّهما: «و المراد بتساوي قيمة أجزائه تساوي قيمة أجزاء النوع كالحبوب و الأدهان، فإنَّ المقدار من النوع الواحد يساوي مثله في القيمة، و نصفه يساوي بنصف قيمة» (1).

(2) أي: و ممّا قيل في توضيح التساوي- المأخوذ في تعريف المثليّ- رجَّح ثاني الشهيدين قدّس سرّهما كون المصوغ من النقدين قيمياً، لأنّه لو انفصل نقصت قيمته، فبعد الانفصال لا يساوي قيمة نصفه الفعلي نصف قيمة المجموع قبل الانفصال، فقيمة نصفه بعد الانفصال خمسة دنائير مثلاً، مع أنّ قيمته قبل الانفصال كانت سبعة دنائير مثلاً.

قال في الاشكال على ما أفاده المحقّق قدّس سرّه من قوله: «و لو كان في المغصوب صنعة لها قيمة غالباً كان على الغاصب مثل الأصل و قيمة الصنعة» ما لفظه:

«و هذا- أي لزوم الرّبا من دفع قيمة الصنعة- أقوى، فضمانها بالقيمة أظهر. مع أنّا نمنع من بقائه- أي المصنوع من النقدين- مثلياً بعد الصنعة، لأنّ أجزاءه ليست متّمة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متّصلة كما لا يخفى» (2).

---

[1] لا- يخفى أنّ كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه مبنيّ على كون موضوع المثليّ هو الفرد، و مثليّته ملحوظة بالنسبة إلى أبعاض الفرد، لا الكلّيّ بالنسبة إلى أفرادها، كما هو مقتضى قول المصنّف: «و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة» فتدبرّ في العبارة.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 241؛ رياض المسائل، ج 2، ص 303، السطر 27

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 191

ص: 299

قلت: وهذا (1) يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً، إذ (2) لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع.

إلا أن يقال (3) [1]: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه، وهو الصحيح

(1) المشار إليه هو قوله: «إنّ المقدار منه إذا كان يساوي قيمة فنصفه يساوي قيمة نصفه» و غرض المصنّف قدّس سرّه الإيراد على تعريف المشهور حتى بعد توجيه السيّد العاملي قدّس سرّه له، و حاصله: أنّه بناء على كون المناط في المثليّ مساواة قيمة نصفه لنصف قيمة كلّه يلزم خروج مسكوك النقدين- وهما الدرهم و الدينار- عن ضابط المثليّ و اندراجهما في القيميّ، فإذا كان الدينار الصحيح يساوي عشرة دراهم لم يكن قيمة نصف الدينار خمسة دراهم، بل أقلّ، لأنّ السكّة المنقوشة على الذهب دخيلة في قيمته، و ليست المادّة بخصوصها مدار ماليّته، فكيف جعل المشهور الدرهم و الدينار مثليّين مع عدم انطباق التعريف عليهما؟

و بهذا ظهر أنّ الذهب و الفضة لا يكونان مثليّين. أمّا المصوغ من أحدهما فلما أفاده الشهيد الثاني قدّس سرّه من عدم مساواة قيمة نصفه لنصف قيمة تمامه، مثلاً إذا كانت قيمة سوار عشرة دنانير و وزنها مثقالين لم تكن قيمة مثقال من المكسور منه خمسة دنانير، بل هي أقلّ منها. و أمّا المسكوك منهما فلما أفاده المصنّف قدّس سرّه، لنفس التقريب.

و لعلّه اقتبس المطلب من تعليل الشهيد الثاني قدّس سرّه «إذ لو انفصلت نقصت قيمته».

(2) هذا تعليل ورود الاشكال على المشهور الّذين جعلوا الدرهم مثلياً، مع أنّهم اعتبروا مساواة قيمة النصف- مثلاً- لنصف قيمة المجموع.

(3) غرضه قدّس سرّه توجيه عدّ المشهور الدرهم من المثليّات، و توضيحه: أنّ

[1] لكن على هذا يكون المصوغ من النقدين أيضاً مثلياً، كالخاتم، و السوار، و الخلخال و نحوها، لتساوي أمثالها في القيمة كالدرهم الصحيح.

ثمّ إنّ هذا التوجيه غير وجيه، لأنّ معنى النقص هو ما ذكر في التوضيح من كون موضوع المثليّة الفرد، و التوجيه مبنيّ على كون موضوع المثليّة هو الكلّي، و إرادة الأفراد من الأجزاء.

ولذا (1) لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطة، ولا الدقاقة مثلاً للأرز.

ومن هنا (2) يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كلّ صنف من

---

«الدرهم» جنس يشتمل على نوعين:

أحدهما: الصحيح، وهو الذي تكون سكّته و هيئته محفوظة.

وثانيهما: المكسور والمعيوب، كما إذا انكسر نصفين أو أكثر، أو عاب بأن انمحي نقشه المضروب عليه.

فإن كان موضوع المثليّة الدرهم هو الجنس الصادق على السليم والمعيب انتقض تعريف المثليّ، لأنّ النصف المكسور من الدرهم لا يسوى قيمة نصف الدرهم الصحيح، لزوال ماليّة هيئته بالكسر، و صيرورة العبرة في ماليّته بنفس المادّة و هي الفضة.

وإن كان موضوع المثليّة خصوص النوع الصحيح لم ينتقض تعريف المثليّ، إذ لا ريب في أنّ الدراهم الصّحاح متساوية في الماليّة، و ليست الدراهم المكسورة مندرجة في النوع الصحيح حتى يقال بعدم مساواة أبعاضها. و الظاهر أنّ مناط المثليّة عندهم هو النوع لا الجنس، ولذا لا يعدّون الجريش و الطحين مثلاً للحنطة، مع انطباق الجنس عليهما.

(1) يعني: و لكون المثليّة ملحوظة بالنسبة إلى النوع- كما وجّهه بقوله:

إلّا أن يقال- لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطة. و الجريش هو الحنطة المطحونة بطحن غير ناعم، بحيث تبقى قطعاً صغاراً. فالحنطة جنس لها أنواع، منها الحبّات غير المطحونة، و منها: الجريش، و منها الطحين. فإذا اشتغلت الذمّة بحقّة حنطة لم تفرغ بدفع حقّة من نوع آخر كالجريش.

(2) يعني: و من لحاظ المثليّة بالنسبة إلى النوع- لا الجنس- يظهر أنّ المثليّة ملحوظة في النوع بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع فقط، لا سائر أنواع الجنس.



أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف (1).

فلا يرد (2) ما قيل من: «أنه إن أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من مثلي إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزا من حنطة تساوي عشرة، و من أخرى تساوي عشرين.

وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض» (3) انتهى.

---

(1) فالرّز في عصرنا له أنواع وأصناف عديدة ربّما يكون سعر النوع الجيد ضعف سعر المتوسط أو الرديء. وهكذا الحنطة، ونحوهما سائر السلع.

(2) هذا متفرّع على كون مناط المثلية هو النوع والصنف، دون مجرد ما يصدق عليه الحقيقة. وغرضه قدّس سرّه دفع ما أورده المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه على تعريف المشهور، ومحصّله: أنّ تفسير المثلي ب «ما تساوت أجزاؤه» إمّا غير منطبق على شيء ممّا عدّ مثلياً، وإمّا غير مانع الصديق على الغير وهو القيمي.

وبيانه: أنه إن أريد بالتساوي التساوي الكليّ و من جميع الجهات، فالظاهر عدم صدقه على شيء ممّا عدّ مثلياً، لاختلاف أجزاء كلّ مثلي في القيمة، فإنّ قفيزا من حنطة يساوي عشرة، و من حنطة أخرى يساوي عشرين، مع أنّ الحنطة من أظهر أفراد المثلي.

وإن أريد بالتساوي التساوي في الجملة أي التقارب في القيمة- في قبال الأشياء المختلفة قيمها بكثير، كالتفاوت بين سعر الحنطة والشعير والأرز مثلاً- لزم دخول جملة من القيميّات في التعريف، لتقارب قيم كثير من الحبوب والأقمشة والثياب ونحوها، مع أنّهم جعلوها من القيميّ. وعليه فجعل ضابط المثليّ التساوي الكليّ غير سديد. هذا تقريب إشكال المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه (1).

(3) هذه العبارة تختلف يسيراً مع ما في مجمع الفائدة، وكلامه قدّس سرّه متضمّن لشقّ ثالث للمنفصلة لم تذكر في المتن، وهي قوله: «وإن أريد مقدارا خاصاً فهو حوالة على المجهول».

---

(1) مجمع الفائدة والبرهان، ج 10، ص 522 و 523

ص: 302

وقد لَوَّح هذا المورد (1) في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما (2) ذكرنا من: أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل الأجزاء (3) و متساو في القيمة، لا بمعنى أن (4) جميع أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون

---

(1) وهو المحقق الأردبيلي قدس سره، فإنه جعل مناط المثلية النوع أو الصنف، و دفع به الإيراد المتقدم في كلامه.

ولا يخفى أن تماثل الأفراد في النوع و الصنف غير مصرح به في مجمع الفائدة، لكن يستفاد منه ذلك. قال قدس سره: «و الذي يقتضيه القواعد أنه- أي المثلي- لفظ بني عليه أحكام بالإجماع، و كأنه بالكتاب أيضا، مثل ما تقدم، و السنة أيضا، و ليس له تفسير في الشرع، بل ما ذكر اصطلاح الفقهاء، و لهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن أن يحال إلى العرف، إذ الظاهر أنه ليس بعينه مرادا، فإن المثل هو المتشابه و المساواة في الجملة. و هو موجود بين كل شي ء .. فكل شي ء يكون له مثل في العرف، و يقال له:

إن هذا له مثل عرفا، فيؤخذ ذلك .. و يؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المتلف مثليا مثل الحنطة لا يؤخذ بها كل حنطة، بل مثل ما تلف عرفا .. إلخ» (1).

و مدّل أيضا بسنّ الجمل و الثوب و الفرس العتيق، حيث إن المضمون هو المماثل للتالف عرفا. و هذا هو النوع أو الصنف في تعبير المصنّف.

(2) متعلق ب «دفع» و المراد بالموصول قوله: «إلا أن يقال: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه».

(3) أي: متساوية الأفراد و متساوية في القيمة.

(4) يعني: أن تماثل الأجزاء و تساويها قيمة ملحوظ بالنسبة إلى أبعاد الصنف الذي هو أخص من النوع، فالحنطة الحمراء و الصفراء نوعان، و لكل منهما أصناف كالحبّات و الجريش و الطحين، فإذا كان المضمون حقة من الجريش الأحمر كان الواجب دفع هذا المقدار من هذا الجريش، لا دفع نفس الحنطة الحمراء

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 525 و 526

ص: 303

بعضاً من صنف فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة (1) ولا بعض من صنف آخر (2).

لكن الانصاف (3)

ولا دقيقتها، ولا حنطة صفراء.

(1) لاختصاص وجوب دفع القيمة بما إذا كان التالف قيمياً، و المفروض كونه مثلياً كالحنطة.

(2) لفرض أنّ مناط المثليّة هو الصنف لا الجنس و لا النوع، فلو كان المضمون دقيقاً من الحنطة الحمراء لم تفرغ الذمّة بدفع دقيق حنطة أخرى، لعدم تماثل الحنطتين كما عرفت.

فتحصّل من كلام المصنّف قدّس سرّه أنّه- وفاقاً للمحقّق الأردبيلي وغيره- وجّه تعريف المشهور للمثليّ بإرادة تساوي جزئيات الأصناف، هذا. و سيأتي عدم تماميّة التعريف حتّى بالنظر إلى هذا التوجيه.

(3) أورد المصنّف قدّس سرّه على تعريف المشهور بوجهين، الأوّل: أنّ جعل مدار المثليّة هو الصنف مخالف لظاهر كلمات المشهور، لأنّهم يطلقون المثليّ على الجنس، لا- الصنف. فقد عرفت تعريف المثليّ في عبارة المبسوط و تنظيره له بالتمور و الأدهان و الحنطة و الشعير، و ظاهره أنّ كلّ ما يصدق عليه التمر فهو مثليّ، مع كونه على عشرات الأصناف. و هكذا لكلّ من الحنطة و الشعير و الأدهان أقسام كثيرة.

و يترتّب على مثليّة جنس واحد- بماله من الأصناف- كفاية دفع صنف في مقام تقرّيب الذمّة المشغولة بصنف آخر. مع أنّه لا ينطبق تعريف المثليّ على الأصناف، لعدم تساوي صنف لجزئيات صنف آخر قيمة.

و دعوى «توجيه إطلاق المثليّ على جنس الحنطة بلحاظ تساوي أجزاء صنف واحد قيمة، لا بلحاظ تساوي قيمة أفراد كلّ ما يصدق عليه الحنطة، فيتّم تعريف المشهور حينئذ» ممنوعة، لتوقّقه على الإضمار في التعريف، بأن يقال: «المثليّ

أنّ هذا (1) خلاف ظاهر كلماتهم، فإنّهم يطلقون المثليّ على جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه (2). و إطلاق (3) المثليّ على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيداً، إلّا (4) أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار (5) بعيد جدّاً.

إلّا (6) أن يهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها،

---

هو ما تساوت أجزاء كلّ صنف من أصنافه، و ما تساوت أجزاء كل نوع من أنواعه» ولا ريب في أنّ الإضمار والتقدير خلاف الأصل، ولا يصار إليه بلا قرينة.

(1) أي: جعل مدار المثليّة على الصنف خلاف ظاهر كلماتهم، لأنّهم يطلقون المثليّ على الجنس لا الصنف.

(2) أي: على الجنس، إذ المفروض صدق التعريف أي تماثل الأجزاء- أي الأفراد- على أفراد الصنف، لا- أفراد الجنس. فجعل جنس الحنطة من المثليّات لا وجه له.

(3) مبتدأ خبره جملة «وإن لم يكن بعيداً» وقد أوضحناه بقولنا: «ودعوى توجيهه .. إلخ».

(4) هذا استدراك على قوله: «وإن لم يكن بعيداً» وهو جواب الدعوى، وقد عرفته أيضاً.

(5) أي: باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف. وجه البعد: لزوم المسامحة في التعريف، للاحتياج إلى الإضمار، بأن يقال: «ما يتساوى أجزاء أنواعه أو أصنافه» مع عدم البناء على المسامحة في التعاريف.

(6) ظاهر العبارة أنّ غرضه قدّس سرّه توجيه انطباق التعريف المذكور على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه على نحو يسلم عن هذا البعد. لكنّه ليس كذلك، لأنّ هذا الإهمال يوجب كون الإطلاق بلحاظ نفس الجنس لا بلحاظ الأنواع والأصناف.

كما التزمه بعضهم، غاية الأمر (1) وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف (2) أو القرض، وهذا أبعد (3)، هذا.

ولكن الصحيح أن قوله: «إلا أن يهملوا» معادل لقوله قدس سره: «باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه».

فالأولى في تأدية المطلب أن يقال: إن إطلاقهم المثلّي على الجنس إن كان باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه من باب توصيف الشيء بحال متعلقه، فهو وإن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف المذكور عليه بهذا الاعتبار بعيد جداً.

وإن كان باعتبار إهمال الخصوصيات النوعية والصنفية الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها ولحاظ جنس الشيء من حيث هو، فهو وإن كان يقرب معه انطباق التعريف على الجنس بلا مسامحة ولا احتياج إلى الإضمار، بأن يكون المعنى:

ما يتساوى أجزاءه في القيمة من حيث هو مع قطع النظر عن الأوصاف النوعية والصنفية، وإن كانت تتفاوت فيها مع ملاحظتها.

لكن هذا الإهمال بنفسه أبعد، لأن مقتضى التعريف للمثلي حينئذ أنه لا يجب على الضامن إلا ما صدق عليه التعريف، فلا معنى لوجوب رعاية الخصوصيات عند الأداء، وإلا فلا فائدة في التعريف.

وبالجملة: الغرض من التعريف تشخيص ما يتحقق بدفعه فراغ الذمة عما اشتغلت به من مال الغير، ومن المعلوم دخل القيمة الناشئة من الخصوصيات الصنفية في الضمان، فلا معنى لإهمال الخصوصيات.

(1) يعني: أنهم أهملوا خصوصية مساواة أفراد صنف لأفراد صنف آخر قيمة، ولكن لا بد من رعاية خصوصية المضمون في مقام تفرغ الذمة. ففرق بين مقام تعريف المثلي وبين مقام الأداء.

(2) يعني: في المقبوض بالعقد الفاسد، في قبال ضمان البدل بالقرض.

(3) يعني: أن إهمال الخصوصيات في التعريف أبعد من الإضمار، لأن الغرض من تعريف المثلي تشخيص ما اشتغلت به ذمة الضامن، فلا وجه لوجوب رعاية

الخصوصيات عند الأداء، إذ مقتضى مثلية كليّ هو جواز إعطاء أيّ فرد منه أداء لما في الذمّة، من غير ملاحظة الخصوصيات.

(1) هذا هو الإشكال الثاني على تعريف المثليّ بما في كلام المشهور من «أنّه ما تساوت قيمة أجزائه» بناء على إرادة تساوي أفراد الصنف. و حاصل الاشكال:

أنّ التعريف إمّا غير جامع للأفراد على تقدير، وإمّا غير مانع للأغيار.

توضيحه: أنّ «تساوي أفراد الصنف الواحد قيمة» إن أريد به تساويها فيها بالدقّة- بحيث لا يكون بينها تفاوت في القيمة أصلا- لزم خروج أكثر المثليات عن التعريف، وذلك لأنّ أفراد الصنف الواحد من الأجناس المثلية وإن كانت متشابهة في جهات، لكنّها تتفاوت في بعض الخصوصيات الدخيلة في مالمية السلعة.

مثلا- إذا كان طرّ من الحنطة الحمراء مائة دينار- أي ما يساوي ألف درهم- لم تكن قيمة أوقية منها درهما، بل قيمتها أزيد منه، لتفاوت المبيع جملة لقيّمته مفردا، فلا- يصدق تعريف المثليّ ب «ما تساوت قيمة أجزاء صنف واحد» على الحنطة، مع كونها من أظهر أفراد المثليّ. وهكذا الحال في سائر السلع و الأمتعة.

وإن أريد بتساوي الأفراد قيمة تقارب قيم الجزئيات- لا- تساويها- لم يكن التعريف مانعا للأغيار، لصدق هذا المعنى على كثير من القيميات، فإنّ أفراد القيميّ وإن لم تتساو في الصفات و الخصوصيات، إلا أنّ أسعارها متقاربة، بل ربّما تتساوى.

مثلا: الكتابة و الفطانة و نحوهما من صفات الكمال دخيلة في قيمة الجارية التي لها أنواع كالروميّة و الزنجيّة و التركيّة و غيرها، فيمكن أن تكون الجارية المضمونة روميّة كاتبه، و لكن للضامن دفع جارية تركيّة خدومة و فطنة تساوي تلك في القيمة، فيلزم صدق تعريف المثليّ على الإماء، مع أنّها من أظهر أفراد القيميّ.

و على هذا فتعريف المثليّ إمّا غير جامع للأفراد، وإمّا غير مانع للأغيار، فلا جدوى فيه، و لا بدّ من التماس تفسير آخر له.

- بناء على هذا (1)- بأنه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقلّمًا يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع، لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيّات (2) الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى.

و إن أريد (3) تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة- و إن لم يتساو حقيقة- تحقّق ذلك في أكثر القيميّات، فإنّ لنوع الجارية أصنافًا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، و بهذا الاعتبار (4) يصحّ السّلم فيها، و لذا (5) اختار العلامة في باب القرض من التذكرة [على ما حكى عنه] أنّ ما يصح فيه

---

(1) أي: بناء على اعتبار تساوي أفراد كلّ صنف من أصناف المثليّ، لا تساوي أفراد الطبيعة.

(2) و أقلّ تلك الخصوصيّات بيعها جملة و بمقدار كثير، و بيعها بمقدار قليل كالحقّة و الأوقية.

(3) معطوف على قوله: «و إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد» و هذا إشارة إلى إشكال عدم مانعيّة التعريف عن الأعيان، و قد تقدّم بقولنا: «و إن أريد بتساوي الأفراد قيمة تقارب قيم الجزئيات .. إلخ».

(4) أي: باعتبار تحقّق تقارب صفات أصناف الجارية، الموجبة لتساوي القيمة بمعنى التساوي العرفي المسامحيّ لا الحقيقيّ. و لأجل الاكتفاء بذلك المقدار في رفع الجهالة القادحة في صحّة البيع يصحّ السّلم فيها. فلو كانت متباعدة الصفات المانعة عن صدق التساوي العرفي- بحيث لم يكتف بذلك في رفع الغرر- لم يصحّ السّلم فيها من جهة الغرر.

(5) أي: و لأجل تحقّق التقارب- الموجب للتساوي العرفيّ في القيميّات- اختار العلامة أنّ القيميّات التي يصحّ فيها السّلم مضمونة في القرض بمثلها.

فلو لم يتحقق التقارب فيها كيف يحكم بضمان بعضها بالمثل، و المراد منه الفرد الآخر

السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله».

وقد عدّ (1) الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات، مع أنّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً.

---

المماثل للعين المقترضة المتقارب لها في الصفات، بل لا بدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً، لعدم وجود المثل حينئذ.

ففي التذكرة: «مال القرض إن كان مثلياً وجب ردّ مثله إجماعاً.. وإن لم يكن مثلياً، فإن كان ممّا ينضبط بالوصف- وهو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان و الثياب- فالأقرب أنّه يضمّنه بمثله من حيث الصورة.. وأمّا ما لا يضبط بالوصف كالجواهر و القسيّ و ما لا يجوز السلف فيه تثبت فيه قيمته» (1).

وهذه العبارة تتكفّل الكبرى، وهي الملازمة بين القرض و بيع السلم، بإناطة كليهما بكون المال ممّا ينضبط بالوصف. و طبّق هذه الكبرى في عبارة أخرى على الجارية، فقال: «الأموال إمّا من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، فالأوّل يجوز إقراضه إجماعاً. وأمّا الثاني فإن كان ممّا يجوز السلم فيه جاز إقراضه أيضاً.. و هل يجوز إقراض الجوّاري؟ أمّا عندنا فنعم، و هو أحد قولي الشافعي، للأصل، و لأنّه يجوز إقراض العبيد، فكذا الجوّاري، و لأنّه يجوز السلف فيها فجاز قرضها كالعبيد» (2).

و غرض المصنّف قدّس سرّه الاستشهاد به على تحقّق تقارب أفراد القيميّ في القيمة، كتقارب أفراد المثليّ، فينتقض تعريف المثليّ بكثير من القيميات.

(1) غرضه قدّس سرّه الاستشهاد ثانياً على تقارب قيمة القيميات، فينتقض تعريف المثليّ بها، لاشتراكهما في تقارب أسعار أفرادها. قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «و إن غصب شجراً فأثمرت كالنخل و نحوها، فالثمار لصاحب الشجر.. و إن تلف رطباً فعليه قيمته، لأنّ كلّ رطب من الثمار كالرطب و التّفاح و العنب و نحوها إنّما تضمن بالقيمة.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 5، السطر 4 الى 9

(2) المصدر، السطر 27 إلى 29



وإن كان رطباً فشمّسه فعليه ردّه إن كان قائماً، ومثله إن كان تالفاً، لأنّ الثمر له مثل «(1)».

ولا يخفى أنّه قدّس سرّه جعل الثّمار كالتمور مثلياً على ما نقلناه عنه (في ص 26) ويمكن حمله على ما فصّله هنا بين الثمرة الرّطبة و المجفّفة، فالرّطبة قيمّي، و المجفّفة مثلي. و تحقيق ما هو الحقّ من كلاميه موكول إلى محلّه.

وقد تحصّل: أنّ المصنّف قدّس سرّه اعترض بوجهين على تعريف المثليّ بما في كلام المشهور، واستشهد بعبارتي التذكرة و المبسوط لإثبات الشقّ الثاني من الإيراد الثاني، وهو انتقاض التعريف بكثير ممّا عدّوه قيمياً، لأنّ تقارب قيم أفراد الصنف جهة مشتركة بين المثليّ و القيمّي، كما عرفت.

فإن قلت: لا- ينتقض تعريف المثليّ بما ذكر من أفراد القيمّي، وذلك لأنّ الأفراد المتقاربة أو المتساوية قيمة من كلّ صنف من أصناف المثليّ كثيرة، كالحنطة و الشعير، و أمّا تساوي سعر أفراد صنف من أصناف القيمّي فنادر. فلو سلّمنا دخول بعض القيمّيّات في تعريف المثليّ لم يقدح ذلك في انطباق التعريف على المثليات، و عدم انطباقه على غالب القيمّيّات.

قلت: الغرض من التعريف تحديد ما تشغل ذمّة الضامن به، إمّا المثل أو القيمة، فيلزم تعريف كلّ منهما بما يجمع الأفراد و يمنع الأغيار، و من المعلوم أنّ دخول بعض أفراد القيمّيّ في تعريف المثليّ قاذح في التحديد، و مجرد قلّة مورد النقض و ندرته لا- يوجب سلامة التعريف. لأنّ التعريف مبنيّ على شرح الحقيقة، لا على ما هو الغالب خارجاً.

نعم يوجب عزّة الوجود الفرق بين المثليّ و القيمّيّ في حكمة الحكم بضمان المثل في الأول، و ضمان القيمة في الثاني، لا في تشخيص مصاديق أحدهما عن مصاديق الآخر الذي هو المطلوب هنا.

ثم (1) لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيميّة عزيز الوجود- بخلاف الأنواع المثليّة- لم يوجب (2) ذلك إصلاح طرد التعريف.

نعم يوجب ذلك (3) الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمّان المثليّ بالمثّل، و القيميّ بالقيمة.

ثمّ إنّه عرّف المثليّ بتعاريف آخر أعمّ من التعريف المتقدّم، أو أخصّ.

فعن التحرير: «أنّه ما تماثلت أجزاؤه، و تقاربت صفاته (4)» «(1)».

---

(1) هذا إشارة إلى دخل يرد على قوله: «تحقق ذلك في أكثر القيميّات» و أوضحناه بقولنا: «فان قلت» و هو- كما أفاده سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه- من صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال: «و لا يرد النقض بالثوب أو الأرض، الذي يمكن رفعه بعدم غلبة ذلك- أي التساوي أو التقارب قيمة- فيهما. و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب اطراد قواعد الشرع» «(2)».

(2) هذا جواب الشرط في «لو فرض» و هو دفع الدخل المتقدّم، و قد عرفته أيضا.

(3) أي: يوجب عزّة الوجود في تساوي أفراد كلّ صنف من أصناف القيميّ- و كثرة تساوي أفراد كلّ صنف من المثليّ- الفرق بين النوعين في الحكمة الداعية للحكم بضمّان المثليّ بمثله، و القيميّ بقيمته. و من المعلوم خروج الجهات التعليليّة عن موضوعات الأحكام، فالعبرة بما أخذ في لسان الدليل. و قد ثبت انطباق تعريف المثليّ على بعض القيميّات، و هذا المقدار كاف في بطلان تعريف المشهور. هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بتفسير المثليّ بما تساوت أجزاؤه في القيمة. و قد ظهر الاشكال فيه.

(4) هذا التعريف مساو لتعريف المشهور بناء على توجيهه بتساوي أفراد الصنف لا الجنس، و أخصّ منه بناء على ظاهره من تساويها في الحقيقة النوعيّة.

---

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

(2) نهج الفقاهة، ص 138

ص: 311

و عن الدروس و الروضة البهية: «أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة (1) المتقارب الصفات» (1).

و عن المسالك و الكفاية: «أنه أقرب التعريفات إلى السلامة» (2).

و عن غاية المراد: «ما تساوى أجزاءه في الحقيقة النوعية» (3) (2).

و عن بعض العامة «أنه ما قدّر بالكيل أو الوزن» (4) (3).

---

(1) قال المحقق القمي قدس سره - في ما حكى عنه -: «و لعلّ المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدّرة، يعني المتساوي الأجزاء في القيمة و المنفعة. و يمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة و الحمّص معا إذا تساويا في القيمة، و قيل النوع الواحد في تعريف المشهور يكفي عن ذلك، و في زيادة تقارب الصفات إلى ملاحظة الأصناف كما ذكرنا».

و كيف كان فتعريف الدروس أخصّ من سابقه و لا حقه كما لا يخفى.

(2) هذا أعمّ، و هو قريب من تعريف المشهور بناء على إرادة التساوي في الحقيقة، لا في النوع و الصنف. و أمّا بناء على توجيهه بالتساوي في قيمة أفراد الصنف كان تعريف الشهيد قدس سره أعمّ، كأعمّيته من تعريف الدروس و الروضة.

(3) هذا أيضا أعمّ من تعريف مشهور الخاصّة، لأنّ كثيرا من القيميات لا تباع جزافا، بل لا بدّ من تقديرها بكيل أو وزن كالفواكه الرطبة، و الحبوب، و المعاجين.

و لا يخفى أنّ التعاريف الثلاثة المنقولة عن العامة مشتركة في ضبط المثلي بالمكيل و الموزون، و يكون اختلافها بالإطلاق و التقييد، فهذا التعريف مطلق، و يشتمل التعريف الثاني و الثالث على قيد زائد.

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ الروضة البهية، ج 7، ص 36

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 183؛ كفاية الأحكام، ص 257

(3) غاية المراد، ص 135

(4) روضة الطالب، ج 4، ص 108

ص: 312

وعن آخر منهم: «زيادة جواز بيعه سلماً» (1).

وعن ثالث منهم: «زيادة جواز بيع بعضه ببعض» (2). إلى غير ذلك ممّا حكاه في التذكرة (3) عن العامّة [1].

---

(1) فيصير أخصّ من تعريف المثليّ ب «مطلق ما يقدر كمّه بالكيل أو الوزن» لتوقّف بيع السلم على إمكان ضبط المبيع بالوصف. فما يعتبر فيه المشاهدة كالجلود لا تباع سلماً.

(2) كجواز بيع الحنطة بمثلها كيلاً أو وزناً، والتمر بمثله، وهكذا. فيندرج فيه كلّ مكيل أو موزون جاز بيعه ببعض آخر من جنسه، وهو صادق على جملة من القيميّات.

(3) قال فيها- بعد حكاية تعريف شيخ الطائفة والتعاريف الثلاثة عن العامّة-: «وقال بعضهم: المثليّات هي التي تقسم بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم ..»

وقال آخرون: المثليّ ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة .. ويقرب منه قول من قال: المثليّات هي التي تتشاكل في الخلقة وفي معظم المنافع، أو ما يتساوى أجزاءه في المنفعة والقيمة. وزاد بعضهم: من حيث الذات لا من حيث الصفة .. إلخ» (1) مما لا جدوى في نقله، فراجع.

---

[1] وفي حاشية المحقّق الأيرواني قدّس سرّه على المتن: «والأحسن أن يعرف المثليّ بما تشابهت أفرادها وجزئياتها في الصورة والصفات، اللازم منه التساوي في الرغبات، اللازم منه التساوي في المائيّة. وعلى هذا فجنس الحنطة المختلف الأنواع والأصناف اختلافاً فاحشاً إن لم يكن مثليّاً صادقاً عليه التعريف، فأصنافه النازلة مثلية البتة» (2).

ويمكن أن يقال: إنّ تفرّغ ما في الذمّة مقام، وتعريف المثليّ وتمييز كون شيء

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 97

ص: 313

---

مثليًا عن كونه قيمًا مقام آخر، لأنّ تفرّغ الذمّة إنّما يحصل بأداء ما اشتغلت به من الجهات الكليّة و الشخصية الدخيلة في الماليّة. فالمثليّة إنّما تكون بلحاظ الجامع الذي له أفراد كثيرة متماثلة في الصفات التي تختلف بها الرغبات. فكلّ كليّ تكثر أفراده المتماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات الدخيلة في اختلاف المالية يكون مثليًا، و القيميّ بخلافه.

و على هذا فمنتوجات المعامل الحديثة من الفروش و الظروف و غيرها مما يغلب اتّفاقها في الصفات المختلفة بها الرغبات كلّها مثليّة، لتساويها في المقدار و الهيئة.

و عليه فالذهب و الفضة المسكوكان و كذا غير المسكوكين - إذا لم يكونا مصوغين - من المثليّات. و أمّا المصوغان فهما من القيميّ، لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات، و اختلاف الماليّة. و كذا الحال في الحديد و النحاس.

وقيل في ضابط المثليّ و القيميّ: إنّ ماليّة الأموال تارة تكون باعتبار الجامع و الجهات الكليّة من دون لحاظ المشخصات الفرديّة كالحنطة، فإنّ ماليّتها إنّما تكون بالحنطيّة، و الحمرة و الصفرة و غيرها من الجهات الكليّة نظير كتابة زيد لانسائيته.

و اخرى تكون بلحاظ الجهات الشخصية و الخصوصيّات الفرديّة. فالأوّل هو المثليّ، و الثاني هو القيميّ.

و على هذا فالمثليّ هو الكليّ الذي تكون ماليّة أفراده بالجهات الكليّة الجنسيّة أو النوعيّة أو الصنفيّة، بحيث لا دخل للخصوصيّات الشخصية في ماليّتها.

و لعلّه يرجع إلى هذا التعريف ما أفاده المحقّق الخراساني قدّس سرّه بقوله: «فالأولى تعريفه بما كثر أفراده التي لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفة بحسب الرغبات» «1». و القيميّ بخلافه كالفرس، فإنّ مناط ماليّته هي الجهات الشخصية.

---

(1) حاشية المكاسب، ص 35

ثم (1) لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشعبة. وليس

(1) هذا تتمّة البحث عن معنى المثلي، و تمهيد لبيان حكم الشك في كون المضمون مثلياً أو قيمياً. و توضيحه: أن تعرّض الفقهاء لتفسير المثلي والقيمي منوط بوقوع لفظهما موضوعاً لحكم شرعي في لسان الدليل، كموضوعية «الصعيد» لجواز التيمّم به، و موضوعية «المفازة و الوطن و الغناء» لأحكام أخرى، فلو لم يتعلّق به حكم لم يكن شأن الفقيه تحقيق معنى اللفظ. هذا بحسب الكبرى.

و أمّا بحسب الصغرى فلم يرد لفظ «المثلي» في نصوص الضمان حتى يبحث عن مفهومه. فالداعي لبيان معناه هو الإجماع على ضمان المثلي بالمثل، فيلزم حينئذ تعريفه لتمييز المضمون، و أنه مثلي أو قيمي.

و على هذا نقول: إمّا أن يكون «المثلي» بمعناه اللغوي و هو المماثل و «الشبيه» (1) و إمّا أن يكون منقولاً عن اللغة إلى معنى آخر شرعياً أو متشعباً، كنقل ألفاظ الصلاة و الزكاة و الحجّ و نحوها عن معانيها اللغوية إلى ما ينسب إلى أذهان المتشعبة. و إمّا أن يكون بمعناه العرفي، و هو أعمّ من اللغوي. هذا بحسب الثبوت.

فما تنتجها المعامل الحديثة يكون مثلياً، لأنّ ماليته بجهاته الكليّة، مثل كون الطرف المنتج فيها من القسم الكذائيّ. و كذا الذهب و الفضة المسكوكان و غير المسكوكين قبل الصياغة. و أمّا بعدها فإن كانت مصنوعة في المعامل فهي مثلية أيضاً، لتساوي أفراد كلّ صنف منها في الوزن و عيار الذهب. و إن كانت مصنوعة باليد كانت قيمية، لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات و اختلاف المآلية.

و إن أمكن جعلها مثلية أيضاً، لإمكان صوغ أسورة عديدة متساوية وزناً و قدراً.

هذا كلّه إذا أحرز كون المضمون مثلياً أو قيمياً. و أمّا إذا شكّ فيه، فسيأتي البحث عنه في آخر هذا الأمر الرابع إن شاء الله تعالى.

(1) المصباح المنير، ص 563

ص: 315

المراد معناه اللغوي، إذ (1) المراد بالمثل لغة المماثل [1]. فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس (2)، وإن أريد من بعضها فغير مطّرد (3). وليس (4) في النصوص

وَأَمَّا بحسب مقام الإثبات فلا يراد منه المعنى اللغويّ وهو المماثل، لما تقدّم من الإشكال الثاني على تعريف المشهور، حيث إنّه غير جامع لأفراد المثليّ لو أريد التماثل من جميع الجهات، وغير مانع عن دخول بعض القيميّات فيه لو أريد التماثل من بعض الجهات. وأما المعنى الثاني - وهو نقله إلى اصطلاح شرعيّ أو متشرعيّ - ففيه: أنّه لا حقيقة شرعيّة ولا متشرعيّة في مثله.

فيتعيّن إرادة معناه العرفي بأن يقال: إنّ الفقهاء بصدد بيان مفهومه عرفاً.

نعم اختلف المجمعون في مثليّة جملة من الأشياء، والقاعدة تقتضي الحكم بضمان المثليّ بمثله إذا كانت مثليّته متفقاً عليها، والرجوع في الأمور المختلف فيها إلى وجه آخر سيأتي بيانه.

(1) تعليل لعدم إرادة معنى «المثل» لغة في مبحث الضمان.

(2) يعني: فغير منطبق على أفراد المعرف، بمعنى عدم كونه جامعاً لأفراده.

(3) أي: غير مانع عن دخول أفراد القيميّ في التعريف.

(4) هذا إشارة إلى الكبرى المتقدّمة بقولنا: «و توضيحه: أن تعرّض الفقهاء .. إلخ»

[1] هذا خلط بين المثل الذي هو مباين للمال التالف، وبين المثليّ الذي هو كليّ ينطبق عليه ويصحّ حمله عليه بالحمل الشائع، وكلامنا في الثاني الذي عرف بتعاريف.

والمثل بالمعنى الأوّل موضوع لأداء ما في الذمّة، لصدق الأداء الرفع للضمان عليه، لكونه الفرد المماثل للتالف من جميع الجهات الدخيلة في مالية التالف. ولم يتصدّد أحد لتعريفه وإن تصدّوا لتعريف المثليّ الذي هو الكليّ. والإشكالات الطردية والعكسيّة واردة على تعريف المثليّ، لا تعريف الفرد المماثل للتالف.

حكم يتعلّق بهذا العنوان حتى يبحث عنه.

نعم (1) وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على «أنّ المثليّ يضمن بالمثل وغيره بالقيمة» و من المعلوم أنّه لا يجوز الاتّكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين (2). و حينئذ (3) فينبغي أن يقال: كلّما كان مثليًا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل، للإجماع [1]. و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين. فإنّ صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيمّات (4)،

---

و كان المناسب تقديم الوجه الداعي لهذا البحث المفصّل عن معنى المثليّ.

(1) استدراك على ما يفهم من قوله: «و ليس في النصوص ..» يعني: أنه و إن لم يرد لفظ المثليّ في الأخبار، لكنّه ورد في دليل تعبديّ آخر و هو الإجماع.

(2) سيأتي في المتن ذكر بعض موارد اختلاف الفقهاء في المثليّة و القيميّة، مع اتّفاقهم على أصل الحكم و هو ضمان المثليّ بالمثل.

(3) أي: و حين عدم جواز الاتّكال- في تشخيص صغريات المثليّ- على قول بعض المجمعين فينبغي أن يقال .. إلخ. و قد ذكر المصنّف من موارد المختلف في مثليّتها و قيميّتها أموراً أربعة ستأتي في المتن.

(4) قال قدّس سرّه فيه: «و أمّا إذا كان- أي التالف- من جنس الأثمان لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون ممّا فيه صنعة، أو لا صنعة فيه، فإن كان ممّا لا صنعة فيه- و هو

---

[1] ظاهر هذه العبارة و قوله: «و حينئذ فينبغي أن يقال .. إلخ» أنّ مثليّة بعض الأموال و قيميّة الآخر تعبديّة، فلا بدّ من الرجوع إلى الدليل الشرعيّ في تعيينه و هو الإجماع بالنسبة إلى بعض الموارد. و الظاهر أنّه ليس كذلك، لأنّ المثليّة و القيميّة من الموضوعات العرفيّة التي يرجع فيها إلى العرف، فإنّفاق المجمعين في بعض الموارد، و اختلافهم في الآخر إمّا هو من حيث كونهم من أهل العرف، لا من حيث إنهم من أهل الشرع. هذا ما قيل، فتأمل فيه.



و ظاهر غيره (1) كونهما مثليين. وكذا الحديد و النحاس و الرصاص، فإنّ ظواهر عبارة المبسوط (2) و الغنية و السرائر كونها قيمية. و عبارة التحرير «1» صريحة في كون أصولها مثلية، وإن كان المصوغ منها قيمياً.

---

النقرة- فعليه قيمة ما أُلّف من غالب نقد البلد .. فأما إذا كان فيها صنعة، لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون استعمالها مباحاً أو محظوراً. فإن كان استعمالها مباحاً كحليّ النساء و حليّ الرّجال مثل الخواتيم و المنطقه .. فإن كان غالب نقد البلد من غير جنسها قومت به .. إلخ» (2). و المستفاد منه تقويم الذهب و الفضة بنقد البلد، سواء كانا سبيكتين، أم مصوغتين.

(1) كابن إدريس و المحقّق و العلامة و فخر الدين و الشهيد و المحقّق الثاني، على ما حكاه عنهم السيد الفقيه العاملي قدّس سرّهم، ذكر ذلك شارحاً لقول العلامة: «و الذهب و الفضة يضمنان بالمثل، لا بنقد البلد» (3).

(2) قال فيه: «فإن كان- أي التالف- من غير جنسها- أي جنس الأثمان- كالثياب و الخشب و الحديد و الرصاص و النحاس و العقار و نحو ذلك من الأواني كالصّحاف و غيرها فكلّ هذا و ما في معناه مضمون بالقيمة» (4).

و في التذكرة أيضاً، حيث قال بعد ذكر عديد من الأشياء: «و الأظهر عندهم أنّها بأجمعها مثلية» (5). و كلامه قدّس سرّه ناظر إلى أصولها- كما نسبه المصنّف إليه في التحرير- لا المصنوع منها.

---

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

(2) المبسوط، ج 3، ص 60 و 61

(3) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 258؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 384

(4) المبسوط، ج 3، ص 60؛ غنية النزوع، ص 537، السطر 13؛ السرائر الحاوي، ج 2، ص 480

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381، السطر 31

ص: 318

وقد صرّح الشيخ (1) في المبسوط «1» بكون الرّطب و العنب قيميّاً، و التمر و الزبيب مثليّاً.

و قال في محكيّ المختلف: «إنّ (2) في الفرق إشكالا» بل (3) صرّح بعض من قارب عصرنا «2» «بكون الرّطب و العنب مثليّين».

و قد حكى (4) عن موضع من جامع المقاصد: «أنّ الثوب مثليّ» و المشهور خلافه.

و أيضا (5) فقد مثّلوا للمثليّ بالحنطة و الشعير. و لم يعلم أنّ المراد نوعهما

---

(1) تقدّم نقل كلامه آنفاً، فراجع. و هذا ثالث موارد الاختلاف.

(2) قال بعد نقل كلام الشيخ قدّس سرّه: «و في الفرق إشكال» «(3)».

(3) الوجه في الإضراب هو: أنّ العلامة لم يحزم بمثلية الرّطب و العنب، و إنّما استشكل في الفرق بين العنب و الزبيب بجعل العنب قيميّاً و الزبيب مثليّاً. و أمّا المحقّق القميّ قدّس سرّه فلم يتردّد في مثليّة الرّطب و العنب، فيكون مخالفاً لشيخ الطائفة قدّس سرّه.

(4) هذا مورد رابع ممّا اختلفوا في كونه مثليّاً أو قيميّاً، قال المحقّق الثاني قدّس سرّه بعد نقل تعريف المبسوط: «و نقض بالثوب و نحوه، فإنّ قيمة أجزائه متساوية، و ليس بمثليّ» «(4)». و لم يظهر أنّ النقض بالثوب منه أو من غيره من الفقهاء.

(5) لم يختلفوا في كون الحنطة و الشعير مثليّين، فغرض المصنّف قدّس سرّه أنّهما و إن كانا متيقّنين من المثليّات، إلّا أنّه لم يظهر منهم أنّ المثليّة هل هي ملحوظة بالنسبة إلى أفراد طبيعة نوعيّة كالحنطة مثلاً، فأنواعها و أصنافها أفراد الكلّيّ المثليّ؟ أم أنّها

---

(1) المبسوط، ج 3، ص 60 و 99 و 100

(2) هو المحقّق القميّ في جامع الشتات، ج 2، ص 543 و 544

(3) مختلف الشيعة، ج 6، ص 135

(4) جامع المقاصد، ج 6، ص 243 و 244، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 241

ص: 319

أو كلِّ صنف (1)، و ما المعيار في الصنف؟ و كذا التمر.

### [حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً]

و الحاصل: أن موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها كثيرة (2)، فلا بدّ (3)

ملحوظة بالنسبة إلى الأصناف، فكلّ صنف مثليّ بالنسبة إلى خصوص جزئياته، لا بالنسبة إلى سائر الأصناف. و هل المراد بتساوي الأجزاء في القيمة تساويها من جميع الجهات أو من بعضها؟

(1) حيث إنّ للتمر عشرات الأصناف، فهل مناط مثليّته صدق الحقيقة، أم النوع.

(2) كالأراضي، فقد اختلفوا في ضمانها بالمثل أو بالقيمة.

حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً

(3) هذا شروع في المقام الثالث ممّا تعرّض له في الأمر الرابع، و هو حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً. و كان المناسب بيان الأدلة على أصل اعتبار المثل، ثمّ التعرض لحكم الشك. و قد اقتصر قدّس سرّه على نقل إجماعهم على الحكم، و آخر الوجهين الآخرين.

و كيف كان ففي تردّد المضمون بين المثليّ و القيميّ وجوه أربعة:

أولها: الضمان بالمثل معيّناً.

ثانيها: الضمان بالقيمة كذلك.

ثالثها: تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

رابعها: تخيير المالك بينهما.

و اضطربت كلمات المصنّف قدّس سرّه في حكم المسألة، فرجّح أولاً تخيير الضامن بين دفع المثل و القيمة، ثمّ تخيير المالك لو كان تخيير الضامن مخالفاً للإجماع. ثمّ قوّى تخيير المالك من أول الأمر. ثمّ عاد إلى تقوية تخيير الضامن، و في آخر البحث ذهب إلى اقتضاء أدلة الضمان ثبوت المثل في العهدة، لكونه أقرب إلى التالف، و سيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

من ملاحظة أن الأصل (1) الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة؟

ولا يبعد أن يقال (2): إن الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة (3) براءة ذمته

(1) ظاهره هو الأصل العملي من البراءة أو الاشتغال، لكن المراد به أعم منه و من الأصل اللفظي، لما سيأتي من الاستدلال بحديث «على اليد» على تخيير المالك.

(2) أشرنا آنفاً إلى أن المصنّف قدس سرّه رجّح بدوا تخيير الضامن في مقام تفرّغ ذمّته بين أداء المثل والقيمة. وهو مبني على أمرين:

أحدهما: جريان أصالة البراءة عن ضمانه بأمر زائد على ما يختاره.

ثانيهما: الإجماع- بل الضرورة- على عدم وجوب الجمع بين المثل والقيمة.

أمّا الأول فتوضيحه: أنّ الضامن يعلم باشتغال ذمته بما تلف عنده من مال الغير، و لكنّه- عند الشكّ في كون التالف مثلياً وقيميّاً- إذا أدّى أحدهما إلى المالك يشكّ في اشتغال عهده بأمر زائد على ما أدّاه، و من المعلوم جريان أصالة البراءة النافية لضمانه بشيء آخر. فإن دفع المثل نفى ضمانه بالقيمة بالأصل. و إن دفع القيمة نفى به ضمانه بالمثل.

هذا بناء على ما حقّق في الأصول من جريان الأصل في الأحكام الوضعيّة كجريانه في التكليفيّة. و إن قلنا باختصاص الجعل بالتكليف جرى الأصل في منشأ الانتزاع و هو وجوب الغرامة.

و أمّا الثاني فلائّه لولا الإجماع على عدم وجوب الجمع بين الخصوصيّتين اقتضت أصالة الاشتغال دفع المثل والقيمة معا تحصيلاً للقطع بالفراغ.

و بتماميّة الأمرين يتّضح وجه تخيير الضامن.

(3) بناء على كون الفرق بين المثل والقيمة هو الفرق بين الأقلّ و الأكثر، فيكون الشكّ في وجوب المثل شكّاً في وجوب الأكثر. و أمّا بناء على كونهما من قبيل المتباينين- لكون المراد من القيمة في المقام النقد الواقع ثمننا كالدينار و الدرهم-

فيرجع عند الشك في أحدهما بعينه إلى أصالة الاحتياط.

(1) شرع المصنّف من هذه العبارة في ترجيح تخيير المالك بين مطالبة المثل أو القيمة، وسلك لإثباته طريقين، أحدهما: بالنظر إلى الإجماع على عدم تخيير الضامن في مقام تفرغ ذمته، والآخر: مع قطع النظر عن هذا الإجماع.

أمّا الأول- وهو تخيير المالك مع الالتفات إلى الإجماع- فيدلّ عليه وجهان:

أولهما: أصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك، كما إذا زعم الضامن كونه مخيراً، فأدّى القيمة إلى المالك، ولم يرض بها، إذ يشك حينئذ في فراغ ذمّة الضامن عمّا اشتغلت به قطعاً، ومقتضى استصحاب بقاء ما في العهدة عدم حصول البراءة بدفع ما يختاره الضامن ولم يرض به المالك. وقد تقرّر حكومة الاستصحاب على الأصل غير المحرز كالبراءة، فلا سبيل لإثبات تخيير الضامن بالتمسك بأصالة البراءة.

ثانيهما: حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» حديث إنّ الضمير المحذوف الراجع إلى «ما» الموصول ظاهر في تحقق الأداء- المسقط للضمان- بردّ نفس العين، إلّا إذا رضي المالك بردّ غيرها، فلا يرتفع الضمان بردّ غير العين إلّا برضا المالك، و مرجع هذا إلى تخيير المالك. فلو أدّى الضامن القيمة المغايرة للعين المضمونة- ولم يرض المالك بها- دلّ الحديث على بقاء مال الغير في عهدة الآخذ، و عدم حصول الغاية- وهي: حتّى تؤدّي- المفرّغة لما في الذمّة.

و أمّا الثاني:- أعني به ثبوت تخيير المالك مع الغضّ عن الإجماع على عدم تخيير الضامن- فيقتضيه أصالة الاشتغال، للشكّ في فراغ ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك. ولا ريب في أنّ الاشتغال اليقينيّ يقتضي البراءة اليقينيّة المنوطة بدفع المثل و القيمة معا. نعم الإجماع قائم على عدم وجوب الجمع بينهما.

ولكنّه لا يثبت تخيير الضامن، وإتّما يثبت تخيير المضمون له، لأنّه مالك لذمّة

فالأصل (1) تخيير المالك، لأصالة عدم (2) براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك.

الضامن، فله مطالبة ما شاء.

فإن قلت: إن أصالة البراءة معارضة لقاعدة الاشتغال، فتساقطان، لكونهما في رتبة واحدة، فلا يبقى مرجح لتخيير المالك من أول الأمر، و ينتهي الأمر إلى الطريق الأول المنوط بالاعتماد على الإجماع على عدم تخيير الضامن.

قلت: لا معارض لأصالة الاشتغال هنا، لعدم جريان أصالة البراءة في أمثال المقام مما يكون المتعلق دائرا بين المتباينين، وهما المثل و القيمة، إذ لو كانت القيمة هي مجرد مآلية المضمون الموجودة في جميع الأعيان المتمولّة كانت هي الأقلّ، و كان المثل الواجد للجهات الصنفيّة المشتركة مع التالف هو الأكثر، فيكون المقتضي لجريان أصالة البراءة عن وجوب دفع الأكثر موجودا، و هي معارضة لقاعدة الاشتغال المقتضية لتخيير المالك.

ولكن المراد بالقيمة في باب الضمان هو النقد الواقع ثمنا كالدرهم و الدينار و الأنواط التي يعامل بها. و من المعلوم أنّ المثل و النقد متباينان، لعدم كون القيمة بعضا من المثل حتى تجري أصالة البراءة عن الأكثر، كما تجري في الزائد على المتيقن عند دوران الدين بين تسعين و مائة درهم مثلا.

و عليه فقاعدة الاحتياط تجري بلا معارض، و بعد الإجماع على عدم وجوب أداء الخصوصيّتين يتّجه تخيير المالك في قبول المثل أو القيمة. هذا تقريب القول بتخيير المالك.

(1) هذا الأصل أعمّ من العمليّ و اللفظي، لأنّه استدللّ بحديث «على اليد» و هو دليل اجتهاديّ.

(2) أي: استصحاب بقاء المضمون على عهدة الضامن، و قد عرفته بقولنا:

«أولهما: أصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك .. إلخ».

مضافاً إلى عموم (1) «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» فإن مقتضاه (2) عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر (3).

و الأقوى (4) تخيير المالك من أول الأمر (5)، لأصالة الاشتغال.

و التمسك (6) «بأصالة البراءة» لا يخلو من منع (7).

نعم يمكن أن يقال (8):

---

(1) هذا أصل لفظي يقتضي تخيير المالك. وقد أوضحناه بقولنا: «ثانيهما:

حديث- على اليد- حيث إن الضمير .. إلخ».

(2) أي: مقتضى عموم «على اليد» عدم ارتفاع الضمان .. إلخ.

(3) وبقي- ما لم يرض المالك به- في عموم «على اليد» المقتضي للضمان بقاء، كاقضائه له حدوداً بمجرد وضع اليد.

(4) هذا هو الطريق الثاني لإثبات تخيير المالك، وقد عرفته بقولنا: «و أمّا الثاني .. فيقتضيه أصالة الاشتغال .. إلخ».

(5) يعني: مع قطع النظر عن الإجماع على عدم تخيير الضامن.

(6) مبتدأ خبره «لا يخلو من منع» وهو دفع دخل، وقد تقدّم توضيحهما بقولنا: «فإن قلت: إن أصالة البراءة معارضة لقاعدة الاشتغال .. قلت: لا معارض لأصالة الاشتغال .. إلخ».

(7) إمّا لما ذكرناه من كون العلم الإجمالي بالمثل والقيمة من قبيل العلم الإجمالي بالمتباينين، وإمّا لما قيل من كونه من التعيين و التخيير الذي هو مجرى أصالة التعيينية، فتأمل.

(8) هذا نظره الثالث في المسألة، وهو إثبات التخيير بين المثل والقيمة عقلاً بمنأى دوران الأمر بين المحذورين، لا التخيير الشرعي كما تقدّم في النظرين السابقين، وهما تخيير الضامن و تخيير المالك.

و هذا الوجه يعتمد على مقدمتين:

الأولى: عدم تمامية شيء من الأقوال الأربعة، وهي تعيين المثل، وتعيين القيمة، وتخيير الضامن، وتخيير المالك، إذ لو نهض دليل على ترجيح أحدها تعيّن المصير إليه، سواء أكان الدليل الشرعي أصلاً لفظياً كحديث «على اليد» أم عملياً كالاستصحاب والاشتغال والبراءة. فإذا نوقش فيها- إما لقصور المقتضي وإما لوجود المانع وهو المعارضة- تصل النوبة إلى تعيين الوظيفة بحكم العقل.

الثانية: قيام الإجماع على عدم تخيير المالك بين مطالبة المثل والقيمة، إذ لو تمّ هذا الإجماع كان الدليل الاجتهاديّ على تخييره شرعاً موجوداً، ومعه لا مجال للتمسك بالأصل العمليّ العقليّ المتأخّر رتبة عن الأصول الشرعيّة.

وبناء على هاتين المقدمتين نقول: إنّ المستقرّ في عهدة الضامن إمّا المثل أو القيمة، فإن رضي المالك بما يؤدّيه الضامن فلا كلام. وإن لم يرض به فإن كانت الذمّة مشغولة بالمثل واقعا ودفع القيمة إلى المالك لم تفرغ ذمّته عمّا اشتغلت به. وإن كانت مشغولة بالقيمة كذلك وأدى المثل لم تفرغ ذمّته. كما أنّه لو كان على الضامن هو المثل لم يكن للمالك الامتناع عن قبوله، وليس له مطالبة القيمة، وكذا لو كان عليه القيمة لم يكن للمالك الإباء عن قبولها.

فيدور أمر كلّ من الضامن والمالك بين المحذورين. أمّا الضامن فلأنّ ما عليه واقعا إحدى الخصوصيّتين مع فرض عدم وجوب الجمع بينهما.

وأمّا المالك فلاستحقاقه واقعا أحد الأمرين لا كليهما، ولا تخيير شرعا بينهما حسب الفرض. فيقال بالتخيير عقلا من باب الاضطرار. كما يقال في تخيير المجتهد في مقام الفتوى في ما لو اختلفت الأمة على قولين، ولم يقدّم على أحدهما دليل بالخصوص، ولم يجز إبداع رأي ثالث في المسألة، فيتخيّر عقلا في الفتوى على



- بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال (1)، و الإجماع (2) على عدم تخيير المالك - بالتخيير (3) في الأداء، من جهة دوران الأمر بين المحذورين [1] أعني (4): تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، ولا للضامن الامتناع (5)،

---

طبق أحد القولين، هذا.

(1) هذا إشارة إلى المقدّمة الأولى. و عدم ترجيح بعض الأقوال مبنيّ على الغصّ عمّا جعله أقوى من تخيير المالك.

(2) بالجرّ معطوف على «عدم» يعني: و بعد الإجماع على عدم تخيير المالك.

و هذا إشارة إلى المقدّمة الثانية.

(3) متعلق ب «يقال» يعني: يقال بالتخيير العقليّ.

(4) هذا بيان المحذورين. فإن كان المضمون خصوص المثل وجب على الضامن بذله، و لم يجز للمالك الامتناع عن قبوله. و إن كان المضمون خصوص القيمة وجب على الضامن أدائها و لم يجز للمالك مطالبة المثل. و حيث إنّ الواقع مجهول لم يمكن تحصيل العلم ببراءة الذمّة، فيحكم العقل بالتخيير بين أداء المثل و القيمة.

(5) أي: الامتناع عن بذل المثل.

---

[1] فيه: أنّ المقام أجنيّ عن الدوران بين المحذورين اللذين يحكم فيه العقل بالتخيير، و ذلك لأنّه إنّما يكون في أمرين لا يمكن فعلهما و لا تركهما، كدوران الأمر بين وجوب شيء و حرمة، أو وجوب شيء و وجوب ضده، في الضدّين اللذين لا ثالث لهما كالحركة و السكون. و ليس المقام كذلك، لإمكان تحصيل اليقين بالبراءة بدفع المثل و القيمة إلى المالك، ليأخذ المالك ما شاء منهما، و إن لم يخرجها عن ملكه بمجرد الدفع.

و مع إمكان تحصيل اليقين بالبراءة بهذا النحو لا تصل النوبة إلى القرعة.

و تعيّن (1) القيمة كذلك (2)، فلا متيقّن (3) في البين. ولا يمكن (4) البراءة اليقينيّة عند التّشاحّ (5)، فهو (6) من باب تخيير المجتهد في الفتوى.

(1) معطوف على «تعين المثل» يعني: أنّ منشأ كون المقام من موارد الدوران بين المحذورين هو تعيّن أحد الأمرين واقعا، و المفروض عدم طريق إلى إحرازه.

(2) يعني: بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل، و لا للضامن الامتناع عن بذل القيمة.

(3) إذ ليس المثليّ و القيميّ من قبيل الأقلّ و الأكثر حتى يكون الأقل هو المتيقّن، بل هما متباينان، فلا تجري البراءة في المثليّة.

(4) لكونهما متباينين. و عدم الاحتياط في الماليّات، فالمضمون له لا يستحقّ واقعا إلا أحدهما.

(5) بأن لا يأذن الضامن إلا بقبض ما عليه واقعا، و لا يرضى المالك أيضا إلا بما له واقعا، و المفروض جهلهما بالواقع، فلا يمكن تحصيل اليقين بالبراءة.

(6) حيث إنّ الضامن يدور أمر أدائه بين المحذورين، أجزاء المثل بخصوصه، و القيمة كذلك، لعدم القدر المتيقّن الذي تحصل به البراءة، فيتخيّر الضامن حينئذ. نظير تخيير المجتهد في الفتوى بما يختاره من المحذورين اللذين دار أمره بينهما، كما إذا قام عنده خبران متعارضان أحدهما يأمر بفعل و الآخر ينهى عنه، فإن كان الخبر الأمر صادرا واقعا وجبت الفتوى بمضمونه و لم تجز الفتوى بالحرمة. و إن كان الخبر النهائي صادرا وجبت الفتوى بالحرمة و حرمت الفتوى بالوجوب.

و حيث إنّ المفروض تردّد الصادر واقعا بين الخبرين فقد تردّد الأمر عنده بين الوجوب و الحرمة، فلا محالة يفتي بمضمون أحدهما، هذا.

(1) لعلّه إشارة إلى: أنّ تخيير المجتهد إنّما هو في تعارض الخبرين دون مثل المقام.

أو إلى: أنّ التخيير منوط بعدم ترجيح لأحد الأقوال، و المفروض وجود المرجّح لتخيير المالك من أول الأمر، فلا وجه لتنظيره بتخيير المجتهد.

[1] إذا شكّ في كون مال مثليًا أو قيميًا لأجل الشبهة المفهوميّة فهل الأصل يقتضي تعيين المثل أو القيمة أو تخيير الضامن أو المالك؟ احتمالات. قد عرفت في التوضيح مبانيها.

وقبل بيان الأصل الذي ينبغي الرجوع إليه عند الشك في المثليّة و القيمة لا بدّ من تقديم مقدّمتين نافعتين في جميع موارد الضمانات.

إحدهما: أنّ القيميّ و المثليّ من المتباينين أو الأقلّ و الأكثر. فإن أريد بالقيمة مطلق الماليّة السارية في جميع الأموال كانا من قبيل الأقلّ و الأكثر، لأنّ المثليّ حينئذ مال خاصّ علاوة على الماليّة المشتركة بين سائر الأموال، فتكون المثليّة خصوصيّة زائدة على الماليّة المشتركة.

وإن أريد بالقيمة خصوص ما هو المرتكز في الأذهان و المتسالم عليه من النقود الرائجة التي تقدّر بها ماليّة الأموال و تتمحض في الماليّة كانا من المتباينين. و ربّما يكون هذا ظاهر كلام اللغويين.

ثانيتها: أنّ الدّمّة في باب الضمانات هل تشتغل بنفس الأعيان، بمعنى كون نفس العين على عهدة الضامن مطلقا من غير فرق في ذلك بين ضمان اليد و الإتلاف، و يكون أداء المثل أو القيمة أداء لها، لأنّه حكم العرف، فإنّهم يحكمون بضمان المثل في المثلي و القيمة في القيميّ، إذ لو كان له مثل عادة لا يعدّ إعطاء غيره أداء لها؟ أم تشتغل الدّمّة بالمثل مطلقا، و يكون أداء القيمة بتعدّره نحو أداء له، أو بدلا اضطراريًا، أم تشتغل ابتداء في المثليّ بالمثل، و في القيميّ بالقيمة مطلقا كما نسب إلى المشهور، أم تشتغل بالقيمة مطلقا حتّى في ضمان اليد. أم يفصل بين ضمان اليد و غيره.

قد يقال: لو بني على المتعارف و تنزيل الإطلاقات الواردة في الضمان عليه كان مقتضى ذلك ضمان المائيّة مطلقا و ليست الخصوصيّات العينيّة ملحوظة في نظر العرف إلاّ عبّرة إلى مرتبة مائيّة المال، و لذا لو سقط المثل عن المائيّة لم يلتفتوا إليه أصلا.

و لا يرون دفعه تداركا. و كذا لو زاد في المائيّة لا يرون المالك مستحقّا لأزيد من قيمة ماله.

و بالجملة: ليس النظر في الأموال إلاّ إلى ماليّتها. بل لو كانت خصوصيّة مال مطلوبة كان ذلك لأمر خارجيّ غير دخيل في حيثيّة الضمان. و إنّما يدور الضمان مدار التمول في أي عين كان بلا خصوصيّة للنقدين، و لا للمماثل و لا لغيرهما.

و هذا في غاية الغرابة، إذ لازمه ارتفاع الضمان بجبران المائيّة بأيّ مال كان، فلو أتلف متّا من حنطة زيد، و دفع إليه مقدارا من الدهن يساوي قيمة متّ الحنطة- و إن لم يرض به المالك- لزم منه براءة ذمّة الضامن، و هو كما ترى خلاف ما عليه العقلاء في باب الضمانات، إذ لا يرون هذا أداء لما أتلفه، فإنّ العقلاء كما يحكمون بأصل الضمان كذلك يحكمون بكيفيّته. فدعوى كون الضمان مطلقا بالمائيّة- من دون رعاية الخصوصيّات الدخيلة في الرغبات و المائيّة- في غاية الغرابة.

فالحقّ أن يقال: إنّ حكم العقلاء في باب الضمانات هو ثبوت نفس العين التالفة المضمونة على عهدة الضامن، فالاستيلاء على العين الموجب للضمان يوجب ثبوتها في الذمّة. و هذا وجود اعتباريّ للعين، فبدون التلف يكون خروجه عن عهدها بدفع عينها إلى مالكها، و مع التلف يكون أداؤها بإعطاء مماثلها إن كان مثليّا، و قيمتها إن كان قيميّا. و ثمرة ثبوت العين في الذمّة هو كون المدار في القيميّة قيمة يوم الأداء لا يوم التلف.

و هذا- أي ثبوت نفس العين في الذمّة إلى وقت الأداء- ممّا تقتضيه الأدلّة الشرعية أيضا كحديث «على اليد» فإنّ ظاهره كون نفس المأخوذ على الآخذ و مستعليا

عليه كما هو قضيّة كلمة على الاستعلائيّة، حيث إنّ الظرف مستقرّ متعلّق بفعل من أفعال العموم، فكأنّه قيل: المأخوذ ثابت على الآخذ، فالثابت على العهدة محمول على نفس المأخوذ، نظير قوله تعالى وَ عَلَي الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ حَيْثُ إِنَّ الرِّزْقَ بِنَفْسِهِ ثَابِتٌ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ، و جعل شيء على شخص ظاهر في كونه على عهده، ولذا استظهر الأصحاب من هذه الآية المباركة ملكيّة النفقة للزوجة، و التفصيل في محله.

و بالجملة: لا مانع من جعل شخص المأخوذ على العهدة اعتبارا كما في الكفالة، فإنّ الشخص المكفول يكون على عهدة الكفيل اعتبارا، فإن كانت العين موجودة كان أدائها بنفسها، و إن كانت تالفة كان أدائها بما هو أقرب إليها. و لا يعارضها سائر أدلّة الضمانات كآية الاعتداء على فرض دلالتها على ضمان المثل و القيمة، لأنّ ظاهرها تجويز الاعتداء بهما أي التقاص - يعني: على عهدة الغاصب ما يكون تقاصه بالمثل أو القيمة - و هو لا يدلّ على أنّ ما في العهدة نفس العين أو القيمة أو المثل، إذ لو كان ما على العهدة نفس العين فلازمه أيضا التقاص بالمثل أو القيمة، فهذا اللازم أعمّ من كون ما في الذمّة نفس العين أو المثل أو القيمة.

فظهر «على اليد» يكشف عن كفيّة الضمان و لا ينافيه الآية الشريفة، و لا دليل احترام مال المؤمن و أنّه كدمه، إذ لا يدلّ على كفيّة الضمان، بل يدلّ على نفس الضمان و عدم هدره. و كذا سائر أدلّة الضمانات، فإنّها لو لم تكن ظاهرة في ضمان نفس العين و ثبوتها على العهدة ليست ظاهرة في الخلاف. فالبناء العقلائيّ الذي يساعده الدليل الشرعيّ كحديث «على اليد» قد استقرّ على كون الثابت في ذمّة الضامن نفس العين، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إنّ ما وقع تحت اليد هو الموجود الخارجيّ، و لا ريب في انعدامه بالتلف، فلا بدّ أن يسقط الضمان بسبب التلف، إذ الماهيّة المعرّاة عن الوجود الخارجيّ لم تقع تحت اليد، و لا يمكن وقوعها عليه. فلا يستفاد من حديث اليد ضمان المأخوذ بعد التلف.

و الحاصل: أنّ الحديث في مقام بيان وجوب ردّ المأخوذ الموجود إلى مالكه، و لا يدلّ على وجوب ردّ بدله بعد التلف، لأنّ ظاهره كون المضمون ما هو الموجود خارجاً، لا الأعمّ منه و من المعدوم الذي يعتبر موجوداً باقياً، فلا يستفاد من الحديث اعتبار نفس العين على العهدة بعد التلف، كما لا يستفاد ذلك أيضاً من أدلّة الضمانات.

فالمرجع حينئذ في كيفية الضمان هو العرف، و من المعلوم أنّهم يحكمون بضمان المثل في المثليّ و القيمة في القيميّ، لأنّ ذلك أقرب إلى التالف، و صدق الجبران و تدارك الفائت عليه أولى من غيره، كمطلق الماليّة، فالضمان من أول الأمر يتعلّق ببدل التالف مثلياً أو قيميّاً، لا بنفس العين بوجودها الاعتباريّ، فإنّه و إن كان ممكناً ثبوتاً، لكنّه لا دليل عليه إثباتاً.

ثمّ إنّ الظاهر - كما أشير إليه - عدم تعبد في نفس الضمان و لا في كفيّته، بل كلاهما من الأحكام العقلانيّة، فما اشتهر بين الأصحاب من ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة ممّا يساعده الارتكاز العقلانيّ، فالضمان عندهم عبارة عن عهدة الخسارة للمال بالتلف. و لا ينافي هذا الارتكاز شيء من أدلّة الضمان، فالضمان المأخوذ في أدلّته ليس إلّا عهدة الخسارة في صورة التلف، و جبران الخسارة بمقتضى الارتكاز العقلانيّ إنّما هو بالمثل في المثليّ، و بالقيمة في القيميّ.

إذا عرفت هاتين المقدّمتين فاعلم: أنّ مقتضى العلم الإجمالي باشتغال ذمّة الضامن بإحدى الخصوصيّتين اللّتين هما بدل التالف - لحكم العقل بأنّ الضمان هو تدارك خسارة التالف ببده الأقرب إليه، و هو المثل أو القيمة - هو الاحتياط بدفع المثل و القيمة إلى المضمون له، غاية الأمر أنّه يجب على المالك أخذ أحدهما، للإجماع على عدم الاحتياط في الماليّات، و لقاعدة الضرر. و لو لم يرض بأحدهما فالظاهر تعيّن القرعة بناء على جريانها في الشبهات الحكمية، و إلّا فالصلح القهري.

(1) هذا إشارة إلى دليل آخر على أصل الحكم بضمان المثليّ بالمثل - كما سيأتي تصريحه به في المتن بقوله: نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه بالقول المشهور- و الظاهر أنّ غرضه قدّس سرّه من التعرّض له هنا- بعد الفراغ عمّا يقتضيه الأصل العمليّ في الشك في كون التالف مثلياً وقيميّاً- هو: استفادة حكم المسألة من الدليل الاجتهاديّ أعني به إطلاق أخبار الضمان مقاميّاً، في قبال ما تقدّم من استفادته من الأصل العمليّ المقتضي لتخيير الضامن شرعاً، أو تخيير المالك كذلك، أو التخيير عقلاً.

ولا تجري أصالة البراءة في إحدى الخصوصيّتين- وهي المثليّة- ليكون نتيجته تخيير الضامن، وذلك لكون المقام من المتباينين كما مرّ سابقاً، لا من الأقل والأكثر.

كما لا تجري أصالة التعيينيّة القاضية بتعيين المثل، لأنّ مورد العلم بوجود شيء تعييناً أو تخييراً، كوجوب تقليد المجتهد الأعلم المرّدّد بين كونه بنحو التعيينيّة والتخييريّة. وهذا أجنبيّ عن مطلوبيّة كلّ واحدة من الخصوصيّتين كالمثليّة والقيميّة، فإنّ الضمان تعلق بالخصوصيّة المثليّة أو القيميّة.

كما لا وجه لتخيير المالك، ببيان: أنّ ما يختاره المالك إمّا هو البدل الواقعيّ الذي اشتغلت به ذمّة الضامن، فيكون مسقطاً قهريّاً، وإمّا هو بدل البدل، لرضاء المالك بغير الجنس في مرحلة الوفاء، فيكون مسقطاً أيضاً. فمختار المالك مسقط للذمّة قطعاً دون غيره، لأنّه مشكوك المسقطيّة، والأصل عدم سقوطه إلّا بما يختاره المالك.

إذ فيه: أنّ الكلام في إجراء الأصل بالإضافة إلى ما اشتغلت به ذمّة الضامن من المثل بالخصوص أو القيمة كذلك، لا بالنسبة إلى ما يرضى به المالك بدلا عن ماله التالف، لأنّه قد يكون القيمة في المثليّ والمثل في القيميّ، وقد يكون شيئاً آخر ممّا لا ينضبط. ومن المعلوم أنّ دفعهما معاً مستلزم للعلم بأداء ما في الذمّة، سواء رضي المالك بأحدهما بالخصوص أم لا. فالقطع ببراءة الذمّة لا يتوقّف على دفع ما يختاره المالك، ونسبة الأصل إلى كليهما على حدّ سواء.

و توضيح ما أفاده: أنّ مادّة «الضمان و الغرامة» و ما بمعناها قد وردت في كثير من النصوص المتكفلة لحكم المغصوب، و الأمانات التي فرّط أصحابها فيها كالعين المستأجرة و اللقطة و العارية و الوديعة، و كان السائل يستفهم عن وظيفته الفعلية المبتلى بها، و لم يستفصل منه الامام عليه السلام عن أنّ المضمون مثليّ أو قيميّ، و إنّما حكم عليه السلام بالضمان أو بما يؤدّيه، كما يستفاد أيضا من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» ممّا ظاهره استقرار المأخوذ على عهدة الآخذ إلى أن يرده إلى المأخوذ منه.

و من المعلوم أنّ إهمال خصوصية المضمون - مع تفاوت الأموال في مالها مثل و ما ليس لها مثل - لا بدّ أن يكون لأجل إيكال الأمر إلى ما هو المتعارف بين العقلاء في ما يضمنون به، و عدم إبداع طريقة أخرى في مقام تفرغ الذمّة.

هذا من جهة. و من جهة أخرى نرى استقرار سيرتهم على أنّ من وضع يده على شيء مملوك للغير لزمه رده إليه، و إن تلف لزمه ردّ أقرب شيء إليه، و مع تعدّره يؤدّي قيمة التالف.

و لا ريب في أنّ الأقرب إلى التالف هو مماثلة في جميع الجهات المعبرة في المالية و الأوصاف الدخيلة في رغبة العقلاء فيه، سواء أ كان متّحدا مع المثليّ الذي اصطلح عليه الفقهاء قدّس سرّهم، أم لم يكن كذلك. فالحيوان مطلقا ليس مثليا بنظر الفقهاء، و لكن لا يبعد ضمانه عرفا بما يماثل التالف من جميع الجهات، و لو تعدّر بقيمته.

و عليه فهذا الدليل يقتضي الضمان أولا بمثل التالف، ثم بقيمته، و معه لا مجال للتخيير أصلا.

(1) حاصله: أنّ المستفاد من بناء العرف الممضى شرعا - بمقتضى الإطلاقات المقامية الثابتة لأدلة الضمان المتفرقة في أبواب الفقه - هو: أنّ الضمان في جميع موارد يكون بالمثل، ثم بالقيمة، و معرفة المثل موكولة إلى العرف، و لا تتوقّف على الإجماع على كون الشيء مثليا أو قيميا.



نعم لو شكّ العرف فالمرجع الأصل المتقدّم.

ثم إن مقتضى الإطلاقات هو الترتيب، بمعنى أنّ اللازم أولاً هو المثل، وبعد إعوازه قيمة التالف. بخلاف مقتضى الأصل، فإنّه التخيير، لا الترتيب. ويدلّ على هذا الترتيب ما سيأتي من قوله: «وقد استدلّ في المبسوط .. إلخ» على التقريب الآتي.

(1) كالنبوي: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (1) بناء على اختصاص الأخذ بالقهر كما قيل، فيختصّ الحديث بباب الغصب. و كمرسلة حمّاد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السّلام: «لأنّ الغصب كلّه مردود» (2) بناء على عدم اختصاصه بحال بقاء العين المغصوبة، وشموله لردّها ببذلها.

(2) فمنها: ما ورد في ضمان الأجير، كمعتبرة زرارة و أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صانع أو غيره.

قال: إن كان ضيّع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون» (3) حيث دلّ على ضمان مولى الأجير الذي ضيّع مال المستأجر، مع أنّ الأجير أمين. و لم يفصل عليه السّلام في أنّ المضمون مثليّ أو قيميّ، و إطلاق الضمان منزّل على المتعارف.

ومنها: ما ورد في ضمان الدابة، كمعتبرة عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السّلام، قال: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطها غيره، فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسمّ فليس عليه شيء» (4) حيث إنّ الدابة أمانة بيد المستأجر فرطّ فيها بمخالفته للشرط، فضمنها، و لم يذكر عليه السّلام أنّ

(1) عوالي اللئالي، ج 1، ص 224، الحديث 106

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 309، الباب 1 من أبواب الغصب، الحديث 3

(3) وسائل الشيعة، ج 13، ص 251، الباب 11 من أبواب الإجارة، الحديث 2

(4) المصدر، ص 256، الباب 16 من أبواب الإجارة، الحديث 1، و نحوه الحديث 2 و 3 و 4 و 6، من الباب 17، ص 257 و 258

ضمانها بالمثل أو بالقيمة.

و منها: ما ورد في ضمان الصنّاع، كمعتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«سئل عن القصّار يفسد، فقال: كلّ أجبر يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» (1). ولم يبيّن عليه السلام المضمون به، مع أنّ ما يعطى الأجير لإصلاحه قد يكون مثلّيًا وقد يكون قيمّيًا.

و منها: ما ورد في ضمان الوصيّ المفرّط في المال الموصى به، كمعتبرة محمّد بن مسلم، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل بعث بزكاة ماله لتقسم، فضاقت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن .. إلى أن قال: وكذلك الوصي الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان» (2).

و لا تبعد دعوى قوّة الإطلاق في هذه الرواية، لأعميّة المال الزكويّ و الموصى به ممّا هو مثليّ في مصطلح الفقهاء، و قيمّيّ عندهم، فيحمل الضمان على المتعارف عند العقلاء.

و منها: ما ورد في ضمان الملتقط، كخبر الحسين بن يزيد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول في الضالّة يجدها الرّجل فينوي أن يأخذ لها جعلاً، فتفق، قال: هو ضامن. فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلاً و نفقت فلا ضمان عليه» (3).

و منها: ما ورد في ضمان الودعيّ مع التفريط، كخبر محمّد بن الحسن، قال:

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 271، الباب 29 من أبواب الإجارة، الحديث 1، و بمضمونه أكثر أخبار الباب، و هي أزيد من عشرين حديثاً.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 417، الباب 46 من أبواب الوصايا، الحديث 1، و نحوه سائر أحاديث هذا الباب و الباب 37

(3) وسائل الشيعة، ج 17، ص 369، الباب 19 من أبواب اللقطة، الحديث 1

ص: 335

وغير ذلك (1) هو (2) الضمان بالمثل، لأنه (3) أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، ثم بعده (4) قيمة التالف من النكدين و شبههما (5)، لأنهما أقرب من

---

«كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة، وأمره أن يضعها في منزله [أو لم يأمره] فوضعها في منزل جاره، فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله» (1).

ومنها: غير ذلك من النصوص المتفرقة في أبواب الرهن وغيرها التي ورد فيها كلمة «الضمان» ولم يعين المضمون به. ولو كان ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة كان إهمال هذه الجهة - مع كون السائل في مقام استعلام وظيفته الفعلية - تأخيرا للبيان عن وقت الحاجة بلا مصلحة واضحة فيه.

(1) أي: غير المغصوب وغير الأمانة المفترط فيها، ومثال هذا الغير هو عارية الذهب والفضة أو العارية المشروط فيها الضمان، فإن المستعير ضامن إن لم يكن مفترطاً، كما ورد في صحيحة عبد الله بن سنان، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدينير، فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضمانا» (2). والتقريب كما تقدم آنفاً.

(2) خبر قوله: «ان القاعدة المستفادة».

(3) يعني: لأن المثل العرفي أقرب إلى التالف من قيمته. ووجه الأقرابية واضح.

(4) أي: بعد الضمان بالمثل، والمراد بالبعدية هو الرتبة، أي: تأخر جواز دفع القيمة عن تعذر المماثل العرفي.

(5) مما يجعل ثمنها في المعاملات بمنزلة النكدين كالفلوس الرائجة المصوغة من غير النكدين - كالنحاس والرصاص والقرطاس وغيرها - مما يعامل معها في الأسواق معاملة النكدين.

---

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 229، الباب 5 من أبواب الوديعة، الحديث 1

(2) وسائل الشريعة، ج 13، ص 239، الباب 3 من أبواب العارية، الحديث 1

حيث المالية (1)، لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

و لأجل الاتكال على هذا الظهور (2) لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد (3) - على كثرتها - قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها - إلا ما شدّد و ندر (4) -

---

(1) لأتّهما متمحّضان في الماليّة، و لذا يقدرّ بهما ماليّة الأموال.

(2) أي: الضمان بالمثل ثم بالقيمة.

(3) يعني: الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان كالغصب و الأمانات المفترّط فيها.

(4) يعني: أنّ الشارع قد نصّ في موارد نادرة على المضمون به، و أنّه قيمة التالف، كما ورد في عدّة نصوص:

منها: صحيحة أبي ولّاد الحنّاط التي تقدّم مفادها (في ص 234) و سيأتي متنها في كلام المصنّف (في ص 482)، و المقصود منها قول أبي عبد الله جعفر بن محمد الصادق «صلوات الله و سلامه عليها»: «قيمة بغل يوم خالفته» «1» فالمضمون به هو خصوص الماليّة، و ليس الضمان مطلقا حتى يحمل على المفهوم منه عرفا، و هو المماثل في الصفات زيادة على المماثلة في الماليّة.

و منها، ما تقدّم في أخبار «2» بيع الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد و اللبن و الخدمة، فراجع (ص 49 و 50).

و لا يخفى أنّ اعتبار القيمة في هذا المورد ليس تخصيصا في الحكم بالضمان بالمثل إن وجد و إلا بالقيمة. و ذلك لأنّ مورد الحكم بضمان المثل هو ما له مثل عرفا، فلو لم يكن له مثل كذلك كان ضمانه بالقيمة موافقا لبناء العقلاء. فإنّ الولد ممّا لا يوجد له مماثل حتى يضمن به، مع انعقاده حرّا. و كذلك لا يبعد أن يكون ضمان البغل بقيمته لأجل عدم المماثل له في جميع الصفات الدخيلة في ماليّته.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 255، الباب 17 من أبواب الإجارة، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 1 و غيره.

ص: 337

قد أطلق (1) فيها الضمان.

فلو لا الاعتماد (2) على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

ومنها: ما ورد في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبّتها وبيضها، وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها، ثم يؤكل، لأنّه يفسد، وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن» (1). وظاهر الجملة الأخيرة- بل صريحها- ضمان السفرة بقيمتها، ولعلّه لأجل ندرة المماثل في غالب الصفات.

ومنها: ما ورد في ضمان المرتهن إذا فرط في العين المرهونة من قوله عليه السلام: «إنّه إن استهلكه تراذّ الفضل بينهما» (2) بناء على أنّ الدين غالباً يكون في النقدين، والرهن من الأعيان، فحكم عليه السلام بتراذّ الفضل، فإن كان الدين أزيد قيمة من الرهن وجب على الراهن ردّ الزائد إلى المرتهن. وإن كان الدين أقلّ مالّيّة من الرهن وجب على المرتهن ردّ الفضل إلى الراهن.

ومنها: غير ذلك ممّا يظفر به المتتبع في أخبار أهل بيت العصمة صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وسيأتي نقل جملة منها في الأمر السابع، فلاحظ (ص 456 و 457).

(1) خبر «كلها».

(2) هذا تقريب الإطلاق المقاميّ الدالّ على إمضاء البناء العرفيّ على ضمان التالف بما هو أقرب إليه أعني به المماثل عرفاً، وبتعدّره فالقيمة.

هذا تمام الكلام في الوجوه المتصوّرة في ضمان التالف المشكوك كونه مثلياً وقيميّاً، ومقتضى الإطلاق المقاميّ هو الضمان بما يشابه التالف ويمثله عرفاً، ثم بقيمته.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 372، الباب 23 من أبواب اللقطة، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من أبواب الرهن، الحديث 1 وغيره.

ص: 338

وقد استدلل (1) في المبسوط والخلاف على ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة بقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا  
اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ «1» بتقريب: أنّ مماثل ما اعتدى هو المثل في المثليّ و القيمة في غيره (2).

(1) هذا وجه ثالث استدلل به للقول المشهور، و هو ضمان التالف المثليّ بالمثل، و كان الوجه الأوّل الإجماع المحكيّ، و الثاني الإطلاق  
المقاميّ، و قد عرفت أنّ مفاد هذه الوجوه مختلف من حيث إفادة الترتيب بين المثل و القيمة و عدمه.

(2) ما نسبته المصنف إلى شيخ الطائفة قدّس سرّهما من استدلاله بالآية الشريفة على ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة- قد صرح به  
في موضعين من غصب الخلاف، و لم أظفر به في غصب المبسوط بعد ملاحظته بتمامه، و إنّما استدللّ فيه بالآية الشريفة على ضمان المثليّ  
بمثله، لا على ضمان القيميّ بالقيمة.

قال في الخلاف: «المنافع تضمن بالغصب كالأعيان، مثل منافع الدار و الدابّة و العبيد و الثياب، و به قال الشافعيّ. و قال أبو حنيفة: لا  
تضمن المنافع بالغصب بحال .. دليلنا، قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ. و المثل مثلان، مثل من حيث  
الصورة، و مثل من حيث القيمة. فلمّا لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة و جب أن يلزمه من حيث القيمة. و على المسألة إجماع  
الفرقة. و أخبارهم تدلّ عليها» (2).

و هذه العبارة صريحة في أنّه قدّس سرّه استظهر من الآية الشريفة ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، لكون القيمة مثلاً للتالف من  
حيث ماليّته. و هذا المقدار من المماثلة كاف في استفادة ضمان القيميّ بقيمته من الآية المباركة. و نحوه كلامه في ضمان العقار بقيمته،  
فلاحظ (مسألة 18) من الغصب.

و قال في غصب المبسوط- بعد تقسيم الأموال إلى حيوان و غير حيوان،

(1) سورة البقرة، الآية 194

(2) الخلاف، ج 3، ص 402، المسألة: 11، و ص 406، المسألة: 18، و نحوه كلام ابن إدريس، فراجع السرائر، ج 2، ص 485

ص: 339

و اختصاص (1) الحكم بالتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

وربما يناقش في الآية: بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء (2)

و غير الحيوان إلى ما له مثل، و ما لا مثل له- ما لفظه: «إذا غصب غاصب من هذا شيئا، فإن كان قائما رده. وإن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ .. إلخ». و نقلناه في (ص 26) فراجع. و هذه العبارة ظاهرة في دلالة الآية الشريفة على ضمان المثليّ بالمثل، و ليس في كلامه قدّس سرّه دلالتها على حكم القيميّ أصلا، فلاحظ.

و بما نقلناه عن شيخ الطائفة قدّس سرّه ظهر أنّ ما أفاده الفقيهان الشيخ المامقاني و سيدنا الأستاذ قدّس سرّهما- من اقتصار عبارة المبسوط على دلالة الآية الشريفة على حكم المثليّ دون القيميّ «1»- و إن كان متينا، إلّا أنّ المصنّف قدّس سرّه عزاه إلى الخلاف أيضا. و قد عرفت صراحة كلامه فيه في استفادة حكم القيميّ أيضا من الآية الشريفة.

كما ظهرت المسامحة في تعبير الماتن- من نسبة الاستدلال بالآية على كلّ من المثليّ و القيميّ- إلى المبسوط و الخلاف معا.

(1) نوقش في الاستدلال بالآية الشريفة- على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بمثله- بوجهين، الأوّل: أن الآية الشريفة أجنبيّة عن المدعي- الذي هو ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة في البيع الفاسد- لا اختصاص الآية بالتلف العدواني، و من المعلوم أنّ محلّ الكلام هو تلف المقبوض بالعقد الفاسد، لا إتلافه، و ليس فيه اعتداء خصوصا مع الجهل بالفساد.

و أجاب عنه المصنّف قدّس سرّه، بأنّ الآية و إن اختصّت بمورد الاعتداء، إلّا أنّه يلحق به المقبوض بالبيع الفاسد بعدم القول بالفصل بين باب الغصب و ما نحن فيه.

و عليه فلا بأس بدلالة الآية على ضمان المثليّ بمثله.

(2) هذا هو الوجه الثاني من المناقشة، و المناقش هو السيّد العلامة الطباطبائي قدّس سرّه حيث قال في إنكار تعلق الحكم بعنوان المثلي ما لفظه: «و فيه نظر، لاحتمال كون

---

(1) غاية الآمال، ص 303؛ نهج الفقاهة، ص 142

المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمل «1».

و توضيحه: أنّ المماثلة بين الاعتدائين ليست بحسب الذات، لأنّها من ضروريّات كونهما اعتداء. فالمماثلة إنّما تكون بينهما بحسب المعتدى به، وهو مدخول الباء في قولنا: «اعتدى عليه» بضربة أو إتلاف ماله أو قطع يده أو غير ذلك.

وجهة المماثلة بالمعتدى به تارة تكون بلحاظ ذاتيهما، كما إذا اعتدى عليه بالضرب، فيعتدي عليه بالضرب.

و اخرى تكون بلحاظ الكمّ، كأن يضربه مرّة، فيشتمه مرّة.

و ثالثة بلحاظ الأثر الخاصّ المترتب عليه، كأن يضربه ضربا مؤديا إلى بكائه، فيجازيه بالشتم مثلا المؤدي إلى بكائه.

و رابعة بلحاظ المائيّة، كأن يتلف من أمتعة زيد ما يساوي درهما، فيأخذ زيد درهما من أمواله.

ثم إنّ كلمة «ما» في الآية الشريفة إمّا مصدرية، فيكون المعنى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ اعْتِدَائِهِ». وإمّا موصولة، فيكون المعنى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ الَّذِي اعْتَدَى بِهِ عَلَيْهِ» و المتحصّل من المعنيين واحد، إذ الجهات الملحوظة في المماثلة بين الاعتدائين ترجع إلى الجهات الملحوظة بين الأمرين المعتدى بهما.

و مرجع مناقشة الرّياض إلى أنّ الظاهر المماثلة في مقدار الاعتداء، يعني: في جنسه، فإن كان الاعتداء بالضرب كان جزاؤه به، فكأنّه قال: «من اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ اعْتِدَائِهِ عَلَيْكُمْ» فإن ضربكم فاضربوه، وإن شتمكم فاشتموه، هذا بناء على المصدرية. أو: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِشَيْءٍ هُوَ مِثْلُ الظُّلْمِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْكُمْ، فَان شتمكم فاشتموه» و هذا بناء على كون «ما» موصولة. و المعنى على التقديرين واحد، و هو المماثلة في نوع الظلم كالشتم و الضرب.



(1) يعني: لا مقدار المعتدى به، كما إذا ضربه مرتين، فلا تدلّ الآية على ضربه مرتين.

(2) وجهه- على ما حكى عنه في الحاشية- أنّ ظاهر الآية اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به [1].

[1] فيه: أنّ المماثلة في مقدار الاعتداء لا تنفكّ عن المماثلة في مقدار المعتدى به، فتأمل.

والانصاف أنّ الآية لا تخلو عن الدلالة على الضمان وإن وردت في الحرب، لكن لا قصور في دلالتها على الضمان، فإنّ إطلاق جواز الاعتداء بالمثل يشمل المورد وهو الحرب، غاية الأمر أنّ المراد بالمماثلة هنا المماثلة في نفس الاعتداء في الزمان، يعني: إذا حاربكم المشركون في أشهر الحرام، فيجوز لكم أن تحاربوهم في أشهر الحرام أيضا.

وإن لم يلزم المماثلة في نفس الحرب، كما إذا قتلوا من المسلمين عددا خاصّا أو رمى أحدهم سهما في عين مسلم أو قطع رجله، فلا يجب أن يكون الجزاء مثله، فإنّ اعتبار هذه المماثلة منفيّ بدليل خارجيّ.

فالمماثلة في الآية المباركة بمعونة الدليل الخارجيّ متمحّضة في الحرب في الشهر الحرام، لا في كيفية الحرب. وهذا التقييد لانفصاله لا ينافي إطلاق اعتبار المثليّة في سائر الموارد.

ولذا قال في مجمع البيان: «وفي هذه الآية دلالة على أنّ من غصب شيئا وأتلفه يلزمه ردّ مثله. ثمّ إنّ المثل قد يكون من طريق الصورة في ذوات الأمثال، و من طريق المعنى كالقيم فيما لا مثل له» (1).

فما قيل من: أنّ الآية أجنبيّة عن الضمان بتقريب «أنّ ظاهرها أنّ الكفّار إن اعتدوا عليكم فاعتدوا عليهم، كما أنّهم اعتدوا عليكم، فإذا لم يكن المثل في موردها كذلك

---

- أي: لا يراد بالمثل في مورد ورود الآية المماثلة في مقدار الاعتداء- لا يمكن استفادة ضمان المثل في غير موردها بإطلاقها. و المثلية في أصل الاعتداء لا تجدي في إثبات المطلوب. بل القرينة المذكورة أي عدم تقدير المقابلة بالمثل و جواز التجاوز عنه في المورد قائمة على عدم دخول الماليات فيها، فهي إما مختصة بالحرب، أو شاملة لما هو نظيره كمدافعة اللص و المهاجم» «1».

يقال عليه: بأن تقييد مورد الآية بدليل خارجي لا يقدح في إطلاق المثل و ليس هذا من قبيل خروج المورد المستهجن، لكفاية المماثلة بين نفس الاعتدائين في شمول الدليل للمورد.

و كذا لا يرد ما أورده المصنّف قدس سرّه على الاستدلال بالآية الشريفة من: أنّ المماثلة العرفية قد تتحقّق في القيميات عند المشهور كالكرباس، فإنّه عندهم من القيميات مع حكم العرف بكونه من المثليات، فلا تنطبق الآية على مدعى المشهور، فلا يصحّ الاستدلال بها عليه.

وجه عدم الورود: أنّ المدعى هو ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، و الآية وافية بذلك، و الاختلاف في مفهوم المثليّ و القيميّ يرجع إلى النزاع في الصغرى. و هذا أجنبي عن أصل الكبرى و هي ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة.

و بالجملة: النزاع الصغروي لا يقدح في تسلم الكبرى.

و عليه فالاستدلال بالآية تامّ. و إجماعهم على مثلية شيء أو قيمته إن كان تعبدياً فهو يخصّص أو يقيد الآية. و المتحصّل بعد التقييد: أنّ المماثل العرفي للتالف مضمون على الضامن، إلّا إذا قام الإجماع على أنّه لا بدّ في ضمانه بالمماثل من كون غالب الأفراد مماثلاً للتالف، لا فرد نادر كما في القيميات، فإنّ أكثر أفراد القيميّ ليست مماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات، بخلاف المثليّ كما تقدّم سابقاً.

و إن لم يكن تعبدياً، بل ذهابهم إلى المثلية أو القيمة إنّما هو لكونهم من العرف، فلا حجّة فيه في مقابل العرف العام.

نعم (1) الانصاف عدم وفاء الآية- كالدليل السابق عليه (2)- بالقول (3) المشهور، لأن (4) مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و المالية.

(1) استدراك على ما أفاده من اقتضاء الآية الشريفة وبناء العقلاء الضمان بالمثل. وغرضه قدس سره المناقشة في الدليلين المتقدمين بعدم وفائهما بالقول المشهور، لكون النسبة بين الدليل و الدعوى عموما من وجه، و هو غير مفيد.

و محصل المناقشة: أن المراد بالمثل- في الآية و الإطلاق المقامي- هو ما يعد عرفا مثلا للتالف في أمرين، أحدهما في الحقيقة النوعية، و ثانيهما في المالية. و من المعلوم أن الآية و العرف يقتضيان الضمان بالمثل- بهذا المعنى- حتى في القيميات، لإمكان مساواة أفراد بعض القيميات في المالية فضلا عن المساواة في الحقيقة. مع أن المشهور حكموا بضمان القيمي بقيمة سواء وجد مثله أم لم يوجد، و سواء أ كانت قيمة المثل- على فرض وجوده- مساوية لقيمة المتلف أم أزيد أم أقل، هذا.

و استشهد المصنف قدس سره بكلماتهم في مسألتين لإثبات عدم مطابقة الدليل مع المدعى.

الأولى: ما إذا أتلّف شخص ذراعا من كرباس، و أمكنه تحصيل مماثله عرفا، فإن الآية و العرف يقتضيان وجوب أداء ذراع من الكرباس إلى المالك، مع أن المشهور على كون الأقمشة و الثياب قيميات، و أن الواجب دفع قيمة ذلك الذراع المتلف لا مماثلة في الصفات و المالية.

الثانية: الجناية على عبد مملوك للغير، و سيأتي بيانه.

(2) و هو الإطلاق المقامي المقتضي للضمان بالمماثل العرفي، لا المثل في مصطلح الفقهاء.

(3) متعلق ب «وفاء» و قد عرفت وجه عدم الوفاء بالقول المشهور، المبني على ضمان المثلي بالمثل الذي عرفوه بما تساوت أفراده قيمة.

(4) تعليل لعدم الوفاء، حيث إن المدعى أمر، و مدلول الدليلين أمر آخر.

و هذا (1) يقتضي اعتبار المثل حتّى في القيميّات، سواء وجد المثل فيها أم لا (2).

أمّا مع وجود المثل كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف والآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر (3) من ذلك ولو بأضعاف قيمته، و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميّة الثوب لا يقول به (4).

و كذا (5) لو أتلّف عليه عبداً، و له في ذمة المالك - بسبب القرض أو السّلم - عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهريّ،

---

(1) أي: وجوب المماثلة يقتضي .. إلخ.

(2) المقصود من ضمان التالف بمماثله عرفاً - حتى مع فقد المثل - هو انتقال ضمان المثل إلى ضمان قيمته لا قيمة التالف، لإمكان اختلاف القيمتين، بأن تزيد قيمة المثل المتعذر عن قيمة التالف، و سيأتي في المتن توجيهه.

(3) لأنّ هذا الذراع الآخر مماثل للذراع التالف، و المفروض دلالة الآية الشريفة و الإطلاق المقاميّ على أنّ المضمون به هو المثل لا القيمة، فعلى الضامن تحصيل ذراع آخر و لو كانت قيمته أضعاف قيمة الذراع المتلف. مع أنّ المشهور القائلين بقيميّة الأقمشة و الثياب يقولون بكفاية أداء قيمة ما أتلّفه، و عدم اشتغال العهدة بمثل المتلف.

(4) يعني: فلا ينطبق مفاد الآية الشريفة على ما يدّعيه المشهور من ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، بل تدلّ على ضمان التالف بما يكون مماثلاً له عرفاً، و إن كان عند المشهور من القيميّات.

(5) يعني: و كذا نظير الكرباس كون التالف عبداً، فإنّهم حكموا فيه بضمان قيمته و إن كان له مماثل، و لذا لم يحكموا بالتهاتر القهريّ فيما إذا أتلّف عبداً موصوفا بصفات العبد الذي يكون للضامن على المالك. فلو كان العبد مثلياً عند المشهور كان عليهم الحكم بالتهاتر، لكونهما من المثليّ.

كما يشهد به (1) ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين.

كما إذا كان لزيد عبد روميّ أبيض اللون كاتب، فافترضه عمرو منه، وحصل لعمرو عبد بهذه الأوصاف، فأتلفه زيد. فإن كان العبد مثلياً لزم القول بالتهاتر القهريّ. لكنّهم قالوا باشتغال ذمّة عمرو بقيمة ما اقترضه من زيد، و باشتغال ذمّة زيد بقيمة ما أتلفه من عمرو. و من المعلوم أنّ اشتغال الذمّتين بالقيمة دليل على أنّ العبد عندهم معدود من القيميّات حتى مع وجود المماثل العرفيّ.

وكذا الكلام إذا باع زيد من عمرو- سلماً- عبداً موصوفاً بصفات معيّنة، ثمّ أتلف عمرو عبداً موصوفاً بتلك الصفات من زيد، فبناءً على الأخذ بظاهر الآية الشريفة و ببناء العقلاء لا بدّ من القول بالتهاتر القهريّ، و فراغ كلتا الذمّتين عمّا اشتغلتا به، لكنّهم حكموا بوجوب أداء العبد المبيع سلماً إلى المشتري عند الأجل، و وجوب أداء قيمة العبد المتلف إلى المالك. و من المعلوم أنّ هذه الفتوى تكشف عن عدم الأخذ بالآية و الإطلاق المقاميّ، فكيف يستدلّ بهما على القول المشهور من ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة؟

(1) أي: كما يشهد بعدم حكمهم بالتهاتر ملاحظة كلماتهم .. إلخ. قال المحقّق قدّس سرّه:

«إذا اشترى عبداً في الذمّة، و دفع البائع إليه عبيدين، و قال: اختر أحدهما، فأبى واحد. قيل: يكون التالف بينهما، و يرجع بنصف الثمن، فإنّ وجده اختاره، و إلّا كان الموجود لهما، و هو بناء على انحصار حقّه فيهما. و لو قيل: التالف مضمون بقيمته، و له المطالبة بالعبد الثابت في الذمّة كان حسناً. و أمّا لو اشترى عبداً من عبيدين لم يصحّ العقد، و فيه قول موهوم» «1».

توضيحه: أنّ مسألة بيع عبد من عبيدين يبحث عنها تارة في فروع شرطية العلم بالمبيع، فيقال: كما يصحّ ابتياع الجزء المشاع من الكلّيّ كنصف الدار، كذلك يصحّ ابتياع الكلّيّ في المعين بشرط تساوي الأجزاء كقفيز من كرّ. فلو لم تتساو الأفراد

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 60

ص: 346

الكَلْبِيّ لم يصحّ البيع. و مثل له المحقّق قدّس سرّه بذراع من الثوب، و جريب من الأرض، و عبد من عبيدين، و شاة من قطع (1).

و الوجه في البطلان تفاوت الأجزاء- أي الأفراد- في الصفات الدخيلة في ماليّتها، فلا يرتفع الغرر. خلافاً للشيخ و ابن البرّاج و الشهيد، حيث ذهبوا إلى صحّة بيع عبد من عبيدين عملاً برواية محمّد بن مسلم المخالفة للأصول الشرعيّة كما في المسالك (2).

و اخرى: في بيع الكَلْبِيّ في الذمّة- لا الجزء المشاع و لا الكَلْبِيّ في المعين- بأن اشترى زيد من عمرو عبداً موصوفاً بصفات معيّنة تخرجه عن الجهالة، فدفع البائع عبيدين إلى المشتري، و قال له: اختر أحدهما. فتسلّمهما المشتري و أبق أحدهما قبل أن يختار. هذا صورة المسألة. و لا ريب في صحّة البيع لاجتماع شرائطها فيه.

إنّما الكلام في أنّ العبد الآبق هل يتلف على كلا المتبايعين و يرجع المشتري على البائع بنصف الثمن. و لو لم يظفر بالآبق كان العبد الموجود ملكاً لهما، لانحصار حقّ المشتري في العبد؟ أم يكون الآبق مضموناً على المشتري خاصّة بقيمته- سواء زادت على قيمة العبد الموجود أم نقصت منها أم ساوتها- و له مطالبة عبد من البائع، لأنّ المبيع عبد كَلْبِيّ ثابت في ذمته إلى أن يتسلّمه المشتري. فيه قولان.

و على كليهما يتّجه ما نسبته المصنّف قدّس سرّه إلى الأصحاب من عدم الحكم بالتهاتر.

أمّا بناء على الأوّل فلا أنّ العبد الآبق تلف من كليهما، فيضمن كلّ منهما نصف قيمته.

و يرجع المشتري بنصف الثمن الذي بذله للمبيع الكَلْبِيّ. و لو كان العبدان مثليّين و تساوت قيمتهما لم يكن وجه لرجوع المشتري على البائع بنصف الثمن، و لم يجب عليه أداء نصف قيمة الآبق إلى البائع، بل حصل التهاتر القهريّ، و سقط ما في ذمّة

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 18

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 396

البائع - من نصف الثمن - بما في ذمة المشتري من نصف قيمة الأبق.

وأما على القول الثاني الذي استحسنته المحقق قدس سره فعدم التهاثر أوضح، فإن الأبق مضمون بقيمته على المشتري، لكونه مقبوضا بالسوم، فيجب دفع تمام قيمته إلى البائع. كما أن للمشتري مطالبة عبد منه وفاء لبيع عبد كليّ بثمن معين. و من المعلوم أن العبدين لو كانا مثليين و مّا تساوت قيمتهما لحصل التهاثر القهري، فلم يكن للمشتري مطالبة عبد من البائع، و لم تكن على عهده قيمة الأبق. لكن لأجل عدم المماثلة لا يقال بالتهاثر، بل كلّ منهما بحسب قيمته.

وقد ظهر أن قول المصنّف قدس سره: «كما يشهد به ملاحظة كلامهم» إشارة إلى ما نقلناه عن المحقق في بيع عبد كليّ في الذمة، فإنه شاهد على عدم التزامهم بالتهاثر في القيميات.

وأما بيع عبد من عبيدين موجودين خارجا فهو شاهد على عدم المماثلة بين العبيدين ونحوهما. ولكنه أجنبي عن التهاثر، كما أوضحناه. فما في كلام بعض الأجلة «1» من الاستشهاد بعبارتين من الخلاف و عبارة من الشرائع لا يخلو من بعد، فلاحظ.

(1) هذا استدراك على ما ذكره من عدم التزام المشهور بضمان المثل في القيميات - الذي هو مقتضى الآية والعرف - و محصله: أنه يستفاد من ذهاب جماعة إلى جواز ردّ العين المقترضة في القيميات ضمان القيميّ بالمثل، لأنّ العين المقترضة تكون مماثلة عرفا للقيمة المستقرة على عهدة المقترض، فجاوز ردّ نفس العين - دون القيمة - مستند إلى آية الاعتداء الظاهرة في اعتبار المماثلة بين البدل و المبدل. و لو لم تكن الآية دالة عليه لم يجز الاقتصار في أداء القرض على دفع العين، بل كان المتيقن دفع القيمة من النقدين.

ذهب جماعة (1) منهم الشهيدان (2) في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية.

لكن لعلّه (3) من جهة صدق أداء القرض [1] بأداء العين، لا من جهة

---

(1) ومنهم شيخ الطائفة والمحقق الأردبيلي، على ما حكاها عنهما السيّد الفقيه العامليّ قدّس سرّهم «1».

(2) قال الشهيد قدّس سرّه: «و يردّ البدل مثلاً أو قيمة. ولوردّ العين في المثل وجب القبول. وكذا في القيميّ على الأصحّ. ونقل فيه الشيخ الإجماع. ويحتمل وجوب قبولها إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردّ، وإن نقصت فلا» «2».

وقال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «و أولى بالجواز لوردّ العين، لأنّ الانتقال إلى القيمة إنّما وضع بدلا عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحقّ...» «3».

(3) أي: لعلّ ذهابهم إلى جواز ردّ العين المقترضة. وغرضه المناقشة في الاستدراك بأنّ مجرد جواز ردّ العين القيمية المقترضة لا يكشف عن التزامهم بضمان القيميّ بالمثل، و اشتغال ذمّة الضامن بالكلّيّ الجامع بين العين وبين فرد آخر مماثل لها

---

[1] لا يصدق الأداء حقيقة إلا على ما إذا كان ما يؤدّي به فردا لما في الذمّة لانطباقه قهرا عليه. فإذا كان ما في الذمّة هو القيمة لم يصدق أدائه على دفع العين، ولا يعدّ دفعها أداء لما في الذمّة.

نعم يصدق الأداء مجازا من باب الوفاء بغير الجنس مع تراضي الطرفين، و الوفاء بغيره معاوضة على ما في الذمّة، لا أداء حقيقيّ له.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 57

(2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 320

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 449

ص: 349



ضمان القيميّ بالمثل (1). ولذا (2) اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلا لها (3) من جميع الجهات.

من جميع الجهات الماليّة. بل لا بدّ من إحراز استناد جواز ذلك إلى كون العين المقترضة عندهم كأمثالها فردا من الكلّيّ الذي استقر على عهدة المقترض، وذلك غير معلوم، إذ لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة كون العين فردا من كلّيّ المثل - بالمعنى الذي عرفته - حتى يدلّ على ذهابهم إلى ضمان القيميّ بالمثل كما يستفاد من الآية.

وعليه فالإشكال الذي أورده المصنّف على المشهور من التزامهم بضمان القيميّ بالقيمة - مع دلالة دليلهم على وجوب المماثل عرفا - باق بحاله.

(1) حتى تكون فتوى هؤلاء الجماعة عملا بأية الاعتداء و العرف من اشتغال الذمة بالمثل حتى في القيميّات.

(2) أي: ولأجل كون جواز ردّ العين المقترضة من جهة صدق أداء القرض على ردّها - لا من جهة ضمان القيميّ بالمثل حتى يكون جواز ردّ العين من باب جواز ردّ المثل الكلّيّ و أدائه ببعض أفراده - اتفقوا على أنه لا - يجب على المقرض قبول فرد آخر مماثل للعين من جميع الجهات. فلو كان ضمان المديون بفرد من أفراد الكلّيّ الذي تكون العين من مصاديقه وجب على الدائن قبول نفس العين أو فرد آخر مثلها. فعدم وجوب قبول غير العين - على المقرض - يكشف عن عدم اشتغال ذمة المقترض بالمثل في اقتراض القيميّ. مع أنّك قد عرفت دلالة آية الاعتداء على استقرار المماثل العرفيّ على عهدة الضامن، ولا تصل النوبة إلى الضمان بالقيمة إلا بتعدّر المثل، وهذا ممّا لا يقول به المشهور.

(3) هذا الضمير و ضمير «غيرها» راجعان إلى العين المقترضة المفروض كونها قيمية.

و أمّا (1) مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف فمقتضى الدليلين (2) عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعدّر، كما لو تعدّر المثل (3) في المثليّ، فيضمن (4) بقيمته يوم الدفع ولا يقولون (5) به.

(1) معطوف على قوله: «أمّا مع وجود المثل فيها» وغرضه بيان شقّ آخر من المنفصلة حتى يظهر عدم وفاء الآية و الإطلاق المقاميّ بقول المشهور، لكون النسبة بين الدليل و الدعوى عموماً من وجه. فإن كان المثل العرفيّ موجوداً كما في الكرباس و العبد افترق الدليل عن قول المشهور بأنّ مقتضى الدليلين الضمان بالمثل، و المفروض عدم التزامهم به، لأنّهم يضمنون المتلف بقيمة المتلف.

و إن لم يكن المثل موجوداً افترقا في مورد آخر، توضيحه: أنّ المشهور يقولون بضمان القيميّ التالف بقيمة يوم التلف، مع اقتضاء الدليلين بقاء ما يماثل ذلك القيميّ في الذمّة، و عدم سقوط ضمانه بالتعدّر، فلو أراد الضامن التخلّص ممّا في عهده لزمه أداء قيمة يوم الدفع إلى المالك، كما هو الحال في المثليّ الذي يتعدّر مثله، فإنّه لا يسقط عن ذمّته إلاّ بأداء قيمته يوم الأداء. مع أنّ المشهور حكموا في القيميّ بأنّ ما عليه هو قيمة يوم تلف المضمون، و لا يضمن زيادة قيمته من يوم التلف إلى يوم الأداء، و هذا الحكم مما ياباه الآية و العرف.

(2) و هما الآية و العرف، إذ لا وجه لسقوط القيميّ بمجرد تعدّره عن الذمّة- حتى يتعيّن عليه قيمة يوم التلف- مع اقتضاء هذين الدليلين اشتغال الذمّة بمثل التالف حتى في القيميّ، فيلزم اتحاد حكم المثليّ و القيميّ المتعدّرين.

(3) فإنّه لا يسقط عن ذمّة الضامن بمجرد تعدّره، و لا ينتقل إلى قيمته يوم تعدّره.

(4) هذه نتيجة بقاء المثل في الذمّة، سواء في المثليّ و القيميّ.

(5) يعني: و الحال أنّ المشهور لا يقولون بضمان قيمة يوم الأداء- في القيميّ-

و أيضا (1) فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا، فمقتضى ذلك (2) عدم وجوب (3) إلزام المالك بالمثل، لاقتضاءهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض (4)

بل يقولون بضمان قيمة يوم تلف العين القيميّة، وهذه الفتوى مخالفة لمفاد الدليلين كما عرفت، وهذه المخالفة أيضا من موهنات الاستدلال بالآية و العرف على مذهب المشهور.

(1) هذا إشكال آخر على الاستدلال بالآية و العرف لمذهب المشهور، و حاصله: أنّ مقتضى الآية و العرف عدم جواز إلزام المالك بأخذ المثل الذي نقصت قيمته نقصانا فاحشا، إذ مقتضاهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، و المفروض زوال المماثلة في المالية بنقصان القيمة. مع أنّ المشهور لم يلتزموا به، بل التزموا بجواز إلزام المالك بأخذ المثل حتى في هذه الصورة.

(2) أي: فمقتضى الآية و العرف. و أفراد اسم الإشارة باعتبار «ما تقدّم» و إلا كان الأولى أن يقال: «ذینک».

(3) كذا في نسخ متعددة، و الصواب تبديل «وجوب الإلزام» بجوازه، أو إرادة الجواز من الوجوب و إن كان بعيدا.

و الوجه في عدم جواز الإلزام بالمثل هو: أنّ المماثلة المعتبرة عرفا في الصورة و المالية مفقودة. كما إذا أتلّف فاكهة في أوّل أوانها، و هي - لعزّتها - تباع أضعاف قيمة وقت وفورها، فأراد الضامن دفع ذلك المقدار من الفاكهة أوان كثرتها، فإنّ المماثلة تكون حينئذ في صدق الحقيقة، فقط دون المالية، مع أنّ الآية و الإطلاق المقامي يقتضيان الانتقال إلى قيمة وقت التلف حتى تراعى المماثلة في المالية.

(4) قال السيد العاملي قدّس سرّه: «فلو بقي له - أي للمثل - قيمة و إن قلّت، فالمثل

إلزامه (1) به، وإن قوّى خلافه بعض (2). بل وربما (3) احتمل جواز دفع المثل

---

بحاله، كما هو صريح جامع المقاصد، وقضية ما لعله يفهم من كلام التذكرة» (1).

وقال المحقق الثاني: «هذا الحكم - أي وجوب أداء القيمة - إنما يستقيم مع خروج المثل عن التقويم أصلاً، فلو بقي له قيمة وإن قلت فالمثل بحاله» (2). ويلوح منه اتفاق الأصحاب عليه، بقرينة اتفاقهم على الانتقال إلى القيمة لو سقط المثل عن المالية رأساً، هذا.

(1) قد سقط هنا كلمة «جواز» أي: جواز إلزام الضامن بالمثل، يعني: مع أنّ المشهور ذهبوا إلى جواز إلزام المالك بأخذ المثل وإن نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً، وهذا التجويز مناف لمقتضى الآية والعرف.

(2) يعني: أنّ هذا البعض قوّى انتقال ضمان المثل إلى القيمة كي لا يتضرر المضمون له بنقصان مالية المثل (3).

(3) هذا متعلق بقوله: «مع أنّ المشهور .. إلزامه به» و غرضه: أنّ المشهور اقتصروا على جواز أداء المثل المنحط قيمته جدّاً، كما نقلناه آنفاً عن مفتاح الكرامة، ولكن العلامة «4» قدس سره احتمل جواز دفع المثل الساقط عن المالية، كما إذا أتلّف الماء في المفازة وأداه على الشاطئ. والإتيان بكلمة «بل» لأجل أنّه لو قيل بفرغ الذمة بدفع المثل الساقط عن المالية رأساً، كان فراغها بدفع المثل المنحط قيمته أولى، لبقاء شيء من ماليته بعد.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252، آخر الصفحة.

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 258

(3) لم أظفر على من يقوّى الانتقال إلى القيمة حتى مع بقاء مقدار من مالية المثل، نعم قوّاه جمع في الخروج عن التقويم، وهو أمر آخر. فراجع الجواهر، ج 37، ص 99؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 113، وغيرهما.

(4) قواعد الأحكام، ص 79، السطر 26 (الطبعة الحجرية).

ص: 353

(1) لأنه خلاف التغيريم المعتبر في الضمان. ففرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عنها، حيث إن العين تردّ بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين والتغيريم بلحاظ ماليتها، فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول، فالمثل إذا سقط عن المالية لا يصدق على ردّه التغيريم المقوم للضمان، فلا يخرج الضامن عن عهدة الضمان بردّ المثل الساقط عن المالية، بخلاف ردّ العين، فإنه يصدق عليه أداء ملك الغير، وردّه إلى مالكه.

[1] لا يخفى أنّ هذا الاشكال إنّما يرد على الاستدلال بالآية الشريفة بناء على كون المراد المماثلة بنحو الإطلاق ومن جميع الجهات. لكن الظاهر أنّ المراد بها المماثلة من حيث الحقيقة مع حفظ المالية تحقيقا للتغيريم والتضمين بالمال. فمقتضى الآية غير مخالف لمسلك المشهور، كيف؟ والمرجع في فهم معنى الآية هو العرف، فما يحكم به العرف في باب الضمان من ضمان المثل في المثليّ و القيمة في القيميّ هو المستفاد من الآية الشريفة.

فالمراد بالمثل في الآية وفي كلام المشهور واحد. والنسبة بينهما هي التساوي، لا الأعمّ والأخصّ من وجه، لأنّ المراد بالمثل في الآية هو المماثل العرفيّ للتالف من حيث الحقيقة والمالية، كما هو قضية إطلاق المماثلة وإن لم يكن مماثلا للتالف من حيث الحقيقة والمالية. فيراعى المثلية من حيث المالية. فالأول هو المثليّ والثاني هو القيميّ.

نعم يقيّد إطلاق المثل بالنسبة إلى الأفراد التي تقلّ مماثلتها للتالف، كما إذا كان المال التالف غنما وكان فرد من الأغنام مماثلا له في الصفات، فإنّ مقتضى الآية لزوم دفع الفرد المماثل للتالف، وإن كان فردا نادرا من حيث المماثلة للتالف. لكن قيّد هذا الإطلاق بأنّ دفع المماثل للتالف لازم في صورة كثرة الأفراد المماثلة للتالف لا ندرتها، وهذا التقييد قد ثبت بالإجماع، ولولاه لكان الضمان بالمماثل، وإن كان منحصرافا في فرد.

فالمتحصل بعد التقييد وجوب دفع المماثل فيما إذا كان أكثر أفراد الطبيعيّ الجامع بينها وبين التالف متفقة في الصفات الموجبة للطلبات والمالية، فإطلاق المثل يقيّد بالقيميّات، يعني: أنّ ضمان القيميّ يكون بالقيمة وإن وجد له مماثل.

وإن شكّ في كون التالف مثلياً أو قيميّاً فيتمسك بالعامّ، لأنّه المرجع في المخصّص المجلّم المفهوميّ المرّدّد بين الأقلّ والأكثر، حيث إنّ المرجع في أصل التخصيص والتخصيص الزائد، فإنّ وجوب دفع المثل خصّص بما إذا كثرت الأفراد المماثلة للتالف حقيقة وماليّة، وقد خرج عن وجوب دفع المثل ما لا يكون كذلك، لأنّه يجب حينئذ بمقتضى الإجماع لزوم دفع القيمة. فمع الشكّ في المثليّة والقيميّة يشكّ في تخصيص العامّ زاندا على المتيقّن قيميّته، فيتمسك في نفي الشكّ بالعامّ، ويحكم بلزوم دفع المماثل العرفيّ للتالف.

هذا بناء على إرادة المماثل العرفيّ الشامل للمثليّ والقيميّ، وأمّا بناء على إرادة المثل المشهوريّ المقابل للقيميّ فالآية لا تتكفل حكم القيميّ حتّى تعمّه ويلتزم بتخصيصها بالإجماع، بل لا تتكفل إلاّ لحكم المثليّ، يعني: ضمان المثليّ بالمثل، فالآية ساكتة عن حكم ضمان القيميّ. وحينئذ فلو شكّ في المثليّة والقيميّة فلا عموم حتى يرجع إليه، فالمرجع حينئذ قاعدة الاشتغال ووجوب تسليم الضامن كلّاً من المثل والقيمة ليختار أيّ واحد منهما شاء كما تقدّم سابقاً.

والحقّ أن يقال: إنّ التمسك بالآية الشريفة مشكل، لأنّه إن أريد بالمثل فيها المماثلة المطلقة من حيث الاعتداء والمعتدى به في كل مورد، سواء أكان من الدماء أو الأعراض أو الأموال - كما إذا اعتدى شخص على غيره في عرضه كشمه أو سرقة ماله أو غيبته أو قذفه إلى غير ذلك من أنحاء الاعتداء - لزم تخصيص الأكثر المستهجن كما لا يخفى.

ولزم أيضاً خروج المورد، وذلك مستهجن. توضيحه: أنّ مورد الآية هو ابتداء المشركين بالقتال في الأشهر الحرم، والمماثلة من جميع الجهات أن تكون في أصل

(1) هذه نتيجة الإشكاليين المتقدمين، ومحصّلها: أن الدليل الثاني والثالث على ضمان المثليّ بالمثل - وهما الآية والعرف - قاصران عن إثبات مدعى المشهور،

الحرب وكيفيّتها وكمّها، بأن يجازيهم المسلمون في نفس القتال ومقداره، فإن قتلوا من المسلمين عددا خاصا بكيفيّة خاصّة كالقتل بالسهم أو السيف لزم على المسلمين ذلك من دون زيادة، مع أنّه ليس كذلك.

وإن أريد بالمثل فيها المماثلة في نفس الاعتداء من دون نظر إلى الجنس المعتدى به وكيفيّته ومقداره لزم أن يكون قتالهم جائزا بالاعتداء منهم بالسرقة مثلا، فإن سرقوا من المسلمين في الأشهر الحرم جاز لهم قتال المشركين فيها. وهذا كما ترى.

فالظاهر أنّ المراد بالمثل بقرينة المورد خصوص القتال من دون لحاظ كمّ وكيفه، والتّعدّي عنه لا بدّ أن يكون إلى ما هو مناسب له كاللصّ والمهاجم، فلا وجه للاستدلال بالآية على الضمان أصلا، فإنّ بناء العقلاء الممضى كاف في إثبات أصل الضمان، وكيفيّته أي ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة. وفي صورة الشك في المثليّة والقيميّة يرجع إلى قاعدة الاشتغال على التقريب السابق، لا إلى عموم الآية، لما عرفت من أجنبيّتها عن مسألة الضمان.

هذا كلّه مضافا إلى: أنّ الشك في القيميّة يلازم الشك في المثليّة أيضا، لما مرّ من كونهما متباينين. فالشكّ في حدود مفهوم أحدهما يستلزم الشكّ في حدود مفهوم الآخر، فلا وجه للرجوع إلى عموم الآية مع الشكّ في حدود مفهوم موضوعه وهو المثل المشهوريّ.

وإلى: أنّ الآية في مقام بيان جواز الاعتداء في مقابل الاعتداء، فإذا أتلف مال زيد جاز لزيد إتلاف ماله، وهذا غير الضمان أعني الغرامة، فلا تدلّ الآية على الضمان، بل تدلّ على جواز إتلاف مال الغير جزافا.

من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين (1) ولا يضمن به عند المشهور كما في المثاليين المتقدمين (2). وقد ينعكس الحكم (3) كما في المثال الثالث (4). وقد يجتمعان (5) في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثم (6) إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة - على تقدير تحقّقه - لا يجدي

---

لكون النسبة بين الدليل والمدعى عموماً من وجه.

فمورد الافتراق من ناحية الدليل هو مثل إتلاف ذراع من كرباس و عبد من عبيد، فالدليل يقتضي الضمان بالمثل، لوجود المماثل العرفي في الصورة والمالية، مع أنّ المشهور قالوا بضمان القيمة.

ومورد الافتراق من ناحية قول المشهور هو تنزّل قيمة المثل تنزلاً فاحشاً، فإنهم حكموا بضمان المثل، مع أنّ الدليل يقتضي الضمان بالقيمة، إذ الملحوظ في التغيريم مالية التالف والاتحاد في الصورة، والمفروض تفاوت المالية بمقدار كثير لا يتسامح فيه.

ومورد الاجتماع كلّ مضمون مثليّ باصطلاح الفقهاء مع عدم اختلاف قيمة المضمون والمثل.

و حيث كانت النسبة عموماً من وجه لم يمكن إثبات هذا المدعى بهذا الدليل.

(1) وهما آية الاعتداء وبناء العرف.

(2) وهما العبد والثوب، فإنّهما مضمونان بالمثل بمقتضى الآية والعرف، وبالقيمة عند المشهور.

(3) يعني: أنّ الآية والعرف يقتضيان الضمان بالقيمة، مع أنّ المشهور على الضمان بالمثل، كما في نقصان المالية فاحشاً.

(4) وهو تنزّل قيمة المثل.

(5) تثنية الضمير في «يجتمعان» باعتبار عدّ الدليلين شيئاً واحداً، وجعل مذهب المشهور طرفاً آخر. ومراده بأكثر الأمثلة: الأمثلة الواقعية للضمان، وليس غرضه الإشارة إلى شيء ذكره سابقاً.

(6) هذا تمهيد لبيان حكم الشك في القيمة والمثلية، وحاصله: أنّه - بعد البناء



بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً (1)، ففي موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق (2) و عموم الآية بناء على ما هو الحق المحقق من أنّ

على تخصيص الآية بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة دون المثل - لا يجدي هذا الإجماع في موارد الشك في القيميّة و المثليّة، لعدم الإجماع فيها، فلا بدّ من الرجوع فيها إلى عموم الآية القاضي بلزوم دفع المماثل العرفي، لأنّه المرجع في المخصص المجمل المفهوميّ المرّد بين الأقل و الأكثر.

كما إذا ورد «أكرم الشعراء» و خصّصه بمخصّص منفصل مجمل مفهوما مرّد بين الأقل و الأكثر مثل «لا تكرم فسّاق الشعراء» بناء على تردد الفسق بين مخالفة مطلق التكليف الإلزامي و بين ارتكاب الكبائر خاصّة، فقد تقرّر في الأصول تخصيص العام بالمتيقّن من مفهوم الخاصّ، و الرجوع في الأكثر - كمقترف الصغيرة - إلى عموم إكرام الشعراء.

و كذا الحال في المقام، فإنّ عموم الآية يقتضي الضمان بالمثل حتى في القيميّ، لكنّه خصّص بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة. و مع إجمال مفهوم القيميّ يقتصر في التخصيص على المتيقّن منه، و يرجع في مورد الشكّ إلى عموم الآية.

و على هذا فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي بعد وجود الأصل اللفظيّ و هو أصالة العموم.

(1) كما أنّ الإجماع على ضمان المثليّ بالمثل لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه مثلياً، كما عرفته مفصّلاً. فالضمان بالمثل منوط بإجماعين: أحدهما على أصل الحكم، و الآخر على الموضوع، و هو كون التالف مثلياً بنظر المجمعين.

و كذا الحال في الضمان بالقيمة في القيميّات، فلو لم يكن التالف قيمياً عند الكلّ كان ضمانه بالمماثل العرفيّ عملاً بمقتضى الآية و العرف.

(2) و هو بناء العرف المنزّل عليه إطلاق الضمان في أخبار كثيرة.

العامّ المخصّص بالمجمل مفهوم المتردّد بين الأقلّ (1) و الأكثر (2) لا يخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام (3): أنّ ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعاة

(1) المراد بالأقلّ هو الأشياء التي أجمع الفقهاء على كونها قيمية كالعقار.

(2) المراد بالأكثر هو ما يشكّ في مثليته وقيميته. وقد أشار المصنّف إلى جملة منها (في ص 317 و 318).

(3) أي: حاصل ما يترتّب على الدليلين المذكورين من الآية و بناء العرف.

و هذا الحاصل يتكفّل النظر النهائي في ضمان التالف سواء أحرز كونه مثلياً أو قيمياً أم شكّ فيه.

أمّا المثليّ الذي أجمع الأصحاب على مثليته فيضمن بمثاله مع مراعاة الصفات الدخيلة في الماليّة، سواء ساوى قيمته - يوم الأداء و مكانه - قيمة التالف، أم نقص عنه. أمّا مع المساواة فلا ريب في سقوط المضمون عن العهدة. و أمّا مع النقص غير المسقط عن الماليّة بالكلية فلوجهين:

أحدهما: الإجماع المحكيّ على إهمال نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف، كما إذا كان قيمة التالف عشرة دنانير، و قيمة مثله يوم الأداء - و بلد الأداء - خمسة دنانير و لولا هذا الإجماع كان مقتضى الآية و العرف رعاية المماثلة في المالية كما حقّقه المصنّف قدّس سرّه.

ثانيهما: الأخبار الواردة في ضمان دراهم أسقطها السلطان عن المعاملة بها، و ضرب دراهم أخرى و روجها، فتقلّ مالية الدراهم المنسوخة. و قد حكم الامام عليه السّلام بأنّ ذمة المديون مشغولة بتلك الدراهم الأولى لا الدراهم الجديدة. فإنّ هذه الأخبار تدلّ على أنّ التالف المثليّ مضمون بمثله حتى مع حظّ قيمته، هذا.

و أمّا القيميّ الذي أجمعوا على كونه قيمياً فيضمن بالقيمة سواء وجد مماثلة في الصفات أم لم يوجد.

الصفات التي يختلف بها الرغبات، وإن فرض نقصان قيمته- في زمان (1) الدفع أو مكانه- عن قيمة التالف، بناء على (2) تحقّق الإجماع على إهمال هذه التفاوت.

مضافاً إلى الخبر (3) الوارد في «أنّ اللازم على من عليه دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى».

وأما التالف المشكوك مثليته وقيميته- لاختلاف الأصحاب في ذلك- فإن تساوت قيمة المضمون وقيمة المدفوع بدلا عنه الحق بالمثلّي، ولا يجزي أداء القيمة.

وإن اختلفت القيمتان الحق بالقيميّ، ولا يكفي دفع المماثل الذي نقصت قيمته عن قيمة المضمون، هذا.

(1) يعني: أنّ منشأ نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف أحد أمور ثلاثة، إمّا هو الزمان بأن كان التالف عزيز الوجود، كالفاكهة في أوّل أوانها، فأداه الضامن في موسم وفورها. وإمّا هو المكان كما إذا ضمن في بلد يعرّ وجود التالف فيه، لكونه منقولاً إليه من بلد آخر، فأداه الضامن في بلد ثالث يكون المثل فيه أنقص قيمة من بلد الضمان.

وإمّا هو الزمان والمكان معاً. والأمثلة واضحة. والمقصود أنّ تنزّل قيمة المثل لا يقدر في فراغ الذمّة، للإجماع والنصّ.

(2) قيد لقوله: «يضمن بالمثل وإن فرض نقصان» وهذا إشارة إلى أوّل الوجهين على عدم قرح نقصان قيمة المثل عن قيمة المضمون.

(3) هذا وجه ثانٍ لكفاية ردّ مثل المضمون وإن نقص قيمته عنه، والمراد بالخبر هو الجنس لا الشخص، لورود هذا الحكم في خبرين. كمكاتبة يونس إلى أبي الحسن الرضا عليه السّلام: «أنّه كان لي على رجل عشرة دراهم، وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم، وجاءت دراهم [بدراهم] أعلى من تلك الدراهم الأولى، ولها اليوم وضیعة، فأی شيء لي عليه؟ الأولى التي أسقطها السلطان، أو الدراهم التي أجازها

و ما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة، بناء (1) على ما سيجي ء من الاتفاق على ذلك (2)، وإن وجد مثله (3) أو كان (4) مثله

---

السلطان، فكتب: لك الدراهم الاولى» (1)«.

بتقريب أنّ الدراهم الأولى الساقطة عن الزواج لم تخرج عن المالىة رأساً، لأنّ مادّتها فضة، وهي لا تسقط عن القيمة بمجرد إسقاط الهيئة و السكّة، وإتّما تنقص قيمتها عن الدراهم الرائجة. مثلاً إذا كانت عشرة من الدراهم الاولى تساوي ديناراً، فبعد إسقاطها يكون الدينار بعشرين منها أو بثلاثين، وهذا هو تنزّل المالىة، لا السقوط عن التقويم رأساً.

(1) متعلّق ب «يضمن بالقيمة» يعني: أنّ ضمان ما أجمعوا على قيمته بالقيمة مبنيّ على تسلّم الكبرى، وهي ضمان القيميّ بقيمته لا بمماثله عرفاً، فلولا هذا الإجماع اقتضت الآية الشريفة ضمانه بالمماثل، ثم بالقيمة.

(2) أي: على ضمان القيميّ بالقيمة، قال في الأمر السابع: «المرجع في وجوب القيمة في القيميّ وإن فرض تيسّر المثل له، كما في من أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه .. هو الإجماع كما يستظهر».

(3) كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً، فإنّ مثل التالف ليس بعزیز الوجود، ومع ذلك فالمضمون به هو القيمة، للإجماع على قيمية الأقمشة و الثياب.

(4) كما لو أتلف عبداً، وله على سيّده بسبب القرض أو السلم عبد بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر، بل على المتلف قيمة العبد المتلف. وعلى المقترض أو البائع سلماً أداء ما في ذمّته من العبد إلى مالكة.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 488، الباب 20 من أبواب الصرف، الحديث 2

ص: 361

في ذمة المالك (1).

و ما (2) شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي (3)، فتأمل (4).

---

(1) و لولا الإجماع على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة كان اللازم التهاثر في مثال إتلاف العبد.

(2) هذا حكم الشك في مثلية التالف و قيمته، و قد أوضحناه آنفاً.

(3) لعل وجه إلحاقه بالقيمي هو عدم إمكان المثل المماثل للتالف في المالية، فيصير من قبيل تعذر المثل الموجب لجواز دفع القيمة.

(4) لعلّه إشارة إلى: أنّ مقتضى الدليلين السابقين اعتبار المماثلة في المالية، و المفروض فقدانها، فالدليلان قاصران عن الدلالة على الاجتزاء به. و لعدم الدليل على الاكتفاء بالقيمة يدور الأمر بين المثل و القيمة، و المرجع فيه أصالة الاشتغال كما تقدّم.

أو إشارة إلى: أنّه مع فرض تحقّق الإجماع على إهمال التفاوت بين قيمتي التالف و المدفوع لا وجه لإلحاق المثلي بالقيمي مع اقتضاء الآية الضمان بالمثل.

ص: 362

الخامس (1): ذكر في القواعد: «أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد» انتهى (2).

#### 5- ارتفاع ثمن المثلي

(1) هذا البحث متفرّع على ما تحقّق في الأمر الرابع من ضمان المثليّ بالمثل، للوجه الثلاثة المتقدّمة من آية الاعتداء وإطلاق نصوص الضمان مقامياً والإجماع، فيحرز اشتغال الذمة بالمثل. هذا مع عدم تفاوت قيمتي المثل من زمان ضمانه إلى زمان أدائه. وأمّا إذا ارتفعت قيمته بأن صارت قيمته أضعاف قيمته وقت ضمانه فهل يجب على الضامن تحصيل المثل أم يكفي ردّ ثمنه الذي كان حين ضمانه؟

و كذا يتّجه هذا البحث بناء على قصور الأدلّة عن إثبات ضمان المثليّ بمثله، وقلنا بتخيير المالك بين مطالبة المثل والقيمة.

وأمّا بناء على القول بتخيير الضامن بينهما لم يبق موضوع لهذا البحث، لجواز اقتصار الضامن على القيمة، هذا.

(2) العبارة الموجودة في القواعد وفي متن جامع المقاصد و مفتاح الكرامة هي:

«ولو تعدّر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله، ففي وجوب الشراء نظر» (1).

(1) قواعد الأحكام، ص 79 (الطبعة الحجرية)؛ مفتاح الكرامة، ج 6، ص 254؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 260

أقول (1): كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل (2)، بأن صار

ووجه النظر ما أفاده في التذكرة بقوله: «إذا أتلف المثلي وجب عليه تحصيل المثل، فإن وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه بلا خلاف. وإن لم يجده إلا بأزيد من ثمن المثل ففي إزمائه بتحصيله إشكال. ينشأ من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدى. ومن أن المثل كالعين، ورد العين واجب وإن لزم في مئونه أضعاف قيمته. وللشافعية وجهان. أظهرهما الأخير. وربما يمكن الفرق بين المثل والعين بأنه تعدى في العين دون المثل، فلا يأخذ المثل حكم العين» (1).

والأول وجه لعدم وجوب الشراء، والثاني وجه لوجوبه كما لا يخفى.

وجعل المحقق الثاني قدس سره منشأ نظر العلامة قدس سره: «لزوم الضرر المنفي عن الضامن، فلا يجب عليه الشراء بأكثر من ثمن المثل. وأن القدرة على المثل موجودة، فيجب شراؤه» ثم رجح الوجوب كما صنعه العلامة في التحرير (2).

(1) ناقش المصنف قدس سره في تردد العلامة و حكم بوجوب شراء المثل سواء أكانت زيادة قيمته لأجل ارتفاع قيمته السوقية، لارتفاع أسعار السلع بحيث قل ما تتساوى قيمة الأمتعة في مبدأ الشهر ومنتهاه، أم كانت لأجل عزة وجود المثل ككونه عند من يضنّ به، ولا يبيعه إلا بأكثر من قيمته المتعارفة.

ولو كان كثير الوجود لم يرتفع قيمته السوقية. لكنه قدس سره في بادئ الأمر فصل بين الصورتين، كما سيوضح.

(2) هذا هو أحد منسئي كثرة ثمن المثل. و محصّله: أن تردد العلامة إن كان في صورة ارتفاع القيمة السوقية، لم يكن له وجه، لأن وجوب الشراء إجماعي، كما إذا

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 384، أواخر الصفحة.

(2) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: «إذا غضب ماله مثل كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأيّ ثمن كان بلا خلاف» (1).

وفي المبسوط: «يشتريه بأيّ ثمن كان إجماعاً» (2) انتهى.

ووجهه عموم النصّ و الفتوى (1) بوجوب المثل في المثليّ.

ويؤيده فحوى (2) حكمه بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف

---

أُتلف زيد حنطة من عمرو، فأراد ردّ مماثلها بعد عام، وقد بلغت قيمة الحنطة ضعف ما كانت عليه، فإنّه لا ريب في وجوب الشراء مقدّمة لأداء المثل إلى المضمون له.

ويدلّ عليه وجوه ثلاثة، أولها: الإجماع الذي ادّعه شيخ الطائفة في المبسوط والخلاف.

ثانيها: إطلاق آية الاعتداء، القاضي بوجوب ردّ المثل سواء توقّف على الشراء أم لا، وسواء أكان شراؤه بثمن المثل أم بأزيد منه.

ثالثها: إطلاق فتوى الأصحاب بوجوب ردّ المثل مهما كلف من مئونة.

(1) الظاهر أن المراد بعموم النص عموم آية الاعتداء، والمراد بالعموم هو الإطلاق الأحوالي كما أوضحناه.

(2) تقريب الفحوى: أنّ دفع المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف إنّما هو لصدق المماثلة، فإذا صدق عليه أنّه مماثل مع عدم مماثلته للتالف في الماليّة بحدها، فصدق المماثل عليه مع بلوغه قيمة التالف وزيادة يكون بالأولويّة، لأنّه مماثل له في الحقيقة والماليّة حقيقة لا عناية لمجرّد المماثلة في الصورة.

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 415، المسألة 29 من كتاب الغصب.

(2) المبسوط، ج 3، ص 103

ص: 365



لا يوجب الانتقال إلى القيمة. بل ربّما احتتمل بعضهم ذلك (1) مع سقوط المثلي في زمان الدفع عن المائيّة (2) كالماء على الشاطئ (3) و الثلج في الشتاء.

و أمّا (4) إن كان لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد

---

و يمكن تقرب الفحوى بنحو آخر، وهو: أنّ حكمهم بعدم الانتقال إلى القيمة في صورة التّنزّل يقتضي عدم مراعاة قاعدة «نفي الضرر» بالنسبة إلى تضرّر المالك به، فعدم مراعاة قاعدة الضرر بالنسبة إلى الضرر الوارد على الضامن - بازدياد ثمن المثل - أولى، لأنّ الضامن أقدم على ضرر نفسه.

(1) أي: عدم الانتقال إلى القيمة مع سقوط المثل عن التقويم، و المحتمل هو العلامّة في القواعد، من دون ترجيح له ولا لخلافه، و قد تقدم كلامه في الأمر الرابع.

و مال إليه في الجواهر «1».

(2) متعلّق بقوله: «سقوط».

(3) يعني: أتلف الضامن الماء في مفازة حيث يبذل المال الكثير لتحصيله، فأراد دفع ذلك المقدار من الماء على شاطئ النهر بحيث لا يبذل فلس بإزائه.

و كذا الحال في إتلاف الجمد و الثلج في حرّ الصيف، فأراد دفع مماثلهما في الشتاء.

(4) هذا عدل قوله: «إن كانت لزيادة القيمة السوقية» و كان الأولى أن يقال:

«و إن كانت لأجل تعذّر المثل ..» و كيف كان فلم نظفر في العبارة بجواب «و أمّا» فلاحظ و تأمل.

و احتمال «كون - و الظاهر - غلطا، و أنّ الصواب اقتترانه بالفاء ليكون جواب الشرط» ضعيف، إذ بعد فرض كون النسخة الصحيحة كذلك لا يصلح لأن يكون جوابا، لعدم الارتباط بين الشرط و الجزاء، إذ لا يكون قوله: «و الظاهر» مرتبّا بما قبله، فإنّ الجواب لا بدّ أن يكون متربّا على الشرط، و هو مفقود هنا كما لا يخفى.

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 99

ص: 366

ممّا يرغب فيه الناس مع (1) وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة بإزائه ضررا عرفا. و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد، لأنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل. وإنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف. و حينئذ (2) فيمكن التردّد في الصورة الثانية

مع أنّ مقصوده حمل ترديد العلامة قدّس سرّه على هذه الصورة الثانية، و هذا الحمل أجنبيّ عن بيان الحكم الذي يناسب الجزاء.

(1) متعلق بقوله: «يرغب» يعني: أنّ رغبة الناس فيه مع إعوازه لا تقتضي زيادة قيمته بمقدار يريده مالكة، فزيادة الثمن حينئذ ليست لارتفاع القيمة السوقية عند الإعواز، بل لأجل طمع المالك و إجحافه، بحيث يعدّ بذل ما يطلبه بائع المثل ضررا عرفا.

و حاصل الفرق بين الصورة الاولى - و هي ما أفاده بقوله. «كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة إلخ»- و الصورة الثانية و هي قوله: «و أمّا إن كان لأجل تعذّر المثل إلخ» هو: أنّه في الصورة الاولى لا يصدق «الأكثر من ثمن المثل» إذ المفروض ارتفاع قيمة المماثل للتالف، فالثمن الفعليّ للمثل هو نفس ثمن المثل، لا أكثر منه. نعم هو أكثر من ثمن التالف يوم تلفه.

بخلاف الصورة الثانية، فإنّه يصدق عليها ذلك، إذ المفروض كون الثمن الذي يريده المالك أكثر من قيمته السوقية التي يرغب فيها الناس بوصف الإعواز، كما إذا كانت قيمته السوقية بهذا الوصف عشرة دراهم و المالك يريد خمسة عشر درهم، فإنّ صدق «أكثر من ثمن المثل» عليه حينئذ من الواضحات، و يصدق عليه أنّ المالك مجحف في هذه المعاملة، فيتّجه البحث عن وجوب شراء المثل و عدمه.

(2) يعني: حين إرادة بائع المثل أكثر من الثمن السوقيّ لمثل التالف بوصف إعوازه. و الظاهر زيادة هذه الكلمة، للزوم التكرار، لوضوح أنّ مفروض الصورة الثانية إرادة بائع المثل زيادة على ثمنه الواقعي، فلا حاجة إلى كلمة «حينئذ»

- كما قيل (1)- من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى، وأنّه (2) يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة، و هو ضرر (3).

و لكن الأقوى مع ذلك (4) وجوب الشراء وفاقا للتحرير كما عن الإيضاح «1» و الدروس و جامع المقاصد، بل إطلاق السرائر (5)، و نفي الخلاف

---

و على تقدير إسقاطها أمكن جعل «فيمكن» جوابا لقوله: «و أمّا» الشرطية.

و الأولى أن يقال: «في هذه الصورة» بإسقاط كلمة «الثانية». أو إبقاؤها، و إن كان إسقاطها أولى، للاستغناء عنها باسم الإشارة، و هي «هذه».

(1) القائل هو العلامة قدس سره في التذكرة، و قد تقدّمت عبارته آنفا.

(2) معطوف على «أنّ الموجود» يعني: أنّه يمكن معاندة بائع المثل بأن يطلب أضعاف قيمته الواقعية، و هذا الوجه أفاده السيد العميد قدس سره «(2)».

(3) هذا وجه تنزيل الموجود بأكثر من ثمن المثل منزلة المعدوم كالرقبة في الكفارة، و من المعلوم أنّ الضرر منفي في الشريعة.

(4) أي: مع كون الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم- و طلب أضعاف قيمته ضررا على الضامن- يكون الأقوى وجوب الشراء، قال المحقق الثاني: «و الأصحّ الوجوب، فإنّ الضرر لا يزال بالضرر، و الغاصب مؤاخذ بأشقّ الأحوال، فلا يناسبه التخفيف، و هو الأصحّ» (3).

(5) الإتيان بكلمة «بل» لأجل أنّ ابن إدريس لم يكن من المصرّحين بوجوب شراء المثل إذا زاد ثمنه على ثمن التالف، فنسبة هذا الحكم إليه إنّما هي لاقتضاء إطلاق

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 254. راجع تحرير الاحكام، ج 2، ص 139، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 178، الدروس الشرعية، ج 3، ص 113

(2) كنز الفوائد، ج 1، ص 661

(3) جامع المقاصد، ج 6، ص 260

ص: 368

المتقدّم عن الخلاف، لعين ما ذكر في الصورة الاولى (1).

ثمّ إنّّه لا فرق (2)

كلامه بوجوب ردّ المثل، سواء تغيّرت الأسعار أم لم تتغيّر. ولو كان نظره قدّس سرّه إلى صورة مساواة ثمن المثل لثمن التالف لنّبّه عليه، و من المعلوم أنّ عدم تقييد وجوب أداء المثل بصورة المساواة كاشف عن إطلاق الحكم. قال قدّس سرّه: «فمن غصب شيئاً له مثل وجب عليه ردّه بعينه، فإن تلف فعليه مثله» (1). و الجملة الأخيرة هي محطّ نظر المصنّف قدّس سرّه من نسبة الإطلاق إليه، وهو كذلك.

نعم قال في موضع آخر: «فأمّا ماله مثل فعليه مثله يوم المطالبة، تغيّرت الأسعار أم لم تتغيّر..» (2). وهذا تصريح بالإطلاق، بناء على أنّ المراد بالتغيّر الارتفاع، ولعلّ المصنّف قدّس سرّه لم يظفر بهذه العبارة و نسب الإطلاق إلى ابن إدريس قدّس سرّه.

(1) وهي كون زيادة الثمن لأجل رواج السوق، فإنّ ما ذكر فيها- من عموم النصّ و الفتوى- آت هنا، و لا مجال لقاعدة الضرر، لأنّها مخصّصة بأدلة الضمان.

فالمتمعّن الرجوع إلى إطلاق تلك الأدلة المخصّصة.

نعم تجري قاعدة نفي الحرج إذا لزم الإجحاف بحال الضامن، فإنّ هذه القاعدة تنفي وجوب الشراء.

إلا أن يقال: إنّ قاعدة نفي الحرج أيضا مخصّصة بتلك الأدلة المخصّصة، خصوصا بملاحظة «مؤاخذه الغاصب بأشق الأحوال».

(2) لإطلاق أدلة الضمان، يعني: كما أنّ إطلاقها يقتضي وجوب شراء المثل بأكثر من ثمن المثل، لارتفاع الأسعار مرّ الزمان، كذلك يقتضي وجوب شرائه في بلد آخر- غير بلد تلف العين- إذا طالبه المالك بالمثل. سواء أ كانت قيمتا البلدين متساويتين أم كانت قيمة بلد المطالبة أزيد.

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 480

(2) المصدر، ص 490

في جواز مطالبة (1) المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره. ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاقا (2) لظاهر المحكي «1» عن التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد.

وفي السرائر: «أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب» (3).

---

و الوجه فيه اشتغال ذمة الضامن بالمثل، فللمضمون له مطالبة حقه. إلا إذا تعدّر تحصيله، فينتقل إلى قيمته حينئذ كما سيأتي تفصيله في الأمر السادس إن شاء الله تعالى.

(1) المصدر مضاف إلى الفاعل، و ضمير «كونه» راجع إلى المثل.

(2) و خلافا لما في المبسوط من «لزوم قيمته في بلد الغضب، أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفي ذلك، للضرر المنفي» «2». لكن قد عرفت الإشكال في العمل بقاعدة الضرر من عدم شمولها للحكم الثابت بعنوان الضرر كالضمانات.

(3) كلام ابن إدريس قدس سره لا يختص برّد المثل في غير بلد التلف، لتصريحه بأنه حكم بدل التالف سواء أ كان مثليا أم قيميا، فلاحظ قوله: «إذا غصب منه مالا مثليا بمصر، فلقية بمكة، فطالبه به. فإن كان المال له مثل، فله مطالبته، سواء اختلفت القيمة في البلدين، أم اتفقت. وإن كان لا مثل له، فله مطالبته بقيمته يوم الغضب، دون يوم المطالبة، إذا أهلكه و أتلفه في يوم غصبه .. و لأنّ المغصوب منه لا يجب عليه الصبر إلى حين العود إلى مصر، بل يجب على الغاصب ردّ مثل الغضب إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، فإنّ هذا الذي يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة، و لا يعرج إلى

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252. و لاحظ تحرير الأحكام، ج 2، ص 139، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383 و 384، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 177، الدروس الشرعية، ج 3، ص 114، جامع المقاصد، ج 6، ص 252

(2) المبسوط، ج 3، ص 76

ص: 370

وهو (1) كذلك، لعموم «الناس مسلطون على أموالهم (2)» «1». هذا (3) مع وجود المثل في بلد المطالبة.

وأما مع تعدّره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة [1].

---

خلافه بالأراء والاستحسان» (2).

ومنّه ظهر أنّ كلمة: «و أصول المذهب» غير موجودة في ما بأيدينا من نسخة السرائر وإن نقله عنه السيد العاملي أيضا.

(1) يعني: أنّ ما حكى عن جمع - من جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف - هو المتعين، لعموم سلطنة الناس على أموالهم.

(2) فإنّ إطلاقه يقتضي سلطنة المالك على المطالبة في كلّ مكان وزمان وبأيّ سعر كان، وليس للضامن حبه عنه.

ومع هذا الإطلاق لا - حاجة إلى التمسك بمثل «على اليد» أو «كلّ مغصوب مردود» حتى يورد عليه بقصوره، بدعوى «انصرافه إلى خصوص مكان ذلك المال».

لكن يمكن أن يقال: إن كانت سلطنة المالك على المطالبة في بعض الصور حرجيّة فتنفى بقاعدة الحرج، فلا بدّ من ملاحظة موارد المطالبة زمانا ومكانا، وعزّة وكثرة للمثل، وتترّلا وترقيّا من حيث القيمة. ففي كل مورد تكون مطالبة المالك حرجيّة يرتفع جوازها بنفي الحرج، فتأمل.

(3) أي: جواز المطالبة في غير بلد التلف.

---

[1] تحقيق المقام: أنّه قد استدلّ بأية الاعتداء على وجوب شراء المثل ولو بأكثر من قيمة مماثله. لكن قد عرفت الإشكال في الاستدلال بها على ما نحن فيه.

وقد استدلّ أيضا عليه بالإجماع تارة، وبأنّ الحكم بعدم وجوب الشراء على الغاصب يستلزم الضرر على المالك اخرى.

---

(1) عوالي اللئالي، ج 1، ص 222، الحديث: 29 و ص 457، الحديث 198

(2) السرائر، ج 2، ص 490 و 491

ص: 371

ولا يعارض ضرر المالك بضرر الضامن ليندرج المقام في تعارض الضررين كي لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل. وذلك لأن ضرر الضامن إنما نشأ عن إقدامه، فلا تجري قاعدة الضرر في حقه، فتجري في طرف المالك بلا معارض، فيجب شراء المثل ولو بأكثر من ثمن المثل.

لكن فيه: أن الإقدام ليس إلا في الغصب وما هو بمنزلته من العلم بفساد العقد الموجب للقبض. وأما مع الجهل بالفساد فلا إقدام، فالضرران متعارضان. ومقتضى أصل البراءة عدم وجوب شراء المثل بأكثر من القيمة السوقية.

إلا أن يقال: إن استصحاب بقاء ما في الذمة من المثل وعدم انتقاله إلى القيمة يقضي بلزوم شراء المثل بأي ثمن كان.

والذي ينبغي أن يقال هو: أن قاعدة الضرر لا تجري في الضمانات، لأن موضوعها الضرر، كالخمس والزكاة، فإن مقتضى لوجود شيء يمتنع أن يكون رافعا له، فقاعدة الضرر لا تجري في الضمانات أصلا، فلا موضوع لتعارض ضرري المالك والضامن، ولا لدفعه بقاعدة الإقدام من ناحية الضامن.

مضافا إلى ما فيها: من كونها أخص من المدعى، لاختصاصها بالغصب وما هو بمنزلته، إذ لا إقدام على الضمان في غير الغصب.

فالمرجع إطلاق أو عموم أدلة الضمان وعموم سلطنة الناس على أموالهم. هذا بالنسبة إلى الصورة الأولى المذكورة في المتن، وهي كون زيادة القيمة لأجل الرواج السوقية، لا العناد المالكية ولا طمعه. ومع هذا الإطلاق لا تصل النوبة إلى أصل عملي من استصحاب أو براءة أو اشتغال.

نعم إذا لزم الحرج كما إذا كان مجحفا لم يجب الشراء، لقاعدة نفي الحرج.

وأما الصورة الثانية- وهي كون زيادة القيمة غير مستندة إلى الرواج بل إلى عناد بائع المثل أو طمعه- فحكمها كما في المتن حكم الصورة السابقة، لجريان ما ذكر من الأدلة من عموم النص والفتوى والإجماع المستفاد من نفي الخلاف- في الخلاف- في

هذه الصورة حرفاً بحرف.

وبالجملة: إطلاق أدلة ضمان المثليّ بالمثل محكّمة، فيجب شراؤه ولو بأكثر من ثمن المثل، إذ المفروض عدم جريان قاعدة الضرر في الضمانات. وعلى تقدير جريانها تسقط بمعارضتها لضرر المالك. فيبقى إطلاق أدلة الضمان سليماً عن المعارض، و مقتضاه وجوب شراء المثل بأيّ ثمن كان.

إلا أن يقال: إن قاعدة الضرر لا ترفع الحكم المجعول في مورد الضرر إذا كان الضرر بمقدار يقتضيه طبع الحكم كما في الصورة الأولى. و أمّا إذا كان الضرر زائداً على ذلك و مترتباً على أمور خارجة عمّا يقتضيه طبع الحكم، كما إذا كان مترتباً على عناد بائع المثل أو طمعه، فينبى بقاعدة الضرر، لأنّه خارج عن حيطه الضمان العقلائيّ و كون المثل في عهدة الضامن.

وبعبارة أخرى: ليس الضرر الزائد جزءاً ماليّة المثل الثابت على عهدة الضامن، و ما ثبت بالضمان هو المثل بماليّته السوقيّة لا بالماليّة الخاصّة التي يريدّها شخص للطمع أو العناد، فإنّ ذلك خارج عن حيطه الضمان الشرعيّ و العرفيّ.

و عليه فلا يجب شراء المثل في الصورة الثانية، لقاعدة الضرر بالنسبة إلى الضامن، فينتقل إلى القيمة.

لكن يمكن أن يقال: بناء على إطلاق لفظيّ لأدلة الضمان - كآية الاعتداء و الروايات - لا تجري قاعدة الضرر في الصورة الثانية أيضاً، إذ المفروض وفاء الإطلاق بجعل الحكم الضرريّ بالنسبة إلى الضرر الزائد على القيمة السوقيّة، و حيث إنّ موضوع هذا الحكم هو الضرر فلا يرتفع بقاعدة الضرر، فحينئذ لا فرق في وجوب الشراء بين الصورتين.

نعم بناء على كون مستند الحكم بكيفيّة الضمان - أي ثبوت المثل في المثليّ و القيمة في القيميّ في عهدة الضامن - هو الدليل اللبّيّ من السيرة أو الإجماع، فالمتيقّن هو وجوب الشراء في الصورة الأولى، فيرجع في الصورة الثانية إلى الأصل العمليّ، و هو



استصحاب الضمان بالمثل، إن لم تجر قاعدة الضرر في الشراء بالزيادة على القيمة السوقية، لمعارضتها بضرر المالك، أو حرجه. ولو كان الشراء حرجيًا ولم يعارضه ضرر المالك أو حرجه لم يلزم شراؤه، لكون الحرج رافعاً له، فلا يجري حينئذ استصحاب بقاء المثل في الذمة حتى يجب شراء المثل بثمن كثير يريده بائع المثل.

فتلخص مما ذكرناه: أنه في الصورة الثانية لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل، من غير فرق في ذلك بين كون دليل الضمان بناء العقلاء أو الإجماع أو مثل آية الاعتداء.

أما على الأولين فلأن الضمان العرفي مبني على المتعارف عندهم من اعتبار القيمة السوقية ارتفاعاً وانحطاطاً، فلو تنزل السعر السوقية ليس للمالك الامتناع عن أخذ المثل. كما أنه لو ترقى ليس للضامن الامتناع من إعطاء المثل، بل يجب عليه شراؤه ولو بأكثر من ثمن المثل.

فإذا كانت كثرة الثمن غير مستندة إلى القيمة السوقية بل إلى الأغراض الأخرى - كالعناد أو الطمع - فهي غير مضمونة عرفاً على الضامن، لأنّ الدليل لبي. و المتيقن منه هو ضمان المثل بقيمته السوقية قلت أو كثرت، فلا - يشمل ما إذا كانت كثرة الثمن لغير الرواج السوقية، فتنفيه قاعدة الضرر أو الحرج.

و حينئذ لا يجري استصحاب بقاء المثل في الذمة، لأنّ الدليل الاجتهادي ينفي الضمان، و يجعل المثل الموجود في هذه الصورة كالمثل المتعدّر، فينتقل إلى القيمة. كما أنّ قاعدة السلطنة القاضية بجواز مطالبة المالك بالمثل - وإن كثر ثمنه لا لأجل رواج السوق - محكمة بقاعدة الضرر أو الحرج.

و أما على الثالث فلأنّ المنساق منه عرفاً أيضاً هو الضمان العقلاني الذي يبنى عليه إطلاق أدلة الضمان. و على تقدير الإطلاق تكون قاعدة الضرر حاكمة عليه، و تخصّه بالضمان المتعارف أعني به القيمة السوقية.

و بالجملة: فدليل الضمان لفظياً كان أم لبياً لا يقتضي وجوب شراء المثل بثمن لا يقتضيه رواج السوق، بأن نشأ عن داع نفساني كالطمع و العناد.

السادس (1): لو تعذر المثل في المثلي،

(1) هذا الأمر من فروع الأمر الرابع الذي تحقّق فيه أنّ المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف عند القابض يضمن بمثله إن كان مثلياً، وقيّمته إن كان قيميّاً. خلافاً لما نسب إلى ابن الجنيد. فبناء على اشتغال ذمّة الضامن بمثل التالف- في المثلي- يتّجه البحث عن حكم تعذر المثل، و انقلاب المضمون إلى القيمة. ويقع الكلام في تعيين قيمة المثل المتعذر هل هو ثمنه يوم الأداء إلى المضمون له، أم يوم تعذر المثل، أم غير ذلك من الاحتمالات التي سيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى؟

ولا بأس- قبل توضيح المتن- بالإشارة إلى أمرين:

الأوّل: أنّ تعذر المثل قد يكون ابتدائياً أي من حين تلف العين، بأن يعزّ وجود المتاع المثلي في مدّة من الزمن، فتلفت العين فيها. وقد يكون طارئاً، بأن يوجد المثل حين تلف العين ولم يحصله الضامن تساهلاً حتى تعذر المثل.

وانقلاب الضمان بالمثل إلى الضمان بالقيمة وإن كان في كلتا صورتين. إلا أنّ المقصود بالبحث فعلاً كما صرح المصنّف قدّس سرّه به بقوله: «إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميات، وبين طرّوه بعد التمكن كما فيما نحن فيه» هو التعذر الطاري. وأمّا إذا فقد المثل وقت التلف فسيأتي حكمه.

الثاني: أنّ وجوب أداء ما في الذمّة لا يتوقّف على مطالبة من له الحق كما في المغصوب، فإنّ الغاصب مأمور برده- بنفسه أو ببدله- إلى المغصوب منه، سواء طالبه به أم لم يطالبه، لإطلاق «أنّ المغصوب مردود». و المبيع بالبيع الفاسد يكون كالمغصوب في عدم توقّف وجوب رده إلى مالكة على المطالبة. نعم إن لم نقل بحرمة إمساكه كما تقدّم من شيخ الطائفة والحلي قدّس سرّهما لم يجب رده فوراً بدون المطالبة.

و الصحيح من الوجهين هو الأول كما حققه المصنّف قدّس سرّه في الأمر الثاني، وأنّه يجب ردّه فوراً إلى مالكه.

و هذا جار في صور ثلاث: إحداها: بقاء المبيع بالبيع الفاسد. ثانيها: تلفه مع كونه مثلياً ممكن الحصول. ثالثها: تلفه مع كونه قيميّاً.

فيجب ردّ المبيع - في الصورة الاولى - و بدله في الصورتين الأخريين إلى مالكه فوراً.

و بقي حكم صورة واحدة، أعني بها كون المبيع مثليّاً، و قد تلف و تعدّر تحصيله، و قد عقد المصنّف هذا الأمر لتحقيقه، و تعرّض لجهات من البحث.

الاولى: اشتراط انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة بمطالبة المالك.

الثانية: تعيين القيمة التي تجب بمطالبة المالك، هل هي قيمة المثل يوم الإعواز أم يوم الدفع أم غيرهما؟ وفي هذه الجهة تفصيل الاحتمالات المذكورة في قواعد العلامة قدّس سرّه.

الثالثة: في أنّ محلّ النزاع هل يختصّ بالتعذر الطاري أم يعمّ الابتدائيّ؟

الرابعة: في أنّ مناط إعواز المثل فقده في بلد التلف.

الخامسة: في كيفية تقويم المثل مع فرض تعدّره و فقده.

السادسة: في جواز مطالبة الضامن بالمثل لو وجد في بلد آخر غير بلد التلف.

السابعة: في حكم خروج المثل الموجود عن المائيّة و التقويم، وأنّه ملحق بتعدّر المثل أم لا؟

و سيأتي الكلام في كلّ منها إن شاء الله تعالى.

(1) هذه هي الجهة الاولى. و توضيحها: أنّ المصنّف قدّس سرّه بنى انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة على مطالبة المالك، إذ لو لم يطالب لم يكن دليل على إزمائه بقبول القيمة، لفرض أنّ ذمّة الضامن مشغولة بالمثل، و مجرد التعدّر و الإعواز لا يسقط المثل عن العهدة، للفرق بين الأحكام التكليفيّة التي تتغيّر بطرء العناوين الثانويّة، و بين الأحكام الوضعيّة كالضمان، فلو صبر المالك إلى أن يتيسّر للضامن أداء المثل لم يتّجه إزمائه بقبول القيمة، هذا.

مع مطالبة (1) المالك، لأنّ منع المالك ظلم (2)، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة جمعا بين الحقيين (3).

مضافا إلى قوله تعالى:

وأما إذا طالبه المالك بقيمة المثل المتعذر، فقد استدلّ المصنف قدّس سرّه بوجهين على وجوب بذل القيمة على الضامن.

أحدهما: الجمع بين حقيّ المالك و الضامن. والآخر: آية الاعتداء، وسيأتي بيانهما.

(1) وجه تقييد وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك هو استقرار المثل في ذمة الضامن، وعدم كون القيمة في رتبة المثل، بل هي في طوله و متأخرة عنه رتبة. وهذا التقييد لا ينافي كون المقبوض بالبيع الفاسد كالمغصوب ممّا يجب ردّه بنفسه أو ببدله إلى المالك فورا، وذلك لعدم كون القيمة واجدة لخصوصيّة المثل المستقرّ في العهدة حتى يكون أدائها مسقطه له، وسيأتي مزيد توضيح له.

(2) هذا أوّل الوجهين على وجوب أداء القيمة على الضامن، استدلّ به المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه وغيره (1). وهو مقتضى الجمع بين حقيّ المالك و الضامن.

أما حقّ المالك فهو استحقاقه للقيمة بعد إسقاط الأوصاف النوعيّة التي هي من حقوقه، فله المطالبة بالقيمة، فلو أبى الضامن عن دفع القيمة إلى المالك كان ظلما عليه، وهو قبيح عقلا و ممنوع شرعا.

وأما حقّ الضامن فهو: أنّ مطالبة المثل منه غير جائزة، لسقوط التكليف بسبب تعذره، فلو ألزمناه بدفع المثل كان ظلما عليه، وهو منفيّ عقلا و شرعا.

والجمع بين الأمرين - بحيث لا يستلزم ظلما على أحدهما - إنّما هو بإلزام الضامن بأداء القيمة لو طالبه المالك بها.

(3) وهو حقّ المالك و الضامن.

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 527؛ مفتاح الكرامة، ج 6، ص 242 و 243

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (1) فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْمِثْلِ لَمْ يَعْتَدِ عَلَيْهِ (2) أَزِيدُ مِمَّا اعْتَدَى (3).

وبالجملة:- بعد البناء على كون ذمة الضامن مشغولة بالمثل حتى يعدّ تعذره و عدم سقوط الأوصاف النوعية بدون إسقاط المالك لها- لا وجه لإلزام الضامن إياه بقبول القيمة، بل له الانتظار إلى أن يوجد، إذ المفروض عدم كون تعذر المثل مسقطا له عن ذمة الضامن، و موجبا للانتقال إلى القيمة، فلا موجب لإلزام المالك بقبول القيمة.

و لا يقاس إعواز المثل بتلف العين، حتى يقال: إن الإعواز يوجب الانتقال إلى القيمة، كما أن تلف العين يوجب الانتقال إلى المثل إن كان مثليا و القيمة إن كان قيميا.

و ذلك لأنه لا معنى لبقاء العين التالفة في الذمة، لامتناع أدائها بعد تلفها.

فالانتقال إلى المثل أو القيمة بالتلف قهري، بخلاف إعواز المثل، إذ لا مانع من ثبوت كليّ المثل في الذمة إلى زمان الأداء، ولذا لا يجوز للضامن إلزام المالك بالقيمة. كما لا يجب على الضامن إلا دفع قيمة يوم الأداء، لما مرّ من عدم كون الإعواز موجبا للانتقال إلى القيمة، بل المثل باق في ذمته إلى يوم الأداء، فتعتبر القيمة يوم الدفع، لأنه زمان الانتقال إلى القيمة.

(1) هذا ثاني الوجهين على وجوب أداء القيمة. و هو مبني على ما تقدم من شيخ الطائفة قدس سره من: أن المماثلة أعم من كونها في الصورة- و هي المشاركة في الحقيقة- و من كونها في المالية خاصة. و حيث إن القيمة مماثلة للتالف في المالية دلّت الآية الشريفة على أنه يجوز للمالك الاعتداء على الضامن بأخذ قيمة ماله منه، فمطالبة القيمة اعتداء بالمثل، لا بأزيد منه حتى تحرم.

(2) هذا الضمير و الضمير المستتر في «اعتدى» راجعان إلى الضامن.

(3) لأن القيمة مثل التالف في المالية، و المفروض دلالة الآية على جواز الاعتداء بالمماثل.

وأما (1) مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على إزمائه بقبول القيمة، لأنّ المتيقن (2) أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع (3) بين حقّ المالك بتسليطه

(1) معطوف على قوله: «مع مطالبة المالك» وقد تقدّم وجه تقييد وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك بقولنا: «و بالجمله بعد البناء على كون ذمّة الضامن مشغولة بالمثل .. إلخ».

(2) هذا التعليل ظاهر في أنّ الوجه الأوّل - وهو الجمع بين الحقّين - لا يجري في ما إذا صبر المالك حتى يتيسّر المثل، ولم يطالب الضامن بالقيمة، لأنّه مالك للمثل في ذمّة الضامن. فهو مسلّط شرعا على المطالبة ببدل المثل المتعذر، كما أنّ له الانتظار وعدم أخذ القيمة.

وأما الوجه الثاني - أعني به آية الاعتداء - فيستفاد من التعليل المزبور أيضا عدم وجوب دفع القيمة في صورة عدم مطالبة المالك بها. وذلك لأنّ المخاطب بجواز الاعتداء على المعتدي - كالضامن في ما نحن فيه - هو المالك، لقوله تعالى فَأَعْتَدُوا الْمَنْسَلَخَ عَنِ الْوَجُوبِ. فللمعتدى عليه تغريم المعتدي بالمماثل، الشامل للمماثلة في مجرد الماليّة خاصّة، وله الانتظار إلى زمان تيسّر المثل المصطلح الذي هو أقرب إلى التالف، لمساواته له في الحقيقة والماليّة معا. وعلى كلّ فليس أمر تفرّغ الذمّة عن المثل أو القيمة موكولا إلى الضامن حتى يجوز له تفرّغ ذمّته عمّا اشتغلت به فورا كي ينقلب ضمانه من المثل إلى القيمة، هذا.

(3) هذا وقوله: «و حقّ الضامن» قرينة على أنّ غرضه من قوله: «لأنّ المتيقن» هو عدم المجال للاستدلال بالجمع بين الحقّين على جواز أداء القيمة حتى مع عدم مطالبة المالك بها.

لكن يستفاد منه أيضا وجه عدم دلالة الآية الشريفة، لقوله قدّس سرّه: «أما عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل» لظهوره في توقف انقلاب ما في الذمّة من المثل إلى القيمة على المطالبة التي هي من شؤون سلطنته على ماله التالف أو المتلف.

على المطالبة، وحقّ الضامن بعدم تكليفه (1) بالمعذور (2) أو المعسور (3). أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل.

و ما ذكرنا (4) يظهر من المحكي «1» عن التذكرة والإيضاح، حيث ذكرنا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية «2» في حكم تعدّد المثل ما لفظه: «أنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به. وإنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها» انتهى.

---

(1) أي: تكليف الضامن.

(2) فيما إذا لم يوجد المثل أصلاً، فلو كلف الشارع الضامن بدفع المثل كان معذورا عن امتثاله.

(3) فيما إذا وجد المثل في بلد بعيد بحيث لا يخلو تحصيله ونقله من مشقة شديدة منفيّة شرعا.

(4) أي: عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بالتعدّد والإعواز - مجردا عن مطالبة المالك والانتقال إلى القيمة - إنّما هو لمطالبة المالك، بمقتضى سلطنته على مطالبة ماله، والكلام المحكيّ عن التذكرة والإيضاح كالصريح في ذلك، فإنّ كلمة «تغريمها» تدل على إناطة أداء القيمة بمطالبة المالك غرامة ماله.

ولا يخفى أنّ العلامة قدّس سرّه وجّه بالعبارة المنقولة في المتن الاحتمال الرابع من الاحتمالات العشرة المحكيّة عن الشافعيّة. و الاحتمال الرابع هو ضمان أقصى القيم من يوم الغصب إلى وقت التغريم. وليس في كلامه ردّ بعض الاحتمالات، إلا من جهة استلزام تقوية بعضها تضعيف ما عداها، فراجع التذكرة.

---

(1) الحاكي هو السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252. لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 25؛  
إيضاح الفوائد، ج 2، ص 175

(2) ستأتي بقوله: «ثم إن في المسألة احتمالات أخر ذكر أكثرها في القواعد».

ص: 380

لكن أطلق (1) كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل.

ولعلهم (2) يريدون صورة المطالبة، وإلا (3) فلا دليل على الإطلاق (4).

---

(1) يعني: أنّ إطلاق كثير منهم الحكم بالقيمة وقت تغريم الضامن- وعدم تقييده بالمطالبة- يقتضي الانتقال إلى القيمة عند تعذر المثل مطلقا وإن لم يطالب المالك.

قال السيّد الفقيه العاملي قدّس سرّه: «أمّا أنّه ينتقل إلى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم كما ستسمع، بل هو إجماعيّ .. وأمّا أنّها تلزم يوم الإقباض لا الإعواز- وإن حكم بها الحاكم يوم الإعواز- فمما صرّح به في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع و التحرير والتذكرة والدروس و جامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان، و هو قضية من اقتصر على لزوم القيمة يوم الإقباض كالإرشاد و غيره» (1).

و أنت ترى خلوّ كلامهم من قيد مطالبة المالك. و به يشكل ما ذهب إليه المصنّف قدّس سرّه و غيره من اشتراط وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك.

(2) غرضه توجيه الإطلاق المزبور، و حاصله: أنّه يمكن أن يريدوا خصوص صورة المطالبة، لا- مطلقا حتى يكون مرادهم انتقال المثل بالإعواز إلى القيمة.

(3) يعني: وإن لم نحمل إطلاق حكمهم بالقيمة- عند تعذر المثل- على خصوص صورة مطالبة المالك أشكال الأخذ بظاهر كلامهم، لعدم دليل على إطلاق انقلاب المثل إلى القيمة.

(4) كما هو مذهب القائلين بثبوت العين في الذمّة، و لا ينتقل إلى البدل من المثل أو القيمة، خلافا لغيرهم كالمصنّف و جماعة، حيث ذهبوا إلى الانتقال إلى البدل بمجرد تلف العين و الإعواز.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 242 و 243

ص: 381



و يؤيد ما (1) ذكرنا: أنّ المحكي عن الأكثر في باب القرض «أنّ المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة» (2).

نعم (3) عبّر بعضهم بيوم الدفع،

---

(1) من عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بمجرد الإعواز و التعذر لو لم يطالبه المالك بالقيمة. وجه التأييد أنّ تعبير الأكثر «باعتبار قيمة العين المقترضة- المتعذر مثلها- يوم مطالبة المالك» يدلّ على كون موضوع كلامهم خصوص صورة المطالبة، فبدونها لا موجب لانقلاب ما في الذمّة- من المثل- إلى القيمة.

و التعبير بالتأييد- دون الدلالة- لوجهين، أحدهما: أنّه استشهد بكلام الأكثر، لا بدليل معتمد من نصّ أو إجماع، و من المعلوم أنّ فتوى الأكثر أو المشهور لا تصلح دليلاً على حكم شرعيّ.

و ثانيهما: أنّه يحتمل أن يريدوا أنّ الانقلاب إلى القيمة كان في يوم تعذر المثل لا في يوم المطالبة. كما يحتمل أن يختصّ الحكم بباب القرض، لا في جميع موارد الضمان حتى المقبوض بالبيع الفاسد.

(2) الحاكي هو السيّد الفقيه العاملي، قال قدّس سرّه في شرح قول العلامة: «و لو تعذر المثل في المثليّ وجبت القيمة يوم المطالبة» ما لفظه: «كما في السرائر و التذكرة و جامع المقاصد- لما استسمعه عنه في الدراهم- و مجمع البرهان و المسالك و الكفاية و المفاتيح، لأنّ الثابت هو المثل إلى أن يطالبه» (1).

(3) استدراك على التأييد، و غرضه قدّس سرّه أنّ العلامة قدّس سرّه لم يعبر بقيمة يوم المطالبة، و إنّما قال في المختلف: «و الأجود يوم الدفع» (2). فبناء على وجوب رعاية قيمة يوم دفعها إلى المالك لا يتوقف انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة على مطالبة المالك، بل نفس التعذر موجب للانتقال. و من المعلوم منافاة هذا لمذهب الأكثر، و لا يصحّ التأييد المزبور.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 48

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 392

فليتأمل (1).

وكيف كان (2) فلنرجع إلى حكم المسألة، فنقول:

(1) لعلّه إشارة إلى: أنّه لا بدّ أن يراد بيوم المطالبة يوم الدفع أيضا، ضرورة أنّ المطالبة بنفسها لا تصلح سببا لانتقال الحقّ من المثل إلى القيمة، وإلاّ لزم الانتقال إلى قيمة يوم المطالبة فيما إذا طالب ولم يقدر عليه الضامن، أو عصى ولم يؤدّ القيمة إلى أن زادت أو نقصت، و من المعلوم أنّه ليس كذلك. فالتعبير بيوم المطالبة إنّما هو بالنظر إلى الغالب، وهو اتّحاده مع يوم الدفع.

لكن يشكل هذا الحمل بأنّ العلامة قدّس سرّه نقل أوّلا فتوى ابن إدريس باعتبار يوم المطالبة، ثم أورد عليه بأنّ الأجود قيمة يوم الدفع، فكيف يمكن إرادة يوم واحد وهو يوم المطالبة و الدفع المترتب عليها حتى يكون اختلاف التعبير لفظيًا؟

فالأولى جعل الأمر بالتأمّل إشارة إلى كفاية نظر الأكثر في مقام التأييد لو صحّ في نفسه.

(2) أي: سواء تمّ التأييد المزبور- بتوجيه يوم الدفع بيوم المطالبة- أم لم يتم، فلنرجع إلى حكم المسألة، وهذا شروع في الجهة الثانية، وهو تعيين القيمة التي يجب على الضامن دفعها إلى المالك. فنقل المصنّف قدّس سرّه قولين في بادئ الأمر، ثم نقل احتمالات أخرى عن قواعد العلامة.

أمّا القولان فأولهما للمشهور، وهو اعتبار قيمة يوم الأداء، وثانيهما للحلّي والعلامة في بعض المواضع، وهو اعتبار قيمة وقت تعدّر المثل.

واختار الماتن مذهب المشهور، واستدلّ عليه بأنّ المثل لما لم يسقط عن ذمّة الضامن بمجرد إعوازه فهو باق على عهده إلى زمان أداء قيمته، فإن دفعها سقط المثل، وإلاّ فلا، فزمان الانتقال إلى القيمة هو زمان دفعها، فيتعيّن رعايتها، ولا عبرة بقيمة يوم التعدّر، ولا أقصى القيم من زمان التلف أو الإعواز إلى الأداء.

ص: 383

إنّ المشهور (1) أنّ العبرة في قيمة المثل المتعدّر بقيمته يوم الدفع، لأنّ المثل ثابت في الذمّة إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعدّره، كما لا يسقط الدين بتعدّر أدائه. وقد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثاني (2). وقد عرفت (3) من التذكرة والإيضاح ما يدلّ عليه (4).

ويحتمل (5) اعتبار وقت تعدّر المثل. وهو للحلّي في البيع الفاسد،

---

(1) كما في مفتاح الكرامة، حيث قال بعد عبارته المنقولة (في ص 381):

«والحاصل: أنّي لم أجد مخالفاً متّافياً في ذلك، بل ولا متأمّلاً في هذا الباب إلاّ قوله في الإيضاح: إنّ الاحتمال الرابع أصحّ، وإلاّ قوله في المفاتيح: وقيل وقت الإعواز» (1).

(2) حيث قال- في ردّ القول بضمان أعلى القيم من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز- ما لفظه: «ويضعّف بأنّ المثل لا يسقط من الذمّة بتعدّره، وأداء الدين لا يسقط بتعدّر أدائه، ولهذا لو تمكّن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة، فما دام لم يأخذ المالك القيمة فالمثل باق في الذمّة بحاله» (2).

(3) قبل أسطر، حيث قال: «وما ذكرنا يظهر من المحكيّ عن التذكرة والإيضاح .. إلخ» (3).

(4) أي: ما يدلّ على اعتبار قيمة يوم الدفع، وكلام التذكرة والإيضاح وإن كان تعليلاً لاشتراط دفع القيمة بمطالبة المالك، لكنّه يدلّ أيضاً على أنّ الملحوظ قيمة يوم الدفع، لترتبه على المطالبة، إذ لا عبرة بدفع القيمة التي لم يطالبها المالك من الضامن.

(5) هذا الاحتمال هو القول الثاني في المسألة، لا محض احتمال، فإنّ ابن إدريس قدّس سرّه اختاره في بعض موارد البيع الباطل، حيث قال: «وإن أعوز المثل فعليه ثمن المثل

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 243

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 254

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 175

ص: 384

يوم الإعواز» (1). خلافا لما اختاره في كتاب الغصب بقوله: «فإن أعوز المثل فله قيمته يوم إقباضها» (2).

(1) قال السيد العاملي في إعواز المثل إذا كانت العين المقترضة مثلية: «وقيل وقت التعذر، وهو خيرة التحرير، ونسب إلى الشيخ في النهاية والقاضي وابن إدريس في موضع من كتابه فيما إذا تعذرت الدراهم، وهو خيرة الكتاب- يعني القواعد- في ذلك كما يأتي، ويظهر من الإيضاح أيضا، لأنه وقت الانتقال إلى البديل الذي هو القيمة» (3).

(2) يعني: في بعض مواضع المسالك، وهو ما أفاده في شروط العوضين- في عدم انعقاد البيع بحكم أحدهما- بقوله: «ولا يخفى أن هذا كله في القيمي. أما المثلي فيضمن بمثله، فإن تعذر بقيمته يوم الإعواز على الأقوى» (4).

لكن الشهيد الثاني قدس سره قوى في باب القرض ضمان قيمة يوم المطالبة (5) وفي باب الغصب قال: إن الأظهر عند الأصحاب قيمة يوم الإقباض، فراجع.

وعليه كان المناسب التنبيه على أن قيمة يوم الإعواز ليست نظره بقول مطلق، بل هي مختاره في خصوص كتاب البيع، والعهدة على الحاكي الذي لم أظفر به، ولم أجده في مفتاح الكرامة، بل عد السيد الشهيد الثاني في المسالك من القائلين باعتبار قيمة يوم المطالبة، كما تقدمت عبارته (في ص 381).

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 285

(2) المصدر، ص 490

(3) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 48

(4) مسالك الأفهام، ج 3، ص 174

(5) المصدر، ص 447

لأنّه (1) وقت الانتقال إلى القيمة.

و يضعّفه (2) أنّه إن أريد بالانتقال (3) انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت (4) فلا دليل عليه (5). وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا

(1) أي: لأنّ وقت تعذّر المثل هو وقت الانتقال إلى البدل. وهذا التعليل متكرّر في كلمات أرباب هذا القول، وقد نقله عنهم السيّد العامليّ قدّس سرّه في عبارته المتقدّمة.

(2) ضعّف المصنّف قدّس سرّه احتمال اعتبار ثمن المثل يوم الإعواز بما حاصله: أنّه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة من المثل إلى القيمة في ذلك الوقت - أي وقت الإعواز - حتى لو لم يطالب المالك بها، ففيه: أنّه لا دليل على سقوط المثل بمجرد الإعواز وانتقاله إلى القيمة.

وإن أريد بالانتقال وجوب إسقاط ما في الذمة من المثل بالقيمة في صورة مطالبة المالك، فهو وإن كان صحيحاً. لكنّه لا يوجب سقوط المثل و ثبوت القيمة في الذمة. ولذا لو أُخّر الاسقاط عذراً أو عصياناً بقي المثل في ذمة الضامن إلى أن يتحقّق الاسقاط. و إسقاطه في كلّ زمان إنّما يتحقّق بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس مكلفاً بإسقاطه بقيمة زمان آخر.

مثلاً إذا كان ثمن المثل وقت تعذّره وإعوازه عشرة دنانير، وبعد مضيّ شهر خمسة عشر ديناراً، فإن طالب المالك الضامن يوم التعذّر كان مكلفاً بأداء العشرة لإسقاط ما في ذمّته بها. وإن طالبه بعد شهر كان الضامن مكلفاً بأداء خمسة عشر ديناراً، ولا يكفي أداء عشرة دنانير حينئذ، لأنّ تفرّغ الذمة في كلّ زمان منوط بدفع قيمة المثل في زمان الاسقاط، لا قيمة الأزمنة السابقة. وعليه فلا عبرة بما اختاره جماعة من كون المدار ثمن المثل يوم إعوازه.

(3) أي: في قولهم: «لأنّ يوم التعذّر وقت الانتقال إلى البدل الذي هو القيمة».

(4) أي: وقت تعذّر المثل.

(5) بل الدليل على خلافه موجود، وهو عدم إناطة الحكم الوضعي - كالضمان -

بالقيمة، فوجوب (1) الإسقاط بها (2) وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا (3) أنه لو أحرر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط. وإسقاطه في كلِّ زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان (4). وليس في الزمان الثاني (5) مكلفًا بما (6) صدق عليه الإسقاط في الزمان الأوّل (7)، هذا.

بالتمكن، فالعهدة مشغولة بالمثل حتى في وقت إعوازه.

(1) يعني: ففيه: أنّ وجوب الإسقاط بالقيمة وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا .. إلخ.

(2) يعني: أنّ حدوث وجوب دفع القيمة يوم التعذر مشروط بمطالبة المالك قيمة المثل في يوم التعذر، فلو لم يطالب لم يحدث يوم الإعواز وجوب دفع القيمة.

(3) يعني: أنّ حدوث وجوب أداء القيمة يوم الإعواز لا يكفي في سقوط المثل عن الذمة، وانتقال الضمان إلى ثمن المثل. والشاهد على عدم تبدل المثل بالقيمة بمجرد التعذر هو: أنّ المالك لو طالبه بها يوم الإعواز - حتى يسقط ما في ذمة الضامن من المثل - ولكنه لم يؤدّ القيمة في ذلك اليوم وأراد أداءها بعد شهر وجب عليه مراعاة القيمة الفعلية، لا قيمة يوم التعذر. وهذا دليل على أنّ وقت الانتقال من المثل إلى القيمة هو يوم الأداء، لا يوم الإعواز.

(4) فإن أدّى قيمة يوم الإعواز - مع مطالبة المالك - كان هو المسقط لما في ذمته، وكان زمان انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة متحدا مع زمان الإسقاط.

وإن أدّى القيمة بعد الإعواز بشهر لم تكف قيمة يوم التعذر إذا كانت أقلّ من قيمة يوم الدفع.

(5) وهو زمان إسقاط ما في الذمة من المثل.

(6) المراد بالموصول هو ثمن المثل المتعذر يوم تعذره.

(7) وهو زمان تعذر المثل مع مطالبة المالك بالقيمة، فإنّه زمان حدوث وجوب القيمة، ولكنه ليس زمان إسقاط المثل، ولا زمان انقلابه إلى القيمة.

هذا ما أفاده في تضعيف احتمال اعتبار قيمة يوم الإعواز، وتثبيت مختار المشهور.

و لكن (1) لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً- من (2) الآية و من أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل - توجّه (3) القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل (4)، إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداء كما في القيميات (5) و بين طرّوه بعد التمكن كما فيما نحن فيه.

(1) استدراك على ما اختاره المشهور- من كون العبرة بقيمة يوم الدفع- و تأييد للقول باعتبار قيمة يوم الإعواز. و حاصل الاستدراك: أنّ مقتضيات الأدلة المختلفة، فإن استندنا إلى الجمع بين الحقيين- و أنّ تعذر المثل لا يسقطه عن الذمّة- اتّجه القول بضمان قيمة يوم الدفع. و إن استندنا في لزوم القيمة في المثل المتعذر إلى آية الاعتداء و إطلاقات الضمان القاضية بلزوم الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف اتّجه القول بانقلاب المثل بمجرد تعذّره إلى القيمة، إذ لا- فرق في تعذر المثل بين كونه بالأصلالة كما في القيميات، و بين كونه بالعرض بعد التمكن منه كما نحن فيه، فيكون العبرة في انقلاب المثليّ إلى القيميّ يوم تعذّره و إعوازه، لا يوم أدائه.

(2) هذا و قوله: «و من أنّ المتبادر» بيان للموصول في قوله: «ما تقدّم سابقاً» أي: في الأمر الرابع. و المراد بالآية آية الاعتداء بالمثل التي استدللّ بها شيخ الطائفة قدس سرّه على ضمان المثليّ بالمثل، و القيميّ بالقيمة.

(3) جواب الشرط في قوله: «لو استندنا».

(4) سواء طالبه المالك بقيمة المثل المتعذر أم لم يطالبه بها، و سواء أسقط الضامن ما في ذمّته يوم الإعواز أم أخره إلى زمان آخر. و الوجه فيه كون ثمن المثل أقرب إلى العين التالفة أو المتلفة عند تعذر المثل، فيكون يوم الإعواز وقت الانقلاب إلى القيمة.

(5) فإنّ المثل متعذر فيها بحسب الخلقة، فالتعذر في القيميات ابتدائيّ، بخلاف تعذر المثل في المثليّ بعد التمكن من دفعه، فإنّه عارضيّ.

و دعوى (1) اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكّم (2) [1].

(1) غرض المدعي الذبّ عن مقالة المشهور من ضمان قيمة يوم الدفع، ببيان: أنّ الآية والإطلاق وإن اقتضيا اعتبار قيمة يوم الإعواز، لكنهما مختصّان بالتعذر الابتدائيّ، بأن لم يوجد مماثل التالف من أوّل الأمر، فيقال بضمان القيمة يوم الإعواز.

وهذا أجنبيّ عمّا نحن فيه من التعذر الطاري، فالذمة مشغولة بالمثل، لوجوده حال تلف العين، وإعوازه لا يوجب الانقلاب إلى القيمة، بل الموجب له هو الاسقاط بتسليم الثمن إلى المالك.

(2) إذ المناط في كليهما تعذر وجود المثل، وهو جار في القيميّ والمثليّ الذي تعذر وجوده، سواء أكان طارئاً أم ابتدائيّاً. ولا مقيّد في البين حتى تختصّ الآية بالتعذر البدويّ.

لكن يمكن إبداء الفرق بينهما بأنّ اعتبار المثل في القيميّ لغو، إذ المفروض عدم كونه مرجوّ الحصول، بخلاف المثل المتعذر في المثليّ، فإنّه مرجوّ الحصول. وهذا الفرق يوجب الفرق بين القيميّ والمثليّ المتعذر المثل عند العرف المحكّم في باب الضمانات، فإنّ تضمين الضامن بالمثل في القيميّات لا أثر له، فيلزم اللغوية بل الامتناع، لكونه من التكليف بغير المقدور، إذ لا يرجى وجوده في زمان حتى يصحّ إشغال ذمته بالمثل، فمن أوّل الأمر يجعل في ذمته القيمة. فلا تحكّم في الفرق بين القيميّ المتعذر مثله إلى الأبد وبين المثليّ المتعذر مثله المرجوّ وجوده بعد حين، بانقلاب القيميّ بمجرد إعوازه إلى القيمة، وانقلاب المثل المتعذر إلى القيمة يوم الدفع.

وقد تحصّل من كلمات المصنّف قدّس سرّه: أنّ المشهور بين الأصحاب اعتبار قيمة يوم الدفع، وغير المشهور هو اعتبار قيمة يوم إعواز المثل. وسيأتي الكلام في وجوه أخرى ذكرها العلامة في التذكرة والقواعد.

[1] قد يتمسك لإثبات القيمة بقاعدة الميسور، بتقريب: أنّ دفع المثل الواجد



للفئات النوعية معسور، فيسقط وجوب أدائه، ويبقى الميسور وهو نفس المالية، فيجب أدائها.

لكن فيه: أن المثل والقيمة متباينان، وليس من قبيل المركب المتعذر بعض أجزائه، فلا تكون القيمة ميسورا للمثل حتى تجري فيها قاعدة الميسور.

ثم إن ما أفاده، المصنف قدس سره من «أنه ليس للضامن إلزام المالك بقبول القيمة عند إعواز المثل وعدم مطالبة المالك» مبني على ما نسب إلى المشهور في باب الضمان من اشتغال الذمة بالمثل في المثلي معلقاً على التلف في صورة البقاء، ومنجزاً في صورة التلف، إذ بناء عليه يكون المثل في الذمة، وإعوازه لا يوجب الانتقال إلى القيمة، فإذا صبر المالك إلى أن يوجد المثل فليس للضامن إلزامه بالقيمة.

وأما بناء على كون الثابت على عهدة الضامن نفس العين، فمع إعواز المثل يجوز دفع القيمة ولو مع عدم مطالبة المالك، وليس له الامتناع عن قبولها، لأن القيمة حينئذ نحو أداء للعين بجهتها المالية، كما أن المثل أداء للعين بجهتها النوعية مراعاة لحال المالك، لكونه أقرب إلى التالف. فمع إعواز المثل ومطالبة القيمة يجب أدائها، لأنه مع تعذر المرتبة الكاملة يجب دفع النازلة.

وقد وجه هذا المبني - أي: اشتغال الذمة بنفس العين، الموجب لجواز مطالبة قيمة المثل ووجوب أدائها على الضامن - بوجوه:

الأول: حديث «على اليد» بدعوى: ظهوره في أن الثابت في الذمة ولو بعد التلف نفس العين بخصوصيتها الشخصية والنوعية والمالية.

وفيه أولاً: عدم دلالة حديث «على اليد» على الضمان، بل يدل على الحكم التكليفي وهو وجوب الأداء ما دامت العين موجودة، فتأمل.

و ثانياً: - بعد تسليم دلالة «على الضمان» - أنه لا يفهم العرف منه إلا ضمان المثلي

بالمثل والقيمي بالقيمة، واعتبار كون العين على العهدة قيد زائد لا- ينتقل إليه أذهان أبناء المحاورة. بل يمتنع اشتغال الذمة بالعين بخصوصياتها المشخصة، لا متناع أدائها بعد تلفها، فلا تشتغل الذمة إلا ببدلها من المثل أو القيمة.

و ثالثا: أنه لم يثبت كون دليل الضمان بالمثل أو القيمة لمراعاة حال المالك حتى يكون له الاعراض عن مرتبة والأخذ بمرتبة أخرى، ولذا لو كان المثل موجودا ليس له الاعراض عن المثلية ومطالبة القيمة، بل يجب عليه قبول المثل.

الثاني: أن اليد إذا وقعت على العين وقعت عليها بخصوصياتها الشخصية والنوعية والمالية، فجميع تلك الجهات تقع على عهده. و مقتضى دليل السلطنة جواز إلقاء المالك خصوصية المثلية، ومطالبة خصوصية المالية. من غير فرق في ذلك بين كون مقتضى دليل اليد عهدة نفس العين بشؤونها، وبين كونه ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي، حيث إن ضمان المثل و كونه على العهدة متضمن ل ضمان القيمة أيضا، فله إلقاء جهة المثلية ومطالبة القيمة.

وفيه- مع أن لازم ذلك جواز إلقاء خصوصية المثل والعين وجواز مطالبة القيمة حتى مع وجود العين والمثل، وهو كما ترى- أن دليل الضمان لا يدل إلا على ضمان نفس العين على المبنى الأول، والمثل في المثلي على المبنى الثاني. وليس في ضمان العين ضمانات، و لا في ضمان المثل ضمانان عرضا أو طولا حتى يصح للمالك إسقاط جهة ومطالبة جهة أخرى، إذ ليست شؤون العين مضمونة، بل المضمون نفس العين التي لها مثل وقيمة، وهكذا المثل على المبنى الثاني.

وأما دليل السلطنة على الأموال فلا يقتضي جواز مطالبة غير ما على عهدة الضامن وهو المثل في المثلي، ولا معنى لاقتضائه أداء القيمة إلا إذا قيل بتبدل المثل بالقيمة عند الإعواز، وهو أول الكلام.

الثالث: ما في المتن من: أن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، ومقتضى الجمع بين الحقيين وجوب القيمة.

وفيه: أن كون منع المالك عن القيمة ظلما منوط بثبوت القيمة على عهدة الضامن، وهو أول الكلام، ومع ضمان المثل إلزام الضامن بغير ما للمضمنون له لعله ظلم.

ودعوى «اشتغال المثل على المالية، فتعذره لا يسلب سلطنة المالك عن المالية، فله مطالبة القيمة» مدفوعة بما مرّ أنفا من عدم كون شؤون العين مضمونة. فالعهدة لا تشتغل إلا بالمثل، لا به وبالقيمة، ولا دليل على كون التعذر بمجرد موجبا للانقلاب كما تقدم.

نعم إذا تعذر المثل إلى الأبد أو إلى أمد بعيد كان منع المالك عن القيمة ظلما.

فإطلاق كلام المصنّف القاضى بوجوب القيمة مع التعذر ولو إلى أمد قريب محلّ النظر.

كما أن ما أفاده من الجمع بين الحقيين أيضا محلّ التأمل، لأن نفي الإلزام بالتعذر غير ثبوت الحق للضامن، كما أنه ليس للمالك حق المطالبة مع تعذره، وحق مطالبة القيمة له غير ثابت مع اشتغال الذمة بالمثل فقط.

الرابع: ما في المتن أيضا من التمسك بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ حيث إن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى.

وكذا إطلاقات أدلة الضمان، إذ المتبادر منها وجوب الرجوع إلى ما هو الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل، وهو القيمة. فالتعذر يوجب الانتقال إلى القيمة، كالتعذر الابتدائي في القيميات. ولا فرق بين التعذر الابتدائي والعارضي.

وفيه أولا: أن الآية وردت في الاعتداء الحربي، وليست راجعة إلى باب الضمان أصلا.

و ثانيا: أنه - بعد الغضّ عمّا ذكر - لا يكون إلزام الضامن بالقيمة اعتداء بالمثل، بل بغيره، ولم يرخص الشارع فيه.

إلا أن يقال: إن القيمة اعتداء بالمثل، لمماثلتها للتالف في المالية.

ولو سلّم دلالة الآية على عدم الاعتداء زائدا على مقدار اعتداء الغاصب أو الضامن، لكن لا تدلّ على جواز الاعتداء بكلّ شيء لا تزيد ماليته على ماليّة المضمون، لعدم كون الآية في مقام بيان ذلك، حيث إنّها بصدد بيان المنع عن التعديّ بالزيادة، لا جواز الأخذ بكل ما لا يزيد ماليته عن ماليّة المضمون.

وثالثا: أنّه فرق بين التعذّر الابتدائيّ كالقيميّات و التعذّر العارضيّ، بأنّ التعذّر العارضيّ لا يوجب الانتقال إلى القيمة، لرجاء وجود المثل فيه. بخلاف الابتدائيّ، فإنه لا يرجى وجوده، فالتكليف بدفع المثل فيه ممتنع، فلا يمتنع فيه التكليف بدفع المثل.

الخامس: أنّ صبر المالك إلى أن يوجد المثل ضرر عليه، وهو منفي، فله المطالبة بالقيمة.

وفيه أولا: أنّ التأخير ليس ضررا دائما، فالدليل أخصّ من المدعى.

وثانيا: أنّ لزوم التأخير لتعذّر المثل عقليّ، وليس بشرعيّ حتى يرفع بقاعدة الضرر.

وثالثا: أنّ شأن قاعدة الضرر نفي الحكم، لا إثبات أمر مبين أو مخالف، كإثبات القيمة مع ضمان المثل.

ومنه يظهر الكلام في دليل نفي الحرج لو كان التأخير حرجيا.

السادس: بناء العقلاء على مطالبة القيمة عند تعذر المثل، وإلزام الضامن بأدائها.

وفيه: أنّ المتيقّن منه - بعد ثبوته و اتّصاله بزمان المعصوم عليه السلام - هو تعذّر المثل إلى الأبد، أو إلى أمد بعيد جدّا. و أمّا إذا كان أمد التعذّر قليلا فلا.

السابع: الالتزام بانقلاب المثل بمجرد التعذّر إلى القيمة، بتقريب كون الوضع منتزعا عن التكليف، و من المعلوم امتناع التكليف بأداء المتعذّر. وعدم سقوط الضمان

رأساً، لأنّ سقوطه مخالف للضرورة، فالتكليف لا محالة يتوجّه إلى أداء القيمة. و ينتزع من هذا التكليف الحكم الوضعي أعني به اشتغال الذمة بالقيمة، و هو المطلوب. فللمالك مطالبة القيمة. فالتعدّر أوجب التكليف المنتزع عنه الشغل المترتب على انقلاب المثل إلى القيمة، و ليس للضامن التأخير.

وفيه: مع إمكان استقلال الوضع و عدم تبعيته للتكليف فعلا- كما في إتلاف الصبي مال غيره- فإنّه ضامن مع عدم تكليف فعلي عليه بوجوب الأداء- فلا ينتزع عن وجوب أداء القيمة اشتغال الذمة بالقيمة، إذ من الممكن كون ذمته مشغولة بالمثل، و مع ذلك جاز للمالك مطالبة الضامن بالقيمة، لعدم إمكان وصوله إلى المثل. و حسب ماله إلى زمان وصوله إلى المثل ضرر عليه، و هو منفيّ.

و الحاصل: أنّ سلطنة المالك على مطالبة القيمة و وجوب أدائها على الضامن ليست لانقلاب المثل إليها، بل لأقربيتها إليه في مقام التأدية. و هذا نظير بدل الحيلولة، و القول بأن ظاهر قاعدة اليد ضمان نفس العين، و أداء المثل في المثلي و القيمة في القيمي نحو أداء لها من غير انقلاب العين إليهما.

الثامن: لغويّة جعل المثل المتعدّر في الذمة سيّما إذا كان التعدّر إلى الأبد. و كذا التكليف بأدائه، بل هو ممتنع، لعدم القدرة عليه، فلا محالة ينقلب المثل بمجرد تعدّره إلى القيمة.

وفيه: أنّه لا يلزم اللغويّة مطلقا. أمّا في صورة تعدر المثل إلى أمد قريب فواضح.

و أمّا مع تعدّره إلى الأبد فلاّ بقاء المثل في الذمة يوجب اعتبار قيمة يوم الدفع، بخلاف ما إذا قلنا بتبدله بمجرد التعدّر، فإنّ المدار على قيمة يوم التعدّر.

فالمتحصل: أنّ الوجوه المستدل بها على الانقلاب لا تخلو من مناقشة.

نعم لا بأس ببناء العقلاء المحكّم في باب الضمان على اعتبارهم القيمة

بمجرد تعذر المثل، بمعنى انقلاب ما في ذمة الضامن من المثل إلى القيمة، أو بمعنى سلطنة المالك على مطالبة مالیه ماله وإن كان المثل في ذمة الضامن. وذلك إما لكون المثلیة من حقوق المالك، وله إسقاطها. وإما لكون الصبر ضررا علیه.

لكن ينبغي تقييد سلطنة المالك على مطالبة القيمة بما إذا لم يكن دفع القيمة مضرا بحال الضامن أزيد من الضرر الوارد من نفس الضمان، وإلا فليس للمالك مطالبة القيمة، إلا إذا كان الضمان اعتدائيا، كما إذا غصب الضامن أو قبض المبيع مع علمه بفساد المعاملة، فإن الإقدام حينئذ يوجب جواز المطالبة منه بالقيمة وإن كانت ضررا علیه.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لا دليل على انقلاب المثل عند إعوازه إلى القيمة وإن قلنا بجواز مطالبة القيمة لجهة من الجهات، فإن إعواز المثل لا يخرج المضمون عن المثلیة، ولذا لو فرض الإعواز في مدة طويلة ثم وجد المثل وجب بحكم العقلاء أداء المثل، ووجب على المالك قبوله، وليس له الامتناع. ولو امتنع رده إلى الحاكم.

فأداء القيمة عند إعواز المثل نحو أداء له في هذه الحالة من دون انقلاب العين إليها، فإن انقلاب المباين إلى مثله بمجرد التعذر مما لا يساعده دليل، إذ بقاءه في الذمة ليس منوطا بوجوده خارجا، وإلا لم يصح إحداثه كما في السلم، فإن بيع حنطة في الذمة إلى أجل معلوم مع عدم وجودها حين البيع صحيح بلا إشكال. فلو كان وجود الكلّي خارجا شرطا لاشغال الذمة بالكلّي لم يصح بيع السلف في هذه الصورة أصلا.

ومنه يظهر عدم الإشكال في بقاءه على الذمة، وعدم انقلابه بمجرد إعواز أفراده إلى كلّي آخر، فإنّ البقاء لا يزيد على الحدوث، فعدم وجود المثل في الخارج لا يوجب انقلاب الحقيقة المثلیة إلى الحقيقة القیمیة المباينة لها، إذ ليس الميزان في القیمی عدم وجود المثل له في الخارج.

والحاصل: أن إعواز المثل لا يوجب خروج الشيء عن المثلیة، وهو الموافق لارتكاز العقلاء أيضا في باب الضمانات، ولذا لو أعوز المثل مدة طويلة، ثم وجد

فللمالك مطالبته، وليس له الامتناع عن قبوله إذا دفعه الضامن إليه كما تقدّم آنفاً. كما أنّه بناء على انقلاب المثليّ بمجرد تعذّر المثل إلى القيمة يجب على المالك قبول القيمة، وليس له الامتناع، لأنّه لا حقّ له في المثل حتى يصبر إلى أن يوجد، بل حقّه نفس القيمة، فيجب عليه قبولها، وإن لم يقبلها تردّ إلى الحاكم.

و ممّا ذكرنا من عدم مساعدة ارتكاز العقلاء على انقلاب المثل إلى القيمة بمجرد إعوازه- وأنّ هذا الارتكاز هو الموجب لانصراف أدلّة الضمان إليه- يظهر ما في كلام المصنّف قدّس سرّه: «و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً من الآية و من أنّ المتبادر .. إلخ» من الإشكال، إذ لا استفاد منها إلا الضمان العقلانيّ الذي قد عرفت أنّه ليس ضمان المثليّ إلا بالمثل، سواء أعوز المثل أم لا، فإنّ الإعواز لا يوجب خروج الشيء عن حقيقته.

فالمحصّل: أنّ تعذّر المثل لا يوجب انقلاب المال المثليّ إلى القيميّ.

ثمّ إنّ في زمان اعتبار القيمة احتمالات و وجوها كثيرة، و تحقيق ما هو الحقّ منها موقوف على بيان أمور:

الأول: أنّه قد مرّ سابقاً عدم الدليل على انقلاب المثل عند تعذّره إلى القيمة، وإن كان المستند في لزوم القيمة آية الاعتداء و المتبادر من إطلاق الضمان، ببيان: أنّ الأقرب إلى التالف بعد تعذّر المثل هو القيمة، فينقلب المثل عند إعوازه إلى القيمة.

و ذلك لما عرفت من أنّ إعواز أفراد طبيعة لا يوجب الانقلاب إلى طبيعة أخرى، فإنّ المثليّ- كما تقدّم سابقاً- مغاير للقيميّ و مباين له، فكيف تنقلب المثليّة إلى القيميّة بإعواز أفراد المثليّ؟ نعم القيمة عند تعذّر المثل أقرب إلى التالف في مقام التأدية، و هذا غير الانقلاب.

الثاني: أنّ مقتضى «على اليد ما أخذت» ضمان العين المأخوذة بجميع صفاتها الحقيقيّة و الانتزاعيّة و الإضافيّة ممّا لها دخل في الرغبات و اختلاف القيم، فالدابة مثلاً

بمالها من الصفات المزبورة وكذا الثلج المأخوذ في الصيف وفي قازة أفريقيا مضمونان على المستولي عليهما، ولذا يكون وصف الصحة مضمونا، لوقوعه تحت اليد تبعا، فإذا كانت العين المغصوبة أو المقبوضة بعقد فاسد موجودة وجب ردّها مع أداء قيمة الصفات التالفة.

وإذا تلفت وجب ردّها مثلها بصفاتها إن كانت مثليّة، وإن كانت قيمية وجب ردّها أعلى القيم من زمن الغصب أو الأخذ بالبيع الفاسد إلى زمان التلف، إن كان ارتفاع القيمة لأجل الصفات، لا لزيادة القيمة السوقية التي لا ترجع إلى وصف من أوصافها.

الثالث: أنّ الاحتمالات في زمان اعتبار القيمة كثيرة، ونذكر مهمّاتها ومهمّات مبانيتها.

ومحصّل الكلام فيها: أنّه إمّا أن نقول بأنّ مقتضى أدلة الضمان هو وقوع العين في العهدة في المثل والقيميّ حتى حال التلف والتعدّر، ولا تنقلب إلى غيرها إلى زمان الأداء بالمثل أو القيمة.

وإمّا أن نقول بأنّ مقتضاها ضمان المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ، بمعنى: أنّ العين إذا تلفت يقع على العهدة بدلها، وهو المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ.

وعلى هذا الاحتمال إمّا نقول ببقاء المثل على العهدة إلى وقت الأداء حتى مع إعوازه مطلقا، وأنّ دفع القيمة إلى المالك عند التعدّر نحو أداء للمثل. وإمّا نقول بانقلابه بمجرد التعدّر إلى القيمة. وبانقلاب العين في الاحتمال الأوّل، وهو وقوع العين على العهدة وقت تعدّر الأداء.

هذه هي الاحتمالات المعتدّ بها من الاحتمالات المتصورة في المقام.

فإن قلنا بالاحتمال الأوّل- وهو كون العين على العهدة- فعن بعض المحقّقين: أنّ الاعتبار بقيمة يوم الأداء، ببيان: أنّ ماليّة العين حال الأداء لا تحتاج إلى عناية، بخلاف غير حال الأداء كحال التعدّر أو التلف أو المطالبة، فإنّها تحتاج إلى عناية ومعيّن.

بل نفس التكليف بأداء ماليّة العين تقتضي تعيّن ماليّتها عند تعلق الأداء بها، لأنّها



قيمتها بالفعل، وهي نحو أداء للعين. والتكليف وإن لم يتعلّق إلا بنفس العين دون القيمة، إلا أنّ عدم إمكان ردّها بنفسها أوجب المصير إلى ماليّتها، إذ المضمون هو العين بماليّتها، دون ذات العين بدون الماليّة. فنفس دليل الضمان يقتضي ضمان ماليّة المضمون، ولا يحتاج ضمانها إلى دليل آخر. وتقييد ماليّتها بغير وقت الأداء محتاج إلى مئونة زائدة، فمقتضى الضمان العرفي الممضى شرعا هو قيمتها الفعلية.

فلا يرد عليه: أنّ هذا التقريب قاصر عن إثبات مطلوبهم، لأنّ التكليف على هذا المبنى لم يتعلّق بأداء القيمة والماليّة، ضرورة عدم انقلاب العين إلى القيمة، وليس دليل لفظي دالّ على وجوب أداء قيمة العين حتى يستظهر منه ما ذكر، هذا.

نعم الإشكال في أصل المبنى «بعدم دليل على وقوع العين في العهدة بعد التلف مع عدم إمكان أدائها أصلا» في محلّه، لاحتياجه إلى عناية زائدة، فإنّ اعتبار وجود العين على العهدة ممّا لا يتبادر في أذهان العقلاء الحاكمين بالضمان. بل تلف العين يوجب اشتغال الذمّة ببدلها مثلا أو قيمة. كما أنّ تلف المثل يوجب الانتقال إلى البديل إلا مع رجاء وجود المثل في زمان غير بعيد، هذا.

وقد يقال: باعتبار قيمة يوم التلف مع فرض كون العين على العهدة، ببيان: «أنّ الماليّة بلحاظ حال التلف ماليّة حقيقية موجودة مضمونة. و أمّا الماليّة قبل التلف فهي موجودة، لكنّها غير مضمونة، ولذا لا يجب تداركها مع دفع العين إذا نقصت قيمتها.

والماليّة بعد التلف ليست موجودة، بل مفروضة بفرض وجود العين، ولا تدارك حقيقة إلا للماليّة المتحقّقة بتحقّق العين، لا الماليّة المقدّرة للعين المفروضة.

فالنتيجة هي الاعتبار بقيمة يوم التلف، لا يوم الأداء كما هو مقتضى الوجه الأول.

نعم إنّما تكون العبرة بيوم الأداء إذا قلنا بأنّ مقتضى أدلة الضمان كون الثابت على العهدة المثل لا العين، لأنّ المثل ثابت عليها إلى زمان الأداء، فالاعتبار بيومه، لأنّ المثل كلّّي ثابت في الذمّة له ماليّة موجودة لا مفروضة. وهو الفارق بين بقاء العين على العهدة

---

إلى زمان التفريغ، وبقاء المثل إلى زمان الأداء، فإن العين حيث كانت شخصية وقد تلفت فلا وجود ولا ماليتها لها إلا بالفرض. بخلاف المثل، فإنه كلي لا يتوقف اشتغال الذمة به على وجود شيء يطابقه خارجا، فلا تلف له، فماليتها حال الأداء متحققه لا مفروضة» (1).

وفيه: أن الفرق بين بقاء العين على العهدة إلى زمان التفريغ، وبقاء المثل إلى زمان الأداء غير ظاهر، لأن ماليتها الكلي ليست باعتبار نفسه، بل باعتبار ماليتها مصاديقه المحققة أو المقدرة، فمصاديقه التي تكون تحت قدرة الضامن جهة تعليلية لصيرورة الكلي في الذمة مالا، نظير الأوراق النقدية، فإن ماليتها باعتبار الذهب أو الفضة أو غيرها مما جعل بإزائها ومنشأ لماليتها، ويقال لها: «رصيد».

وعليه فالكلي إذا كان على ذمة معتبرة- أمكن لصاحبها إيجاد مصاديقه مهما أراد، أو يطالب آجلا أو عاجلا- يكون مالا، ومع عدم الإمكان مطلقا لا تعتبر له الماليتها، فكما أن ماليتها الكلي باعتبار غيره وهو مصاديقه، فكذلك ماليتها العين التي هي في الذمة باعتبار أنها مضمونة، وأن صاحب الذمة قادر على أدائها بمثلها أو قيمتها. والعين المعدومة خارجا غير معدومة في صقع الاعتبار، ولها ماليتها باعتبار إمكان تأديتها بالمثل أو القيمة.

فلا فرق بين الكلي في الذمة. والعين فيها، لا من جهة المعدومية من جهة والموجودية من أخرى، فإن كلا منهما معدوم خارجا ووجود اعتبارا. ولا من جهة الماليتها، لأن كلا منهما بذاته مع الغض عن إمكان تحقق مالا ماليتها له. ولهذا لا يعتبر الكلي في ذمة من لا يقدر على إيجاد مصداقه عاجلا- ولا آجلا، ولا ماليتها له. فالعين المعتبرة في ذمة من أمكنه أداء مثلها أو قيمتها مال، والمسألة عقلانية لا عقلية، فالاعتبار على هذا المبنى- أي كون العين في الذمة- بقيمة يوم الأداء مع اعتبار جميع الأوصاف الدخيلة في الرغبات.

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 94

وأما ما أفيد من «عدم ضمان المايّة قبل التلف وإن كانت موجودة» فإن أريد بها القيمة السوقية فلا بأس به، لما قيل من أنّ مجرد زيادة القيمة السوقية ما لم ترجع إلى وجود وصف أو فقدانه لا توجب الضمان، لعدم مساعدة العرف عليه، إذ القيمة معتبرة بإزاء الشيء و صفاته الموجبة للرغبات، ولا تلاحظ القيمة وصفا لنفس الشيء.

وإن أريد بها الأعمّ منها و من الأوصاف الدخيلة في الرغبات، فهي مضمونة بدليل الضمان كما تقدّم.

وعليه فالأولى أن يقال: إنّ مقتضى هذا المبنى - أي: كون العين في الذمة - وجوب الخروج عن عهدة العين التي في عهده. بأداء قيمتها التي هي نحو أداء لها، و العرف يحكم بأنّ أداءها يتحقق بأداء قيمتها الفعلية، لا القيم الأخر، فلو كان قيمتها حال الأداء مائة مثلا و قبله خمسين، فأداء الخمسين ليس نحو أداء لها.

وكذا الحال بناء على كون مفاد دليل الضمان ضمان المثل في المثلي و القيمة في القيمي - في قبال المبنى المتقدم و هو ضمان نفس العين - فإنّه بناء على بقاء المثل في الذمة إلى وقت الأداء و عدم انقلابه بالتعدّر إلى القيمة يجري فيه ما مرّ من كون العبرة بقيمة يوم الأداء.

وأمّا بناء على انقلاب المثل بتعدّره إلى القيمة، فإن كان التعدّر بدويّا أي من زمان تلف العين - فالعبرة بقيمة العين يوم التلف، لأنّه يوم الانقلاب إلى القيمة.

ولا وجه لاعتبار قيمة الأزمنة المتخللة بين تلف العين و أداء القيمة، إذ القيمة في تلك الأزمنة فرضية لا حقيقية. فالضمان إنّما ثبت في المايّة الموجودة، و هي زمان تلف العين، فالقيمة قيمة العين، لا قيمة المثل حتى يلاحظ قيمة يوم الأداء، نظرا إلى ثبوت كليّ المثل في الذمة إلى زمان الأداء.

وإن كان التعدّر طارئا، فعلى القول بكون المثل و القيمة كليهما غرامة نفس العين - و أنّ ضمان المثل في المثلي لسدّ خلل مال الغير بمقدار الإمكان، و هو ماهيته النوعية،

و مع عدم الإمكان من هذه الجهة لا بدّ من ضمان قيمتها، لأنّها سدّ لخللها في هذا الحال بالمقدار الممكن - فلا بدّ حينئذ من اعتبار قيمة يوم تلف العين أيضا.

وعلى القول باشتغال العهدة مع التعذر الطاري بالمثل فلا بدّ من الخروج عن عهده، لا عهدة العين، إذ المفروض عدم اشتغال الذمة بها، بل بالمثل، فلا وجه لاعتبار قيمتها، فالعبرة حينئذ بقيمة المثل يوم التعذر.

هذا بناء على ضمان المثل في المثلي. وأمّا بناء على كون العين على العهدة إلى زمان تعذر المثل ثم انقلابها إلى القيمة، فالمدار على قيمة يوم تعذر المثل، لأنّه وقت انقلابها إلى القيمة.

فالمحصّل: أنّه بناء على وقوع العين على العهدة تكون العبرة بقيمة يوم الأداء.

وبناء على وقوع المثل في الذمة ففي تعذره البدويّ تكون العبرة بقيمة يوم تلف العين، لأنّه زمان انقلاب العين بالقيمة، فيكون كتلف القيميّ في كون العبرة بقيمة يوم التلف.

وفي تعذره الطاري تكون العبرة أيضا بقيمة يوم تلف العين بناء على كون المثل و القيمة كليهما غرامة نفس العين. و بقيمة يوم تعذر المثل بناء على اشتغال الذمة بالمثل، لا قيمة العين التالفة، لعدم اشتغال الذمة بالعين، فلا وجه لاعتبار قيمتها، هذا.

تتمّة: اعلم أنّ من الأقوال اعتبار أعلى القيم من حين أخذ العين إلى زمان التلف.

ووجهه ما أشير إليه سابقا من كون العين بجميع أوصافها الدخيلة في الرغبات مضمونة، فالقيمة العالية الناشئة من الأوصاف الثابتة له حال الأخذ مضمونة، لوقوع الأوصاف تبعا للعين تحت اليد، فلو تنزّلت قيمتها بعد الأخذ كان الضمان باقيا، فمع تلف العين تصير قيمتها العالية مضمونة.

وأمّا بعد التلف فلا وجه لضمان زيادة قيم الأمثال إلى حين تعذر المثل أو الأداء، لأنّ العين التالفة خرجت عن تحت اليد، ووقوعها على العهدة على القول به - أو وقوع

---

مثلها على القول الآخر- مغاير لكونهما تحت اليد الذي هو الموجب للضمان، فلا وجه لضمان زيادة قيم أمثال العين في صورة وقوع المثل على الذمة، أو العين المفروضة الوجود في صورة وقوع العين بوجودها الاعتباري على الذمة، فيسقط كثير من الاحتمالات كأعلى القيم من حين الأخذ إلى حين الإعواز أو المطالبة أو الأداء، أو من حين التلف إلى زمان الإعواز، أو غيره مما ذكر.

فما قيل من: «أن الانقلاب إلى القدر المشترك بين العين و المثل أي أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان إعواز المثل وجيه، لأنّ القول بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف ينتج في المقام ضمانه بأعلى القيم من زمان أخذ العين إلى زمان إعواز المثل، لأنّ معنى الضمان بأعلى القيم هو استقرار مراتب القيمة السوقية في عهدة الضامن بشرط تلف المضمون، فإذا تعدّر ردّ المثل بقي ارتفاع قيمته على العهدة، كما أنّ ارتفاع قيمة العين أيضا عليها» (1).

مما لا يمكن المساعدة عليه، لما مرّ آنفا من أنّ الموجب للضمان هو كون الشيء تحت اليد. و أمّا كونه على العهدة فهو مغاير لما يوجب الضمان، ولذا لو كان عليه صاع من الحنطة بسبب القرض أو البيع ولم يؤدّ مع المطالبة لم يضمن ارتفاع قيمته، إذ لا وجه للضمان بعد عدم كون ما على العهدة تحت اليد. فالقول بضمان أعلى القيم في الغصب إلى زمان التلف لا ينتج ما ذكر من ضمان أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان إعواز المثل.

و توهم شمول آية الاعتداء لذلك بتقريب: أنّ عدم أداء العين و المثل حين ارتفاع قيمته اعتداء يعتدى فيه بالمثل، و هو القيمة، فاسد، لأنّ الاعتداء مع المطالبة اعتداء في تأخير أداء ما في ذمته، لا اعتداء في قيمته.

مضافا إلى عدم دلالة الآية الشريفة على الضمان كما مرّ مرارا.

و الحاصل: أنّ ما ذكر ليس له وجه، فضلا عن كونه وجيها.

ثم إن في هذه المسألة (1) احتمالات آخر (2)، ذكر أكثرها في القواعد (3)، وقوى بعضها في الإيضاح، وبعضها بعض الشافعية.

الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذر، و مبانها

(1) أي: مسألة تعذر المثل.

(2) أي: غير اعتبار القيمة يوم تعذر المثل الذي نسبه إلى الحلّي في البيع، وإلى التحرير في باب القرض.

(3) قال العلامة قدّس سرّه فيه: «ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد، ففي القيمة المعتمدة احتمالات: الأول: أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال. الثاني: أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز. الثالث: أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز. الرابع:

أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة. الخامس: القيمة يوم الإقباض» (1).

وأضاف إلى هذه احتمالات أخرى في غصب التذكرة، فراجع.

ولا يخفى أنّ الاحتمال الخامس هو مذهب المشهور الذي اختاره المصنّف، وقد تقدّم وجهه ومبناه، وهو عدم سقوط المثل عن الدّمة بمجرد الإعواز، بل يتوقف سقوطه على أداء ثمن المثل، ولذا تكون العبرة بقيمة يوم الدفع والإقباض. ويبتني عليه الاحتمال الرابع أيضا كما سيأتي.

وأما سائر الاحتمالات فمبنية على استقرار القيمة في عهدة الضامن بأحد أنحاء ثلاثة:

الأول: انقلاب العين المثلية التالفة إلى القيمة بسبب إعواز المثل.

الثاني: انقلاب نفس المثل إلى القيمة.

الثالث: انقلاب الجامع المشترك بين العين التالفة والمثل المتعذر إلى القيمة.

وهذا المبنى الثالث لم يشر إليه المصنّف قدّس سرّه هنا، ولكنّه أشار إليه في تفصيل مبانها



و حاصل جميع الاحتمالات (1) في المسألة مع مبانيتها: أنه إما أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، و هو الذي اخترناه (2) تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إما (3) أن نقول بصيرورته (4) قيمياً عند الإعواز.

---

الاحتمالات بقوله: «و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً» و كان المناسب التنبيه على إجماله هنا كما تَبَّه على إجمال سائر المباني.

و كيف كان فكلام المصنّف قدّس سرّه حول مباني الاحتمالات المذكورة في قواعد العلامة قدّس سرّه يقع في مقامين:

أحدهما: مقام الثبوت، و بيان ما يمكن أن يكون وجهاً لكل واحد من الاحتمالات.

ثانيهما: مقام الاثبات، و هو الاستظهار من أدلة الضمانات.

(1) أي: جميع الاحتمالات المتصورة في هذه المسألة ممّا تقدّم و غيره ممّا سيأتي.

(2) يستفاد اختياره له من بيانه و عدم المناقشة فيه، حيث قال: «ان المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعدّر بقيمته يوم الدفع .. إلخ».

(3) معطوف على قوله: «إمّا أن نقول» و قد أشرنا آنفاً إلى أنّ: منشأ ما عدا الاحتمال الخامس - من الاحتمالات المذكورة في القواعد- هو هذا الشقّ من القضية المنفصلة أعني استقرار القيمة في ذمة الضامن عند الإعواز.

(4) مقتضى السياق رجوع الضمير إلى «المثل» الذي تقدّم في قوله: «إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه» فالمراد بقوله: «و إمّا أن نقول» هو:

أن نقول بصيرورة المثل المتعدّر قيمياً، أي انقلاب المثل إلى القيمة.

و لكن يشكل هذا الإرجاع من جهة أنّ المصنّف رتب عليه احتمالين:

أحدهما: انقلاب المثل إلى القيمة، و هذا يلتئم مع إرجاع الضمير إلى المثل.



فإذا صار كذلك (1)، فإما أن نقول: إنَّ المثل المستقرّ في الذمّة (2) قيميّ فيكون القيميّة صفة للمثل بمعنى: أنّه لو تلف وجب قيمته. وإما أن نقول: إنَّ المغصوب انقلب قيمًا بعد أن كان مثلًا.

فإن قلنا بالأوّل (3)، فإن جعلنا الاعتبار في القيميّ

ثانيهما: انقلاب نفس العين المثليّة التالفة إلى القيمة، لما سيأتي من قوله: «وإما أن نقول: إنَّ المغصوب انقلب قيمًا بعد أن كان مثلًا» و من المعلوم أنّ انقلاب نفس العين التالفة إلى القيمة أجنبيّ عن صيرورة المثل قيمًا، لأنّ المدار على قيمة العين لا قيمة المثل المتعدّر، وإن كان تعدّره واسطة ثبوتية لتبدّل ضمان العين بالثمن.

و كيف كان فمراد المصنّف من قوله: «وإما أن نقول بصيرورته قيمًا» هو تبدّل ضمان المثل بضمان القيمة، إمّا قيمة المثل، وإمّا قيمة العين التالفة أو المتلفة.

إلا أن يوجّه إرجاع الضمير إلى «المثل» بأنّ المثليّ يصير قيمًا، سواء أكانت القيمة قيمة المثل أم قيمة العين المضمونة، فيصحّ جعله مقسما لقسمين، فتدبرّ.

(1) يعني: فإذا صار قيمًا عند إعواز المثل، لا عند دفع القيمة الذي نسبه المصنّف إلى المشهور و اختاره كما عرفت.

(2) كما فهمه المحقّق الثاني (1) من قول العلامة قدّس سرّهما. و عليه فتكون القيمة بدلا عن المثل الذي هو بدل عن العين، فتصير القيمة بدل البدل، في قبال الاحتمال الآخر و هو كون القيمة بدلا عن العين، نظير بدليّة المثل عنها، فيكون للعين بدلان: المثل و القيمة، لكنّهما ليسا بدليين عرضيين بل طوليين، و بدلية القيمة مشروطة بتعدّر المثل.

أمّا بدليّة المثل فمطلقة.

(3) المراد بالأوّل هو أوّل الاحتمالين المبنيين على انقلاب المثل قيمًا عند الإعواز، و قد أفاده بقوله: «فإما أن نقول: إنَّ المثل المستقرّ في الذمّة قيميّ ..» و ليس المراد بالأوّل بقاء المثل في الذمّة إلى أوّان أداء القيمة، لما عرفت من أنّه لو قلنا

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 254

بيوم التلف (1)- كما هو أحد الأقوال (2)- كان (3) المتعین قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرّح به (4) في السرائر في البيع الفاسد، و التحرير في باب القرض، لأنّه (5) يوم تلف القيميّ.

وإن جعلنا الاعتبار فيه (6) بزمان الضمان- كما هو القول

---

ببقاء المثل في عهدة الضامن إلى يوم الإقباض تعيّن قيمته في ذلك اليوم، ولا مجال لسائر الاحتمالات.

(1) وهو الموافق للمركز العرفيّ في الضمان بالقيم من تدارك الخسارة الماليّة- الواردة على المالك بتلف العين- بما يساوي تلك الخسارة حين التلف.

(2) بل في الدروس و الروضة نسبته إلى الأكثر، كما نقله المصنف في الأمر السابع. و الوجه فيه: أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله إنّما هو ردّ العين.

(3) جواب الشرط في «فإن جعلنا» و جملة الشرط و الجزاء جواب لقوله:

«فإن قلنا ..».

(4) أي: كما صرّح ابن إدريس و العلامة قدّس سرّهما- في بعض المواضع- بتعيّن قيمة المثل يوم إعوازه. و قد تقدّم كلامهما و كلام الشهيد الثاني في بيع المسالك، فراجع (ص 384 و 385).

(5) يعني: لأنّ يوم إعواز المثل هو يوم تلف القيميّ، فلا بدّ من رعاية قيمة المثل يوم تعدّره.

و لا يخفى أنّ تعيّن قيمة المثل يوم الإعواز ليس من الاحتمالات المذكورة في القواعد، و إنّما ذكره العلامة قدّس سرّ في التذكرة سابع الاحتمالات، و تبه المصنّف قدّس سرّ عليه، لترتبه على القول بالانقلاب و بضمنان القيميّ يوم تلفه.

(6) أي: و إن جعلنا الاعتبار في القيميّ بزمان الضمان- لا يوم التلف- اتّجه القول بضمنان قيمة زمان تلف العين، لأنّ زمان تلف العين هو أوّل أزمة ثبوت المثل في

الآخر في القيمي (1) - كان (2) المتّجه اعتبار زمان تلف العين (3)، لأنه (4) أول أزمنة وجوب المثل في الدّمة المستلزم (5)

الدّمة، لأنّ الدّمة لا تشتغل بالمثل ما دامت العين موجودة، فإذا تلفت انتقل الضمان إلى البدل وهو المثل، وحيث إنّ المفروض إعواز المثل ضمنه بقيمته يوم تلف العين.

وبعبارة أخرى: إنّ اشتغال الدّمة بقيمة المثل زمان تلف العين منوط بأمرين:

أحدهما: القول بأنّ القيميّ المغصوب يضمن بقيمة يوم غصبه، ضرورة أنّ وضع اليد على مال الغير مقتض لا اشتغال العهدة به. ولا عبرة بقيمته في سائر الأزمنة كيوم تلفه أو يوم مطالبة الملك ببدل التالف.

ثانيهما: أنّ المثليّ انقلب يوم إعوازه بالقيميّ.

وبناء عليهما يتّضح وجه ضمان قيمة المثل يوم تلف العين، وذلك لأنّ تلفها يوجب استقرار المثل في الدّمة، فالمضمون في يوم التلف هو المثل، وحيث تعدّر الوصول إلى المثل - كما هو المفروض - وانقلب قيمياً، فلا بدّ من رعاية قيمته يوم استقراره في العهدة وهو يوم تلف العين.

(1) هو لشيخ الطائفة في موضع من المبسوط، ولغيره أيضاً كما سيأتي في الأمر السابع.

(2) جواب الشرط في قوله: «وإن جعلنا ..».

(3) يعني: اعتبار ثمن المثل في يوم تلف العين المضمونة بالغصب أو بالقبض بالبيع الفاسد كما في المقام.

(4) يعني: لأنّ زمان تلف العين أول أزمنة ثبوت المثل في الدّمة، فانقلب ضمان العين بضمان المثل، وحيث إنّ المثل متعدّر، ضمن ثمنه يوم تعدّره، كما إذا تلفت العين في أول الشهر، وتعدّر المثل في آخر الشهر، فيضمن ثمن المثل في أول الشهر الذي تلفت العين فيه، لا ثمنه في يوم إعواز المثل كما كان في الاحتمال السابق على هذا الاحتمال.

(5) صفة ل «وجوب المثل» والمراد بالوجوب هو الثبوت.

لضمانه بقيمته عند (1) تلفه (2). وهذا (3) مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

وإن جعلنا (4) الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف- كما حكى عن جماعة من القدماء (5) في الغصب- كان المتّجه الاعتبار بأعلى

---

(1) متعلق ب «ضمانه» لا «بقيمته» وظرف القيمة- وهو زمان تلف العين و اشتغال الذمة بالمثل - محذوف.

(2) هذا الضمير راجع إلى العين، و ضميرا «لضمانه، بقيمته» راجعان إلى المثل، فكأنه قيل: وجوب المثل في الذمة مستلزم لضمان خصوص قيمة المثل الثابتة عند تلف العين، لا سائر قيمة.

(3) أي: ضمان قيمة يوم التلف مبني على القول بكون العبرة في القيمي بزمان الغصب، لأنه وقت الضمان كما عن الأكثر، والمفروض أنّ زمان اشتغال الذمة بالمثل هو زمان تلف العين.

(4) معطوف على «وإن جعلنا» ومقصوده قدس سره بيان مبنى الاحتمال الثاني المتقدم عن القواعد، وهو ضمان أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إعواز المثل، فأفاد:

أنّه لو قلنا في القيمي المغصوب بمقالة جماعة من قدماء الأصحاب- من ضمان أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف- اتّجه الاحتمال الثاني وهو ضمان المثلي المتعدّد وجوده بأعلى القيم من تلف العين إلى الإعواز، وذلك لأنّ زمان الضمان بالمثل هو زمان تلف العين، كما إذا تلفت أول الشهر وتعدّد المثل في آخره، فإنّ المثل المنقلب إلى القيمي صار مضمونا في تمام الشهر، فلو ارتفعت قيمته وسط الشهر وانخفضت في يوم إعواز المثل ضمن تلك القيمة العليا.

(5) قال السيّد العاملي قدس سره: «هو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في موضع منهما، والوسيلة والغنية والسرائر والإيضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة- على إشكال- وكذا شرح الإرشاد للفخر، وفي بيع المختلف نسبته إلى علمائنا، وفي

القيم من يوم تلف (1) العين إلى زمان الإعواز.

وذكر هذا (2) الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات.

وإن قلنا (3): إنَّ التالف

---

غضبه: أنه أشهر. واستحسنه في الشرائع، وكأنه قال به أو مال إليه. وفي الكفاية والمسالك: أنَّ في خبر أبي ولاد ما يدلُّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، وكأنه قال به وقواه في الروضة أيضا.. إلخ» (1).

(1) لما عرفت من أنَّ يوم تلف العين أوَّل زمان ضمان المثل بقيمته عند تلفها، وآخر زمانه زمان تلف المثل أعني به زمان إعوازه.

(2) أي: اعتبار أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إعواز المثل.

هذا تمام الكلام في الاحتمالات الثلاثة المبتنية على انقلاب المثل إلى القيمة بالإعواز.

أولها: اعتبار قيمة المثل يوم الإعواز، وهو مبنيٌّ على القول بضمان القيميِّ بقيمة يوم تلفه.

ثانيها: اعتبار قيمة المثل يوم تلف العين، وهو مبنيٌّ على القول بضمان القيميِّ بقيمة يوم ضمانه ودخوله في العهدة. وحيث إنَّ ضمان المثل تحقَّق في يوم تلف العين اعتبر ثمنه فيه، لا في يوم إعوازه وتعدُّره.

ثالثها: اعتبار أعلى قيم المثل من زمان تلف العين إلى زمان إعواز المثل، وهذا مبنيٌّ على ضمان القيميِّ المغصوب بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف.

وسياتي الكلام فيما يبني من الوجوه على القول الآخر في المثليِّ المتعدِّر، وهو ضمان قيمة نفس العين لا قيمة المثل.

(3) معطوف على قوله: «فإن قلنا بالأول» يعني: وإن قلنا بالثاني- وهو انقلاب التالف المثليِّ قيميًّا، لا انقلاب المثل المعوز إلى القيمة- ففيه احتمالان:

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244

ص: 409

أحدهما: كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

و الآخر: كون العبرة بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف. و سيأتي توضيحهما.

(1) ليس المراد بالانقلاب اتحاد المثلي المتعدّر مع القيمي حقيقة، لما تقدّم في الأمر الرابع من التقابل بينهما و تباينهما، فالمثلي ما تساوت أجزاؤه، و القيمي ما لا تتساوى أجزاؤه. بل المراد إجراء حكم القيمي في المثلي المتعدّر. فكما أنّ الضامن للتالف القيمي مخاطب بتفريغ ذمته بأداء القيمة، فكذا في المضمون المثلي الذي كان موجوداً حين تلف العين ثم طرأ عليه التعدّر، فإنّه مخاطب بأداء قيمة التالف بعد أن كان مخاطباً بأداء المثل.

(2) وجه هذين الاحتمالين واضح، و هو اتحاد حكم المثلي المتعدّر المنقلب إلى القيمي مع حكم القيمي بالأصالة. فإن قلنا بضمان الأعيان القيميّة بقيمة يوم غصبها تعيّن ضمان العين المثليّة- التي طرأ التعدّر على أمثالها- بقيمة يوم ضمانها و دخولها في العهدة. فكأنّ هذه العين المثليّة قيمية من أول الأمر، فتضمن بما تضمن به الأعيان القيميّة.

و إن قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من الغصب- أو الضمان- إلى يوم التلف اتّجه القول بضمان المثلي المتعدّر بأعلى قيمته من حين غصبه إلى تلفه.

و لا يخفى أنّ المصنّف قدّس سرّه اقتصر- بناء على الانقلاب- على احتمالين، و أهمل الاحتمال الأول الذي رتبّه على ضمان القيمي بقيمة يوم تلفه.

و الوجه في إهمال ذكره- كما في حاشية الشيخ المامقاني قدّس سرّه- وجود المانع عن جريانه بناء على مفروض البحث و هو انقلاب المثلي قيمياً، و ذلك لأنّ الكلام في المثلي الذي تعدّر مثله، و من المعلوم أنّ الضامن كان مخاطباً يوم تلف العين بأداء المثل دون قيمة العين، و لهذا لم يمكن إلزام المالك بقبول القيمة لو دفعها الغاصب يومئذ.

كما في القيميّ (1) المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه (2) إلى يوم التلف. و ذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن (3) قلنا: إنّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً

---

و عليه فلا يصحّ أن يكون المناط قيمة العين عند تلفها «1».

(1) أي: القيميّ بالأصالة، و هو ما لا تتساوى أجزاءه. و المراد بيوم الغصب يوم القبض.

(2) أي: من يوم غصب العين إلى يوم تلفها بوصف كونها قيمية، و هو يوم إعواز المثل.

(3) معطوف على «فإن قلنا بالأول» و هذا مبني الاحتمال الثالث المذكور في القواعد، و هو ضمان القيمة العليا من حين الغصب إلى التلف.

و حاصل هذا المبني: أنّ المدار في ضمان المثليّ الذي تعذّر مثله ليس هو العين بخصوصها حتى تضمن بقيمة يوم غصبها أو يوم تلفها، و لا هو المثل بخصوصه حتى تضمن بقيمة يوم تلف العين الذي هو زمان اشتغال الدّمة بالمثل، و لا بيوم إعوازه الذي هو كتلفه. بل المدار على قيمة الجامع بين العين و المثل، بمعنى: أنّ المنقلب قيمياً هو القدر المشترك بينهما أي الصفات الكليّة و الجهات النوعيّة و الصنفيّة الموجبة لماليّة الشيء، إذ هي الأمر المشترك الموجود في العين التالفة و مثلها اللذين هما من مصاديق الكلّيّ المثليّ. و تعذّر هذا الأمر المشترك منوط بتلف العين و تعذّر المثل، ضرورة توقّف تعذّر الكلّيّ و تلفه على تلف جميع أفراده.

مثلاً إذا وضع يده على صاع من الحنطة المملوكة لزيد و تلفت عنده، اشتغلت ذمّته بما يماثلها في الصفات الدخيلة في ماليّتها، فلو أهمل حتى تعذّر المثل تبدّل الضمان بصنف الحنطة الكليّة الجامعة للعين و المثل.

و المناسب لهذا المبني احتمالان مما احتمله العلامة قدّس سرّه.

---

(1) غاية الآمال، ص 310

ص: 411

جاء (1) احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان (2) إلى يوم تعذر المثل، لاستمرار (3) الضمان فيما قبله (4) من (5) الزمان إمّا للعين، وإمّا للمثل. فهو (6) مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف.

أحدهما: الاحتمال الثالث، وهو ضمان أعلى القيم من يوم الضمان و القبض إلى يوم إعواز المثل، فإذا كانت قيمة الحنطة زمان الغصب ديناراً، ثم صارت يوم تلفها نصف دينار، و يوم تعذر المثل ديناراً و نصف دينار، كان المضمون به هو الأخير، لأنّ المستقرّ في العهدة ليس خصوص العين و لا خصوص المثل، بل كلّيّ الحنطة إلى زمان إعوازهها. و لا ريب في أنّ ارتفاع القيمة من حالات العين المضمونة، فيكون مضموناً.

ثانيهما: الاحتمال الرابع، وهو ضمان أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم أداء القيمة، لأنّه يوم تفرغ الذمّة من الكلّي المثليّ المستقرّ في العهدة من يوم الضمان، و يتوقّف الفراغ عنه على أداء قيمته.

(1) وجه مجيء هذا الاحتمال ما ذكرناه من استقرار الكلّيّ في ذمّة الضامن، لا خصوص العين التالفة، و لا خصوص المثل المتعذر.

(2) المراد بيوم الضمان هو يوم الغصب، و يوم قبض المبيع بالبيع الفاسد.

(3) تعليل لتوجّه احتمال الضمان بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان إعواز المثل الذي هو يوم سقوط خصوصيّة المثل عن الذمّة، و تبدّله بضمان الجامع بين العين و المثل.

(4) أي: قبل يوم تعذر المثل.

(5) بيان ل «ما» الموصولة، يعني: أنّ الضمان مستمرّ من يوم الضمان إلى يوم الإعواز.

(6) الظاهر رجوع الضمير إلى استمرار الضمان قبل تلف المغصوب إلى زمان تعذر المثل، و عليه فلا بدّ من حمل «التلف» على إعواز المثل لا تلف العين، إذ لو أريد تلف العين لم يتّجه ضمان ارتفاع قيمة الأمثال من هذا اليوم- الذي هو مبدأ استقرار المثل في الذمّة- إلى زمان الإعواز، و ذلك لفرض كون المضمون خصوص العين من يوم غصبها إلى يوم تلفها، لا الماليّة المشتركة بين المثل و العين.



و هذا (1) ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتمل (2) الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل (3).

ووجهه (4) في محكيّ التذكرة والإيضاح: بأن المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: «ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقّه (5)، فالمصير إلى القيمة عند تغريمها» والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

---

(1) المشار إليه قوله: «احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل» وهو ثالث الاحتمالات المتقدمة في عبارة القواعد.

(2) معطوف على قوله: «جاء احتمال» و غرضه قدس سرّه أنه لو قلنا بضمان المائيّة الجامعة بين العين التالفة و المثل المتعذر احتمال القول بضمان القيمة العليا من حين الضمان إلى زمان أداء الغرامة، و هي قيمة المثل.

و الوجه في هذا الاحتمال: أنّ ذمّة الضامن مشغولة بالجامع بين العين و المثل، و المسقط هو أداء القيمة إلى المالك، فلو ارتفعت قيمة المثل بعد زمان تعذره كان هذا الارتفاع مضمونا أيضا.

(3) الصواب أن يقال: «إلى دفع القيمة» كما هو صريح عبارة القواعد و التذكرة.

إلا أن يلتزم بتقدير مضاف، بأن يقال: «دفع قيمة المثل المفروض تعذره» فيكون دفع القيمة أداء للمثل المتعذر من جهة ماليّته، لا من جهة مثليّته، هذا.

(4) أي: وجه العلامة و فخر المحققين ضمان أعلى القيم- من يوم الغصب إلى أداء القيمة- بأن المثل لا يسقط .. إلخ.

(5) هذه العبارة منقولة بالمعنى، و إلا فعبارة التذكرة و الإيضاح هي: «ملك المطالبة به» ثم زاد في التذكرة قوله: «وإنما المصير إلى القيمة عند تغريمها».

و هذا الاحتمال الرابع مختار فخر المحققين، لقوله بعد ذكر مآخذ الاحتمالات الخمسة: «و الأصحّ الرابع» (1).

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 175

ص: 413

و حاصله (1): أنّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر (2) من زمن وجوبه (3) إلى وجوب مبدله أعني العين، فيجب أعلى القيم منها (4)، فافهم (5).

---

و كيف كان فالحاكي لعبارتي التذكرة و الإيضاح هو السيّد العامليّ، و عبارة المتن نصّ كلامه «1».

(1) هذا الحاصل المذكور في مفتاح الكرامة أيضا، فراجع. يعني: حاصل توجيه العلامة و فخر الدين للاحتمال الرابع هو: أنّ وجوب دفع قيمة المثليّ الذي بقي مثله في الذمّة إلى يوم غرامة القيمة- و سقط بدفع القيمة إلى المالك- إنّما يعتبر بنحو القهقري من أول زمان وجوب قيمة المثليّ، و هو زمان دفعها، و ينتهي إلى زمان ثبوت مبدل القيمة أعني نفس المال المثليّ المغصوب، و هو زمان غصب العين.

و عليه فيكون هنا وجوبات عديدة بعدد القيمة إن اختلفت في أجزاء هذا الزمان المتخلّل بين المبدء و المنتهى، فيجب دفع الأعلى من هذه القيم، إذ المفروض أنّ القيمة الواجبة على الغاصب هي أعلى القيم.

و الأولى: أن يعبر هكذا: «و حاصله: أنّ إسقاط وجوب دفع قيمة المثل يلاحظ من زمن ثبوت القيمة .. إلخ».

(2) أي: يلاحظ من زمن وجوب القيمة- أي ثبوتها- إلى ثبوت مبدل القيمة و هو نفس المال المثليّ المغصوب.

(3) الوجوب بمعنى الثبوت في الذمّة، و ضميره و كذا ضمير «مبدله» راجعان إلى القيمة، فالمناسب تأنيث الضميرين، و إن صحّ تذكيرهما أيضا باعتبار الرجوع إلى البدل المستفاد من قوله: «إلى وجوب مبدله». و الأمر سهل.

(4) الأولى إسقاط كلمة «منها» بأن يقول- كما في مفتاح الكرامة-: «فيجب الأقصى» أو «أقصى القيم».

(5) لعلّه إشارة إلى ضعف القول بصيرورة القدر المشترك قيميا، الذي هو أحد

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252

ص: 414

إذا عرفت هذا (1) فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثليّ هو أنّه مع تعذّر المثل لا يسقط المثل عن الدّمة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع

جزأي هذا الاحتمال الرابع. و أمّا الجزء الآخر- وهو ثبوت المثل إلى زمان دفع القيمة- فقد قوّاه سابقا.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل وهو بيان مآخذ الاحتمالات الخمسة.

وقد تحصّل مما أفاده المصنّف قدّس سرّه من أوّل الأمر السادس إلى هنا وجوه في ضمان قيمة العين المثليّة التالفة مع إغواز المثل.

الأوّل: اعتبار ضمان قيمة يوم الدفع والمطالبة، وهو المنسوب إلى المشهور، وهو خامس الاحتمالات المذكورة في القواعد، وقد عبّر عنه بقيمة يوم الإقباض.

الثاني: اعتبار قيمة يوم تعذّر المثل. واختاره ابن إدريس والعلامة والشهيد الثاني، في بعض المواضع.

الثالث: اعتبار قيمة يوم تلف العين، الذي هو زمان استقرار المثل في العهدة.

الرابع: اعتبار أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إغواز المثل.

الخامس: اعتبار قيمة يوم ضمان العين.

السادس: اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين.

السابع: اعتبار أعلى القيم من يوم ضمان العين إلى زمان أداء قيمة المثل. وقد عرفت مبنى كلّ واحد منها.

استظهار بعض الوجوه المتقدمة من أدلة الضمان

(1) هذا شروع في المقام الثاني، وهو بيان ما يستفاد من الأدلّة وكلمات الأصحاب. ومحصّله: أنّ الدليل على ضمان المثليّ بالمثل إمّا هو الإجماع أو المتبادر من إطلاقات الضمان الدالة على التبريم بما هو أقرب إلى التالف. فإن اعتمدنا على الإجماع قلنا باقتضائه لضمان قيمة يوم أدائها، وذلك لاستقرار المثل على عهدة الضامن بمجرد تلف العين، ولم يقيّد اشتغال الدّمة بالمثل بعدم تعذّره وإغوازه، فلا يوجب تعذّره

مطالبة المالك. فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل (1)، فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط و تفرغ الذمة.

و أما بناء (2) على ما ذكرنا (3) من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان (4) المثل مقدّمًا مع تيسره. و مع تعذره ابتداء

انتقال الضمان إلى القيمة حتى يكفي أداء ثمنه يوم إعوازه، بل يبقى المثل في الذمة إلى إسقاطه بمطالبة المالك، فتكون العبرة بقيمته يوم أدائها. و قد تقدّم وجهه عند بيان رأي المشهور، و هكذا في مبنى الاحتمال الخامس.

و إن اعتمدنا على المتبادر من أدلة الضمان انقلب الضمان إلى القيمة، و سيأتي.

(1) أي: حين الإسقاط، إذ المفروض بقاء المثل على عهدة الضامن، و لا يسقط إلا بدفع القيمة. فالعبرة بقيمة يوم الإسقاط، لا يوم إعواز المثل.

(2) هذا في مقابل ما ذكره بقوله: «فاعلم أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثليّ .. إلخ» و إطلاق كلامهم إنّما هو لعدم تقييدهم ذلك بصورة التمكن من المثل، فأطلقوا ضمان المثل في المثليّ، و لم يقيّدوه بصورة التمكن من دفع المثل، و هذا الإطلاق يقتضي بقاء المثل في الذمة و لو مع إعوازه.

و أما بناء على ما ذكرنا- من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف، فالأقرب- كان المثل مقدّمًا مع التمكن من دفعه إلى المالك، و مع عدم التمكن منه كان المتعين دفع القيمة. فالإعواز يوجب انقلاب المثليّ إلى القيميّ، فالقيمة قيمة للمثل حال الإعواز، فيكون عدم التمكن العارضيّ من دفع المثل كعدم التمكن بالأصالة كما في القيميّات. فالمثل الثابت في الذمة ينقلب إلى القيمة من زمان الإعواز.

(3) أي: في كلّ من الأمر الرابع و السادس، فقال في السادس: «و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقًا من الآية و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان .. إلخ» فراجع (ص 388).

(4) جواب «و أما بناء» و «فالأقرب» بالجرّ معطوف على «بالأقرب».

كما في القيميّ أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان (1) المتعيّن هو القيمة، فالقيمة (2) قيمة للمغصوب من حين صار قيميّاً وهو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث إنّه أول أزيمة صيرورة التالف قيميّاً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين.

فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيميّ توجّه ما اختاره الحلّي رحمه الله (3).

و لو قلنا (4) بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف (5) - كما عليه جماعة من القدماء «1» - توجّه (6) ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز (7)،

---

(1) جواب «و مع تعدّره» المتضمن للشرط.

(2) يعني: أنّه بناء على المتبادر من إطلاقات الضمان يتعيّن القول في المثليّ - المتعدّر مثله - بضمان قيمته يوم الإعواز، لأنّه يوم صيرورة العين المثليّة قيميّة.

(3) من الاعتبار بقيمة يوم تعدّر المثل وإعوازه، لأنّه يوم تلف العين بوصف القيميّة، إذ قبل هذا الزمان كان التالف مثليّاً، وإّما صار قيميّاً بسبب الإعواز

(4) هذا مقابل قوله: «فعلى القول باعتبار يوم التلف» والأولى لرعاية المشاكلة أن يقال: «و على القول بضمان القيميّ بأعلى القيم .. إلخ».

و كيف كان فتوضيح كلامه قدّس سرّه: أنّه بناء على القول بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف توجّه ضمان المثليّ فيما نحن فيه - أعني به إعواز المثل - بأعلى القيم من حين الغصب في المغصوب، و من زمان القبض في المقبوض بالعقد الفاسد، و كان هذا هو الاحتمال الثاني في عبارة القواعد.

(5) و هو الوجه لما حرّراه في التعليقة بقولنا: «تتمّة اعلم أنّ من الأقوال اعتبار أعلى القيم .. إلخ.

(6) جواب الشرط السابق.

(7) الذي هو بمنزلة تلف العين القيميّة، لكن قد ذكرنا في التتمّة المشار إليها خلافه.

---

(1) نقلنا أسماءهم عن مفتاح الكرامة، فراجع ص 408

إذ (1) كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك (2) لارتفاع (3) القيم، كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي، إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية (4).

و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلياً كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار (5) ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا (6): إنّ تعذر المثل يسقط المثل - كما أنّ تلف العين يسقط العين -

(1) تعليل لاعتبار تعذر المثل في ضمان ارتفاع القيمة، المستفاد من تقييد «الأعلى» بغاية الإعواز. يعني: أنّ ارتفاع القيمة إنّما لا يضمن إذا أمكن دفع العين، و لم ينته الأمر إلى دفع القيمة، بل كان ارتفاع الضمان بسبب دفع العين أو مثلها. و أمّا إذا انتهت النوبة إلى دفع القيمة لتلف العين و تعذر المثل فارتفاع القيمة يكون حينئذ مضموناً، و هذا الارتفاع المضمون يكون من زمان الضمان إلى زمان تعين القيمة و ثبوتها في الدّمة، أو إلى زمان أدائها بناء على ثبوت المثل في الدّمة إلى زمان الأداء.

(2) باسم الفاعل صفة ل «أدائه» يعني: أنّ أداء العين كان جابراً لارتفاع القيمة، لكن حيث تعذر أدائها - لفرض تلفها - صار الغاصب ضامناً لارتفاع القيمة.

(3) اللام للتعددية، مثل «خرجت لزيد من الدار» بمعنى: أخرجته من الدار.

(4) لتفرّع ضمان القيمة السوقية - في الأعيان المثلية - على إعواز المثل.

(5) هذا متفرّع على كون ردّ المثل - في الأعيان المثلية التالفة - بمنزلة ردّ نفس التالف، في عدم اشتغال الدّمة بأعلى القيم. فإذا لم يتحقق ردّ العين لتلفها و لا ردّ المثل لإعوازه ضمن أعلى قيمتهما. و هل المضمون ارتفاع القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، أم هو من حين الغصب إلى حين أداء القيمة؟ فيه خلاف سيأتي مأخذ كلّ منهما في المتن.

(6) هذا تفصيل لقوله: «فاستقرار ارتفاع القيم...».

توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز (1)، وهو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل (2).

وإن قلنا (3): إنّ تعدّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين (4) كان (5) ارتفاع القيمة فيما بعد تعدّر المثل أيضا مضمونا (6)، فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، وهو المحكي عن الإيضاح. وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل (7).

---

(1) أي: إعواز المثل الذي هو كتلف العين في كونه سببا لسقوط المثل.

(2) القائل هو العلامة في التذكرة، قال قدس سرّه: «و للشافعية في القيمة المعتبرة عشرة أوجه .. ثالثها: وهو الأصح عندهم، القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم الإعواز، لأنّ وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث إنّ كان مأمورا بتسليم المثل، كما كان مأمورا بردّ العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمته في المدّتين. كما أنّ المتقوّمات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى، ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب من المتقوّم» (1).

(3) هذا عدل قوله: «فإن قلنا: إنّ تعدّر المثل يسقط المثل».

(4) حتى يسقط المثل بالإعواز كسقوط العين بتلفها.

(5) جواب الشرط المتقدم أعني به «وإن قلنا: إنّ تعدّر .. إلخ».

(6) إذ المفروض بقاء المثل في العهدة وعدم سقوطه بتعدّره، فارتفاع قيمته بعد تعدّره مضمون كضمانه قبل تعدّره، فيتوجه حينئذ ضمان القيمة من حين الغصب إلى زمان دفع القيمة كما حكي عن الإيضاح.

(7) يعني: بأن يكون ضمان ارتفاع القيمة مشروطا بعدم إمكان ردّ العين أو المثل، فمع إمكانهما وردّهما لا يضمن ارتفاع القيمة.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383

ص: 419

## [اختصاص انقلاب الضمان إلى القيمة بالتعذر الطارئ]

ثمّ اعلم: أنّ العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات «أنّه لو تلف المثليّ والمثل موجود، ثمّ أعوز» (1) و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد تيسره في بعض أزمنة التلف (2)، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد: «أنّه يتعيّن حينئذ (3) قيمة يوم التلف» (4)

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتكفلة لتعيين قيمة العين المثليّة المضمونة عند إعواز المثل. وسيأتي التنبيه على أنّ مورد البحث و موضوعه هو التعذر الطارئ لا البدويّ. وقد جعلناه في صدر الأمر السادس جهة ثالثة ممّا يتعلّق بتعذر المثل.

وإن أمكن جعله تنمة للجهة الثانية، و الأمر سهل.

اختصاص انقلاب الضمان إلى القيمة بالتعذر الطارئ

(1) هذا منقول بالمعنى، و إلاّ فعبارة القواعد هكذا: «و لو تلف المثليّ في يد الغاصب و المثل موجود، فلم يغرمه حتى فقد ففي ..» و قريب منها عبارة التذكرة «1».

و كيف كان فالمقصود أنّ موضوع كلامهم بانتقال الضمان من المثل المتعذر إلى القيمة هو التعذر الطارئ على المثل، لا ما كان متعذراً حين تلف العين أو قبله، فإنّه مضمون بالقيمة حين التلف، كما يظهر من المحقق الثاني قدّس سرّه و سيأتي كلامه.

(2) أي: أزمنة تلف العين، و الظرف متعلّق ب «تيسره».

(3) أي: حين تعذر المثل ابتداءً، أي: حين تلف العين.

(4) الحاكي لكلامه السيّد العاملي قدّس سرّه «2». و اعتبار قيمة يوم التلف يستفاد من ضمّ كلاميه في موضعين:

أحدهما: قوله في ضمان القيميّ المغصوب- في تضعيف رأي المبسوط-: «وإنّما

(1) قواعد الأحكام، ص 79، (الطبعة الحجرية)؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 250



ولعله (1) لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات.

ويمكن أن يחדش فيه (2) بأنّ التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في

---

ينتقل إلى القيمة عند التلف» «1».

ثانيهما: قوله في ضمان المثلي المتعدّر مثله: «لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف. أمّا مع وجوده وعدم التغريم إلا بعد فقدته فإنّه قد استقرّ في الدّمة، فيرجع إلى القيمة» «2».

فيحمل قوله: «فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف» على قوله: «وإنّما ينتقل إلى القيمة عند التلف» ويصحّ ما نسبه المصنّف إليه.

(1) يعني: ولعلّ تعيّن قيمة يوم التلف لأجل عدم تنجّز التكليف بالمثل على الضامن في وقت من الأوقات، لفقدانه من أول الأمر.

(2) أي: في هذا الوجه. وحاصل الخدشة: إنّ اشتغال الدّمة بالمثل ليس مشروطا بالتمكّن من أداء المثل، لا حدوثا ولا بقاء.

ولا يخفى أنّه نوقش في كلام جامع المقاصد بوجهين مذكورين في الجواهر أيضا، أحدهما حلّي، والآخر نقضيّ. وارتضى المصنّف الحلّي وتأمّل في النقضيّ.

قال في الجواهر- بعد نقل ما استظهره جامع المقاصد من ضمان قيمة يوم التلف في التعدّر البدويّ- ما لفظه: «وقد يناقش بعدم المنافاة بين ثبوته في الدّمة وبين تعدّر أدائه في ذلك الوقت. ودعوى صيرورته قيميا واضحة المنع، إذ المثلي لا يتعيّن كونه كذلك بتعدّر المثل. و إلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكّن منه بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت القيمة حينئذ في الدّمة، ولا أظنّ القائل المزبور يلتزمه، لوضوح ضعفه. فالمتجه ثبوت المثل في ذمته على كلّ حال. وتعدّر أدائه حال التلف لا يقتضي عدم ثبوته في الدّمة، فإن عدم التمكن من وفاء الدين لا يقتضي عدم ثبوته في الدّمة، وحينئذ لم يكن

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 246

(2) المصدر، ص 252

الدّمة ابتداء، كما لا يشترط في استقراره استدامة، على ما اعترف (1) به مع طروء التعدّر بعد التلف (2). و لذا (3) لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

وبالجمله (4): فاشتغال الدّمة بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بارتقاعه

---

للتقييد المزبور فائدة» (1).

و الإيراد النقضيّ على كلام جامع المقاصد هو قوله: «وإلا لزم.. لوضوح ضعفه» و ما قبله و ما بعده هو الإيراد الحلّي الذي ارتضاه المصنّف و أثبتته في المتن.

(1) أي: اعترف المحقّق الثاني بعدم اشتراط التمكّن من المثل في استقرار المثل في الدّمة استدامة، لأنّه اختار أنّ المعتبر قيمة يوم الإقباض. ولو كان التمكّن من المثل شرطاً في صحّة تعلقه بالغاصب كان اللازم سقوط المثل بمجرد تعدّره، و تحقّق الانتقال إلى القيمة، و قد قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة قدّس سرّه: «الخامس القيمة يوم الإقباض» ما نصّه: «هذا هو الأصحّ، لأنّ الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البدليّة حين الدفع، فحينئذ يعتبر القيمة».

و قد نقل المصنّف تصريح جامع المقاصد- بما ذهب إليه المشهور- في أوائل هذا الأمر من كون العبرة بقيمة يوم الدفع بقوله: «و قد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثاني..»، فراجع ص (384).

(2) أي: تعدّر المثل بعد تلف العين.

(3) أي: و لعدم دخل التمكّن من المثل في اشتغال الدّمة به ابتداء لم يذكر أحد التفصيل- في باب القرض بين وجود المثل و عدمه، بأن يقال: مع التمكّن من المثل في المثليّ يثبت في ذمّة المقترض مثله، و مع عدم التمكّن منه يثبت قيمة العين المقترضة، بل أطلقوا القول في ذلك، و قالوا: إنّ العين المقترضة إن كانت مثلية ثبت مثلها في ذمّة المقترض، و إن كانت قيمية ثبت قيمتها.

(4) هذه خلاصة الخدشة، و محصّل الكلام: أنّ حصر موضع البحث بالتعدّر

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 97 و 98

ص: 422

بطروء التعذر، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر.

إلا أن يقال (1): إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن وإن لم يكن مشروطا به عقلا (2)، فلا تعم صورة العجز [1]. نعم (3) إذ طرء العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيمياً (4).

---

الطارئ غير سديد، إذ لو كان اشتغال الذمة بالمثل مقيدا بتمكن الضامن منه لزم الحكم بالانقلاب إلى القيمة بمجرد التعذر، سواء طالب المالك به أم لم يطالب، مع أنهم اشترطوا أداء القيمة بالمطالبة. وهذا يكشف عن عدم إناطة استقرار المثل في العهدة بتيسره. ولو لم يكن مقيدا بتمكن الضامن تعين القول بضممان المثل في الأعيان المثلية حتى مع تعذره البدوي.

(1) غرضه توجيه ما أفاده العلامة والمحقق الثاني قدس سرهما - من اختصاص موضوع البحث بالتعذر الطارئ - بما حاصله: أن اشتغال الذمة بالمثل وإن لم يكن منوطا عقلا ولا عرفا بالتمكن من أداء ما اشتغلت به الذمة، لكن الدليل لا يدل إلا على اشتغال الذمة في صورة التمكن من أدائه، فلا تعم صورة العجز الابتدائي، فلو وجد المثل - حين تلف العين - اشتغلت العهدة به، سواء أذاه إلى المالك أم لم يؤده إليه حتى أعوز، فيبقى المثل في الذمة إلى إسقاطه بمطالبة المالك.

(2) مرجعه إلى قصور مقام الإثبات عن شمول صورة التعذر الابتدائي، وقد عرفته.

(3) هذا تتمّة للتوجيه المتقدم بقوله: «إلا أن يقال» وغرضه التفصيل في مفاد الدليل بين التعذر الطارئ والابتدائي.

(4) يعني: ومع عدم الدليل على الانقلاب يرجع إلى الاستصحاب.

---

[1] مجرد العجز لا يكفي في ثبوت القيمة، بل المثبت لها هو اعتبار التمكن في ثبوت المثل حتى ينتفي بانتهائه، ويثبت القيمة. وبدون اشتراط التمكن يدور الأمر بين المثل والقيمة، ولا دليل على تعين القيمة.

وقد يقال (1) على المحقق المذكور: إنَّ اللازم ممَّا ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة. ولا أظنَّ أحدا يلتزمه (2). وفيه تأمل (3).

(1) هذا هو الإيراد النقضي الذي أورده صاحب الجواهر على المحقق الكركي قدس سرهما القائل بضمان قيمة يوم التلف في تعذر المثل ابتداء.

وحاصل النقض: أنه لو كان الوجه في الانتقال إلى قيمة وقت التلف عدم تنجز التكليف بالمثل على الضامن في وقت من الأوقات انتقض كلامه بما إذا كان المثل متعذراً من أول الأمر، ولكن لم يأخذ المضمون له القيمة، ثم وجد المثل.

والوجه في ورود النقض هو: أنَّ المحقق الكركي يدعي اشتغال ذمّة الضامن في هذا التعذر البدوي بضمن المثل من حين تلف العين المضمونة، ولم يستقرّ في عهده المثل أصلاً، فالتمكّن من المثل بعد التلف لا يوجب تبدل القيمة به. مع أنه لا سبيل للالتزام بكفاية دفع القيمة مع وجود المثل.

وهذا كاشف عن غموض ما أفاده المحقق الثاني من عدم اشتغال الذمّة بالمثل في موارد التعذر البدوي. فالصحيح اتحاد التعذر البدوي و الطارئ حكماً، هذا.

(2) أي: يلتزم بعدم جواز مطالبة المثل من الضامن إذا تيسر المثل بعد إعوازه وقبل أخذ القيمة. والوجه في عدم الالتزام بعدم جواز المطالبة هو اشتغال الذمّة بالمثل.

(3) تأمل المصنّف قدس سره في ورود هذا النقض على المحقق الثاني، وذلك لإمكان الالتزام بجواز المطالبة بالمثل في مورد النقض، وهو لا ينافي اشتغال الذمّة بالقيمة في التعذر الابتدائي. والوجه في عدم التنافي بين الحكمين هو: أنَّ اشتغال الذمّة بالمثل مشروط بالتمكّن منه، ولما كان متعذراً حين التلف - كما هو المفروض - قلنا: إنه لا يتنجز التكليف بالمثل على الضامن، فإن دفع القيمة سقط المثل عن ذمته.

ثم إنَّ الحقّ عدم الفرق في الحكم الوضعي أعني به اشتغال ذمّة الضامن بالمثل بين صورتَي التعذر البدوي و الطارئ، كما في القرض و السلم.

نعم في الحكم التكليفي - أعني به وجوب الأداء - يكون بينهما فرق، فإنه في التعذر البدوي يمتنع الوجوب، لا امتناع أداء المثل دائماً إذا كان التعذر كذلك، لكنّه لا يمتنع

وإن لم يدفعها حتى تيسر المثل لم تفرغ ذمته بأداء القيمة، بل يجب عليه دفع المثل، وذلك لصيرورة كل تكليف مشروط فعلياً بفعليّة شرطه، وبهذا يسلم كلام المحقق الكركي عن نقض صاحب الجواهر قدّس سرّه.

عن شغل الذمّة بالمثل. ولا أثر للإعواز بدويّاً كان أم طارئاً في هذا الحكم الوضعي.

نعم توجه الخطاب بوجوب أداء المثل تكليفاً منوط بالقدرة عليه، وفائدة شغل الذمّة بالمثل هو تقويمه حال الأداء. نعم إذا ثبت إجماع تعديّي على انقلاب المثليّ بسبب التعذر إلى القيميّ كان ذلك مخصصاً لما دلّ على ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة، لكن ثبوته مشكل، وإلا لم يقع فيه الخلاف.

والحاصل: أنّ حكم تعذر المثل حكم تعذر العين، لا حكم تلفها، ومن المعلوم أنّ تعذر العين لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل العين تبقى في الذمّة، وإثماً يجب على الضامن بدل الحيلولة.

وينبغي التنبيه على أمور: الأوّل: أنّ المراد بالإعواز الواقع في معقد الإجماع هو معناه العرفي، لا العقليّ الموقوف على فقدان جميع أفراد الكلّي، لأنّ الإعواز كسائر الألفاظ الواقعة في الكتاب والسنة ومعاهد الإجماعات، فيخصّص الإجماع قاعدة السلطنة المقتضية لتسلّط الناس على مطالبة أموالهم سواء كانت خارجيّة أم ذميّة، فالمالك للمثل الذميّ مسلّط على مطالبة مثل ماله، إلا إذا أعوز المثل. فحينئذ ينتقل بسبب الإجماع إلى القيمة. والإعواز على تفسير العلامة من عدم وجدانه في البلد وما حوله لا يناط بالتعذر والتعسر.

لكن الظاهر خلافه، لاعتبار المشقّة عرفاً في تحقّق الإعواز، فبدون المشقّة لا ينتقل المثل إلى القيمة استناداً إلى عموم سلطنة المالك على مطالبة ماله.

وما ذكرناه من اعتبار المشقّة في الإعواز هو المتيقّن من معقد الإجماع لو لم يكن ظاهره، والتعبير بالتعذر إشارة إلى المشقّة العرفيّة، وليس المراد بالتعذر التعذر العقليّ، لعدم إناطة شيء من الأحكام الشرعيّة بالأمر العقليّة. فعلى هذا يمكن أن لا يكون في

تحصيل المثل من خارج نواحي البلد لشخص مشقة، و يكون لغيره مشقة.

فالأولى إحالة المشقة إلى العرف. و على أي حال يكون التعذر شخصيًا لا نوعيًا و لو شك في تحقق الإعواز مفهوما لإجماله فالمعول قاعدة السلطنة، لكون الشك في التخصيص الزائد، هذا.

لكن الحق عدم ثبوت إجماع تعديي على انقلاب المثلي بتعذر المثل إلى القيمة، بل المثل باق في الذمة حتى بعد التعذر.

الثاني: أنه لا فرق في التعذر بين أن يكون خارجيًا و شرعيًا، كما إذا فرض تنجس جميع أفراد الكلي المثلي بحيث لا يمكن تطهيرها مع توقف الانتفاع المحلل بها على طهارتها كالدهن و الخل و نحوهما ممّا لا يقبل التطهير.

الثالث: أنه لا فرق في التعذر بين الذاتي كفقدان الأمثال في الخارج، و بين العارضي كعدم وصوله إليه لحبس و نحوه، فإنّ المناط في التعذر - و هو عدم القدرة العرفية على أداء المثل - موجود في الجميع.

الرابع: هل يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة مع إعواز المثل أم لا؟

الظاهر العدم، إذ ليست القيمة متعلقة للضمان حتى يجوز للضامن إجباره على أخذ القيمة، بل تعلق الضمان بالمثل، فللمالك الصبر إلى أن يوجد المثل و عدم أخذ القيمة.

و هل يجوز للمالك إجبار الضامن على أخذ القيمة منه؟ الظاهر ذلك، لقاعدة السلطنة الموجبة لجواز مطالبة ماله مع الإعواز، و الصبر إلى تمكّن الضامن من أداء المثل نفسه.

و دعوى كون إجبار الضامن على أخذ القيمة منه ضررا عليه، فينفي بقاعدته، غير مسموعة، لأنّ أخذ القيمة منه ليس ضررا عليه، بل أداء لما في ذمته بعد رضا المالك بإلغاء الخصوصيات الدخيلة في متعلق الضمان أعني به المثل.

إلا أن يقال: إنّ القيمة ليست مالا للمالك حتى يكون له السلطنة عليها، و إنّما المال الثابت له في الذمة هو المثل، فليس له إجبار الضامن بالقيمة.

اللهم إلا أن يدعى: أن الضمان قد تعلّق بكلّ من المثليّة و الماليّة، وله رفع اليد عن المثليّة و الأخذ بالماليّة. لكن قد تقدّم سابقا ما فيه، فتدبّر.

الخامس: هل العبرة في تقويم المثل مع فرض عدمه بقيمة يوم الإعواز أم يوم الأداء أم يوم المطالبة أم غيرها ممّا بنى عليه في المسألة؟ فلا وجه للترديد بين قيمته في غاية العزّة أو المتوسط، إذ المفروض تعيّن بها بني عليه في المسألة من قيمة يوم إعواز المثل أو غيره مما تقدّم. و بعد اختيار قيمة يوم معيّن لا يبقى مجال للترديد بين حالات القيمة ممن كونها في غاية العزّة و متوسطها.

السادس: هل المدار على قيمة المثل المتعدّر في بلد المطالبة أم في بلد الضمان أم في بلد الأداء إذا اختلفت القيم في البلاد؟ الظاهر أنّ المناط قيمة بلد الأداء، لأنّه بناء على ما هو المشهور المنصور من بقاء المثل في ذمّة الضامن إلى حين الأداء المسقط له لا بدّ من مراعاة قيمة يوم الأداء، سواء كان الأداء في بلد الضمان أم غيره من البلاد. وقد تقدّم سابقا أنّ ارتفاع قيمة المثل المتعدّر من زمان اشتغال الذمّة به إلى يوم الأداء غير مضمون، لأنّ ماليّة الارتفاع المزبور مالية فرضية، و دليل الضمان لا يشمل غير الماليّة الحقيقية.

نعم لو كانت القيمة مرتفعة بسبب خصوصية بلد التلف فتلك الخصوصية الحافّة بالعين أو المثل مضمونة، فلا بد من ملاحظة مرتبة من الماليّة ناشئة من خصوصية بلد التلف، فإذا كان بلد المطالبة غير بلد التلف، فالمضمون هي القيمة التي روعي فيها خصوصية بلد التلف.

و لو بني على الانتقال إلى القيمة- و كونها بدلا عن المثل عند إعوازه- تعيّن قيمة بلد التعدّر إن كانت مخالفة لبلد المطالبة في مالية المثل، إذ المفروض انقلاب المثل من زمان التعدّر إلى القيمة، فالمتعيّن قيمة يوم إعوازه.

## [هل مناط تعدّر المثل فقده في البلد و ما حوله؟]

ثم إن المحكي عن التذكرة «أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد و ما حوله» (1). وزاد في المسالك قوله: «مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه» (2).

---

هل مناط تعدّر المثل فقده في البلد و ما حوله؟

(1) هذه جهة رابعة مما يتعلّق بإعواز المثل، و هي بحث عن تحديد الموضوع أيضا، وأن مناط الإعواز هل هو فقد المثل في جميع الأمكنة، أم فقده في خصوص بلد التلف و حواليه أم الرجوع فيه إلى العرف؟

قال في التذكرة: «إذا غصب عينا من ذوات الأمثال و تلفت في يده أو أتلّفها و المثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة، لتعدّر المثل، فأشبهه غير المثليّ.

و المراد من الفقد أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه» (1).

(2) هذا منقول بالمعنى، و إلا فعبارة المسالك هكذا: «و المراد من الفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوله مما ينقل منه إليه عادة، كما بيّن في انقطاع المسلم فيه» (2).

و حاصل ما أفاده في انقطاع المسلم فيه في بلد البائع - و إمكان تحصيله من بلد آخر - أنه إن نقله البائع باختيار فهو. و إن لم ينقله إليها، فإن لم يكن في نقله إليها مشقّة أجبر على النقل. و إن كان فيه مشقّة لم يجبر على نقله إلى البلد» (3).

فإن كان مراده قدس سرّه من عدم المشقّة هو اعتياد النقل من خارج البلد إلى بلد المعاملة كان كلامه في بيع السلم موافقا لما أفاده هنا من تعارف النقل من مكان آخر إلى البلد، و إلا لم يتّحد مفاد الكلامين، فلاحظ.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 12

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 183

(3) مسالك الافهام، ج 3، ص 431



و عن جامع المقاصد: «الرجوع فيه (1) إلى العرف».

ويمكن أن يقال (2): إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس (3) وتسليطهم (4) على أموالهم - أعيانا (5) كانت أم في الذمة -

---

(1) قال قدس سره: «واعلم أنّ المراد من تعذّر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوالياه. كذا ذكر في التذكرة. و لم يحدّد ما حوالياه. و الظاهر أنّ المرجع فيها إلى العرف» (1).

و على هذا التحديد لا يعتبر التعذّر و التعسّر في تحصيل المثل.

ثمّ إنّ ظاهر عبارة القواعد المتقدمة هو كون المرجع في تحديد حوالي البلد العرف، لا في تحديد الإعواز - كما هو ظاهر المتن - فالصواب تأنيث ضمير «فيه».

(2) غرضه قدس سره تضييق دائرة الإعواز، و أنّ مقتضى عموم وجوب ردّ الأموال إلى مالكيها هو وجوب ردّها مع وجودها و لوفى بلاد نائية، و كان في تحصيلها مئونة كثيرة، فدائرة الإعواز حينئذ تكون أضيق ممّا ذكره المحقّق الكركي قدس سره.

(3) كقوله عليه السّلام: «المغضوب مردود» (2) بناء على شموله لردّ المثل أو القيمة، و عدم اختصاصه برّد نفس المغضوب.

(4) كقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم» (3).

(5) خبر مقدّم ل «كانت» و الجملة مبيّنة ل «أموالهم» يعني: لا فرق في سلطنة الملاك على أموالهم بين كونها أعيانا خارجيّة كالدينار، و الكتاب و الدار و نحوها، أم أعيانا كليّة في ذمّة الآخرين، فإنّها أموال أيضا، بشهادة جواز بيعها و شرائها كما تقدّم في أوّل بحث البيع. و لولا هذا التعميم لم يمكن التمسك بحديث السلطنة

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 245

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 309، الباب 1 من كتاب الغصب، الحديث 3

(3) عوالي اللئالي، ج 1، ص 222 و 457

ص: 429

وجوب (1) تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أين ما كانت، ولو كانت في تحصيله منونة كثيرة (2)، ولذا (3) كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان. وليس (4) هنا تحديد التكاليف بما عن التذكرة.

نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما (5) عن جامع المقاصد.

---

لإثبات جواز مطالبة المالك من الضامن بدل ماله التالف أو المتلف، لوضوح عدم كون ما في الذمّة عينا خارجيّة حتى يتسلّط المالك عليها.

(1) خبر قوله: «إن مقتضى» يعني: أنّ مقتضى عموم الأدلّة وجوب تحصيل المثل على الضامن، كما يجب عليه ردّ العين أينما كانت.

(2) كما تقدّم تفصيله في الأمر الخامس.

(3) أي: ولأجل اقتضاء الأدلّة العامّة وجوب تحصيل المثل كان تحصيله واجبا بأيّ ثمن كان.

(4) غرضه الإيراد على ما أفاده العلامة قدّس سرّه في التذكرة من إناطة وجوب أداء المثل على الضامن بتيسره في البلد وحواليه. و محصّل الإيراد: أنّ مقتضى عموم الأدلّة وجوب أداء المثل حتى لو توقف على نقله من بلد بعيد عن بلد الضمان أو المطالبة، وبهذا يتضيق دائرة الإعواز والانتقال إلى القيمة، هذا.

ويحتمل أن يكون ما في التذكرة تحديدا لجواز مطالبة المالك للضامن بالقيمة، لا لانتقال المثل بها، وإن كان يجب على الضامن تحصيل المثل.

(5) من الرجوع في معنى الإعواز إلى العرف، لأنّ الإعواز الواقع في معقد الإجماع كغيره- من الألفاظ الواقعة في الكتاب والسنة ومعاهد الإجماعات- في الرجوع في مفاهيمها إلى العرف، فيكون الإجماع مخصّصا لعموم دليل السلطنة، وتختص سلطنة المطالبة بالمثل بما إذا كان موجودا في البلد ونواحيه.

وعليه فقوله: «نعم لو انعقد» تقييد لعموم ما دلّ على وجوب أداء مال الناس وسلطنتهم على أموالهم، سواء توقّف الرّد على تحمّل مشقّة أم لا.

كما أنّ (1) المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز و معبر بالتعدّر كان (2) المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ - وهو المتعدّر - لأنّه المجمع عليه.

(1) غرضه: أنّه لو تمّ الإجماع على ثبوت القيمة عند إعواز المثل ترتّب عليه أمران:

أحدهما: تقييد إطلاق الأدلّة العامّة المقتضي للفحص عن المثل في سائر البلاد، ونقله إلى بلد المطالبة مقدّمة لأدائه إلى المالك.

ثانيهما: الاقتصار في تقييد الإطلاق على القدر المتيقّن، و الرجوع فيما عداه إلى الإطلاق.

توضيحه: أنّ الأصحاب - الذين أجمعوا على انتقال الضمان من المثل المتعدّر إلى القيمة - عبّروا تارة ب «فإن تعدّر المثل ضمن قيمته يوم الإعواز» و اخرى ب «و لو أعوز المثل».

و الظاهر أنّ «التعدّر» أخصّ من «الإعواز» لظهور التعدّر في فقدان جميع أفراد الكلّي حقيقة، بخلاف الإعواز الذي يراد منه معناه الإضافي، و هو فقدان الأمثال في البلد و نواحيه، و إن كانت موجودة في سائر البلدان. و لما كان التعدّر أضيق دائرة من الإعواز توقّف تقييد الأدلّة العامّة على صدق «التعدّر» و يرجع في ما عداه إلى الإطلاق المقتضي لجواز المطالبة بالمثل، لعدم اتّفاقهم على انتقال الضمان إلى القيمة بمجرد الإعواز.

هذا بناء على عدم ترادف اللفظين في عبارات المجمعين، و إلّا فبناء على إرادة معنى واحد منهما و من «الفقد» المذكور في عبارتي التذكرة و القواعد - بأن يراد التعدّر الحقيقي في الجميع، أو العرفي الإضافي كذلك - لم يختلف الحال في تقييد الأدلّة العامّة، لعدم كون التعدّر أخصّ من الإعواز حينئذ. و كذا الحال إذا كان كلّ من الأعمّ و الأخصّ مذكورا في بعض معاهد الإجماعات، إذ لا ينافي الإجماع على الأخصّ الإجماع على الأعمّ.

(2) جواب «إذا كانوا» يعني: كان المتيقّن في رفع اليد عن عموم مثل دليل السلطنة الرجوع إلى الأخصّ.

نعم (1) ورد في بعض (2) أخبار السّلم: «أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه (3) على

(1) استدراك على ما تقدّم من تعيّن الاقتصار على عنوان «التعذّر» لكونه أخصّ من «الإعواز» و حاصله: أنّ المراد بالتعذّر ليس هو فقد جميع أفراد الكلّي حقيقة، بل المراد به التعذّر العرفيّ المساوق للإعواز، وذلك بشهادة ما ورد في أخبار السّلم من: أنّ عدم القدرة على إيفاء المسلم فيه يوجب الخيار للمشتري. و من المعلوم أنّ المراد به التعذّر العرفيّ المتحقق بفقد المسلم فيه في البلد و حواليه.

و عليه فتعبير عدّة من المجمعين ب «لو تعذّر المثلي» محمول على عدم حصول المثل عادة لا عقلا. فما تقدّم من قوله: «كان المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ» ممنوع، إذ لا أخصّيّة ولا أعمّيّة بين عنواني التعذّر و الإعواز، بل هما متساويان في الصّدق.

(2) كمعتبرة الحلبي، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل أسلم دراهمه في خمسة مخاتيم من حنطة أو شعير إلى أجل مسّمي، و كان الذي عليه الحنطة و الشعير لا يقدر على أن يقتضيه جميع الذي له إذا حلّ، فسأل صاحب الحقّ أن يأخذ نصف الطعام أو ثلثه أو أقلّ من ذلك، أو أكثر، و يأخذ رأس مال ما بقي من الطعام دراهم؟

قال: لا بأس. و الزّعفران يسلم فيه الرجل دراهم في عشرين مثقالا أو أقلّ من ذلك أو أكثر. قال: لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الزّعفران أن يعطيه جميع ماله أن يأخذ نصف حقّه أو ثلثه أو ثلثيه، و يأخذ رأس مال ما بقي من حقّه درهم [دراهم]» (1).

و الغرض أنّ كلمة «لا يقدر» التي وردت تارة في سؤال السائل و قرّره الامام عليه السّلام، و أخرى في ذيل الرواية في كلامه عليه السّلام لا يراد بها التعذّر العقليّ، بل المراد هو العرفيّ. و قد عبّر عنه في نصوص آخر بالعجز و عدم الوجدان و نحوهما، و المقصود- كما تقدّم حكايته عن المسالك- هو الانقطاع في البلد و نواحيه.

(3) و هو البائع.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 69، الباب 11 من أبواب السلف، الحديث: 7

ص: 432

إيفاء المسلم فيه تخيير (1) المشتري» و من المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقليّ المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً [1] ما عن التذكرة (2). وهذا (3) يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

---

(1) تخيير المشتري- بين الفسخ و الانتظار إلى أن يتمكن البائع من تسليم المبيع سلماً- يستفاد من معتبرة عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام- عند عجز البائع عن إيفاء المسلم فيه-: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره» (1).

(2) و هو قوله: «و المراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوالیه» (2).

(3) يعني: أنّ الحكم في باب السلم إذا علق على عدم القدرة- المنزلة على الموضوع العرفيّ دون العقليّ- استأنس به للحكم في ما نحن فيه و هو تعذر المثل، وقد تقدم في عبارة المسالك جعل التعذر في المقامين من باب واحد.

و الحاصل: أنّ المناسب أن يكون المناط في المقامين واحداً، بأن يقال: إنّ المراد بالتعذر فيهما هو العرفيّ. هذا تمام الكلام في الجهة الرابعة من جهات البحث في إغواز المثل.

---

[1] إذا كان الظاهر من عدم القدرة في أخبار السلم معناه العرفي، فليكن التعذر في المقام كذلك. إلا أن يكون الفرق بينهما بعدم تصوّر التعذر المطلق في موارد نصوص أخبار السلم من الجذع و الحنطة و غيرهما، فإنّ هذه الموارد قرينة على عدم إرادة التعذر المطلق من تلك الأخبار، فالمراد بالتعذر العرفي. بخلاف المقام، فإنّه ليس فيه قرينة على إرادة التعذر العرفي، فيراد منه التعذر المطلق.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 72، الباب 11 من أبواب السلف، الحديث 14

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 16

ص: 433

ثم إن (1) في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا، من (2) حيث إن العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزّة كالفاكهة في أول زمانها أو آخره (3)، أو وجود (4) المتوسط؟

### المعيار في قيمة المثل المتعذر

(1) هذه هي الجهة الخامسة، وحاصلها: أن قولهم: «إذا تعذر المثل وجبت قيمته» يواجه إشكالا، وهو: أن المثل إن كان موجودا أمكن معرفة قيمته، سواء أكانت أعلى من قيمته السوقية أم لا. وإن لم يكن موجودا - كما هو المفروض - لم يكن سبيل إلى معرفة قيمته حتى يؤدّيها الضامن إلى المالك، إلا بفرض وجود المثل.

ولمّا كان المثليّ ذا أسعار متفاوتة بتفاوت الأزمنة، فهل يلزم تقويم المثليّ بأعلى القيم كما هو الحال في الفاكهة أول أوانها، وكذا في آخرها، أم أن المناط قيمته في أوساط زمان وجوده، بحيث يكون أقل قيمة في هذه الفترة؟ فيه احتمالان. اختار المصنّف قدس سرّه اعتبار قيمته في أول زمان وجوده و آخره، بشرط أن يرغب العرف في شرائه، فلو ارتفع سعر المتاع بحدّ لا يرغب في معاملته إلا القليل منهم لم يكن عبرة به أصلا. فالمدار حينئذ على قيمته العالية في أول وجوده و آخره بشرط إقبال النوع على بيعه و شرائه، هذا.

(2) هذا بيان الاشكال، وقد عرفته آنفا.

(3) أي: آخر زمان الفاكهة، يعني: أن العبرة بعزّة وجود الفاكهة سواء في أول أوانها أم آخرها.

(4) عطف على «في غاية العزّة» يعني: أن العبرة بقيمة متوسطة بين زمني عزّة الفاكهة، وهو أوان وفورها، فيقال: إن هذه الفاكهة لو كانت موفورة كان قيمتها كذا درهما مثلا، وهذا هو قيمتها المضمونة في ظرف الإعواز و التعذر، لا قيمتها في زمان عزّتها و غلائها.

الظاهر هو الأول (1) [1] لكن مع فرض وجوده بحيث (2) يرغب في بيعه وشراؤه، فلا عبرة بفرض وجوده (3) عند من يستغني عن بيعه، بحيث (4) لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذل الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

---

(1) وهو كون العبرة بفرض المضمون في زمان عزّته وارتفاع قيمته، لا في زمان وفوره و تنزّل قيمته.

(2) هذا قيد للقيمة المضمونة، وحاصله- كما تقدّم بيانه- أنّ المثل المتعدّر تارة يفرض وجوده في بعض الأزمنة بنحو يرغب في اقتنائه كثير من الناس، كالفاكهة في أوّل وقتها، ضرورة كونها أعلى قيمة من زمان وفورها وهو الزمان المتوسط بين أوّل أوانها و آخرها. لكن يبذل العقلاء هذه القيمة الغالية لتحصيلها.

و اخرى يفرض وجوده بنحو لا يرغب النوع في تحصيله، لارتفاع قيمته جدّا.

و كون ثمنه مجحفا بحيث لا يبذله إلا القليل من أغنياء الناس. نعم قد يضطرّ عامّة الناس إلى شراؤه لعلاج مثلا مهما كان ثمنه، لكن المناط في المقام هو الرغبة في تحصيله في الحالات العادية، لا حالة الاضطرار و الإلجاء.

و المناط في تقويم المثل المتعدّر هو الفرض الأوّل، أي: بذل ثمن المثل في زمان عزّته، لكن لا مطلقا، بل خصوص الثمن الذي يبذله غالب الناس، هذا.

(3) الضمائر البارزة من «وجوده» إلى «بيعه» راجعة إلى المثل المتعدّر.

(4) هذا بيان للاستغناء عن بيع المثل، يعني: فوجود هذا المثل لا يقدر في صدق التعدّر.

---

[1] بل المتعيّن هو قيمة المثل فيما بني على زمان التقويم من يوم الإعواز، أو يوم المطالبة، أو يوم الدفع فالنزاع المزبور لا مورد له، فلا وجه للإشكال المذكور في المتن، لأنّ منشأ الاختلاف إن كان اختلاف الفصول، فتعيّن قيمة يوم التعدّر أو غيره يرفع الاشتباه. وإن كان منشؤه اختلاف الأيام في عزة الوجود و ذلك فالتعيين المزبور أيضا يرفع الاشتباه. وإن كان منشؤه اختلاف الأمكنة و البلدان فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

نعم (1) لو أُلجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك (2)، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه (3) إلا أن يبذله (4) بإزاء عتاق الخيل و شبهها (5). فإنّ (6) الراغب في الجمد في العراق من حيث إنّه راغب (7) لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر (8) كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة (9) مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض، ولذا (10) لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذّر

(1) هذا استدراك على قوله: «لا يبذل الراغبون» يعني: أنّ عامّة الناس الذين لا يبذلون الثمن الكثير - لشراء سلعة في حال الاختيار - قد يبذلونه عند عروض عنوان ثانويّ كالعلاج، ك شراء بعض الفواكه الشتويّة في فصل الصيف بأضعاف قيمتها في الشتاء - حتى في أول أوانها - لكن هذا ليس معياراً لتقويم المثل المتعدّد.

(2) أي: ذلك العوض الكثير.

(3) أي: أنّ الملك لا يعطي الجمد و الثلج مجاناً، كما لا يعطيه بإزاء عوض متعارف، بل يعطيه في قبال الخيل الجياد ذات القيمة العالية جداً.

(4) أي: يبذل الملك الجمد بإزاء جياد الخيل.

(5) كالجواهر و الأحجار الكريمة التي تباع بأعلى الثمن.

(6) تعليل لقوله: «فلا عبرة بفرض وجوده» وقد عرفته آنفاً.

(7) يعني: من حيث إنّه راغب في تحصيل الجمد على الوجه المتعارف، لا من حيث إنّ رغبته في الجمد يكون لغرض آخر يقتضي بذل ثمن كثير بإزائه.

(8) فإنّ هذا المثل أجنبي عن المقام، لأنّ العبرة في القيمة بالسوقيّة، لا ما يطلبه المالك اقتراحاً.

(9) معطوف على «الاهداء» و ضمير «به» راجع إلى الجمد، و متعلّق ب «معالجة».

(10) أي: و لأجل إناطة فرض وجود المثل بغرض غير نادر الوقوع، فلو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذّر، و لا يوجب جريان حكم وجود المثل عليه.



كما ذكرنا في المسألة الخامسة (1). فكل (2) موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر، فلا عبء بفرض وجوده (3) في التقويم عند عدمه.

### [هل العبء بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى القيمتين؟]

ثم إنك (4)

(1) حيث قال فيها: «وَأَمَّا إِنْ كَانَ لِأَجْلِ تَعَذُّرِ الْمَثَلِ وَعَدَمِ وَجْدَانِهِ إِلَّا عِنْدَ مَنْ يُعْطِيهِ بِأَزِيدٍ مِمَّا يُرِغِبُ فِيهِ النَّاسُ .. إلخ» فراجع (ص 366).

(2) هذه نتيجة كون المعيار في قيمة المثل المتعذر بفرض وجوده بنحو يرغب في شرائه الناس ولو بثمن غال، لكونه في أوان عزة وجوده. و على هذا فلا عبء بوجوده عند مثل السلطان، فهذا الوجود ملحق بالتعذر، ولا يكون مناطا للقيمة التي يجب على الضامن أدائها إلى المالك.

(3) هذا الضمير و ضمير «عدمه» راجعان إلى المثل، يعني: أن وجوده عند المالك مثلا ليس معيارا للتقويم عند فقد المثل في الظروف المتعارفة. و بهذا ينتهي الكلام في الجهة الخامسة.

هل العبء بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى القيمتين؟

(4) هذه سادسة الجهات المبحوث عنها في مسألة إعواز المثل في ضمان العين المثلية التالفة أو المتلفة. و حاصلها: أن المالك يجوز له المطالبة بالمثل - عند وجوده - مطلقا سواء أكان بقيمته المتعارفة أم بأزيد منها، و سواء أكان في بلد المطالبة أم في مكان آخر. و الوجه فيه: ما تقدّم من اشتغال عهدة الضامن بالمثل، فيتعين عليه أدائه، خصوصا مع مطالبة ذي الحق.

و أمّا إذا تعذر المثل في بلدي التلف و المطالبة، و اختلفت قيمته فيهما، بأن كان ثمنه في بلد التلف عشرة دنانير مثلا، و في بلد آخر اثني عشر دينارا، فهل يستحق المالك المطالبة بالقيمة العليا أم لا؟ فيه وجوه ثلاثة.

أولها: تعين قيمة المثل في بلد تلف العين.

ص: 437

قد عرفت (1) أنّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكّنه و لو كان في غير بلد الضمان، و كان قيمة المثل هناك أزيد (2).

و أمّا مع تعدّره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفا لها في بلد المطالبة، فهل له (3) المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعيّن قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟

وجوه (4) [1]

ثانيها: تعيّن قيمته في بلد المطالبة.

ثالثها: أعلى القيمتين. و سيأتي وجه كلّ منها إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: في أواخر المسألة الخامسة، حيث قال: «ثمّ إنّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره .. إلخ» فراجع (ص 369).

(2) و ذلك لأنّ المضمون هو المثل، فلا بدّ من أدائه إلى المالك من دون لحاظ قيمته.

(3) أي: للمالك.

(4) أمّا الاعتبار ببلد التلف فلعلّه مبنيّ على انقلاب ما في الدّمة من المثل إلى القيمة، و كون القيمة قيمة العين، لأنّ دخالة خصوصية بلد التلف في مالية العين تقتضي لزوم جبران تلك المالىة في بلد المطالبة إن كان غير بلد التلف، فإنّ تلك المرتبة من المالىة الناشئة من خصوصية بلد تلف العين لا بدّ من تداركها، لفرض كونها مالىة تحقيقيّة، لا تقديريّة حتى لا تضمن.

و أمّا الاعتبار ببلد المطالبة فلعلّه مبنيّ على بقاء العين أو المثل في الدّمة إلى زمان المطالبة، إذ القيمة التي يدفعها الضامن تكون قيمة لما في الدّمة، فإذا استحقّ

[1] الأوجه أن يقال- كما أفيد- في إتلاف المال في بلد و مصادفة المالك للمتلف في بلد آخر لا يوجد مثله فيه مع اختلاف قيمة ذلك البلد لقيمة بلد التلف: إنّ العبرة بقيمة بلد المطالبة، لبقاء المثل في الدّمة، فللمالك مطالبة به متى شاء و أينما شاء، لأنّ الحقّ له، فالمناط قيمة زمان الدفع و مكانه، فحال المكان حال الزمان في ذلك.

ص: 438

المالك المطالبة به في بلد معيّن استحقّ تطبيق ما في الذمة على الفرد الخارجي في ذلك البلد، فتكون خصوصية البلد من قيود ما يستحقه المالك، فلا بدّ من دخلها في التقويم.

وأما اعتبار أعلى القيمتين فهو مبنيّ على ضمان ارتفاع القيم، وكون المضمون الجامع بين العين والمثل، وبقاء المثل في الذمة إلى زمان المطالبة. ولكن قد تقدّم عدم ضمان القدر المشترك بين التالف والموجود.

(1) لا بأس بنقل جملة من كلامه وقوفا على حقيقة الأمر، قال قدّس سرّه: «إذا غصب منه مالا مثلا بمصر فلقية بمكة، فطالبه به، لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون لنقله مؤونة، أو لا مؤونة لنقله. فإن لم يكن لنقله مؤونة كالأثمان، فله مطالبته به، سواء كان الصّرف في البلدين متّفقا أو مختلفا، لأنّه لا مؤونة في نقله في العادة. والذهب لا يقوّم بغيره، والفضّة لا يقوّم بغيرها إذا كانا مضروبين. وإن كان لنقله مؤونة لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون له مثل أو لا مثل له. فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان نظرت. فإن كانت القيمتان في البلدين سواء كان له مطالبته بالمثل، لأنّه لا ضرر عليه في ذلك. وإن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل وفيما لا مثل له سواء، فللمغصوب منه إمّا أن يأخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، وإمّا أن يدع حتى يستوفي ذلك منه بمصر، لأنّ في النقل مؤونة، والقيمة مختلفة، فليس له أن يطالبه بالفضل.. إلخ» (1).

وهذه العبارة وإن كانت بظاهرها أجنبية عن محلّ البحث - من تعدّر المثل في بلد التلف و المطالبة - لاختصاصها بصورة وجود المثل في بلد المطالبة، ولذا يتفرّع عليه أنّ القيمة المدفوعة إلى المالك هي بدل الحيلولة. لكنّ المناسبة - الداعية لتعرض كلام الشيخ هنا - هي اتّحاد حكم المثليّ مع القيميّ فيما لو اختلفت قيمة المثل في بلدي

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 76

«بأنه إن لم يكن في نقله (1) مؤونة كالتقدين فله المطالبة بالمثل، سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا. وإن كان في نقله مؤونة فإن كانت (2) القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا (3)، لأنه (4) لا ضرر عليه في ذلك، وإلا (5) فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف، أو يصبر

---

التلف و المطالبة، و توقّف نقل المثل على مؤونة، كما هو صريح قوله: «وإن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل وفيما لا مثل له سواء» و أنّ المالك مخيّر بين مطالبة قيمة بلد التلف و بين الانتظار حتى العود إلى بلد التلف لاستيفاء المثل.

(1) أي: في نقل المغصوب. و هذا هو الشقّ الأوّل في عبارة المبسوط، و محصّله:

جواز مطالبة المالك بالمثل في غير بلد الغصب و الضمان، سواء اتّحدت قيمة المثل في البلدين أم لا.

(2) هذا هو الشقّ الثاني، و هو تساوي قيمة بلد الغصب و المطالبة مع توقّف النقل على مؤونة. و حكمه جواز المطالبة في غير بلد الضمان.

(3) يعني: كالشقّ الأوّل الذي لم يتوقّف نقل المثل - من بلد الغصب إلى بلد المطالبة - على نفقة.

(4) الضمير للشأن، و هذا تعليل لجواز المطالبة بالمثل في غير بلد الغصب، و محصّله: أنّ الضامن لا يتضرّر بأداء المثل إلى المالك، لفرض تساوي قيمته في البلدين.

(5) هذا هو الشقّ الثالث، يعني: وإن لم تكن القيمتان متساويتين - مع توقّف النقل على مؤونة - صار المثليّ كالقيميّ في أنّ المالك يتخيّر بين أخذ قيمة المثل في بلد التلف، و بين الصبر حتى الرجوع إلى بلد التلف، و أداء المثل فيه إلى المالك.

حتى يوفيه بذلك البلد» [1] ثم قال: «إنّ الكلام في القرض كالقرض في الغصب» (1).

و حكي نحو هذا (2) عن القاضي أيضا، فتدبر (3).

---

(1) بخلاف السلم، فليس للمشتري مطالبة المسلم فيه- ولا بدله- في غير بلد العقد، سواء أكان لنقله مؤونة أم لا. كذا أفاده شيخ الطائفة قدس سرّه تلو عبارته المتقدمة.

(2) أي: حكي نحو هذا التفصيل عن القاضي «1» كما حكي عن شيخ الطائفة قدس سرهما.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ هذا التفصيل بشقوقه أجنبيّ عن موضوع البحث، لأنّ مورد كلامه هو صورة وجود المثل في بلدي التلف و المطالبة، و مورد البحث هو تعذر المثل، فكان الأنسب نقل كلام المبسوط في ذيل الفرع المتقدّم في الأمر الخامس في قبال قول الحلّي و العلامة و الفخر و الشهيد قدس سرهم القائلين بجواز المطالبة المثل عند التمكن منه مطلقا كما صنعه في الجواهر.

مع أنّ الشقّ الأوّل من تفصيله راجع إلى جواز المطالبة في غير بلد التلف من دون تعرض فيه لتعيين القيمة. و الشق الثاني راجع إلى جواز المطالبة في صورة تساوي

---

[1] الحق أن يقال: إنّ اعتبار زمان القيمة كاعتبار مكانها. فعلى القول ببقاء العين أو المثل على العهدة فالعبرة بقيمة بلد الأداء، كما تقدّم في زمان الأداء. و لا فرق بين الزمان و المكان من هذه الجهة.

و على القول بأنّ أداء القيمة عند تعذر المثل غرامة للعين. فالعبرة بقيمة بلد تلف العين.

و على القول بكون التعذر موجبا لضمان القيمة، فالتعذر البدويّ موجب لضمان قيمة بلد التلف، و التعذر الطاري موجب لضمان قيمة بلد التعذر. و في جميع الصور لا بدّ من لحاظ الأوصاف الدخيلة في الرغبات و المألّة.

---

(1) المهذب، للقاضي ابن البرّاج، ج 1، ص 443

ص: 441

ويمكن أن يقال (1): إنَّ الحكم باعتبار بلد القرض، أو السَّلم (2)- على القول به

القيمتين، وهو غير محلِّ الكلام. و الشَّقُّ الثالث راجع إلى عدم جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف، و موضوعه وجود المثل، و هو غير محلِّ البحث.

(1) الظاهر أنَّ غرضه قدَّس سرَّه من هذه العبارة المناقشة في تفصيل المبسوط، و بيانه:

أنَّ قوله في الشَّقِّ الثالث: «وإلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد» مشكل، لاقتضاء أدلة الضمان- كآية الاعتداء بالمثل - اشتغال عهدة الضامن ببذل المغصوب، و للمالك مطالبته منه، سواء أكانا في بلد الضمان أم في بلد آخر، و سواء تساوت القيم في البلدين أم اختلفت. و لا مقيّد في البين حتى يختصَّ جواز المطالبة بما إذا كانا في بلد الضمان، أو تساوت القيمتان في البلدين. بل مقتضى إطلاق الدليل استحقاق المطالبة في بلد آخر حتى إذا كانت القيمة فيه أزيد من بلد الضمان. مع أنَّ شيخ الطائفة قدَّس سرَّه منع المالك من مطالبة الزيادة، و خيَّره بين مطالبة قيمة المثل في بلد الضمان و بين الانتظار حتى يؤدي الضامن البذل في بلد الضمان.

نعم نقول باستحقاق المطالبة بالبذل في خصوص بلد القرض و السَّلم، و ذلك لانصراف إطلاق العقد إليه و عدم تقييده بأداء المضمون في مكان آخر كانصراف إطلاق عقد البيع إلى نقد بلد المعاملة لا نقد بلد آخر. و أمَّا الغصب و ما بحكمه- كالمقبوض بالبيع الفاسد- فلا عقد حتى يختصَّ استحقاق مطالبة البذل ببلد الضمان، بل مقتضى إطلاق دليل الضمان جواز المطالبة به في بلد آخر حتى مع تفاوت القيمتين.

(2) قد عرفت فيما نقلناه عن المبسوط أنَّ شيخ الطائفة قدَّس سرَّه ألحق القرض بالغصب، و مقتضاه جريان الشقوق الثلاثة فيه، و لم يحكم بتعيّن بلد القرض، و إمَّا صرَّح بتعيّن بلد العقد في بيع السَّلم خاصّة.

و كيف كان فالفرق بين القرض و السَّلم- بنظر شيخ الطائفة- لا يدفع إشكال المصنف عليه، لأنَّ غرضه إبداء الفارق بين الغصب و ما بحكمه، و بين القرض و السَّلم.

مع الإطلاق- لانصراف (1) العقد إليه، وليس [1] في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف (2).

### [لحوق حكم سقوط المثل عن المالّية بتعدّره]

بقي الكلام في أنّه هل يعدّ (3) من تعدّ المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازة، و الجمد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف، أم لا؟

الأقوى- بل المتعيّن- هو الأوّل (4)،

---

(1) خبر «إنّ» و ضمير «إليه» راجع إلى بلد القرض أو السّلم.

(2) فالفارق بين الغصب و القرض و السّلم فقدان الانصراف في الأوّل، لانتفاء موضوعه أعني به العقد. بخلاف القرض و السّلم، فإنّ عقدهما منصرف إلى بلد العقد.

هذا ما يتعلق بالجهة السادسة.

لحوق حكم سقوط المثل عن المالّية بتعدّره

(3) هذه سابعة جهات البحث في الأمر السادس، و تفرّق عن الجهات الستّ المتقدّمة في أنّ الكلام في هذه الجهة ليس في إعوّاز المثل و عدم وجوده خارجا، بل في إلحاق سقوطه عن المالّية بتعدّره حتى ينقلب الضمان إلى القيمة مع تيسّر الكلّي المثليّ، و ذلك كالماء إذا أتلّفه في مفازة، فأراد أداء مقدار مساو له على شاطئ النهر، و المفروض عدم مالية الماء عليه، فهل يكفي ردّ المثل، أم يجب ردّ قيمة التالف في زمان الضمان و مكانه، أم قيمة المثل أنا قبل سقوطه عن المالّية؟ و جوه، ستأتي.

(4) و هو كون سقوط المثل عن القيمة كتعدّ المثل، لأنّ المماثلة المعتبرة في ضمان

---

[1] إلّا أن يقال: إنّ المنساق من أدلّة الضمانات أيضا اعتبار بلد التلف، أو البلد الذي وصل إليه العين، إذ مقتضى المماثلة و البدليّة الاستفادة من التغيريم ذلك، فإذا اختلفت القيم باختلاف الأمكنة، فلا بدّ من اعتبار قيمة بلد تلف العين، أو بلد وصولها إليه، فلا يبقى حينئذ فرق بين المقام و القرض و السّلم.

بل حكي عن بعض (1) نسبته إلى الأصحاب وغيرهم، و المصّرّح (2) به في محكيّ التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمة المثل في تلك المفازة (3).

المثل يراد بها المماثلة في الحقيقة النوعيّة و الماليّة، إذ المماثلة في الحقيقة النوعيّة فقط - بأن تشملهما حقيقة واحدة كصدق طبيعة الماء و الجمد على الماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء مثلا، من دون الماليّة - لا توجب المماثلة المقصودة في باب الضمان، و هي المماثلة في الحقيقة و الماليّة معا.

(1) الحاكي هو السيّد العاملي قدّس سرّه: «و في جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب وغيرهم» «1». و عبارة المحقّق الكركي قدّس سرّه هذه: «فالمختار هو وجوب القيمة، و لا محيد عن مختار الأصحاب وغيرهم في ذلك» «2».

و ظاهر نسبته إلى الأصحاب إجماعهم على الانتقال إلى القيمة.

(2) الظاهر أنّ غرضه الخدشة في الإجماع المستفاد من كلام المحقّق الكركي قدّس سرّه و ذلك لأنهم اختلفوا في القيمة المستقرّة في عهدة الضامن، هل هي قيمة المغصوب كالثلج التالف في الصيف، أم قيمة المثل؟ ذهب العلامة في التذكرة و القواعد، و فخر المحققين و الشهيد «3» إلى اعتبار قيمة المثل في مثل تلك المفازة - في مثال إتلاف الماء في الصيف - أو قيمة مثل ذلك الجمد. و ذهب المحقّق الكركي إلى ضمان قيمة المغصوب «4»، لا المثل، و معه كيف يدّعى الإجماع على ضمان قيمة المغصوب؟

(3) يعني: أنّ العبرة في تقويم المثل - الذي سقط عن القيمة - بقيمته في تلك المفازة، أي: قيمته في المكان الذي أتلفه فيه.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 258

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 177؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 113

(4) جامع المقاصد، ج 6، ص 255

ص: 444



و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل به عن المالية (1) [1].

(1) بناء على عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية وانحطاطها. فحينئذ يكون المضمون آخر زمان أو مكان ماليته، لأنه بعد فرض ضمان مالية المال المضمون كنوعيته- وعدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية- يكون المدار في الضمان آخر أزمته وأمكنة ماليته، بمعنى سقوطه عن المالية بعد ذلك الزمان والمكان.

مثلا إذا كان قيمة إناء الماء في المفازة درهمين، فتوجّها نحو الشاطئ، وتنزلت قيمته إلى نصف درهم، لقرب المسافة إلى النهر، ولم تقلّ عن هذا الثمن بعدها، بل سقطت عن المالية بالكلية، كان المدار على آخر مكان المالية، وهو نصف الدرهم في المثال.

وكذا الحال في إتلاف الجمد في الصيف وهو زمان ارتفاع قيمته، وتنزل ماليته في فصل الخريف شيئا فشيئا كلما قرب الشتاء، فالمدار على قيمته النازلة التي تسقط عنها بعد ذلك الزمان كآخر أيام الخريف. وهكذا سائر الأشياء المثلية.

[1] الأولى التعرّض لحكم سقوط نفس العين عن المالية أوّلا ثم التكلم في حكم سقوط المثل عن المالية، فنقول: قد أفاد المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه ما لفظه: «إذا سقط العين عن المالية فمقتضى عموم على اليد المستفاد منه كون عهدة العين على ذي اليد كونها مغيّة بأداء المأخوذ، فلا ينبغي الشكّ في خروج العين عن العهدة بأدائها وإن سقطت عن المالية. كما لا ريب في الخروج عن عهدة العين بأدائها مع تنزّل قيمتها. فيعلم منه أنّ الواجب أداء نفس المأخوذ، لا بما له من الصفة الاعتبارية أعني المالية، وإلا فلا فرق بين سقوطها عن المالية رأسا وسقوط مقدار معتدّ به عن ماليتها. ومقتضى دليل من أتلف مال الغير فهو له ضامن ليس إلا تدارك المال بالحمل الشائع، لا تدارك المالية (1)».

وهو قدّس سرّه تبع شيخه المحقّق الخراساني قدّس سرّه (2)، وحاصله: أنّ ردّ العين وإن سقطت

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 97

(2) حاشية المكاسب، ص 39

ص: 445

عن المالِيَّة، لكنَّه يصدق عليه أنَّه ردّ لما أخذه.

هذا إذا كان دليل الضمان «على اليد» فإنَّ إطلاق «حتى تؤديه» يقتضي خروج العين عن العهدة بأدائها مطلقا وإن سقطت عن المالِيَّة.

وأما لو كان قاعدة الإتلاف، فالظاهر منها هو إتلاف المال- لا إتلاف المالِيَّة- فسقوط المأخوذ عن المالِيَّة لا يقدر في ارتفاع الضمان بردها، وليس إخراج العين من مكان إلى آخر لا مالِيَّة لها فيه إزالة لمالِيَّتِها، وليس كجعل الخل خمرا بعلاج، لأنَّه إزالة لوصف الخليَّة، و يتبعه زوال المالِيَّة، فضمانه من حيث إزالة الصفة، لا من حيث إزالة المالِيَّة.

وفيه: ما مرّ مرارا من: أنَّ الأوصاف الدخيلة في الرغبات وزيادة القيم سواء أكانت حقيقية أم اعتبارية أم إضافية مضمونة، لوقوعها تحت اليد تبعا. وهذا غير القيمة السوقية المختلفة زيادة ونقصا التي هي غير مضمونة كما تقدّم سابقا.

وعليه فصفة الثلج- وهي كونه في الصيف- توجب الرغبة والمالِيَّة، بخلاف كونه في الشتاء، فصفة الصيفيّة كصفة الخليَّة مضمونة، فإذا أبقى الثلج إلى زمان الشتاء لا يكفي ردّه في ارتفاع الضمان، لبقاء ضمان صفة الصيفيّة الإضافيّة الدخيلة في قيمته في ذمّته، من غير فرق في ذلك بين كون العين في صورة التلف على العهدة أو المثل.

ويظهر ممّا ذكرنا حال الدراهم التي يسقطها السلطان، فإنَّ الدرهم الموصوف بكونه معتبرا ورائجا مضمون على قابضه، فلا بدّ في مقام الأداء و تفرغ الذمّة من لحاظ هذا الوصف، بأنّ تلاحظ العين و تجبر موصوفة بهذا الوصف، وإلا فلم يؤدّ ما عليه، فإنّ دليل الضمان يشمل العين و صفتها باعتبار واحد، سواء سقطت العين عن المالِيَّة رأسا كما إذا كانت مواد الفلوس الرائجة من القرطاس و نحوه ممّا إذا أسقطه السلطان سقط عن المالِيَّة رأسا، لعدم المالِيَّة للمادّة. أم نقصت مالِيَّتِها، كما إذا كانت مادّتها من الذهب أو الفضة، و إسقاط السلطان له أثر في مالِيَّتِه من حيث السكّة فقط دون مادّته، فإنّ المضمون

---

هو العين بوصفها الدخيل في الماليّة، فالدراهم المزبورة مضمونة بوصفها السكّي.

ولا بدّ من حمل إطلاق كلام الأصحاب من «أنه إذا اقترض دراهم، ثم أسقطها السلطان ليس عليه إلا الدراهم الاولى» (1) على الدراهم التي لم تخرج عن الماليّة.

كما كان الأمر في الدراهم كذلك، لأنّ مادّتها كانت من الفضة التي لها ماليّة. فلا وجه لتنظير المقام أعني به خروج المثل عن الماليّة بالدراهم التي أسقطها السلطان، وذلك لعدم خروج موادّ الدراهم عن الماليّة.

وأما قاعدة الإلتاف فالظاهر أنّ التعبير في دليلها ب «مال الغير». دون «ملك الغير» إنّما هو لأجل إناطة الضمان بماليّة المتلف، لا بمجرد إضافة الملكيّة، إذ لو كانت هي المدار في الضمان لزم التعبير بملك الغير، فالماليّة ملحوظة على نحو الموضوعيّة في باب الضمان.

نعم الاستيلاء على ملك الغير وإن كان حراما أيضا، إلا أنّه ما لم يكن مالا ليس بمضمون، بل الحرمة تكليفيّة محضة.

فما أفاده قدّس سرّه من «عدم ضمان الماليّة، بل المضمون نفس المال» ممّا لا يمكن المساعدة عليه، لما عرفت من أنّ كلّ صفة لها دخل في الماليّة مضمونة تبعا للعين، فنقل العين من مكان إلى مكان آخر لا ماليّة لها فيه إزالة لماليّتها الناشئة عن الصفة الإضافيّة، فإنّ الثلج المضاف إلى زمان خاص و مكان كذلك صفة دخيلة في ماليّته تلزم رعايتها.

تتمة: إذا شكّ في خروج العهدة بدفع العين المضمونة التي سقطت عن الماليّة، فهل الأصل يقتضي الاشتغال و لزوم دفع القيمة أيضا، أم لزوم دفع العين فقط، أم القيمة كذلك؟ وهذا الشكّ ناش عن أنّ التدارك هل يجب أن يكون بالماليّة أو بخصوصيّة العين

---

(1) حاشية المكاسب، ص 39

---

أو بكتليهما؟ و مقتضى الأصل بقاء العين بماليتها على العهدة، و عدم سقوطها بأداء ما سقطت عن القيمة إلا بأدائها و قيمتها، فلا وجه لأن يقال: إن أداء العين موجب لسقوط الضمان، و اشتغال الذمة بخصوصية المال مشكوك فيه، فينفي بالبراءة.

بل يقال: إن ضمان العين المتمولة قد ثبت قطعا و اشتغلت بها الذمة يقينا، و دفع العين الساقطة عن المالية إلى المالك يوجب الشك في سقوط الضمان، و مقتضى الاستصحاب بقاء العهدة إلى أن تؤدي القيمة أيضا، فاستصحاب بقاء العهدة يقضي بلزوم دفع القيمة أيضا.

و قد نوقش في هذا الأصل بما في حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره من «أنه لا مجال لهذا الأصل، إذ لم يثبت للعهدة أثر شرعا و عرفا إلا و جوب دفع العين، فلا- معنى للتعبد بالقيمة من التعبد ببقاء العين إلا بالأصل المثبت، لأن بقاءها مع دفع العين ملزوم عادة أو عقلا لوجوب التدارك بالمالية. نعم أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المالية لا بأس بها» (1).

وفيه: أن أصالة بقاء شغل الذمة يستلزم عقلا- و جوب الخروج عن العهدة، و هذا اللازم أعم للحكم الواقعي و الظاهري، نظير و جوب الإطاعة عقلا الذي هو لازم أعم للحكم الواقعي و الظاهري، و جوب مقدمة الواجب، فإنهما حكمان عقليان للوجوب الأعم من الواقعي و الظاهري.

فإذا ثبت و جوب شيء بالاستصحاب مثلا- ترتب عليه الحكمان العقليان المذكوران، كما يترتبان على الوجوب الواقعي الثابت بالعلم الوجداني. و من المعلوم أنه لا شائبة لمثبتية الأصل في هذه الموارد. نظير استصحاب و جوب صلاة الجمعة مثلا، فإن

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 97

لازمه العقليّ لزوم الإطاعة بإتيان صلاة الجمعة، لكون الوجوب المستصحب كالوجوب المعلوم لازم الإطاعة عقلا. و المقام كذلك، إذ العقل كما يحكم بلزوم الخروج عن عهدة مال الغير مع العلم بالاشتغال، كذلك يحكم به مع استصحاب الاشتغال، لكون الاستصحاب حجة كحجّة العلم عليه، مع الفرق بينهما من حيث التعبد في الأول.

فالمحصّل: أنّ الغرض من الاستصحاب إثبات الاشتغال فقط، الذي هو موضوع لحكم العقل بلزوم الخروج عن العهدة بأيّ شيء يمكن، و من المعلوم أنّ أداء العين الساقطة عن المائيّة لا يوجب العلم بالخروج عن العهدة، بل يتوقف العلم به على أداء القيمة أيضا.

و يمكن أن يقال: بعدم الحاجة إلى الاستصحاب، بل نفس قاعدة الاشتغال كافية في لزوم دفع القيمة أيضا، لتوقّف اليقين بالفراغ عليه.

و أمّا ما أفاده قدّس سرّه أخيرا من الأصل الآخر- وهو أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المائيّة- ففيه: أنّه من الأصل التعليقيّ، إذ لا معنى للتنجيزيّ مع عدم تحقّق الدفع. و حجّة الاستصحاب التعليقيّ الراجع إلى التعليق في الموضوع- كالمقام، لأنّ تقريبه حينئذ هو: أنّه لو دفع العين قبل خروجها عن المائيّة لكانت مسقطه للعهدة، و الآن كما كان- محلّ الاشكال، لعدم إحراز وحدة الموضوع في حالتي اليقين و الشكّ، مع سقوط العين عن المائيّة في حال الشكّ.

فالاستصحاب التنجيزيّ القاضي ببقاء العهدة محكّم، فلا يمكن الاكتفاء في سقوط العهدة بدفع العين الساقطة عن المائيّة، بل لا بدّ من دفع كلّ من العين و القيمة. أمّا العين فلكونها بشخصها مضمونة. و أمّا القيمة فلكونها كذلك أيضا.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ المراد بالقيمة قيمة يوم سقوط العين عن المائيّة، لأنّه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قيمة يوم الأخذ، و لا يوم الأداء، و لا أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الأداء، أو إلى زمان التلف.

فرع (1): لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله، ثم تمكّن من المثل

### القدرة على المثل بعد دفع القيمة

(1) هذا فرع آخر مما تعرّض له المصنّف من المباحث المتعلقة بإعواز المثل، وهو: حكم تمكّن الضامن من أداء المثل بعد تعذّره و دفع قيمته إلى المالك، فهل يجب عليه أداء المثل أم لا؟ ذكر المصنّف مباني ثلاثة، يقتضي اثنان منها عدم الوجوب، ويحتمل الوجوب بناء على الثالث.

و توضيحه: أنه إمّا أن نقول بعدم سقوط المثل عن الذمّة بسبب التعذّر، وإمّا أن نقول بسقوط المثل بسبب تعذّره واستقرار القيمة. وبناء على الانقلاب نقول تارة:

إنّ المغصوب بمجرد تعذّر مثله يصير قيمياً، و اخرى: إنّ نفس المثل بتعذّره- الذي هو كالتلف- يصير قيمياً. فهذه مباني ثلاثة.

فعلى الأول- وهو عدم سقوط المثل بالإعواز- لا يجب دفع المثل إلى المالك، لأنّ ما في الذمّة كان هو المثل إلى زمان دفع القيمة، ولما كان إعطاء القيمة بالتراضي فقد سقط المثل، لكونه من قبيل الوفاء بغير الجنس مع التراضي- كما في القرض- و من المعلوم سقوط ما في الذمّة به، فلا وجه لوجوب دفع المثل بعد التمكّن منه.

وعلى الثاني- وهو سقوط المثل بالتعذر و صيرورة المغصوب المثليّ قيمياً- لا يجب أداء المثل أيضاً، لكون سقوطه بدفع القيمة أولى من الفرض الأول، لأنّ نفس القيمة المدفوعة مصداق لكلّيّ القيميّ الثابت في ذمّة الضامن، و من المعلوم أنّ دفع مصداق الطبيعيّ رافع لما في العهدة حقيقة.

وبعبارة اخرى: إنّ نفس القيمة حقّ المضمون له واقعا- بناء على انقلاب المضمون المثليّ إلى قيمته- فأداؤها إلى المالك أداء حقّه الواقعيّ، فيتعيّن سقوط الضمان حينئذ.

وعلى الثالث- وهو سقوط المثل وانقلابه بقيمته لا بقيمة العين- يكون السقوط لأجل كون القيمة بدل الحيلولة عن المثل. فمع التمكّن من أدائه يحتمل وجوب المثل.

فالظاهر (1) عدم عود المثل في ذمته، وفاقا للعلامة رحمه الله (2) و من تأخر عنه (3) ممّن تعرّض للمسألة، لأنّ المثل كان ديناً في الدّمة سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يعود، كما لو تراضيا (4) بعوضه مع وجوده. هذا (5) على المختار من عدم سقوط المثل عن الدّمة بالإعواز.

و أمّا على القول بسقوطه (6) و انقلابه قيمياً، فإن قلنا بأنّ المغصوب انقلب

---

هذا حكم الشقوق الثلاثة. و مذهب الماتن هو الأوّل.

(1) هذا مختار المصتف قدس سرّه وفاقا لجمع، و هو مبنيّ على مذهب المشهور من عدم سقوط المثل بالتعذر، كما تقدّم في أوائل هذا التنبيه السادس بقوله: «إنّ المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأنّ المثليّ ثابت في الدّمة إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعذّره».

(2) قال في القواعد: «و لو غرم القيمة ثمّ قدر على المثل فلا تردّ القيمة، بخلاف القدرة على العين» (1).

(3) كالشهيدين و المحقّق الكركيّ و غيرهم قدس سرّهم كما نسبه إليهم السيد العاملي قدس سرّه (2).

(4) يعني: أنّ عدم عود المثل المتعذر إلى الدّمة- بعد القدرة عليه- يكون نظير تراضي المالك و الضامن على القيمة في صورة التمكّن من المثل، فلو أخذها المالك لم يكن له مطالبة المثل.

(5) أي: عدم عود المثل إلى عهدة الضامن مبنيّ على المختار .. إلخ.

(6) مقتضى السياق رجوع الضميرين إلى «المثل المتعذر» لكنّه في «انقلابه» لا يخلو من تكلف. و قد تقدم نظيره في (ص 404) فراجع.

---

(1) قواعد الأحكام، ص 79، السطر 24 (الطبعة الحجرية).

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 243؛ و لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 37 و 38؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 255 و 256؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 184

ص: 451

قيميًا عند تعذر مثله (1) فأولى (2) بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

وإن قلنا: إنَّ المثل بتعذره- التآزل (3) منزلة التلف- صار قيميًا (4) احتمال (5) [1] وجوب المثل عند وجوده، لأنَّ (6) القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي (7) أنَّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

---

(1) هذا هو مبنى الشقِّ الثاني، المتقدّم بقولنا: «و بناء على الانقلاب فتارة نقول إنَّ المغصوب بمجرد تعذر مثله يصير قيميًا».

(2) هذا حكم الشقِّ الثاني، وهو أولوية سقوط المثل عن الذمة من الشقِّ الأوّل، لما عرفت من انتقال حقِّ المضمون له من المثل إلى القيمة، فكأنَّ العين المضمونة قيمية من أوّل ضمانها، لا مثلية، فكيف يجب دفع المثل بعد أداء قيمة المضمون؟

(3) صفة لتعذر المثل، يعني: أنَّ تعذر المثل يكون بمنزلة تلف جميع أفراد، الموجب لتبدله بالقيمة.

(4) هذا مبنى الشقِّ الثالث، وقد عرفته بقولنا: «و اخرى نقول: إنَّ نفس المثل بتعذره يصير قيميًا».

(5) هذا حكم الشقِّ الثالث، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «و على الثالث ..

يكون السقوط لأجل ..».

(6) تعليل لاحتمال وجوب المثل، يعني: أنَّ القيمة بدل مادامي، فإذا وجد المبدل سقط البدل عن الاعتبار، ويرجع الحكم إلى المبدل.

(7) يعني: في الأمر السابع بقوله: «ثم إنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكنا وجب ردّها إلى المالك».

---

[1] لكن هذا الاحتمال ضعيف جدًّا، لأنّه مع فرض الانقلاب يكون ما على العهدة خصوص القيمة، لا غيرها، فدفع القيمة رفع لمصداق ما على العهدة، فلا معنى



لرجوع المثل، إذ لم يكن في الذمة مثل حتى يرجع بعد وجوده.

نعم في صورة عدم سقوط المثل عن العهدة يتجه القول بكون القيمة من قبيل بدل الحيلولة، بدعوى: أنّ القيمة غير جابرة لحيثيّي النوع و المالّيّة، بل جابرة لخصوص حيثيّة المالّيّة، و بدليّتها ناقصة، فمع التمكن من الجبران التامّ تعيّن ذلك.

و كيف كان فتفصيل الكلام في المقام: أنّه على القول ببقاء العين على العهدة إلى زمان التدارك و الأداء، و كون أداء المثل أداء ناقصا، للعذر عن الأداء التامّ بسبب التلف، و كون أداء القيمة عند تعذّر المثل أداء للعين بوجه أنقص من أداء المثل.

و كذا على القول بكون المثل على العهدة، و أنّ أداء القيمة أداء ناقص للمثل، للعذر عن الأداء التامّ يتعيّن القول بعود المثل، لارتفاع العذر بوجود المثل عن الأداء التامّ، فلا يكفي الأداء الناقص، لعدم كونه أداء عند رفع العذر.

و الحاصل: أنّ أداء ما في الذمة بغير مصداقه أداء ناقص، و مع التمكن من أدائه التامّ لا يعدّ الناقص أداء له. نعم لو أسقط صاحب الحق خصوصيّة ما في الذمة من العين أو المثل، و طالب الضامن بأداء غيره، فمقتضى القاعدة سقوط حقه عن المثل و لو مع وجوده فضلا عن إعوازه.

هذا كلّ بناء على كون القيمة أداء ناقصا للمثل.

و أمّا بناء على كونها أداء تامّا للمثل، كما أنّ نفس المثل أداء كامل و جبران تامّ للعين في المثليات، فإذا تعذّر المثل و دفع القيمة كانت القيمة تمام الغرامة و مسقطا لما في العهدة، فليست القيمة غرامة ناقصة، بل هي تامّة، فمع وجود المثل يكون هو تمام غرامة العين، و مع فقدّه أو كون العين قيمية تكون القيمة تمام غرامتها و جابرة لتتمام الخسارة، و معه لا معنى لبقاء المثل على العهدة.

و لا وجه للتفصيل الذي أفاده المصنّف قدّس سرّه من «أنّه مع بقاء المثل في الذمة لا يعود المثل، لسقوطه بالقيمة مع التراضي، و مع سقوط المثل و انتقاله إلى القيمة يحتمل

القول بعوده بعد وجوده، لكون القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل» وذلك لأن الأمر بالعكس، فإنّ المثل إذا سقط عن الدّمة وانتقل إلى القيمة، فالقيمة المدفوعة حينئذ نفس ما على عهدة الضامن، فيكون من الوفاء بالجنس، فلا محيص عن السقوط. ولا وجه لعود المثل إلى الدّمة بعد كون القيمة عين ما في الدّمة. فلا بدّ في الحكم بعود المثل بعد التمكن منه من الالتزام ببقاء المثل في العهدة، وعدم انتقاله بسبب التعذّر إلى القيمة حتى تكون القيمة عند تعذّره من بدل الحيلولة.

ويمكن التفصيل بوجه آخر، وهو: أنّه إذا كان دفع القيمة بعنوان الصلح عمّا في الدّمة، سواء أكان هو العين أم القيمة، فيسقط ما في العهدة، ولا يبقى مورد لبدل الحيلولة.

وإن كان بعنوان الغرامة و تدارك ما على الضامن، فعلى القول بانتقال العين أو المثل المتعذّر إلى القيمة حقيقة فالقيمة المدفوعة عين حقّه، فلا مورد لبدل الحيلولة حينئذ أيضا.

وعلى القول ببقاء العين أو المثل في الدّمة إلى زمان التدارك، وأنّ القيمة غرامة ناقصة، فالقيمة عند تعذّر المثل تكون من بدل الحيلولة، لأنّ البدليّة الناقصة العذرية ترتفع، و تنتقل إلى البدليّة التامة الاختيارية.

ولعلّ هذا التفصيل أولى من سابقه، لأنّه على تقدير كون العين أو المثل في الدّمة إذا صالح المالك ما على عهدة الضامن بالقيمة فقد سقط ما عليه. ولا معنى لبدل الحيلولة حينئذ.

وعلى تقدير انقلاب العين التالفة أو المثل المتعذّر إلى القيمة تكون القيمة المدفوعة عين ما على العهدة، لا بدلا عنه حتى يقال: إنّ بدل الحيلولة، فلا موضوع لبحث البدليّة أصلا.

السابع (1): لو كان التالف المبيع فاسدا قيمياً (2) فقد حكي (3) الاتفاق على

ضمان القيمي بالقيمة

(1) الغرض من عقد هذا الأمر بيان جهة أخرى مما يتعلّق بالمبيع بالبائع الفاسد إذا تلف بيد المشتري، وهي كيفية ضمان القيميّات، وأنها مضمونة بالقيمة أو بما يماثلها. فإن كانت مضمونة بالقيمة لم يكن للمالك إلزام الضامن بالمثل، ولا للضامن كذلك. وكذا الحال لو كان القيميّ - كالمثليّ - مضموناً بالمثل. فيقع البحث في مقامين:

أحدهما: في الدليل على ضمان القيميّ بالقيمة، لا المثل.

ثانيهما: في تعيين القيمة بحسب تفاوتها في الأزمنة من يوم القبض والتلف، وأعلى القيم بينهما، وغير ذلك ممّا سيظهر.

(2) قد أشرنا إلى تعريف القيميّ في الأمر الرابع، وأنه ما يكون مدار ماليته على الجهات الشخصية، وهذا ممّا يحكم به العرف في باب الضمان.

(3) هذا شروع في المقام الأول، وقد استدلّ بوجوه على ضمان القيميّ بالقيمة.

الأول: الإجماع المنقول الذي ادّعاه الفقيه المتتبّع السيد العاملي قدّس سرّه - بعد حكاية الشهرة عن الشهيد - بقوله: «لا أجد فيه في الباب خلافاً، إلا ما يحكى عن أبي علي، وما يظهر من قرص الخلاف، وما لعلّه يظهر من المحقّق في باب القرض ..»

وكيف كان فقد اتفقوا هنا - يعني في باب الغصب - من غير تأمّل ولا خلاف «1».

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 243 و 244

ص: 455

كونه مضمونا بالقيمة (1). و يدلّ عليه الأخبار المتفرقة (2) في كثير من القيميات،

---

(1) خلافا للإسكافي والشيخ والمحقق في باب القرض.

لكن صحّة نسبة الخلاف إلى الإسكافي لا تخلو عن إشكال، لعدم ظهور عبارته المحكيّة فيما نسب إليه، و تقدّم التعرّض له عند كلام المصنّف في أوّل التنبيه السادس، وسيأتي أيضا. و أمّا مخالفة شيخ الطائفة والمحقق قدّس سرّهما فهي مبنية على ثبوت التلازم بين القرض والمقام أعني به المقبوض بالعقد الفاسد، المحكوم بحكم الغصب، وهو غير ثابت.

(2) أي: ويدلّ على ضمان القيميّ بالقيمة الأخبار المتفرقة الواردة في كثير من القيميات المضمونة بالإتلاف والالتقاط ونحوهما من موجبات الضمان، وهذه الأخبار دليل ثان على المدعى، وقد تقدّم بعضها في (ص 338) كرواية بيع الجارية المسروقة، ورواية السفارة وغيرهما، ونذكر بعضها الآخر هنا، فنقول وبه نستعين:

منها: رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام، قال: «سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء، هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها وعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها؛ ان جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه» (1).

وتقريب الدلالة: أنّ الشاة المضمونة بالالتقاط قيمية، فتضمن بقيمتها، لقوله عليه السّلام: «يطلب ثمنها أن تردّها عليه».

ومنها: رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام، قال: «وسألته عن الرجل يصيب اللقطة، فيعرفها سنة، ثم يتصدّق بها، فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدّق بها؟ ولمن الأجر؟ هل عليه أن يردّ على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، والأجر له، إلا أن يرضى صاحبها، فيدعها والأجر له» (2).

---

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 365، الباب 13 من أبواب اللقطة، الحديث 7

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 352، الباب 2 من أبواب اللقطة، الحديث: 14

ص: 456

و الشاهد في كون الملتقط ضامنا لقيمة اللقطة، لأنه عليه السلام قرّر السائل في اشتغال عهده بالقيمة، وقال: «هو ضامن لها».

و منها: ما رواه زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام، قال: «أناه رجل تكارى دابة فهلكت، وأقرّ أنه جاز بها الوقت، فضمّنه الثمن ولم يجعل عليه كراء» (1). بتقريب: أن الدابة الهالكة قيمية، والمستأجر المفرط ضامن لقيمتها.

و منها: مرسلة الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام، في حديث: «وإن وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة» (2).

و التقريب كما تقدّم.

و منها: رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: «أنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم، فاحترقت، و احترق متاعهم؟ قال: يغرم قيمة الدار و ما فيها ثم يقتل» (3).

و الدلالة ظاهرة أيضا، فإنّ بعض الأمتعة المحترقة قيمية عادة، و قد حكم عليه السلام بضمان قيمة الدار و الأثاث.

و منها: روايات أخر وردت في تلف العين المرهونة سيأتي ذكرها عند تعرّض الماتن لها.

(1) هذا تعريض بما في الجواهر من الاستدلال - على ضمان القيمي بالقيمة -

[1] أورد المحقق الايرواني قدس سرّه عليه بأنّ «إظهار الاستغناء عن الصحيحة، ثم العود إلى الاستدلال بها بعد سطرين ليس كما ينبغي» (4).

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 257، الباب 17 من أبواب الإجارة، الحديث 5

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 351، الباب 2 من أبواب اللقطة، الحديث 9

(3) وسائل الشيعة، ج 19، ص 210، الباب 41 من موجبات الضمان، الحديث 1

(4) حاشية المكاسب، ج 1، ص 101

بصحيحة أبي ولاد الآتية، وبنصوص ضمان العبد المشترك المعتقد بعضه، قال صاحب الجواهر قدس سره: «نعم للمصنّف- وهو المحقّق- في كتاب القرض ضمان القيميّ بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك. كما أنّك سمعت الكلام في المحكيّ عن ابن الجنيد المحتمل لإرادة ما لا ينافي المشهور منه. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه، لظهور صحيح أبي ولاد وغيره ممّا دلّ على ضمان الحيوان عبداً كان أو غيره في كون الكلام القيمة، ومنه نصوص العتق لشريك، المقتضي للسراية المأمور بها بالتقويم، فليس للمتلف دفع المثل العرفي إلا مع رضا المالك. كما أنّه ليس للمالك اقتراحه» (1).

والمستفاد منه: الاستدلال على اعتبار القيمة في ضمان القيميّات بطانفتين من الأخبار.

الأولى: صحيحة أبي ولاد، الظاهرة في ضمان البغل بالقيمة، لقوله عليه السّلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» ولما كانت البغال والحمير و الدوابّ معدودة من القيميّات، فلو تلفت اشتغلت الذمّة بأثمانها لا بأمثالها. وعليه فالصحيحة دليل على تعيين القيمة في بدليّتها عن العين القيميّة المضمونة.

الثانية: ما ورد من أنّه لو كان عبد مشتركاً بين جماعة، فأعتق أحدهم نصيبه،

و الأمر كما أفاده، إذ لو كانت الصحيحة وافية بإثبات ضمان القيميّ بقيمة يوم الغصب أو التلف لم يكن وجه في الاشكال على صاحب الجواهر قدس سره المستدلّ بها.

وإن لم تكن وافية به لم يبق مجال لقوله بعد سطرين «فيردّه إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة: منها صحيحة أبي ولاد الآتية.

ويتأكد الإشكال بناء على ما عن نسخة التهذيب- التي عوّل عليها المصنّف- من تعريف «بغل» الظاهر في إرادة البغل المعهود، لا بغل كلّيّ حتى يحتمل ضمان القيميّ بالمثل، بأن تكون القيمة بدلا عن البذل.

تعيّن عليه دفع قيمة سائر حصصه إلى شركائه، حتّى يتحرّر العبد كاملاً بالسراية.

و من المعلوم أنّ العبيد والإماء قيميّات وليست مثليّة، فضمن قيمة العبد دليل على أنّ القيميّ لا يضمن إلا بالقيمة.

وهذه النصوص جمعها الشيخ الحرّ قدّس سرّه في باب عنوانه «أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك، كلف أن يشتري باقيه ويعتقه إن كان موسراً مضاراً، وإلا استسعى العبد في باقي قيمته، وينعتق، فإن لم يسع خدم بالحصص» (1).

ففي معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في عبد كان بين رجلين، فحرّر أحدهما نصفه، وهو صغير، وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرّر نصفه. قال: يقوم قيمة يوم حرّر الأوّل، وأمر الأوّل أن يسعى في نصفه الذي لم يحرّر حتى يقضيه» (2).

و نحوه سائر أخبار الباب.

و تقريب الدلالة: أنّ تحرير العبد إتلاف لمال الشريك. و حيث إنّ المضمون قيميّ - وهو العبد - كان ضمانه بالقيمة، لقوله عليه السّلام: «يقوم قيمة». هذا توضيح نظر الجواهر.

و ناقش المصنّف فيه بمنع دلالة صحيحة أبي ولاد و نصوص تحرير العبد المشترك على ضمان القيميّ بالقيمة. أمّا الصحيحة فلظهورها في ضمان القيميّ بالمثل لا بالقيمة، فإنّ كلمة «بغل» في قوله عليه السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته» نكرة، وهي ظاهرة في كون ذي القيمة بغلاً غير معيّن، ويتّجه مذهب القائل بأنّ الثابت في الدّمة بغل غير معيّن، وأنّ القيمة بدل عنه، لا أنّ المضمون قيمة البغل التالف.

و أمّا نصوص العتق فلأنّ الأمر بتقويم العبد - المعتق بعضه - غير ظاهر في

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 20، الباب 18 من أبواب كتاب العتق.

(2) المصدر، ص 21، الحديث 4

و لا بقوله عليه السّلام: «من أعتق شقّصا من عبد قوّم عليه» (1). بل الأخبار كثيرة (2).

ما نحن فيه من ضمان القيميّ بالقيمة، لاحتمال كون التقويم معاوضة شرعيّة قهرية، رعاية لحرية العبد المبعّض.

و المتحصل: أنّ صحيحة أبي ولّاد و أخبار تحرير بعض العبد غير وافية بإثبات المدّعى، و هو تعيّن القيمة في ضمان القيميّات.

(1) لم أظفر بهذا المتن في جوامع الأخبار من الوسائل وغيره، فلعلّ المصنّف نقله بالمعنى، أو اعتمد على ما رواه شيخ الطائفة مرسلًا عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم «(1)».

(2) يعني: أنّ الأخبار الكثيرة ظاهرة في ضمان القيميّ بالقيمة، و هي سليمة عن المناقشة، و معها لا حاجة إلى الصحيحة و نصوص العتق اللّتين استند إليهما صاحب الجواهر قدّس سرّه، مع ما فيهما من الخدشة كما عرفت آنفاً.

ثم إنّه لا بأس بالإشارة إلى نكتة، و هي: أنّ المصنّف قدّس سرّه ادّعى هنا كثرة الأخبار الدالّة على اعتبار القيمة في القيميّات، لقوله: «الأخبار المتفرّقة في كثير من القيميّات» و قوله: «بل الأخبار كثيرة». و هذا ربّما ينافي ما تبّه عليه في الأمر الرابع من جعل الأخبار المتكفّلة للضمان بالقيمة نادرة جدًّا، حيث قال هناك: «إلا ما شدّ و ندر». فإن كانت هذه الأخبار شاذّة لم يتّجه قوله هنا من: «أنّها كثيرة» و إن كانت كثيرة لم يتّجه رميها بالندرة و الشذوذ في التنبيه الرابع.

قلت: الظاهر عدم التنافي بين التعبيرين، فإنّ ندرتها تكون بالقياس إلى النصوص المشتملة على مادّة الضمان و التغريم بصيغ عديدة في مطلق المضمونات.

سواء أكانت مثليّة أم قيميّة، و هي أزيد من مائة رواية قطعًا كما لا يخفى على المتتبع، و قد ادّعى المصنّف هناك انصراف إطلاقها إلى الأقرب إلى المضمون، و هو المثل ثم القيمة.

(1) الخلاف، ج 3، ص 396، المسألة: 2 من كتاب الغصب، و قريب منه بزيادة «وله مال» في عوالي اللّثالي، ج 3، ص 298، الحديث



بل قد عرفت (1) أنّ مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات هو ذلك (2) بحسب المتعارف [1].

إلا (3) أنّ المتيقن [2] من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً.

وأمّا دعوى كثرة أخبار ضمان القيميّ فصحيحة أيضاً، لتحقق الكثرة بعشر روايات أو ما يقارب العشرة. ولا ريب في أنّ ما ورد فيه لفظ «الثلث أو القيمة» لا يقلّ عن هذا العدد، كما ذكرناها بمصادرها، فلاحظ.

(1) يعني: في الأمر الرابع، حيث قال: «إنّ القاعدة المستفاد من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل .. ثم بعده قيمة التالف ..».

وهذا إشارة إلى دليل ثالث على اعتبار القيمة في المضمونات القيميّة، وتقريبه:

أنّ الأخبار المتفرقة المشتملة على مادّتي «الضمان والغرامة» لم يتعرّض فيها لكيفيّته مع كونها واردة في مقام البيان، فعدم تعرّض المتكلم لبيان الكيفيّة دليل على إحالتها على العرف، ومن المعلوم أنّهم يحكمون بأداء ما هو أقرب إلى التالف، فإن كان مثلياً تعيّن أداء المثل، وإن كان قيمياً تعيّن دفع القيمة.

وعليه فمناط هذا الوجه استفادة الحكم من الأدلة العامّة في الضمانات، سواء أكان المضمون مثلياً أم قيمياً.

(2) خبر قوله: «ان مقتضى» والمشار إليه هو الضمان بالقيمة.

(3) استدراك على قوله: «بل قد عرفت أنّ مقتضى إطلاق» وغرضه المناقشة في دلالة الطائفتين من الأخبار على ضمان القيميّ بالقيمة. أمّا الطائفة الأولى فسيأتي منع إطلاق دلالتها.

[1] بل مقتضى ما تقدّم هناك: أنّ القاعدة المستفاد من أدلّة الضمان هو الضمان بالمثل، لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، فتشمل القيميات.

[2] هذا غير ظاهر، لعدم تفرقة العرف ظاهراً في القيميّ - بالمعنى المقابل للمثليّ - بين تيسّر المثل وتعذره، فإنّ المثليّ والقيميّ ماهيتان متباينتان، وتعذّر أفراد

وأما الطائفة الثانية- وهي إطلاقات الضمان- فيشكل الاستدلال بها على ضمان القيمي بالقيمة مطلقا حتى مع تيسر المثل العرفي للعين التالفة القيمية. وجه الاشكال: أنّ مناط الأخذ بالإطلاق المقامي هو عدم بيان كيفية خاصة، وإحالة الأمر إلى العرف في مقام البيان. ومن المعلوم توقف الإطلاق على عدم تعارف سيرتهم على أمر آخر. مع أنّه لا ريب عندهم في كون المثل أقرب إلى التالف حتى في القيميّات. وعليه تختص الروايات المطلقة بما إذا تعدّر المثل، مع أنّ المدعى عام وهو ضمان القيمي بالقيمة سواء تيسر المثل أم تعدّر.

إحدهما في الخارج لا يوجب انتقال ما ثبت منهما في ذمّة إلى أخرى، ولا وجه لرفع اليد عن إطلاق ما دلّ على ضمان القيمي بالقيمة، الشامل لصورة تعدّر المثل كما صنعه المصنّف قدّس سرّه.

وكيف كان فيحتمل- في مسألة ما لو كان التالف المبيع بالبيع الفاسد قيميّا- وجوه ثلاثة: أحدها: الضمان بالقيمة مطلقا. ثانيها: الضمان بالمثل كذلك. ثالثها: ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة.

وقد استدلل المصنّف قدّس سرّه لضمّانه بالقيمة بالإجماع والروايات المتفرقة في كثير من القيميّات، بحيث لا يكون للضامن والمضمون له التخلف عن الضمان بالقيمة.

لكن الظاهر عدم استفادة كيفية الضمان وخصوصيّاته من نفس أدلّة الضمان، كقاعدي اليد والإتلاف وقاعدة احترام مال المسلم، لعدم تعرّضها لخصوصيّات الضمان. فمقتضى الإطلاق المقامي هو إيكال كيفية الضمان إلى العرف. وبعد انقسام الأموال إلى قسمين مثلي وقيمي وتباينهما ماهية يحكم العرف بضمّان كلّ منهما بالمثل، فالمثلي يضمن بالمثل، لأنّه المماثل له عرفا ماهية ومالية. والقيمي يضمن بالقيمة، لأنّها مثله عرفا.

وهذا الأمر العقلاني الارتكازي ممّا بنى عليه الشرع، لعدم تعرّضه لكيفية الضمان مع كونها محلّ ابتلاء النوع ليلا ونهارا. وهذا الإهمال دليل على إحالة كيفية الضمان إلى العرف.

نعم ربّما يستظهر بمعونة ترك الاستفصال من بعض الروايات لزوم الغرامة

بالقيمة في مطلق الضمانات، كموثّق إسحاق بن عمّار، قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك [فيهلكه] أعلى الرّجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل وضيّعه.

قلت: فهلك نصف الرّهن؟ قال: على حساب ذلك. قلت: فيتراذان الفضل؟ قال:

نعم» «1». فإنّه بسبب ترك الاستفصال ظاهر في أنّ الرّهن - سواء أكان مثلياً أم قيميّاً وسواء أكان المثل متعذراً أم لا، وسواء وجد للقيميّ مثل أم لا - إذا هلك بالتفريط فهو مضمون بالقيمة، لكون سقوط مائة درهم دليلاً على أنّ الضمان بالقيمة، وإلا فلا وجه للسقوط. كما أنّ لزوم تأدية مأتي درهم دليل على أنّ الدراهم على عهده في المثليّ و القيميّ مطلقاً.

ونحوه غيره من الروايات المذكورة في الباب المذكور الدالّة على أنّ التالف مضمون بالقيمة مطلقاً وإن كان مثليّاً، لأنّ معنى تراذ الفضل أنّه إن كان الرّهن زائداً على الدين سقط من الضمان بمقدار الدين، وأخذ الراهن فضله. وإن كان الرّهن ناقصاً عن الدين سقط من الدين بمقداره، وأخذ المرتهن البقيّة.

ولا معنى للسقوط والتهاثر إلا الضمان بالقيمة، إذ لو كان العهدة مشغولة بالمثل أو العين لم يكن وجه للتهاثر، بل لا بدّ في المثليّ من أداء المثل، وفي القيميّ تبقى العين على العهدة إلى زمان الأداء، فالتهاثر القهريّ لا وجه له إلا مع الضمان بالقيمة.

مضافاً إلى: تصريح الروايات بالسقوط القهري، ففي صحيحة أبي حمزة، قال:

«سألت أبا جعفر عليه السّلام عن قول عليّ عليه السّلام: يتراذان الفضل؟ فقال: كان عليّ عليه السّلام يقول ذلك. قلت: كيف يتراذان الفضل؟ فقال: إن كان الرّهن أفضل ممّا رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه. وإن كان لا يسوى ردّ الراهن ما نقص من حق المرتهن.

قال: وكذلك قول عليّ عليه السّلام في الحيوان وغير ذلك» «2».

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من أحكام الرهن، الحديث 2

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من كتاب الرهن، الحديث 1

---

وقريب منه صحيحة محمد بن قيس «1» وغيرها من الروايات الدالة على كون الضمان بالقيمة.

وتدلّ عليه أيضا روايات متفرقة، كموتقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام: «أنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت الدار، واحترق أهلها، واحترق متاعهم؟ قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل» «2» فإنّ تغريمه قيمة الدار وما فيها من المتاع ولو كان مثلًا ظاهر في كون الضمان مطلقًا بالقيمة.

إلا أن يقال: إنّ «ما فيها» معطوف على القيمة، فيكون المراد حينئذ أنه يغرم قيمة الدار، ويغرم ما فيها، من دون تعرّض للقيمة وغيرها. لكنّه خلاف الظاهر، فتبعد إرادته بلا قرينة.

كبعد احتمال أنّ متاع الدار في مورد قضاء أمير المؤمنين «عليه الصلاة والسلام» كان قيمًا لا يوجد مثله، لأنّ ظاهره أنّ ذلك من قضايا الكليّة، لا أنّه قضية خارجية.

ولو سلّم ذلك كانت حكاية أبي عبد الله عليه السلام كافية في إفادة الحكم، لبعد كونه عليه السلام ناقلًا للتاريخ. فلو كان متاع البيت قيمًا و كان حكم المثلي غير القيمي كان عليه بيان خصوصيّة الواقعة الدخيلة في الحكم.

وعلى كل حال يستفاد منها قاعدة كليّة، وهي: أنّ إتلاف مال الغير موجب لضمان القيمة.

وموتقة سماعة، قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه، فقال:

هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه، لأنّه أفسده على أصحابه» «3». فإنّ موردها القيميّ والتعليل بالإفساد يدلّ على عليّة كلّ إفساد للضمان

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من كتاب الرهن، الحديث: 4

(2) وسائل الشيعة، ج 19، ص 210، الباب 41 من أبواب موجبات الضمان، الحديث: 1

(3) وسائل الشيعة، ج 16، ص 22، الباب 18 من كتاب العتق، الحديث 5

---

وإن لم يكن عتقا. ويمكن أن تكون هذه الموثقة من أدلة قاعدة الإتلاف.

وصحيحة أبي ولاد الآتية التي موردها القيمي أيضا.

وبالجملة: فالروايات الدالة على الضمان بالقيمة على طائفتين:

إحدهما: ما وردت في ضمان خصوص القيميات بالقيمة كالعبد والجارية.

ثانيتها: ما وردت في المضمون مطلقا سواء أكان مثليا أم قيميا كالرهن التالف و احتراق ما في الدار و غلة الأرض، وغير ذلك مما يقتضي الإطلاق كون التالف المضمون بالقيمة مثليا أو قيميا.

و الظاهر عدم التنافي بينهما، لأن ما دلّ على الضمان بالقيمة في القيميات لا تنفي ضمان المثليات بها حتى يجب حمل المطلق - وهو ما دلّ على الضمان بالقيمة مطلقا وإن كان المضمون مثليا - على المقيد، ليكون مقتضى الحمل اختصاص ضمان القيمة بالقيميات.

فالمتحصل: أن مقتضى الروايات ضمان الأشياء مطلقا - وإن كانت مثلية - بالقيمة.

ولا بدّ في الخروج عن إطلاقها من دليل على التقييد. وقد ادّعي أنه الإجماع على ضمان المثلي بالمثل. قال في الجواهر: «أنه من قطعيات الفقه» (1). وعن غاية المراد «أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بالمثل، إلا ما يظهر من ابن الجنيد» لكنه أول كلامه أيضا.

والحق أن يقال: إن القدر المتيقن من الإجماع على ضمان المثلي بالمثل هو صورة وجود المثل دون نادر الوجود و متعذرة، فإنّ إطلاقات ضمان القيمة محكمة في غير المتيقن، وهو وجود المثل، لأنّه مقتضى مرجعية العام في المخصص المجمل.

والحاصل: أن الإجماع لما كان ليبيّا فلا بدّ في تخصيصه من الأخذ بالمتيقن منه وهو وجود المثل، دون نادرة و متعذرة. وعلى هذا فالروايات وافية بكيفية الضمان، فلو كان بناء العرف على غير تلك الكيفية كان الروايات رادعة عنها.

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 85

(1) غرضه المناقشة في دلالة عدّة من الأخبار الواردة في ضمان القيميّات، كما ناقش في إطلاقات الضمان. و حاصلها: أنّ المدعى عامّ، و هو: ضمان كلّ قيميّ بالقيمة كضمان المثليّ بمثله، مع أنّه يمكن منع إطلاق بعض الأخبار لحالة وجود مماثل عرفيّ للقيميّ المضمون، ففي صحيحة أبي ولّاد: «قيمة بغل يوم خالفته». إذ من المحتمل كون الثابت في ذمّة الضامن بغلا غير معيّن، وإنّما تعطى القيمة بدلا عنه، لا بدلا عن نفس البغل التالف أو المتلف. و لا سبيل لاستفادة ضمان قيمة البغل التالف حتى مع وجود بغل مماثل له في الصفات و الماليّة.

و كذا يمكن أن يكون تقويم العبد- و أداء قيمة ما بقي منه غير محرّر- لأجل

فتلخص من جميع ما ذكر أنّ القيميّات مطلقا مضمونة بالقيمة، و المثليّات أيضا مضمونة بالقيمة، إلا إذا كان المثل موجودا بوجود غير عزيز. و أمّا مع عزة وجوده فضلا عن فقدانه فضمانه بالقيمة أيضا.

و من هنا يظهر أنّ ما أفيد في مباحث تعدّر المثل- سواء أ كان التعدّر بدويّا أم طارئًا- لا بدّ من تطبيقها على ما بيّناه هنا، بأن يقال: إنّ التعدّر مطلقا يوجب الانقلاب إلى القيمة، أخذًا بإطلاق ما دلّ على الضمان بالقيمة و إن كان مثليّا، و اقتصارا على المتيقّن من الإجماع، و هو ضمان المثليّ بالمثل إذا كان موجودا، دون ما إذا كان مفقودا أو عزيز الوجود. فالمثل بمجرد فقدانه أو عزة وجوده ينتقل ضمانه إلى القيمة، هذا.

و أمّا الروايات الدالّة على الضمان بالمثل في القيميّ فهي مختصّة بالقرض، و لا ربط لها بما نحن فيه.

مضافا إلى: أنّها ضعيفة السند.

فروايات المقام كما عرفت منحصرة بالطائفتين المتقدمتين. و روايات القرض أجنبية عن باب الضمانات المبحوث عنها.

القيميّات كالبغل و العبد و نحوهما لصورة (1) تعذّر المثل كما هو الغالب (2).

فالمرجع (3) في وجوب القيمة في القيميّ وإن فرض تيسّر المثل له- كما (4) في من أتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه.

تعذّر المثل، بحيث لو تيسّر عبد مماثل للمعتق مالية و صفة يحلّ محلّه كان مقدّما على دفع القيمة، فتأمل.

و الحاصل: أنّ الإطلاقات المختصّة بالقيميّات تنقسم إلى طائفتين، فما كان منها متكفّلا لضمان قيمة العبد و البغل أمكن انصرافها إلى صورة تعذّر المثل كما هو الغالب في العبد و البغل. فلا يكفي أداء القيمة مع تيسّر المثل. و ما كان منها متكفّلا لضمان قيمة سائر الأمتعة يمكن إطلاقها لحالتي تيسّر المماثل و تعذّره.

(1) متعلق ب «لانصراف».

(2) يعني: أنّ الغالب في بعض القيميّات تعذّر المثل العرفيّ.

(3) غرضه أنّه- بعد انصراف إطلاقات أدلّة ضمان القيميّ بالقيمة إلى صورة تعذّر المثل، و عدم شمولها لصورة تيسّر المثل- لا بدّ من القول، بضمان القيميّ بالمثل مع وجوده، مع أنّهم لم يلتزموا به، بل التزموا بالقيمة حتى مع تيسّر المثل، فدلّيلهم على الضمان بالقيمة في القيميّ مطلقا و لو مع وجود المثل هو الإجماع.

(4) ذكر المصنّف قدّس سرّه مثالين لتيسّر المثل، أحدهما: أن يبيع شخص عبدا كليّا موصوفا بصفات تميّزه عمّن سواه بثمان معيّن، و أتلف المشتري على البائع عبدا مملوكا له بصفات العبد المبيع- قبل أن يسلمه البائع منه- فإنّهم لم يحكموا بالتهاتر و تساقط ما في ذمّتي البائع و المشتري، بل قالوا باستقرار المبيع في ذمّة البائع، و بضمان المشتري قيمة العبد الذي أتلفه على البائع. و هذا الحكم شاهد على ضمان القيميّ بالقيمة، سواء تيسّر المثل أم تعذّر.

ثانيهما: مثال الكرباس، فإنّ الأذرع منه متماثلة، و لكن يجب دفع قيمة الذراع المتلف، لا مثله.

و كما لو أتلف عليه ذراعا من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلا- هو الإجماع (1) كما يستظهر.

و على تقديره (2) ففي شموله لصيرورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل.

خصوصا (3) مع الاستدلال عليه (4) كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ بِنَاء (5) على أن القيمة مماثل للتالف في المألّة فإنّ (6) ظاهر ذلك جعلها (7) من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل.

---

(1) خبر قوله: «فالمرجع».

(2) يعني: و على تقدير تحقّق الإجماع، و غرضه المناقشة في شمول الإجماع- على فرض ثبوته- للمثل الموجود المماثل للتالف القيمي من جميع الجهات، فالإجماع على ثبوت القيمة في هذه الصورة غير ثابت، لأنّه دليل لبّي، و المتيقّن منه غير هذه الصورة.

(3) وجه الخصوصية ظهور الآية الشريفة في تعيين المماثل للتالف من جميع الجهات و إن كان التالف قيميّا، إلا إذا تعذر المثل، فإنّ القيمة حينئذ مما يعدّ مماثلا للتالف.

(4) أي: على وجوب القيمة في القيميّ، و قد تقدّم في (ص 339) نقل استدلال شيخ الطائفة قدّس سرّه بالآية الشريفة على كلّ من وجوب المثل في المثليّ، و القيمة في القيميّ، فراجع.

(5) هذا البناء هو استدلال شيخ الطائفة، و ليس أمرا آخر، إذ لو لم تكن القيمة مماثلة للتالف كانت الآية الشريفة أجنبيّة عن المدعى. و عليه فالاستدلال بها منوط بالتوسعة في المماثلة كما تقدّم مشروحا في (ص 339).

(6) تعليل لقوله: «خصوصا» و قوله: «ذلك» إشارة إلى «الاستدلال».

(7) أي: جعل القيمة من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل، فتكون المماثلة في المألّة.



و كيف كان (1) فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي (2)، و عن الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض (3).

فإن أرادوا ذلك (4) مطلقا

(1) أي: سواء أ كان مقتضى إطلاقات ضمان القيميات ضمانها بالقيمة مطلقا سواء تيسر المثل أم تعذر، أم كان مقيدا بتعذر المثل، فقد حكي .. إلخ.

و غرضه من هذا الكلام الخدشة في الإجماع بمخالفة ابن الجنيدي في مطلق المضمون، و مخالفة شيخ الطائفة و المحقق في خصوص باب القرض. و هل تقدر هذه المخالفة في تحقق الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة أم لا؟ سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

(2) أمّا أبو علي فقد تقدّم كلامه في أوّل الأمر السادس، فراجع (ص 295) و أمّا الشيخ و المحقق فيظهر منهما في باب القرض ثبوت نفس مثل العين المقترضة في ذمّة المديون، قال في الخلاف: «إذا لم يجد مال القرض بعينه و جب عليه مثله، و عليه أكثر أصحاب الشافعي .. دليلنا: أنّه إذا قضى مثله برئت ذمّته، و إذا ردّ قيمته لم يدلّ دليل على براءتها. و أيضا: فالذي أخذه عين مخصوصة، فمن نقل إلى قيمتها فعليه الدلالة» (1).

و قال في الشرائع: «و ما ليس كذلك - أي مثليا - يثبت في الذمّة قيمته وقت التسليم. و لو قيل يثبت مثله أيضا كان حسنا» (2).

(3) و أمّا في باب الغصب فوافقا المشهور من التفصيل بين المثلي و القيمي.

(4) أي فإن أرادوا وجوب المثل في القيميات. ناقش المصنّف قدّس سرّه في القول بضمان القيمي بالمثل بعدم خلّوه من شقين ممنوعين.

توضيحه: أنّ القائلين بوجوب المثل في القيمي إن أرادوا ذلك مطلقا سواء تيسر المثل أم تعذر، ففيه: أنّه مردود بإطلاقات روايات ضمان القيميات بالقيم في

(1) الخلاف، ج 3، ص 175، رقم المسألة: 287

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 68

موارد كثيرة، كصححة أبي ولاد الآتية، وروايات تقويم العبد المشترك الذي أعتق بعض مواليه شقصه، وروايات سقوط الدين بتلف الرهن، المتقدمة في (ص 338) وروايات متفرقة أخرى وردت في ضمان القيميات. ولم يقيد وجوب أداء القيمة فيها بتعذر المثل حتى يستكشف منها أن العين التالفة تضمن بالمثل سواء أكانت مثلية أم قيمية كي يكون أداء القيمة- في القيميات- بدلا عما اشتغلت به الذمة وهو المثل.

وعليه فمقتضى أصالة الإطلاق ضمان القيمي بالقيمة، وأنها بدل عن العين المضمونة، وليست بدلا عن المثل.

وإن أرادوا من ضمان القيمي بالمثل ضمانه عند تيسر المثل - لا مطلقا- لم يكن ذلك بعيدا، لوجهين:

أحدهما: ظهور آية الاعتداء في اعتبار المماثلة بين التالف وبدله، ومن المعلوم أن المماثل للتالف القيمي هو المثل العرفي لا القيمة، فمع تيسره يتعين في البدلية عن المضمون.

ثانيهما: قاعدة نفي الضرر الجارية في حق المالك، وذلك لأن الجهات النوعية دخيلة في الضمان، لتحقق المماثلة فيها، دون الجهات المالية المعرأة عن الصفات النوعية، لعدم تحقق المماثلة حينئذ بين التالف وبدله. فمع تيسر المثل يتضرر المالك بقبول القيمة، لفقدان الصفات النوعية، فإن الحنطة- في الغرامات- بدل الحنطة التالفة المضمونة، دون القيمة، فخصوصية الحنطية مثلا يتضرر المالك بفقدانها. و عليه فيلزم رد المثل في القيميات مع الإمكان.

هذا ما يقتضيه الوجهان. لكن المانع من القول بوجوب المثل المتيسر- في ضمان القيميات- هو عدم القول بالفصل، لأنهم بين قائل بضمان القيمي بالقيمة مطلقا- كما هو المشهور- سواء وجد المماثل العرفي أم لا، وبين قائل بضمانه بالمثل مطلقا، كما يظهر من شيخ الطائفة وغيره في باب القرض، بلا فرق- أيضا- بين تيسر المثل

حتّى (1) مع تعذّر المثل، فتكون (2) القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة (3) يوم دفعها- كما ذكروا ذلك (4) احتمالا في مسألة تعيّن القيمة (5) متفرعا على هذا القول (6)- فيردّه (7) إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة.

و تعذّره، ولم يقولوا ببدليّة القيمة عن المثل في صورة التعذّر حتى يستكشف منه الطولية، ويكون القيمة بدلا عمّا هو بدل التالف.

والحاصل: أنّ ما ذهب إليه شيخ الطائفة و المحقق في باب القرض - من ترجيح ضمان القيميّ بالمثل - لا سبيل للأخذ به في القرض، فضلا عن القول به في المعصوب و المقبوض بالبيع الفاسد.

(1) بيان للإطلاق.

(2) هذا متفرع على اشتغال الدّمة أوّلا بالمثل، فيكون هو بدل التالف، و لو تعذّر كانت القيمة بدل المثل لا بدل التالف.

(3) يعني: إذا كان وجوب دفع القيمة مترتبا على تعذّر المثل ترتب عليه وجوب دفع قيمة يوم الأداء، لا يوم التلف، و لا يوم تعذّر المثل، و لا أعلى القيم، و لا غير ذلك.

و وجه احتمال قيمة يوم الدفع هو: أنّ المثل ثابت في الدّمة إلى وقت الأداء، فقيمة يوم الدفع هي ثمن المثل المنتقل إلى القيمة.

(4) أي: وجوب قيمة يوم الدفع.

(5) يعني: المسألة التي وقع فيها البحث عن أنّ الواجب هل هو قيمة يوم القبض أو يوم التلف أو أعلى القيم أو غير ذلك؟ مما سيأتي التعرّض له قريبا.

(6) أي: أنّ القول باعتبار قيمة يوم الدفع متفرّع على القول بضمان القيميّ بالمثل مطلقا و لو مع تعذّره، فإنّ مقتضاه حينئذ قيمة يوم الدفع، كما عرفت آنفا.

(7) جواب الشرط في قوله: «فإن أرادوا ذلك» و هذا إشارة إلى أول الشّقّين، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «ففيه أنه مردود بإطلاقات روايات ضمان القيميّات...».

منها: صحيحة أبي ولاد الآتية (1).

و منها: رواية تقويم العبد.

و منها: ما دلّ على «أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك» فلولا (2) ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة (3) [1].

---

(1) لقوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» الظاهر في اعتبار قيمة البغل سواء وجد بغل مماثل للبغل الذي اكتراه أبو ولاد، أم لم يوجد. وهكذا حال الإطلاق في روايات عتق العبد.

(2) هذا تقريب دلالة أخبار تلف العين المرهونة على ضمان القيمي بالقيمة، لا بالمثل. و محصّله: أنّ العين المرهونة لو كانت مضمونة بالمثل لم يكن وجه للحكم بسقوط ما يساويه من الدين، بل كان المرتهن ضامنا للمثل، و كان الدين - بتمامه - باقيا على عهدة الراهن، و لا تهاتر في البين. مع أنّ الامام عليه السلام حكم بسقوط المقدار المساوي للدين عن ذمة المديون، و لم يفصل بين تيسر مثل الرهن و تعذره. و هذا كاشف عن ضمان القيمي بالقيمة مطلقا سواء تيسر المماثل العرفي أم تعذر.

(3) يعني: من الأخبار المتفرقة في أبواب العارية و الوديعة و الإجارة و اللقطة

---

[1] كرواية السفارة المطروحة في الطريق التي تقدمت في (ص 338). لكن الاستدلال بها مشكل، لقوة احتمال كونه من باب جواز التصرف بالقيمة، نظير التملك بالقيمة. و باب التقويم مغاير لباب التضمين، و لذا لا بأس بالالتزام بالتقويم حتى في المثلي، بل البيض و اللحم اللذان هما في مورد الرواية المزبورة من المثليات، فلاحظ و تأمل. فجعل رواية السكوني من الروايات الدالة على ضمان التالف بالقيمة لا يخلو من تأمل.

وغيرها، ولا بأس بالتيمّن بذكر بعضها.

فمنها: معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل أعار جارية، فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة، فقضى أن لا يغرّمها المعار.

ولا يغرّم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة» (1).

بتقريب: أنّ الجارية و الدابة قيميتان، وهما مضمونتان بالتعدّي عليهما، ولم يقيد عليه السّلام الضمان بالقيمة بتعدّر المثل. فاللازم الحكم بضمانها مطلقاً.

ومنها: ما رواه عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السّلام، قال: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطها غيره، فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها. وإن لم يسمّ فليس عليه شيء» (2). وقد أطلق عليه السّلام الضمان، مع أنّ المضمون قيميّ، و لم يقيد اشتغال الدّمة بالقيمة بتعدّر المثل.

ومنها: ما ورد في ضمان الغسّال و الصّبّاغ و القصّار و الصّانغ و البيطار و الدّلال و نحوهم، مع أنّ ما بأيديهم من الأعيان المضمونة قيميات غالباً، كمعتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «سئل عن القصّار يفسد؟ فقال: كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» (3).

ومنها: ما ورد في ضمان الجمّال و الحمّال و المكاري و المّالّح و نحوهم إذا فرطوا أو كانوا متّهمين و لم يحلفوا، أو شرط عليهم الضمان، مثل ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في الجمّال يكسر الذي يحمل أو يهريقه؟ قال: إن كان مأموناً فليس

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 237، الباب 1 من كتاب العارية، الحديث 9، و نحوه سائر أحاديث الباب.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 255، الباب 16 من أحكام الإجارة، الحديث: 1، و نحوه الحديث:

2، 3، 4 و 6 من الباب 17، ص 257 و 258

(3) المصدر، ص 271، الباب 29 من أحكام الإجارة، الحديث 1 و نحوه كثير من روايات الباب البالغة عشرين حديثاً.

وإن أرادوا (1) أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن (2) بعيدا، نظرا إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي الضرر، لأن (3) خصوصيات الحقائق قد تقصد.

اللهم (4) إلا أن يتحقق إجماع على خلافه

عليه شيء. و إن كان غير مأمون فهو ضامن» (1).

ومنها: ما ورد في ضمان اللقطة، كرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام: «سألته عن الرجل يصيب اللقطة، دراهم أو ثوبا أو دابة، كيف يصنع؟

قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها إيّاه، وإن مات أوصى بها. فإن أصابها شيء فهو ضامن» (2).

فقد أطلق الحكم بالضمان، مع أنّ اللقطة قد تكون قيمية كالدابة والثوب، ولم يقيّد ضمان القيمة بإعواز المماثل للتالف.

ومنها: غير ذلك مما لا يخفى على المتتبع.

(1) معطوف على قوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقا» وهذا هو الشق الثاني من المنفصلة، وقد تقدّم توضيحه بقولنا: «وإن أرادوا من ضمان القيميّ بالمثل ضمانه عند تيسر المثل..» راجع (ص 470).

(2) جواب الشرط في قوله: «وإن أرادوا» و ظاهره وإن كان تسليم كلام شيخ الطائفة والإسكافي والمحقق، لكنّه سيأتي منعه بقوله: «اللهم إلا أن يتحقق إجماع على خلافه».

(3) تعليل للضرر، وقد أوضحناه بقولنا: «وذلك لأن الجهات النوعية دخيلة في الضمان.. إلخ» راجع (ص 470).

(4) هذا منع قوله: «لم يكن بعيدا» وغرضه دفع دخل خصوصيات الحقائق في الغرامة، وحاصل الدفع: أنّه إذا قام إجماع على عدم دخل تلك الخصوصيات في

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 276، الباب 30 من أحكام الإجارة، الحديث 7. ونحوه كثير من روايات الباب.

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 352، الباب 2 من أبواب اللقطة، الحديث 13. ونحوه الحديث 14

ولو (1) من جهة أنّ ظاهر كلمات هؤلاء (2) إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه (3) قولاً ثالثاً في المسألة.

## [الأقوال في القيمة المعتبرة في ضمان القيمي]

### [أ: اعتبار قيمة يوم التلف]

ثمّ إنهم (4) اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد، فالمحكيّ في

الضمان لم يجب حينئذ مراعاتها.

(1) يعني: ولو كان طريق استكشاف الإجماع - على عدم دخل خصوصيات الحقائق في الضمان - إطلاق كلمات الإسكافي والشيخ و المحقّق قدس سرهم. والمراد من إطلاق قولهم بضمان المثل هو الإطلاق الشامل لصورة تعدّر المثل وتيسره.

(2) وهم الإسكافي والشيخ والمحقّق.

(3) يعني: فيكون الفصل - بضمان المثل في الأوّل والقيمة في الثاني - قولاً ثالثاً خارجاً للإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة، من غير فرق بين تيسر المثل وتعدّره.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل، وهو إثبات ضمان القيميّ بالقيمة لا بالمثل. وسيأتي الكلام في المقام الثاني.

الأقوال في القيمة المعتبرة في ضمان القيميّ أ: اعتبار قيمة يوم التلف

(4) هذا شروع في المقام الثاني، وهو تعيين حدّ القيمة المستقرّة على عهدة الضامن، إذا اختلفت بحسب الأزمنة، فهل يضمن قيمة يوم الغصب والقبض، أم قيمة يوم التلف، أم قيمة يوم الأداء أم أعلى القيم؟ أقوال.

والمحكيّ عن جماعة هو اعتبار قيمة يوم تلف العين، لأنّ الواجب ردّ العين، وإنّما تحقّق الانتقال إلى القيمة بالتلف، فيوم التلف يوم اشتغال الدّمة بالقيمة [1].

[1] والقول بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، لأنّه كالغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال، ولأنّ العين مضمونة في جميع الأوقات السالفة، ومقتضى الاشتغال لزوم

---

الخروج عن العهدة. نسب هذا القول إلى ابن إدريس.

وقول بضمانه بقيمته يوم قبضه، اختاره في الشرائع، وربما نسب إلى الأكثر، لأنه زمان تعلق الخطاب بالخروج عن العهدة، و لصحيحة أبي ولاد الآتية، بعد وضوح عدم الفرق بين موردها وبين المقبوض بالعقد الفاسد.

وقول بضمانه بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف بشرط أن يكون التفاوت بسبب نقص في العين أو زيادة، فلو كان باختلاف السوق لم يضمن. واعتبر قيمة العين يوم التلف.

وهذا منسوب إلى الشهيد في المسالك. ووجهه: أنه لا بدّ أن يكون المضمون أمرا متصّلا، وليس ذلك إلا الزيادة العينية، وأمّا مجرد الزيادة السوقية فهو أمر اعتباري لا يضمن. مضافا إلى دلالة خبر البغل عليه (1).

وقول بضمان قيمة يوم الأداء، وهو الذي اختاره السيد في حاشيته، بدعوى: أن نفس العين باقية في العهدة، ويجب الخروج عنها، لكن لما لم يمكن ردّها نفسها وجب دفع عوضها، فهي بنفسها باقية في العهدة إلى زمان الأداء، فالعبرة في القيمة إنما هي بيوم الأداء.

هذه عمدة الأقوال في المسألة و مبانيها.

وقبل الخوض في تحقيق ما ينبغي الاعتماد عليه من الأقوال لا بأس بتأسيس الأصل في المسألة حتى يكون هو المرجع إذا لم نستفد من الأدلة شيئا، فنقول:

إنّه قد يقال: إنّ قاعدة الاشتغال تقتضي وجوب أعلى القيم من زمان القبض إلى زمان الأداء، فلا بدّ من دفع أعلى القيم، لتوقف يقين الفراغ عليه.

لكن الحقّ أنّ المقام من مجاري أصالة البراءة، لكون الشكّ بين الأقلّ والأكثر الاستقلاليين.

---

(1) مسالك الافهام، ج 12، ص 187



غاية المراد (1) عن الشيخين و أتباعهما تعين قيمة يوم التلف. و عن الدروس و الرّوضة نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه على ما تبّه عليه جماعة منهم العلامّة في التحرير: «أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله هو ردّ العين» (1).

وربّما يورد عليه (2): أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا.

---

(1) قال الشهيد قدّس سرّه فيه: «و أمّا الضّمان بالقيمة يوم التلف فلأنّ الواجب العين، و إنّما تحقّق الانتقال إلى القيمة بالتلف. و هو مذهب الشيخين و أتباعهما. و خالف ابن إدريس في ذلك، و أوجب ضمانه بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف» (2).

و نسبه في الدروس (3) إلى الأكثر. و نقله عنه الشهيد الثاني في الرّوضة، و هو مذهب ابن البرّاج و العلامّة في المختلف كما في المسالك (4).

و لكن في كونه اختيار الأكثر تأمّلا، لمعارضته بما أفاده المحقّق من جعل قول الأكثر ضمان قيمة يوم الغصب، فراجع (5).

كما أنّ ما نسب إلى شيخ الطائفة قدّس سرّه لا يخلو من شيء، إذ في موضع من المبسوط (6) و الخلاف ضمان أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، و استحسّنه المحقّق.

(2) حاصل الإيراد على كلام العلامّة قدّس سرّه هو: أنّ يوم التلف و إن كان يوم انتقال ضمان العين إلى ضمان قيمتها، و لكنّ مجرد هذا الانتقال غير كاف في تعيين قيمة

---

(1) تحرير الاحكام، ج 2، ص 139

(2) غاية المراد، ص 86، السطر 17

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ الرّوضة البهية، ج 7، ص 41

(4) مسالك الأفهام، ج 12، ص 186

(5) شرائع الإسلام، ج 3، ص 240

(6) المبسوط، ج 3، ص 72 و 75؛ الخلاف، ج 3، ص 493، المسألة 9؛ شرائع الإسلام، ج 3، ص 240

و يدفع (1) بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده، و معنى ذلك (2) وجوب تداركه (3) ببدله عند التلف حتّى يكون عند التلف كأنّه

وقت التلف، إذ ربّما يجب أداء أعلى القيم من يوم الغصب إلى التلف. و عليه فلا بدّ من التماس دليل آخر على تعيين قيمة وقت التلف.

و لا يخفى عليك أنّه لم أظفر بمن أورد- بهذا الإيراد- على القول بضمان قيمة يوم التلف. نعم أورد به المحقّق و الشهيد الثانيان وغيرهما على القول بضمان قيمة يوم الغصب «من أنّه أوّل وقت دخول العين في ضمان الغاصب» فأوردوا عليه: «بأنّ معنى ضمان العين حينئذ هو أنّها لو تلفت وجب بدلها و هو القيمة، لا بمعنى وجوب قيمتها و العين باقية ..» (1).

و هذا الاشكال يمكن تقريره بالنسبة إلى القول بضمان قيمة يوم التلف، فيقال:

إنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، و أمّا ضمان خصوص قيمة هذا اليوم فغير لازم.

(1) حاصل هذا الدفع: أنّ استدلال العلامة قدّس سرّه سليم عن الإيراد المتقدّم، و ذلك لأنّ وضع اليد على مال الغير يوجب ضمانه أي دخوله في عهده، و يجب عليه ردّه إلى مالكه ما دام موجودا، و يجب تداركه ببدله برّد قيمته- لكونه قيميا حسب الفرض- إذا تلف، بحيث تسدّ القيمة مسدّد نفس العين التالفة، فكأنّها لم تتلف و لم تردّ خسارة على المالك أصلا. و من المعلوم أنّ جبران خسارة المالك يكون بأداء قيمة يوم التلف، لكون هذه القيمة مساوية في المائيّة للعين التالفة، و معه لا وجه لرعاية قيمة العين في المدة المتخللة بين الضمان و التلف، إذ لم تكن تلك القيم مضمونة حال وجود العين.

و عليه فلا يرد على كلام العلامة قدّس سرّه ما أفيد، هذا.

(2) أي: و معنى كون العين في عهدة الضامن وجوب تداركه .. إلخ.

(3) الضمائر في «تداركه، ببدله، كأنّه، له، مقامه» و المستتر في «يكون، يتلف» راجعة إلى «العين» فالأولى تأنيثها.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 246؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 185 و 186؛ جواهر الكلام، ج 37، ص 101

ص: 478

لم يتلف (1). و تداركه (2) على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه.

و ممّا ذكرنا (3) ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك (4) مثلاً فبدليل خارج.

نعم (5) لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من «دعوى الاتّفاق على كون

---

(1) في جبرانه من حيث الماليّة، و الجابر هو المال حين تلف العين.

(2) هذا كالصغرى لكبرى الضمان، فكأنّه قال: الضمان كليّة هو الجبران، فكأنّه لم يتلف شيء على المالك. و الجبران يتحقّق بأداء مال معادل في الماليّة للعين التالفة قائم مقامها. و النتيجة تعيّن قيمة وقت التلف.

(3) يعني: من وجوب تدارك التالف- و كون هذا معنى الضمان- ظهر... و غرضه تأسيس قاعدة كليّة في ضمان القيميّ في كافّة الموارد، سواء أ كان موجب الضمان غصباً أم قبضاً بعقد فاسد أم قبضاً بالسّوم، أم عارية مشروطة بالضمان، أم ودیعة كذلك، أم غير ذلك من أسباب الضمان. ففي جميعها ينبغي تدارك العين القيميّة بقيمتها وقت التلف، لأنّه وقت انتقال الضمان من العين إلى القيمة.

و لو نهض دليل على ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب كان تخصيصاً في أصالة الضمان بقيمة يوم التلف، و لا- مانع من هذا التخصيص، و لكنه لا يلحقه سائر موارد الضمان، إلّا إذا تمّ إجماع ابن إدريس قدّس سرّه على اتّحاد المبيع بالبائع الفاسد مع الغصب في الأحكام عدا الإثم في الإمساك، فإنّه يقتضي ضمان المقبوض بالبائع الفاسد بقيمة يوم الغصب لو ثبت ضمان المغصوب به.

(4) أي: من الأصل المقتضي لضمان التالف- كليّة- بقيمة يوم التلف.

(5) استدراك على الأصل الذي قرّره بقوله: «و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل» و غرضه إخراج المبيع بالبائع الفاسد عن الأصل المزبور، و إلحاقه بالمغصوب في كونه مضموناً بقيمة يوم القبض، لا يوم التلف.

المبيع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا في ارتفاع الإثم» ألحقناه (1) بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل (2).

بل (3) يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ (4) يلزم حينئذ أن يكون المغصوب- عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب- غير واجب التدارك عند التلف، لما (5) ذكرنا من أن معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك.

---

(1) أي: ألحقنا المبيع فاسدا بالمغصوب، وضمير «فيه» راجع إلى المغصوب.

(2) المقتضي للضمان بقيمة يوم التلف.

(3) غرضه إلحاق المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب مع الغصّ عن الإجماع الذي ادّعاه الحلّي على كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب، فيكون استدراكا عن قوله: «نعم لو تمّ ما تقدّم .. إلخ» واصله: أنّ مفاد الإجماع إلحاق خصوص المبيع فاسدا- من موارد الضمانات- بالمغصوب في كون المدار على قيمة يوم القبض، فيبقى غيره من الموارد تحت الأصل المزبور المقتضي لضمان قيمة يوم التلف.

و مفاد قوله: «بل يمكن أن يقال» إلحاق جميع موارد الضمان بالمغصوب، إذ لو فرض كون قيمة يوم التلف أضعاف قيمته يوم القبض لزم أن يكون الغاصب أحسن حالا- من غيره في هذا الفرض، وهو زيادة قيمته يوم التلف على قيمته يوم الغصب، وهو باطل بالضرورة، فينقلب الأصل المزبور إلى أصالة الضمان بقيمة يوم التلف في جميع موارد الضمان، فصحيحة أبي ولاد تكشف عن عدم إطلاق في أدلة الضمان يقتضي اعتبار قيمة يوم التلف.

(4) تعليل للكشف المزبور، واصله: لزوم التالي الفاسد، وهو كون الغاصب أحسن حالا من غيره.

(5) علة لقوله: «يلزم» وبيان لوجه اللزوم، يعني: يترتب اللازم الباطل المزبور

نعم (1) لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد (2) على مقتضى التدارك مؤاخذاً له بأشق الأحوال.

## [ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان]

### إشارة

فالمهم حينئذ (3) صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي (4)، وإمّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات (5)، وكون العمدة في جميعها بيوم الضمان كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

---

على كون ما ذكر من معنى التدارك.

(1) استدراك على وجوب التدارك بقيمة يوم التلف. وحاصله: أنه لو فرضنا دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم - كما استفاده الشهيد الثاني قدس سرّه - اختص ذلك بالغصب، لكون الغاصب مأخوذاً بأشق الأحوال.

(2) المراد بالزائد على مقتضى التدارك هو التفاوت بين أعلى القيم وقيمة يوم التلف أو يوم الغصب، وهذا التفاوت عقوبة مختصة بالغاصب، لكونه مأخوذاً بأشق الأحوال، ولا يجري في سائر الضمّناء.

(3) أي: حين تفاوت مقتضى الأصل في باب الضمان بتفاوت الاستظهار من الصحيحة.

(4) من إجماع المحصّلين على كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب إلا في ارتفاع الإثم على إمساكه.

ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان

(5) سواء أكان موجب الضمان هو الغصب أم القبض بالبيع الفاسد أم العارية المشروطة أم اللقطة أم غيرها.

و حیث (1) إنَّ الصَّحیحة مشتملة على أحكام كثيرة وفوائد خطيرة (2) فلا بأس بذكرها جميعا (3)، وإن كان الغرض متعلِّقا ببعضها. فروی الشیخ فی الصَّحیح (4) عن أبي ولاد، قال: «اكتريت بغلا الى قصر بني هبيرة (5) ذاهبا و جائيا بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل (6)، فتوجهت نحو النيل،

### الاستدلال بصحیحة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الضمان

- (1) غرضه من هذه الجملة توجيه نقل جميع الصحیحة، مع أن محلَّ الاستدلال بها على ضمان يوم التلف أو يوم الغصب جملتان منها. و محصّل التوجيه: اشتمال الصَّحیحة على أحكام كثيرة، و الوقوف على جهل أئمة الضلال بأحكام الشريعة الغراء، و تلاعبهم بدين الله، و ما يستتبعه ذلك من حبس قطر السماء و بركات الأرض، فالحمد لله الذي هدانا لولاية أوليائه عليهم السلام و ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.
- (2) سيأتي ذكر جملة من هذه الأحكام في التعليقة بعد الفراغ من توضيح كلمات المصنّف فيما يتعلّق بمورد الاستدلال بها.
- (3) لكنّه قدّس سرّه لم يف بما وعده من ذكر تمام الصَّحیحة، و سنذكر تتمّتها.
- (4) و كذا رواها ثقة الإسلام قدّس سرّه بسند صحیح، فالسند صحیح بطريقه، و لا تختصّ الصَّحّة بطريق شيخ الطائفة قدّس سرّه، لكن لا مفهوم لتعبير المصنّف، و إنّما غرضه وجود طريق صحیح لهذا الخبر الشريف.
- (5) هذا الموضع يسمّى في عصرنا الحاضر بالهاشميّة، و هو من أفضية محافظة بابل [الحلّة] يتعد عن الحلّة قرابة عشرين كيلومترا. و أمّا القصر فلم يبق منه سوى أطلال. و أمّا ابن هبيرة فهو من عمّال بني أمية- لعنهم الله- في أواخر عهدهم و سلطنتهم. كذا قيل.
- (6) و هو قرية بين كوفة و بغداد، ففي اللسان: (و نيل: نهر بالكوفة، و حكى الأزهرى، قال: رأيت في سواد الكوفة قرية يقال لها: النيل، يخرقها خليج كبير يتخلّج

فلَمَّا أتيت النيل خبّرت أنّه توجّه إلى بغداد، فاتّبعته و ظفرت به و فرغت ممّا بيني و بينه (1)، و رجعت إلى الكوفة، و كان ذهابي و مجيبي خمسة عشر يوما.

فأخبرت (2) صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحلّل منه فيما [ممّا] صنعت و أرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهما، فأبى أن يقبل (3)، ففرضينا بأبي حنيفة و أخبرته بالقصة، و أخبره الرّجل.

فقال لي: ما صنعت بالبغلة؟

قلت: رجّعته سليما. فقال (4): نعم بعد خمسة عشر يوما.

قال: فما تريد من الرّجل؟

قال (5): أريد كراء بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوما.

---

من الفرات الكبير» «1».

(1) هذا الضمير و ضمائر «أنّه، توجّه، فاتّبعته، به» راجعة إلى «الغريم» المراد به المديون.

(2) الوجه في إخبار صاحب البغل هو مخالفة أبي و لآد لعقد الإجارة، لأنّ السير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة- ذاهبا و جائيا- يقلّ عن عشرة أيّام، فكان تصرفه و ركوبه على البغل مخالفا لمقتضى الإجارة، فأراد أبو و لآد استرضاء صاحب البغل و الاستحلال منه.

(3) يعني: أنّ صاحب البغل لم يقنع بخمسة عشر درهما، و زعم استحقاقه اجرة أزيد منها.

(4) يعني: فقال صاحب البغل: إنّ أبا و لآد و إن أرجع البغل سليما، لكنّه أرجعه بعد خمسة عشر يوما، و هو أكثر من مدّة الإجارة المتعارفة للذهاب من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة و الرجوع منها إلى الكوفة.

(5) يعني: قال صاحب البغل: أريد كراء البغل في مدّة خمسة عشر يوما، و هو أكثر من خمسة عشر درهما التي اقترحها أبو و لآد.

---

(1) لسان العرب، ج 11، ص 686

ص: 483

فقال (1): إنني ما أرى لك حقًا، لأنّه اكتراه إلى قصر بني هبيرة، فخالف (2)، فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء.

قال (3): فخرجنا من عنده و أخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته ممّا أفتى (4) به أبو حنيفة، و أعطيته (5) شيئا و تحلّلت منه. و حججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السّلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال (6): في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها، و تحبس الأرض بركاتها.

---

(1) يعني: فقال أبو حنيفة للمكاري: لا أرى لك حقًا على أبي و ولاد أصلا، لا خمسة عشر درهما، و لا أزيد منها، بل تستحقّ الدراهم التي تراضيتها عليها- أو لا- حين اكتراء البغل من الكوفة إلى قصر بني هبيرة.

(2) يعني: فخالف أبو و ولاد مقتضى الإجارة، و عدل بطريقه من قرب قنطرة الكوفة إلى النيل، و لم يذهب إلى قصر بني هبيرة.

(3) يعني: قال أبو و ولاد: فخرجنا من عند القاضي و أخذ صاحب البغل يقول:

إنا لله و إنا إليه راجعون. لكون قضائه جائرا مخالفا للعدل و الانصاف الذي تدعو دين الفطرة إليه، و لم يخف بطلانه على عقل أوسط الناس- و هو المكاري- و إن خفي على عقل فقيه العراق بحسب زعمه.

(4) التعبير بالفتوى- مع أنّهما ترفعا إلى القاضي- لأجل أنّ النزاع في الحكم الكلّي، فكان فصل الخصومة بالفتوى، لا ببيان حكم قضائيّة شخصية.

(5) ضمير الفاعل من هنا إلى «فأخبرت» راجع إلى أبي و ولاد، و ضمير المفعول و المجرور في «منه» راجع إلى صاحب البغل.

(6) أي: فقال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السّلام: في مثل هذا القضاء- المخالف لما أنزله الله تعالى- تحبس السماء ماءها .. إلخ.



فقلت (1): لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت جعلت فداك؟

قال عليه السلام (2): أرى له عليك مثل كراء (3) بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، و مثل كراء بغل راكبا من النيل إلى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه (4) إياه.

قال (5): فقلت: جعلت فداك، قد علّفته بدراهم، فلي عليه علفه؟

فقال (6): لا، لأنك غاصب.

---

(1) أي: قال أبو ولّاد لأبي عبد الله عليه السلام: ما هو حكم الله في هذه المسألة؟

(2) أي: قال الإمام أبو عبد الله عليه السلام: أرى لصاحب البغل عليك .. إلخ.

(3) يعني: عليك مثل أجره بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، و مثل كراء بغل راكبا من النيل الى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة.

(4) أي: تعطي صاحب البغل هذا الكراء، و الظاهر أنّ المراد قنطرة الكوفة لا نفس المدينة، لأنّ أبا ولّاد لم يخالف مقتضى الإجارة قبل بلوغه قنطرة الكوفة، و إنّما خالفه من القنطرة إلى النيل، ثمّ منه إلى بغداد، و منه عائدا إلى الكوفة.

و الوجه في هذه المحاسبة كون المسافة و مدّة الركوب على البغل أزيد من السير المتعارف من كوفة إلى بغداد، ثمّ منه إلى كوفة، لكون القصر و النيل خارجين عن الجادة المعمولة بين كوفة و بغداد، فلأجل ذلك تزداد اجرة المثل - في الطريق التي سلكها أبو ولّاد - على اجرة السير المتعارف، فيكون ضامنا لمنفعة البغل المستوفاة.

(5) يعني: قال أبو ولّاد: قد علّفت البغل بدراهم في مدّة ركوبي عليه. و غرض أبي ولّاد من هذا الكلام: التخلّص من بعض الأجور - التي حكم الامام عليه السلام بضمائها - بأنّ استيفاء ركوب البغل في المسافة المذكورة و إن لم يكن بعقد إجارة، إلّا أنّه صرف دراهم في تعليف البغل، فينبغي حطّ بعض اجرة المثل بإزاء التعليف، هذا.

(6) يعني: قال الامام الصادق عليه السلام: لا تستحقّ على المكاربي مئونة التعليف لأنك غاصب، و ليس تصرفك في البغل مستندا إلى إذن مالكيّ أو شرعيّ حتى يكون

قال (1): فقلت: أ رأيت، لو عطب (2) البغل و نفق أ ليس كان يلزمني (3)؟

قال (4): نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت (5): فإن أصاب البغل

---

مئونه على المالك.

(1) يعني: قال أبو ولاد: فقلت للإمام عليه السلام: أ رأيت .. إلخ. و الظاهر أن أبا ولاد استغرب من حكمه عليه السلام بضمان اجرة المثل و بوجوب الإنفاق على البغل، و ذلك لما سمعه من قاضي الكوفة من أنه لما صار ضامنا لرقبة البغل بالغصب كانت منفعتة- كالركوب- مملوكة له، فلذا استفهم أبو ولاد منه عليه السلام، و قال: لو هلك البغل في المدّة التي كانت عنده غصبا، فهل يكون مضمونا؟ و هل يجب دفع قيمته إلى المكارى أم لا؟

فأجاب عليه السلام: نعم، لو هلك البغل عندك كنت ضامنا لقيمته، لأنك غاصب و كذلك تكون ضامنا لاجرة المثل، و وجب عليك تعليفه. و لا وجه لحكم القاضي الجائر اعتمادا على حديث: «الخراج بالضمان» لعدم كون مورده الغصب أصلا، كما تقدّم تفصيله في الأمر الثاني.

(2) من باب «تعب» بمعنى: هلك. كذا في المصباح «1». و فيه أيضا: «و نفقت الدابة نفوقا من باب قعد: ماتت» «2». و الظاهر أن المراد من «العطب» هنا هو الموت عن الكسر، و النفوق هو الموت حتف الأنف.

(3) بالتخفيف، أي: هل تكون القيمة لازمة عليّ و مضمونة لو هلك البغل؟

(4) يعني: قال الامام عليه السلام: لو هلك البغل لزمك قيمته يوم خالفت عقد الإجارة.

(5) هذا قول أبي ولاد. و هو سؤال أيضا عن ضمان البغل، لكن الفارق بينه و بين سابقه أن السؤال الأوّل كان عن ضمان الرقبة لو مات البغل. و هذا سؤال عن

---

(1) المصباح المنير، ص 416

(2) المصدر، ص 618

ص: 486

كسر أو دبر (1) أو عقير [غمز].

فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه.

فقلت (2): من يعرف ذلك؟

---

ضمان الطرف و الأعضاء من كسر أو قرحة أو عرج. فأجاب عليه السّلام: بضمانها أيضا كالرقبة.

و طريق معرفته تقويم البغل صحيحا من كلّ عيب، و تقويمه مع ذلك الكسر أو العرج أو القرحة، فالتفاوت بين القيمتين هو المضمون. كما إذا قوّم سليما بعشرة دنانير، و معيبا بثمانية، فالأرش ديناران يجب دفعهما إلى المكارى.

(1) قرحة الدابة، و «العقر» بمعنى الجرح. و في بعض النسخ «غمز» و هو ميل الدابة من رجلها و العرج الضعيف. و أمّا «الغمز» بالراء فلم يظهر له معنى يناسب المقام.

(2) هذا قول أبي وّلاّد، و هو استفهام عن طريق معرفة الأرش - الذي يضمّنه لو اعتلّ البغل عنده - بعد معرفة أصل ضمان العيب. و أجابه عليه السّلام بأنّ لمعرفة أرش العيب طرقا.

فإن توافق المكارى و أبو وّلاّد على قيمة البغل صحيحا و معيبا، فيدفع الأرش إليه.

و إن اختلفا في القيمة، بأن ادّعى صاحب البغل زيادة قيمته، و أنكرها أبو وّلاّد، حتّى يكون أرش ما بين الصّحة و العيب أقلّ، كما إذا ادّعى المكارى أنّ قيمة الصحيح عشرة دنانير، و قيمة المعيب ثمانية، فيطالب بدينارين. و ادّعى أبو وّلاّد أنّ قيمة البغل السليم عشرة و قيمة المعيب تسعة، فيكون ضامنا لدينار. فيحلف المكارى على ما يدّعيه. أو يأتي بشهود على أنّ قيمة البغل يوم الاكتراء عشرة دنانير مثلا.

فإن لم يأت المكارى بشهود و لم يحلف على دعواه بأن وجه اليمين إلى منكر زيادة القيمة حلف أبو وّلاّد على الثمن القليل و ثبت دعواه.

قال عليه السّلام: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو (1) على القيمة فيلزمك فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة (2) لزمك ذلك. أو (3) يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا و كذا، فيلزمك.

فقلت (4): إني كنت أعطيته دراهم و رضي بها و حللني.

فقال: إنّما رضي بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم.

و لكن ارجع إليه، فأخبره بما أفيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك» الخبر (5).

---

(1) يعني: صاحب البغل، فيحلف على القيمة العليا، فتثبت في ذمّة أبي ولّاد.

(2) يعني: على القيمة الدنيا، فتلزمك و تستقرّ على عهدتك.

(3) هذا عدل لقوله: «إمّا أن يحلف» يعني: أنّ للمكاري إثبات دعواه بإحدى طريقتين: الحلف و البيّنة.

(4) هذا قول أبي ولّاد، و غرضه من هذا السؤال حطّ مقدار من اجرة المثل التي حكم الامام عليه السّلام باستقرارها في ذمّته، فقال: إني أشفقت على المكاري بعد حكم قاضي الكوفة، و أعطيته دراهم و تحللت منه، فهل يجوز احتسابها من اجرة المثل، أم أنّها لا تحسب منها و يجب أداء اجرة المثل كاملة؟

فأجاب عليه السّلام: بأنّ رضي المكاري بتلك الدراهم و تحللك منه كان ناشئاً من جهله بما يستحقّه عليك واقعا، فرضي بما أعطيته إيّاه. و لكن أخبره بالحكم الواقعيّ و ما يستحقّه عليك من اجرة المثل، فإن حللك من اجرة المثل و رضي بما أعطيته سابقا فهو، و إلّا فادفع إليه ما يستحقّه من اجرة المثل كاملة.

(5) ذيل الصحيحة: «فلمّا انصرفت من وجهي [حجّتي] ذلك لقيت المكاري، فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السّلام، و قلت له: قل: ما شئت حتى أعطيكه. فقال:

قد حبّبت إليّ جعفر بن محمّد عليهما السّلام و وقع له في قلبي التفضيل، و أنت في حلّ،

الأولى: قوله: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد، فإنّ الظاهر (1)

وإن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذته منك فعلت» (1).

و المراد بالموصول في «بما أفتاني به» هو اشتغال ذمّة أبي ولّاد بأجرة مثل البغل من الكوفة إلى النيل، و منه إلى بغداد، و منه عائدا إلى الكوفة، و قد حكم أبو حنيفة بعدم استحقاق المكاري لهذه الأجرة. فلمّا سمع المكاري فتوى الامام الصادق عليه السّلام باستحقاقها فرح بها و طابت نفسه من أبي ولّاد، و أسقط ماله في ذمّته، بل لم يكتف المكاري بهذا الاسقاط، فقال: لو شئت يا أبا ولّاد أرجعت إليك الدراهم التي أعطيتها بعد قضاء أبي حنيفة.

و اعلم أنّ هذه الصحيحة قد يستدلّ بها تارة على اعتبار قيمة يوم الغضب.

كما عليه جماعة و منهم المصنّف في بادئ الأمر. و اخرى على ضمان يوم التلف كما عليه آخرون، و ثالثة على ضمان أعلى القيم من الغضب إلى التلف كما عليه الشهيد الثاني، و سيأتي التعرّض لجميع ذلك إن شاء الله تعالى.

(1) استدلّ المصنّف قدّس سرّه بجملتين من هذه الصحيحة المباركة على مدّعه من ضمان المغصوب بقيمة يوم الغضب، كما أفاده - قبل ذكر الصحيحة بأسطر - بقوله:

«بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغضب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولّاد الآتية».

الجملة الأولى: قوله عليه السّلام في جواب أبي ولّاد: «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

و حاصل تقريب الاستدلال بها: أنّ «اليوم» قيد للقيمة بأحد وجهين: إمّا بإضافة «القيمة» المضافة إلى «البغل» إليه، بأن يضاف القيمة أوّلا إلى البغل، و ثانيا

(1) وسائل الشيعة، الباب 17 من كتاب الإجارة، الحديث 1، الا- أنّه أسقط ذيله، و ذكر تمامه في الكافي ج 5، ص 290 و 291. ثمّ إنّ الرواية على طريقة الكافي صحيحة، و كذا على طريقة الشيخ، لأنّه رواها بإسناده إلى أحمد بن محمد و طريقه إليه صحيح، فلا إشكال في الصحيحة من حيث السند، فلاحظ.

إلى اليوم، فيكون المتحصّل من هذه الإضافة: أنّ المضمون قيمة يوم المخالفة، يعني:

قيمة البغل الثابتة له يوم الغضب، و هو زمان الميل عن قنطرة الكوفة إلى النيل.

و إمّا بجعل «اليوم» قيّدا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل،

[1] لا يخفى أنّه قد اختلفت نسخ الحديث، ففي الكافي والوسائل و مرآة العقول نقلها بتنكير «البغل» في كلام أبي عبد الله عليه السلام الدالّ على ضمان الكراء و ضمان البغل. وفي الوافي و التهذيب نقله معرّفًا باللام في جميع الموارد. وفي غصب الوسائل نقله منكرًا في بعض الموارد و معرّفًا في بعضها الآخر.

و كيف كان فالظاهر أنّ أبا حنيفة تمسّك فيما حكم به من عدم ضمان أجرة المثل بحديث «الخراج بالضمان» بزعم أنّ الخراج - أي المنافع - بإزاء ضمان العين، فكأنّ قيمة العين عوض منافعها، لأنّ ماليّة العين إنّما هي بإزاء منافعها، فالقيمة المبدولة بإزائها إنّما هي قيمة فوائدها، لأنّ العين المجرّدة عن المنافع لا ماليّة لها. و هذا شيء لا تستبعده العقول، فيما إذا تلفت العين تحت يد من استوفى خراجها.

لكن ما حكم به أبو حنيفة مخالف للعقل و العدل الإسلاميّ، و لذا استرجع صاحب البغل، و تحلّل منه أبو ولّاد، إذ المفروض بقاء العين و استيفاء المنافع، فلو لم يضمن من استوفها كان ظلما على المالك، هذا.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق في صحة الاستدلال بالصحيحة بين تنكير البغل و تعريفه في مقدار الكراء، لما مرّت إليه الإشارة سابقا من عدم دخل الهويّة بما هي في القيم و الرغبات. و إنّما الدخيل فيها هو الخواصّ و الأوصاف الموجبة لاختلاف القيم و الرغبات، مثل كون البغل قويّا سريع السير مرتاضا غير شמוש، فقوله عليه السلام: «له عليك كراء بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل» يراد به البغل المماثل لبغله بحسب فهم العرف و ارتكاز العقلاء، لا كراء كلّ بغل شاء، سواء كان مخالفا لبغله أم لا. و مع المماثلة لا فرق بين كراء شخص بغله و كراء مماثله، كما لا يخفى.

إليه (1) ثانيا، يعني: قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف (2) من البغل للإضافة [1]

حيث إنّ الإضافة إمّا تقيّد التعريف إن أضيف إلى المعرفة، أو الاختصاص إن أضيف إلى النكرة. فالقيمة بعد أن أضيفت إلى البغل أفادت الاختصاص، أي: اختصاص القيمة بالبغل لا غيره.

وحاصل هذا التقريب: أنّ القيمة المختصّة بالبغل هي قيمته يوم الغضب، في مقابل قيمته يوم التلف. أو أعلى القيم أو غيرهما من القيم التي تنسب إلى البغل.

وقد أشار إلى هذا التقريب بقوله: «وإمّا بجعل اليوم قيدا .. إلخ».

(1) أي: إلى اليوم، بأن أضيفت القيمة مرّة إلى البغل، و ثانية إلى اليوم كما ذكرناه آنفا. ولكن صريح كلامه في السطر الآتي إضافة «البغل» إلى «يوم المخالفة» ولذا سقط اللام من «البغل» ومعنى هذا الكلام: إضافة «القيمة» إلى «بغل» وإضافة «بغل» إلى «يوم المخالفة» إذ لو كانت «القيمة» مضافة مرّتين إحداهما إلى «البغل» والأخرى إلى «يوم المخالفة» لم يكن وجه لسقوط حرف التعريف من «بغل» لعدم كونه مضافا إلى «يوم» كي يحذف منه اللام.

(2) وهو الألف واللام من «البغل» لأجل إضافة «البغل» إلى «يوم خالفته» وغرضه من هذا الكلام دفع ما يتوهّم من: أنّ تنكير «البغل» إنّما هو للإشارة إلى أنّ ذا القيمة ليس خصوص البغل الذي هو مورد البحث، بل المضمون قيمة بغل مماثل لهذا البغل، فتكون الرواية دليلا لمذهب من جعل القيميّ مضمونا بالمثل.

ومحصّل دفع هذا التوهّم: أنّ البغل ليس نكرة، بل هو معرّف باللام، غاية الأمر أنّ اللام سقط لأجل الإضافة، فالمراد بالبغل هو خصوص البغل الذي اكتراه أبو ولّاد.

[1] لا يخفى أنّ اللام يسقط عن المضاف لا المضاف إليه كالبغل في الصحيحة.

كذا قيل. ولكن نفس «البغل» مضاف إلى اليوم، فيسقط عنه حرف التعريف، وإن كان «البغل» مضافا إليه أيضا ل «قيمة» مثل: جاءني عبد سلطان بلدكم.

لا (1) لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن، حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل (2)، و القيمة إنّما هي قيمة المثل (3).

وإنّما (4) بجعل «اليوم» قيّدا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل [1].

(1) أي: ليس منشأ إسقاط حرف التعريف هو كون البغل الذي يجب دفع قيمته كلياً غير معيّن حتى يكون المضمون هو البغل المماثل للتالف- الذي اكتراه أبو ولاد- و تكون القيمة بدل البذل.

(2) كالاسكافيّ و من وافقه من كون المضمون مضموناً بمثله، و لا تستقرّ القيمة في ذمّة الضامن إلا بتعذر المثل.

(3) لا قيمة نفس التالف، فإنّها غير مضمونة بناء على ضمان القيميّ بالمماثل عرفاً.

(4) هذا هو الشقّ الثاني من شقّي الاستدلال بالجملة الاولى من الصحيحة على ضمان يوم الغصب، و قد أوضحناه بقولنا: «وإنّما بجعل اليوم قيّدا للاختصاص ..»

راجع (ص 490).

و قد تحصّل من كلام المصنّف قدّس سرّه إلى هنا: وفاء الجملة الاولى من الصحيحة- بطريقتين- لإثبات ضمان المغصوب القيميّ بقيمة يوم غصبه، لا بقيمة يوم التلف.

[1] لا يخفى أنّ الاستدلال بقوله عليه السّلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» على كون الضمان بقيمة يوم الغصب مبنيّ على رجوع القيد أعني به «يوم خالفته» إلى القيمة، بأحد وجوه:

الأوّل: إضافة القيمة إلى البغل، و البغل إلى اليوم بنحو تتابع الإضافات كقول الشاعر: «و ليس قرب قبر حرب قبر» بناء على تكثير البغل، إذ مع تعريفه لا تصحّ إضافته معنى، و إنّما تصحّ إضافته لفظاً.

ص: 492



الثاني: إضافة القيمة إلى البغل و اليوم معا.

الثالث: إضافة المتحصّل من المضاف و المضاف إليه- و هو القيمة المتخصصة بالبغل- إلى اليوم.

الرابع: كون اليوم ظرفا للقيمة من دون إضافة شيء إليه، فيكون اليوم منصوبا بالاختصاص سواء أ كان البغل منكرًا منوّنًا بإضافة القيمة إليه، كما في نسختي الكافي و الوسائل و مرآة العقول، فإنّ البغل مذكور فيها بالتنكير. فالبغل حينئذٍ مجرور منوّنًا بإضافة القيمة إليه. أم كان البغل معرفًا باللام كما في التهذيب و الوافي، يعني: قيمة البغل المعهود يوم المخالفة. فتدلّ على أنّ المضمون قيمة يوم الغضب، هذا.

أمّا الوجه الأوّل فلا يصار إليه في المقام، لأنّ البغل من الذوات غير القابلة للتقييد بالزمان، لعدم اختلاف الأعيان باختلاف الأزمان، كما هو شأن التقييدات، فلا يصلح الزمان لأن يكون قيدًا. كما لا يصح تقييد الدار و الدكان و نحوهما بالزمان، فلا يقال: «دار أو دكان أو خان يوم» كما لا يقال: «بغل يوم الغضب، أو يوم الجمعة» إلّا باعتبار قيمتها التي هي معنى حديثي. بخلاف قوله: «و ليس قرب قبر حرب قبر» لصحّة كون «حرب» قيدًا للقبر.

و أمّا الوجه الثاني- و هو إضافة القيمة إلى كلا الأمرين عرضًا- فهو غير معهود في الاستعمالات، إذ يتوقف ذلك على لحاظين مستقلّين متباينين، و ذلك في استعمال واحد ممتنع.

مضافا إلى: أنّه على فرض صحّته في نفسه لا يمكن المصير إليه في المقام، إلّا بناء على تنكير البغل. و أمّا مع تعريفه باللام فلا يصحّ ذلك، لأنّ البغل لإضافته إلى «يوم» لا بدّ من تجريده عن اللام.

و بالجملة: فأشكال هذا الوجه الثاني- مضافا إلى امتناع تعدّد اللحاظين- عدم معهوديّته في الاستعمالات الشائعة.

وأما الوجه الثالث- وهو إضافة المجموع المتحصّل من المضاف و المضاف إليه إلى اليوم- فلا بأس به.

و محصّله: أنّه يلزمك الحصّة الخاصّة من القيمة أعني بها قيمة البغل الثابتة له في يوم المخالفة، فهذه القيمة الخاصة مضمونة على الغاصب. فالظرف- وهو اليوم- متعلّق بالثابت. ومثل هذا كثير في الاستعمالات العرفيّة، فيقال: ماء رمان زيد، و حبّ رمان عمرو.

وأما الوجه الرابع- وهو كون اليوم منصوبا على الظرفيّة و ظرفا للقيمة- فهو أيضا ممّا لا بأس به، لأنّ «القيمة» بمعنى ما يتقوّم به، وهو معنى حديثي قابل للتقيّد بالزمان.

لكن يحتمل رجوع القيد- أعني يوم المخالفة- إلى قوله عليه السّلام: «نعم» الذي بمعنى يلزمك، يعني: «يجب عليك في يوم المخالفة قيمة البغل» فيدلّ على أن حدوث الضمان يكون يوم المخالفة، ولا يدلّ على تعيين القيمة، وأنّها قيمة يوم المخالفة أو يوم الغصب.

ومع هذا الاحتمال تكون الصحيحة مجعولة، فلا يصح الاستدلال بها على ثبوت قيمة يوم الغصب. فيرجع في تعيين القيمة إلى القواعد. و قد تقدّم سابقا أنّ مقتضاها ضمان قيمة يوم التلف، هذا ما احتمله جمع منهم صاحب الجواهر، وسيأتي نقل كلامه في التوضيح ان شاء الله تعالى.

لكن يبيّنه أمران:

أحدهما: ما استفاد من كلام المصنّف من لغويّة ذكر القيد- أعني يوم المخالفة- الذي هو راجع إلى قوله عليه السّلام: «نعم» لأنّه يبيّن حينئذ مبدء الضمان وهو يوم الغصب، وذلك معلوم عند السائل.

ثانيهما: أنّ لازم رجوع القيد إلى قوله: «نعم» انتقال العين إلى القيمة قبل تلفها، لأنّ السائل فرض المخالفة مع بقاء العين. وقد حكم الامام عليه السّلام بضمنان قيمة البغل. وهذا ممّا لم يقل به أحد. فلا بدّ من ترجيح احتمال رجوع القيد- أعني به يوم المخالفة- إلى

القيمة بأحد الوجهين المتقدمين، فتكون الصحيحة على هذا دليلا على ضمان قيمة يوم الغضب كما هو مدعى من ادعى ذلك.

لكن يمكن أن يقال: إنها دليل على ضمان قيمة يوم التلف. تقرّبه: أن أبا ولّاد يسأل عن الضمان إذا عطب أو نفق، و من المعلوم أنّ الذهن غير المشوب بالمناقشات ينقدح فيه من قوله: «لو عطب أو نفق أليس يلزمني» أنه يلزمني قيمة البغل حال تلفه، لأنها قيمته الفعلية، لا قيمته في الزمان الماضي أو المستقبل.

ولما كان ضمان التلف تحت يده موهما لضمائه مطلقا و لو لم يكن التلف في حال الغضب فقد دفع هذا التوهّم بقوله عليه السّلام: بأنّ ضمان التلف ليس ثابتا مطلقا، بل في خصوص حال الغضب. فتلف البغل قبل الغضب- و هو في المثال من الكوفة إلى قنطرتها- لا يوجب الضمان. فيوم المخالفة قيد لضمان التلف، يعني: أنّ التلف يوجب الضمان إذا وقع في حال الغضب، لا مطلقا، ففي جوابه عليه السّلام تصديق لقول أبي ولّاد و ردع له.

أمّا تصديقه فمن جهة لزوم القيمة عند التلف التي هي في ارتكازه و ارتكاز العقلاء قيمتها حال التلف، لأنها قيمتها الفعلية.

و أمّا ردعه فمن جهة أنّ إطلاق ضمان التلف يقتضي ثبوت الضمان من وقت الأخذ، فردعه الامام عليه السّلام بأنّ الضمان على فرض التلف ثابت من وقت الغضب. فقوله عليه السّلام: «يوم خالفته» قيد لقوله عليه السّلام: «نعم» أو للفعل المدلول عليه به كما هو ظاهر التركيب اللغوي. و القيمة التي ورد عليها التصديق هي قيمة يوم التلف. فكأنّه قيل: إذا مات البغل حال الغضب و المخالفة ضمن قيمته، و من المعلوم أنّ قيمته الفعلية هي قيمته يوم التلف.

و لا فرق في هذا الاستظهار بين تكبير البغل و تعريفه، لما تقدّم سابقا من عدم دخل الهوية بما هي في القيم و الرغبات، و أنّ الدخيل فيها هي الخواصّ و الأوصاف، كقوّة البغل و سرعة سيره و كونه مرتاضا غير شמוש، هذا.

وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنَّ قَوْلَ السَّائِلِ: «أَيْلِزْمَنِي» الْمُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ وَالنَّفُوقِ، إِذَا بِمَعْنَى عَهْدَةِ الْعَيْنِ، وَإِذَا بِمَعْنَى لُزُومِ دَفْعِ الْبَدَلِ فَعَلًا، وَإِذَا بِمَعْنَى لُزُومِهِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّلْفِ، وَهُوَ الضَّمَانُ بِالْقُوَّةِ فِي كَلَامِ الْمَشْهُورِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ غَيْرُ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ، لِأَنَّهُ مُرْتَبِّ عَلَى مَجْرَدِ الْغَضَبِ، فَلَا يَصَحُّ جَعْلُ الْعَطْبِ فِي كَلَامِ السَّائِلِ شَرْطًا لِلزُّومِ ضَمَانِ الْقِيَمَةِ، وَلَا جَعْلُ اللَّزُومِ جِزَاءً لِقَوْلِهِ:

«فَلَوْ عَطَبَ» لِفَقْدَانِ التَّرْتَبِ الْمَعْتَبَرِ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالْجِزَاءِ، حَيْثُ إِنَّ الْعَهْدَةَ مُضَافَةً إِلَى الْعَيْنِ، لِأَنَّ فَاعِلَ «أَيْلِزْمَنِي» هُوَ الْبِغْلُ، لَا بَدْلَهُ أَعْنِي بِهِ الْقِيَمَةَ، فَلَا بَدَّ مِنَ الْاِقْتِصَارِ عَلَى قَوْلِهِ: «نَعَمْ» لِأَنَّهُ يُسْأَلُ عَنِ ضَمَانِ الْعَيْنِ، فَيَكْفِيهِ قَوْلُهُ: «نَعَمْ» فَلَا يَتَعَلَّقُ اللَّزُومُ الْمُسْتَفَادُ مِنْهُ بِقِيَمَةِ الْبِغْلِ.

وَأَمَّا الثَّانِي - وَهُوَ لُزُومُ دَفْعِ الْبَدَلِ فَعَلًا - فَهُوَ قَابِلٌ لِتَرْتَبِهِ عَلَى الْعَطْبِ، إِذَا الْمُرْتَبِّ عَلَيْهِ هُوَ الْقِيَمَةُ لَا الْعَيْنِ، لِفَرْضِ تَلْفِهَا، فَيَتَعَيَّنُ حِينَئِذٍ أَنْ يَكُونَ «يَوْمَ خَالَفْتَهُ» قِيدًا لِلْقِيَمَةِ، لَا لِقَوْلِهِ: «يْلِزْمَنِي» لِعَدَمِ اللَّزُومِ الْفِعْلِيِّ لِلْقِيَمَةِ مِنْ يَوْمِ الْمَخَالَفَةِ، بَلْ لُزُومِ الْقِيَمَةِ فَعَلًا مُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ الْوَاقِعِ فِي ظَرْفِ الْمَخَالَفَةِ.

لَكِنْ يَشْكَلُ إِرَادَةُ اللَّزُومِ الْفِعْلِيِّ لِلْقِيَمَةِ فِي يَوْمِ الْمَخَالَفَةِ مَعَ إِمْكَانِ إِرَادَةِ اللَّزُومِ التَّقْدِيرِيِّ وَإِرَادَةِ الْعَهْدَةِ مِنْهُ، إِذَا الْمَفْرُوضُ بَقَاءُ الْعَيْنِ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ - أَعْنِي بِهِ لُزُومُ دَفْعِ الْبَدَلِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّلْفِ، وَهُوَ الضَّمَانُ بِالْقُوَّةِ - فَهُوَ مُرْتَبِّ عَلَى فَرْضِ وَجُودِ الْعَطْبِ، لَا عَلَى الْعَطْبِ الْفِعْلِيِّ، وَ مِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ قَوْلَهُ: «أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبِغْلُ .. إلخ» بَيَانٌ لِمَعْنَى الضَّمَانِ بِالْقُوَّةِ، أَعْنِي بِهِ لُزُومُ الْبَدَلِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّخَلُّفِ بِجَعْلِ الْعَطْبِ مُقَدِّمًا، وَجَعْلُ لُزُومِ الْبَدَلِ تَالِيًا. وَهَذَا اللَّزُومُ التَّقْدِيرِيُّ هُوَ الَّذِي سَمِعَهُ مِنْ أَبِي حَنِيفَةَ، لَا اللَّزُومَ الْفِعْلِيَّ، إِذْ لَمْ يَكُنْ فِي الْوَاقِعَةِ عَطَبَ فِعْلِيَّ.

وَمِنْهُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِاسْتِفَادَةِ اللَّزُومِ الْفِعْلِيِّ، فَإِنَّهُ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ الْفِعْلِيِّ، لَا عَلَى فَرْضِهِ بِجَعْلِهِ وَاقِعًا مَوْجِعَ الْفَرْضِ وَالتَّقْدِيرِ الَّذِي هُوَ مَفَادٌ مَدْخُولٌ أَدَاةَ الشَّرْطِ.

وأما ما احتمله جماعة (1) من «تعلق الظرف بقوله: نعم، القائم مقام قوله عليه السلام: يلزمك يعني: يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل»

(1) هذا الاحتمال المذكور في مفتاح الكرامة و المستند و الجواهر (1)، عارضوا به دلالة الفقرة على ضمان المغصوب بقيمة يوم غضبه. و الفاضل النراقي قدس سره و إن رجح الضمان بقيمة يوم الغضب، إلا أنه استفاد من الفقرة الثانية الآتية، و هي قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا...».

قال في الجواهر في ردّ استظهار ضمان قيمة يوم الغضب- ما لفظه: «و فيه:

احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله: نعم، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلق بك ذلك اليوم. و حينئذ فحدّ القيمة غير مبين فيه، فلا ينافي ما دلّ على القيمة يوم التلف الذي ستعرف أنه الأصحّ. و دعوى أنّ الأول- و هو ضمان قيمة يوم الغضب- أظهر ممنوعة».

و عليه فيتردّد الأمر بين أن يكون «يوم المخالفة» قيدا للقيمة، و أن يكون قيدا للزوم التقديري المستفاد من قوله عليه السلام: «نعم» فتكون الرواية ساكتة عن وقت القيمة.

فالنتيجة: أنّ الصحيحة لا تكون ظاهرة في اعتبار قيمة يوم الغضب، كما ادّعاه القائل باعتبار قيمة يوم المخالفة، لتطرق احتمال قيديّة يوم المخالفة لكلّ من القيمة و الزوم. فعلى الأول يكون المدار على قيمة يوم الغضب و على الثاني يكون المدار على قيمة يوم التلف، لأنّ معناه حينئذ: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل، و من المعلوم أنّ قيمته الفعلية عند التلف هي قيمته حال التلف.

فتلخص: أنّ الصحيحة إمّا ظاهرة في اعتبار قيمة يوم التلف، أو مجملة، و لا ظهور لها في اعتبار يوم الغضب.

(1) راجع: مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244؛ مستند الشيعة، ج 2، ص 368؛ جواهر الكلام، ج 37، ص 101 و 102

و الوجه في تعلّق الظرف - وهو: يوم- بفعل «يلزم» هو اعتبار تعلّق الظرف بفعل أو شبه فعل، ولا يصلح تعلّقه ب «نعم» وإنّما يتعلّق بفعل «يلزمك» الذي دلّ عليه كلمة «نعم».

وعليه فبناء على احتمال تعلّق الظرف ب «يلزمك» لا تدلّ هذه الجملة على ضمان يوم الغصب، وإنّما تدلّ على استقرار قيمة المضمون بمجرد الغصب، وأمّا حدّ قيمة المضمون فغير مدلول عليه، فلا يعلم أنّها قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو غيرهما. هذا. وسيأتي إيراد المصنّف قدّس سرّه على هذا الاحتمال.

(1) جواب «و أما ما احتمله».

[1] بل قريب جدًّا، لأنّ الظاهر أنّ أبا ولّاد يسأل عن أصل الضمان، وإلا كان المناسب أن يقول: أيّ شيء يلزمني يوم المخالفة؟

ولا يبعد أن يكون منشأ السؤال ما قاله أبو حنيفة من: أنّ ضمان الأصل لا يلائم ضمان الكراء، لأنّ الخراج بالضمان، فلمّا رأى السائل أن الامام عليه السّلام أثبت الكراء، أراد أن يستفسر منه أنّه مخالف لأبي حنيفة في الكراء، و ضمان الأصل، أو في الكراء فقط.

و بتقريب آخر: أنّ أبا حنيفة ادّعى الملازمة بين ضمان البغل و سقوط الكراء، لكون الخراج بالضمان، و حيث إنّ عليه السّلام ردّ عليه بأن الكراء ثابت، زعم أبو ولّاد- أو احتمال- أنّ ثبوت الكراء كاشف عن عدم ضمان الأصل، للملازمة بين ثبوت الضمان و نفي الكراء، على ما أفتى به أبو حنيفة، فسأل أنّه مع ثبوت الكراء هل يثبت الضمان؟

وقال: «أ رأيت لو عطب .. إلخ».

وبالجملة: سأل أبو ولّاد عن ضمان الأصل، باحتمال سقوطه مع ثبوت الكراء.

فأجاب عليه السّلام بثبوت الضمان التعليقيّ، يعني: لو عطب أو نفق، لكن- لا مطلقا- بل يوم المخالفة، فكأنّه قال: يلزمك يوم المخالفة و غصب مال الغير قيمة بغل إذا عطب أو نفق.

بل غير ممكن، لأن (1) السائل إنَّما سألَ عمَّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة، بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدلُّ عليه (2): «أ رأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني؟» فقوله: «نعم» يعني: يلزمك بعد

---

(1) تعليل لعدم الإمكان، توضيحه: أن ملاحظة السؤال تقتضي علم السائل بأن لزوم القيمة وضمانيها يكون بعد تلف البغل، لأنَّ أبا ولاد علَّق لزوم القيمة على العطب و النفوق، فلو كان ظرف اللزوم هو التلف امتنع أن يكون «يوم خالفته» قيِّدا له، إذ يلزم حينئذ أن يكون ظرف اللزوم يوم المخالفة أيضا. وهذا ينافي تعليق اللزوم على العطب و النفوق، فلا بدَّ أن يكون «يوم المخالفة» قيِّدا لغير اللزوم.

هذا مضافا إلى: أن ظاهر السؤال هو السؤال عن المقدار اللازم بالتلف بعد العلم بثبوت الضمان بالتلف، فلا بدَّ من حمل الجواب على إرادة بيان المقدار، وذلك يقتضي تعليق الظرف بغير اللزوم، وإلا لم يكن جوابا عن السؤال، لفرض علم أبي ولاد بأصل لزوم القيمة.

(2) هذه الدلالة مبنية على كون الاستفهام تقريريا لا حقيقيا، فبناء على الاستفهام التقريري تدلُّ كلمة «يلزمني» على علم أبي ولاد بأنَّ ضمان القيمة يكون بعد تلف البغل.

---

فهذا المعنى التعليقي ثابت بالفعل يوم الغضب كما قيل بذلك أيضا في خبر «على اليد» فمضمون الصحيحة موافق لخبر «على اليد» مع اختلاف غير جوهري، وهو ذكر القيمة، لكون المورد من القيميات، فلاحظ.

فالمحصَّل: أن نتيجة هذا الاحتمال هي ضمان قيمة البغل على فرض التلف.

و الضمان يكون من يوم المخالفة و الغضب، يعني: يحدث الضمان المعلق على موت البغل من يوم الغضب. و أمَّا كون القيمة قيمة يوم الغضب أو يوم التلف أو غيرهما فالصحيحة ساكتة عنها، و مقتضى القواعد كما تقدّم سابقا هو قيمة يوم التلف.

التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته (1).

وقد أطنب بعض (2) من جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، ولا المتفاهم العرفي.

الثانية (3): قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل

---

(1) فيكون المضمون قيمة يوم المخالفة لا يوم التلف.

(2) لعلّه إشارة إلى ما حكاها في الجواهر عن بعض بقوله: «نعم ربّما قيل: إنّه ظاهر فيه- يعني في تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السّلام: نعم- باعتبار أنّ سؤال الراوي عن الضمان بسبب التلف، لا بسبب المخالفة. فمطابقة الجواب للسؤال تقتضي أن يكون المراد منه: نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم، يعني: يصير حكمك في هذا اليوم لزوم قيمة البغل إن هلك. والمتبادر منه بعد معلوميّة أنّه ليس المراد قيمته ميّتا هو أقرب زمان حياته إلى الموت، وهو قبيل التلف. وهذا معنى قيمته يوم التلف.

بل لعلّ تنكير- بغل- يومي إلى ذلك أيضا، إذ هو إشارة إلى أنّه يفرض الميّت حيّا، وإلا فلا ريب أنّه لا يكفي قيمة أيّ بغل يكون. وهو مناسب لكون الظرف لغوا متعلّقا بقوله: يلزمك. وإلا فلا يناسب التنكير، إذ البغل يوم المخالفة حيّ بالفرض والاستصحاب، فالأولى تعريفه» (1).

(3) يعني: الفقرة الثانية- من صحيحة أبي ولّاد- الظاهرة في ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب، لا يوم التلف ولا أعلى القيم، وهي قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون .. إلخ».

بتقريب: أنّ البغل لو أصابه كسر أو دبر كان على أبي ولّاد دفع أرش ما بين الصحيح والمعيب إلى المكارى. والمناطق في تقويم البغل صحيحا هو يوم الاكتراء.

و الظاهر أنّ مراد الامام عليه السّلام من يوم الاكتراء هو يوم مخالفة أبي ولّاد لمقتضى عقد الإجارة، وذلك لكون البغل في يوم الاكتراء أمانة بيد أبي ولّاد لاستيفاء المنفعة منه.

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 102 و 103

ص: 500



يوم اكترى كذا و كذا» فإنَّ إثبات (1) قيمة يوم الاكتراء من (2) حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه (3)،

فلا يكون مضمونا، إذ الموجب للضمان هو اليد العدوانيَّة المتحقِّقة بالغضب، و المفروض في هذه الصحيحة تحقُّق المخالفة عند وصول أبي ولاد إلى قنطرة الكوفة. و بما أنَّ المسافة بين كوفة و قنطرتها قريبة، فأما أن يكون وصوله إلى القنطرة عصر يوم الاكتراء لو خرج من الكوفة صباحا، و إما أن يكون وصوله إليها بعد يوم. و من المستبعد جدًّا تعيُّر قيمة البغل بعد ساعات أو بعد يوم واحد.

و على هذا يكون المناط في تقويم البغل المضمون هو يوم الغضب المعبَّر عنه بيوم الاكتراء. و الشاهد عليه أنه لم يقل أحد باعتبار قيمة يوم الاكتراء حتى لو اختلفت مع قيمة يوم المخالفة و الغضب. و لذا قال في الجواهر: «ثمَّ إنَّ الظاهر بناء قوله عليه السَّلام: حين اكترى على غلبة عدم التفاوت في هذه المدَّة القليلة. و على الاستصحاب. و إلَّا فلم يقل أحد باعتبار القيمة حين اكترى» (1).

(1) هذا تقريب دلالة الفقرة الثانية على ضمان قيمة وقت الغضب، و قد عرفته أنفا. و يستفاد هذا التقريب من الفاضل النراقي قدس سرّه حيث قال: «فإنَّ معناه: فيلزمك قيمة البغل حين اكترى. و لا- يردُّ أنه ليس حين المخالفة، فيلزم القيمة قبل المخالفة، و هو مخالف للإجماع. لأنَّه لا فاصلة يعتدُّ بها بين وقتي المخالفة و الإكراء في المورد كما يدلُّ عليه صدر الحديث» (2).

(2) يعني: لا من حيث إنَّ قيمة يوم الاكتراء متحدة مع قيمة يوم المخالفة، فإنَّ الجدوى في القيمة بلحاظ الاتحاد موجودة.

(3) أي: في إثبات قيمة يوم الاكتراء.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 103

(2) مستند الشيعة، ج 2، ص 368

ص: 501

لعدم (1) الاعتبار به، فلا بدّ (2) أن يكون الغرض منه (3) إثبات قيمة يوم المخالفة، بناء (4) على أنه يوم الاكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الرواية (5) أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة. و من المعلوم (6) أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة

(1) تعليل لعدم الجدوى في إثبات قيمة يوم الاكتراء بالبيّنة. وجه عدم الاعتبار ما عرفته من أنّ يوم الاكتراء زمان حدوث اليد الأمانيّة غير الموجبة للضمان أصلاً، و الموجب له إنّما هو اليد العدوانيّة المتحقّقة بالمخالفة في نفس يوم الاكتراء، أو في اليوم اللاحق له، و من المعلوم عدم اختلاف قيمة البغل في هذه المدّة القليلة.

فلو لم يكن المدار في الضمان على قيمة يوم الغصب لم يكن وجه لتعرض قيمة يوم الاكتراء الذي هو زمان حدوث اليد الأمانيّة.

(2) هذا متفرّع على عدم العبرة بقيمة يوم الاكتراء لو لم تكن متّحدة مع قيمة يوم المخالفة.

(3) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان إلى: إثبات قيمة يوم الاكتراء.

(4) هذا البناء هو ظاهر الصحيحة، لقرب المسافة بين كوفة و قنطرتها.

(5) و هو قول أبي ولّاد: «فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجه إلى النيل، فتوجّهت نحو النيل» فقوله: «توجّهت نحو النيل» ظاهر في أنّ مخالفة أبي ولّاد - بعدوله عن طريق قصر أبي هبيرة إلى طريق النيل - كانت من يوم الاكتراء، أو بعده بيوم واحد، لا أكثر.

(6) غرض المصنف: أنّ استظهار ضمان يوم الغصب - من تعبير الامام عليه السّلام بيوم الاكتراء - مبنيّ على أمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المسافة بين كوفة و قصر أبي هبيرة قريبة، فلو أراد أبو ولّاد اكتراء بغل لهذه المسافة لم يستأجر بغلا قبل خروجه بأسبوع مثلاً ممّا يمكن اختلاف قيمة البغل فيه، بل كان يستأجر البغل قبل ساعات أو قبل يوم.

ثانيهما: أنّ قيمة البغل لا تتفاوت عادة في ساعات قلائل.

و بناء على هذين الأمرين يتّجه دلالة الفقرة الثانية على ضمان يوم الغصب.

القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

و أمّا قوله عليه السّلام (1) في جواب السؤال عن إصابة العيب: «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه» فالظرف (2) متعلّق به «عليك»

(1) بعد أن استظهر المصنّف قدّس سرّه من الفقرة الثانية ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب تعرّض لما ينافي هذا الاستظهار. و المنافي فقرة أخرى في الصحيحة، و هي قوله عليه السّلام: «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه».

و توضيحه: أنّ أباً و ولّاد سأل عن حكم تعيب البغل و إصابة كسر أو عرج به، فأجاب عليه السّلام بقوله: «عليك قيمة ..» و ظاهره وجوب أداء أرش العيب الحادث بقيمة يوم ردّ البغل الى مالكه، بأن يقوم البغل يوم ردّه صحيحاً تارة و معيباً اخرى، فالتفاوت بين القيمتين مستقر في ذمّة أبي و ولّاد. و من المعلوم أنّ هذا الظهور مناف لما أفاده المصنّف قدّس سرّه من استقرار قيمة يوم المخالفة على عهدة أبي و ولّاد، إذ لا فرق في ضمان قيمة يوم الغصب بين كون المضمون قيمة نفس البغل لو تلف بيد المستأجر، و بين كونه أرش العيب، فلو كانت العبرة بقيمة وقت الغصب لزم تقويم الأرش بذلك اليوم. و لو كانت العبرة بقيمة يوم ردّ العين المغصوبة لزم تقويم العين - لو تلفت - بقيمة يوم الأداء، هذا.

(2) جواب قوله: «و أمّا» و دفع المنافي المتقدّم، و حاصل الدفع: أنّ التنافي المزبور مبنيّ على رجوع «يوم» إلى «قيمة ما بين الصّحّة و العيب» بأن يكون المعنى:

«عليك قيمة يوم الردّ» و أنّ العبرة في الأرش بتقويم البغل يوم ردّه إلى المكارى.

و لكن هذا الاستظهار ممنوع، لرجوع الظرف إلى «عليك» و تعلّقه به. يعني:

«عليك يوم تردّ البغل قيمة ما بين الصّحّة و العيب» و عليه لا يكون الأرش مقيّداً بتقويم البغل صحيحاً و معيباً يوم ردّه، حتى يستفاد منه ضمان قيمة وقت الأداء. بل مفاده وجوب ردّ الأرش، بلا دلالة على تعيين القيمة يوم الردّ أو يوم الغصب أو غيرهما.

لا قيد للقيمة (1)، إذ (2) لا- عبارة في أرش العيب بيوم الرد إجماعاً، لأنّ (3) النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين. فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة [1].

هذا كله بناء على النسخة التي عوّل عليها المصنف قدّس سرّه. وأمّا بناء على سقوط كلمة «يوم» من الرواية- كما ادّعاها صاحب الجواهر قدّس سرّه من أنّ نسخة التهذيب المصحّحة المحشّاة التي تحضره قد سقط منها لفظ اليوم، وأنّ المذكور فيها: قيمة ما بين الصّحة والعيب تردّه عليه- فالأمر أوضح، ولا موضوع لتوهم التنافي، إذ لا توقيت في القيمة حتى يحتمل تعلق «اليوم» بالقيمة، بل المدلول وجوب أصل الأرش من دون تعيين مقداره بحسب الأزمنة، هذا.

(1) حتى تتقيّد القيمة بخصوص يوم ردّ البغلة.

(2) تعليل لعدم كون الظرف قيماً للقيمة. والمراد ب«يوم تردّه» يوم ردّ العين المغصوبة، لا ردّ الأرش.

(3) حاصل هذا التعليل: أنّ المناط في تعيين مقدار أرش العيب- الحادث في العين المغصوبة- ليس هو يوم ردّ العين، حتى يكون قرينة على جعل «يوم تردّه» متعلّقاً بالقيمة، بل الأرش تابع الأصل العين، فإن قلنا بضمان قيمة يوم الغصب تعيّن تقويم الأرش بقيمة ذلك اليوم. و إن قلنا بضمان أعلى القيم كان الأرش تابعا له في التقويم، وهكذا وعلى هذا فلا خصوصيّة في أرش العيب توجب تقويمه بقيمة يوم ردّ العين حتى يكون الظرف قيماً للقيمة.

[1] لا- يخفى أنّ هذا الاشكال بعينه جار في جعل الظرف وهو «يوم» قيماً ل«عليك» حيث إنّ يوم ردّ العين ليس زمان حدوث وجوب القيمة في الدّمة إجماعاً، بل زمان ثبوت القيمة على العهدة يوم حدوث العيب، لا يوم ردّ العين.

و يحتمل (1) أن يكون قيذا للعيب، و المراد (2) العيب الموجود في يوم الردّ، لاحتمال (3) ازدياد العيب إلى يوم الردّ، فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أوّلا.

---

(1) هذا الاحتمال في قبال ما استظهره بقوله: «فالظرف متعلّق بعليك» و سيأتي تضعيف الاحتمال. و الغرض من إبداء هذا الاحتمال تقوية ضمان الأرش بقيمة يوم الردّ، لا تبعية الأرش لأصل العين في القيمة المضمونة.

و توضيح الاحتمال: أنّ كلمة «يوم» قيد ل «العيب» فيكون المعنى على هذا:

«عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب الموجود في يوم ردّ العين، لا قيمة العيب السابق على الردّ». فلو كان أرش العيب وقت حدوثه دينارا، فأتسع الجرح و ازداد العيب إلى يوم ردّ العين، فبلغ التفاوت بين البغل الصحيح و المعيب دينارين و جب على أبي ولّاد دفع دينارين حين ردّ البغل إلى المكارى.

و نتيجة هذا الاحتمال مخالفة قيمة الأرش لقيمة نفس البغل، فالعبرة في البغل بقيمة يوم المخالفة و الغصب، و العبرة في مقدار الأرش بقيمة العيب يوم ردّ العين.

و بناء على هذا الاحتمال يشكل ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جعل «يوم» متعلّقا ب «عليك» و جه الإشكال: دلالة هذه الجملة على اعتبار قيمة معيّنة، و هي قيمة يوم ردّ البغل المعيب.

(2) يعني: إذا كان «يوم» متعلّقا ب «العيب» كان المراد من القيمة قيمة العيب في يوم ردّ العين، لا قيمة العيب في زمان حدوثه.

(3) تعليل لإرادة العيب الموجود حين الردّ.

---

و قد نوقش في هذا الاستدلال بوجه:

أحدها: دلالته على ضمان العين المستأجرة بدون شرط الضمان، و هو مخالف للقواعد.

و قد دفع بأنّ المراد بيوم الإكتراء يوم المخالفة فلا يلزم الاشكال المزبور.

---

ثانيها: منافاة قوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» لضمان قيمة يوم المخالفة، لمنافاة قيمة يوم الردّ ليوم الغضب. ولا فرق في ضمان القيمة من حيث الوقت بين قيمة العين إذا تلفت و بين قيمة صفاتها.

---

وقد دفع تارة بأنّ «يوم» متعلق ب «عليك» لا قيد للقيمة، فمعناه حينئذ: عليك يوم الردّ قيمة ما بين الصّحة و العيب من دون تعرّضه لزمان القيمة، فلا ينافي ما استدللّ به على اعتبار قيمة يوم الغضب.

و اخرى: بأن اعتبار تعيين الأرش بقيمة يوم الدفع مخالف للإجماع.

وفيه: أنّ الإجماع غير محقق، ولذا طلب السيّد و النائيني من المصنف قدّس سرّهم مدركه.

فالأولى أن يقال: إنّ تعيين الأرش بقيمة يوم الدفع مخالف للقواعد.

و ثالثة بأنّ قاعدة «الأقرب يمنع الأبعد» تقتضي رجوع القيد أعني به «اليوم» إلى العيب دون القيمة، فمعناه حينئذ وجوب ردّ قيمة العيب الموجود حين الردّ، دون ما ارتفع و لم يبق إلى زمان ردّ العين. و هذا ما تقتضيه قاعدة «على اليد» الموافقة لسيرة العقلاء.

و رابعة بابتداء المناقشة على اشتمال الصحيحة على كلمة «يوم». و قد أنكر في الجواهر ذلك، و قال: «إنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة (تردّه عليه) من دون لفظ اليوم. و معناه: وجوب ردّ الأرش لا غير، فلا توقيت فيه» لكن الصواب على هذا تأنيث ضمير «تردّه» لرجوعه إلى القيمة. إلّا أنّ الأمر سهل في التذكير و التأنيث.

ثالثها: أنّ قوله عليه السلام: «إمّا أن يحلف هو» ظاهر في ثبوت جميع الحقوق من الحلف و الردّ و البيّنة للمالك، و هو مخالف لقاعدة «البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه». و المصنف قدّس سرّه جعل هذه الفقرة مؤيدة لكون المدار على قيمة يوم التلف، و موهنة لكون المدار على قيمة يوم الغضب.

و محصل كلامه: أنّه إذا اختلف الغاصب و المالك في قيمة العين المغصوبة و كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدّعيًا، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل، و كان الغاصب منكرًا، لإنكاره تلك الزيادة.

و عليه فمقتضى القاعدة توجّه الحلف على الغاصب لا المالك. بل الواجب على المالك إقامة البيّنة على دعواه.

لكنّ الصحيحة تدلّ على كون كلّ من اليمين وإقامة البيّنة على المالك. وهذا خلاف المقرّر من كون البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر، فإن كان المالك مدّعيًا فوظيفته إقامة البيّنة، لا اليمين. وإن كان منكرًا فوظيفته الحلف. فتوجيه الوظيفتين إلى المالك خلاف موازين القضاء.

فعلى القول بكون العبرة بقيمة يوم الغصب تكون الصحيحة مخالفة للقواعد من جهتين:

الأولى: أنّ دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل، فلا تتوجّه إليه اليمين.

الثانية: أنّ اليمين إذا توجّهت إلى المالك لم تسمع منه البيّنة، فكيف حكم الامام عليه السّلام بقبول كلا الأمرين من المالك؟

فلا بدّ حينئذ من حمل الصحيحة على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف، لا يوم الغصب، إذ يصحّ على مبنى يوم التلف توجّه كلا الأمرين إلى المالك. وذلك لأنّ الإمام عليه السّلام تعرّض في الفقرة المزبورة لصورتين من صور التنازع بين المالك والغاصب.

الصورة الأولى: اتّفاق المالك والغاصب على أنّ قيمة يوم الاكتراء كذا وكذا، ولكن اختلفا في تنزّله عن تلك القيمة يوم التلف، وعدم تنزله عن تلك القيمة، فإنّه حينئذ يجب الأخذ بقول المالك، لأنّ الغاصب يدّعي نقصان القيمة، والمالك ينكره، فيقدّم قول المالك مع يمينه، لكونه موافقا للأصل أي استصحاب قيمته السابقة.

مثلا إذا اتّفقا على أنّ قيمة البغل يوم الاكتراء عشرون دينارًا، لكن الغاصب يدّعي نقصانها إلى يوم التلف، وادّعى المالك بقاءها على حالها. فلا شبهة في كون قول المالك موافقا للأصل، فيقدّم مع يمينه. بخلاف قول الغاصب، فإنّه مخالف للأصل، فوظيفته إقامة البيّنة.

الصورة الثانية: أنّ يتفق المالك و الغاصب على أنّ قيمة يوم التلف متّحدة إجمالاً مع قيمة يوم المخالفة، لكنّهما اختلفا في تعيين تلك القيمة، بأن ادّعى المالك أنّ قيمته يوم المخالفة عشرون ديناراً، و ادّعى الغاصب أنّها عشرة دنانير. و من المعلوم أنّ المالك حينئذ يدّعي زيادة القيمة، فيجب عليه إقامة البيّنة على ذلك. أمّا الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة، فيتوجّه عليه اليمين.

و الحاصل: أنّه بناء على حمل الصحيحة على كون المدار في تعيين القيمة على قيمة يوم التلف أمكن تصوير التغير بين إلزام المالك بالحلف، و بين إلزامه بإقامة البيّنة.

و أمّا بناء على كون المناط قيمة يوم الغضب، فتصوير التغير بين الأمرين بعيد جدّاً، لأنّه على هذا لا بد من حملها على صورة اتّفاق المالك و الغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة. أو على قيمة اليوم اللاحق ليوم المخالفة، ثم ادّعى الغاصب نقصان القيمة السابقة.

لكنّه خلاف الظاهر من الصحيحة، فلا يمكن الالتزام به، مع عدم القرينة عليه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام المصنّف.

و يرد عليه: أنّ حمل الصحيحة على إرادة يوم التلف، ثم فرض توجّه الحلف في صورة، و توجّه البيّنة على المالك في صورة أخرى، خلاف الظاهر جدّاً، لاستلزامه فرض صورتين مغايرتين. مع أنّ ظاهر العطف ب «أو» هو التخيير في صورة واحدة بين الحلف و إقامة البيّنة. فجعل جملة «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك. أو يأتي صاحب البغل بشهود .. إلخ» مؤيّدَةً لإرادة يوم التلف - دون يوم المخالفة و الغضب - ممّا لا وجه له.

مضافاً إلى: إمكان فرض هاتين الصورتين بناء على كون العبرة بقيمة يوم الغضب أيضاً، بأن يكون المالك في إحداهما مدّعياً عليه البيّنة، و في أخراهما منكرها عليه اليمين.

كما إذا اتّفقا في قيمة يوم الاكتراء، و اختلفا في قيمة يوم الغضب، فإنّ المالك حينئذ



---

لادّعاءه الزيادة إلى يوم الغصب مدّع، والغاصب منكر. وإن ادّعى الغاصب تنزّل القيمة، وأنكره المالك انعكس الأمر، وصار المالك منكرا، والغاصب مدّعا.

لكن هذا الفرض أيضا خلاف ظاهر العطف بكلمة «أو» من التخيير في صورة واحدة، لا في صورتين متغايرتين.

مضافا إلى: أنه خلاف اتحاد زمني الاكتراء والغصب. وقد ظهر من الأبحاث المتقدّمة وحدة زمانهما.

فمقتضى الجمود على هذا الظاهر لزوم تخصيص عموم ما ورد من «أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» بظاهر هذه الصحيحة من توجّه كلّ من الحلف والبيّنة على المالك في خصوص الدابة المغصوبة، أو في مطلق القيميّ المغصوب.

لكنّه في غاية البعد، إذ لم يعهد من أحد الالتزام بهذا التخصيص.

ولعلّه لأجل هذا البعد قال المحقق الايرواني: «إنّ قضيّة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر قضيّة واردة في المخاصمات. وفي مورد الرواية لم تفرض مخاصمة. بل الراوي سأل عن أنّه من يعرف قيمة البغل وهو تالف؟ فقال عليه السّلام: إمّا أنت أو هو، فيكون الحلف من كلّ منهما لأجل أن يدعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له» (1).

وهذا ما تقتضيه أصالة العموم فيما إذا شكّ في التخصيص، بعد العلم بعدم كون شيء محكوما بحكم العام، والشك في كون خروجه عنه بالتخصيص أو التخصيص، فإنّه تجري أصالة العموم، ويثبت لازمها أعني به عدم فديّته للعامّ حتى يكون خروجه بالتخصيص. فإنّه لم يثبت في مورد الرواية الترافع إلى الحاكم حتى يندرج الحلف فيه في اليمين المعتبرة في ميزان القضاء، بل اندراجه فيها مشكوك فيه، فلا مانع من جريان أصالة العموم في دليل «كون اليمين على المنكر والبيّنة على المدّعي» وإثبات كون ما نحن فيه خارجا عن موضوع دليل العموم تخصّصا، لاختصاص ذلك باب الخصومات.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 102

فلا يرد: أنّ حمل الرواية على كون العبرة بقيمة يوم الغصب يستلزم مخالفة القواعد من ناحيتين: إحداهما: أنّ دعوى المالك زيادة القيمة مخالفة للأصل، فلا تتوجّه إليه اليمين، بل وظيفته البيّنة.

ثانيتها: أنّه إذا توجّهت اليمين إلى المالك لم تسمع منه البيّنة. مع أنّ الامام عليه السّلام حكم بقبول كلّ من البيّنة و اليمين من المالك، فلا بدّ من حمل الرواية على كون العبرة بقيمة يوم التلف.

ثم إنّ هذين الإشكالين إنّما يتوجّهان بناء على إرادة قيمة البغل من قوله: «فمن يعرف ذلك». وهو الذي أوقعهم في حيص وبيص من التخصيص أو التخصّص.

وأما بناء على إرادة قيمة ما بين الصّحيح و المعيب كما هو الظاهر، لأنّ الجملة المتضمّنة للسؤال عن تلف العين و ضمانها و الجواب عنها قد تمّت، و السائل بعد ذلك سأل عن ضمان عيب العين مع بقائها، فأجاب عليه السّلام عنه بضمان قيمة ما بين الصّحيح و المعيب. فقوله عليه السّلام: «من يعرف ذلك» ظاهر في الرجوع إلى قيمة البغل صحّيحاً و معيباً، لا قيمة البغل من حيث هو كما كان ذلك مبنى كلماتهم.

وعلى هذا الاحتمال يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من قوله عليه السّلام: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» هو الحلف على قيمة البغل المعيب الموجود بين أيديهما. و من المعلوم أنّ في اختلاف قيمة المعيب يكون صاحب البغل منكراً، لأنّه يريد جلب النفع إلى نفسه، فينكر زيادة قيمة المعيب بخلاف الغاصب، فإنّه يريد دفع الضرر عن نفسه، فيدّعي زيادة قيمته.

مثلاً- إذا كان قيمة الصّحيح أربعين درهماً، و ادّعى الضامن أنّ قيمة المعيب ثلاثون درهماً، و أنكره المالك، و قال: «بل قيمته عشرون درهماً» فوظيفة المالك حينئذ اليمين، لأنّه منكر للزيادة التي يدّعيها الضامن، و هي العشرة، فيحلف أو يردّ الحلف إلى صاحبه.

و أمّا قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكرى كذا و كذا» فصريح في أنّ اختلافهما راجع إلى قيمة البغل حال الصّحّة لا حال العيب، و إن كان هذا الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما. و من المعلوم أنّ القول في هذا

الاختلاف قول الضامن، لأنه ينكر الزيادة التي يدّعيها المالك. فإذا ادّعى المالك أنّ قيمة البغل صحيحا خمسون درهما، وأنكر الضامن، كان المالك مدّعيًا و الضامن منكرًا، فالرواية متعرّضة لصورتين من صور الدّعى:

إحدهما: اختلاف قيمة المعيب بعد اتّفاقهما على قيمة الصحيح، كما إذا اتّفقا على أنّ قيمة الصحيح أربعون درهما، و اختلفا في أنّ قيمة المعيب ثلاثون أو عشرون و حينئذ يكون المالك منكرًا لما يدّعيه الضامن من كون قيمته ثلاثين، و لذا يحلف أو يردّ الحلف إلى الضامن.

ثانيتهما: عكس الصورة الأولى، و هي صورة اتّفاقهما على قيمة المعيب كعشرين درهما، و الاختلاف في قيمة الصحيح كما إذا ادّعى المالك أنّها أربعون، و أنكر الضامن، و قال: بل ثلاثون، فحينئذ يكون المالك مدّعيًا، و لذا طوبى بإقامة البيّنة.

فالمتحصّل: أنّه لا يلزم تخصيص قاعدة «البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعي عليه».

و يمكن حمل قوله عليه السّلام: «إمّا أن يحلف هو .. إلخ» على بيان طرق معرفة القيمة على حسب اختلاف حالات المالك و الغاصب، لا على بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة، كي يتعيّن حمل الكلام على بيان وظيفة الحاكم المنوطة بالبيّنة، ثم يمين المنكر، ثم اليمين المردودة.

فالغاصب إن كان جاهلاً- مع علم المالك- فأخباره مع يمينه حجّة. و إن كان الغاصب عالماً و المالك جاهلاً فأخبار الغاصب مع يمينه حجّة و طريق إلى معرفة المالك بالقيمة. و إن كان كلاهما جاهلين بالقيمة فالبيّنة حجّة و طريق لهما. فلا تشمل الرواية صورة الترافع و التنازع إلى الحاكم حتى يلزم انخرام قاعدة: البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعي عليه.

كما أنّه قد تحصّل ممّا تقدّم: عدم دلالة الصحيحة- بقرتها- المزبورتين- على كون العبرة في ضمان القيميات بقيمة يوم الغصب. فالعبرة إمّا بقيمة يوم التلف، و إمّا بأعلى القيم.

لكن (1) يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الردّ، و العبرة حينئذ (2) بالعيب الموجود حال حدوثه، لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحة أو نقص (3) لم يسقط ضمان ما (4) حدث منه و ارتفع على (5) مقتضى الفتوى.

فهذا الاحتمال (6) من هذه الجهة (7) ضعيف أيضا (8)،

(1) غرضه قدّس سرّه تضعيف احتمال كون «اليوم» قيّدا للعيب، بتضعيف منشئه، و هو احتمال ازدياد العيب إلى يوم ردّ العين.

و محصّل التضعيف: أنّ احتمال ازدياد العيب - بعد حدوثه - معارض باحتمال نقصانه إلى يوم الردّ، كما إذا تصدّى الغاصب معالجة البغل و مداواته، فزال العيب أو نقص، فلو كانت العبرة في الأرش بالعيب الموجود حال ردّ البغل لزم عدم ضمان الغاصب شيئا بإزاء العيب، أو ضمانه قيمة أقلّ من قيمة العيب يوم حدوثه. مع أنّ المناط قيمة الأرش يوم حدوثه، على ما يظهر من فتاواهم من ضمان العيب، حتى إذا نقص أو زال بيد الضامن. و لأجل هذه الفتوى يشكل المصير إلى احتمال تعلّق «يوم» بالعيب، بل المتعيّن تعلّقه ب «عليك» هذا.

(2) أي: حين تناقص العيب وزواله تدريجا.

(3) المراد بنقصان المعيب نقص عيبه.

(4) المراد بالموصول هو العيب، أي: العيب الذي حدث في المغصوب، ثم ارتفع.

(5) متعلّق ب «لم يسقط» يعني: أنّ الدليل على استقرار أرش العيب حال حدوثه على عهدة ضامن العين هو فتوى الأصحاب.

(6) أي: احتمال كون «يوم» قيّدا للعيب، و هو الذي تقدّم بقوله: «و يحتمل أن يكون قيّدا للعيب .. إلخ».

(7) أي: من جهة فتوى الأصحاب بضمنان العيب الحادث مطلقا حتى إذا زال أو نقص.

(8) أي: كضعف ما تقدّم بقوله: «و أمّا قوله عليه السّلام في جواب السؤال عن إصابة العيب».

فتعيّن (1) تعلقه بقوله: «عليك» (2). والمراد: بقيمة ما بين الصّحّة و العيب: قيمة التفاوت بين الصّحّة و العيب، ولا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغضب (3)، و يحتمل يوم حدوث العيب (4) الذي هو يوم تلف وصف الصّحّة، الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات.

و حيث (5) عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه (6) و اللاحقة له في (7) اعتبار

---

(1) هذه نتيجة بطلان كلّ من تعلق «اليوم» ب «قيمة» و تعلقه احتمالاً ب «العيب».

(2) فمعناه حينئذ «عليك يوم ردّ العين قيمة ما بين الصّحّة و العيب» من دون تعرّض لزمان هذه القيمة، فيحتمل أن يكون زمان التقويم يوم الغضب، و يحتمل أن يكون يوم حدوث العيب، الذي هو يوم تلف وصف الصّحّة، و من المعلوم أنّ وصف الصّحّة جزء معنوي مقابل بجزء من الثمن، كالأجزاء الخارجيّة.

(3) لتبعية ضمان الأجزاء- التي منها وصف الصّحّة- لضمان يوم الغضب.

(4) يعني: إذا قلنا بضمان العين المضمونة التالفة بقيمة يوم التلف ترتّب عليه ضمان العيب بقيمة يوم حدوثه، لأنّه زمان تلف وصف الصّحّة الذي هو كالأجزاء الخارجيّة في الضمان

(5) يعني: أنّ جملة «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه» لمّا كانت مجمّلة، لدوران قيمة العيب بين قيمة يوم غضب العين و بين قيمة يوم حدوث العيب، و لم تكن منافية لاستظهار قيمة يوم الغضب، تعيّن رفع إجمالها بالرجوع إلى ما ورد في صدر الصحيحة و ذيلها ممّا يدلّ على ضمان قيمة يوم الغضب.

(6) أي: على قوله عليه السّلام: «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه» و المراد من الجملة السابقة قوله عليه الصلاة و السلام: «قيمة بغل يوم خالفته». و المراد بالجملة اللاحقة قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا» فإنّ ظاهر هاتين الجملتين اعتبار قيمة يوم الغضب.

(7) متعلّق ب «ظهور الفقرة».

يوم الغضب تعين حمل هذا (1) أيضا (2) على ذلك (3).

### [تضعيف دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة وقت الضمان]

نعم (4) يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة

(1) أي: جملة «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» و الوجه في التعيّن هو لزوم حمل المجمل على المبيّن.

(2) أي: كما حملنا جملة «يوم الاكتراء» على يوم الغضب، لعدم العبرة في باب ضمان العين المستأجرة بيوم الاكتراء.

(3) أي: على يوم الغضب. و بهذا يظهر عدم وجود معارض للصحيحة لإرادة يوم الغضب من الصّدر و الذيل.

هذا تمام الكلام في ما استظهره المصنّف قدّس سرّه من ضمان يوم الغضب. و سيأتي تعرّضه لاستظهار ضمان يوم التلف.

تضعيف دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة وقت الضمان

(4) استدراك على ما استظهره المصنّف قدّس سرّه - من فقرتي الصحيحة - من ضمان المغصوب بقيمة يوم الغضب. و غرضه تضعيف هذا الظهور، و استفادة ضمان قيمة يوم التلف وفاقا لجماعة.

و حاصل الاستدراك: أنّ الموهن لما استظهرناه من الصحيحة من اعتبار قيمة يوم الغضب هو: أنّ الحكم بضمنان يوم المخالفة مبني على ما هو الغالب في مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوما، لا لأجل خصوصيّة فيه، فلا يبقى للرواية ظهور في دخل خصوصيّة ليوم المخالفة كما هو المدّعى.

لا- يقال: على هذا فما الوجه في العدول عن التعبير ب «يوم التلف» إلى التعبير ب «يوم المخالفة» مع إخلاله بالمقصود، لاحتمال كون المدار عليه.

فإنّه يقال: وجهه دفع توهم أمثال صاحب البغل من العوام، و هو كون العبرة بالقيمة التي اشترى بها البغل.

بأنه (1) لا يبعد أن يكون مبنى الحكم (2) في الرواية- على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية- من (3) عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً.

و يكون السر (4) في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن (5) العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك، لأنه (6) خسره المبلغ الذي اشترى به البغلة.

(1) متعلق ب «يوهن» و بيان لوجه توهين ما تقدم من استفادة ضمان يوم الغضب من الصحيحة.

(2) و هو ضمان قيمة يوم الغضب، المستفاد من قوله عليه الصلاة و السلام:

«قيمة بغل يوم خالفته» و من قوله عليه الصلاة و السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا» لدلالة الجملتين على كون العبرة بقيمة يوم الغضب، كما تقدم مفصلاً.

(3) بيان ل «ما هو الغالب».

(4) هذا دفع دخل مقدر، تقدم بيانهما بقولنا: «لا يقال .. فإنه يقال ..» فغرض المصنف إسقاط خصوصية «يوم المخالفة» عن دخله في تقويم المضمون.

(5) الجملة في محل نصب على أنها بيان للضمير المنصوب في قوله: «يتوهمه» أو أنها مجرورة ب «من» البانية المبيّنة للموصول في «ما ربما».

يعني: أن صاحب البغل و عوام الناس يتخيّلون و يتوهمون ضمان التالف بثمنه الذي اشتروه حتى إذا نقص عنه بعده، لصيرورة البغل فارضاً قد ضعف عن السير عليه مسافة مديدة، فإنهم لا يعتنون بهذا النقص و يطالبون بثمن الاثراء. فأراد عليه الصلاة و السلام تنبيه المكاري على أنه لا يستحق ثمن الاثراء، وإنما يستحق قيمته الفعلية في يوم المخالفة و إن كان أقل بكثير من قيمة الشراء.

(6) تعليل لتوهم المكاري استحقاق قيمة الاثراء، يعني: لأنّ أبا ولاد- الذي اكتري البغل- أورد خسارة على المكاري، قدرها الثمن الذي بذله المكاري لشراء البغل.

هذا أصل توهين استظهار قيمة يوم الغضب، ثمّ أيده المصنف بأمرين، كما يأتي

و يؤيدّ التعبير (1) عن يوم المخالفة في ذيل الرواية ب «يوم الاكتراء» (2) فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّه يوم المخالفة (3).

إلا أن يقال (4): إنّ الوجه في التعبير ب «يوم الاكتراء» مع كون المناط يوم المخالفة (5) هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون

---

وإن ناقش في أولهما.

(1) هذا هو المؤيدّ الأوّل لإسقاط يوم المخالفة عن الموضوعيّة، يعني: و يؤيدّ كون الحكم - في الصحيحة - مبنياً على الغالب التعبير عن يوم المخالفة ب «يوم الاكتراء» كما تقدّم في الفقرة الثانية. ولو كان الحكم مترتباً على خصوص يوم المخالفة والغضب لم يكن وجه للتعبير ب «يوم الاكتراء» حتى لو فرض اتّحاده مع يوم المخالفة. فالتعبير ب «يوم الاكتراء» مشعر بعدم اعتناء الامام عليه الصلاة والسلام بقيمة البغل في يوم المخالفة، وأنّ تعبيره عليه السّلام ب «يوم المخالفة» في الجملة السابقة يكون لأجل وحدة قيمة البغل في يومي المخالفة و الاكتراء. و عليه فلا سبيل لاستظهار ضمان قيمة البغل في يوم الغضب من الصحيحة.

(2) أي: فإنّ في التعبير ب «يوم الاكتراء» إشعاراً بعدم موضوعيّة قيمة البغل يوم الغضب.

(3) بل من حيث كون القيمة في يوم المخالفة مساوية لها في يوم الاكتراء إلى يوم الرد، و من هنا يصحّ التعبير عن قيمته بقيمة يوم الاكتراء و الردّ و المخالفة.

(4) غرضه الخدشة في التأييد و التحفّظ على كون «يوم المخالفة» ملحوظاً على نحو الموضوعيّة، و حاصله: أنّه مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يكون النكتة في التعبير عنه ب «يوم الاكتراء» هي التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل في يوم الاكتراء بمحضر المكارين، فيسهل الاطّلاع على قيمته.

بخلاف وقت المخالفة، لعدم حضورهم عند قنطرة الكوفة حتى يتيسّر تقويم البغل بالمراجعة إليهم. و عليه فالعبرة بقيمة المضمون في زمان الغضب، هذا.

(5) كما استظهره المصنّف من قوله عليه الصّلاة و السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته».



البغل فيه غالبا (1) بمشهد من الناس و جماعة من المكارين (2). بخلاف زمان المخالفة من حيث (3) إنه زمان المخالفة.

فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة. كاليمين (4) - في مقابل قول السائل (5): «و من يعرف ذلك؟» فتأمل (6).

(1) أي: في يوم الاكتراء.

(2) الذين هم خبراء بثمرن البغال و الدوابّ.

(3) لَمَّا كان يوم الاكتراء و المخالفة واحدا في مورد الصحيحة، و كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة، لزم تقييد «اليوم» عند ترتب حكم على حيثيّة المخالفة. فغرضه قدّس سرّه من قوله: «من حيث إنه زمان المخالفة» أنّ مناط معرفة قيمة البغل يوم الاكتراء لا زمان المخالفة، فالعبرة في الضمان بيوم الغصب، و طريق معرفة القيمة إخبار المكارين الذين يسهل حضورهم في زمان الاكتراء، و يصعب في زمان المخالفة.

(4) يعني: كمعرفة القيمة باليمين في السهولة.

(5) يعني: في جواب سؤال أبي ولّاد، حيث قال عليه الصلاة و السلام: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك، أو يأتي صاحب البغل بشهود...».

(6) لعلّه إشارة إلى: أنّ الخدشة في المؤيّد - المتقدمة بقوله: «إلا أن يقال» - لا يوجب ارتفاع التوهين في أصل المطلب.

أو إلى: أنّ الخدشة في المؤيّد ممنوعة. و أنّ التعبير ب «يوم الاكتراء» موهن لاستظهار ضمان قيمة يوم المخالفة. و ما ذكر من «سهولة معرفة القيمة بالبيّنة و صعوبتها في يوم المخالفة» غير وجيه، لأنّه - بعد اقتران المخالفة زمانا بالاكتراء - يسهل معرفة قيمة البغل في كلّ من زمان الاكتراء و المخالفة، فلو كانت العبرة بيوم المخالفة تعيّن التعبير به.

و عليه فالتعبير ب «يوم الاكتراء» كاشف عن عدم موضوعية يوم المخالفة، هذا.

(1) هذا مؤيد ثان لكون الحكم في الرواية- من ضمان قيمة يوم المخالفة- مبنيًا على الغالب، لا لموضوعيته له. و حاصل وجه التأييد: أنّ قوله عليه السلام: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك .. إلخ» يدلّ على عدم خصوصية في تقويم البغل بيوم المخالفة، إذ لو كانت العبرة بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون قول المالك مقدّمًا على قول المستأجر، مع كون قوله مخالفًا للأصل، لأنّه يدّعي زيادة القيمة بعد الاكتراء، و هذه الدعوى مخالفة لأصالة براءة ذمّة الضامن، أو مخالفة لاستصحاب عدم الزيادة.

و لم يكن أيضًا وجه لقبول بيّنته، لأنّ من يقبل قوله فليس عليه البيّنة، بل البيّنة على صاحبه.

و بالجملة: فهذا كلّه مخالف لموازن القضاء، و موهن لظهور الصحيحة في كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

و بتعبير آخر: أنّ الامام عليه الصّلاة و السّلام جعل طريق إثبات القيمة الزائدة التي يدّعيها المكاري- حتى تستقرّ على عهدة أبي ولّاد- أمرين، أحدهما:

الحلف، و الآخر: إقامة البيّنة. و جعل عليه السّلام طريق إثبات القيمة التي يدّعيها أبو ولّاد خصوص اليمين المردودة.

و عليه نقول: لو كانت العبرة بقيمة البغل يوم الغصب، أشكل تطبيق جواب الامام عليه الصّلاة و السّلام على موازين باب القضاء. أمّا أوّلا: فلأنّ مالك البغل مدّع لزيادة قيمته يوم الغصب على قيمته يوم الإكتراء بيمينه، و من المعلوم أنّ قوله مخالف لأصالة عدم الزيادة. و لا وجه لتقديم قوله بمجرد يمينه، لأنّ المتّبع في باب القضاء توجيه الحلف أوّلا إلى المنكر، فإن حلف ثبت قوله، و إن ردها إلى المالك فحلف ثبت قوله.

أيضاً (1) قوله عليه السلام فيما بعد (2) في جواب قول السائل: «و من يعرف ذلك؟» قال: أنت و هو، أما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك. فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا، فيلزمك» الخبر، فإن (3) العبرة لو كانت بخصوص يوم

---

مع أنه عليه الصلّاة و السّلام قدّم قول المالك بحلفه على القيمة، فقال: «إما أن يحلف هو على القيمة ..».

و أمّا ثانياً: فلأنّ المقرّر في باب القضاء «البيّنة على المدّعي و اليمين على المنكر» فالوظيفة الأولى لكُلّ منهما تغاير وظيفة الآخر، فعلى المدّعي إقامة البيّنة لإثبات مقصوده، و على المنكر اليمين للتخلّص من دعوى المدّعي. و من المعلوم عدم صدق عنواني «المدّعي و المنكر» على شخص واحد حتى تثبت دعواه بكلّ من اليمين و البيّنة. مع أنه عليه الصلّاة و السّلام جمع بين اليمين و البيّنة في حقّ المالك هذا.

و لا مخلص من هذين الإشكاليين إلاّ بجعل العبرة بقيمة يوم التلف، إذ يمكن توجيه كلّ من تقديم قول المالك، و توجيه اليمين و البيّنة معا إلى المالك كما سيأتي بيانه قريباً إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: كما تأيّد الحكم- بضمّان قيمة يوم التلف- بالمؤيّد الأوّل.

(2) يعني: بعد الفقرة الأولى، و هي قوله عليه الصلّاة و السّلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

(3) هذا تعليل لقوله: «و يؤيّد أيضاً» و بيان لوجه التأييد، و حاصله- كما عرفت تفصيله- أنه لو كانت العبرة بضمّان قيمة يوم الغضب لزم مخالفة موازين باب القضاء من جهتين. إحداهما: قبول قول المالك المدّعي لزيادة قيمة البغل، و المفروض مخالفة دعواه لأصالة عدم الزيادة.

ثانيتها: الجمع بين قبول يمينه و قبول بيّنته، مع امتناع كون شخص واحد مدّعياً و منكراً.

المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل (1).

ثم لا وجه لقبول بيئته (2)، لأنّ من كان القول قوله، فالبيّنة بيّنة صاحبه.

و حمل (3) الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له

---

(1) أي: استصحاب عدم زيادة القيمة على قيمة ما قبل يوم المخالفة.

(2) أي: بيّنة المالك، و من المعلوم أنّ قبول بيئته مخالف لما تقرّر من أنّ من يقبل قوله لا تقبل بيئته، وإنّما تقبل من صاحبه.

(3) مبتدأ خبره «خلاف الظاهر» و الحامل هو صاحب الجواهر قدّس سرّه و قد بسط الكلام لشيئته، و لنّلا يلزم طرح الصحيحة من جهة مخالفتها لموازين القضاء، قال قدّس سرّه:

«قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بيان أنّ ذلك طريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أنّ المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي. وإلا لم يكن معنى لقوله عليه السّلام: أو يأتي بشهود، ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله، بناء على أنّ القول قوله.. إلى أن قال: فلا دلالة في الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمّة الغاصب بالزائد و عدمه. بل إن لم يحمل على ما ذكرنا من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله عليه السّلام: تعرفها أنت و هو، ضرورة كون المعرفة للمالك حينئذ، بناء على أنّ القول قوله. و ليس المراد من قوله عليه السّلام- فإن ردّ اليمين عليك- اليمين المردودة المصطلحة، إذ تلك إنّما هي على نفي ما يدّعيه المنكر، لا على إثبات ما يدّعيه الغاصب. فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه، وإلا نافي قواعد القضاء، فتأمل جيّداً، و الله العالم» «1».

و غرضه قدّس سرّه من هذا الحمل توجيه العمل بهذه الصحيحة بنحو لا ينافي ما تقرّر في باب القضاء من «أن البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر» و ادّعى صاحب الجواهر عدم دلالة الصحيحة على كون مورد تقديم قول المالك و قبول بيئته- معا- هو إنكار الغاصب زيادة قيمة المغضوب، بل مورده التداعي. و أقام

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 224 و 225

ص: 520

قرائن داخلية على مدّعاه، و كان المناسب توضيحها تسهيلا للأمر على إخواننا المشتغلين أيّدهم الله تعالى. لكن لخوف الإطالة والخروج عن حدود التوضيح نقتصر على شرح ما لخصه المصنّف في المتن، فنقول وبه نستعين:

إنّ المراد بالحلف في قوله عليه الصّلاة و السّلام: «إمّا أن يحلف هو..» ليس الحلف الذي يكون ميزانا لفصل الخصومة حتى يلزم مخالفة قاعدة «اليمين على المنكر و البيّنة على المدّعي» بل المقصود بالحلف هنا هو اليمين المتعارفة عند عامّة الناس بداعي تصديق الطرف الآخر و إذعانه بالمحلوف عليه، كما يشاهد في مقام المعاملة، فيحلف البائع مثلا على أنّ المبيع كلّفه كذا دينارا، أو أنّه صرف عليه كذا مبلغا، فيصدّقه المشتري، و يرضى بالثمن، و لولا اليمين بالأسماء المقدّسة لم تقنع نفس المشتري بما يدّعيه البائع.

و كذا الحال في حلف الموجر على الأجرة التي يجعلها على داره أو دكانه.

و من هذا القبيل اختلاف أبي و لآد و المكارى في قيمة البغل، فلو ادّعى المكارى قيمة عليا و حلف عليها رضى أبو و لآد بها، و احتمل عدم تصديقه إيّاه بدون الحلف.

و على هذا فلا ربط للحلف المذكور في الصحيحة باب القضاء حتى تنخرم قاعدة «اليمين على من أنكر» إذ لا أثر في الصحيحة من الترافع إلى القاضي في خصوص معرفة قيمة البغل، هذا.

فإن قلت: لو كان المراد من الحلف هو المتداول في مقام المماكسة عند المعاملة لم يكن وجه لتعبير الامام عليه الصّلاة و السّلام: «فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه» لأنّ ظاهر «الردّ» هو كون الحلف حقّا للمالك ابتداء، و أنّ الحاكم الشرعيّ يأمر المالك بالحلف، فإنّ أبي منه و جّهه الحاكم إلى الغاصب، و من المعلوم أنّ «ردّ اليمين» من شؤون القضاء و فصل الخصومة عند الحاكم و الترافع إليه، فلا وجه لحمل «الحلف» على ما يتداول بين عامّة الناس في مقام المعاملة، هذا.

و يصدّقه (1) فيه من دون (2) محاكمة. و التعبير (3) برّد [برده] اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقًا له ابتداء خلاف (4) الظاهر.

قلت: التعبير ب «ردّ اليمين» لا ينافي إرادة الأيمان المتعارفة بين الناس، وذلك لخصوصيّة في هذه القصّة، و هي أنّ تقديم قول المكارى- بضميمة حلفه على القيمة- ناش من كونه أعرف بقيمة بغلة من غيره، فلذا حكم الامام عليه الصّلاة و السّلام بتوجّه اليمين إليه أولاً، فإن حلف ثبتت القيمة العليا في ذمّة أبي ولّاد، و إن ردّ اليمين عليه، فحلف على القيمة النازلة لزم على المكارى قبولها.

و الحاصل أنّه: لا مانع من حمل الحلف في الصحيحة على الحلف المتعارف بين الناس، و لا يراد به الحلف المعتبر في فصل الخصومة حتى يشكل استظهار قيمة يوم الغصب من الصحيحة.

(1) الضمير المستتر راجع إلى المحلوف له و هو أبو ولّاد، و الضمير البارز راجع إلى الحالف و هو المكارى. و ضمير «فيه» راجع إلى «المحلوف عليه» المستفاد من العبارة، و المراد به قول المكارى.

(2) متعلّق ب «يرضى» يعني: أنّ الطرف الآخر يرضى بما يحلفه الحالف، و لا حاجة إلى مراجعة المحكمة للحلف فيها.

(3) مبتدأ خبره قوله: «من جهة» و تقدّم توضيح الدخّل و جوابه بقولنا:

«إن قلت .. قلت».

(4) خبر قوله: «و حمل» و ردّ له. و حاصل الردّ: أنّ شأن الإمام عليه الصّلاة و السّلام بيان الحكم الشرعيّ الكلّي، و القانون العامّ لحلّ المنازعة بين المكارى و أبي ولّاد، و ليس عليه السّلام بصدد إرجاعهما إلى ما تعارف بين الناس لحلّ المرافعة، إذ لا عبرة بها لو لم تنطبق على الموازين الشرعيّة. هذا ما أفاده المصنّف قدّس سرّه و قد بيّن في التعليقة ما يتعلّق به، فراجع.

فتحصل: أنّ المؤيّد الثاني لضمان قيمة يوم التلف- دون قيمة يوم المخالفة- سليم عن الخدشة المتقدّمة.

(1) هذا مرتبط بقوله: «فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة» و تتمّة للمؤيد الثاني، و حاصله: أنّ مدلول الصحيحة إن كان ضمان قيمة يوم التلف لم يلزم خرق قواعد باب القضاء أصلا، لإمكان حمل حكمه عليه الصلّاة و السّلام «بتقدّم قول المكارى يمينه» على صورة من صور نزاعهما في قيمة البغل، و حمل حكمه صلوات الله و سلامه عليه بقبول بينته على صورة أخرى.

توضيحه: أنّ اختلاف المكارى و أبي و لاد في قيمة البغل يفرض تارة فيما إذا اتّفقا على قيمته يوم المخالفة بأن كانت خمسين درهما مثلا، و ادّعى أبو و لاد نقصان ثمنه يوم التلف بأن صارت أربعين درهما، و أنكر المكارى هذا النقص، فيحمل قوله عليه الصلّاة و السّلام: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» على هذه الصّورة، و هو مطابق لقاعدة «البينة على المدّعي و اليمين على من أنكر» و حيث إنّه لا بينة لأبي و لاد على دعوى نقصان القيمة يتجه قبول قول المكارى يمينه، لموافقته لاستصحاب بقاء قيمة البغل على حالها.

و أخرى فيما إذا اتّفقا على عدم تغيير قيمته السوقية من زمان الغصب إلى زمان التلف، و إمّا اختلفا في قيمته السابقة، فالمكارى يدّعي أنّها خمسون درهما، و الغاصب ينكره و يقول إنّها أربعون درهما. و يحمل قوله عليه الصلّاة و السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود ..» على هذه الصّورة، لكون الغاصب منكرا للزيادة، و يطابق قوله للأصل، و المكارى مدّعي للزيادة، و عليه إقامة البينة على أنّ قيمة البغل خمسون درهما، و ليس في هذا مخالفة لقانون القضاء «البينة على المدّعي» بل هو مصداق للقاعدة المسلّمة.

و ثالثة فيما إذا اتّفقا على قيمة البغل يوم الغصب و أنّها خمسون درهما مثلا، و ادّعى المالك ارتفاعها إلى ستين درهما يوم التلف، و أنكر الغاصب هذا الارتفاع، و أنّ القيمة لم تزد على الخمسين. و هذه الصّورة و إن لم تذكر في الصحيحة، لكن يعلم

فإنه (1) يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على (2) ما إذا اختلفا في تنزيل القيمة يوم التلف، مع اتفاهما أو الاطلاع (3) من الخارج على قيمته سابقا. ولا شك حينئذ (4) أن القول قول المالك.

و يكون سماع البيّنة (5) في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا مع

---

حكمها من حكم الصورة الأولى، فيحلف الغاصب على نفي زيادة القيمة، وإن نكل ورد اليمين على المكاري و حلف على ارتفاع القيمة، استقرّ على عهدة الغاصب حينئذ.

فالنّيجة: أنّ الصّحيحة إن دلّت على اعتبار قيمة يوم الغصب لزم إمّا مخالفة قواعد القضاء كما عرفته مفصّلا، وإمّا حملة على فرد نادر من موارد النزاع كما سيأتي توضيحه قريبا. وإمّا على التّعبد كما سيأتي أيضا. وإن دلّت على ضمان قيمة يوم التلف كان قبول قول المكاري يمينه و قبول بيّنته مطابقا لموازن القضاء، بعد حمل مورد الحلف على صورة، و مورد البيّنة على صورة أخرى، هذا.

(1) هذا تقريب مطابقة الصحيحة لموازن باب القضاء بناء على أمرين:

أحدهما: كون العبرة بقيمة يوم التلف.

ثانيهما: التفكيك بين موردي تقدّم قول المالك يمينه، وبين قبول يمينه، كما عرفت.

(2) متعلّق ب «أن يحمل».

(3) يعني: أنّ اتفاهما على القيمة السابقة إمّا لعلمهما بها، وإمّا لاستعلام القيمة من الخبراء و المقومين.

(4) أي: حين اتفاهما على قيمته سابقا. و الوجه في تقديم قول المالك حينئذ هو إنكاره لما يدّعيه الغاصب من نقصان قيمة المعيب.

(5) هذه صورة ثانية من صور نزاعهما في قيمة البغل. و في هذا الفرض تكون وظيفة المالك إقامة البيّنة، و لا مورد ليمينه و لا ليمين الغاصب، و قد عرفت توضيحه بقولنا: «و اخرى فيما إذا اتفقا على عدم تغيير قيمته السوقية .. إلخ».



اتَّفَقَهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فيكون (1) الرّواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما. ويبقى بعض الصور، مثل: (2) دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة (3). ولعلّ حكمها- أعني حلف الغاصب- يعلم من حكم عكسها (4) المذكور في الرّواية.

و أمّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلا بدّ (5) من حمل

---

(1) هذا متفرّع على ما تقدّم من حمل مورد قبول حلف المالك على الصّورة الاولى، و حمل مورد قبول يبيّنه على الصّورة الثانية.

(2) هذه هي الصّورة الثالثة من صور النزاع، و قد تقدّم توضيحها أيضا.

(3) يعني: عن قيمة يوم المخالفة، المتفق عليها بينهما.

(4) أي: الصّورة الاولى، و هي اختلافهما في تنزّل القيمة- يوم التلف- عن قيمتها السّابقة المتفق عليها.

هذا كلّه في توجيه الصّحيحة بناء على كون العبرة بقيمة يوم التلف.

(5) غرضه من هذا الكلام إلى الشروع في استفادة ضمان أعلى القيم هو توجيه الصّحيحة بناء على دلالتها على ضمان قيمة يوم المخالفة، بذكر وجهين، و المناقشة فيهما.

توضيح الوجه الأوّل: أنّه يمكن تطبيق الصحيحة على قاعدة «الحلف وظيفه المدّعى عليه، و البيّنة وظيفه المدّعي» بحمل قوله عليه الصّلاة و السّلام: «إما أن يحلف هو فيلزمك» على صورة من صور النزاع، و هي ما إذا اتّفقا على قيمة البغل في اليوم السابق على يوم المخالفة، بأن كانت خمسين درهما، ثم اختلفا في قيمته يوم المخالفة، بأن ادّعى الغاصب نقصانها يوم المخالفة إلى أربعين درهما، و ادّعى المالك بقاءها على الخمسين درهما، إذ يكون المالك حينئذ منكرًا، لموافقة قوله لأصالة عدم النقصان، فيتّجه قبول قوله مع يمينه.

و كذا الحال لو اتّفقا على قيمة البغل في اليوم اللاحق ليوم المخالفة، و هي خمسون درهما، و لكن الغاصب يدّعي كونها في يوم المخالفة أربعين، فيتّجه قبول يمينه، لموافقة قوله للاستصحاب القهقرائيّ الدالّ على كون قيمته يوم المخالفة خمسين درهما.

الرّواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السّابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له (1)، و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك (2) يوم المخالفة. و لا يخفى بعده (3).

و أبعد منه (4) حمل النّصّ على التّعبّد، و جعل حكم خصوص الدّابة

---

و الحاصل: أنّه بناء على حمل الصحيحة على هذه الصورة من صورة النزاع لا يلزم مخالفة قاعدة القضاء. لكن ردّه المصنّف قدّس سرّه بالبعد، و سيأتي توضيحه كما سيأتي توضيح الوجه الثاني إن شاء الله تعالى.

(1) أي: ليوم المخالفة.

(2) أي: عن تلك القيمة المتّفق عليها، و الظرف منصوب ل «نقصانه» أي: وقع النقصان في يوم المخالفة.

(3) لعلّ وجهه عدم ابتلاء الغاصب بالبغل قبل المخالفة ليتمشّي منه موافقة المكاري على قيمته قبل الاكتراء، فيلزم حينئذ حمل الصحيحة على فرد نادر، لأنّهما لو اتّفقا على قيمة البغل قبل المخالفة بيوم- أو بعدها كذلك- كانت دعوى الغاصب نقصان القيمة في يوم المخالفة بعيدة جدّاً، إذ ليست البغال كسائر أموال التّجارة التي تتغيّر أسعارها و أثمانها تغييراً فاحشاً في يوم أو يومين.

و حيث كان هذا الحمل بعيداً كان الأولى حملها، على الصّورتين المتقدّمتين المبتنيتين على ضمان يوم التلف.

(4) أي: من حمل الرّواية على ما إذا اتّفقا .. و هذا التّوجيه الثاني يستفاد من فتوى شيخ الطائفة قدّس سرّه في موضعين من النهاية، و لا بأس بنقل كلامه فيهما تسهيلاً للأمر على إخواننا أعزّهم الله تعالى.

فنقول: قال- في باب بيع الغرر و المجازفة و ما يجوز بيعه و ما لا يجوز- ما لفظه:

«و من غصب غيره متاعاً، و باعه من غيره، ثمّ وجده صاحب المتاع عند المشتري كان له انتزاعه من يده. فإن لم يجده حتى هلك في يد المبتاع رجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه إيّاه .. فإن اختلف في قيمة المتاع كان القول قول صاحبه مع يمينه بالله تعالى» «1».

---

(1) النهاية، ص 402

ص: 526

ووجهه المحقق بقوله: «إنّما كان القول قول المالك، لأنّ الثابت في الدّمة هو الشيء المغصوب، فإذا ادّعى الغاصب أنّ القدر المدفوع هو قيمته، وأنكر المالك، كان القول قوله، لأنّ الغاصب يدّعي خلاص ذمّته ممّا هو ثابت فيها بالقدر المدفوع، وأنّ القدر هو قيمة ما في الدّمة. وعلى هذا التخريج لا تكون هذه الصورة خارجة عن الأصل» (1).

هذا كلّه فيما اختاره شيخ الطائفة في بيع المغصوب في كتاب المتاجر.

وقال في باب الإجارة- في من اكرى دابة على أن يركبها إلى موضع مخصوص، فتجاوزه- ما لفظه: «و متى هلكت الدابة- والحال ما وصفناه- كان ضامنًا لها، ولزمه قيمتها يوم تعدّى فيها. فان اختلفا في الثمن كان على صاحبها البيّنة، فإن لم تكن له بيّنة كان القول قوله مع يمينه. فإن لم يحلف وردّ اليمين على المستأجر منه لزمه اليمين، أو يصطلحان على شيء. والحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الخلف فيه بين المستأجر والمستأجر منه، كانت البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه» (2).

وهذا الكلام صريح في اختصاص الدابة المغصوبة بحكم، وهو الجمع بين مطالبة البيّنة من المالك، ثم قبول قوله مع اليمين. والوجه فيه- كما صرح به المحقق في نكت النهاية (3)- العمل بصحيفة أبي ولاد. فتكون مخصّصة لقاعدة «البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه» وأما غير الدابة مما يقع الخلاف في ثمنه فمشمول لعموم القاعدة.

وقد ظهر بما نقلناه من كلمات الشيخ والمحقق قدّس سرهما اختلاف كلامي الشيخ في بابي البيع والإجارة، ففي بيع المغصوب حكم بتقديم قول المالك مطلقًا، سواء أكان المغصوب دابة أم غيرها. وفي باب الإجارة خصّ الحكم بالدابة المغصوبة

(1) النهاية و نكتها، ج 2، ص 179

(2) النهاية، ص 446

(3) النهاية و نكتها، ج 2، ص 280 و 281

و اليمين على من أنكر» كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغضب (1).

عملاً بصحيفة أبي ولاد. ولأجل هذا الاختلاف عبّر المصنّف ب «أو» فقال:

«خصوص الدّابة أو مطلقاً».

إذا أتضح ما ذكرناه- من صحّة نسبة هذا الحمل إلى شيخ الطائفة قدّس سرّه- قلنا في توضيحه: إنّ الأصل المقرّر في باب القضاء من «أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه» حكم شرعيّ كلّيّ كسائر القواعد الشرعيّة العامّة القابلة للتخصيص كقاعدة التجاوز والفراغ ولا ضرر ولا تعاد ونحوها. وليست أحكاماً كليّة آية عن التخصيص.

و حيث كانت صحيفة أبي ولاد جامعة لشرائط الحجّية تعيّن تخصيص القاعدة المقرّرة في باب القضاء بها، ويقال: إنّ النزاع في ثمن الدّابة المغصوبة مختصّ بحكم تعبدّي، وهو تقديم بيّنة المالك وقبول يمينه، ولا يندرج في عموم «البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه» هذا.

وقد ناقش المصنّف قدّس سرّه في هذا الحمل بأنّه أبعد من الحمل السابق. ولعلّ وجه الأبعدية عدم ذهاب أحد إلى التعبدّ وتخصيص قاعدة «البيّنة على المدّعي..» مع كون تخصيص العامّ جمعاً عرفياً واضحاً. ويكفي لإثبات عدم عرفيّة هذا التخصيص إعراض جماعة ممّن نقل فتوى الشيخ عنه، واعتراضهم عليه كابن إدريس والمحقّق والعلامة وغيرهم «1» قدّس الله أسرارهم.

(1) المراد من الغضب هو بيع المغصوب، لا باب الغضب.

هذا تمام الكلام في ترجيح استظهار ضمان المغصوب بقيمة يوم التلف من صحيفة أبي ولاد، وعدم وفائها بإثبات ضمان يوم الغضب. و سيأتي الكلام في استظهار ضمان أعلى القيم من الصحيفة.

(1) راجع: السرائر، ج 2، ص 465؛ شرائع الإسلام، ج 2، ص 187، المسألة الثانية؛ مختلف الشيعة، ج 6، ص 150؛ مسالك الأفهام، ج 5، ص 221.

ص: 528

وأضعف من ذلك (1) الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين

ج: القول الثالث: ضمان أعلى القيم

(1) المشار إليه هو الاستشهاد بالصحيحة على كون العبرة بقيمة يوم الغضب.

وقد نبّه على ضعفه بقوله: «نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنه لا يبعد .. إلخ».

واستدلّ على ضمان أعلى القيم من يوم الغضب إلى التلف بوجه:

أولها: صحيحة أبي ولّاد، على ما صرح به الشهيد الثاني قدّس سرّه وإن لم يذكر تقريب دلالة الصحيحة على ذلك. قال في المسالك في عدّ الأقوال المذكورة في ضمان القيميّ: «وثانيها: ضمان القيمة يوم التلف .. وهذا القول قويّ. إلّا أنّ في صحيحة أبي ولّاد- فيمن اكرى البغل وتجاوز به محلّ الشرط- ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين. ولولاها لما كان عن هذا القول عدول» (1).

وقويّ هذا القول في شرح اللمعة «لمكان هذا الخبر الصحيح».

ولكنّه قدّس سرّه استدلّ بالصحيحة- قبل سطر- على ضمان قيمة يوم الغضب، حيث قال: «وفي صحيح أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام في اكرى البغل ومخالفة الشرط ما يدلّ على هذا القول» (2).

وكيف كان فيمكن أن يكون نظره- في دلالة الصحيحة على قيمة زمان الغضب- إلى الظهور البدويّ في جملة «نعم قيمة بغل يوم خالفته» كما في مفتاح الكرامة (3).

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 186؛ الروضة البهية، ج 7، ص 43 و 44؛ وحكاة عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج 6، ص 244.

(2) الروضة البهية، ج 7، ص 42.

(3) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244.

وقد تقدّم بيان المصنّف قدّس سرّه في كَيْفِيَّةِ الدَّلَالَةِ.

وأما دلالة الصّحيحة على ضمان أعلى القيم من زمان الغضب إلى التلف فلم بيّنها الشهيد الثاني قدّس سرّه ويمكن توجيهها بوجهين.

أحدهما: استفادة الحكم من جملة «نعم قيمة بغل يوم خالفته» بإلغاء المعنى الحدّثي، وإرادة المعنى الاسمي على ما سيأتي توضيحه في التعليقة. ولعلّ هذا الوجه ظاهر الجواهر، حيث قال قدّس سرّه: «اللهم إلا أن يقال: إنّه بناء على تعلّق الظرف بالفعل المستفاد من قوله: نعم، يكون المراد أنّ ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ. بل إن جعل متعلقا بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضا، لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل: أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة» (1).

ثانيهما: استفادة الحكم من مجموع الجملتين، وهما: قوله عليه السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته» وقوله عليه السّلام: «عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب يوم تردّه». بتقريب: أنّ القيمة المضمونة ليست خصوص قيمة يوم الغضب، بل المستقرّ على ذمّة أبي ولاد- عند تعيّب البغل- هو إحدى القيم من زمان الغضب إلى زمان التلف، أو إلى ردّه معييا إلى المكاري. ومن المعلوم اقتضاء إطلاق القيمة بين هذين الوقتين ضمان الجامع بين القيم، وأداء هذا الجامع منوط بدفع الأعلى.

فلو كان ثمن البغل يوم المخالفة خمسين درهما مثلا، ثم ارتفع إلى ستين، وتنزّل إلى أربعين، وكان في يوم تلفه أو يوم ردّه معييا خمسا و أربعين كان على عهدة الضامن ستون درهما، لإطلاق قوله عليه السّلام «عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب» لاستقرار القيمة العليا بمجرد ارتفاع القيمة في الفترة بين الغضب والرّد، أو بين الغضب والتلف. ولا- تفرغ الذمّة بأداء القيمة النازلة، لعدم كونها جامعة بين القيم المختلفة في المدة التي كانت العين تحت يد الغاصب.

(1) جواهر الكلام؛ ج 37، ص 104.

الغضب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني، إذ (1) لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلائلها على هذا المطلب (2).

نعم استدّلوا على هذا القول (3) بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته.

وفيه (4) أنّ ضمانها

---

(1) تعليل لقوله: «و أضعف» و التعبير به إنّما هو لعدم الظفر بوجه دلالة الصحيحة على ضمان أعلى القيم، و هذا بخلاف دلائلها على ضمان يوم الغضب، فإنّها ليست ببعيدة، و لذا استظهره جماعة كالفاضل النراقي وغيره، و كذا المصنّف في بادئ الأمر، و إن عدل عنه إلى ترجيح اعتبار قيمة يوم التلف.

(2) قد وجّهه صاحب الجواهر قدّس سرّه كما أشرنا إليه آنفا، لكنه ضعّفه لكونه ضمانا تقديريا لا تحقيقيّا، فراجع.

(3) كذا في مفتاح الكرامة و الجواهر «1» أيضا، و المستدلّ بهذا الوجه جماعة، منهم الفاضل المقداد و ابن فهد الحلّي قدّس سرّهم. و كذا الشهيد الثاني «2»، إلاّ أنّه ناقش فيه و اعتمد على صحيحة أبي ولّاد، فراجع المسالك.

و كيف كان فحاصل هذا الوجه الثاني القول بضمان أعلى القيم بين الغضب و التلف هو: أنّ العين مضمونة في جميع أزمنة الغضب و المخالفة، و من تلك الأزمنة زمان ارتفاع قيمتها، و لا تفرغ الدّمة بدفع قيمة يوم الغضب أو يوم التلف لو كانت أقلّ القيم في هذه المدّة، لفرض اشتغال الدّمة بالقيمة العليا.

(4) هذا ردّ الوجه المزبور لإثبات ضمان أعلى القيم بين الغضب و التلف، و هو مذكور- مختصرا- في كلام الشهيد الثاني و السيّد العامليّ و صاحب الجواهر «3» قدّس سرّهم،

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244؛ جواهر الكلام، ج 37، ص 104

(2) لاحظ: التنقيح الرائع، ج 4، ص 70، المهذب البارع، ج 4، ص 252، مسالك الأفهام، ج 12، ص 187.

(3) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244، جواهر الكلام، ج 37، ص 104، مسالك الأفهام، ج 12، ص 187.

في تلك الحال (1) إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها (2) لم تتلف فيه.

وإن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان (3) عليه فعلا (4) وإن تنزلت بعد ذلك، فهو (5) مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

---

وحاصله: أنه إن أريد بضمان العين في أزمنا الغصب وجوب قيمة ذلك الزمان على تقدير تلفها فيه، فهو مسلم، إذ تداركها حينئذ منحصر بذلك. لكنّه خلاف المفروض، لأنّها لم تتلف، وهذا الضمان التقديريّ لم يصير فعليًا.

وإن أريد به أنّ قيمة ذلك الزمان قد استقرت عليه و ثبتت على عهده فعلا- وإن لم تتلف العين و تنزلت قيمته بعد ذلك- فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

وإن أريد به استقرار القيمة على الغاصب بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف،- يعني: إن تلفت العين كان ارتفاع القيمة مضمونا، وإن لم تتلف وردها على صاحبها لم يضمن تلك القيمة العليا- قلنا: إنّ هذا الاحتمال وإن لم يخالف اتّفاقهم على عدم ضمان ارتفاع القيمة لوردّ العين، إلا أنّ الموهن للالتزام به هو مخالفته لأصالة براءة الذمّة عن القيمة المرتفعة، و المفروض عدم وجود حجّة على اشتغال الذمّة بتلك القيمة العليا.

وبهذا ظهرت الخدشة في استدلال الجماعة على ضمان أعلى القيم.

(1) أي: في حال ارتفاع القيمة.

(2) أي: أنّ العين لم تتلف في زمان ارتفاع قيمتها حتى تضمن بتلك القيمة المرتفعة، و عليه فضمن هذه القيمة تقديريّ، يعني: لو تلفت العين في ذلك الزمان لكانت مضمونة بتلك القيمة العليا.

(3) أي: الزمان الذي ارتفعت فيها قيمة العين المضمونة.

(4) هذا و «عليه» متعلّقان ب «استقرار» أي: استقرار القيمة العليا على الضامن لمجرد ارتفاع القيمة في بعض الأزمنة وإن تنزلت بعده.

(5) جواب قوله: «وإن أريد به».



وإن أريد استقرارها (1) عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو (2) وإن لم يخالف الاتفاق، إلا أنه (3) مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل (4) عدا ما حكاه في الرياض «1» عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من قاعدة نفي الضرر الحاصل (5) على المالك. وفيه (6) نظر، كما اعترف به بعض من تأخر.

---

(1) أي: استقرار القيمة المرتفعة على الضامن لمجرد الارتفاع، لكنّها منوطة بالشرط المتأخر، وهو التلف في زمان تنزل القيمة.

(2) أي: فاستقرار القيمة العليا وإن لم يخالف الاتفاق - إذ معقد الاتفاق على عدم ضمان ارتفاع القيمة إنما هو مع ردّ العين، وأمّا مع التلف فلا اتفاق على عدم ضمانه - إلا أنّ وجوب أعلى القيم مخالف لأصالة البراءة.

إلا أن يقال - كما عن الوحيد البهبهاني قدس سرّه - بجريان قاعدة نفي الضرر عن المالك، الحاكمة على أصل البراءة.

(3) أي: أنّ استقرار ارتفاع القيمة مخالف لأصالة البراءة المقتضية لعدم اشتغال الذمّة بالقيمة العليا.

(4) أي: شاغل لذمّة الضامن.

(5) صفة للضرر، ووجه تضرر المالك هو عدم تمكنه من العين في زمان ارتفاع قيمتها، ومن المعلوم أنّ الضرر منفي في الشريعة.

(6) أي: وفي كون نفي الضرر شاغلا للذمّة بأعلى القيم نظر، كما اعترف صاحب الجواهر بهذا النظر، حيث قال - في ذيل بيان وجه تردد المحقق قدس سرّه في اعتبار زيادة القيمة ونقصانها بعد التلف - ما لفظه: «و لعلّه لذا قيل: إنّ وجه القول قاعدة الضرر، وذلك لأنّ عدم تمكنه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه، وتقويت لتلك المنفعة العليا، و من هنا كان خيرة العلامة الأكبر الآغا محمد باقر البهبهاني قدس سرّه فيما

---

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 304

ص: 533

نعم (1) يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع

---

حكى عنه. إلا أنّك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية» (1).

وحاصله: أنّ الضامن مكلف بأداء العين ما دامت موجودة مهما كانت قيمتها، ولم تشتغل ذمته بالبدل حتى تقتضي قاعدة نفي الضرر الاشتغال بأعلى القيم.

هذا تمام الكلام في الوجه الثاني مما استدللّ به على ضمان أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، وسيأتي تقريبه بوجه آخر يمكن جعله وجهًا ثالثًا للحكم.

(1) هذا استدراك على مناقشته في الوجه الثاني بقوله: «وفيه أنّ ضمانها في تلك الحال ..» وغرضه تقريب الوجه المزبور ببيان آخر يسلم عن المناقشة، وحاصله:

وحدة مناط الضمان في الحيلولة والتلف، توضيحه: أنّ العين المضمونة لو تلفت حين ارتفاع قيمتها تضمن قيمتها العليا، لكون زمان التلف وقت اشتغال الذمة بالبدل بعد ما كانت مشغولة بالعين.

والوجه في الضمان حرمان المالك عن العين وعدم تمكّنه من الانتفاع بماله.

وهذا المنطوق موجود في صورة بقاء العين في يد الضامن حين ارتفاع قيمتها، فإنّها وإن لم تتلف، لكنّ حيلولة الضامن بين المالك وملكه، ومنعه عن التصرف فيه موجبة لضمان القيمة المرتفعة وإن كان تلفها في زمان تنزّل قيمتها.

نعم لا يقتضي هذا الوجه ضمان أعلى القيم لو ردّ الضامن العين إلى المالك في زمان تنزّل القيمة، وذلك لأنّ ردّ العين يوجب تدارك تلك القيمة العليا، ولو لا هذا التدارك لزم ردّ التفاوت - بين القيمة الفعلية وأعلى القيم - عند ردّ العين. هذا محصل التوجيه، وسيأتي في المتن مزيد توضيح له.

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 105.

ص: 534

الأزمة- بأن (1) العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليّتها مقومة بتلك القيمة (2)، فكما أنه إذا تلفت حينئذ (3) يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها (4) و بين المالك حتى تلفت، إذ (5) لا فرق- مع عدم التمكّن منها- بين أن تتلف أو تبقى.

نعم (6) لو ردّت تدارك تلك الماليّة بنفس العين. و ارتفاع (7) القيمة السوقيّة أمر اعتباريّ لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالا، وإنّما هو مقوم لماليّة المال، و به تمايز الأموال كثرة و قلة.

---

(1) متعلّق ب «توجيه» و بيان له.

(2) أي: القيمة المرتفعة.

(3) أي: حين صيرورة ماليّة العين مقومة بتلك القيمة العليا.

(4) أي: بين العين و بين المالك.

(5) تعليل لوجوب تدارك العين بالقيمة العليا.

(6) استدراك على ضمان القيمة العليا، يعني: أنّ مناط ضمان أعلى القيم و إن كان موجودا في صورة بقاء العين عند الغاصب، إلا أنّ ردّ العين- في زمان تنزل القيمة- جابر لتلك القيمة العليا.

(7) هذا دفع دخل، حاصله: أنّ القيمة المرتفعة لو كانت مضمونة لم يختلف الحال بين بقاء العين- و ردّها بعد ذلك- و بين تلفها، فكيف حكم الماتن بتدارك القيمة العليا برّد العين و عدم ضمانها؟

و حاصل الدّفع: أنّ ارتفاع القيمة السوقيّة أمر اعتباريّ غير مضمون، و إنّما المضمون هو العين المتموّلة التي استولى عليها الضامن. و هذا الأمر الاعتباريّ ليس بمال حقيقة، بل يكون مقوما لماليّة العين، و لهذا حكموا بفراغ ذمّة الضامن برّد نفس العين ما لم تسقط عن الماليّة، كما تقدّم في التنبيه السادس في مثال الماء على الشاطئ

و الحاصل (1): أن للعين في كلّ زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المائيّة أزيلت يد المالك منها، وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن (2). و إن تلفت استقرت عليها تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى (3). نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنّه يضمن الأعلى منها (4).

و الثلج في الشتاء.

ففي المقام يفصل بين تلف العين وبقائها، فإن تلفت في زمان ارتفاع قيمتها ضمن قيمتها حين التلف. و إن بقيت و نقص قيمتها و ردها إلى المالك لم يضمن ارتفاع قيمتها، و إن كان مناط الضمان - و هو حرمان المالك عن ماله في زمان أعلى القيم - موجودا في حالتي البقاء و التلف.

(1) يعني: و حاصل توجيه الاستدلال على ضمان أعلى القيم هو: أن للعين .. إلخ.

(2) لما تقدّم من أن ارتفاع القيمة و رغبة العقلاء و إن كان مقوماً لمائيّة المال، إلا أن المضمون هو المال، لا المائيّة، فلا يضمن أعلى القيم لورد العين إلى مالكها.

(3) فلا يلزم الجمع بين القيمة العليا و المتوسطة و النازلة، بل يكفي دفع القيمة الجامعة بين تمام القيم، و هي أعلى القيم خاصّة.

(4) و لا يضمن جميع تلك المنافع الفائتة، قال في الجواهر: «إنّما الكلام فيما لو تعددت منفعه كالعبد الخياط الحائك، ففي القواعد في موضع منها: و المنافع المباحة مضمونة بالقوات تحت اليد و التفويت. و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها، و لا تجب أجره الكلّ ..» «1» و المسألة لا تخلو من بحث، فراجع الجواهر.

و إلى هنا تمّ توجيه المصنّف قدس سرّه للاستدلال، و سيأتي الاستشهاد عليه بكلام العلامة قدس سرّه.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 167

ص: 536

و لأجل ذلك (1) استدلّ العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: «لأنّه زمان إزالة يد المالك» (2).

ونقول في توضيحه: إنّ كلّ زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليّته (3)، ففي زمان أزيلت من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمن، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرّت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمل (4).

---

(1) أي: لأجل كون الحيلولة سببا للضمان استدلّ .. إلخ، لأنّ إزالة يد المالك حيلولة حقيقة بين المال و مالكه، و مانعة عن سلطنة المالك على ماله.

و الظاهر أنّ نظر المصنّف في قوله: «و لأجل ذلك» إلى جعل إزالة يد المالك و قطع سلطنته عن ماله موجبة للضمان، و لذا جعل العلامة انقطاع السلطنة سببا له، لأنّ يوم الغصب زمان انقطاع السلطنة. فنظر المصنّف قدس سرّه منحصر في أصل الضمان من ناحية إزالة يد المالك عن ماله، لا في كفيّته، و إلا كان عليه الالتزام بأعلى القيم كما قرّبه في المتن.

و بعبارة أخرى: تعليل العلامة ناظر إلى ضمان يوم الغصب، مع أنّ المصنّف في مقام الاستدلال على ضمان أعلى القيم، فلا استشهاد بعبارة التحرير لإثبات ضمان أعلى القيم منوط بتقريب آخر، و هو ما أفاده المصنّف بقوله: «إن كل زمان من أزمنة الغصب ..».

(2) قال في التحرير: «فالأكثر على ضمان القيمة يوم الغصب، لأنّه الوقت الذي أزال يده عنه» (1).

(3) أي: ماليّة العين في كل زمان من أزمنة الغصب، فالأولى تأنيث الضمير.

(4) الظاهر أنّه إشارة إلى ما ذكرناه من عدم ابتناء قول العلامة- بضمان قيمة يوم الغصب- على ما أفاده المصنّف، بل على خصوص كون سلب سلطنة المالك موجبا للضمان.

أو إشارة إلى: عدم كون الحيلولة عن القيمة كالحيلولة عن العين، بكون حيلولة

---

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

ص: 537

و استدللّ في السرائر وغيرها على هذا القول (1) بأصالة الاشتغال، لاشتغال ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

وقد يجاب (2) بأن الأصل في المقام البراءة، حيث إنّ الشك في التكليف بالزائد.

---

العين موجبة لضمان القيمة العليا، بخلاف الحيلولة عن القيمة مع بقاء العين، فإنّها لا توجب ضمان ارتفاع القيمة.

(1) أي: على القول بضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف، وهذا إشارة إلى وجه ثالث يظهر من كلام ابن إدريس، قال قدّس سرّه: «فإن لم يردّها- أي العين المغصوبة- حتى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، لأنّه إذا أدى ذلك برئت ذمته بيقين، وليس كذلك إذا لم يؤدّه» (1).

وعلّله في باب البيع «ببقاء المال على ملك صاحبه، ما انتقل عنه» (2). و ظاهره وجود الدليل على ضمان أكثر القيم، فراجع.

و كيف كان فتقريب اقتضاء قاعدة الاشتغال الضمان بالقيمة العليا هو: أنّ ذمّة الضامن اشتغلت بماليّة المغصوب في جميع المدّة من القبض إلى التلف، و منها زمان ارتفاع القيمة، ويشكّ في فراغ الذمّة بدفع القيمة النازلة أو المتوسّطة، و قد تقرّر اقتضاء الاشتغال اليقينيّ للفراغ كذلك.

(2) الظاهر أنّ المجيب هو صاحب الجواهر قال قدّس سرّه: «و دعوى أنّه- أي الوجه- قاعدة الاشتغال .. يدفعها ما تحقّق في الأصول من أنّ مثله يجري فيه أصل البراءة، ضرورة رجوعه إلى الشكّ في التكليف بين الأقلّ و الأكثر» (3).

و محصّله: أنّ الشكّ في ضمان القيمة السفلى أو العليا يكون من موارد الشكّ في الأقلّ و الأكثر الاستقلاليّين، و هو مجرى أصالة البراءة لا الاشتغال.

---

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 481

(2) المصدر، ص 326

(3) جواهر الكلام، ج 37، ص 106

نعم (1) لا بأس بالتَّمسُّك باستصحاب الضَّمان المستفاد من حديث اليد [1].

(1) استدراك على عدم صغروية المقام لقاعدة الاشتغال، و غرضه قدس سره إثبات وجوب أعلى القيم بوجه رابع و هو الاستصحاب، بتقريب: أن حديث «على اليد» يدل على الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير إلى زمان أدائه أو أداء بدله، فالحالات الطارئة على العين مضمونة، و منها ارتفاع قيمتها، فلو تلفت العين حين نقص قيمتها، و دفع تلك القيمة النازلة إلى المالك يشك في فراغ ذمته عمّا اشتغلت به قطعاً، و من المعلوم أن مقتضى الاستصحاب وجوب دفع أعلى القيم. هذا.

و لا يخفى أنه لو جرى الاستصحاب كان حاكماً على كل من أصالة الاشتغال المثبتة لأعلى القيم، و أصالة البراءة النافية له. و ظاهر سكوت المصنّف قدس سره ارتضاؤه له، إلا أن استفاد مبناه ممّا تقدّم من تسالمهم على عدم ضمان ارتفاع القيمة لو كان التلف حين نقصها.

[1] لا يخفى أنه قد استدلل على اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف بوجوه:

الأول: ما أفاده الشهيد الثاني في المسالك و الروضة، و تقدّم كلامه في التوضيح.

وقيل في توجيه الاستدلال على ذلك: بأنّ المغصوب مضمون على الغاصب في جميع أزمنة الغصب التي منها زمان ارتفاع القيمة، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً، ضرورة أن المراد من يوم المخالفة في الصحيحة إنّما هو طبعي يوم المخالفة الذي يصدق على كل يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاصّ.

و عليه فإن ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و إلا فإن ردّ أعلى القيم فقد ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا، ضرورة أنه لا يجب على الغاصب قيم متعددة بتعدّد أيام المخالفة. كما أنه لو ردّ القيمة النازلة لما ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل أدّى قيمة بعض أيام المخالفة.

---

وبالجملة: مبنى هذا التوجيه إرادة معنى اسم المصدر من المخالفة، بحيث ينسلخ عن المعنى المصدرى أي إحداث المخالفة، وإرادة الجنس أو الاستغراق من «اليوم» فيعمّ جميع أيام المخالفة التي منها يوم أعلى القيم. لأنّ علّة الضمان - وهي الغصب - ما دامت موجودة لاقتضت الضمان، فلا اختصاص لأن حدوث الغصب. فتدلّ على لزوم قيمة كلّ يوم تكون المخالفة فيه موجودة حتى يوم أعلى القيم، و لازمه ضمان أعلى القيم الجامع لقيم تمام أيام المخالفة، هذا.

وفيه: أنّه خلاف الظاهر من المخالفة حدوثا، وهو منحصر بوقت واحد. و الظاهر أنّه اشتبه الضمان التعليقيّ بالتجزئيّ، فإنّ القيمة العليا مضمونة مع التلف. وأمّا بدونه فلا فلو تنزلت قيمته لأجل السوق - لا لزوال صفة دخيلة في الماليّة - لم يضمن الغاصب تلك القيمة المرتفعة.

وبالجملة: ضمان أعلى القيم فعلا منوط بالتلف في يوم أعلى القيم، و الضمان المعلق على التلف لا يثبت فعليّة الضمان في غير حال التلف.

و عليه فالاستدلال بالصحيحة على الضمان الفعلي لأعلى القيم غير وجيه، لأنّ ضمان قيمة العين في أزمّة الغصب وإن كان ثابتا، لكنّه تعليقيّ، لكونه معلقا على التلف.

و مع بقاء العين و ردّها إلى المالك لا ضمان لأعلى القيم إجماعا.

الثاني: ما حكاه السيّد صاحب الرياض عن خاله الوحيد البهبهانيّ قدّس سرّهما: من قاعدة الضرر الوارد على المالك «1». و لكن تنظر فيه الجواهر بما مرّ في التوضيح «2».

و يرد على الجواهر: أنّ الإجماع على عدم جريان قاعدة الضرر في صورة ردّ نفس العين لا يقتضي سقوط القاعدة في غيره من الموارد التي لا إجماع على خلافها، فلا مانع من إجراء القاعدة في صورة تلف العين.

فالعمدة في عدم جريان قاعدة الضرر في مورد تلف العين هي: أنّ القاعدة تنفي

---

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 304

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 105



الحكم الضرريّ، ولا تثبت حكما يلزم من عدم ثبوته الضرر كالمقام، فإن قاعدة الضرر لا تثبت الضمان الذي يلزم من عدم جعله الضرر على المالك.

الثالث: أنّ الغاصب باستيلائه على مال الغير اشتغلت ذمّته به، فلو أذى المغصوب بعينه أو قيمتها العليا مع تلفها برئت ذمّته قطعا. وأمّا لو أذى قيمتها المتوسطة أو السفلى، فلا يعلم بصدق التأدية و بفرغ ذمّته، فيستصحب اشتغال ذمّته إلى أن يؤدي القيمة العليا.

وفيه: أنّ المورد من صغريات الأقلّ والأكثر الاستقلاليين، فيؤخذ بالأقلّ، لأنّه المتيقّن، و تجري البراءة في الزائد عليه، فالشكّ إنّما هو في حدوث الاشتغال بالأكثر، لا في البقاء حتى يجري فيه الاستصحاب.

ولو سلّم، فإن جرى الاستصحاب في ضمان نفس العين في الذمّة فلازمه دفع الغاصب قيمة يوم الرّد، لا أعلى القيم. وإن جرى في ضمان القيمة فيرد عليه: أنّ المتيقّن هو اشتغال ذمّته بالقيمة النازلة، وأمّا الزائد عليها فهو مشكوك فيه، فتجري فيه البراءة. فما هو المتيقّن قد ارتفع قطعا، وغيره لم يتعلّق به اليقين من الأوّل.

و الحاصل: أنّ الاستصحاب إمّا لا يجري أصلا، وإمّا يجري ولكن الثابت به هو قيمة يوم الرّد، لا أعلى القيم.

الرابع: ما أفاده المحقّق الايرواني قدّس سرّه من قوله: «فالأحسن في الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنّه يصدق عنه صعود القيمة أنّ الغاصب معتد يوم صعود القيمة بماليّة صاعدة، و مقتضى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى جواز أخذ تلك الماليّة منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه» (1).

وفيه: ما تقدّم سابقا من عدم دلالة الآية على الضمان، فضلا عن الضمان بأعلى القيم.

الخامس: ما أفاده المصنّف من استصحاب الضمان.

وفيه: أنه إن أريد به ضمان نفس العين حتى بعد تلفها بأن تكون العين على العهدة إلى يوم الأداء، ففيه: أن مقتضاه اعتبار قيمة يوم الأداء، سواء أكانت أعلى القيم أم غيره. وإن أريد به ضمان القيمة فالثابت منها هو الأقل، لكون الزائد منفيًا بالبراءة.

نعم إذا شك في أن الثابت على العهدة عند تلف العين هو المثل أو القيمة- وحيث إنهما متباينان- فاللازم دفع القيمة العليا، لتوقف العلم بالفراغ عليه.

والحاصل: أن العلم بأداء ما في الذمة منوط بإعطاء القيمة العليا، سواء أكان ما في الذمة نفس العين أم القيمة أم المثل، فإن استصحاب ما في الذمة جار إلى دفع أعلى القيم إلى زمان الأداء، هذا.

تكملة: لا يخفى أن ما ذكر من ضمان ارتفاع القيمة إنما هو بحسب الأزمنة. وأما بحسب الأمكنة، فعلى القول باعتبار يوم التلف- كما ربما يستفاد من صحيحة أبي ولاد و سائر أدلة الضمان- لا ينبغي الإشكال في ضمان مكان التلف أيضا، لأن ظاهر أدلة ضمان القيمة في القيمات النالفة هو القيمة الفعلية، وهي قيمة حال التلف في مكان التلف، لدخل المكان في القيمة. وأما قيم سائر الأمكنة فهي تقديرية، كتقديرية سائر الأزمنة، إذ يقال: لو كان هذا الشيء في مكان كذا كانت قيمته كذا. وهذا خلاف ظاهر أدلة الضمان.

وعلى القول باعتبار زمان الغصب- كما استظهره الشيخ وغيره من صحيحة أبي ولاد- فيشكل الالتزام بقيمة مكان التلف، لأن اعتبار قيمة يوم الغصب في مكان يقع فيه التلف بعد ذلك مما لا يستظهر من الأدلة، فإنه تقييد في الأدلة من غير دلالة فيها عليه، بل تعيين قيمة يوم الغصب يدفع اعتبار قيمة مكان التلف.

لا- يقال: إن مقتضى الجمع بين الضمان بيوم التلف كما هو قضية إطلاق أدلة الضمان، وبين صحيحة أبي ولاد الدالة على اعتبار يوم الغصب هو ضمان قيمة يوم الغصب في مكان التلف.

فإنه يقال: مضافا إلى عدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان قيمة يوم الغصب كما تقدم إنه ليس جمعا عرفيا، لأنّ الصحيحة على فرض دلالتها على ضمان يوم الغصب ظاهرة في ضمان ذلك المكان أيضا، لا المكان الآخر، فإنّ اعتبار المكان الآخر قيد زائد ينفيه إطلاق أدلة الضمانات.

وبالجملة: فالمضمون هو القيمة الفعلية حال التلف المنوطة بلحاظ مكان التلف.

وأما بناء على اعتبار قيمة يوم الغصب فالمدار على قيمته في مكان الغصب كزمانه، لأنّ حدوث ضمان القيمة كان بزمان الغصب المستلزم لدخل خصوصية مكان الغصب فيه، لدخل ذلك المكان في القيمة المقدرة بيوم الغصب.

وينبغي التعرّض للفوائد التي تظهر من صحيحة أبي ولاد.

الأولى: أنّ الافتراء على الله سبحانه وتعالى يوجب الحرمان من فضله، واستحقاق عذابه وغضبه، لقوله عليه السلام- بعد ما قصّ عليه أبو ولاد الواقعة-: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها» بل المستفاد منه حرمان الآخرين أيضا، وإحاطة البلاء بهم، وعدم اختصاص العقوبة الدنيوية بالمفتري عليه جلّ وعزّ، لأنّ حبس قطر السماء وبركة الأرض ضيق على الجميع، حتى الصبيان والحيوانات، فيلزم احتراق الكلّ بنار أشعلها المفتري، نعوذ بالله من شرور أنفسنا.

الثانية: ضمان المنافع المستوفاة بأجرة المثل، حيث إنّ أبا ولاد استوفى منفعة البغل، فركبه إلى النيل ثمّ إلى بغداد، ثمّ منه إلى الكوفة. لقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل .. توفيه إياه».

والمستفاد منه أمور:

الأول: ضمان كراءات ثلاثة، لاختلاف المسافات بين كلّ بلدين، ولا يكفي دفع أجرة واحدة للسّير من كوفة إلى بغداد ثمّ العود إلى كوفة. وذلك لعدم السّير من الطريق المتعارف، وعدم كون «النيل» في الجادة المستقيمة بين كوفة وبغداد. ولا ريب حينئذ

في اختلاف أجور المثل، فتكون كلّها مضمونة.

الثاني: أنّ الغاصب يضمن اجرة مثل المنفعة المستوفاة، فلا تفرغ الدّمة بدفع أقلّ منها، ولا يجوز للمغصوب منه مطالبة زيادة عليها. نعم يستحقّ المالك الأجرة المسماة أيضا. ولا ينافيه عدم استيفاء المنفعة الخاصة التي وقع العقد عليها بين المكارى وأبي ولّاد.

و الوجه في عدم المنافاة: أنّ المكارى سلّمه البغل ليسير عليها إلى قصر بني هبيرة، فخالفه أبو ولّاد بإرادته و اختياره بعد أن أخبر بخروج الغريم إلى النيل.

الثالث: نفي قاعدة «الخراج بالضمان» التي استند إليها قاضي الكوفة، فإنّ الإمام عليه السّلام ضمّن أبا ولّاد اجرة المنافع مع كونه ضامنا لنفس العين، كما ورد في فقرتين من الصحيحة. و عليه فقاعدة «الخراج بالضمان» إمّا ساقطة من أصلها، وإمّا مخصوصة بالعقد الصحيح كما تقدّم شطر من الكلام حولها في الأمر الثالث، فراجع (ص 236 الى 250).

الرابع: عدم ضمان المنافع الفائتة، لأنّ الصحيحة تكون في مقام بيان تمام الوظيفة، فسكوتها عن المنافع غير المستوفاة دليل على عدم ضمانها. وهذا ربّما يعارض القول بضمانها كما مرّ تفصيله في الأمر الثالث.

و يمكن الجواب عنه بعدم كون الصحيحة في مقام بيان جميع ما يضمنه أبو ولّاد، لأنّ السؤال كان عن خصوص المنافع المستوفاة، فتدبّر.

أو يقال: بالاعراض عن هذا السكوت، فلا معارض للقول بالضمان.

الثالثة: عدم احترام مال يصرفه الغاصب في حفظ العين المغصوبة، حيث إنّ عليه السّلام أجاب السائل - عن الدراهم التي صرفها في تعليق البغل - بقوله: «لا لأنك غاصب».

و يستفاد منه أيضا أنّ مخالفة مقتضى عقد الإجارة توجب تبدل اليد الأماثية بالعادية الضمانية، وإلا فالعين المستأجرة أمانة بيد المستأجر لا يضمنها لو تلفت بنفسها.

الرابعة: ضمان القيميِّ بالقيمة، لقوله عليه السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته» بناء على إرادة البغل المغصوب، لا قيمة بغل مثله، وإلا دلت على ضمان المغصوب بالمثل وإن كان قيمياً. وقد تقدّم تفصيله في الأمر السابع.

كما يستفاد من هذه الفقرة ضمان قيمة يوم القبض بناء على استظهار المصنّف قدّس سرّه أولاً، أو قيمة يوم التلف كما قال به آخرون.

الخامسة: صحّة ضمان الأعيان الخارجيّة، لأنّ ضمان قيمة يوم الغصب يكشف عن صيرورة العين مضمونة في يوم الغصب. لكن الضمان في صورة وجود العين تعلقيّ، وفي صورة تلفها تنجيزيّ، ضرورة أنّ العين ما دامت موجودة وجب ردّها لا قيمتها، ف ضمان قيمتها معلق على تلفها، فتبدّل اليد الأمانيّة بالعدوانيّة يوجب ضماناً تعلقيّاً لم يكن قبل التبدّل المزبور، إذ مع فرض أمانيّة اليد لا ضمان أصلاً لا فعليّاً و لا تعلقيّاً كما لا يخفى، السادسة: ضمان التفاوت بين الصحّة والعيب.

وبعبارة أخرى: ضمان وصف الصحّة في العين المغصوبة. وذلك لقوله عليه السّلام- في جواب سؤال أبي ولّاد عن إصابة كسر وشبهه بالبغل-: «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه». و ظاهره اعتبار الأرش بقيمة يوم الردّ، لا يوم حدوثه.

السابعة: أنّه يستفاد من قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا و كذا، فيلزمك» اعتبار الاستصحاب، حيث إنّ قيمة يوم الاكتراء تستصحب إلى زمان الغصب، فإنّ إطلاق اعتبار قيمة يوم الاكتراء يقتضي اعتبارها و لو مع تخلّل زمان بين زماني الاكتراء و الغصب يمكن تغيير القيمة فيه، فإنّ قول المالك بعدم تنزّل القيمة من يوم الاكتراء إلى يوم الغصب يكون موافقاً للأصل أعني به الاستصحاب.

و منه يظهر تقدّم قول المالك أيضا في صورة اتّفاقهما على قيمة معيّنة في يوم الاكتراء، و اختلافهما في التنزّل و عدمه، حيث إنّ قول المالك بعدم التنزّل موافق للأصل.

و الحاصل: أنّ الجملة المزبورة تدلّ و لو بالالتزام على اعتبار الاستصحاب في قيمة يوم الاكتراء.

الثامنة: أنّ الجملة المزبورة تدلّ على حجّية الاستصحاب في مؤديات الطرق و الأمارات، و أنّ مؤدّي الأمارات كالمعلوم في جريان الاستصحاب فيها إذا شكّ في بقائها، فإنّ هذه الجملة تصلح لإثبات أعمّية اليقين المعترف في الاستصحاب من الوجدانيّ و التعبديّ، فلا حاجة إلى إثبات أعمّية اليقين إلى التّشبيّه بأدلة حجّية الأمارات، و دعوى: أنّها تنزّل غير العلم منزلة العلم، كما هو ظاهر.

التاسعة: إنّ المناط في الخروج عن العهدة بإحلال صاحب الحق هو كون الداعي إلى الإحلال أمرا واقعيا، لا الأعمّ منه و من الاعتقاديّ و إن خالف الواقع. و هذه الفائدة يكثر نفعها في الفقه جدّا.

و تستفاد هذه من جوابه عليه السّلام لكلام أبي ولّاد: «إني أعطيته دراهم و رضي بها و حلّلتني» حيث قال عليه السّلام: «إنّما رضي فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفيتك به ..».

العاشرة: إنّ الإبراء إيقاع، فلا يتوقّف على القبول، لقوله عليه السّلام: «فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك».

هذا ما استفدناه من الصحيحة، و قد أشار الشيخ الأعظم قدّس سرّه إلى تضمّنها لها بقوله:

«مشملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة» و لعلّه أراد منها ما ذكرناه من الفوائد، أو أراد ما هو أزيد منها، ممّا ربّما تظهر بالتأمل فيها. و قدّنا الله تعالى للاستنارة بكلمات أوليائه الأئمّة المعصومين صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين.

ثم إنّه (1) حكى عن المفيد والقاضي والحلي: الاعتبار بيوم البيع في

د: ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم البيع

(1) هذا إشارة إلى قول رابع في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، ذهب إليه الشيخ المفيد والقاضي ابن البرّاج وأبو الصلاح الحلبي قدّس سرّهم على ما نقله عنهم العلامة في المختلف في بيع الغرر والمجازفة «(1)».

وهذا القول يختصّ به حكم المبيع فاسداً، ولا يشمل حكم المغصوب، فلا يضمن المبيع بيوم قبضه ولا بيوم تلفه ولا بأعلى القيم بينهما، بل يضمن بقيمة يوم البيع سواء قبضه المشتري فيه أم لا. كما أنّ ظاهر هذا القول التفصيل في فساد البيع بين أن يستند إلى جهالة الثمن وعدم تعيينه في العقد، فيضمن المبيع بقيمة يوم البيع، وبين غيرها من اختلال شرط الصّحة، فيضمن بقيمة القبض والأخذ.

وكيف كان فهذه الفتوى تظهر من النهاية أيضاً، حيث قال: «و من اشترى شيئاً بحكم نفسه، ولم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك الشيء في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتاعه .. إلخ» (2). والشاهد في هذه الجملة الأخيرة، حيث أوجب على المشتري قيمة يوم البيع، لا قيمة يوم القبض.

ولعلّ نظرهم في هذا الحكم إلى صحيحة رفاعة الخنّاس، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلاً بجزارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثمّ بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منّي. وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجزارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه [إليه] ما نقص من القيمة. وإن كان ثمنها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك: إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردّها، و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصّحة

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 243 و 244؛ المقنعة، ص 593؛ الكافي لأبي الصلاح، ص 353، ولم أظفر بالمطلب في جواهر الفقه لابن البرّاج.

(2) النهاية ونكتها، ج 2، ص 145 و 146

ص: 547

ما كان فساده من جهة التفويض (1) إلى حكم المشتري.

و لم يعلم له (2) وجه. و لعلهم (3) يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان

---

و العيب منه» (1).

و الشاهد في قوله عليه السلام: «أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة» و ذلك بناء على تامة أمور ثلاثة:

الأول: فساد البيع الذي فوض فيه تعيين الثمن إلى المشتري- كما هو مورد الرواية- على ما هو المشهور، بل قيل بعدم خلاف فيه إلا من صاحب الحدائق.

فلو قيل بصحته خرجت المسألة عن المقبوض بالبيع الفاسد.

الثاني: صيرورة الجارية بعد المس أم ولد، حتى تصير بمنزلة التالف، و يتجه حينئذ ضمان قيمتها، لا امتناع ردّها إلى بائعها شرعا.

الثالث: أن يكون المراد من قوله عليه السلام: «قيمة عادلة» قيمة يوم البيع.

فإن تمت هذه الأمور الثلاثة كانت الصحيحة دليلا تعبديا على لزوم قيمة يوم البيع فيما كان منشأ فساده تفويض الثمن إلى تعيين المشتري بعد العقد، و يختص بمورده.

و إن لم تتم- كما هو الظاهر- كان المقبوض بالبيع الفاسد محكوما بحكم الغصب.

(1) يعني: إيكال تعيين الثمن إلى المشتري، بأن يقول البائع له: «بعتك هذا بما حكمت به من الثمن» أو: «بعتك هذا بأي ثمن شئت». و هو باطل عندهم، لفقد الشرط و هو معلومة العوضين.

(2) أي: و لم يعلم لاعتبار قيمة يوم البيع وجه. بل المناط في ضمان المبيع فاسدا بيوم القبض، و صحيحة رفاعه غير ظاهرة في اعتبار قيمة يوم البيع من حيث إنه يوم البيع، لظهورها في تحقّق القبض في يوم العقد، فلو اعتبر تقويم الجارية بقيمة يوم البيع احتمال أن يكون لاتّحاده مع يوم القبض، فيتحد مفادها مع قول المشهور من ضمان يوم القبض.

(3) غرضه توجيه كلامهم حتى لا يخرج عن حيز الأقوال المذكورة في ضمان

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 271، الباب 18 من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: 1



### [حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف]

ثم إنه (2) لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف

المغصوب، إذ بناء على ظاهر كلمات هؤلاء ينفرد المقبوض بالبيع الفاسد- بضمان قيمة يوم البيع- عن المغصوب، فالمصنّف احتمل إرادة يوم القبض من «يوم البيع» حتى لا ينفرد المقبوض بالبيع الفاسد بحكم يخصّه.

(1) لعلّه إشارة إلى بعد هذا التوجيه، لأنّه خلاف الظاهر من دون قرينة.

وقد تحصّل من الأبحاث المتقدّمة في الأمر السابع: أنّ القيميّ يضمن بقيمته يوم تلفه، لا بقيمة يوم القبض والغصب، ولا بأعلى القيم بين الغصب والتلف، من دون فرق بين المغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد. ولا بين كون منشأ الفساد تفويض الثمن إلى حكم المشتري، أو اختلال شرط آخر.

وسياتي لبحث ضمان القيميّ تتمّة تتضمّن أموراً ثلاثة:

أحدها: حكم زيادة قيمة القيميّ بعد تلفه.

ثانيها: اختلاف قيمة القيميّ بحسب الأمكنة في ما كان بلد الغصب مغايراً لبلد التلف.

ثالثها: ضمان ارتفاع القيمة لو كان لزيادة في العين.

حكم زيادة ثمن القيميّ بعد التلف

(2) هذا شروع في الأمر الأوّل، وتوضيحه: أنّ محطّ الأقوال المتقدّمة- من ضمان قيمة يوم الغصب أو التلف أو الأعلى بينهما- إنّما هو زيادة قيمة العين المضمونة في المدّة التي كانت عند الضامن، فلو لم ترتفع قيمتها عنده حتى تلفت، وزادت قيمة أمثالها بعده لم تكن هذه الزيادة مضمونة، لما عرفت من أنّ موضوع الأقوال المتقدّمة بقاء العين حتى يدعى ضمان أعلى قيمها، لوقوع العين في حالة زيادة القيمة تحت يد الضامن، ومن المعلوم فقد هذا المنطوق لو كان ارتفاع القيمة بعد التلف.

وهذا وإن كان واضحاً، إلا أن المحقق قدّس سرّه تردّد فيه، وقال: «ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك - أي التلف - على تردّد» (1).

ووجه الشهيد الثاني بقوله: «نعم لو قلنا بأنّ الواجب في القيميّ مثله - كما ذهب إليه ابن الجنيد مخيراً بين دفع المثل والقيمة، و مال إليه المصنّف في باب القرض - اتّجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها، كما في المثلّي.

والمصنّف رحمه الله تردّد في ذلك، لما ذكرناه من الشك في كون الواجب في القيميّ المثل أو القيمة» (2).

ونحوه كلامه في الروضة فراجع. و محصّله: أنّ الشك في المبني يستلزم الشك في الفروع المبتنية عليه.

(1) أي: في عدم العبرة بزيادة القيمة بعد التلف.

[1] بل ينافيه القول باعتبار قيمة يوم الأداء، لكونها قيمة للتالف بعد مراعاة قيمته في أزمته تلفه. ويشهد له آية الاعتداء وقاعدة نفي الضرر بناء على صحّة التمسك بهما في الضمانات، فيكون ما بعد التلف كما قبله.

إلا أن يريد المصنّف من قوله: «جميع الأقوال» خصوص الأقوال الثلاثة التي تعرّض لها في الأمر السابع، وهي اعتبار قيمة يوم الغصب و التلف و الأعلى بينهما، إذ لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على هذه الأقوال الثلاثة.

و ما في بعض الكلمات من «توجيه عدم ضمان زيادة القيمة بعد التلف حتى على

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 240

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 188؛ الروضة البهية، ج 7، ص 40 ونحوه في جواهر الكلام، ج 37، ص 105

ولعله (1) - كما قيل (2) - من جهة احتمال كون القيميّ مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل (3).

وقد تقدّم (4) أنّه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى.

---

(1) أي: ولعلّ تردّد المحقّق قدّس سرّه. و قوله: «من جهة» خبر قوله: «ولعله».

(2) القائل - كما عرفت - هو الشهيد الثاني وغيره.

(3) فيكون المثل مستقرّاً في الدّمة إلى زمان دفعه أو دفع قيمته، فلم ينتقل الضمان من المثل إلى القيمة بمجرد تلف العين المضمونة حتى لا يضمن ارتفاع القيمة بعد التلف.

(4) هذا ردّ مبني تردّد المحقّق قدّس سرّه و قد تبه عليه المصنّف قدّس سرّه في أوائل هذا التنبيه بقوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعدّد المثل فترده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة .. إلخ».

و حاصله: مخالفة كلام ابن الجنيد لإطلاق نصوص ضمان القيميّات، و فتاوى الأصحاب بضمان القيميّ بالقيمة سواء وجد المثل أم لم يوجد.

و اقتصر في الجواهر في ردّه على قوله: «و هو كما ترى».

---

القول بأنّ القيميّ مضمون بالمثل، لأنّ عمدة دليل الضمان قاعدة اليد، و هي لا تشمل المثل الذي على العهدة و لو قلنا بضمان ارتفاع القيم، و ذلك لأنّ موضوع دليل اليد هو الاستيلاء على مال الغير، و كون الشيء على العهدة غير كونه تحت اليد و الاستيلاء، فما في العهدة خارج عن دليل اليد موضوعاً «1» لا يخلو من غموض، لأنّه بعد صدق اليد يصدق الأداء - الذي جعل غاية للعهدة و رافعا لها - على كلّ من العين و بدلها، فلا بدّ من إرادة معنى من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد» ينطبق على كلّ ممّا تحت اليد و فوق العهدة.

---

(1) كتاب البيع، ج 1، ص 430

ص: 551

ثم إن ما ذكرنا (1) من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة.

وأما إذا كان بسبب الأمانة كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة، وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف (2)، لأنّ (3) مالّيّة الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب (4) مالّيته.

#### ارتفاع القيمة بسبب الأمانة

(1) هذا هو الأمر الثاني المذكور في تتمّة مباحث ضمان القيميّ، و حاصله: أنّ ما تقدّم من الخلاف- في كون القيميّ مضموناً بقيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو الأعلى بينهما- ناظر إلى اختلاف قيمة المضمون بحسب الأزمنة. وقد تحقّق عدم ضمان ارتفاع القيمة ما دامت العين باقية. و أمّا إذا نقل الغاصب العين إلى بلد آخر فتلفت فيه، و طالبه المالك بها في بلد ثالث، و تعدّدت الأسعار في البلاد الثلاثة، فهل يقال بضمان أعلاها أم تتعيّن قيمة بلد الغصب أم بلد التلف؟

اختار المصنّف قدّس سرّه اعتبار قيمة مكان التلف، لأنّ اشتغال الدّمة بالبدل حصل فيه. و لا مجال للقول بضمان أعلى القيم، و لا مكان الغصب، و إن قيل بكلّ منها فيما اختلفت القيم بحسب الأزمنة، هذا.

(2) هذا بناء على اعتبار قيمة يوم التلف. و أمّا بناء على اعتبار يوم الغصب فلا كما ذكرناه في التعليقة، فراجع.

(3) توضيحه: أنّ وجود المال في مكان يكون من الصفات الدخيلة في الرغبات و المالّيّة التي تكون مضمونة على الضامن، و من المعلوم أنّ تدارك الشيء يكون بمالّيته المختلفة بصفاته، فالمتعين مالّيّة محلّ التلف.

(4) خبر «و تداركه».

ثم (1) إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة الناشئة من تفاوت رغبة الناس. وأما إذا كان حاصلًا من زيادة العين (2)

---

ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية

(1) هذا هو الأمر الثالث، وهو ناظر إلى تحديد موضوع البحث- في ضمان القيمي- من جهة أخرى. و حاصله: أن ما ذكرناه من عدم ضمان ارتفاع القيمة- خلافاً للقائل باعتبار أعلى القيم- ناظر إلى ارتفاع القيمة السوقية مع بقاء العين على حالها، وعدم حدوث تغيير فيها.

فلو ارتفعت القيمة عند الغاصب لأجل زيادة عينية كسمن الشاة، أو تعلّم صنعة ككتابة العبد المغصوب و خياطته- ثم عادت العين إلى ما كانت عليه حين الغصب حتى تلفت عند الغاصب- كانت هذه الزيادة أو الصفة مضمونة، كضمان العين المغصوبة، لوضوح دخل تلك الصفة في رغبات الناس التي هي مدار ماليتها الأشياء.

و مثل له الشهيد الثاني قدس سره بقوله: «حتى لو غصب جارية قيمتها مائة، فسمنت و بلغت القيمة ألفاً، و تعلّمت صنعة فبلغت ألفين، ثم هزلت و نسيت الصنعة، فعادت قيمتها إلى مائة، ردّها و غرم ألفاً و تسعمائة. و لو علّم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيتها، ثم علّمه حرفة أو سورة أخرى فنسيتها أيضاً ضمنهما» (1).

(2) يعني: حصلت زيادة في العين المغصوبة عند ما كانت بيد الغاصب، ثم زالت- كما تقدّم آنفاً في كلام المسالك- كانت الزيادة مضمونة، فإن ردّ العين إلى المغصوب منه لزمه ردّ قيمة الزيادة الفائتة معها. وإن تلفت العين لزمه ردّ القيمة العليا، و هي قيمة العين حال تلك الزيادة. و لا يكفي ردّ قيمة يوم التلف. قال المحقق قدس سره:- فيما زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت:- «أما لو تجددت صفة غيرها، مثل أن سمنت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلّمت صنعة فزادت قيمتها، ردّها

فالظاهر كما قيل (1) عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم. وفي الحقيقة (2) ليست قيم التالف مختلفة، وإنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه (3)، النازلة (4) منزلة الجزء التالف.

نعم (5) يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم؟

---

و ما ضمن بفوات الأولى « (1) ».

(1) القائل صاحب الجواهر قدس سره، قاله بعد عبارة المحقق المتقدم: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه ..» (2).

(2) غرضه أنّ ضمان أعلى القيم للصفة الزائلة مغاير للقول بضمن نفس المغصوب بأعلى القيم بين الغصب والتلف. والفارق بينهما: أنّ القيمة السوقية للعين المغصوبة لم تختلف من حين غصبها إلى حين تلفها لو بقيت بحالها، بشهادة عدم زيادة قيمة أمثالها. فارتفاع قيمتها في حال سمنها أو تعلم الصنعة يكون في مقابل هذه الزيادة أو الصفة، وحيث إنّها بمنزلة جزء المغصوب كان زوالها بمنزلة نقص جزء من العين المغصوبة، فتكون مضمونة. كما إذا غصب دابة فعرجت عنده، فإنه يضمن الأرش على ما تقدم مفصلاً في صحيحة أبي ولاد.

(3) أي: في التالف، وهو العين المغصوبة.

(4) صفة للزيادة العينية.

(5) استدراك على قوله: «ففي الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة» الذي ملخصه:

أنّ العبرة بضمن قيمة يوم التلف مع تلك الزيادة التالفة.

و محصل الاستدراك: أنّه إذا غصب عبداً قيمته ألف درهم، وبقي عنده سنة وتعلم الخياطة عنده، فإن لم تتغير قيمة هذه الصنعة بأن كانت ألف درهم كان ضامناً

---

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 245

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 173

ص: 554

إشارة

ثم (1) إن في حكم العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة

للألفين، فإن ردّ العبد ردّ معه ألفا لو نسي الخياطة.

وإن تغيّرت قيمة الخياطة بأن كانت تسعمائة في شهر، وألفا في شهر آخر، وثمانمائة في شهر ثالث، ثم نسي الخياطة فيه، جرت هنا الأقوال الثلاثة في ضمان نفس العين.

فإن قلنا: إن العبرة بيوم التلف ضمن القيمة النازلة، وهي ثمان مائة درهم، لكون نسيان الصنعة بمنزلة تلف العين.

وإن قلنا بضمان العين بأعلى القيم، ضمن ألف درهم.

وإن قلنا بضمان يوم الغصب ضمن تسعمائة درهم، لأجل الخياطة المنسيّة، فيردّ هذا الأرش مع العبد إن كان موجودا، أو مع قيمته إن كان تالفا.

مباحث بدل الحيلولة

(1) هذا أول مباحث بدل الحيلولة، و موضوعه وجود العين، لكن مع تعذّر الوصول إليها لإباق أو ضياع أو غيرهما.

و توضيحه: أنّ ضمان مال الغير لا يخلو من إحدى حالات ثلاث، لأنّه إمّا أن تكون العين موجودة، وإمّا أن تكون تالفة، وعلى الأول إمّا أن يتمكّن من ردّها إلى المالك، لكونها بمتناول يده، وإمّا أن يتعذّر، لضياعها أو سرقتها.

فإن كانت موجودة عنده و أمكن ردّها إلى المالك فقد تقدّم في الأمر الثاني وجوب ردّها فورا إليه، و الضمان في هذه الصورة تقديريّ، بمعنى أنّه لو هلك و جب دفع بدلها.

وإن كانت تالفة و جب ردّ بدلها من المثل أو القيمة، وقد تقدّمت مباحثه مفصّلة في الأمر الرابع إلى السابع.

وإن كانت العين موجودة لم تنعدم بعد، إلا أنّ الضامن عاجز عن ردّها فعلا

إلى المالك كما إذا سرت منه، فهل يلحق هذا بالتلف حتى يضمن بدلها من المثل أو القيمة، أم لا يلحق بالتلف؟ لرجاء القدرة على ردّها. وهذا هو البحث المعروف ببدل الحيلولة. وقد تعرّض له المصنّف قدّس سرّه تبعاً للأصحاب. قال المحقق قدّس سرّه: «إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع» (1). و يبحث فيه عن جهات:

منها: الدليل على وجوب بدل الحيلولة.

ومنها: تحديد الموضوع، والله يعتبر العلم بعدم الظفر بالعين، أو يكفي الظنّ به، أو غير ذلك.

ومنها: أنّ المالك يملك بدل الحيلولة أو يباح له التصرف؟

ومنها: أنّه يضمن ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدل الحيلولة أو لا؟

ومنها: وجوب ردّ العين فوراً لو تمكّن منه بعد أداء البديل، و عدمه.

ومنها: أنّ العين تدخل في ملك الغاصب أو لا؟

ومنها: حكم تصرف المالك في البديل بما يخرج عن الملك.

ومنها: حكم تمكن المالك من أخذ العين، وعجز الغاصب عن أدائها إليه.

ومنها: غير ذلك مما سيظهر إن شاء الله تعالى.

ومما ذكرنا ظهر أنّ البحث عن بدل الحيلولة ليس من فروع خصوص التنبيه السابع الباحث عن حكم ضمان القيميّ، بل يتفرّع على الأمر الرابع أيضاً، إذ لو كان المضمون مثلياً وتعذر ردّه إلى مالكة وجب على الضامن ردّ بدل الحيلولة، وهو المثل، لاتّحاد التلف و الحيلولة حكماً، هذا.

(1) يعني: أنّه كما يجب في صورة تلف العين دفع البديل، كذلك في صورة تعذر الوصول إلى العين لغرق أو ضياع أو سرقة أو نحوها، إذ لا ينعدم المال حقيقة في هذه



إليه (1) وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دلّ (2) على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة.

## أ- مورد بدل الحيلولة]

و هل يقيّد ذلك (3) بما إذا حصل اليأس من الوصول

الموارد، وإّما يتعدّر الوصول إليه.

(1) الضمير راجع إلى العين فالأولى تأنيثه. كما أن الأولى أن يقال: «تهلك» مؤثنا لا مذكرا.

(2) هذا إشارة إلى الدليل الأول على وجوب دفع بدل الحيلولة، وهو النصوص الواردة في ضمان الودعيّ والمستبضع والمستعير والمستأجر، الدالة بمفهومها أو منطوقها على ضمان العين، إذا لم يتمكّن من ردها إلى المالك، سواء أكان بسبب التلف الحقيقيّ، أم بعدم الظفر بها كما إذا أبق العبد، أو سرق المتاع، أو ضاعت الوديعة ونحوها.

وقد تقدّم نقل جملة من هذه النصوص في (ص 189 و 334-336) فراجع و تقتصر هنا بذكر واحدة منها تبرّكا، وهي معتبرة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان، فتهلك أو تسرق؟ فقال: إن كان أمينا فلا غرم عليه» «1». فإنّ مفهومه الضمان بدون الأمانة، بلا فرق بين التلف الحقيقيّ المعبّر عنه بالهلاك، وبين الحكميّ، لتعدّر الوصول إليها لسرقة و ضياع، كما هو مورد البحث في بدل الحيلولة.

أ- مورد بدل الحيلولة

(3) أي: الضمان، وغرضه قدّس سرّه بيان مورد بدل الحيلولة، والمذكور في العبارة صور أربع تشترك في أمرين، أحدهما: بقاء العين وعدم ذهاب صورتها النوعيّة، والثاني: عدم كونها بمتناول اليد حتى تردّ إلى المالك. و حينئذ فيحتمل وجوه:

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 237، الباب 1 من كتاب العارية، الحديث 7

ص: 557

الأول: تقييد وجوب بدل الحيلولة باليأس من الوصول إلى العين، أي الاطمئنان بعدم الظفر بها. فلو لم يطمئن بعدم الظفر بها لم يجب البديل، سواء حصل له الظن بعدم الوصول أم لم يحصل بأن شك فيه.

الثاني: تقييد وجوب البديل بعدم الظن بوجود العين، ولا يعتبر اليأس الذي هو العلم أو الاطمئنان بعدم الوصول، بل يكفي عدم رجاء الوجدان في وجوب بدل الحيلولة.

فالفارق بين الوجهين أمران:

أحدهما: اعتبار حصول اليأس من الوصول إلى العين في الوجه الأول، وعدم اعتباره في الثاني.

ثانيهما: أنّ المناط في الأول هو اليأس عن الوصول، و ظاهره الوصول بنفسه.

وفي الثاني هو الوجدان، و ظاهره إعمال مقدمات تنتهي إلى الظفر بالعين.

ويمكن انطباق كلّ واحد من الوجهين على موارد بدل الحيلولة من الضياع و السرقة و الإباق و الغرق، و ان قيل بأنّ المال المسروق و الغريق ممّا ييأس و وصوله، بخلاف الضائع الذي لا يأس عن الظفر به و إن لم يظنّ وجدانه.

و لعلّ الوجه الأول يختصّ بما إذا تعدّد إعادة العين و إن كان عودها بنفسها مرجوّاً، كطائر فرّ من عشّه، و لكنّه يرجى عوده بنفسه إليه، لأنسه به.

الثالث: القول بالتفصيل في ضمان البديل بين المدّة القصيرة و الطويلة، و بين التضرّر و عدمه، فيقال بعدم الضمان فيما لو علم بوجود العين في مدة قصيرة، سواء تضرّر فيه المالك أم لا. و كذا لو علم به في مدّة طويلة مع عدم تضرّر المالك بالانتظار. و يقال بالضمان في ما لو علم بوجودها في أمد بعيد مع تضرّر المالك بالصبر إلى التمكن من العين.

الرابع: القول بضمان البديل مطلقاً بمجرد تعدّد العين، سواء أ كانت مدّة الوصول إليها طويلة أم قصيرة.

إليه (1)، أو بعدم رجاء وجدانه (2)، أو يشمل (3) ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها، أو (4) ولو كانت قصيرة؟ وجوه (5). ظاهر أدلّة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين (6).

لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير (7) كما يظهر (8) من إطلاقهم أنّ اللوح

---

هذا ما يحتمل ثبوتاً في تحديد موضوع الحكم.

وأفاد المصنّف قدّس سرّه في مقام الإثبات أنّ مفاد أدلّة وجوب أداء بدل الحيلولة يختلف عن ظاهر الفتاوى، إذ مقتضى الأدلّة اختصاص الوجوب بأحد الوجهين الأولين، وهما اليأس من الوصول وعدم رجاء الوجدان، لكونهما قدرا متيقّنا من «تعذّر الوصول» الذي هو بحكم التلف الحقيقي. ولكن مقتضى إطلاق الفتاوى وجوب بدل الحيلولة حتى لو تمكّن الضامن من الظفر بالعين في مدّة قصيرة كي يردها إلى المالك، وسيأتي نقل فتواهم إن شاء الله تعالى.

(1) هذا هو الاحتمال الأوّل.

(2) هذا هو الاحتمال الثاني، وقد عرفت الفرق بينه وبين الاحتمال الأوّل.

(3) هذا هو الاحتمال الثالث، وهو معطوف على قوله: «يقيّد» ومقابل له، وغرضه التعميم وبيان احتمال عدم اختصاص التعذّر بصورة اليأس عن الوصول أو اليأس عن الوجدان، بل «تعذّر الوصول» أعمّ منهما ومما علم وجدانه في مدّة طويلة.

(4) معطوف على «مدّة طويلة» يعني: يصدق «التعذّر» حتّى في صورة العلم بوجدان العين في مدّة قصيرة، وهذا هو الاحتمال الرابع.

(5) مبتدء مؤخّر لمحذوف، وهو «فيه».

(6) أي: حصول اليأس من الوصول إليه، أو عدم رجاء الوجدان.

(7) وهو قوله: «أو ولو كانت قصيرة».

(8) قال في الجواهر: «وإن كانت- أي السفينة التي أدرج فيها لوح مغصوب- في اللّجة، وخيف من النزاع غرق حيوان محترم- آدمي أو غيره- أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب، ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك

المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب (1) انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

و يؤيده (2) أن فيه جمعا بين الحقيين، بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن (3) عند التمكن من العين، فإن (4) «تسلط الناس على مالهم» الذي فرض

---

و الروضة و ظاهر غيرها عدم وجوب النزاع، بل في مجمع البرهان: لا خلاف فيه، جمعا بين الحقيين، و لاحترام روح الحيوان، سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره ..» (1).

وقوله: «جمعا بين الحقيين» شاهد على أنهم أطلقوا الحكم بالانتقال إلى القيمة، أعني بها قيمة اللوح المتعذر أخذه فعلا لخوف غرق مال غير الغاصب مع كون اللوح معلوم الوصول والوجدان، و لم يفرقوا بين كون مدة الوصول إلى الساحل طويلة أو قصيرة.

(1) إذ لو كان المال الموجود في السفينة ملكا للغاصب أو لمن يعلم بغصبيته و جب نزع اللوح المغصوب فورا، لعدم احترام مثل هذا المال، و لم تصل النوبة إلى انتقال الضمان من العين إلى بدل الحيلولة.

(2) يعني: يؤيد هذا الإطلاق أن الانتقال إلى القيمة إلى زمان وصول العين جمع بين حقي المالك و الغاصب، لأن مقتضى سلطنة المالك على ماله جواز مطالبته عينا أو بدلا، و مقتضى عدم تضرر الغاصب هو أن يدفع المالك إليه بدل الحيلولة الذي أخذه منه، بعد وصول العين المغصوبة إلى مالها.

و التعبير بالتأييد لعدم إحراز ثبوت حق للمالك مع فرض بقاء العين و وصولها إليه في مدة قصيرة.

(3) لقولهم بتراد العين و بدل الحيلولة، كما نقلناه عن المحقق في (ص 556).

(4) تعليل لثبوت حق للمالك يقتضي جواز مطالبة بدل الحيلولة من الضامن.

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 77

ص: 560

كونه في عهده يقتضي (1) جواز مطالبة الخروج عن عهده (2) عند تعذر نفسه.

نظير ما تقدّم (3) في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي.

نعم (4) لو كان زمان التعذر قصيرا جدًا- بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة- أشكل الحكم (5).

### ب: المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي

ثم الظاهر (6) عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف،

(1) خبر قوله: «انّ تسلّط» و ضمير «عهده» راجع إلى الضامن.

(2) مرجع هذا الضمير و ضميري «كونه. نفسه» هو «مال الناس».

(3) حيث قال في الأمر السادس: «انّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة، و حقّ الضامن بعدم تكليفه بالتعذر أو المعسور».

(4) استدراك على إطلاق حكمهم بضمان بدل الحيلولة حتّى في ما إذا كان زمان تعذر الوصول إلى العين المضمونة قصيرا. و الوجه في الاستدراك: أنّ بدل الحيلولة غرامة على الضامن لأجل تدارك حرمان المالك عن ماله مدّة التعذر، و من المعلوم أنّ صدق عنوان «الغرامة» يتوقف على حصول النقص و الفوت على من له الغرم، و مع قصر المدّة لا يصدق فوت مال المالك و لا نقصه عليه، فلا موجب للغرامة.

(5) منشأ الاشكال أمران، يقتضي أحدهما الضمان، و الآخر عدمه، فقاعدة السلطنة تقتضي جواز المطالبة حين التعذر الموجب للانتقال إلى القيمة حتّى في المدّة القصيرة. و صدق التمكّن عرفا من ردّ العين- لقصر الزمان- يقتضي عدم الانتقال إلى القيمة.

ب: المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي

(6) غرضه تحديد التعذر الموجب للبدل، و حاصله: أنّ الانتقال إلى بدل الحيلولة لا يناط بسقوط التكليف بوجوب ردّ العين، فلو لم يصل التعذر إلى هذا الحدّ

بل لو كان ممكنا (1) بحيث يجب عليه السعي في مقدماته لم يسقط القيمة (2) زمان السعي.

لكن (3) ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر.

وجب دفع بدل الحيلولة أيضا، كما تقتضيه فتاواهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المغصوب، مع إمكان الوصول إليه و لو بالسعي مقدمات الإيصال إلى الساحل.

وبعبارة أخرى: المراد بالتعذر ليس هو الامتناع الذي يعدونه من مسقطات التكليف، نظير الامتثال و انتفاء الموضوع، كسقوط أحد المتزاحمين- المتساويين ملاكا- عن الوجوب الفعلي التعيني، و التخيير في الامتثال. فلو كان التعذر في المقام بهذا المعنى لم يبق موضوع لبذل الحيلولة، لفرض بقاء صورتها النوعية على ما كانت عليه، كالعبد الأبق و اللوح المدرج في السفينة. فالمراد بالتعذر هنا ما يجتمع مع التكليف بأداء العين، حتى لو توقّف الوصول إليها على تمهيد مقدمات و السعي إليها.

وقد ظهر أنّ تعبير المصنف قدس سرّه بالتعذر ليس مساوقا للوجه الأول- و هو اليأس عن الوصول- حتى يكون ذلك تكرارا، إذ التعذر العقلي المسقط للتكليف أخص من اليأس، فإنّ عدم القدرة فعلا على تحصيل العين لا ينافي القطع بحصوله فيما بعد، فضلا عن رجاء حصوله. كما أنّ اعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف بردّ العين لا يساوق الصورة الأخيرة، و هي الحكم ببذل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي، بل التعذر العرفي أعمّ من التعذر الفعلي و التعذر في مدّة قصيرة.

(1) يعني: لَمَا كان الوصول إلى العين ممكنا في نفسه- و لو بتمهيد مقدمات- و جب السعي إليها ليظفر بها.

(2) يعني: بدل الحيلولة.

(3) هذا استدراك على إرادة التعذر العرفي في المقام، و حاصله: أنّ ظاهر كلمات بعضهم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، كقول المحقق قدس سرّه: «و إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل» و قريب منه عبارة القواعد و الدروس.

و هو (1) الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه بردّ العين، فتأمل (2).

ولعلّ المراد به (3) التّعذر في الحال

(1) غرضه قدّس سرّه الاستدلال لما هو ظاهر تعبير جماعة بالتّعذر الذي يلوح منه سقوط التكليف بأداء العين. و تقرّبه: أنّ الدليل على استحقاق البديل هو سلطنة المالك على ماله، و لا ريب في اقتضائها جواز مطالبة البديل في مورد تعذر الوصول إلى العين. أمّا لو لم يتعذر الوصول إليها فقاعدة السلطنة تقتضي مطالبة العين، لا بدل الحيلولة. و لو شكّ في ثبوت سلطنته على مطالبة كلّ من المبدل و البديل كان مقتضى أصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه بردّ العين عدم سلطنته على مطالبة البديل، هذا.

(2) الظاهر أنّه إشارة إلى الخدشة في الأصل المذكور، إمّا لأنّه قد يفضي إلى تضرّر المالك بحرمانه عن مالّية ماله، فلو ثبتت له سلطنة المطالبة بالبديل لم يتضرّر بذلك، و إن لم تصل إليه خصوصيّات ماله. و إمّا لأنّ السلطنة على مطالبة بدل الحيلولة لا تنافي سلطنته على العين، لا اختصاص زمان و جوب البديل بتعذر الوصول إلى العين، و هو وقت السعي في مقدّمات تحصيل العين، و اختصاص و جوب ردّ العين بزمان حصولها عنده، فلا تكليف بردها قبل حصولها حتى يقال بنفي الزائد- و هو و جوب البديل- بأصالة عدم السلطنة.

(3) غرضه توجيه أخذ «التّعذر» في الحكم ببديل الحيلولة، و بيانه: أنّ ظاهر التّعذر و إن كان هو التّعذر المطلق، يعني التّعذر في الحال و الاستقبال، بأن يحصل اليأس من الظفر بالعين، لكن يحتمل إرادة التّعذر الفعليّ أي حين السعي في مقدّمات تحصيل العين، فيكفي هذا التّعذر في جواز مطالبة بدل الحيلولة من الضامن، لأنّ نفس تأخير تسليم المال إلى مالكة ضرر عليه ينبغي تداركه بالبديل، هذا.

وإن كان (1) لتوقّفه على مقدّمات زمنيّة يتأخّر لأجلها ذو المقدّمة.

### ج: جواز امتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة]

ثم (2) إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقًا للضامن، فلا يجوز (3) للمالك الامتناع، بل (4) له أن يمتنع من أخذها، و يصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في المبسوط (5).

(1) يعني: وإن كان هذا التعذّر الفعليّ مستندا إلى استلزام مقدّمات تحصيل العين لزمان طويل.

ج: جواز امتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة

(2) هذا فرع آخر ممّا يتعلّق ببطل الحيلولة، و غرضه إبداء الفرق بين ثبوت القيمة مع بقاء العين، و تعذّر ردّها إلى المالك، و بين ثبوتها مع تلفها.

و حاصل الفرق أنّه في صورة التلف يجب على المالك أخذ القيمة، لأنّ للضامن إبراء ذمّته بدفع القيمة، لامتناع تكليفه بردّ العين؛ فليس للمالك الامتناع من الأخذ.

و في صورة التعذّر يجوز للمالك الامتناع من الأخذ، و الصبر إلى زوال العذر و إمكان ردّ العين.

(3) هذا متفرّع على المنفيّ، و هو كون دفع القيمة- عند التلف- حقًا للضامن يجب على المالك قبولها.

(4) معطوف على «ليس» يعني: أنّ للمالك الامتناع من أخذ بدل الحيلولة، بأن يصبر إلى زوال العذر من ردّ العين. و هذا هو الفارق بين تلف العين حقيقة بذهاب صورتها النوعيّة، و بين تلفها حكما بالتعذّر.

(5) حيث قال قدّس سرّه: «إذا غصب ملكا لغيره، فخرج عن يده، مثل أن غصب عبدا فأبق، أو فرسا فشرّد، أو بعيرا فنّد، أو ثوبا فسرق، كان للمالك مطالبته بقيمته، لأنّه حال بينهما بالغصب ..» «1». و غرض المصنّف من نسبة التصريح إلى الشيخ قوله «كان للمالك» لدلالته على كون المطالبة بالقيمة حقًا له، و ليس للغاصب الإلزام

(1) المبسوط، ج 3، ص 95.

ص: 564



و يدلّ عليه (1) قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.

### د: خروج العين عن المائيّة]

و كما أنّ (2) تعذّر ردّ العين

بأخذها، فيجوز الصبر إلى الظفر بالعين المضمونة.

(1) يعني: ويدلّ على جواز امتناع المالك من أخذ القيمة- أي بدل الحيلولة- قاعدة السلطنة، لاقتضائها جواز كلّ من مطالبة البدل الموقّت، و من الامتناع عنه، بأن يصبر حتى الظفر بالعين، أو إحراز تلفها، فيأخذ بدلها الدائميّ المستقرّ على عهدة الضامن. و هذا بخلاف ما إذا تلفت العين، لا تقطاع سلطنته عليها من أوّل الأمر، و استقرار بدلها في ذمّة الضامن، فله تفرّغها بأداء المثل أو القيمة، و لا يجوز للمالك الامتناع من أخذ البدل.

د: خروج العين عن المائيّة

(2) ظاهره بيان مورد آخر مما يجب فيه بدل الحيلولة، و هو خروج المال عن التقويم، توضيحه: أنّ المناط في ضمان بدل الحيلولة- كما تقدّم- أمران، أحدهما: بقاء العين و عدم ذهاب صورتها النوعيّة، و ثانيهما: تعذّر إيصالها إلى المالك.

و بناء على اعتبار هذين يتّجه البحث عمّا إذا أمكن إيصال العين إلى مالِكها، لكنّها سقطت عن المائيّة، فيحتمل لحوق هذا الفرض ببطل الحيلولة، كما اختاره المصنّف قدّس سرّه و يحتمل كونه من موارد التلف الحقيقيّ- لأنّ التموّل صفة مقوّمه لضمان العين- فالواجب حينئذ دفع البدل الدائميّ إلى المالك، و لا ربط له ببطل الحيلولة الذي هو بدل محدود و معيّن بالوصول إلى العين.

فإن قلت: مختار المصنّف هنا ربما ينافي ما تقدّم في التنبيه السادس من حكمه بأنّ سقوط المثل عن المائيّة يوجب الانتقال إلى القيمة كالماء على الشاطئ و الجمد في الشتاء. فتشغل ذمّة الضامن بالقيمة- التي تكون بدلا دائميّا لا محدودا- و يسقط المثل عن العهدة.

في حكم التلف (1)، فكذا خروجه (2) عن التقويم.

### ه: هل البديل ملك المضمون له أم مباح له؟

ثم إن (3) المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف،

وجه المنافاة: أن خروج المثل عن المائيّة لو اقتضى انقلاب ضمانه بالقيمة فليكن خروج العين عن التمولّ مثله، فكيف حكم المصنّف: بأنّه كتعدّر العين في أنّ البديل محدود من باب الحيلولة بين المال و مالكه؟

قلت: يمكن دفع التنافي بأنّ خروج المال عن التقويم على نحوين، فتارة لا يرجى عود المائيّة إليه، كاللحم المتعفنّ و الفاكهة الفاسدة، فالواجب فيهما المثل أو القيمة من باب التلف الحقيقيّ، لكون تلف المائيّة كتلف العين. و اخرى يرجى عود المائيّة، كما إذا ضمن ماء في المفازة و لم يتلف حتى وصل الشاطئ، و أراد اجتيازه إلى مفازة أخرى، فيقال: بأنّ للمالك مطالبة بدل الحيلولة عند الشاطئ، و لو بقي الماء بحاله إلى الوصول إلى المفازة الأخرى و جب على الضامن دفعه إلى المالك.

و لعلّ هذا الفرض الثّاني محطّ نظر الماتن هنا، حيث عدّ سقوط المال عن التقويم من موارد بدل الحيلولة. مضافا إلى فرق آخر بين المقام و المثليّ، بأنّ العين واجدة لخصوصيّتها الشخصيّة المضمونة، و لا ينتقل إلى البديل إلا بالتلف الحقيقيّ، و المفروض عدمه. بخلاف المثليّ، المشارك للعين في الصنف، هذا.

(1) في وجوب البديل المحدود، و هو بدل الحيلولة.

(2) أي: خروج العين عن المائيّة، فالأولى تأنيث الضمير.

ه: هل البديل ملك المضمون له أم مباح له؟

(3) هذا فرع آخر ممّا يتعلّق ببديل الحيلولة، و الغرض منه بيان حكمه من حيث صيرورته ملكا لمن له الغرم أو أنّه يباح له التصرف فيه. و أثبت المصنّف قدّس سرّه كونه ملكا له بنفي الخلاف بين المسلمين، و استوجهه بأنّ التدارك لا يحصل إلا بصيرورة بدل الحيلولة ملكا للمغصوب منه، حيث إنّ فوات المال عنه لا ينجبر إلا بذلك.

كما في المبسوط (1) و السرائر و الخلاف و الغنية. و ظاهرهم (2) إرادة نفي الخلاف بين المسلمين.

و لولا هذان الوجهان- و هما الإجماع و اقتضاء الغرامة و التدارك الملكيّة- أمكن القول ببقاء بدل الحيلولة على ملك الغارم، غاية الأمر أنّه يباح لمالك العين الانتفاع به و التصرف فيه حتى بما يتوقّف على الملك، و يشترط دخوله في ملكه بتلف العين.

و عليه فيكون بدل الحيلولة كالمعاطاة- بناء على نظر من تقدّم على المحقّق الثاني قدّس سرّه من كونها مفيدة للإباحة- بلا فرق بين ما لا يتوقّف على الملك، و ما يتوقّف عليه كالعتق و البيع و الهدية، و قد جزم بهذا الاحتمال المحقّق القمّي قدّس سرّه على ما حكى عنه.

(1) حيث قال- بعد ما نقلناه عنه في (ص 564) ما لفظه: «فإذا أخذ القيمة ملكها بلا خلاف، لأنّه أخذها لأجل الحيلولة» (1). و الغرض أنّ دعوى «عدم الخلاف» مصرّح بها في كلام السيد أبي المكارم، و ابن إدريس أيضا.

(2) و في مفتاح الكرامة أيضا: «و ظاهرهما- يعني كلام الخلاف و الغنية- نفيه بين المسلمين» (2). يعني: أنّ الحكم ليس مجمعا عليه بين الإماميّة خاصّة، بل هو متّفق عليه بين المسلمين. و منشأ استظهار نفي الخلاف بين المسلمين هو قول شيخ الطائفة- بعد العبارة المتقدّمة-: «فإذا ملك القيمة فهل يملك المقوم أم لا؟ فعندنا أنّه ما يملكها، و أنّها باقية على ملك المغصوب منه» لظهور قوله: «فعندنا» في إجماع الإماميّة على بقاء العين في ملك المغصوب منه، و إذا ظفر بالعين و جب ردّ بدل الحيلولة إلى الغاصب، لخروجه عن ملك المغصوب منه حينئذ.

وربّما تكون نسبة الحكم إلى أصحابنا في هذه المسألة قرينة على أن مراده بنفي

(1) المبسوط، ج 3، ص 95؛ الخلاف، ج 3، ص 412، كتاب الغصب، المسألة 26؛ غنية النزوع، ص 538، (ضمن الجوامع الفقهيّة)؛ السرائر، ج 2، ص 486

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 254

ص: 567

و لعلّ الوجه فيه (1) أنّ التدارك لا يتحقّق إلاّ بذلك (2).

و لو لا ظهور الإجماع (3) و أدلّة الغرامة في المملكيّة لاحتملنا أن يكون مباحا له (4) إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه. نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها (5)، و يكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين (6).

---

الخلاف في المسألة السابقة نفي الخلاف بين المسلمين، و لولاه لم يكن وجه للتعبير تارة بنفي الخلاف، و أخرى ب «عندنا».

(1) اي: و لعلّ الوجه في تملك المغصوب منه لبدل الحيلولة هو: أنّ تدارك حرمان المالك عن العين المتعدّرة إنّما هو بدخول البدل في ملكه حتى يتسلّط على التصرف فيه، كما كان يتصرّف في المبدل لو كان حاضرا عنده.

و هذا الوجه يستفاد من كلام الجواهر أيضا، كقوله: «بل أدلّة الضمان التي منها- على اليد- شاملة لذلك قطعاً فهي حينئذ مقتضية لملك المالك القيمة.. فالقيمة حينئذ مملوكة، و العين باقية على الملك للأصل» (1).

(2) أي: بكون المال المبدول- المسمّى ببدل الحيلولة- ملكا للمغصوب منه.

(3) أي: على القول بالإباحة في المعاطاة، غرضه: أنّه بالإباحة يتحقّق التدارك. و لا يتوقف ذلك على القول بالملكيّة، فالموجب له هو ظهور الإجماع و أدلّة الغرامة.

(4) أي: لمالك العين، و المراد بالإباحة المطلقة ما يشمل التصرف المشروط بالملك كالبيع.

(5) أي: على القول بالإباحة المطلقة في المعاطاة، لتحققّ التدارك بهذه الإباحة، و لا موجب لدخول بدل الحيلولة في ملك مالك العين: فدلّيل القول بالملكيّة هو الإجماع و أدلّة الغرامة.

(6) كما أنّ تملك المأخوذ بالمعاطاة مشروط بتلف العوض.

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 131

ص: 568

و حكي الجزم بهذا الاحتمال (1) عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسأله (2).

### **[و: دفع بدل الحيلولة لا يقتضي انتقال العين الى الغارم]**

و على أي حال (3) فلا ينتقل العين إلى الضامن،

(1) أي: احتمال الإباحة المطلقة.

(2) الموجود في جامع الشتات كون بدل الحيلولة نوعا من الملك، و لم يرد في كلامه التصريح بالإباحة، و لكن الظاهر إرادة الإباحة، لأنه قدس سره أراد التفصلي عن إشكال الشهيد الثاني - الآتي قريبا - من أنه يلزم الجمع بين العوض و المعوض لو قلنا بصيرورة بدل الحيلولة ملكا لمالك العين، و الالتزام بالملك المتزلزل. فتخلص المحقق القمي عنه بقوله: «فلا مانع من أن يكون ذلك نوعا من التملك، و حاصله: أن للمالك التصرف [في البدل] للبدل حتى بالإتلاف و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبة، فإن ظهر العين و البدل باق فللغاصب استرداد ماله إذا كان باقيا، بخلاف ما لو أتلفه» «1».

و: دفع بدل الحيلولة لا يقتضي انتقال العين الى الغارم

(3) يعني: سواء قلنا بدخول بدل الحيلولة في ملك المضمون له أم بالإباحة المطلقة، فلا ينتقل العين .. إلخ. و هذا فرع آخر، و هو أن الغرامة التي يدفعها الضامن إلى المالك - بسبب الحيلولة - لا توجب دخول العين المضمونة في ملك الضامن، للفرق بين العوض في العقود المعاوضيّة، و بين بدل الحيلولة الذي هو غرامة، و ليس أداء للعين من حيث ماليته حتى يستلزم دخول العين في ملكه من جهة امتناع اجتماع العوض و المعوض عند واحد.

و الحاصل: أن بدل الحيلولة غرامة يبذلها الضامن، و لا تقتضي دخول العين في ملكه معاوضة، كما أن البدل الدائمي الذي يبذله الضامن لا يوجب صيرورة العين التالفة ملكا له، هذا.

(1) جامع الشتات، ج 1، ص 152، السطر: 6.

ص: 569

فهي غرامة (1) لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه، و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض، فالمبدول هنا (2) كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له.

وقد استشكل في ذلك (3) المحقق و الشهيد الثانيان.

قال الأوّل في محكيّ جامعه: «إنّ هنا إشكالا، فإنّه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ، و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها (4) في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه» انتهى.

و قال الثاني: «إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض

---

و قد تقدّم في عبارة المبسوط التصريح بعدم دخول العين في ملك الغارم، و لكن استشكل فيه المحقق و الشهيد الثانيان، و سيأتي.

(1) لا أداء للعين من حيث الماليّة حتى يلزم دخول العين في ملك الغاصب ببذل البدل.

(2) هذه نتيجة كون بدل الحيلولة غرامة لا أداء للعين من حيث الماليّة، يعني:

أنّ المبدول بعنوان بدل الحيلولة كالمبدول مع تلف العين.

(3) يعني: في صيرورة بدل الحيلولة ملكا لملك العين.

(4) مبتدأ خبره «لا يكاد» و غرض المحقق الثاني قدّس سرّه دفع دخل، حاصله: أنّ بدل الحيلولة ليس في قبال نفس العين المضمونة حتى يلزم إشكال الجمع بين العوض و المعوّض في ملك المضمون له، بل يكون البدل عوضا عن حيلولة الغاصب- بين العين و مالكةا- المفوّتة لسلطنته عليها، فلا إشكال حينئذ «1».

و دفعه المحقق الثاني بأنّ بدليّة المثل أو القيمة عن الحيلولة- لا عن نفس العين- غير متّضحة، إذ لو تلفت لزم عوضها و سقط التكليف برّد العين، و إن بقيت- كما هو الفرض- فما الدليل على استحقاق بدل محدود لأجل الحيلولة؟.

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 261

ص: 570

والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح (1) [1].

و لو قيل (2) بحصول الملك لكلّ منهما متزلا (3)، و توقّف تملّك المغصوب منه للبدل على اليأس (4) من العين- وإن جاز له التصرف- كان وجهها (5) في المسألة «1».

و استحسّنه في محكي الكفاية (6).

(1) يعني: لو دلّ دليل على جواز اجتماع العوض و المعوّض في ملك واحد أمكن الالتزام بمالكية المضمون له- هنا- لكلّ من العين و بدل الحيلولة، و لكن حيث لا دليل عليه إثباتا يشكل المصير إليه.

(2) غرض الشهيد الثاني التخلّص من محذور اجتماع العوض و المعوّض- بالقول بالملك المتزلا لا المستقرّ، فالمضمون له يملك بدل الحيلولة، كمالكية ذي الخيار للمبيع متزلا، و استقرار الملك مراعى باليأس من العين، و قبل اليأس يجوز للمالك التصرف في البدل بأنحاء التصرف.

و لا يخفى عليك أنّ هذا الملك المتزلا قول ثالث في المسألة في قبال كلّ من الملك المستقرّ، و الإباحة المطلقة.

(3) أي: التزلا مستمر إلى اليأس، و به يستقرّ الملك.

(4) بل على التلف، و يمكن أن يكون اليأس طريقا إليه.

(5) إذ به يندفع إشكال الجمع بين العوض و المعوّض.

(6) يعني: استحسّن الفاضل السبزواري قدّس سرّه القول بالملك المتزلا لحلّ إشكال الجمع بين العوض و المعوّض.

[1] ظاهره كظاهر المستند عدم كون محذور اجتماع العوض و المعوّض عقلياً، مع أنّ محذورة عقلياً، لأنّ العوض في الملكية عبارة عن كون مال بدلا عن مال آخر، بحيث تكون إضافة الملكية قائمة بمال لم يكن ملكا له.

(1) الحاكي هو السيد العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 255؛ مسالك الافهام، ج 12، ص 201 كفاية الأحكام، ص 259

أقول: الذي ينبغي أن يقال (1) هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك (2) إقامة مقابله من ماله مقامه (3)، ليصدق ذهابها من كيسه.

ثم (4) إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي أو العرفي المخرج للعين

(1) ناقش المصنّف في كلام المحقّق والشهيد الثانيين والفاضل السبزواري قدّس سرّهم من جعل محذور اجتماع العوض والمعوض مانعا من دخول البديل في ملك المضمون له، ثم تخلّص الشهيد الثاني عنه بالملك المترزّل.

وحاصل المناقشة: اقتضاء الدليل دخول البديل في ملك المضمون له، وذلك لأنّ معنى ضمان العين- وكون عهدها على الضامن- هو كون ذهابها من كيس الضامن، بحيث يرد نقصان في ماله، و لازم ذلك جعل مقابله من ماله مقام التالف في الملكيّة، بمعنى: إقامة إضافة الملكيّة بما يبذله للمالك، فما يدفعه إلى المالك يقوم مقام ماله التالف في الملكيّة. هذا في التلف الحقيقي.

وأما في تعدّد الوصول إلى العين كالمقام- وفوات الانتفاع بها- فمعنى الضمان تدارك السلطنة الفائتة، وهذا المقدار وإن كان يتحقّق بإباحة البديل للمالك، لتمكّنه من التصرف فيه مطلقا، إلا أنّ الموجب للقول بملكيّة المضمون له هو عدم جواز بعض التصرفات للمباح له، كالعتق والبيع والوقف ونحوها، فيلزم قصر سلطنة المالك حينئذ، ولا سبيل لتدارك تلك السلطنة المطلقة على ماله إلا بدخول البديل في ملكه، هذا.

وعليه فما أفادوه- من عدم دليل واضح على اجتماع العوض والمعوض عند المالك- قد عرفت منعه، لاقتضاء أدلّة الضمان جبر السلطنة الفائتة وتداركها، ولا يكون إلا بالملك.

(2) أي: و لازم ذهاب العين من مال الضامن هو إقامة مقابله من ماله مقامها.

(3) أي: مقام العين، فالأولى تأنيث الضمير.

(4) هذا تفصيل لقوله: «إنّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن»



عن قابليّة الملكيّة (1) [الملك] عرفا وجب قيام مقابله من ماله مقامه (2) في الملكيّة. وإن كان (3) الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيّة وجب قيام مقابله مقامه (4) في السلطنة، لا في الملكيّة (5) ليكون (6) مقابلا و تداركا للسلطنة الفائتة. فالتدارك لا يقتضي ملكيّة المتدارك (7) في هذه الصورة (8).

و حاصله: أنّ لذهاب العين صورتين، إحداهما: التلف الحقيقي أو العرفي، و الأخرى انقطاع السلطنة، و هو التلف الحكمي، و تقدّم بيانهما آنفا، و سيأتي أيضا.

(1) الظاهر أنّ الصواب «الماليّة» لقيام المنافع بالشيء من حيث كونه مالا، لا ملكا. و يمكن توجيه «الملكيّة» بأنّها- في المقام- غالبا لا تنفك عن الماليّة، فتتحد قابليّة الملكيّة و الماليّة، و الأمر سهل.

(2) أي: مقام العين في إضافة الملكيّة، فيكون البدل الدائم ملكا لمالك العين التالفة. و الأولى تأنيث الضمير، كما مرّ.

(3) معطوف على «إن كان» و هو بيان مورد بدل الحيلولة، و أنّ حكمه الإباحة المطلقة، و حاصله: أنّ المراد بالذهاب انقطاع سلطنة المالك عن ماله، فاللازم جعل مال في مقابل السلطنة الفائتة عن ماله، لا في مقابل الملكيّة، فالتدارك لا يقتضي ملكية البدل المبدول لتدارك السلطنة، إذ لا يتوقّف تداركها على ملكيّة البدل، بل يحصل بالإباحة و السلطنة المطلقة عليه.

(4) هذا الضمير و ضمائر «عنه، به، مقابله» راجعة إلى «العين» فالأولى تأنيثها.

(5) يعني: أنّ الفارق بين التلف الحقيقي و فوات السلطنة هو لزوم كون تدارك الأول بدخول البدل في ملك المضمون له، بخلاف الثاني، لكفاية إباحته له.

(6) أي: ليكون هذا المقابل مقابلا للسلطنة الفائتة و تداركا لها.

(7) بالكسر، أي: البدل الموجب للتدارك.

(8) أي: صورة انقطاع سلطنة المالك و فوات الانتفاعات.

نعم (1) لَمَّا كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفاتنة متوقفة على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبدول، تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة.

وعلى أيّ تقدير (2) فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا (3).

إنّما الكلام في البديل المبدول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة (4) وبالسلطنة المطلقة عليها.

---

(1) استدراك على أنّ التدارك لا يقتضي ملكية المتدارك - بالكسر - لكن لَمَّا كانت السلطنة المطلقة الجابرة للسلطنة الفاتنة منوطة بالملك، لتوقف بعض التصرفات عليه، وجب الحكم بكون البديل ملكاً للمالك، وذلك لأنّ التدارك يقتضي ذلك حيث إنّ السلطنة المطلقة الفاتنة لا تتدارك إلاّ بسلطنة مثلها، فنفس انقطاع سلطنة المالك وإن لم يقتض ملكية بدل الحيلولة، إلاّ أنّ كيفية السلطنة الفاتنة تقتضي كون السلطنة الجابرة لها مثلها.

(2) يعني: سواء قلنا بملكية بدل الحيلولة للمالك، أم قلنا بإباحتها المطلقة.

(3) لعدم موجب لخروجها عن ملك مالكةا، ومع الشكّ يجري الاستصحاب، وقد تقدّم أيضاً بقوله: «وعلى أيّ حال فلا ينتقل العين إلى الضامن».

(4) كما اختاره المحقق القميّ قدس سرّه لكفاية هذه الإباحة المطلقة في جبر فوات سلطنة المالك على ماله، ولا يتوقف التدارك على دخول بدل الحيلولة في ملك المضمون له. نعم هذه الإباحة تستلزم الملك من أوّل الأمر، أو تنتهي إليه عند التصرف، حتى تصحّ التصرفات المشروطة بالملك فيه. وقد تقدّم تفصيل الكلام في رابع تنبيهات المعاطاة. لكن الذي تحصّل من كلامه هناك الإشكال في الإباحة المطلقة فراجع «1».

---

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 94 إلى ص 120

ص: 574

وبعد ذلك فيرجع محصّل الكلام حينئذ (1) إلى أن إباحة جميع التصرفات - حتى المتوقّفة على الملك - هل يستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدّم في المعاطاة بيان ذلك.

### [ز: اشتراط وجوب البدل بفوات معظم منافع العين]

ثم (2) إنّه قد تحصّل ممّا ذكرنا (3) أنّ تحقيق ملكيّة البدل (4) أو السلطنة (5)

(1) أي: حين وجوب الحكم بإباحة البدل و السلطنة المطلقة عليه.

ز: اشتراط وجوب البدل بفوات معظم منافع العين

(2) هذا البحث يتعلّق بكون بدل الحيلولة ملكا أو مباحا لملك العين، والغرض منه تحديد موضوع البحث و حصر مورده بما إذا كان الفائت على المالك معظم الانتفاعات حتّى يتصف البدل بكونه غرامة. فلو كان الفائت منفعة غير مقوّمه لماليّة العين فمقتضى ما تقدّم عدم كون بدل الحيلولة ملكا و لا مباحا للمالك.

إلا إذا حكم الشارع بغرامة العين، فإنّها تكشف عن انتقال العين إلى الغارم، كما في البهيمه الموطوءة، فإنّ الشارع ضمّن الواطي قيمة الحيوان و أوجب نفيه عن البلد، و لكن لا يسقط به عن الماليّة و التقويم، و إنّما هو حيوان معيب، فإيجاب دفع البدل يدلّ على تحقّق مبادلة شرعيّة بينه و بين الحيوان.

و هذا بخلاف سقوط العين عن الماليّة، فلا يكون وجوب دفع البدل مقتضيا لخروج المبدل عن الملك، لكون البدل غرامة للسلطنة الفائتة و للخروج عن الماليّة.

و سيأتي مزيد بيان للمطلب.

(3) يعني: من بقاء العين على ملك مالکها، و كون دفع البدل غرامة عمّا فات من سلطنة المالك.

(4) بناء على دخوله في ملك المضمون له.

(5) بناء على إباحته له.

المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكتها إنّما (1) هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامة و تداركا (2). أمّا لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكيّة (3)، فالتدارك لا يقتضي ملكه (4) ولا السلطنة على البدل.

ولو فرض (5) حكم الشارع بوجود غرامة

---

(1) خبر قوله: «أنّ تحقيق».

(2) لأنّ التدارك عبارة عن «قيام شيء مقام آخر فيما زال عنه من الأوصاف» ومقتضاه تعنون الشيء الثاني بالعنوان الزائل عن الأوّل- من الملكيّة- في مورد الانتفاع بجميع وجوه المنافع.

(3) الأولى تبديل الملكيّة بالماليّة، لأنّ الانتفاع يدور مدار الماليّة لا الملكيّة كما هو ظاهر.

(4) أي: ملك البدل، ولو قال: «لا يقتضي ملك البدل ولا السلطنة المطلقة عليه» كان أقرب إلى السلاسة.

(5) هذا حكم صورة بقاء معظم الانتفاعات مع وجوب البدل شرعا كالحيوان الموطوء، وتوضيحه: أنّ الحيوان المقصود ظهره- كالخيل و البغال و الحمير- إذا وطأه غير المالك لا- يفوت معظم الانتفاعات به بمجرد وطنه، لأنّه يحرم بيعه في خصوص بلد الوطي، لا مطلقا، فلا يصدق التدارك هنا، لأنّ المناط في صدقه بقاء الانتفاعات التي بها قوام الماليّة، وهي باقية بعد الوطاء أيضا، لأنّ وجوب نفيه في بلد الوطي و بيعه في آخر لا يرفع مناط الماليّة، فلا يصدق التدارك حتى يحكم بوجوبه على الواطئ. فحكم الشارع بغرامة القيمة و دخولها في ملك مالك الحيوان كاشف عن مبادلة شرعيّة بين الحيوان و قيمته، فينتقل الحيوان إلى ملك الغارم تعبدا، و هذا تخصيص في ما تقدّم من قيام الإجماع على عدم خروج العين من ملك المضمون له في موارد بدل الحيلولة، هذا.

ثمّ إنّ الشارع حكم حقيقة- لا فرضا- بوجود التدارك في فوات بعض

ص: 576

قيمته حينئذ (1) لم يبعد كشف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم. ولذا (2) استظهر غير واحد (3) أنّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه، لأنّه (4) وإن وجب بالوطني نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتا لما به قوام المائيّة.

هذا (5) كلّ مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على ملكيّتها السابقة.

---

الانتفاعات مع عدم تقوّم المائيّة بها، كالبهيمة الموطوءة المقصود ظهرها، لقول الباقر عليه السّلام في حسنة سدير: «وإن كانت مما يركب ظهره غرم قيمتها، وجلد دون الحدّ، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعها فيها كيلا يعيّر بها صاحبها» (1). فالقيمة يملكها المالك، كما أنّ الحيوان الموطوء يصير مملوكا للغاصب، مع أنّه لم يفت ما به قوام مائيّته.

(1) أي: حين عدم فوات معظم المنافع التي تدور المائيّة مدارها.

(2) أي: ولأجل كشف الغرم- مع بقاء معظم الانتفاعات- عن المبادلة التبعديّة استظهر غير واحد مالكيّة الغارم للحيوان الموطوء.

(3) كالشهيدين والسيد الطباطبائي، قال في الرياض: «وإن كان غيره- أي وإن كان الفاعل غير المالك- فالظاهر أن تغريمه القيمة يوجب ملكه للبهيمة..»

وبذلك صرّح الشهيدان في النكت والروضة» (2).

(4) تعليل لدخول الحيوان الموطوء في ملك الفاعل، وأنّ مجرد نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر لا يسقطه عن المائيّة.

(5) المشار إليه قوله: «ثم إنّ تحقيق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه» وحاصله: أنّ محطّ البحث عن مالكيّة المضمون له للبدل أو إباحته له إنّما هو في صورة بقاء العين على مائيّتها، وكون الغرامة عوضا عن السلطنة الفائتة، ففي مثله يقال بملكيّة البدل أو بالسلطنة المطلقة عليه.

---

(1) وسائل الشريعة، ج 18، ص 571، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم، الحديث: 4

(2) رياض المسائل، ج 2، ص 499، السطر 9، الروضة البهية، ج 9، ص 311.

ص: 577

أما لو خرج (1) عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية (2) فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأن (3) القيمة عوض الأوصاف و الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن (4) التقويم، لا عوض (5) العين نفسها، كما (6) في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكةا لا ينافي معنى الغرامة،

و أما لو خرجت العين عن التقويم - مع كونها باقية على ملك مالكةا - فمقتضى قاعدة الضمان وجوب تمام القيمة، لأن الغارم فوت ماليتها على مالكةا. وقد تقدّم عدم التنافي بين كون كل من العين و غرامتها ملكا للمضمون له. فلو كسر إناء الغير وجب عليه دفع قيمته مع عدم خروج رضاضه عن ملكه، و عدم انتقالها إلى ملك الغارم.

(1) الأولى أن يقال: «خرجت».

(2) كالظروف المكسورة، و الدهن الذي تنجس بإلقاء القذر فيه، بناء على عدم جواز الانتفاع به، فيجب على الكاسر و الملقى دفع تمام القيمة، مع بقاء الظرف و الدهن المتنجس على ملك المالك.

(3) تعليل لوجوب تمام القيمة مع عدم انتقال العين إلى ملك الغارم.

(4) متعلّق ب «خرجت» و «لفواتها» علة للخروج عن التقويم.

(5) معطوف على «عوض الأوصاف» و بيانه: أنه لو كانت القيمة عوض نفس العين لزم دخولها في ملك الغارم لئلا يجتمع العوض و المعوّض عند واحد، و لكن حيث كانت القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء لم يلزم الاجتماع.

(6) هذا مثال لخروج العين عن التقويم لفوات أجزائها.

و يمكن أن يكون مثالا - لفوات الأوصاف أيضا، لأن وصف الاجتماع لأجزاء الماء دخيل في ماليته، و المفروض فوات ذلك الوصف الموجب لخروجه عن التقويم.

لفوات (1) معظم الانتفاعات، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك (2) و لو (3) بذل القيمة. قال في شرح القواعد فيما لو (4) خاط ثوبه بخيوط مغصوبة:

«و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب، ثم يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة» انتهى (5).

و عطف (6) على ذلك في محكيّ جامع المقاصد قوله: «و لا يوجب ذلك

---

و كيف كان فالمراد برطوبة الماء المغصوب- مع اعتبار إباحة الماء- هو الالتفات إلى غصبيّة الماء بعد الغسلتين و قبل المسحتين، إذ لو أحرز غصبيّته قبل الوضوء لم يصحّ و وضوءه من أوّل الأمر.

(1) تعليل لصدق معنى الغرامة، و حاصله: صدق الغرامة هنا، لفوات معظم الانتفاعات المقوم لصدق الغرامة.

(2) إذ المفروض بقاء الرطوبة على ملك مالكيها، و المسح بها تصرف فيها، فجوازه منوط بإذنه، لأنّ حرمة التصرف من آثار الملك، لا المال، فلا يضّرّ عدم صدق المال على الرطوبة.

(3) وصلية، يعني: يقوى بطلان المسح بدون إذن المالك حتى إذا بذل القيمة.

(4) هذه العبارة نصّ كلام القواعد، و فيه أيضا: «و جب نزعها مع الإمكان، و لو خيف تلفها لضعفها فالقيمة» «1».

(5) هذا نصّ كلام المحقق الثاني في شرح العبارة «2». و مراده بالتلف بقربنة قوله بعده: «النقص» أنّ الخيوط تارة تتلف بالنزع، لكونها ضعيفة تتقطع و تخرج عن حيّز الانتفاع بها ثانية، فلا تقابل بالمال. و اخرى تنقص قيمتها. فعلى الأوّل يجب دفع تمام قيمة الخيوط إلى مالكيها، و على الثاني يجب دفع نقص ماليّتها.

(6) هذا ظاهر في كون العبارة السابقة لغير جامع المقاصد، مع أنّها عين كلامه

---

(1) قواعد الأحكام، ص 81، السطر 6 (الطبعة الحجرية).

(2) الحاكي هو السيد العاملي، مفتاح الكرامة، ج 6، ص 285؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 304 و 305

ص: 579

خروجها عن ملك المالك كما سبق من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعب القيمة أخذها (1) ولم تدفع العين» انتهى.

وعن المسالك في هذه المسألة: «أنّه إن (2) لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة» (1) (3)

---

كما عرفت، فالأولى أن يقال: «و عطف على ذلك قوله».

(1) يعني: لو كانت الجناية مستوعبة للقيمة أخذ المالك تمام القيمة، مع بقاء العين على ملكه، فيجتمع لديه العين والقيمة، ولا يدفع العين إلى الضامن.

كما إذا غصب عبدا فجنى عليه بقطع يده، فالدية المقدّرة نصف قيمة العبد، لكن يفصل في المسألة بين ما لو تنزّلت قيمة العبد- بهذه الجناية- عن نصف قيمته، فيجب دفع أكثر من نصف قيمته، وبين ما لو تنزّلت قيمته أقلّ من النصف تعين المقدّر الشرعي. مثلا إذا قوّم العبد المغصوب سليما بألف دينار، كانت دية قطع يده خمسمائة دينار، ولكن يلاحظ قيمة العبد مقطوع اليد، فإن كانت خمسمائة كفى دفع الدية المقدّرة.

وإن كانت قيمته أربعمائة دينار وجب دفع ستمائة، ولا يجزي دفع خمسمائة دينار، وهي الدية المقدّرة. هذا.

ولو جنى عليه جناية أخرى بحيث صار دية المجموع ألف دينار وجب دفع الألف- مع العبد المجنيّ عليه- إلى مالكة. والشاهد في جواز اجتماع العبد وقيمته في ملك مالكة.

(2) عبارة المسالك: «وإن لم يبق ..».

(3) يعني: فلا يدخل العين في ملك الضامن بدفع البدل، بل كلّ من المبدل و البدل ملك للمالك.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 178

ص: 580



لكن عن مجمع البرهان في هذه (1) المسألة اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: «يمكن أن لا يجوز، و يتعيّن القيمة، لكونه بمنزلة التلف (2). و حينئذ (3) يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب ردّه. كما قيل بجواز المسح (4) بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد (5) إكمال الغسل و قبل المسح» (1) انتهى.

و استجوده بعض المعاصرين (6) ترجيحاً (7) لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته (8) عوضاً شرعاً.

---

(1) يعني: مسألة الخيوط المغصوبة.

(2) يعني: فلا مال له حتى يكون سلطاناً على مطالبته، فلو طالبه كان نزاع الخيوط ضرراً على صاحب المخيط، فلا يجوز له مطالبة الخيوط، بل له مطالبة القيمة.

(3) أي: حين كونه بمنزلة التلف و دخول الخيوط في ملك الغاصب يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب.

(4) جواز الصلاة في الثوب المخيط بالخيوط المغصوبة- و جواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب- لأجل كون الخيوط و الرطوبة المذكورتين بمنزلة الشيء التالف.

(5) التقييد ببعديّة إكمال الغسلتين للاحتراز عن العلم بغصبيّة الماء قبل إكمالهما، لبطان الوضوء حينئذ.

(6) و هو صاحب الجواهر، و وافقه السيّد في الحاشية (2).

(7) يعني: ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك .. إلخ على استصحاب ملك المالك للمضمون.

(8) علّة لاقتضاء، و ضميره راجع إلى المضمون، و المراد بالمعوض هو القيمة.

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 521

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 80؛ حاشية المكاسب، ج 1، ص 108

ص: 581

وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء (1). وأدلة الضمان قد عرفت أنّ محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها، كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيّته (2).

---

(1) أي: اقتضاء ملك المالك للقيمة خروج العين المضمونة عن ملكه، ودخولها في ملك الضامن، لصيرورتها عوضاً شرعاً عن القيمة التي دفعها الضامن إلى المالك.

وحاصله: أنه لا منشأ للاقتضاء المزبور أصلاً، لأنّ ما يتوهم أن يكون منشأ له هو أدلة الضمان، وهي غير صالحة لذلك، لأنّ الاستفادة من تلك الأدلة هو وجوب تدارك ما فات عن المالك، سواء أكان الفائت نفس العين كما في التلف الحقيقي، أم كان الفائت السلطنة عليها مع بقاء عين المال كغرقها، فيما لم يكن الماء معدماً لها، كالأحجار الكريمة التي تبقى في الماء، أم كان الفائت الأجزاء أو الأوصاف التي تخرج العين بذهابها عن القيمة مع بقاء الملكيّة.

ومن المعلوم أنّ العين على التقدير الأوّل تخرج عن الملكيّة عرفاً، فلا تقبل إضافة الملكيّة حتى يقال: إنّ طرف الإضافة هو المالك أو الضامن.

وعلى التقدير الثاني تكون السلطنة المطلقة على البديل بدلاً عن السلطنة المنقطعة عن العين. وهذا معنى بدل الحيلولة، لا بدلاً عن نفس العين، حتى يدعى صيرورتها ملكاً للضامن ببذل البديل.

وعلى التقدير الثالث يكون البديل المبذول بدلاً عن ماليّة المال، إذ المفروض خروجه عن الماليّة مع بقاء عينه، فليس البديل المبذول بدلاً عن نفس العين حتى يكون ملك المالك للقيمة مقتضياً لخروج العين المضمونة عن ملكه، ودخولها في ملك الضامن، لصيرورتها شرعاً عوضاً عن البديل المبذول للمالك.

(2) الأولى «ملكيتها» لرجوع الضمير إلى العين.

و لا يخفى أنّ العين على التقدير الأول (1) خارج (2) عن الملكية عرفاً.

وعلى الثاني (3) السلطنة المطلقة على البديل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين. وهذا معنى بدل الحيلولة.

وعلى الثالث (4) فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة، لا نفس العين الباقية، كيف؟ (5) ولم تتلف هي، وليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالية، بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال (6). بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه (7)، فتأمل (8).

---

(1) وهو تقدير تلف العين حقيقة، فإنّ العين التالفة لا تعدّ ملكاً ولا مالاً.

(2) الأولى «خارجة».

(3) وهو تقدير فوت السلطنة، مع بقاء العين في مكان لا تنالها اليد فعلاً.

(4) وهو كون الذاهب الأجزاء والأوصاف المقومة لمالية العين.

(5) يعني: كيف يكون المبذول بدلاً عن نفس العين؟ مع أنّها باقية غير تالفة.

(6) حتى يقال: إنّ بدل الحيلولة بدل عن العين، فملك المالك للبديل يقتضي خروج المبدل عن ملكه، ودخوله في ملك الضامن. بل الحكم بوجوب ردّ العين حينئذ تكليف محض لا يستتبع الوضع.

وبالجملة: فعلى جميع التقادير لا يكون البديل بإزاء نفس العين حتى يدعى اقتضاؤه لمليّة المبدل للضامن.

(7) أي: سقوط التكليف. والوجه في سقوطه حكومة قاعدة نفي الضرر عليه، وليست معارضة بضرر المالك مالاً، لفرض خروج العين عن المالية، التي استوفاهها بالغرامة.

(8) لعلّه إشارة إلى: منع جريان قاعدة الضرر هنا، لأنّها في مقام الامتنان، فلا تجري في حقّ الغاصب، فيبقى إطلاق ما دلّ على وجود الردّ بحاله.

و لعلّ (1) ما عن المسالك من «أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب، بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعيّن القيمة فقط»

(1) غرضه توجيه ما في المسالك من: «أنّ ظاهر الفقهاء عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب، والخشبة عن البناء».

و حاصل التوجيه: أنّ عدم وجوب الرّدّ في هذين الموردين إنّما هو لأجل استلزام الرّدّ الضرر على مالك الثوب و البناء.

ثم لا يخفى أنّ ما نسبته المصنف قدّس سرّه إلى المسالك وإن كان في محلّه، إلّا أنّ العبارة المنقولة ليست نصّ كلامه، بل هي تلفيق بين كلماته في مسألتين كما تبّه عليه الفقيه المامقاني قدّس سرّه. «1»

و لتوضيح الأمر ننقل أولاً عنوان المسألة في الشرائع، ثمّ ما في المسالك.

قال المحقّق قدّس سرّه: «يجب ردّ المغصوب ما دام باقيا و لو تعسّر، كالخشبة تستدخل في البناء، أو اللوح في السفينة، و لا يلزم المالك أخذ القيمة .. و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فإن أمكن نزعها الزم ذلك، و ضمن ما يحدث من نقص، و لو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة» «2».

و ظاهره وجوب الرّدّ مطلقا، سواء فسدت الخشبة بالنزع من البناء أم لم تقسد، و على تقدير عدم الفساد لا فرق بين تضرّر المالك و عدم تضرّره. و سيأتي من المصنّف إمكان حمل هذا الإطلاق على صورة عدم تضرّر مالك البناء بنزع الخشبة، فلو تضرّر لم يجب النزع، بل وجب دفع قيمتها.

و قال الشهيد الثاني قدّس سرّه في حكم الخشبة المغصوبة: «إذا غصب خشبة و أدرجها في بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب، بل عليه إخراجها من البناء و ردّه إلى المالك .. إلى أن قال: ثمّ إذا أخرجها و ردّها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص».

(1) غاية الآمال، ص 318

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 239

محمول على صورة تضرّر المالك (1) بفساد الثوب المخيط، أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا يأبى عنه (2) عنوان المسألة (3)، فلاحظ.

و حينئذ (4) فلا تنافي ما تقدّم عنه سابقا من بقاء الخيط على ملك مالكة،

ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها.

و هل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر من فوات الماليّة، وبقاء حقّ المالك في العين.

و ظاهرهم عدم الوجوب، وأنها تنزل منزلة المعدومة. و لو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسنا، وإن جمع بين القيمة و العين» (1).

وقال في مسألة خياطة الثوب بخيط مغصوب: «الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعها، وإن أفضى إلى التلف. ويضمن الغاصب النقص إن اتفق. وإن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة» (2).

وقد اتضح من هذا أن قول الماتن قدّس سرّه: «ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب» غير المذكور في مسألة الخيط، بل ذكره في حكم الخشبة، و لكن حيث قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة» صحّت النسبة المزبورة، لاتّحاد حكم الخيط و الخشبة المغصوبين.

(1) أي: مالك الثوب.

(2) أي: كما لا يأبى كلام المحقق - في عنوان المسألة - عن الحمل على صورة تضرّر المالك .. إلخ.

(3) يعني: مسألة البناء المستدخل فيه خشبة مغصوبة.

(4) أي: و حين حمل فتواهم بتعيين القيمة - في مسألتى الخيط و الخشبة المغصوبين - على صورة تضرّر المالك فلا تنافي ما تقدّم .. إلخ.

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 176

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 178

ص: 585

وإن وجب بذل قيمته.

ثم إن هنا قسما رابعا (1) وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه، كما لو صار الخل المغصوب خمرا. فاستشكل في القواعد وجوب

وجه المنافاة: أن بقاءه على ملك مالكة يقتضي وجوب ردّه، فيجب إخراجه مقدّمة لردّه. وهذا الحكم ينافي حكمهم بعدم وجوب الإخراج، لكشفه عن عدم وجوب الردّ.

وأما وجه عدم المنافاة فهو: أن وجوب الردّ مقيد بعدم استلزامه الضرر على الرادّ.

والحاصل: أن المنافاة ناشئة من الملازمة بين الملكية ووجوب الردّ، فالملازمة منحصرة بعدم تضرر الرادّ بالردّ، لا مطلقا حتى في صورة التضرر به، فيمكن ان يكون مالكا، ولا يجب على الغاصب ردّه لتضرره به، هذا.

لكن كلام المسالك أب عن هذا الحمل، لأنه قال- فيما لو خيف من نزع الخشبة هلاك مال غير الحيوان أو هلاك نفس السفينة، والمال له أو لمن يعلم أن فيها لوحا مغصوبا- بأن فيه وجهين: «أحدهما، وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنّف، وصرّح به الأكثر: أنه ينزع أيضا، كما يهدم البناء لردّ الخشبة، ولا يبالي بما صنع، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور، ولا يتمّ إلا بهذا. وعدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف، وهو الذي أدخل الضرر على نفسه ..» (1).

(1) غرضه أن الأقسام والتقارير الثلاثة المتقدّمة كانت بالنسبة إلى العين المملوكة، التي خرجت عن الملكية أو المالية رأسا. ويبقى حكم قسم آخر، وهو خروج العين عن الملكية، وتعلّق حق الأولوية بها، كما إذا غصب خلا فانقلب عنده خمرا، فإنه يجب دفع قيمة الخل إلى المالك، وهل يجب ردّ الخمر إليه- أيضا- أم لا؟

استشكل العلامة فيه.

فالوجه في وجوب ردّها هو استصحاب الحكم قبل انقلابها خمرا، للشك في

(1) مسالك الأفهام، ج 13، ص 177

ردّها مع القيمة (1).

ولعلّه (2) من استصحاب وجوب ردّها. ومن (3) أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلّا ردّه، ولم (4) يكن المالك إلّا أولى به.

---

انتفاء وجوب الردّ بمجرد الانقلاب.

و الوجه في عدم وجوب الردّ منع جريان الاستصحاب هنا، لأنّ متعلّق الحكم هو «مال الغير و ملكه» و حيث إنّ المفروض زوال إضافة الملكيّة عن هذا المانع لم يبق مجال لاستصحاب الوجوب المتعلّق بمال الغير.

ثم تأمل المصنّف في هذا الوجه، بأنّ المستصحب وجوب ردّ المانع الذي طرأ عليه حالتا الخلية و الخمرية، وليستا مقومتين للموضوع حتى يقطع أو يشكّ في ترتّب الحكم عليه. و لهذا ذهب جمع إلى وجوب ردّها، لأنّ المرجع في تعيين معروض المستصحب- أي الموضوع- هو العرف. و يتأيد المطلب بما تقرّر من أنّه لو عادت الخمر خلّاً و جب ردّه إلى المغصوب منه قطعاً، و لو كان الموضوع متعدّدا لم يكن وجه لوجوب الردّ.

(1) قال في القواعد: «و لو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل، و في وجوب الدفع إشكال .. فإن صار خلّاً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ» (1).

(2) أي: و لعلّ الاستشكال ينشأ من الاستصحاب، و المحقّق الثاني جعل منشأ وجوب الردّ بقاء الأولويّة، ثمّ قال: «و في وجوب الدفع قوّة» (2).

(3) هذا وجه عدم وجوب الردّ، لتعدّد الموضوع المانع عن الاستصحاب.

(4) يعني: و الحال أنّه ليس للمالك إلّا حقّ الأولويّة لا الملك، و موضوع وجوب الردّ هو الملك.

---

(1) قواعد الاحكام، ص 80، السطر 29 (الطبعة الحجرية).

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 292

ص: 587

إلا أن يقال: (1) إن الموضوع في الاستصحاب عرفي. ولذا (2) كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان و المحقق الثاني (3). «1»  
ويؤيده أنه لو عاد خلا ردّت إلى المالك بلا خلاف ظاهر (4).

---

(1) غرضه ترجيح وجوب الردّ، وقد عرفت تقرّبه.

(2) أي: ولأجل جريان الاستصحاب- لوحدة الموضوع عرفا- كان الوجوب مختار جماعة.

(3) نعم، لكن لا للاستصحاب الذي وجّه المصنّف الحكم به، بل لوحدة موضوع دليل الضمان، فراجع كلام المحقق والشهيد الثانيين.

(4) كما نقله صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال شارحا للمتن: «ولو غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا في يد الغاصب قبل أن يدفع بدله، بل وبعده إذا كان على وجه كدفع الحيلولة كان للمالك، على ما صرح به غير واحد، بل عن رهن غاية المرام والمسالك نفى الخلاف فيه، لأنّه عين ماله» (2).

و الظاهر عدم الإشكال في وجوب ردّه إلى المالك قبل دفع البدل. وأما بعد دفعه فقد استشكل فيه غير واحد على ما يظهر من عباراتهم، لكنّه لا ينافي نفى ظهور عدم الخلاف.

ثم إن الوجه في جعله مؤيّدا لا دليلا هو عدم الملازمة بين ملك المالك له لو صار خلا وبين ثبوت الحقّ، لجواز أن يكون دخوله في ملكه لأجل كون أصله ملكا له حين كان خلا، فهو نظير الملك بالتبعية.

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 112؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 292؛ مسالك الافهام، ج 12، ص 237

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 199 و 200

ص: 588



## ح: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل]

ثم إنَّ (1) مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع (2)، سواء كان (3) للسوق أو للزيادة المتصلة (4)، بل (5) المنفصلة كالثمرة، و لا يضمن منافعه (6)، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك (7).

ح: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل

(1) هذا فرع آخر ممّا يتعلّق ببدل الحيلولة، و هو عدم ضمان الغاصب ارتفاع قيمة العين بعد دفع البدل، و قد سبق في الأمر السابع عدم ضمان ارتفاع قيمة العين التالفة على جميع الأقوال، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين أن يكون ارتفاعها قبل دفع القيمة و بعدها. و فصلّـل هناك بين كون ارتفاع القيمة للسوق فلا يضمن، و بين الزيادة العينيّة فتضمن. هذا في التلف الحقيقيّ.

و أمّا زيادة القيمة في بدل الحيلولة فلا تضمن مطلقاً.

و ملخّص تقريب عدم الضمان: أنّ الغارم يخرج عن عهدة ضمان العين بدفع البدل، و لازمه عدم ضمانه لزيادة قيمة العين مطلقاً و إن كانت للزيادة في العين. و كذا لا يضمن منافعه، لخروج العين عن عهدته و ضمانها بدفع البدل، فلا ارتباط للعين بالضامن.

(2) أي: دفع بدل الحيلولة.

(3) أي: كان ارتفاع القيمة.

(4) كالسمن في الحيوان، و تعلّم الصنعة في العبيد و الإماء.

(5) الإتيان بكلمة الإضراب لأجل أنّ ضمان الزيادة المنفصلة كالثمرة لا يخلو من وجه، لكونها عينا أخرى يحتمل ضمانها، لكن حيثيّة كونها نماء للعين المضمونة التي دفع بدلها إلى مالكها توجب عدم ضمانها.

(6) في ضمان المنافع بعد دفع بدل الحيلولة قولان: أحدهما ذلك، و الآخر العدم كما سيأتي في المتن.

(7) يعني: بعد دفع البدل. و وجه عدم ضمان المنافع حينئذ واضح، إذ المفروض

و عن التذكرة و بعض آخر (1) ضمان المنافع، وقواه (2) في المبسوط بعد أن

خروج العين- بدفع البدل- عن ضمان الغاصب، فلا مجال لقاعدة تبعية المنافع للعين في الملكية.

(1) الحاكي لكلام العلامة وغيره هو السيد العاملي وغيره، قال قدس سره:

«وقد قرب في التذكرة اللزوم والوجوب، وقال: إنه أصح وجهي الشافعية، لأن حكم الغصب باق، وإنما وجبت القيمة للحيلولة، فيضمن الأجرة.. و مال إليه في المسالك، وكأنه قال به في مجمع البرهان وهو الأصح» (1). و جعله في الجواهر- بعد ما نسبه إلى جماعة- موافقا للتحقيق «لبقاء العين المغصوبة على ملك المالك، وعلى وجوب ردّها على الغاصب مع التمكن، وعلى ضمانها و ضمان نمائها، وأن القيمة للحيلولة غرامة شرعية ثبتت بالأدلة، وهي لا تقتضي براءة، ولا تغييرا للحال الاولي» (2).

وفيه: أن القيمة المدفوعة اقتضاها الضمان على نحو اقتضائه لها في التلف على أن تكون تداركا لما فات، فكأنه لم يفت، من غير فرق بين أن تكون بدلا عن العين أو عن الحيلولة، فكأن العين في يده، فكيف تكون حينئذ مضمونة؟

(2) أي: قوى ضمان المنافع، قال شيخ الطائفة قدس سره: «وأجرتها- أي العين- من حين دفع القيمة إلى حين الرد على وجهين، أحدهما: لا اجرة عليه.. وهو الأقوى.

والثاني: عليه أجرتها.. وهذا قوي أيضا» (3). فما نسبه المصنف قدس سره إليه لا يخلو من مسامحة، إذ الأقوى بنظر الشيخ هو عدم ضمان المنافع، والقوي ضمانها، والأمر سهل.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 249 (أواخر الصفحة)؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 382؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 201؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 538

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 139

(3) المبسوط، ج 3، ص 96

ص: 590

جعل الأقوى خلافه. وفي موضع من جامع المقاصد «أنه موضع توقّف» (1) وفي موضع آخر: رجح الوجوب (2).

### [ط: ضمان ارتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البديل إلى المالك]

ثم (3) إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم «1»- عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة- يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية

(1) قال بعد بيان وجهي الإشكال- في ضمان منافع العبد الأبق السابقة على الغرم- ما لفظه: «و المسألة موضع توقّف» «2».

(2) حيث قال بعد بيان وجهي الإشكال في ضمان النماء المتصل و المنفصل- إذا تجدد بعد دفع البديل- ما لفظه: «و الأصحّ استحقاق الرجوع به أيضا على الغاصب، استصحابا لما كان إلى أن يعلم المزيل» «3».

ط: ضمان ارتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البديل إلى المالك

(3) ما تقدّم بقوله: «ثم إن مقتضى الغرامة» إلى هنا كان حكم ارتفاع قيمة العين بعد أداء بدل الحيلولة، و كذا منافعها المتجددة. و غرضه الآن بيان حكم ارتفاع القيمة قبل أداء البديل إلى المالك، فأفاد قدس سرّه: أن مقتضى تنزيل التعذر منزلة التلف في كلام مثل المحقق قدس سرّه هو ترتيب آثار التلف على التعذر، التي منها عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية المتحقق بعد التعذر و قبل الدفع، كالارتفاع الحاصل بعد التلف.

لكن مقتضى القاعدة ضمانه له، و ذلك لأنّ التلف يوجب تعيّن القيمة، و لذا يجب على المالك قبولها، و ليس له الامتناع عن أخذها. بخلاف تعذر العين، إذ لا يتعيّن به القيمة، بل للمالك الصبر إلى زمان التمكّن من العين، و تبقى العين في عهدة الضامن في مدّة التعذر. و لو تلفت كان للمالك قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم أو يوم الغصب، على الخلاف السابق.

(1) كالمحقق في المختصر النافع، ج 2، ص 296؛ و العلامة في تحرير الاحكام، ج 2، ص 139

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 251

(3) المصدر، ص 273

ص: 591

الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع، كالحاصل بعد التلف (1).

لكن مقتضى القاعدة (2) ضمانه له (3)، لأن (4) مع التلف يتعين القيمة (5)، ولذا ليس له الامتناع من أخذها. بخلاف تعذر العين، فإن القيمة غير متعينة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك، ويبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب على الخلاف.

و الحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر.

و الحكم (6) بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة

---

و الحاصل: أن العين الموجودة قبل دفع بدلها تكون في عهدة الضامن. وعليه فلا عبرة بيوم التعذر، و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف.

(1) على ما صرح به في الأمر السابع بقوله: «ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال» و مراده بالقيمة هي السوقية، لا لزيادة عينية، كما صرح به هناك أيضا، فراجع (ص 549).

(2) يعني: قاعدة كون بدل الحيلولة غرامة، لا بدلا عن العين المتعدرة.

(3) أي: ضمان الغاصب لارتفاع القيمة.

(4) هذا بيان الفارق بين التلف و التعذر في عدم ضمان الارتفاع في الأول، و ضمانه في الثاني.

(5) يعني: لا يملك مالك العين التالفة- في عهدة الضامن- إلا القيمة.

(6) غرضه تضعيف كون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، و حاصله: أن الالتزام بذلك يوجب التناقص. توضيحه: أن لازم كون يوم التعذر كيوم التلف عدم ضمان الأجرة و النماء بالتعذر و قبل أداء البدل، فالحكم بضمان الأجرة و النماء بعد التعذر و قبل أداء البدل مناف لذلك، فمقتضى القاعدة ضمان ارتفاع القيمة إلى يوم دفع البدل.

و أمّا بعده فلا.

و النماء إلى دفع البذل وإن تراخى (1) عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتقاء إلى يوم دفع البذل، نظير دفع القيمة (2) عن المثل المتعذر في المثلي.

### اي: وجوب ردّ العين فوراً بارتقاء العذر

ثم (3) إنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً وجب ردّها (4) إلى مالکها- كما صرّح به في جامع المقاصد- فوراً (5) وإن كان في إحضارها

(1) أي: تراخى دفع البذل. و غرضه أنّه لا- فرق في التنافي بين الحكّمين- و هما كون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، و وجوب دفع بذل المنفعة قبل دفع بذل الحيلولة- بين أن يدفع بذل الحيلولة عقيب تعذر ردّ العين فوراً، أم بعده تراخياً.

و الوجه في عدم الفرق كون التعذر بمنزلة التلف، فكما لا موضوع لضمان ارتفاع قيمة التالف، فكذا لا مجال لضمان ارتفاع قيمة العين المتعذر إيصالها إلى المالك.

فالقول بضمان الارتقاء منوط برفع اليد عن المبني، و هو وحدة حكم التلف و التعذر.

(2) يعني: نظيره في ضمان ارتفاع القيمة إلى يوم دفعها في المثلي المتعذر مثله.

ي: وجوب ردّ العين فوراً بارتقاء العذر

(3) هذا فرع آخر من فروع بذل الحيلولة، و هو وجوب ردّ العين إلى مالکها بمجرد ارتفاع التعذر و التمكن منه، و لو توقّف إحضار العين على مئونة و جب على الضامن بذلها، كما و جب بذلها قبل التعذر، يعني: لو وضع يده على مال الغير و أمكن إيصاله إليه و جب ردّه فوراً، سواء توقّف على بذل مئونة أم لم يتوقّف عليه. لكون البذل مقدّمة للردّ الواجب، على ما سبق تفصيله في الأمر الثاني، فلاحظ (ص 201).

(4) لأنّه عين ماله، و مع إمكان دفعها لا تصل النوبة إلى بذلها، و الغرامة المدفوعة إلى المالك إنّما تكون بدلاً دائماً في صورة تلف العين، لا في صورة وجودها، إذ البدليّة حينئذ ماداميّة.

(5) قال قدّس سرّه في الظفر بالعبد الأبق المغصوب: «بل يجب على الغاصب ردّ العبد

مئونة كما كان قبل التعذر، لعموم (1) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (2).

ودفع (3) البديل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك (4)، واستلزم ذلك (5) [ولازم ذلك]

---

مطلقاً على الفور» (1). و تقدم كلام آخر منه (في ص 202) دالّ على كون مئونة الردّ على المشتري، فراجع.

(1) تعليل لوجوب ردّ العين.

(2) لأنّ الغاية لا تصدق حقيقة إلا برّد نفس العين لا بدلها.

هذا بناء على دلالة الحديث على خصوص الحكم التكليفيّ أو الأعمّ منه و من الوضعيّ. و أمّا بناء على ظهوره في الوضع - كما تقدّم في أوّل مسألة المقبوض بالبيع الفاسد- فقد يشكل استظهار وجوب الردّ من الحديث، فتأمل.

(3) مبتدء، خبره «إنما أفاد» تعرّض المصنّف قدّس سرّه لدفع توهمين قد يردا على وجوب ردّ العين المضمونة بعد زوال التعذرّ.

الأوّل: أنّه لا يجب ردّ العين إلى مالكيها، إذ الضامن دفع الغرامة إلى المالك، و هي ماليّة العين، و مقتضى التدارك عدم وجوب ردّ العين بعد ارتفاع العذر.

ودفعه المصنّف قدّس سرّه بأنّ بدل الحيلولة لا يرفع التكليف برّد العين، وإنّما يفيد أمرين، أحدهما: خروج الضامن عن عهدة قيمة العين لو تلفت بعد أداء البديل، فيصير البديل المحدود دائميّاً، و لا يجب شيء آخر.

ثانيهما: عدم ضمان المنافع الحاصلة في العين بعد دفع الغرامة.

و من المعلوم أنّ هذين الحكمين المترتّبين على أداء بدل الحيلولة لا يمنعان عن فعليّة وجوب ردّ العين عند التمكن منه.

(4) أي: بعد التلف.

(5) أي: خروج الغاصب عن الضمان، و هو إمّا فاعل «يستلزم» و إمّا مضاف

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 261.

ص: 594

على ما اخترناه (1) عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة.

و سقوط (2) وجوب الردّ حين التعذّر للعذر العقليّ، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب (3) و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

---

إليه لقوله: «و لازم» بناء على ما في بعض النسخ، وقوله: «عدم ضمان» إمّا مفعول ل «يستلزم» و إمّا خبر ل «لازم».

و على كلّ فعدم ضمان المنافع- بعد أداء بدل الحيلولة- حكم آخر، و هو يترتب على الحكم الأوّل أعني به خروج الغاصب عن عهدة العين

(1) من قوله: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم ..».

(2) مبتدأ، خبره قوله: «للعذر العقليّ». و هذا إشارة إلى التوهّم الثاني، و حاصله: أنّه لا- يجب ردّ العين بعد التمكن منه، و ذلك لاستصحاب عدم وجوب ردّها حال التعذّر، و مع هذا الأصل المحرز لا مجال لتكليف الضامن بردّ العين عند القدرة عليه.

و قد دفعه المصنف قدّس سرّه بمنع جريان الاستصحاب هنا، لانتفاء قيد المستصحب، توضيحه: أنّ سقوط وجوب دفع العين كان مقيداً عقلاً بالتعذّر المسقط للتكليف، و حيث إنّ المفروض زوال العذر، فلو أريد تسوية الحكم إلى ما بعد التعذّر كان إثبات حكم موضوع لموضوع آخر، و لا معنى للاستصحاب حينئذ.

(3) بأن يقال: إنّ المتيقن في السابق هو الضمان مطلقاً في حالتي التعذّر و التمكن، و دفع الغرامة في حال التعذّر يوجب الشك في أنّ المرتفع به أصل الضمان أو خصوص الضمان في حال التعذّر و ما دام متعذراً، فلا يحصل القطع بارتفاع الضمان بالمرّة، بل هو مشكوك فيه، لاحتمال ارتفاع الضمان الخاصّ لا أصله، فلا مانع من استصحاب أصل الضمان في حال التمكن. و يترتب عليه وجوب الردّ، لوجود المقتضي و هو الضمان، و عدم المانع عنه و هو التعذّر.

## [ك: هل ينتقل البدل إلى الغارم بتمكّن دفع العين؟]

و هل الغرامة (1) المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طروء التمكّن،

ثم إنّ الجمع بين الاستصحاب و العموم خلاف ما قرره قدّس سرّه في الأصول من حكومة الثاني على الأوّل.

ك: هل ينتقل البدل إلى الغارم بتمكّن دفع العين؟

(1) هذا فرع آخر من فروع بدل الحيلولة، و هو أنّه: إذا تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك بعد دفع بدل الحيلولة، و لكنّه لم يوصل العين إلى المالك، ففي خروج بدل الحيلولة من ملك المضمون له، و عدمه وجهان:

الأوّل: أنّ التمكّن من العين يوجب خروج البدل عن ملك المضمون له، و دخوله في ملك الضامن، و حيث إنّّه لم يوصل العين إلى مالكةا يصير ضامنا لها بضمان جديد. و يترتب عليه أنّه لو تلفت عنده اعتبرت قيمتها الفعلية، لا قيمتها السابقة في حال التعذّر. فبناء على ضمان القيمة بقيمة يوم الضمان تتعيّن قيمتها يوم التمكّن منها، أي حين ارتفاع العذر.

و بناء على ضمانه بقيمة يوم التلف تعتبر قيمتها فيه.

و بناء على ضمان أعلى القيم بين وقت الضمان و التلف يتعيّن أعلاها.

الثاني: أنّ مجرد التمكّن من العين لا يقتضي انتقال بدل الحيلولة إلى ملك الغارم، فلو لم يوصلها إليه و تلفت عنده لم يضمنها بضمان جديد، بل يصير بدل الحيلولة بدلا دائما مستقرّا، بعد أن كان بدلا محدودا مغيّا بوصول العين أو تلفها. و حينئذ ينتفي احتمال ضمان يوم القبض أو وقت التلف أو الأعلى بينهما.

و استظهر المصنّف قدّس سرّه هذا الاحتمال، و استدلّ عليه بالاستصحاب، بتقريب:

أنّ بدل الحيلولة كان ملكا لمالك العين حين التعذّر، و لو شك في زواله بمجرد تمكّن الضامن من ردّ العين جرى استصحاب ملكه له.



فيضمن (1) العين من يوم التمكّن ضمانا جديدا (2) بمثله أو قيمته يوم (3) حدوث الضمان، أو (4) يوم التلف، أو أعلى القيم. أو أنها باقية على ملك مالك العين، وكون (5) العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت (6) استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم (7) يحدث في العين إلا حكم تكليفيّ بوجوب ردّه، وأمّا الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان (8)، أظهرهما الثاني (9) لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طروء ما يزيل ملكيته عن الغرامة، أو يحدث (10) ضمانا جديدا.

(1) هذا متفرّع على عود بدل الحيلولة- الذي هو بدل محدود بالتعذر- إلى ملك الغارم، واشتغال ذمته بقيمة أخرى كما عرفت.

(2) في قبال بدل الحيلولة الذي كان ضمانا قديما في حال تعذر ردّ العين.

(3) متعلّق ب «قيّمته» أي: قيمته يوم حدوث الضمان، أو قيمته يوم التلف أو أعلى القيم، على الخلاف المتقدم في الأمر السادس والسابع.

(4) هذا عدل قوله: «تعود» يعني: هل الغرامة تعود ملكا إلى الغارم أم هي باقية على ملك مالك العين؟ وقد أوضحناه آنفا بقولنا: «الثاني: أن مجرد التمكّن من العين...».

(5) بالجرّ معطوف على «ملك» المجرور ب «على». و الواو بمعنى «مع» أي: مع كون العين مضمونة بتلك الغرامة لا غيرها. و ضمير «بها» راجع إلى الغرامة.

(6) أي: فلو تلفت العين- بيد الغاصب بعد التمكّن من ردّها إلى المالك- صار بدل الحيلولة ملكا مستقرّا لمالك العين، ولم يحدث ضمان جديد.

(7) هذا متفرّع على بقاء ملك الغرامة لمالك العين، وعدم انتقالها إلى الغارم بمجرد تمكّنه من ردّ العين إلى مالكها.

(8) خبر قوله: «و هل الغرامة المدفوعة».

(9) وهو بقاء الغرامة على ملك المغصوب منه.

(10) معطوف على «يزيل» و «يحدث» بصيغة الفاعل من باب الافعال، يعني:

و مجرد (1) عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء مالكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوّض.

غاية ما في الباب (2) قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتئة المبدلة عنها بالغرامة، و وجوبها عليه.

و حينئذ (3) فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية [مالكية] المالك للغرامة.

و توهم (4) أنّ المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة في زمان

---

و عدم طروء ما يزيل ملكيته من الغرامة، أو ما يحدث ضمانا جديدا، فمجرد تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك لا يجدي في رفع الضمان، بل الضمان باق على حاله.

(1) غرضه قدّس سرّه بيان عدم طروء ما يزيل ملكية مالك العين لبدل الحيلولة، إذ قد يتوهم: اختصاص البدل بحال التعدّر، فلو فرض تمكّن الغاصب من إيصال العين إلى مالكيها لزم خروج بدل الحيلولة إلى ملك الغارم حتى لا يجتمع العوض و المعوّض عند واحد.

و أجاب عنه المصنف بعدم عروض ما يزيل ملكية المضمون له للبدل، و بقاء ملاك تغريم الضامن، و ذلك لأنّ فوات سلطنة المالك على ماله اقتضى دفع البدل، و لا فرق فيه بين تمكّن الغاصب من ردّ العين و بين تعدّره عليه. فخروج البدل عن ملك مالك العين منوط بوصولها إليه. و عليه فلا موضوع للجمع بين العوض و المعوّض عند واحد.

(2) يعني: غاية ما يلزم من عود تمكّن الغاصب من ردّ المغصوب إلى المغصوب منه هو قدرته على إعادة ما فات عن المالك من السلطنة التي أبدلت بالغرامة.

(3) يعني: و حين قدرة الغاصب على إعادة السلطنة، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة.

(4) غرض المتوهم منع عود بدل الحيلولة إلى الغاصب بعد دفع العين إلى

التعدّر فلا يعود، لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية. بل كان (1) بدلا عن أصل السلطنة يرتفع (2) بعودها، فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه (3) عن ملكه بناقل لازم بل جائز.

و لا يجب (4) ردّ نمائه المنفصل.

المالك. و تقرّبه: أنّ بدل الحيلولة لَمّا كان عوضا عن السلطنة الفائتة في زمان تعدّر ردّ العين إلى مالکها لم يكن موجب لإعادته إلى الغاصب، ضرورة أنّ محذور اجتماع العوض و المعوّض غير لازم في المقام، لأنّ بدل الحيلولة كان بدلا عن السلطنة الفائتة التي يستحيل عودها إلى المالك. و السلطنة الحادثة بعد ردّ العين لم تكن في قبال بدل الحيلولة. و عليه فلا وجه لأن يقال: «فلا إشكال في زوال ملكيته للغرامة، بل يبقى البديل على ملكية المضمون له».

و دفعه قدّس سرّه بقوله: «ضعيف في الغاية» و بيانه: أنّ الغرامة التي دفعها الضامن كانت بدلا عن أصل السلطنة، بحيث تكون البدلية ملحوظة بين البديل و السلطنة حدوثا و بقاء. ففي زمان التعدّر يكون البديل بدلا عن السلطنة في ذلك الزمان، و في زمان التمكّن لو بقي البديل ملكا للمالك كان ملكا له بلا مبدل منه، لعدم فوات السلطنة في ذلك الزمان حتى يكون مبدلا منه.

(1) أي: بل كان المدفوع بدلا عن أصل السلطنة.

(2) يعني: يرتفع البديل عن البدلية بعود السلطنة، فيجب حينئذ دفع البديل إلى الضامن، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملك المغصوب منه بناقل لازم بل جائز، لكون النقل كالتلف.

(3) معطوف على «تلفه» يعني: أنّ وجوب دفع البديل ثابت في التلف و في الخروج عن الملك بناقل.

(4) لأنّ نماء ملكه بما أنّه ملكه، لا بما أنّه بدل عن السلطنة حتى يجري عليه حكم العين من الرجوع إلى ملك الغارم. و أمّا النماء المتّصل فهو تابع للعين عرفا،

و لو لم يدفعها (1) لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم، فإنّ الغرامة عوض السلطنة، لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل (2).

نعم (3) للمالك مطالبة عين ماله،

---

فينتقل إلى الغارم، كما أنّ العين تنتقل إليه.

(1) معطوف على قوله: «فإن دفع العين» يعني: و لو لم يدفع الغارم العين المغصوبة إلى المالك لم يكن له مطالبة الغرامة من المالك، لأنّ الغرامة عوض السلطنة الفائتة، لا عوض قدرة المالك على تحصيل السلطنة. نعم يجوز للمالك المطالبة بالعين كما سيأتي.

(2) الظاهر أنّه إشارة إلى تثبيت ما ذكره، و دفع توهم كون المقام نظير البيع، وأنّ لكلّ من البائع و المشتري امتناع تسليم ماله حتى يتسلّم مال الآخر.

و وجه الاندفاع هو الفرق بين باب الغرامة و باب المعاوضة، إذ لا ريب في عوضيّة كلّ من الثمن و المثل عن الآخر. بخلاف المقام، فإنّ الغرامة عوض، و السلطنة معوّض، فما لم يرتفع المعوّض - بمعنى تحقّق السلطنة للمالك و عودها إليه - لم يرجع الغرامة إلى الغارم.

(3) غرضه بيان الفارق بين الضامن و المضمون له في مطالبة كلّ منهما ما له، فالضامن ليس له مطالبة الغرامة قبل تسليم العين إلى المالك كما عرفت آنفاً. و أمّا المالك فيجوز له مطالبة عين ماله من الضامن، و ذلك لإطلاق قاعدة السلطنة، فإنّ طالبه و ردّ الضامن العين اتّجه ردّ بدل الحيلولة إليه، و إلا فلا.

فإن قلت: كما يجوز للغارم مطالبة البدل، فكذا ليس للمالك مطالبة العين، فهما سواء من هذه الجهة. و الوجه في عدم استحقاق المالك المطالبة بالعين هو: أنّ الغرامة التي دفعها الضامن تكون بدلا عن سلطنته التامة على ماله، فالسلطنة المطلقة للمالك على أموالهم غير ثابتة في المقام، لفرض تدارك سلطنته على العين ببدل الحيلولة الذي

لعموم (1) «الناس مسلطون على أنفسهم» وليس (2) ما عنده من المال عوضا من مطلق السلطنة (3) حتى سلطنة المطالبة، بل (4) سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك. ولذا (5) لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

دفعه الضامن إليه، وبتحديد سلطنته و تضييقها لا سبيل لإثبات استحقاق مطالبة العين. و عليه فإن اختار الضامن ردّ العين إلى مالکها استردّ بدل الحيلولة منه، وإلا فليس لأحد منهما المطالبة.

قلت: إن قاعدة السلطنة تقتضي جواز مطالبة العين من الغارم. ولا يتضيّق هذا الحقّ إلا بكون بدل الحيلولة بدلا عن سلطنة المالك المطلقة على ماله، أو بدلا عن سلطنته على مطالبة ماله، إذ على كلّ منهما يسقط حقّ المطالبة ولا بدّ من انتظار إقدام الضامن حينئذ بأن يردّ العين إلى المالك ويستردّ البديل. ولكنّ الصحيح احتمال ثالث، وهو كون بدل الحيلولة بدلا عن خصوص سلطنة انتفاع المالك بالمال، المفروض فواتها في زمان تعدّر الوصول إلى العين، وأما سلطنته المطلقة على جميع أنحاء الثقلّب في المال فلم تقابل ببديل الحيلولة حتى يسلب عن المالك حقّ مطالبة العين.

(1) المراد بالعموم هو الإطلاق كما مرّ غير مرّة.

(2) هذا إشارة إلى وهم، و جوابه قوله: «بل سلطنة الانتفاع» وقد أوضحناهما بقولنا: «فان قلت. قلت».

(3) إذ لو كان بدل الحيلولة بدلا عن مطلق السلطنة- بأن كانت العين المسلوّبة السلطنة عليها ملكا للمضمون له- لم يستحقّ المالك مطالبة العين.

(4) يعني: يكون بدل الحيلولة عوضا عن بعض أنحاء السلطنة، وهو سلطنة الانتفاع بالملك. وأما السلطنة على الجهات الأخرى فباقية للمالك، ولم تعوّض بشيء أصلا، وبناء على هذا فله المطالبة.

(5) غرضه إقامة الشاهد على كون بدل الحيلولة عوضا عن حيثيّة خاصّة من حيثيّات السلطنة، أي: ولأجل عدم كون الغرامة عوضا عن مطلق السلطنة لا يباح العين لغير

و ممّا ذكرنا (1) يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك، القيمة، كما اختاره (2) في التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد (1).

و عن التحرير «2» الجزم بأنّ له ذلك (3). و لعلّه (4) لأنّ القيمة عوض، إمّا عن العين، و إمّا عن السلطنة عليه. و على أيّ تقدير فيتحقّق التّراد.

و حينئذ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلّم ما بيد الآخر (5).

---

المالك، يعني: أنّ مالك العين لو بذل الغرامة للغاصب- بأن قال: «ما أريد منك الغرامة» أو ردّها إليه على وجه البذل و العطيّة بعد أخذها منه- لم يكن مجرد بذلها موجبا لإباحة العين للغاصب.

و لو كانت الغرامة عوضا عن مطلق سلطنة المالك حتى سلطنة المطالبة و قد بذل العوض بعد قبضه أو قبله كان ذلك بمنزلة بذل المعوّض عنه، و كان من اللازم سقوط سلطنة المطالبة، بل إباحة العين للغاصب.

(1) يعني: من عدم عود الغرامة إلى ملك الغارم إلّا بعد إرجاع السلطنة على العين إلى مالكيها يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يردّ مالك العين القيمة المدفوعة غرامة، إذ ليس للغاصب حينئذ مال عند المالك حتّى يجوز له ذلك، كما في المعاوضة.

(2) أي: عدم جواز الحبس.

(3) أي: الحبس.

(4) يعني: و لعلّ وجه جزم التحرير بأنّ للغاصب حبس العين إلى دفع المالك إليه القيمة هو تحقّق المعاوضة بين العين و البذل بأحد نحوين، فإمّا أن يكون المعوّض نفس العين، و إمّا السلطنة المطلقة عليها.

و على كلّ منهما يجوز للغاصب حبس العين حتى يردّ المالك البذل إلى الغارم، و لا يجب عليه المبادرة إلى تسليم العين إليه، كما يجوز للمالك الحبس حتى تصل إليه العين.

(5) كما هو الشأن في المعاوضات.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 385، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 178، جامع المقاصد؛ ج 6، ص 161.

(2) تحرير الأحكام، ج 2، ص 140، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة؛ ج 6، ص 256.

و فيه (1): أنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوّضاً (2)، ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها (3). و المعوّض للغرامة السلطنة التي هي في معرض العود بالتّراد.

اللهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس (4) مبدل الغرامة، وهي السلطنة الفاتنة.

و الأقوى الأوّل (5).

### [ل- لو حبس العين فتلفت، فالعبرة بأيّ القيم؟]

ثمّ لو قلنا (6) بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوساً؛ فالظاهر أنّه

(1) حاصل المناقشة في جواز حبس العين هو عدم تحقّق المعاوضة بين العين و البديل. أمّا عدم كون العين عوضاً فمعلوم. و أمّا عدم كونها معوّضاً فلاّ أنّ بدل الحيلولة غرامة عن سلطنة الانتفاع الثابتة لكلّ مالك على ماله. و ممّا يشهد بعدم تحقّق المعاوضة اجتماع العين و البديل في ملك المضمون له، مع أنّ قوام المعاوضة بدخول أحد العوضين في كيس من خرج منه العوض الآخر. و هذا كاشف عن كون البديل عوضاً عن السلطنة الفاتنة.

(2) حتى يجوز للغارم حبس العين عن المالك إلى أن يأخذ الغرامة منه، و كذا حبس المالك الغرامة حتى يتسلّم العين من الغارم.

(3) أي: على الغرامة.

(4) أي: للغاصب حبس العين، و حاصله: أنّ حبس العين عدّة لحبس السلطنة التي هي مبدل الغرامة، فيكون من هذه الحيثيّة نظير المعاوضة.

(5) و هو عدم جواز حبس العين للغاصب.

ل- لو حبس العين فتلفت، فالعبرة بأيّ القيم؟

(6) هذا من فروع المسألة، و تعبيره ب «لو قلنا» ظاهر في عدم التزامه به، لما تقدّم منه من عدم خروج الغرامة عن ملك مالك العين بمجرد تمكن الغاصب من ردّها إليه، إذ بناء عليه لا مجال لجواز حبس العين.

و عليه فكلامه هنا مبنيّ على مقالة العلامة قدّس سرّه في التحرير، فأفاد المصنّف قدّس سرّه:

لا يجري عليه حكم المغصوب، لأنّه حبسه بحق (1).

نعم (2) يضمّنه، لأنّه قبضه لمصلحة نفسه.

و الظاهر أنّه (3) بقيمته يوم التلف [1] على ما هو الأصل في كلّ مضمون [2].

---

أنّ الغاصب لو حبس العين لم يجر عليها حكم المغصوب بقول مطلق، بل ينفكّ التكليف عن الوضع، فلا- تكليف بوجوب ردّها إلى المالك، لكون حبسها حقًا له.

و لكنّه يضمّنها لو تلفت في الحبس. و يتفرّع على اشتغال عهده بها أنّ العبرة هل تكون بقيمته يوم الحبس أو يوم التلف أو أعلى القيم؟ فبناء على ضمان القيميّ بقيمته يوم التلف يضمّنها الغاصب هنا.

(1) إذ كان له ذلك حتى يتسلّم الغرامة من المالك، فكان الحبس بحكم الشارع، فلا إثم عليه.

(2) غرضه أنّ نفي حكم الغصب إنّما هو بالنسبة إلى الحرمة التكليفية فقط.

و أمّا الحكم الوضعيّ- وهو الضمان- فهو باق، لأنّه قبضه لمصلحة نفسه، كما في المستام. و الخارج عن عموم «على اليد» المقتضي للضمان هو خصوص اليد الثابتة على مال الغير لمصلحة المالك، فلو لم تكن اليد لمصلحة المالك كانت مضمّنة.

(3) أي: أنّ المغصوب مضمون بقيمته يوم التلف، لأنّه زمان الانتقال إلى القيمة.

---

[1] الظاهر كما عن المحقّق الرشتي قدّس سرّه منافاة العبرة بقيمته يوم التلف لما اختاره سابقا من عدم تجدد الضمان بمجرد التمكّن، وأنّ العين مضمونة بالغرامة المدفوعة، لا بما في ذمّة الغاصب حتى يكون المدار على قيمة يوم التلف.

لكن يمكن توجيه ضمان قيمة يوم التلف بابتناؤه على نظر العلامة القائل بجواز الحبس المقتضي لتجدد الضمان عند التمكّن.

[2] هذا صحيح بناء على كون المضمون بعهدّة الضامن. و أمّا في موارد بدل الحيلولة تكون الغرامة المدفوعة بدلا عن المضمون بحيث لو تلفت العين كانت مضمونة ببديل الحيلولة.



و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم (1) يقول به هنا من زمان الحبس (2) إلى زمان التلف.

و ذكر العلامة في القواعد «أنه لو حبس، فتلف محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن، و استرجاع القيمة الأولى» (1).

و الظاهر أنّ (3) مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة بناء على زوال حكم الغضب عن العين، لكونه (4) محبوساً بغير عدوان، لا خصوص (5) حين

---

(1) كما هو مذهب جماعة من القدماء، على ما سبق في الأمر السادس و السابع.

(2) يعني: لا من زمان الغضب، إذ المفروض أنّ الغرامة كانت بدلا عن العين.

و أمّا بعد التمكن من ردّها و جواز حبسها لاسترداد بدل الحيلولة فالمدار في ضمانها لو تلفت على أعلى القيم من زمان الحبس إلى زمان التلف، لتجدد الضمان بالحبس.

(3) لمّا كان ظاهر «الآن» اعتبار قيمة وقت تلف العبد، فتصدّى المصنّف لتوجيهه بأنّ المراد ليس خصوص القيمة الفعلية، بل ما يقابل القيمة السابقة، و هي زمان غضب العبد. و لعلّ الداعي إلى هذا الحمل اختيار العلامة ضمان أعلى القيم، لا قيمة يوم التلف، فيراد من «قيمته الآن» تمام زمان الحبس، لا خصوص يوم التلف، فلو كانت قيمته أول أيام الحبس أكثر من قيمته يوم التلف لم يبعد ضمان الأكثر.

و لو أبقينا «الآن» على ظاهره- و هو يوم التلف- كان منافيا لمختار العلامة في القواعد من ضمان أعلى القيم.

(4) تعليل لزوال حكم الغضب، لفرض تمكن الغاصب من ردّ العين إلى مالکها و امتناعه عن تسلّمها، و ردّ بدل الحيلولة، فحبس العين يكون حقاً للغاصب و إن كان ضامنا بضمان جديد، فلو اختلفت قيمتها من يوم حبسها إلى يوم تلفها لم تتعین قيمة يوم التلف، بل يرجع إلى ما أسسه كلّ في ضمان القيمي، من أنّ العبرة بقيمة يوم الضمان، أو التلف، أو الأعلى بينهما.

(5) لمخالفته لمبنى العلامة قدّس سرّه من ضمان أعلى القيم.

---

(1) قواعد الاحكام، ص 79، السطر 30 (الطبعة الحجرية)

التلف و كلمات كثير منهم لا تخلو عن اضطراب (1).

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغضب، لكن (2) الظاهر أن أكثرها- بل جميعها- حكم المغضوب من حيث كونه مضمونا، إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة.

نعم ربّما يفرّق من جهة نصّ في المغضوب مخالف (3) لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي ولّاد، أو أعلى القيم، على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه (4).

و أمّا (5) ما اشتهر من «أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال» فلم نعرف له

---

(1) كما يظهر بمراجعة كلام السيد العميد و المحقق الثاني «1» و ما علّقه صاحب الجواهر عليه.

هذا تمام الكلام في بدل الحيلولة، و به تمّ الكلام في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

(2) يعني: لا في المقبوض بالبيع الفاسد. و غرضه بيان وجه ما فصّله في ضمان القيميّ و المثليّ و بدل الحيلولة مع كونها مذكورة في باب الغضب، و وجه التّعديّ منه إلى غيره من موارد الضمان- كالمقبوض بالعقد الفاسد- هو: أنّ الغضب لمّا كان أجلى أفراد موجبات الضمان فقد ذكروا أحكام الضمان فيه، و عليه فتكون الأحكام أحكام كلّ مضمون، لا خصوص المضمون بالغضب.

(3) مخالفة الغضب للقاعدة المقتضية ل ضمان قيمة يوم التلف مبنيّة على دلالة صحيحة أبي ولّاد على اعتبار قيمة يوم الغضب، و ذلك غير ظاهر كما سبق بيانه عند التكلّم في مفاد الصحيحة.

(4) و قد تقدّم هناك تفصيل البحث.

(5) غرضه أنّه قد يتوهّم دلالة ما اشتهر من «أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال» على ضمان المغضوب بأعلى قيمته، لأنّ المناسب بحاله هو جبران خسارة المضمون له بدفع الأشقّ و هو أعلى القيم. و لا بأس به دلالة، لكن حيث إنّ هذه

---

(1) كنز الفوائد، ج 1 ص 662 جامع المقاصد، ج 6، ص 262.

ص: 606

ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد، وإن بقي منه آخر أكثر مما ذكر (2)،

القاعدة لم تكن مفاد رواية معتبرة، ولا متصيدة من نصوص متفرقة لم يكن وجه للاعتماد عليها. فالعبرة حينئذ في المغصوب بقيمته يوم الغصب أو يوم التلف، على ما تقدّم تفصيله في البحث عن صحيحة أبي ولاد.

(1) قال الفقيه المامقاني قدس سرّه ما لفظه: «وجدت فيما حرّره بعض الفضلاء ممّا أفاده الشيخ الفقيه المحقق موسى بن جعفر الغروي قدس سرّه في مجلس البحث تقييد هذه القاعدة المشهورة بما إذا كانت المشقة في الغرامة والمؤنة، احترازا عمّا إذا كانت المشقة في الكيفية، كما لو كان الردّ مشتملا على العسر. قال في مسألة وجوب ردّ المغصوب إلى صاحبه: ولو أدى ردّه إلى عسر، العسر الذي لا نضايق عنه في الإلزام بردّ العين هو ما لم يصل إلى حدّ المشقة غير المتحمّلة عادة، فلو وصل إلى ذلك الحدّ فهو في حكم التعذّر. بل الظاهر أنّهم كلّما يعتبرون بالتعذّر مع الإطلاق يريدون به ما يعمّ هذا النوع من التعسّر الذي كاد يكون من التعذّر الحقيقي العاديّ.

إن قلت: لم لا يجوز الإلزام بردّ العين وإن أدى إلى عسر غير متحمّل، و من أين إلحاق هذا النوع من العسر بالتعذّر. بل الدليل على إلحاقه بالعسر غير المضايق عن لزومه موجود، وهو ما اشتهر عندهم من أنّ الغاصب يؤخذ بالأشقّ.

قلنا: المراد بقولهم المذكور إنّما هو أخذه بالأشق في الغرامة، لا في غيرها، والمشقة الحاصلة في الردّ ليس ممّا ذكروا فيها الأخذ بالأشقّ، فلو كانت للنقل مثلا مؤنثة فهي على الغاصب، لما ذكر، وهكذا، فلا تذهل» (1).

(2) غرضه قدس سرّه أنّا وإن فصّلنا الكلام في أحكام المبيع بالبيع الفاسد، إلا أنّ ما لم نتعرّض له أزيد بكثير ممّا ذكرناه، إذ بعد اتّحاده حكما مع المغصوب يجري فيه كثير من مسائل الغصب. وما تقدّم من مباحث المثليّ والقيميّ وبدل الحيلولة قليل من كثير، ولا تنحصر أحكام الغصب في الأبحاث السابقة. مثلا لو مزج المبيع بالعقد

ولعلّ بعضها يجي ء في بيع الفضولي [1].

الفاسد بغيره، بحيث يشقّ تمييزه كالحنطة بالشعير، أو الدخن بالذرة، فهل يقال بالشركة القهريّة أو يكلف تمييزه؟

ولو اشترى أرضاً فزرعها أو آجرها من غيره، فزرعها كان عليه ردّ الأرض وأجرة الغرس و الزرع و أرش الأرض إن نقصت بالزرع، و عليه طمّ الحفر.

ولو اشترى حبّاً فزرعه، أو بيضا فاستفرخه، فهل الزرع و الفرخ للمشتري أم للبائع؟ و غير ذلك مما هو كثير.

و بهذا ينتهي الكلام في شرح ما أفاده شيخنا الأعظم من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد، و سيأتي الكلام في الجزء الرابع في شرائط المتعاقدين إن شاء الله تعالى.

[1] تفصيل الكلام في بدل الحيلولة يقع في الدليل عليه، و ما يترتّب عليه من أمور، فنقول: قد استدللّ لوجوبه بوجوه:

الأول: ما في المتن من الروايات الدالّة على الضمان بهذه الأمور من الضياع و السرقة و الإباق و نحوها.

وفيه: أنّ موردها التلف، لا التعدّر.

لكن فيه ما لا يخفى، إذ المذكور فيها التلف و الضياع و السرقة، فلا تختصّ بالتلف.

الثاني: ما في حاشية السيد قدّس سرّه (1) من قاعدة الضرر، بتقريب: أنّ صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه.

أو ببيان: أنّ عدم الحكم بضمان البدل ضرر على المالك.

أو: بأنّ امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر على المالك.

وفيه: ما قيل: من أنّ دليل نفي الضرر يرفع الحكم الناشئ عنه الضرر، بمعنى نفي تشريع الحكم الملقى للمكلف في الضرر. و أمّا الضرر الناشئ عن عدم تشريع الحكم فلا يشترع حكماً لا يلزم منه الضرر، كالحكم بوجوب البدل على الضامن إلى أن يتمكّن

من دفع العين إلى المالك، وإلا يلزم الحكم بوجوب تدارك الضرر المتوجّه إلى مسلم من بيت المال، و من المعلوم عدم صحّة هذا التمسك.

مضافا إلى: عدم وفاء قاعدة نفي الضرر بالمدعى، وهو لزوم بدل الحيلولة مطلقا، سواء لزم من صبر المالك ضرر أم لا، إذ من الواضح كون النسبة بين موارد بدل الحيلولة وبين موارد تضرر المالك هي العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان التمكّن من الوصول إلى ماله، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة. وقد يتضرر المالك من حيلولة الغاصب بينه وبين ماله مدّة قليلة كساعة أو ساعتين، مع أنّه ليس من موارد بدل الحيلولة، لاعتبار الفقهاء قدس سرّهم في ثبوت بدل الحيلولة تعذّر وصول المالك إلى ماله مدّة طويلة. وقد يتعدّر وصوله إلى المالك مع تضرره بعدم وصوله إليه. و مع هذه النسبة لا يصحّ الاستدلال بقاعدة الضرر مطلقا.

و دعوى إقدام الضامن على ضرر نفسه فاسدة، لأنّه لم يقدم إلّا على ضمان العين دون سائر الجهات التي منها، بدل الحيلولة.

الثالث: ما في المتن و حاشية السيد «1» أيضا من قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، بتقريب: أنّ مقتضاها جواز مطالبة العين وسيلة إلى أخذ البديل الذي هو ممكن.

أو بتقريب: أنّ السلطنة على مطالبة ماليّة ماله المضمون تقتضي جواز مطالبة البديل حتى ينتفع ببديل ماله.

أو بتقريب: أنّ السلطنة على الانتفاع بماله تقتضي جواز مطالبة بدل ماله لينتفع به.

و الكلّ لا يخلو من محذور. أمّا السلطنة على مطالبة العين للتوسّل إلى أخذ البديل، فإن أريد منها صورة إمكان ردّ العين فلازمها جواز إلزام الغاصب بردّ ماله، فيجب عليه السعي في مقدّمات تحصيله، و لا يجب على الغاصب حينئذ دفع البديل.

و إن أريد منها صورة عدم إمكان ردّ العين و تحصيلها- و إن أمكن حصولها فيما بعد- فلا- وجه لجواز مطالبة العين، لكونه لغوا، إذ المفروض عدم إمكان تحصيلها و ردّها

إلى المالك. ومع اللغووية وعدم تعقل الترخيص في مطالبة العين كيف يترتب عليه دفع البدل؟ وقد فرض المستدلّ جواز مطالبة العين وسيلة إلى أخذ البدل.

وأما السلطنة على مطالبة مالّة ماله نظرا إلى كون عين ماله ذات شؤون ثلاثة، من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية، وامتناع مطالبة الاولي لا- يمنع عن مطالبة الباقي، ففيها: امتناع سلطنة المالك على مطالبته. أمّا المالية القائمة بنفس العين فلتعذرهما. وأمّا المالية القائمة ببدلها فهي حصة أخرى من المالية، و السلطنة عليها سلطنة على مطالبة مال الغير، لا على مال نفسه.

وأما السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله، ففيها: أنّ تلك السلطنة الشخصية على الانتفاع بماله متعذرة بتعذره، و السلطنة على الانتفاع بالبدل المدفوع سلطنة أخرى ليس للمالك مطالبتها إلا بعد استحقاق البدل، و هو أول الكلام.

نعم بناء على مشرعية قاعدة السلطنة يمكن إثبات جواز مطالبة البدل. لكنّه في حيز المنع، بل قاعدة السلطنة لا تقتضي إلا جواز التصرفات التي ثبتت مشروعيتها.

فالمتحصل: أنّ قاعدة السلطنة لا تصلح لإثبات جواز مطالبة البدل.

الرابع: أنّ فيه جمعا بين الحقيين، مع فرض رجوع البدل إلى الضامن بعد ارتفاع العذر.

وفيه: أنّه مبني على تعلق حق للمالك على الضامن مع بقاء عين ماله ليكون ذلك جمعا بين الحقيين، لكن لا يلتزم أحد بتعلق حق للمالك بالبدل مع بقاء العين وعدم تلفها، بل لا حق له إلا على العين.

الخامس: حيلولة الغاصب بين المالك و ماله.

وفيه: أنّ الحيلولة ليست من موجبات الضمان بالاستقلال، إلا إذا اندرجت تحت اليد أو الإتلاف، و المفروض أنّ قاعدة اليد لا تقتضي ردّ البدل مع عدم التلف أو الإتلاف.

السادس: أنّ الغاصب قوت سلطنة المالك، فيجب عليه تداركها بدفع البدل.

فالمراد بهذا الدليل هو قاعدة الإتلاف، غايته أنّ متعلق الإتلاف ليس نفس العين، بل السلطنة عليها، فتفويت هذه السلطنة يوجب الضمان.

وفيه: أنّه ليس للمالك إلا الملك. و أمّا السلطنة عليه فهي من أحكام الملك،

و لا معنى لتعلّق الضمان بها.

و هذا مراد المحقّق الثاني قدّس سرّه من قوله: «جعل القيمة في مقابل الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه» و حاصل إشكاله: أنّ مجرد منع الضامن عن إعمال المالك سلطنته في ماله و حيلولته بينه و بين ماله لا يوجب أن تكون القيمة واجبة عليه.

إلّا أن يقال: ليس المراد من السلطنة التي التزم المصتّف بتداركها هي الحكم الشرعيّ، بل المراد هي الجدة الاعتباريّة، فالبدل بدل لهذه الجدة التي هي عبارة عن كون المال تحت استيلاء المالك يتقلّب فيه ما يشاء، و يتصرّف فيه بكلّ ما يريد.

بل قيل: هذه هي التي تقع متعلّقة للإجارة في مثل الدار و الدكان، فإنّ الأجرة تقع بإزاء كون العين تحت يده، فإذا كان الضامن سببا لتفويت هذه الخصوصيّة على المالك و جب عليه تداركها، و هو لا يتحقّق إلّا بأداء ما هو بدل المال من المثل أو القيمة حتى يتصرّف المالك فيه على مشيئته.

وفيه أوّلا: أنّ مورد قاعدة الإتلاف هو المال، و صدقه على السلطنة كما ترى.

و ثانيا: أنّ مقتضى هذا الدليل هو لزوم البدل فيما إذا كان تعدّد الوصول إلى المال من جهة حبس المالك و منعه عن التصرف فيه أيضا.

و ثالثا: أنّ مقتضى هذا الدليل إمّا ضمان المنافع، أو التفاوت بين كون العين داخلة تحت استيلائه و بين كونها خارجة عنه.

و أمّا بدل نفس العين كما هو المبحوث عنه في بدل الحيلولة فلا يقتضيه هذا الدليل، فإنّ المالك و إن لم يقدر على جميع أنحاء التقلّبات في ماله لأجل الحيلولة، إلّا أنّ هذا لا يقتضي إلّا ضمان المنافع أو النقص، فإنّما يستحقّ أجرته أو أرشه، لا بدل نفس العين، إذ الفاءت هو السلطنة على العين بالتصرّف و التقلّب فيها، فلا بدّ من تداركها المتوقّف على أداء الأجرة أو الأرش، فبدل الحيلولة- و هو الأجرة أو الأرش- أجنبيّ عن بدل العين.

السابع: النبويّ المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» بتقريب: أنّ المال بجميع خصوصيّاته الشخصيّة و النوعيّة و الماليّة و السلطنة عليه في عهدة الضامن

بمجرّد وضع اليد عليه، خرج منه صورة ردّ العين إجماعاً، فيبقى الباقي، فيشمل صورة التلف و ما بحكمه، و صورة التعدّر بأقسامه، لأنّه لو كان المال بمالّيته و خصوصيّاته في عهدة الغاصب مشروطاً بعدم ردّه، فإذا لم يمكن ردّ عينه فللمالك مطالبة بدله، سواء صدق التلف أم التعدّر، أم لم يصدق، و سواء خرج المال عن القيمة أم لم يخرج، كان التعدّر عقلياً أم عرفياً، كان زمانه قصيراً أم طويلاً، حصل اليأس من العين أم لم يحصل.

و هذا التقريب يدلّ على ضمان الغاصب سلطنة المالك على ماله، و تدارك هذه السلطنة إنّما يكون ببذل بدل العين إلى المالك ليتسلطّ عليه و يتصرّف فيه بما يشاء.

و هذا بدل الحيلولة، حيث إنّ المراد به بدل العين التي تلفت جميع الانتفاعات بها في بعض الأزمنة، كاللوح المنسوب في السفينة الذي يخاف من نزعه على النفس المحترمة، و لو كان هو الغاصب، أو تلف مال غير الغاصب ممّا يكون محترماً.

و ليس المراد تلف العين حقيقة، و لا جميع الانتفاعات في تمام الأزمنة، سواء خرجت العين عن الملكيّة، و لم يبق إلا حق الاختصاص كصيرورة الخلّ خمراً، و تنجّس الدهن. أم بقيت على الملكيّة كالظروف المنكسرة و المرأة كذلك.

و لا تلف بعض الانتفاعات الذي لا يتقوم به الملكيّة في جميع الأزمنة، كما لو صار الحيوان غير المقصود أكل لحمه موطوءاً، فإنّه لم يتلف منه إلا الانتفاع به دائماً في بلد الوطي، لا في سائر البلاد، هذا.

لكن فيه: أنّ هذا التقريب لقاعدة اليد لا يقتضي خصوص البدل المثليّ إن كان المضمون مثلياً أو القيمي إن كان قيميّاً، بل يقتضي ما لا يمكن الانتفاع به في زمان يتعدّد وصول المال إلى المالك، إذ المقصود تدارك السلطنة التي فوّتها الغاصب على المالك، و من المعلوم أنّها تجبر ببذل اجرة المنافع أو الأرش، و هو التفاوت بين قيمة العين باقية تحت سلطنة المالك، و خارجة عن حيّز سلطنته، و لا يقتضي قاعدة اليد خصوص بدل الحيلولة. مع أنّ الظاهر تسالمهم على أنّ بدل الحيلولة هو البدل لنفس العين على تقدير التلف، لا بدل المنافع أو الأرش بين استيلاء المالك على العين و عدمه، كما هو قضيّة هذا الدليل، هذا.



مضافا إلى: أنّ مقتضاه لزوم البذل مطلقا وإن كانت مدّة التعذّر قليلة، مع أنّ الفقهاء لم يلتزموا بلزوم البذل في هذه الصورة، هذا.

ويمكن تقريب الاستدلال بحديث «على اليد» بوجه آخر، وهو أنّه ظاهر في الضمان الفعليّ للمأخوذ إلى زمان الأداء، فكأنّه قال: إنّ غرامة المأخوذ على الآخذ إلى زمان أدائه، وهذا بعينه ضمان بدل الحيلولة. فهذا الحديث سيق لبيان بدل الحيلولة، لأنّ الغاية لا تناسب ضمان التلف، فالضمان بدليل اليد ثابت إلى ردّ العين، فلا بدّ من أداء قيمة اللوح المغصوب إلى زمان أدائه.

لكن فيه: عدم ظهور معتدّ به للنبويّ في هذا المعنى مع تطرّق احتمالات آخر فيه.

الثامن: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذّر وصول المال إلى مالكة.

وفيه: أنّه- بعد تسليم الإجماع- يحتمل أن يكون مستند المجمعين بعض الوجوه المتقدّمة أو كلّها، ومعها لا علم لنا بوجود إجماع تعبديّ في المقام.

ولكن لا بأس بنقل بعض كلمات الفقهاء في بدل الحيلولة، فإنّه قد وقع التنصيص في عباراتهم على سببية الحيلولة للضمان.

قال المحقّق قدّس سرّه: «إذا تعذّر تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة. ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع» «1».

وقال الشهيد قدّس سرّه في القواعد- بعد تقسيم الضمان إلى ما يكون بالقوّة وما يكون بالفعل- ما نصّه: «والضمان الفعليّ تارة بعد تلف العين، ولا ريب أنّه مبرء لذمّة الضامن، ويكون من باب المعاملة على ما في الذمم بالأعيان، وهو نوع من الصلح. وتارة مع بقاء العين، لتعذّر ردّها، وهو ضمان في مقابلة فوات اليد والتصرّف، والملك باق على ملك مالكة.. إلخ» «2».

وهذا الذي أفاده بيان على وجه الكليّة، وقد صرّحوا بذلك في موارد مخصوصة:

---

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 241

(2) القواعد والفوائد، ج 1، ص 347 و 348

منها: ما ذكره العلامة رحمه الله في القواعد، حيث قال: «ولو أبق العبد المغضوب ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد تراءداً» (1).

ومنها: ما لو أقر إنسان بما في يده من العين لزيد مثلاً، ثم أقر بها لعمرو، فإنهم حكموا بأنه يغرم للثاني، للحيلولة بينه وبين العين بالإقرار (2).

ومنها: ما لو شهدت البيّنة بالطلاق، ثم رجعت عن الشهادة بعد حكم الحاكم بالتفريق بين المرء وزوجته، فإنهم حكموا بأنّ الشهود يغرمون للزوج المهر. وكذا الحال في رجوع البيّنة عن الشهادة في المائيات (3)، كلّ ذلك لمكان الحيلولة المستندة إلى الشهادة.

ومنها: ما لو باع أو صالح أو وهب شيئاً على أنّه له، ثم أقر به لزيد، فإنهم حكموا بأنه يغرم للمقرّ له عوضه مثلاً أو قيمة، لحيلولته بين المقرّ له وماله بالعقد الناقل.

ومنها: ما ذكره من ضمان الامام عليه السّلام المهر للزوج الكافر المهان إذا هاجرت زوجته إلى بلد الامام عليه السّلام أو نائبه مسلمة، ثم طلبها الزوج، فمنعه عنها الامام عليه السّلام، فإنّ أصحابنا قد أجمعوا على أنّ على الامام عليه السّلام حينئذ غرامة المهر للزوج. و استدللّ العلامة رحمه الله في المنتهى لهذا الحكم بقضيّة الحيلولة. (4)

ومنها: ما ذكره من: أنّ على واطئ البهيمه لمالكها القيمة، لمكان الحيلولة. (5)

ومنها: ما ذكره في كتاب القصاص من: أنّ من أطلق مستحقّ القصاص من يد وليّ المقتول، ألزم بدفع المال، للحيلولة، ثمّ إن تمكّن منه الوليّ لزمه ردّ المال إلى القاهر المطلق، لأنّ أخذ المال إنّما كان للحيلولة، وقد زالت.

إلى غير ذلك من الموارد التي تشرف الفقيه على القطع بسببها الحيلولة للضمان.

---

(1) قواعد الأحكام، ص 79 (الطبعة الحجرية).

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 154؛ قواعد الاحكام، ص 115

(3) قواعد الاحكام، ص 241

(4) منتهى المطلب، ج 2، ص 977 و 978 (الطبعة الحجرية).

(5) الروضة البهية، ج 9، ص 313

فلو نوقش في الأدلة المتقدمة لكان تسالم الفقهاء على ما يظهر بالتتبع في كلماتهم - من تعليقاتهم بالحيلولة على سببيتها للضمان، وأنها من موجباته - كافيًا في إثبات ذلك.

فلو كانت الوجوه المتقدمة المحتج بها على ضمان بدل الحيلولة ضعيفة وغير معتبرة عندهم، فالتعليقات المزبورة في كلماتهم كاشفة عن تسلّم سببية الحيلولة عندهم للضمان.

بقي أمور ينبغي التنبيه عليها:

الأول: أنّ مورد بدل الحيلولة على ما يستفاد من كلمات الأعلام صرف التعذر، لا التلف وما بحكمه، كما إذا خرج المال عن المالية شرعا كالبهيمة الموطوءة، أو عرفا كالمال المسروق الذي لم يعرف سارقه، أو المال الذي غرق، فإنهما خارجان عن موضوع بدل الحيلولة، فيختص مورد به بوجود العين وإمكان الانتفاع بها في نفسها، وانحصار المانع بالتعذر. فلو خرجت العين عن قابلية الانتفاع شرعا كالبهيمة الموطوءة أو عرفا كغرقها لم يكن من مورد بدل الحيلولة، بل يحكم عليه بحكم التلف.

ولو شك في صدق التعذر على بعض الموارد كما إذا غرق أو سرق، ولم يحصل اليأس من الوصول إليه، فبناء على كون حديث «على اليد» دالًا على وقوع المال بجميع خصوصياته - التي منها سلطنة المالك عليه - في العهدة يحكم بضمان هذه السلطنة. وبناء على عدم اقتضاء «على اليد» إلا ضمان مالية المال عند التلف - لا ضمان شخص المال فضلًا عن توابعه، حتى يجب عليه الخروج عن عهدة ذلك مع بقاء العين - يكون الأصل براءة ذمة الغاصب و من بحكمه.

الثاني: هل المدار في التعذر على التعذر العقلي المسقط للتكليف بردّ العين، أو الأعم منه و من العرفي؟ وجهان مبنيان على ما تقدّم من الاختلاف في تقريب الأصل في المسألة. ولكن مقتضى الأدلة عدم الفرق بين الصورتين، لورود الضرر على المالك، وفوت سلطنته في كلتا الصورتين. ففي مورد التعذر العرفي وإن وجب على الضامن السعي في تحصيل العين، إلا أنّ هذا لا ينافي وجوب البدل في زمان السعي، وذلك لإطلاق قاعدة «على اليد» وعموم السلطنة وقاعدة لا ضرر، وغير ذلك من الأدلة التي أقاموها على ثبوت البدل واستحقاق المالك المطالبة به.

كما أنّ مقتضى إطلاق الأدلة عدم الفرق أيضا بين العلم بحصول العين و اليأس منه و رجائه. و التخصيص بمورد اليأس غير وحيه. إذ ليس دليل بدل الحيلولة لبيّتا حتى يكون المتيقن منه صورة اليأس.

إلا أن يقال: إنّ دليله هو الإجماع، فلا بدّ حينئذ من الأخذ بالمتيقن منه من جميع الجهات، فتأمل.

فالمتحصل: أنّ المدار على مطلق التعذّر، لا خصوص العقليّ.

و أمّا زمان التعذّر فدعوى انصراف الأدلة عن قصره جدّا قريبة، لعدم صدق فوات السلطنة أو الانتفاع أو غير ذلك عرفا على الزمان القصير جدّا.

لكن الفقهاء أفتوا في اللوح المغصوب في السفينة بوجوب القيمة، مع إمكان الوصول إليه و نزعه بوصول السفينة إلى الساحل. و هذا يكشف عن كون التعذّر و لو في زمان قليل موجبا لوجوب البدل.

فتلخص: أنّ المدار على مطلق التعذّر، و عدم دخل اليأس من الوصول إلى العين فيه.

الثالث: أنّه هل للضامن إجبار المالك على أخذ بدل الحيلولة، بأن يكون بدل الحيلولة حقّا لكلّ من المالك و الضامن، كجواز إجباره على أخذ بدل العين حين التلف أم لا؟ بأن يكون حقّا للمالك فقط.

قد يقال: إنّ الأدلة الدالة على وجوب بدل الحيلولة لا تدلّ على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البدل. و ليس هنا دليل آخر يدلّ على ذلك غير تلك الأدلة.

و عليه فيتخيّر المالك بين قبول البدل و بين الصبر إلى زمان زوال العذر، و إجبار الضامن إيّاه على قبول بدل الحيلولة خلاف سلطنته، إذ المالك يستحقّ على الضامن نفس العين، فإجبار الضامن إيّاه على قبول بدلها خلاف سلطنته. و هذا مراد المصنّف قدّس سرّه من تمسّكه بقاعدة السلطنة في المقام.

و الفرق بين التلف و التعذّر أنّه بتلف العين تسقط الخصوصيّات عن عهدة الضامن قهرا، فلا يبقى في ذمّته إلاّ الطبيعي من المثل أو القيمة، فيكون للضامن حقّ إلزام المالك بقبول ذلك، لأنّه عين ما يملكه في عهده فعلا. بخلاف صورة التعذّر، فإنّ

الخصوصيات غير ساقطة، و ذمة الضامن مشغولة بها، غاية الأمر أنّ للمالك إسقاطها و الإغماض عنها، و الرضا بالطبيعي أو القيمة. و أمّا الضامن فلا حق له في إلزام المالك بإسقاط حقه.

أقول: لا حاجة إلى غير أدلة بدل الحيلولة في جواز إلزام الضامن المالك بأخذ البدل، لأنّ الاستفادة من تلك الأدلة إن كان وجوب دفع البدل إلى المالك، لا اشتغال ذمته به، فله إلزام المالك بأخذه لتفريغ ذمته، لأنّ إبقاء ذمته مشغولة بمال الغير نقص و حرج عليه.

و إن لم يكن مفاد أدلة بدل الحيلولة إلا ثبوت حق للمالك في المطالبة من دون اشتغال ذمة الضامن به، غاية أنه لو طالبه المالك بالبدل و جب عليه إجابه فليس للضامن إلزام المالك بذلك، لانتهاء الحكم الوضعي أعني به شغل الذمة، فلا موجب للإلزام المذكور.

و لعلّ هذا هو الأظهر إن لم يكن مفاد حديث «على اليد» غرامة المأخوذ على الآخذ، و إلا فعليه يكون للضامن إلزام المالك.

و لو شك في ثبوت هذا الحق للضامن فالأصل عدم ثبوته، لأنّه قبل التعذر لم يكن هذا الحق ثابتا له، فمقتضى الاستصحاب بقاؤه.

الرابع: أنّ بدل الحيلولة هل يملكه المالك أم يباح له التصرف فقط؟ الظاهر اختلاف ذلك باختلاف المباني، و إن ذكر المصنّف: «أنّ المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و التحرير. و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين».

فإن كان المستند فيه حديث «لا ضرر» فهو لا يقتضي إلا لزوم جبر الضرر، و من المعلوم انجباره بإباحة التصرف في البدل، دون ملكيته للمالك.

و إن كان المستند فيه دليل السلطنة بتقريب: أنّ الغاصب قوّت سلطنة المالك على ماله، فيجب عليه تدارك هذه السلطنة له، لم يثبت أيضا له إلا إباحة التصرف في البدل على النحو الذي يتصرف في ملكه، لانجبار السلطنة الفاتئة بإباحة التصرفات في البدل، و عدم توقّف الانجبار على الملكية.

نعم مقتضى إباحة التصرفات مطلقا حتى المتوقّفة على الملك هو الالتزام

---

بالملكية الآتية قبل التصرف المنوط بها، كالمعاطاة بناء على إفادتها بالإباحة المطلقة.

وبالجملة: تنجبر السلطنة الفاتئة القائمة بالعين بالسلطنة على بدلها من مال الغاصب، وهذه السلطنة لا تقتضي الملكية.

وإن كان المستند فيه قاعدة اليد، فمقتضى كون البديل أداء لنفس العين المأخوذة- ليصدق عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «حتى تؤدّي» بعد غص المالك عن خصوصيات ماله- صيرورة البديل ملكا للمالك، تحقيقا لمعنى البديلية في الملكية. فكما أن إضافة الملكية قائمة بالبديل في صورة التلف، لسقوط الخصوصيات بسببه عن عهدة الضامن، وبقاء الطبيعي على عهده، فكذلك في صورة التعذر، فبديل الحيلولة يصير قائما مقام العين حال التعذر في الملكية.

والحق أن يقال: إنه لو ثبت للمالك حق في أخذ البديل عن العين في المالية فهو ملك للمالك. ولو ثبت له حق في أخذ المال بدلا عن السلطنة الفاتئة فهو غير مملوك للمالك، بل يباح له التصرف فيه ما دام محجورا عن التصرف في عين ماله.

والظاهر ثبوت الحق، كما يدل عليه ما أشار إليه المصنف قدس سره من الروايات الواردة في الموارد المتفرقة، لظهور لفظ: «الغرامة و الضمان» الواردين في تلك الروايات في الملكية، فالبديل مملوك للمالك لا مباح له.

وأما توجيه القول بالإباحة بعدم اجتماع العوض و المعوض في ملك المالك فغير وجيه.

أما أولا: فبإمكان التزام صيرورة العين المتعذر ردها ملكا للضامن، كما اختاره الجواهر (1) في بعض أقسام التعذر كالخيط الذي يرده يتلف المخيط، و الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء. و اختار ذلك السيد (2) في جميع أقسام التعذر. وبهذا الوجه يرتفع الاشكال.

وأما ثانيا: فبأن البديل من باب الغرامة لا العوض، فاجتماع البديل و المبدل في

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 80

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 107 و 108

ملك المالك كاجتماع الأرش والعين المعيبة. هكذا قيل.

لكن فيه: أنّ الأرش بدل عن وصف الصّحة، وليس بدلا عن العين حتى يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

ثمّ إنّ يترتب الثمرة على ملكيّة البدل للمالك وإباحته له: أنّه على الأوّل يكون البدل دينا على الضامن، فينفذ إبراءه، ويصحّ بيعه، وإصداره، والضمان عنه، والحوالة عليه، وحصول التهاوتر به، والوصيّة به، وجوب قبوله على المالك إذا دفعه إليه الضامن.

بخلافه على الثاني، لأنّه حينئذ حكم تكليفيّ صرف، ولا تشتغل ذمّته بشيء حتى يترتب عليه آثار الملكيّة.

ولا يخفى أنّ عبارات الأصحاب مختلفة، فبعضها ظاهر في اشتغال ذمّة الضامن بالبدل، وبعضها ظاهر في مجرد الوجوب التكليفيّ، وبعضها محتمل للاحتمالين، فلاحظها.

الخامس: هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل أم لا؟

قد يقال: بانتقال العين إلى الضامن، والبديل إلى المالك، لاستحالة بدليّة شيء عن شيء إلا بقيام البدل مقام المبدل في جهة من جهاته، وتلك الجهة في المقام هي إضافة الملكيّة.

وقد يقال: بأنّ المالك يملك البدل، وأمّا الضامن فلا يملك المبدل، لأنّ المأخوذ بعنوان البدليّة ليس عوضا حقيقيا حتى تستحيل البدليّة إلا بدخول العين المتعدّرة في ملك الضامن، بل هو غرامة خالصة كالمبذول عند تلف العين. ومن البيّن أنّ عنوان «الغرامة» لا يستلزم خروج البدل عن ملك الضامن، ولا دخول العين المتعدّرة في ملكه حتى يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية، هذا.

لكن فيه: أنّه بناء على كون بدل الحيلولة ملكا للمالك - كما تقتضيه الروايات المشار إليها الواردة في الموارد المتفرقة، وكذا قاعدتا الإتلاف واليد الدالّتان على أنّ ما يدفعه الضامن إلى المالك هو عين ماله - لا بدّ من الالتزام بصيرورة المبدل المضمون ملكا للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية، إذ لو لا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوض في ملك مالك العين.

ويؤيد ذلك بل يدلّ عليه حسنة سدير المتقدّمة في التوضيح، الدالّة على غرامة

---

الواطي قيمة البهيمة الموطوءة، الظاهرة في صيرورتها ملكا للواطي الغارم بدفع القيمة.

نعم بناء على كون البديل مباحا للمالك- لا ملكا له- لا وجه لخروج المبدل عن ملك مالكة و دخوله في ملك الضامن.

ويترتب على خروج المبدل عن ملك المالك و عدم خروجه عنه فروع:

أحدها: أنه إذا توضحاً- جهلاً أو غفلة- بماء مغصوب، و علم أو تذكّر بعد إكمال الغسلات و قبل المسح، فعلى القول بدخول الرطوبة في ملك الضامن يجوز المسح بها.

و على القول بقائها على ملك المالك لا يجوز، بل عليه الاستيناف.

إلا أن يقال: إن الرطوبة بمنزلة الشيء التالف، فلا يملكها مالكةا، فلا مانع حينئذ من المسح بها.

لكنه مشكل جداً، لأنها كيف تكون كالتالف؟ مع أن المسح المتمم للوضوء يتحقق بها، و يترتب عليها، فتكون هذه الرطوبة ملكا و مالا، و لذا لو قال له الغاصب: «إن أعطيتني مقدارا معيناً من المال فأنا راض بالتصرف الوضوئي» فأعطاه و رضي، صحّ وضوؤه.

ثانيها: إنه إذا غصب أحد خمرا محترمة لغيره، و انقلبت خلا فعلى القول بالمعاوضة القهرية بين البديل و المبدل كان الحلّ بعد أداء البديل ملكا للضامن، و إلا فهو للمضمون له.

ثالثها: أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبة، فعلى القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البديل جازت له الصلاة في ذلك الثوب. و كذلك التصرفات الأخرى، و إلا فلا.

إلا أن يقال: إن تلك الخيوط بمنزلة التالف، إذ لا يمكن ردّها غالبا إلى مالكةا إلا بعد سقوطها عن المالكية بسبب النزاع، بل في مجمع البرهان «1» الجزم بعدم وجوب النزاع، بل قال بإمكان عدم الجواز، لكونه بمنزلة التلف، فيتعين القيمة. و حينئذ فيمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المنخبط، إذ لا غصب فيه حتى يجب ردّه، هذا.

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 521



---

لكنّ الحقّ أنّ الخيوط- وإن قلنا بسقوطها عن المائيّة بالنزع- باقية على ملك مالكةا، و حرمة التصرف في المغصوب إنّما هي باعتبار إضافة الملكيّة، لا باعتبار المائيّة، فتزليها منزلة التلف في غير محلّه، فلا بدّ من ابتناء المسألة على ملكيّة الغاصب للمبدل و عدمها. فعلى الأوّل تجوز التصرفات، و على الثاني لا تجوز.

رابعها: أنّه لو غصب أحد دهنا و خلطه بطعامه، فعلى القول بدخول المبدل في ملك الغاصب بعد ردّ بدله جاز له التصرف في ذلك الطعام، و إلا فلا يجوز له التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن.

إلى غير ذلك من الفروع.

السادس: لو زال التعذّر، و تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المغصوب منه بعد أداء بدل الحيولة، فالظاهر ثبوت الترادّ، بل عن بعضهم نفي الخلاف بينهم فيه، من غير فرق في ذلك بين مثل الغرق و السرقة و الضياع مما يعدّ تلفا عرفا، و بين ما لا يعدّ كذلك، إلا أنّه متعذّر الحصول. بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك لو فرض عود التالف الحقيقيّ بخرق العادة.

و عن المحقّق النائيني قدّس سرّه: «إذا ارتفع العذر، و تمكّن من ردّ العين إلى مالكة و جب الرد فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهريّة الشرعيّة، لأنّ حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذّر و يدور مداره» «1».

و قد يقال: بابتناء جواز الرجوع و عدمه على كون ملكيّة البدل لمالك العين لازمة أو جائزة. فعلى الأوّل لا يجوز ذلك، و على الثاني يجوز. نظير المعاوضة بناء على إفادتها الملكيّة. «2» هذا.

و لا يخفى أنّه بناء على الملكيّة لا بدّ من البناء على اللزوم، لأنّه الأصل في الملك، فلا وجه لجواز رجوع المالك إلى العين. و عليه فيكون التعذّر علّة محدثة و مبقية لملكيّة

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 161

(2) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 221

المغضوب منه للبدل، و مالكيّة الضامن للمبدل، كسائر المعاوضات الشرعيّة. و جواز الملك محتاج الى الدليل، و مجرد احتمال الجواز ثبوتاً لا يجدي إثباتاً. هذا.

فالأولى في وجه وجوب ردّ العين إلى مالكيها بعد ارتفاع التعذّر هو: أنّ حقيقة البدليّة و الغرامة تقتضي وجوب الردّ عند التمكن، إذ حقيقة البدليّة هي القيام مقام الغير و بدلا عنه، فبدليّة البدل الطولي متقوّمة بعدم المبدل. و مع وجوده لا معنى للبدليّة و الغرامة، و إلا كان بدلا عرضياً، و هو خلاف الفرض. فيجب ردّ عينه، لأنّه أداء للمأخوذ حقيقة، كما يدلّ عليه قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم في النبويّ: «حتى تؤدّي» بخلاف البدل، فإنّه ليس أداء للمأخوذ حقيقة.

و احتمال المعاوضة و انتقال العين إلى البدل - كما في المعاوضة على ما في الذم - ضعيف جدّاً، لأنّ المعاوضة المالكية مفقودة، لعدم انقداح معاوضة في ذهنهما، و عدم إنشائهما لها.

و كذا المعاوضة القهرية العقلية، لعدم اعتبارهم لها بالنسبة إلى التالف الحقيقي، و عدم جعلهم التالف الحقيقي ملكاً للغارم في مقابل بدله الذي يؤدّيه إلى المالك. و ليس اعتبارهم الضمان في التالف الحقيقي مغايراً لاعتباره في التالف العرفي.

و كذا المعاوضة القهرية الشرعيّة، لأنّ أدلّة الغرامات و الضمانات منزلة على ما يفهمه العرف، و ليست الغرامة عند المتشرّعة غير ما لدى العقلاء، و هي بدليّة البدل عن مال المضمون له ما دام ردّ العين متعذّراً.

لا- يقال: إنّ المقام كتعذّر المثل في المثليّ في عدم وجوب ردّ المثل هناك بعد التمكن منه و دفع القيمة، لاشتراكهما في تعذّر الردّ في زمان، فلا بدّ فيما نحن فيه من الالتزام بعدم وجوب ردّ العين أيضاً بعد التمكن منه إلى المالك.

فإنّه يقال: بوضوح الفرق بينهما، حيث إنّ الثابت هناك في ذمّة الضامن هو كليّ المثل، فإذا رضي المالك بالقيمة فقد رضي بتبديل ذلك الكليّ بالقيمة، فيصير حقّه تلك القيمة، من قبيل الوفاء بغير الجنس مع التراضي، فيسقط حقّه لا محالة، كسائر المعاملات الواقعة على ما في الذم في اللزوم، و عدم جواز الرجوع.

و هذا بخلاف المقام، فإنّ العين الشخصية لا تدخل في الذمّة حتى تقع المعاوضة بين ما في الذمّة وبدله، و تبرء ذمّته، بل يجب بعد ارتفاع العذر ردّ نفس العين كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «حتى تؤدّي».

السابع: هل ترجع الغرامة إلى الغارم بمجرد تمكّنه من ردّ العين إلى المالك أم بردها خارجاً؟ وجهان، أقواهما الثاني، لأنّ التعذّر وإن أوجب استحقاق البدل، لكنّه علّة للوجوب، لا أنّه موضوع له حتى تبطل البدليّة بمجرد التمكّن، وذلك لأنّ صرف التمكّن لا يخرج العين عمّا هي عليه من انقطاع سلطنة المالك عنها، وعدم كونها تحت يده، فما لم ترجع العين إلى المالك لا تدخل تحت يده واستيلائه، ولا تعدّ مالاً- من أمواله، فالموضوع لثبوت ملكيّة المالك لبدل الحيلولة هو انقطاع سلطنته عن ماله، لا التعذّر، فإنّه علّة للوجوب، كالتغيّر الموجب لعروض النجاسة على الماء، فإذا زال التغيّر بنفسه و شكّ في أنّه علّة محدثة فقط أو مبقية أيضاً فتستصحب النجاسة.

ففيما نحن فيه إذا شكّ في كون التعذّر علّة محدثة فقط أو مبقية أيضاً فلا مانع من استصحاب بقاء البدل على ملك المالك، فلا يوجب التمكّن من ردّ العين الجمع بين العوض و المعوّض، بأن يقال: إنّ التمكّن يوجب الجمع بين العوض و المعوّض عند المالك، لكون التمكّن موجبا لعود ملكيّة العين له، و البدل أيضاً ملكه. بل التمكّن كعدمه.

فالبديل لا- ينتقل إلى الغارم بمجرد تمكّنه من ردّ العين، بل يتوقّف على ردها خارجاً، لأنّ الغرامة بدل السلطنة الفائتة عن المالك، و من المعلوم أنّ عود السلطنة الفعلية السابقة يتوقّف على ردّ العين إليه خارجاً، لا على مجرد تمكّن الغاصب من ردها.

و بالجملة: لو كان مجرد التعذّر علّة محدثة و مبقية لوجوب البدل على الغارم كان صرف التمكّن من الردّ موجبا لخروج البدل عن ملك المالك، لكنّه ليس كذلك.

و عليه فليس للغارم استحقاق حيس العين، لأنّه لا يستحقّ الغرامة إلاّ برده العين، فإذا كان الردّ علّة استحقاقه للغرامة فكيف يتقدّم المعلول- و هو الاستحقاق- على علّته و هي الردّ؟

و لو تسامح الضامن في دفع العين بعد تمكّنه منه فللمالك مطالبته، لقاعدة «الناس

مسألون على أموالهم». ولا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته البديل من المالك، لما مرّ أنفاً من أنّ البديل بدل عن السلطنة الفائتة، لا عن القدرة على دفع العين.

فالمحصّل: أنّ الغرامة لا تعود إلى الغارم بمجرد التمكّن من ردّ العين إلى المالك، بل يناط ذلك بردها إلى مالكها.

الثامن: إذا خرج المغصوب عن صورته النوعيّة، ثم رجع إليها، فهل يضمن الغاصب بدله من المثل أو القيمة، أم عينه؟ مثاله غصب الخلّ، ثم انقلابه خمراً، ثم صيرورته خلّاً، فيه قولان:

أحدهما: ضمان البديل، لانعدام المغصوب بزوال صورته النوعيّة، والموجود ثانياً غيره، لتخلّل العدم بينهما، و من بين أن المعدوم لا يعاد.

ثانيهما: ضمان العين نفسها، لأنّ الموجود ثانياً عين الأول في نظر العرف.

و تحقيق المقام: أنّ هنا مسألتين:

إحدهما: حكم المبدل قبل أداء البديل، و الثانية حكمه بعد أدائه.

أمّا المسألة الأولى فحاصل الكلام فيها: أنّ الظاهر وجوب أداء العين نفسها على الغاصب، لأنّ الثابت ابتداءً على الضامن هو نفس العين، فيجب عليه ردها على مالكها، و إذا تلفت العين انتقل الضمان إلى بدلها من المثل أو القيمة. و من المعلوم أنّ العين إذا عادت ثانياً فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته في بدلها، لكونها جامعة لجميع الخصوصيّات التي كانت موجودة في العين المغصوبة، من دون فرق عرفاً في ذلك بين كون العائد عين الأول و غيره.

و أمّا المسألة الثانية فقد استشكل فيها غير واحد. و الظاهر أنّه من صغريات العين التالفة، فإنّ الضامن بعد دفع الغرامة برئت ذمّته. فإن رجعت العين إلى نظام الوجود كانت ملكاً للضامن، لأنّ حقّ الأوليّة الثابت بالسيرة العقلائيّة انتقل إلى الضامن بعد دفع الغرامة، بناءً على كونها أداءً لمال المالك بعد إسقاطه للخصوصيّات كما عليه سيرة العقلاء، فبأداء البديل يسقط الضمان عن الغاصب، و ليس دليل آخر يقتضي ضمان العين ثانياً.

إلا أن يقال: إنّ حقّ الأوليّة لا يسقط بمجرد دفع البديل، و لا ينتقل إلى الضامن إلا

---

بإسقاط المالك له، فحينئذ يكون المالك مستحقاً لماله العائد بعد زواله، فالأحوط التصالح.

ثم إن ظاهر كلام المصنّف بقاء حق الأولوية للمالك. ويؤيد برجوع الخلّ المنقلب عن الخمر إلى مالكة حين كونه خلّاً، وليس هذا إلا من جهة بقاء حقه المسمّى بحق الاختصاص.

وقد أجاب المحقّق الأصفهاني قدس سرّه عن هذا التأييد بما حاصله: «أنّ وجوب ردّ الخلّ المنقلب عن الخمر إلى المالك لا يكشف عن بقاء حق الأولوية له، لأنّه من قبيل عود الملك إلى مالكة، فيكون من باب ردّ الملك إلى مالكة، لا من باب أولوية المالك به.

والسرّ في ذلك أنّ إطلاق أسباب الملكيّة من الهبة والصلح والإرث وغيرها يقتضي تأثيرها بنحو الإطلاق، إلا إذا اقترنت بمانع يمنع عن تأثيرها، وإذا ارتفع المانع أثر المقتضي أثره، من دون أن يثبت هنا حقّ الأولوية عند سقوط المقتضي عن التأثير.

وبالجملة: فزوال الملكيّة تارة يكون لموجب الانتقال إلى الغير، كالبيع وغيره من موجبات الانتقال. و أخرى لوجود مانع من تأثير مقتضي الملكيّة بقاء كإقلاب الخلّ خمراً. فسقوط المقتضي لحدوث الملكيّة بقاء إنّما هو لوجود المانع، فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره، من دون وجود حقّ الأولوية في حال سقوطه عن التأثير، وعدم لزوم الترجيح بلا مرجّح، بعد وجود المقتضي للملكيّة لمالك العين دون غيره» (1). انتهى ملخصاً.

وفيه: أنّ الملكيّة من الأحكام الشرعيّة الاعتباريّة، وهي من الأفعال الاختيارية للشارع، وهي سعة وضيقة تابعة لكيفيّة جعلها، ولا تقاس بالمقتضيات الخارجيّة كالنار المقتضية للإحراق والموانع التكوينيّة، كرتوبة الثوب المانعة عن احتراقه بالنار، التي بزوالها يؤثر المقتضي لاحتراقه - وهو النار - أثره، فيحترق بها الثوب بعد جفافه. بل لا بدّ من الرجوع إلى الأدلّة، وهي تدلّ على أنّ الخلّ يملك بالهبة والبيع والإرث وغيرها.

ولكن إذا انقلب خمراً خرج عن الملكيّة، ولو عاد إلى الخليّة كان الحكم بملكّيته للمالك الأوّل منوطاً بالدليل، وهو مفقود في المقام. و السبب السابق كالهبة والبيع لا يؤثر في

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 111

---

حدوث الملكية بعد الانقلاب إلى الخلل، وليس كالمقتضى التكويني كالنار.

وبالجملة: فأولوية المالك بالخمير المنقلبة عن الخلل الثابتة بالسيرة التشريعية أوجب رجوع الخلل المنقلب عن الخمر إلى المالك، لا السبب الناقل للخل إليه.

هذا بناء على خروج الخمر عن الملكية. وأما بناء على عدم خروجها عنها- كما قيل- فلا كلام، فإن ظاهر الشيخ في الخلاف عدم قيام إجماع على عدم ملكية الخمر. قال في رهن الخلاف: «الخمر ليست بمملوكة، ويجوز إمساكها للتخليل والتخلل» ثم قال:

«دليلنا: إجماع الفرقة على نجاسة الخمر، وعلى تحريمها الإجماع، فمن ادعى صحّة أنّها مملوكة فعليه الدلالة» (1) حيث تمسك في مورد المسألة المبحوث عنها بعدم الدليل، فلو قام الإجماع على عدم المملوكية تمسك به جزماً كما هو دأبه في الكتاب.

التاسع: أنه هل يكون تمكّن المالك من استرداد ماله كافياً في رجوع العين إليه وارتفاع الضمان وانتقال البديل إلى الضامن، أم لا بدّ من تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك؟

لا- ينبغي الارتياح في أنّ المناط في ثبوت بدل الحيلولة على القول به إنّما هو عدم تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى مالكها، سواء تمكّن المالك بنفسه من ذلك أم لا، بداهة أنّ سبب الضمان المستفاد من قاعدة اليد هو وضع اليد والاستيلاء على مال الغير.

وإذا تلف أو ضاع أو سرق مثلاً وجب عليه بدله حقيقة في التلف، وللحيلولة في غيره، فتمكّن المالك لا دخل له في ارتفاع الضمان عن الغاصب، وهذا واضح جداً.

العاشر: ما تعرّض له المصنّف قدس سرّه بقوله: «ثم إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضماتها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد دفع الغرامة سواء كان الارتفاع للسوق أو للزيادة المتّصلة بل المنفصلة كالثمرة .. إلخ».

وحاصل ما أفاده: ضمان ارتفاع القيمة والمنافع قبل دفع البديل، وعدمه بعد دفعه.

ولكن عن العلامة في التذكرة وعن بعض آخر ضمان المنافع. وقد قوّاه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه.

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 241، المسألة 36 من كتاب الرهن.

أقول: المسألة مبنية على أنّ الغرامة هل هي بدل عن العين أم السلطنة. فإن كانت بدلا عن العين المتعدّرة كما هو مقتضى دليل ضمان اليد فلا محالة تنقطع علاقة المالك عن العين، و تصير ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلا عن المتّصلة، وعن زيادة القيمة السوقية.

وإن كانت بدلا عن السلطنة الفاتئة- كما هو قضية قاعدة السلطنة- ضمن الغاصب جميع شؤون العين، سواء أكانت تلك الشؤون فاتئة أم لا.

و الحقّ أنّ يقال: إنّ البدل المدفوع بدل عن العين و لو من جهة فوات السلطنة. كما أنّه في صورة التلف يكون البدل بدلا عن العين، فحينئذ يكون بدلا عن العين بشؤونها، فلا يضمن ارتفاع القيمة و لا منافعه. هذا في صورة دفع الضامن للبدل.

و أمّا إذا لم يدفع البدل، فمقتضى ضمان العين بجميع شؤونها هو ضمان المنافع و ارتفاع القيمة السوقية.

الحادي عشر: قد عرفت أنّ المدار في ثبوت بدل الحيلولة- على القول به- تعدّر الوصول إلى العين، بحيث لا يتمكّن المالك من الانتفاع بها، فلو تمكّن المالك من الانتفاع بها مع حصول نقص فيها و لو في بعض أوصافها خرجت عن مورد بدل الحيلولة، لفرض إمكان الانتفاع بها، و عدم ارتفاع سلطنته عنها، كصورة امتزاج العين بعين اخرى الموجب للشركة، فإنّ العين بعد امتزاجها بغيرها لا تخرج عن قابلية انتفاع المالك بها، غاية الأمر أنّه حدث عيب في ماله، لأنّ الشركة نقص في العين المملوكة بالاستقلال، فيجب على الغاصب أداء الأرش للمالك. فهذا المورد خارج عن موارد بدل الحيلولة، لإمكان الانتفاع بالعين.

الثاني عشر: أنّ أسباب الضمان على ما أفاده المصنّف قدّس سرّه بقوله: «سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقيّ .. إلخ» أمور أربعة.

الأول: تلف العين حقيقة، و تسقط حينئذ عن الملكية عرفا، فيجب بدلها على متلفها و الخروج عن عهدها بدفع بدلها، لأدلة الضمان.

الثاني: التلف الحكمي، و هو قطع سلطنة المالك عن ماله كالغرق و السرقة

---

و نحوهما ممّا لا يكون عوده مرجّوا. و هذا مورد بدل الحيلولة.

الثالث: إزالة الأوصاف التي لها دخل في مالية العين بحيث تخرج العين بذهابها عن الماليّة مع انحفاظ العين بنفسها في ملك مالكها، و سلطنته عليها تسلّط الملاك في أملاكهم، فالضمان حينئذ بالماليّة الخالصة دون العين المغصوبة، كالثلج في الشتاء و الماء على الشاطئ.

الرابع: ذهاب الأوصاف التي بها تخرج العين عن الملكيّة أيضا، إمّا شرعا كالخلّ المنقلب خمرا، و إمّا عرفا كالكوز المكسور، لكن تبقى العين متعلّقة لحقّ المالك. هذا ما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

و لا يخفى أنّ ما ذكره في القسم الأوّل أعني به التلف الحقيقي - من زوال ملكيّة المالك عن العين - متين، غاية الأمر أنّ العين قد تعتبر ملكا للغاصب فيما إذا ترتّب عليه الأثر كما في تعاقب الأيدي.

و أمّا ما ذكره في القسم الثاني من كونه موردا لبديل الحيلولة فهو غير تامّ، لأنّ مورده صورة بقاء العين مع تعدّد الوصول إليها، بحيث يرجى زوال العذر أيضا. و أمّا إذا كان العثور عليها مقطوع العدم و كان الضامن مأبوسا من الوصول إليها كما في المال المسروق أو الملقى في البحر فهو تالف عرفا، فيلحق بالقسم الأوّل، إذ ليس المراد من التلف الانعدام الحقيقي الذي ذهب بعض الفلاسفة إلى استحالته، بل المراد هو التلف العرفي، فلا يكون موردا لبديل الحيلولة المصطلحة.

و أمّا ما أفاده في القسم الثالث - من زوال الماليّة مع بقاء ملكيّة العين - فربّما يناقش فيه كما في حاشية السيد قدّس سرّه بأنّ ذهاب الوصف إن أوجب سقوط العين عن قابليّة الانتفاع بها، فتسقط عن الملكيّة أيضا، و إلّا فهي مال، «1» هذا.

لكن الظاهر إمكان سقوطها عن الماليّة التي مناطها إمكان الانتفاع المعتدّ به بها، دون ملكيّتها التي هي إضافة خاصّة بين الشيء و مالكه، و لا يناط اعتبار الملكيّة بالماليّة

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 110



---

كحبة حنطة و الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء، و الخيط الباقي في الثوب المخيط و نحوها.

و أمّا ما أفاده في القسم الرابع- من سقوط العين عن المائيّة و الملكيّة معا- فلا إشكال في صحّته، لأنّ المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمة، كما لا شبهة في بقاء حق الاختصاص بها للمالك.

و لنختم الكلام هنا في بدل الحيلولة و بذلك فرغنا من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد، و به تمّ الجزء الثالث من شرحنا على «متاجر» شيخنا الأعظم، أملا منه تعالى القبول، و سائلا منه التوفيق لا كماله بحق سادة أوليائه محمّد و آله المعصومين صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين، و اللعن على كافة أعدائهم إلى يوم الدين يا ربّ العالمين.

ص: 629



صورة

ص: 631

صورة

ص: 632

صورة

ص: 633

صورة

ص: 634

صورة

ص: 635

صورة

ص: 636



صورة

ص: 637

صورة

ص: 638

صورة

ص: 639

صورة

ص: 640

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416ق. = - 1375.

1250 : ISBN ريال (ج.1) ؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان : العربية.

ملحوظة : الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة : ج. 5 (1421ق. = 1379) 10000 ريال : (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة : ج. 4 (چاپ اول: 1420ق. = 1378) 27500 ريال : ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة : كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/BP190/الف 8م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

اشارة

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing – Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth – Liban – Rue Dakkache – Tel: 540000 – 544440-455559 – Fax: 850717 – p.o.box 7957/11

ص: 2

«انا الله و انا اليه راجعون»

فوجئنا ببالغ الأسى والأسف - و الكتاب قيد الطبع - بالمصاب الجلل و الكارثة العظمى، و ذلك بإرتحال فقيهه الطائفة، السيد المؤلف قدس سره، ففجعت أسرة آل الجزائري العريقة في العلم و التدين بفقد عميدها في العصر الحاضر، بل و فجعت الحوزات العلمية بفقدتها أحد أساطين العلم و التقوى، فصدق قوله عليه السلام :

«إذا مات المؤمن فقيه ثلم في الإسلام ثلثة لا يسدها شيء»

ففي السحر من ليلة السبت 25 ذي القعدة الحرام 1419 أفل هذا الكوكب الساطع عن سماء الفقاهاة و أفداً على ربّه الكريم، فسكن ذلك القلب العطوف، و سكنت تلك اليراعة التي خلدت لسالكي طريق الإجتهد و رواد الفضيلة تراثاً علمياً و معنوياً ضخماً. بعد أن قضى زهاء أربعين عاماً من عمره الشريف بجوار باب مدينة علم الرسول صلى الله عليه وآله و سلم متعلماً ثم مدرساً و مؤلفاً، و كان أمله أن يثوى في تلك الارض المقدسة، لكن قدر له الخروج منها و أن ينتقل إلى «دار السلام» في حرم

أهل البيت عليهم السلام فيكون مضجعه و مثواه الأخير بجوار سيدتنا فاطمة الصغرى عليها السلام . و بهذا الفادح الأليم نعزيّ حامي الشريعة الغراء سيّدنا الإمام المنتظر «صلوات الله و سلامه عليه و عجل فرجه الشريف»، كما نعزيّ أسرته الكريمة، سائلين منه تعالى لهم الصبر و الأجر.

وإتّنا و إن فقدنا شخص المؤلف، لكنّا لم نفقد منتهى هدايته في علمه و تقواه، و تواضعه و زهده و عزوفه عن الدنيا و زخارفها، و إعراضه عنها، فقد جسّد قدس سره الاسلام علماً و عملاً، عاش سعيداً و مات حميداً، و جزاه الله عن الاسلام و أهله خيراً. و نستمد منه تعالى التوفيق لمواصلة منهججه و نشر ما بقي من أجزاء هذه الموسوعة الفقهية الخالدة «هدى الطالب بل و إعداد سائر مؤلفاته الثمينة التي هي حصيلة جهاده العلمي الدؤوب للطبع لتكون خدمة أخرى لفقّه أهل البيت عليهم السلام، إنه ولي التوفيق.

ص: 3

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيما الإمام المبين وغيث  
المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

ص: 4



الكلام في شروط المتعاقدين (1)

شروط المتعاقدين

(1) وهي أمور، والمذكور منها في الكتاب البلوغ والقصد والاختيار وملك أمر البيع إما بملك العوضين- مع انتفاء الحجر- وإما بولاية التصرف. ولا بأس بالإشارة إلى بعض الأمور قبل الشروع في توضيح العبارة.

الأمر الأول: أن شروط البيع على قسمين:

أحدهما: ما يكون دخيلاً في البيع عرفاً، كمالية العوضين، والقصد إلى إنشائه.

والآخر: ما يكون دخيلاً فيه شرعاً، من دون دخل له في البيع العرفي، كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، فإنه قيد زائد على ما اعتبره العرف في البيع، فاشتراطه فيه منوط بقيام دليل شرعي عليه. فإن نهض دليل عليه فهو المتبع، وإلا فإطلاق دليل إمضاء المعاملة واف بإثبات نفوذ معاملات الصبي المميّز المتمشّي منه قصد العنوان المعاملي، ولا يبقى مجال للتمسك بأصالة الفساد.

الأمر الثاني: أن الظاهر من الروايات كون البلوغ شرطاً، لا كون الصبا مانعاً.

وتظهر الثمرة في الشك في بلوغ العاقد. فعلى الأول يحكم بفساد العقد، لكونه مقتضى استصحاب عدم البلوغ، فيبطل الإنشاء. وعلى الثاني يصح، لاندفاع المانع بالأصل.

ثم إن ظاهر تعبير الفقهاء ب«شروط المتعاقدين» دخل الأمور المذكورة بنحو

الشرط الذي يتمّ به تأثير العقد، لا كون أضرارها موانع الصحة، فمثل البلوغ والاختيار متمم تأثير الإنشاء في النقل والانتقال، لا كون الصبا والإكراه مانعين عن نفوذه. ويشهد له تعبيرهم «باشترط الكمال بالبلوغ والعقل» وتقرّيعهم بطلان عقد الصبي عليه، من جهة فقد الشرط.

نعم تعبير المصنف قدس سرّه ب «بطلان عقد الصبي» قد يوهّم مانعية الصبا عن الصحة.

لكن يندفع بأنّه متفرّع على اشتراط الكمال كما سيأتي في كلام الشهيد قدس سرّه.

مضافاً إلى تداول إطلاق الشرط على الأمر الوجودي وعدم المانع، والأمر سهل.

الأمر الثالث: أنّ الشرائط المذكورة معتبرة في البيع، سواء أنشئ بالقول أم بالفعل، بناء على ما تقرّر في باب المعاوضة من المكابرة في منع صدق البيع العرفي - الموجب للملك - عليها. وكذا الحال لو قيل بعدم الملك، وأنها تفيد الإباحة تعبدًا، وذلك لما تقرّر في أول تنبيهات المعاوضة من أنّ المتيقن من المعاملة الفعلية هي الجامعة لشرائط البيع القولي.

إذا عرفت ما ذكرناه من الأمور فلنشرع في توضيح المتن.

مسألة المشهور- كما عن (1) الدروس و الكفاية- بطلان عقد الصبي،

الشرط الأول: البلوغ

(1) الحاكي هو السيّد المجاهد قدّس سرّه «1». و نسبة الشهرة إلى الفاضل السبزواري قدّس سرّه وإن كانت في محلها، إلا أنّ نسبتها إلى الشهيد مسامحة، لقوله في الدروس: «و نعني بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما. فعقد الصبي باطل و إن أذن له الولي، أو أجازة، أو بلغ عشرا، على الأشهر» و تعبّره بالأشهر لتعدد الأقوال في المسألة كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة «2»، و قد أنهاها الفقيه المامقاني قدّس سرّه «3» إلى سبعة أقوال، و يتجه التعبير بالأشهر بالنسبة إلى القول الثامن- و هو البطلان مطلقا- سواء أذن له الولي قبل العقد أم لا، و سواء أجاز عقده بعده أم لا، و سواء بلغ عشر سنين أم لا، و سواء أكان مميّزا أم لا.

و هذا بخلاف ما لو عبّر الشهيد بالمشهور، فإنّه موهم بل ظاهر في ندرة القول بالصحة و شدوذه، مع أنّه ليس كذلك، كما سيظهر في مطاوي الأبحاث الآتية

(1) المناهل، ص 286، الدروس الشرعية، ج 3، ص 192، كفاية الأحكام، ص 89.

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 170.

(3) غاية الآمال، ص 321 و 322.

ص: 7

بل (1) عن الغنية الإجماع عليه وإن (2) أجاز الولي.

وفي كنز العرفان «نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا» (3).

إن شاء الله تعالى، لوجود المفصل تارة بين عقد المميّز وغيره، وأخرى بين إذن الولي له واستقلاله فانتظر.

وكيف كان فغرض المصنف قدس سرّه من حكاية الشهرة عن الدروس والكفاية توهين القول بصحة معاملة الصبي، وذلك لمخالفته للشهرة الفتوائية على البطلان.

وقد استدلل على فساد عقده بالإجماع المتضافر نقله والنصوص، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

الوجه المستدل بها على اعتبار البلوغ أ: الإجماع

(1) غرضه الترقي عن مجرد اشتهاار الفتوى بالبطلان إلى كون الحكم مجمعا عليه. قال السيد أبو المكارم قدس سرّه: «ويخرج عن ذلك أيضا- يعني كخروج بيع العبد الجاني عن دليل حلّ البيع- بيع من ليس بكامل العقل، وشرأوه، فإنه لا ينعقد وإن أجازة الولي، بدليل ما قدّمناه من الإجماع، ونفي الدليل الشرعي على انعقاده.

ويحتج على المخالف بما رووه من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ..» (1).

(2) وصلية، و غرض السيّد قدس سرّه تعميم البطلان لصورة إذن الولي له في البيع والشراء، وأمّا بطلانه في صورة عدم الإذن فكأنّه من الواضحات.

(3) قال الفاضل المقداد قدس سرّه في الأحكام المستفادة من آية وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ مَا لَفْظُهُ: «اختلف في معنى ابتلائهم، فقال أبو حنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرف

(1) غنية النزوع، ص 523، س 34، والحاكي لكلامه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 170.

وظاهره (1) إرادة التعميم لصورة إذن الولي (2).

وعن التذكرة: «أنّ الصغير محجور عليه بالنصّ والإجماع، سواء كان مميّزا أو لا، في جميع التصرفات، إلا ما استثني، كعباداته (3)

---

فيه. وقال أصحابنا والشافعي ومالك: هو تتبّع أحواله في ضبط أمواله، وحسن تصرفه، بأن يكل إليه مقدمات البيع، لكن العقد لو وقع منه كان باطلا، ويلزم على قول أبي حنيفة أن يكون العقد صحيحا» (1).

والشاهد في نسبة بطلان عقد الصبي المميّز إلى أصحابنا.

(1) منشؤه إطلاق محجورية الصبي عن التصرف، بلا فرق بين استقلاله فيه وبين إذن الولي له.

(2) يعني: فيكون الصبي مسلوب العبارة كالبهائم، فلا عبرة بعبارته وإن اقترنت بإذن الولي أو إجازته. ففي المسألة أقوال، أهمّها اثنان:

أحدهما: اعتبار البلوغ في المتعاقدين، وعدم العبرة بعبارة الصبي وإن كانت مع إذن الولي أو إجازته. وهذا هو المشهور بين الأصحاب، بل المدعى عليه الإجماع.

ثانيهما: اعتباره في نفوذ عقده من دون حاجة إلى مراجعة الولي.

وبعبارة أخرى: ما يثبت في البالغ - من استقلاله في أموره من عقود وإيقاعاته - ينفي في الصبي، فليس الصبي مستقلاً في تصرفاته بحيث تنفذ عقود وإيقاعاته بلا مراجعة الولي. فلا مانع من شمول إطلاق الأدلة الإيضائية لعقد الصبي مع إذن وليّه.

(3) لما ثبت في محلّه من شرعية عباداته، وإن كان محلّ الخلاف، وظاهر كلام العلامة التسالم على استثناء عبادات الصبي من أفعاله التي هو محجور عليها. ولكنه غير ظاهر.

---

(1) كنز العرفان، ج 2، ص 102.

ص: 9

وإسلامه (1) وإحرامه و تدييره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه في الدخول على خلاف في ذلك (2) «1» انتهى.

و استثناء إيصال الهدية (3) و إذنه الهدية و إذنه في دخول الدار يكشف

ثم إن الظاهر أنّ مورد البحث هو الصبي المميز الذي له قصد وإرادة. و أمّا غير المميز الذي لا يميّز الصلاح عن الفساد و لا قصد له ففعله كعدمه، و لا يصلح أن يكون مورداً للبحث و النزاع، لفقدان القصد المقوم للأفعال القصدية التي منها البيع.

و من المعلوم أنّ الفعل الصادر بعنوانه المتقوم بالقصد إذا صدر عن الصبي ينبغي أن يقع فيه البحث، و أنّه هل يكون موضوعاً للأثار؟ أم لا بد في ترتيب الأثر عليه من صدوره عن البالغ، و أنّ الصادر عن الصبي ليس موضوعاً للأثر. فدعوى «الإجماع على كون فعل الصبي كالعدم سواء أكان مميزاً أم لا» غير مسموعة، إذ لا مقتضى لصحة فعل غير المميز، لعدم القصد إليه.

و بالجملة: فلا بدّ من جعل مورد البحث خصوص الصبي المميز القاصد للفعل، لتوقف العناوين القصدية على القصد.

(1) المراد بنفوذ إسلام الصبي هو خروجه به عن تبعية أبيه الكافرين، و هذا المورد منصوص، كصحة إحرامه و تدييره و وصيته، و سيأتي في التعليقة التعرّض لها إن شاء الله تعالى.

(2) أي: في اعتبار إذن الصبي في الدخول، فقد يقال بجواز الدخول في الدار بمجرد إذن الصبي، و قد يقال بمنعه.

(3) غرض المصنف قدّس سرّه من هذه العبارة تقريب دلالة كلام العلامة على ما نحن فيه، و هو حجر الصبي عن العقد و الإيقاع و عدم العبرة بإنشائه، و توضيحه: أنّه قد يتخيّل أجنبية عبارة التذكرة عن المقام، لظهور قوله: «الصغير محجور عليه في

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 73، س 25، و الحاكي عنه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 170.

جميع التصرفات» في اختصاص الحبر بتصرفه في ماله كبيعته و شرائه و صلحه و هبته و إجارته و نحوها من التصرف الاعتباري في أمواله الشخصية. و أمّا إذا لم يتصرّف الصبي في مال نفسه بل توكل عن الغير في مجرد الإنشاء فقد يشكل استظهار بطلانه من قول العلامة: «جميع التصرفات» لعدم كون إجراء العقد و الإيقاع- بالوكالة عن الغير- تصرفا في مال الصبي حتى يكون محجورا عنه. و من المعلوم أخصية المنع- من التصرف في مال نفسه- من المدعى، و هو عدم العبرة بأفعاله و أقواله مطلقا سواء تعلق بماله أم بملكه و ليه بإذنه، أم بمال الغير وكالة.

وقد زيّف المصنف قدس سرّه هذا الوهم، لدلالة فحوى كلام العلامة على أنّ المراد من التصرف مطلق أقواله و أفعاله، و ذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: أصالة الاتصال في الاستثناء، و عدم حملته على الانقطاع إلا بقريضة.

ثانيهما: أولوية حبر الصبي عن تصرفه- الموضوع لحكم شرعيّ- من حبره عن تصرفه الذي لا يترتب عليه الأثر.

و توضيحه: أنّ العلامة استثنى- من عموم حكمه بحبر الصغير عن التصرف- أمورا، منها: ما يترتب عليه الأثر كإسلامه و إحرامه و عتقه و نحوها ممّا حكم الشارع عليه بالصحة و النفوذ.

و منها: ما ليس موضوعا لحكم كإيصال الهدية و الإذن في الدخول. و الوجه في عدم موضوعيتهما لحكم هو أنّ جواز تصرف المهدي إليه منوط بوصول الهدية إليه عن إذن المالك، و لا دخل لإيصال الصبي فيه أصلا، و إنّما هو آلة، كما لو حملها المهدي على حيوان أو أرسلها بالبريد.

و كذلك الحال في جواز الدخول في دار الغير، فإنّه مترتب على إحراز رضا المالك، سواء أ كان الكاشف عنه إذن الصغير أم البالغ، فالعبرة بالمكشوف و هو الرضا المالك، لا بالكاشف، فلو لم يحرز رضاه بإذن الكبير لم يجز للأجنبي الدخول.

بفحواه عن شمول المستثنى منه (1) لمطلق (2) أفعاله، لأنّ (3) الإيصال والإذن ليسا من التصرفات (4) القولية والفعلية. وإنّما الأوّل (5) آلة في إيصال الملك، كما لو حملها على حيوان وأرسلها (6).

وعلى هذا فحيث إنّ العلامة قدّس سرّه استثنى من موارد الحجر هذين الموردين اللّذين لا يترتب عليهما أثر شرعي كان مقتضى اتصال الاستثناء دخولهما في المستثنى منه- أعني به جميع التصرفات- لو لا الاستثناء. ولما كان المستثنى منه شاملا لهما اقتضت الأولوية القطعية اندراج فعل الصبي وقوله- الموضوعين للأثر الشرعي- فيه، كما إذا صار الصغير المميّز وكيفا عن غيره في إنشاء عقد أو إيقاع، فإنّ مقتضى عموم قوله: «جميع التصرفات» حجر الصبي عنه وعدم العبارة بعبارته، ولا يختص المنع بالتصرف في مال نفسه حتى يكون معقد الإجماع مختصا بتصرف الصبي في أمواله، كي يصير الدليل أخصّ من المدعى، وهو عموم حجر الصبي وإلغاء إنشائه مطلقا سواء تعلق بماله أم بمال الغير.

(1) المراد بالمستثنى منه قول العلامة: «جميع التصرفات» والوجه في الفحوى ما عرفته من أن إيصال الهدية ممّا ليس موضوعا لحكم شرعي لو توقّف تمسّيه من الصبي على الاستثناء كشف ذلك بالأولوية عن توقّف الفعل والقول الموضوعين للحكم على الاستثناء.  
(2) متعلق ب «شمول».

(3) هذا تقريب الفحوى، وقد عرفته.

(4) المراد من التصرف هنا معناه الأخص، وهو القول والفعل الموضوعان للأثر، كالإسلام والإحرام والتدبير والوصية، فإنّها موضوعات لأحكام. بخلاف إيصال الهدية.

(5) لو قال: «وإنّما الصبي في الأوّل آلة .. إلخ» كان أنسب، حتى يكون المراد بالأوّل مثال إيصال الهدية، وتتجه آليّة الصغير فيه.

(6) أو أرسلها بالبريد أو بوسيلة أخرى، حيث إنّ المهمّ وصول الهدية عن إذن مالكها.



و الثاني (1) كاشف عن موضوع تعلّق عليه إباحة الدخول، و هو رضا المالك [1].

(1) بالرفع معطوف على «الأوّل» و المراد بالثاني أذن الصغير في دخول الضيف في الدار، حيث إنّ العبرة بالمكشوف و هو إباحة الدخول من قبل المالك، لا إعلام الصبي و إذنه.

هذا كله في الدليل الأوّل على بطلان عقد الصبي، و هو الإجماع المنقول.

[1] تعميم معقد الإجماع للصبي المميّز غير ظاهر. قال في الكفاية مفرّعا على ما ذكره بقوله: «يشترط أن يكون المتعاقدان عاقلين بالغين على المشهور» ما لفظه:

«فلا يصح بيع المجنون و لا الصبي، و كذا الشراء، و في المميّز إشكال».

و كذا يشكل شمول إجماع الغنية للصبي المميّز، لأنّ عبارتها المحكيّة هي هذه:

«لا ينفذ بيع من ليس بكامل العقل و شراؤه، فإنّه لا ينعقد و إن أجازة الولي، بدليل ما قدمناه من الإجماع، و نفي الدليل الشرعي». إذ الظاهر ممّن ليس بكامل العقل هو غير المميّز، لا مطلق الصبي، لأنّ من الواضح كون بعض أفراد غير البالغ كامل العقل بالوجدان، فلا يصدق عليه العنوان المزبور- و هو غير كامل العقل- فلا- يشمل معقد الإجماع الصبي المميّز. و على تقدير الشمول لم يحرز كون الإجماع تعديدا، لاحتمال مدركيته، بأن يستند المجمعون إلى بعض الوجوه المحتج بها على مذهب المشهور.

و الحاصل: أنّه لا إجماع أوّلا، لكون المسألة خلافية، و أنّ معقده بعد تسليمه لا يشمل المميّز ثانيا، و أنّ احتمال مدركيته يسقطه عن الاعتبار ثالثا. فالإجماع لا يصلح لإثبات مدّعى المشهور.

و كذا دليلهم الثاني و هو حديث «رفع القلم عن الصبي» لما سيأتي في توضيح المتن.

و كذا دليلهم الثالث، و هو الروايات المتضمنة منطوقا و مفهوما لعدم جواز أمر الصبي، لما ذكره المصنف بقوله: «لكن الإنصاف أنّ جواز الأمر .. إلخ» فتلك الأخبار أيضا لا تقي بإثبات مذهب المشهور. و على تقدير دلالتها على نفي مطلق الجواز عن عقد الصبي لا ينافي النفوذ بعنوان كونه عقدا للولي، حيث إنّ إذنه تصحح نسبتة إليه كعقد الفضولي المضاف إلى من بيده اعتباره بعد إجازته.

و احتج (1) على الحكم في الغنية بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ».

ب: حديث رفع القلم عن ثلاثة

(1) هذا شروع في النصوص المستدل بها على المدعى، ولا يخفى أن السيد لم يستدل بحديث رفع القلم، وإنما قال: «ويحتج على المخالف ..» فلاحظ كلامه في (ص 8).

وكيف كان فالاستدلال بحديث رفع القلم عن الصبي يقع في مقامين، أحدهما في السند، والآخر في الدلالة.

أمّا الأول فقد روى في الوسائل عن الخصال عن الحسن بن محمد السكوني عن الحضرمي عن إبراهيم بن أبي معاوية عن أبيه عن الأعمش، عن ابن ظبيان، قال:

«اتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت، فأمر برجمها. فقال علي عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» (1).

وهذا الطريق لا يخلو من ضعف بالأعمش وغيره، إلا أن أصل الحادثة وقضاء أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين ممّا يطمأن بصدوره. فالشيخ المفيد قدس سرّه صدر الفصل - الذي عقده لذكر قضائه عليه السلام في عهد إمرة الثاني - بقوله:

«فمن ذلك ما جاءت به العامة والخاصة» (2) ثم ذكر هذه القصة بعنوان: «وروا [روي] أن مجنونة .. إلخ» ولعله يستفاد من تعبيره قدس سرّه تسالمهم على روايته، ولا أقلّ من تصانف نقله، هذا.

مضافا إلى تلقي الفقهاء لجملة «رفع القلم عن الثلاثة» بالقبول، وإسناده إلى

(1) وسائل الشيعة، ج 1، ص 32، الباب 4 من أبواب مقدمات العبادات، ح 10.

(2) الإرشاد، ج 1، ص 203 و 204، نشر مؤسسة آل البيت عليهم السلام، ورواه العلامة المجلسي في بحار الأنوار عن العامة، في ج 30، ص 680، وإن شئت الوقوف على مصادر القصة عندهم فراجع هامش الإرشاد والبحار.

الرسول الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، حتى من لا يعمل منهم بالخبر الواحد العاري عن قرينة القطع كابن إدريس، فقال في باب الوصية: «وأيضا قوله عليه السلام: رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم» (1). وقال في الحدود: «لقوله عليه السلام المجمع عليه رفع القلم عن ثلاثة» (2). وهذا المقدار كاف في حصول الوثوق بالصدور لو لم يوجب القطع به.

وأما المقام الثاني - وهو في الدلالة - فنقول: إنَّ القلم المرفوع محتمل لأمرين قد شملت كلاً منهما عناية الجعل.

أحدهما: قلم التكليف، سواء أكانت إلزامية أم غير إلزامية، بل قلم مطلق الأحكام حتى الوضعية بناء على تأصلها في الجعل. وأما بناء على الانتزاع يختص بالمجوعول وهو التكليف. وهذا القلم مساوق لمثل قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ (3) وَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (4) فالحكم المتعلق بفعل المكلف قلم مجعول شرعا في حقه.

ثانيهما: قلم المؤاخذة، وهو قلم كتابة السيئات المترتب على عصيان الخطاب الإلزامي المنجز، في قبال قلم الحسنات و المثوبات المترتبة على فعل الطاعات.

ولا فرق في كتابة المؤاخذة و العقوبة شرعا بين كونها دنيوية أعم من كونها بدنية في النفس و الطرف كالحدود و القصاص و التعزيرات أم مالية كالديات، و بين كونها أخروية و هو كل ما توعد به تعالى العصاة في تلك النشأة. وهذا القلم أي: المؤاخذة الفعلية - التي هي فعل الشارع أيضا - قابل لكل من الوضع و الرفع التشريعيين و لو باعتبار منشئهما، و هو الحكم الإلزامي و نحوه.

إذا اتضح إطلاق «القلم» على كل من التكليف و ما يلحقه من العقوبة، فيقال في تقريب استدلال المشهور بحديث «رفع القلم»: إنَّ المراد بالقلم المرفوع هو كافة

(1) السرائر، ج 3، ص 207.

(2) السرائر، ج 3، ص 324.

(3) البقرة، الآية 183.

(4) الأحزاب، الآية 50.

وقد سبقه في ذلك (1) الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار، وقال: «إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم (2)» (1). ونحوه الحلّي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرا. و تبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة (2) وغيره (3).

### ج: عدم جواز أمر الصبي

و استدّلوا أيضا بخبر (3) حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السّلام: «ان الجارية

الأحكام المجعولة على الكبار، تكليفية كانت أم وضعيّة، فكما لا يتصف فعل الصبي بالوجوب والحرمة، فكذا لا تثبت في حقّه الأحكام الوضعية كسببّية عقده وإنشائه للبيع - مثلا - لحصول النقل والمبادلة في إضافة الملكية، فإنّ سببّيته له اعتبار وضعي إمضائي مرفوع عن الصغير، إمّا برفعها وإمّا برفع منشأ أتزاعها كوجوب الوفاء كرفعها عن إنشاء المجنون والنائم. وعليه فالحديث واف بالمدعى وهو إلغاء أقوال الصبي وأفعاله عن الاعتبار وعدم موضوعيتها للأثار المترتبة على ما إذا صدرت من الكبير. هذا تقريب الاستدلال، وسيأتي مناقشة المصنف فيه بوجه ثلاثة.

(1) أي: في الاستدلال بحديث «رفع القلم» على عدم نفوذ إقرار الصبي.

(2) يعني: الحكم المترتب على كلام البالغ، وهو التأثير في النقل والانتقال ووجوب الوفاء به، وغير ذلك من أحكام الإنشاء الممضى شرعا.

ج: عدم جواز أمر الصبي

(3) هذا دليل ثالث للمشهور، وهو جملة من الروايات الدالة منطوقا أو مفهوما على عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء. بتقريب: أن إطلاق نفي الجواز يقتضي نفي الأثر عن عقده مطلقا، سواء استقل به أم أذن له الولي. والمستدل جماعة، منهم

(1) المبسوط، ج 3، ص 3.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 200، س 36 وج 2، ص 145، س 39 وص 146، س 17.

(3) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 50، والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج 7، ص 83 وغيره، والمحقق الشوشتری في مقابس الأنوار، ص 3، كتاب البيع.

إذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء. والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة» الحديث «(1)».

وفي رواية ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال:

ما أشده؟ قال: احتلامه (1)» «(2)».

---

أصحاب مفتاح الكرامة والرياض والمستند والجواهر والحدائق قدّس سرّهم. قال السيد العاملي: «والمراد بجواز أمره تصرفه بالبيع والشراء ونحوهما، فالقول بأنّه لا منافاة بين صحة عقده وبين عدم دفع المال إليه- كما يظهر من مجمع البرهان- لا وجه له، فإنّ الخبر المذكور قد دلّ على عدم جواز أمره يعني تصرفه بجميع أنواع التصرفات.

والعقد الواقع منه إن كان صحيحا موجبا لنقل الملك فهو التصرف الذي دلّ الخبر على المنع منه، وإلا فهو لغو» «(3)».

(1) الظاهر أنّ مراده ما رواه الصدوق في الخصال عن أبي الحسين الخادم بيّاع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال احتلامه. قال: قلت:

قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم؟ قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء [و نبت عليه الشعر] جاز عليه أمره، إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا».

ونقله صاحب الوسائل- في كتاب الحجر- عن الخصال، عن بيّاع اللؤلؤ، لا عن

---

(1) وسائل الشيعة، ج 1، ص 3، الباب 4 من أبواب مقدمات العبادات، ح 2، و ج 13، ص 142 الباب 2 من أبواب الحجر، ح 1.

(2) الخصال، ج 2، ص 268، عنه في البحار، ج 103، ص 162، ح 5، ووسائل الشيعة، ج 13، ص 143، الباب 2 من أحكام الحجر، ح 5.

(3) راجع مفتاح الكرامة، ج 4، ص 171، رياض المسائل، ج 1، ص 511، مستند الشيعة (الطبعة الحديثة) ج 14، ص 263، جواهر الكلام، ج 22، ص 261، الحدائق الناضرة، ج 18، ص 369، مقابس الأنوار، ص 3، كتاب البيع.

وفي معناها (1) روايات أخر.

لكن الإنصاف (2) أنّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في

---

ابن سنان، و الظاهر وقوع السهو فيه.

و روى في وصيّة الوسائل عن التهذيب رواية أخرى عن ابن سنان تتضمن سؤاله عن مدلول الآية المباركة و تفسير الأشدّ بالاحتلام، إلا أن ذيله يختلف عما نقلناه، لتضمنه تحديد البلوغ- بالسنين- بثلاثة عشرة سنة، فراجع «1».

و كيف كان فالشاهد في عدم جواز أمر الصبي و سلب عبارته، و صدر الرواية دالّ عليه.

(1) ممّا يتضمّن الحجر قبل البلوغ، و توقف نفوذ المعاملة عليه، كما في معتبرة هشام عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام، و هو أشدّ، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليّه ماله» «2».

و كمرسلة الصدوق: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، و جاز أمرها في مالها، و أقيمت الحدود التامة لها و عليها» «3».

(2) ناقش المصنف قدّس سرّه في دلالة كلتا الطائفتين من الأخبار- و هما أحاديث رفع القلم و عدم جواز أمر الصبي- على مدّعى المشهور من سلب العبارة و عدم العبرة بإنشائه.

أمّا المناقشة في الطائفة الثانية المشتملة على عدم جواز أمر الصبي فتوضيحتها:

أنّ عدم نفوذ الأمر يفترق عن سقوط عبارته بالكلية، و ذلك لأنّ المثبت في البالغ منفي في الصبي، و من المعلوم أنّ المثبت في البالغ هو الاستقلال و النفوذ، من دون حاجة إلى إذن أحد، فلا بدّ أن يكون المنفي في الصبي هو ذلك المعنى المثبت في البالغ، لأنّه مقتضى قرينة المقابلة بين القضيتين الإيجابية و السلبية مع وحدة المحمول كالنفوذ

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 430، الباب 44 من أحكام الوصايا، ح 8.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 430، الباب 44 من أحكام الوصايا، ح 9.

(3) وسائل الشيعة، ج 13، ص 143، الباب 2 من أحكام الحجر، ح 3.

التصرف لأن (1) الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة. كما يقال: بيع الفضولي غير ماض (2)، بل موقوف.

ويشهد له (3) الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيها». فلا (4) دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، وأنه (5)

---

وعدمه. و عليه يكون إنشاء الصبي نظير عقد الفضول في عدم سقوطه عن قابلية الإمضاء بلحوق إجازة مالك الأمر.

و الشاهد على إرادة عدم الاستقلال من قوله عليه السلام: «لا يجوز أمره» وعدم إرادة سلب العبارة كما يدعيه المشهور هو الاستثناء الوارد في رواية عبد الله بن سنان المتقدمة: «إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا» حيث إن السفيه ليس مسلوب العبارة، وإنما هو محجور عن الاستقلال في تصرفاته المالية، فيظهر من هذا الاستثناء نفي التصرف المستقل، إذ المراد بالجواز في البالغ هو النفوذ بالاستقلال، وهذا منفي في غير البالغ.

وبهذا ظهر أجنبية هذه الطائفة عن مدعى المشهور.

وأما المناقشة في الطائفة المتضمنة لرفع القلم عن الصبي فبوجه ثلاثة ستأتي قريبا إن شاء الله تعالى.

(1) هذا تقريب ظهور «عدم جواز الأمر» في عدم الاستقلال، لا في مدعى المشهور من سلب العبارة.

(2) يعني: أن عدم المضي لا ينافي صحة عقد الصبي معلقا على إجازة وليه، نظير توقف نفوذ عقد الفضول على إجازة ولي العقد.

(3) يعني: ويشهد لظهور الروايات في نفي الاستقلال: الاستثناء الوارد في بعضها، على ما عرفته آنفا.

(4) هذا متفرع على ظهور الروايات في نفي الاستقلال، لا في سلب العبارة كلية.

(5) معطوف على «سلب عبارته» و مفسر له، يعني: إذا تصدى الولي لمقدمة المعاملة من تعيين العوضين ثم أمر الصبي المميز بإنشاء العقد، لم تدل الروايات

إذا ساوم (1) وليه متاعا وعين له قيمته، وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا. وكذا (2) لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن (3) وليه.

وأما حديث (4) رفع القلم ففيه أولا: أن الظاهر منه قلم المؤاخذة [1]

---

- المتضمنة لعدم جواز أمر الصبي - على بطلانه رأسا، هذا.

(1) المساومة هي المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها.

(2) معطوف على «أنه» يعني: لا- دلالة لمثل خبر حمزة بن حمران على بطلان إنشاء إيجاب النكاح أو قبوله إذا كان بإذن وليه. وجه عدم الدلالة ما تقدم آنفا من ظهور الرواية في نفي استقلال الصبي في التصرف، لا في سلب عبارته حتى يكون إنشاؤه لغوا كإنشاء الهازل واللاغي.

(3) متعلق ب «أوقع» يعني: لو أذن الولي للطفل في أن يزوّج هنداً من زيد، أو يقبل ذلك الإيجاب، لم تدل رواية حمزة بن حمران على بطلانه.

والظاهر أنه لا فرق في صحة إنشاء الصبي بإذن وليه بين كون التزويج لنفسه أو لغيره، ولم يظهر وجه تقييد الصحة بكون النكاح لغيره.

(4) أشرنا إلى أن المصنف قدس سره ناقش في دلالة «رفع القلم عن الصبي» على سلب عبارته- وكون إنشائه كعدم- بوجه ثلاثة:

توضيح الوجه الأول: أن الاستدلال به منوط بكون المرفوع عن الصغير هو الأحكام المجعولة في حق البالغين، سواء أكانت إلزامية أم غيرها، وسواء أكانت تكليفية أم وضعية، فيقال حينئذ بخلو صفحة التشريع- بالنسبة إلى الصبيان- عن كل قلم مجعول في حق الكبار، كما تقدم في تقريب الاستظهار.

---

[1] سيأتي في التعليقة ضعفه، وأن المراد قلم جعل الأحكام الإلزامية، يعني: أن قلم جعلها مرفوع عن الصبي، فالرواية أجنبية عن عقد الصبي، وغير شاملة له.



ولكن الظاهر من «رفع القلم» هو رفع المؤاخذة التي هي من خواص التكاليف الإلزامية. و الوجه في هذا الظهور تسالم المشهور على أمرين:

أحدهما: شرعية عبادات الصبي لا تمرينيتها، لوضوح إناطة التقرب بوجود أمر مولوي استحبابي في حق الصغير المميز ليتقرب به إليه جلّ و علا. و من المعلوم توقف هذا الأمر النديبي على شمول إطلاق أدلة العبادات لكلّ من الصبي و البالغ، وإنّما يرتفع عن الصبي ما وضعه الشارع على البالغ، و هو خصوص المؤاخذة و العقوبة المترتبة على عصيان الحكم الإلزامي، فيكشف عن ارتفاع خصوص الإيجاب و التحريم امتنانا عن غير البالغ. و أمّا سائر الأحكام التكليفية من الاستحباب و الإباحة و الكراهة، و كذا الأحكام الوضعية، فإطلاق أدلتها شامل لكل من الصغير و الكبير على السواء، لعدم امتنان رافع لها.

ثانيهما: اشتراك الأحكام الوضعية بين الصبي و البالغ، فلو دلّ حديث «رفع القلم» على إلغاء سببية إنشاء الصبي و كونه بحكم العدم لكان منافيا لتسالمهم على الاشتراك المزبور. و لا مناص من جعل المرفوع قلم المؤاخذة المترتبة على عصيان الأحكام التكليفية الإلزامية- من الإيجاب و التحريم- خاصة، حتى يبقى قلم الأحكام الوضعية شاملا للصغار، فسببية الإنشاء للملكية و الضمان و الوصاية و نحوها حكم وضعي مشترك.

و بناء على هذين الأمرين يتعيّن جعل المرفوع المؤاخذة المخصوصة بالأحكام الإلزامية، دون غيرها، لكون الحديث في مقام الامتنان على الأمة، فيختص المرفوع بما فيه ثقل عليهم، و لا ثقل في غير الإيجاب و التحريم حتى يرتفع بالحديث، فالأحكام التكليفية غير الإلزامية و كذا الاعتبارات الوضعية- التي منها سببية الإنشاء للأثر المترتب عليه- جارية في حق الصبي، و لا وجه لما التزم به المشهور من سلب عبارته اعتمادا على حديث رفع القلم عنه.

لا قلم جعل الاحكام، ولذا (1) بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي.

و ثانيا (2): أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصة

(1) يعني: و لكون المراد برفع القلم رفع المؤاخذة قلنا بشرعية عبادات الصبي.

(2) هذا ثاني وجوه المناقشة، و توضيحه: أنّه لو سلّمنا ظهور «رفع القلم» في نفي كافة الأحكام المجعولة على الكبار قلنا: لا بدّ من جعل المرفوع خصوص الأحكام التكليفية، حتى تكون الاعتبارات الوضعية جارية في حق الصغار، و ذلك لما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الخطاب الوضعي بالبالغين، لحكمهم بضمان الصبي بالإتلاف، و بصحة عتقه و تدييره و وصيته و نحوها.

و على هذا فلا تلازم بين التكليف و الوضع، فيمكن تأثير عقد الصبي في النقل و الانتقال، و اتصاف إنشائه بالسببية فعلا و التأثير الفعلي، لكنه لا يخاطب بوجوب الوفاء بإنشائه إلا بعد البلوغ، لكون وجوب الوفاء حكما إلزاميا معلقا على البلوغ و كما العقل.

أو يقال: بأنّ إنشاء الصبي سبب لتوجه خطاب «ف بعقد الصبي المولّى عليه» إلى الولي الآذن له، فيجب فعلا عليه ترتيب الأثر على عقد الصبي المأذون له، و كذا لو أجاز عقده. و بهذا يتصف إنشاؤه بالسببية أيضا.

فإن قلت: كيف يتصف إنشاؤه بالسببية، مع عدم مخاطبته بوجوب الوفاء فعلا؟

و كيف يصير إنشاؤه سببا لتوجه الخطاب إلى الولي؟ مع دوران وجوب الوفاء مدار العقد، و لا عقد للوليّ حتى يجب وفاؤه به.

قلت: لا استيحاش في سببية إنشاء الصغير لخطاب غير فعليّ في حق نفسه، أو لخطاب فعليّ في حق وليّه، و ذلك لوجود نظيره، و هو أنّه لو أجنب الصغير بمباشرة زوجته مثلا أثرت جنابته في توجه أحكام تكليفية، بعضها غير فعلية و هو ما يتعلق بنفسه، و بعضها فعلية خوطب به البالغون، فغير الفعليّ وجوب الغسل عليه بمجرد بلوغه. و الفعليّ أنّه يحرم على الغير تمكين الصغير المجنب من مسّ المصحف الشريف،

بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء (1) بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته. كما يكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة (2) تمكينه من مسّ المصحف.

و ثالثا (3): لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

---

و من دخوله في المسجد، ونحوهما من المحظورات على المحدث بالحدث الأكبر.

والحاصل: أنّ مقتضى تسالمهم على شمول الأحكام الوضعية للصغار هو الالتزام بسببية عقده وإنشائه في ترتب الأثر عليه كالنقل و الانتقال في البيع، و الزوجية في النكاح، و البنونة في الطلاق، و بهذا يسقط استدلال المشهور بحديث «رفع القلم» على بطلان إنشاء الصبي.

(1) الأولى زيادة كلمة «عليه» ليرجع ضميره إلى الصبي، و ليتّجه عطف «أو على الولي» عليه.

(2) بالجرّ معطوف على «وجوب» يعني: يحرم فعلا على البالغين تمكين الصبيّ من مسّ المصحف. و حرمة التمكين مسببة عن جنابة الصغير.

(3) هذا ثالث وجوه المناقشة، و محصّله: منع استدلال المشهور بحديث «رفع القلم» على سلب عبارة الصبي و بطلان عقده حتّى مع تسليم اختصاص الخطاب الوضعي بالبالغين، و توضيحه: أنّ رفع قلم التكليف و الوضع عن الصغير يقتضي عدم ترتب أثر على عقده بالنسبة إلى نفسه، فلو باع شيئا من ماله لم يتملّك الثمن ما دام صبيّا، فإذا بلغ أثر ذلك العقد أثره و وجب عليه الوفاء به. و أمّا الكبير الذي عقد مع الصبي فيجب عليه ترتيب الأثر و يحرم عليه نقض العقد و نكثه. و من المعلوم أنّ رفع قلم التكليف و الوضع عن الصبي أجنبي عن الأحكام الموضوعة على الكبير الذي عقد معه.

و الفارق بين هذا الاشكال و الاشكال الثاني: أنّ المصنف قدّس سرّه التزم هناك بسببية إنشاء الصبي للنقل و لوجوب الوفاء معلّقا على البلوغ، لما اشتهر من اشتراك الوضع بين البالغ و الصغير. و في الاشكال الثالث التزم باختصاص مطلق الأحكام بالبالغين، و لكنه فكّك بين طرفي العقد في موضوعيته للأثار. هذا ما يناسب ذكره في التوضيح، و إن شئت تفصيل الفرق فلاحظ التعليقة [1].

[1] قد يفرّق بين وجهي الإشكال تارة بما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من: أنّ الثاني ناظر إلى سببية عقد الصبي فعلا لوجوب الوفاء به معلّقا على البلوغ، و الثالث ناظر إلى سببية عقده لوجوب الوفاء به بعد البلوغ بلا سببية فعلية للوجوب التعليقي. و لكن مع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد، لأنّ العقد موضوع تام لوجوب الوفاء و إن لم يؤثر فعلا في الملكية، كما في العقد بين الفضول و الأصيل، فإنه يحرم عليه النقض مع عدم وجوب شيء على الفضول «1».

و الحاصل انه يفكّك بين الحكم الوضعي و هو الملكية، و بين التكليفي و هو وجوب الوفاء، فعقد الصبي بالنسبة إلى نفسه لا يتصف بالسببية للملكية و لا لوجوب الوفاء، و بالنسبة إلى الكبير يتصف بالسببية لوجوب الوفاء خاصة لا للملكية، هذا.

و اخرى بما أفاده المحقق الايرواني قدّس سرّه من: أنّ الثاني متمحّض في سببية إنشاء الصبي بالاستقلال في حصول جميع آثار المعاملة، و الثالث ينفي استقلال تأثيره مع الالتزام بالتأثير الضمني، بأن يكون إنشاء الصبي جزء المؤثر، و الجزء الآخر بلوغه، أو بلوغ أرباب الأموال من الموكّلين للصبي. و هذا نظير عقد الوصية في كونه جزء المؤثر، و كون جزئه الآخر موت الموصى. و نظير عقد الصرف و السلم في كونه جزء المؤثر، و كون جزئه الآخر هو القبض.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 114.

---

ثم اعترض هذا المحقق على المصنف قدس سرهما بالتناقض، لابتداء الوجه الثالث على نفي الوضع عن الصغير، فإثباته له ولو بعنوان جزء السبب يقتضي عموم الوضع للكبير والصغير، إذ لا فرق في الشمول بين تمام السبب وجزئه (1).

وثالثة بما يظهر من بعض من: أن الأشكال الثاني ناظر إلى جريان الحكم الوضعي بالنسبة إلى نفس الصبي، بخلاف الأشكال الثالث، لتمحضه في موضوعية إنشاء الصبي لحكم البالغ، كما إذا عقد على مال الولي بإذنه، أو توكل عن الأجنبي في مجرد إجراء العقد، فإن مقتضى صحته ترتيب الأثر عليه من قبل الولي أو الموكل، وهذا المقدار أجنبي عن رفع القلم عن الآثار المختصة بالصبي، هذا.

أقول: ما أفاده المصنف في الأشكال الثاني واضح لا إجمال فيه وإن تطرق إليه المنع بما سيأتي. وإنما الكلام في الأشكال الثالث، فإنه قدس سره جمع فيه بين أمرين:

أحدهما: موضوعية عقد الصبي للآثار التي يجب على البالغين ترتيبها عليه، من دون توجه خطاب إلى نفس الصبي.

ثانيهما: صيرورة الصبي مخاطبا بترتيب آثار المعاملة بمجرد بلوغه، وهذا يستفاد من تحديد رفع الأحكام ببلوغه، لاقتضاء عدم لغوية التحديد لزوم العمل بمقتضى العقد وجوب الوفاء به بمجرد البلوغ، ومن المعلوم توقف فعالية الآثار بالبلوغ على الالتزام بالصحة التأهيلية في عقد الصبي في حق نفسه، حتى تتوقف سببته الفعلية لكل من الوضع والتكليف - أعني بهما الملكية وجوب الوفاء به - على بلوغه، وإلا فلو قلنا باختصاص الأحكام الوضعية بالكبار وأسقطنا أقوال الصبي وأفعاله عن اقتضاء التأثير امتنع فعالية الحكم بالبلوغ.

وبهذا قد يشكل ما أفادوه من الفروق بين الأشكال الثاني والثالث.

أمّا ما تقدم من المحقق الأصفهاني قدس سره فلأن الأشكال الثالث ليس ناظرا إلى سببية عقد الصبي لخصوص وجوب الوفاء، وذلك لما في ذيل كلام المصنف قدس سره من صيرورة

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 106.

---

الصبي مخاطبا حال البلوغ بترتيب الآثار، و من المعلوم توقف ترتيبها على اقتضاء عقد الصبي لتأثيره في كل من الملكية ووجوب الوفاء، لا في خصوص التكليف، إذ لو لم يلتزم بسببية ناقصة في إنشائه للنقل و الانتقال امتنعت سببته التامة بعد البلوغ الذي هو ليس ظرف الإنشاء، و كيف يجب الوفاء بعقد لم يؤثر في الملكية أصلا؟

بل في الحقيقة يلغو مثل هذا الأمر الذي لا موضوع له «1».

و عليه فالتفكيك بين الوضع و التكليف هنا من الغوامض التي تقصر أفهامنا عن اكتناهاها.

و أمّا تنظيره للمقام بعقد الفضول من حيث عدم مخاطبته بوجوب الوفاء، بخلاف الأصيل، فهو و إن كان صحيحا، لكنّ الوجه في حرمة النقض على الأصيل هو صحة عقده مع الفضول تأهلا، و قابليته لفعلية التأثير بإجازة المالك، فالسببية الناقصة للمبادلة متحققة بذلك العهد، فلو أنكرنا هذا التأثير الناقص لم يجب على الأصيل الوفاء كما يلتزم به القائل ببطلان عقد الفضول رأسا، و عليه فلم يتحقق تفكيك بين الوضع و التكليف.

و الانصاف أن إشكال الميرزا النائيني على المصنف «من امتناع تفكيك الآثار بين البالغ و غيره فيما كان ذات الفعل موضوعا للأثر» «2» لا يندفع عنه بما أتعب به المحقق الأصفهاني نفسه الشريفة لتثبيته.

و أما ما أفيد «من كون الاشكال الثالث ناظرا إلى موضوعية إنشاء الصغير للبالغ كما في الوكيل» فيدفعه صراحة كلام المصنف من صيرورة الصغير مخاطبا بالوفاء بالبلوغ، و هذه قرينة على أنّ مراد المصنف من الموضوعية غير الوكالة، فالصبي يعقد على مال نفسه مع الكبير، فيكون هذا العقد موضوعا لوجوب الوفاء فعلا على الكبير، و معلقا على البلوغ بالنسبة إلى الصغير.

و عليه فلعلّ الأقرب إلى مقصود المصنف قدّس سرّه من الفرق بين الإشكالين ما أفاده

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 106.

(2) منية الطالب، ج 1، ص 173.

المحقق الايرواني قدس سره من تمام المؤثر و جزء المؤثر. و يرد حينئذ على الماتن ما تقدم منه من التناقض.

و كيف كان فإشكالات المصنف الثلاثة على استدلال المشهور بحديث رفع القلم لا تخلو من مناقشة.

أمّا الأول- وهو تعلق الرفع بالمؤاخذة الكاشف عن نفي خصوص التكليف الإلزامي عن الصبي، وصحة العقد حكم وضعي لا ترفع بالحديث- فغير ظاهر، لوجه:

أولها: أنّ الداعي إلى تقدير المؤاخذة أمران:

أحدهما: اقتضاء مادة الرفع لكون المرفوع ثقيلًا، فلا يصدق عرفًا على رفع ورقة و ان صدق عليها لغة.

و الآخر ورود الحديث مورد الامتتان.

و لكن الظاهر عدم اقتضاءهما رفع المؤاخذة المترتبة على فعل البالغ، فيمكن تعلق الرفع بنفس الأحكام الإلزامية، و كذا الوضعية التي فيها ثقل و كلفة و مشقة كالتقصاص. و لو دار الأمر بين أحد الأمرين لم يكن مرجح لتقدير المؤاخذة.

و دعوى «امتناع الحكم بشرعية عبادات الصبي لو كان المرفوع بالحديث نفس الأحكام الإلزامية، إذ بناء على المبني المنصور من بساطة الأوامر و النواهي لا يبقى للرفع رجحان بعد رفع الإلزام، بخلاف ما لو تعلق الرفع بالمؤاخذة المختصة بالتكاليف الإلزامية» ممنوعة، إذ لا فرق في هذا الاشكال بين رفع التكليف و المؤاخذة، لسقوط الإلزام على كلّ منهما، و به يسقط أصل الطلب.

لكن يندفع الإشكال بأنّ الدليل المقيّد محفوف بقرينة الامتتان الموجبة لرفع خصوص ما فيه الثقل و المشقة و هو الإلزام، بل رفع ما عدا الإلزام خلاف المنة على الصغير، لحرمانه عن الحسنات التي يتفضل بها سبحانه و تعالى على فعل الخيرات.

ثانيها: أنّ تقدير المؤاخذة ممتنع في نفسه، لظهور رفع العقوبة في نفي فعليتها، و من المعلوم أنّها مترتبة على استحقاقها حتى يتعلّق به العفو، و المقطوع به عدم استحقاق الصبي للعقوبة حتى يتعقبه العفو. هذا في المميّز القابل للخطاب،

---

فإنَّ الضرورة الفقهيّة على نفي استحقاقه للمؤاخذه على أفعاله إلا ما استثني كالتعزير في السرقة المتكررة. وأمّا غير المميّز فلقضاء العقل القطعي كالنائم والمجنون بقبح مؤاخذته.

هذا مضافاً إلى أن نفي فعليّة العقاب لا يستلزم نفي التكاليف الإلزامية عن الصغير، لأعميتها منه، فالظهار حرام معفو عنه كما قيل، وعليه فليس للمصنف قدّس سرّه استكشاف سقوط التكاليف الإلزامية من رفع المؤاخذه الفعلية.

هذا بناء على ظاهر المتن من رفع فعليّة المؤاخذه. وإن أُريد من رفع المؤاخذه رفع استحقاقها- كما قد يقال وإن كان خلاف الظاهر- ففيه: أنّ الاستحقاق حكم عقلي، فلا يكون موضوعاً لرفع القلم التشريعي، وإن صحَّ جعله بلحاظ منشئه وهو الحكم الشرعي موضوعاً للرفع، كما في حديث رفع التسعة. وذلك للفرق بينهما، حيث إنّ القلم يختص بما يكون شرعياً، فرفع القلم لا يتعلق بما ليس شرعياً وإن ترتب على حكم شرعي.

ثالثها: ما أفاده المحقق الإيرواني قدّس سرّه- في جملة ما أورده على رفع المؤاخذه- بما لفظه: «ورابعاً: أنّ لو سلّمنا عموم الحديث وشموله لرفع كل حكم تكليفي أو وضعي لا يجدي ذلك في صحة الاستدلال بالحديث لرفع التأثير عن إنشاء الصغير، وذلك أنّ تأثير الإنشاء في حصول عنوان المنشأ- كعنوان النكاح والبيع والهبة- تأثير تكويني في أمر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القطع، وقلمه في الكتابة وهذا لا يرفعه حديث الرفع. وأمّا رفع الآثار المترتبة شرعاً على العناوين المتولدة من إنشائه، على أن لا يكون البيع الحاصل بإنشائه محكوماً بأحكام البيع، فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات على من مات بسيفه، أو أحكام المصحف على ما كتب بقلمه، وهكذا. ومعلوم بالقطع أن حديث الرفع لا يرفع إلا أحكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة حتى مع الواسطة» (1).

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 106.



---

ولكن يمكن أن يقال: بأنّ تنظير إنشاء الصبي بكتابة المصحف و القتل بالسيف غير ظاهر، فإنّ عقده وإيقاعه وإن فرض تأثيره في الأمر الاعتباري بنظر العقلاء، إلا أنّ المهم إحراز إمضائه شرعا بمعنى أنه هل للشارع اعتبار مماثل لما أنشأه الصبي واعتبره العقلاء أم لا، فلو لا حديث رفع القلم ونحوه كان مقتضى إطلاق أدلة الإمضاء تنفيذ ما أنشأه الصبي. وأمّا لو تمّت دلالة الحديث على سلب عبارة الصغير كان مفاده عدم ترتيب آثار المعاملة- التي يرتبها العقلاء- على عقد الصبي.

و لأجله يتسامح في إطلاق السبب على الإنشاء، والمراد به هو الموضوع والحكم، لا العلية والمعلولية التكوينيّتان. وهذا بخلاف كتابة المصحف، فإنّ الموضوع لحكم الشارع بحرمة المسّ هو النقوش الخاصة القرآنية سواء كتبها الكبير أم الصغير.

والحاصل: أنّ جعل الإنشاء مؤثرا تكوينيا في أمر تكويني اعتباري- كما تكرّر في كلامه- لا يخلو من غموض. هذا بعض ما يتعلق بالإشكال الأوّل.

و أمّا الإشكال الثاني- وهو الالتزام بتأثير إنشاء الصبي، لاشتراك الحكم الوضعي بينه وبين البالغ- ففيه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه أولا: منع أصل النسبة، فإنّ المشهور وإن التزموا بثبوت الحكم الوضعي- في الجملة- في حقّ الصغير كما في نفوذ وصيّته وتدييره وعتقه وصدقته، إلا أنّ المشهور أيضا على فساد عقوده ومعاملاته كما تقدم في عبارة الدروس والكفاية، بل ادّعي عليه الإجماع. ومن المعلوم أنّ تلك الموجبة الجزئية لا تفي بإثبات محل البحث وهو صحة بيعه مطلقا حتى في صورة إذن الولي.

وثانيا: لو سلّمنا صحة النسبة قلنا بمخالفته لمبنى المصنف في الأصول من انتزاع الحكم الوضعي من التكليف، والمفروض عدم كتابة التكليف عليه فعلا، ولا يعقل فعلية الأمر الانتزاعي وتعليقية منشئه، هذا «1».

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 114.

و بالجملة (1): فالتمسك بالرواية ينافي [1] ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، و ما (2) اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين [2].

(1) هذه نتيجة المناقشة الثانية والثالثة، و محصلها: أن التمسك بحديث «رفع القلم» لإلغاء أقوال الصبي و أفعاله ينافي ما اشتهر بينهم من أمرين، أحدهما: شرعية عبادات الصبي، لا تمرينيتها. و الآخر: عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. و عليه فيلزم إرادة رفع المؤاخذه المترتبة على أفعال البالغين و أقوالهم، و هذا لا- ينافي موضوعية إنشاء الصبي المميّز- القاصد للأمر الاعتباري- للأثر.

(2) منصوب محلاً عطفاً على «ما اشتهر بينهم».

و الظاهر ورود الإشكاليين على المصنف قدس سرّه. و تقدم توضيح الثاني منهما في رسالة الحق، فراجع «1».

و أمّا الإشكال الثالث فقد تقدم بعض ما يتعلق به عند بيان الفارق بينه و بين الإشكال الثاني.

[1] لا منافاة أصلاً بعد كون المراد من رفع القلم رفع التكاليف الإلزامية، الذي لا ينافي شرعية عبادات الصبي.

[2] قد عرفت في التعليقة أجنبيّة الرواية عن عقد الصبي، لاختصاصها بالأحكام الإلزامية الموجبة للعقوبة، و مجرد إجراء الصبي الصيغة ليس من الأحكام الإلزامية و لا موضوعاً لها حتى يرتفع بحديث الرفع. فالاستدلال بها لسلب عبارة الصبي- و لو مع إرادة نفي قلم الأحكام كما هو ظاهر كلام المصنّف- في غير محله.

و عليه فمقتضى العمومات صحة عقد الصبي، غايته مع إذن الولي أو إجازته،

(1) راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص 125-126.

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة، وإلا (1) فالمسألة محل إشكال. ولذا (2) تردّد المحقق في الشرائع في إجارة المميّز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية (3)، واستشكل (4) فيها في

---

(1) يعني: ولو لا الإجماع المتضافر نقله- والمعتضد بالشهرة الفتوائية على سلب عبارة الصبي - يشكل الحكم بطلان عقد الصبي.

(2) يعني: وكون المسألة محل الاشكال تردّد المحقق .. إلخ.

(3) قال قدّس سرّه في كتاب العارية: «فلا يصح إجارة الصبي ولا المجنون. ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة» (1). وقال في كتاب الإجارة: «فلو أجر المجنون لم ينعقد إجارته، وكذا الصبي غير المميّز، وكذا المميّز إلا بإذن وليّه. وفيه تردد» (2).

والغرض أنّ تردّد المحقق قدّس سرّه في صحة إجارة الصبي، وجزمه بالصحة في عاريته- مع كونهما بإذن الولي - كاشف عن عدم وضوح بطلان عقد الصبي كليّة، فلو كان سلب عبارته مجمعا عليه متّضحا وجهه لكانت عاريته وإجارته فاسدتين.

(4) يعني: واستشكل العلامة في إجارة الصبي في كتابي القواعد والتحرير (3).

لكنه جزم بالبطلان في التذكرة، فقال: «فلا تنعقد إجارة الصبي إيجابا ولا قبولا،

---

لنصوص الدالة على «عدم نفوذ عقد الصبي حتى يبلغ» الظاهرة في نفي استقلاله في تصرفاته، المقيّدة للإطلاقات الحاكمة بنفوذ العقود، بما إذا لم يكن المتعاقدان بالغين. فما أفاده من كون المسألة محل إشكال غير ظاهر. والعجب منه قدّس سرّه أنّه تمسّك بالإجماع، مع عدم إجماع في المسألة، وكونه على تقديره إجماعا منقولاً. مضافا إلى: أنّ في إطلاق معقده للصبي المميّز الذي هو مورد البحث تأملا، بل منعا كما تقدم في التعليقة، فلاحظ.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 171.

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 180.

(3) قواعد الأحكام، ج 2، ص 281، تحرير الأحكام، ج 1، ص 244.

القواعد و التحرير، وقال في القواعد: «وفي صحة بيع المميّز بإذن الولي نظر» (1).

بل (2) عن الفخر في شرحه: «أنّ الأقوى الصحة» مستدلّاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه. ولكن لم أجده فيه.

وقوّاه (3) المحقق الأردبيلي - على ما حكى عنه -

---

سواء كان مميزاً أولاً، و سواء أذن له الولي أم لا، إذ لا عبرة بعبارة الصبي «1».

(1) يعني: أنّ العلامة تتّظّر في كتاب القواعد في صحة بيع الصبي كما استشكل في صحّة إجارته، ولم يجزم ببطلانهما.

(2) الوجه في الإتيان بحرف الإضراب واضح، فإنّ فخر المحققين رجّح الصحة - بناء على صحة النسبة - لكن الموجود في الإيضاح و حكاة عنه في مفتاح الكرامة (2) هو تقوية عدم صحة إجارة الصبي، قال في الإيضاح في بيان وجهي الإشكال: «أقول:

ينشأ من أنّ البلوغ شرط إجماعاً قيل في اعتبار الصيغة و صلاحيتها، لترتب الحكم عليها، لمساواته النائم و المجنون في رفع القلم، كما في الحديث، و هو نفي نكرة، فيعمّ.

و من وقوعها بإذن الولي، فصار كما لو صدر منه. و الأقوى عدم الصحة» فالحقّ مع المصنّف في قوله: «و لكن لم أجده فيه» و لعلّ المناسب لم يلاحظ عبارة الإيضاح بكاملها.

(3) يعني: أنّ المحقق الأردبيلي قوّى صحة عقد الصبي، حيث قال: «و بالجملة:

إذا جوّز عتقه و وصيته و صدقته بالمعروف و غيرها من القربات - كما هو ظاهر الروايات الكثيرة - لا يبعد جواز بيعه و شرائه و سائر معاملاته إذا كان بصيراً مميّزاً رشيداً.. خصوصاً مع إذن الولي ..» (3).

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 290، س 24.

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 55، مفتاح الكرامة، ج 7، ص 73.

(3) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 152 و 153، و الحاكي عنه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 7، ص 73.

ويظهر (1) من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: «و هل يصح بيع المميّز و شراؤه؟ الوجه عندي أنه لا يصح» (1).

واختار (2) في التحرير صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده (2).

وذكر المحقق الثاني: «أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي و أقواله شرعية أم لا؟» ثم حكم بأنها غير شرعية و أن الأصح (3) بطلان العقد (3).

و عن المختلف: «أنه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاما يدلّ على صحة بيع الصبي» (4).

---

(1) لعلّ وجه الظهور تعبيره بقوله: «عندي» المشعر بالخلاف، و لو كان البطلان إجماعيا لقال: «عندنا».

(2) و هذا الاختيار شاهد على عدم تحقق الاتفاق على سلب عبارة الصبي مطلقا.

(3) و من المعلوم أنّ التعبير بالأصح - بعد تفريع المسألة على الشرعية و التمرينية المختلف فيها - شاهد على عدم كون بطلان عقد الصبي من واضحات الفقه.

(4) يعني: مع إذن أبيه لا مطلقا. و الظاهر أنّ عبارة المختلف الحاكية لكلام القاضي هي قوله: «مسألة: مزارعة الصبي باطلة على الأشهر. و قال ابن البرّاج: إذا اشترى الصبي التاجر أرضا، و حجر أبوه عليه، فدفعها مزارعة بالنصف إلى غيره يزرعها ببذره و عمله فعمل على ذلك .. و الوجه أنّ شراءه باطل. فإن سوغناه مع الإذن بطلت المزارعة .. و لو كان البذر من الدافع - و هو الصبي - كان الحاصل له» (4).

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 80، س 16.

(2) تحرير الأحكام، ج 1، ص 218، س 29.

(3) جامع المقاصد، ج 5، ص 194.

(4) مختلف الشيعة، ج 6، ص 188، المهذب للقاضي ابن البرّاج، ج 2، ص 20.

وبالجملة: فالمسألة (1) لا تخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرين (2) في توضيحه حتى أحقه بالبدييات في ظاهر كلامه.

فالإنصاف (3) [1] أنّ الحجة في المسألة هي الشهرة المحقّقة والإجماع

وعبارة المهذب صدرا وذيلا ظاهرة في صحة شراء الصبي للأرض و دفعها مزارعة للغير، وإن قيده بصورة إذن الولي وبكونه تاجرا، الدال على رشده. فالمهم عدم إلغاء إنشاء الصبي ومعاملته شرعا.

(1) وهي بطلان عقد الصبي مطلقا حتى المميّز ولو بإذن وليه.

(2) وهو صاحب الجواهر قدّس سرّه، حيث قال- بعد كون بطلان عقد الصبي أشهر بل مشهورا، بل عدم وجدان الخلاف فيه- ما لفظه: «بل صحّ له دعوى تحصيل الإجماع على ذلك كما وقع من بعضهم، بل ربّما كان كالضروري، و خصوصا بعد ملاحظة كلام الأصحاب، و إرسالهم لذلك إرسال المسلّمات، حتّى ترك جماعة منهم الاستدلال عليه اتّكالا على معلوميته» «1».

(3) بعد قصور النصوص عن إثبات سلب عبارة الصبي و تنزيل إنشائه منزلة العدم- حتى مع إذن وليّه في المعاملة- ينحصر دليل بطلان عقده في الإجماع و الشهرة الفتوائية. لكن الإجماع قد يتوهم اختصاص معقده باستقلال الصبي في المعاملة و عدم إذن وليّه فيها، فيكون أخصّ من المدعى، و هو عدم العبرة بإنشائه مطلقا حتى مع إذن الولي أو إجازته.

و توضيح التوهم: أنّه يمكن أن يكون نظر السيد أبي المكارم و العلامة قدّس سرّهما في دعوى الإجماع على حجر الصبي إلى صورة استقلاله في التصرف، فلا دليل حينئذ على شمول معقد الإجماع لصورة إذن وليه في المعاملة، فلا بدّ من

[1] كيف يقتضي الانصاف ذلك مع بناء المصنف في الأصول على عدم حجية الإجماع المنقول و الشهرة. فالإنصاف أنّه لا حجة على سلب عبارة الصبي.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 260 و 261.

ص: 34

المحكي عن التذكرة بناء (1) على أن استثناء الإحرام الذي لا يجوز إلا بإذن الولي شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في

اختصاص البطلان بصورة استقلاله في التصرف.

وقد دفع المصنف قدس سره هذا التوهم بوجود قرينة الإطلاق في كلامي السيد والعلامة. أمّا في عبارة التذكرة فلاستثناء الإحرام من موارد الحجر عن التصرف، وحيث إن صحة إحرام الصبي منوطة بإذن وليه، فإمّا أن يكون مراده من «التصرف» ما هو أعم من صورة الاستقلال والإذن. وإمّا أن يكون خصوص صورة الاستقلال- كما يدعيه المتوهم- فيكون استثناء الإحرام حينئذ عن التصرف المحجور عنه منقطعاً، لا متصلاً، لما عرفت من عدم العبرة بإحرام الصبي مستقلاً، ولكن لما كان الأصل في الاستثناء هو الاتصال تعيّن إرادة مطلق التصرف في المستثنى منه، يعني سواء أكان مستقلاً أم مأذوناً من قبل وليّه. وبهذا ينعقد الإطلاق في إجماع التذكرة على بطلان عقده وإيقاعه، أي سلب العبارة.

وأمّا في عبارة الغنية فلائّه قدس سره وإن قال: «وإن أجاز الولي» ولكن منعه من صحة عقد الصبي مع إجازة وليه ليس من جهة عدم نفوذ تصرفه بإذن الولي، بل من جهة بطلان عقد الفضول، فربّما يصح عقده بإذنه السابق، هذا.

لكن مراد السيد عدم الصحة مطلقاً حتى مع الإذن، بشهادة استدلاله بحديث رفع القلم، وهو كاشف عن إرادة التعميم، إذ المرفوع عن الصبي مطلق الحكم، سواء التكليفي والوضعي، وسواء أكان مستقلاً في التصرف أم مأذوناً أم مجازاً، وهذا الإطلاق يساوق سلب العبارة، وهو المدعى.

(1) هذا البناء مبني على أصالة الاتصال في الاستثناء، وتوقف الانقطاع على قرينة، لظهور الإخراج في دخول الخارج في المنخرج عنه. وحيث إن الإحرام لا يجوز إلا بإذن الولي فلا بدّ من شمول المستثنى منه- وهو التصرف المحجور عنه- لمطلق أفعال الصبي وأقواله، حتى لو وقعت بإذن وليّه.

التصرف (1).

وكذا (2) إجماع الغنية بناء على أن استدلاله بعد الإجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي.

وليس المراد (3) نفي صحة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال: إن الإجازة عند السيد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل، ولو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولي.

ويؤيد الإجماعين (4) ما تقدّم عن كنز العرفان.

---

(1) كما يدّعيه المتوهم.

(2) معطوف على «الإجماع المحكي عن التذكرة».

(3) يعني: لو اقتصر السيّد قدّس سرّه في إثبات بطلان بيع الصبي على الإجماع لكان قوله: «وإن أجاز الولي» موهما لكون وجه البطلان عدم استقلاله في التصرف، بناء على ما ذهب إليه السيد من بطلان عقد من ليس مستقلا في التصرف، سواء أكان كبيرا غير مالك لأمر العقد، أم صبيا مسلوب العبارة، فالمهمّ قصور الإجازة اللاحقة عن تصحيح عقد غير المستقل، وهذا بخلاف ما لو أذن له الولي قبل العقد، فيصحّ حينئذ، لعدم افتقاره إلى الإجازة اللاحقة كي يبطل.

ولكن الدافع لهذا الوهم استدلال السيد بحديث رفع القلم، وهو ظاهر في سلب العبارة، وعدم ترتب الأثر على إنشاء الصبي مطلقا، سواء أكان باذن وليه أم لا.

(4) أي: إجماعي الغنية والتذكرة. و غرضه بقوله: «ما تقدم عن كنز العرفان» ما أفاده في صدر المسألة بقوله قدّس سرّه: «و في كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا».

ولعلّ التعبير بالتأييد دون الدلالة لأجل احتمال اعتماده في دعوى الإجماع على عبارة التذكرة وعدم تحصيل اتفاق الفتاوى بنفسه.

ص: 36



نعم (1) لقائل أن يقول: إنَّ ما عرفت (2) من المحقق و العلامة و ولده و القاضي و غيرهم - خصوصاً (3) المحقق الثاني الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي - يدلُّ على عدم تحقق الإجماع.

و كيف كان (4) فالعمل على المشهور.

### د: حديث «عمد الصبي خطأ»

و يمكن أن يستأنس له (5)

(1) غرضه التشكيك في ثبوت الإجماع - على بطلان عقد الصبي - بنحو يكون كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السَّلام أو عن حجة معتبرة.

(2) من تردّد المحقق في إجارة المميّز بإذن الولي، و استشكال العلامة فيها.

(3) وجه الخصوصية: أنّ تردّد المحقق و العلامة و إن كان موهناً للإجماع التعبدية، إلّا أنّ ابتناء المسألة - عند المحقق الثاني - على شرعية عباداته و تمرينيتها أقوى دليل على عدم انعقاد الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السَّلام - مع وجود القائل بكلّ منهما - و معه لا وجه لدعوى الاتفاق على سلب العبارة عن الصبي.

(4) يعني: سواء تحقّق الإجماع التعبدية على بطلان عقد الصبي أم لم يتحقق، فالمتّبع فتوى المشهور بالبطلان.

د: حديث «عمد الصبي خطأ»

(5) أي: للمشهور، و هذا وجه رابع لإثبات عدم موضوعية أقوال الصبي و أفعاله لأثر شرعي. و التعبير بالاستيناس - دون الدلالة التي عبّر عنها المصنف في حديث رفع القلم و عدم جواز الأمر - لأجل أنّ استظهار سلب الاعتبار عن عبارة الصبي من هذه الطائفة لا يخلو من شيء، لتطرق احتمال ظهورها في رفع خصوص الأحكام المترتبة على عنوان العمد، و ذلك بقرينة مقابله للخطأ، يعني: أنّ الأحكام المترتبة على عنوان العمد ترفع عن عمد الصبي، و أنّ عمده موضوع لحكم الخطأ المترتب على الفعل الصادر خطأً من البالغ.

أيضاً (1) بما ورد في الأخبار المستفيضة من «أن عمد الصبي وخطأه واحد» (1)

وعليه ففرق بين أن يقال: «قصد الصبي كلاقصد» وبين «عمد الصبي محكوم بحكم خطأ البالغ» والمجدي في المقام هو المفاد الأول، مع أنه يحتمل إرادة الثاني.

وكيف كان فتقريب دلالة هذه الأخبار المستفيضة- التي سيأتي التعرض لها في التعليقة إن شاء الله تعالى- أن قوله عليه السلام: «عمد الصبي وخطأه واحد» ظاهر في كون عمد الصبي كالعدم، وقصده كلاقصد. فلو ترتب الحكم الشرعي على الفعل الإرادي الصادر من البالغ لم يترتب عليه لو صدر من الصبي القاصد. مثلاً موضوع الوفاء بالعقد هو العقد المقصود، فلو أنشأه الصبي المميّز- ولو بإذن وليه- كان بمنزلة إنشاء البالغ الهازل أو النائم في عدم موضوعيته لوجوب الوفاء به.

فان قلت: إن هذه الأخبار- لو سلّم ظهورها في سلب عبارة الصبي- لم يتجه الاستدلال بها على بطلان عقده، وذلك لما ورد في بعضها من قرينة الاختصاص بجناية الصبيان، كقوله عليه السلام في معتبرة إسحاق بن عمار: «عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة» وعليه فليست في مقام تنزيل عقد الصبي منزلة العدم، وإنما هو حكم مخصوص ببابي القصاص والديات. مضافاً إلى أن صاحب الوسائل رواها في البابين المذكورين.

قلت: هذه الطائفة مشتملة على مضامين ثلاثة، ومحط النظر هو معتبرة محمد بن مسلم المذكورة في المتن، وهي مطلقة ولا قرينة فيها على الاختصاص بباب الجناية. وليس المقام من موارد حمل المطلق على المقيد، خصوصاً بعد استظهار إطلاق تنزيل عمد الصبي منزلة خطأ البالغ في كلمات شيخ الطائفة وابن إدريس كما سيأتي التعرض له. وأمّا ذكر هذه الأخبار في باب الديات لمناسبة فليس دليلاً على الاختصاص كما لا يخفى.

(1) يعني: كما استدللّ بحديث رفع القلم، وعدم جواز أمر الصبي، وإن كانت الدلالة ممنوعة.

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 307، الباب 11 من أبواب العاقلة، ح 2.

كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها (1). و الأصبحاب (2) وإن ذكروها في باب الجنائيات، إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة بل وغيرها (3) بالاختصاص (4) بالجنائيات.

---

(1) كمعتبرة إسحاق بن عمّار «1» و خبر أبي البختری الآتي «2» في المتن.

(2) يعني: أرباب الجوامع الروائية، و إلا فاستدلّ بها الفقهاء في غير باب الجنائية، ككفارات الإحرام، و عبارة المتن دفع دخل تقدم توضيحهما بقولنا: «فان قلت .. قلت ..».

(3) المراد بغير الصحيحة هو معتبرة إسحاق بن عمّار، و لم يظهر الوجه في عدم إشعارها بالاختصاص بباب الجنائيات.

إلا أن يدعى: أن قوله عليه السلام: «عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة» يتضمّن أمرين:

أحدهما: تنزيل موضوع- و هو عمد الصبي- منزلة موضوع آخر و هو خطأؤه.

و الآخر: حكم، و هو كون دية جنائته على عاقلته، و ليس هذا الحكم قرينة على تقيّد الأول بباب الجنائيات، فلذا يحكم بإطلاق تنزيل عمده منزلة خطائه، و كون قصده كلا قصد، هذا.

و لكن الظاهر قرينية «تحمل العاقلة للدية» على تنزيل عمد الصبي في خصوص باب الجنائية منزلة خطأ البالغ في تحمل العاقلة، إذ لم يثبت هذا الحكم في غير الجنائية الخطائية في البالغ حتى يثبت في حق الصبي.

و عليه فالأولى في دعوى عدم الإشعار- بالاختصاص بالجنائية- الاعتماد على خصوص صحيحة محمد بن مسلم غير المذيّلة بتحمل العاقلة للدية.

(4) متعلق ب «لا إشعار».

---

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 307، الباب 11 من أبواب العاقلة، ح 3.

(2) وسائل الشيعة، ج 19، ص 66، الباب 36 من كتاب القصاص، ح 2.

ولذا (1) تمسك بها الشيخ في المبسوط والحلي (1) في السرائر على أن إخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام- التي (2) يختص حرمتها الموجبة للكفارة فيها بحال التعمد- لا يوجب (3) كفارة على الصبي، ولا على الولي، لأن عمده خطأ.

و حينئذ (4) فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم

---

(1) أي: ولعدم إشعار الصحيحة بالاختصاص بالجنايات تمسك بها الشيخ رحمه الله والحلي على عدم كون إخلال الصبي بمحرمات الإحرام موجبا للكفارة، لأن عمده خطأ، ومن المعلوم عدم ترتب الكفارة على ارتكابها خطأ، فكل حكم شرعي يترتب على الفعل القصدي للبالغ لا يترتب على الفعل الصادر عمدا عن الصبي، لأن قصده نزل منزلة العدم، وعمده بمنزلة الخطأ.

(2) صفة ل «المحظورات» وقوله: «الموجبة» صفة للحرمة، يعني: أن محرمات الإحرام على قسمين، منها: ما لا يستلزم كفارة في غير حال العمد كلبس المخيط والطيب وحلق الشعر وتقليم الأظفار ونحوها نسيانا. ومنها: ما يستلزمها حتى لو ارتكبها المحرم نسيانا كالصيد، على ما حكاه في المبسوط.

وكلام شيخ الطائفة وابن إدريس قدس سرهما ناظر إلى القسم الأول، يعني: لو تعمّد الصبي المحرم لبس المخيط مثلا لم يجب عليه التكفير، لكون عمده بمنزلة خطأ البالغ.

واستدلا على ذلك بما روي عنهم عليهم السلام من: أن عمدا الصبي وخطأه سواء، فراجع.

(3) خبر قوله: «ان إخلال».

(4) أي: وحين لم تكن صحيحة محمّد بن مسلم- ولا غيرها- ظاهرة ولا مشعرة بالاختصاص بجناية الصبي، فكل حكم .. إلخ. وهذا تقريب الاستيناس بهذه الطائفة على سلب عبارة الصبي، وحاصله: أن ترتب الأثر على الإنشاء سواء في العقد والإيقاع منوط بقصد الأمر الاعتباري، ولما كان قصد الصبي المميّز بمنزلة عدم قصده كان إنشاؤه لغوا، كإنشاء البالغ الهازل أو الغالط.

---

(1) المبسوط، ج 1، ص 329، السرائر، ج 1، ص 636 و 637.

الشرعي عليها القصد، بحيث لا عبرة بها (1) إذا وقعت بغير القصد، فما (2) يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة (3) الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد (4) الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطي وإيقاعاتهم.

بل (5) يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم، وهو ما عن قرب الاسناد بسنده عن أبي البخترى: «عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: أنه كان يقول:

المجنون و المعتوه الذي لا يفيق و الصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم» (1).

---

(1) أي: بالأفعال، و المراد بها المعاملات. و قوله: «القصد» نائب فاعل: «يعتبر».

(2) جواب الشرط المستفاد من قوله: «فكل حكم» مثل قولك: كل من يزورني فله درهم.

(3) خبر قوله: «فما يصدر».

(4) هذا متفرع على عموم إلغاء قصد الصبي، و عدم موضوعيته لحكم شرعي.

(5) هذا إضراب عن قوله: «و يمكن أن يستأنس له» و غرضه أن ما ورد من «أن عمد الصبي خطأ» ليس مجرد استيناس للحكم بسلب عبارة الصبي، بل بملاحظة رواية أبي البخترى يمكن استظهار الحكم - وهو إلغاء قصد الصبي مطلقاً، لا في خصوص باب الجنائيات - من قوله عليه السلام: «عمد الصبي خطأ».

و تقريب الاستظهار: أن رواية أبي البخترى تكفلت مطالب ثلاثة: أولها: أن جناية المعتوه و الصبي بالقتل العمدي تكون بمنزلة جنائيهما خطأ، فلا مجال للاقتصاص منهما، الذي هو حكم ارتكاب القتل العمدي من البالغ.

ثانيهما: أن الدية تستقر على عاقلتهما، و لا تخرج من مال المعتوه و الصبي، و هذا حكم الخطأ المحض، و إلا فالدية في الجناية شبه العمد تكون في مال الجاني.

ثالثها: رفع القلم عن المعتوه و الصبي.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 66، الباب 36 من أبواب قصاص النفس، ح 2.

فإنّ (1) ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلا (2) بأن تكون عدّة لأصل الحكم وهو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون معلولة لقوله:

وبما أنّ قوله عليه السلام: «وقد رفع عنهما القلم» ليست جملة مستأنفة، بل هي مرتبطة بكون الدية على العاقلة، فلا بد من استكشاف وجه الربط، وهو أحد أمرين.

فإمّا أن يكون رفع القلم عدّة لوجوب الدية على العاقلة، ومعناه: أنّ رفع قلم المؤاخذة الدنيوية- سواء المالية كالدية و النفسية كالقصاص- عن المعتوه و الصبي كارتفاع المؤاخذة الأخرية صار منشأ لوجوب الدية على العاقلة.

وإمّا أن يكون رفع القلم معلولا لتنزيل الشارع عمد المعتوه و الصبي منزلة خطأهما، ومعناه حينئذ: أنّ عمدهما لمّا كان في وعاء التشريع بمنزلة الخطأ و قصدهما كلا قصد، فلذا ارتفعت المؤاخذة الأخرية و الدنيوية- من القصاص و الغرامة الماليّة- عنهما شرعا.

و هذان الاحتمالان يشتركان في نفي موضوعية إنشاء الصبي للأثر، و يفترقان في ضمانه بالإتلاف.

أمّا الجهة المشتركة فلأنّ الإنشاء أمر قصدي، و لا يتحقق بدونه، و لذا لا يترتب أثر على إنشاء الهازل و النائم و الغالط و نحوهم ممّن لا يكون داعيه إلى الإنشاء تحقق الأمر الاعتباري في وعاء الاعتبار كالملكيّة و الزوجيّة و الحرّيّة.

و لا فرق في لغويّة إنشاء الصبي بين كونه لأجل تنزيل قصده منزلة عدم القصد، و بين رفع قلم المؤاخذة عنه شرعا. كما لا فرق بين كونه مستقلاً في التصرف في ماله، و بين كونه وكيلا عن الغير أو مأذونا عن وليّه.

وأمّا الجهة الفارقة- و هي الضمان بالإتلاف بناء على المعلوليّة، و عدمه بناء على العليّة- فسيأتي توضيحها في ص 146.

(1) هذا تقريب استظهار سلب عبارة الصبي من رواية أبي البختري، و قد عرفته آنفا.

(2) وجه الحصر في العلية و المعلولية عدم تطرّق احتمال آخر ككون الجملتين متلازمتين، أو كونهما معلولي أمر ثالث.

«عمدهما خطأ» يعني: (1) أنّه لَمَّا كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما.

ولا- يخفى أنّ (2) ارتباطها بالكلام على وجه العليّة والمعلوليّة للحكم المذكور في الرواية- أعني: عدم مؤاخذه الصبي والمجنون بمقتضى جنابة العمد، وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية في مالهما- لا يستقيم (3) إلّا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا من حيث العقوبة الأخروية (4) والدينية (5) المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية.

وعدم (6) ترتّب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمّد إليها ممّا لو وقع من

---

(1) هذا تقريب معلوليّة رفع القلم، وعلية تنزيل عمدهما منزلة خطئهما.

(2) غرضه من هذه الجملة أنّ ربط جملة «عمدهما خطأ» بجملة «رفع القلم» بالعلية أو المعلوليّة منوط بكون المرفوع قلم المؤاخذه مطلقا- كما هو مورد الرواية- لا قلم الأحكام التكليفيّة خاصّة، إذ بناء عليه تكون المؤاخذه الدنيوية- وهي الغرامة الماليّة بأداء الدية- في مالي المعتوه والصبي، مع أنّ الرواية صريحة في كون الدية على العاقلة، وهذا يتوقّف على كون المرفوع عنهما مطلق المؤاخذه حتى الدنيويّة ولو الماليّة.

(3) خبر قوله: «أنّ ارتباطها» وقد عرفت تقريب عدم الاستقامة إلّا برفع المؤاخذه.

(4) فالعقوبة الأخرويّة لمن قتل مؤمنا عمدا هو الخلود في العذاب، وهذه مرفوعة عن قتل الصبي والمجنون عمدا.

(5) وهي إحدى ثلاث، فإمّا في النفس وإمّا في الطرف- بالقصاص في حق البالغ القاتل أو الجارح عمدا- وإمّا في المال بأداء الدية في الجنابة شبه العمد.

(6) بالرفع معطوف على «ارتفاع المؤاخذه» والمراد ب«ذلك» هو المؤاخذه، والتذكير بلحاظ قوله: «للحكم المذكور».

غيرهما (1) مع القصد و التعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية.

و على هذا (2) فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار (3) أو معاوضة (4) و لو (5) بإذن الولي فلا (6) أثر له في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو (7) بعد البلوغ، فإذا (8)

(1) أي: غير الصبي و المجنون، و المراد بالغير هو البالغ العاقل.

(2) المشار إليه هو رفع المؤاخذة عن أفعال المعتوه و الصبي المقصودة المتعمد إليها. و غرضه قدس سره من هذا التفريع إلغاء إقرارهما و إنشائهما عن الأثر، فلو أقرّ الصبي المميّز بمال على ذمته لم يؤاخذ به مطلقاً و لو بعد بلوغه، سواء أ كان بإذن وليه أم لا.

و الوجه فيه ما استفيد من الحديث من سلب قصده، و المفروض أنّ الإقرار و المعاملات أمور قصديّة.

و ليس الوجه في إلغاء إقراره المزبور كونه محجوراً عن التصرف، إذ بناء عليه يلزم مؤاخذته بإقراره لو كان بإذن الولي، مع أنّ الحديث دال على سلب قصد الصبي مطلقاً حتى بإذن وليه.

(3) كما لو قال: «لزيد عليّ دينار» فهو إخبار باشتغال ذمته بدينار لزيد.

(4) كما لو أنشأ القبول بقوله: «اشتريت هذا بدينار في ذمّتي».

(5) وصلية، و هذا تصريح بإطلاق سلب الأثر عن التزام الصبي مالا على ذمته.

و كان الأولى تأخيريه عن قوله: «فلا أثر له».

(6) جواب «فإذا التزم» أي: ليس التزام الصبي مؤثراً في إلزامه بالمال في الحكم باشتغال ذمته به.

(7) وصلية، و هذا تصريح بإطلاق سلب مؤاخذة الصبي بالمال، فلا يؤاخذ به حتى بعد بلوغه.

(8) هذا وجه عدم إلزام الصبي بما التزم به على نفسه بإقرار أو معاوضة.

و محصّله كما تقدم أنّها هو كون قصده تكويناً خطأً تشريعياً، و ليس الوجه فيه مجرد حجّره عن التصرف في ماله، لما عرفت من ارتفاع الحجج عنه بإذن وليه، فيلزم نفوذ



لم يلزمه شيء بالتزاماته- ولو كانت بإذن الولي- فليس (1) ذلك إلا لسلب قصده وعدم العبرة بإنشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حججه عن الالتزامات على نفسه لم يكن (2) عدم المؤاخظة شاملا لصورة إذن الولي. وقد فرضنا الحكم (3) مطلقا (4)، فيدل (5) بالالتزام على كون قصده في إنشائه وإخباراته مسلوب الأثر.

ثم (6) إن مقتضى عموم هذه الفقرة

إقراره وتصرفه لو أذن له وليه، مع أنّ الظاهر سقوط إنشائه وإخباراته عن الاعتبار مطلقا ولو كانت بإذن وليه، وهذا السقوط كاشف عن أنّ الدليل عليه هو سلب عبارته و كون قصده كلا قصد.

(1) جواب قوله: «فإذا لم يلزمه».

(2) جواب قوله: «لو كان ذلك».

(3) يعني: الحكم بعدم مؤاخظة الصبي بإقراره و معاوضته.

(4) أي: حتى في صورة إذن الولي.

(5) يعني: فيدلّ رفع قلم المؤاخظة عن الصبي- بالالتزام- على سلب الأثر عن قصده. و عليه فدلالة «رفع القلم عن الصبي» على سلب العبارة و إن لم تكن بالمطابقة، لكنها تكون بالالتزام- إذ لو كان قصده كقصد البالغ العاقل موضوعا للأثر جازت مؤاخذته به- و من المعلوم كفاية الدلالة الالتزامية في مقام الاستدلال.

هذا كله في أصل دلالة رواية أبي البخري على دعوى المشهور من سلب عبارة الصبي، و يتفرّع عليها أمران تبه عليهما المصنف قدس سره.

(6) هذا هو الأمر الأوّل، و حاصله: أنّ جملة «وقد رفع عنهما القلم» إمّا علة للحكم باستقرار الدية على العاقلة، و إمّا معلولة لتنزيل العمدة منزلة الخطأ.

فإن كانت الجملة علة اقتضت عدم مؤاخظة الصبي و المعتوه بشيء من الأفعال

- بناء (1) على كونها علة للحكم - عدم (2) مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما،

سواء صدرت عنهما عمدا أم خطأ، فلو أتلفا مالا محترما لم يضمناه، لفرض رفع قلم المؤاخذة عنهما مطلقا. وضمن المتلف مؤاخذة، فهي مرفوعة عنهما.

فإن قلت: لا- ريب في كون الإتلاف مضمنا مطلقا حتى في حال الغفلة والنوم، وحيث إنّ «رفع القلم» من العمومات الشرعية القابلة للتخصيص فلذا يخصص بما دلّ على الضمان بالتضييع والإتلاف، ولا إشكال، هذا.

قلت: عموم «رفع القلم» وإن كان شرعيا، لكنّه أب عن التخصيص، لوروده مورد الامتنان على المعتوه والصبي، وهو يقتضي رفع كلّ مؤاخذة عنهما سواء أكانت في النفس أم في الطرف أم في المال. وعليه فإشكال الضمان بالإتلاف باق بناء على العلية.

وإن كانت الجملة معلولة لقوله عليه السّلام: «عمدهما خطأ» لم يلزم إشكال أصلا، لاختصاص المؤاخذة المرفوعة عنهما بما إذا ترتبت على خصوص فعل البالغ العمدي حتى يترتب عليه حكم فعله الخطائي، وحيث إن ضمان البالغ بالإتلاف مطلق ويثبت لحال خطائه أيضا، فلذا يخرج هذا الضمان عن مورد قوله عليه السّلام: «وقد رفع عنهما القلم» لتبعية المعلول لعلته سعة وضيقا، ولما كان الضمان بالإتلاف خارجا عن العلة موضوعا امتنع أن يكون مشمولا للمعلول، وهو رفع القلم.

فالمتحصل: أنّ دلالة جملة «عمد الصبي خطأ» على سلب عبارته وإلغاء إنشائه وإخباره عن الأثر تامّة، ولا يقدر فيها ضمانه بالإتلاف مطلقا على تقدير عليّة «رفع القلم» لوجوب الدية على العاقلة.

(1) وأمّا بناء على كون «رفع القلم» معلولا لقوله: «عمد الصبي خطأ» فقد عرفت خروج ضمان الإتلاف تخصّصا عن العلة. فالإشكال إنّما يتجه لو كان رفع القلم علة لاستقرار دية الجناية على العاقلة، كما عرفت توضيحه آنفا.

(2) خبر «ان مقتضى» وضميرا «مؤاخذتهما، منهما» راجعان إلى المعتوه والصبي.

كما هو ظاهر المحكي عن بعض، إلا أن يلتزم (1) بخروج ذلك عن عموم رفع القلم. ولا يخلو من بعد (2).

ولكن (3) هذا غير وارد على الاستدلال، لأنه (4) ليس مبنياً على كون «رفع القلم» علّة للحكم، لما (5) عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختص (6) رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف (7)،

(1) أي: إلا أن يلتزم بخروج إتلاف الصبي والمجنون عن عموم رفع القلم تخصيصاً.

(2) لأنّ سوقه أب عن التخصيص بعد وروده في مقام الامتنان.

(3) يعني: أنّ إشكال ضمانهما بالإتلاف وإن كان لازماً بناء على علّة رفع القلم، إلا أنّ الاستدلال بحديث أبي البخري على سلب عبارة الصبي سليم عن الإيراد، إذ ليس الاستدلال منوطاً بعلية رفع القلم، بل المهمّ ظهور جملة «عمد الصبي خطأ» في إلغاء أفعاله وأقواله القصديّة. ويكفي احتمال معلولية «رفع القلم» لتنزيل عمدته منزلة خطأ البالغ شرعاً، ولا ينتقض بضمان الإتلاف أصلاً، كما أوضحناه قبل أسطر.

(4) أي: لأنّ الاستدلال على سلب عبارة الصبي ليس مبنياً على خصوص علّة رفع القلم حتى يستشكل فيه بضمان الإتلاف. وجه عدم الابتناء ما عرفت من أنّ جملة «عمد الصبي خطأ» وافية بإسقاط أفعاله وأقواله عن الأثر، سواء أكانت علّة لرفع القلم أم معلولة له.

(5) تعليل لقوله: «ليس مبنياً».

(6) هذه نتيجة احتمال كون رفع القلم معلولاً لجعل قصد الصبي بمنزلة العدم.

(7) خروجاً موضوعياً، بأحد وجهين:

الأول: أنّ حديث الرفع - بمناسبة الحكم والموضوع - ينفي الآثار الثابتة للأفعال التي يعتبر فيها قصد الفاعلين، فيخرج مثل الإتلاف الذي لا يعتبر القصد في

فالفهم و اغتنم (1).

ثم إنَّ (2) القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع

سببته للضمان، لأنَّ ذات الإتلاف مع الغصّ عن العمد سبب الضمان، ولذا يترتب على إتلاف فاقد العقل كالمجنون، و على فعل النائم الذي لا يشعر بما يفعله.

فسببئة الإتلاف نظير نواقض الوضوء، فإنَّ ناقضية البول مثلا للوضوء غير منوطة بالقصد و الاختيار، فلا ترتفع بحديث رفع القلم عن الثلاثة.

الثاني: أنَّ الحديث وارد في مقام الامتنان على الأمة الذين هم على السواء بنظر الشارع، فرفع قلم الضمان عن إتلاف الصبي و إن كان منة عليه قطعاً، إلاَّ أنَّه خلاف الامتنان على الكبير الذي تلف ماله، و من المعلوم أنَّه لا ترجيح للصغير على الكبير حتى يقال بعدم سببئة إتلاف الصبي للضمان.

وبهذا يقال أيضا بعدم شمول «رفع الخطأ» في مثل حديث رفع التسعة لإتلاف البالغ خطأ، ضرورة استلزام عدم ضمانه خلاف الامتنان على المالك، هذا.

(1) الأمر بالفهم و الاغتنام إشارة ظاهراً إلى دقة المطلب و تمامية الاستدلال بالحديث على مسلك المشهور.

(2) هذا إشارة إلى الأمر الثاني، و محصله: عدم التنافي بين كون المرفوع عن الصبي مطلق المؤاخذة المترتبة على فعل البالغ، و بين تشريع بعض التعزيرات عليه كإدماء أنامله و قطعها في السرقة المتكررة. و جه عدم التنافي: أنَّ المؤاخذة المرفوعة عنه هي الثابتة في حق البالغين سواء أكانت دنيوية- بأن كانت في النفس كالقصاص أم في المال كالدية- أم أخروية. و هذا لا ينافي تأديبه ببعض العقوبات الدنيوية التي تخفّ عن عقوبة البالغ كما و كيفاً.

قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «و متى سرق من ليس بكامل العقل بأن يكون مجنوناً أو صبياً لم يبلغ- و إن نقب و كسر القفل- لم يكن عليه قطع. فإن كان صبياً عفي عنه مرّة، فإن عاد أدب، فإن عاد ثالثة حكّت أصابعه حتى تدمى، فإن عاد قطعت أنامله،

ص: 48

على البالغين (1)، فلا ينافي (2) ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير (3) [1].

---

فإن عاد بعد ذلك قطع أسفل من ذلك، كما يقطع الرجل سواء» (1). و قطع أصابعه في المرحلة الخامسة وإن كان عقوبة البالغ، إلا أنه عقوبته في سرقة الأولى، وهذا فارق بين تعزير الصبي و حدّ البالغ. وقال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «و مستند هذا القول أخبار كثيرة صحيحة، و عليه الأكثر» (2).

(1) وجهه تقييد الرفع بغاية البلوغ، لقوله عليه السّلام: «حتى يحتلم»، فالمرفوع عن الصبي هو الثابت على البالغ.

(2) ضمير الفاعل راجع إلى قلم المؤاخذة المرفوع.

(3) يعني: بما يراه الامام من التأديب بما دون الحد الثابت على البالغ، فيمكن ثبوته على الصبي.

---

[1] يقع الكلام في تحقيق رابع أدلة المشهور من الروايات المتضمنة لكون عمد الصبي و خطائه واحدا، و هي على ثلاثة مضامين:

الأول: ما يدلّ على ذلك مطلقا من دون تقييد بشيء، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: عمد الصبي و خطؤه واحد» (3).

الثاني: ما يدلّ على ذلك مقيّدا بكون دية الجناية الصادرة عن الصبي خطأ على عاقلته، كخبر إسحاق بن عمار «عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام أنّ عليّا عليه السّلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمل على العاقلة» (4).

---

(1) النهاية و نكتها، ج 3، ص 325.

(2) الروضة البهية، ج 9، ص 222، و راجع أخبار الباب في الوسائل، ج 18، ص 522 الى 526، الباب 28 من أبواب حد السرقة «باب حكم الصبيان إذا سرقوا».

(3) وسائل الشيعة، ج 19، ص 307، الباب 11 من أبواب العاقلة، ح 2.

(4) المصدر، ح 1.

---

و عن علي عليه السلام: «ليس بين الصبيان قصاص عملهم خطأ يكون فيه العقل» «1».

و عن دعائم الإسلام عن علي عليه السلام: «أته ما قتل المجنون المغلوب على عقله و الصبي، فعمدهما خطأ على عاقلتهما» «2» و غير ذلك من الروايات.

الثالث: ما يدلّ على هذا الحكم مع قيد آخر، و هو رفع القلم عن الصبي، كرواية أبي البخري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: «أته كان يقول في المجنون المعتوه الذي لا يفيق و الصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم» «3».

قد يقال: ان الطائفة الأولى تدلّ على عدم الاعتناء بأقوال الصبي و أفعاله، و أنّ وجود ما يصدر عنه كالعدم، في عدم ترتب أثر عليه، فلا يترتب على عقود الصبي و إيقاعاته أثر و إن أذن له الولي أو أجازته، لأنّها كالصادرة من البالغين نسياناً، أو في حال النوم. فكأنّه قيل: عمد الصبي كالعدم، و قصده كالاقتداء.

و لا تنافي بين هذه الطائفة و بين الطائفتين الأخريين حتى يحمل المطلق على المقيّد، ضرورة عدم التنافي بين كون عمد الصبي بمنزلة الخطأ في الجنایات، و بين كون عمده بمنزلة الخطأ في غير موارد الجنایات، فلا وجه لحمل المطلق على المقيّد.

هذا ملخص ما يقال في تقريب الاستدلال بهذه الطائفة من الروايات على سلب عبارة الصبي حتى مع إذن الولي كما نسب إلى المشهور.

لكن فيه أولاً: القطع بعدم إمكان إرادة الإطلاق، و إلا يلزم تأسيس فقه جديد أو يلزم عدم مانعية مبطلات الصلاة و مفطرات الصوم، فإذا أكل أو شرب عمداً و هو صائم، أو أحدث كذلك و هو في الصلاة لزم عدم بطلان صومه و صلاته. و كذا لو زاد عمداً في صلاته، أو سافر قاصداً لقطع المسافة، فإنّه يلزم عدم بطلان صلاته في الأوّل، و عدم

---

(1) مستدرک الوسائل، ج 18، ص 418، الباب 8 من أبواب العاقلة، ح 2

(2) المصدر، ح 4.

(3) وسائل الشيعة، ج 19، ص 66، الباب 36 من أبواب القصاص في النفس، ح 2.

ثبوت القصر في الثاني، بل يلزم عدم مشروعية عبادات الصبي طراً، لأنها قصدية، و المفروض أنّ قصد الصبي كلا قصد على ما استظهره المستدل.

و ثانياً: إنّ الاستظهار المزبور منوط بأن تكون العبارة دالة على نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، «كلا ربا بين الوالد و الولد» حتى يراد عدم ترتب حكم على عمد الصبي كعدمه على خطائه، و يكون المراد أنّ قصده كلا قصد في عدم ترتب أثر عليه.

و ليس الأمر كذلك، لأنّ المقام من تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزلة صاحبه، و ذلك يتوقف على وجود الأثر شرعاً للمنزل عليه، فلا بد أن يكون للخطأ أثر حتى يصح تنزيل العمد منزله، كتزليل الطواف منزلة الصلاة. و من المعلوم أنّه لا مصداق لهذه الكبرى، و هي كون عمد الصبي منزلة خطائه إلاّ الجنايات، لأنّ الجناية الصادرة منه عمداً بمنزلة الجناية الصادرة منه خطأً في كون الدية على العاقلة، فيصح حينئذ تنزيل جناية الصبي عمداً منزلة جنايته خطأً في كون ديتها على العاقلة، و لا مورد لهذا التنزيل في غير الجنايات.

لا يقال: إنّ قد ثبت أثر خاص لكل من العمد و الخطأ في الصلاة، و في تروك الإحرام، حيث إنّ ترك جزء من الصلاة عمداً موجب لبطلان الصلاة، و تركه خطأً غير موجب له، بل موجب لسجدة السهو إن لم يكن المتروك ركناً. و المحرم إذا صاد حيواناً عمداً وجبت عليه الكفارة زائدة على ما إذا صاده خطأً، فلا تختص أخبار تنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ بالجنايات.

فإنه يقال: إنّ تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: ثبوت الأثر لكل من العمد و الخطأ.

ثانيهما: كون أثر الخطأ ثابتاً لغير الفاعل، كما في الجناية الخطائية، فإنّ أثرها- و هو الدية في جناية البالغ خطأ- ثابت على غير الجاني أعني العاقلة. و من المعلوم أنّ مصداقه منحصر باب الجنايات، لفقدان الأمر الثاني- و هو ثبوت أثر الخطأ على غير

---

الفاعل - في الموارد المزبورة، ضرورة أنّ حكم الخطاء فيها كوجوب سجدي السهو ووجوب الكفارة الثابتين على المخطئ البالغ منتف عن الصبي بحديث الرفع، وعلى فرض ثبوته على الصبي ليس ثابتاً على العاقلة.

لكن عن المحقق النائيني قدس سرّه جريان الحديث أعنى عمد الصبي خطأ في كفارات الحج، حيث إنّ ارتكاب محرمات الإحرام عمداً يوجب الكفارة، دون ارتكابها خطأ إلا الصيد. فلكلّ من العمد و الخطاء أثر، فلا يختص الحديث بالجنايات (1).

وفيه: أنّ عدم وجوب الكفارة في الخطأ إنّما هو لعدم الموضوع وهو العمد، بخلاف الجنايات، فإنّها على ثلاثة أقسام: العمدية و الخطائية المحضّة و الشبيهة بالعمد.

فتلخص: أنّ الاستدلال بالمطلقات المتقدمة لإثبات كون الصبي مسلوب العبارة في غير محله.

بقي الكلام فيما يستفاد من قوله عليه السلام في ذيل رواية أبي البخري: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم» فإنّ المصنف قدس سرّه استظهر من هذه الجملة دلالتها على كون الصبي مسلوب العبارة، وأنّ عقده وإيقاعه مع القصد ليسا موضوعين للأثار الشرعية، بل هما كعقد الخاطي و الهازل وإيقاعهما، فلا يختص ما دلّ على كون عمد الصبي خطأ بالجنايات.

و تقريب استظهاره: أنّ قوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «وقد رفع عنهما القلم» إمّا علة لثبوت الدية على العاقلة، يعني: أنّ علة ثبوت الدية على العاقلة لا على نفس الصبي هي رفع القلم عنه إذ لو كان القلم موضوعاً عليه كان نفس الصبي مطالباً بالدية. وإمّا معلول لقوله: «عمدهما خطأ» بمعنى أنّ علة رفع القلم عن الصبي و المجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد في نظر الشارع. فالرواية وإن كان موردها الجناية، إلا أنّ العبرة بعموم العلة لا بخصوصية المورد، فلا يعتد بشيء من الأفعال و الأقوال الصادرة من الصبي

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 173.



والمجنون، لأنهما مسلوبا العبارة في وعاء التشريع، فلا محذور في الأخذ بعموم العلة في سائر الموارد، هذا.

لكن الظاهر عدم تمامية شيء من التقرابين.

أما كونه علة لثبوت الدية على العاقلة، ففيه: عدم الملازمة بينهما فضلا عن العلية.

نعم ثبت في الشريعة المقدسة أن دم المسلم لا يذهب هدرا، لكنه لا يلزم ثبوت الدية على العاقلة، لإمكان أن تكون الدية على جميع المسلمين، أو بيت المال، أو غير ذلك.

و أما كونه معلولا لقوله: «عمده خطأ».

ففيه: - مضافا إلى عدم اقترانه بما يفيد العلية في مقام الإثبات كلفظة «لأن» أو «فان» - أنه إن أريد كون العمده خطأ تكوينيا فلا بأس بعليته لرفع القلم، لأنه بعد فرض عدم صدور الفعل العمدي عن الصبي لا يصلح فعله لأن يكون موضوعا شرعا للأثر.

لكن الأمر ليس كذلك، لكونه كذبا.

فلا بد أن يكون عمده خطأ تنزيلا - لا تكوينيا، بمعنى: أن الشارع نزل عمده الصبي منزلة الخطاء، بأن يراد من التنزيل نفي آثار العمده كالقصاص وشبه العمده كالدية الثابتة في مال الجاني خطأ، وترتيب آثار الخطاء المحض بالنسبة إلى غير الفاعل. وذلك منحصر بالجنايات، لأنها هي التي تترتب على أقسامها الثلاثة - من العمده وشبهه والخطأ المحض - أحكام خاصة.

وإن شئت فقل: إن وجه المناسبة بين قوله عليه السلام: «رفع عنهما القلم» وبين قوله عليه السلام: «عمدهما خطأ» هو أن تنزيل عمده الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: حكم سلبي، وهو عدم ترتب أحكام العمده - من القصاص والدية في ماله - على فعله، وعدم إلزام الصبي بشيء من أفعاله.

والآخر: حكم إيجابي، وهو ترتب أحكام الفعل الخطائي على فعله في خصوص ما إذا كان متوجها إلى الغير كالعاقلة، لا إلى الصبي.

و المتكفل لبيان الأمر الأول هو: «رفع القلم عن الصبي» و لبيان الأمر الثاني هو قوله: «تحمله العاقلة» و هذا معنى رفع القلم، يعني: أنّ قلم التكليف الإلزامية الثابتة للأفعال العمدية على البالغين مرفوع عن الصبي، فعمد الصبي عمد تكويننا و خطأ تشريعنا. فالقصاص مرفوع عن الجنابة الصادرة عنه عمدا، فرفع القلم عن الصبي متمم لقوله: «عمد الصبي خطأ» لا معلول له.

و على هذا فمفاد رواية أبي البخترى موافق لما يستفاد من سائر الروايات المتضمنة لكون الصبي مرفوع القلم.

هذا مضافا الى ضعف سندها بأبي البخترى الذي اسمه وهب بن وهب بن عبد الله بن رمعة بن الأسود، لأنه كان كذابا عامي المذهب. فلا تكون الرواية حجة.

فتلخص من جميع ما تقدم: أنه لا دليل على كون الصبي مسلوب العبارة، بحيث لا يترتب على إنشاءاته العقدية و الإيقاعية أثر أصلا و لو كانت بإذن الولي أو إجازته. مع أنّ الإذن و الإجازة يوجبان إضافة ما أنشأه الصبي إلى الولي كعقد الفضولي.

ثم إنّ المصنف قدس سره أشار إلى فروع:

منها: مسألة إتلاف الصبي و سببته للضمان و عدمها، فإنّه قد يتوهم عدم الضمان، لأنّ عمد الصبي خطأ، و لأنّ قلم التكليف مرفوع عنه حتى يحتلم.

لكن فساد هذا التوهم ظاهر. أمّا الأول فلأنّ تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه إنّما هو في خصوص الأفعال التي لا تكون موضوعة للأحكام الشرعية، إلا إذا صدرت عن فاعليها بالقصد و الاختيار، فلو كان الحكم الشرعي مترتبا على نفس الفعل و إن صدر بلا قصد و عمد كالجنابة الموجبة للغسل و إن حصلت في النوم، و كمباشرة النجاسات الموجبة لنجاسة البدن، و إن كانت المباشرة بغير إرادة و اختيار، و كالأحداث الناقصة للطهارة، فإنّها ناقصة لها و إن صدرت جهلا أو غفلة و بغير اختيار، فإنّ موضوعية هذه الأمور لأحكامها لا تتوقف على صدورها عن قصد و عمد. و من المعلوم أنّ الإتلاف من

هذا القبيل، إذ لم يؤخذ في قاعدته إلا صدق الإلتلاف المعلوم صدقه على الإلتلاف العمدي وغيره.

هذا مضافا إلى ما تقدم من اختصاص الحديث بما إذا كان للفعل العمدي أثر كالجناية العمدية، و للفعل الخطائي أثر آخر بالنسبة إلى غير الفاعل، فيحكم على فعل الصبي حينئذ بحكم الخطاء، و من المعلوم أن الإلتلاف لا يختلف حكمه بحسب العمد و الخطاء، فلا يكون الحديث شاملا للإلتلاف، كما لا يشمل كفارات الحج، لأنّ عدم وجوب الكفارات على الصبي المرتكب لمحرّمات الإحرام إنّما هو من جهة انتفاء الموضوع و هو العمد، فعدم ترتبها على الخطاء الصادر عن البالغ إنّما هو لعدم تحقق العمد، لا لأجل موضوعية الخطاء له كموضوعية الخطاء في باب الجنائيات.

فما عن المحقق النائيني قدّس سرّه «من التمسك بالحديث في كفارات الحج» مما لم يظهر له وجه، لما عرفت من أنّ انتفاء الكفارات عن ارتكاب البالغ خطأ لمحظورات الإحرام إنّما هو لانتفاء موضوعها و هو العمد، لا لأجل الخطاء كما لا يخفى.

و أمّا الثاني أعني: حديث رفع القلم، فلأنّ المراد به كما مرّ أنّ رفع الأحكام الإلزامية عن الصبي. و هذا لا ينافي توجه الأحكام الإلزامية إليه بعد البلوغ، لإمكان موضوعية فعل الصبي لأحكام إلزامية بعد بلوغه، فإنّ جميع الإلزاميات مرفوعة عن الصبي ما دام صبيا، فإذا بلغ توجه إليه وجوب تدارك ما أتلفه في حال الصبا، لأنّ الإلتلاف بعنوانه موجب للضمان و إن كان المتلف صبيا. و ليس الضمان من الأحكام الإلزامية حتى يرفع بحديث رفع القلم.

لا يقال: إن كان الإلتلاف موضوعا لوجوب الأداء بعد البلوغ فليكن بيع الصبي أيضا واجب الوفاء بعد البلوغ.

فإنّه يقال: إنّ بيع الصبي غير نافذ بمقتضى رواية ابن سنان المتقدمة، حيث إن نفوذ أمر الصبي أنيط فيها بالبلوغ، فعقد غير البالغ لا أثر له، هذا.

و منها: تعزيرات الصبي، فإنه لا إشكال في ثبوتها على الصبي. إنما الكلام في أنّ خروجها عن حديث رفع القلم و نحوه هل هو بالتخصيص أم التخصيص؟ قال المصنف قدّس سرّه: «ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير» و حاصله: أنّ المراد بالقلم المرفوع عن الصبي هو رفع التكاليف الإلزامية الثابتة على البالغين، فيكون خروج تعزيرات الصبي عن حديث «رفع القلم» موضوعيا، لعدم ثبوت تلك التعزيرات في حق البالغين، بل هي ثابتة في حق الصبيان لحكمة خاصّة، و هي تأديبهم و صيانتهم عن الضلال.

و يحتمل أن يكون خروج تعزيرات الصبي عن رفع القلم بالتخصيص، بأن يقال:

إنّ رفع القلم يشمل كل حكم إلزامي، و قد خرج عنه تعزيرات الصبي بنصوص خاصة.

و التحقيق أن يقال: إنّ التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسة إمّا أن يؤخذ في موضوعها البالغ، و إمّا أن يؤخذ في موضوعها الصبي، و إمّا أن لا يؤخذ شيء منهما في موضوعها، بأن كان موضوعها الطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي.

فإن كان موضوعها البالغ فهي ترتفع عن الصبي، لعدم الموضوع، فالخروج عن حديث رفع القلم موضوعي.

و إن كان موضوعها الطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي فالخروج حكمي.

و إن كان موضوعها الصبي فهي غير قابلة للرفع، لأنّ مقتضى الشيء لا يكون رافعا له، فلا محالة يخصّص عموم رفع القلم بما دلّ على تلك التعزيرات على الصبي، هذا.

و منها: عدم العبرة بقبض الصبي و إقباضه و إقراره و نذره و إيجاره و ضمانه و غيرها ممّا يعتبر فيه القصد، فإنّ شيئا من تلك الأفعال لا يترتب عليه الأثر إذا صدر عن الصبي، لأنّ قصده كالا قصد. و قد أيّده المصنف بما نقله عن التذكرة.

لكن يرد عليه ما تقدم من عدم دليل على سقوط فعل الصبي و قوله عن الاعتبار مطلقا حتى مع إذن الولي، لأنّ دليل عدم جواز أمر الصبي لا يقتضي إلا عدم جواز

استقلاله في التصرف في أمواله، فكل ما لا يعدّ في العرف تصرفاً في أمواله استقلالاً لا مانع عن جوازه، فيصح تحجيره وحيازته و التقاطه و صيده و إحياءه الموات.

و دعوى «عدم جواز الأمور المذكورة، لاعتبار القصد فيها، و المفروض أنّ قضية عمد الصبي خطأ، هي جعل قصده كالعدم، فلا يترتب على قصده أثر، فما يصدر عن الصبي من الأمور القصدية يكون كالعدم» غير مسموعة، لما عرفت من عدم دلالة «عمد الصبي خطأ» على تنزيل قصد الصبي منزلة عدم القصد، بل إنّما يدلّ على تنزيل العمد منزلة الخطأ الذي هو موضوع لأحكام، و ذلك يختص بباب الجنایات. و لا يدلّ على لغوية قصد الصبي و كونه كالعدم في الأمور التي يعتبر في ترتب الأثر عليها قصدها، هذا.

مضافاً إلى: أنّ اعتبار القصد في بعض الأمور المذكورة كالحيازة و إحياء الموات و الالتقاط غير مسلّم، بل إطلاق مثل «من حاز ملك» و «من أحیی أرضاً ميتة فهي له» و «من سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره فهو أولى به» و نحو ذلك يقتضي عدم اعتبار القصد فيها.

و الحاصل: أنّ عدم ترتب الأثر على الأمور القصدية الصادرة عن الصبي متوقف على أمرين: الأوّل: اعتبار القصد فيها، و الثاني: سقوط قصد الصبي عن الاعتبار.

و قد عرفت عدم اعتبار الأوّل في بعض الأمور المذكورة و عدم سقوط قصد الصبي عن الاعتبار بحيث يعدّ كالمعدوم، لعدم دلالة ما استدل به من مثل قولهم عليهم السلام:

«عمد الصبي خطأ» على ذلك لما مرّ مفصّلاً من أنّ مفاده تنزيل العمد منزلة الخطأ، لا جعل قصده كالعدم.

و قد عرفت عدم تمامية الأمر الثاني، و «أنّ عمد الصبي خطأ» من باب التنزيل و يختص بباب الجنایات، و لا يشمل الأمور القصدية المزبورة، فهي خارجة عن هذا التنزيل، فلا يبقى إلّا ما ورد من «عدم جواز أمر الصبي إلى أن يبلغ» و قد مرّ سابقاً أنّ المراد بعدم الجواز عدم الاستقلال، فلا يشمل التصرف المقرون بإذن الولي

هذا كله مع عدم كون بعض الأمور المزبورة كحيازة المباحات وإحياء الموات قصدياً على ما هو قضية إطلاق أدلتها، هذا.

ثم إنَّ الاستفادة من جملة من النصوص كون قبض الصبي مفيداً للملكية، كحسنة أبي بصير «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يموت ويترك العيال، أيعطون من الزكاة؟

قال: نعم..» (1) الحديث. ورواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: ذرّية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة والفقرة كما كان يعطى أبوهم حتى يبلغوا» (2) الحديث. ومعتبرة يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام «قال: سألته عن رجل عليه كفارة عشرة مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواء، والرجال والنساء، أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ فقال: كلهم سواء» (3) وكموثق يونس بن يعقوب: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عيال المسلمين أعطيتهم من الزكاة، فأشتري لهم منها ثياباً وطعاماً، وأرى أنّ ذلك خير لهم؟ قال: فقال لا بأس» (4) فإنّ ظاهر هذه الروايات وغيرها هو مالكية الصبيان للزكاة والكفارة بمجرد القبض.

هذا مضافاً إلى: ما قيل من قيام السيرة على كون قبض الصبي مفيداً للملكية في الهبة وغيرها.

ثمّ إنّ الظاهر عدم خصوصية لزكاة المال والفقرة والكفارة، فيتعدى إلى سائر الموارد، ويحكم بمملكية القبض في سائر المقامات المعترية فيها القبض.

وهل تنفذ وصية الصبي أم لا؟ فيه خلاف، فعن العلامة في القواعد: «يشترط في

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 155، الباب 6 من أبواب المستحقين للزكاة، ح 1.

(2) المصدر، ح 2.

(3) وسائل الشيعة، ج 15، ص 570، الباب 17 من أبواب الكفارات، ح 3.

(4) وسائل الشيعة، ج 6، ص 156، الباب 6 من أبواب المستحقين للزكاة، ح 3.

---

الموصى البلوغ والعقل والحرية فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميزاً في المعروف وغيره» وهذا القول قد حكي عن السرائر والإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام وغيرهم. لكن عن ظاهر التذكرة واللمعة والنافع والدروس التوقف. وعن المقنعة والمراسم والنهاية و المهذب والغنية وكشف الرموز والإرشاد والروض والكفاية والمفاتيح وأبي الصلاح وأبي علي: أنه تجوز وصية من بلغ عشرة مميزاً في البرّ والمعروف.

و يدل على الجواز روايات:

منها: موثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» (1).

و منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته» (2) الحديث.

و منها: غير ذلك (3).

وهذه الروايات أخص من النصوص الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي، فتخصصها.

نعم في صحة وصيته للغرباء إشكال، لصحيح محمد بن مسلم «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى فلم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام، ولم تجز للغرباء» (4). فإن مقتضى حمل المطلق على المقيّد هو نفوذ

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 429، الباب 44 من أحكام الوصايا، ح 3.

(2) المصدر، ح 2.

(3) المصدر، ح 6.

(4) وسائل الشيعة، ج 13، ص 429، الباب 44 من أحكام الوصايا، ح 1.

---

وصية الصبي لخصوص ذوي الأرحام دون غيرهم، إن لم يثبت الإعراض عن هذه الصحيحة، وإلا فلا وجه للتقييد، بل لا بد من الالتزام بالإطلاق.

و هل يتبع قول الصبي في الإذن بدخول الدار أم لا؟ قال العلامة في التذكرة: «لوفتح الصبي الباب و أذن في الدخول عن إذن أهل الدار و أوصل الهدية إلى انسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه» «1».

و لا- يخفى إنه بناء على المنع عن نفوذ تصرفات الصبي لا- وجه لاستثناء هذين الأمرين، لعدم دخولهما في المستثنى منه، لأن المراد بالمستثنى منه تصرفات الصبي التي تكون موضوعاً لأثر شرعي. و ليس شيء من الأمرين كذلك. أما الأول فلأن جواز الدخول في الدار بإذن الصبي إنما هو لحصول الاطمئنان بإذن أهل الدار من إذن الصبي، لا لأجل اعتبار إذن الصبي، فلو لم يحصل هذا الاطمئنان من قول الصبي لم يجز الدخول كما إذا لم يحصل هذا الاطمئنان من إذن البالغ أيضاً، فالمدار في جواز الدخول على الاطمئنان برضا المالك بالدخول سواء حصل هذا الاطمئنان من قول البالغ أم من قول الصبي.

و الحاصل: أنّ الاذن في الدخول إلى دار الغير ليس في نفسه موضوعاً لجواز الدخول.

و أمّا الثاني و هو إيصال الهدية إلى المهدي إليه فليس أيضاً مرتبطاً بما نحن فيه، إذ ليس مقوماً لعقد الهبة، و لذا يتحقق بواسطة حيوان معلّم.

و بالجملة: فأمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة عن نفوذ أمر الصبي بالتخصيص لا التخصيص.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462، س 30.



و الحاصل: (1) أنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكي في البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمة- بعد انضمام بعضها إلى بعض- عدم (2) الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتر في القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالة ووكالة، و القبض و الإقباض، و كلّ التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار (3).

و قال في التذكرة (4): «و كما لا يصح تصرفاته اللفظية،

---

(1) هذا الحاصل راجع إلى أصل المطلب و هو سلب عبارة الصبي، مستدلاً عليه بالإجماع و النصوص، لكن لما لم تجتمع شرائط الحجية في كل واحد منها بالخصوص- لما تقدم من المناقشة الدلالية في بعض الأخبار، و كذا في انعقاد الإجماع التعبدى- فلذا تصدّى المصنف لإثبات مرامه بدعوى التجابر و انضمام بعضها إلى بعض.

و هذا نظير ما أفاده في بحث الاستصحاب- بعد قصور بعض الأخبار سنداً، كمكاتبة القاشاني، و قصور بعضها دلالة كصحاح زرارة- من دعوى التجابر و التعاضد، و لكنه لا يخلو من شيء تعرضنا له في موضعه (1).

(2) خبر قوله «إنّ مقتضى».

(3) هذا التعميم مبني على عدم اختصاص ما دلّ على «أنّ عمد الصبي خطأ» بالجنايات، و كون المراد به جعل العمد كالعدم، لا تنزيل العمد منزلة الخطأ.

لكن سيأتي في التعليقة خلافه، و أنّ المراد تنزيل أحد الوجوديين منزلة الآخر في الأحكام المترتبة على المنزّل عليه، المستلزم لسلب آثار المنزّل- كالعمد- عن نفسه، فينفى أثر العمد عن عمد الصبي، و يثبت له آثار الخطأ.

(4) غرضه من نقل عبارة التذكرة تأييد ما ذكره من عدم العبرة بما يصدر من الصبي من الأفعال التي يناط ترتب الأثر عليها بالقصد إلى مقتضاها. و قد تضمّنت العبارة فروعاً سيأتي توضيح كلّ منها.

و لا يخفى أنّ المصنف نسب تمام العبارة إلى التذكرة، مع أنّ المذكور فيها مقدار

---

(1) راجع منتهى الدراية، ج 7، ص 242.

كذا لا يصح قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتَّهب له الولي (1)، ولا لغيره (2) وإن أذن الموهوب له بالقبض. ولو قال (3) مستحق الدين للمديون:

---

منها، و الباقي منقول عن النهاية. و ظاهر تعبيره: «قال في التذكرة» النقل عنه بلا واسطة، و لكن لم أظفر ببعض ما نقله في التذكرة.

و الأولى ما حكاه عنه السيد الفقيه العاملي قدس سرّه بقوله: «فروع ذكرها في التذكرة و نهاية الأحكام، قال: و لو اشترى الصبي و قبض و استقرض و أتلف فلا ضمان عليه في الحال و لا بعد البلوغ، لأنّ التصحيح من الدافع. و على الولي استرداد الثمن، و لا يبرء البائع بالرد إلى الصبي. و قال: كما لا تصح تصرفاته اللفظية ..» إلى آخر ما في المتن، فراجع «1».

(1) هذا هو الفرع الأول، و غرض العلامة إسقاط قبض الصبي عن الاعتبار في العقود التي يكون القبض فيها متمماً لتأثيرها، كالهبة و بيع الصرف، و توضيحه: أنّه لو وهب شخص للصبي مالا، أو باعه أحد التقدين و أقبضه إيّاه لم يدخل في ملك الصبي، بل هو باق على ملك الواهب و البائع، سواء أكان الولي قبل الهبة أو البيع أم لا. و الوجه في عدم العبرة بقبض الصبي سقوط أفعاله القصدية عن الاعتبار.

(2) معطوف على «له» المحذوف بعد قوله: «و لا يفيد حصول الملك في الهبة» و هذا إشارة إلى الفرع الثاني، يعني: أنّه لو وهب شخص لغيره مالا، و أذن المتهب للصبي في أن يتسلّم له الهبة و يوصلها إلى المتهب لم يكن قبض الصبي جزء السبب المملّك، فالعين الموهوبة باقية على ملك الواهب ما لم يقبضها المتهب بنفسه أو بواسطة وكيله البالغ، و لا فرق في عدم العبرة بقبض الصبي بين إذن وليّه في القبض و عدمه.

(3) هذا هو الفرع الثالث ممّا يتفرّع على عدم العبرة بقبض الصبي، و توضيحه أنّ زيدا لو كان مديونا لعمر و ممّا من الحنطة مثلا، فقال له الدائن: سلّم حقي إلى هذا الصبي، فسلم المديون مقدار حقّه إلى الصبي لم يبرء المديون عن دينه، لأنّ الدين كلّّي في الذمة، و لا يتعين حقّا للدائن إلا بقبض صحيح، و المفروض أنّ قبض الصبي

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 172.

ص: 62

سَلِّم حَقِّي إلى هذا الصبي، فسَلِّم مقدار حقه إليه لم يبرء عن الدين، وبقي المقبوض على ملكه، ولا ضمان (1) على الصبي، لأنَّ المالك ضيَّعه حيث دفعه إليه، وبقي الدين، لأنَّه (2) في الذمة، ولا يتعيَّن إلاَّ بقبض صحيح، كما لو (3) قال: إرم حقي في البحر، فرمى مقدار حقه. بخلاف (4) ما لو قال للمستودع: سلِّم مالي إلى

---

كالعدم، فلا يترتب عليه ما يترتب على قبض البالغ من تعين الكلِّي الذمِّي في المقبوض.

ولو تلف المال بيد الصبي لم يضمنه، بل يتلف من مال المديون الذي ضيَّع ماله بدفعه إلى الصبي.

وعليه فقَبض الطفل لا يوجب تعيَّن الكلِّي الذمِّي في المقبوض. كما أنَّ الخمس لا يتعيَّن إلاَّ بقبض صحيح من المستحق أو وليه أو وكيله، فلا تفرغ الذمة لو دفعه إلى من زعم استحقاقه، فبان عدمه واقعا.

وحيث إنَّ الإلقاء في البحر ليس قبضا للدين إلى الدائن- ما لم يرجع إلى التوكيل في القبض ثم الرمي فيه- فالكلِّي المملوك للدائن باق في ذمة المديون.

وهذا بخلاف الأمر بإلقاء عين شخصية في البحر أو تسليمها إلى الصبي، كما في الوديعة، فلو قال المودع للمستودع: «سلِّم حَقِّي إلى هذا الطفل» ففعل الودعي لم يكن عليه شيء، لفرض كون العين الشخصية ملكا للمودع، من دون توقف ملكيته لها على القبض الصحيح. و لما كان المالك سلطانا على ماله جاز له الإذن في إتلافه أو إقباضه من الصبي، وهذا هو الفارق بين العين الشخصية والكلية.

(1) يعني: لا ضمان على الصبي لو تلف عنده أو أتلفه. والوجه في عدم الضمان استناد التصنيع إلى المالك الدافع ماله إلى صبي أسقط الشارع قبضه عن الاعتبار.

(2) أي: لأنَّ الدين كلِّي في ذمة المديون، ويتوقف الفراغ منه على قبض صحيح منتف حسب الفرض.

(3) غرض العلامة قدس سره تنظير عدم تعيين الحق- بقبض الصبي- بالأمر بإلقاء مقدار من المال في البحر.

(4) هذا بيان الفارق بين العين الشخصية والكلية، وقد عرفته آنفا.

الصبي أو ألقه في البحر، لأنه امتثل أمره في حقّه المعين.

ولو كانت (1) الوديعة للصبي، فسلمها إليه ضمن وإن كان (2) بإذن الولي، إذ ليس له (3) تضييعها بإذن الولي.

وقال أيضا (4): «لو عرض الصبي دينارا على الناقد لينقده أو متاعا إلى

(1) هذا فرع رابع من فروع قبض الصبي. و توضيحه: أنّ وليّ الطفل لو جعل مال الصبي وديعة عند شخص، ثم قال له: سلّمه إلى الصبي، ففعل الودعي، كان ضامنا، لأنّ قبضه بمنزلة العدم، فإقباضه إيّاه تضييع للمال. ولا عبرة بإذن الولي في التسليم المضيع، لأنّ وظيفة الولي حفظ مال المولّى عليه و مراعاة مصلحته، و دفع المال إلى الصبي خلاف مصلحته، لأنّه في معرض الخطر و التلف، فالدفع إلى الصبي كالأمر بإلقاء ماله في البحر في ترتب الضمان عليه.

(2) أي: وإن كان تسليم الوديعة إلى الصبي بإذن الولي.

(3) أي: ليس للودعي تضييع الوديعة وإن كان الولي أذن له في التضييع.

(4) أي: قال العلامة. و هذا فرع خامس من فروع قبض الصبي، و توضيحه:

أنّه لو عرض الصبي دينارا على صرّاف ليصرفه دراهم، لم يجوز للصرّاف ردّ الدينار أو الدراهم إلى الصبي، بل يجب الرد إلى الولي، لكون قبض الطفل كلا قبض.

نعم لو أمره الولي بالدفع إلى الصبي فأقبضه الصرّاف، فإن كان الدينار للولي بريء الصرّاف بالإقباض إلى الطفل، لكونه مالا متعيّنا أذن مالكه له بدفعه إلى الصبي، كما لو أذن بالقائه في البحر أو إحراقه. وإن كان الدينار للصبي لم يجوز للصرّاف دفعه إليه اعتمادا على إذن وليّه، لما تقدم في الفرع الرابع من اعتبار رعاية صلاح المولّى عليه، و لا مصلحة في إقباض المال إلى الصبي، لكونه في عرضة التلف و الضياع.

و كذا الحال لو عرض الصبي متاعا على مقوم لتعيين سعره، فأخذ المقوم، فلا يجوز ردّه إلى الصبي، على نحو ما تقدّم في الدينار.

مقوم ليقومه، فأخذه لم يجز (1) له رده إلى الصبي، بل إلى وليه (2) إن كان، فلو أمره (3) الولي بالدفع إليه فدفعه إليه بريء من ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر، فإنه يلزمه (4) ضمانه.

وإذا (5) تباع الصبيان وتباضوا، وأتلف كل واحد منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين» ويأتي في باب الحجر تمام الكلام «1» «و لو فتح (6) الصبي الباب و أذن في الدخول على أهل الدار، و أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه» «2» انتهى كلامه رفع مقامه.

---

(1) أي: لم يجز للناقد أو المقوم.

(2) المراد به الأب والجد، وإلا فالولي العام وهو الحاكم الشرعي موجود على كل حال.

(3) أي: فلو أمر الولي الناقد أو المقوم بالدفع إلى الصبي بريء الناقد أو المقوم من الضمان إن كان المال للولي، وإلا فلا.

(4) أي: يلزم الملقى - وهو الناقد أو المقوم - ضمان مال الصبي، و ضمير «فإنه» للشأن.

(5) هذا فرع سادس، و توضيحه: أنه إذا تباع صبيان، و قبض المشتري المبيع، و البائع الثمن، و أتلف كل منهما ما قبضه، فإن كان البيع و الشراء بإذن الوليين كانا ضامين، لإذنهما في القبض المضمّن المنتهى إلى الإلتلاف. و إن كان بدون إذنهما كان الضمان على الصبيين، لقاعدة الإلتلاف الموجب ل ضمان المتلف و إن كان صبيًا. و ليس هنا إذن من الولي يرفع الضمان عن الصبيين.

(6) هذا فرع سابع، و هو مخالف لما تقدّم من إسقاط أقوال الصبي و أفعاله عن

---

(1) هذه العبارة للسيد العاملي، لا من العلامة في التذكرة و نهاية الاحكام.

(2) نهاية الاحكام، ج 2، ص 454.

ص: 65

[1- التفصيل في معاملة الصبي بين الخطير و الحقير]

ثم إنّه ظهر مما ذكرنا (1) أنّه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، لما عرفت من عموم النص و الفتوى، حتّى (2) أنّ

الاعتبار. و غرضه قيام السيرة على الاعتماد المزبور، فبالسيرة التشريعية يثبت ما قامت عليه السيرة من الإذن في الدخول على أهل الدار و إدخال الهدية الى المهدي له بإذن مهديها «1».

هذا تمام كلام في الاستدلال لمذهب المشهور من بطلان إنشاء الصبي و سلب عبارته، و سيأتي الكلام في ردّ بعض الأقوال في المسألة.

بعض الأقوال الأخرى في المسألة 1- التفصيل في معاملة الصبي بين الخطير و الحقير

(1) من قوله قبل أسطر: «و الحاصل: أنّ مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكي في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدمة .. إلخ» فإنّ مقتضى ذلك، عدم الفرق في المنع عن معاملات الصبي بين المحقرات و غيرها، لشمول إطلاق تلك الأدلة للمحقر و غيره، لعدم تقييد مثل «عدم جواز الأمر، و رفع القلم و كون عمد كلاء عمد، بل و الإجماع أيضا» بالأموال الخطيرة.

و هذا تمهيد لردّ جملة من الأقوال في المسألة كقول المحدّث الكاشاني من التفصيل بين المحقرات و غيرها، و تفصيل صاحب الرياض بين استقلال الصبي في المعاملة، فتبطل و بين آليته لمعاملات الوليّ فيصحّ، و يترتب الملك عليه، و قول الشيخ الفقيه كاشف الغطاء بترتب الإباحة على معاملة الأطفال المأذونين، دون الملك، و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(2) لمّا كان ظاهر فعل أبي الدرداء نفوذ بيع الصبي للأشياء الحقيرة كالصّفور، و كان موافقا لدعوى المحدّث الكاشاني، تصدّى المصنّف لردّه بما أفاده العلامة قدّس سرّه من وجوه ثلاثة:

(1) هذا الفرع المذكور في التذكرة، ج 1، ص 464، س 30 و في نهاية الاحكام، ج 2، ص 454.

العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية- أنّ أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبيّ فأرسله- ردّها (1) بعدم الثبوت و عدم الحجية، و توجيهه (2) بما يخرج عن محل الكلام.

و به (3) يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من: «أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للخرج» انتهى «1»، فإنّ

---

الأوّل: عدم ثبوت أصل القضية، لضعف السند.

الثاني: أنّ شراء أبي الدرداء ليس حجة شرعا، لأنّه ليس من السنة التي هي قول المعصوم عليه السّلام و فعله و تقريره.

الثالث: توجيه الواقعة بما يخرج عن البيع الجدّي من الصبي، و ذلك لاحتمال علمه بعدم مالكية الصبي للعصفور، فاشتراه أبو الدرداء منه ليستنقذه، و من المعلوم توقف البيع على مالكيّة البائع للمبيع، أو الوكالة عنه أو الولاية عليه، فمع العلم بعدم مالكيته و نحوها له لم تنشأ المعاملة الجدّية. و عليه فإعطاء الثمن للصبي ليس إلّا مقدّمة لإرسال العصفور و استنقاذه، هذا.

و لا يخفى أنّ العلامة اقتصر على وجهين، و لم يتعرض لضعف السند و عدم ثبوت القضية، فقال في ردّ المالكية: «و فعله- أي فعل أبي الدرداء- ليس حجة.

و جاز أن يكون قد عرف أنّه ليس ملكا للصبي، فاستنقذه منه» (2).

(1) جواب «لما» الظرفيّة، و ضمير «ردّها» راجع الى «حكاية».

(2) بالجرّ معطوف على «عدم» و هذا موهن ثالث لصحة بيع الصبي للشّيء الحقير. و قد عرفت أنّه في عبارة التذكرة موهن ثان لا ثالث.

(3) أي: بما تقدم من قوله: «و الحاصل: أنّ مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكي .. إلخ» و غرضه منع مستند المحدث الكاشاني، و هو قاعدة نفي الخرج،

---

(1) مفاتيح الشرائع، ج 2، ص 46 و الحاكي عند هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 170

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 80، س 24.

الحرص ممنوع، سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقّرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيقية.

ثم لو أراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة فالظاهر (1) كونه مخالفا للإجماع.

---

بتقريب: أنّ الحكم بفساد معاملة الصبيان في المحقّرات يستلزم الحرج على البالغين إذا باشروا شراء جميع ما يحتاجون إليه كالخضراوات و البيضنة و نحوها، و لما كانت القاعدة حاكمة على إطلاق الأدلة القاضية بسلب عبارة الصبي فلذا يختص المنع بالأمر الخطيرة، هذا.

وقد ناقش المصنف قدس سرّه فيه بمنع الحرج صغويا، سواء أريد لزوم الحرج في طرف المشتري بأن يقع الأولياء في العسر لو تصدّوا لشراء جميع ما يحتاجون إليه حتى المحقّرات. أم أريد لزومه في طرف البائع، كاعتقاد أرباب الدكاكين تفويض بيع الأشياء اليسيرة إلى الأطفال، فالحكم بفساد معاملتهم حرج على البائعين.

فالحقّ أنّه لا حرج في شيء من المقامين.

هذا لو كان نظر المحدث الكاشاني إلى جواز معاملة الصبيان في المحقّرات بإذن أوليائهم، مستندا إلى نفي الحرج، و قد عرفت عدم لزومه.

و لو كان مقصوده إثبات استقلالهم في بيع المحقّرات و شرائها بأموالهم - من دون مراجعة أوليائهم - فهو ممنوع جدّا، لمخالفته للإجماع، إذ القدر المتيقن منه عدم استقلالهم في المعاملة بأموالهم، للحجر. فيبعد التزام المحدث الفيض بتجويز معاملتهم في المحقّرات بالاستقلال لمجرّد الحرج، هذا.

(1) جواب قوله: «لو أراد» و قد عرفته آنفا.



وَأَمَّا (1) مَا وَرَدَ فِي رِوَايَةِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «قَالَ: وَنَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنْ كَسْبِ الْغُلَامِ الصَّغِيرِ الَّذِي لَا يَحْسُنُ صِنَاعَةَ بِيَدِهِ» مَعْلَلًا

(1) غَرَضُهُ قَدَّسَ سِرَّهُ تَوْجِيهَ رِوَايَةِ السَّكُونِيِّ بِمَا لَا يَدُلُّ عَلَى نَفُوضِ مَعَامَلَةِ الصَّبِيِّ. أَمَّا تَقْرِيْبُ دَلَالَتِهَا عَلَى وَجُودِ الْمُقْتَضِيِّ لِلصَّحَّةِ فِي مَعَامَلَاتِهِ فَبُجُوهُ تَسْتَفَادُ مِنْ فِقْرَاتٍ ثَلَاثٍ:

الأولى: الحُكْمُ بِالكَرَاهَةِ الْمَدْلُولِ عَلَيْهَا بِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنْ كَسْبِ الْغُلَامِ الَّذِي لَا يَحْسُنُ صِنَاعَةَ، عَلَى مَا عَلَيْهِ الْمَشْهُورُ، بِلِحَاطِ احْتِمَالِ سَرَقَتِهِ، وَهَذَا كَالنَّهْيِ التَّنْزِيهِيِّ فِي صَدْرِ الرِّوَايَةِ عَنْ كَسْبِ الْإِمَاءِ مَعْلَلًا «بِأَنَّهَا إِنْ لَمْ تَجِدْ زَنْتًا» مَعَ أَنَّهُ لَا رَيْبَ فِي نَفُوضِ مَعَامَلَتِهَا، فَلَيْسَ مَا اكْتَسَبْتَهَا مُحَرَّمًا بِقَوْلٍ مُطْلَقٍ. وَ مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ كَرَاهَةَ التَّصَرُّفِ تَدُلُّ عَلَى اقْتِضَاءِ مَعَامَلَةِ الصَّبِيِّ لِلصَّحَّةِ، إِذْ لَوْ كَانَ التَّصَرُّفُ فِي مَا اكْتَسَبَهُ حَرَامًا كَانَتِ الرِّوَايَةُ دَلِيلًا عَلَى عَدَمِ نَفُوضِ مَعَامَلَتِهِ وَبَقَاءِ مَكْسُوبِهِ عَلَى مَلِكٍ مِنْ تَعَامُلٍ مَعَ الصَّبِيِّ، فَعَدَمُ تَحْرِيمِ التَّصَرُّفِ فِي مَا اكْتَسَبَهُ شَاهِدٌ عَلَى كَوْنِ الصَّبِيِّ مَالِكًا لَمَّا اكْتَسَبَهُ.

وَالْوَجْهُ فِي عَدَمِ التَّحْرِيمِ كَوْنُ احْتِمَالِ السَّرْقَةِ شَبْهَةً مَوْضُوعِيَّةً بِدَوِيَّةٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بِيَدِ الْغُلَامِ، وَ هِيَ مُجْرَى قَاعِدَةِ الْحَلِّ.

الثانية: تَقْيِيدُ مَوْضُوعِ الْكَرَاهَةِ بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ لَا يَحْسُنُ صِنَاعَةَ بِيَدِهِ» فَإِنَّ التَّقْيِيدَ كَاشَفَ عَنِ عَدَمِ فِسَادِ مَعَامَلَةِ الْغُلَامِ مِنْ أَصْلِهَا، فَلَوْ كَانَ إِشْأُوهُ لَغَوَا شَرْعًا وَ سَاقَطَا مِنْ أَصْلِهِ لَغَا تَقْيِيدُ مَوْضُوعِ الْكَرَاهَةِ بِعَدَمِ عِرْفَانِ صِنَاعَةِ، لِفِرْضِ حَرْمَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَا اكْتَسَبَهُ مُطْلَقًا سِوَاءَ أَحْسَنِ صِنَاعَةٍ أَمْ لَمْ يَحْسُنْهَا.

الثالثة: تَعْلِيلُ النَّهْيِ عَنِ الْكَسْبِ «بِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَجِدْ سَرَقًا» وَ تَقْرِيْبُهُ: أَنَّ الْعِلْمَ بِسَرْقَةِ مَا بِيَدِ الْغُلَامِ فِي رَتْبَةِ الْمَانِعِ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَا اكْتَسَبَهُ، وَ مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ تَعْلِيلَ النَّهْيِ بِوُجُودِ الْمَانِعِ فِرْعَ تَمَامِيَّةٍ الْمُقْتَضِي لِمَالِكِيَّتِهِ لَمَّا اكْتَسَبَهُ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ كَسْبُهُ نَافِذًا حَرَمَ التَّصَرُّفَ فِيهِ حَتَّى مَعَ الْعِلْمِ بِعَدَمِ سَرَقَتِهِ. وَ عَلَيْهِ فَالتَّعْلِيلُ الْمَزْبُورُ دَالٌّ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ كَسْبِ الْغُلَامِ بِالْبَيْعِ وَ الشَّرَاءِ وَ الْإِجَارَةِ وَ الصَّلْحِ وَ نَحْوِهَا. وَ هَذَا يَنَافِي

مختار المشهور من بطلان عقد الصبي.

وقد دفع المصنف هذا الاستدلال بأجنية الرواية عن المقام- وهو نفوذ معاملة الصبي- وبيانه: أنّ الكسب المنهي عنه تنزيها إن أريد به معناه المصدري من بيع و شراء و تجارة و نحوها من أنحاء تحصيل المال كانت الرواية حجة على نفوذ معاملته، للوجه الثلاثة المتقدمة. و إن أريد به معناه الاسمي أي مكسوب الغلام- و ما وقع بيده- لم تنفع الرواية لإثبات صحة إنشاءاته.

و ظاهر التعليل لأنه «إن لم يجد سرق» إرادة الكسب بمعناه الاسمي أي ما حصّله بأحد الأنحاء، فالتصرف في المال الواقع تحت يد الغلام محكوم بالكراهة، لاحتمال سرقة.

و بناء على إرادة الكسب بمعنى المكسوب- لا المعنى المصدري- نقول: بأنه لم يفرض في الرواية كراهة معاملة الصبي حتى يستكشف نفوذها و صحتها، بل المهم الحزاة في التصرف في ما بيد الغلام، سواء حصّله بدون معاملة كالالتقاط المترتب عليه الملكية حتى بدون اعتبار قصد التملك بفعله، كي يقال: بعدم اعتبار قصده شرعا.

و كذا لو حصّله بحيازة مباح كالصيد.

أو صار مالكا لما بيده بمعاملة صحيحة من الولي، كما إذا أجر الغلام لعمل محترم، فإنّ الأجرة المسماة ملك الأجير.

أو صار مالكا لا-جرة المثل كما إذا أجره الولي بإجارة فاسدة اختلّ بعض شرائط الصحة فيها. أو أجر الصبي نفسه لعمل محترم، أو أمره شخص بعمل كذلك، فإنّ الصبي يملك اجرة المثل في هذه الموارد الثلاثة، و هذه الأجرة هي كسبه الذي يكره التصرف فيه.

و على كلّ حال فجاوز التصرف في هذه الموارد لا يكشف عن نفوذ معاملة الصبي بما هو صبي. فالرواية قاصرة عن إثبات مقصود المستدل، هذا.

«بأنه إن لم يجد سرق» فمحمول (1) على عوض كسبه من التقاط أو اجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي (2) بغير إذن الولي، أو عن (3) عمل أمر به من دون إجارة، فأعطاه المستأجر أو الأمر اجرة المثل، فإن هذه (4) كلّها مما يملكه الصبي (5). لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها (6)، لاحتمال (7) كونها من الوجوه المحرّمة (8). نظير رجحان الاجتناب عن

---

(1) جواب قوله: «و أمّا ما ورد» وقد عرفت عدم ظهور النهي عن كسب الغلام في الكسب بمعناه المصدري أي المعاملة، بل المراد معناه الاسمي - بقرينة التعليل - وهو المال الحاصل في يده، و لو لم يتوقف حصوله فيها على مباشرة الصبي للبيع و الشراء و الإجارة.

(2) إذا أجر الصبي نفسه للغير كانت إجارته فاسدة، و لا يستحق الأجرة المسماة، و لكنه يستحق اجرة المثل.

(3) كما إذا أمر شخص صبيًا بعمل محترم كحلق رأسه، ففعل، فله اجرة المثل لئلا يضيع عمل العامل.

(4) المشار إليه هو المذكورات من عوض الالتقاط و الأجرة المسماة و اجرة المثل.

(5) يعني: مع فرض عدم نفوذ معاملة الصبي، فجواز التصرف في هذه الموارد لا يدلّ على نفوذ تصرفات الصبي.

(6) هذا الضمير و ضمير «اجتنابها» راجعان إلى المذكورات من الأجور و عوض الالتقاط.

(7) تعليل لاستحباب الاجتناب عن الأموال التي اكتسبها الصبي بأجرة و نحوها.

(8) كالسرقة المذكورة في الرواية.

أموال غيره ممّن لا يبالي بالمحرمات (1).

وكيف كان (2) فالقول المذكور في غاية الضعف.

## 2- التفصيل بين استقلال الصبي وآلّيته

نعم (3) ربّما صحّح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبيّ

(1) يعني: مع احتمال وجود الحرام فيه باحتمال غير منجّز، وإلا فمع العلم بالحرام يجب الاجتناب عنه.

(2) يعني: سواء تمّ حمل رواية السكوني على ما اكتسبه الصبي بأجرة وحياسة مباح ونحوهما، أم لم يتم، فالتفصيل - بين الأشياء اليسيرة بصحة معاملة الصبي فيها، وبين الخطيرة بعدم الجواز - في غاية الضعف.

ثم لا يخفى أنّ ذكر رواية السكوني هنا ظاهر في كونها من جملة أدلة المحدث الكاشاني على نفوذ معاملة الصبي في المحقرات. مع أنّها أجنبية عن التفصيل بين الأشياء الخطيرة والحقيرة. فإنّ تمّت دلالتها بأحد الوجوه الثلاثة كانت حجة على صحة معاملة الغلام وتملكه لما يكتسبه قليلا أو كثيرا. وإن لم تتم لم تصلح لإثبات جواز اكتسابه القليل أيضا، فلاحظ.

## 2- التفصيل بين استقلال الصبي وآلّيته

(3) بعد أن أبطل تصرفات الصبي من حيث كونها تصرفا أراد تصحيحها بغير عنوان التصرف الموضوع للأثر الشرعي، و حصل ما أفاده في الرياض و مفتاح الكرامة: أنّ الصبي يكون آلة لمن يصحّ له التصرف من البالغ العاقل، لا أن يكون أحد طرفي المعاملة، فتقع المعاملة بين البالغين العاقلين، ويكون الصبي كالحيوان الموصل لأحد العوضين إلى من انتقل إليه المال.

قال في الرياض - بعد ما استدل بالنصوص المتقدمة على عدم جواز تصرف الصبي - ما لفظه: «نعم الأظهر جوازه في ما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية، لتداوله في الأعصار والأمصاّر السابقة واللاحقة من غير نكير، بحيث يعدّ مثله إجماعا من

بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف «من جهة استقرار السيرة (1) واستمرارها على ذلك».

وفيه إشكال (2) من جهة قوّة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في سيرهم الفاسدة (3).

---

المسلمين كافة. لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة، فإنّه الذي يمكن فيه دعوى اتقاق الأمة» (1).

و ظاهره قابلية الصبي المأذون للإشياء، اعتمادا على السيرة التي لا بدّ من اختصاصها بما هو المعتاد، فلا سبيل لآيته في الأشياء الخطيرة، هذا.

و الفرق بين كلامي الرياض و المفاتيح هو: أن المحدث الكاشاني يرى نفوذ معاملة الصبي في المحقرات، و ظاهره استقلاله في التصرف دفعا للحرّج المنفي في الشريعة المقدسة، و صاحب الرياض يرى نفوذه لا من جهة استقلاله، بل لآيته اللولي.

(1) لمّا كانت دليلية السيرة- بعد تحققها أوّلا- منوطة بامضائها شرعا فلذا ادّعى سيّد الرياض استقرارها، و استمرارها إلى عصر المعصوم عليه السّلام لإحراز الإمضاء و لو بعدم الردع.

(2) أورد المصنف على صاحب الرياض بوجهين:

أحدهما: عدم اعتبار سيرة المسلمين هنا، لقوة احتمال كونها حادثة و صادرة ممّن يتساهل بأحكام الشرع. و مثلها لا يصلح لتقييد إطلاق الأدلة المانعة عن معاملة الصبي.

و ثانيهما: أنّ عنوان «ما جرت به العادة» إحالة على المجهول، لعدم كونه منضبطا في نفسه، بل يختلف بحسب أعمار الأطفال كما سيأتي مثاله في المتن.

(3) كسير المسلمين قديما و حديثا على ارتكاب كثير من المناهي و إشاعتها

---

(1) رياض المسائل، ج 1، ص 511، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 171.

و يؤيد ذلك (1) ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال- بحيث لا يعلم الولي أصلا- و معاملتهم (2) لأولائهم على سبيل

كالقمار والرشي و حلق اللحي و الكذب و الغيبة و نحوها، فهل تكون هذه ممضاة حتى تعدّ حجة على الحكم الشرعي؟

(1) أي: و يؤيد كون السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدين. وجه التأيد:

أن سيرة المسلمين استمرت على أمور لا سبيل للالتزام بها.

منها: التعويل على معاملة الصبيان، سواء بلغوا حدّ التمييز أم لا.

و منها: التسوية بين الأطفال و بين المجانين في الاعتماد على معاملاتهم.

و منها: الاعتماد على معاملة الأطفال سواء عاملوا بأموال أنفسهم- أي مستقلا- بحيث لا يعلم أولياؤهم بما يفعلون، أم عاملوا للأولياء، بأن كان الصبيان آلات لهم.

مع أنه لا- شك في سقوط هذه السير العملية عن الاعتبار شرعا، إذ لا- أقل من حجر المجنون و الصبي، فكيف يستقل كل منهما في التصرف؟

و الظاهر أن الوجه في جعل هذه السيرة الفاسدة مؤيدة لا حجة هو: أن الغرض إسقاط السيرة التي اعتمدها السيّدان الجليلان صاحبها الرياض و المفتاح.

و يكفي في وهنها قوة احتمال صدورها من أهل التسامح بأحكام الشرع. و أما سيرتهم على تسوية المجنون و الطفل و نحوهما فهي و إن كانت فاسدة قطعاً، إلا أنه لا تلازم بين و هن هذه و بين و هن سيرتهم على قبول معاملة الصبي فيما جرت به العادة بشرط كونه آلة للولي، فيمكن التفكيك بحجّة إحدى السيرتين دون الأخرى. نعم لا بأس بالتأييد من جهة المماثلة.

(2) بالجر معطوف على «بين معاملتهم» يعني: استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال، و بين معاملتهم لأولائهم على نحو الآلية.

الآلية. مع أنّ هذا (1) مما لا ينبغي الشك في فساده، خصوصاً الأخير (2).

مع (3) أنّ الإحالة على «ما جرت العادة به» كإحالة على المجهول، فإنّ الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كلّ صبي ماهر [ما هو] فطن فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكلون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل، أو بيع بيضة دجاج بفلس، وإلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما. وإلى من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجارة في الأسواق و البلدان. ولا يفرّقون بينه وبين من أكمل خمسة عشر سنة. ولا يكلون إليه شراء مثل القرى والبساتين وبيعها إلّا بعد

---

(1) يعني: التعميم المزبور ممّا لا ينبغي الشك في فساده.

(2) وهو عدم الفرق بين معاملتهم بالاستقلال لأنفسهم ولأولياتهم على سبيل الآلية.

(3) هذا إشكال آخر على صاحب الرياض، وهو أنّه لو سلّم اعتبار السيرة قلنا إن عنوان «ما جرت به العادة» مجهول الحدّ، إذ لم تجر العادة على معاملة الصبيان مبلغاً معيّناً بحيث لا يتجاوزونه إلى أزيد منه، لاختلافهم في المقدار بحسب أعمارهم و فطانتهم، فالأولياء يهتمهم عدم غبن الأطفال في المعاملة، فربّما يكون ما جرت به العادة بالنسبة إلى أبناء ست سنين شراء باقة من الخضراوات بثمان بختس، أو شراء بيضة دجاج، وبالنسبة إلى أبناء ثمان سنين شراء أقرص خبز أو قليل من اللحم، وبالنسبة إلى المراهقين و أبناء أربعة عشر سنة شراء الثياب و الحيوان ونحوهما ممّا يبلغ ثمنه دنانير.

و حينئذ نسأل صاحب الرياض ما المراد ب «ما جرت به العادة» فإنّ هذه الموارد كلّها مما جرت به العادة، كلّ منها بحسب عمر الصبي. فإمّا أن يلتزم بالتفصيل بين سنّي الأطفال، وهو بعيد. وإمّا أن يقتصر على عنوان «ما جرت به العادة» وهو مجهول.

أن يحصل له التجارب. ولا أظنّ أنّ القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل (1).

وكيف كان فالظاهر أنّ هذا القول (2) أيضا مخالف لما يظهر منهم.

وقد عرفت (3) حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه، مع كونه غالبا في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، وكذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالبا.

### [3- إفادة معاملة الصبي لإباحة التصرف]

وقال كاشف الغطاء رحمه الله (4)- بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة

(1) يعني: فإذا لم يلتزم بهذا التفصيل فلا بدّ من إرادة ما جرت السيرة والعادة عليه في الجملة، وهو الإحالة على المجهول.

(2) أي: قول صاحبي الرياض و مفتاح الكرامة- بنفوذ تصرفات الصبي إذا كان آلة لمن له أهلية التصرف- مخالف للمشهور، كمخالفة قول المحدث الكاشاني له.

(3) غرضه التنبيه على أنّ تصحيح معاملات الصبي فيما إذا كان آلة خلاف ظاهر كلماتهم من عدم نفوذ معاملاته وأفعاله، حيث إنّ العلامة قدّس سرّه ذكر منع تصرفه- في المال- في موارد يكون فعل الطفل فيها كالآلة للولي، وهذا يكشف عن عدم كون الصبي كالآلة.

### 3- إفادة معاملة الصبي لإباحة التصرف

(4) غرضه من نقل كلام كاشف الغطاء قدّس سرّه أنه كالمشهور التزم بعدم صحة معاملة الصبي بحيث يكون أحد طرفي العقد إيجابا أو قبولا، لكن التزم بإباحة التصرف في معاملة الصبي إذا ثبت إذن الأولياء للصبيان في إعطاء المتاع للمشتري، والاذن له في التصرفات، فيكون الآخذ موجبا للمعاملة من طرف ولي الصبي وقابلا لنفسه.



ووكالة- ما لفظه: «نعم ثبت الإباحة في معاملة المميّزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء، خصوصا في المحقرات» ثم قال: «و لو قيل بتملك الآخذ (1) منهم، لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات (2) فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا» (1) انتهى.

أمّا التصرف (3) و المعاملة بإذن الأولياء سواء كان على وجه

---

و هذا قول ثالث- مما عدا المشهور- في المسألة، وقد نفى البعد في آخر كلامه عن حصول الملك لمن يتعامل مع الصبي، بالشرطين المزبورين، وهما التمييز، فلا- عبرة بآلية الطفل غير المميّز. والعلم أو الظن بإذن الولي، فالمبيح للمأخوذ من الصبي هو الولي الآذن في المعاملة، لا نفس الصبي المشئ لها بالقول أو بالمعاطاة.

(1) يعني: أنّ الآخذ من الصبي مأذون من قبل الولي في التصرف في المأخوذ بأنحاء التصرفات، التي منها الوكالة عن الولي في إيجاب البيع، ثم قبوله أصالة لنفسه.

وبناء على هذا لا شأن للصبي في المعاملة أصلا، وإنّما يكون جلوسه مقام وليّه كاشفا محضا عن إذنه العام لمن يشتري من الصبي ويأخذ منه. ولا- ريب في اقتضاء هذا الإذن العام للملك لا- للإباحة المجردة، غايته استكشاف التوكيل بالعلم أو الظن الحاصل من جلوس الأطفال، ولا ضير فيه.

(2) يعني: حتى التصرف التملكي بعوض يدفعه إلى الصبي ليسلمه إلى وليّه.

(3) اعترض المصنف على قول كاشف الغطاء قدّس سرّهما: «نعم ثبت الإباحة في معاملة المميّزين ..» بما حاصله: أنّ الإباحة إمّا تحصل بنفس إنشاء الصبي- قولاً أو فعلا على- نحو الموضوعية، وإمّا تحصل به على نحو الطريقية والكشف عن إذن الولي.

و الأول خلاف المشهور، بل ادّعى العلامة الإجماع على حجر الصبي عن كل تصرف عدا أمور معيّنة. ولا فرق في مخالفته للمشهور بين القول باعتبار شرائط

---

(1) كشف الغطاء، ص 50، أفاده في شرطية البلوغ مما تعرض له في المقصد الثاني الذي عنوانه «في القواعد المشتركة بين المطالب الفقهاء» قبل التعرض الشرطية العقل بسطرين.

البيع أو المعاطة فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف، حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطة، لأنّها (1) تصرّف لا محالة وإن لم يكن بيعاً، بل ولا معاوضة (2).

وإن أراد بذلك: أنّ إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة- لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي- فتوضيحه (3) ما ذكره بعض المحققين من تلامذته وهو: أنّه لمّا كان (4) بناء المعاطة

---

البيع اللفظي في ترتب الإباحة على المعاطة، وبين القول بعدم الاعتبار. وجه عدم الفرق أن إنشاء الصبي ومعاملته المفيدة للإباحة تصرّف في المال، وهو محجور عنه حسب الفرض.

والثاني- وهو كشف إنشاء الصبي عن إذن وليّه- منوط بمقدمات ذكرها المحقق الشوشتري في توضيح نظر أستاذه كاشف الغطاء قدّس سرّه، وستأتي.

ولا يخفى أنّ الأولى أن يقال- بدل قوله: أمّا التصرف والمعاملة بإذن الأولياء- «ان أراد بذلك أي ثبوت الإباحة في معاملة المميّزين» لأنّه في مقابل قوله بعد ذلك: «وإن أراد بذلك أنّ إذن الولي .. إلخ» فالمقابلة تقتضي أن تكون العبارة على النحو المذكور.

(1) تعليل للتعميم المتقدّم بقوله: «حتى لو قلنا» وتقدم بيانه آنفاً.

(2) وجه عدم كون المعاطة المبيحة معاوضة هو اعتبار المبادلة الملكية أو الحقيقيّة في مفهوم المعاوضة، فالإباحة المجردة عن الملك ليست معاوضة، ولكن التصرف صادق عليها، والمفروض حجر الصبي عن مطلق التصرف.

(3) جزاء قوله: «وإن أراد بذلك» وهذا شروع في نقل كلام المقابس بطوله.

(4) يعني: أنّ الإباحة تتوقّف على مقدمات أربع:

الأولى: عدم توقف صدق المعاطة على التعاطي من طرفين ولا من طرف واحد، بل يكفي حصول المراضاة بتصرف كل منهما في مال الآخر، كما يقال في مثل

على حصول المراضاة كيف اتفق، وكانت (1) مفيدة لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور، و جرت (2) عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة، والرّضا (3) باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات (4) المفيدة للظنّ بالرضا في المعاوزات، و كان (5) الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعين (6)

---

وضع الفلاس في موضع أعده صاحب آنية الماء، وأخذ إناء منها. وقد تقدم تفصيل ذلك في ثاني تنبيهات المعاطاة، فراجع (1).

(1) معطوف على «كان» في - لَمَّا كان- وهذه مقدمة ثانية، وهي إفادة المعاطاة للإباحة كما عليه المشهور، دون الملك حتى المتزلزل.

(2) معطوف على «كان» وهذه مقدمة ثالثة، وهي: جريان عادة الناس على التسامح في معاملة المحقّرات، والاقتصار على الأمانة المفيدة للظنّ برضا المالك بالتصرف، ولا- يتحرّون القطع برضاه، و من تلك الأمارات جلوس الصبي موضع وليّه في معاملة الأشياء الرخيصة.

(3) بالجر تقديرًا بالعطف على «التسامح» وقوله: «باعتماد» متعلق ب «الرضا».

(4) هذا وقوله: «في التصرف» متعلقان ب «اعتماد» يعني: جرت عادة الناس برضاهم بأن يعتمد غيرهم في التصرف في أموالهم على ما يفيد الظنّ بالرضا في المعاوزات فيها.

(5) معطوف على «كان» في «لَمَّا كان» وهذه مقدمة رابعة، و حاصلها:

أنّ الأموال الحقيرة- التي يعتمد في معرفة قيمتها غالبًا على إخبار الصبيان- إمّا أن تكون أسعارها معيّنة بالدقة، وإمّا أن يكون الاختلاف فيها بما يتسامح به عادة، فلا يصير الصبي مغبونًا في المعاملة.

(6) خبر قوله: «و كان الغالب» يعني: و مع هذه الغلبة الموجبة لتعين القيمة لا حاجة إلى المساومة.

---

(1) الجزء الثاني من هذا الشرح، ص 53 و 302.

القيمة أو الاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل (1) ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء مع الشروط المذكورة (2). كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق. بل ما ذكرنا (3) أولى بالجواز من الهدية من وجوه (4)، وقد استند فيه (5) في التذكرة إلى تسامح السلف.

و بالجمله: فالاعتماد في الحقيقة (6) على الاذن المستفاد من حال المالك في

---

(1) جواب قوله: «لَمَّا كان بناء المعاطاة» وقوله: «ذلك» إشارة إلى المقدمات الأربع المتقدمة آنفا.

(2) المذكور في عبارة كاشف الغطاء أمران، أحدهما التمييز، والآخر الجلوس مقام الأولياء. ولو فرض شرط ثالث فهو حقارة الأشياء التي عبّر عنها بـ «خصوصا» والأمر سهل.

(3) أي: الاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء - مع الشروط المذكورة - أولى بالجواز من الاعتماد على إيصال الصبي للهدية من وليّه إلى المهدي إليه.

(4) الأوّل: تخصيص المال في المقام باليسير، وتعميمه في الهدية له وللخطير على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

الثاني: وجود الأمارات المفيدة للظن بالإذن مثل الجلوس في الدكان، والمعاملة بمرأى و مسمع من الناس هنا، دون الهدية.

الثالث: أنّ المقام من باب الإباحة، والهدية من باب التملك، ويتسامح في الأوّل بما لا يتسامح به في الثاني.

الرابع: أنّ المقام فيه العوض، بخلاف الهدية.

(5) أي: في الحكم بإباحة المال المأخوذ في معاملات المميّزين.

(6) في معاملات الصبيان.

الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه (1) صحيح التصرف، لا على (2) قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك (3). و كثيرا (4) ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذي يد أصلا مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام ووضع الأجرة عوض الماء التالف في الصندوق. وكذا في أخذ الخضر الموضوعة للبيع، و شرب ماء السقائين، ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لها (5)، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك (6) في غير المعاوزات من أنواع التصرفات (7).

(1) أي: المالك صحيح التصرف شرعا أي غير محجور عليه بسبب من أسباب الحجر.

(2) معطوف على الإذن، يعني: أن الاعتماد على إذن المالك لا على قول الصبي.

(3) أي: من حيث إنه صبي. والغرض نفي موضوعية الصبي في المعاملة، وأن المعاملة تقع مع المالك حقيقة.

(4) غرض صاحب المقابس تنظير الاعتماد على الرضا المنكشف بجلوس الصبي - بالشرائط المزبورة - باعتماد الناس على شاهد الحال في بعض الموارد مما لم يكن ذو اليد حاضرا أصلا، ولا يتوقفون عن التصرف والمعاملة، كما في دخولهم الحمام حين غيبة الحمامي، ووضع الأجرة في الصندوق المعد لها.

(5) كذا في المقابس وبعض نسخ المكاسب، وهو الصحيح ليرجع الضمير إلى «قيمة الماء والخضر» فما في بعض نسخ المتن من ثنية الضمير لعله من سهو الناسخ.

ولعل الثنية باعتبار الأخذ والشرب، يعني: وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لأخذ الخضر وشرب الماء. لكنه غير وجيه كما هو واضح.

(6) أي: الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء.

(7) كالصلاة في البساتين.

فالتحقيق أنّ هذا (1) ليس مستثنى من كلام الأصحاب، ولا منافيا له (2) ولا يعتمد على ذلك (3) أيضا في مقام الدعوى (4)، ولا فيما إذا طالب المالك بحقه، وأظهر عدم الرضا» انتهى «1».

وحاصله: أنّ مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين أو بشخص منزل منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من

---

(1) المشار إليه هو: معاملة الصبيان، على التقريب المزبور. وغرضه: أنّ معاملات الصبيان ليست داخلة في موضوع قول الأصحاب ببطلان معاملة الصبي حتى يكون الحكم بالصحة فيها منافيا له ومستثنى منه، ومخصّصا له، لأنّ المعاملة فيها تقع بين الكبار، والصبي آلة محضة، فصحة معاملات الأطفال حينئذ تكون على طبق القاعدة.

(2) لأنّ المنافاة فرع وحدة الموضوع، وهي غير متحققة هنا، إذ موضوع حكمهم بالبطلان معاملة الصبي. والتقريب المزبور في الصحة يخرج عن معاملة الصبي ويدرجه في معاملة البالغين.

(3) أي: الظن بإذن المالك بمعاملة الصبي الحاصل من الأمارات المفيدة له في مقام الدعوى. توضيحه: أنّ الظن بإذن المالك الناشئ عن الجلوس مجالس الأولياء ليس ممّا يعتمد عليه في تقويم قول المشتري المدّعي لإذن المالك، لموافقته لهذا الظهور.

ويرفع اليد عن تقديم قول المالك بعدم إذنه الموافق للأصل، إذ لا دليل على اعتبار هذا الظهور بهذا المقدار، لعدم ثبوت جريان العادة على حجّيته في هذا المقام.

وتظهر ثمرة النزاع بعد التلف، فإنّه بناء على ثبوت الإذن يكون الضمان بالبدل الجعلي. وبناء على عدمه يكون الضمان بالبدل الواقعي. و أمّا قبل التلف فلا ثمرة له، إذ المفروض جواز التراد في المعاطاة مع بقاء العين على المشهور.

(4) يعني: ولا يعتمد على الظن بإذن المالك في مقام مطالبة المالك بحقه، بأن يدّعي عدم الرضا بالمعاملة حينها.

---

(1) مقابس الأنوار، ص 10، كتاب البيع.

كلّ منهما بتصرف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا أنّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتفاق كإطارة الريح ونحوها، فتراضيا على التصرف بإخبار صبي أو غيره من الأمارات كالكتابة ونحوها، كان (1) هذه معاطاة أيضا، ولذا كان وصول الهدية إلى المهدي إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضی المهدي بالتصرف- بل التملك- كافيا (2) في إباحة الهدية، بل في تملكها.

وفيه: أنّ ذلك (3) حسن، إلا أنّه موقوف أولا على ثبوت حكم المعاطاة

(1) جواب الشرط في: «لو فرضنا». والفرق بينه وبين المعطوف عليه هو أنّ المشتري- في المعطوف عليه- يدعي الإذن، قبال دعوى المالك عدمه. وفي المعطوف يسكت أو يدعي الجهل بالحال. هذا ما أفاده صاحب المقابس في توجيه كلام شيخه من حصول الإباحة بمعاملة الصبي المأذون، وستأتي مناقشة المصنف قدس سرّه في كل منهما.

(2) خبر قوله: «ولذا كان».

(3) ناقش المصنف في كلام المقابس بوجهين:

الأول: منع ما أفاده في المقدمة الأولى، فإنّ مناط الإباحة وإن كان مجرد الرضا من كلّ منهما بتصرف صاحبه في ماله. لكنه موقوف على الإكتفاء في المعاطاة بمجرد الرضا، من دون تعاط خارجي، ولا إنشاء إباحة أو تملك. وهو ممنوع، إذ لا فرق في توقف الملك والإباحة على الإنشاء بين المعاطاة والعقد اللفظي، والمفروض في كلام المقابس انتفاء إنشاء الإباحة، فلا وجه لحصولها.

ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة بأنّه إنشاء لشخص غير معلوم، وهو خارج عن المعاطاة موضوعا، ومشكوك الدخول فيها حكما.

وقياس معاملة الصبي- في تحقق الإنشاء- بإيصال الهدية بيده إلى المهدي إليه، مع الفارق، لأنّ إعطاء الهدية إلى الطفل مقدمة لإيصالها إنشاء تملكها أو إباحتها للمهدي إليه، كما أنّ إذن الولي للصبي في إعارة ماله إنشاء إباحة الانتفاع للمستعير.

من دون إنشاء إباحة و تمليك، و الإكتفاء فيها بمجرد الرضا (1).

و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم (2). و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به (3) يفرّق بين ما نحن فيه و مسألة إيصال الهدية بين الطفل، فإنّه يمكن فيه دعوى كون دفعه إليه للإيصال إباحة أو تمليكا، كما ذكر أنّ إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير.

و أمّا دخول الحمام (4) و شرب الماء و وضع الأجرة و القيمة فلو حكم

---

كما أنّ تنظير المقام بدخول الحمام و شرب الماء ممنوع أيضا، لوجود السيرة على كفاية وصول العوضين في هذه المعاطاة، بخلاف معاملة الصبي.

و الحاصل: أنّه لا سبيل للالتزام بتوجيه صاحب المقابس لترتب الإباحة على معاملة الصبيان المأذونين من قبل أوليائهم.

(1) المفروض وجوده و انكشافه بجلوس الأطفال مواضع أوليائهم للمعاملة.

(2) يعني: إذا كان طرف المعاملة غير معيّن في نظر الولي، بل هو كلّّي و هو عنوان «من عامل الصبي» فلا يجري هذا الاشكال لو كان الطرف معيّن معلوما عند الولي.

(3) أي: و بعدم الإنشاء- في المقام- يفرّق بين ما نحن فيه و بين مسألة إيصال الهدية بيد الطفل، بأن يقال: إنّ الدفع إلى الصبي إنشاء إباحة أو تمليك.

(4) الذي ذكره صاحب المقابس مثلا لاستفادة الإذن الحاصل من شهادة الحال. و توضيحه: أنّه لو حكمنا بصحة وضع القيمة و الأجرة فيهما لأجل المعاطاة- بناء على حصولها بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء- فإنّما هو لأجل دعوى قيام السيرة عليه فيهما، لا لأجل كون المال يسيرا. فحينئذ ينحصر مورد الصحة مع وساطة الصبي في الإيصال و الدفع و القبض بما قامت السيرة على



بصحتها- بناء على ما ذكرنا (1) من حصول المعاظة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء- انحصر (2) صحة وساطة الصبي فيما يكفي فيه مجرد وصول العوضين، دون ما لا يكفي فيه (3).

و الحاصل: أن دفع الصبي وقبضه بحكم العدم (4). فكلما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأي وجه اتفق (5) فلا يضّر مباشرة الصبي لمقدمات الوصول.

ثم إن (6) ما ذكر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي وليًا كان أم غيره.

---

الاكتفاء بمجرد الوصول، وعدم الحاجة الى الواسطة، فلا يصح الاستدلال بصحة المعاظة في الأمثلة التي ذكرها- ممّا قام الدليل وهو السيرة على عدم الحاجة إلى الإنشاء فيها- على صحتها في مطلق اليسير و لو لم يتم سيرة على عدم الحاجة إليه.

(1) يعني: في ثامن تنبيهات المعاظة، حيث قال: «فالمعيار في المعاظة وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف. وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة» (1).

(2) جواب الشرط في قوله: «فلو حكم».

(3) وهو بيع الصبي وشراؤه بإذن الولي، لعدم قيام السيرة التشريعية على كفاية مجرد وصول العوضين في ذلك.

(4) كما اعترف كاشف الغطاء به أيضا، لكنّه أراد تصحيحه بكاشفة قبضه قبض وليّه.

(5) بإطارة ريح أو بواسطة عبد أو صبي، أو بوضع اجرة الحمامي في الصندوق المعدّ لها.

(6) هذا إشكال آخر على صاحب المقابس، و ملخصه: أنّ ما ذكره في وجه تصحيح معاملة الصبي الجالس مجلس وليه من كون المناط في الإباحة هو

---

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 302.

ص: 85

التراضي من المالكين- أخص من المدعى، لاختصاصه بصورة علم من يعامل الصبي بأنه مأذون من المالك الجائز التصرف، مع أنّ المدعى أعم من ذلك، وهو ترتب الإباحة أو الملك على بيع الصبي وشراؤه، في قبال المشهور.

(1) ناقش المصنف في ما أفاده كاشف الغطاء في ذيل كلامه- من نفي البعد عن ترتب الملك على المعاملة مع الصبي المأذون، لكون الطرف موجبا قابلا- بوجهين أيضا:

الأول: أنّ مفروض كلامه كون ولي الطفل هو أحد طرفي العقد من جهة استكشاف رضاه من جلوس الصبي، ولما كان هذا الولي غائبا عن مجلس المعاملة فلا بد أن يكون الطرف الآخر موجبا عن الولي بالوكالة، وقابلا لنفسه بالأصالة.

وهذا لا بأس به في حصول الملك، لكن الإشكال في الصغرى، وذلك لانتفاء الإذن الخاص لهذا الطرف، لعدم علم الولي به حتى يأذن له بإجلال الصبي مجلس نفسه.

ودعوى «علم الطرف برضا وليّ الطفل بالبيع والشراء، وهذا العلم كاف في أن يقصد الإيجاب وكالة عن الولي، والقبول عن نفسه، فيتم ركنا العقد» غير مجددة، لما سيأتي في بحث بيع الفضول إن شاء الله تعالى من عدم خروج العقد- عن عنوان الفضول- بمجرد علم العاقد برضا المالك، ولا أقل من كون المسألة خلافاً.

وحيث كان العقد مع الصبي فضولا توقّف على مراجعة وليّه للإمضاء، والمفروض أنّ من يعامل الطفل لا يراجع وليّه بعد المعاملة أصلا، ولا ريب أنّ صحّة عقد الفضول معلّقة على إجازة من بيده الأمر.

الثاني: أنّ صيرورة الطرف موجبا بإذن الولي مجرد فرض لا واقع له خارجا، إذ المحسوس بالوجدان عدم كون الطرف قاصدا للنيابة عن وليّ الطفل حتى يصير موجبا من قبله، بل لا يقصد إلاّ القبول الذي هو وظيفة المشتري. ومقتضى خلوّ هذه المعاملة عن الإيجاب بطلانها رأسا، فهي لا تفيد الإباحة فضلا عن الملك الذي تصوّره الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه.

وقابل، ففيه أولاً: أنّ تولّي وظيفة الغائب- وهو من أذن للصغير- إن كان ياذن منه (1) فالمفروض انتفاؤه. وإن كان (2) بمجرد العلم برضاه فالاحتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع [1].

وثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة (3) عمّن أذن للصبي (4).

ثم (5) إنّه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي، ولا بالأشياء

---

(1) الضمير راجع إلى «من» الموصول المراد به وليّ الصبي.

(2) أي: وإن كان تولّي- من يتعامل مع الصبي- لمجرّد علمه برضا الولي كانت المعاملة فضوليّة.

(3) مفعول به ل «قصد».

(4) بل لا يقصدون إلاّ الأصالة، ولا يتحمّلون وظيفة الطرف الآخر.

(5) هذا إشكال ثالث يرد على صاحب الرياض وكاشف الغطاء وغيرهما ممّن يصحّح معاملة الصبيان بالآلية أو في المحقرات. و توضيحه: أنّ مقتضى كون الصبيان آلات هو وقوع المعاملة بين الكبار، فتكون صحيحة. وهذا يستلزم الإيراد عليهم بلزوم التعميم لموردين.

أحدهما: الالتزام بالآلية الصبي في الأشياء الخطيرة، وتخصيص آليته بالمحقرات بلا موجب.

---

[1] هذا المنع ينافي ما سيأتي منه قدّس سرّه في بيع الفضولي من ترجيح خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن بيع الفضولي موضوعاً أو حكماً، فلاحظ قوله هناك:

«وإن كان الذي يقوى في النفس لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد...» ولعلّ إشكاله على كاشف الغطاء مبني على صغروية العلم بالرضا للفضولي، وترتفع المنافاة حينئذ.

الحقيرة، بل هو (1) جار في المجنون و السكران - بل البهائم - في الأمور الخطيرة، إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آلة فلا فرق في الآلية بينه و بين غيره (2).

نعم من تمسك في ذلك (3) بالسيرة من غير أن يتجشم لإدخال ذلك تحت القاعدة (4) فله (5) تخصيص ذلك بالصبي (6)، لأنه المتيقن من موردها، كما أن ذلك

---

ثانيهما: الالتزام بالآلية المجنون و السكران و البهيمة أيضا، لفرض كون المتعاملين حقيقة هما البالغان العاقلان القاصدان للمدلول. مع أنهم اقتصروا في الآلية على الصبيان.

نعم يندفع الإيراد بأن يقال: إن القائل بالآلية لا يدرج معاملة الصبي في عنوان البيع و لا في المعاطاة حتى يدعى صدق عنوان العقد فيما كان الآلة بالغا مجنونا أو سكرانا، أو كان المبيع ثمينا جدا، وإنما يقول بصحته لدليل تعدي و هو السيرة الممضاة، و هي دليل لبي تختص بمورد العمل، و هو بيع المحققات و شراؤها، و كون المتصدي صبيا، هذا.

(1) الضمير راجع الى «ما ذكره» من الآلية.

(2) مع أنهم خصصوا الآلية بالصبي.

(3) أي: في جواز المعاملة مع الصبي.

(4) المراد بالقاعدة الأصل اللفظي كعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و كإطلاق حلّ البيع و التجارة عن تراض، فهي لا تشمل بيع الصبي - بنظر القائل - بصحته للسيرة.

(5) جواب «من تمسك» الذي هو موصول اشرب معنى الشرط.

(6) وجه الاختصاص وجود السيرة القائمة على الاكتفاء بالظن برضا المالك في معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة، و عدم وجود السيرة في غير معاملة الصبي و غير الأشياء اليسيرة. و مقتضى القاعدة لزوم العلم برضا المالك.

[1] لا يخفى أنّ هنا قولين في قبال المشهور القائلين بكون الصبي مسلوب العبارة:

الأول: التفصيل بين المحقرات وغيرها. قال الفيض في محكي المفاتيح: «الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون، دفعا للحرج في بعض الأحيان». وفي المقابس بعد نقل هذه العبارة «ويمكن أن يستأنس لذلك - مضافا إلى السيرة المستمرة وقضاء الحاجة والضرورة في كل من المعاملة ودفع العوض وأخذه منه - بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي والمملوك، فقال: على قدرها يوم أشهد تجوز في الأمر الدون، ولا تجوز في الأمر الكثير» (1) «2».

لكن لا يمكن المساعدة على شيء منهما. أمّا السيرة فاستقرارها على معاملات الصبي في الأمور الحقيرة وإن لم يكن قابلا للإنكار، إلا أنّها لا تكشف عما نحن بصده من استقلال الصبي في المعاملات. بل من جهة جريان المعاطاة بين الناس في المحقرات بوضع الثمن في الموضع المعدّ له، وأخذ المتاع بإذنه، كما في دخول الحمام ووضع الأجرة في كوز الحمامي. والمقام من هذا القبيل، فإنّ قبض الصبي ليس بأقل من وضع الفلوس في كوز الحمامي، فلا - وجه لجعل ما نحن فيه من مستثنيات عدم نفوذ أمر الصبي، إذ لا - ربط بينهما، لأنّ المقصود إثبات استقلال الصبي في معاملاته بالنسبة إلى المحقرات باستقرار السيرة على ذلك، وهذا المعنى أجنبي عن المعاطاة الواقعة بين البالغين التي لا تتوقف على الإعطاء والأخذ.

نعم إذا كان القبض شرطا للعقد كما في الهبة فلا عبرة بقبضه، لا بما أنه قبض، بل بما أنّه التزام شرط للعقد، وهو مرفوع عن الصبي.

(1) وسائل الشريعة، ج 18، ص 253، الباب 22 من أبواب الشهادات، ح 5.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 9.

---

و الحاصل: أنّ دعوى السيرة على نفوذ معاملات الصبي في المحقرات مطلقا و لو بدون إذن الولي كما هو المقصود ممنوعة، فإنّ سيرة المتدينين على خلاف ذلك.

مضافا إلى كفاية إجماع السيد ابن زهرة و العلامة قدّس سرّهما على حجر الصبي عن التصرف للردع عنها. و لا أقل من عدم إحراز إمضائها شرعا.

و أمّا الرواية ففيها: أنّها أجنبية عن مورد البحث، إذ الشهادة غير المعاملة. و مورد الرواية هو الأول، و التعدي عن موردها مما لا دليل عليه.

و من هنا يظهر ضعف ما في المقابس: «و هذا القول لا يخلو عن قوة، إلا أنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر» و ذلك لأنّ العمل بالرواية لا يجدي في معاملات الصبي، لكون الشهادة غير المعاملة، و لا ملازمة بينهما أصلا.

و بالجملة: الرواية قاصرة عن إثبات المدعى. و السيرة المتشرعية على صحة معاملات الصبي بالاستقلال في المحقرات أيضا مفقودة. و السيرة العقلانية مردوعة بما دلّ على عدم نفوذ معاملات الصبي. و مع الشكّ فمقتضى أصالة الفساد عدم نفوذ معاملات الصبي بالاستقلال حتى في المحقرات، فلا وجه لصحة معاملات الصبي، هذا.

القول الثاني: نفوذ معاملات الصبي تمسكا بوجوه:

الأول: رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم عن كسب الإمام، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، فإنه إن لم يجد سرق» (1) تقريب الاستدلال بها: أنّ عقد الصبي لو كان باطلا- كان الأنسب أن يعلّل النهي به، لا بالأمر العرضي و هو سرقة الصبي، لأنّ التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضي، فهذا التعليل يكشف عن صحة معاملات الصبي، و أنّ النهي تنزيهي، و حكمته ما ذكر في الرواية من السرقة.

و نوقش فيه أولا: بضعف الرواية بالسكوني، و عدم انجبارها.

لكن فيه: أنّه قد ثبت في محلّ آخر صحة الاعتماد على رواية السكوني.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 118، الباب 33 من أبواب ما يكتسب به، ح 1.

---

و ثانياً: بأنَّ المراد بكسب الغلام إمّا معناه المصدري، وإمّا معناه الاسم المصدري و هو المال المكسوب. فإنَّ أريد به الأوّل فمعناه مباشرة الصبي للتجارة عند احتياج وليّه إلى ذلك، لكن هذه المباشرة تبعيّة لا استقلالية، فيكون الصبي بمنزلة الآلة لوليه في إيجاد المعاملة بينه و بين المشتري. و القرينة على إرادة هذا المعنى قوله عليه السّلام في صدر الرواية:

«نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم عن كسب الإماء، فإنّها إن لم تجد زنت». مع أنّه لا شبهة في نفوذ كسب الأمة بإذن مولاها.

و أنت خبير بما فيه، حيث إنّ التقييد باحتياج الولي غير ظاهر من الكلام، بل لا بدّ من استفادته من الخارج. مع أنّه بعد تسليمه بكون الصبي مأذوناً في إنشاء المعاملة كماذويّة البالغ فيه، فجعل الصبي آلة غير ظاهر. بل الصبي ينشئ المعاملة بإذن الولي كإنشاء البالغ الوكيل عنه للمعاملة.

و إن أريد به الثاني - أي المال الذي يكتسبه الصبي - فالمراد به المال الذي يحصله بالالتقاط أو الاستعطاء أو حيازة المباحات أو العمل بأمر الغير ممّا لا يكون عقداً، فلا يشمل المال الذي يحصله الصبي بالعقد، فلا يدلّ على صحة عقد الصبي كما هو المقصود.

لكن فيه أيضاً: أنّ هذا الحمل مما يباه الإطلاق.

و عليه فدلالة هذه الرواية على نفوذ معاملات الصبي ظاهرة كما لا يخفى.

وقد استدل أيضاً على هذا القول بقوله تعالى وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴿1﴾ فإنّ الظاهر من الابتلاء هو الامتحان و الاختبار بالمعاملات على الأموال حتى يتبين رشدهم. و لا وجه لحملها على الابتلاء بمقدمات العقد من المقاولّة أو على المعاملات الصورية التمرينية كعبادته على ما عن جماعة، لكونه خلاف الظاهر من غير موجب. كما أنّ ظاهرها كون الابتلاء قبل

---

(1) سورة النساء، الآية 6.

البلوغ، للتعبير عن الأطفال باليتامى، لذهاب اليتيم بالبلوغ. و بعدم الفصل يتحقق العموم لكل صبي وإن لم يكن يتيما.

فالمتحصل من الآية المباركة أنّ دفع المال منوط بأمرين: أحدهما البلوغ، والآخر إيناس الرشد منهم. فولاية الولي ترتفع بهذين الأمرين. كما أنّ حجر الصبي عن ماله يرتفع بهما، فلا مانع من صحة عقد الصبي الاختباري وإن لم يجز دفع المال إليهم، لتوقف جواز دفعه إليه على الأمرين المزبورين.

ولو سلّم توقف الابتلاء بالبيع والشراء على دفع المال إليهم فالمراد دفع بقية الأموال الزائدة على المقدار المحتاج إليه في اختبارهم.

فالمتحصل: أنّ دلالة الآية على نفوذ معاملات الصبي الاختبارية غير قاصرة.

الثالث: السيرة العقلانية الجارية على معاملة الصبيان المميزين معاملة البالغين، وعدم الفرق بين البالغ والصبي المميّز الذي يبلغ بعد ساعة مثلا. وهذه السيرة ثابتة قطعا، ولا مجال للتشكيك فيها، وليست مردوعة إلا في استقلال الصبيان في المعاملات. فالإشكال على السيرة باحتمال كونها ناشئة عن عدم المبالاة في الدين موهون.

كوهن الإشكال على إطلاق السيرة- كما في المتن- بأنها مختلفة باختلاف عمر الصبي، و موضوعات معاملاته. إذ فيه أنّ هذا الاختلاف ليس للبناء على عدم الجواز، بل للاحتياط في حفظ المال، والتحذر من الانخداع الموجب للوقوع في الغبن، ولذا اختلفت السيرة في توكيل البالغين أيضا في المعاملات، فربّ شخص يكون ماهرا في معاملات الأراضي دون غيرها، فيوكلونه فيها، ولا يوكلونه في شراء الحيوانات مثلا، وهكذا. و من المعلوم أنّ منشأ هذا الاختلاف هو التحفظ على الأموال، وإلا فلا إشكال في جواز توكيل دلال الحيوانات في شراء الأراضي وبالعكس.

و دعوى: أنّ ما عليه السيرة هو المعاطاة التي يكفي فيها الإذن بالتصرف والرضا به. أو: «أنّ ذلك من إذن الولي في تولّي البالغ لطرفي العقد» غير مسموعة، لعدم برهان عليها.



---

مضافا إلى: أنّ الدعوى الثانية لا مجال لها مع عدم بلوغ الطرفين.

فعليه لا يبعد القول بصحة عقد الصبي إذا كان بإذن الولي كما هو خيرة جماعة منهم المحقق الأردبيلي، وقبله الفخر في الإيضاح على ما حكى عنهما، واختاره في إجارة الشرائع وتردد فيه، واختاره في عايتها «1» و حكى عن جماعة.

فتلخص من جميع ما ذكرناه أمور:

الأول: عدم جواز تصرف الصبي في أمواله مستقلاً مع إذن الولي، لأنه لا يجوز للولي أن يدفع مال الصبي إليه ويأذن له في البيع والشراء و أمثالهما، لأنّ جواز ذلك قد أنيط ببلوغه ورشده، فهو محجور عليه في التصرف في أمواله، ولا يرتفع الحجر إلا بالبلوغ والرشد، خلافاً للمحقق الإيرواني قدس سره استناداً إلى أن البلوغ اعتبر أمانة على الرشد من دون موضوعية له، فالصبي إذا كان رشيداً جاز دفع ماله إليه، و تصرفه فيه بالاستقلال.

و لا بأس بنقل عبارته، وهي هذه «لا يبعد استفادة كون المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد من الآية وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ عَلَى أَنْ تَكُونَ الْجُمْلَةُ الْآخِرَةَ اسْتَدْرَاكَ عَنْ صَدْرِ الْآيَةِ، وَأَنَّهُ مَعَ اسْتِنَاسِ الرُّشْدِ لَا يَتَوَقَّفُ فِي دَفْعِ الْمَالِ وَلَا يَنْتَظِرُ الْبُلُوغَ، وَأَنَّ اعْتِبَارَ الْبُلُوغِ طَرِيقِي اعْتِبَارِ أَمَارَةِ إِلَى الرُّشْدِ، بَلَا مَوْضُوعِيَّةَ لَهُ» «2». بدعوى: أنّ الابتلاء- وهو الاختبار- إنّما يكون قبل البلوغ، وهذا الاختبار يحصل بدفع شيء من مال الصبي إليه ليتصرف فيه، ومقتضى إطلاقه جواز تصرفه مستقلاً، هذا.

لكن فيه: أنّ اختبار الصبي لا يتوقف على دفع ماله إليه ليستقل بالتصرف فيه، لإمكان الاختبار بمباشرة الصبي للبيع والشراء بنظارة الولي أو المنصوب من قبله، أو

---

(1) تقدمت كلماتهم في ص 19، فراجع.

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 107.

بمباشرة الصبي لمقدمات المعاملة حتى يتصدى الولي لإيقاعها.

والمحصل: أنه لا يجوز للصبي أن يتصرف في أمواله حتى مع إذن الولي، بحيث يرتفع الحجر عنه بإذن الولي.

الأمر الثاني: أنه يصح مباشرة الصبي للعقد والإيقاع في أمواله بإذن الولي، وكذا يصح أن يكون وكيلًا من الولي في ذلك. والوجه في ذلك: أن النهي تعلّق بدفع مال اليتيم إليه لأن يكون هو المتصرف بالاستقلال، فلا يعمّ مباشرة الصبي لإنشاء عقد أو إيقاع في ماله بإذن الولي.

ودعوى: «كون الصبي مسلوب العبارة، لما دلّ من النصوص على عدم نفوذ أمره، وعلى رفع القلم عنه، وعلى كون عمدته وخطائه واحداً» غير مسموعة، لما مرّ سابقاً من عدم دلالة شيء منها على ذلك، فراجع.

الأمر الثالث: أنه يجوز أن يكون الصبي وكيلًا عن غير الولي في العقد والإيقاع بالاستقلال بدون إذن الولي، وذلك للعمومات والإطلاقات، وعدم دليل على التخصيص أو التقييد، لأنّ الآية الشريفة تدلّ على المنع عن تصرفات اليتامى في أموالهم لا أموال غيرهم. فالمنع عن تصرفاته في مال غيرهم إمّا عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه والتصرف في مال غيره، وإمّا الروايات المتقدمة الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ.

أمّا الأول فعهدته على مدّعيه.

وأمّا الثاني فقد تقدم عدم دلالته على بطلان توكيله.

الأمر الرابع: أنّ القائلين بصحة معاملات الصبي - بهذا العنوان - بين من يقول بصحتها من غير خروجها عن عنوانها تمسّكاً بالسيرة وغيرها من الأدلة التعبدية، فبيع الصبي مع كونه بيع الصبي صحيح. إمّا مطلقاً، لعدم اشتراط البلوغ فيه كما حكى عن

القاضي. وإما في نوع منه، فيكون مستثنى عن عنوان مطلق البيع الذي ثبت فيه اشتراط البلوغ.

وبين من يقول بصحة نوع من معاملة الصبي تطبيقاً له على القاعدة، بإدراجه في عنوان يقتضي الصحة، وقد وقع هذا على وجوه:

أحدها: ما ذكره صاحب مفتاح الكرامة وبعض من: عدم اشتراط شروط عقد البيع وغيره من العقود في المعاطاة، لأنها معاملة مستقلة كما ذهب إليه الشهيد رحمه الله، فلا يعتبر فيها شروط عقد البيع، بل قد قامت السيرة على صحتها وإن لم تجمع شروط العقود.

خلافاً للمحقق الأردبيلي قدس سره حيث اعتبر شروط العقود في المعاطاة أيضاً.

ثانيها: ما احتمله صدر عبارة كشف الغطاء المذكورة، وحاصله: أنّ وليّ الطفل الذي أجلسه مقام نفسه أباح لمن يشتري من الطفل ماله بعوض، و جلوس الطفل أمانة على ذلك، فإن أفاد القطع فهو، وإلا فلا أقلّ من إفادته للظن، فالأخذ من الطفل يأخذ بظن أنّ المالك أباح له المال بعوض.

وهذا مبني على أن يكون المراد بالإباحة في صدر العبارة إباحة الأولياء، أو يكون المراد بقوله: «حتى يظن أنّ ذلك من إذن الأولياء» حصول الظن من جلوسهم، وتظاهرهم: «بأن إقامة الأولياء إياهم مقام أنفسهم» إذن منهم للأخذ في الأخذ. وهذا هو الذي أوضحه بعض المحققين بأنّه ينطبق على القاعدة من جهة دخول مثل ذلك في المعاطاة، وأنّه يكفي فيها مجرد وصول عوض كل من المالكين إلى مالك الآخر، كما في كوز الحمامي والموضع المعدّ لوضع فلوس السقاء فيه، فالصبي هنا بمنزلة كوز الحمامي.

لكن الظاهر أنّ المراد بالإباحة هي الإباحة الشرعية، وأن لفظة «ذلك» إشارة إلى قيامهم مقام الأولياء. وأنّ لفظة «من» نشوية، فيصير المحصل اعتبار معاملة المميّز بإذن الولي، غاية الأمر أنّ الإذن هنا غير معلوم، بل قامت عليه الأمانة الظنية.

ثالثها: ما في ذيل كلام كاشف الغطاء رحمه الله من قوله: «و لو قيل بتملك الآخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات، فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا» (1) و محصله: أنّ جلوس الطفل في ذلك المقام و تظاهره في المعاملات على رؤس الأشهاد أمانة على أنّ الآخذ من الطفل مأذون من طرف المالك الذي هو وليّ الطفل، فيكون الآخذ موجبا من جهة، و قابلا من أخرى. فإذا اشترى من الطفل كان موجبا على وجه الفرعية، لتفرعه على إذن ولي الطفل، و قابلا بالأصالة، لكونه مشتريا لنفسه. و لو باع على الطفل كان الأمر بالعكس، فكأنّ الآخذ وكيلا عن المالك.

لكن في الجميع ما لا يخفى.

إذ في الأوّل: عدم الالتزام بكون المعاطاة معاملة مستقلة.

وفي الثاني أوّلا: أنّ تأثير الإباحة العامة بلا عوض - كالمضاييف - في ترتيب آثار الملكية مما لم يقدّم عليه دليل، و غاية ما يترتب على الإباحة المزبورة جواز التصرفات.

و ثانيا: أنّ الثابت هو الإباحة مع العلم بالرضا، فإنّه الذي استقرّت عليه السيرة، دون الظن بالرضا.

وفي الثالث: أنّه ليس هناك إذن سابق مفيد للتوكيل. نعم الرضا من المالك موجود، لكنّه لا يكفي في التوكيل، فيصير فضوليا، و التصرف فيما اشتراه فضولا حرام إلا بعد الإجازة اللفظية. و لذا لو علم رجل برضى صاحبه ببيع ماله فباعه لم يكن له التصرف في الثمن الذي يقبضه، فإن تصرف فعل حراما.

بل قد يقال في رد هذا الوجه: بأنّ صيرورة القابض من الصبي موجبا قابلا بإذن وليه مخالفة للإجماع و السيرة أيضا، إذ لا نجد ذلك لا في أنفسنا و لا في أنفس سائر المتعاملين مع الصبيان، بل الثابت عند الجميع عدمه.

و كيف كان فالحق صحة معاملة المميّز بإذن الولي، لعدم مسلووية عبارته، سواء تعلّقت بماله أم بمال الولي أم الأجنبي، هذا.

---

(1) تقدم مصدره في ص 77، فراجع.

إشارة

مسألة (1):

و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

الشرط الثاني: القصد إلى المدلول

(1) تعرّض المصنف قدس سره في هذه المسألة لشرط آخر من شرائط المتعاقدين، وهو قصد تحقق مضمون العقد في وعاء الاعتبار، و ينبغي الإشارة إلى أمرين قبل توضيح المتن:

الأول: أنّ دخل هذا القصد في العقد بمعنى كونه مقوّمًا لمفهومه، بخلاف دخل البلوغ الذي اعتبره الشارع في المتعاقدين، بحيث كان العقد العرفي صادقًا على إنشاء الصبيبين المميّزين. و سيأتي في قوله: «بل في تحقق مفهومه» المسامحة في جعل القصد شرطًا.

الثاني: أنّ الإنشاء متقوم بقصود ثلاثة مقدمة على أمر رابع وهو الرضا بالمضمون و طيب النفس به، و تلك القصود الثلاثة هي:

أولها: قصد اللفظ، في قبال الغالط المتلفظ بكلمة سهوا بدل كلمة اخرى لسبق لسان و نحوه، كأن يقول: «آجرت» مكان «بعت» مع كونه منشئًا لتمليك عين لا منفعة، لوضوح كون الإجارة غلطا في مقام إنشاء البيع، لتغاير مفهوميهما.

ثانيها: قصد استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، في قبال استعماله في معناه المجازي

كما إذا تلفظ بالبيع وقصد بقوله: «بعت» معناه المجازي وهو الإجارة، بناء على صحة إنشاء الإجارة بلفظ «بيع المنفعة بعوض».

ثالثها: الإرادة الجدية إلى تحقق مضمون العقد، بعد تعلق إرادته بكلّ من اللفظ واستعماله في معناه الموضوع له أو المتفاهم منه عرفاً. و اعتبار هذا القصد الجدّي يكون في قبال استعمال الصيغ الإنشائية بدواعٍ آخر كالسخرية والمزاح وأشباههما، نظير استعمال صيغة الأمر فيما عدا الطلب، كالتهديد والتعجيز والامتحان ونحوها مما ذكره في الأصول.

و الوجه في اعتبار هذه القصد الثلاثة واضح، فإنّ العقود تابعة للقصد، فلا بد من كون الإنشاء بداعي حصول المضمون الاعتباري. وقد نفى المصنف قدس سرّه الخلاف والاشكال في اعتبار ما نحن فيه وهو الإرادة الجدية المتأخرة عن القصدتين الأولين، وهو كما أفاده.

فإن قلت: المناسب للتنبه على اعتبار القصد الجدّي هو المقدمة الباحثة عن ألفاظ العقود، إذ كما يبحث فيها عن شرائط الصيغة من الماضوية والعربية والدلالة الوضعية ونحوها، فكذا ينبغي التنبه على اعتبار كون الداعي إلى استعمالها هو تحقق مفادها في وعاء الاعتبار، بأن يقصد التسبب بصيغة «بعت» إلى مبادلة عين بعوض.

فما الوجه في عدّ القصد الجدّي إلى مضمون العقد من شرائط المتعاقدين، وعدم جعله من شرائط الصيغة؟

قلت: فرق بين الإرادة الاستعمالية والجدية، والأمور المعتبرة في الصيغة مقومة للبيع الإنشائي، أي استعمال اللفظ- المنشأ به العقد- في معناه، ومن المعلوم اعتبار القصد إلى المعنى في الاستعمال الإنشائي، فلو كان مادة «البيع» حقيقة في تملك عين بعوض، و مجازاً في تملك المنفعة، كان اعتبار الدلالة الوضعية في الإنشاء متضمناً لاعتبار الإرادة الاستعمالية، بأن يكون المنشئ مريداً للمعنى الحقيقي دون المجازي، وهو تملك المنفعة.

و اشتراط القصد بهذا المعنى (1) في صحة العقد- بل في تحقق مفهومه (2)- مما (3) لا خلاف فيه ولا إشكال.

وأما الإرادة الجدّية فهي أمر آخر وراء شرائط الصيغة، فإنّ الاستعمال- سواء أ كان إفناء اللفظ في المعنى أم غيره- يتحقق بمجرد استعمال «بعت» في حصّة خاصة من طبيعي التمليك وهي «مبادلة عين بمال» مثلا. ولكن هذا المقدار غير كاف في تحقق البيع بالحمل الشائع، وذلك لأنّ هذا الاستعمال يمكن أن يكون بداعي الجدّ، فيتسبب به الى التمليك الاعتباري، ويمكن أن يكون بدواع آخر كالهزل و المزاح. و من المعلوم أن البيع متقوم بقصد تحقق المبادلة في إضافة الملكية، وهذا القصد لا بد من تحقّقه من المتعاقدين في مقام الإنشاء، وهو أمر زائد على الإرادة الاستعمالية القائمة بالصيغة. ولذا يعتبر القصد الجددي في غير العقد اللفظي أيضا- كما عرفت- كالمعاطاة العارية عن الصيغة وشؤونها، ولكن شرائط الصيغة مختصة بالعقد اللفظي.

وبهذا ظهر الفرق بين الإرادتين الاستعمالية والجدية، وأنّ الاولى من شؤون الصيغة، دون الثانية التي هي من شرائط المتعاقدين، كما جعلوها منها.

إذا توضّح هذان الأمران قلنا: إنّ المصنف قدّس سرّه تعرّض في هذه المسألة لشرطية القصد الجدّي، ثم عطف عنان البحث إلى كلام المحقق التستري في المقابس، وسيأتي.

(1) أي: بمعنى القصد الجدّي لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

(2) أي: في تحقق مفهوم العقد، و الوجه في الإضراب- عن الاشتراط في الصحة و ترتيب الأثر شرعا- إلى الدخّل في المفهوم العرفي هو: أن «الشرط» إنّما يطلق على الأمر الخارج عن حقيقة المشروط كالصيغة الخاصة لوقيل باعتبارها شرعا، و لا يطلق الشرط على ما يقوم المفهوم و العنوان عرفا، و من المعلوم أنّ القصد الجدّي لمدلول العقد دخيل في حقيقته، لتبعية العقود للقصود، و عليه فالتعبير بالشرط مبني على المسامحة.

(3) خبر قوله: «و اشتراط القصد» يعني: أنّ هذا الشرط من مسلّمات الفقه.

فلا يقع (1) من دون قصد إلى اللفظ كما في الغلط (2) أو إلى المعنى - لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه - بل بمعنى عدم تعلق إرادته و إن أوجد مدلوله بالإشياء كما في الأمر الصوري (3)، فهو شبيه الكذب في الإخبار كما في الهازل. أو قصد (4) معنى يغير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام، أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً (5)، فلا (6) يقع البيع، لعدم القصد إليه، و لا المقصود (7)، إذا اشترط فيه عبارة خاصة.

(1) أي: فلا يقع البيع، وهذا متفرع على اعتبار قصدهما لمدلول العقد، ضرورة أن القصد الجدّي - أي إنشاء مدلول العقد - منوط بقصد اللفظ ومعناه، وإيجاد مدلول اللفظ في وعاء الاعتبار.

(2) كأن يقول: «أجرت» بدل «بعت» غلطاً.

(3) فإنّ الأمر الصوري فاقده للقصد الجدّي، وإلا فقصد اللفظ والمعنى والإشياء موجود فيه، والمفقود فيه الإرادة الجدّية بمعنى عدم كون الإنشاء بداعي الجدّ، بل بدواعٍ آخر كالسخرية والتعجيز والتهديد.

(4) معطوف على «عدم» في قوله: «بل بمعنى عدم تعلق إرادته» يعني: عدم القصد إلى المعنى تارة يكون بعدم الإرادة الجدّية وكون الإنشاء صورياً، و أخرى بقصد معنى يغير مدلول العقد، كما إذا قصد الحكاية بقوله: «بعت».

(5) هذا الغلط غير الغلط السابق، لأنّ ذلك في التلفظ بكلمة بدل كلمة، كالتلفظ بلفظ «أجرت» بدل «بعت». وهذا في استعمال اللفظ في غير ما وضع له بدون علاقة. كاستعمال لفظ الحمار مثلاً في الجدار.

(6) متفرع على إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً.

(7) لعدم صحة إنشائه إلا بلفظ خاص، فلو كان المقصود البيع وأنشأه بغير لفظ البيع لا يقع شيء من الإجارة والبيع، لعدم قصد الإجارة، وعدم لفظ خاص معتبر في إنشاء البيع. فلا تقع الإجارة، لعدم قصدتها، و لا البيع، لعدم إنشائه باللفظ المجعول آلة لإنشائه.



ثم إنّه ربما يقال (1): بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره، كما صرّح به في المسالك، حيث قال: «إنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» (1).

(1) غرضه أن الشهيد الثاني قدّس سرّه جعل الإشكال- في صحة عقد الفضولي و المكره- عدم القصد إلى مدلول العقد، أي انتفاء إرادة المدلول جدّاً. وذلك أمّا في الفضولي فلعدم تمثّلي قصد النقل و الانتقال منه، لعلمه بعدم ملكه لأحد العوضين، و عدم تأثير عقد غير المالك، فيمتنع أن يقصد التملك و المبادلة، بل يكون تلفظه بالصيغة لقلقة لسان، كإنشاء الهازل.

و أمّا في المكره فلأنّ الباعث له على الإنشاء توعيد المكره و الخوف من التصرّر، فيلتجئ المكره إلى الإنشاء تخلّصاً من عقوبة المكره فهو و إن كان مالكا، لكن لا يريد المعاملة. و هذا معنى انتفاء القصد إلى مدلول العقد فيه.

هذا وجه ما ذكره الشهيد الثاني قدّس سرّه. و فصل صاحب الجواهر (2)- في بعض كلامه- بين الفضولي و المكره، فذهب إلى انتفاء القصد في المكره- لو لا الإجماع على صحة عقده المتعقب بالرضا- و تحقّقه في الفضولي، فراجع.

و كيف كان فنناقش المصنف قدّس سرّه في كلام المسالك بتحقيق القصد الجدّي في كليهما، أمّا في الفضول فبأنّ كونه أجنبيّاً عن المال لا يمنع تمثّلي القصد الجدّي إلى مدلول العقد، بأن يكون إنشاؤه جزء المؤثّر، و يتوقّف تمام تأثيره على لحوق إجازة المالك، هذا بحسب الثبوت، و أمّا بحسب الإثبات فسيأتي في بحث بيع الفضول إن شاء الله تعالى و فاء الأدلة بصحة عقد الفضول تأهلاً، و عدم سقوطه عن التأثير رأساً.

و أمّا في المكره فلا أنّه قاصد جدّاً لمدلول العقد، و المنتفي في حقّه هو الأمر الرابع أعني به طيب النفس بما ينشئه، و من المعلوم أنّ الرضا بمضمون العقد من عوارض النفس و حالاتها. و هو أجنبي عن القصد الثلاثة المتقدمة.

(1) مسالك الافهام، ج 3، ص 156.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 267.

وفيه: أنه (1) لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق مدلوله في صدق (2) مفهوم العقد.

مضافا إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي (3).

وأما معنى ما في المسالك (4) فسيأتي في اشتراط الاختيار (5).

(1) حاصله: أنّ القصد المقوم للعقد موجود في عقدي الفضولي والمكره، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك، إذا المنتفي في عقد المكره هو الرضا، ويكفي لحوقه بالإنشاء، ولا يلزم مقارنته له. والمنتفي في الفضول هو انتساب العقد إلى المالك، ويكفي فيه الإجازة المتأخرة.

ولا يخفى أن نقاش المصنف في كلام الشهيد راجع إلى الصغرى، بمعنى أن ظاهر المسالك انتفاء الإرادة الجدية في الفضول والمكره فيبطل عقداهما. وظاهر المصنف تحقق القصد الجدّي، وأنّ المنتفي شيء آخر وراء هذا القصد.

(2) متعلق ب «المتحقق» يعني: لا دليل على اشتراط أزيد من القصد- الموجب لصدق مفهوم العقد- في عقد الفضولي والمكره.

وقد يقال: إنّ قوله: «في صدق» متعلق بقوله: «اشتراط» و المتعلق ب «المتحقق» محذوف، يعني: القصد المتحقق في عقدي الفضول والمكره.

(3) من قيام الدليل على كفاية هذا المقدار من القصد الموجود في الفضولي، وهو الإجماع على صحة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق، فراجع (ص 268 و 407).

(4) يعني: هل يكون مراد الشهيد الثاني انتفاء القصد الثاني وهو الإرادة الاستعمالية، أم مراده انتفاء القصد الثالث وهو الإرادة الجدية، أم مراده انتفاء الرضا بالمنشأ؟

(5) سيأتي هناك في جملة كلامه: «وغير ذلك ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع، وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام» فراجع (ص 165).

هذا ما يتعلق بأصل اعتبار القصد الجدّي للمضمون، و سيأتي الكلام في ما رتبّه عليه المحقق التستري.

و اعلم أنه ذكر بعض المحققين مّمن عاصرناه «1» كلاما في هذا المقام (1)، في أنه (2) هل يعتبر تعيين المالكين اللّذين يتحقق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما؟

أم لا (3). و ذكر أنّ في المسألة أوجها وأقوالا، و أنّ المسألة في غاية الإشكال،

---

هل يعتبر تعيين المالكين في العقد أم لا؟

(1) أي: في مسألة اعتبار قصد مدلول العقد.

(2) متعلق ب «كلاما» و «في هذا» متعلق ب «ذكر».

(3) حاصل هذا البحث: أنّه هل يعتبر - مضافا إلى قصد مدلول العقد - تعيين مالكي العوضين، بمعنى أن يعيّن البائع المباشر للإيجاب مالك المبيع الذي يبيع له، و أن يعيّن المباشر للقبول مالك الثمن الذي يشتري له.

ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري، و كذا تعريف المشتري للبائع أم لا، فهنا مقامان.

و لا بأس ببيان صورة إجمالية عمّا فصّله المحقق التستري في المقام، قبل الأخذ في شرح كلماته، فنقول: إنّ المراد من التعيين قصد وقوع المعاملة بين جزئيين حقيقيين خارجيين، كما في بيع كتاب زيد بدينار عمرو، فتتحقق المعاوضة بين مملوكين شخصيّين لمالكين معيّنين.

و لعلّ الداعي إلى تعرّض هذا البحث هو: أنّ عناوين المعاملات متقومة بالقصد الجدّي إلى مضامينها كما تقدم في صدر المسألة، ففي البيع مثلا لا بدّ من قصد مبادلة مال بمال، أو قصد تمليك عين بمال، و هل يكفي هذا القصد أم لا بدّ من قصد آخر، و هو قصد وقوع البيع لمالك المبيع و الثمن؟ بدعوى أنّ الملكية نسبة بين المالك و المملوك، أو إضافة بينهما، و لما كانت النسبة متقومة بالمنتسبين و لم يعقل التمليك المطلق أو المهمل، فلا بدّ من قصد آخر و هو تعيين طرفي الملكية من المالك و المملوك.

و هذا البحث و إن كان جاريا في مطلق البيوع، سواء أكان العاقد مالك

---

(1) هو المحقق الشيخ أسد الله الشوشتری في مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 12 و 13.

وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال: «و تحقيق المسألة: أنه إن توقّف (1) تعيّن المالك على التعيين

أحد العوضين أم وكيلًا عنه أم وليًا عليه، وسواء أكان العوض شخصيًا أم كليًا في الذمة، وسواء أكان الكلي مضافًا إلى ذمة شخص معيّن - ككتاب المكاسب في ذمة زيد - أم مضافًا إلى ذمة جماعة بأن يكون الكتاب الكلي في ذمة كل من زيد وعمرو وبكر، إلا أنّ عمدة الثمرة تظهر في بيع الكليّ فيما كان العاقد وليًا على جماعة يملك كل واحد منهم سلعة مماثلة لسلع الآخرين، أو وكيلًا عن جماعة كذلك.

فأمر التعيين سهل في موردين، وهما: العقد على العين الشخصية، والعقد على الكلي المضاف إلى ذمة معيّن كالكتاب في ذمة زيد، حيث يقع البيع بالنسبة إلى مالك العين الخارجية و مالك الكلي.

وأما إذا كان العاقد وكيلًا عن جماعة فهل يصح أن يبيع الكتاب الذي في ذمة موكله - من دون تعيين مصداق عنوان «الموكل» مع فرض تعدد الموكّلين - أم لا بدّ من قصد شخص خاص يضاف الكلي إلى ذمته. وهكذا الحال إذا أنشأ العاقد البيع للفرد المبهم كعنوان «أحد الموكّلين» المنتشر في كل واحد منهم.

و يجري هذا البحث بالنسبة إلى الولي على جماعة كالأب والجد والحاكم الشرعي إذا كانوا أولياء على جماعة لهم سلع مماثلة.

وكذا الحال في طرف المشتري، إذا كان العاقد وليًا على جماعة لهم أثمان متماثلة، أو كان وكيلًا عن جماعة كذلك، وسيأتي ذكر بعض أمثلة المسألة، هذا.

(1) فصلّ المحقق التستري قدّس سرّه بين كون العوضين شخصيين - مثل هذا الكتاب وهذا الدرهم - وبين كونهما كليين، وقدم البحث عن حكم ما إذا كان العوضان كليين أو أحد العوضين كليًا والآخر جزئيًا. وأمثلة هذه الصورة كثيرة، نذكر بعضها:

الأول: أن يكون العاقد وكيلًا عن زيد وعمرو وبكر في بيع كتاب المكاسب - الكليّ - بدينار، وأن يكون وكيلًا عن كلّ من علي وحمزة و جعفر في شراء كتاب

مكاسب بدينار، فالعاقد وكيل عن جماعة البائعين و المبتاعين.

الثاني: أن يكون ولياً على الطرفين، كما إذا كان العاقد حاكماً شرعياً، وأراد بيع شيء لكل واحد من المفلسين، وأراد شراء ذلك الشيء لكل واحد من أيتام ثلاثة بدينار.

الثالث: أن يكون العاقد ولياً على كل من البائع والمشتري، أو وكيلاً عنهما، إلا أن كل واحد من العوضين قابل لأن يكون مبيعاً أو ثمناً، كما إذا وكل زيد وعمرو بكرا في تبادل فرس لكل منهما بثور، وكله علي وعبد الله في تبادل ثور لكل منهما بفرس، ففي مثل هذه الحالات يلزم العاقد رعاية أمرين:

أحدهما: تعيين مالك الفرس، وأنه زيد أو عمرو، وكذا تعيين مالك الثور.

ثانيهما: تعيين أن البائع مالك الفرس أو أنه مالك الثور، فلا يكفي أن يقول:

«ملكت فرس موكلتي زيد بثور موكلتي عبد الله» وذلك لاختصاص بعض الأحكام بعنوان البائع والمشتري، كخيار الحيوان الثابت للمشتري، فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر، بأن ينوي كون مالك الفرس هو البائع، و مالك الثور هو المشتري، ليكون الخيار له، لا للبائع.

ويمكن التمثيل له أيضاً ببيع الصرف إذا كان العاقد وكيلاً في الإنشاء والقبض، فتوكل عن جماعة لهم دنانير يريدون تحويلها دراهم، وتوكل عن جماعة آخرين لهم دراهم يريدون تحويلها دنانير.

هذا بعض أمثلة بيع الكلي في ذمة جماعة يصلح العقد لانتسابه إلى كل واحد منهم.

والذي أفاده المحقق التستري قدس سره أن بيع الكلي لا يخلو من أحد فروض ثلاثة، يصح العقد في اثنين منها، ويبطل في الثالث، وهي:

الأول: أن يعين العاقد من يبيع له و من يشتري له، إما بالقصد، وإما به

حال (1) العقد، لتعدّد (2) وجه وقوعه الممكن (3) شرعا، اعتبر تعيينه في النية، أو مع التلفظ به أيضا،

و بالتلفظ به، كما إذا قال الوكيل عن جماعة في بيع كتاب المكاسب بدينار: «بعت كتاب المكاسب الكلّي في ذمة موكلّي زيد، بدينار في ذمة موكلّي في الشراء عليّ» وهذا صحيح بلا ريب.

الفرض الثاني: أن يطلق العاقد ولا يعيّن شخصا معيّنًا من الموكّلين أو المولّي عليهم، ولكنه قاصد لتعيينه بعد العقد، كما إذا قال: «بعت كتاب المكاسب في ذمة موكلّي، بدينار في ذمة موكلّي» وهذا باطل.

الفرض الثالث: أن يطلق العاقد ولم يكن قاصدا حين العقد لتعيين البائع والمشتري بعد العقد، ولكن يحكم العرف بانصراف إطلاق الإنشاء إلى شخص معيّن من الموكّلين، أو انصرافه إلى وقوعه عن نفس العاقد. وهذا صحيح أيضا.

هذه فروض المسألة، واستدلّ المحقق التستري قدّس سرّه بوجوه ثلاثة على اعتبار التعيين، وسيأتي بيانها.

(1) متعلق بكلّ من «التعيّن والتعيين» على نهج التنازع.

(2) علّة لتوقف التعيّن على التعيين حال العقد، يعني: أنّ لزوم التعيين ينشأ من قابلية البيع لوقوعه لكلّ شخصين من الطائفتين، بأن يكون البائع أحد الموكّلين في البيع، ويكون المشتري أحد الموكّلين في الشراء. والوجه في هذه القابلية تعدد أفراد الموكّلين في البيع والشراء، بحيث يكون لكل واحد منهم عوض مماثل لما يملكه الآخرون، ومن المعلوم أنّ مالك الكلّي لا يتعيّن حال العقد إلا بالتعيين حينه إمّا بالنية مع التلفظ بها، أو بالنية المجردة. وقد تقدم مثال ذلك بقولنا في الفرض الأوّل: «أن يعين العاقد من يبيع له و من يشتري له إمّا بالقصد .. إلخ».

(3) صفة ل «وجه» وقد عرفت وجه صلاحية العقد لوقوعه عن كل واحد من الموكّلين في البيع والشراء.

كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع (1) واحد، و الوكيل عنهما، و الولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب (2) أن يعين من يقع له البيع و الشراء، من نفسه (3)، أو غيره (4). و أن يميز (5)

(1) هذا وقوله: «في البيوع المتعددة» متعلقان ب «العاقد» و غرضه أنه عند تعدد الموكلين لا بدّ من التعيين، سواء أنشأ الوكيل عقدا واحدا عن الطرفين، أم أنشأ عقودا متعددة. فمثال العقد الواحد هو: ما إذا وكلّ زيد و عمرو بكرا في أن يبيع عن كل منهما مئنا من الحنطة في ذمته، و وكلّه عليّ و عبد الله في شراء مئنا من الحنطة بدينار في ذمته. فإن عين الوكيل البائع بأنّه زيد، و المشتري بأنه عبد الله صحّ، و وقع البيع و الشراء لهما. و إن لم يعين، و قال: «بعت مئنا من الحنطة في ذمة موكّلي في البيع، بدينار في ذمة موكّلي في الشراء» لم يصح.

و مثال البيوع المتعددة: أن ينشئ الوكيل ببيعين بلا إضافة إلى موكل معين، بأن يقول مرتين: «بعت مئنا من الحنطة عن موكّلي، بدينار في ذمة موكّلي» فإنّه لا يصح من جهة الإبهام، و عدم إضافة الكلّي إلى ذمة معيّنة.

هذا حال الوكيل عن اثنين. و كذا الحال في الوكيل عن جماعة إذا أنشأ العقد بعدد الموكلين بدون تعيين أشخاصهم.

(2) جواب الشرط في قوله: «ان توقف» و المراد بالوجوب الوضع، و هو اشتراط صحة البيع بالتعيين.

(3) بأن يقول: «بعت مئنا من الحنطة التي هي في ذمة موكّلي زيد من نفسي بدينار» فيكون العاقد وكيلا في الإيجاب، و أصيلا في القبول. و لا مانع منه.

(4) هذا الغير إمّا موكلوه في البيع أو الشراء، أو غيرهم، كما إذا اشترى لولده الصغير الذي يلي أمره، أو اشترى لشخص آخر فضولا، فيتوقف على الإجازة.

(5) معطوف على «أن يعين» و هذا اعتبار أمر آخر زيادة على تعيين طرفي العقد، و مورده قابلية كل واحد من العوضين للاتصاف بعنوان المبيع و الثمن، فيكون

البائع من المشتري إذا أمكن (1) الوصفان في كلّ منهما.

فإذا عيّن (2) جهة خاصّة تعيّنت.

و إن (3) أطلق، فإن (4) كان هناك جهة يصرف إليها الإطلاق كان (5) كالتعيين، كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره، إذا (6) لم يقصد الإبهام والتعيين بعد

---

مالكاهما- بالتبع- قابلين لانطباق عنوان «البائع والمشتري» عليهما أيضا.

وقد ذكرناه (في ص 105) بقولنا: «الثالث أن يكون العاقد وليًا على كلّ من البائع والمشتري .. إلخ» فراجع.

(1) وأما إذا لم يمكن اجتماع الوصفين في واحد فحكمه واضح، لحصول التمييز الواقعي بكون مالك العروض بائعا و مالك النقد مشتريا.

(2) هذا شروع في بيان فروض المسألة عند تعدد الموكّلين أو الموكّلي عليهم، و الفرض الأوّل هو التعيين، و قد تقدم بيانه في (ص 105) بقولنا: «الأوّل: أن يعين العاقد من يبيع له و من يشتري له ..».

(3) معطوف على «فإذا عيّن» و لعدم التعيين فرضان تقدما في (ص 106) و نشير إليهما مرّة أخرى.

(4) هذا أوّل فرضي الإطلاق، و قوامه بالإهمال بأن لا يكون قاصدا للترديد حين العقد، و فرض انصراف الإطلاق إلى نفس العاقد، أو إلى أحد الموكّلين- مثلا- بالخصوص.

(5) أي: كان الإطلاق كالتعيين، إذ عند دوران العقد بين وقوعه لنفسه و لغيره ينصرف إطلاقه إلى وقوعه لنفسه، لتوقف انتسابه إلى الغير على مئونة ثبوتها و إثباتها.

(6) قيد للانصراف إلى النفس، إذ لو قصد الإبهام و الترديد بين نفسه و غيره حين العقد و أراد التعيين بعد العقد، لم ينصرف الإطلاق- مع هذا الشرط- إلى نفسه، بل يقع البيع باطلا.

ص: 108



العقد، وإلا (1) وقع لاغيا.

و هذا جار في سائر العقود من النكاح وغيره (2).

و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتة في هذا القسم (3): أنه

(1) أي: و إن قصد التريديد حين العقد، و التعيين بعده وقع العقد لاغيا. و على هذا فالمعتبر في انصراف الإطلاق خلوه عن كل من قصد التعيين للنفس أو للغير، و من قصد الإبهام.

(2) كالإجارة مثلا، كما إذا وكل زيد وعمرو وبكر خالد في إجارة داره لمدة سنة بمائة دينار مثلا- مع فرض تماثل الدور و تساوي اجورها- و وكله ثلاثة آخرون في استيجار دور، اجرة كل منها مائة دينار. فإن أشأ بمثل «آجرت دار أحد الموكلين، بمائة دينار لأحد الموكلين في الاستيجار» بطل. و إن عيّن الطرفين صحّ.

و أمّا في النكاح، فكما إذا وكلت هند و زينب و سمية زيدا في تزويج من أشخاص موصوفين بصفات معينة، و وكله رجال ثلاثة في تزويج نساء معلومة و صفا و خلقا، فإن قال: «زوّجت موكلتي من موكلي» بطل، لإمكان التطبيق على كل واحد منهم، و على كل واحدة منهن. و إن عيّن الموكل و الموكلة صحّ. و هكذا

(3) و هو كون العقد صالحا لوقوعه على وجوه عديدة، لعدم معينة للإطلاق، و ملخص ما أفاده في الدليل على وجوب التعيين يرجع الى وجوه ثلاثة:

الأول: عقلي، و حاصله: أنه لو لا التعيين لزم بقاء الملك بلا مالك، إذ البيع يفيد الملكية، فإذا لم يعيّن المشتري لزم صيرورة المبيع ملكا بلا مالك. و كذا بالنسبة إلى الثمن، مع أن المملوكية و المالكية من المتضائفات، فلا يعقل اعتبار المملوكية بدون المالكية.

الثاني: شرعي، و حاصله: أنه قام الإجماع على بطلان العقد بعدم الجزم، و هو التردد في المنشأ بجميع خصوصياته التي منها المالك. فلو سلّم إمكان الملك بلا مالك معيّن لزم التردد من حيث المالك، و هو مبطل للعقد إجماعا.

لولا ذلك (1) لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر، وأن (2) لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان، ولا بشيء (3) من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك. وفساد ذلك (4) ظاهر.

ولا دليل (5) على تأثير التعيين المتعقب

---

الثالث: شرعي أيضا، وحاصله: أنه لو أغمضنا عما ذكرنا من الدليلين المذكورين نقول: إنه لا دليل على الصحة بدون التعيين، لانصراف أدلتها إلى صورة التعيين لشيوعها فيرجع في غيرها إلى الأصل، وهو أصالة الفساد.

(1) أي: لولا التعيين. وهذا إشارة إلى الدليل الأول، وهو مقتضى المعاوضة في الملكية عقلا.

(2) معطوف على «لزم» وهذا هو الدليل الثاني، أعني به اعتبار الشارع الجزم- حين الإنشاء- بالمنشأ بجميع ملابساته.

(3) عدم الجزم بأحكام البيع مترتب على عدم تعيين موضوعها من العوضين وملكيهما، فلو تعيّن حصل الجزم بالأحكام من وجوب إقباض المبيع، والخيار ونحوهما.

(4) أي: وفساد العقد الفاقد للجزم بخصوصيات المنشأ ظاهر، لما عرفت من الإجماع على اعتبار الجزم في العقود.

(5) يعني: وأنه لا دليل على تأثير التعيين بعد العقد، وهذا دليل ثالث على اعتبار التعيين.

ويمكن جعل هذه العبارة تنمة للدليل الثاني، فيكون الدليل على اعتبار التعيين في كلام صاحب المقابس الوجهين الأولين. وتقريب كون قوله: «ولا دليل» تنمة هو:

أنه ربما يورد على اعتبار الجزم في العقود بأن الجزم بالمنشأ وخصوصياته وإن كان إجماعيا، إلا أنّ المعتبر هو مطلق الجزم سواء أكان حال الإنشاء أم بعده. وعليه فلو أطلق العقد وأبهم وقصد تعيين من يقع له العقد بعده صحّ ولم يقع لغوا،

ولا (1) على صحة العقد المبهم، لانصراف (2) الأدلة إلى الشائع المعروف من الشريعة و العادة، فوجب الحكم بعدمه (3).

وعلى هذا (4) فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، فإن عيّن ذلك الغير تعيّن، ووقف على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه. وإن أبهم مع قصد الغير

---

لتعقبه بالجزم بالعوضين والمالكين. وهذا المقدار من الجزم كاف في صحة العقد.

وأجاب عنه صاحب المقابس باعتبار مقارنة الجزم للإنشاء، ولا يجدي تعقبه به، وذلك لأن أدلة الإمضاء - كحلّ البيع والأمر بالوفاء بالعقود - وإن كانت شاملة لكلّ من العقد المقارن للجزم وللمتعقب به، إلا أنّها منصرفة إلى العقود الشائعة المتداولة في الخارج، وهي التي يتقدم فيها الإيجاب على القبول مثلا، ويكون المنشئ جازما حين الإنشاء. وعليه فلا يبقى دليل على إمضاء العقد الفاقد للجزم حينه وإن تعقبه، فيحكم بطلانه، لأصالة الفساد و من المعلوم أنّ الشيء لا يتقلب عمّا وقع عليه، فلا يتقلب العقد الفاسد صحيحا، هذا.

(1) هذا ليس مطلبا آخر، بل الغرض إبهام العقد، وتعقيبه بالتعيين.

(2) تعليل لقوله: «ولا دليل» وقد عرفته آنفا.

(3) أي: عدم تأثير التعيين المتعقب، لأصالة الفساد الجارية في المعاملات.

(4) أي: وبناء على اعتبار التعيين وعدم صحة العقد المبهم، فلو اشترى .. إلخ.

و غرضه تطبيق كبرى ما أفاده على مثال، وهو: أنّ الفضول لو اشترى من زيد كتابا بدينار كلّّي في ذمة شخص، فإن عيّن حال العقد بالنية أو بها و بالتلفظ به كأن يقول:

«اشتريت هذا الكتاب بدينار في ذمة عمرو» صحّ العقد مراعى بإجازة عمرو، فإن أجاز تمّ الشراء له، وإن لم يجز بطل. وإن لم يعيّن بل قال: «اشتريت هذا الكتاب بدينار في ذمة غيري» ولم يقصد شخصا معيّنًا بطل، ولا ينتظر وجود مجيز خارجا.

كما لا سبيل لتصحيح العقد بأن يقع الشراء لنفس الفضول، وذلك لظهور لفظ «غيري» في المنع عن صرف الإطلاق إلى نفسه.

بطل، ولا يوقف (1) إلى أن يوجد له مجيز» إلى أن قال (2): «وإن (3) لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد، بأن يكون العوضان

(1) يعني: ولا يحكم بكون هذا العقد معلقاً على أن يوجد له مجيز حتى تنكشف الحال من أنه يجيز أو يردّ.

(2) يعني: قال المحقق التستري في المقابس.

(3) معطوف على قوله (في ص 104): «ان توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد» وهذا شروع في حكم صورة ثانية، وهي كون العوضين جزئيين خارجيين لا- كليين ذميين كما كان في الصورة السابقة. كما إذا كان المبيع كتاب المكاسب المتعين خارجاً، والثن ديناراً معيناً أيضاً، فقال مالك الكتاب أو وكيله: «بعت هذا الكتاب بهذا الدينار» فهل يلزم تعيين المالكين أم لا؟ فيه وجوه ثلاثة:

الأول: لزوم التعيين، إمّا بالتصريح بأن يقول: «بعتك كتابي هذا بدينار» فيعين البائع بضمير التكلم، والمشتري بضمير الخطاب. وإمّا بالإطلاق لا بالتصريح، لكفاية الإطلاق- المنصرف إلى المالكين- في مقام الإثبات، فيحكم بوقوع العقد لهما، فيصحّ أن يقول: «بعت كتابي هذا بهذا الدينار».

الثاني: عدم لزوم التعيين بالقصد أو باللفظ، فيكفي كون العوضين الجزئيين- المملوكين لهذين المتعاملين- في وقوع العقد لهما. ولا يقدح في صحة هذه المعاملة ووقوعها للمالكين التصريح بالخلاف، بأن يقول العاقد: «بعت هذا الكتاب- المملوك لزيد- عن عمرو بدينار بكر لخالد» مع أنّ عمروا وخالداً أجنبيان عن العوضين بالمرّة. وعلى كلّ فالبيع لو صحّ فقد وقع بين المالكين وهما زيد و بكر، ويلغو التصريح باسم عمرو و خالد.

الثالث: التفصيل بين الإطلاق و التصريح بالخلاف، فيصحّ في الأول، ويبطل في الثاني. ويظهر مثاله من الوجهين المتقدمين. ولكل واحد من هذه الاحتمالات الثلاثة وجه سيأتي بيانه.

معينين (1)، ولا- يقع العقد فيهما على وجه يصحّ إلا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو (2) الإطلاق المنصرف إليه (3)، أو عدمه (4) مطلقاً، أو التفصيل (5) بين التصريح بالخلاف (6)، فيبطل، وعدمه (7) فيصح، أو وجه (8). أحوطها [أقواها (9)] الأخير (10)،

(1) المراد من المعين هو الجزئي الخارجي، في قبال الكلي المضاف إلى ذمة معينة.

(2) ظاهر العطف كون الإطلاق احتمالاً آخر في مقابل وجوب التعيين، لكنه ليس بمراد، بل المراد التعيين إمّا بالتصريح به، وإمّا بالتعويل على الإطلاق المنصرف إلى المالين، فقوله: «أو الإطلاق» بيان أحد عدلي الواجب التخييري. وعلى كلّ فقد تقدم أنفاً مثال التعيين والإطلاق.

(3) الضمير راجع إلى «المعين» المستفاد من «التعيين».

(4) بالجر معطوف على «وجوب التعيين» وضميره راجع إلى الوجوب، وهذا إشارة إلى الاحتمال الثاني. يعني: أنّ تعين المالين واقعا مغن عن التعيين بالتصريح أو بالإطلاق، بل لا يقدر التصريح بالخلاف.

(5) بالجرّ معطوف على «وجوب التعيين» يعني: التفصيل- في وجوب التعيين- بين التصريح بالخلاف .. إلخ. وهذا إشارة إلى ثالث الاحتمالات.

(6) أي: خلاف ما تقتضيه المعاوضة من كون البيع لمالك المبيع، والشراء لمالك الثمن، فيبطل مع التصريح بالمنافي.

(7) بالجرّ معطوف على «التصريح» أي: وعدم التصريح بالخلاف، فيصحّ العقد، ويؤخذ بمقتضى إطلاقه، من وقوعه للمالكين.

(8) مبتدأ مؤخر لقوله: «ففي وجوب التعيين ..».

(9) كذا في نسخ الكتاب، ولكن في المقابس المطبوع «أحوطها».

(10) وهو الصحة مع عدم التصريح بالخلاف، لوجود المقتضي للصحة وفقد المانع عنها.

و أوسطها الوسط (1)، و أشبهها بالقاعدة [للأصول] (2) الأول.

و في حكم المعين (3) إذا ما عين المال بكونه في ذمة زيد مثلا.

أما المقتضي فهو الإطلاق المنصرف إلى المالكين. و أما عدم المانع فلأنّ المانع هو التصريح بما ينافي مقتضى المعاوضة، و المفروض عدمه. بخلاف ما لو صرح بالمنافي، لوقوع التدافع بين مقتضى المعاوضة و بين المصرّح به، و حيث لا مرجح لأحدهما فيبطل العقد.

(1) يعني: الصحة مطلقا حتى مع التصريح بالخلاف. و وجه الصحة اقتضاء المعاوضة و وقوع العقد لمالكي العوضين. و التصريح بالخلاف لغو لا أثر له، لمنع انصراف العمومات، و هي مقدمة على أصالة الفساد.

(2) كذا في نسخ الكتاب، و الموجود في المقابس ما أثبتناه من قوله: «بالقاعدة» و المراد بالأصول أصالة الفساد و أصالة عدم ترتب الأثر، و عدم حصول النقل و الانتقال، لكن مرجع الجميع واحد، فالأولى ما أثبتته في المقابس من قوله:

«بالقاعدة».

و على كلّ فوجه الأشبهية بأصالة الفساد هو انصراف الأدلة الاجتهادية إلى العقود الشائعة المتعارفة، لا النادرة التي تنسب العقود فيها إلى غير المالكين.

(3) يعني: و في حكم العوض المعين. و غرضه بيان جريان الاحتمالات الثلاثة- المتقدمة في العوضين الشخصيين- في ما إذا كان العوضان أو أحدهما كليًا في ذمة شخص معين. كما إذا توكل عن زيد في بيع كتاب المكاسب- الكلي- بدينار، و عن عمرو في شراء كتاب المكاسب بدينار في ذمته، فيقال: إنه هل يجب على الوكيل تعيين من يقع له البيع و من يقع له الشراء، بأن يصرح باسمهما، أو يعوّل على الإطلاق بأن يقول: «بعت كتاب المكاسب بدينار» أم لا يعتبر التعيين أصلا، بل لا يقدر التصريح بالخلاف، أم يفصل بين الإطلاق و بين التصريح بالخلاف؟

و على الأوسط (1): لو باع (2) مال نفسه عن الغير وقع عنه، و لغا قصد كونه عن الغير.

و لو باع (3) مال زيد عن عمرو،

و كيف كان فالكلّي المضاف إلى ذمّة معيّنة صورة ثالثة من صور المسألة، و لكنها متحدة حكما مع العين الشخصية، هذا.

(1) هذا متفرع على الاحتمالات الثلاثة في العقد على الأعيان الشخصية أو الكلية المضافة إلى ذمة شخصية كالمّن من حنطة في ذمة زيد، أو كتاب المكاسب في ذمة عمرو، أو الدينار الكلي في ذمة بكر، و هكذا. و المذكور في المتن فروع أربعة تختلف أحكامها بحسب الاحتمالات الثلاثة المتقدمة، كما سيظهر.

(2) هذا هو الفرع الأول، و هو أن يبيع العاقد مال نفسه بدينار بقصد أن يقع عن الغير، بمعنى دخول الدينار في ملك ذلك الغير، و خروج المال عن ملك العاقد، فبناء على الاحتمال الثاني يصح البيع و يقع لنفسه، و يلغو التصريح بما يخالف مفهوم المعاوضة من دخول العوض في كيس من خرج عنه المعوّض.

و بناء على الاحتمال الأول و الأخير يبطل، لفقد تعيين المالك البائع، بل وجود التصريح بالخلاف.

(3) هذا هو الفرع الثاني، بأن يبيع بكر كتاب زيد من خالد بدينار، على أن يدخل الدينار في ملك عمرو الأجنبي عن الكتاب، فبناء على الاحتمال الثاني فصلّ صاحب المقاس بين كون العاقد وكيلا عن مالك الكتاب و بين كونه أجنبيا.

فإن كان وكيلا عن زيد في بيع كتابه صحّ البيع عنه، لا عن عمرو، فتؤثر الوكالة في وقوع البيع لمالك المبيع، و يلغو التصريح بوقوعه عن عمرو.

و إن لم يكن وكيلا عن زيد كان إنشاء العاقد فضوليا، فإن أجاز زيد بيع كتابه صحّ و وقع لنفسه، و إن ردّ بطل البيع. و على كلّ من الوكالة و الفضولية يلغو التصريح بوقوع البيع عن عمرو، لفرض كونه أجنبيا. هذا حكم المسألة بناء

فإن كان وكيلًا عن زيد صحَّ عنه (1)، وإلا (2) وقف على إجازته.

و لو اشترى (3) لنفسه بمال في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلًا عن زيد وقع عنه (4)، و تعلق المال بذمته، لا عن (5) زيد ليقف على إجازته. و إن كان وكيلًا

على الاحتمال الثاني.

(1) أي: عن زيد، و وجه الصحة انتساب العقد إلى الموكل بالوكالة.

(2) أي: وإن لم يكن العاقد وكيلًا عن زيد وقع البيع مراعى إلى أن يجيز زيد أو يردّ.

(3) هذا هو الفرع الثالث، و هو أن يشتري العاقد لنفسه شيئًا بثمن كليّ مضاف إلى ذمة زيد، فيقول للبائع: «اشترت هذا الكتاب لنفسي بدينار في ذمة زيد» فبناء على الاحتمال الثاني فصل صاحب المقابس بين كون المشتري وكيلًا عن زيد و بين عدم وكالته.

فإن لم يكن وكيلًا صحَّ البيع لنفسه، و استقرّ الثمن على ذمته، لأنّ التصريح بإضافة الشراء للنفس يلغي وقوع الشراء لزيد، فكأنه لم يتلفظ به أصلا، ضرورة عدم العبرة بالتصريح بالخلاف، و عدم وجوب تعيين المالك كما هو فرض الاحتمال الثاني. و لا تصل النوبة إلى احتمال وقوع الشراء فضوليا عن زيد ليتوقف على إجازته أو ردّه.

و إن كان وكيلًا عن زيد في شراء الكتاب مثلا احتمل أحد أمور:

الأول: بطلان العقد رأسا، و عدم وقوعه لنفسه و لا لموكله.

الثاني: صحته عن نفسه.

الثالث: صحته عن موكله، و سيأتي وجه كلّ منها.

(4) أي: عن نفس العاقد، بمقتضى الإضافة إلى النفس.

(5) معطوف على «عنه» أي: لم يقع الشراء لزيد، لانتفاء الاذن المصحح لإضافة العقد إلى الأذن، مضافا إلى وجود المانع و هو إضافة الشراء إلى النفس.



فالمقتضي (1) لكلّ من العقدین (2) منفردا موجود، و الجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، ولّمّا لم يتعيّن (3) احتمال البطلان، للتدافع. وصحته (4) عن نفسه، لعدم

(1) هذا وجه بطلان الشراء رأسا، وهو وجود مقتضيين متدافعين، مع عدم مرجح لأحدهما على الآخر. أمّا المقتضي لوقوعه عن نفسه فهو اشتراؤه لنفسه، و مقتضى المعاوضة كون الثمن في ذمة نفسه، فيكون الشراء له بعوض في ذمته. و أمّا المقتضي لوقوعه عن زيد الموكل له فهو جعل الثمن في ذمة زيد بمقتضى وكالته عنه بالفرض. و مقتضى المعاوضة كون الشراء لزيد.

و الجمع بين المقتضيين متعذر، إذ الكتاب الشخصي إمّا أن يدخل في ملك الوكيل، أو الموكل. و حينئذ فلا بدّ من إلغاء أحدهما، ولّمّا لم يتعيّن ما يلغى منهما- لعدم مرجح له، و من المعلوم امتناع الترجيح بدونه- يقع التدافع بين المقتضيين، و يسقط كلاهما عن التأثير، و هذا معنى البطلان رأسا.

(2) الأولى أن تكون العبارة هكذا: «فالمقتضي لوقوع العقد لكلّ منهما منفردا موجود».

(3) يعني: لم يتعيّن أحدهما الملغى، و وجه عدم تعينه انتفاء المرجح لتعيينه للإلغاء.

(4) بالرفع معطوف على «البطلان» يعني: احتمال صحة العقد عن نفس العاقد، و هو الاحتمال الثاني، في قبال الاحتمال الآتي أعني صحته عن موكله.

و وجه صحته عن نفسه: عدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشراء، فيقع عن نفسه، إذ الوكالة المتعارفة تقتضي إضافة العقد إلى خصوص الموكل، و عدم قصد دخول المبيع في ملك الوكيل مع خروج الثمن عن ملك موكله، فلّمّا أضافه العاقد إلى نفسه و إلى غيره انعقد لنفسه، لوجهين: أحدهما: الانصراف، و الآخر: ترجيح جانب الأصالة، و تلغو وكالته حينئذ.

تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء، و ترجيح (1) جانب الأصالة. و عن (2) الموكل، لتعين العوض في ذمة الموكل. فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين (3).

ولو اشترى (4) عن زيد بشيء في ذمته فضولا ولم يجز فأجاز عمرو ولم يصح عن أحدهما.

وقس (5) على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب.

---

(1) بالجرّ معطوف على «لعدم» و ظاهره أنّه وجه آخر لإثبات صحة العقد عن الوكيل، إذ الترجيح منوط بشمول الوكالة لمثل هذا العقد حتى يرجح الوقوع عن النفس على الوقوع عن الموكل.

و الوجه الأول ناظر إلى قصور دليل الوكالة عن شموله لمثل هذا العقد، فلا يبقى إلا البطلان رأسا، أو الوقوع للنفس، ولما كان المقتضي لصحته لنفسه موجودا أتجه الالتزام به.

(2) معطوف على «عن نفسه» يعني: احتمال صحة البيع عن الموكل، لتعين العوض في ذمته بتصريح الوكيل «في ذمة موكلي و هو زيد» و قد تقدم أنّ تعيين المال الكلّي في ذمة شخص معيّن يكون بحكم الثمن الشخصي في كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا. و عليه فلا عبرة بإضافة الشراء إلى نفس الوكيل.

(3) يعني: كما في العوض المعين، حيث يلغو قصد الشراء أو البيع لغير مالكة.

(4) هذا هو الفرع الرابع، و هو أن يشتري الفضول شيئا بثمن في ذمة زيد، فلم يجز زيد، و أجازه عمرو. فيبطل البيع، و لا يقع لا لزيد و لا لعمرو.

أمّا عدم وقوعه لزيد فلرّدّه للبيع و رفضه له.

و أمّا عدم وقوعه عن عمرو فلأنّ الفضول لم يقصد جعل الثمن في ذمته حتى تتمسّى منه الإجازة و الرّدّ، فهو أجنبي عن العقد، و لا عبرة بإجازته.

(5) يعني: تجري الاحتمالات الثلاثة في كلّ ما كان أحد العوضين فيه كلّيا،

و لا فرق (1) على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة (2) و التسمية (3) و يفرق بينهما (4) على الأخير. و يبطل الجميع (5) على الأول» (1) انتهى كلامه.

وعينه العاقد، لكن صرح بما يخالفه. و تجري في غير البيع أيضا، كالوكيل في إيجار دار لزيد بأجرة معيّنة في ذمته، ثم جعل المنفعة لنفسه أو لشخص آخر غير زيد.

و التخريج سهل بعد وضوح الضابطة.

(1) غرض صاحب المقابس قدس سره من هذه الجملة أنّ أحكام الفروع الأربعة المتقدمة لا تختلف بناء على تسليم الاحتمال الثاني - و هو عدم وجوب تعيين المالكين عند كون العوضين جزئيين أو كليين في ذمة معيّنين - سواء نوى العاقد وقوع البيع لغير المالكين أم لا، و سواء تلفظ بما نواه أم لم يتلفظ به.

وأما بناء على الاحتمال الثالث - و هو قبح التصريح بالخلاف - فيلزم التفصيل بين نية وقوع العقد لغير المالك فيصح، و بين التلفظ بوقوعه للغير، فيبطل، لمانعية التصريح عن الصحة.

وأما بناء على الاحتمال الأول - و هو وجوب التعيين - فلا فرق في البطلان بين قصد غير المالك و بين التلفظ به، لاختلال شرط الصحة بكلّ من النية والقول.

هذه جملة من كلام صاحب المقابس في مسألة تعيين المالكين. و سيأتي كلام آخر منه في معرفة كل من المتعاقدين للآخر حتى يخاطبه بكاف الخطاب.

(2) بأن يقصد بيع كتاب زيد عن عمرو ودينار، ولكنه لم يتلفظ به حين الإنشاء.

(3) بأن يتلفظ بما نواه.

(4) أي: بين النية المخالفة و التسمية.

(5) لصدق عدم التعيين في جميع الفروع الأربعة، فيبطل.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 13.

أقول: (1) مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضاً وبدلاً.

### المناقشة في ما أفاده صاحب المقابس

(1) ناقش المصنف قدس سره في ما تقدم من كلام صاحب المقابس بوجهين، أحدهما ناظر إلى الخدشة في لزوم التعيين في المبيع الكلي، والآخر إلى المناقشة في الشخصي.

توضيح الوجه الأول: أن البيع «مبادلة مال بمال» ومن المعلوم تقوم مفهوم المعاوضة بقصد خروج المبيع عن ملك البائع إلى ملك المشتري، وخروج الثمن من كيس المشتري إلى ملك البائع. وإلا فلو قصد مالك المبيع تمليك ماله لزيد، وقصد المشتري تمليك ماله لشخص آخر غير البائع، لم تتحقق المعاوضة بين المالكين، بل تحقق تمليكان مجانين، وهذا أجنبى عن البيع. وعليه فمجرد قصد المعاوضة بين المالكين كاف في صدق العنوان، ولا يلزم إسناد البيع إلى مالكي العوضين. وهذا واضح في بيع الأعيان الشخصية.

وأما في الأعيان الكلية فتعيين المالكين وإن كان مسلماً، إلا أنه ليس شرطاً مستقلاً زائداً على الشروط المتعارفة، بل لأجل توقف صدق «المبادلة بين مالين» على إضافة الكلي إلى ذمة معينة، فإنّ العقلاء لا يعتبرون منّا من الحنطة الكلية مالا ما لم يضاف إلى ذمة معينة معتبرة تتمكّن من تسليمها إلى المشتري. وكذا الحال في الثمن الكلي كالدينار.

وعليه فتعيين المالكين وقصد وقوع البيع لهما - أو التلفظ بما يقصده - مقوم لمفهوم المعاوضة والمعاملة، إذ الإنشاء على الكلي غير المضاف إلى ذمة معلومة ملحق عرفاً بالهزل، وليس موضوعاً للأثر، كما إذا قال: «بعت عبداً بألف دينار» مع عدم قصده مالكي العبد والدينار.

والحاصل: أن ما يظهر من عبارة المقابس من جعل تعيين المالكين - في بيع الكليات - شرطاً مستقلاً في قبالة سائر ما يعتبر في مفهوم المعاوضة، لا يخلو من شيء.

و على هذا (1) فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك. إلا أن ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك (2)، فإن من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان (3). و منها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك كما في الذمم (4)، لأن ملكية الكلّي لا يكون إلا مضافاً إلى ذمة (5). و إجراء (6) أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المرّد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيّن الشخص في الكلّي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة (7).

فصح على ما ذكرنا (8) أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر

(1) أي: و على كون مقتضى المعاوضة دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر.

(2) الأولى أن يقول: «على إضافة العوض إلى شخص معيّن» في قبال: عدم إضافته إلى أحد، و في قبال إضافته إلى شخص غير معيّن، حيث إن صاحب الذمة ليس مالكا لما في ذمته و إن كان يصحّ تملكه إياه لغيره.

(3) يعني: الأعيان الشخصية الخارجية، كهذا الكتاب و ذلك الفرس، و كل ما هو متشخص موجود.

(4) تقدمت أمثله مكرراً في شرح كلمات صاحب المقابس قدّس سرّه.

(5) فليس منّ من الحنطة ملكاً لزيد إلا بإضافته إليه، فيبيعه سلفاً قبل الحصاد.

(6) بالرفع مبتدأ، و خبره «غير معهود» و غرضه أن تعيين مالك الكلّي الذمي إنما هو لعدم اعتبار العقلاء ملكية الكلّي إذا تردّد مالكة بين زيد و عمرو و بكر مثلاً.

و لعلّ عدم اعتبارهم لأجل أنّه لا ماهية و لا هويّة للمرّد، كما هو واضح.

(7) لا لأجل تعبد خاص وراء تقوّم مفهوم المعاوضة به.

(8) من عدم اعتبار تعيين المالك - من حيث أنّه مالك - في صحة العقد، و إنما الحاجة إلى تعيينه لكون الكلّي بدون إضافته إلى شخص لا يقبل المعاوضة.

سواء (1) في العوض المعين أو في الكلي. وأن (2) اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول (3) من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا، لأن ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا.

وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين، فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: «بعت عبدا بألف» ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلا للبيع، ولا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعت عبدا من مال فلان بألف من مال فلان» فيمتاز البائع عن المشتري.

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة (4) فيما إذا كان العوضان معينين

---

(1) هذا بيان لقوله: «مطلقا».

(2) معطوف على قوله: «ان تعيين المالك».

(3) المراد به ما أفاده صاحب المقابس قدس سره بقوله: «إنه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد .. إلخ». و مورد كلياته العوضين، والمراد من الأمثلة ما ذكره بقوله:

«كبيع الوكيل إلى قوله في بيوع متعددة»، و ما ذكره بقوله أخيرا: «و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة ..».

(4) من قول صاحب المقابس: «ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقا أو التفصيل .. إلخ» وهذا شروع في الوجه الثاني من المناقشة في كلام المحقق التستري قدس سره، وهو ناظر إلى ما أفاده في الشق الثاني أعني به تعيين العوضين خارجا.

و ملخص إيراد على صاحب المقابس هو: أنه مع تعيين العوضين في الخارج

فالمقصود (1) إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوّض - تحقيقاً (2) لمفهوم العوضيّة و البدليّة- فلا (3) حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما وإليهما العوضان.

و إذا لم يقصد (4) المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد، فإن (5) جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض، فقال: «ملكك فرسي هذا بحمار

إن قصدت المعاوضة الحقيقية التي تستلزم عقلاً دخول العوض في ملك مالك المعوّض، فلا حاجة حينئذ إلى تعيين مالكي العوضين، لتعيينهما بتعيين العوض و المعوض. وإن قصدت المعاوضة الصورية فلا- ينعقد البيع أصلاً. فلا- مورد لتثليث الوجوه في صورة تعيين العوضين خارجاً، لأنّه مع قصد المعاوضة الحقيقية- التي لازمها دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر- فقد عيّن المالكان قهراً بالملازمة. و معه لا معنى للترديد بين الوجوه الثلاثة. و مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية فالوجوه كلها باطلة، و معه أيضاً لا معنى للترديد بينها.

(1) جواب قوله: «و أما» و الأولى تبديله ب «ففيه» ليكون أظهر في الإيراد.

(2) متعلق ب «دخول العوض».

(3) جواب قوله: «إذا كان» و قد تقدم توضيحه آنفاً.

(4) معطوف على «إذا كان» و هو شقّ آخر من المنفصلة، أي: عدم قصد حقيقة المعاوضة، و أنّه لا فائدة في تعيين البائع و المشتري حينئذ.

(5) الظاهر أنّه متفرّع على قصد المعاوضة الحقيقية، و حاصله: أنّه إذا قصد المعاوضة الحقيقية- و لكن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض- لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم تحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية بالنسبة إليه. و أمّا وقوع البيع فضولياً لعمر و فففيه كلام يأتي في بيع الغاصب، و هو: أنّ المجاز غير المنشأ، و المنشأ غير المجاز.

عمرو) فقال المخاطب: «قبلت» لم يقع (1) البيع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه. و في وقوعه اشتراء فضوليا لعمرو  
كلام (2) يأتي (3).

وأما ما ذكره من مثال «من باع مال نفسه عن غيره» (4) فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره. و الظاهر (5) وقوعه عن البائع، و لغوية قصده  
عن الغير، لأنه أمر غير معقول (6) لا يتحقق القصد إليه حقيقة.

---

(1) جواب قوله: «فان جعل».

(2) مبتدأ مؤخر، خبره قوله: «و في وقوعه».

(3) سيأتي هذا البحث في المسألة الثالثة من بيع الفضولي بقوله: «و لكن يشكل في ما إذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير .. فلا  
مورد لإجازة مالك الدراهم .. إلخ».

(4) و هو ما ذكره صاحب المقابس - في التفرع على الاحتمال الثاني - بقوله:

«و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه، و لغا قصد كونه عن الغير» و المصنف قدس سره و إن كان موافقا له في حكم المسألة  
أعني وقوع البيع لنفس العاقد، و لغوية التصريح بوقوعه عن الغير. إلا أنّ الظاهر اعتماد صاحب المقابس على مقام الإثبات، و هو الأخذ  
بأصالة الظهور في «بعت» في إرادة البيع لنفسه. و المصنف يعتمد على مقام الثبوت، و هو أن قصد المعاوضة الحقيقية يوجب عدم قصد  
وقوعها عن الغير، لتوقف المعاوضة الحقيقية على قصد خروج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، و حلول الثمن محلّه، فلا يعقل  
القصد الجدّي لدخول الثمن في ملك الغير.

و بهذا ظهر أن المانع الثبوتي - أي عدم المعقولية - هو الموجب لوقوع البيع عن نفس العاقد، و لا تصل النوبة إلى مقام الإثبات حتى يحكم  
بوقوعه له رعاية لجانب الأصالة.

(5) لأصالة الظهور في قوله: «بعت مالي» لظهوره في المعاوضة الحقيقية، و هي الوقوع للبائع المالك للمبيع.

(6) لأنه خلاف مقتضى المعاوضة.



و هو (1) معنى لغويته.

ولذا (2) لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء (3) ولا يقع عن نفسه أبدا.

نعم (4) لو ملكه فأجاز قيل: بوقوعه له، لكن (5) لا من حيث إيقاعه أو لا لنفسه، فإن (6) القائل به لا يفرّق

---

(1) يعني: وعدم تحقق القصد إليه هو معنى لغويته.

(2) يعني: ولأجل عدم المعقولية لو باع مال غيره عن نفسه - كقوله: بعثك كتاب زيد عن نفسي بدينار بأن يدخل الثمن في ملك العاقد - وقع للغير إن أجاز، تحقيقا لمعنى المعاوضة، ولا وجه لوقوعه عن نفسه، لاقتضاء المبادلة دخول الثمن في ملك مالك المبيع، وبالعكس، فيلغو قصد وقوعه عن العاقد.

(3) يعني: في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، وهي بيع الفضولي لنفسه.

(4) غرضه الاستدراك على قوله: «ولا يقع عن نفسه أبدا» ببيان صورة أخرى يلتزم فيها بدخول الثمن في ملك نفسه، كما لو باع كتاب زيد لنفسه بدينار، ثم تملك الكتاب من زيد بشراء أو بهبة أو يارث، ثم أجاز ذلك البيع الفضول، فقد قيل بصحة هذا البيع الفضولي بعد الإجازة، ودخول الثمن في ملك العاقد. لكن هذا القول لا ينافي ما تقدم من اقتضاء مفهوم المعاوضة دخول الثمن في ملك مالك المبيع.

وجه عدم المنافاة: أنّ تملكه للثمن في المثال المزبور لا يستند إلى إيقاع ذلك البيع الفضولي لنفسه، بل لكونه من قبيل «من باع شيئا ثم ملكه» إذ القائل بالصحة بعد تملك مال الغير لا يفرّق بين المثاليين، وهما: بيع مال الغير عن نفسه فضولا، وبين بيعه عن مالكه فضولا. وعدم الفرق كاشف عن لغوية قصد وقوع البيع عن نفسه. بل يقع عن مالكه، وبعد تملكه منه وإجازته يدخل الثمن في ملك العاقد.

(5) هذا توجيه الاستدراك، وقد ذكرناه بقولنا: «لكن هذا القول لا ينافي ..».

(6) تعليل لقوله: «لا من حيث» يعني: أنّ قصد وقوع بيع الغير عن نفسه لغو

حينئذ (1) بين بيعه (2) عن نفسه أو عن ماله. فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما، ووجوده كعدمه (3).

إلا (4) أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض

على كل حال، وذلك لأنّ القائل بالوقوع لنفسه يقول به سواء قصد العاقد وقوعه لنفسه أم لمالك المبيع.

(1) أي: حين القول بصحته.

(2) أي: بيع مال الغير.

(3) إذ لو كان هذا القصد مؤثرا لزم الفرق بين قصد وقوعه لنفسه و للمالك، بأن يقال: إنه عند قصد وقوعه لنفسه يقع له، و لا حاجة إلى الإجازة بعد تملكه للمبيع، لفرض وقوع البيع له. بخلاف ما لو أضافه إلى المالك، فإنه يقع عنه، ولذا يتوقف على إجازة العاقد بعد تملكه للمبيع. و عليه فالحاجة إلى الإجازة في كلا الفرضين دليل على لغوية قصد وقوعه لنفسه، و أنه يقع لمالك المبيع خاصة.

(4) استدراك على ما ذكره في الفرع الأول من قوله: «من باع مال نفسه عن غيره .. و الظاهر وقوعه عن البائع» و حاصله: أنه لما كان بيع مال نفسه ظاهرا في إرادة المعاوضة الحقيقية- بأن يقع لنفسه- أمكن رفع اليد عن هذا الظاهر عند إتيانه بكلمة «بعت كتابي عن زيد بدينار» و يقال بالبطلان بأحد احتمالين:

الأول: عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و أنه لا يقع البيع للعاقد كما لا يقع عن زيد، فهو إنشاء لغو، فهو غير قاصد من حين الإنشاء للمبادلة بين كتابه و الدينار، لكنّه يتشبّه بقرينة مانعة عن إضافة البيع إلى نفسه، و هي إضافته إلى زيد. و حينئذ لا وجه لما أفاده المصنف بقوله: «و الظاهر وقوعه عن البائع» وفاقا لصاحب المقابس.

الاحتمال الثاني: أن يستند البطلان إلى عدم قصد المعاوضة الحقيقية، بأن يقصدها على وجه التنزيل و الادعاء، يعني: أنّ المالك عند ما يقول: «بعت كتابي عن زيد بدينار» يدعي مالكية زيد للكتاب تنزيلا له منزلة نفسه، ثم ينشئ البيع،

قصده للمعاوضة الحقيقية، لم لا يجعل هذا (1) قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية؟ (2) أو على (3) تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع؟

كما سيأتي أن (4) المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه (5)،

فيستند البطلان إلى انتفاء ركن العقد، وهو إضافة العوض إلى غير مالكة، وبه تنتفي إرادة حقيقة المعاوضة.

والحاصل: أنه بناء على كلا الاحتمالين يحكم بفساد هذا البيع، ولا يصح ما تقدم من الجزم بوقوعه للبائع المالك، ولغوية قصد وقوعه عن الغير.

نعم سيأتي إبطال الاحتمال الثاني، وتقوية وقوعه عن المالك، فانتظر.

(1) المشار إليه هو إضافة البيع إلى الغير ليقع عنه. وهذا إشارة إلى أول الاحتمالين المتقدمين في بطلان هذا الإنشاء.

(2) ومن المعلوم أنه لا بيع عند انتفاء قصد المبادلة الحقيقية، فلا يقع لا عن نفسه ولا عن غيره. وقوله: «المبادلة» مفعول لقوله: «إرادته».

(3) معطوف على «على عدم» يعني: لم لا يجعل إضافة البيع إلى الغير قرينة على تنزيل ذلك الغير منزلة المالك ادعاء، وإن لم يكن مالكا واقعا؟ وهذا ثاني الاحتمالين المتقدمين آنفا.

(4) سيأتي في المسألة الثالثة من بيع الفضولي - وهي بيع الغاصب لنفسه - التنبيه عليه غير مرة، فقال في بعض كلامه: «فالأنسب في التفصّي أن يقال: ان نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه من قوله: تملك منك .. ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا، ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغوئته، ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة .. إلخ» فراجع (ص 581).

(5) أي: على وجه التنزيل منزلة المالك الحقيقي، وادعاء كون نفسه هو ذلك.

ولا يخفى أن ما أفاده في بيع الفضول ناظر إلى بيع مال الغير عن نفسه، بفرض

و حينئذ (1) فيحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

و من هنا (2) ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور: «أنه لو قال

---

نفسه مالكا حقيقيا، وهذا عكس ما نحن فيه، وهو بيع مال نفسه عن غيره، ويشترك الأصل والعكس في تنزيل غير المالك منزلة المالك.

(1) أي: و حين كون قصد وقوع البيع عن غير المالك قرينة على انتفاء إرادة المعاوضة الحقيقية - بأحد الوجهين المتقدمين - يحكم ببطلان المعاملة، لا بوقوعها عن المالك.

(2) أي: و من عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي في بيع مال نفسه عن الغير، حكم العلامة وغيره كالشاهد قدس سرهما .. إلخ. قال في رهن القواعد: «و لو قال:

بعه لنفسك، بطل الإذن، لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه». و قال في الدروس:

«و لو قال: الراهن للمرتهن: بعه لنفسك لم يصح البيع، لأن غير المالك لا يبيع لنفسه» (1).

و ظاهره الإذن في البيع بعد تحقق العقد، لا باشرطه في ضمن العقد.

و كيف كان فغرض المصنف تأييد بطلان العقد المزبور بما ذكره جمع في فرعين:

أحدهما: أن يقول الراهن للمرتهن: «بع هذه الوثيقة لنفسك» فباعها المرتهن.

و حكموا ببطلانه، و هو من موارد بيع مال الغير لنفس العاقد، لبقاء الرهن على ملك الرّاهن بعد، و إذنه في البيع غير مصحح له.

ثانيهما: أن يدفع شخص مالا إلى طالب طعام، و يقول له: «اشتر به لنفسك طعاما» فيبطل، لأن الثمن بعد باق على ملك الدافع، فلا يتمشى من المشتري قصد حقيقة المعاوضة، لأنه المنتفع بالطعام، لا دافع الثمن.

---

(1) لاحظ قواعد الأحكام، ج 2، ص 127، الدروس الشرعية، ج 3، ص 409.

ص: 128

المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، وكذا لو دفع مالا إلى من يطلب [يطلبه] (1) الطعام وقال: «اشتر به لنفسك طعاما» (1) هذا.

ولكن (2) الأقوى صحة المعاملة المذكورة، ولغوية القصد المذكور، لأنه (3) راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله (4) أحد ركني المعاوضة (5).

وأما حكمهم (6) ببطان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام فمرادهم

---

وهذان المثالان عكس ما نحن فيه، وهو بيع مال نفسه عن الغير. لكن مناط البطلان في الجميع واحد، وهو انتفاء القصد الجدّي للمعاوضة مع المالك الحقيقي.

وسياتي توجيه حكمهم في الكل.

(1) كذا في النسخ، والظاهر صحة ما أثبتناه، بحذف الضمير.

(2) هذا عدول عن قوله: «و حينئذ فيحكم ببطان المعاملة» و غرضه تثبيت ما أفاده أولا- جازما به- من قوله: «و الظاهر وقوعه عن البائع، و لغوية قصده عن الغير» و توضيحه: أنّ القائل: «بعت كتابي عن زيد» إن قصد حقيقة المعاوضة بأن يدخل الثمن في ملك زيد و يخرج الكتاب عن ملك نفسه كان البطلان مسلّما. و أمّا إذا قصد إضافة البيع إلى نفسه، و كان إضافته إلى زيد لأجل حصوله على فائدة المعاملة بأن يدخل الدينار في ملكه بهبة و نحوها لا بنفس هذا البيع، قلنا بصحته و وقوعه للمالك، و دخول الثمن في ملكه، و لو أراد تملكه من زيد توقّف على مملّك آخر غير ذلك البيع.

(3) أي: لأنّ القصد المذكور- وهو الوقوع عن الغير- راجع إلى جعل فائدة البيع له.

(4) بالجبر، معطوف على «إرادة».

(5) حتى تبطل من جهة إضافة المال إلى غير مالكة.

(6) كأنّه يتوهم أنّ حكم العلامة و غيره ببطان البيع- في مثال الرهن و اشتراء الطعام- ينافي صحة البيع و لغوية قصد الغير.

---

(1) قواعد الاحكام، ج 2، ص 87، الدروس الشرعية، ج 3، ص 211.

عدم وقوعه للمخاطب (1)، لا أنّ المخاطب إذا قال: «بعته لنفسي (2) أو اشتريته لنفسي (3)» لم يقع لمالكه إذا أجازاه.

وبالجملة (4): فحكمهم بصحة بيع الفضولي وشرائه لنفسه ووقوعه للمالك يدلّ (5) على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثم إنّ ما ذكرنا كله (6) حكم وجوب تعيين كلّ من البائع والمشتري من يبيع له ويشترى له.

---

و دفع هذا التوهّم بقوله: «فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب .. إلخ». و حاصله:

أنّ مرادهم بالبطلان عدم وقوعه للمخاطب، لا مطلقاً ولو للمالك.

و لا يخفى أنه قد سبق في رابع تنبيهات المعاطاة توجيه مسألة شراء الطعام بمال الدافع، و كيفية تملك المشتري له، فراجع «1».

(1) فلا مانع من وقوعه للمالك، كالراهن و الدافع للمال في المثالين المزبورين.

(2) في مسألة بيع الرهن.

(3) في مسألة شراء الطعام.

(4) غرضه تأييد ما أفاده- من عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك في البطلان- بحكمهم في الفضولي بصحة البيع، و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك.

(5) خبر قوله: فحكمهم.

هذا تمام الكلام في المقام الأول مما حقّقه صاحب المقابس، و ما ناقش فيه المصنّف، و هو اشتراط البيع بتعيين مالكي العوضين. بأن يقصد الموجب من ينتقل عنه المبيع، و أن يقصد القابل من ينتقل إليه المبيع، و يخرج الثمن من ملكه. و قد فصلّ المصنّف قدّس سرّه بين العوض الكلّي و الشخصي. و يأتي الكلام في المقام الثاني.

(6) من قوله: «و اعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه» إلى هنا.

---

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 104-105.

ص: 130

و أمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري (1)

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري، و القابل للبائع أم لا؟

(1) غرضه تعيين كلّ من البائع و المشتري للآخر في مقام الإثبات، بمعنى علم الموجب بأنّ القابل يقبل لنفسه أو لغيره. و كذا علم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه، أو لغيره مع معرفة ذلك الغير في كلا الموردين.

و هذا المقام يتكفل موضعين من البحث.

الأول: علم كل من المتعاقدين بالآخر. مثلاً: إذا قال زيد للمشتري: «بعتك هذا الكتاب بدينار» فهل يعتبر في صحة البيع معرفة مخاطبة، و أنّ المشتري هو عمرو لا بكر و خالد، لاحتمال أن يشتري عمرو لنفسه، أو لغيره وكالة أو فضولاً؟

أم لا يعتبر ذلك.

و هل يعتبر معرفة المشتري بأنّ مالك الكتاب المرید لبيعه هو زيد المباشر للعقد، أم أنّ البائع الحقيقي هو موكل زيد، أو من يبيع له زيد فضولاً، لاحتمال أن يبيع مال نفسه و غيره، أم لا يعتبر ذلك؟ في المسألة احتمالان:

أحدهما: اعتبار تعيين كل من المتعاقدين للآخر مطلقاً، إلّا مع العلم بعدم إرادة خصوص المخاطب، كما لعلّه حال غالب البيوع، حيث لا يهّم البائع إلّا أصل المعاوضة، و أمّا كون المشتري خصوص المخاطب بقوله: «بعتك» أو موكله أو من يلي أمره، فليس بمهمّ، فالمخاطب بنظر البائع الموجب هو الأعم من المشتري الحقيقي و الجعلي.

ثانيهما: عدم الاعتبار مطلقاً إلّا في مثل عقد النكاح، حيث إنّ لكلّ من الزوجين عناية خاصة بالآخر، فلو قالت هند لزيد: «زوّجتك نفسي بكذا» لم تقصد موكل زيد أو الصغير الذي لزيد ولاية عليه.

و ذهب صاحب المقابس إلى اعتبار التعيين في النكاح، و عدم اعتباره في البيع و نحوه، و سيأتي كلامه.

المخاطب و القابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره (1)، إلا في ما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين، كما في غالب البيوع والإجازات (2). فحينئذ (3) يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكك كذا أو منفعة كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا، كالمشتري الغاصب، أو من (4) هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية.

الموضع الثاني: في أنه بعد علم الموجب أن القابل يقبل عن غيره ولاية أو وكالة هل يجوز له مخاطبته له، بأن يقول: «بعتك هذا بكذا» أم يلزمه إضافة «كاف» الخطاب إلى الموكل أو المولى عليه، بأن يقول: «بعث هذا من موكلك أو من زيد الذي تلي أمره»؟ و سيتضح الأمر في كلا الموضوعين إن شاء الله تعالى.

(1) هذا أحد الاحتمالين، وقد تقدم أنفا.

(2) الأمر في غالب البيوع واضح كما أفاده قدس سره. وكذا الحال في غالب الإجازات، لتعلق غرض المؤجر- في إجارة الأعيان كالدور و الدكاكين و النواقل- بتمليك المنفعة بعوض، مهما كان المستأجر. كما أن همّ المستأجر استيفاء المنفعة سواء أ كانت العين لزيد أم لعمره. وكذا الحال في إجارة الأعمال.

نعم قد يتعلق الغرض - نادرا- بإجارة العين من مستأجر خاص، أو استيجار العين من مالك خاص، و ذلك مقام آخر.

و على كلّ فالغلبة المزبورة قرينة نوعيّة مانعة عن انعقاد الظهور في إرادة شخص المخاطب بخصوصيته.

(3) أي: فحين عدم إرادة خصوص المخاطب.

(4) هذا و الوكيل و الولي مثال للمالك الجعلي. أما الغاصب الذي يشتري لنفسه بمال الغير فلائنه يعتبر نفسه مالكا حقيقيا. و أمّا الوكيل فأدلة الإذن تصحّح تنزيل نفسه منزلة الموكل. و أمّا الولي فدليل ولايته على القاصر ينزله منزلة المولى عليه في ما يصلح له.



ويحتمل (1) عدم اعتباره إلا في ما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما في النكاح والوقف الخاص والهبة والوكالة والوصية (2).

الأقوى هو الأول (3) عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، وتبعية العقود للقصد.

وعلى فرض القول الثاني (4) فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب أتبع قصده،

---

(1) معطوف على «فيحتمل» وقد تقدم توضيحه آنفاً.

(2) لما يقال من أنّ الموقوف عليه الخاص والمتهب والوكيل والوصي ركن في هذه العقود، بحيث يكون للواقف والواهب والموكل والموصى عناية خاصة بهم.

(3) وهو الاعتبار، إلا مع العلم بعدم إرادة خصوص المخاطب، فإن العلم بذلك قرينة على عدم إرادة ظاهر كاف الخطاب في قوله: «بعتك» حيث إنّ ظاهره خصوص المخاطب، وهذا الظاهر حجة ما لم تقم قرينة على خلافه من إرادة الأعم منه ومن وكيله مثلاً.

وأما مع عدم العلم بإرادة الأعم من المخاطب ومن وكيله مثلاً فلا بدّ من رعاية ظاهر الخطاب المقتضي لوقوعه للمخاطب، فلو قبل لموكله مثلاً لم يحصل التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى بعض الخصوصيات، وتنتم قاعدة «تبعية العقود للقصد» إذ كان قصد الموجب وقوع العقد لهذا المخاطب الحقيقي لا للأعم، فقبوله للأعم ليس مطاوعة لذلك الإيجاب ولا مطابقاً له.

(4) وهو عدم الاعتبار إلا مع العلم بدخل خصوصية الطرفين كما في النكاح وشبهه، والأولى تبديل «القول الثاني» ب «الاحتمال الثاني» وإن كان القائل به موجوداً أيضاً، لعدم سبق ذكر القولين.

وكيف كان فبناء على اعتبار رعاية ظاهر الخطاب لا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره، لإبائه «كاف» الخطاب عن الرجوع إلى الغير، و المفروض دخل خصوصية المخاطب في إيجاب العقد، فلو قصد القابل غيره لم يكن قبولاً لذلك الإيجاب.

فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره (1).

قال في التذكرة: «لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال (2)، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد» (1).

وهذا الأشكال وإن كان ضعيفا مخالفا للإجماع (3) و السيرة،

---

(1) غرضه من نقل كلام العلامة قدس سره الاستشهاد به على عدم جواز القبول عن الغير لو كان مقصود الموجب وقوع العقد لخصوص القابل المخاطب بضمير الخطاب.

ووجه الشهادة: أن العلامة استشكل في صحة بيع الفضولي بإجازة المالك عند جهل الطرف الآخر بفضولية العقد، إذ يقصد الأصيل حينئذ بقوله: «بعتك بكذا» تمليك هذا المخاطب، لا المالك الواقعي للثمن، فإذا انكشف الحال انتفت المطابقة بين الإيجاب والقبول، لكون قصد الموجب تمليك المبيع لهذا القابل وتملك الثمن منه، فقبول الفضول تملك المبيع لغيره- وهو المجيز- غير مقصود للموجب، فلم يحصل التطابق بينهما في الخصوصيات.

وهذا الإشكال مبني على اعتبار تعيين الموجب والقابل، ومراعاة ظاهر الكلام.

لكن ضعفه المصنف قدس سره بعدم لزوم مخالفة- في المقام- لكبرى وجوب التعيين.

وأن الإيجاب والقبول متواردان على شيء واحد، وبيانه: أن البائع الأصيل الجاهل بفضولية القابل إنما يخاطبه بقوله: «بعتك» زعما منه مالكيته للثمن، لا لخصوصية في شخص القابل، لما سبق آنفا من بناء العقود المعاوضية غالبا على مبادلة الأموال، ولا غرض في معرفة الأشخاص.

وعليه فلما كان قصد الموجب تمليك المبيع لمن يملك الثمن واقعا لم يكن توجيه الخطاب إلى الفضول منافيا لوقوع البيع للمالك المجيز.

(2) مبتداء، خبره «فيه» مقدرا، والجمله جواب «لو باع..».

(3) القائم على صحة هذا البيع لو أجاز المالك. و تفصيله موكول إلى بحث بيع الفضول.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463، السطر 12.

إلا أنه (1) مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

### [التفصيل في اعتبار تعيين الموجب والقابل بين مثل البيع والنكاح]

وقد يقال في الفرق (2) بين البيع وشبهه وبين النكاح: «إن (3) الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعيين، وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد. ولأنّ (4) معنى قوله: بعتك كذا

---

(1) أي: إلا أنّ الاشكال مبني على اعتبار مراعاة ظاهر الكلام من وقوع الشراء للمخاطب، لا للمالك المجيز.

التفصيل في اعتبار تعيين الموجب والقابل بين مثل البيع والنكاح

(2) أي: الفرق بين النكاح في اعتبار تعيين الزوجين، وبين البيع في عدم لزوم تعيين البائع والمشتري. وهذا الفارق وجهان أفادهما المحقق التستري قدس سره.

الأول: أنّ الدليل على اعتبار تعيين الزوجين هو كونهما ركنا في العقد، كالعوضين في البيع وشبهه، فكما يقدر الجهل بخصوصية العوضين في الصحة، فكذا يقدر الجهل بخصوصية الزوجين، فيلزم على كل منهما تعيين الآخر ليتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، وهو العلة الخاصة بين شخصين، فلو قالت المرأة: «زوّجت نفسي من موكلك زيد» وقال وكيل الزوج: «قبلت التزويج لنفسي» لم يتواردا على أمر وحداني، بل كانا كإيقاعين لم يرتبط أحدهما بالآخر. هذا في النكاح، بخلاف البيع الذي يقصد فيه تبديل المالكين غالباً، بلا عناية بمالكيهما.

(3) نائب فاعل «يقال» وعبارة المقابض هكذا: «فإنه يشترط فيه- أي في النكاح- تعيين الزوجين، ومعرفة كلّ من المتعاقدين بذلك، لأنّهما كالعوضين..» (1).

(4) معطوف على «لأنّهما» وهذا ثاني وجهي الفرق بين البيع وشبهه، وبين النكاح، وحاصله: أنّ معنى قوله: «بعتك» هو رضا الموجب بكون المخاطب مشترياً، والمشتري يطلق على المالك ووكيله. بخلاف الزوج، فإنّه لا يطلق على وكيله، فمعنى قولها: «زوّجتك نفسي» رضاها بكون المخاطب زوجاً، لها لا غيره، فلو قصد القابل

---

(1) القائل هو المحقق التستري في المقابض، كتاب البيع، ص 13، س 6.

بكذا- رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع، و المشتري (1) يطلق على المالك ووكيله. و معنى قولها:- زوّجتك نفسي - رضاها بكونه زوجا، و الزوج لا يطلق على الوكيل» انتهى.

و يرد على الوجه الأوّل من وجهي الفرق: أنّ (2) كون الزوجين كالعوضين

غيره لم يكن قبولا للإيجاب.

و هذا الوجه ناظر إلى تفاوت لفظ المشتري و الزوج في مقام الإثبات، لصدق المشتري- عرفا- على كلّ من الأصيل و الوكيل، فيصح البيع. و أمّا الزوج فلا يطلق على الوكيل. و لا مانع من اختلاف مفاد الألفاظ بحسب الموارد، فالوكالة في الشراء و النكاح هي الإذن في القبول لا غير، و لكنّها في البيع توجب صدق المشتري على الوكيل، و لا- توجهه في عقد النكاح. و من المعلوم أنّ المتّبع ظهور الألفاظ في المحاورات.

(1) ابتداء جملة مستأنفة، وليست الواو بعاطفة.

(2) ناقش المصنّف في كلا دليلي الفرق. أمّا في الأوّل فبوجهين.

أحدهما: أنّه و إن كان صحيحا، لكنه مثبت لجزء المدّعى لا لتمامه، توضيحه:

أنّ المقصود إثبات لزوم التعيين في النكاح و شبهه، و عدم لزومه في البيع، و ما أفاده- من ركنية الزوجين في عقد النكاح كالعوضين في البيع- يصلح لإثبات وجوب التعيين في النكاح، و لا ينفي وجوبه في البيع، إذ لا يدلّ كلامه على عدم ركنية البائع و المشتري حتى لا يجب تعيينهما. و عليه فالدليل غير واف بتمام المدّعى.

ثانيهما: أنّه أخصّ من المدّعى، و هو لزوم التعيين في كلّ من النكاح و الوقف و الوصية و الوكالة. و المذكور في المتن مختصّ بالنكاح، فلا يعمّ جميع موارد لزوم التعيين، فلا بدّ من إقامة الدليل عليه في الهبة و الوصية و الوقف ممّا يكون من له العقد فيها مقوّمًا للعنوان، لعدم صدق المتهب و الوصيّ و الموقوف عليه على الوكيل من قبلهم فلو أراد زيد هبة مال لعمرو، و ادّعى بكر و كالتة عن عمرو في قبول الهبة لم يصح توجيه الخطاب إليه، و لا قصد قبول الهبة لنفسه، فيبطل لو قال: «وهبت هذا لموكلك عمرو، فقبل لنفسه» زعما منه كون المتهب- كالمشتري- صادقا على الوكيل منه.

إنّما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا (1) لعدم وجوبه في البيع.

مع (2) أن الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة (3) أو الفضولي (4)، فلا بدّ من وجه مطّرد في الكلّ.

وعلى (5) الوجه الثاني: أنّ معنى «بعتك» في لغة العرب - كما نصّ عليه

---

(1) يعني: أنّ الدليل واف ببعض المدعى وهو عقده الإيجابي، ولا يفي بعقده السلبي أعني به عدم تعيين طرفي العقد في مثل البيع.

(2) هذا ثاني الإيرادين المتقدّمين، وهو الأخصية من المدّعي.

(3) يعني: أنّه لا يصحّ للقابل في الوقف - مثلاً - القبول للموقوف عليه، لو كالتة عنه، فلو قال الواقف: «وقفت هذا عليك» وقصد المخاطب قبوله عن موكله حتى يتم الوقف له، لم يصح، لعدم صدق عنوان «الموقوف عليه» على وكيله في قبول الوقف.

وكذا الحال في المتهمب والوصي ونحوهما. بخلاف المشتري الصادق على كلّ من الموكل والوكيل، هذا.

(4) كما إذا قبل الوقف فضولاً عن زيد، ليكون هو الموقوف عليه، فيبطل، لكون الموقوف عليه ركناً في باب الوقف، كالعوضين في البيع.

(5) معطوف على «يرد على الوجه الأوّل» ومحصّ له: منع ما أفاده صاحب المقابس من «الفرق بين البيع والنكاح، بأنّ معنى بعتك: رضيت بكونك مشترياً، فيصدق المشتري على مالك الثمن وعلى وكيله» وجه المنع: أنّ معنى «بعتك» ملكتك، لما سبق في مباحث المعاطاة وغيرها من نقل كلام فخر المحققين «معنى بعته في لغة العرب ملكت غيري».

وعليه فمفاد قوله: «بعتك» جعلتك مالكا، ومن المعلوم عدم صدق «المالك» على الولي عليه، والوكيل عنه، والفضولي، لما عرفت من تقوم الملك بطرفين أحدهما المالك، والآخر المملوك. ومعه كيف يصدق «مالك المبيع» على الوكيل عن المشتري

فخر المحققين - وغيره هو «ملكك بعوض» و معناه جعل المخاطب مالكا. و من المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الولي و الوكيل و الفضولي (1).

فالأولى في الفرق ما ذكرنا (2) من أنّ الغالب في البيع و الإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير.

---

في قبول العقد؟ و بعد سقوط هذا الوجه تقتضي القاعدة تعيين القابل حتى في مثل البيع، هذا.

(1) كعدم صدق «الزوج و المتهب و الموقوف عليه و الوصي» على الولي عليهم أو الوكيل عنهم. هذا ما يتعلق برّد مقالة صاحب المقابض.

(2) غرض المصنف إبداء فارق آخر بين البيع و شبهه و بين مثل النكاح، و قد سبق ذلك قبل نقل عبارة المقابض، و محصله: أنّ همّ البائع تبديل المبيع بثمن، و همّ المشتري بذل الثمن بإزاء اقتناء المبيع، فليس مقصود البائع من قوله: «بعثك بكذا» إلّا تمليك ماله بمال المخاطب، سواء أ كان أصيلا أم وكيفا أم وليا. و هذا بخلاف مثل النكاح مما يكون لكلّ من المتعاقدين عناية بالطرف الآخر، فلا بد من تعيين شخصه.

فإن قلت: لا يصح ما أفيد في البيع من غلبة قصد المالك الواقعي، لا خصوص المخاطب في مقام الإنشاء، و ذلك لمنافاته لما تقرّر من عدم سماع دعوى المشتري - بعد تمام العقد - وكالته عن غيره، و أنّه اشترى لموكله، حتى يطلب الثمن منه لا من المشتري. و وجه عدم السماع هو اتّباع ظاهر الكلام، لقول البائع: «بعثك» و قول المشتري «قبلت أو اشتريت منك أو تملك منك» مما ظاهره الشراء لنفسه لا لموكله.

و لو صحّ ما في المتن - من أن مقصود البائع هو المالك الحقيقي، أعم من شخص المخاطب و من وكيله - كان اعتذار المشتري بأنّه اشتراه لغيره متّجها، لعدم مخالفته لمضمون العقد. و عليه فالبيع كالنكاح في اعتبار تعيين من يقع العقد له، هذا.

قلت: لا منافاة بين كون قصد البائع أعم من القابل و من موكله و بين عدم سماع دعوى المشتري الشراء لموكله، و ذلك لأنّ ردّ قول المشتري ينشأ من ظهور

و لا ينافي ذلك (1) عدم (2) سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل، فتأمل (3).

بخلاف (4) النكاح و ما أشبهه، فإنَّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنَّه ركن للعقد.

بل (5) ربّما يستشكل في صحة أن يراد من القرينة المخاطب (6) من حيث (7) قيامه مقام الأصيل

---

«التاء» في «قبلت و اشتريت» في الشراء للنفس لا للغير، و حيث كانت دعواه مخالفة لأصالة الظهور في القبول كانت مردودة، هذا.

(1) المشار إليه قوله: «إنَّ الغالب في البيع و الإجارة هو قصد المخاطب بالاعتبار الأعم».

(2) فاعل «ينافي» و قد تقدم بيان المنافاة و عدمها بقولنا: «إن قلت .. قلت».

(3) الظاهر أنَّه إشارة إلى الدقة في وجه عدم المنافاة.

(4) هذا عدل لقوله: «ان الغالب في البيع ..» و غرضه اقتضاء الغلبة تعيين الزوج و إرادة شخصه، لا الأعم منه و من وكيله أو وليّه.

(5) لمّا كان مفاد قوله: «فان الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنَّه ركن للعقد» صحة عقد النكاح نادرا لو قامت قرينة على ما لو قصدت المرأة بقولها:

«زوّجتك نفسي» التزويج من موكل القابل، بدعوى أنّ وكالته صحّحت توجيه «كاف» الخطاب إلى الوكيل، مع كون الزوج هو الموكل، فأراد المصنف الترفي بمنع هذا الفرد النادر، و أنّه لا يصح أن تقول المرأة «زوّجتك» قاصدة موكل القابل.

و الوجه في المنع عدم تعارف صدق عنوان «الزوج» على الوكيل و لو مجازا و نادرا. و عليه فلا بدّ أن يراد بالمخاطب نفس الزوج.

(6) يعني: المخاطب العاقد عن الزوج، فإنَّه وكيله في قبول النكاح.

(7) يعني: لا تريد المرأة تزويج نفسها من المخاطب حقيقة، و إنّما تخاطبه

كما لوقال (1): «زوّجتك» مریدا له باعتبار كونه (2) وكیلا عن الزوج. وكذا قوله:

«وقفت عليك و أوصيت لك و وگلتك».

و لعل الوجه (3) عدم تعارف صدق هذه العنونات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: «الزوج و لا الموقوف عليه و لا الموصى له و لا الموكل» (4) بخلاف البائع و المستأجر، فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه (5) إلى ما ذكرنا سابقا

ب «زوّجتك» من حيث كونه وكیلا عن زوجها.

(1) تذكير الضمير و كذا تذكير «مریدا» باعتبار وكيل الزوجة في إيجاب العقد، كما هو الغالب من عدم مباشرة المرأة إنشاء النكاح.

(2) هذا الضمير و ضمير «له» راجعان إلى «المخاطب» المفروض وكالته عن الزوج.

(3) أي: وجه منع هذا الفرد النادر، و عدم صحة العقد حتى مع قيام القرينة على إرادة الموكل من حرف الخطاب.

(4) يعني: لا يقال للوكيل: «الموكل» للمقابلة بينهما، فلا يطلق أحدهما على الآخر، و إن كان الوكيل كالأصيل في نفوذ تصرفه في مورد وكالته، لكن هذا لا يصحح تسمية الوكيل موكلا.

(5) الضمير راجع إلى ما ذكره بقوله: «فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب» و المراد من الموصول في قوله: «إلى ما ذكرنا سابقا» هو الوجه الثاني من وجهي الفرق بين البيع و النكاح الذي ذكره سابقا بقوله: «و قد يقال في الفرق إلخ».

و المقصود بالوجه الثاني قوله: «و إن معنى قوله: بعثك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا .. إلخ».

و المراد من الاعتراض عليه ما ذكره بقوله: «و على الوجه الثاني ان معنى بعثك ..».

و وجه عدم الرجوع إليه أنّ المقصود من المخاطب فيما اعترضنا عليه كان هو بعنوان خاص أعني كونه مخاطبا في هذه المعاملة، و فيما ذكرنا بقولنا: «و الأولى في الفرق» هو بعنوانه العام، لكونه مالكا، و لكونه وكیلا أعني منه عنوان: المسلط على المال في مقام المعاملة.



[1] لا يخفى أنّ في هذه المسألة جهتان:

الأولى: أنّهم اعتبروا قصد مدلول العقد في صحته، و أرسلوه إرسال المسلمات، بل عن التذكرة: الإجماع عليه.

لكن عدّه شرطاً لا يخلو من مسامحة، لأنّ الشرط إنّما يطلق على الأمر الخارج عن حقيقة المشروط، وقصد مدلول العقد مقوم له ودخيل في حقيقته، وليس أمراً خارجاً عن حقيقته حتى يصح إطلاق الشرط عليه. فلو عبّر عنه بأنّه مقوم عرفي كان أولى.

و كيف كان فالبيع - سواء كان بمعنى إيجاد المعنى باللفظ كما هو المشهور عند الأصوليين وغيرهم، أم كان بمعنى إظهار أمر نفسي بمبرز أم كان بمعنى الاعتبار النفسي المظهر بمبرز خارجي، سواء أمضاه العرف والشرع أم لا، و سواء كان، في العالم شرع و عرف أم لا - لا يتحقق في الخارج إلا بالقصد الذي هو أمر نفسي مع إظهاره بمبرز خارجي، فبانتفاء أحدهما ينتفي الآخر، لانتفاء المركب بانتفاء أحد أجزائه.

والحاصل: أنّ جعل القصد من شروط العقد أو المتعاقدين ثم الاستدلال عليه بالإجماع لا يخلو من المسامحة، إذ ليس القصد شرطاً شرعياً حتى يستدل عليه بالإجماع الذي هو دليل على الحكم الشرعي.

الجهة الثانية: أنّ المحقق صاحب المقابس قدّس سرّه قال: «إنّ في اعتبار تعيين المالكين اللذين يتحقّق النقل والانتقال بالنسبة إليهما وجوها وأقوالاً».

و ملخص الكلام فيه: أنّه هل يعتبر في صحة البيع تعيين المالك و من يقع عنه البيع، سواء أ كان عن نفسه أم غيره؟ ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري، و كذا تعريف المشتري للبائع أم لا؟ فهنا مقامان:

الأول: في اعتبار تعيين من يقع عنه البيع.

والثاني: في اعتبار تعريف كل من البائع والمشتري للآخر.

أما المقام الأول فتفصيل البحث فيه: أنّ الكلام تارة يكون في البيع الشخصي

و اخرى في البيع الكلي.

أما البيع الشخصي فتعين المالك ثبوتاً يغني عن تعيينه إثباتاً بالقصد أو اللفظ أو كليهما، فتعيينه ليس مقوماً ولا شرطاً للبيع، إذ ليس البيع إلا اعتبار المبادلة بين المالكين في أفق النفس، وإبرازه بمبرز خارجي من اللفظ وغيره. ولا ريب في أنّ هذا المعنى يتحقق بدخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض، وبالعكس، من دون حاجة إلى تعيين مالك الثمن أو المثمن، لعدم قيام دليل تعبدي على اعتبار التعيين، مع حصول المعنى العرفي للبيع بدون التعيين.

ولا فرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من المالكين و من غيرهما كالوكيل والولي والفضولي، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن قصد المالك و تعيينه.

نعم يعتبر في صحة البيع أن لا يقصد خلاف مقتضى العقد، كأن يشترط دخول الثمن في ملك غير البائع، أو المثمن في غير ملك المشتري، فإنه يرجع في الحقيقة إلى عدم قصد البيع، لأن حقيقة البيع متقومة بمبادلة المالكين، فإن لم يرجع قصد الخلاف إلى عدم قصد البيع، فهو يتصور على صور:

إحداها: أن يقصد رجوع نتيجة البيع وفائدته إلى شخص آخر، كما إذا قصد التمليك للغير بعد تحقق البيع، كأن يشتري شيئاً لولده، أو خبزا من الخبّاز بقصد إعطائه إلى الفقير، أو اشتراط ذلك على الخبّاز، فإنّ المبيع في هذه الموارد ينتقل إلى المشتري، ثم منه بناقل شرعي إلى غيره. ولا إشكال في صحة البيع في هذه الموارد.

ثانيها: أن يقصد الخلاف من باب الادّعاء و عقد القلب على كون غير المالك مالكا تنزيلا و تشريعا، كما في بيع اللصوص و الغاصبين ما يبيعونه من الأموال المسروقة و المغصوبة.

ثالثها: أن يقصد الخلاف من باب الخطاء في التطبيق كالوكيل في بيع أموال غيره، بتخيّل كون العين الفلانية مملوكة للموكل، فباعها له، ثم ظهر كونها ملكا لشخص آخر.

ص: 142

وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع للمالك، غاية الأمر أن نفوذه يتوقف على إجازته.

والكليّ في المعينّ والكليّ الثابت في ذمة شخص خاص في حكم المبيع الشخصي في عدم لزوم تعيين المالك، لتعيينه فيهما كتعيينه في الشخصي.

ولا يخفى أن ما ذكرناه- من عدم اعتبار تعيين من يقع له العقد في صحة البيع- إنما يكون في العقود التي ليس قصد المالك ركنًا فيها كالعقود المعاوضة التي يكون الركنان فيها العوضين كالبيع، فإنّ حقيقته المبادلة بين المالكين.

وأما إذا لم يكن كذلك كعقد النكاح الذي يكون الركنان فيه الزوجين- اللذين هما بمنزلة العوضين في البيع- فلا بدّ من تعيينهما حال العقد، لعدم حصول الغرض بصيرورة الرجل زوجًا لامرأة مبهمًا، وبصيرورة المرأة زوجًا لرجل مبهم.

وكذا الموقوف عليه والموهوب له والموصى له والوكيل، فإنّ هؤلاء من أركان الوقف والهبة والوصية والوكالة، فلا يتحقق شيء منها بدون القصد إلى هؤلاء، وبدون تعيينهم هذا.

وأما البيع الكليّ فلا بدّ فيه من تعيين البائع وقصده، لا من جهة اعتبار التعيين في المبيع، بل من جهة أنّ الطبيعي لا مال له، كذا أفيد.

لكن الإنصاف أنّ له مالية، لأنّها من لوازم الطبيعة. فالوجه في اعتبار الإضافة أنّ الكليّ غير المضاف إلى شخص يلغو اعتبار ملكيته لأحد، إذ حال من اعتبر له ومن لم يعتبر له على حدّ سواء ما لم يضاف إلى ذمة معيّنة. والمفروض أنّ البيع تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، ومن المعلوم أنّ الكليّ بما هو كليّ غير مضاف إلى أحد حتى يكون تبديله بشيء من قبيل تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، فلا يتحقق المبادلة بين المالكين في الكليّ غير المضاف إلى ذمة معيّنة.

والحاصل: أنّ الملكية المطلقة غير المتعلقة بشيء لا يعقل أن توجد، فلا بدّ من تعلقها بشيء ما لا ثبوت له لا شيءية له، فلا يعقل أن يكون طرفًا للملكية أو الزوجية

أو غيرهما. فعدم تعلق الملكية بالمبهم ليس لأجل عدم الدليل على صحة العقد على المبهم، بل لأجل عدم وجود للمبهم وعدم شيئية له، فلا يعقل أن يكون طرفا للملكية أو الزوجية أو غيرهما.

وَأما طلاق إحدى الزوجات أو عتاق مملوك من المماليك، فهما - مضافا إلى كونهما منصوصين - إنما يصحان فيما إذا تعلق الإنشاء بالمتعين الواقعي في علمه تعالى ولو بعنوان ما يقع عليه سهم القرعة، أو ما يختاره فيما بعد، بحيث يكون المختار عنوانا مشيرا إلى ما هو المتعين واقعا المعلوم عنده تعالى.

و كذا بيع أحد الصبيان، فإن المبيع هو الصاع المتعين واقعا المعلوم عنده سبحانه و تعالى.

وَأما الوصية بأحد الشئيين أو أحد الأشياء أو لأحد الأشخاص، فإن كانت عهدية فمرجعها إلى إيكال الأمر إلى الوصي، فيكون من قبيل الواجب التخييري. وإن كانت تمليكية فمع قصد التعيين - بنحو ما ذكرنا - صحّت الوصية، وإلا كانت صرف لقلقة لسان.

والحاصل: أن الإنشاء الذي لا تعين له إلا بنفس هذا الإيجاد لا يعقل أن يتعلق بالمبهم، إذ لا معنى لإيجاد المبهم.

فتلخص: أن الكلي ما لم يضاف إلى ذمة معينة ليس قابلا للمعاوضة، هذا في مقام الثبوت.

وَأما مقام الإثبات، فمقتضى الإطلاق كون الكلي مضافا إلى ذمة نفس العاقد، لانصراف الإطلاق إليه ما لم يصرح بالخلاف، فيلزم به في مقام النزاع و الترافع.

و كذا الحال في الثمن إن كان كليا، فإن الإطلاق منصرف إلى قابل العقد، فيلزم به في مقام الترافع.

وَأَمَّا الْمَقَامُ الثَّانِي: - وهو الذي أشار إليه المصنف قدس سره بقوله: و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري وبالعكس - فحاصله: أنه هل يعتبر في صحة البيع أن يعرف المشتري مالك المبيع، بأن يعرف أن العاقد الموجب هل هو مالك المبيع أم وكيله؟

أم لا يعتبر إلا تعيين البائع بحسب قصد الموجب للعقد، و تعيين المشتري بحسب قصد القابل للعقد.

و الحاصل: أن تعيين المالكين للعوضين ثبوتا عند الموجب و القابل هل هو كاف أم لا بدّ من معرفة كل من المالكين للآخر إثباتا؟

الظاهر الأوّل، لأنّ مقتضى إطلاق الأدلة «كأوفوا بالعقود، و أحل الله البيع، و تجارة عن تراض» و نحوها عدم اعتبار ذلك، بعد وضوح صدق العقد العرفي على العقد الذي لم يصرّح فيه بمالكي العوضين. و كذا في الهبة و النكاح و غيرهما، من دون فرق في ذلك بين العقود التي يكون الركنان فيها المتعاقدين كالنكاح و بين غيرها، فيصح أن تزوّج المرأة نفسها لمن قصده القابل من نفسه أو غيره المعين عنده.

و كذا يصح أن يقبل قابل عقد الهبة لنفسه، أو غيره من دون توقف صحة الهبة على معرفة الواهب بكون القابل هو المتهب أو غيره.

و الوجه في ذلك صدق حقائق هذه العقود بدون تعيين من له هذه العقود في مقام الإثبات بعد تعيينه ثبوتا، لأنّ حقيقة البيع هي اعتبار التبدل بين مالين، و حقيقة الهبة هي اعتبار ملكية العين الموهوبة لشخص، و حقيقة الزواج هي اعتبار عدلية أحد الزوجين للآخر. و لا ريب في تحقق هذه الحقائق بالصيغ المزبورة، مع عدم معرفة الموجب بمن قصده القابل، و لا معرفة القابل بمن قصده الموجب من نفسه أو غيره، فإنّ معرفة خصوصيات الأشخاص ليست دخيلة في ماهية العقد عرفا، و لا في صحتها شرعا.

فالمتحصل: أنه لا دليل على معرفة الأشخاص إثباتا بعد تعيينهم ثبوتا، هذا.

ثم إنَّ هنا أموراً ينبغي التنبيه عليها: الأوَّل: إذا قصد الموجب الإيجاب لشخص المخاطب بنحو التقييد وقصد القابل القبول لغيره كموكله، فالظاهر فساده، لأنَّ ما أنشأه الموجب لم يقع عليه القبول، فالتطابق المعتبر بين الإيجاب والقبول مفقود. فإذا زوّجت المرأة نفسها من المخاطب، وقبل المخاطب لغيره، لم يصح هذا التزويج، لعدم ورود القبول على ما وقع عليه الإيجاب.

و كذا إذا باع متاعاً بثمن في ذمّة شخص المخاطب، فقبل المخاطب لغيره لم يصح البيع، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

نعم إذا كان عدم التطابق بين الإيجاب والقبول لأجل الخطأ في التطبيق صحَّ العقد. كما إذا قصد البائع البيع لشخص المشتري بثمن شخصي بزعم أنّه ملك المشتري، ولكن كان الثمن ملكاً لموكله- لا لنفس المشتري- صحَّ البيع، لأنَّهما قاصدان لحقيقة البيع. وقصد خصوص المشتري إنّما كان خطأً، فلا عبرة به. نعم إذا كان قصد خصوص المشتري من باب التقييد كان من قبيل تخلف الشرط، فللبائع الخيار، هذا.

الأمر الثاني: هل يجوز للموجب توجيه الإيجاب إلى المخاطب، وقبول المخاطب لغيره مع عدم علم الموجب بذلك؟ وهل يجوز أيضاً للموجب أن يسند الإيجاب في ظاهر الكلام إلى نفسه، لكن قصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل بذلك، بل زعم كون الإيجاب لنفس الموجب، أم لا يجوز؟

والفرق بين هذه الصورة وسابقتها هو صحة المخاطبة مع القابل في فرض عدم علم الموجب بكونه هو المشتري أو غيره. وكذا القابل بالنسبة إلى الموجب. وعدم الصحة في الصورة الأولى لقصد الموجب خصوص المشتري.

و حاصل ما أفاد في المتن: أنّ هنا صوراً.

إحداها: أن يعلم من الخارج عدم لحاظ خصوصية للمتعاقدين، كما في العقود

المعاوضية، فإنّ الملحوظ في البيع غالباً هو العوضان من دون خصوصية لمالكيهما، فلا- مانع حينئذ من رفع اليد عن ظهور «كاف» الخطاب في مثل قوله: «بعتك» في كون المشتري نفس المخاطب لا غيره، لأنّ الغلبة المزبورة قرينة نوعية على صرف كاف الخطاب عن ظاهره، وإرادة الأعم منه و من غيره، فهذه القرينة توجب انقلاب الظهور الأوّل بالثانوي. فمعنى قوله: «بعتك» إيجاب البيع للأعم من المخاطب وغيره. وكذا ظهور «تاء» المتكلم في «بعت» في كون إنشاء الإيجاب لنفسه، فإنّه يتبدل هذا الظهور- بالقرينة المزبورة- بظهور ثانوي في الأعم من نفسه و موكله مثلاً. فلو قال: «بعتك الدار» مثلاً، ثم انكشف أنّ المشتري كان وكيلاً عن غيره لم يكن به بأس و لم يضر ذلك بالتطابق.

الصورة الثانية: أن يعلم من الخارج لحاظ خصوصية المخاطب كما في النكاح و الوقف و الوصية و نحوها، ففي مثلها يكون ظاهر الخطاب متبعاً، لعدم ما يوجب رفع اليد عنه، ضرورة عدم قرينة على صرف ظهور الخطاب وإرادة الأعم من المخاطب وغيره. فلو قال: «زوجتك فلانة» و قبل المخاطب لغيره لم يقع النكاح، لعدم التطابق المعبر بين الإيجاب و القبول.

الصورة الثالثة: إذا لم يظهر من الخارج أنّ الموجب قصد المخاطب بشخصه حين الإيجاب، أو قصد الأعم منه و من غيره- كأن يكون وكيلاً عن شخص- لم يصحّ القبول من الموكل، بل لا بد من القبول لنفسه، لأنّ الشبهة مصداقية لا مفهومية، فلا يصح التمسك بالعمومات لصحته.

توضيحه: أنّ مفهوم البيع- وهو المبادلة بين المالكين- من المفاهيم الواضحة، و الشك إنّما يكون في مصداقية الإيجاب الخاص مع القبول عن الموكل للبيع، إذ مع إرادة خصوص المخاطب لا يكون مصداقاً للبيع، فلا يشمل ما دلّ على وجوب الوفاء

بالببيع، لكونه من التشبث بالعام في الشبهة المصدقية.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه إذا أحرز أن الموجب قصد خصوص المخاطب صحّ القبول للموكل.

وإذا أحرز أنه قصد الأعم من كونه هو القابل أو موكله صحّ القبول حينئذ لنفسه أو عن موكله.

وإذا لم يحرز قصده أصلاً فلا يجوز القبول إلا لنفسه دون موكله، إلا إذا كان الغالب عدم لحاظ خصوصية المتعاقدين في ذلك العقد كالبيع، فإن الغالب عدم لحاظ خصوصيتهما.

الأمر الثالث: إذا قصد الموجب الإيجاب لموكل المخاطب، فهل يجوز له الإنشاء بلفظ الخطاب، كأن يقول: «بعتك» قاصداً البيع لموكله؟ أو يقول: «زوجتك» قاصداً التزويج لموكله؟ الظاهر عدم صحة ذلك إلا فيما إذا كان اللفظ ظاهراً عرفياً المنشأ، لأنّ المعبر في العقد أمران:

الأول: الاعتبار النفساني، والثاني إبرازه خارجاً بما هو مبرز له عرفاً، فإن لم يكن مبرزاً له كذلك كإبراز المبادلة بين المالكين بلفظ «ضربت و نصرت» لم يصح ذلك.

وعلى هذا فلا يصح إبراز علاقة الزوجية بين المرأة و موكل القابل بلفظ «زوّجتك» لأنّه ليس مبرزاً لتلك العلاقة بين المرأة و موكل القابل، بل هو مبرز لتلك العلاقة بين المرأة و نفس القابل. فالأمر الثاني هو المبرز العرفي مفقود هنا، فلا يصح العقد. هذا في عقد النكاح.

وأما في عقد البيع فلا يبعد أن يكون «بعتك» مبرزاً عرفياً لإنشاء البيع للمخاطب الأعم من كونه بنفسه مشترياً أو وكيلاً عن غيره، فلا يكون «بعتك» حينئذ ظاهراً في خلاف مقتضى المعاوضة الحقيقية أعني انتقال كل من العوضين إلى من انتقل عنه



---

العوض، فإنّ مقصود الموجب نقل المبيع إلى موكل القابل، ونقل الثمن عنه إلى الموجب. لكن مقتضى قوله: «بعتك» نقل المبيع إلى نفس القابل، ونقل الثمن من القابل إلى البائع. فمقتضى ظاهر العقد مخالف لما قصده البائع.

نعم لو ثبت دعوى ظهور «بعتك» في الأعم من المخاطب وغيره صحّ، كما أنّ ثبوتها غير بعيد. فيفرّق حينئذ بين «بعتك» وبين «زوجتك» و«وهبتك» لثبوت الدعوى المزبورة في الأوّل دون الأخيرين، هذا.

فالمتمحصل: أنّه مع العلم بمبرزية «بعتك» للأمر الاعتباري النفساني للأعم من المخاطب صحّ البيع مع قبول المشتري الإيجاب لموكله. و إمّا مع العلم بعدم مبرزيّته للأعم أو الشك في مبرزيّته لم يصح البيع، لأصالة عدم تحقّقه.

ص: 149

**إشارة**

مسألة (1):

و من شرائط المتعاقدين [1] الاختيار. و المراد به (2) القصد إلى وقوع

---

الشرط الثالث: الاختيار، بطلان عقد المكره

(1) الفرق بين هذه المسألة و سابقتها أنّ القصد المعتبر في تلك المسألة كان للعقد، بحيث لا يتحقق إلا بالقصد إلى اللفظ و المعنى، و القصد المعتبر في هذه المسألة هو كون القصد إلى اللفظ و المعنى ناشئاً من طيب النفس و الرضا.

و بعبارة أخرى: هذه المسألة تتضمن اعتبار منشأ ذلك القصد المقوم للعقد، و أنّه لا بدّ أن يكون منشؤه طيب النفس، فان لم ينشأ عن الطيب لم يصح العقد و إن لم يكن جبر و إكراه.

(2) فسّر الاختيار «بقصد وقوع المنشأ عن طيب النفس» و مراده أنّ الاختيار يطلق تارة على الإرادة و القدرة على كلّ من الفعل و الترك، في قبالة المضطرّ و المجبور

---

[1] الظاهر أنّ التعبير بشرائط الإنشائيات أولى من التعبير بالمتعاقدين، لأنّ ذلك أشمل، لشموله للعقود المتقومة بطرفين و للإيقاعات القائمة بطرف واحد، كالطلاق و العتق و الجعالة- على قول- ضرورة أنّ الاختيار بالمعنى المزبور معتبر في جميعها.

و لعلّ التعبير بالمتعاقدين لأجل كون مورد البحث البيع المعدود من العقود.

المسلوب إرادته، كحركة يد المرتعش، و كالصائم المكتف الذي يصبّ الماء في حلقه بحيث لا قصد له إلى الشرب أصلاً، و هو مقهور في فعله بنحو لا يصحّ إسناد الفعل إليه، بل يسند إلى القاهر و الحامل له.

و اخرى على الرضا الذي هو أمر نفساني مغاير للقدرة على كلّ من الفعل و الترك. و هو أمر زائد عليه، بمعنى أنّه بعد تحقق إرادة فعل في الخارج- و عدم إجبار عليه- تصل النوبة إلى كونه صادراً عن طيب النفس، أو عمّا يقابله من الإكراه الذي يتحقق بتحميل الغير و توعيده، كما في تهديد الصائم بإيراد ضرر على نفسه أو طرفه أو ماله لو لم يتناول المفطر بيده.

و الفرق بين المعنيين إسناد الفعل إلى المباشر المكروه على ما يفعل، لصدور الفعل عن إرادته و إن لم يكن راضياً به، بخلافه في المجبور الفاقد للإرادة.

و المقصود بالبحث اشتراط العقد بالاختيار بمعناه الثاني المقابل للمكروه، بعد الفراغ عن تحقق الإرادة و القصد إلى الفعل فيه.

و لعلّ تفسير الاختيار بطيب النفس ناظر إلى ردّ ما أفاده صاحب الجواهر في بعض كلامه من انتفاء كلا الأمرين- و هما ارادة معنى العقد و الرضا به- في المكروه، فهو غير مرید للعقد، و لا راض به، حيث قال في بيان الدليل على بطلان بيع المكروه:

«و إلى ما دلّ على اعتبار الرضا و طيب النفس في صحة المعاملة و آثارها من الكتاب و السنة. و إلى: معلومية اعتبار إرادة معنى العقد من ذكر لفظه، ضرورة عدم كون التلّفظ به سبباً للعقد على كل حال حتى لو وقع ممّن لم يرد العقد به، إذ لا عمل إلاّ بنية.

و من المعلوم انتفاء إرادة معنى العقد من المكروه، لعدم تصور الإكراه عليه» (1).

و مقتضاه انتفاء الاختيار في عقد المكروه- بكلا معنييه من الإرادة و طيب النفس- و حينئذ يشكّل بما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ القدرة المعترية في اختيار الفعل

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 265 و 266.

مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهة وعدم (1) طيب النفس، لا الاختيار (2) في مقابل الجبر.

### [الدليل على بطلان عقد المكره]

و يدل عليه (3) قبل الإجماع (4) قوله تعالى:

و الترك متحققة في المكره، فتمشّي منه النية و القصد إلى المدلول، و إنّما المفقود فيه هو طيب النفس، و لذا فسّر قدّس سرّه الاختيار بالرضا دفعا لتوهم تفسيره بالأعم منه و من القدرة التكوينية التي تبقى فاعليّة النفس معها على حالها، هذا.

و كيف كان فقد تعرّض المصنّف قدّس سرّه في هذه المسألة أوّلا لمعنى الإكراه إجمالاً، ثم للدليل على عدم موضوعية عقد المكره للصحة الفعلية، ثم لمباحث أخرى أكثرها موارد تعيين تحقق الإكراه، و بعضها ناظر إلى تفصيل ما يعتبر في الإكراه من أمور ثلاثة، و بعضها إلى ما نسب إلى الشهيدين قدّس سرّهما من عدم كون المكره قاصدا للمدلول، و سيأتي البحث عنها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(1) بالجرّ معطوف على «الكراهة» و مفسّر لها.

(2) بالرفع معطوف على «القصد» يعني: ليس المراد بالاختيار- في عقد المكره- ما يقابل الجبر، فالمختار هناك هو المتحرّك بإرادته، و في المقام هو المتحرّك بإرادته عن طيب النفس.

الدليل على بطلان عقد المكره

(3) أي: على اعتبار طيب النفس و الرضا بمضمون العقد، و غرضه إقامة الدليل عليه بعد الإشارة إلى معنى الإكراه.

(4) تکرّر كلّ من التعبير «قبل الإجماع، بعد الإجماع» في كلمات المصنّف قدّس سرّه.

و لعلّ مراده بالقبل وفاء الأدلة بالحكم الشرعي، و احتمال استناد المجمعين إليها، فيكون اتفاقهم محتمل المدركية، و مثله غير كاشف عن رأي المعصوم عليه السّلام أو عن حجة أخرى وراء ما استندوا إليه من الكتاب و السنة.

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (1) «1». وقوله: «لا يحلّ مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه (2)» «2» وقوله عليه السّلام في الخبر المتفق عليه بين المسلمين (3): «رفع أو وضع عن أمّتي تسعة أشياء أو ستة» ومنها «ما اكرهوا عليه».

و مراده ب «بعد الإجماع» اعتماد المجمعين على قرائن أخرى غير ما بأيدينا من الأدلة، فيكون اتّفاقهم حجة- بناء على حجية الإجماع المنقول- لكشفه عن حجة معتبرة، هذا.

ولمّا كانت أدلّة المسألة واضحة و كان المحتمل قويّاً استناد المجمعين إليها، فلذا أتى بلفظ «قبل الإجماع» لتكون هذه الأدلة هي المعوّل عليها.

و كيف كان فالإجماع هو الدليل الأوّل على بطلان عقد المكروه في الجملة، ففي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب» (3).

(1) هذا ثاني الأدلة، و الآية صريحة في اعتبار الرّضا بالتجارة المجوّزة لأكل المال. و المكروه فاقد للرّضا، فيبطل عقده و تجارته.

(2) هذا ثالث الأدلة، و التقريب واضح.

(3) هذا رابع الأدلة، و قد جمع المصنف قدّس سرّه بين روايتين:

إحدهما: رفع الست، و هي بلفظ: «رفع عن هذه الأمة ستّ، الخطأ...».

و ثانيتهما: رفع التسع، و هي رواية الصدوق في التوحيد و الخصال، و هي بلفظ «رفع عن أمّتي تسع خصال» و رواها الكافي بلفظ «وضع عن أمّتي».

و بعض أسناد الرواية و إن كان محلّ بحث، إلا أنّ صدور المضمون عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم محرز، لقول المصنف: «المتفق عليه بين المسلمين». مضافاً إلى ما ذكرناه في الأصول من

(1) سورة النساء، الآية 29.

(2) عوالي اللئالي، ج 2، ص 113، ح 309.

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 265.

وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة (1)، إلا (2) أن استشهاد الامام عليه السلام به في

---

الاعتماد على طريق الصدوق التي فيها أحمد بن محمد بن يحيى العطار، فراجع «1». هذا من حيث السند.

وأما الدلالة فالمرفوع هو المؤاخذة على المجهول والحسد والخطأ والإكراه، وهذا أجنبى عن بطلان عقد المكره، لأن نفي العقوبة على الإكراه- كما في المكره على فعل حرام- أمر، وبطلان إنشاء المكره أمر آخر.

ولكن يرفع اليد عن الظهور- في رفع خصوص المؤاخذة- بقريضة ما ورد في بعض الأخبار من نفي الحكم الوضعي المترتب على الفعل الإكراهي، كالبينونة المترتبة على الطلاق المكره عليه، وكالحرية المترتبة على العتق المنشأ لا عن طيب النفس.

وعليه فنفي هذه الآثار في مورد الإكراه كاشف عن عدم كون المرفوع عن الأمة خصوص العقوبة الأخروية، بل المرفوع كل أثر يترتب على الفعل سواء أكان في العاجل أم الآجل. وصحة العقد والإيقاع الإكراهيين تقتضي ترتب الأثر المطلوب عليهما، فهي مرفوعة بحديث الرفع، هذا.

(1) في قبال رفع جميع الآثار، أو الأثر المناسب لكل من التسعة، كما أفاده في بحث البراءة، فراجع الرسائل.

(2) يعني: أن الاستدلال بحديث «رفع التسعة» على بطلان عقد المكره لا يتم إلا بضميمة استشهاد الإمام في معتبرة البنظي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «وضع عن أممي ما أكرهوا عليه» «2» على رفع أثر طلاق المكره وعتقه، وهو بينونة وحرية. فكذا يقال بعدم تأثير بيع المكره في النقل والتمليك.

---

(1) منتهى الدراية، ج 5، ص 182 و 183.

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 295، الباب 56 من أبواب جهاد النفس، ح 1 و 2 و 3. وروى حديث رفع التسعة بلفظ «وضع» عن الصدوق أيضا في ج 5، ص 345، الباب 30 من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ح 2، و حديث رفع الست عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى، في ج 16، ص 144، الباب 16 من كتاب الايمان، ح 3.

ص: 154

رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد بعموم المؤاخذة فيه (1) لمطلق الإلزام عليه (2) بشي ء.

ففي صحيحة البيزنطي عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام:

لا، قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: وضع عن أمّتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا» (1).

---

(1) أي: في الخبر.

(2) أي: على المكره بشي ء، فيرفع عنه كلّ إلزام شرعي، سواء أ كان تكليفيا كوجوب الكفارة على حنث الحلف، أم وضعيًا كالصحة في العقد و الإيقاع، أم غيرهما كالعقوبة الأخروية، فلو قال مكرها: و الله إن فعلت كذا فزوجتي طالق، أو: فعبدني حرّ، أو ما أملكه فهو صدقة في سبيله تعالى» لم ينفذ، و لم يترتب عليه حكم الحلف المنشأ عن طيب النفس.

فإن قلت: لا يتجه التمسك بصحيحة البيزنطي لإثبات كون المرفوع بحديث رفع التسعة مطلق المجعول الشرعي، لا خصوص المؤاخذة الأخروية، و ذلك لأنّ الحلف على الطلاق و العتاق و الصدقة باطل عندنا مطلقا سواء أ كان الحالف مختارا أم مكرها عليه. و هذا يوجب وهن أصالة الجدّ في استدلال الإمام عليه السلام بفقرة «ما أكرهوا عليه» على بطلان الحلف في حال الإكراه خاصة.

وبعبارة أخرى: استناد بطلان الحلف المزبور إلى وجود المانع- و هو الإكراه- متفرع على تمامية المقتضي يعني صحة أصل الحلف على الطلاق. و مع فرض تسالمهم على البطلان مطلقا لا مقتضي للصحة حتى يتشبه بحديث «رفع الإكراه» على بطلانه في هذه الحال. فلعلّه عليه السلام اتقى في تمسكه بحديث الرفع لإثبات فساد هذا الحلف الإكراهي، و لم يحكم ببطلانه حتى في حال الاختيار.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 136، الباب 12 من كتاب الأيمان، ح 12.

ص: 155

و الحلف (1) بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا، إلا أن مجرد استشهد الامام عليه السلام- في عدم وقوع آثار ما حلف به-

ولما لم يحرز أصالة الجد في استشهاده بحديث الرفع يشكل إثبات عموم المرفوع للأثار الدنيوية كالبينونة في طلاق المكره. و يبقى حديث رفع التسعة على ظاهره من رفع خصوص المؤاخذة الأخروية، و لا وجه للتمسك به على بطلان إنشاء المكره، هذا.

قلت: إن الحلف على الطلاق و إن كان باطلا عندنا في حال الاختيار أيضا، لكنه لا يمنع قرينية صحيحة البنظري على كون المرفوع مطلق المجعول الشرعي كالبينونة و الحرية و الملكية.

وجه عدم المنع: دوران الأمر بين كون التقية في أمر واحد و هو تطبيق الامام عليه السلام «رفع ما اكروهوا عليه» على بطلان الحلف على الطلاق- حال الإكراه- بأن يكون رفع الإكراه رفعا لكل أثر مترتب على الفعل المكره عليه، سواء أكان مؤاخذة أخروية أم أثرا وضعيا دنيويا. و بين كون التقية في أمرين، أحدهما التطبيق المزبور. و الآخر نفس الكبرى، بأن يكون تعميم الرفع تقية أيضا.

وقد تقرّر في محله: أنه كلما دار الأمر بين مخالفة أصالة الجد في مورد أو في موردين تعين الاقتصار على مورد واحد.

و عليه يحكم بأن نفس الكبرى صدرت لبيان الحكم الواقعي، و هو عموم المرفوع، فتكون الصحيحة قرينة على ما يراد من حديث رفع التسعة، و عدم كون المقدّر خصوص المؤاخذة. فطلاق المكره باطل، أي: أن البينونة المترتبة على طلاق المختار مرفوعة عنه واقعا أي غير مجعولة شرعا، هذا.

(1) مبتدأ، خبره جملة: «إلا أن مجرد ..» و هو دفع دخل تقدّم بيانهما بقولنا:

«فان قلت .. قلت».



بوضع «ما اكرهوا عليه» يدلّ (1) على أنّ المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الأخرى (2).

هذا كله مضافا إلى الأخبار الواردة (3) في طلاق المكره، بضميمة عدم الفرق (4).

### **[المراد من جملة «المكره قاصد إلى اللفظ دون مدلوله»]**

ثم إنّه (5) يظهر من جماعة منهم الشهيدان: أنّ المكره قاصد إلى اللفظ

(1) خبر قوله: «إلا أن مجرد». وقوله: «أيضا» يعني: في حال الاختيار.

(2) فالآثار الدنيوية مرفوعة أيضا.

(3) هذا دليل خامس على بطلان عقد المكره، وهو عدّة من النصوص الواردة في بطلان طلاق المكره وعتقه، بضميمة وحدة المناط بين عقود المكره وإيقاعاته.

كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن طلاق المكره وعتقه؟ فقال:

ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق» (1).

ورواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سمعته يقول: لو أنّ رجلا مسلما مرّ بقوم ليسوا بسلطان، فقهره حتى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل، لم يكن عليه شيء» (2).

(4) يعني: عدم الفرق بين الطلاق والعتق وبين بيع المكره، فإنّ الإجماع على عدم الفصل بينها يوجب بطلان بيع المكره.

هذا ما يتعلق بالدليل على بطلان المكره.

المراد من جملة «المكره قاصد إلى اللفظ دون مدلوله»

(5) غرضه دفع ما ربما يتوهم من عبارة جماعة من: «أن المكره غير قاصد إلى المدلول» وبيانه: أنّ المصنف قدس سرّه فسّر الاختيار-المبحوث عنه في المقام- بالرضا

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 331، الباب 37 من أبواب مقدمات الطلاق، ح 1

(2) نفس المصدر، الحديث 2.

بمضمون العقد و طيب النفس به، في قبال الإكراه، و ليس الاختيار هنا بمعنى إرادة مدلول العقد، فالمكره قاصد لكلّ من اللفظ و معناه، و الإنشاء و المنشأ. و هذا ربما ينافيه ما ذكره الشهيدان و غيرهما من انتفاء قصد المضمون في المكره، و إنّما يقصد الألفاظ المعرّاة عن المعاني، و يتلفظ بها تخلّصا من وعيد المكره. فقوله في مقام الإنشاء: «بعت» ليس معناه «ملكك كذا بكذا» بل هو مجرد لفظ تلفّظ به دفعا للمفسدة المتوعد بها.

هذا ما لعله يظهر من كلامهما بالنظر البدوي، و يترتب عليه عدم قابلية عقد المكره للصحة بالرضا اللاحق، إذ لا عقد حقيقة، لعدم كون المدلول مرادا بالإرادة الجدّية حتى يتعقبه الرضا. و هذا ينافي التزامهم بصحته به.

ولذا تصدّى المصنّف لتوجيه عبارة الشهيدين بأنّ المتكلم إن كان جاهلا بمعنى كلامه- كالطفل الذي يلقّنه أبوه ألفاظا في مقام التعليم فينطق بها و كالكبير الذي يتعلّم لغة أخرى فيتمرّن بتكرار ألفاظ تقليدا لمعلّمه- فلا ريب في أنّ مثلهما قاصد لنفس الألفاظ بأدائها بوجه غير ملحون، و لا قصد للمعنى أصلا، لفرض الجهل به، فهو نظير التلفظ بلفظ مهمل فاقد للمعنى ك «ديز» مثلا.

و إن كان عالما بمعنى الكلام- كما هو شأن أهل كل لسان و لغة، و كان لفظه مستعملا لا مهملا- استحال عدم قصد مدلوله و عدم إرادته الاستعمالية، و ذلك لعدم انفكاك المدلول عن الدالّ. و لمّا كان محلّ الكلام هو المكره الملتفت إلى ما يقوله في مقام الإنشاء فلا بدّ من قصده للمدلول التصوّري.

و عليه فمراد الشهيدين عدم كون الداعي إلى الإنشاء حصول المضمون في وعاء الاعتبار- بحكم العرف و الشرع- ليرتّب عليه الأثر، بل غرض المنشئ

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 192، مسالك الافهام، ج 3، ص 196، الروضة البهية، ج 3، ص 226 و 227.

بل يظهر ذلك (1) من بعض كلمات العلامة (1).

وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم كيف؟ (2) و الهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصدا صوريًا. و الخالي عن القصد إلى غير المتكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعاني.

فالمراد (3) بعدم قصد المكروه عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في

---

الفرار من المفسدة المتوقع بها. بخلاف المختر، فإن إنشاءه، للملكية بقوله: «بعت» يكون بداعي الجدد و تحقيقها خارجا، هذا محصل ما أفاده الماتن في توجيهه عبارة الشهيدين قدس سرهما، و استشهد عليه بوجه سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: خلو المكروه عن قصد المدلول. و لعل مراد المصنف عبارة التذكرة في بيع التلجئة التي هي في معنى الإكراه: «و هو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه، فيواطئ رجلا- على إظهار شرائه منه، و لا يريد بيعا حقيقيا» لظهور الجملة الأخيرة في عدم قصد المضمون و هو التملك، و إنما يريد اللفظ خاصة. و لعل المصنف قدس سره أراد كلامه في التحرير، و سيأتي.

(2) يعني: أنه كيف يمكن توهم خلو المكروه عن قصد المدلول؟ مع أن الهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصدا صوريا. فالخالي عن القصد هو المتكلم تقليدا أو تلقينا كالجاهل بالمعاني. فلا بد من أن يراد بعدم قصد المكروه عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج، كسائر العقود التي يقصد بها وقوع مضامينها في الخارج، لا أن يراد بعدم القصد خلو كلامه الإنشائي - كقوله: بعت - عن المدلول.

(3) لا يخفى اختلاف كلمات المصنف قدس سره في ما هو المفقود في إنشاء المكروه، فيظهر من قوله في أول المسألة في تفسير الاختيار: «القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة» وجود القصد الجدّي إلى المضمون، و المفقود هو الرضا.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 426، س 32.

ص: 159

و يظهر من كلامه هنا: «من عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج» انتفاء القصد الجدي، و لا تصل النوبة إلى البحث عن وجود الرضا وعدمه.

و يظهر من كلامه بعد أسطر انتفاء كلا الأمرين من القصد و الرضا، لقوله:

«مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكروه هو القصد إلى وقوع أثر العقد و عدم طيب النفس به». و لذا أورد السيد عليه بالمناقضة (1).

و لكن يمكن الجمع بينهما بما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من أن المراد «من عدم قصد المضمون خارجا و عدم طيب النفس به» شيء واحد، و هذا لا ينافي قصد المنشأ جدًّا. و بيانه: أن للبيع - بنظر المصنف كما تقدم في أول البيع - مراحل ثلاث:

الأولى: اعتبار الملكية بنظر المنشئ مع الغض عن كونه موضوعا لاعتبار العقلاء و الشرع.

الثانية: إمضاء العرف لما أنشأه البائع، لكونه واجدا لما يتقوّم به البيع العرفي من مالية العوضين و نحوها.

الثالثة: إمضاء الشارع، و معناه اعتبار المماثل للملكية العرفية.

و عليه ينتفي التهافت بين كلماته، إذ مراده في أول المسألة من إثبات القصد في المكروه هو قصد البيع الإنشائي بنظر نفسه، لا قصد الملكية العرفية و الشرعية المنوطة بطيب النفس. و مراده من قوله هنا: «عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج» بقرينة كلمة «الخارج» هو عدم قصده لحصول الملكية الشرعية، فإنّها لتوقفها على الرضا ليست مقصودة للمكروه أصلا. و مراده بالعبرة الثالثة الآتية من انتفاء القصد و الرضا هو القصد إلى تحقق الملكية الشرعية و العرفية، فيكون عطف «و عدم طيب النفس» على «عدم القصد» من قبيل تعليل انتفاء القصد الجدي بانتفاء الرضا (2).

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 121.

(2) نفس المصدر.

الخارج، وأنّ الداعي إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج (1)، لا- أنّ كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف؟ (2) و هو معلول الكلام الإنشائي إذا كان مستعملا غير مهملا.

و هذا (3) الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغة وعرفا، وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه التي لا تستقيم مع ما توهمه من (4) خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللفظ. و جعله (5) مقابلا للقصد.

---

وبهذا البيان تندفع المناقضة التي استظهرها السيد قدّس سرّه من عبارة المتن.

(1) قد عرفت أن المراد بالخارج هو الملكية الاعتبارية التي يحكم بها العرف و الشرع بعد استجماع العقد لما يعتبر فيه.

(2) يعني: كيف يمكن خلوّ كلامه الإنشائي عن المدلول؟ مع أنّ المدلول معلول الكلام الإنشائي إذا لم يكن مهما، و المعلوم لا ينفك عن علته.

(3) المشار إليه هو عدم كون كلام المكره خاليا عن المعنى، كمن يتكلّم تقليدا و أنّ مرادهم عدم القصد.

و هذا شروع في إثبات مدّعه من قصد المكره للمدلول و إن لم يكن قاصدا لحصول المضمون في الخارج، و الوجوه المذكورة في المتن سبعة.

الأوّل: ملاحظة المعنى اللغوي و العرفي، و ذلك لأنّ معنى «الإكراه على الشيء» وقوعه في الخارج على وجه الكره، و عليه فلا بدّ من قصد المدلول، و إلا لم يقع الفعل القصدي في الخارج.

و الحاصل: أنّ الإكراه على البيع كالإكراه على الشرب، فكما لا يصدق إلا مع الشرب في الخارج، فكذا في البيع.

(4) بيان للموصول في «ما توهمه».

(5) بالجرّ، معطوف على «معنى الإكراه» و هذا وجه ثان، و حاصله: أنّ التتبع في ما ذكره الأصحاب قدّس سرّه من «جعل الإكراه مقابلا للقصد» يشهد ببطلان

و حكمهم (1) بعدم وجوب التورية في التفصّي عن الإكراه. وصحة (2) بيعه بعد الرضا. واستدلّاهم (3) له بالأخبار الواردة في طلاق المكره

ما قد يتوهم من عبارة الشهيدين من عدم قصد مدلول العقد، لأنّهم اشترطوا القصد أولاً، ثم اشترطوا الرضا وعدم الإكراه. فلو لم يتمشّ القصد من المكره كان اشتراط القصد كافياً لإثبات بطلان إنشائه، ولم يحتج إلى اشتراط الاختيار حينئذ، لانتهاء العقد بانتفاء القصد، فلا متعلّق للرضا.

قال المحقق في شرائط الطلاق: «الثالث: الاختيار، فلا يصح طلاق المكره ..

الرابع: القصد .. فلو لم ينو الطلاق لم يقع كالساهي والنائم والغالط» (1).

(1) بالجرّ معطوف أيضاً على قوله: «معنى الإكراه» وهذا وجه ثالث، وحاصله:

أنّ التأمل في حكم الفقهاء بعدم وجوب التورية- لأجل التفصّي عن المكره عليه- يشهد بتحقيق قصد المدلول، لتفرع التورية على القصد، فيقال بأنه يقصد معنى آخر من «بعت» غير «إنشاء تملك عين بمال». فلو كان إنشاء المكره صورياً خالياً عن قصد المضمون لم يكن موضوعاً لوجوب التورية أو لعدم وجوبها، لفرض بطلانه من جهة قصور المقتضي بفقد الإرادة الجدية. فنفي وجوب التورية كاشف عن تحقق القصد المقوم للإنشاء.

(2) بالجرّ أيضاً معطوف على «معنى الإكراه» وهذا وجه رابع، وحاصله: أنّ التأمل في حكمهم بصحة بيع المكره إذا لحقه الرضا كاشف عن حصول القصد المقوم لعقدية العقد، وإنّما المنتفي هو الشرط أعني به الرضا، فإذا لحقه صحّ، لتامة سبب النقل حينئذ. وعليه فلا سبيل للأخذ بما يتوهم من عبارة الشهيدين من عدم قصد المدلول أصلاً.

(3) بالجرّ معطوف أيضاً على «معنى الإكراه» وهذا وجه خامس على أنّ المكره قاصد لمدلول إنشائه، وحاصله: أنّه استدلّ الفقهاء على بطلان طلاق المكره بما ورد في جملة نصوص من «أنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق» بتقريب: أنّ مفهوم

---

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 12 و 13.

وأنه (1) «لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق» (2).

الطلاق- وهو البينونة- يتمشى من المكروه، فيقصده كالمختار، وإتّما المنفي بقوله عليه السّلام: «لا طلاق» هو صحّته شرعا، لوضوح أن وظيفته عليه السّلام بيان الحكم من الصحة والفساد، لا بيان الموضوع وجودا وعلما حتى يتخيل عدم قدرة المكروه على قصد الطلاق.

وعليه فاستدلال الأصحاب شاهد على إرادة المكروه مفهوم اللفظ، والمفقود في إنشائه طيب النفس به، ولأجل فقدانه لا يقع البينونة خارجا، لإنطائها بالرّضا الباطني، ولا يتحقق موضوع إمضاء الشارع، هذا.

(1) بالجرّ محلاً معطوف على «طلاق المكروه» وبيان للاستدلال، وقد عرفته آنفا.

(2) ظاهره الإشارة إلى جملة نصوص وردت بلفظ واحد، وهو «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق» أو «لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق» كما في صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام، ومرسل ابن أبي عمير عنه أيضا، وخبر عبد الواحد بن المختار الأنصاري واليسع عن أبي جعفر عليه السّلام «1». وبهذه النصوص استدلل في المسالك والجواهر «2» على اعتبار القصد.

واستدلا على اعتبار الاختيار- في مقابل الإكراه- بطوائف أخرى.

منها: خبر يحيى بن عبد الله بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: «قال: وإتّما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه» (3).

وكيف كان فالمضمون المذكور في المتن قابل للانطباق على كلتا الطائفتين، ولكن لما أسند المصنف الاستدلال بها إلى الأصحاب كان الغرض التنبيه على أنّ الموجود في الكتابين هو الطائفة الثانية لا الأولى.

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 285 و 286، الباب 11 من أبواب مقدمات الطلاق، ح 2 إلى 5

(2) مسالك الافهام، ج 9، ص 24، جواهر الكلام، ج 32، ص 17.

(3) وسائل الشيعة، ج 15، ص 299، الباب 18 من أبواب مقدمات الطلاق، ح 6.

حيث إن المنفي صحة الطلاق (1) لا تحقق مفهومه (2) لغة و عرفاً (3).

وفيما (4) ورد في من طلق مداراة بأهله، إلى غير ذلك (5).

---

(1) كما هو المراد في نظائره مثل «لا طلاق إلا بيّنة» (1) و «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك» (2).

(2) إذ ليس بيان المفهوم وظيفته الإمام عليه السلام وإن أمكن بيانه أحياناً.

(3) قيدان للمفهوم.

(4) معطوف على «معنى الإكراه» وهذا وجه سادس، ومحصله: أنه عدّ من الطلاق المكره عليه المحكوم بالبطلان ما إذا طلق الرجل زوجته- أو إحدى زوجاته- مداراة بأهله وذويه، وحسماً للنزاع والتشاجر بينهم، فإنه يبطل، لعدم طيب نفسه به مع قصده لمدلول الإنشاء. وقد ورد ذلك في بعض النصوص، ففي موثق منصور بن يونس: «قال: سألت العبد الصالح عليه السلام وهو بالعريض، فقلت له: جعلت فداك: إنّي تزوّجت امرأة وكانت تحبّني، فتزوّجت عليها ابنة خالي.. فأبوا عليّ إلا تطليقها ثلاثاً. ولا و.. جعلت فداك ما أردت.. ولا أردت إلا أن أداريهم عن نفسي، وقد امتلأ قلبي من ذلك.. فقال: أمّا بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك» (3).

و الشاهد في أنّ الزوج قصد المدلول، لأجل المداراة، فصدق على إنشائه «الطلاق» لكن المنفي شرعاً صحته واقعاً.

---

(5) أي: غير ما ورد في من طلق مداراة بأهله، وهذا الغير ورد في نصوص عديدة، من بطلان الطلاق الذي لم يحضره العدلان، أو يفقد شرطاً آخر ككونها في طهر غير مواقع، فإنّ المفهوم مقصود في الجميع، والمنفي هو الصحة الشرعية.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 285، الباب 10 من أبواب مقدمات الطلاق، ح 13.

(2) المصدر، ص 286، الباب 12، ح 1.

(3) المصدر، ص 332، الباب 38، ح 1.

ص: 164



و في (1) أنّ مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراها لا ينبغي أن يحمل على الكلام (2) المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً ولا إنشاءً.

و غير ذلك (3) مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكروه هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع، و عدم (4) طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

---

(1) معطوف على «معنى الإكراه» و هذا وجه سابع، يعني: أنّ التأمل في مخالفة بعض العامة في صحة الطلاق الإكراهي شاهد على تحقق قصد المدلول فيه، و أنّ بطلانه ليس لأجل خلوّ الصيغة عن المعنى، بل لأجل فقد طيب النفس و القصد الجدّي.

(2) الأولى تبديل «الكلام» ب «الألفاظ» ضرورة أنّ الكلام هو اللفظ المفيد المنتقسم إلى الخبر و الإنشاء، فما ليس كذلك لا يسمّى كلاماً.

(3) معطوف على «معنى الإكراه» يعني: و أدنى تأمل في غير ذلك مما يوجب القطع .. إلخ. و غرضه إحالة وضوح المطلب إلى موارد متفرقة مذكورة في الكتب الفقهية، و هي توجب القطع بأنّ القصد المفقود في المكروه هو قصد وقوع أثر إنشائه خارجاً و عدم طيب نفسه به، و أمّا قصد المدلول فمتحقق فيه. فراجع أبواب غالب العقود و الإيقاعات تجد اشتراطها بكلّ من القصد و الاختيار، و أنّ بطلان إنشاء المكروه ناش من فقد الاختيار، لا من عدم إرادة المعنى.

(4) بالرفع معطوف على «القصد» يعني: أنّ المراد بالقصد المفقود في المكروه هو عدم طيب النفس بمضمون العقد، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

و لا يخفى أن العطف يقتضي مغايرة المعطوف و المعطوف عليه، فالمفقود أمران قصد الوقوع خارجاً و طيب النفس. لكن الظاهر اتحادهما، أو كون فقد الرضا منشأ لانتفاء حصول الأثر خارجاً أي بحكم العرف و الشرع، و قد سبق في (ص 160) بعض الكلام فيه.

و يكفي في ذلك (1) ما ذكره الشهيد الثاني من «أن المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله».

(1) أي: يكفي في أن المراد من نفي القصد في المكره ليس نفي قصد المعنى - وعدم استعمال الكلام فيه - ما ذكره الشهيد الثاني. وجه الكفاية: أنه قدس سره جعل المكره والفضولي على حد سواء في قصد المدلول، و من المعلوم أن الفضولي قاصد للمدلول و مرید له من اللفظ - بمعنى استعماله فيه - فكذلك المكره.

و لا بأس بنقل بعض كلامه وقوفاً على حقيقة الأمر. قال في شرح قول المحقق:

«فلا يصح بيع الصبي .. وكذا المجنون والمغمى عليه والسكران والمكره، ولو رضی كلّ منهم بما فعل بعد زوال عذره، عدا المكره للوثوق بعبارته» ما لفظه: «الفرق بينهم وبين المكره واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد ولا أهلية لهم، لفقد شرطه وهو العقل.

بخلاف المكره، فإنه بالغ عاقل، وليس ثمّ مانع إلاّ عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه، وهو مجبور بلحوقه له بالإجازة، فيكون كعقد الفضولي، حيث انتفى القصد إليه من مالكة الذي يعتبر قصده حين العقد، فلمّا لحقه القصد بالإجازة صحّ .. وبهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضا» إلى أن قال:

«و يمكن أن يقال: إن القصد من المكره حاصل، دون من سبق - أي المجنون والمغمى عليه والسكران - لأنّ غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ، ولا إلى مدلوله.

بخلاف المكره، فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصداً إلى ما يتلفظ به، ويفعله بشعوره، لكنه بالإكراه غير قاصد إلى مدلوله. وذلك كاف في صلاحيته وقبوله للصحة .. ومثله القول في عقد الفضولي .. ولا يتحقق منه قصد مدلوله أعني نقل الملك والتسليط على التصرف وغيرهما من أحكام العقد ..» (1).

فالشهيد الثاني قدس سره أبطل دعوى انتفاء القصد في المكره أصلاً ورأساً كما هو الحال في النائم، وأثبت القصد إلى اللفظ، ونفاه عن المدلول.

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 155-156.

ص: 166

نعم (1) ذكر في التحرير و المسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك «1». قال في التحرير: «لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق

إلا أن تنظيره بالفضولي شاهد على أن مقصوده بالقصد إلى المدلول هو القصد الجدّي إلى حصول أثر العقد في الخارج. و أما قصد التمليك في اعتبار نفسه فمتحقق حال العقد، وهذا ما أصرّ عليه المصنف أيضا.

(1) استدراك على ما استظهره من عبارة المسالك. و غرضه أنه قد توهم عبارة أخرى في المسالك- وكذا عبارة التحرير- بعدم قصد المكره مدلول إنشائه أصلا. أما العلامة فللدلالة كلامه على أن المكره على الطلاق لو قصد الطلاق بانت منه زوجته، و مقتضاه أن منشأ بطلان إنشاء المكره فقد قصد المدلول فيه، فلو قصده صحّ، لخروجه عن حدّ الإكراه موضوعا.

و أمّا الشهيد الثاني فلموافقته للعلامة، حيث قال في فروع طلاق المكره:

«الرابع: لو قصد المكره إيقاع الطلاق ففي وقوعه وجهان، من أن الإكراه أسقط أثر اللفظ، و مجرد النية لا تعمل. و من حصول اللفظ و القصد و هذا هو الأصح».

و ترجيحه للصحة شاهد على تمسّي القصد من هذا المكره الناوي لوقوع الطلاق، و مفاده استناد بطلان طلاق المكره إلى فقد النية و القصد إلى المدلول.

و هذا بظاهره ينافي ما تقدّم منه و ما نسبه إليه المصنف من «وجود قصد المدلول في المكره، و إنّما المفقود قصد الوقوع خارجا و طيب النفس».

و لذا ناقش صاحب الجواهر قدّس سرّه في كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه بمنع المبنى، و أنّ المكره قاصد للمعنى، حيث قال: «قلت: مرجع ذلك إلى أن الإكراه في الظاهر، دون الواقع، و قد تكرّر من العامة و الخاصة خصوصا الشهيد الثاني في المسالك و الروضة في المقام و في البيع: أنّ المكره حال الكراهة لا قصد له للمدلول، و إنّما هو قاصد للفظ خاصة. و فيه منع واضح، ضرورة تحقق الإنشاء و القصد منه، و لذا ترتّب

(1) راجع تحرير الأحكام، ح 2، ص 51، مسالك الأفهام، ج 9، ص 22.

ص: 167

إذ لا إكراه على القصد» (1) انتهى.

وبعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم (2)، فردّ (3) عليهم بفساد المبنى، وعدم (4) وقوع الطلاق في الفرض المزبور.

ولكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك (5)، وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع

---

الأثر عليه مع الإكراه بحق من تعقب الإجازة بالعقد .. إلخ» (1).

واعترض المصنف على الجواهر بأنّ حكم العلامة و الشهيد الثاني «لو طلق ناويا صحّ» وإن أوهم خلوّ المكره عن قصد المنشأ. ولكن بعد تصريح المسالك بمساواة عقد المكره و الفضولي في الصحة بتعقب الإجازة- و كونهما قاصدين للمدلول- لا بدّ من رفع اليد عن ظاهر عبارته المنقولة و توجيهها، و لا سبيل للأخذ بظاهرها من إرادة مجرد اللفظ دون المدلول.

(1) لأنّ القصد فعل النفس و تحققه منوط بمباديه، و لا يعقل الإكراه عليه، و إنّما يتعلق الإكراه بأفعال الجوارح.

(2) و هو قصد اللفظ المجرد عن المعنى.

(3) يعني: أنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه ردّ على الشهيد الثاني و العلامة- في حكمهما بصحة الطلاق المزبور- بفساد المبنى، و وجه فساده كون المدلول مقصودا و مرادا للمكره، و إنّما المفقود طيب النفس به.

(4) بالجر معطوف على- بفساد- اى و بعدم وقوع الطلاق في ما لو اكره على الطلاق، فطلق قاصدا للبينونة.

(5) أي: لعدم قصد المكره مدلول اللفظ، كما يوهمه عبارتا التحرير و المسالك.

---

(1) جواهر الكلام، ج 32، ص 15.

ص: 168

(1) يعني: في قوله: «بقي الكلام في ما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير ..» إلخ، فراجع (ص 253).

[1] لا يخلو كلام الجواهر من وجه، بعد ملاحظة شتات كلمات الشهيد الثاني قدس سرّه، فإنّه وإن ساوى بين المكروه والفضولي من جهة، ولكنه بعد نقل عبارة الدروس - وهي جملة: فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا - قال: «لكن يبقى في هذا كله إشكال من وجه آخر. وهو: أنّ الهازل قد حكموا بفساد عقده، ولم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا به. وظاهر حاله أنّه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، لأنّه بالغ عاقل. فاللازم حينئذ إنّما إلحاقه بالمكروه في لزوم عقده مع لحوق الرضا، أو إبداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ. وفيه تأمل» «1». وهذه الجملة ظاهرة بل صريحة في إنكار قصد المدلول الإنشائي في كلّ من الهازل والمكروه، فهما سيّان من هذا الحيث.

فإنّصاف الحكم بتهافت كلام الشهيد الثاني، وليس هناك ظهور في بعضه وإجمال في بعضه الآخر حتّى يتيسّر الجمع بينهما بحمل المجمل على الظاهر. فما نسبه إليه في الجواهر ليس متوهم كلام الشهيد، بل هو ظاهره لو لم يكن صريحه.

ثمّ إنّّه ينبغي تفصيل الكلام في مسألة عقد المكروه، فنقول وبه نستعين: من شرائط المتعاقدين الاختيار، بمعنى إيقاع مضمون العقد عن طيب النفس، بحيث يكون القصد المزبور ناشئاً عن طيب نفسه، لا عن إكراه الغير عليه، فيكون طيب النفس غير أصل قصد إيقاع المضمون الذي هو مقوم لمفهوم العقد، فهذا شرط شرعي زائد على ما يعتبر في حقيقة العقد عرفاً، فالمفقود في بيع المكروه هو طيب النفس بما أنشأه، لا الاختيار، فإنّه حاصل بقصد وقوع المنشأ، فإنّ هذا القصد الحاصل من ترجيح الوجود على العدم في نظر المختار الموجب لميل النفس إليه المتعقب بتعلق الإرادة والقصد به عين الاختيار لوقوع المنشأ، وهذا الميل هو المعبر عنه بطيب النفس.

(1) مسالك الافهام، ج 3، ص 157.

وعليه فاعتبار القصد إلى المنشأ في حقيقة الإنشاء راجع إلى اعتبار عدم الإكراه، لا إلى اعتبار طيب النفس، لكفاية الشرط السابق في اعتباره، لأنَّ الإنشاء متقوم بقصد وقوع المنشأ، فبدون القصد لا يتحقق الإنشاء.

ودعوى عدم القصد في عقد المكره أصلاً غير مسموعة، إذ مع عدم العقد كيف يكون عقد المكره بالحق صحيحاً، والمكره بغير الحق صحيحاً بالرضا اللاحق؟ فالقصد المقوم للعقدية موجود في عقد المكره، وإلا لم يكن عقداً قابلاً للصحة بالرضا اللاحق.

فالمتحصل: أنَّ المعتبر في صحة العقد عدم الإكراه. وأمَّا الرضا بمضمون العقد و طيب النفس به المتوقف عليهما قصد الإنشاء فهو مما لا بدَّ منه في تحقق عنوان العقد.

ومنه يظهر أنَّ الإكراه مانع شرعاً، لا أنَّ طيب النفس شرط كذلك، فإذا قصد اللفظ والمعنى وأنشأ المعنى باللفظ فقد تحقَّق العقد، وهو نافذ، ويترتب عليه الأثر، إلا إذا وقع عن إكراه. فلو شك في تحقق الإكراه ينفي بالأصل، ويحكم بصحته. وهذا بخلاف ما إذا كان طيب النفس شرطاً، فلا يحكم بصحته إلا إذا أحرز هذا الشرط.

نعم إذا شكَّ بعد العقد في أنَّه هل صدر عن إكراه أم عن طيب النفس فمقتضى أصالة الصحة صحته في ظاهر الشرع، من غير فرق في ذلك بين شرطية الطيب ومانعية الكراهة.

ثمَّ إن تنقيح البحث في هذه المسألة يتوقف على التعرض لجهات:

الاولى: أنَّه قد حكي اتفاق كلمة الأصحاب على بطلان عقد المكره. وأمَّا العامة فقد اختلفت كلماتهم في ذلك. فعن الحنابلة «يشترط في البيع أن يكون العاقدان مختارين ظاهراً وباطناً، فإذا كانا مختارين في الظاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فرارا من ظالم يريد اغتصابها، فإنَّ هذا البيع يقع باطلاً، ولا ينعقد، لأنَّهما وإن تعاقدتا باختيارهما ظاهراً، ولكنهما في الباطن لا يريدان هذا البيع، ويسمى بيع التلجئة والأمان. أمَّا إذا باع شيئاً فرارا من ظالم ونحوه من غير أن يتفق مع المشتري على أنَّ هذا بيع تلجئة وأمانة، فإنَّ البيع يقع صحيحاً، لأنَّه صدر من غير إكراه في هذه الحالة».

وعن الحنفية «أنَّ عقد المكره ينعقد فاسداً، ولكن يصح بالإجازة».

وعن الشافعية «أنَّ بيع المكره لا ينعقد رأساً إلا إذا قصد إيقاع العقد ونواه حال الإكراه، فإنَّه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً».

وعن المالكية «أنَّ الإكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الإكراه بغير حق» هذا.

ثم إنَّ العلامة قدَّس سرَّه في التحرير قال: «لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق» وقد يستظهر من هذه العبارة ما أفاده جماعة، منهم الشهيد الثاني قدَّس سرَّه - في عبارته المتقدمة في التوضيح - من أنَّ المكره غير قاصد للمدلول.

لكن الظاهر أنَّ هذا الاستظهار في غير محله، لأنَّ العلامة يريد عدم تحقق الإكراه عند إمكان التورية، ولذا لو لم يورَّ المطلق صحَّ طلاقه، لأنَّه ناو له. فالعلامة قدَّس سرَّه يعتبر في الإكراه عدم إمكان التورية. وسيأتي تفصيل احتمالات كلام العلامة قدَّس سرَّه في (ص 253) فانتظر.

وأما عبارة الشهيد الثاني فقد احتمل فيها وجوه:

الأوَّل: ما ربما يكون ظاهر عبارته من عدم القصد للمكره و الفضولي، نظير الهازل.

وفيه أوَّلًا: أنَّه خلاف الوجدان، لكونهما قاصدين للمعنى قطعاً. بشهادة أنَّ الإكراه قد يقتضي الدهشة، فيضطرُّ المكره إلى قصد إيقاع مضمون الإنشاء، فضلاً عن قصد مدلول اللفظ.

وثانياً: أنَّ البناء على خلوِّ المكره عن القصد يوجب ركافة الاستدلال على بطلانه بما دلَّ على اعتبار الرضا و طيب النفس، أو حديث رفع الإكراه ونحو ذلك، لأنَّ صحة التمسك بها منوطة بصدق العقد على عقد المكره حتى يكون وجه بطلانه فقدان شرطه.

وأما مع عدم صدق العقد عليه لا وجه للتمسك المزبور.

وثالثاً: أنَّ لازمه عدم قابلية عقد الفضولي و المكره حينئذ للنفوذ بالإجازة، إذ لا عقد حقيقة حتى ينفذ بالإجازة.

كما أن لازمه عدم صدق العقد حتى لو كان الإكراه بحق أو لحقه الرضا.

ودعوى كون الصحة في هذين الفرضين تعدياً - لا بعنوان البيع مثلاً - في غاية الضعف.

---

الثاني: أن لا يكونا قاصدين لمضمون العقد، وهو الأثر الشرعي، لأنهما حيث يعلمان بعدم ترتب الأثر على عقدهما شرعا وعرفا لم يتمش منهما قصد ترتب الأثر على عقدهما.

وفيه: أنه إن أريد بالمضمون اعتبار المتعاقدين فهو موجود في أفق النفس بعد قصد اللفظ و المدلول كما هو المفروض.

وإن أريد به اعتبار العقلاء أو الشارع، ففيه أولا: أن عدم قصدهما لذلك مختص بما إذا كانا عالمين بفساد عقدهما. وأما إذا لم يكونا عالمين به فيتمشى منهما هذا القصد.

خصوصا في الفضولي المعتقد لكون المال ملك نفسه، ثم تبين أنه لغيره وأنه أخطأ في التطبيق و باع مال غيره باعتقاد كونه مال نفسه.

و ثانيا: أنه لا دليل على اعتبار قصد ذلك في صحة المعاملة، ولذا تصح المعاملة من غير المتدينين أيضا الذين لا يعتقدون بالشرع فضلا عن قصدهما للإمضاء الشرعي.

فهذا الاحتمال ممنوع أيضا.

الثالث: أن يراد بالعبرة ما احتمله المحقق النائيني قدس سره «من عدم كونهما قاصدين لما هو ظاهر كلامهما، فإن ظاهر قول الموجب- بعث- هو أنه مالك للبيع، وأنه بداعي طيب النفس لا يكرهه الغير. والمشتري يستظهر منه ذلك، والمفروض أن البائع لإكراهه ليس كما استظهره المشتري، من قول البائع: بعث» (1).

وفيه أولا: أنه ليس دائما كذلك، إذ قد يكون هناك قرينة على الفضولية و على الإكراه، و مع هذه القرينة كيف يكون اللفظ ظاهرا في ذلك؟

و ثانيا: أن قصد خلاف هذا الظاهر لا دليل على كونه مفسدا للعقد.

وبالجملة: لم يظهر معنى صحيح لكلام الشهيد من أن المكره و الفضولي قاصدان

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 182.



---

إلى اللفظ دون مدلوله، فيردّ علمه إليه قدّس سرّه.

وقد عرفت في (ص 169) أجنبية كلام العلامة في طلاق المكره عما أفاده الشهيد من عدم قصد المكره و الفضولي لمدلول العقد، فلا معنى لاستظهار رأي الشهيد من كلام العلامة فراجع. فلا يمكن عدّ العلامة ممّن أنكر قصد المكره لمدلول العقد.

وقد ظهر مما بيّنا فساد ما أفاده الفاضل النراقي قدّس سرّه من استناد بطلان البيع الإكراهي إلى عدم وجود ما يدلّ على قصد البيع، حيث إنّ إجراء الصيغة مع الإكراه لا يكشف عن القصد، فلا يكون من البيع العرفي، لعدم كاشف عن كونه مريدا لنقل الملك، بل الإكراه قرينة على عدم إرادة ظاهر اللفظ، «1» فتأمّل جيّداً.

الجهة الثانية: أنّ محل البحث في هذه المسألة هو العقد الجامع للشرائط غير الاختيار أي طيب النفس، فلا بدّ أن يكون عقد المكره جامعاً للشرائط، إذ لو كان فاقداً للقصد كان بطلانه لعدم القصد، بل لا عقد حقيقة حتى يتصف بالصحة أو الفساد، فيكون من السالبة بانتفاء الموضوع، ويكون عقد المكره من فروع المسألة السابقة وهي اعتبار قصد مدلول العقد. ولم يكن الاختيار بمعنى القصد عنواناً آخر، فلا بدّ أن يراد بشرطية الاختيار طيب النفس، لا قصد مدلول العقد الذي هو مقوم للعقد.

والحاصل: أنّه يعتبر في عقد المكره جميع ما يعتبر في عقد غيره عدا طيب النفس، نظير الإكراه على شرب الخمر، فإنّ الالتفات إلى نفس الخمر و الشرب موجود، و المفقود هو الرضا و طيب النفس. فما عن جماعة منهم الشهيد في المسالك من «أنّ المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ لا إلى مدلوله» لا يستقيم بظاهره. وقد مرّ توجيهه بوجوه مع ما فيها من الإشكالات.

---

(1) مستند الشيعة، ج 14، ص 267.

---

الجهة الثالثة: في الدليل على اعتبار طيب النفس في صحة العقد، بحيث لو لم يكن دليل على اعتبار طيب النفس في المعاملة كان مقتضى القاعدة صحة بيع المكره، لأنه عقد عرفي، فيشمله ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود.

لكن قد استدل على ذلك بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: أنّ البطلان وإن كان مسلماً، لكن يحتمل قريباً أن يكون وجهه الوجوه الآتية، فلا يحصل اطمئنان بإجماع تعبدي في المسألة.

الثاني: قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ «1» بتقريب: أنه سبحانه وتعالى نهى عن تملك الأموال بجميع الأسباب سوى التجارة عن تراضٍ. ومن المعلوم أنّ التراضي ليس هو الإرادة المقومة لعقدية العقد كما توهم، فإنه مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر يستلزم اللغوية، بدهة تقوم التجارة بالإرادة، فذكر التراضي بمعنى الإرادة بعد التجارة يكون لغواً. فالمراد بالرضا هو طيب النفس فالعقد الإكراهي مقرون بالإرادة والاختيار، وإذا عرى عن القصد عدّ من الأفعال غير الاختيارية.

ثم إنّ الفائدة المترتبة على الفعل الاختياري الصادر من فاعله المختار على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يرى الخير المحض في فعله سواء أكان ذلك الخير دنيوياً، كما إذا رأى أن المشتري يشتري ماله بربح كثير. أم أخروياً كما إذا اعتقد بمشوات جميلة مترتبة على التصديق بماله، فيختار التصديق به. وفي هاتين الصورتين يختار الفعل بطيب نفسه.

الثاني: أن يرى الفعل خيراً لنفسه بعنوان ثانوي، كما إذا ابتلى بمرض يتوقف

---

(1) سورة النساء، الآية 29.

علاجه على بيع داره، و صرف قيمتها في المعالجة، فإنّ بيع الدار حينئذ وإن لم يكن خيرا له بعنوانه الأوّلي، إلاّ أنّه خير له بالعنوان الثانوي، لأنّ بيعها مقدّمة لدفع ضرر متوجه إلى نفسه أو نفس ولده. وهذا الضرر أجنبي عن المعاملة، وليس من ناحية ظالم ونحوه.

وفي هذا القسم يقدم على بيع داره بطيب نفسه، ويشكر الله تعالى على ما أنعم به خالقه جلّ و علا من نعمة الدار و بيعها للمعالجة، أو للإتفاق على عياله أو لأداء الدّين الواجب، أو لدفع جرائم ثبتت عليه، أو طلب منه الظالم مالا لا يقدر على دفعه إليه إلاّ ببيع داره أو أثاره مثلا، من دون أن يجبره الظالم على بيع شيء من أمواله، بل مورد الإجبار هو دفع المال.

الثالث: أن يرى الفعل خيرا له، لكونه موجبا لدفع ضرر الظالم الناشئ من ترك الفعل، لا من جهات خارجية، كما إذا حمل الجائر شخصا على بيع داره مثلا مع الإيعاد على تركه بقتل أو ضرب أو غيرهما، فإنّ البيع وإن صدر بمقدماته الاختيارية من التصور و التصديق بفائدته و الميل و الشوق المؤكّد المعبرّ عنه غالبا بالإرادة التي هي تأثير النفس في حركة العضلات، لكن الفاعل غير راض به كما لا يخفى.

و الفرق بين هذا و سابقه- بعد اشتراكهما في كون صدور الفعل فيهما بالعنوان الثانوي- هو: أنّ الرضا في هذا القسم مفقود، لأنّ البيع صدر بإيعاد الظالم، فدفع ضرر الظالم دعاه إلى البيع، لا طيب نفسه. بخلاف القسم السابق، فإنّ الداعي إلى البيع ليس إيعاد الظالم على ترك البيع، بل الظالم أكرهه على إعطاء ألف دينار مثلا، و توقّف نجاته من هذه الغرامة على بيع داره، فيرضى بالبيع بداعي رفع الاضطرار.

نظير ما إذا ابتلى بمرض صعب العلاج كالسرطان و السّل، و توقّف علاجه على مئونة كثيرة لا يقدر على بذلها إلاّ بأن يبيع داره، فإنّه يرضى بهذا البيع لدفع هذه الضرورة، أو توقّف العلاج على قطع عضو فاسد من أعضائه بحيث لو لم يقطعه سرى

---

المرض إلى سائر أعضائه، فيرضى بقطع عضوه و يبتهج بذلك.

بخلاف بيع الدار إذا أوعده الظالم على ترك البيع، فإنه لا يرضى بالبيع أبداً، لأنّ دأبيه إلى البيع إبعاد الظالم على تركه.

وقد اتضح ممّا بيّنا: أنّ بيع المكروه من قبيل القسم الثالث، لأنّ البيع الصادر عن إكراه فعل اختياري للمكروه، لكنه فاقد للرضا و طيب النفس، فيبيع المكروه تجارة لكنها عن غير تراض، فيبطل، إذ المفروض انحصار السبب المملّك للأموال المحلّل شرعاً بالتجارة المقرّونة بطيب النفس.

الوجه الثالث: ما دلّ من الروايات على «حرمة التصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه» كموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث «إنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من اتّمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه» (1).

وعن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي عن أبي جعفر محمد بن عثمان العمري رحمه الله عن صاحب الزمان عبّجّل الله تعالى فرجه قال: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» (2) وغير ذلك من الروايات الدالة على حرمة التصرف في مال الغير.

و مقتضى إطلاقها حرمة جميع التصرفات من الخارجية والاعتبارية، وبيع المكروه لمّا لم يكن مقروناً بالرضا كان حراماً.

الوجه الرابع: الروايات الدالة على بطلان طلاق المكروه وعتقه، كخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن طلاق المكروه وعتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه

---

(1) وسائل الشيعة، ج 3، ص 424، الباب 3 من أبواب مكان المصلّى، ح 1

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، ح 6.

---

بعثت» الحديث «1». تقرّبه: أنّه لإطلاق إلّا مع إرادته وقصده، فالمنفي هو الطلاق المسلوب فيه الرضا بسبب الإكراه. وبضميمة عدم القول بالفصل بينهما وبين غيرهما من العقود والإيقاعات تدلّ على المطلوب.

الوجه الخامس: حديث رفع التسعة التي منها الإكراه، وهو ما رواه حريز بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السّلام «قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: رفع عن أمّتي تسعة الخطاء والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يطيقون وما لا يعلمون وما اضطروا إليه والحسد والطيرة والتفكّر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفة» «2».

تقريب الاستدلال به على بطلان عقد المكره هو: إنّ الرفع التشريعي، فكل حكم يؤخذ من الشارع مرفوع في حال الإكراه أي إذا صدر عن إكراه، من غير فرق بين كون الحكم تكليفياً ووضعيًا، لأنّ الرفع التشريعي يشمل كل ما تناله يد التشريع. ومن المعلوم أنّ الحكم الوضعي كذلك، فيرفع عند الإكراه، سواء أكان فعل المكلف متعلقاً للتكليف كحرمة شرب الخمر، أم موضوعاً له كالإفطار الذي هو موضوع لوجوب القضاء والكفارة. وكالبيع الذي صدر عن إكراه.

فالإكراه على إيجاد موضوع الحكم كالإكراه على إيجاد متعلّقه كالشرب، وهذا ما قرّر في الأصول من أن معنى حديث رفع التسعة رفع ما يكون وضعه ورفع بيد الشارع من الحكم التكليفي والوضعي.

فلا حاجة في الاستدلال به على ما نحن فيه من التشبّث باستدلال الامام عليه السّلام بهذا النبوي على ما رواه أحمد بن أبي عبد الله في المحاسن عن أبيه عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمّد بن أبي نصر جميعاً عن أبي الحسن عليه السّلام «في الرجل يستكره

---

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 331، الباب 37 من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح 1.

(2) وسائل الشيعة، ج 4، ص 1284، الباب 37 من أبواب قواطع الصلاة، ح 2، ج 5، ص 345، الباب 30 من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ح 2.

---

على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا» (1).

ثم إنه قد ظهر ممّا ذكرناه أمران:

أحدهما: أنّ المعاملة الاضطرارية صحيحة. و التمسك لفسادها بآية التجارة عن تراض و النبوي غير سديد، إذ المفروض حصول طيب النفس في المعاملة الاضطرارية فالآية لا تشمل البيع المضطرّ إليه.

و أمّا وجه عدم شمول الحديث له فلائّه وارد مورد الامتنان، و ليس رفع الآثار الوضعية لأجل الاضطرار امتنانا على الأمة، بل هو مناف للامتنان.

نعم في رفع الحكم التكليفي كحرمة شرب الخمر إذا اضطرّ إليه منّة على العباد كما لا يخفى.

ثانيهما: أنّ الإكراه بحق لا يبطل المعاملة، و إلا كان الإكراه لغوا. و يقتضيه أخصية ما دلّ على عدم بطلان المعاملة من حديث رفع الإكراه و ذلك في موارد.

منها: إكراه المحتكر على بيع الطعام، فإنّ المحكّي عن المهذب البارع الإجماع عليه، و عن التنقيح عدم الخلاف في ذلك. و قد وردت جملة من الروايات في ذمّ المحتكر و حرمة الاحتكار، و كونه من الجرائم الموقفة.

و منها: أنّ القاضي يحكم ببيع ملك المديون لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإنّ البيع حينئذ صحيح، لولاية الفقيه على الممتنع.

و منها: إكراه شخص على بيع ماله للإتفاق على واجبي النفقة من الأب و الأم و الزوجة و غيرهم، فإنّ البيع لصرف الثمن في نفقات هؤلاء جائز و نافذ.

و منها: امتناع الراهن من أداء دينه، فإنّ الحاكم يجبره على بيع العين المرهونة و أداء دين المرتهن من ثمنها، فلا يؤثر الإكراه في فساد بيعه.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 136، الباب 12 من كتاب الأيمان، ح 12.

ثم إن (1) حقيقة الإكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه.

حقيقة الإكراه، وما يعتبر في صدقه

(1) هذا شروع في جهة أخرى من جهات البحث في عقد المكره، وهي تحديد الموضوع أعني به الإكراه ليرتب عليه حكمه، في قبال الاضطرار والجبر والإلجاء.

ومحصله: أنه لما لم يكن للإكراه حقيقة شرعية كان المرجع في معناه إلى العرف ولو باستكشافه من كلام اللغوي، وقد عرفه الجوهري بما في المتن، حيث قال:

«وأكرهته على كذا حملته عليه كرها» (1).

والمستفاد من هذا التعريف توقف صدق الإكراه على اجتماع أمور ثلاثة:

الأول: تحميل المكره شيئا مقرونا بالتهديد بإيراد ضرر عليه لو خالفه.

الثاني: أن يكون ما توعد به مضرًا لا يتحمل عادة، سواء أكان الضرر متوجهًا إلى شخص المكره أو إلى ذويه كالوالد والولد والزوجة. و سواء أكان في النفس أو في الطرف أو في العرض، أو في المال. فلو أكرهه على البيع مثلا وهدده بأخذ مال منه لو لم يبيع، ولم يكن دفع ذلك المال مضرًا بحال المكره- ليساره وكثرة أمواله- لم يتحقق الإكراه.

الثالث: علم المكره أو ظنه بترتب المتوعد به لو خالف، بأن يكون المكره قادرا على المؤاخذه، والمكره مقهورا عاجزا عن دفع الضرر.

فإن اجتمع هذه الأمور تحقق الإكراه، بمعنى عدم استقلال المكره في التصرف، أي عدم طيب نفسه بما يصدر منه من فعل، إذ في تركه مظنة الضرر. وهذا لا ينافي صدور منه باختياره إما دفعا للضرر المتوعد به من طرف المكره. وإما لترجيح أخف الضررين على الأشد، كما إذا تضرر المكره من بيع دار سكنائه، ولكنه يقدم على بيعها ويتحمل الضرر المادي، دفعا للضرر الأعظم المتوعد به كالقتل.

والجامع بين الفرضين عدم رضاه بما يفعله، لأن علمه بتحقيق الوعيد أو ظنه به

(1) صحاح اللغة، ج 6، ص 2247.

و يعتبر (1) في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتترانه بوعيد منه (2) مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضرّ بحال الفاعل أو متعلقة بنفسا أو عرضا أو مالا.

فظهر (3) من ذلك أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله (4) في المكروه عليه. كيف (5)؟ و الأفعال الصادرة من العقلاء كلّها أو جلّها

---

هو الباعث له نحو الفعل المكروه عليه، لا طيب نفسه به.

وقد ظهر من هذا اعتبار كون نفس الفعل مكرها عليه كالبيع في المثال. و أما إذا أكرهه على دفع مال خطير، و توقف تحصيله على بيع داره فباعها، لم يكن ذلك إكراها على البيع، لكون مطلوب المكروه نفس المال لا مقدمته و هو البيع. نعم يضطرّ المكروه إلى البيع لتسديد حاجته، ولكنه أمر آخر، و سيأتي توضيح الفرق بين الإكراه و الاضطرار.

(1) هذه الجملة إلى قوله: «أو مالا» جامعة للأمر المتقدم، فقوله: «اقتترانه بوعيد منه» إشارة إلى الأمر الأوّل، وقوله: «مظنون الترتب، إشارة إلى الأمر الثالث.

وقوله: «مضّرّ بحال الفاعل» إشارة إلى الأمر الثاني.

(2) الإتيان بكلمة «منه» لأجل إخراج موارد عن حدّ الإكراه نذكر بعضها:

الأوّل: ما إذا طلب المكروه شيئا من المكروه، و أخافه من آفة سماوية لو خالف، بأن قال له: «بعني هذه الدار و إلا نزلت بك صاعقة أو زلزال مثلا» فإنّ هذا الوعيد لمّا لم يكن من شأن المكروه لم يصدق على هذا التهديد حدّ الإكراه.

الثاني: ما إذا كان الضرر المتوقع به فعل شخص آخر غير المكروه، و لكن ذلك الغير لم يحتمل شيئا على المكروه و لم يوعد به بضرر.

(3) هذا متفرع على اعتبار الأمور الثلاثة المتقدمة في تعريف الإكراه، بضميمة إتيانه بنفس ما أكرهه عليه لا بمقدمته.

(4) بل يدخله في المضطرّ إليه.

(5) يعني: كيف يدخله في المكروه عليه؟ و الحال أنّ الأفعال العقلانية كلّها



أو جلّها تصدر لدفع الضرر عن النفس أو عمّن يتعلّق بها، كبذل المال للطعام و الشراب دفعا لضرر الجوع و العطش، و شراء الأدوية لعلاج المرض، و كذا الحال في شراء الألبسة للاتقاء من الحرّ و البرد، و شراء الدار للسكنى فيها، و من المعلوم خروج هذه الموارد أيضا عن حدّ الإكراه موضوعا.

(1) غرضه من هذه العبارة التنبيه على ما تقدم آنفا من اعتبار الإتيان بنفس ما اكراه عليه، فلو أتى بمقدمته لم يتحقق الإكراه الموضوع للأحكام. كما إذا أكرهه الظالم على دفع مال إليه، و لم يقدر على دفعه إليه إلاّ ببيع داره و دفع ثمنها إليه، فإنّ بيع الدار صحيح، لعدم ورود الإكراه عليه، بل الإكراه ورد على دفع المال. فهذا الإكراه لم يسقط المكروه عن الاستقلال في التصرف، بل له التصرف البيعي و عدمه.

و الحاصل: أنّ الإكراه لا بد أن يتعلّق بنفس بيع الدار حتى يكون بيع المكروه صادقا عليه. و حينئذ يختار الفعل من باب حكم العقل بوجوب دفع الضرر عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو عن غيره المتعلق به، بحيث يعدّ ضرره ضررا عليه، ففعل المكروه لا يخرج بالإكراه عن أفعاله الاختيارية. لكنه يصدر عنه بغير طيب نفسه، لأنّ النفس كارهة لفعل ما يحمله غيره عليه، مع الإيعاد على تركه بضرر يشقّ عليه تحمله.

و هذا بخلاف ما يفعله لدفع الضرر، لكنه مع الاستقلال في فعله، كبيع ماله لدفع الجوع، أو لأداء دينه، أو لدفع ظلم الجائر الذي يريد أن يأخذ منه مالا بدون أن يجبره على بيع داره، فإنّه يختار البيع دفعا للضرر الجوعي مثلا، و يطيب نفسه بذلك.

بخلاف ما إذا أنشأ البيع عن إيعاد الظالم على تركه، فإنّه لا يطيب نفسه بحمل الغير إياه على البيع. و إن كان اختياره له لأجل دفع الضرر، لكنّه مقرون بإيعاد الغير.

و بالجملة: فالبيع مثلا إن كان لدفع الضرر الناشئ عن إيعاد الغير كان صحيحا، و هو المسمّى بالمضطرّ إليه. و إن كان لدفع ضرر المكروه، لم يكن صحيحا، و هذا هو المسمّى بالمكروه عليه. فاتّضح الفرق بين الإكراه و الاضطرار.

يوجب (1) صدق المكره عليه (2)، فإن (3) من اكراه على دفع مال، و توقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله (4) وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال، و لذا (5) يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه (6) لحلف أو شبهه (7)، إلا (8) أنّه ليس مكرها.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل - من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر- عن (9) الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه

---

(1) خبر قوله: «و ليس دفع».

(2) حتى يكون بيع الدار- في الإكراه على دفع المال لا على البيع- مندرجا في بيع المكره.

(3) تعليل لقوله: «و ليس دفع» وقد تقدم توضيحه آنفا.

(4) كما إذا كان للمكره أموال متفرقة كالنقود و البستان و الدار، فباع داره لتسليم ثمنها إلى الظالم دفعا للضرر المتوقع به.

(5) أي: و لأجل صحة بيع شيء لدفع الضرر يرتفع التحريم عنه، و غرضه إقامة الشاهد على أن «البيع لدفع الضرر» ليس على إطلاقه إكراها، فقد يكون البيع للاضطرار، و هو رافع للحرمة التكليفية، و لا يوجب فساد المعاملة وضعا، فلو حلف على عدم بيع داره، ثم اضطرّ إلى بيعها لدفع الثمن إلى الظالم المكره حلّ بيعه و لم يحث الحلف، و يصحّ وضعا، لعدم صدق «الإكراه من الغير» على هذا البيع.

(6) هذا الضمير و ضمير «عنه» راجعان إلى الموصول في «من اكراه» و هو المكره على دفع المال لا على البيع. و ضمير «حرمة» راجع إلى البيع.

(7) كالنذر و العهد الموجبين لطوء عنوان ثانوي على المتعلّق.

(8) خبر قوله: «فالبيع».

(9) متعلق ب «سقوط».

بما يصدر منه، ولا يتعمد إليه عن رضاه، وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر، أو ترجيحاً لأقلّ الضررين.

إلا أنّ هذا المقدار (1) لا يوجب طيب نفسه به، فإنّ النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ تحمله.

والحاصل (2): أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله و مخلّى و طبعه فيه (3) بحيث يطيب نفسه بفعله، وإن كان من باب علاج الضرر.

وقد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه. وهذا ممّا لا يطيب النفس به، وذلك (4) معلوم بالوجدان.

### **[هل يتوقف الإكراه على العجز عن التخلص بالتورية أو بغيرها؟]**

ثم إنّه هل يعتبر (5)

(1) يعني: أنّ هذا المقدار من الاختيار- الناشئ من دفع الضرر أو تحمل أخفّ الضررين- لا يجدي في صحة المعاملة، إذ لا تطيب نفس المكره بما يحمله المكره عليه.

(2) غرضه- كما تقدم التنبيه عليه- عدم التنافي بين كون تصرف المكره إرادياً وبين عدم طيب نفسه بفعله الإرادي.

(3) أي: في فعله، إذ لا تحمّل في موارد الاضطرار.

(4) يعني: وجود طيب النفس في المضطرّ المستقلّ في تصرّفه، وفقدان الطيب في المكره على البيع مثلاً.

هذا كلّه في بيان حدّ الإكراه، من حيث ميزه عن الاضطرار. وسيأتي الكلام في أنّ العجز عن التورية دخيل فيه أم لا.

هل يتوقف الإكراه على العجز عن التخلص بالتورية أو بغيرها؟

(5) هذه إحدى جهات البحث في إنشاء المكره، وهي: أنّ الإكراه المتحقق بتحمّل الغير وإيعاده الضرر بالمكره هل يتقوم مفهومه بالعجز عن دفع الضرر المتوقع به، بحيث لو كان قادراً على التفصي عنه لم يصدق «المكره عليه» على فعله؟

أم لا دخل له في صدق الإكراه موضوعا.

وعلى الثاني فهل يعتبر في حكمه الشرعي - وهو سقوطه عن الأثر المترتب على فعل المختار - عجز المكره عن التفصّي والفرار عن الضرر، أم لا يعتبر ذلك أصلا؟ أم يفصل بين التفصّي عن الضرر بالتورية وبغيرها؟ في المسألة وجوه بل أقوال:

الأول: عدم دخل التمكّن من التخلّص عن إبعاد المكره، لا في مفهوم الإكراه ولا في حكمه الشرعي، فيصدق الإكراه ويرتفع أثره الشرعي بمجرد تحميل الغير، وإبعاده الضرر على المكره، سواء تمكن من التخلّص أم عجز عنه. بلا فرق بين الإكراه على إنشاء معاملة وبين غيره، كالإكراه على فعل محرّم أو ترك واجب، وهذا منسوب إلى جماعة، واختاره المصنف في بادئ الأمر.

الثاني: التفصيل بين المعاملة وغيرها، بعدم اعتبار إمكان التفصّي عن المكره عليه في المعاملة، فتبطل بمجرد الإكراه وإن كان قادرا على التخلّص منها. وباعتباره في غير المعاملة، فلا يجوز ارتكاب المحرّم المكره عليه إلا بالعجز عن التفصّي عنه.

الثالث: التفصيل بين كون المتفصّي به تورية وغيرها، فإن قدر على التورية لم يكن مكرها، سواء أكان المكره عليه معاملة أم غيرها، وإن تمكن من التفصّي من ضرر المكره بوسيلة أخرى لم يجب عليه ذلك، فهو مكره عليه، فلا يحرم فعله، ولا يصحّ إنشاؤه.

الرابع: التفصيل بين الموضوع والحكم، بمعنى أنّ إمكان التخلّص غير مأخوذ في مفهوم الإكراه، ولكنه ملحوظ في حكمه الشرعي، فالقادر على التفصّي مكره موضوعا وغيره مكره أثرا، فلا يكون إنشاؤه باطلا شرعا، وسيأتي تفصيل الكلام إن شاء الله تعالى.

والمراد بالتورية هو الستر والإخفاء، بإلقاء كلام ظاهر في معنى وإرادة خلاف ظاهره، مع إخفاء القرينة على المراد، فكأنّ المتكلم وارى و ستر مراده عن المخاطب

في موضوع (1) الإكراه أو حكمه (2) عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما (3) لا يوجب ضرراً آخر كما حكي عن جماعة، أم لا؟ الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم (4) اعتبار العجز عن التورية، لأنّ حمل

---

بإظهار غيره، بحيث تخيّل المخاطب إرادة ظاهر كلامه، قال العلامة الطريحي:

«وَرَّيت الخبر- بالتشديد- تورية: إذا سترته وأظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان، أحدهما أشيع من الآخر، و تنطق به و تريد الخفي».

(1)

و يمكن التنظير له بما روي من قول عقيل: «أمرني معاوية أن ألعن علياً، ألا فالعنوه» لأنه أراد بمرجع الضمير معاوية الأمر باللعن، عليه أشد لعائن الله و الملائكة و الناس أجمعين.

و كيف كان فاستدل المصنف قدس سرّه على إطلاق الإكراه- و عدم دخل إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به- بوجوه سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(1) بأن يكون مفهومه العرفي متقوماً بعجز المكره عن التخلص عن الضرر المتوعد به.

(2) بأن يكون مفهوم الإكراه مطلقاً شاملاً للقدره على التفصي و عدمها، إلا أنّ سلب الحكم عن إنشاء المكره مخصوص تعبداً بعجز المكره عن الفرار. فلو قدر عليه لم يكن محكوماً بحكم الإكراه، فلو أكرهه الجائر على طلاق زوجته، و تمكّن المكره من ترك الإنشاء رأساً، أو التورية بإرادة خلاص زوجته من الأعمال البيتية كالطبخ و الغسل و تربية الأطفال، فأنشأ الصيغة- غير قاصد للبينونة- لم يقع الطلاق، إذ لا إكراه مع إمكان التفصي عمّا أكره عليه.

(3) متعلق ب «التفصي» يعني: يتخلص المكره من المكره عليه، و لم يستتبع فراره ضرراً آخر عليه، فلو استتبعه كان مكرهاً.

(4) هذا ما استظهره المصنّف أولاً، و هو تحقق الإكراه بمجرد تحميل الغير، سواء

---

(1) مجمع البحرين ج 1، ص 436.

ص: 185

أمكن التخلص منه أم لا، وكذا لا يعتبر في حكمه الشرعي إمكان العجز عن التفصي.

أما عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية فلقضاء العرف بصدق موضوع الإكراه مع القدرة على التورية.

و أما عدم دخل إمكان التفصي في حكم الإكراه- بعد سعة مفهومه وشموله لصورتي العجز عن التورية وعدمه- فإطلاق النصوص و الفتاوى يقتضي عدم الفرق في حكم الإكراه بين صورة العجز عن التورية وعدمه، وهذا الإطلاق يشمل كلتا صورتين في عرض واحد، بعد وضوح عدم دخل العجز عن التورية في موضوع الإكراه.

وعليه فحمل الإطلاق المزبور على خصوص صورة العجز عن التورية- للجهل بالتورية، أو الدهشة الموجبة للغفلة عن التورية- يكون من حمل المطلق على الفرد النادر، لأنّ الغالب التمكّن من التورية. فهذا الحمل بعيد جدا، لكونه في الاستهجان نظير تخصيص العام بأكثر أفراده، و من المعلوم إباء العام و المطلق عن ذلك، فيتقوّى الإطلاق و الشمول لصورة القدرة على التورية، و يشكل تقييده بالعجز عنها.

خصوصا مع ورود الإطلاق في كل ما يمكن أن يستدلّ به على سقوط إنشاء المكروه عن الأثر لا في دليل واحد، قال في الجواهر: «و لا يعتبر عندنا في الحكم ببطان طلاق المكروه عدم التمكّن من التورية- بأن ينوي غير زوجته، أو طلاقها من الوثاق، أو يعلقه في نفسه بشرط، أو نحو ذلك- وإن كان يحسنها، و لم تحصل له الدهشة عنها، فضلا عن الجاهل بها، أو المدهوش عنها، لصدق الإكراه، خلافا لبعض العامة» (1).

وقريب منه ما في المسالك من دعوى الإجماع، وإن مال هو قدس سرّه إلى اعتبار التورية للقادر عليها، فراجع «2».

(1) جواهر الكلام ج 32، ص 15.

(2) مسالك الافهام ج 9، ص 22.

لأنّ حمل عموم (1) رفع الأكره، و خصوص (2) النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه، و معاقد الإجماعات (3) و الشهرة (4) المدّعة في حكم المكره على (5) صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد (6) جدّا. بل غير صحيح في بعضها

(1) هذا هو الدليل الأول الراجع لحكم الإكراه في المعاملات وغيرها، و هو قوله صلّى الله عليه وآله و سلّم في أحاديث رفع التسعة أو الستة أو الثلاثة «رفع ما استكرهوا عليه» و حيث إنّ الغالب القدرة على التورية، فحمله على رفع حكم الإكراه عن العاجز عنها حمل للمطلق على الفرد النادر، و هو ممنوع.

(2) هذا هو الدليل الثاني، و قد تقدمت جملة من النصوص النافية للطلاق و العتق الإكراهيين، فراجع (ص 163 و 164).

(3) هذه الإجماعات المتضافر نقلها دليل ثالث. و الإجماع و إن كان دليلاً لبيّاً يقتصر فيه على المتيقن و هو العاجز عن التورية، إلا أنّ استهجان حمل إطلاق المعقد على الفرد النادر يقتضي الأخذ بالإطلاق، كما هو واضح، فتأمل [1].

(4) بناء على كون الشهرة الفتوائية دليلاً على الحكم الشرعي فإطلاقها حجة كإجماع المنقول، و إلا فهي مؤيدة لإطلاق الأدلة اللفظية.

(5) متعلق ب «حمل».

(6) خبر قوله: «لأنّ حمل» يعني: أنّ الفرد النادر- و هو العجز عن التورية- إمّا أن يكون لجهل المكره بأسلوبها، و إمّا أن يكون لدهشته و ذهوله عن التورية مع علمه بها.

و مثال الجهل ما إذا أكره على طلاق زوجته، و لم يعلم أن يقصد من الطلاق خلاص الزوجة من الوثاق و أعمال البيت و تربية الأطفال، بحيث لو كان عالماً بهذه التورية لم يقصد جدّاً بينونة زوجته.

و مثال الدهشة، كما إذا سلّ المكره سيفه عند أمره بالطلاق، فأثر الخوف في المكره، و عرضت الدهشة عليه، و نسي تمكّنه من التورية، فطلّق قاصداً للبينونة.

[1] إشارة إلى: أنّه لا إطلاق في معقد الإجماع حتى يكون حمله على الفرد النادر مستهجنًا، إذ المفروض كونه لبيّاً، و لا محيص عن الأخذ بالمتيقن منه.

من جهة المورد (1)، كما لا يخفى على من راجعها.

مع أنّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً (2)، هذا.

---

ففي هذين المثالين حكموا ببطلان الطلاق، للعجز عن التورية، فهما المتيقن من رفع الإكراه شرعاً.

(1) لعل مقصوده ما ورد في قصة عمار على ما رواها المفسرون في شأن نزول قوله تعالى مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ، إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ «1» إنّ قريشاً أكرهوه و أبويه ياسرا و سميّة على الارتداد، فأبى أبواه فقتلوهما، و هما أول شهيدين في الإسلام، و أعطاهم عمار بلسانه ما أرادوا مكرها. فقيل يا رسول الله: إنّ عمارا كفر، فقال: كلاً إنّ عمارا مليء إيمانا من قرنه إلى قدمه، و اختلط الايمان بلحمه و دمه، فأتى عمار رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم و هو يبكي، فجعل النبي صلى الله عليه و آله و سلّم يمسح عينيه، و قال: ما لك إن عادوا لك فعدهم بما قلت» (2).

تقريب عدم إمكان حمل قصة عمار على صورة العجز عن التورية هو: أنه مع العجز عن التورية لم يكن وجه لاضطراب عمار و بكائه، لأنّه بعد فرض عجزه عن التورية يكون مضطراً إلى التكلم بكلمة الكفر، و الاضطراب رافع للحرمة. فاضطرابه كان لأجل التمكن من التورية و لم يورّ، و قرّره النبي صلى الله عليه و آله و سلّم على ذلك، و نفى البأس عمّا قاله من كلمة الكفر، لقوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «ان عادوا فعد» و لم يأمره بالتورية بإرادة معنى آخر من كلمة الكفر غير ما هو ظاهره.

(2) هذا راجع إلى صدق الإكراه موضوعاً مع القدرة على التورية، و حاصله: أنّ

---

(1) سورة النحل، الآية: 109.

(2) راجع مجمع البيان، ج 3 ص 388، و روي كلام الرسول صلى الله عليه و آله و سلّم لعمار في عدة نصوص، مثل ما رواه صاحب الوسائل عن أصول الكافي بسند معتبر و كذا في تفسير البرهان، و لكن لم تتعرض لقصة ياسر و زوجته، فراجع وسائل الشيعة ج 11، ص 476 الباب 29 من أبواب الأمر و النهي، الحديث 2، و تفسير البرهان، ج 2، ص 385 و 386، الحديث: 2 و 3 و 4 و 9.

ص: 188



وربما يستظهر (1) من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه

مفهوم «الإكراه» عرفاً يعمّ كلتا صورتَي القدرة على التورية و العجز عنها، لما عرفت من أنه «التحميل المقترن بإيعاد ضرر على المكره، لا يتحمّل عادة». و من المعلوم عدم الفرق في هذا المفهوم العرفي بين التمكن من التورية و عدمه.

نعم قد يفرّق بينهما بالنظر الدقيق العقلي، بدعوى: أنّ الخوف من الضرر- الذي هو مناط الإكراه- غير متحقق عند القدرة على التورية، بأن يقصد من قوله: «زوجتي طالق» خلاصها من شؤون البيت، إذ به يتخلّص من وعيد المكره، و لا يتضرر بشيء، كما أنه لم يقع الطلاق الشرعي.

و هذا بخلاف العاجز عن التورية، لجهله بها أو لصيرورته مدهوشاً مرعوباً بالإكراه بحيث لا تتمشى منه التورية، فيكون الداعي على قصد الطلاق هو تحميل الغير لا طيب نفسه به.

ولكن هذا الفرق مردود بما في المتن من قوله: «عرفاً» يعني: أنّ لفظ «الإكراه» كسائر الألفاظ الموضوعية للأحكام الشرعية خوطب به العرف، فهو المتّبع في سعة دائرة المفهوم و ضيقها، و لا ريب في صدقه على مطلق التحميل سواء تمكّن المكره من التورية أم لا، هذا.

و لا يخفى أنّ المناسب تقديم هذا الكلام على قوله «الذي يظهر من النصوص» لأن الموضوع مقدّم طبعا على الحكم، فلا بد أولاً من التعرض لعدم دخل العجز عن التورية في موضوع الإكراه، ثم في حكمه، ضرورة أنّ دعوى كون حمل إطلاق النصوص و الفتاوى على صورة العجز عن التورية حملاً للإطلاق على الفرد النادر مبنية على عموم معنى الإكراه لكلتا صورتَي القدرة على التورية و العجز عنها حتى تصح دعوى ندره العجز عن التورية.

(1) يعني: أنّ الكلام كان في إثبات عدم دخل القدرة على التخلص- بالتورية- من المكره في موضوع الإكراه و حكمه، و غرضه تعميم مفهوم الإكراه لما إذا أمكن

آخر (1) غير التورية أيضا في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه. قلت:

أصلحك الله، وما الفرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء» الخبر (1).

و يؤيده (2) أنه لو خرج عن الإكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية

---

التفصي من الضرر بغير التورية، كالفرار أو تحمل سوء خلق الزوجة ونحوهما، على ما يستفاد من رواية ابن سنان، المفصلة بين جبر السلطان وإكراه الوالدين والزوجة.

تقريب الاستظهار: أن السلطان مثال لمن لا يمكن التفصي من مخالفته، والزوجة والأب والأم أمثلة لمن يمكن التفصي من حمله على الفعل، لغلبة الإمكان في الثاني دون الأول، فكأنه عليه السلام قال: «الجبر يكون من حامل لا يمكن التفصي منه نوعا مثل السلطان. و الإكراه يكون من حامل يمكن التفصي منه نوعا كالزوجة والأب والأم» فأطلق الإكراه على التوعيد الذي يمكن التفصي فيه، لانتفاء كمال السلطنة مثلا أو غيره، إذ غاية ما يترتب على مخالفة الزوج لما تطلبه منه زوجته هو سوء خلقها وتهاونها في إدارة شؤون المنزل، وهذا ممّا يتحمل عادة، ويستبعد جدّا أن تورد ضررا على زوجها في نفسه أو ماله.

(1) كالفرار والاستمداد من أصدقائه ليخلصونه من شرّ المكره، فكما يصدق الإكراه بالقدرة عليه، كذلك مع القدرة على التورية. وعليه فلا فرق في تحقق الإكراه بتحميل الغير، سواء تمكّن من التخلص عنه بالتورية أو غيرها، أم لم يتمكن من شيء منهما.

(2) يعني: و يؤيد الاستظهار المزبور، و حاصل التأييد: أنه لو كانت القدرة على التفصي بغير التورية قاذحة في صدق الإكراه لكانت القدرة على التفصي بالتورية قاذحة أيضا في صدقه، إذ المناط في صدق الإكراه هو عدم إمكان التخلص عن الضرر- المتوعد به على ترك الفعل المكره عليه- إلا بفعل المكره عليه. فمع إمكان

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 143، الباب 16 من أبواب اليمين، ح 1.

خرج عنه بالقدرة عليها، لأنّ المنط حينئذ (1) انحصار التخلص عن الضرر المتوّعد في (2) فعل المكره عليه، فلا- (3) فرق بين أن يتخلّص حينئذ بكلام آخر أو فعل آخر، وبهذا الكلام مع قصد معنى آخر.

ودعوى (4) أنّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدّي- لا من جهة صدق حقيقة الإكراه- كما (5) ترى.

لكنّ الإنصاف (6) أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقّق إلّا مع العجز عن

---

التخلص بغيره- سواء أكان التخلص بكلام آخر أم فعل آخر أم بنفس هذا الكلام مع قصد معنى آخر غير معناه الظاهر- لا يصدق الإكراه.

(1) أي: حين الخروج عن الإكراه بسبب القدرة على التفصي عن الضرر بغير التورية، فالمناطق في صدق الإكراه عدم إمكان التخلص عن الضرر إلّا بفعل المكره عليه.

(2) متعلق بقوله: «انحصار» يعني: أنّ التخلص من الضرر الإيعادي منحصر في فعل المكره عليه.

(3) متفرع على قوله: «لأنّ المنط حينئذ» يعني: فلا فرق في عدم الانحصار .. إلخ.

(4) غرضه أنّ الفرق بين إمكان التفصي بالتورية وبين إمكانه بغيرها هو: أنّ الإكراه وإن لم يكن صادقاً في كلتا صورتها إمكان التورية و غيرها، لكن حكم الإكراه ثابت مع إمكان التفصي بالتورية تعبدّاً، دون إمكانه بغير التورية.

(5) خبر «ودعوى» و حاصله: منع هذه الدعوى، لعدم الدليل على إلحاق غير المكره عليه بالمكره عليه، بل المانعية تدور مدار عنوان الإكراه، فبدونه لا يحكم بمانعية غير الإكراه. فترتّب حكم الإكراه في صورة القدرة على التورية إنّما هو لأجل صدق الإكراه لا للتعبد.

(6) مرجع هذا إلى تسليم الدعوى المذكورة التي حكم بكونها «كما ترى» فغرضه قدّس سرّه العدول عمّا أسّسه من أنّ العجز عن التفصي- بالتورية أو بغيرها-

غير دخيل في الإكراه موضوعا و حكما. و مقتضى هذا العدول و إن كان اشتراط الإكراه بامتناع التفصي عنه مطلقا، لكنه قدس سره فصل بين التمكن من التخلص بالتورية و بين تمكنه بغيرها. فهنا مطلبان، أحدهما: توقف الإكراه على العجز عن التفصي.

و ثانيهما: التفصيل بين كون المتفصي به تورية أو غيرها.

أما المطلب الأول فتوضيحه: أنه قد تقدم تقوّم مفهوم الإكراه بأمر ثلاثة: منها علم المكروه- أو ظنه- بترتب الضرر على مخالفة ما أكره عليه، ويعتبر عن هذا الأمر بخوف الضرر. و على هذا يعتبر في تحقق الإكراه أن يكون الداعي إلى الإتيان بالفعل المكروه عليه خصوصا خوف ترتب الضرر المتوقع به على ترك ذلك الفعل المكروه عليه، و من المعلوم أنه مع القدرة على التفصي عنه بدون الإتيان بالفعل المكروه عليه لا يترتب الضرر على مجرد ترك المكروه عليه، بل على تركه و ترك التفصي معا، فهو مختار في دفع الضرر بين فعل المكروه عليه و بين التفصي عن الضرر بوجه آخر، فلا إكراه في البين.

و الشاهد على إناطة صدق الإكراه بالعجز عن التخلص هو الفرق المرتكز عند أبناء المحاورة بين أن يقول المكروه: «طلّق زوجتك أو بع دارك، و إلا» و بين أن يأمره بالطلاق خاصة. حيث إنّ البيع عدل للطلاق في المثال الأول، و إنشاء كلّ منهما مستند إلى تحميل المكروه، فهو مسلوب الأثر.

بخلاف المثال الثاني الذي طلب المكروه بالطلاق خاصة، و فرضنا تمكن المكروه من التخلص إمّا بالخروج مدّة من بلده، و إمّا بمراجعة صديق ليشفع له عند المكروه كي يتنازل عن إكراهه، فإنّه لا يخاف المكروه ترتب الضرر المتوقع به، فلو طلق لم يستند إلى خوف الضرر، لعدم صدق الإكراه في هذه المنفصلة: هذا مكروه على أحد الأمرين إمّا طلاق زوجته و إمّا تركه بالفرار من البلد أو الاستشفاع بصديق.

و وجه عدم الصدق كون الفرار و نحوه دافعا للإكراه حقيقة، و لم يأمر به المكروه

التفصي بغير التورية، لأنه (1) يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك (2). ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكروه عليه، بل (3) على تركه وترك التفصي معا. فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين من فعل المكروه عليه و التفصي، فهو مختار في كل منهما، و لا يصدر كل منهما إلا باختياره، فلا إكراه.

و ليس (4) التفصي من الضرر أحد فردي المكروه عليه حتى لا- يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذ مكروها، لأن (5) الفعل المتفصي به مسقط عن المكروه عليه لا بدل له.

---

لا تعيينا ولا تخييرا.

هذا في عدم دخل العجز عن التفصي بغير التورية، وهو وإن كان جاريا في القدرة على التفصي بالتورية أيضا، إلا أنه سيأتي عدم اعتبار التمكن منها.

(1) تعليل لعدم تحقق الفعل الإكراهي إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية.

(2) أي: ترك الفعل المكروه عليه.

(3) يعني: بل يكون الضرر مترتبا على ترك كلا الأمرين، وهما: المكروه عليه و التفصي.

(4) هذا إشارة إلى توهم و دفعه، حاصل التوهم: صدق الإكراه هنا أيضا، حيث إن التفصي أحد عدلي المكروه عليه، فكأنه مكروه على الفعل أو على التفصي مخيرا بينهما، فإمكان التفصي لا يخرج عن صدق الإكراه.

(5) هذا دفع التوهم المزبور، و حاصله: أن الفعل المتفصي به عن الضرر المتوقع به مسقط عن المكروه عليه لا عدل له، ولذا لا يكون محكوما بأحكام المكروه عليه إجماعا. ففرق بين الإكراه على أحد الأمرين من البيع أو الطلاق تخييرا، و بين إكراهه على البيع خاصة مع قدرته على الفرار.

ص: 193

ولذا (1) لا يجري عليه (2) أحكام المكروه عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرناه (3) وإن كان جارياً في التورية، إلا أن الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر (4)، لما ذكرنا (5) من ظهور النصوص و الفتاوى، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية.

(1) أي: ولأجل عدم كون الفعل المتفصي به بدلاً عن الفعل المكروه عليه لا يجري عليه أحكام المكروه عليه، فلو كان الفعل المتفصي به عقداً لا- يبطل، مع أن من الواضح بطلانه لو كان عدلاً للفعل المكروه عليه. كما لو أكرهه على بيع داره، فتفصّي منه ببيع بستانه، فإنه يقع صحيحاً إجماعاً، مع أنه لو كان مكرهاً عليه- كبيع الدار- لم يصح قطعاً، وهذا كاشف عن عدم كون الفعل المتفصّي به عدلاً وبدلاً لما أكره عليه.

(2) هذا الضمير والضمير المستتر في «يفسد» راجعان إلى المتفصّي به.

(3) من إناطة صدق الإكراه بخوف الضرر، المتوقف على العجز عن التخلص من إضرار المكروه، وغرضه بيان الفارق بين كون المتفصّي به تورية وغيرها، فيقال:

باعتبار العجز عن التخلص بغير التورية في صدق الإكراه، وعدم اعتبار العجز عن التخلص بالتورية في صدقه، مع أن التفصّي عن الضرر المتوقع به بكلّ منهما مشترك في ارتفاع موضوع الإكراه به.

وحاصل وجه الفرق أمران، أحدهما: التعبد، لأنّ الشارع رتب أثر الإكراه في صورة إمكان التفصي بالتورية، دون التفصي بغير التورية، لما تقدم من ظهور النصوص و الفتاوى في ترخيصه في ترك التورية، لبعدها على صورة العجز عنها، لكونه من حمل المطلق على الفرد النادر.

(4) فلو أمكن التفصي بغير التورية- كالخروج من البلد والاستشفاع بالصديق ونحوهما- لم يتحقق الإكراه، إذ لا خوف حينئذ.

(5) تقدم في قوله: «الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية .. إلخ» فراجع (ص 185).

مع (1) أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذبا عند الخوف والإكراه «1»، خصوصا (2) في قضية عمّار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكيا إلى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم فنزلت الآية مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إِنْ عَادُوا عَلَيْكَ فَعَدَّ» (2). ولم ينبّهه على التورية.

فإنّ التنبيه في المقام وإن لم يكن واجبا (3)، إلا أنه لا شك في رجحانه خصوصا من النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم باعتبار شفقتة على عمّار، وعلمه بكرامة تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى، هذا.

ولكنّ الأولى (4) أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها،

---

(1) هذا وجه ثان لعدم اعتبار العجز عن التورية في الإكراه، وحاصله: أنه لو كان ذلك معتبرا فيه كان اللازم الإشارة إليه في الأخبار المجوّزة للحلف كاذبا عند الخوف والإكراه، مع عدم التنبيه عليه، كما تقدم في رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، لإطلاق الإكراه على ما يطلبه الوالدان والزوجة، مع أنه عليه السلام نفى حكم اليمين فيه بقوله: «لا يمين في إكراه».

(2) وجه الخصوصية أهمية القضية، وكمال شفقة النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم على عمار.

(3) وجه عدم وجوب التنبيه على التورية في المقام هو: إناطة وجوب التورية بالالتفات إليها، فمع الجهل بها- ولو مع العلم بحكمها- لا يجب التنبيه، لأنه من إعلام الجاهل بالموضوع، ومن المعلوم عدم وجوبه.

(4) هذا عدول عن وجه الفرق المزبور، الذي كان مرجعه إلى عدم صدق الإكراه موضوعا على صورة التمكّن من التورية مع إجراء حكم الإكراه عليه تعبّدا.

---

(1) لاحظ وسائل الشيعة: ج 16، ص 143، الباب 16 من أبواب كتاب الأيمان.

(2) مجمع البيان، ج 3، ص 388.

ص: 195

و ملخص ما ذكره في قوله: «و لكن الأولى أن يفرق .. إلخ» أن الإكراه يصدق موضوعا على صورة التمكّن من التورية، و لا ينافيه التمكّن من التورية.

توضيح الفرق بين إمكان التفصي بالتورية و بين إمكانه بغير التورية- بصدق الإكراه موضوعا على الأول دون الثاني- هو وقوع المكروه في الضرر على تقدير تركه للمكروه عليه، و هو موجود في التورية، إذ مع التفات المكروه إلى ترك المكروه عليه يوقع المكروه في الضرر و لو مع التورية.

وإن شئت فقل: إن المكروه في موارد التمكّن من التورية مقهور في إرادة أحد الأمرين، إمّا إيجاد نفس الفعل المكروه عليه، و إمّا التورية، فأيهما وقع يقع عن إرادة مقهورة لإرادة الغير. نظير الإكراه على أحد الأمرين كإلزامه ببيع داره أو إجارة حمامه.

و هذا بخلاف موارد القدرة على غير التورية، لتمكّنه من مخالفة الأمر- مع اطلاعه عليها- بدون الإضرار.

و بعبارة أخرى: الفرق بين التورية و غيرها من أنحاء التفصي هو: أن الضرر الذي يورده المكروه على المكروه لا يدور مدار مخالفة المكروه واقعا لما أكره عليه، بل يدور مدار إحراز المكروه مخالفة المكروه، فيقال: «كل ما أحرز المكروه مخالفة المكروه لأضرّ به» و هذه القضية الشرطية غير متحققة عند تمكّن المكروه من الفرار أو التخلص من شرّ المكروه بوجه آخر كالاستشفاع، فلا يصدق الإكراه حقيقة للأمن من إضراره حينئذ.

و هذا بخلاف ما لو تفصّي المكروه بالتورية بأن أكره على بيع داره، فقصد تمليك منفعتها لا رقبته، فإنّه لو التفّت المكروه إلى ما تورّى به المكروه، و علم بمخالفته لأمره لأورد الضرر عليه قطعا، إذ المفروض كون المكروه في مكان تحت حيطرة استيلاء المكروه، فيقدر على الإضرار به و تنفيذ ما توّعد به. و على هذا فالتمكّن من التورية لا ينافي الإكراه موضوعا، بخلاف التمكّن من التفصي بوجه آخر.



بتحقيق (1) الموضوع (2) في الأول دون الثاني (3)، لأنّ الأصحاب وفاقا للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الإكراه «أن يعلم أو يظن المكروه- بالفتح- أنّه لو امتنع مما أكره عليه وقع فيما توعد عليه» (4)، و معلوم أنّ المراد ليس امتناعه (5) عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه- بالكسر- عدم الامتناع، بل المعيار (6) في وقوع الضرر اعتقاد المكروه (7) لا امتناع المكروه.

و هذا المعنى (8) يصدق مع إمكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصّي غيرها، لأنّ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع (9) المكروه عليه،

---

(1) متعلق ب «يفرق» و بيان له.

(2) و هو الإكراه المتقوم بخوف الضرر.

(3) و هو التفصّي بغير التورية.

(4) حيث قال فيه: «و أما بيان الإكراه فجملته: أنّ الإكراه يفترق إلى ثلاث شرائط .. و الثاني: أن يغلب على ظنّ المكروه أنّه إن امتنع من المراد منه وقع به ما هو متوعدّ به» «1». و نحوه كلام غيره. و الشاهد في أنّ امتناع المكروه واقعا لا يترتب عليه الإضرار، و إنّما لترتب الضرر لو أحرز المكروه امتناع المكروه عمّا أكره عليه، فلو باع المكروه و قصد الإجارة و علم المكروه بتوريطه لأضرّ به، و عليه فالتورية لا تدفع الإضرار لو علم بها المكروه.

(5) أي: امتناع المكروه عمّا أكره عليه.

(6) بالفتح معطوف على «المراد».

(7) فلو وّرّى المكروه و علم المكروه به لأضرّ به، لأنّه يعتقد مخالفة المكروه لما أكره عليه.

(8) أي: كون المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكروه امتناع المكروه عمّا أكره عليه.

(9) يعني: أنّ المكروه يطّلع على امتناع المكروه من تنفيذ ما أكره عليه، و لكنّه

---

(1) المبسوط، ج 5، ص 51، و لاحظ أيضا شرائع الإسلام، ج 3، ص 13، تحرير الأحكام، ج 2، ص 51، مسالك الافهام، ج 9، ص 18، الروضة البهية، ج 6، ص 20، نهاية المرام، ج 2، ص 12، كفاية الأحكام، ص 198، رياض المسائل، ج 2، ص 169، الحدائق الناضرة، ج 25، ص 159.

وعدم وقوع الضرر عليه.

والحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه (1) ووقوع الضرر- الذي هو المعتبر في صدق الإكراه- موجود مع التمكن بالتورية، لا مع التمكن بغيرها (2)، فافهم (3).

---

لا يمكنه الإضرار بالمكره، للفرار ونحوه.

(1) أي: امتناع المكره، فالضرر مترتب على امتناع المكره مع اطلاع المكره على الامتناع، لترتب الإضرار على اعتقاده بامتناع المكره، لا على امتناعه واقعا. وهذا متحقق في خصوص القدرة على التورية، دون غيرها، إذ اطلاع المكره على امتناع المكره يوقعه في الضرر وإن تشبّث بالتورية.

(2) أي: بغير التورية.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ المناط في صدق الإكراه عدم القدرة على التفصّي عن الضرر المتوّعد به، فلو تمكّن من التفصّي عنه- ولو بالتورية- لم يصدق الإكراه، فإذا علم باندفاع الضرر بالتورية- كما إذا علم بعدم اطلاع المكره على التورية- لم يتحقق الإكراه. وعليه فلا فرق في عدم صدق الإكراه بين أنحاء التفصّي عن الضرر.

هذا تمام الكلام في دخل العجز عن التفصّي- عن المكره عليه- في الإكراه موضوعا أو حكما، وقد عرفت اختلاف أنظار المصنف في المسألة، الكاشف عن إعضالها [1].

---

[1] الجهة الرابعة: هل يعتبر في مفهوم الإكراه وجود مكره واقعا، أم يكفي فيه مجرّد الاعتقاد بوجوده، وإن كان اعتقاده مخالفا للواقع؟ فيه تفصيل. فإن قلنا بكون الوجه في البطلان حديث الرفع كما ذكره السيد قدّس سرّه «1» صحّ البيع، لتقوم الإكراه بوجود المكره، والمفروض عدمه.

وإن قلنا بكون الوجه فيه عدم طيب النفس بطل البيع، لفقدان طيب النفس بعد اعتقاد وجود المكره وبيعه خوفا من الضرر المتوّعد به بحسب اعتقاده.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 120.

كما يصح البيع في صورة العكس، وهو ما إذا باع باعتقاد الإكراه، ثم تبين عدمه، فإنّ البيع فاسد، لعدم الرضا النفساني مع كونه معتقدا بوجود مكره.

فتظهر الثمرة بين شرطية طيب النفس ومانعية الإكراه في صورة اعتقاد وجود المكره له على بيع متاعه فباعه، مع فرض عدم وجود المكره واقعا.

و كيف كان فالمصنف اعتبر في الإكراه قيودا خمسة:

الأول: وجود شخص حامل على الفعل، فلولاها لا يتحقق الإكراه، فإنّ باب الإفعال يقتضي وجود حامل على إيجاد فعل مكره لطبعه. وقد أشار الماتن إلى هذا الأمر بقوله:

«إنّ حقيقة الإكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه».

الثاني: أن يتوجّه الإكراه إلى نفس المعاملة، لا إلى غيرها ممّا يتوقف على المعاملة كما إذا أكرهه على دفع مال أو بناء قنطرة أو مسافرة أو غيرها مما يتوقف على بيع بعض أمواله، فإنّ الإكراه حينئذ يتوجه إلى المقدمة أي مقدمة البيع، لا إلى نفس البيع.

وإن شئت فقل: إن الإكراه على البيع تارة نفسي، أي الإكراه يتعلق أوّلا وبالذات بنفس البيع، وأخرى غيري كالإكراه على بناء قنطرة يتوقف ذلك على بيع بعض أمواله.

و البيع في هذه الصورة صحيح ظاهرا بلا إشكال، لعدم جريان الأدلة الدالة على قدح الإكراه في الصحة فيه.

أمّا الإجماع فلأنّ المتيقن منه غير هذه الصورة.

و أمّا حديث الرفع بإطلاقه وإن كان شاملا للإكراه الغيري، لكن تطبيقه في المقام خلاف الامتنان، لأنّ بطلان البيع في هذا الفرض تضيق على المكلف، لا توسعه له.

كما يقال مثله في الإكراه بحق، حيث إنّ إجراءه خلاف الامتنان بالنسبة إلى صاحب الحق.

فلو أكره على بيع داره لوفاء دينه كان بيعه صحيحا، لأنّ إبطاله ضرر على الدائن فلا يشمل الحديث الشريف.

الثالث: ما أشار إليه المصنف قدّس سرّه بقوله: «و يعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل

---

اقتترانه بوعيد منه» و حاصله: أن الإكراه لا يتحقق إلا باقتترانه بوعيد من المكروه، و لا يكفي في حصول الإكراه توجه الضرر على ترك الفعل المكروه عليه و لو من ناحية غير الأمر.

قال السيد قدس سرّه: «فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقا من طلب الغير منه فعلا إذا خاف من تركه الضرر السماوي، أو ضررا من جانب شخص آخر إذا أطلع على ذلك مع عدم توعيده، بل و كذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير، لكن خاف منه الضرر. و حينئذ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجائر بتخيل أنه إذا أطلع على الترك أوصل إليه الضرر لا يعدّ من الإكراه» (1).

و تبعه المحقق النائيني رحمه الله في ذلك قال مقرّر بحثه رحمه الله: «يعتبر توعيد الطالب على الترك، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلائي على ترتب ذلك الوعيد على الترك، فمجرد أمر الغير مع عدم اقتترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا، أو الضرر من شخص آخر غير الأمر» (2).

لكن الإنصاف أنّ المعتبر في الإكراه خوف ترتب الضرر على ترك الفعل المكروه عليه و إن لم يكن توعيد على الترك، بحيث يكون الترك موجبا لخوف الضرر، سواء أكان من نفس الأمر أم من غيره، و سواء أكان مع توعيد المكروه أم مع عدمه، و سواء أكان الضرر دنيويا أم أخرويا.

نعم إذا كان الضرر أخرويا حكم بصحّة المعاملة، لكون الإكراه بحقّ صحيحة.

فضابط الإكراه هو أن يكون الداعي إلى ارتكاب الفعل خوف الضرر من شخص و لو من ناحية غير الأمر، و من غير تصريح الأمر به، فتفسد المعاملة المنبثثة عن خوف الضرر المترتب على تركها بشرط كون الضرر واردا عليه من إكراه المكروه و إن لم يوعده بالضرر حين الإكراه.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 122.

(2) منية الطالب، ج 1، ص 185.

---

و لا فرق في بطلان العقد حينئذ بين كون الدليل على بطلان عقد المكره حديث الرفع و دليل اعتبار طيب النفس.

أمّا على الثاني فواضح، لفقدانه مع الخوف المزبور.

و أمّا على الأوّل فلما عرفته من أنّ حقيقة الإكراه هي انبعاث الفعل عن خوف الضرر المترتب على الإكراه و إن لم يوعده المكره بالضرر، لكن كان المكره خائفاً بأن علم بالضرر أو احتمال احتمالاً عقلائياً.

فعلى كل حال لا ينبغي الريب في فساد المعاملة الناشئة عن خوف الضرر الوارد عليه من جهة مخالفة أمر الأمر، و إن لم يكن نفس الأمر ملقياً له في الضرر.

الرابع: ما أشار قدّس سرّه إليه في المتن في مقام الفرق بين إمكان التفصي بالتورية، و بين إمكانه بغيرها من قوله: «ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظن المكره أنّه لو امتنع مما اكراه عليه وقع فيما توعد عليه» و ظاهره اعتبار العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه، و عدم كفاية احتمالها.

لكن المحقق النائيني قدّس سرّه في عبارته المتقدمة اكتفى باحتمال ترتب الضرر على ترك المكره عليه، و هذا هو الصواب.

أما بناء على شرطية طيب النفس فواضح، لأنّ خوف الضرر الناشئ عن الاحتمال العقلائي منافي للرضا النفساني المعتبر في صحة المعاملة، فتبطل، لانتفاء طيب النفس.

و أمّا بناء على مانعية الإكراه فلما عرفت من أنّ ضابطه هو نشو الفعل عن خوف الضرر الوارد عليه من إنسان، بحيث لو لم يكن الخوف لما فعل ذلك. و من المعلوم أنّ هذا الضابط متحقق بمجرد الاحتمال العقلائي من دون حاجة إلى العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه. و لا دليل أيضاً على اعتبار العلم أو الظن في الإكراه تعبدًا، هذا.

---

ثم إنَّ السيدَ قدّس سرّه ذكر «أنّه لا بدّ في صدق الإكراه من كون الضرر المتّوعد به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال: افعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً، أو: وإلا طالتك بالدّين الذي لي عليك ونحو ذلك لا يصدق عليه الإكراه» (1).

وهذا هو الصحيح، لأنّ الإكراه إمّا منصرف عن هذه الصورة، فلا يشمل دليل مانعية الإكراه. وإمّا لا يشمل الحديث، لكونه خلاف الامتنان. وهو الحق، فموضوع الإكراه عرفاً وإن كان صادقاً، لكن حكمه هنا غير ثابت.

ودعوى بطلان المعاملة حينئذ، لفقدان طيب النفس مدفوعة أولاً: بتحقيق الطيب، لأنّ دفع الضرر المستحق عليه يوجب الرضا بالمعاملة المكره عليها.

وثانياً: أن شرطية طيب النفس أو مانعية الإكراه مختصة بغير صورة الإكراه بحقّ، فإنّ الإكراه كذلك خارج حكومة أو تخصيصاً عن عموم حديث الرفع، وإلا كان الإكراه بحقّ لغواً.

الخامس: ما أشار إليه بقوله: «ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن ذلك الضرر المتّوعد بما لا يوجب ضرراً آخر».

وحاصله: أنّه هل يعتبر في مفهوم الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتّوعد به بتورية أو بغيرها، أم لا يعتبر ذلك في موضوعه، بل يعتبر في حكمه وهو بطلان المعاملة أو غيره؟ فيه أقوال.

ثالثها: التفصيل بين الإكراه على المعاملة، والإكراه على غيرها من الأفعال كالشرب ونحوه، فيعتبر ذلك فيها دون المعاملات.

ورابعها: التفصيل بين إمكان التفصي بغير التورية، فينافي الإكراه، وبين إمكان التفصي بالتورية فقط، فلا يخلّ بصدق الإكراه.

خامسها: التفصيل بين الحكم والموضوع، فيقال باعتبار عدم التمكّن من التفصي

---

(1) حاشية المكاسب ج 1، ص 122، سطر 18.

---

في صدق الإكراه موضوعا، وعدم اعتباره فيه حكما، فإذا أكره أحد على بيع داره وأمكنه التفصي، فلم يفعل و باع الدار كان فاسدا وإن لم يصدق عليه عنوان الإكراه.

وقبل التعرض لتلك الوجوه ينبغي بيان حقيقة التورية، وهي كما عن اللغة بمعنى الستر والإخفاء، وإلقاء كلام ظاهر في معنى وإرادة خلاف ظاهره مع إخفاء القرينة على المراد، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره و خيّل إليه أنه أراد ظاهر كلامه، و تقدّم كلام مجمع البحرين في التوضيح.

وفي القاموس: «وَرَاهُ تورية أخفاه» (1).

ثم إن التورية كما تثبت في الأقوال، كذلك تثبت في الأفعال.

أما جريانها في الأقوال فكما إذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصادرة منه فيقول:

«علم الله أنه ما قلت» حيث يظهر كلمة الموصول بصورة أداة النفي، و يخيّل إلى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه.

و من هذا القبيل: ما عن سلطان العلماء في حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من: أنه سئل أحد العلماء عن علي عليه السلام و أبي بكر بأنّ أيهما خليفة الرسول صلّى الله عليه وآله و سلم، فقال: «من بنته في بيته».

و منه قول عقيل: «أمرني معاوية أن ألعن عليًا، ألا فالعنوه».

و منه أيضا ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء، فقال: «أربعة أربعة أربعة» و قصد من ذلك الأئمة الاثني عشر، و زعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع.

و منه أيضا ما عن بعض الأجلة من أن شخصا طلب مبلغا بعنوان المساعدة و الإعانة، و كان المسؤول لا يراه مستحقا، فألقى السبحة من يده على الأرض، و قال: و الله إنّ يدي خالية، و تخيّل السائل من هذا الكلام أنه غير متمكن من إعطاء سؤله و قضاء حاجته.

---

(1) القاموس المحيط، ج 4، ص 399.

وَأَمَّا جريان التورية في الأفعال فهو كما إذا أكرهه الجائر على شرب الخمر، فأخذها المكروه وأهرقها في جيبه، فزعم الجائر أنه شربها. وكما إذا أمر الظالم أحد عماله بضرب مظلوم في الليل المظلم، فيورّي المأمور في فعله بأن يضرب سوطه على الجدار، ويأمر المظلوم بالنياحة والبكاء ليعتقد الظالم بأنه ضربه. إلى غير ذلك من الأمثلة.

إذا عرفت حقيقة التورية وجرانها في الأقوال والأفعال فاعلم أنّ المصنّف قدس سرّه فصلّ بين المعاملات وغيرها حيث إنّه اعتبر العجز عن التفصي في حقيقة الإكراه في الثاني دون الأوّل.

و ملخص ما أفاده هو: أنّ المناط في الإكراه الراجع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعاملة، و من المعلوم أنّ هذا يتحقق فيما إذا أكره على معاملة، وهو في مكان يكره الخروج منه، ولكن لو خرج كان له في الخارج أحبّاء يكفّون عنه شرّ الظالم المكروه، فلو باع و الحال هذه في ذلك المكان كان البيع باطلا، لفقدان طيب النفس فيه، فالإكراه حينئذ موجود.

و لو فرض في هذا المثال إكراهه على محرّم كشرب الخمر و الكذب و الزنا و أمثالها لا يتحقق الإكراه الراجع للحرمة، و لا يعذر في ارتكاب الحرام. فالإكراه المسوّغ للحرمة بمعنى الجبر المذكور في خبر ابن سنان المتقدم الذي فرّق بين الجبر و الإكراه، بأن جعل الأوّل من السلطان، و الثاني من الزوجة و الأب و الأم الذي ليس بشيء، و لا يترتب عليه أثر من ارتفاع الحرمة.

و بالجملة: فالإكراه في المعاملة بمعنى عدم طيب النفس و إن لم يتوجّه على ترك المكروه عليه ضرر، كما في إكراه الأب و الأمّ و الزوجة. فالإكراه في المعاملات أعم من الإكراه المسوّغ للمحرّمات. فأكراه الأبوين و الزوجة رافع لأثر المعاملة، و ليس رافعا للحرمة التكليفية.

و الموجب للتفكيك بين الإكراه المسوّغ للمحرّمات و الإكراه الراجع لصحة



المعاملة هو رواية ابن سنان المذكورة في المتن، حيث إن إكراه الأبوين و الزوجة يمكن التفصي عن ضرره، بخلاف جبر السلطان، فإنه لا يمكن التفصي عن ضرره غالباً.

فالمعاملة في صورة إكراه الأبوين و الزوجة مع إمكان التفصي باطلة، حيث إنه يمكن التفصي عن ضررهم. و هذا بخلاف إجبار السلطان، فإنّ الغالب عدم إمكان التفصي عن ضرره.

و الحاصل: أنّه يصدق الإكراه مع إمكان التفصي، فلا يعتبر العجز عن التفصي في حقيقته، هذا.

وفيه أوّلاً: أنّ معنى الإكراه في جميع الموارد واحد لا تعدد فيه، و هو حمل الغير على ما يكرهه مع الإيعاد على تركه، و من المعلوم انطباق هذا المعنى على جميع موارد الإكراه بنهج واحد، من دون فرق بين المعاملات و المحرمات، فأكراه الزوجة لا يصدق إلّا إذا لم يتمكن الزوج من مخالفتها، و من رفع ضررها كإخلال نظامه الداخلي و تنغيص عيشه.

نعم يستفاد من الرواية كفاية الضرر الضعيف في رفع الأثر الوضعي كاليمين، لأنّ ضررهم غالباً راجع إلى الأمور الداخلية، دون الأثر التكليفي كالحرمة، فإنّ إكراههم له يرفع الحرمة، فإذا أكرهوه على شرب الخمر مثلاً لا يسوغ له الشرب بهذا الإكراه.

فالصواب اعتبار العجز عن التفصي في حقيقة الإكراه مطلقاً من غير فرق بين الإكراه في المعاملات و المحرّمات.

فالمستفاد من الرواية أخصّيّة الإكراه الراجع للحكم التكليفي من الإكراه الراجع للحكم الوضعي.

و بالجملة: فلا تدل الرواية على التفرقة، و اعتبار العجز عن التفصي عن الضرر في الإكراه المسوّغ للمحرمات، و عدم اعتباره في الإكراه المانع عن صحة المعاملة.

و ثانياً: أنّ الرواية ضعيفة السند، لأنّ الراوي عن عبد الله بن سنان عبد الله بن القاسم و هو ضعيف، سواء أ كان الحضرمي المعروف بالبطل، أم الحارثي، فإنّ كليهما

## [الفرق بين الإكراه على ارتكاب الحرام و الإكراه على المعاملة]

ثم إن (1) ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصّي إنّما هو في الإكراه

---

الفرق بين الإكراه على ارتكاب الحرام و الإكراه على المعاملة

(1) غرضه من هذا الكلام التفرقة بين الإكراه المسوّغ للمحرمات كشرب الخمر و إفتار الصوم و الولاية من قبل الجائر و نحوها، و بين الإكراه الموجب لفساد المعاملة.

و حاصل وجه الفرق هو: أنّه يعتبر في الأوّل العجز عن التفصّي عن الضرر، من غير فرق بين أنحاء التفصّي من التورية و غيرها. بخلاف الثاني، فإنّه لا يعتبر فيه ذلك، لأنّ المناط في صحة المعاملة طيب النفس، فكلّ ما يوجب ارتفاعه يوجب فساد المعاملة، لانتفاء شرطها. و أمّا حدود الله تعالى شأنه فلا مسوّغ للتعدّي عنها إلا الاضطرار.

و قد سبق المصنف إلى هذه التفرقة صاحب المقابس قدّس سرّه ما وقد تبعهما الفقيه

---

ضعيفان، لقول النجاشي في الأوّل: «كذاب غال يروي عن الغلاة، لا خير فيه و لا يعتد بروايته» (1). و لقوله في الثاني: «ضعيف غال كان صحب معاوية بن عمار، ثم خلط و فارقه» (2).

فتحصّل مما ذكرنا: أنّ رواية ابن سنان لا تدلّ على اختلاف في معنى الإكراه، و أنّ العجز عن التفصّي عن الضرر لا يعتبر فيه - كما في إكراه الزوجة - حتى تكون حاکمة على حديث الرفع، و مبيّنة لعدم اعتبار العجز عن التفصّي في الإكراه المانع عن صحة المعاملة. بل الإكراه في جميع الموارد بمعنى واحد، و هو حمل الغير على فعل مع الإيعاد بالضرر على تركه. غاية الأمر أنّ بعض مراتب الإكراه رافع لأثر المعاملة، لكونه رافعا لطيب النفس، بخلاف الإكراه الرافع للحرمة، فإنّ ضرر العباد أهم في نظر الشارع من مصالح الأحكام، و لذا أنيط ارتفاعها بالاضطرار، هذا.

---

(1) رجال النجاشي، ص 157 (الطبعة الحجرية).

(2) المصدر، ص 156.

ص: 206

المسوّغ للمحرّمات (1)، و مناطه توقّف دفع ضرر المكروه (2) على ارتكاب المكروه عليه.

---

المامقاني قدّس سرّه «1».

خلافا لما يظهر من الشيخ قدّس سرّه في كتاب الطلاق، حيث قال: «و أمّا بيان الإكراه فجملته: أنّ الإكراه يفتقر إلى ثلاثة شرائط:

أحدها: أن يكون المكروه قاهرا غالبا مقتدرا على المكروه، مثل سلطان أو لصّ أو متغلّب.

و الثاني: أن يغلب على ظنّ المكروه أنّه إن امتنع من المراد منه وقع به فيما هو متوعّد به.

و الثالث: أن يكون الوعيد بما يستتصرّ به في خاصّة نفسه» «2».

فإنّ ظاهر الشرط الأوّل كون المكروه عاجزا عن التفصّي، فيكون الطلاق باطلا مع الإكراه المانع عن صحته. فالمراد بالإكراه هو العجز عن التفصّي. و لا فرق بين الطلاق وغيره من العقود و سائر الإيقاعات. فعليه يكون الإكراه المانع عن صحة العقد و الإيقاعات و المسوّغ لارتكاب المحرّمات واحدا.

أقول: لا ينبغي الإشكال في الاتحاد المزبور بناء على مانعيّة الإكراه لصحة العقود و الإيقاعات. نعم بناء على شرطية طيب النفس يكون ما أفاده صاحب المقابس و المصنّف و الفاضل المامقاني قدّس سرّهم وجيها.

(1) كشرّب الخمر و إفطار الصائم، فيعتبر العجز عن التفصّي عنه، و توقّف دفع الضرر المتوعّد به على فعل الحرام، فترتفع حرّمته بالإكراه.

(2) بالكسر، من إضافة المصدر إلى الفاعل، و قوله: «على ارتكاب» متعلق ب «توقّف».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 17، غاية الآمال، ص 334.

(2) المبسوط، ج 5، ص 51.

ص: 207

و أما الإكراه الراجع لأثر المعاملات فالظاهر أنّ المناط فيه عدم (1) طيب النفس بالمعاملة، وقد يتحقق (2) [1] مع إمكان التفصي.

مثلا من كان قاعدا في مكان خاصّ خال عن الغير متفرّغا لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده، و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره، و هو (3) كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه (4) شرّ المكره، فالظاهر (5) [2] صدق الإكراه

---

(1) لا الإلجاء و الاضطرار.

(2) أي: وقد يتحقق الإكراه في المعاملة عند إمكان تفصي المكره، فلا يتوقف على العجز عن التخلّص، بل يكفي فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، كما في مثال المتفرّغ في مكان لعبادة أو مطالعة.

(3) ضمير «و هو» في الجملتين يرجع إلى «من كان» و هو موصول اشرب معنى الشرط.

(4) أي: يمنعونه من شر المكره و يدفعون عنه إضراره.

(5) جواب الشرط المستفاد من قوله: «من كان قاعدا».

---

[1] بل لا يتحقق، إذ المناط في وقوع الفعل عن إكراه هو دفع الضرر، و المفروض إمكان دفعه في المثال بالخدم، فلا يتوقف رفع الضرر على فعل المكره عليه، فلو فعله كان صحيحا.

و الحاصل: أنّ المناط في الإكراه هو صدور العمل للخوف عن الضرر المتوقع به، فمع تمكنه من دفع الضرر بدون إيجاد المعاملة لا يتحقق الإكراه، فالمعاملة صحيحة.

[2] بل الظاهر عدم صدق الإكراه حينئذ، لقدرة على ترك المكره عليه، من دون توجه ضرر إليه، فهو كصورة حضور الخدم عنده في قدرته على دفع ضرر المكره بدون فعل المكره عليه.

حينئذ (1) بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء.

بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، و توقّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه و طرده (2)، فإنّ هذا (3) لا يتحقق في حقه الإكراه، و يكذّب (4) لو ادّعا.

بخلاف الأوّل (5) إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل.

و لو فرض في ذلك المثل (6) إكراهه على محرّم

---

(1) أي: حين عدم قدرته على دفع ضرره و كراهته الخروج إلى مكان حضور خدمه ليدفعوا عنه شرّ المكروه.

(2) فلو لم يأمرهم بدفع ضرر المكروه و طرده، و باع ما طلبه المكروه منه كان صحيحا، لقدرته على دفع الضرر المتوقع به بغير البيع، فيبيعه- مع أمن الضرر- كاشف عن طيب نفسه في هذه الحال. بخلاف من كان خدمة غائبين عن مجلس الإكراه، و لم يتمكن فعلا من إعلامهم، فيصدق عليه الإكراه و عدم طيب نفسه بالبيع.

نعم هو قادر على التفصي بالخروج و إعلام خدمه بما وقع، لكن الموضوع محقّق بالفعل.

(3) المشار إليه و مرجع الضميرين المستترين في «يكذّب و ادّعا» هو الموصول في قوله: «من كان خدمه حاضرين».

(4) الوجه في التكذيب عدم خوفه من إضرار المكروه، لحضور خدمه عنده، فلم يتحقق الإكراه موضوعا.

(5) و هو الذي كان خدمه خارجين عن مجلس الإكراه مع كراهته الخروج عن ذلك المكان، لتفرّغه للعبادة فيه حسب الفرض، فالإكراه على المعاملة صادق. بخلاف ما لو أكرهه على ارتكاب محرّم، إذ يجب عليه الخروج و التوسل بخدمه لدفع شرّ المكروه، فلو لم يخرج و ارتكب الحرام لم يكن معذورا، لكونه مختارا في إتيان المحرّم.

(6) غرضه بيان الفارق في صدق الإكراه بين المعاملة و فعل الحرام، كما عرفت.

لم يعذر (1) فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل (2).

وقد تقدم (3) الفرق بين الجبر والإكراه في رواية ابن سنان (4) «1».

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور، والرافع (5) لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر فيها (6) أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة. والمعيار فيه (7) عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة والإلجاء (8) وإن كان هو (9) المتبادر من لفظ الإكراه، ولذا (10) يحمل الإكراه في حديث الرفع

---

(1) جواب «ولو فرض».

(2) يعني: كراهة الخروج عن ذلك المنزل اختياراً، فإن الإكراه مع القدرة على الخروج عن ذلك المنزل لدفع الضرر غير متحقق، فإذا باع متاعه حينئذ كان البيع صحيحاً، لعدم حصول المانع وهو الإكراه.

(3) غرضه أن المتبادر من الإكراه وإن كان هو العجز عن التفصي عن الضرر، فيكون مساوقاً للجبر، إلا أن رواية ابن سنان حاكمة على ما يتبادر من الإكراه من العجز عن التفصي. ومقتضى حكومته سعة دائرة الإكراه بحيث يشمل صورة القدرة على التفصي عن الضرر، كإكراه الأب والأم والزوجة، وصورة العجز عنه.

(4) عند قوله عليه السلام «الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب» فراجع (ص 190).

(5) معطوف على «المعتبر» يعني: والإكراه الرافع لأثر المعاملات .. إلخ.

(6) أي: في رواية ابن سنان، وضمير «إنه» راجع إلى الإكراه.

(7) أي: في الإكراه الرافع لأثر المعاملات.

(8) الذي هو المعيار في رفع الحرمة التكليفية، والآتي من السلطان.

(9) أي: الإلجاء هو المتبادر من لفظ الإكراه.

(10) يعني: ولهذا التبادر من لفظ الإكراه يحمل الإكراه المذكور في حديث الرفع على الإلجاء والضرورة المسماة بالجبر.

---

(1) وسائل الشيعة ج 16، ص 143، الباب 16 من أبواب كتاب الايمان، الحديث 10.

عليه، فيكون الفرق بينه (1) وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض.

لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات (2) هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس (3)، حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى:

تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ وَ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ وَ عَمُومٍ (4)

(1) كأنه دفع لما يتوهم من أنّ الإكراه إذا كان بمعنى الإلجاء المنوط بالعجز عن التفصّي لم يبق فرق بين الإكراه و الاضطرار المذكورين في حديث الرفع، مع أنّ عطف «الاضطرار» على «الإكراه» يقتضي مغايرتهما و عدم اتحادهما.

فدفع قدس سرّه هذا التوهم بأنّ الفارق بينهما هو اختصاص الاضطرار بما لا يحصل من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض، و الإكراه يحصل بفعل الغير بحمله على الفعل، و توعيده على الترك كالسلطان.

(2) غرضه توجيه ما اختاره في المعاملات من جعل الإكراه بمعنى عدم طيب النفس، مع أنّه خلاف ما يتبادر من لفظ الإكراه و هو الإلجاء و الضرورة.

و حاصل ما أفاده من التوجيه: أنّ المعتبر في المعاملات طيب النفس، بقرينة استدلالهم على مانعية الإكراه بآية «التجارة عن تراض» و الروايات الدالة على اعتبار طيب النفس، و اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق. و من المعلوم أنّ طيب النفس يرتفع بأدنى شيء، فلا يعتبر أن يكون رافع الطيب خصوص إكراه السلطان الموجب للضرورة و الإلجاء، بل يكفي في مبطلية الإكراه للمعاملة- الرفع لطيب النفس- أن يكون من الأب و الأمّ و الزوجة، بخلاف الإكراه المسوّغ للمحرّمات، إذ لا بدّ فيه من ترتب الضرر على ترك المكروه عليه، كما هو شأن الجبر من السلطان.

(3) فلا عبرة بالقصد الحاصل من تحميل الغير، الموجب للنفرة و الكراهة بدل الطيب و الرضا.

(4) معطوف على «قوله تعالى» و مثال هذا العموم قوله عليه الصلاة و السّلام

اعتبار الإرادة في صحة الطلاق، و خصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق للمداراة (1) مع عياله.

فقد تلخّص مما ذكرنا (2) أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي.

---

في صحيحة هشام بن سالم: «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق» والتعبير بالعموم لأجل عدم اختصاص البطلان بالمكره، بل يشمل من لا قصد له كالسكران والمعتوه والصبي والمبرسم والمجنون والمكره كما في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام. «1».

(1) تقدم (في ص 164) نقل الرواية النافية لطلاق المداراة، فراجع.

و لا يخفى أنّ مورد خبر طلاق المداراة صورة تحقق الإكراه، فهو داخل في سائر الأخبار الواردة في الإكراه.

(2) أي: ما ذكره بقوله: «ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات .. وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة .. إلخ» «2».

و غرضه بيان النسبة تارة بين نفس الإكراه على المعاملة والفعل الحرام، وأخرى بين ملاك الإكراه عليهما.

أمّا الأوّل فالإكراه على المحرّمات أخصّ من الإكراه على المعاملات، وذلك لأنّ كل إكراه مسوّغ للمحرّمات مانع عن صحة المعاملة، لعدم طيب النفس فيها. وليس كل إكراه رافع لطيب النفس و مانع عن صحة المعاملة رافعا للحرمة التكليفية، كإكراه الأب و الأم و الزوجة، فإنّه مانع عن صحة المعاملة، وليس مسوّغا للحرمة التكليفية.

و كذلك في القدرة على التفصي، فإنّه يصدق الإكراه بمعنى عدم طيب النفس بالمعاملة، و لا يكفي هذا المقدار في الإكراه على المحرّمات، لأنّ الرافع للحرمة هو

---

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 286، الباب 11 من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث: 4.

(2) وسائل الشيعة، ج 15 ص 327، الباب 34 من أبواب مقدمات الطلاق الحديث: 3.



ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه (1) كانت (2) النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو رفع الضرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب (3) النفس.

الاضطرار، و توقف دفع الضرر المتوقع به على الارتكاب.

وأما الثاني - وهو النسبة بين ملاك ارتكاب الحرام وبين ملاك فساد المعاملة - فالنسبة عموم من وجه. فمورد اجتماعهما هو الإكراه على الحرام والمعاملة مع العجز عن التفصي عنهما بتورية أو غيرها، كما لو أكرهه على شرب المسكر أو أكرهه على بيع داره، ولم يتمكن المكروه من التخلص منه، فيجوز له الشرب دفعا للضرر، و يبطل بيعه، لعدم طيب النفس به.

و مورد افتراقهما، أما من ناحية المعاملة فكما لو أكره على البيع أو الشرب مع إمكان التفصي عنهما، فيصدق الإكراه على المعاملة، لعدم طيب نفسه بها، كما في مثال المتفرغ في مكان لشأنه من عبادة و مطالعة و نحوهما، و له خدم يكفونه شرّ المكروه لو خرج من مكانه و استنصر بهم. لكنّه لم يخرج و أنشأ البيع، فيبطل، لعدم الرضا.

و لا يصدق الإكراه على ارتكاب المحرّم، لإمكان دفع الضرر بالخروج من مكانه.

وأما من ناحية تحقق مناط فعل الحرام دون المعاملة، فكما لو توقّف حفظ النفس على شرب المتنجّس لدفع العطش، فيحل له شربه دفعا للضرر، مع طيب نفسه بالشرب، و لو أمكنه دفع ضرر العطش ببيع شيء من ماله لتحصيل الماء لطابت نفسه به، لكن المفروض انحصار العلاج في شرب المتنجس أو النجس.

(1) يعني: بل بملاحظة مناط الإكراه على فعل الحرام أو ترك الواجب، و هو توقّف دفع الضرر على إطاعة المكروه، و مناط فساد المعاملة و هو عدم الرضا.

(2) جواب «لو لوحظ».

(3) معطوف على «الإرادة» يعني: و عدم طيب النفس.

و من هنا (1) لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم، لأنّ المعيار في رفع الحرمة رفع الضرر المتوقف على فعل أحدهما.

أمّا لو كانا (2) عقدين أو إيقاعين - كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه -

---

(1) أي: و من كون المناط في رفع الحكم التكليفي هو رفع الضرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الطيب لم يتأمل أحد في كون الإكراه على أحد المحرّمين لا بعينه رافعا لحرمة أيّ واحد منهما وقع في الخارج، لأنّ مناط هذا الإكراه - وهو الضرر - موجود في تركهما، فيتوقف على هذا اندفاع الضرر المتوقع به على فعل أحدهما، فيصدق على ما يقع في الخارج أنّه مكره عليه.

كما لو أكرهه على شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير مخيرا بينهما، و لم يتمكن من المخالفة، فيجوز اختيار واحد منهما لدفع الضرر، لأنّه المناط في حلية الارتكاب، لا عنوان الإكراه.

و هذا شاهد على افتراق ملاك الإكراه على أحد الفعلين - أو ترك أحد الواجبين - عن ملاك الإكراه على إحدى المعاملتين - بالمعنى الأعم - كالإكراه على بيع داره أو بستانه، أو على بيع داره أو تزويج بنته منه، أو على عتق أحد عبديه، أو على طلاق إحدى زوجتيه، أو على طلاق زوجته أو عتق عبده، و هكذا.

فيظهر من العلامة قدّس سرّه الحكم بصحة طلاق زوجته لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه. و الوجه في الصحة كونه مختارا في طلاق إحداهما معيّنة، إذ المكره عليه طلاق إحداهما مبهما، فكان له أن يقول: «إحدى زوجتي طالق» فعدوله إلى التعيين كاشف عن طيب نفسه بطلاق هند مثلا، و رغبته في بقاء زوجته الأخرى على حبالته.

و هذه الفتوى - أمكن توجيهها أم لا - شاهدة بالفرق بين ملاك الإكراه الموجب لحلية الفعل المحرّم، و بين ملاك الإكراه المفسد للمعاملة.

(2) يعني: لو كان الأمران المكره عليهما عقدين كبيع داره أو متاعه، أو إيقاعين كعتق عبده أو طلاق زوجته.

فقد استشكل غير واحد «1» في أنّ ما يختاره من الخصوصيّتين (1) بطيب نفسه، ويرجّحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكره (2) عليه باعتبار جنسه (3) أم لا (4)؟ بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الإكراه، وإن حمّله (5) بعضهم على ما إذا قنع المكره- بالكسر- بطلاق إحداهما مبهمه،

---

(1) أي: أحد الفردين، كما إذا اختار بيع داره في الإكراه على أحد العقدين، أو عتق عبده في الإكراه على أحد الإيقاعين.

(2) خير قوله: «أنّ ما يختاره» وقوله: «أم لا» معطوف على «مكره عليه» و عدل له.

(3) وهو الجامع بين الفعلين المكره على أحدهما لا بعينه، فالإكراه على الجامع يوجب الإكراه على الفرد.

(4) إذ اختيار الخصوصية كان بدواعيه النفسانية، فلا يصدق الإكراه على الخصوصية، ولذا أفتى في القواعد بصحة الطلاق، لعدم الإكراه على الخصوصية، حيث قال فيه: «و لو ظهرت دلالة اختياره صحّ طلاقه، بأن يخالف المكره، مثل أن يأمره ..

أو بطلاق إحدى زوجتين لا بعينها فيطلق معيّنة» (2).

(5) نسب في المقابس «3» هذا الحمل، إلى بعض الأجلّة، ولم أقف على الحامل.

و كيف كان فهذا الحمل هو ظاهر قول العلامة: «لا بعينها» فمورد حكمه بالصحة قناعة المكره بطلاق المبهمه، ولكن المكره زاد على هذا الإكراه و طلق معيّنة، و الظاهر صحته عند الكل لا خصوص العلامة، ففي المسالك: «نعم لو صرّح- أي المكره- له بالحمل على طلاق واحدة مبهمه بأن يقول: إحداكما طالق مثلا، فعدل عنه إلى طلاق معيّنة، فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على المعيّنة، لأنه غير المكره عليه جزما» (4) ونحوه في الجواهر.

---

(1) المستشكل هو العلامة في التحرير، ج 2، ص 51، ويستفاد التردد أيضا من كلام المحدث البحراني، فراجع الحقائق الناضرة، ج 25، ص 162 و 163.

(2) قواعد الأحكام ص 169 (الطبعة الحجرية).

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 16.

(4) مسالك الافهام ج 9، ص 21 و 22، جواهر الكلام، ج 32، ص 14.

لكن المسألة عندهم غير صافية من الاشكال (1)، من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية.

وإن كان الأقوى- وفاقا لكل من تعرّض للمسألة- تحقق الإكراه لغة و عرفا (2). مع (3) أنّه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا، إذ الموجود في الخارج دائما إحدى خصوصيات المكره عليه (4)، إذ لا يكاد يتفق

---

و عليه ففرع القواعد أجنبي عمّا يكون المصنف بصدده من الإشكال في مبطلية الإكراه على أحد العقدين أو الإيقاعين. وجه الأجنبية عدم كون ما أنشأه المكره مصداقا للجامع المكره عليه، لما فيه من زيادة التعيين.

(1) يعني: الإشكال في كون الإكراه على الجامع بين العقدين أو الإيقاعين مبطلا- للخصوصية. ووجه الاشكال استناد اختيار أحد العقدين- بالخصوص- إلى طيب نفسه، ولا يكون تمام الباعث على الإنشاء هو الإكراه على الجامع، فمقتضى القاعدة الحكم بالصحة، إذ لا إكراه على الخصوصية.

(2) يعني: فيكون العقد باطلا، لصدق الإكراه- لغة و عرفا- على الخصوصية، وإن كان باعتبار الإكراه على الجامع بين الخصوصيتين.

(3) هذا إشكال نقضي، و حاصله: أن عدم صدق الإكراه على الخصوصية الفردية- فيما إذا كان الإكراه متعلقا بالقدر المشترك- يوجب عدم تحقق الإكراه في شيء من الموارد، لأنّ الإكراه دائما يتعلّق بالجامع، و الخصوصية خارجة عن حيز الإكراه، كما إذا أكره على بيع داره و اختار بيعها في مكان خاص و زمان كذلك، و غير ذلك من الخصوصية، فاللازم صحة هذا البيع، لأن المكره لم يكره على الخصوصية الفردية، هذا.

(4) فلو كان المكره عليه عقدا جزئيا كبيع الدار المعيّنة و لم تكن خصوصياته مكرها عليها- كبيعها من زيد بمبلغ كذا في يوم كذا- فهل يمكن القول حينئذ بصحة بيعها من عمرو بمبلغ دون القيمة السوقية مثلا أو بأزيد منها، بدعوى كون المكره عليه أصل البيع مع الغض عن لوازم الوجود.

الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات (1).

نعم (2) هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى: أنّ وجوده الخارجي ناش عن إكراه واختيار (3)، ولذا (4) لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقّه باعتبار الخصوصية.

وتظهر الثمرة (5) فيما لورثب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة،

(1) إلاّ بأن يلتفت المكره إلى جميع الخصوصيات حتى يأخذها في متعلّق أمره، بأن يقول: بع دارك بالمعاطاة من زيد، بمبلغ ألف دينار، نسية في ساعة كذا من اليوم الفلاني، في مكان كذا، وغيرها من عوارض وجود البيع خارجا.

(2) غرضه أن الإكراه على الجامع - كطلاق إحدى الزوجتين - يجتمع مع اختيار الخصوصية كطلاق هند، فطلاقها بالخصوص ذو حيثيتين:

إحدهما: كونه مكرها عليه بلحاظ الجامع، وبهذه الحيثية لا يستحق الزوج للمدح على طلاقه لو كان طلاقه حاسما لمادة الفساد والنزاع بين الزوجين، ولا للذم لو كانت معاشرته معها بالمعروف، ولا داعي في مثله للفرقة بينهما. وعدم استحقاق المدح والذم كاشف عن عدم اختياره في الطلاق، لكونه بتحميل الغير.

ثانيتها: كون طلاق هذه الزوجة بخصوصها اختياريا، ولذا يستحق المدح لو كانت بينهما منافرة، ويستحق الذم لو كانت المعاشرة بالمعروف.

(3) يعني: ينضمّ الإكراه على الكلّي مع اختيار الخصوصية.

(4) أي: لأجل أنّ هذا الفرد من الطلاق ناش عن إكراه على الجامع، واختيار للخصوصية لا يستحق .. إلخ. وجه عدم استحقاق المدح أو الذم على أصل الفعل دوران الاستحقاق مدار الاختيار، وحيث لا فلا.

(5) يعني: الثمرة بين كون الإكراه على الجامع إكراها على الخصوصية وعدمه، فإنّ الثمرة تظهر فيما إذا كان الأثر مترتبا على الخصوصية، دون القدر المشترك. فعلى

فإنّه (1) لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك. مثلا لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر، لأنّه مختار فيه وإن كان مكرها في أصل الشرب (2).

وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنّه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنّه مختار فيه وإن كان مكرها في جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه (3).

و من هنا (4) يعلم أنّه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراهها لأنّ القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلا و إلا لوقع

---

القول بصيرورة الخصوصية مكرها عليها- لكونها من أفراد الجامع المكره عليه- ترتفع الحرمة عنها. وعلى القول بعدم كون الخصوصية مكرها عليها فالحرمة باقية.

كما لو أكرهه على أحد البيعين إمّا بيع داره وإما بيع أرض مزروعة لا يصح بيعها، لكونها أرضا مفتوحة عنوة، فباع المكره داره، كان صحيحا، لإمكان التخلص من إكراهه بإنشاء بيع فاسد على الأرض.

(1) أي: فإنّ أثر الخصوصية لا يرتفع بالإكراه على الجامع، وإنما يترتب إذا تساوت الأفراد في الأثر.

(2) ولكنّ أثر الفرد وهو حرمة شرب الخمر- لا يرتفع بالإكراه على أصل الشرب.

(3) يعني: فالمكره عليه ليس له أثر حتى يرفعه الإكراه، وما له الأثر وهو الخصوصية ليس مكرها عليها.

(4) يعني: ومن عدم ترتب الأثر على الجنس حتى يرفع بالإكراه- يعلم، وغرضه التنبيه على بعض ثمرات المسألة.

فمنها: ما إذا كان زيد مديونا لعمر و بدين مطالب، و لم يؤده مماطلة، فأكرهه عمرو على إيفاء حقّه من النقود الموجودة عند زيد، أو على بيع كتبه أو أثاث بيته

الإيفاء أيضا باطلا، فإذا اختار البيع صحّ، لأنّ الخصوصية (1) غير مكره عليها، و المكره عليه و هو القدر المشترك غير (2) مرتفع الأثر.

ولو أكرهه (3) على بيع مال أو أداء مال غير مستحقّ كان إكراهها، لأنّه لا يفعل البيع إلاّ فرارا من بدله (4)

ليستوفي الدائن حقّه، فهذا إكراه على القدر المشترك بين فردين، أحدهما حقّ، و هو أداء الدين المطالب، و الآخر غير حق و هو بيع أمواله الأخرى مع كراهته بيعها.

فلو باع المكره صحّ و جاز أداء دينه من الثمن، لعدم صدق الإكراه على الجامع عند كون أحد الفردين حقّا، إذ لو صدق الإكراه لزم عدم تحقق وفاء الدين، لكونه أحد العدلين المكره عليهما، و لا ريب في أنّ وفاء الدين يحصل بما عنده من النقود.

و كما لا يسري الإكراه على الجامع إلى هذا الفرد، فكذا لا يسري إلى العدل الآخر و هو البيع.

(1) و هي خصوصية البيع، فمع عدم كونها مكرها عليها لا وجه لبطلانها.

(2) خبر قوله: «و المكره عليه» يعني: أن القدر المشترك المكره عليه لا أثر له حتى يرتفع بالإكراه، ضرورة أنّ القدر المشترك بين الحق كأداء دينه و غير الحق - كبيع بعض أمواله - لا أثر له حتى يرفع بالإكراه.

(3) هذه ثمرة أخرى، و هي من فروع صدق الإكراه على الجامع على كلّ من الفردين، كما لو أكرهه الجائر على أحد الأمرين: إمّا بيع مال و إما دفع مال إلى المكره، و هو لا يستحقّه. فلو باع لم يصح لعدم طيب نفسه به، لأنّ كلّاً من البيع و أداء المال ناش من خوف الضرر المتوقع به، فاختيار أحدهما لدفع الضرر لا يكشف عن طيب نفسه، لتساويهما في دفع الضرر.

(4) و هو أداء مال غير مستحق، كما لو قال المكره: «بع دارك أو أعطني ألف دينار» مع فرض عدم اشتغال ذمة المكره بشيء للمكره، فكلّ من البيع و دفع المال تحمّل من المكره.

أو وعيده المضرّين (1)، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى (2) ببدله أو التضرب  
الدينوي بوعيده (3) [1].

(1) يعني: فلا يقع البيع عن طيب نفسه، بل عن الكره لدفع الضرر الذي هو عدل بيع ماله، أعني به أداء مال غير مستحق، أو لدفع الضرر  
المتوعد عليه.

(2) وهو استحقاق المؤاخذة المترتب على شرب الخمر الذي هو أحد الأمرين المكروه عليه.

(3) أي: وعيد المكروه. والحاصل: أنّ ارتكاب البيع إنّما هو لدفع أحد الضررين، وهما ضرر شرب الخمر، والضرر الذي أوعده به المكروه.

هذا كلّ في فروع إكراه شخص واحد على أحد الفعلين، وسيأتي إلحاق إكراه أحد شخصين على فعل واحد به، بحيث لو صدر من أحدهما  
كان محققا لغرض المكروه ودافعا لشره.

[1] الجهة الخامسة: ما أشار إليه المصنف قدّس سرّه بقوله: «أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه .. إلخ» و  
حاصله: أن الإكراه تارة يقع على الخصوصية، كأن يقول: «طلق زوجتك هندا وإلا قتلتك» ولا إشكال حينئذ في تحقق الإكراه الراجع للأثر.  
وأخرى على أحد الأمرين تخييرا، كأن يقول: «طلق إحدى زوجتيك وإلا قتلتك». وهذا قد يكون في الأفراد العرضية، وقد يكون في  
الأفراد الطولية.

فهنا مقامان، الأول في الإكراه على أحد الأمرين عرضيا.

والثاني في الإكراه عليه طوليا.

أمّا الأول فقد حكي فيه عن بعض الأصحاب كالعلامة في القواعد القول بصحة الفعل الذي اختاره المكروه من الفعلين اللذين أكره على  
أحدهما تخييرا، نظرا إلى أن الإكراه لم يتعلق بالخصوصية، فاختيارها إنما يكون بطيب نفسه، فيقع صحيحا إن كان معاملة، وحراما إن كان  
من المحرمات.



لكن المصنف قد ناقش فيه بما لفظه: «انه لو لم يكن هذا مكرها عليه ..» الى آخر ما في المتن. و حاصل الاشكال النقض بسائر موارد الإكراه، وقد أوضحناه في التعليقة التوضيحية.

وفيه: عدم ورود النقض، و ذلك لأنّ الخصوصيات على قسمين:

أحدهما: ما له دخل في موضوع الأثر، كما في الإكراه على الجامع بين طلاق إحدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدین، فإنّ المكره عليه حينئذ وإن كان كلياً، إلا أن خصوصية كل فرد من طلاق إحدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدین موضوع للأثر و محط نظر المكره.

فالإكراه تعلق بكلّ واحدة من الخصوصيتين بحيث يصدق على طلاق كل واحدة منهما أنّه مكره عليه.

و ثانيهما: ما لا يكون كذلك، كما في الإكراه على بيع الدار، فإن الخصوصيات الموجودة في بيع الدار- كإجراء عقده بالعربية أو الفارسية و في مكان خاص و زمان كذلك، و بيعها من زيد أو عمرو إلى غير ذلك من الخصوصيات- ليست دخيلة في الأثر، و لم يتعلّق بها الإكراه، و الأثر مترتب على طبيعيّ البيع، و المفروض تعلق الإكراه به.

فقياس بيع الدار على طلاق إحدى الزوجتين و عتق أحد العبدین و إن كان المكره عليه في جميعها كلياً ليس بصحيح، لما عرفت من اختلاف الخصوصيات في تحقق الإكراه في بعضها، كطلاق إحدى الزوجتين و عتق أحد العبدین، دون بعضها الآخر كالإكراه على بيع الدار، فإن الخصوصيات فيه ليست دخيلة في الأثر، و إنّما الأثر مترتب على طبيعة البيع التي هي المكره عليها.

و لا بأس ببيان الصور المتصورة في تعلق الإكراه بالجامع و القدر المشترك، فنقول:

إنّ تلك الصور خمسة، لأنه تارة يتعلق الإكراه أو الاضطرار بالجامع بين فعلين محرمين، كالإكراه على شرب الخمر أو قتل النفس.

وأخرى يتعلّق بالجامع بين الحرام والمباح، كإكراهه على شرب الخمر أو الماء.

وثالثة: يتعلّق بالجامع بين المباح والمعاملة كالإكراه على سفر مباح أو بيع داره.

ورابعة: يتعلّق بإحدى المعاملتين بالمعنى الشامل للعقود والإيقاعات، بأن يتعلّق الإكراه ببيع داره أو بيع كتبه، أو يتعلّق ببيع داره أو عتق عبده، أو يتعلّق بإيقاعين كطلاق زوجته أو عتق عبده.

وخامسة: يتعلّق بالجامع بين الحرام والمعاملة، أي بين ما تعلق به الحكم التكليفي والوضعي.

أما الصورة الأولى وهي كون كلا الأمرين حراما تكليفيا فحكمها أنّه إذا كانا متساويين في ملاك التحريم في نظر الشارع كان المكروه مخيّرًا في اختيار أيّ واحد منهما، لأنّ نسبة المكروه عليه - وهو الجامع - إلى كل منهما على حد سواء.

وحيث إنّ الجامع لا يمكن إيجاده إلّا في ضمن إحدى الخصوصيتين فمقدمة لارتكاب الجامع المكروه عليه يضطرّ إلى ارتكاب إحدى الخصوصيتين، فنبت التخيير في إحداهما، فإذا أتى بالجامع في ضمن إحداهما لم يرتكب محرّمًا. نعم إذا أتى بالجامع في ضمن كلتا الخصوصيتين فقد ارتكب المحرّم، لعدم ثبوت الترخيص إلّا في إحداهما.

وإن كانا مختلفين في ملاك التحريم فلا بد حينئذ من اختيار أقلهما مبعوضًا. مثاله الإكراه على شرب أحد الإنائين مع كون أحدهما نجسًا والآخر نجسًا ومغصوبًا. فإنّ الإكراه حينئذ يتعلّق بشرب النجس، فلا يجوز للمكروه شرب ما هو نجس ومغصوب لإمكان دفع الضرر المتوقع عليه بما هو أخف محذورًا منه.

وكذا لو أكره شخص على شرب أحد المائعين، وكان أحدهما خمرا والآخر متنجسًا، فإنه لا يجوز له أن يختار شرب الخمر، لعدم كونه بالخصوص موردًا للإكراه، بل لا بدّ له من اختيار ما يكون ملاك المبعوضة أقل وأخف، فلا يتحقق هنا إكراه على الحرام

الأهم مع التفصي بارتكاب الحرام المهمّ.

وأما الصورة الثانية- وهي الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح- فملخص الكلام فيها أنّ هذا الإكراه لا يرفع حرمة الحرام وإن صدق الإكراه على الجامع بينه وبين المباح بحسب إكراه المكروه. لكنه لا إكراه على الجامع حقيقة مع التفصي عن الحرام بغير التورية، وعدم اضطرار المكروه إلى ارتكاب الخصوصية المحرّمة مقدّمة لارتكاب الجامع المكروه عليه.

وعليه فلا بدّ من ارتكاب المباح، لاندفاع الضرر المتوعد عليه بارتكاب المباح، فلا مسوّغ لارتكاب الحرام أصلاً.

وأما الصورة الثالثة- وهي الإكراه على الجامع بين المباح التكليفي والمعاملة، كالإكراه على شرب الماء أو بيع الدار- فالكلام فيها كسابقها، فلا يرفع الإكراه أثر المعاملة إذا اختارها، لصدورها عن طيب النفس لا الخوف، إذ المفروض إمكان دفع الضرر المتوعد به بارتكاب المباح، فاختياره للمعاملة ليس ناشئاً عن الخوف، بل عن طيب نفسه، فالمعاملة صحيحة.

ومنّه يظهر حكم الإكراه على الجامع بين المعاملة الصحيحة والفاصلة، كما إذا قال:

«بيع دارك أو أوقع معاملة ربوية» فإنّ ما تعلّق به الإكراه وهو الجامع لا أثر له، وماله الأثر وهو المعاملة الصحيحة لا إكراه عليه حتى يرفع الإكراه أثره، فإنّ الاضطرار إلى ارتكاب إحدى الخصوصيتين مقدّمة لوجود الجامع كما يندفع باختيار الفرد الصحيح، كذلك يندفع باختيار الفاسد، فإذا اختار الفرد الصحيح كان بطيب نفسه، فيحكم بصحته.

ويظهر أيضاً حكم الإكراه على الجامع بين المعاملة الصحيحة- كبيع داره- وبين أداء دينه ونحوه من الحقوق، فإذا اختار البيع لا يحكم بفساده.

ويظهر أيضاً حكم ما لو أكره على بيع داره أو بيع دار جاره فضولاً، فباع دار نفسه،

فإنه لا- يحكم بفساد بيعه، إذ يمكن أن يبيع فضولا دار جاره، لأنه مباح بعد وضوح عدم كونه تصرفا في مال الغير، فيكون من صغريات الإكراه على أحد الأمرين اللذين يكون أحدهما مباحا و الآخر حراما، فهو من قبيل الإكراه على بيع داره أو شرب الماء، فإذا اختار البيع كان صحيحا، لإمكان التفصي عن الضرر المتوقع به بفعل المباح، فلم يصدر عنه البيع إلا بطيب نفسه ورغبته فيه، ولم يصدر عنه لدفع الضرر.

وكذا لو أكره الراهن عند حلول أجل الدين على بيع العين المرهونة، أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتهن، واختار الراهن الثاني كان البيع صحيحا، فإنه من قبيل الإكراه على بيع شيء من أمواله أو أداء دينه الواجب كما لا يخفى.

وأما الصورة الرابعة وهي ما إذا أكره على إحدى المعاملتين كطلاق زوجته أو بيع داره، ففسد فيها المعاملة التي يختارها المكروه، لأن الإكراه وإن لم يتعلق بكل من المعاملتين، وأتما تعلق بالجامع، إلا أنه مضطر إلى ارتكاب إحدى الخصوصيتين مقدّمة لدفع الضرر المترتب على ترك الجامع، والاضطرار إلى إحدى المعاملتين يرفع الأثر عما يختاره المكروه خارجا.

وأما الصورة الخامسة- وهي الإكراه على الجامع بين الحكم التكليفي والوضعي، كالإكراه على بيع داره أو شرب الخمر مثلا أو ترك واجب كالصلاة ونحوها- فالكلام فيها يقع في جهتين:

الأولى: في الحكم التكليفي، والثانية في الحكم الوضعي.

أما الجهة الأولى فحاصل البحث فيها: أنه لا ينبغي الارتياح في بقاء الحرمة وعدم ارتفاعها، لأن المعاملة ليست من المحرّمات حتى يكون من الإكراه على الجامع بين الحرامين، بل هي من المباحات. فالمقام من صغريات الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح، والمفروض أنّ المكلف متمكن من التفصي عن ارتكاب الحرام باختيار المباح

و هي المعاملة، فالحرمة باقية و لا ترتفع بالإكراه المزبور، لعدم كون الحرام بنفسه متعلقا للإكراه، و لا موردا للاضطرار بعد إمكان التفصي بفعل المباح كما تقدم.

و أما الجهة الثانية و هي الحكم الوضعي فملخص الكلام فيها: أنّ الظاهر بطلان البيع إذا اختاره، لصدوره عن كره لا عن طيب النفس، إذ هو- مع فرض بقاء الحرمة في الطرف الآخر كشرب الخمر- يكون خائفا من المكروه، فيبيع داره خوفا لا طوعا.

و بيان آخر: شرب الخمر ضرر في نفسه، فإذا ترك البيع ترتب على تركه أحد ضررين، إمّا شرب الخمر، و إمّا الضرر المتوقع به من طرف المكروه، فيقع البيع خوفا من الضرر الجامع بين الإكراه و الاضطرار، فيشمله دليل رفع الإكراه. هذا تمام الكلام في المقام الأوّل المتعلق بالإكراه على الجامع بين الأفراد العرضية.

و أمّا المقام الثاني المتكفل للإكراه على الجامع بين الأفراد الطولية كما إذا أكره على فعل محرّم تكليفا في اليوم أو في الغد مثلا، أو أكره على بيع داره في اليوم أو بعده، فهل يكون الإكراه رافعا للأثر عن أحدهما من غير فرق بين الفرد السابق و اللاحق في الأحكام التكليفية و الوضعية؟ أم لا يكون رافعا للأثر إلا عن الفرد اللاحق مطلقا.

أم يفصل بين التكليفيات و الوضعيات، ففي التكليفيات لا يرتفع الأثر إلا عن الفرد اللاحق، بخلاف الوضعيات فإنه يرتفع الأثر بالإكراه فيه و لو اختار الفرد السابق، لسراية الإكراه إليه، و لتساوي الفردين بالنسبة إلى الجامع المكروه عليه، كما ذكره المحقق النائيني قدّس سرّه.

قال مقرر بحثه الشريف: «و الظاهر في هذه الصورة (أي في الإكراه على الأفراد الطولية) الفرق بين المحرّمات و المعاملات، فلو كان مكرها أو مضطرا إلى شرب الخمر موسّعا، فلا يجوز له المبادرة إليه في أوّل الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل، إذ لا بدّ في ارتكاب المحرّم من المسوّغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما، فاختياره فعلا لا مجوّز له .. و أمّا لو كان مكرها في بيع داره موسّعا،

---

فلو كان مأیوسا من التخلص عنه فإقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يخرججه عن الإكراه.

وأما لو احتمل التخلص، فلو باع أوّل الوقت فهو مختار. و الفرق واضح «1».

فملخص ما أفاده: حرمة ارتكاب الحرام فيما إذا أكره على شرب الخمر مثلا في اليوم أو الغد، وأنّ الحرمة ترتفع في الغد، بخلاف الإكراه على بيع داره في اليوم أو الغد، فإنه إذا باعها في اليوم كان البيع عن إكراه، فيبطل.

و ذكر في باب التزاحم من علم الأصول تعيّن الفرد السابق في التكليفيات في صورة واحدة، وهي ما إذا كان الفرد اللاحق أهم في نظر الشارع، مع كون القدرة في كلّ من الواجبين شرطا عقليا، فحينئذ يقدّم الأهم على الآخر، فإذا أكره على شرب النجس في اليوم أو قتل مؤمن في الغد، فإنّه يتعيّن عليه رفع الإكراه بالفرد السابق واختياره.

و السّر في ذلك أنّ أهمية الفرد اللاحق تكون معجزة شرعا عنه، فيجب حفظ القدرة على الفرد اللاحق بارتكاب الفرد السابق، دون العكس، فتكون نسبة الأهم إلى غيره كنسبة الواجب إلى المستحب أو المباح، فكما لا يمكن أن يكون المستحب أو المباح مزاحما للواجب، كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحما للأهم، ولا فرق في ذلك بين عرضية المتزاحمين وطوليتهما هذا.

أما ما أفاده قدّس سرّه من لزوم تقديم الأهم على المهم فهو قاعدة كلية ثابتة في باب التزاحم، ولا ينبغي الارتياح فيها.

وأما ما أفاده من التفصيل بين المعاملات وغيرها فلا محصل له، وذلك لعدم انطباق عنوان المكروه عليه ولا المضطر إليه على الفرد المتقدم مع سعة الوقت ليرتفع حكمه بسبب الإكراه أو الاضطرار، من دون فرق في ذلك بين المحرّمات والوضعيات، فإنّ المكروه عليه الذي يترتب عليه الضرر هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأوّل وعليه فلا ملزم له في فعله.

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 190.

نعم في صورة ترك الفرد الأول يلزم الإتيان بالفرد الأخير، لترتب الضرر على تركه.

وعلى هذا فلو أكره على بيع داره يوم الجمعة أو يوم السبت، فبادر إلى بيعها يوم الجمعة، فإنه يحكم بصحة هذا البيع، لصدوره عن الرضا و طيب النفس، ولا يحكم ببطلانه كما أفاده قدس سره نظرا إلى عدم خروجه عن الإكراه الموجب لبطلانه.

وكذا إذا أكره على فعل المحرّم إمّا يوم الجمعة و إمّا يوم السبت، فإنه لا يجوز المبادرة إلى فعله يوم الجمعة، لعدم ترتب ضرر على تركه في نفسه، بل الضرر يترتب على تركه المنضم إلى ترك الفرد اللاحق، فلا يجوز للمكلّف ارتكابه.

فالمتحصل: أنّ المضطر إليه و المكروه عليه في الأفراد الطولية هو الفرد المتأخر فقط، من دون فرق في ذلك بين المحرمات و المعاملات. فالفرد الأول من الحرام كسبب الخمر حرام فلو فعله كان عاصيا هذا.

ولا يخفى أن ما ذكرناه في الأفراد الطولية و العرضية جار في التكاليف الوجوبية، فإذا أكره على ترك أحد واجبين طوليين كالإفطار في اليوم الأول من شهر رمضان أو في اليوم الثاني منه، فإنه لا يجوز له المبادرة إلى الإفطار في اليوم الأول من الشهر، لعدم كونه بالخصوص موردا للإكراه حتى يشمل حديث الرفع و يرتفع به وجوب صومه، لعدم ترتب الضرر على تركه بالخصوص، بل الضرر مترتب على تركه المنضم إلى ترك الصوم في اليوم الثاني، فإنّ خوف الضرر ناش من ترك الواجب الثاني، فهو المكروه عليه المشمول لحديث الرفع، فيرتفع وجوبه بالإكراه. هذا في الواجبات الاستقلالية كصوم كل يوم من شهر رمضان.

و أمّا إذا تعلق الإكراه بالواجبات الضمنية، فمقتضى القاعدة الأولية في الواجبات الارتباطية سقوط أوامرها بتعذر جزء أو قيد من أجزائها و قيودها، من غير فرق

---

في ذلك بين كون الجزء المتعذر متعينا، وبين كونه مرددا بين أمرين أو أمور، فإذا أكره المكلف على ترك جزء في الركعة الأولى أو الثانية كان مقتضى القاعدة سقوط وجوب أصل الصلاة، لعدم القدرة على الإتيان بجميع أجزائها المفروضة ارتباطيتها.

لكن في خصوص الصلاة قام الدليل من الإجماع أو الروايات أو غيرهما على «أن الصلاة لا تسقط بحال» (1)، وأن المقدار الميسور منها لا يسقط بالمعسور، فحينئذ يدور الأمر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول، وبين أن يكون هو الجزء الثاني كما إذا أكره على ترك التشهد من الركعة الثانية أو الركعة الرابعة.

فإن استفدنا من دليل الجزئية أن العبرة في جزئته للواجب بالقدرة عليه في وعاء اعتباره، فيتعين حينئذ أن يكون الساقط هو الجزء المتأخر، إذ المفروض قدرته على الجزء الأول في ظرفه، فيجب صرفها فيه مع الاضطرار إلى ترك الجامع كالقيام، لما دل عليه صحيح جميل بن دراج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: ما حدّ المرض الذي يصلي صاحبه قاعدا؟ فقال: إن الرجل ليوعك ويحرج، ولكنه إذا قوي فليقم» (2)، ومن المعلوم صدق القدرة على القيام في الركعة الأولى إذا لم يقدر عليه إلا في إحدى الركعات.

وإن لم نستفد شيئا من الأدلة فينتهي الأمر إلى الأصل العملي، ومقتضاه التخيير، لأن الشك في اعتبار خصوص الأول يدفع بالبراءة، فمقتضى العلم باعتبار أحدهما هو الإتيان به مخيرا بين السابق واللاحق.

فحاصل الفرق بين الواجبات الاستقلالية والضمنية هو: أن الشك هناك في سقوط

---

(1) وسائل الشيعة ج 2، ص 605، الباب 1 من أبواب الاستحاضة، الحديث 5. رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام و الحديث طويل، ومنه «فان انقطع عنها الدم، و الأ فهي مستحاضة تصنع مثل النفساء سواء، ثم تصلي و لا تدع الصلاة على حال، فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: الصلاة عماد دينكم.

(2) وسائل الشيعة ج 4 ص 699، الباب 6 من أبواب القيام في الصلاة الحديث 3، رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة بن أيوب و ابن أبي عمير عن جميل، و الرواية صحيحة.



---

التكليف عن الفرد الأوّل بالإكراه على الجامع، فلا بدّ أن يؤتى به، فيتعين الساقط في الفرد اللاحق.

وفي المقام في حدوث التكليف بخصوص الفرد الأوّل، توضيحه: أنّ التكليف في الواجبات المستقلة بالنسبة إلى الفرد الأوّل معلوم، و سقوطه عنه بالإكراه على الجامع مشكوك فيه، فمقتضى الاستصحاب بقاؤه. بخلاف الواجبات الضمنية، فإنّ الأمر الجديد بالصلاة بعد تعدّد جزء منها كأحد التشهّدين لا يعلم أنّه تعلق بالصلاة الواجدة للتشهد في الركعة الثانية، أو تعلق بالصلاة الواجدة للتشهد في الركعة الأخيرة، أو بالصلاة مع التشهد في الجملة. فالشك يكون في حدوث التكليف بخصوص الفرد الأوّل تعييناً، ومقتضى أصل البراءة عدم التعيينيّة. هذا ما يستفاد من التقريرات «1».

أقول: فيما أفاده من الفرق بين الواجبات الاستقلالية والضمنية- بأنّ الإكراه على الجامع في الأولى لا يؤثر في الفرد الأوّل بل يؤثر في الفرد الثاني، فيرتفع الحكم عنه دون الأوّل، بخلاف الواجبات الضمنية، فإنّ حدوث التكليف فيها بالنسبة إلى الفرد الأوّل تعييناً مشكوك فيه، فيرفع بأصالة البراءة، فيتخير في تطبيق الإكراه على الجامع بين الفردين الطولين على أي فرد منهما شاء- تأمّل وإشكال، لأنّ ما أفيد في الفرق المزبور مبني على حدوث أمر جديد بالنسبة إلى الواجب الفاقد لجزء بالتعذر، وسقوط الأمر الأوّل المتعلق بالكلّ، إذ يشكّ حينئذ في أن الأمر الجديد تعلق بالصلاة الواجدة للقيام في الركعة الأولى مثلاً أو للقيام في الركعة الثانية، فيرجع حينئذ في تعلّقه بالقيام الأوّل بالخصوص إلى البراءة.

وهذا المبني غير سديد، لأنّ الدليل على عدم سقوط الصلاة سواء أكان قاعدة الميسور أم نصاً خاصاً لا يقتضي إلّا بقاء الأمر الصلّاتي، وعدم سقوطه بالتعذر، لأنّ مقتضى حكومة قاعدة الميسور و«لا تعاد» وغيرهما من الأدلة الثانوية تضيق دائرة

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 317 و 318.

الجزئية أو الشرطية المستلزم لسقوط أمر الجزء أو الشرط، مع بقاء الأمر بما عدا المعسور، فإنَّ السقوط مترتب على الثبوت، فمعنى «الميسور لا- يسقط بالمعسور» أنَّ الأمر المتعلق بالكل لا يسقط إلا ما تعلَّق منه بالمعسور، فالأمر الساقط هو الأمر الضمني المتعلق بالمعسور، و أما الأمر بسائر الأجزاء فهو باق على حاله فحينئذ يقع الكلام في أنَّ الساقط هو جزئية القيام في الركعة الأولى أو في الركعة الثانية، فيرجع الشك الى سقوط التكليف لا ثبوته، كالشك في الواجبات الاستقلالية. فلا يؤثر الإكراه على الجامع بين الجزئين الطويلين في ارتفاع جزئية الفرد الأوَّل، بل هو باق على جزئيته، كالإكراه على الجامع بين الفردين الطويلين في الواجبات الاستقلالية.

وبالجملة: فالفرق المزبور بين الفردين الطويلين في الواجبات الاستقلالية والضمينية في حيِّز المنع، بل وزان الضمنية وزان الاستقلالية في أنَّ الإكراه على الجامع يؤثر في الفرد الأخير دون الأوَّل.

بل يمكن أن يقال- بعد تسليم تعلق الأمر الجديد وسقوط الأمر الأوَّل- إنَّ الفرق بين الواجبات الاستقلالية والضمينية أيضا في حيِّز المنع، إذ موضوع الأمر الجديد هو المكروه على ترك أحد القيامين، وعنوان «أحدهما» قابل الانطباق على كل واحد من القيامين، لكن لا بد من تطبيق المكروه عليه على القيام الثاني، لأنَّ الخوف ناش من فعل القيام الثاني، وأما إذا تركه و أتى بالقيام الأوَّل فلا خوف. فالواجب الارتباطي كالأستقلالي من دون فرق بينهما في لزوم تطبيق المكروه عليه على الفرد اللاحق، فتدبر.

هذا إذا لم يقدّم دليل بالخصوص على تعيين الأخذ بأحدهما المعين، وإلا فيتعين الأخذ به، ويسقط الآخر، كما إذا دار الأمر بين الوقت وغيره كالسورة، فإنه يتعين سقوط السورة وإتيان الصلاة بدونها في الوقت. وكما إذا دار الأمر بين الطهور وغيره، فإنه لا إشكال في تقدم الطهور على غيره. وكما إذا دار الأمر بين الوقت وجامع الطهور، فإن الساقط حينئذ هو الوقت.

## [إكراه أحد الشخصين على فعل واحد]

ثم إنَّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد [1] بمعنى إلزامه عليهما كفاية (1) وإيعادهما على تركه كإكراه (2) شخص واحد على أحد الفعلين [2] في (3) كون كل منهما مكرها.

---

إكراه أحد الشخصين على فعل واحد

(1) أي: على نحو الوجوب الكفائي، بأن يكون كلٌّ منهما في صورة ترك المكره عليه موردا للإيعاد، كترك الواجب الكفائي الموجب لاستحقاق الجميع للمؤاخذه، بأن يأمر المكره أحد شخصين بشرب الخمر أو طلاق الزوجة أو بيع الدار، فيقول لزيد وعمرو: «ليشرب أحدكما هذه الخمر، وإلا أضرتَّ بكما بما لا يتحمل عادة» أو قال: «ليطلق أحدكما زوجته، وإلا» فإنَّ إقدام كل منهما على الشرب أو الطلاق لمَّا كان مستندا إلى خوف الضرر» وناشئا من تحميل الغير كان مكرها عليه.

(2) خبر قوله: «إنَّ إكراه» وضمير «الإلزامه» راجع إلى «فعل واحد».

(3) متعلق ب «إكراه» وهذا وجه المماثلة، يعني: أنَّ إكراه شخصين على فعل واحد كإكراه شخص واحد- على أحد الفعلين- في كون كل من الشخصين مكرها.

---

[1] بأن يكون واحدا حقيقة وإن كان متعددافاعلا كبيع الوكيلين أو مالك ووكيله، فإنَّ الملكية الحاصلة من إنشاءاتها واحدة وإن كان إنشاءؤها من متعدد. وأما إن كان متعددافاعلا كبيع دار زيد أو بيع دار عمرو، فإنَّ أكره أحدهما ببيع داره وبيع زيد داره مع علمه أو احتمالاه عقلا ببيع عمرو داره لدفع ضرر المكره، فيكون بيع زيد داره عن الرضا وطيب النفس.

[2] لا بدّ من تقييد الفعلين بالعرضيين لأن الطوليين كما تقدم سابقا لا يتصف منهما بالإكراه إلا الفرد اللاحق، إذ مع اختيار السابق وترك اللاحق لا خوف فيه، بل خوف الضرر المتوقع به ليس إلا في ترك كليهما.

كما ينبغي تقييده بمساواة الشخصين في الخوف الناشئ من إبعاد المكره، فلو كان أحدهما أشدّ خوفاً من الآخر بحيث يعلم الآخر إقدامه لم يجز له الارتكاب، ولو فعل لم يكن مكرهاً على الفعل.

وكيف كان، فهذه هي الجهة السادسة: وتفصيل البحث فيها: أنّ إكراه أحد الشخصين أو الأشخاص يكون نظير الواجب الكفائي الذي يتعلّق الوجوب فيه بالجامع بين الشخصين أو الأشخاص، فمتعلق الإكراه في إكراه الشخصين أيضاً هو الجامع بينهما.

ثم اعلم أنّ إكراه أحد الشخصين قد يكون في مورد الأحكام التكليفية، وقد يكون في مورد الأحكام الوضعية.

والأول كالإكراه على ارتكاب شرب الخمر أو ترك واجب كالصلاة أو الصوم.

والثاني كإكراه أحدهما على بيع داره.

أمّا القسم الأوّل فحاصل الكلام فيه: أنّ الحكم التكليفي لا يرتفع عن فعل كلّ منهما إلا إذا علم أو احتمل احتمالاً عقلياً عدم إتيان الآخر به، إمّا لتمكّنه من دفع الضرر المتوجه إليه، وإمّا لتوطين نفسه على الضرر، فإنّه يجوز له حينئذ ارتكاب المكره عليه فعلاً أو تركاً.

وبالجملة: جواز ارتكاب المكره عليه منوط بخوف الضرر المتوقع به، فإذا لم يخف الضرر بأن علم أو اطمأن بأنّ الآخر يرتكب المكره عليه خوفاً من توجه الضرر إليه، أو لقلّة مبالاته بالدين حرم عليه ارتكابه، وذلك لأنّ الأحكام الشرعية من القضايا الحقيقية التي تنحلّ إلى أحكام عديدة، فلكل فرد من أفراد المكلفين حكم مستقلّ غير مرتبط بحكم سائر المكلفين. فحينئذ يكون ارتفاع الحكم عن كل واحد منهم منوطاً بخوفه من الضرر ليشمله حديث الرفع، ويحكم بإباحة الفعل أو الترك له. ففي صورة عدم الخوف من الضرر يحرم ارتكابه لدليل حرمة من دون ما يقتضي ارتفاعها.

وأمّا القسم الثاني - وهو ما إذا تعلق الإكراه بالجامع بين الشخصين في الوضعيات مع تعدّد المكره عليه في نفسه أو وحدته - فبيانته:

أمّا الأوّل فكما إذا أكره الجائر أحد الشخصين على بيع داره، لكون بيع كل من

الدارين في نفسه مغايرا لبيع الدار الأخرى. وهذا القسم ملحق بالقسم الأول المتقدم وهو إكراه أحد الشخصين على مورد الأحكام التكاليفية كارتكاب شرب الخمر أو ترك واجب، فإن احتمل كل منهما - احتمالا عقلايا رافعا للخوف - صدور البيع من الآخر، ومع ذلك أقدم على بيع داره يحكم بصحة بيعه، لعدم صدوره عن الخوف، بل لصدوره عن طيب نفسه فليتأمل.

وإن لم يحتمل ذلك أو احتمل احتمالا لا يرفع الخوف وبيع، لم يكن البيع صحيحا، لأنه وقع عن الكراهة للخوف، لا عن طيب النفس.

وأما الثاني - وهو وحدة العقد المكره عليه حقيقة، وكون تعدده بلحاظ المعنى المصدرى الناشئ عن تعدد العاقد، وإلا فبلحاظ المعنى الاسم المصدرى واحد - فكما إذا أكره أحد الوكيلين على بيع دار شخصية لموكله، فإن المكره عليه حينئذ موضوع شخصي وهو بيع دار الموكل، والتعدد إنما يكون في ناحية من يوجد العقد وينشئه.

وكما إذا أكره أحد الوكيلين والموكل على بيع دار شخصية.

وحكم هذا القسم هو فساد المعاملة مطلقا من غير تفصيل بين العلم بصدور البيع من الآخر واحتمال ذلك احتمالا عقلايا وعدمهما، لأنها حقيقة واحدة، ضرورة أن مورد الإمضاء الشرعي - وهو العقد الصادر عن الجامع بين الوكيلين - مكره عليه، وليس خصوص كل منهما مكرها عليه، إذ العقد الصادر عن الوكيلين هو الصادر على مال الموكل، فهو المكره عليه، فالعقد من أي واحد منهما صدر فإنما صدر عن كره، إذ المالك لا يرضى ببيع ماله.

فعلى هذا يقع البيع فاسدا، سواء علم العاقد بعدم إقدام الآخر عليه، أم احتمله، أم علم بخلافه، فمتعلق الإكراه أمر وحداني، وهو بيع مال الموكل، فشأن هذا شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد.

ومن هنا يتضح الفرق بين ما نحن فيه وهو إكراه أحد الوكيلين أو هما مع الموكل على بيع عين شخصية، وبين إكراه شخص واحد على أحد العقدين مرددا، كأن يقول الجائر لزيد: «بيع دارك أو طلق زوجتك».

## [تعلّق الإكراه بإنشاء المالك تارة، و العاقد اخرى]

و اعلم أنّ (1) الإكراه قد يتعلّق بالمالك و العاقد كما تقدم، و قد يتعلّق

---

تعلّق الإكراه بإنشاء المالك تارة، و العاقد اخرى

(1) هذه جهة أخرى من جهات البحث في عقد المكره، و بيانه أنّ الإكراه على العقد يتصوّر على أنحاء ثلاثة:

الأول: كون المكره هو المالك، فيقال له: «بع دارك، و إلّا» فينشئ البيع خوفا من الضرر، و هذا هو الغالب، حيث يكون المالك عاقدا أيضا، و تقدّمت أقسامه و أحكامها في المباحث السابقة.

الثاني: كون المكره هو المالك و من بيده الأمر، لا العاقد، كما لو أكره الجائر زيدا على أن يوكل عمرا في بيع داره، أو يوكل ذلك الجائر فيه، مع كون الوكيل مختارا في الإنشاء و حيث كان التوكيل باطلا للإكراه توقّفت صحة بيع الوكيل على إمضاء زيد، لكونه فضوليا.

الثالث: عكس النحو الثاني، بأن يكون المكره هو العاقد لا المالك، كما لو أكره الجائر زيدا و قال له: «طلّق زوجتي وكالة، و إلّا قتلتك» فهل يصح هذا الطلاق أم لا؟

قد عقد المصنف هذه الجهة لتحقيق المسألة، و رجّح الصحة، لوجود المقتضي و هو القصد و الرضا، و فقد المانع، لفرض طيب نفس المالك أو الزوج بما طلبه من المكره، و سيأتي وجهه.

---

وجه الفرق أن العقد فيما نحن فيه من أي شخص صدر يكون مكرها عليه، فلو باع الوكيلان أو هما مع الموكل بطل البيعان أو البيوع، و لا يصح شيء منها أو منهما، لوقوع الجميع عن إكراه، و لا وجه لصحته أصلا. بخلاف المثال، فإنّه إذا طلق زوجته دفعا لضرر المكره ثم باع داره كان البيع صحيحا. فإطلاق كلام المصنف حيث قال: «ثم إنّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد.. كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها» مشكل جدّا.

بالمالك دون العاقد، كما لو أكره (1) على التوكيل في بيع ماله، فإن (2) العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في عقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة (3) مع الإكراه.

و قد ينعكس (4) كما لو قال: «بيع مالي أو طلق زوجتي، و إلا قتلتك» و الأقوى هنا الصحة، لأنّ العقد هنا (5) من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقدا. و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض. فهذا أولى (6) من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقا.

---

(1) يعني: إكراه العاقد مالك المال على أن يوكله في بيع ماله، فحينئذ يكون العاقد مكرها للمالك على التوكيل في بيع ماله.

(2) تعليل لصحة عقد الوكيل - بالوكالة الإكراهية - معلقا على إجازة الموكل المفروض كونه مكرها.

(3) إذ المنشأ في الوكالة هو الإذن في التصرف، و المفروض انتفاء الإذن لمكان الإكراه و التحميل، فكأنّه لم ينشأ شيء أصلا. و هذا بخلاف البيع الإكراهي، إذ المنشأ المقصود هو تمليك مال بمال، و المفقود هو الرضا.

(4) بأن يكره المالك غيره على أن يكون وكيلا عنه في عقد أو إيقاع، كأن يقول المالك له: «بيع مالي أو طلق زوجتي، و إلا قتلتك».

(5) يعني: في صورة إكراه المالك غيره على إجراء عقد أو إيقاع عنه.

و حاصل ما أفاده في وجه الصحة: أن ما يعتبر في العقد العرفي من قصد مضمون العقد حاصل من المكره، و ما يعتبر في صحة العقد شرعا من رضا المالك موجود أيضا، فلا موجب لبطلان العقد هنا.

(6) وجه الأولوية واضح، لأنّ رضا المالك هنا موجود حال العقد، فلو فرض اعتبار مقارنة العقد لرضا المالك في الصحة فهي موجودة هنا. بخلاف الرضا اللاحق، فإنّه ليس مقارنا للعقد.

و احتمال في المسالك عدم الصحة (1)، نظرا إلى أنّ الإكراه يسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلّقها، ثم قال: «و الفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوّبة (2)، بخلاف المكره، فإنّ عبارته مسلوّبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصدا لم يقدح إكراه المأمور» انتهى. وهو حسن (3).

وقال (4) أيضا: «لو أكره الوكيل على الطلاق (5) دون المؤكّل ففي صحته

---

(1) بعد أن رجّح الشهيد الثاني قدّس سرّه الوقوع، فلاحظ قوله: «لو قال: طلق زوجتي وإلا قتلتك، أو غير ذلك ممّا يتحقق به الإكراه، فطلّق، ففي وقوع الطلاق وجهان، أصحهما الوقوع، لأنه أبلغ في الإذن. ووجه المنع: أنّ الإكراه..» إلى آخر ما نقله المصنف عنه.

و حاصل وجه عدم الصحة: أنّ الإكراه يسقط عبارة المكره عن التأثير كسقوط عبارة المجنون، ثم فرّق بين المكره و المجنون بقوله: «و الفرق بينهما» و مقتضاه صحة طلاق العاقد المكره.

(2) يعني: أنّ عبارة المجنون كصوت البهيمّة فاقدة لكل شيء حتى الإرادة الاستعمالية، بخلاف عبارة المكره، فإنها مستعملة، لكنه غير قاصد لوقوع معناها، فإذا تحقق القصد من الأمر المكره ترتب عليه الأثر، ولم يقدح إكراه المأمور المكره.

(3) لأنّ المراد بانتفاء القصد في عبارة المكره هو انتفاء الرضا و طيب النفس بمضمون العقد، و هو موجود في المالك الأمر، و إن كان مفقودا في المكره. هذا ما أفاده الشهيد الثاني في الأمر الخامس مما ذكره في طلاق المكره.

(4) يعني: وقال الشهيد الثاني في الأمر السادس من أمور طلاق المكره:

«لو أكره..» إلخ.

(5) يعني: لو أكره زيد من هو وكيل شرعي عن عمرو- في طلاق زوجته- على أن يطلّقها الوكيل في زمان لا يريد الوكيل إيقاعه فيه، من دون أن يكره زيد نفس الزوج عليه.



وجهان أيضا (1)، من تحقق الاختيار في الموكل المالك (2)، و من سلب عبارة المباشرة «1» انتهى.

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين (3) بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

وفيه ما سيجيء (4) من: أنّه إنّما يرفع حكما (5) ثابتا على المكره

---

(1) يعني: كصورة إكراه نفس الزوج- أو المالك- غيره على الطلاق أو بيع ماله.

(2) عبارة المسالك هذه: «المالك للتصرف».

(3) وهما صورة كون المكره هو المالك، التي أشار إليها المصنّف بقوله: «وقد ينعكس كما لو قال: بع مالي أو طلق زوجتي، وإلا قتلتك» وصورة كون المكره الوكيل الشرعي في طلاق زوجة شخص، من دون أن يكره المكره نفس الزوج، بل أكره غيره.

ولعلّ المستدل على الفساد هو المحقق الشوشترى قدّس سرّه فإنّه بعد نقل الفرعين عن المسالك و توجيههما ناقش فيهما، وقال: «و لقائل أن يقول: إنّ صحة العقود توقيفية تتبع الدليل، فلما دلّ على صحة الفضولي و المكره بحق قلنا بها، و لم يدلّ فيما سوى ذلك فلا نقول به. و الاستناد إلى الاستحسانات لا يناسب مذهبنا، و في شمول العمومات إشكال ظاهر، فوجب القول بالمنع .. إلخ» (2).

و ظاهر قوله: «فلمّا دلّ الدليل على صحة الفضولي و المكره بحق» كون وجه المنع في الفرعين المزبورين إلغاء إنشاء المكره عن التأثير مطلقا بمقتضى حديث رفع الإكراه.

(4) يعني: في (ص 282) عند قوله: «و ثانيا: انه يدلّ على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه .. إلخ».

(5) لأنّ الرفع في حديثه تشريعي، فلا بدّ أن يكون المرفوع حكما شرعيا.

---

(1) مسالك الافهام ج 9 ص 23.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 18.

ص: 237

و مما يؤيد ما ذكرنا (2) حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر، و هو النقل و الانتقال. و أما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرها فلا معنى (3) للحقوق الرضا به، لأن (4) ما مضى و انقطع لا يتغير عمّا وقع عليه و لا ينقلب.

(1) إذ المفروض أنه عنوان ثانوي رافع للحكم بالعنوان، فلا محيص عن ثبوت الحكم لو لا الإكراه حتى يكون الإكراه رافعا له.

(2) يعني: من الصحة في الفرعين المذكورين. أما في أولهما- و هو كون المكره نفس المالك- فبتصريح المصنف بالصحة.

و أما في ثانيهما فلوجود عدّة الصحة التي ذكرها في الفرع الأول بقوله: «لأنّ العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره .. إلخ».

و حاصل وجه التأييد: أنّ مقتضى حكمهم بصحة بيع المكره بلحوق الرضا هو كون المناط في الصحة الرضا بمضمون العقد- و هو النقل و الانتقال في البيع- و إن كان صدور الصيغة عن كره، لأنّ الإجازة لا توجب انقلاب الكره في صدور الصيغة إلى الرضا به، و المفروض وجود الرضا بمضمون العقد في المقام، و هو كون المكره هو المالك، أو كون المكره الوكيل الشرعي للمالك. بل المقام أولى من الرضا اللاحق لسبق الرضا في ما نحن فيه و كون الرضا مقارنا للعقد، بخلافه في الإجازة.

(3) لكونه من السالبة بانتفاء الموضوع، مع أنّ الرضا صفة مقولية لا ما نحن فيه، يعقل عروضها على المعدوم، و هو اللفظ المفروض تصرّمه حال الرضا.

(4) تعليل لقوله: «فلا- معنى» و قد عرفت وجه استحالة تعلق الرضا باللفظ الصادر عن إكراه، فيتعيّن تعلق طيب النفس بما له بقاء، و هو الأمر الموجود في موطن الاعتبار.

نعم (1) ربما يستشكل هنا (2) في الحكم المذكور بأنّ (3) القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارة العقد، و لا يعرف (4) إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها.

---

(1) هذا استدراك على حكمه وفاقاً للمشهور بالصحة، والمستشكل هو المحقق الشوشتري، قال في المقابس - بعد عبارته المتقدمة (في ص 237) ما لفظه: «وأيضاً إنّ إرادة مدلول اللفظ لا بدّ منها في صحة العقد، وإن تجرّد من الرضا به، ولذلك بطل عقد الهازل وقاصد التورية ونحوهما، وإذا صدر العقد من مختار بالغ عاقل حكماً بما هو الظاهر من حصول ذلك، بخلاف ما إذا صدر من مكره، إذ لا ظهور لعبارته في قصد المعنى المطلوب، ولا عبرة بالدلالة المجردة عن الإرادة، فكيف يحكم بالصحة بمجرد صدور العقد والرضا...؟» (1).

و حاصل الإشكال: أنّ الاعتناء بعبارة العقد مشروط بالقصد إلى المعنى ولو على وجه الكره، ولا يعرف هذا القصد إلا من قبل العاقد، فإذا كان العاقد مختاراً أمكن إحراز القصد بالأصل العقلاني، وهو كون الفاعل المختار قاصداً في أفعاله وأقواله، وأما إذا كان مكرهاً فلا سبيل إلى إحراز قصده.

(2) يعني: في الفرعين المذكورين، أحدهما: إكراه العاقد بدون إكراه المالك، وثانيهما: إكراه الوكيل بدون إكراه الموكل.

(3) متعلق ب «يستشكل» وبيان له، وقد تقدم أنّنا نصّ كلام المقابس وحصّله.

(4) أي: ولا يعرف القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - إلا من قبل العاقد.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع ص 18، و اعترض صاحب الجواهر أيضاً على الحكم المذكور بوجه آخر، فراجع جواهر الكلام، ج 32 ص 16.

ص: 239

اللهم إلا أن يقال: (1) إن الكلام بعد إحراز القصد، وعدم (2) تكلم العاقد لاغيا أو موزيا ولو كان مكرها.

مع أنه (3) يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضا (4)، فتأمل (5).

(1) غرضه الخدشة في إشكال المحقق الشوشثري، والذّب عن حكم المشهور بالصحة في الفرعين المزبورين، و محصل الخدشة وجهان:

الأول: منع ما أفاده من قوله: «دون المكره عليها» و بيانه: أن إحراز قصد العاقد معتبر قطعاً في صحة العقد، و المفروض إحرازه في المقام أيضاً، للعلم بأنّ العاقد المكره لم يتكلم لاغيا و لا موزيا، فلا بدّ أن يقصد مضمون الإنشاء، فيتعيّن الحكم بالصحة.

(2) معطوف على «إحراز» أي: و عدم تكلم العاقد لاغيا .. إلخ.

(3) هذا هو الوجه الثاني، و هو: أنه لو شك في كون العاقد قاصداً جدّاً أمكن إحرازه بإجراء أصالة القصد في صورة الإكراه، كإجرائها في صورة الاختيار، بأن يدعى المناط في ظهور القصد هو كون الفعل اختيارياً، في مقابل الاضطرار الذي هو كحركة المرتعش، و من المعلوم أنّ الإكراه على الفعل لا يكون من الاضطرار المزبور الراجع للقصد.

و عليه فإجراء أصالة القصد في عقد المكره- الملتفت المرید للتفهيم و التفهم- يقتضي إرادة المعنى من اللفظ إخباراً أو إنشاءً، و أمّا كونه عن طيب النفس فلا يقتضيه الأصل المزبور.

و الحاصل: أنّ أصالة القصد تثبت القصد بالمقدار المحتاج إليه.

(4) يعني: كإجرائها في صورة الاختيار.

(5) لعلّه إشارة إلى: أنّ أصالة القصد التي هي من الأصول العقلانية إنما تجري فيما إذا كان منشأ الشك في قصد المدلول احتمال الغفلة، فمقتضى أصالة عدم الغفلة

حينئذ قصد المعنى. وأما إذا احتل عدم القصد حتى مع عدم الغفلة فلا مسرح لأصالة القصد. والأمر في المقام من هذا القبيل، فلا يجدي أصالة القصد [1].

[1] الجهة السابعة ما أشار إليه بقوله: «و اعلم أنّ الإكراه قد يتعلق بالمالك» و توضيحه: أنّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك العاقد، ولعلّه الغالب، وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد، وقد يتعلق بالعاقد دون المالك، فللمسألة ثلاث صور:

أما الأولى فقد تقدّم الكلام فيها، وأنّ حكمها بطلان العقد الإكراهي لحديث الرفع.

و أما الثانية كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجته، و طلق الوكيل من غير إكراه، فلا إشكال في عدم وقوع الطلاق عن الزوج، لعدم استناده إليه بعد كون التوكيل كالعدم، لتحققه عن الإكراه و عدم رضا الموكل.

و عليه فصحته منوطة بإجازة الزوج بناء على صحة الإيقاعات الفضولية بالإجازة، وإلا فلا.

و الحاصل: أنّ طيب نفس الوكيل بالطلاق مع كون توكيله إكراهياً لا يكفي في صحة الطلاق.

و أما الثالثة- وهي إكراه العاقد- فقد ذكر فيها المصنف قدّس سرّه: «انّ الأقوى هنا الصحة، لأنّ العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقداً، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً».

لكن التحقيق أنّ هنا صوراً:

الصورة الأولى: أن يكون الإكراه من المالك، و كان العاقد مكرهاً في إنشائه،

و الظاهر عدم الإشكال في صحة العقد في هذه الصورة، لصدق التجارة عن تراض من المالكين عليه، و العاقد أجنبي عن مالكي العوضين، فلا أثر لرضاه، إذ المفروض كون العاقد غير المالك، فإكراهه لا يؤثر في فساد المعاملة.

و توهم دلالة حديث الرفع على بطلان هذا العقد لمكان الإكراه، فاسد، إذ لا أثر لفعل المكروه بالنسبة إلى نفسه حتى يرفعه حديث الرفع، فإضافة العقد إليه إنما هي بلحاظ المعنى المصدري، و إلا فلا إضافة للعقد إليه أصلاً. فلا بدّ من إضافته إلى المالك، و المفروض عدم قصور في إضافته إليه، و اقتران العقد برضاه، فهذا العقد جامع لشرائط الصحة. هذا بالنسبة إلى العاقد.

و أمّا بالنسبة إلى المالك فجريان الحديث في حقه و رفع الأثر بالإضافة إليه خلاف الامتنان.

الصورة الثانية: أن يكون الإكراه من غير المالك لغير وكيله، كما إذا أكره زيد عمراً على بيع مال بكر، أو طلاق زوجته، فإنّ العقد حينئذ فضولي يتوقف صحته على إجازة مالكة، و هو بكر في المثال، و وجهه ظاهر.

الصورة الثالثة: أن يكون الإكراه من غير المالك لمن يكون وكيلاً مفوضاً من قبل المالك، كما إذا كان زيد مالكا و عمرو وكيلاً له، و أكره بكر عمراً على بيع مال زيد.

و صحة المعاملة في هذه الصورة منوطاً برضا المالك، فإن أحرز ذلك فلا إشكال في الصحة، إذ المدار في الصحة طيب نفس المالك. و إن لم يحرز ذلك، فالظاهر بطلانها، لأنّ المفروض صدور العقد عن الوكيل بغير الرضا، فلا كاشف عن رضا المالك بالعقد حتى يستند إليه.

نعم إذا علم من الخارج رضا المالك بالعقد حكم بصحة العقد و إن أنشأ الوكيل عن كره و ذلك لأنّ رضا الوكيل قد اعتبر بما أنّه طريق إلى استكشاف رضا المالك من

فرع (1) [فروع]:

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيدين، فباعهما، أو باع نصف

الإكراه على بيع عبد من عبيدين مبهما

(1) كذا في بعض النسخ، ولكن في النسخة المصححة التي بأيدينا وغيرها «فروع» بصيغة الجمع، ولعلّ مراده الجمع المنطقي، أو الفروع الثلاثة، بجعل قوله: «أو باع نصف أحدهما» فرعا آخر منضمّا إلى قوله: «لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن» وإلى قوله الذي ذكر فيه الفرع الثاني - وهو: «و لو أكرهه على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما دفعة .. إلخ» ويمكن أن يشتهب الناسخ في كتابة لفظ الجمع، والله العالم.

و الغرض من التعرض للفرعين المنقولين عن التذكرة هو بيان أنّ ما يقع في الخارج - بعد الإكراه - على أنحاء، فتارة يكون نفس ما أكره عليه، كما لو أكرهه على بيع داره فباعها، وأخرى مغايرا له، وهو إما مبين له تماما، كما إذا أكرهه على بيع داره فباع بستانه أو طلق زوجته، وإما موافق له مع زيادة عليه، وإما مع تقيصة عما أكره عليه، وستظهر أحكامها.

و لا يخفى أنّه تقدم بعض صور المسألتين فيما عنونه بقوله (في ص 214):

«أما لو كانا عقدين أو إيقاعين، كما لو أكره على طلاق إحدى زوجته .. إلخ» فراجع، ولكنه لم يستقص صور المسألة هناك.

و كيف كان فلو أكرهه الجائر على بيع واحد غير معيّن من عبيدين، فإن باع كذلك، بأن قال: «بعت أحد عبديّ هذين» من دون قصد بيع أحدهما بالخصوص

جهة توكيله، فلو علم برضا الموكل مع صدور العقد عن الوكيل كرها حكم بصحته.

و من هنا ظهر عدم صحة قياس ما نحن فيه بالمجنون، وذلك لأنّ المجنون مسلوب العبارة، فلا أثر لعقده، بل عقده ليس بعقد حقيقة، بخلاف المكره فإنّه ليس بمسلوب العبارة.

أحدهما، ففي (1) التذكرة إشكال (2).

أقول: أما بيع العبدین، فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأول مكرها (3)

---

كان باطلا، لمطابقة ما أنشئ لما أكره عليه.

وإن خالف المكره ما أكره عليه، بأن باع كليهما، أو باع نصف أحدهما، ففصل المصنف قدس سره بين المسألتين، وسيأتي حكم بيع النصف، فالكلام فعلاً في بيعهما، وله صورتان:

إحدهما: بيعهما تدريجاً، بأن يبيع أحدهما المعين، ثم يبيع الآخر بعد ساعة مثلاً.

و الأخرى: بيعهما دفعة، بأن يقول: «بعت هذين العبدین بكذا».

فإن باعهما تدريجاً فالظاهر بطلان بيع السابق، لكونه مكرهاً عليه، وصحة بيع اللاحق، لكونه مختاراً في بيعه، لتحقق غرض المكره ببيع السابق.

ويحتمل الرجوع إلى المكره في تعيين أن أيّ البيعين كان بداعي دفع الضرر المتوقع به، فيبطل ويصح الآخر. فلا يتعين السابق للبطلان.

وإن باعهما دفعة كان كل من صحة بيع كليهما وفساده محتملاً، أما احتمال الصحة فلأن ما أنشئ - وهو بيع العبدین - مخالف لما أكره عليه وهو بيع أحدهما مبهماً، فلم يتعلق الإكراه ببيعهما معاً.

وأما احتمال الفساد، فلأن بيعهما معاً وإن لم يكن مكرهاً عليه، إلا أن بيع أحدهما ناش عن الإكراه، ولما لم يتعين ذلك المكره عليه من البيعين، فلا بد من الحكم ببطلانها معاً، إذ لا مرجح لأحدهما حتى يتعين كونه المكره عليه. كما لا مجال لصحتها معاً، بعد وجود المكره عليه بين البيعين.

هذا كله لو باعهما معاً وأما لو باع نصف أحدهما فسيأتي الكلام فيه.

(1) جواب الشرط في قوله: «لو أكرهه» و الفاء في «فباعهما» عاطفة على «أكرهه» لا جوابية.

(2) قال العلامة قدس سره: «لو أكرهه على بيع عبد فباع اثنين أو نصفه فإشكال» (1).

(3) لأنه دافع للضرر المتوقع به، فالبيع الثاني يقع عن الرضا، فيصح.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462، السطر 37.



دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين (1) سواء ادعى العكس (2) أم لا.

ولو باعهما دفعة احتتمل صحة الجميع، لأنه (3) خلاف المكره عليه، و الظاهر (4) أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه.

وبطلان (5) الجميع، لوقوع أحدهما مكرها عليه، و لا ترجيح.

و الأول (6) أقوى.

ولو أكره (7) على بيع معين، فضم إليه غيره و باعهما دفعة،

---

(1) لأنه أعرف بقصده، لاحتمال وقوع البيع الأول عن الرضا، وإيقاع الثاني لدفع ضرر المكره. و يحتمل العكس. و حيث إنه لا يعرف أحدهما إلا من قبله لزم الرجوع إليه في التعيين، فيتبع قوله.

(2) أي: وقوع الثاني مكرها عليه، و وقوع الأول عن الرضا.

(3) أي: لأن بيع الجميع خلاف المكره عليه، حيث إن المكره عليه بيع واحد منهما.

(4) كذا في نسخ الكتاب و الظاهر أولوية تبديل الواو بالفاء، لأنه كالمترفع على قوله: «لأنه خلاف المكره عليه» إذ بعد فرض عدم كون بيعهما معا مكرها عليه فالظاهر أنه لم يقع شيء منهما بداعي خوف الضرر المتوقع به من المكره حتى يبطل.

(5) بالرفع، معطوف على قوله: «صحة الجميع» و وجهه وقوع أحدهما مكرها عليه، لكن لما لم يكن لتعيينه مرجح، و كان ترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجح فلا بدّ من القول ببطلان الجميع، هذا.

لكن فيه: أنه يمكن تعيينه بالقرعة، فلا يلزم الترجيح بلا مرجح، فتأمل.

(6) و هو صحّة بيعهما معا دفعة، لما مرّ أنفا من عدم كون بيعهما معا مكرها عليه.

(7) هذا هو الفرع الثاني من الفرعين المذكورين هنا، و لعلهما أريدا من كلمة

فالأقوى (1) الصحة في غير ما أكره عليه (2).

وَأَمَّا (3) مسألة النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتثالا

«الفروع». و مثاله الإكراه على بيع عبد معيّن، فضمّ إليه المكره عبداً آخر و باعهما معا دفعة، لا تدريجا، فيصح بيع الضميمة، و يبطل بيع المكره عليه، لأنّ ما وقع - وهو بيع العبدین - مخالف لما أكره عليه و هو بيع عبد معيّن.

و عنون الشهيد الثاني هذا الفرع في طلاق المكره فيما لو أكرهه على طلاق زوجة معيّنة كزينب، فطلّقها مع فاطمة، و فصلّ قدّس سرّه بين طلاقهما بإنشاء واحد فيصح، لأنّ ما وقع مغاير لما أكره عليه، و بين طلاقهما مستقلاً، بأن يقول: زينب طالق و فاطمة طالق «طلّقت فاطمة و لم تطلّق زينب، لأنه مكره عليها بخلاف الأخرى» «1».

لكن المصنف حكم ببطلان بيع المكره عليه و صحة ما عداه، وفاقا لما في المقابيس سواء أ كان الإنشاء واحدا أم متعددا «2».

(1) جواب قوله «و لو أكره» و لا - يخفى أنّ وجه الصحة الذي أفاده بقوله: «لأنّّه خلاف المكره عليه» جار فيما إذا باعهما دفعة مع كون المكره عليه بيع أحدهما المعيّن.

(2) بل مقتضى الوجه المتقدم و هو قوله: «لأنّّه خلاف المكره عليه» صحتهما معا، لأنّ بيعهما دفعة ليس مما أكره عليه، فلا وجه لبطلان المعيّن المكره عليه، بل كلاهما بمقتضى الوجه المزبور محكوم بالصحة.

(3) هذه تتمّة للمسألة الأولى المتقدمة في كلام العلامة، و الغرض منها بيان مخالفة ما أنشأه المكره لما أمر به المكره، بأن يأمره ببيع عبد فيبيع عبدين، أو يبيع نصف عبد. و تقدّم الكلام في بيع عبدين، و يقع في بيع النصف.

و حكم المصنف قدّس سرّه بفساده، سواء أ كان داعيه امتثال أمر المكره، فباع نصف

(1) مسالك الافهام ج 9 ص 21.

(2) مقابيس الأنوار، كتاب البيع، ص 15، السطر 21.

ص: 246

للمكره- بناء على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين (1)- فلا إشكال في وقوعه مكرها عليه (2). وإن كان (3) لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا إكراهها.

لكن في سماع (4) دعوى البائع ذلك (5)

العبد في هذا اليوم، و نصفه الآخر غدا، لصدق الإكراه على بيع العبد تدريجا في دفعتين. أم كان داعيه رجاء قناعة المكره ببيع نصف العبد، و تنازله عمّا أمر به من بيع عبد واحد من عبيده، و الوجه في البطلان استناد بيع النصف إلى تحميل الغير و توعيده. هذا بالنسبة إلى الحكم الواقعي و هو فساد البيع.

و أمّا بالنسبة إلى الحكم الظاهري لو ترفع المشتري للنصف إلى الحاكم الشرعي، فهل يحكم ببطلان بيع النصف للإكراه، أم بالصحة؟ وجهان، سيأتي بيانهما.

(1) بأن يقال: إن إطلاق كلام المكره يشمل بيع العبد دفعة و دفعتين.

(2) يعني: فيقع البيع باطلا، لكونه مكرها عليه، بناء على الإطلاق المزبور.

(3) هذا عدل قوله: «فان باع النصف» و سوق البيان يقتضي أن يقال: «وإن باعه برجاء .. إلخ» و حاصله: أنّه إن باع النصف لا بقصد أن يبيع النصف الآخر امثالاً- لأمر المكره، بل برجاء أن يكتفي الأمر المكره بما باعه من النصف كان البيع أيضا عن إكراه، فلا فرق في صدق الإكراه على بيع النصف بين الصورتين، و هما قصد بيع النصف الآخر امثالاً لأمر المكره، و عدم قصد بيع النصف الآخر برجاء قناعة المكره ببيع النصف.

(4) خبر مقدم، و المبتدأ مؤخر و هو قوله: «نظر».

(5) منصوب محلاً على المفعولية «دعوى» و المشار إليه هو قصد بيع النصف لرجاء رضا المكره بذلك، مع عدم أمانة على هذه الدعوى.

(1) ناش من كونه ممّا لا يعلم إلا من قبله، فلا بدّ من سماع دعواه، و من كون الظاهر وقوع البيع بالاختيار فلا تسمع دعواه. و لعلّ الأظهر الأوّل، لأنّ الإكراه صالح للقربنية على صرف الظهور المذكور.

[1] الجهة الثامنة ما تعرض له المصنف قدّس سرّه بقوله: فرع ولو أكرهه على بيع عبد من عبدين .. إلخ.

لا- يخفى أن ما يقع في الخارج إن كان عين ما أكره عليه كما إذا أكرهه على بيع داره فباعها، أو على شرب الخمر فشرّبها، فلا إشكال في ارتفاع أثره تكليفيا كان أم وضعيّا، لأنّه وقع عن أمر المكره بداعي دفع ضرره كما تقدم سابقا.

وإن كان مغايرا للمكره عليه، ففيه صور، إحداها: أن يكون مباينا للمكره عليه.

ثانيتها: أن يكون أكثر منه.

ثالثتها: أن يكون أقل منه.

أمّا الصورة الأولى فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد فيها، لعدم وقوعه عن أمر المكره حتى يصدق عليه أنّه مكره عليه كي يبطل، فإذا أكره على بيع كتابه فباع داره كان البيع صحيحا، لأنّه غير المكره عليه، فلا يشمل حديث الرفع وغيره مما يدلّ على بطلان العقد الإكراهي.

نعم إذا باع داره لاحتمال أن يقنع المكره به، ويرفع اليد عن إكراهه كان باطلا، لفقدان طيب النفس، و وقوع البيع عن اضطرار، هذا.

وأمّا الصورة الثانية- وهي كون ما وقع في الخارج أكثر من المكره عليه- فهي تتصور على وجهين: أحدهما أن يقع تدريجيا، و الآخر أن يقع دفعا.

أمّا الوجه الأوّل كما إذا أكره على بيع أحد عبديه، فباع أحدهما، ثم باع الآخر،

فلا شبهة في بطلان البيع الأوّل فيه، لأنّ المكره عليه- وهو عنوان أحدهما- ينطبق عليه قهراً، فيشمّله حديث الرفع وغيره ممّا يدل على بطلان البيع المكره عليه.

وأما البيع الثاني فيحكم بصحته قطعاً، لسقوط الإكراه بالبيع الأوّل، فلا يبقى إكراه حتى يدعو إلى البيع الثاني ويبيّث عليه، فلا وجه لفساده. لكن المصنّف قدّس سرّه احتمل أنّه يرجع إلى البائع في تعيين المكره عليه، ويتبع قوله، فإذا قال: «أريد تطبيق المكره عليه على العقد الثاني» حكم بفساده، وصحة البيع الأوّل.

لكن فيه: أن انطباق الإكراه على الأوّل دون الثاني واقعي قهري، لا أنّه باختياره، ضرورة ارتفاع الإكراه بالبيع الأوّل، فلا يبقى له موضوع حتى يطبّقه البائع عليه، فالبيع الثاني يقع لا محالة عن غيره كره. لا أنّه يحتمل وقوع الثاني حتى يرجع إلى البائع في التعيين.

وهذا نظير أمر الشارع بشيء بنحو صرف الوجود، فإنه لانطباقه على أوّل الوجود يسقط الأمر، ولا يبقى أمر بالنسبة إلى سائر الوجودات.

إلا أن يقال: إنّ الأمر هناك متعلق بالطبيعة المتحققة بصرف الوجود قهراً، ولذا يسقط بمجرد انطباق الطبيعة على أوّل الوجود. وهذا بخلاف عنوان «أحدهما» في الإكراه، لأنّ أمر تطبيق أحدهما هنا بيد المكره، حيث إنّ دفع الضرر المتوقع به بأيّ فرد من الفردين إنما هو بيد المكره، ضرورة أنّ له دفعه بكل فرد من الفردين شاء، فإنّ الطيب والكراهة النفسانية ممّا لا يعلم إلا من قبل البائع المكره، فاحتمال الرجوع إليه في التعيين كما في المتن قوي، والله العالم.

وأما الوجه الثاني- وهو بيعهما دفعة، كما إذا باع العبدان بإنشاء واحد، فإن كان بيعهما كذلك لرغبته في بيعهما، فإكراه الجائر على بيع أحدهما اغتتم الفرصة، فباعهما.

أو كان بيعهما لغرض آخر زائد على الإكراه، كسهولة بيعهما معا بالإضافة إلى بيع

---

أحدهما منفرداً أو لصعوبة التفرقة بينهما، لكونهما والداً وولداً، أو لعدم وجود من يشتري أحدهما منفرداً، أو غير ذلك من الأغراض الداعية إلى بيعهما، مع كون المكروه عليه بيع أحدهما - فحينئذ وإن كان بيع كل منهما مكروهاً له، قد دعا إليه وحملة عليه أمر المكروه.

لكن لما كان الشرط في تحقق الإكراه الراجع لأثر المعاملة ترتب الضرر على ترك المكروه عليه، وهذا المعنى لا ينطبق على كل منهما في عرض انطباقه على الآخر، بل ينطبق على كل واحد على البديل، فيكون أحدهما مكروهاً عليه دون الآخر. ولأجل أن انطباقه على واحد لا بعينه بلا مرجح تعيّن البناء على بطلانها معاً.

فما أفاده المصنف قدّس سرّه - من احتمال صحة الجميع، لوجهين: أحدهما أن بيعهما خلاف المكروه عليه، والآخر أن الظاهر عدم وقوع شيء منهما عن إكراه - لا يخلو من الغموض.

إذ في الأوّل خلاف المكروه عليه منوط بأن يكون الإكراه على بيع أحدهما بشرط لا، وهو خلاف الفرض.

وفي الثاني: تحقق الإكراه لبيع كل منهما على البديل، فوقوعهما كان ناشئاً عن أمر المكروه بحيث لو لم يكن لما أقدم على بيعهما.

نعم لم يقع الإكراه بهما معاً، بل بأحدهما لا بشرط الحاصل في ضمنهما، وهو كاف في بطلانها، هذا ما أفاده سيدنا الأستاذ قدّس سرّه (1).

لكن يمكن أن يقال: بصحة بيع واحد منهما، لعدم الإكراه بالنسبة إليه، وبطلان الآخر لأجل الإكراه على أحدهما لا بعينه، ويتعيّن الصحيح بالقرعة. فهو نظير ما إذا أكره على بيع أحدهما المعيّن، فباع كليهما مرة واحدة، فإنّ البيع بالنسبة إلى المعيّن المكروه عليه باطل، و بالإضافة إلى غيره صحيح.

وبالجملة: ففي بيعهما دفعة إذا كان عن إكراه وجوه: الصحة في الجميع، للوجهين المتقدمين عن المصنف.

والبطلان كذلك، لأن المكروه عليه لا تعيّن له في الواقع، وأنّ نسبته إلى كل واحد من

---

(1) نهج الفقاهة، ص 199.

الفردين على حد سواء.

و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح، فيحكم بفساد الجميع.

و الصحة بالنسبة إلى الزائد على المقدار المكروه عليه، و الفساد بالإضافة إلى ذلك المقدار، و يتعين الفاسد بالقرعة.

و دعوى: «اختصاص مورد القرعة بما إذا كان المطلوب متعينا واقعا و مجهولا ظاهرا كالحيوان المحرم بالوطني أو غيره، المشتبه بين قطعة غنم مثلا. و أمّا إذا لم يكن له تعيين واقعي فلا مورد للقرعة فيه» غير مسموعة، لإطلاق أدلة القرعة الشامل لكل مشكل و مشتبه، و لذا اتفق الفقهاء على الرجوع إلى القرعة فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعيين، مع أن من المعلوم عدم تعيين المطلقة واقعا، بل القرعة تعينها ظاهرا و واقعا.

و مقامنا من هذا القبيل، إذ لا تعين له لا ثبوتا و لا إثباتا.

و كذا الحكم في الإكراه على مورد الأحكام التكليفية، كما إذا أكره جائر شخصا على شرب الخمر أو البول، فشربهما، فإنه لا يعاقب إلا على شرب أحدهما، لارتكابه المحرم بالإرادة و الاختيار، هذا.

و أمّا الصورة الرابعة- و هي ما يكون أقل من المكروه عليه، و قد أشار إليه المصنف قدس سره بقوله: «و أمّا مسألة النصف فإن باع النصف إلى قوله لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر» كما إذا باع نصف أحد العبدین في المثال، أو كما إذا باع نصف داره فيما لو أكره على بيع تمام داره- فتتصور على وجوه:

أحدها: أن يكون عازما على بيع النصف الآخر، لزعم أن المكروه عليه هو الجامع بين البيع الدفعي و التدريجي. و لا ينبغي الإشكال في فساد البيع حينئذ، لكونه مستندا إلى إكراه المكروه، و معه لا مجال للصحة و لا لقول المصنف: «لكن في سماع دعوى البائع ذلك أي: بيع النصف بأحد الوجهين، و هما بيع النصف مع العزم على بيع

النصف الآخر امثالاً لأمر المكروه، وبيع النصف برجاء قناعة الأمر المكروه ببيع النصف مع عدم الأمارات- نظر».

ومنشأ النظر: أن ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعي، فتسمع دعواه. وأن الظاهر وقوع هذا العقد باختياره، فلا تسمع دعواه الإكراه، وذلك لأن الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجاً، والإكراه بنفسه أمانة على عدم وقوع البيع عن الرضا وطيب النفس.

ونظير ذلك الإكراه في موارد الأحكام التكليفية، كما إذا أكره الجائر شخصاً على شرب مقدار خاص من الخمر، فشرب نصفه برجاء أن يقنع المكروه بذلك، ويرفع اليد عن إكراهه.

ثانيها: أن يكون بيع النصف لاحتمال اقتناع المكروه بذلك، ورفع اليد عن بيع المجموع. ولا ينبغي الإشكال أيضاً في بطلان البيع في هذه الصورة، لوضوح أن الإكراه على بيع المجموع شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على نحو الاستغراق فالإكراه على بيع المجموع إكراه على بيع النصف، فيشمله حديث الرفع الموجب للبطلان. نظير ما لو أكره على بيع دارين فباع إحداهما، فإنه لا شبهة في بطلانه، لوقوعه عن إكراه.

ثالثها: أن يكون المكروه عليه بشرط شيء، ويأتي المكروه بالأقل بشرط لا، كما إذا أكره على بيع نصف عبده بشرط ضمّ النصف الآخر إليه، فباع نصفه بشرط عدم بيع النصف الآخر، فقد يتوهم صحة البيع حينئذ، لأنّ الواقع في الخارج مغاير للمكروه عليه.

لكن فيه: أنه إن كان دليل رفع الإكراه حديث الرفع، فهو غير شامل للمقام، لعدم كون بيع النصف بشرط لا مكرهاً عليه، وإن كان قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَهُوَ شَامِلٌ لَهُ**، لفقدان التراضي وطيب النفس، فيكون أكل المال بالباطل.

وهذا نظير ما إذا كان ما وقع في الخارج مبايناً للمكروه عليه، كما إذا أكره على بيع كتابه فباع رداءه لأهمية كتابه وشدّة حاجته إلى الكتاب، فإنّ بيع الرداء فاسد، مع أنه لم يكن مكرهاً عليه، لكنه لفقدان طيب النفس لا بدّ من بطلانه.



بقي الكلام (1) فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير: «لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق» انتهى «(1)».

و نحوه في المسالك، بزيادة احتمال عدم الوقوع: «لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ. و مجرد النية (2) لا حكم لها» «(2)»

---

### تحليل كلام العلامة في التحرير

(1) هذه جهة أخرى من جهات البحث في إنشاء المكروه. وقد سبق التعرض الإجمالي لكلام العلامة (في ص 167) من أن المفقود في باب الإكراه هل هو القصد الجدّي لمدلول الإنشاء أم هو الطيب والرضا؟ و وعد المصنف ذكر توجيه عبارة التحرير بقوله: «و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به» وقد حان وقت الوفاء بالوعد. فنقل كلام العلامة و كلمات جمع مّمن تعرّض للمسألة كالشاهد الثاني و صاحب المدارك و الفاضل الهندي و صاحب الجواهر أعلى الله مقاماتهم. كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

و ظاهر كلام العلامة صحة طلاق من أكره عليه، لو نوى الطلاق و قصده حين إنشاء الصيغة. و الوجه في الصحة تمكّنه من التلفّظ بالصيغة لا عن نية، لكفاية هذا التكلم في دفع الضرر المتوقع به، فقصده للطلاق جدّا كاشف عن اختياره له و إرادته إيّاه، فيخرج عن موضوع الإكراه.

(2) يعني: أن مجرد النية لا يترتب عليها أثر، بل ترتب الأثر منوط بعدم الإكراه على اللفظ، فالإكراه عليه يسقط النية المجردة عن الأثر.

و بعبارة أخرى: أثر الطلاق- وهو البينونة- يتوقف على أمرين، أحدهما إرادة الطلاق، و ثانيهما التلفّظ بالصيغة عن اختيار.

و الأمر الأوّل و إن كان محققا حسب الفرض، لأنّه قاصد للطلاق. لكن الأمر

---

(1) تحرير الاحكام ج 2 ص 51.

(2) مسالك الافهام ج 9 ص 22.

و حكي عن (1) سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً (2)، و استدللّ عليه (3) بعموم ما دلّ من النصّ و الإجماع على بطلان عقد المكره، و الإكراه يتحقق هنا (4) إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله. ثم قال: «و المسألة محلّ إشكال» انتهى «1».

و عن بعض الأجلّة (5): «أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلا اللفظ و له تجريده

---

الثاني مفقود، لفرض كونه مكرها على إنشاء الطلاق بالصيغة، و نتيجته عدم تحقق الطلاق أصلاً.

(1) يعني: و حكي البطلان عن سبط الشهيد الثاني و هو السيد الفقيه السيد محمد العاملي في كتابه نهاية المرام، حيث إنّه حكى كلاً من القول بالصحة و البطلان، قال قدّس سرّه: «و لو طلق المكره ناوياً، قيل: يقع، و هو اختيار العلامة في التحرير، و جدّي في الروضة و المسالك، لحصول اللفظ و القصد، و لأنّ القصد لا إكراه عليه، فلو لا حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه. و قيل: يبطل، إذ المفروض أنّه لو لا الإكراه لما فعله، و عقد المكره باطل بالنصّ و الإجماع، و المسألة محلّ إشكال».

(2) يعني: لا مجرد الاحتمال، بل قال به بعض. و الضمير البارز في «نقله» راجع إلى عدم الوقوع.

(3) أي: على عدم الوقوع، فإنّ عموم ما دلّ من النصّ و الإجماع على بطلان عقد المكره يشمل الإكراه على الطلاق، فيكون فاسداً.

(4) يعني: لا ينبغي الارتياح في تحقق الإكراه في المقام، و هو الإكراه على الطلاق، لأنّه لو لا الإكراه لم يتحقق الطلاق، فالموجب لإيقاعه هو الإكراه بحيث ينبعث عنه الطلاق.

(5) و هو كاشف اللثام، قال في شرح عبارة التحرير ما لفظه: «يعني: و إن ظنّ أنّه يلزمه الطلاق- لا مجرد لفظه- بالإجبار و إن كان لا يريد. أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلا اللفظ، و له تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه».

---

(1) نهاية المرام ج 2 ص 12، و الحاكي عنه صاحب المقابس، فراجع المقابس كتاب البيع ص 14.

عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه. وإنما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد وإن لم يرد المكره أم لا» انتهى (1).

ثم إن بعض (1) المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك، وبناء على أن المكره لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكره، و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه «(2)».

وفيه ما عرفت سابقاً (2) من أنه لم يقل أحد بخلوّ المكره عن قصد معنى

---

و غرضه قدّس سرّه من هذا الشرح بيان مورد حكم العلامة بكون وقوع الطلاق أقرب، يعني: أن صورة قصده للمعنى مع علمه بأنّه لا يلزمه إلا اللفظ خارجة عن مورد كلام العلامة، لعدم الشبهة فيها في عدم الإكراه و وقوع الطلاق، فلا يكون وجه للتعبير بالأقرب. كما أن صورة قصده للمعنى مع علمه بلزوم القصد، وأنّه ليس له تجريد اللفظ عن المعنى خارجة عنه أيضاً، لعدم الشبهة فيها في الإكراه وعدم وقوع الطلاق، فلا يصح التعبير بما ذكر.

و الدليل على خروج الصورة الثانية عن مورد كلامه على ما فهمه كاشف اللثام تعبيره بالظن بدل العلم، بعد إن الوصلية التي فسّرها المصنّف بالتسوية في قوله:

«سواء ظنّ» وجه الدلالة أنّه لو لا خروجها لوجب أن يقول: «وإن علم بدلاً» عن «وإن ظنّ» كما لا يخفى، فيعلم من ذلك أنّ المراد من قوله: «أم لا» خصوص صورة الشك.

(1) و هو صاحب الجواهر، و ضمير «بناه» راجع إلى الطلاق، يعني: و بنى عدم وقوع الطلاق على عدم القصد للمكره، ثم ردّه بثبوت القصد للمكره، لكنه قصد عن إكراه و لم يقصد عن اختيار و طيب نفس، و قد تقدم كلام الجواهر (في ص 167) فراجع.

(2) يعني: في أوائل المسألة (في ص 165)، حيث قال: .. ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام».

---

(1) كشف اللثام، ج 1، القسم الثاني، ص 114، السطر 19، و الحاكي لكلامه صاحب المقابيس.

(2) جواهر الكلام، ج 32، ص 15.

اللفظ، و ليس هذا (1) مرادا من قولهم: «إنّ المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ» و لذا (2) شرّك الشهيد الثاني بين المكره و الفضولي في ذلك (3) كما عرفت سابقا (4)، فبناء هذا الحكم (5) في هذا الفرع (6) على ما ذكر (7) ضعيف جدًّا.

و كذا ما تقدم عن بعض الأجلة (8) من «أنّه إن علم بكفاية مجرّد اللفظ

---

و غرض المصنف قدّس سرّه المناقشة في كلامي الفاضل الأصفهاني و صاحب الجواهر قدّس سرّهما، أمّا إشكال الجواهر على المسالك فيندفع بما تقدّم في (ص 168) و أعاده هنا، و محصّله:

عدم ابتناء كلام الشهيد الثاني على ما يوهمه من أن المكره قاصد للفظ دون المعنى.

و أمّا كلام كشف اللثام فمفاده اعتبار العجز عن التورية في بطلان إنشاء المكره، و حيث إن اعتبار هذا العجز يندفع بإطلاق الأدلة فلا مجال للالتزام به، و سيأتي توضيحه قريبا إن شاء الله تعالى.

(1) أي: و ليس خلوّ المكره عن القصد مراد من يقول: إنّ المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ.

(2) أي: و لأجل عدم كون خلوّ المكره عن قصد مدلول اللفظ مراد القائلين- بأنّ المكره غير قاصد لمدلول اللفظ- شرّك الشهيد الثاني بين المكره و الفضولي في عدم قصد مدلول اللفظ.

(3) أي: في عدم قصد مدلول اللفظ.

(4) أي: في أوائل المسألة، حيث قال المصنف: «و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أنّ المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» فراجع (ص 166).

(5) أي: بطلان الطلاق.

(6) أي: فرع الطلاق الإكراهي.

(7) و هو الخلو عن قصد المدلول.

(8) و هو المولى الفقيه بهاء الدين محمد بن الحسن الأصفهاني الشهير بالفاضل

المجرّد عن النية (1) فنوى اختياراً صحّ، لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطنّ لها، إذ (2) لا فرق بين التخلّص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، وقد (3) عرفت أنّ ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه عدم (4) اعتبار العجز عن التورية (5).

---

الهندي قدّس سرّه صاحب كشف اللثام.

(1) أي: كفاية مجرّد اللفظ المعرّي عن النية في التفصي عن الضرر، فمع العلم بكفاية مجرّد اللفظ - في التخلّص عن الضرر - لو نوى الطلاق وقع صحيحاً، لأنّه قصد الطلاق حينئذ اختياراً، فلا وجه لبطلانه.

(2) تعليل لرجوعه إلى التورية، يعني: أنّ اعتبار العجز عن التجريد في تحقّق الإكراه موضوعاً أو حكماً يدلّ بالملازمة على اعتبار العجز عن التورية، ووجوبها على العارف بها، مع أنّ ظاهر الأدلة الواردة في طلاق المكره عدم اعتبار العجز عن التورية.

(3) يعني: و الحال أنّ مقتضى الإطلاقات عدم اعتبار العجز عن التورية، وكذا مقتضاها عدم اعتبار العجز عن التجريد بالجهل وعدم وجوبه على العالم بكفاية اللفظ المجرّد. فحاصل الجواب عن بعض الأسئلة هو نهوض الدليل على خلافه.

(4) خبر «أنّ» و جملة «أنّ ظاهر» في محلّ نصب مفعول به لقوله: «عرفت» أي: عرفت عدم اعتبار العجز من ظاهر الأدلة والأخبار.. إلخ.

(5) تقدم تفصيله في (ص 185) حيث قال: «الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية..» فراجع. هذا ما يتعلق بكلام الفاضل الأصفهاني وغيره ممّا تعرّض له المصنّف مقدّمة لبيان ما وعد ذكره من تحقيق الفرع المذكور في التحرير.

و توضيح الأقسام (1) المتصورة في الفرع المذكور: أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه، لبنائه (2) على تحمل الضرر المتوقع به.

(1) هذا هو الغرض من قوله قبل أسطر: «بقي الكلام في ما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير» و توضيحه: أن الفرع المزبور - أعني به قصد الطلاق في من أكره على الطلاق - يتصور على صور ست تختلف أحكامها، فيصحّ الطلاق في الأوليين، و يبطل في الأخيرتين، و يستشكل في الثالثة والرابعة. و المهم في المسألة تحقيق هذه الجهة، و هي أن الداعي على الإنشاء هل هو الإكراه و إيعاد الغير أم لا؟ فنقول:

الصورة الأولى: أن يكره على طلاق زوجته، و لكنّه يتأمل في جوانب المسألة، فيرجح تحمل الضرر المتوقع به، و مع ذلك يطلق زوجته لما فيه من المصلحة، فيكون إقدامه على الطلاق ناشئاً من طيب نفسه به، و لا يرى لذلك الإكراه تأثيراً في إنشائه أصلاً. و لا ريب في صحة الطلاق في هذه الصورة، و ليست هي مقصود العلامة قدّس سرّه و غيره ممّن رجّح وقوع الطلاق، إذ لا وجه للترجيح، لتعين الصحة.

الصورة الثانية: أن يكره على الطلاق، و يرضى به بعد التأمل كالصورة السابقة، إلا أنّ الفارق بينهما كون تمام السبب - في الأولى - هو طيب نفسه به، بخلافه في هذه الصورة، فإنّ الداعي إلى الطلاق مؤلّف من إكراه المكره و من طيب نفس المكره، بحيث لو لم ينضم أحدهما إلى الآخر لم يكن كل منهما مستقلاً في الداعوية. و لا ريب في صحة الطلاق في هذه الصورة أيضاً، لتحقق الشرط و هو إرادة الطلاق، و قصده عن الرضا، و ليست هذه أيضاً محطّ نظر العلامة في ترجيحه صحة الطلاق، و سيأتي ذكر سائر الصور بتبع المتن إن شاء الله تعالى.

(2) أو لطيب نفسه الناشئ عن سوء خلق الزوجة بحيث لو لم يكرهه الجائر

و لا يخفى بدهاءة وقوع الطلاق هنا (1)، و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه، فلا معنى لجعله في التحرير أقرب (2)، و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، و جعله (3) قولاً في نهاية المرام، و استشكاله (4) فيه لعموم النص و الإجماع.

و كذا (5) لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء اختياري (6) للفاعل.

و إن (7) كان الداعي هو الإكراه، فإمّا أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعدّ به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه- بالكسر-

---

طلّقها لذلك.

(1) أي: في صورة طيب النفس بالطلاق، لوقوعه عن الطيب لا عن الإكراه.

(2) يعني: بل لا ينبغي الارتباب في صحة الطلاق، لا أنّها أقرب.

(3) هذا و قوله: «و ذكر» معطوفان على «جعله» في قوله: «فلا معنى لجعله».

(4) معطوف أيضاً على «جعله» في قوله: «فلا معنى لجعله» يعني:

و لا معنى لاستشكاله في وقوع الطلاق، لعموم النص و الإجماع على بطلان طلاق المكروه.

(5) هذه هي الصورة الثانية، يعني: و كذا لا ينبغي التأمل في صحة الطلاق فيما إذا كان الإكراه جزء السبب لوقوع الطلاق، و كان الجزء الآخر طيب النفس، للتخلص من ثقل النفقة مثلاً. و لا يؤثر الإكراه في بطلان الطلاق مع وجود طيب النفس، و إن لم ينحصر الداعي في هذا الطيب، بل كان هو مع انضمام الإكراه تمام المؤثر. نظير ما ذكره في نية الضمان في العبادة، كقصد التبريد بالوضوء، المنضم إلى التقرب.

(6) كطيب نفسه الناشئ من إرادة التخلص من ثقل النفقة أو من سوء خلق حليلته.

(7) الظاهر أنّه معطوف على قوله: «إمّا أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً»

كمن قال له ولده: «طلّق زوجتك و إلا قتلتك أو قتلت نفسي» فطلّق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده.

أو كان الداعي (1) على الفعل شفقة دينية على المكره- بالكسر- أو على المطلقة أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس في محرّم.

و الحكم في الصورتين (2) لا يخلو عن إشكال.

يعني: أنّ الإكراه إمّا أن لا يكون له دخل .. إلخ، وإمّا أن يكون له دخل.

و قد عبّر عن هذه الجملة المعطوفة بقوله: «و ان كان الداعي هو الإكراه».

و هي تشتمل على صورتين، هما الثالثة و الرابعة، وقد استشكل المصنف قدّس سرّه فيهما في صحة الطلاق.

فالصورة الثالثة: أن يكون الداعي إلى الفعل غير جهة التخلّص عن الضرر المتوجّه إلى المكره، بل يكون الداعي دفع الضرر الوارد على المكره، كما إذا هدّد شخص والده وقال له: «طلّق زوجتك و إلا قتلت نفسي» فيقدم الوالد على طلاق زوجته كارها له، لكنه يتحرّز بهذا الطلاق عن أن يصاب بفقد ولده، يعني: أنّ طلاق الزوجة أهون عليه من تلك الفاجعة.

و الصورة الرابعة: أن يكون الداعي إلى الفعل شفقة دينية على المكره، لئلا يقع في المعصية، كما إذا قال الجائر: «طلّق زوجتك لأتزوجها، و إلا زنيت بها» فطلّق زوجته عن الرضا، لئلا يقع المكره أو غيره في معصية الزنا.

(1) الأولى أن يقال: «أو من جهة شفقة دينية» بدل قوله: «أو كان الداعي على الفعل» إذ غرضه أنّه- في صورة كون الداعي هو الإكراه- قد يكون الفعل من جهة دفع الضرر الوارد على المكره كقتل الولد، وقد يكون لشفقة دينية على المكره، أو على المطلقة، أو على غيرها مما لدفع معصية الزنا مثلا.

(2) و هما: صورة دفع الضرر عن المكره، و صورة الشفقة الدينية عليه.



وإن كان الفعل (1) لداعي التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد أنّ الحذر (2) لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة (3)، لغفلته (4)

(1) معطوف على قوله: «فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به» فالأولى تبديل قوله: «وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر» بأن يقال: «وإما أن يكون الفعل من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به» فصور داعوية الإكراه ثلاث:

إحداها: أن يكون الفعل لدفع الضرر الدنيوي الوارد على المكروه.

ثانيها: أن يكون الفعل لدفع الشفقة الدينية على المكروه أو على غيره.

ثالثها: أن يكون الفعل للتخلص عن الضرر الوارد على المكروه، وهذا يتصور على وجهين:

الأول: أن يكون قصد الطلاق مثلا لأجل اعتقاد المكروه بعدم إمكان التخلص عن الضرر المتوقع به الا بإيقاع الطلاق حقيقة، لغفلته عن عدم توقف التخلص على ذلك. وهذه صورة خامسة.

والثاني: أن يوقع الطلاق حقيقة، لجهله بأنّ الشارع رفع حكم الطلاق وصحته إذا وقع عن إكراه، فزعم أنّ الطلاق الإكراهي صحيح، ولذا أوقع الطلاق حقيقة. وهذه صورة سادسة.

(2) يعني: أن التخلص من الضرر المتوقع به لا يتحقق .. إلخ.

(3) يعني: أن المكروه يتخيّل انحصار تخلّصه من الضرر المتوقع به في إيقاع الطلاق بالإرادة الجدية، لا بمجرد التلفظ بالصيغة.

(4) يعني: أنّ منشأ تخيّل المكروه هو غفلته عن حقيقة الأمر، فيوطن نفسه على البينونة عن زوجته و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصدا. ولو لا هذه الغفلة أمكن أن ينشئ اللفظ المجرد عن النية، فكان يتخلّص من شر المكروه بالصيغة العارية عن القصد، لأنّه طلاق صوري، ولم يقع حقيقة.

عن أن التخلّص غير متوقّف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق و حصول البينونة، فيوطنّ نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصدا. و هذا (1) كثيرا ما يتفق للعوام.

و قد (2) يكون هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي، أو كونه رأى (3) مذهب بعض العامة، فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصدا لوقوعه، لأنّ (4) القصد إلى اللفظ المكره عليه- بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا في وقوع البينونة- يستلزم القصد إلى وقوعها،

---

(1) أي: إيقاع الطلاق الحقيقي، لزعم توقّف التخلّص عن الضرر على الإنشاء الجدّي.

(2) معطوف على قوله: «فقد يكون» و هذه هي الصورة السادسة، و كان الأولى أن يقول: «و قد يكون قصد الفعل».

(3) بصيغة الماضي لا المصدر، أي: أو كون المكره رأى و علم مذهب العامة من صحة طلاق المكره، فزعم أن مذهب الشيعة الإمامية أيضا هو الصحة، فطلق قاصدا لوقوعه حقيقة، فتبين زوجته منه حينئذ.

(4) تعليل لصحة الطلاق، و هو مؤلّف من مقدّمتين، الأولى: كونه مكرها على التلفظ بصيغة الطلاق، الثانية: اعتقاده بسببية اللفظ لحصول البينونة، و امتناع التفكيك بين اللفظ و أثره، فيقصد الطلاق جدا و يوطنّ نفسه عليه.

و عليه فيمكن حمل كلام العلامة- من صحة الطلاق عن نيّة لو أكره عليه- على الصورة الخامسة و السادسة، لتحقق القصد الجدّي و طيب النفس فيهما.

لكن الحكم بالصحة لا يخلو عن إشكال، و البطلان أقرب، لتحقق الإكراه على اللفظ، فيسقط عن التأثير. و القصد الجدّي غير كاف ما لم يتسبب إليه باللفظ عن اختيار.

فيريضي نفسه بذلك و يوطنها عليه، و هذا (1) أيضا كثيرا ما يتفق للعوام.

و الحكم (2) في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أن تحقق الإكراه أقرب [1].

---

(1) أي: الصورة السادسة كالخامسة مما يتفق للعوام غير الملتفتين إلى خصوصيات المسائل.

(2) أي: الحكم بالصحة- على ما استقر به العلامة- لا يخلو عن إشكال، و الأقرب هو البطلان، لوجود الإكراه.

---

[1] اعلم أنه لا- بدّ قبل التعرض لشرح كلام العلامة- في فرع الإكراه على الطلاق- و بيان صحته أو بطلانه من ذكر الصور المتصورة في المسألة:

الأولى: أن يكرهه الجائر على الطلاق، لكنه متمكّن من دفع ضرر المكره، و مع ذلك يوقع الطلاق. لا ينبغي الإشكال في صحة الطلاق حينئذ، لعدم استناده إلى خوف ضرر المكره بل يستند إلى الرضا، فلا وجه لبطلانه، و الظاهر خروجه عن مورد كلام العلامة قدّس سرّه.

الثانية: أن يقع الطلاق عن إكراه الجائر، بحيث يصدر عن خوف الضرر المتوقع به، ترجيحاً لأقل الضررين من الطلاق و من الضرر المتوقع به.

لا ينبغي الإشكال في الفساد في هذه الصورة مطلقاً، سواء أ كان المكره معتقداً بصحة العقد الواقع عن إكراه لجهله بالمسألة، أم معتقداً بعدم اندفاع الضرر إلا بقصد حقيقة العقد أو الإيقاع كالطلاق فقصده، فإنّ الإكراه في جميع هذه الصور مبطل، لشمول أدلته لكل ما يقع عن إكراه. و مقتضى ترك الاستفصال عدم الفرق في البطلان بين الاعتقاد بالصحة و عدمه، فلا وجه للتردد في الحكم بالصحة و الفساد كما صدر من المصنف قدّس سرّه، و إن تعقبه بقوله: «إلا أنّ تحقق الإكراه أقرب».

---

وبالجملـة: فالظاهر بطلان الطلاق فيما إذا صدر عن خوف الضرر المتوقع به من المكروه مطلقا وإن اعتقد المكروه صحة الطلاق، فإن الإكراه يرفع أثر العقد والإيقاع بمقتضى إطلاق حديث رفع الإكراه.

فالتفصيل بين الاعتقاد بالصحة وعدمه- في الصحة في الأول، والفساد في الثاني كما عن بعض العامة- لا وجه له، لصدق الإكراه وعدم طيب النفس في الجميع.

ويدل على ذلك- مضافا إلى حديث الرفع- صحيحة البنظي عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: وضع عن أمي ما أكرهوا عليه» (1).

الثالثة: أن يكون الإكراه بعض السبب المؤثر لا- تمام السبب، كما إذا كان في الطلاق بعض الجهات الموجبة لمحبوبيته، وكان الإكراه متمما لسببية تلك الجهات، بحيث لو لم يكن الإكراه لم تؤثر تلك الجهات. وكذا لو لم تكن تلك الجهات لم يكن الإكراه مؤثرا في وقوعه، ولا باعثا إليه، ولا حاملا عليه.

وبالجملـة: يكون صدور الطلاق مستندا إلى أمرين، أحدهما الرضا، والآخر الإكراه، وبانتفاء أحدهما ينتفي الطلاق والظاهر بطلان الطلاق في هذه الصورة أيضا، لظهور أدلة اعتبار الرضا في العقود والإيقاعات في اعتبار الرضا مستقلا، بحيث يكون صدور الإنشاءات عن الرضا بالاستقلال.

وإن شئت فقل: إن مقتضى الصحة هو الرضا، فإذا انضم إليه الإكراه انتفى مقتضى للصحة قطعا أو احتمالا، والشك في وجود مقتضى الصحة كاف في الحكم

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 136 الباب 12 من أبواب كتاب الايمان الحديث: 12.

بالفساد الذي يقتضيه أصالة الفساد، بعد عدم عموم دليل أو إطلاق يثبت دخل مطلق طيب النفس و لو ضمينا، هذا.

الرابعة: أن يكون كل واحد من الرضا النفساني - الناشئ عن سوء خلقه الزوجة أو خلقها مثلا- و الإكراه علة تامة و سببا مستقلا في نفسه لوقوع الطلاق، بحيث لو لم يكن إكراه لوقوع الطلاق أيضا، و بالعكس.

و الظاهر صحة الطلاق في هذه الصورة، لوجود المقتضي للصحة هنا و هو الرضا الاستقلالي، حيث إن ظاهر الأدلة اعتبار الاستقلال في سببية الرضا لصحة العقد أو الإيقاع، و هذا الاستقلال موجود في هذه الصورة. بخلاف الصورة السابقة، فإن الرضا كان فيها جزء السبب، فقياس هذه الصورة بسابقتها في غير محله، لتامة المقتضي للصحة هنا دون تلك الصورة.

و المراد بكون كل منهما مستقلا في الداعوية هو الشائية و الصلاحية، لا الاستقلال في الداعوية الفعلية، فإنها من المحالات، لامتناع اجتماع علتين مستقلتين على معلول واحد كما قرّر في محله، فلا محالة يكون كل منهما جزءا للعلّة المؤثرة فعلا، فهما علة واحدة مركبة، لكن الأثر يكون للطيب فقط، و لا يترتب على الإكراه أثر، لأنه ليس مقتضيا للفساد حتى يندرج المقام في تعارض المقتضيين، الإكراه المقتضي للفساد و الطيب المقتضي للصحة، بل يكون الفساد مع الإكراه لأجل عدم المقتضي للصحة، و هو الطيب، فالإكراه لا يقتضي الفساد، بل الفساد مع الإكراه مستند إلى عدم المقتضي و هو الطيب، فاجتماع الإكراه و الطيب يكون من قبيل تعارض المقتضي و اللامقتضي، لا من قبيل تعارض المقتضيين. و من المعلوم انه لا أثر إلا للمقتضي، و هو في المقام طيب النفس، و ضمّ اللامقتضي إلى المقتضي كضم الحجر في جنب الإنسان.

فالمتحصل: أنه لا بدّ من الحكم بصحة الطلاق في هذه الصورة، هذا.

و على فرض التسليم - و كون الإكراه مانعا عن الصحة و مقتضيا للفساد - لا يجري

---

فيه أيضا حديث الرفع. لأنّ بطلان الطلاق مع الرضا وطيب النفس خلاف الامتنان.

ولعلّ مراد العلامة قدّس سرّه هذه الصورة بقريضة قوله: «ناويا» إذ ليس المراد قصد مدلول اللفظ بداهة، حيث إنّ المكره ليس غافلا ولا هازلا، بل هو قاصد لاستعمال الألفاظ في معانيها، فالمراد بالنية قصد إيجاد المعنى المقصود باللفظ، غاية الأمر مع اقتران هذا القصد الناشئ عن الطيب بالإكراه.

وقد ظهر مما ذكرنا ضعف ما عن المحقق النائيني قدّس سرّه من أنّه «حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد، فيصير كل واحدة إذا اجتمعتا جزء السبب، و الفعل يستند إليهما معا. و كل علتين مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كل منهما» (1).

وجه الظهور عدم كون الإكراه مقتضيا للفساد ليكون المقام من قبيل توارد علتين المستقلتين على معلول واحد، بل الإكراه يعدم مقتضي الصحة، فمع وجود ما يقتضي الصحة وهو الرضا يصح العقد أو الإيقاع، هذا.

تنبيه: لا يخفى أنّه لا فرق في بطلان الطلاق عن إكراه بين رجوع الضرر المتوقع به إلى نفس المكره أو إلى عرضه و شرفه أو إلى ماله، و بين رجوع الضرر إلى غيره ممّن يهتمّ أمره المكره كزوجته و ولده و خادمه و غيرهم ممّن يتعلّق به، كأن يقول: «طلق زوجتك، و إلا قتلتك أو قتلت ابنك أو أخاك».

كما لا فرق بين كون الضرر دنيويا كأن يقول: «طلق زوجتك و إلا أخذت مالك أو مال ولدك أو أخيك» و بين كونه دينيا كأن يقول: «طلق زوجتك و إلا منعتك أو ولدك أو أخاك عن الصلاة مثلا» فإنّ مفهوم الإكراه ينطبق على الجميع.

---

(1) منية الطالب: ج 1 ص 196.

ص: 266

ثمّ (1) إنّ المشهور بين المتأخرين (2)

صحة عقد المكره المتعقب بالرضا

(1) هذه جهة أخرى من جهات البحث في إنشاء المكره، وهي: أنّ عقد المكره هل يصحّ تأهلاً بأن يتم تأثيره بالرضا اللاحق، أم أنّه ينعقد فاسداً غير قابل للتأثير بلحوق الرضا؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو المشهور الصّحة التأهليّة، نظير عقد الفضول.

و ثانيهما: هو البطلان، لوجوه ثلاثة أشار إليها في المتن، وسيأتي بيانها.

(2) تقييد الشهرة بالمتأخرين ربما يظهر منه عدم شهرة الصحة بين من عداهم من المتقدمين، ولكن الظاهر شهرة الحكم بين غير المتأخرين أيضاً، ففي حاشية الفقيه

نعم لو كان الغير نفس المكره، فإن كان ممن يتعلق به بحيث يكون ضرره ضرراً على المكره، كأن يقول ولده له: «طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي» أو يقول له: «أعطني كمية خاصة من الفلوس لأسافر إلى الخارج لتحصيل العلم وإلا قتلت نفسي أو أترك الصلاة أو أخرج عن الدين» أو «هاجر إلى البلد الفلاني للتوطن هناك وإلا قتلت نفسي» وأشبه ذلك، فالظاهر تحقق الإكراه في ذلك، لأنّ قتل الولد نفسه ضرر على الوالد.

وإن كان ذلك الغير أجنبياً عن المكره، كما إذا قال: «طلق زوجتك لأتزوجها وإلا زنيت بها» فإنّ تطبيق أدلة الإكراه هنا يوجب فساد الطلاق المستلزم للوقوع في الضرر وهو الزنا، لأنّ فساد الطلاق للإكراه مستلزم لبطلان التزويج المترتب عليه، فيقع المكره في الزنا، وهو ضرر دينيٌّ مكروه للمكره، فيكون خلافه محبوباً له، وهو متوقف على الطلاق الصحيح، فيصير الطلاق الصحيح محبوباً غيريّاً، هذا.

مضافاً إلى الإشكال في صدق الإكراه، لكون الضرر المتوقع به وارداً على المكره لا المكره كما هو المفروض.

أنّه لو رضي المكره (1) بما فعله صحّ العقد، بل (2) عن الرياض تبعاً للحدائق «أنّ عليه اتّفاقهم» (1) لأنّه (3) عقد حقيقي، فيؤثّر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النفس (4).

ودعوى اعتبار (5) مقارنة طيب النفس للعقد،

---

المامقاني قدّس سرّه: «بل المشهور ذلك مطلقاً، في كثير من العبارات. بل ظاهر كثير من العبارات الاتّفاق عليها» (2).

(1) المراد به هو المالك المباشر للعقد، كما تقدم أنّه الغالب، لقلة موارد تعدّد المالك وعاقد.

(2) غرضه الإضراب عن مجرد شهرة الحكم إلى كون الصحة معقد الإجماع.

(3) هذا دليل المشهور وهو يتم بعد ما تقدّم من أنّ المكره قاصد لمدلول العقد، وإلا فهو مصادرة.

(4) الحاصل بعد العقد، وهو كاف في الصحة بعد عدم الدليل على اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، بل مع وجود الدليل على عدمه، فإنّ الإطلاقات تنفي الشكّ في اعتبار المقارنة، وتثبت عدم اعتبارها.

(5) هذا أوّل الوجوه المستدل بها على عدم إجداء لحوق الرضا بعقد المكره، ومحصّله: أنّ شرط صحة العقد ليس مطلق وجود الرضا قارن العقد أو لحقه، بل هو خصوص الرضا المقارن للإنشاء، على ما يستفاد من مثل «التجارة عن تراض» فلو كان طيب النفس مفقوداً حال الإنشاء وقع العقد باطلاً، ولا سبيل لتصحيحه بالرضا اللاحق، لعدم صدق «التجارة الناشئة عن تراض» عليه.

وهذا الوجه يمكن أن يستفاد من كلام المحقق الثاني قال قدّس سرّه: «و اعلم أنّ هذه

---

(1) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 373، رياض المسائل، ج 1، ص 511 والحاكي عنهما صاحب الجواهر، فراجع جواهر الكلام، ج 22، ص 267.

(2) غاية الآمال ص 337.

ص: 268



خالية (1) عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات.

وأضعف منها (2) دعوى اعتبارها في مفهوم العقد، اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقية.

---

المسألة- يعني صحة عقد المكره بلحوق الرضا- إن كانت إجماعية فلا بحث. وإلا فللنظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضا، ولا- يتحقق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقق الرضا، لأن الظاهر من كون العقود بالقصود اعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر» (1).

فإن أريد من اعتبار القصد المقارن معناه الظاهر- أي إرادة المضمون جدّاً- كان هو الوجه الآتي. وإن أريد منه ما وجهه المصنف قدّس سرّه سابقاً- من انتفاء الرضا وأن المكره قاصد للمدلول- كان هو الوجه الأول من وجود القصد وفقد الرضا المقارن.

وعلى كلّ منهما فقد نقل السيد العاملي وصاحب الجواهر وغيرهما إشكال جامع المقاصد على صحة عقد المكره بلحوق الرضا.

وكيف كان فقد أجاب المصنف عن الوجه الأول: بعدم الدليل على اشتراط صحة العقد بالرضا المقارن، بل مطلق الرضا ولو بعد العقد كاف في تأثيره، ولو شك في اعتبار مقارنة هذا الشرط للإنشاء فمقتضى إطلاق حلّ البيع وجوب الوفاء بالعقود نفي اعتبار المقارنة له.

(1) خبر قوله: «و دعوى» وقوله: «مدفوعة» خبر بعد خبر.

(2) أي: من دعوى جماعة اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد وهذا ثاني الوجوه المستدلّ بها على عدم فائدة لحوق الرضا بعقد المكره، وهو ظاهر جماعة، منهم الشهيدان، وقد أشار إليه المصنف في صدر المسألة بقوله: «ثم إنّه يظهر من جماعة منهم الشهيدان أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله» فعدم طيب النفس

---

(1) مفتاح الكرامة ج 4 ص 174، جواهر الكلام ج 22 ص 267، جامع المقاصد ج 4 ص 62.

ص: 269

يوجب انتفاء القصد الجدّي للمدلول، فينتفي مفهوم العقد بانتفاء القصد، ولا منشأ لانتفاء القصد إلا الإكراه الرافع لطيب النفس.

والفرق بين هذا الوجه وسابقه: أنّ المقصود في الوجه الأوّل التمسك بدليل اعتبار الرضا في العقود، وأنّ مقتضى الاشتراط شرعا- بعد الفراغ من صدق العقد عرفا على إنشاء المكروه- هو خصوص المقارنة، لا مطلق وجود الرضا. بخلاف هذا الوجه الثاني، فإنّ الغرض منه سلب عنوان العقد عن عقد المكروه حقيقة، لتقوم العقد بالقصد المنفي بالإكراه كما هو المفروض.

وجعله المصنف أضعف من الوجه الأوّل، وجه الأضعفية: أنّ العقد العرفي غير منوط بالطيب، بل العقد العرفي ينشأ تارة عن طيب النفس، وأخرى عن الكراهة.

والشاهد على صدق العقد على الإنشاء المجرد عن رضا المالك التزامهم بكون عقد الفضوليّ عقدا حقيقة، وإثما يتوقف تأثيره على إجازة المالك، ولو لم يكن عقدا عرفيا- بأن كان كإنشاء الهازل- امتنع تأثيره بعد لحوق رضا المالك.

وعليه فمقارنة الرضا للإنشاء غير مقومة للعقد عرفا، ولا شرطا له شرعا.

(1) هذا ثالث الوجوه، ومحصله: إسقاط عقد المكروه عن الصحة التأهلية وجعله كالعدم، من جهة اعتبار مقارنة رضا العاقد للإنشاء شرعا، وحيث إنّ العاقد المكروه فاقد له لم ينفعه لحوق الرضا. ولا فرق في البطلان بين كون المكروه العاقد مالكا لأمر الإنشاء- كما هو الغالب- أم غير مالك له، ولكنه أكره على بيع مال الغير أو طلاق زوجة الغير، على ما سبق تفصيله في (ص 234) وردّه المصنف قدس سرّه بالنقض بصحة عقد المكروه بحق، ممّا يكشف عن عدم دخل رضا العاقد شرعا حين الإنشاء، كما إذا أمر الحاكم الشرعيّ الزوج ببيع شيء من أمواله لينفق على زوجته، أو أمر المحتكر للطعام ببيعه، أو أمر المديون المماطل في أداء الدين ببيع شيء لإيفاء ثمنه في

اعتبار طيب نفس العاقد (1) في تأثير عقده (2)، اللازم منه عدم صحة بيع المكره بحق، وكون (3) إكراهه على العقد تعدياً لا لتأثير فيه.

و يؤيده (4) فحوى صحة عقد الفضولي، حيث إنّ المالك طيب النفس

الدين أو أمر السيد الكافر ببيع عبده الذي أسلم، فيصحّ البيع في هذه الموارد مع عدم طيب نفس العاقد.

فإنّما أن تكون الصحّة موافقة للقاعدة أي عدم اعتبار رضا العاقد في مقام تأثير الإنشاء، و إنّما أن تكون تعبدًا محضًا، بأن يحكم الشارع بالصحة مع فرض عدم تأثير العقد السابق الفاقد لطيب النفس، و من المعلوم بعد الالتزام بالتعبد، فلا بدّ من القول بعدم دخل رضا العاقد شرعًا، هذا.

و الوجه في كون هذا الوجه أضعف من سابقه هو: أنّ مقارنة الرضا للعقد - لو قيل بها - فإنّما يراد بها رضا المالك، لكونه مخاطبًا بوجوب الوفاء، و إنّما العاقد - الأجنبي عن المالك - فلا دخل لرضاه في تأثير العقد، و إنّما يلزمه قصد المدلول، و المفروض تحقّقه. و سيأتي تأييد المطلب ببيع الفضولي.

(1) يعني: بما هو عاقد: مع الغض عن كونه مالكا.

(2) يعني: في صحة العقد شرعًا، فالدعوى الأولى راجعة إلى دخل طيب النفس في مفهوم العقد عرفًا، و هذه الدعوى ترجع إلى دخله في صحة العقد شرعًا فقط، يعني: يعتبر رضا العاقد - لا المالك - في تأثير العقد.

(3) بالرفع معطوف على «عدم» يعني: أن اللازم من دخل اعتبار الطيب في تأثير العقد عدم صحة بيع المكره بحق، و أنّ إكراهه على العقد إنّما هو لأجل التعبد لا لصحته، و هذا في غاية البعد.

(4) يعني: و يؤيد عدم اعتبار مقارنة الطيب للعقد: أنّ طيب نفس المالك المستكشف من إمضائه لإنشاء الفضولي يوجب صحة عقده، فطيب نفس المالك

بوقوع أثر العقد و غير منشئ للنقل بكلامه (1). و إمضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه، و ليس إنشاء مستأنفاً.

مع (2) أنه لو كان فهو موجود هنا، فلم (3) يصدر من المالك هناك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد، و هذا (4) موجود فيما نحن فيه مع زائد،

المكره بما أنشأ يؤثر في صحة عقده الواقع حين الإكراه بالأولية، لأنه إذا أثر رضاه في إنشاء الفضولي الأجنبي كان تأثيره في إنشاء نفسه بطريق أولى.

و بعبارة أخرى: عقد الفضولي فاقد لأمرين، و عقد المكره فاقد لأمر واحد، فصحة عقد الفضولي تقتضي صحة عقد المكره بالأولية القطعية.

فالأمران المفقودان في الفضولي أحدهما: إنشاء البيع من المالك بالمباشرة أو بالتسبيب بالاذن و الوكالة. و ثانيهما: طيب النفس حين العقد.

و المفقود في عقد المكره طيب النفس خاصة. فصحة عقد الفضولي بلحوق رضا المالك و إجازته تقتضي صحة عقد المكره بطيب نفسه بعد العقد بالأولية.

(1) يعني: أنّ إجازة المالك الأصيل ليست لإنشاء للنقل بقوله: «أجزت» حتى يتوهم مقارنته لطيب نفسه، و إنّما هو تنفيذ للعقد السابق الذي أنشأه الفضولي مع الطرف الآخر.

(2) يعني: مع أنه لو كان إمضاء إنشاء الغير إنشاء مستأنفاً فهو موجود هنا، إذ المفروض إمضاؤه للعقد المكره عليه.

(3) الفاء للتعليل، و حاصله: أنّ الموجود في العقد الفضولي - و هو طيب نفس المالك متأخراً عن العقد - موجود هنا أي في عقد المكره مع شيء زائد، و هو إنشاء نفس المالك للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما تقدم من أنّ عقد المكره عقد حقيقي.

(4) أي: طيب النفس بالانتقال موجود في المكره و إن كان متأخراً عن العقد.

و هو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أنّ عقده إنشاء حقيقي (1).

و توهم أنّ عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا (2) و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه، مدفوع (3) بالقطع بأنّ طيب النفس لا أثر له لا في صدق العقدية، إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، و لا في النقل و الانتقال، لعدم مدخلية غير المالك فيه.

نعم (4) لو صحّ ما ذكر سابقا (5)

---

(1) لكونه قاصدا للمضمون و إن كان عن إكراه لا عن اختيار.

(2) أي: في عقد المكره، و حاصل التوهم: أن طيب نفس العاقد حين العقد موجود في عقد الفضولي و مفقود في عقد المكره حين إنشائه، و هذا هو الفارق بين عقد الفضولي و عقد المكره.

(3) خبر «توهم» و توضيح الدفع: أنّ الفرق المزبور و إن كان مسلّما، لكنّه غير فارق بين المقامين، ضرورة أنّ هذا الطيب لا أثر له لا في توقف صدق مفهوم العقد العرفي عليه، لكفاية مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، و لا في أثره و هو النقل و الانتقال، إذ لا مدخلية لطيب غير المالك، فيه.

(4) غرضه توجيه بطلان عقد المكره رأسا، من جهة أن تحميل الغير ينفي القصد الجدّي إلى المدلول، فيكون إنشاؤه لفظا مجردا عن مضمونه و معناه، و لمّا كان قوام العقد بالقصد صحّ سلب العقد عن إنشاء المكره حقيقة، و لا يبقى موضوع لتأثيره بلحوق الرضا، هذا.

وقد أبطله المصنف قدّس سرّه سابقا في تحقيق كلام الشهيدين من القطع بفساده، و أنّ المكره قاصد جدّا للمدلول و إن كان عن كره لا عن طيب نفس.

(5) يعني في (ص 157) حيث قال: «ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيديان: أنّ المكره قاصد إلى اللفظ...».

من توهم أنّ المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلا، و أنّه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت كما صرّح به بعض (1) صحّ (2) أنّه لا يجدي تعقب الرضا، إذ لا عقد حينئذ (3). لكن عرفت (4) سابقا أنّه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع.

فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمّل في المسألة كما عن الكفاية (5) و مجمع الفائدة (6) تبعا للمحقق الثاني في جامع المقاصد،

---

(1) و هو صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال: «و قصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت غير مجد، كما أنّه لا يجدي في الصحة تعقب إرادة العقد بذلك ..» (1).

(2) جواب الشرط في قوله: «لوصح».

(3) أي: حين عدم كون المكره قاصدا للمدلول- وإنما يقصد اللفظ خاصة- لا عقد حتى يتم تأثيره بالرضا اللاحق.

(4) يعني: في (ص 161) حيث قال: «و هذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمّل في معنى الإكراه لغة و عرفا .. إلخ».

(5) قال الفاضل السبزواري قدّس سرّه فيها: «قالوا: و لورضى كل منهم بما فعل بعد زوال عذره لم يصح، عدا المكره، استنادا إلى تعليقات اعتبارية من غير نص. فالمسألة محل إشكال» (2).

(6) قال في الاشكال على حكم العلامة قدّس سرّهما بصحة عقد المكره المتعقب بالرضا ما لفظه: «و بالجملة: لا إجماع فيه و لا نصّ، و الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض، و ما مرّ يدلّ على عدم الانعقاد، و هو ظاهر. إلّا أنّ المشهور الصّحة، و ما نعرف لها دليلا، و هم أعرف رحمهم الله، و لعلّ لهم نصّا

---

(1) جواهر الكلام: ج 22 ص 267.

(2) كفاية الأحكام، ص 89، السطر 3.

ص: 274

وإن انتصر لهم بعض من تأخّر (1) عنهم بقوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» الدال (2) على اعتبار كون العقد عن التراضي (3).

مضافا إلى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الإكراه مؤيدا بالنقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا.

---

ما نقل إلينا «1»، وهذه العبارة ظاهرة في ترجيح البطلان، لا مجرد التأمل في الصحة كما نسبه الماتن إليه.

(1) لم أظفر بهذا المنتصر المستدل بالآية المباركة وبحديث رفع الإكراه والنقض بالهازل، نعم انتصر صاحب الجواهر قدّس سرّه للبطلان بحديث رفع الإكراه والنقض بالهازل، كما ذكر هذا النقض في مفتاح الكرامة «2». وأما الاستدلال بآية التجارة عن تراض فموجود في عبارة المحقق الأردبيلي المتقدمة.

و كيف كان فالدليل الأوّل هو ظهور الآية المباركة في اعتبار مقارنة الرضا للتجارة، وهي مفقودة في عقد المكروه حسب الفرض.

والدليل الثاني هو حديث رفع الإكراه، الظاهر في سقوط العقد الإكراهي عن التأثير، فلا يجديه الرضا اللاحق، لعدم انقلاب الشيء عمّا وقع عليه، والمفروض كون عقده بمنزلة العدم، وليس مقتضيا للتأثير حتى يتم تأثيره بلحوق الرضا.

و المؤيّد هو النقض بالهازل وشبهه، حيث إنّه لا يقصد المدلول، فلا يصحّ إنشاؤه بتعقبه بالإرادة الجدية، إذ لا عقد حقيقة عند انتفاء القصد. ولو صحّ عقد المكروه بتعقبه بالرضا لزم صحة عقد الهازل أيضا بتعقبه بالقصد الجدّي، مع أنّهم لم يلتزموا بصحته أصلا، فلا بدّ أن يقال بالبطلان في المكروه أيضا، لوحدة المناط.

(2) بالجر صفة ل «قوله تعالى».

(3) والمفروض انتفاء «التجارة عن تراض» في عقد المكروه، لوجود الإكراه

---

(1) مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 156.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 268، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 174.

ص: 275

و الكل كما (1) ترى، لأن (2) دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إما بمفهوم الحصر وإما بمفهوم الوصف.

و لا حصر كما لا يخفى، لأن الاستثناء منقطع (3) غير مفرغ.

المانع عن تحقق الرضا وطيب النفس، و الرضا اللاحق لا يجعل العقد السابق من «التجارة عن تراض» لأن مقتضى كلمة المجاوزة هو كون الرضا موجودا حين العقد بحيث تكون التجارة ناشئة عنه.

(1) وهي الآية و النبوي و التأيد بالنقض بالهزل.

(2) حاصله: أن الاستدلال بالآية الشريفة على بطلان عقد المكره منوط بدالاتها على حصر السبب المشروع لتملك أموال الناس بالتجارة عن تراض، و دلالتها على الحصر لا بد أن تكون بأحد وجهين: إما مفهوم الحصر، وإما مفهوم الوصف، و كلاهما غير ثابت.

أما الأول فلتوقفه على أن يكون الاستثناء متصلا، بأن يكون المستثنى من أفراد المستثنى منه، إما بذكره في الكلام كقوله: «ما جاء القوم إلا زيدا» فإنه يدل على انحصار عدم المجيء في غير زيد. و انحصاره في زيد وإما بكون الاستثناء مفرغا حذف المستثنى منه من الكلام، و يقدر ما يشمل المستثنى كقوله: «ما جاء إلا زيد» فيقدر مثلا «القوم» الشامل لزيد، فيدل الاستثناء على حصر الجائي في زيد.

و أما الثاني - وهو مفهوم الوصف - فتقريبه: أن وصف التراضي المأخوذ في الآية المباركة ظاهر في إناطة جواز الأكل بالتجارة الموصوفة برضا المتعاقدين بها، و حيث إن المكره غير راض حال العقد لم يحل أكل ماله المأخوذ بالتجارة عن كراهة، سواء رضي بعد العقد أم لم يرض أصلا. و سيأتي المناقشة في كلا المفهومين.

(3) هذا تقريب عدم دلالة الاستثناء على الحصر، و حاصله: أن الاستثناء منقطع لا متصل، لأنه استثناء من الباطل، و من المعلوم أنه لا يصلح لأن يكون مستثنى منه للتجارة عن تراض إذ معناه حينئذ «لا تملكوا أموال الناس بالباطل»



و مفهوم (1) الوصف - على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ.

إلا أن يكون ذلك الباطل تجارة عن تراض» و هذا المعنى غير صحيح.

و ظاهر كلامه قدس سره دخل كل من القيد في منع الحصر، فلو كان الاستثناء متصلا أفاد الحصر، كما أن المنقطع لو كان مفرغا أفاد الحصر، فهنا دعويان:

إحدهما: أن الاستثناء المنقطع غير المفرغ لا يفيد الحصر كما في المقام، لأن المستثنى ليس من جنس المستثنى منه حتى يكون خروجه عنه مفيدا للحصر.

و الأخرى: أن الاستثناء المنقطع المفرغ يفيد الحصر، لأن ترك المستثنى منه في الكلام إنما يكون مع العلم به، و لشموله للمستثنى، فيصير المراد من قوله: «ما جاءني إلا حمار» نفي المجيء عن كل ما هو صالح للمجيء، فإذا ثبت المجيء للمستثنى و هو الحمار أفاد حصر المجيء - من بين ما هو صالح للمجيء - في الحمار.

لكن فيه: أن هذا التقريب يجعل الاستثناء متصلا، و يدرج المستثنى تحت المستثنى منه.

(1) منصوب بالعطف على «الاستثناء» و غرضه منع الحصر المستفاد من الوصف على القول بالمفهوم فيه.

و بيانه: أن الوصف المذكور في المنطوق يكون تارة غالبا، كما في تحريم الربائب الموصوفة بكونها في حجور أزواج أمهاتهن، إذ الغالب مصاحبة البنت لأمها المتزوجة و عدم المفارقة بينهما. و أخرى لا يكون غالبا، و إنما يوصف به بعض أفراد الموصوف، كما إذا قال: «أكرم الشعراء العدول».

وقد تقرّر في الأصول أن انعقاد الظهور المفهومي في الوصف مخصوص بالثاني، و أمّا الوصف الغالبي فلا مفهوم له، و لذا حكموا بحرمة الريبة مطلقا سواء أكانت في حجر زوج الأم أم لم تكن.

و دعوى وقوعه (1) هنا مقام الاحتراز ممنوعة، وسيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي (2).

وأما حديث الرفع، ففيه (3) أولاً: أنّ المرفوع فيه

و من المعلوم أنّ وصف التراضي في الآية المباركة ناظر إلى غالب التجارات المنشئة خارجاً، حيث تكون مقترنة برضا المتعاقدين، ولا مفهوم لها حتى تدل على بطلان عقد المكره الفاقد للرضا حال التجارة، كما لا مفهوم في آية حرمة الربائب بالنسبة إلى من لم تكن منهن في الحجر. هذا توضيح مناقشة المصنف في الاستناد إلى الآية لإسقاط عقد المكره المتعقب بالرضا عن التأثير.

(1) أي: وقوع الوصف مقام الاحتراز، والوجه في منع كون الوصف احترازياً ما أفاده في بيع الفضولي - وسيأتي توضيحه ثمة - من ورود الوصف مورد الغالب، و من احتمال كون «عَنْ تَرَاضٍ» خبراً بعد خبر، و من أن الخطاب للمالك، و رضاه اللاحق يوجب اتصاف تجارته بالتراضي، فهو موضوع للمنطوق لا للمفهوم.

(2) حيث قال هناك: «إنّ دلالة على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ .. إلخ» فراجع (ص 474).

(3) يعني: أنّ التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكره حتى بعد لحوق الرضا مخدوش أيضاً - كالأستدلال بالآية - بوجهين.

توضيح الوجه الأول: أنّ حديث رفع الإكراه يرفع المؤاخذة والأحكام الإلزامية، كما إذا أكره على ارتكاب محرّم، فإنّ الحديث يرفع حرمة كسب الخمر، و أمّا الحكم بوقوف عقده على رضاه فلا يرفعه الحديث، لأنّه راجع إلى أنّ له أن يرضى بالبيع الصادر عنه إكراهاً، و هذا حقّ له عليه حتى يرتفع بحديث الرفع الوارد في مقام الامتنان.

وبعبارة أخرى: الدليل أجنبي عن المدعى، إذ المقصود نفي الأثر - كالنقل

والانتقال المترتب على بيع المختار- عن بيع المكروه المتعقب برضاه، والحديث غير واف به، وذلك لما تقرّر في الأصول من أمرين:

أحدهما: كون المرفوع المقدّر هو المؤاخذة على الإكراه، ونحوه ممّا ورد في حديث الرفع.

وثانيهما: ورود الحديث مورد الامتنان على الأمة وعلى آحاد المكلفين.

فبناء على هذين الأمرين يقتضي «رفع الإكراه أو ما أكرهوا عليه» عدم مخاطبة المكروه بترتيب الأثر على عقده، وعدم وجوب الوفاء به بتسليم المبيع مثلا إلى المشتري. وأمّا ثبوت حقّ للمكروه بعد العقد بأن يقال له: «يجوز لك إنفاذ ذلك العقد ليرتب عليه الأثر كما يجوز لك عدم الرضا به كي لا- يجب عليك الوفاء به» فهو ليس حكما إلزاميا على المكروه حتى يرتفع بالحديث، بل هو حق له ينتفع به و من المعلوم اختصاص الحديث برفع ما فيه ثقل ومشقة، لا السلطنة على الردّ والإمضاء.

فإن قلت: عقد المكروه وإن لم يكن موضوعا لأثر إلزامي بالنسبة إلى نفسه، إلّا أنّه موضوع له بالنسبة إلى الطرف الآخر، مثلا لو أكره زيد على بيع داره، فباعها، فلو قلنا بقابلية عقد المكروه للصحة بلحوق الرضا لزم على المشتري الصبر إلى أن يختار المكروه الردّ أو الإمضاء، والوجه في وجوب الصبر عليه مخاطبته بوجوب الوفاء بعقده، لتمامية العقد بالنسبة إليه، فيحرم من التصرف في الثمن مدّة إلى أن يختار المكروه أحد الأمرين من الفسخ والإنفاذ، و من المعلوم أنّ وجوب الصبر على الطرف مؤاخذة عليه، فترتفع بالحديث، ومعه لا- يبقى موضوع لحق المكروه من سلطنته على الإجازة والردّ.

قلت: لا- مجال للتمسك بالحديث لرفع وجوب الانتظار عن الطرف، فالعقد لازم من جهته، وعليه الصبر، وذلك لأنّ الحديث رافع للمؤاخذة عن المكروه، لا عن

هي المؤاخذة (1)، والأحكام (2) المتضمنة لمؤاخذة المكره (3) وإلزامه (4) بشيء.

والحكم (5) بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك (6)، وهذا (7) حق له لا عليه (8).

نعم (9) قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ، وهذا (10) إلزام لغيره، والحديث لا يرفع المؤاخذة والإلزام عن غير المكره

---

المختار، فوجوب الوفاء بالعقد جار في حقه وإن لم يجر في حق المكره ببركة حديث الرفع، ولا مانع من التفكيك في حكم عقد شخصي بين طرفيه، هذا محصل ما أفاده المصنف في الوجه الأول، وإن بقي دفع توهم آخر سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: أن المقدر هو المؤاخذة، كما تكرر ذلك في كلمات المصنف، وقد تقدم منه أيضا في حديث رفع القلم عن الصبي، فراجع.

(2) معطوف على «المؤاخذة» يعني: أن المرفوع هو الأحكام الإلزامية، فإنها هي التي يترتب عليها استحقاق المؤاخذة الدنيوية أو الأخروية.

(3) كسببية العقد للنقل، فهي مرفوعة عن المكره.

(4) معطوف على «المؤاخذة» يعني: أن المرفوع في الحديث هو إلزامه بشيء.

(5) يعني: والحال أن الحكم بتوقف عقد المكره على رضاه المتعقب معناه إثبات سلطنة له، وهي ضد المؤاخذة، والحديث رافع لما على المكلف، لا لما له.

(6) أي: بعقده الذي أنشأه حال الكراهة.

(7) أي: وقوف عقده على رضاه حق لنفع المكره لا على ضرره.

(8) يعني: فلا يرفعه الحديث، لأنه بمقتضى كونه امتنانيا يرفع ما عليه لا ما له.

(9) هذا استدراك على ما أفاده من عدم جريان الحديث لنفي سلطنة المكره على الفسخ والرد، وقد تقدم توضيحه آنفا بقولنا: «فان قلت».

(10) أي: وإلزام الطرف بالوفاء والصبر إلزام لغير المكره، وهذا الغير ليس

كما تقدّم (1). و أمّا إلزامه (2) بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو (3) من توابع الحق (4) الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل (5) المتحقق على وجه الإكراه.

ثم إنّ ما ذكرنا (6) واضح على القول بكون الرضا ناقلاً. وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

---

موضوعاً للحديث حتى تنتفي صحة عقد المكره التأهليّة، وقد تقدم توضيح جواب هذا الاستدراك بقولنا: «قلت».

(1) لم يتقدم التصريح به، ولكنه يستفاد من قوله قبل سطرين: «أنّ المرفوع فيه هي المؤاخذة، الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره..».

(2) هذا دفع لما يتوهم من أنّه إذا كان المرفوع بالحديث المؤاخذة و الأحكام الإلزامية فاللزام ارتفاع إلزام المكره- بعد مدة مديدة- باختيار البيع أو فسخه، مع أنه ثابت غير مرفوع بالحديث.

(3) هذا دفع التوهم المزبور، وحاصله: أن هذا الإلزام إن كان من أحكام الفعل المكره عليه كان الأمر كما ذكره، لكنه ليس كذلك، لأنّه من أحكام وقوف العقد على الرضا الثابت له بسبب الإكراه، فيمتنع ارتفاعه بالإكراه كما ثبت في محله.

(4) وهو وقوف العقد على الرضا.

(5) يعني: لا- من أحكام ذات العقد المتحقق على وجه الإكراه حتى يندرج تحت الحديث، فيرفع بالإكراه، كي يقع التعارض في هذا الحكم بين «رفع الإكراه» و «لا ضرر» الموجب- هذا التعارض- للتساقط و الرجوع إلى الأصل.

(6) يعني: ما ذكرناه من ارتفاع إلزام المكره بشيء و مؤاخذته عنه- مع الحكم بوقوف عقده على رضاه- واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، إذ عليه لا ملكية قبل الرضا، فلا مؤاخذة و لا إلزام على المكره أصلاً.

و ثانيا (1): أنه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للفعل المكروه عليه- لو لا الإكراه-

و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل، بدهة أنه ما لم يتحقق منه الرضا بالعقد لا كاشف عن تحقق الملكية من حين العقد، و مع عدم الكاشف لا إلزام و لا مؤاخظة أيضا.

(1) هذا ثاني وجهي المناقشة في التمسك بحديث الرفع على عدم قابلية عقد المكروه للصحة بلحوق الرضا، و هذا الوجه أيضا ناظر إلى أجنبية الحديث عن المقام، و بيانه ما تقرّر في بحث أصالة البراءة من الأصول من أنّ المرفوع بالإكراه و الخطأ و النسيان هو الحكم المجعول لذات الفعل مع الغصّ عن حالتين:

إحدهما تقيده بالقصد و العمد و الالتفات.

و ثانيتهما تقيده بالنسيان و الإكراه و الخطأ.

إذ تارة يثبت الأثر على الفعل المقيد بالعمد كالقصاص في قتل العمد، فلو كان القتل خطأ كان رفع القصاص بانتفاء موضوعه أعني به العمد، و لا ربط لهذا بحديث الرفع.

و أخرى يثبت الأثر على الفعل الموصوف بكونه خطأ أو نسيانا، كما في وجوب سجدي السهو لنسيان التشهد أو السجدة الواحدة في الصلاة، و هذا ظاهر في اقتضاء الفوات النسياني لجعل سجدي السهو، و لا يعقل التمسك بإطلاق «رفع النسيان» لنفي وجوبهما، ضرورة استحالة كون مقتضي الشيء رافعا له. و كذا الحال في الدية الثابتة في الجناية الخطائية.

و ثالثة يثبت الأثر لذات الفعل مع الغصّ عن طروء العناوين الرافعة، فيرتفع بطروئها.

إذا اتضح هذا فنقول: إنّ الإكراه لا يرفع الحكم الثابت بعنوان الإكراه، لعدم كون المقتضي للشيء رافعا له، فمعنى حديث الرفع رفع الحكم الثابت للفعل المكروه عليه مع الغصّ عن عروض الإكراه عليه، حتى يرتفع بسبب طروء الإكراه عليه

يرتفع (1) عنه إذا وقع مكرها عليه، كما هو (2) معنى رفع الخطأ و النسيان أيضا.

و هذا المعنى (3) موجود فيما نحن فيه، لأن أثر العقد الصادر من المالك- مع قطع النظر عن [اعتبار] عدم الإكراه- السببية (4) المستقلة لنقل المال، و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه. و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنه (5) جزء العلة التامة للملكية لم يكن (6) ثابتا للفعل (7) مع قطع النظر عن

---

كما هو معنى رفع سائر الفقرات من رفع الخطأ و النسيان. و أثر العقد الصادر من المكره مع الغض عن الإكراه هو السببية المستقلة لنقل المال، و من البديهي انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، و الأثر الناقص للعقد- و هو كونه جزء العلة التامة للملكية- قد ثبت بالإكراه، فلا يمكن ارتفاعه به، لما عرفت من أنّ الرفع يرد على الحكم الثابت للفعل مع قطع النظر عن الإكراه، لا الحكم الثابت له بعنوان الإكراه.

(1) خبر قوله: «أنّ الحكم».

(2) أي: رفع الحكم الثابت لذات الفعل المكره عليه- لو لا الإكراه- يجري في رفع الخطأ و النسيان أيضا.

(3) أي: كون المرفوع بحديث الرفع الحكم الثابت للفعل مع الغض عن الإكراه، و هو موجود في المقام، لأنّ السببية المستقلة الثابتة للعقد بدون الإكراه مرفوعة بالحديث، و الأثر الناقص و هو تأثير العقد في الملكية بعد انضمام رضا المالك المكره إليه ليس ثابتا لذات العقد بدون الإكراه حتى يرتفع بالحديث، بل هو ثابت للعقد منضمما إلى الإكراه، فلا يعقل ارتفاعه بالإكراه.

(4) خبر قوله: «لأن أثر العقد».

(5) هذا الضمير و ضمير «عليه» راجعان إلى العقد.

(6) خبر قوله: «و هذا الأثر».

(7) أي: لذات العقد مع غرض النظر عن طروء الإكراه عليه، فالسببية الناقصة

الإكراه ليرتفع به، إذ المفروض أنّ الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه؟

وبعبارة أخرى (1): اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار [عدم] الإكراه هو اللزوم (2) المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه (3) على رضا المالك، وهذا غير مرتفع (4) بالإكراه.

لكن يرد على هذا (5) أنّ مقتضى حكومة الحديث على الإطلاق هو تقييدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها بصحة بيع المكروه

---

مرتبة على رفع السببية التامة بالإكراه، فلا معنى لرفع العلية الناقصة للعقد.

(1) هذه العبارة الأخرى تكرر ما أفاده بقوله: «و ثانيا» ولا تتضمن مطلباً آخر.

(2) خبر قوله: «اللزوم الثابت» يعني: أنّ الملكية اللازمة في عقد البيع منفية في بيع المكروه.

(3) خبر قوله: «و المدعى ثبوته» و الضمير راجع إلى اللزوم.

(4) لما تقدم أنفاً من أنّ الثابت بعنوان الإكراه لا يرتفع بالإكراه، لأنّ المقتضى للشئى ء ليس رافعا له. هذا تمام ما أفاده في الوجه الثاني من المناقشة في الاستدلال بحديث الرفع.

(5) أي: عدم ارتفاع وقوف العقد على رضا المالك. و غرضه الانتصار لمن يستدل بحديث الرفع على بطلان عقد المكروه، و عدم الجدوى في لحوق الرضا.

و حاصل الإيراد: أن مقتضى حكومة حديث الرفع على الإطلاق الدالة على صحة العقود هو تقييدها بمسبوقية طيب النفس، و بعد هذا التقييد لا يصح الاستدلال بتلك الإطلاق على صحة بيع المكروه بعد لحوق الرضا، إذ المفروض اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، و هي مفقودة في عقد المكروه الملحوق بالرضا، فلا دليل حينئذ



ووقوفه (1) على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه، فيرجع (2) إلى أصالة الفساد.

وبعبارة أخرى: أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيّدت بغير المكروه لم يبق لها دلالة على حكم المكروه (3)، بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان (4) دليل الإكراه حاكما عليه (5) مقيدا له، فلا ينفع.

اللهم إلا أن يقال (6):

---

على صحته، فيحكم بفساده لأصالة الفساد التي هي المرجع في العقود.

(1) معطوف على «صحة» يعني: فلا يجوز الاستناد إلى الإطلاقات لصحة بيع المكروه ووقوفه على الرضا اللاحق، وذلك لما عرفت من حكومة حديث الرفع على تلك الإطلاقات المقيّد لها بالرضا المقارن.

(2) أي: فيرجع في بيع المكروه- ولو بعد لحوق الرضا- إلى أصالة الفساد، لخروجه عن حيز الإطلاقات المقيّدة بالرضا المقارن، لحكومة حديث الرفع عليها.

(3) يعني: فلا يدل على حكم بيع المكروه دليل اجتهادي، لاختصاصها بالمختار، فلا محالة يرجع فيه إلى أصالة الفساد.

(4) جواب الشرط في قوله: «لو كان».

(5) لأنّه متكفل للحكم بالعنوان الثانوي، وتلك الأدلة تتكفل بالحكم بالعنوان الأولي، ومن المعلوم تقدم الأوّل على الثاني حكومة أو توفيقا عرفيا.

(6) غرضه إثبات صحة عقد المكروه الملحوق بالرضا بالدليل الاجتهادي.

توضيحه: أنّ الإطلاقات الدالة على السببية المستقلة للعقد تقيّد بالأدلة الأربعة المتضمنة لحرمة أكل مال الغير بدون رضاه و طيب نفسه. و نتيجة هذا التقييد أنّ السبب الموجب لتملك أموال الناس هو البيع المرضي به، و مقتضى إطلاقها عدم الفرق

إنّ الإطلاقات المفيدة للسببية المستقلة (1) مقيّدة بحكم الأدلة الأربعة (2)- المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع (3) عدم طيب النفس- بالبيع (4) المرضي به، سبقه الرضا أو لحقه. و مع ذلك (5) فلا حكومة للحديث عليها، إذ البيع المرضي به سابقا لا يعقل عروض الإكراه له.

---

في اعتبار الرضا بين كونه سابقا و لا حقا.

فإن كان الرضا سابقا انعقد البيع عن الرضا، فلا يعقل عروض الإكراه له.

وإن كان لاحقا، فالإكراه وإن كان عارضا له، إلا أن المكروه عليه- و هو ذات البيع- لا نقول بصحته، إذ المفروض بمقتضى الأدلة الأربعة القاضية بدخل الرضا في تأثير البيع عدم تأثيره إلا بعد الرضا. و إطلاقات سببية العقد للنقل و الانتقال- بعد تقييدها بالرضا- توجب صيرورة عقد المكروه جزء السبب، و جزئه الآخر هو الرضا، فالإطلاقات بعد التقييد بالرضا تكون مرجعا، لأنّ المتيقن من تقييدها هو صورة وجود الإكراه، و بعد ارتفاعه يرجع إليها.

(1) كالأمر بالوفاء بالعقود و حلّ البيع، الدالّين بمقتضى الإطلاق الأحوالي على كون العقد سببا مستقلا للتأثير، و هذه السببية التامة مقيدة بأدلة دخل الرضا في تأثير العقد.

(2) و هي: الكتاب و السنّة و الإجماع و العقل.

(3) هذا معطوف على «الباطل» يعني: أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس.

(4) متعلق بقوله: «مقيّدة».

(5) يعني: و مع التقييد بالرضا لا حكومة للحديث، لأنّ وقوف عقد المكروه على الرضا- و صيرورته جزء السبب الناقل- مترتب على الإكراه، فلا معنى لرفعه بالإكراه.

و أما المرضيَّ به بالرِّضا اللاحق فإنَّما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع، و لا نقول بتأثيره (1). بل مقتضى الأدلَّة الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره و وجوب (2) الوفاء به.

فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه و الرضا به لاحقا، و لازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام (3). و هذا (4) [أمر عقلي غير مجعول] لا يرتفع بالإكراه، لأنَّ الإكراه مأخوذ فيه (5) بالفرض، كما ترفع (6) السببية المستقلة.

و هذا (7) لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا، إذ على الأوَّل

---

(1) أي: تأثير أصل البيع المكره عليه.

(2) بالجر معطوف على «تأثيره».

(3) يعني: فلا تصل النوبة إلى أصالة الفساد، بل المرجع هو الدليل الاجتهادي أعني به الإطلاقات المقيّدة بالرضا.

(4) أي: كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام لا يرتفع بالإكراه، لأنه مترتب على عنوان «الإكراه» فلا يرتفع به.

(5) الضمير راجع إلى «كون» يعني: لأنَّ الإكراه مأخوذ في كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام.

(6) يعني: أنَّ الإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام، كما ترفع السببية المستقلة.

(7) أي: كون الرضا بعض المؤثر لا يفرِّق فيه بين ناقلية الرضا و كاشفيته، إذ على الأوَّل يكون نفس الرضا جزء العلة التامة، و على الثاني يكون تمام المؤثر الأمر المنتزع منه، و هو تعقب العقد بالرضا، فكأنه قيل: العقد المتعقب بالرضا مؤثر.

يكون تمام (1) المؤثر نفسه، وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه (2) العارض (3) للعقد، وهو تعقبه للرضا.

وكيف (4) كان فذات العقد المكروه عليه- مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له- لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام. وهذا (5) أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه (6) و من الرضا، أو وصف (7) تعقبه له، فتأمل (8) [1].

---

(1) أي: الجزء الأخير للعلة التامة المؤثرة في النقل والانتقال.

(2) أي: من الرضا العارض للعقد، والأمر المنتزع منه هو تعقبه للرضا.

(3) بالنصب صفة «المنتزع» الذي هو صفة «الأمر» الذي هو خبر «يكون» يعني: يكون المؤثر الأمر المنتزع من الرضا، وهو كون العقد متعقبا به.

(4) يعني: سواء قلنا بأن الإجازة كاشفة أم ناقلة، فذات العقد .. إلخ، والوجه في كون ذات العقد جزء السبب المؤثر واضح، أمّا بناء على النقل فلاّ أنّ التأثير يكون من حين الإجازة لا من حين العقد. وأمّا على الكشف فلاّ أنّ المؤثر ليس ذات العقد، بل هو بوصف تعقبه بالإجازة، فجزء المؤثر هو العقد الموصوف، وجزؤه الآخر وصف التعقب المنوط بتحقيق الإجازة خارجا بعد العقد.

(5) أي: كونه جزء المؤثر التام.

(6) أي: من العقد و من الرضا.

(7) معطوف على الرضا، أي: من وصف تعقبه، والأوّل راجع إلى دخل نفس الرضا في العقد، والثاني راجع إلى دخل الوصف الانتزاعي، وهو عنوان التعقب فيه.

(8) لعلّه إشارة إلى: أنّه وإن كان أمرا عقليا غير مجعول بالأصالة، لكنه مجعول بتبع جعل الكل، وهو قابل للرفع.

---

[1] الجهة التاسعة: فيما تعرض له المصنف قدّس سرّه بقوله: «ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكروه بما فعله صح العقد، بل عن الرياض أن عليه اتفاقهم ..

إلخ».

---

و حاصل ما استدل به للمشهور على صحة العقد المتعقب بالرضا هو: أنّ عقد المكره عقد عرفيّ جامع للشرائط سوى طيب النفس، فإذا حصل الطيب أثر العقد أثره.

مضافا إلى الإجماع المدعى في الرياض تبعا للحدائق وغيره.

لكن في مجمع البرهان استظهار البطلان، لوجوه:

أحدها: عدم حصول القصد، بل وعدم صدور العقد عن تراض على ما هو ظاهر الآية، فرضا المالك حين العقد دخيل في مفهوم العقد.

ثانيها: أنّه لا اعتبار بذلك الإيجاب في نظر الشارع، فهو بمنزلة العدم. ولا إجماع ولا نصّ على الصحة.

ثالثها: أنّ الأصل والاستصحاب وعدم الأكل بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و ما مريدل على عدم الانعقاد «1».

وفي الكفاية بعد نسبة الصحة إلى الأصحاب قال: «استنادا الى تعليقات اعتبارية من غير نص» «2».

وفي الجواهر «إن لم تكن المسألة إجماعية فلننظر فيها مجال كما اعترف به في جامع المقاصد، ضرورة عدم اندراجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية، وأن صدور اللفظ كصدوره من الهازل والمجنون ونحوهما «3».

والأقوى ما ذهب إليه المشهور، لما في المتن من أنّ عقد المكره عقد حقيقة، وعدم تأثيره إنما هو لفقدان شرطه أعني به طيب النفس، فإذا حصل ذلك أثر أثره، وعدم التأثير لا بدّ أن يكون لأجل اعتبار مقارنة الطيب للعقد شرعا ولكن لا دليل عليه إثباتا.

---

(1) مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 156.

(2) كفاية الأحكام، ص 89، السطر 3.

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 267.

وَأَمَّا دَخَلَ مَقَارَنَةَ الطَّيِّبِ لِلْعَقْدِ فِي مَفْهُومِهِ بِحَيْثُ لَا يَصْدُقُ الْعَقْدُ بِدُونِهَا، فَفِيهِ: أَنَّ الْعَقْدَ لَيْسَ إِلَّا كَبَقِيَّةِ الْمَفَاهِيمِ الْعَرْفِيَّةِ كَالْأَكْلِ وَالشَّرْبِ وَنَحْوَهُمَا، فَالْأَكْلُ يَصْدُقُ عَلَى الْأَكْلِ الْخَارِجِيِّ بِأَيِّ دَاعٍ حَصَلَ وَ لَوْ مِنَ الْإِكْرَاهِ، إِذْ لَا دَخَلَ لِلدَّوَاعِي فِي الْمَفَاهِيمِ، فَمَفْهُومُ الْعَقْدِ يَصْدُقُ حَتَّى مَعَ صُدُورِهِ عَنِ الْإِكْرَاهِ، وَ لَوْ لَا ذَلِكَ لَمْ يَصْدُقِ الْعَقْدُ عَلَى بَيْعِ الْفُضُولِيِّ. مَعَ كَوْنِ كُلِّ مِنْ عَقْدِي الْمَكْرَهِ وَالْفُضُولِيِّ عَقْدًا بِالْحَمَلِ الشَّائِعِ، لَعَدَمُ دَخَلِ مَقَارَنَةَ الطَّيِّبِ فِي مَفْهُومِ الْعَقْدِ لَا لُغَةً وَلَا فِي الْعَرَفِ الْعَامِ.

مُضَافًا إِلَى: أَنَّ عَقْدَ الْمَكْرَهِ بِحَقِّ عَقْدٍ حَقِيقَةٍ، وَ لَازِمُ دَخَلِ مَقَارَنَةَ الطَّيِّبِ مَعَهُ فِي مَفْهُومِ الْعَقْدِ عَدَمُ كَوْنِهِ عَقْدًا، وَأَنْ يَكُونَ غَيْرَ الْعَقْدِ كَالْعَقْدِ فِي الْحَكْمِ تَعْبُدًا، وَ هَذَا مِمَّا لَا يَسَاعِدُ عَلَيْهِ دَلِيلٌ.

وَأَمَّا دَخَلَ الْمَقَارَنَةَ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ لَا فِي مَفْهُومِهِ بِحَيْثُ يَكُونُ الْإِيجَابُ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ كَالْعَدَمِ، فَفِيهِ: أَنَّهُ أَوَّلُ الْكَلَامِ، إِذْ لَا دَلِيلَ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَقَارَنَةَ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، بَلِ الْإِطْلَاقَاتُ تَدْفَعُ اعْتِبَارَهَا فِيهَا.

وَ بِالْجُمْلَةِ: لَمْ يَثْبُتْ اعْتِبَارُ مَقَارَنَةَ الطَّيِّبِ لِلْعَقْدِ فِي مَفْهُومِ الْعَقْدِ وَ لَا فِي صِحَّتِهِ، بَلِ الثَّابِتُ عَدَمُهُ.

وَأَمَّا دَعْوَى صَدَقَ الْأَكْلُ بِالْبَاطِلِ فِيهَا: أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ صَدَقَ الْبَاطِلُ بِمَجْرَدِ الْإِكْرَاهِ مَعَ وَجُودِ الْعَوْضِ لَمْ نَسْلَمْ صَدَقَهُ بَعْدَ ارْتِفَاعِ الْإِكْرَاهِ، إِذْ الْعَمْدَةُ فِي إِثْبَاتِ قَدْحِ الْإِكْرَاهِ الْإِجْمَاعُ وَ حَدِيثُ الرَّفْعِ. وَ دَلَالَتُهُمَا عَلَى قَدْحِهِ مَخْتَصِمَةٌ بِحَالِ وَجُودِ الْكِرَاهَةِ النَّاشِئَةِ عَنِ الْإِكْرَاهِ، فَإِذَا زَالَتْ الْكِرَاهَةُ وَ تَبَدَّلَتْ بِالرِّضَا فَلَا يَصْلِحَانِ لِإِثْبَاتِ الْبَطْلَانِ وَ نَفْيِ الْأَثْرِ.

أَمَّا الْإِجْمَاعُ فَظَاهِرٌ، لَمَا عَرَفَتْ مِنْ شَهْرَةِ الْقَوْلِ بِالصِّحَّةِ، بَلِ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ عَلَيْهَا.

وَ أَمَّا حَدِيثُ الرَّفْعِ فَلَأَنَّ إِجْرَاءَهُ بَعْدَ ارْتِفَاعِ الْكِرَاهَةِ خِلَافُ الْاِمْتِنَانِ فِي حَقِّ الْمَكْرَهِ.

فالمرجع حينئذ إما عموم أدلة النفوذ، أو استصحاب الحكم السابق على حصول الرضا الذي هو من قبيل استصحاب حكم الخاص. و المحقق في محله الرجوع إلى عموم العام في مثل المقام، لأن مقتضى عموم أدلة النفوذ هو لزوم الوفاء بالعقد في كل زمان، فإذا خرج عنه بعض الأزمنة و شك في خروجه في زمان آخر يتمسك بعموم العام، لأن الشك حينئذ في التخصيص الزائد.

لا يقال: إن ظاهر الآية المباركة اعتبار مقارنة الرضا للعقد، بحيث يكون التجارة ناشئة عنه، و لا يكفي لحقوق الرضا به، لأنه إذا انعقد فاسدا لم يتقلب بعد ذلك عما وقع عليه.

و من هنا يظهر فساد قياس عقد المكروه بعقد الفضولي المتعقب بالرضا و الإجازة من المالك، إذ العقد الفضولي لا يضاف إلى المالك إلا حين إجازته، فهو حين انتسابه إلى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه. و هذا بخلاف عقد المكروه، فإنه حين صدوره من المالك حكم عليه بالفساد، فلا يتقلب عما وقع عليه، فالرضا اللاحق لا يصححه.

فإنه يقال: إن التجارة التي لا بد أن تكون عن تراض هي بمعنى اسم المصدر، لأنه الباقي و المستمر القابل للرضا، دون معناها المصدرية فإنها فانية، و هي بمعناها الأول موضوعة لوجوب الوفاء، و الإجازة في عقد الفضولي و الرضا في عقد المكروه إنما يلحقان ذلك، لأن معنى اسم المصدر قابل لهما دون معناها المصدرية لفنائته.

و عليه فبعد لحقوق الرضا في بيع المكروه يصدق عليه التجارة عن تراض، حيث إن الآية تدل على انحصار سبب أكل مال الغير في أمرين:

أحدهما: الأسباب الباطلة. و ثانيهما: التجارة عن تراض. و من الواضح أن الأكل في محل الكلام ليس من أكل المال بالباطل، فيصدق عليه التجارة عن تراض.

ثم إن المصنف قدس سره التزم بعدم اعتبار مقارنة الرضا للعقد بما حاصله: أن دلالة الآية على اعتبار المقارنة إما بمفهوم الحصر و إما بمفهوم الوصف، و كلاهما غير ثابت.

و الأول: منفي في المقام، لأنّ دلالة الاستثناء على الحصر منوطة بكون الاستثناء متصلاً، كقوله: «ما جاء القوم إلاّ زيدا، فإنّ الاستثناء هنا يدل على حصر المجيء في زيد، و من الواضح كون الاستثناء هنا منقطعاً، لعدم كون التجارة عن تراض من الأسباب الباطلة للتجارة حتى كون خروجها عنها دالاً على الحصر، فلا يدلّ هذا الاستثناء على انحصار السبب المحلّل لأكل مال الغير في التجارة عن تراض، حتى يقال: إنّ التجارة عن تراض لا تصدق إلاّ على العقد المقرون بالرضا.

و الثاني أيضاً منفي، لأنّه على القول بمفهوم الوصف يختص بالوصف الذي لا يرد مورد الغالب، و من الواضح أنّه في المقام كذلك، لكون الغالب في التجارات هو كونها عن تراض، فلا يدل على بطلان التجارة لا عن تراض مقرون بالعقد، هذا.

و فيه: أنّ الآية الشريفة تدل على الحصر مطلقاً و إن لم يكن الاستثناء متصلاً.

توضيحه: أنّ بقاء السببية الداخلة على كلمة الباطل و مقابلتها مع التجارة عن تراض قرينتان على كون الآية الشريفة في مقام فصل الأسباب الباطلة للمعاملة عن الصحيحة لها. كما أنّ المراد بالأكل في الآية ليس هو الازدراء الذي هو معناه الحقيقي، بل هو كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق.

و على هذا فإن كان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربية، - كما قيل - كان معناه المنع عن تملك أموال الناس بشيء من الأسباب، إلاّ أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، فتدلّ الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض.

و إن كان الاستثناء منقطعاً فالآية المباركة حينئذ و إن لم تكن ظاهرة في الحصر من حيث الصناعة العربية. إلاّ أنّه تعالى لمّا كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات، و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلاً بالمقصود، فلا محالة يستفاد الحصر من الآية المباركة بالقرينة المقامية.



فعلى هذا تدل الآية الشريفة على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض، من غير فرق بين اتصال الاستثناء وانقطاعه، و  
أما غير التجارة عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل.

فقد ظهر مما ذكرناه عدم توقف الاستدلال بالآية الشريفة على اعتبار مقارنة الرضا للعقد على كون الاستثناء متصلا، و لا على الالتزام  
بمفهوم الوصف.

فالصحيح أنه لا دلالة للآية إلا على عدم جواز الأكل بدون التراضي، فإذا وجد الرضا من المكروه انقلبت التجارة إلى التجارة عن تراض، فلا  
يكون الأكل بسببها أكلا بالباطل.

والحاصل: أن الآية الشريفة تدل على حصر السبب المحلل لتملك الأموال بالتجارة عن تراض، وإن لم نقل بكون الاستثناء متصلا، ولم  
نقل بمفهوم الوصف أيضا غاية الأمر أن المراد بالتجارة ليس معناها المصدري، بل معنى اسم المصدر، فمتى تحقق الرضا صدقت التجارة  
عن تراض، فيصح عقد المكروه، و لا مجال حينئذ لحديث الرفع الموجب لعدم صحته حتى بعد الطيب، لأنه خلاف الامتنان.

نعم قبل حصول رضا من المكروه كانت الصحة خلاف الامتنان، و كان الموافق للامتنان عدم الصحة. لكن بعد حصول الرضا يكون الصحة  
موافقة للامتنان، فلا يجري فيها حديث الرفع، فإن موافقة الحكم و مخالفته للامتنان إذا كانتا باعتبار حصصه و أفراده فلا محالة يكون الثابت  
ما هو الموافق للامتنان، و المرفوع بحديث الرفع ما هو المخالف له.

و المقام من هذا القبيل، حيث إن صحة عقد المكروه ما دام الإكراه موجودا خلاف الامتنان، فترفع بالحديث، و بعد ارتفاع الإكراه تكون  
موافقة للامتنان، فيحكم بترتب الأثر على عقد المكروه بعد ارتفاع الكراهة و تبديلها بالرضا.

فتلخص مما ذكرنا: أن ما هو المشهور من صحة بيع المكروه بلحوق الرضا هو الأقوى.

بقي الكلام (1) في أنّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف (2).

مقتضى الأصل (3) وعدم (4) حدوث حلّ مال الغير إلا عن طيب نفسه

الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

(1) هذه آخر جهات البحث في عقد المكره أعني بها كون الرضا اللاحق كاشفا عن ترتب الأثر من حين العقد، أو ناقلا بأن يترتب الأثر من حين الرضا، لا من زمان إنشاء العقد.

وهذا البحث متفرع على الجهة المتقدمة من تصحيح عقد المكره بتعقبه بالرضا كما هو المشهور، فلو قيل ببطلانه كما حكاه المصنف قدس سرّه عن جمع لم يبق موضوع للبحث عن الكشف والنقل. وتفصيل الكلام موكول إلى عقد الفضولي، واقتصر هنا على نقل الخلاف في أنّ القول بالكشف المستفاد من النصوص الخاصة هل يوافق القاعدة أم يخالفها؟ ذهب بعضهم إلى موافقته لها، والمصنف إلى مخالفته لها، لوجهين سيأتي بيانهما.

(2) لا يخفى أن نزاع الكشف، والنقل مبني على كون الرضا بوجوده الخارجي دخيلا في صحة العقد، إذ لو كان الشرط وصف التعقب كان المتعين الالتزام بالكشف.

(3) وهو أصالة الفساد المحكّمة في العقود، والمراد بها استصحاب عدم ترتب الأثر.

(4) معطوف على «الأصل» يعني: أنّ مقتضى ما دلّ على «عدم حلّ مال الغير إلا عن طيب نفسه» هو حرمة التصرف. فهذان الوجهان يدلّان على عدم حصول الأثر قبل الرضا، ولازم ذلك كون الرضا ناقلا لا كاشفا، لأنّ طيب النفس - الذي هو شرط الحلّية - لم يحصل إلا بعد العقد، فلا بدّ من حصول الحلّ حين تحقق الطيب لا قبله.

فان قلت: إنّ ما دلّ على إناطة حلّ مال الغير برضاه دليل اجتهادي، ومعه لا موضوع للتمسك بالاستصحاب، فالمتعين استظهار ناقلية الرضا من أحاديث الحلّ خاصة.

هو الأول (1)، إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني (2) كما سيجيء في مسألة الفضولي.

وربما يدعى أن (3) مقتضى الأصل هنا (4) وفي الفضولي هو الكشف،

قلت: الأمر كما أفيد، ومقتضى مغايرة المعطوف للمعطوف عليه هو تعدد الدليل على النقل. لكن يحتمل أن يكون قوله: «وعدم حدوث» عطفًا تفسيريًا يفسر الأصل حتى لا يكون مغايرًا له، ليلزم الجمع بين الأصل العملي والدليل الاجتهادي، مع تأخر الأصل عن الدليل رتبة، ولئلا يلزم إشكال التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، حيث إنه لم يعلم كون الرضا اللاحق - بالنسبة إلى ما مضى - مصداقًا للرضا المنوط به الحلّ.

(1) وهو كون الرضا ناقلاً لكن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الكشف تعبدًا، للتعدّي عن موردها - وهو الفضولي - إلى المقام كما سيجيء في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

(2) سيأتي استظهار الكشف من صحيحة أبي عبيدة الحذاء الواردة في نكاح الصغيرين اللذين زوّجهما غير وليّهما، وغير هذه الصحيحة، فراجع قوله:

«و أما الأخبار فظاهر بعضها كصحيحة محمد بن قيس الكشف ..».

(3) لعلّ المدعي هو صاحب الجواهر قدس سرّه بعد ضمّ كلاميه، أحدهما: تصريحه في بيع الفضولي بكون الإجازة كاشفة، والمستفاد منه كون مقتضى القاعدة الأولية (1).

وثانيهما: ما تكرّر منه في بيع المكره من كونه كالفضولي، كقوله: «فحيث يكون كالفضولي يجب انتظار غير المجبور، وليس له الفسخ قبل فسخ المجبور ..» (2).

(4) أي: في عقد المكره. والوجه في ذلك أن متعلق الرضا هو النقل الواقع

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 285.

(2) المصدر، ص 269.

لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده (1) من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى - وهو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه - لا يكون (2) إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل (3).

وفيه (4): أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلا أن إنشاء لَمَّا كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان (5) التكلم حدث الأثر فيه. وإن كان مؤثراً بعد حصول أمر حدث الأثر بعده، فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع

---

في زمان العقد، و الرضا تنفيذ لذلك، و هذا يقتضي كاشفية الرضا لا ناقليته.

(1) يعني: بما أفاده العقد من نقل الملك حين صدور العقد، فإمضاء الشارع لرضا المكروه بعقده يتعلق بالنقل من حين العقد.

(2) خبر قوله: «فإمضاء».

(3) و هو زمان العقد، لأنه زمان النقل المتحقق بإنشاء المكروه.

(4) حاصله: عدم تسليم كون مقتضى العقد النقل من حينه حتى يتعلق به الإمضاء، بل مقتضاه نفس النقل، غاية الأمر أن إنشاء النقل حيث إنّه زمني - لا بدّ من وقوعه في زمان - وقع في زمان. فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان إجراء العقد تحقق الأثر في ذلك الزمان.

وإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظره بعد حصول أمر فلا محالة لا يحدث الأثر في نظر الشارع إلا بعد حصول ذلك الأمر وغيره مما يعتبر في ترتب الأثر على العقد.

و من جملة ما يعتبر فيه طيب نفس المالك المتحقق بعد العقد، فحكم الشارع يكون بعد حصول الطيب، وقضية ذلك كون الطيب ناقلاً لا كاشفاً.

(5) متعلق بقوله «مؤثراً» و اسم «وإن كان» هو قوله: «ذلك الإنشاء».

ما يعتبر في الحكم، و لذلك (1) كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو (2) بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير (3) مناف لمقتضى الإيجاب، و لم يكن تبعضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت (4): حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا، إلا أن حكمه بذلك (5) لَمَّا كان من جهة إمضائه للرّضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت

---

(1) أي: و لكون تبعية حكم الشارع لاجتماع ما يعتبر في الحكم كان حكمه بتحقيق الملك بعد القبول في جميع العقود- أو بعد القبض فيما يعتبر فيه القبض من بعض العقود كالصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار المترتب عليه حكم الشارع بالملكية بناء على مذهب الشيخ قدّس سرّه من توقف الملكية على انقضاء زمان الخيار- غير مناف لمقتضى الإيجاب.

(2) هذا و كذا قوله: «أو بعد القبض» معطوفان على «بعد القبول» (1).

(3) خير «كان» و حاصله: أن الحكم بتوقف الملكية على القبول أو القبض أو انقضاء زمان الخيار لا ينافي مقتضى الإيجاب. و جه عدم المنافاة: أن الإيجاب ليس هو الجزء الأخير لسبب النقل و الانتقال، بل هو بعض السبب، و حكم الشارع مترتب على تمام السبب، فتوقف حكم الشارع على تمامية السبب لا ينافي مقتضى الإيجاب.

(4) حاصل هذا الإشكال: أن توقف حكم الشارع بالنقل على الرضا لا ينافي الكشف، و ذلك لأنّ حكم الشارع و إن كان حدوثه بعد الرضا، إلا أن حكمه لَمَّا كان من جهة إمضائه للرّضا- و من المعلوم أنّ متعلق الرضا هو النقل الواقع حين العقد- لم يكن حدوث الحكم الشرعي منافياً لتحقق النقل حين العقد، و هذا هو الكشف الانقلابي.

(5) أي: أن حكم الشارع بثبوت الملك لَمَّا كان .. إلخ.

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 22، كتاب البيوع، المسألة: 29.

الملك قبله (1).

قلت (2): المراد هو الملك شرعا، ولا- معنى لتخلف زمانه (3) عن زمان الحكم الشرعي بالملك. وسيأتي (4) توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

وإن شئت توضيح ما ذكرنا (5) فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حلاً للعقد السابق وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على

---

(1) أي: الرضا، وضمير «فكأنه» راجع إلى الشارع.

(2) هذا جواب الإشكال، وتوضيحه: أنّ الجعل لا يتخلف عن زمان المجعول فإنّ اعتبار الملكية يحدث في زمان، فلا بدّ من حدوث الملكية المعتمدة في ذلك الزمان، لئلا يتخلف الجعل عن المجعول زمانا، ومن المعلوم أنّ اعتبار الملكية شرعا إنّما هو في زمان الرضا، فلا بدّ من حصول الملكية في ذلك الزمان أيضا.

وهذا نظير فسخ العقد، فإنه وإن كان حلاً للعقد السابق وجعله كالعدم، لكنه لا يرفع الملكية من زمان وقوع العقد، بل يرفعه من حين تحقق الفسخ.

والحاصل: أنّ الفسخ كما يرفع الملكية من حينه، كذلك الرضا يثبت الملكية من حينه، وزمان الفسخ هو زمان ارتفاع الملكية، هذا.

(3) أي: زمان الملك الشرعي لا يتخلف عن زمان اعتبار الشارع للملكية بعقد المكره والفضول.

(4) في بحث الإجازة والرد، حيث قال في رد ثاني أدلة كاشفية الإجازة: «ان الإجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد.. إلخ».

(5) أي: عدم تخلف زمان الملك الشرعي عن زمان حكمه بترتب الملك على العقد.

ص: 298

(1) أي: بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان متعلقة وهو العقد الممكَّن.

[1] وجه التنظير أنَّه كما لا يزيل الفسخ الملكية من زمان حصولها بالعقد، بل يزيلها من زمان الفسخ، كذلك الرضا، فإنه لا يحدث إلا الملكية حين حصوله، دون الأزمنة السابقة على الرضا، و عليه فلا بدَّ من الالتزام بالنقل دون الكشف.

لكن فيه: أنَّه إن أريد بهذه المقايسة إثبات ناقلية الرضا من حيث إحداث الملكية من حينه كمعدمية الفسخ للملكية من حينه فهو من القياس المنهني عنه. وإن أريد بها مجرد التنظير وإمكان أن يكون ثبوتاً مثل الفسخ، ففيه: أنَّه لا بأس به، لكنه لا يجدي في مقام الإثبات، لعدم الدليل عليه.

و أمَّا ما أفاده بعض الأعلام في وجه الكشف من أن مقابل الرضا هو الردُّ لا الفسخ الذي يقابله الإقرار والتثبيت، والردُّ حلٌّ للعقد من حين إنشائه، فالرضا يكون رضا بالعقد أيضاً من حينه فالرضا كاشف لا ناقل، هذا «1» فلم يظهر له وجه فإن كلا من الردُّ والرضا يتعلق بالعقد باعتبار ما فيه من اقتضاء التأثير و معرضيته له. وهذا ثبت للعقد من زمان حدوثه إلى زمان ردّه أو الرضا به، فالردُّ من حين حصوله يردُّ ذلك الاقتضاء، كما أنَّ الرضا الذي يقابله ينفذ العقد من زمان حصول الرضا، وينقله من اقتضاء التأثير إلى الفعلية في ذلك الزمان. ونتيجة هذا هو النقل لا الكشف الذي رآه دامت بركاته، ضرورة أن قوة التأثير لا تصير فعلية إلا بالرضا، ولا تصير فعلية قبله، كما أنَّها لا تزول إلا بالردُّ لا قبله.

وكذا ما أفاده في وجه الكشف من: أنَّه مقتضى الجمع بين ما دلَّ على نفوذ العقد من قبيل أحلَّ اللهُ البَيْعَ وأَوْفُوا بِالْعُقُودِ وبين ما دلَّ على رافعية الإكراه لنفوذ المعاملة، بيان: أنَّه يعمل بمقتضى دليل الإكراه في الزمان المتخلَّل بين العقد والرضا، فيبني على

ثم (1) على القول بالكشف هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي (2) إن شاء الله تعالى [1].

---

(1) هذا متفرع على القول بالكشف، وهو عدم جواز فسخ العقد بالنسبة إلى من يعقد مع المكره، في الفترة المتخللة بين العقد و الرضا أو الرد، فيجب عليه الصبر فيها، نظير الأصيل الذي يعقد مع الفضولي، وسيأتي تفصيله هناك إن شاء الله تعالى.

وأما بناء على النقل فحيث إنّ العقد المملّك لم يتمّ بعد جاز للطرف الآخر فسخ عقده مع المكره.

(2) بقوله: «وَأَمَّا عَلَى الْمَشْهُورِ فِي مَعْنَى الْكُشْفِ مِنْ كَوْنِ نَفْسِ الْإِجَازَةِ الْمَتَأَخَّرَةِ شَرْطًا .. فَيَجِبُ عَلَى الْأَصِيلِ الْإِلْتِمَامُ بِهِ وَعَدَمُ نَقْضِهِ ..» فراجع.

---

عدم النفوذ فيه، وبمقتضى أدلة نفوذ المعاملة فيما بعد الرضا، فيبني على نفوذه بعد الرضا «1».

وذلك لأنّه ليس ذلك مقتضى الجمع، حيث إنّ في الزمان المتخلل يلزم العمل بكل من حديث الرفع وأدلة النفوذ. وليس ذلك إلاّ التناقض، لأنّ لازم الكشف هو البناء على الوفاء بأدلة النفوذ في الزمان المتخلل، والمفروض أنّه ظرف العمل أيضا بحديث الرفع، فيلزم نفوذ البيع وعدمه في ذلك الزمان، ومن المعلوم أن البناء على نفوذه في ذلك الزمان لأجل الكشف يوجب طرح حديث الرفع لا العمل به، فلا محيص عن الالتزام بناقلية الرضا التي هي مقتضى الجمع بين أدلة النفوذ بالعمل بها بعد الرضا، وحديث الرفع بالعمل به قبل الرضا.

[1] الجهة العاشرة: في كون الرضا ناقلا أو كاشفا.

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 339.

ص: 300



اعلم: أن نزاع كاشفية الرضا وناقليته متفرع على القول المشهور من صحة عقد المكره بلحوق الرضا، وإلا فعلى القول بطلانه من أصله و عدم قابليته للصحة بلحوق الرضا لا مجال لهذا النزاع. و حيث إن الأقوى قابليته للصحة بما يلحقه من طيب النفس، فلهذا البحث مجال، فنقول و به نستعين: إن تنقيح البحث في ناقلية الرضا المتأخر عن العقد و كاشفيته يتم ببيان أمور:

الأول: في بيان ضابط الشروط المتأخرة التي تجري فيها نزاع النقل و الكشف، و تميزها عن الشروط التي لا تصلح لجريان هذا النزاع فيها، فنقول: إن كل ما يرجع إلى تنفيذ ما وقع و إمضائه فهو محل هذا النزاع، و كل ما يكون متممًا لمضمون العقد و معدودًا من أجزائه فلا يجري فيه هذا النزاع، بل يكون جزء العقد و مقومًا لمضمونه، و يتعين فيه النقل.

و الأول كإجازة في الفضولي، و الرضا في عقد المكره.

و الثاني كالقبول و القبض في الصرف و السلم و نحوهما.

و على هذا فلا ينبغي الارتباب في كون رضا المكره كإجازة المالك لعقد الفضولي من صغريات الشرط الذي يجري فيه نزاع النقل و الكشف.

و أما ما عن المحقق الثاني قدس سره «من كون إجازة المرتهن ناقلة مع ذهابه إلى الكشف في إجازة الفضولي» فهو من النزاع في الصغرى، بمعنى: أن إجازة المرتهن ليست تنفيذًا لما صدر من الراهن، بل مرجع الإجازة إلى الطلقة أي: خلو المبيع عن حق غير البائع. و الطلقة من أركان البيع كالقبول، فإذا سقط حق المرتهن بالإسقاط أو بأداء الدين تم جميع أركان العقد، فتمامية العقد إنما هي بالإسقاط، فلا معنى لكون إجازة المرتهن كاشفة، بل لا محيص عن كونها ناقلة.

و هذا الكلام من المحقق المتقدم و إن لم يكن صحيحًا، لكون الإسقاط كإجازة

ناظرا إلى تنفيذ العقد السابق وإمضائه، إلا أن الكبرى صحيحة.

وعلى هذا فيجري النزاع في إجازة العمّة والخالة العقد الواقع على بنت الأخ والأخت. وإجازة الديان بيع الورثة، وإجازة المرتهن بيع الراهن ونحو ذلك.

الثاني: هل الأصل أن تكون الإجازة ناقلة أو كاشفة؟ لا ينبغي الارتياح في أن مقتضى الأصل كون الرضا في عقد المكره- كإجازة في عقد الفضولي وغيره- هو النقل، بعد البناء على كون الشرط في نفوذ العقد وجود الإجازة خارجا كما هو ظاهر الأدلة، لا عنوان التعقب كما هو الشأن في شرطية الأجزاء اللاحقة في الصلاة للأجزاء السابقة، فيلتزم بالكشف.

وقد يقال: إن مقتضى الأصل هو الكشف، لأن إجازة العقد السابق عبارة عن الرضا بمضمون العقد، وهو نقل الملك حين تحققه.

لكن فيه: أن مضمون العقد ليس هو إيجاد المنشأ حين صدور الإنشاء. وفرق واضح بين تحقق الإنشاء في زمان من باب أنه لا بدّ من وقوع كل زمانيّ في الزمان. وبين دلالة اللفظ على الإيجاد في زمان الإنشاء، فلو كان مفاد «بعت: أو جدت البيع الآن» كما هو ظاهر النحويين في مفاد الأمر والنهي من كونهما موضوعين للطلب في الحال لكان الأصل هو الكشف.

وأما لو كان مفاده أصل إيجاد البيع، واستفيد وقوع المنشأ في الحال من جهات أخرى كمقدمات الحكمة الجارية في الإجازة والنكاح وغيرهما التي هي كون المنشئ بصدد الإيجاد وعدم تقييد ما أنشأه بقيد، وكذا الحال في البيع، فإن تلك المقدمات تقتضي وقوع المنشأ في حال الإنشاء، لم يكن الرضا كاشفا، بعد وضوح مدخلية الرضا في النقل بحيث يكون من قبيل تقييد الملكية بقيد متأخر، فلا تحصل الملكية بدون ذلك القيد.

و العاقد وإن لم يقيد إنشاءه بقيد، لكن تقييد الشارع بمنزلة تقييد نفس العاقد،

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه المتوقف على اجتماع جميع ما يعتبر في الحكم، و من المعلوم أن الإجازة مما يعتبر في ذلك، فما لم يتحقق الإجازة لا يحكم الشارع بالنقل.

و جواب بعض المحققين عن هذا «بأنّ ما أنشأه العاقد لا يتخلف بنظره عن زمان إنشائه، و التخلف إنّما يكون بنظر الشارع، و هو غير قاذح في الكشف، إذ المجيز إنّما يجيز ما أوجده العاقد وعقده، و إن لم يدل لفظاً على الإيجاد في زمان التلفظ. لكن مقتضى وقوع الإنشاء في ذلك الزمان و تحقق المنشأ بنظره- لتحقق كل اسم مصدر بإيجاد المصدر- هو حصول المنشأ في زمان الإنشاء، فإذا أمضى المجيز ما أوجده العاقد نفذ من ذلك الزمان» غير مفيد، لأنّ الأمور الاعتبارية لا تتحقّق إلّا باعتبار من بيده الاعتبار، و ليس العاقد ممّن بيده الاعتبار، بعد وضوح دخل الرضا في حصول الأمر الاعتباري. فنظر المنشئ لا أثر له، فتكون الإجازة كالقبول، و القبض في الصرف و السلم و الهبة. فالمتحصل: أنّ الأوفق بالقواعد هو النقل لا الكشف.

الثالث: بعد أن ثبت كون النقل مقتضى القواعد الأولية يقع الكلام في أنّ الكشف الحكمي الثابت في الفضولي تعبدا هل يثبت في المقام أيضاً أم لا؟ فيه وجهان بل قولان، من كون النص وارداً في النكاح، و من عدم خصوصية لإجازة المالك عقد الفضولي، بل كل ذي حق له أن ينفذ العقد الواقع على متعلّق حقه. فعلى هذا يكون حكم الرضا اللاحق في عقد المكره حكم الإجازة في عقد الفضولي من حيث الأصل الأوّلي و الثانوي.

و من جملة الروايات الواردة في عقد الفضولي معتبرة أبي عبيدة الحذاء، قال:

«سألت أبا جعفر عليه السّلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدرّكين؟ فقال:

---

النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار .. قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أ ترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله: ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» الحديث «1».

ثم إنه ينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أنّ الإكراه واقعي، و اعتقاد المكره به طريق إليه، فإذا اعتقد الإكراه، و باع داره بدون الطيب و الرضا، ثم تبين عدم الإكراه و أنه اشتبه في ذلك فالوجه البطلان، لوجود ملاك البطلان في الإكراه، و هو فقدان الرضا فيه.

الثاني: أنّه إذا زعم عدم الإكراه، فباع بطيب النفس بعض أمواله، ثم انكشف الإكراه صحّ بيعه، لوجود الرضا.

الثالث: إذا أكره على نفس البيع كبيع داره بدون قيد و شرط، و باعها كذلك، و بعد زوال الإكراه أجازته مقيداً كأن يقول: «رضيت ببيع الدار بشرط أن يكتب لي صحيفة سجادية» فقد حكم الفقيه المامقاني قدس سرّه بالبطلان «لأنه ليس إجازة لما وقع، بل هو أمر مغاير له» «2».

لكن فيه: أنّ معيار الصحة هو الرضا، و العقد السابق ما دام لم يلحقه الرضا لا يترتب عليه أثر، فإذا رضي بتمامه و بعضه صحّ لأجل الرضا، فهو كبيع ما يملك و ما لا يملك في أنّ العقد ينحل إلى عقدين أو عقود، في صحته بالنسبة إلى بعض المبيع، و فساده بالإضافة إلى بعضه الآخر.

---

(1) وسائل الشيعة ج 17، ص 527، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج الحديث 1. و لا يخفى أن هذه الرواية من أدلة انتصاف المهر بالموت كالطلاق قبل الدخول.

(2) غاية الآمال، ص 340.

ص: 304

---

إلا أن يقال: إنَّ الشرط لم يقع في ضمن العقد حتى يجب الوفاء به، فالشرط باطل و العقد صحيح.

إلا أن يدعى: أنَّ العقد قبل صدور الرضا لم يتم حتى يقع الشرط خارج العقد، بل المتمم له هو الرضا، فالشرط يقع في ضمن العقد، فيصح كل من الشرط و العقد.

الرابع: عكس الثالث و هو ما إذا أكره على بيع مال مقيداً، كما إذا أكره على بيع داره مشروطاً بأن يقبل ولاية الجائر، و بعد زوال الإكراه رضي بالبيع بدون قبول الولاية، ففي حاشية المامقاني قدس سره «عدم كون الرضا مفيداً للصحة، لمغايرة العقد الواقع لما تعلّق به الإجازة. و ليس هذا مثل العفو عن الشرط المقيد به العقد و إسقاطه، لتحقق العقد و الشرط هناك، إلا أنه أسقط حقه الثابت سابقاً. و هنا أنشأ إجازة عقد لم يقع، ضرورة أن الواقع غيره. إلا أن يقصد إمضاء العقد المقيد، ثم يسقط حقه، و هو خارج عن المفروض» «1».

وفيه: أنَّ الشرط خارج عن ماهية العقد، و التزام مرتبط بالالتزام العقدي، و لذا نقول بعدم مفسدية الشرط الفاسد، و عليه فلا مانع من التفكيك بين الالتزامين بالصحة في العقدي، و الفساد في الالتزام الشرطي. و عليه فدفع الشرط بعدم الالتزام به أولى من رفعه بإسقاطه بعد الالتزام به، لأهوية الدفع من الرفع، و ما ذكره المامقاني رحمه الله مبني على وحدة المطلوب و كون الشرط قيداً.

---

(1) غاية الآمال، ص 340.

ص: 305

إشارة

مسألة (1):

و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا، فلا يجوز (2) للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن (3) سيّده، سواء كان

الشرط الرابع: إذن السيد لو كان العاقد عبدا

(1) الغرض من عقد هذه المسألة بيان اعتبار شرط رابع في المتعاقدين، وهو استقلالهما بمعنى كونهما مالكيين للعقد و مسلّطين عليه شرعا.

وبعبارة أخرى: يعتبر فيهما أن يكون لهما ولاية البيع و نفوذ التصرف شرعا من دون توقف عقدهما على مراجعة غيرهما، و من صغريات هذه الكبرى مسألة عقد المملوك، فلعلّ عنوان المسألة بهذا العنوان العام أولى.

(2) أي: فلا يمضي ولا ينفذ شيء من إنشاءاته العقدية و الإيقاعية إلا بإذن سيّده، فالمراد بعدم الجواز عدم الحكم الوضعي، حيث إنّ المصنف قدس سرّه جعل إذن السيد من شرائط المتعاقدين الراجعة إلى تنفيذ الإنشاء العقدي، وإن كان غير إنشاءاته من حيث الحكم التكليفي جوازا و منعا أيضا محل البحث و الكلام.

(3) الظاهر أنّ المراد به أعمّ من الإذن و الإجازة كما يظهر من الرواية الآتية و الغرض منه عدم استقلاله في التصرف، و عدم نفوذه إلا برضا السيد.

و كيف كان فالمصنف قدس سرّه على ما استفاد من مجموع كلماته يذهب إلى عدم جواز تصرفاته، أي عدم نفوذ تصرفاته إلا بإذن السيّد أو إجازته، فلا يستقل المملوك

لنفسه (1) في ذمته، أو بما (2) في يده، أم لغيره (3)، لعموم أدلة عدم استقلاله في أموره (4)، قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ «1».

وعن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام «قالا:

المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده، قلت: فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ، أَفْشَىٰ الطَّلَاقُ» (2).

في العقود والإيقاعات والتوكّل عن الغير، فالمنفي هو الاستقلال لا مطلقا ولو مع الإذن.

(1) بأن يشتري شيئا لنفسه بمال خارجي أو في ذمته، أو باع شيئا كذلك أي مالا خارجيا أو في ذمته.

(2) معطوف على «في ذمته» يعني: أنّ كل معاملة يوقعها لنفسه مطلقا- من البيع والشراء بالعين الخارجية أو في الذمة- موقوفة على إذن السيد وإجازته.

وقوله: «سواء كان لنفسه في ذمته.. إلخ» إشارة إلى الخلاف الذي أشار إليه في التحرير بقوله: «لو باع العبد ما في يده باذن سيده صحّ، و بغير إذنه يقف على الإجازة. وكذا لو اشترى في الذمة قال الشيخ رحمه الله: «الأقوى أنّه لا يصح شراؤه» (3).

(3) معطوف على «لنفسه» يعني: معاملته لغيره- سواء أكانت بالعين أم في الذمة- لا تنفذ إلا بإجازة السيد.

(4) هذا أحد الأدلة التي أقامها على المدعى، وهو عدم نفوذ تصرفاته وتوقفه على إذن السيد، فالمراد بعدم القدرة عدم استقلاله، وعدم القدرة صادق على عدم الاستقلال.

(1) سورة النحل الآية 75.

(2) من لا يحضره الفقيه، ج 3، ص 541، الباب 173 ح 4860، عنه في وسائل الشيعة، ج 15، ص 343، الباب 45 من أبواب مقدمات الطلاق ح 1 وإسناد الفقيه إلى زرارة صحيح، فالرواية صحيحة،

(3) تحرير الاحكام، ج 1، ص 164.

ص: 307

(1) توضيحه: أن الآية الشريفة نفت قدرة العبد على شي ء من الأشياء، و ظهورها البدوي في إسقاط كافة تصرفات العبد عن موضوعيتها للآثار، و ذلك لأمرين:

أحدهما: ظهور نفي القدرة في كون المنفي مطلق القدرة، أي كون فعله كالعدم، فلا هو تمام الموضوع و لا جزؤه، لا كون المنفي خصوص الاستقلال الموجود في الحر.

ثانيهما: ظهور النكرة في سياق النفي- أعني به كلمة شي ء- في الشمول، فلا يترتب على قول العبد و فعله أثر أصلا.

لكن المانع عن الأخذ بهذا الظهور و الموجب لحمل عدم القدرة على نفي الاستقلال هو موضوعية بعض أفعاله للأحكام بالضرورة كإتلافه مال الغير و جنايته عليه، فيتعين أن يراد بالشي ء الأمور الاعتبارية المتقومة بالقصد و الإنشاء كالملكية و الزوجية و البيونة و نحوها، فيقال: إن الحر مستقل في هذه التصرفات، بخلاف العبد، لتوقف نفوذها على إذن السيد.

هذا مع الغض عن تطبيق «الشي ء» في معتبرة زرارة على النكاح و الطلاق، و أمّا بالنظر إلى التطبيق فلا يبقى شك في عدم إرادة نفي مطلق القدرة، و لا في عدم شمول «الشي ء» لمطلق أفعال العبد و تصرفاته، و لذا عبّر المصنف قدس سرّه عنه بقوله:

«خصوصا».

(2) قريئتها إنما هي بملاحظة تعليق جواز النكاح و الطلاق و نفوذهما على إذن السيد، و يعلم من ذلك عدم استقلاله و كون إذن السيد جزءا أخيرا لموضوع الصحة و النفوذ، لا أن إنشاءه كالعدم نظير صوت البهائم، و إلا لم يجد مجرد إذن السيد في الصحة، بل كان اللازم تجديد العقد.

فيظهر أن المراد بالقدرة- في الآية الشريفة- هو الاستقلال، فالمنفي هو القدرة



إذ (1) المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى، فهو (2) شرعا بمنزلة العدم لا يترتب عليه الأثر المقصود منه (3) لا (4) أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلا كيف (5)؟ و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

---

الثابتة في الأحرار، و من المعلوم أنها فيهم هو الاستقلال.

(1) تعليل لكون المراد بالقدرة المنفية في الآية الشريفة هو الاستقلال، لا القدرة المطلقة، و حاصل التعليل: أن عدم القدرة صادق على عدم الاستقلال كصدقه على عدم القدرة المطلقة. و القرينة على إرادة هذا الفرد- أي عدم الاستقلال- من الآية المباركة هي ما ذكرناه من تعليق الصحة في الرواية على إذن السيد، لا على تجديد إنشاء النكاح و الطلاق. و المراد عدم قدرة العبد بالاستقلال على المسببات التي هي معاني المصادر كالملكية في البيع، و الزوجية في النكاح، و غير ذلك من آثار العقود و الإيقاعات.

و أمّا القدرة على أسبابها- بمعانيها المصدرية كإجراء صيغ العقود و الإيقاعات فهي حاصلة في الأحرار و المماليك.

(2) شبه جواب الشرط لقوله: «فكل ما صدر».

(3) لأنه مقتضى دخل إذن السيد، فإن تترتب كل أثر شرعي تكليفي أو وضعي منوط بتمامية موضوعه بما له من الأجزاء و الشرائط، فانتفاء جزء أو شرط من الموضوع يوجب انتفاء الأثر المقصود المترتب عليه، سواء أكان عقدا أم إيقاعا، لعدم تمامية موضوعه.

(4) عاطفة، يعني: ليس المراد عدم ترتب أثر شرعي مطلقا، بل خصوص الأثر المقصود من ذلك الفعل كالملكية المقصودة من البيع.

(5) يعني: كيف يمكن الحكم بعدم ترتب الأثر أصلا على فعل العبد؟ مع أن

و كيف كان (1) فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أما مع الإذن السابق فلا إشكال (2). و أما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل

---

أفعاله كأفعال الحرّ في موضوعيّتها لأحكام شرعية كإتلافاته و جناباته و غير ذلك.

و بالجملة: فيستفاد من هذه الصحيحة أنّهما عليهما الصلاة و السّلام استدلالاً بالآية الشريفة على عدم نفوذ طلاق العبد و نكاحه بدون إذن السيد على نحو الشكل الثالث، بأن يقال: الطلاق شيء، و العبد لا يقدر على شيء، فالعبد غير قادر على الطلاق.

بل يمكن أن يكون على سبيل الشكل الأول، بأن يقال: «الطلاق شيء»، و كل شيء لا يقدر عليه العبد، فالطلاق لا يقدر عليه العبد إلا إذا انضم إليه إذن السيد» بخلاف طلاق الحرّ، فإنّ طلاقه نافذ، لاستقلاله و عدم الحاجة إلى انضمام إذن غيره، فيستفاد من هذه الصحيحة أمور:

الأوّل: أنّ العبد غير مستقل في التصرف، بل نفوذه منوط بإذن سيده.

الثاني: أنّ الإذن السابق على العقد يؤثر في الأثر المقصود منه.

الثالث: أنّه ليس تصرفه الإنشائي كإنشاء المجنون و الصبي غير المميّز في عدم نفوذ إنشائه و لو بإذن الولي أو إجازته كما عن المشهور، بل يترتب الأثر المقصود على إنشاء العبد المأذون.

(1) يعني: سواء لم يترتب على فعل العبد أثر أصلاً- مقصوداً كان أم غير مقصود- أم لم يترتب عليه خصوص الآثار المقصودة، فعلى كلّ من الاحتمالين لا يترتب على إنشاءاته آثارها لو صدرت منه بلا إذن مولاه.

(2) يعني: فلا إشكال في نفوذ إنشاءاته الصادرة منه مع الإذن السابق من المولى من غير فرق في ذلك بين إنشاءاته العقودية و الإيقاعية.

عدم الوقوع (1)، لأنّ (2) المنع فيه ليس من جهة العوضين اللّذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله (3) أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، وما صدر على وجه لا يتغيّر (4) منه بعده.

و بتقرير آخر (5): أنّ الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و حاصله أعني انتقال المال بعوض. و هذا (6) فيما نحن فيه ليس منوطا برضا المولى قطعا،

---

(1) أي: عدم وقوع الآثار المقصودة من تلك الإنشاءات كالملكية في إنشاء البيع، و الزوجية في إنشاء النكاح، و هكذا.

(2) علة لعدم إجداء الإجازة في وقوع إنشاءات العبد المتعقب برضا السيد.

و محصل التعليل: أنّ المانع عن الصحة ليس راجعا إلى العوضين حتى يكون السيد مختارا في الإجازة و عدمها، كي يقال: إنّ العوضين في المفروض ليسا ملكا له، بل هما ملك لغيره، فلا موجب لإجازته. بل المانع هو نفس الإنشاء الصادر الذي صدر بدون إذن السيد بنحو الاستقلال، و هو لا يتغيّر عما وقع عليه، و لا يخرج عن الكيفية الصادرة.

(3) هذا متفرع على المنفي، و هو كون المنع من جهة العوضين حتى يكون رضا المالك المتأخر مصحّحا للتصرف السابق.

(4) يعني: لا يتغيّر العقد من ذلك الوجه- و هو الاستقلال- بعد صدوره.

(5) توضيحه: أنّ الإجازة وظيفة من له تعلّق بمضمون العقد و نتيجه التي هي معنى اسم المصدر كالملكية في البيع مثلا، فالمجيز يجيز العقد و يرضى بانتقال ماله إلى الغير بإزاء ماله. و أمّا إذا لم يكن له تعلّق بمضمون العقد- كالمفروض من كونه أجنبيا عن العوضين- فلا مورد للإجازة، لأنّها إنّما تتعلّق بنتيجة العقد لا بمعناه المصدري.

(6) أي: الانتقال- الذي هو معنى اسم المصدر- أجنبي عن المولى، فلا يناط برضاه.

إذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين (1)، و إنما له (2) حق في كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده، فإذا وقع (3) على وجه مستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرج (4) عن الاستقلال الواقع عليه قطعا [1].

---

(1) لعدم كونهما ملكا له، فلا معنى لإجازة من ليس له علاقة بالعوضين للعقد الواقع عليهما.

(2) يعني: و إنما للمولى حق في قيام إنشاء هذا المضمون بعبده.

(3) يعني: فإذا وقع العقد على وجه و هو الاستقلال- كما هو المفروض - فلحوق الإجازة .. إلخ.

(4) يعني: لا يخرج لحوق الإجازة العقد الواقع على وجه الاستقلال عن الاستقلالية.

---

[1] لا ريب في أنّ العبد ليس كالححر مستقلاً في تصرفاته، كما أنّه ليس كالمجانين حال جنونهم في عدم ترتب أثر على أفعاله من عباداته و معاملاته، بل هو برزخ بين الحر العاقل و المجنون.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ في تصرفات العبد ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّه محجور عن كل تصرف إلا ما يتوقف عليه ضروريات معاشه التي جرت السيرة على عدم الاستيذان فيها من السيّد، و كذا واجباته البدئية مثل الصلاة و الصوم و الطهارة. فليس له الإتيان بالمباحات غير الضرورية إلا بالاستيذان، فليس له حركة اليد و لا المشي إلى مكان مباح حتى وضع أقدامه على دار السيّد إلا بإذن السيّد.

ثانيها: نفوذ جميع تصرفاته إلا ما يكون تصرفاً في سلطنة المولى فتتخذ جميع تصرفاته التي لا تنافي حقّ المولى، كأن يتوكّل عن غيره في إجراء عقد أو إيقاع أو قبض مال أو أداء دين أو نحوها.

ثالثها: عدم جواز تصرفه في كل ما يعد عرفاً شيئاً معتداً به، سواء تعلّق بأموال سيّده من عقد أو إيقاع، أم تعلّق بأموال نفسه بناءً على مالكيته شرعاً، أم تعلّق بأموال سائر الناس من التصرف فيها بعقد أو إيقاع، فإنّ صحة جميع ذلك موقوفة على إذن السيد أو إجازته.

وبالجملة: كل تصرف - من دون تقيده بقيود وبقسم خاص - لغو، إلّا مع إذن السيد أو إجازته، فلا يجوز إجراء صيغة الوكالة لغيره إلّا بإذن السيد.

والمصنف اختار هذا الوجه الثالث، لذهابه إلى عدم جواز إيقاع المملوك عقداً إلّا بإذن سيّده، من غير فرق بين كون العقد أو الإيقاع لنفسه أم لغيره. فمرجع هذا الكلام إلى نفي استقلال المملوك في التصرفات التي يتوقف عليها الحكم الوضعي.

هذه أقوال المسألة.

ولا بأس قبل بيان الحق بتقديم أمر، وهو: أنّ الأصل الأوّلي في أفعال المملوك عدم وجوب الاستيذان من السيد في شيء من أفعاله وكونها كأفعال الحرّ في عدم توقف جوازها تكليفاً ووضعاً على إذن المولى، للعمومات والإطلاقات الشاملة لكل من الأحرار والمماليك، إلّا فيما قيّد موضوعه بالحرية أو عدم الرقية، وهذا الأصل متّبع إلّا إذا قام دليل على خلافه، فنخرج به عن مقتضى الأصل بمقدار دلالة الدليل المخرج عليه.

فنقول وبه نستعين: إنّ ما دلّ على توقف نفوذ أفعال المملوك على إذن السيّد روايتان:

الأولى: معتبرة زرارة عنهما عليهما السلام المذكورة في المتن.

ولا يراد من عدم جواز نكاح العبد وطلاقه فيها حرمتها تكليفاً، إذ لو كانا

---

محرمين شرعا لم يكن وجه لجوازهما بإذن السيد كإذن مالك السلعة يبيعها ربويا مثلا، فإنّ الإذن لا يسوّغه، لأنّ البيع الربوي معصية له تعالى ولا يصححه إذن مالك السلعة أو إجازته، حيث إنّ إذن السيد حق خلقي لا يترتب على تضييعه إلا مخالفة حق الناس، و معصية السيد. ولا ربط له بحكم إلهي كحرمة الغصب، فإنّ ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير يدل على الحرمة التكليفيّة، وأنّ موضوع جواز التصرف في مال الغير هو إذن المالك، و طيب نفسه بالتصرف، و أنّ التصرف تجاوز على الغير و ظلم عليه، و هو قبيح عقلا و حرام شرعا.

و هذا بخلاف النكاح و الطلاق، فإنّهما في نفسيهما جائزان تكليفا، غاية الأمر أنّ شرط صحتهما في المملوك إذن السيد أو إجازته.

الرواية الثانية: ما رواها الصدوق أيضا في الباب المشار إليه عن ابن بكير عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مملوك تزوّج بغير إذن سيده؟ فقال: ذلك إلى السيد إن شاء أجاز، و إن شاء فرق بينهما. فقلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عيينة و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، فلا يحلّ إجازة السيد له. فقال:

إنّما عصى سيده و لم يعص الله، فإذا أجاز له فهو جائز» «1».

و المراد بالمعصية هو التعدي عن أحكام الله و حدوده و مخالفة قوانينه، و لا فرق في عصيانه تعالى شأنه بين فعل المحرّمات و ترك الواجبات، و بين الإتيان بالعقود و الإيقاعات على النحو غير المقرّر فيها كإنشائها بدون شرائطها، أو مع وجود موانعها، فإنّ هذه المعصية لا ترتفع بإجازة المولى، لأنّه معصية الخالق، و لا ربط لها بمعصية السيد

---

(1) وسائل الشيعة ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح 1 موثقة- بابن بكير- بطريق الصدوق، و صحيحة بسند الكليني لعدم وجود ابن بكير في طريق الكافي.

حتى ترتفع بإجازته. فالعقد في نفسه لعدم جامعته للحدود- التي حددها الله تعالى فيه كمجهولية العوضين أو ربوية المعاملة ونحو ذلك- غير نافذ.

ويستفاد من هذه الموثقة أنّ كل تصرف إنشائي فيه عصيان السيد وتقويت حق سيادته غير نافذ. فالخارج عن العمومات وإطلاقات العقود والإيقاعات هو الإنشاء غير المقرون برضا السيد. ولو شك في خروج الإنشاء المتعقب بالرضا، فمقتضى أصالة العموم عدم خروجه عن العمومات، وكون العقد المتعقب بالإجازة كالعقد المسبوق بالإذن نافذا. فالمتيقن خروجه عن عمومات العقود والإيقاعات هو عقد العبد الخارج عن حيطة رضا السيد وغير المقرون بطيب نفسه.

هذا مضافا إلى دلالة موثقة زرارة المتقدمة التي فيها «ذاك إلى السيد إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما» على كون الإجازة كالإذن سببا لنفوذ العقد.

ثم إن الحق كون المستفاد من الآية و الروايتين المذكورتين- بعد ملاحظة إرادة القدرة الشرعية من قوله تعالى «لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» لوضوح قدرة المملوك تكويننا على الأفعال الخارجية التي منها الإنشاءات العقدية والإيقاعية- هو نفي القدرة المستقلة الثابتة للأحرار على النتائج المترتبة عليها كالملكية والزوجية وغيرهما، فترتبها على تلك الإنشاءات منوط بإذن السيد أو إجازته.

ثم إن الظاهر اختصاص التوقف على الإذن أو الإجازة بما يتعلّق بنفس العبد كالنكاح والطلاق، ولو بني على التعدي عن مورد الروايتين يتعدى إلى كل ما يتعلّق بنفسه كبيعته وصلحه وجعالتة، إذ المراد بالشيء في الآية المباركة ليس كل شيء بالضرورة، لقدرة على كل ما يقدر عليه الحر من الأكل والشرب وسائر الأمور، بل المراد بقريضة الروايات هو الإنشاء الصادر من العبد لنفسه من نكاح و طلاق. وبالغناء خصوصية المورد يتعدى إلى غيرهما من الإنشائيات.

(1) غرضه أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق توجب نفوذ إنشائه، وهذا عدول عما أفاده قبل أسطر بقوله: «فيحتمل عدم الوقوع، لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين .. إلخ».

فإذا باع لنفسه توقف نفوذه على إذن السيد أو إجازته، فتوكله عن الغير - فضلا عن إجراء عقد الوكالة للغير - لا مانع منه إلا إذا كان منافيا لحق سيده، فحينئذ يتوقف على إذنه. وكذا إنشاءه لغيره، فإنها نافذة. واعتبار عدم المنافاة لحق السيد إنما هو لأجل قوله عليه السلام في الموثقة: «إنما عصى سيده» فإن لم يكن تصرفه منافيا لحق المولى و معصية له جاز ذلك مع إذن ذلك الغير له في الإنشاء العقدي أو الإيقاعي. وأما بدون إذن وذلك الغير فلا يجوز أي لا ينفذ تصرفه الإنشائي في مال السيد وغيره، لا لأجل المملوكية، بل لكونه تصرفا في مال الغير بدون إذنه، فيندرج في الفضولي.

فالفرق بين هذا الاستظهار وبين قول الشيخ - وهو منع العبد عن كل تصرف يعدّ شيئا معتادا به عرفا كالإنشاءات، سواء تعلّق بنفسه أم بغيره سيّدا كان أم غيره حتى إجراء صيغة الوكالة لغيره، فإنّ نفوذ جميعها منوط بإذن سيده - هو أنّ إنشاءات نفس العبد لا تنفذ إلا بإذن السيد أو إجازته، وأما الإنشاءات المتعلقة بغيره فتنفذ بدون إذن السيد إلا مع المنافاة لحقه.

[1] قد يورد عليه بأنّ الإثبات متفرع على الثبوت، فإن كان مقام الثبوت ممتنعا فلا - يبقى مجال الإمكان لمقام الإثبات. بيانه: أن قول المصنف قدس سرّه: «و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده» ظاهر في الامتناع، و مع امتناع مقام الثبوت و عدم إمكان تغييره عمّا وقع عليه كيف يمكن التمسك بالوجوه المذكورة في المتن



(1) هذا وجه لحوق الإجازة بالإذن، و محصله: أن عموم أوفوا بالعقود عموم أفرادى و أزمانى، و مقتضاه لزوم الوفاء بكل فرد من أفراد العقود فى كل زمان من الأزمنة، على كل شخص من الأشخاص الذين أنشأوا العقود سواء أكان حراً أم عبداً، و سواء صدر منه بالاستقلال أم برضا المالك.

لإثبات لحوق الإجازة بالإذن فى التأثير؟ مع وضوح تبعية الإثبات إمكانا و امتناعا لمقام الثبوت.

لكن ىندفع هذا الإشكال بأن اتصاف العقد بالاستقلال مع تعلق حق الغير به منوط بعدم رضا صاحب الحق به، فإذا لم ىرض ذو الحق به اتصف بالاستقلال، و إذا رضى به كشف رضاه عن عدم استقلاله، فالعقد ىكون مراعى، لا أنه يقع بالاستقلال و متصفا به بمجرد صدوره حتى ىستشكل عليه باستحالة تغييره عمّا وقع عليه.

هذا كله مضافا إلى: لغوية الاستقلال و عدم موضوعيته لحكم شرعى، و المدار على نفس الإنشاء و هو مورد الإجازة، لا الإنشاء المتصف بالاستقلال حتى ىقال بالاستحالة و امتناع انقلابه عمّا وقع عليه. نظير إجازة المالك لىبع الفضولى إذا باع الفضولى لنفسه، فإن المجاز هو نفس العقد، و قصد كون البىع لنفس الفضولى لغو لىس ملحوظا فى الإجازة.

و إلى: أن المجاز حقيقة هى نتيجة العقد أعنى بها معنى اسم المصدر كالملكية لا الألفاظ الصادرة من العبد الملحوظ فىها استقلال المتكلم بىيجادها.

[1] هذا مبني على كون الزمان مفردا، بأن ىكون كل قطعة من قطعات الأزمنة فردا للعام، إذ بناء على كونه ظرفا لاستمرار الحكم ىكون المرجع استصحاب عدم وجوب الوفاء.

والمخصّص (1) إنّما دلّ على عدم ترتب الأثر على عقد العبد، من دون مدخلية

---

(1) غرضه دفع إشكال، وهو: أنّ العام بعد تخصيصه - بما دلّ على عدم نفوذ العقد الصادر من العبد على وجه الاستقلال - يعنون بنقيض الخاص، فكأنّه قيل:

«أوفوا بكل عقد إلا الصادر من العبد بدون إذن مولاه».

ودفعه بأنّ المخصّص لا يدلّ على بطلان عقده الصادر على وجه الاستقلال، ومن المعلوم أنّه كما يرفع الإذن استقلال العبد، كذلك يرفعه الإجازة التي هي رضا بما أنشأه، ولا يدلّ على مدخلية خصوص الإذن السابق حتى لا يجدي الإجازة اللاحقة، فإنّ لحق الرضا بالعقد بعد وقوعه كاف في رفع استقلال العبد، فيعمه دليل «أوفوا بالعقود».

وبعبارة أخرى: الخارج عن عموم «أوفوا» هو العقد الصادر من العبد كالصادر من الحرّ من حيث الاستقلال، ويكفي في رفع الاستقلال رضا السيد وإجازته، ولا خصوصية للإذن.

---

إلا أن يقال: بالفرق بين التخصيص من الأوّل وبينه في الأثناء بالرجوع إلى العام في الأوّل، لأنه مبدء تشريعه وإلى استصحاب حكم الخاص في الثاني كما قرر في الأصول، وقد ذكرنا شطرا من الكلام في شرحنا على الكفاية، فراجع «1».

ثم إنّّه يستفاد من التمسك بمثل «أوفوا» منع انحصار المقتضي لتصحيح عقد العبد في خصوص الإذن، كما أنّ الروايات التي استدلت بها المصنف قدس سرّه لتصحيح عقد العبد بإجازة السيد كإذنه دليل على مصحّية الإجازة كمصحّية الإذن.

---

(1) منتهى الدراية، ج 7، ص 706 - 711.

ص: 318

المولى أصلاً سابقاً ولا حقاً، لا مدخلية (1) إذنه السابق (2). ولو شك أيضاً وجب (3) الأخذ بالعموم في مورد الشك.

وتؤيد إرادة الأعم من الإجازة الصحيحة (4) السابقة

---

(1) بالجرّ معطوف على «عدم» أي: ولا يدلّ المخصّص على مدخلية إذنه السابق.

(2) حتى يقال: إنّ الإجازة لا تجدي ولا تدرجه في عموم «أوفوا بالعقود».

(3) لأنّ المرجع في المخصّص المنفصل المجمل المرّد بين الأقل والأكثر هو المتيقن منه أعني الأقل، وهو في المقام عقد العبد الصادر منه بدون إذن سابق، ولا إجازة لاحقة من السيد. فالخارج من عموم «أوفوا» هو العقد المجرد عن الإذن والإجازة، وفي غيره يتمسك بالعموم [1].

(4) بالرفع فاعل «وتؤيد» وهي صحيحة زرارة المروية عن الإمامين أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده» بتقريب: أنّ الإذن أعم من السابق والإجازة اللاحقة.

ولم يظهر تقريب أعميته، لأنّ الإذن هو الترخيص في إيقاع شيء، والإجازة هي الرضا بما وقع، ولا جامع بينهما، إذ الإجازة في دليل لا يوجب إرادة الأعم منها ومن الإذن الوارد في دليل آخر بعد كونهما مثبتين. ولعلّ هذا وجه التعبير بالتأييد دون الدلالة.

---

[1] وأورد عليه المحقق النائيني قدس سرّه بعدم إجمال المخصّص، لأنّ الإذن ظاهر في الترخيص في إيجاد شيء، والرضا هي الرضا بوقوع شيء، وكلّ منهما مغاير للآخر.

ومع عدم إجمال المخصّص لا وجه للأخذ بالقدر المتيقن حتى يتمسك بالعموم ويحكم بصحة تصرف العبد مع الإجازة اللاحقة، بل يحكم بالبطان، إذ المصحح لعقد العبد هو الإذن، وذلك مفقود في العقد المتعقب بالإجازة «1».

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 208.

ص: 319

فإن (1) جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة [1]، فالمراد بالإذن (2) هو الأعم، إلا (3)

---

(1) هذا تقريب تأييد الصحيحة لإرادة الأعم من السابق واللاحق. و محصل وجه التأييد: أنه ثبت بأخبار خاصة تصحيح الإجازة نكاح العبد الواقع بدون إذن السيد، فهذا يكشف عن كون المراد بالإذن في الصحيحة أعم من السابق واللاحق.

و من جملة تلك النصوص موثقة زرارة المتقدمة، قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال: ذلك إلى سيّده إن شاء أجازته، وإن شاء فزّق بينهما» الحديث، فإنه صريح في أنّ الإجازة تجدي في صحة العقد كالإذن. وعليه فيكفي في صحة إنشاء العبد رضا السيد المبرز، سواء أ كان سابقا على إنشاء العبد أم لا حقا له.

(2) أي: الإذن الوارد في صحيحة زرارة المتقدمة.

(3) استثناء من كون المراد بالإذن في الصحيحة المذكورة هو الأعم من السابق واللاحق، و محصّله: أنّ الطلاق ليس كالنكاح في صحته بالإجازة إذا وقع بدون إذن السيد، إذ الطلاق خرج بدليل خاص، و لو لا التخصيص لحكمنا بكفاية رضا السيد بعد طلاق العبد.

---

و الإشكال عليه بما في تقرير سيدنا الخويي قدّس سرّه «من توقف عدم إجمال المخصص على ظهور الإذن في الإذن السابق، و هو أول الكلام» «1» غير ظاهر، إذ لا ينبغي الارتباب في ظهوره في الترخيص في إيقاع شيء، في قبال ظهور الإجازة في الرضا ببقاء ما وقع. و لا فرق في هذا الظهور بين موارد استعمال كلمة الإذن، فمقتضى القاعدة بطلان عقد العبد بدون الإذن و لو مع الإجازة اللاحقة، لأنّ المصحح لعقده خصوص الإذن.

[1] جواز النكاح بالإجازة لنصوص خاصة لا- يوجب إرادة الأعم من الإذن في الصحيحة، بل تكون الإجازة بتلك النصوص كالإذن في صحة النكاح.

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 346.

ص: 320

أنه خرج الطلاق بالدليل. ولا يلزم (1) تأخير البيان، لأن (2) الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق، بحيث (3) لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً، بل ومع كراهة المولى كما يرشد إليه (4) التعبير عن السؤال بقوله: «بيد من الطلاق؟».

(1) هذا جواب عن إشكال، وهو: أنه إذا كان الإذن في الصحيحة المتقدمة «المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده» أعم من الإذن السابق والإجازة اللاحقة، والمفروض أن الإجازة لا تقيد في الطلاق كما اعترف به وصرح بخروجه عن هذا الإطلاق بالدليل، فيلزم حينئذ تأخير البيان عن وقت الحاجة، حيث إن الإمام عليه السلام لم يذكر في الصحيحة خروج الطلاق عن الإذن اللاحق عند قوله عليه السلام:

«المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه» ومن المعلوم امتناع تأخير البيان لا لمصلحة.

فلا وجه لإرادة الأعم من الإذن السابق.

ومحصل الجواب عن الاشكال هو: أن الإذن وإن كان أعم من الإجازة اللاحقة بقريضة عقد النكاح، إلا أن الكلام مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق، وأنه باطل بدون إذن سيده، وليس مسوقاً لبيان جميع الخصوصيات المعتبرة في طلاق العبد حتى يلزم - من عدم بيان عدم تأثير الإجازة اللاحقة فيه - تأخير البيان عن وقت الحاجة بترك عدم تأثير الإجازة في الطلاق الواقع عن العبد استقلالاً.

(2) هذا جواب عن الاشكال المذكور، وقد مرّ آنفاً توضيحه بقولنا: «ومحصل الجواب عن الإشكال .. إلخ».

(3) قيد للمنفي يعني: استقلال العبد واستبداده، بحيث لا يحتاج نفوذ طلاقه إلى رضا المولى، بل كان مستقلاً حتى مع كراهة المولى للطلاق.

(4) أي: يرشد إلى كون الكلام مسوقاً لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق قول الإمام عليه السلام في مقام السؤال عمّن بيده الطلاق: «بيد من الطلاق؟» فإن ظاهر هذا التعبير هو السؤال عمّن يكون مسلطاً على الطلاق بالاستقلال.

(1) و هو ما قوّاه من كون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق مؤثرة في صحة عقد العبد.

(2) هذا وجه آخر يدل على كون إجازة السيد موجبة لصحة نكاح العبد الواقع بدون إذنه، و هذا يدل عليه بنحوين:

أحدهما: أنّ عقد العبد لنفسه تصحّحه الإجازة اللاحقة، فإنّ مقتضى العموم المستفاد من ترك الاستفصال هو عقده لنفسه. لا عقد الغير له، حتى يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك، و يندرج في عقد الفضولي الذي لا ربط لصحته بالإجازة اللاحقة بصحة عقد العبد بإجازة المولى، و صحة عقد نكاح المملوك بالإجازة تستلزم صحة جميع العقود الصادرة منه الملحوقه بالإجازة بالأولية.

ثانيهما: أنّ تعليل الحكم بصحة العقد بالإجازة ب «عدم عصيان الله تعالى» يدل على أنّ المعيار في بطلان العقد هو مخالفته تعالى شأنه، كالمعاملة على الخمر و الميتة و غيرهما مما حرّمه الله تعالى، دون مخالفة المولى، فإنّها ترتفع بالإجازة الكاشفة عن العفو عمّا تجاوز به العبد على مولاه.

و بالجملة: إذا لم يكن العقد خارجاً عن موازين الشرع و حدوده - كنكاح المحارم و بيع الخمر و نظائرها - كان مقتضى الصحة فيه موجوداً، و المانع هو مخالفة السيد و عصيانه، و ذلك يرتفع بالإجازة اللاحقة، هذا.

و أمّا النصوص التي يستفاد منها هذا الوجهان. فمنها: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن رجل تزوّج عبده [امراًة] بغير إذنه، فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه؟ فقال: ذلك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنه في أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّما أتى شيئاً حلالاً و ليس بعاصٍ لله،

بغير إذن المولى إذا أجازته معللاً (1) «بأنّه لم يعص الله تعالى، وإتّما عصى سيّده،

وإتّما عصى سيّده و لم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيانه [كإتيان] ما حرّم الله تعالى عليه من نكاح في عدّة وأشباهه» (1).

و منها: غير ذلك من الروايات (2) التي يستفاد منها صحة عقد العبد بإجازة السيد.

و الحاصل: أنّ الوجوه الدالة على لحوق الإجازة بالإذن في تصحيح عقد العبد بين ما يرجع إلى منع المقتضي، لاعتبار خصوص الإذن في صحة عقد العبد، وهو كون الخارج عن عمومات وجوب الوفاء بالعقود خصوص العقد الصادر من العبد بدون مراجعة مولاه بالإذن أو الإجازة، لأنّه المتيقن من المخصص المجمل المنفصل، فلا مقتضي لاعتبار خصوص الإذن السابق في صحة العبد. وبين ما يرجع إلى قيام الدليل على كفاية الإجازة المتأخّرة، وهو النصوص الدالة على جواز عقد العبد بإجازة السيد، فإنّها تدلّ على كون الإجازة كالإذن مصحّحة لعقده، لعدم كون نفوذ عقد العبد عصياناً له سبحانه وتعالى حتى لا يصحّحه إجازة المولى، بل لكونه عصياناً للسيد و تضييعاً لحقّه، وذلك يجبر بإجازته التي هي عفو عن ذنبه و تجاوزه.

لكن طائفة من العامة زعموا أنّ معصية السيد معصية الربّ جلّ و علا، فلا تجبر بإجازة السيد.

(1) باسم المفعول حال منصوب من فاعل «ورد» بأن يكون المعنى: أنّ ما ورد من النصوص قد علّل «بأنّ العبد لم يعص الله تعالى».

و يجوز أن يكون باسم الفاعل، بأن يقال: علّل الامام عليه السّلام الحكم بأنّ العبد لم يعص الله. لكنّ الأوّل أقرب.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح 2، باب: أن العبد إذا تزوج بغير اذن سيّده كان العقد موقوفاً على الإجازة منه، و الرواية ضعيفة بموسى بن بكر.

(2) المصدر، ح 1، و ص 522، الباب 23، ح 1.

ص: 323

فإذا أجاز جاز» (1) بتقريب (2): أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه.

و حمله (3) على ما إذا عقد الغير له

---

أو يقال: النص علل الحكم، بأن يكون النص معللاً.

(1) يعني: فإذا أجاز السيد عقد العبد جاز أي: نفذ ورتب عليه الأثر. وما في المتن نقل بالمعنى، وإلا فمتن الرواية المتقدمة في (ص 314) هكذا: «فإذا أجاز فهو له جائز».

(2) يعني: تقريب دلالة ما ورد من النصوص على مختاره من لحوق الإجازة بالإذن في تصحيح عقد العبد من حيث المملوكية. و محصل التقريب: أن الرواية بلحاظ ترك الاستفصال تشمل ما إذا كان العبد نفسه عاقدا لنفسه، إذ حمل الحديث على عقد الغير للعبد- حتى يخرج عن عقد المملوك و يندرج في عقد الفضولي الذي لا ارتباط لصحته بالإجازة بصحة عقد العبد بالإجازة- غير سديد، لوجهين:

أحدهما: ترك الاستفصال مع كون المتكلم في مقام البيان، كما مرّت الإشارة إليه آنفاً.

و التعبير بالتأييد أولاً ثم بالدلالة ثانياً لعلّه لأجل كون الفحوى ظنية لا تصلح للاستدلال بها، أي إلحاق البيع بالنكاح. وأمّا الدلالة فلأنّ عموم العلة- وهو عصيان السيد لا الرّب- كاف في المقامين، هذا ما أفاده السيد قدّس سرّه (1).

ثانيهما: ما سيأتي عند شرح كلام المصنف قدّس سرّه إن شاء الله تعالى.

(3) مبتدء، و خبره «مناف» أي: و حمل الحديث الوارد في صحة عقد نكاح العبد بدون إذن مولاه- على عقد الغير للعبد- مناف لترك الاستفصال.

لكن قد عرفت أن هذا الحمل يدرج المقام في عقد الفضولي، وهو أجنبي عن عقد العبد الذي يكون البحث فيه من حيث المملوكية.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 130.

ص: 324



مع (2) أنّ تعليل الصحة [1] «بأنّه لم يعص الله تعالى» إلى آخره في قوة (3) أن يقال: إنّ إذا عصى الله بعقد (4) كعقد على ما حرّم الله تعالى - على ما مثل به

---

(1) إشارة إلى الجواب الأوّل عن حمل الحديث على عقد الغير للعبد، وقد مرّ توضيحه بقولنا: «أحدهما ترك الاستفصال مع كون المتكلم .. إلخ».

(2) هذا ثاني الجوابين عن الحمل المزبور، ومحصله: أنّ هذا التعليل يدلّ على أمرين:

أحدهما: أنّ مورد الحديث هو كون العاقد نفس العبد لا غيره له، ضرورة أنّه على هذا التقدير لم يصدر منه عقد حتى يكون معصية لله تعالى أو للسيد. فترك الاستفصال وهذا الحديث يدلّان على كون العاقد هو العبد لنفسه.

ثانيهما: أنّ تعليل الصحة بعدم عصيان الله تعالى يدلّ على أنّ موجب البطلان هو معصية الله تعالى بمخالفة قوانينه و حدوده، بحيث لا يمكن التصحيح بوجه كالعقد على المحرّمات، كذاتي البعل والعدة، والمطلقة تسعا. دون معصية السيد، فإنّها ترتفع برضاه عن عبده وإجازة ما أوقعه بدون الاستئذان منه، لأنّ حقّ السيد على العبد أن تكون أعماله بإذن سيّده، ولا يتجاوز عن رسوم العبودية، وإذا عفى السيد عن مخالفة عبده وأجاز العقد صحّ ونفذ.

(3) خير قوله: «أنّ تعليل».

(4) يتصدّاه بنفسه، وهذا المعنى يستفاد من إضافة «معصيته» إلى السيد، إذ بدون تصدّيه للعقد وفرض تصدّي الغير له لا يكون العبد عاصيا للسيد.

---

[1] يمكن تقريب هذا التعليل بوجه ثلاثة:

الأوّل: ما في المتن من أنّ العامة كانوا يتوهّمون مساواة معصية السيد لمعصية الله عزّ وجلّ في عدم زوال حكمها بالإجازة. والإمام عليه السّلام أبطل هذا القياس بالفرق بين

الامام عليه السلام في روايات أخرى (1) واردة في هذه المسألة- كان (2) العقد باطلا، لعدم (3) تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته (4). أمّا إذا لم يعص الله وعصى سيّده أمكن رضا سيّده فيما بعد (5) بما لم يرض به سابقا، فإذا رضي به وأجاز صحّ.

---

(1) جمعها صاحب الوسائل في باب «أنّ العبد إذا تزوّج بغير إذن سيّده كان العقد موقوفا» «1».

(2) جواب «إذا» في قوله: «إذا عصى الله».

(3) تعليل لعدم الصحة، و حاصله: عدم تصوّر رضا الله عز و جل بما وقع من معصيته.

(4) حتى يعقل إجازته.

(5) يعني: بعد وقوع العقد، وقوله: «بما» متعلق ب «رضا».

---

المعصيتين، حيث إنّ معصية الله لا تزول، لاستحالة تبدّل كراهته بالرضا، ضرورة أنّ الشيء الواقع مكروها له عزّ و جلّ واقع على ما هو عليه، فلا ينقلب مرضياّ به. وهذا بخلاف كراهة السيد، فإنّها قابلة للتبدل بالرضا بسبب الإجازة.

وعليه فلا يعقل تحقق الإجازة منه تعالى، لا أنّها لا تؤثر وإجازة السيد تؤثر حتى يقال بعدم الفرق بين المعصيتين وبين الإجازتين.

ونتيجة هذا التقريب نفوذ كل عقد صدر من العبد وأجاز له المولى، ولم يكن معصية له تعالى شأنه، وإن كان معصية للسيد.

وبالجملة: فمناط هذا التقريب قياس معصية السيد بمعصية الله عز و جل من دون لزوم معصيته جلّ و علا هنا، وأبطل القياس ببيان الفارق بين المعصيتين بأنّ معصية الله لا تزول بالإجازة، بخلاف معصية السيّد فإنّها تزول بالإجازة.

الثاني: ما في حاشية السيد قدّس سرّه من: أنّ معصية السيد كمعصية الله تعالى لا تزول

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 524، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

ص: 326

فيكون الحاصل (1) أنّ معيار الصحة في معاملة العبد- بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع- هو (2) رضا سيّده بوقوعه سابقا أو لاحقا

- (1) أي: حاصل الكلام في عقد العبد الواقع بدون إذن سيّده: أنّ معيار الصحة في معاملات العبد هو كونها مع رضا السيد بوقوعها، سواء أ كان هذا الرضا سابقا أم لا حقا.
- (2) خير قوله: «أنّ معيار».

بنفسها، لأنّه انقلاب، بل مرجع الإجازة إلى العفو عن المعصية. و غرض الإمام عليه السّلام من التعليل أنّ الإجازة منه تعالى شأنه مفروض العدم، لانتفاء موضوعها وهي معصية الله تعالى، و من السيد مفروض الثبوت، لوجود موضوعها و هو عصيان السيد (1).

فحاصل هذا الوجه: أنّ الإجازة منوطة بالمعصية التي هي مفقودة بالنسبة إليه تعالى، لانتفاء موضوعها. و موجودة بالنسبة إلى السيد، فيحتاج إلى الإجازة. و عليه يكون توهم العامة من حيث عدم الفرق بين الإجازتين لرفع أثر المعصيتين.

فمناط هذا التقريب توهم العامة عدم الفرق بين الإجازتين في عدم إجداء الإجازة لرفع المعصية مطلقا سواء أ كانت معصية السيد أم العبد. و جوابه بالفرق بينهما من حيث الوجود و العدم، للفرق بين موضوعيهما بالعدم بالنسبة إليه سبحانه و تعالى، وبالوجود بالنسبة إلى السيد.

الثالث: أنّ العامّة لما توهموا «أنّ إجازة السيد لا تحلّل ما وقع حراما- فإنّ الحرمة المتهومة للعامة هي حرمة مخالفة السيد الموجبة لحرمة ما وقع من العبد من النكاح- و لا تنفّذ ما وقع فاسدا، و ذلك لأنّه عصى الله تعالى، فإجازة السيد لا ترفع عصيان العبد له تعالى» فأجاب الإمام عليه السّلام بأنّه لم يعص الله تعالى، حتى لا يكون معنى لإجازة السيد، بل عصى سيّده، فإذا أجاز جاز. و هذا الوجه الثالث هو أقرب الوجوه الثلاثة، لقرائن:

إحداها: قول السائل: «بأنّ أصل النكاح فاسد و لا تحل إجازة السيد له» كما في

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 130.

و أنه (1) إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضي السيد بها صحّ، وأنّ (2) ما قاله المخالف من (3) «أنّ معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده، وأنه (4) لا ينفع الرضا اللاحق» كما نقله السائل (5) عن طائفة من العامة

---

(1) معطوف على «أنّ معيار» وضميره راجع إلى «العبد» يعني: فيكون الحاصل أنّ العبد إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضي السيد بتلك المعاملة صحّ.

(2) معطوف على «وأنه» والمراد بالمخالف هو الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما المشار إليهم في موثقة زرارة المتقدمة.

(3) بيان ل «ما» الموصول، وضمير «حكمها» راجع إلى «معصية» وضمير «برضاه» إلى السيد، وضمير «بعده» إلى «العقد» والمراد بحكم المعصية بطلان المعاملة.

(4) معطوف على «انّ» وضميره للشأن.

(5) وهو زرارة رضوان الله عليه الناقل عن طائفة من العامة، وهم الحكم بن عيينة والنخعي وأصحابهما.

---

موثقة زرارة.

ثانيتها: قوله أيضا في خبر زرارة: «فإنه في أصل النكاح كان عاصيا».

ثالثتها: قوله أيضا في قوَى منصور بن حازم: «أعاص لله تعالى» «1» رابعتها: قوله أيضا فيه: «قلت حرام هو؟» فإنّ هذه القرائن كلّها تشهد بأنّ مورد الكلام تأثير إجازة السيد في رفع الحرمة، ومعصيته تبارك وتعالى. فأجاب الإمام عليه السلام بأنّه لم يعص الله تعالى حتى لا تؤثر إجازة السيد في صحة العقد ورفع العصيان، بل أتى شيئا حاللا، وليس ذلك كإتيان ما حرّم الله تعالى من نكاح في عدة وأشباهه، و أنّه «لا أزعّم أنّه حرام» ونحو ذلك من التعبيرات.

فالتعليل يدلّ على قابلية كل عقد يصدر من العبد للإجازة إن لم يكن حراما بذاته وفسادا من أصله، ولم يكن مسبوقا بإذن السيد، فإنّ إجازته حينئذ مصحّحة لعقد عبده.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 522، الباب 23 من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح 2.

غير (1) صحيح، فافهم (2) و اغتتم.

و من ذلك (3) يعرف أن استشهاد بعض (4) بهذه الروايات (5) على صحة عقد العبد وإن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة، بل و مع سبق النهي أيضا، «لأنّ (6) غاية الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه

---

(1) خبر «و أنّ ما قاله المخالف» و قد تقدم وجه عدم صحة ما قاله المخالف من تقريب التعليقات التي اشتملت عليه صحيحة زرارة و غيرها من الروايات المشار إليها.

(2) و تأمّل في الفرق بين معصية الله تعالى و معصية الخلق، فإنّ الاولى لا تقبل الإجازة، فإن نكاح المحارم معصية له تعالى، لخروجه عن الموازين و الحدود الشرعية، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة. بخلاف الثانية، فإن انقلاب مكروه الخلق إلى المرضي به ممكن.

(3) أي: و من كون ملاك صحة عقد العبد إذا وقع بدون إذن مولاه هو رضا السيد و إجازته، و إلا بطل العقد.

(4) و هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، و محلّ استشهاده قوله عليه السّلام: «لم يعص الله و إنّما عصى سيّده» و تقريب الاستشهاد ما ذكره المصنّف قدّس سرّه بقوله: «و دعوى».

(5) و هي روايات زرارة و غيرها، و لكنّ المصنّف لم يذكر إلا روايتي زرارة.

قال في الجواهر: «إنّ القول بالصحة و إن لم يأذن المولى - بل مع نهيه - لا يخلو عن قوة و إن أثم العبد بإيقاعها، لأنّها من المنافع المملوكة للسيد. إلا أنّ الحرمة لا تنافي الصحة هنا، إذ لا ريب في إثمه بإيقاع نفس العقد الذي هو تصرف في لسان العبد المملوك للسيد بالنسبة إلى ذلك» (1).

(6) هذا تعليل صاحب الجواهر لصحة عقد العبد و لو مع منع المولى عن ذلك.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 271، و أفاد نحوه في ج 25، ص 70، إلا أنه تأمّل فيه، فراجع.

الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقا لا يوجب الفساد، خصوصا (1) النهي الناشئ عن معصية السيد كما يومي إليه (2) هذه الأخبار الدالة على أنّ معصية السيد لا تقدر بصحة العقد» في غير (3) محله، بل [1] الروايات (4) ناطقة

---

(1) لأنّ النهي في المقام لم يتعلّق بالمعاملة من حيث هي حتى يدلّ على الفساد، بل تعلّق بعنوان مخالفة السيد، فالنهي عن المعاملة تبعيّ ولا يوجب فسادها، نظير النهي عن البيع وقت النداء.

(2) يعني: يومي إلى عدم كون النهي الناشئ عن معصية السيد موجبا للفساد، وذلك لأنّ صحة العقد بإجازة السيد تشير إلى أنّ مخالفة السيد توجب الإثم، ولا تمنع عن الحكم الوضعي أعني به صحة المعاملة بالإجازة.

(3) خبر «أنّ» في قوله: «يعرف أنّ استشهاده» و محصّل الجواب عن استشهاده صاحب الجواهر قدّس سرّه بالروايات المشار إليها هو: أنّ صحة عقد العبد منوطة برضا المولى، و بعدهم يبطل، فبطلانه حينئذ يستند إلى عدم رضاه، لا إلى النهي حتى يقال:

إنّ البطلان لا يستند إلى هذا النهي الناشئ عن عصيان السيد.

(4) يعني: بل الروايات تدلّ على خلاف ما أفاده، لدلالاتها على أنّ الصحة من جهة تبدل الكراهة بالرضا، و كون المدار في الصحة على الرضا، فبدونه يبطل. فوجه البطلان هو عدم وجود الرضا، لا النهي المسبب عن عصيان السيد حتى يناقش في دلالة على الفساد.

---

[1] لعل الأولى تبديل «بل» ب «إذ» لأنّ ما بعد «بل» تقريب لعدم صحة استشهاده بعض هذه الروايات و توضيح له، لا إضراب عنه، وإن أمكن توجيه الإضراب أيضا، فتأمّل في أنّ أيّهما أنسب بالمقام.

كما عرفت (1) بأنّ الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى و تبدّله بالرضا بما فعله العبد. و ليست (2) كراهة الله عزّ و جلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه (3) السابق. فكأنّه قال (4): «لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة و الرضا، و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز (5) جاز» فقد علّق (6) الجواز صريحا على الإجازة.

و دعوى (7) «أنّ تعليق الصحة على الإجازة من جهة مضمون العقد، و هو

---

(1) في تقريب دلالة تلك الأخبار على كون إجازة السيد لعقد العبد غير المسبوق بالإذن مصححة له، حيث إنّ الإجازة تدل على الرضا المعتبر في صحة عقد العبد، فلاحظ قوله (في ص 327): «فيكون الحاصل أن معيار الصحة في معاملة العبد .. هو رضا السيّد بوقوعه .. إلخ».

(2) يعني: و ليست كراهة المولى كراهة الله عزّ و جل - كما ربّما يتوهمها العامة- حتى يستحيل رضاه تعالى بعد وقوع العقد.

(3) متعلق ب «رضاه» و المشار إليه ب «ذلك» هو العقد.

(4) أي: قال الامام عليه السّلام في تلك الأخبار: لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة و الرضا، و إنّما عصى سيّده. و معصية السيد قابلة للتبدل بالرضا و الإجازة.

(5) أي: فإذا أجاز السيد العقد- الصادر من عبده بدون إذنه- جاز أي نفذ و صح.

(6) أي: علّق الامام عليه السّلام جواز العقد- أي صحته صريحا- على الإجازة كما في روايات زرارة و غيرها.

(7) محصل هذه الدعوى: أنّ قوله عليه السّلام: «إذا أجاز جاز» الدال على تعليق صحة عقد العبد الواقع بدون إذن سيّده على إجازة السيد ناظر إلى تعليق مضمون العقد المسمّى بمعنى اسم المصدر، كالزوجية التي هي نتيجة عقد النكاح، و ليس ناظرا إلى تعليق إنشاء كلّ عقد و إن لم يرتبط مضمونه بالسيد- كإنشاء العقد للغير من بيع

التزويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعاً، لا نفس (1) إنشاء العقد حتى لو فرضناه (2) للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد» مدفوعة (3) بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية بأن رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي (4) في كل ما يتوقف على مراجعة السيد، و كان (5) فعله من دون مراجعته أو مع النهي عنه معصية له، و المفروض أن نفس العقد من هذا القبيل (6).

أو غيره مما لا- يرتبط مضمونه بالمولى- حتى يقال: بتوقف صحة كل عقد على إجازة المولى بحيث يكون نفس الإنشاء و التلفظ بألفاظ العقد معصية.

(1) معطوف على «مضمون» يعني: أن تعليق الصحة على الإجازة من جهة المضمون، لا من جهة نفس إنشاء العقد، فلا يحتاج الإنشاء إلى الإجازة.

(2) يعني: لو فرضنا إنشاء العبد عقداً لغيره، كإنشائه بيع مال الغير.

(3) خبر «و دعوى» و دفع لها، و محصله: أن الرواية المتقدمة التي رواها زرارة عن الصادقين عليهما السلام سقت لبيان قاعدة كلية، و هي أن كل ما يكون وقوعه من العبد بدون الإذن معصية لسيدته يتوقف على إجازة السيد، و من المعلوم أن إنشاء العقد للغير من هذا القبيل، فلا يتوقف خصوص الإنشاء- الذي يكون مضمونه مرتبطاً بالسيد- على إجازة السيد، بل كل إنشاء يتوقف على إجازة المولى.

(4) خبر قوله: «بأن رضا» و غرضه كفاية الرضا المتأخر عن الفعل في ترتب الأثر عليه، و عدم توقفه على خصوص الإذن السابق على كل فعل يصدر من العبد و يكون معصية للسيد، و لو كان إنشاء للغير و أجنبياً مضمونه عن المولى.

(5) معطوف على «يتوقف» و الأولى إبداله بالمضارع.

(6) أي: كون نفس العقد الصادر من العبد بدون إذن السيد معصية، فلا بدّ من كون نفس الإنشاء أيضاً- مع الغض عن ارتباط مضمونه بالمولى- مقروناً بإجازته.



ثم (1) إنّ ما ذكره «من عصيان العبد بتصرفه في لسانه، وأنّه (2) لا يقتضي الفساد» يشعر (3) بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

وفيه أولاً (4): منع حرمة هذه التصرفات الجزئية، للسيرة المستمرة [1]

---

فالمحتاج إلى الإجازة كلّ من الإنشاء و مضمونه، فإنشاء العبد عقد البيع أو النكاح لغيره أيضا يحتاج إلى إجازة المولى، لكون نفس الإنشاء الذي هو تصرف في لسانه معصية للسيد وإن لم يكن مضمونه مرتبطا به.

(1) أراد الشيخ الأعمش أن يناقش صاحب الجواهر فيما أفاده من: أنّ العبد وإن أثم بإيقاع العقد، لكونه تصرفا في لسانه الذي هو ملك لسيد، لكن هذا التصرف لا يوجب الفساد، لعدم اقتضاء النهي للفساد.

(2) معطوف على «عصيان» و ضميره راجع إلى «عصيان العبد».

(3) خبر «أنّ ما ذكره» وهذا مورد مناقشة المصنف مع صاحب الجواهر قدّس سرّهما و محصله: أنّه زعم أنّ منشأ بطلان عقد العبد لغيره عند القائل به هو حرمة التلفظ بألفاظ العقد من دون رضا السيد، لكون نفس التلفظ تصرفا في ملك المولى بدون إذنه، فيكون حراما، و حرمة توجب بطلانه، فبطلان عقد العبد لغيره مستند إلى التصرف المنهي عنه.

(4) أي: وفيما زعمه صاحب الجواهر - من كون مستند بطلان إنشاء العبد للغير هو حرمة التلفظ بألفاظ العقد من دون رضا السيد - إشكال، لمنع حرمة هذه

---

[1] و لو نوقش في السيرة كفت أصالة البراءة في جوازها، لأنّها من الشبهات الحكمية التحريمية.

على مكالمة العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئية.

وثانيا: بدهاة (1) أنّ الحرمة في مثل هذه (2) لا توجب الفساد. فلا يظنّ استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

و ثالثا (3): أنّ الاستشهاد بالرواية- لعدم كون معصية السيد بالتكلم

---

التصرفات الجزئية، للسيرة المستمرة عليها من دون ردع الشارع عنها، هذا أولا.

(1) بالرفع مبتدء ل «فيه» المقدّر، أي: وفيه ثانيا بدهاة. وهذا هو الإشكال الثاني على صاحب الجواهر، و محصله: أنّ الحرمة مطلقا لا توجب الفساد، بل فيما إذا تعلّق بأحد ركني المعاملة كالنهي عن بيع الخمر و آلات القمار و نحو ذلك، دون ما إذا تعلّق بأمر خارج عن المعاملة كالنهي عن مخالفة السيد، و عمّا يوجب ترك صلاة الجمعة، فإنّ مثل هذا النهي لا يوجب الفساد، لعدم تعلقه بالمعاملة من حيث هي، فاستناد العلماء في فساد المعاملة إلى هذا النهي في غاية البعد.

(2) ممّا كان متعلّق النهي عنوانا مغايرا لعنوان المعاملة مقارنة له في الوجود كمخالفة السيد، فإنّ الحرمة التكليفية لا توجب الفساد الذي هو حكم وضعي.

(3) هذا هو الإشكال الثالث على صاحب الجواهر، و حاصله: أنّ الاستشهاد بالروايات المذكور بعضها كصحيحة زرارة- على عدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قاذحة في صحة العقد- غير صحيح، حيث إنّ مقتضى هذا الاستشهاد كون التكلم مفسدا للمعاملة إذا كان معصية لله، مع أنّه لم يقل به أحد.

و محصل إشكال المصنف عليه هو: أنّ مجرد الحرمة التكليفية لا توجب الحرمة الوضعية كحرمة التلفظ بصيغة البيع وقت صلاة الجمعة، أو وقت صلاة الاستيجار، أو في ضيق وقت الفريضة، فإنّ حرمة التلفظ بألفاظ العقد في هذه الأوقات و إن كانت مسلّمة لكنّها لا توجب الفساد.

بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قادحا في صحة العقد- غير صحيح، لأن مقتضاه (1) أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسدا. مع أنه لا يقول به (2) أحد، فإن حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان- كما في الصلاة و القراءة المضيقّة و نحوهما- لا يوجب (3) فساد العقد إجماعا.

فالتحقيق أن المستند في الفساد (4) هو الآية المتقدمة (5) و الروايات (6) الواردة في عدم جواز أمر العبد و مضيئه [1] مستقلا،

---

(1) أي: مقتضى الاستشهاد هو أن التكلم إن كان معصية له تعالى كان مفسدا للمعاملة، مع عدم قائل به، فإن ظاهر عدم قادية عصيان السيد بصحة المعاملة هو قادية عصيانه تعالى الحاصل بتحريك لسانه بصحة المعاملة، مع أنه لم يقل أحد بفساد المعاملة بسبب حرمة التكلم.

(2) أي: بفساد المعاملة بسبب حرمة التكلم، فإن الحرمة التكليفية لا تستلزم الحرمة الوضعية.

(3) خير قوله: «فإن حرمة».

(4) أي: فساد المعاملة الصادرة من المملوك من حيث كونه مملوكا.

(5) و هي قوله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، .. وَهُوَ كَلٌّ عَلَى مَوْلَاهُ «1».

(6) التي تقدم بعضها كصحيحة زرارة و موثقتة «2».

---

[1] لكن قد تقدم سابقا عدم دلالة الآية الشريفة مع الروايات المشار إليها إلا على

---

(1) سورة النمل، الآية 75.

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 1، و يستفاد الحكم من روايات أخرى أوردها صاحب وسائل الشيعة في باب 64 و 66 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ص 574 و 576، فراجع.

ص: 335

وأنه (1) ليس له من الأمر شيء.

### [فرع لو أمر العبد أن يشتري نفسه من مولاه، فباعه مولاه]

فرع [1] لو أمر العبد أن يشتري (2) نفسه من مولاه، فباعه مولاه، صحّ ولزم بناء

(1) أي: وأن العبد ليس له استقلال في شيء.

(2) يعني: أن يشتري العبد نفسه من مولاه الأمر، فالأولى إضافة كلمة «له» بعد «يشتري».

توقف خصوص الإنشاءات الراجعة إلى نفس العبد كالنكاح والطلاق على إذن السيد أو إجازته. ولو بنى على التعدي عنهما فيتعدى إلى ما يشابههما، وهي الإنشائات الراجعة إلى شخص العبد كالبيع والصلح وغيرهما. لا إلى كل فعل ولو كان ذلك إنشاء لغير العبد، كما إذا صار وكيلًا عن شخص في إجراء صيغة بيع أو نكاح له، إذ لا دليل على حرمة التكليفية، لجريان السيرة أو جريان أصالة البراءة فيه.

وعلى تقدير تسليم الحرمة فلا دليل على الحرمة الوضعية، وهي عدم ترتب الأثر على إنشائه حتى يحتاج إلى إجازة السيد، لعدم تعلق الحرمة بأحد ركني العبد، وهما العوضان كالمثمن والتمن، فمقتضى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لزوم الوفاء به.

[1] قد تعرض لهذا الفرع المحقق وغيره، والغرض من تعرضه له إمّا التنبيه على التوسعة في إذن المولى، لأنه المناسب للمقام، وأن الإذن يشمل الضمني كالصريح.

وإمّا التنبيه على ثبوت شرط آخر للبيع، وهو مغايرة المشتري للمال الذي اشتراه، وذكروا هذا الفرع لعدم اعتبار مغايرة المشتري للمشتري.

وإمّا التنبيه على عدم اعتبار وجود شرائط المتعاقدين من أول العقد إلى آخره.

وإمّا التنبيه على عدم اعتبار تعدد الموجب والقابل، وعدم مانع من اتحادهما.

وهذا ممّا اختلف فيه القدماء، قال الشيخ قدس سرّه: «المرأة البالغة الرشيدة تزوّج نفسها وتزوّج

---

غيرها بنفسها مثل بنتها أو أختها، ويصح أن تكون وكيلة في إيجاب وقبول، وفيه خلاف» (1) خلافا للقاضي في هذه المسألة بخصوصها، لزعمه أنّها من باب اتحاد الموجب والقابل، كما صرح هو بهذا.

وقال المحقق: «ولو أمره أمر أن يبتاع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز، والجواز أشبه» (2).

وقال الشهيد الثاني في شرحه: «وجه المنع اعتبار التغير بين المتعاقدين، وعبارة العبد كعبارة سيده. أو اشتراط إذن المولى في تصرف العبد، ولم يسبق له منه إذن.

ويندفع الأول بأنّ المغايرة الاعتبارية كافية، ومن ثمّ اجتزئنا بكون الواحد الحقيقي موجبا قابلا، فهنا أولى. والثاني بأنّ مخاطبة السيد له بالبيع في معنى التوكيل له في تولّي القبول» (3).

وكيف كان فالحقّ صحة البيع. أمّا بناء على ما اخترناه من عدم توقف صحة إنشاءات العبد لغيره على إذن المولى وإجازته فواضح، لعدم اعتبار الإذن في إنشاءاته للغير، ولتعدد الموجب والقابل حقيقة.

وأمّا بناء على توقفها على ذلك فلاّنّ مخاطبة المولى للعبد بقوله: «بعتك» في معنى توكيله في تولّي قبول الشراء لمن أمره بالاشتراء.

وأمّا اعتبار تعدد الموجب والقابل، ففيه أولا: عدم الدليل على اعتباره، وكفاية التعدد الاعتباري.

وثانيا- بعد تسليمه- أنّ التعدد في المقام موجود، لكون الموجب هو السيد

---

(1) المبسوط، ج 4، ص 193.

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 14.

(3) مسالك الافهام، ج 3، ص 157.

على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه (1) للبيع من إذنه (2) الصريح، بل (3) يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمني [1]

---

(1) متعلق ب «الحاصل» وضميره راجع إلى «المولى» يعني: أنّ تعريض المولى العبد للبيع كاف عن إذنه الصريح في البيع.

(2) متعلق ب «كفاية» و حاصله: أنّ الرضا كاف، و لا يفتقر البيع إلى الإذن الصريح.

(3) إضراب عن البناء على كفاية الرضا، و التزام بالحاجة إلى الإذن، و حاصله:

أنّه يمكن إثبات الإذن في المقام، بأن يقال: إنّ نفس الإيجاب يوجب الإذن الضمني أو يكشف عنه، و إلا لم يوجب البيع.

لكن يتوجه عليه: أنّ الكلام كان في اعتبار الإذن الصريح، لا مطلق الإذن و إن كان ضمنيا. و المستكشف من الإيجاب إذن ضمني للعبد في قبول الوكالة عن الغير في المباشرة للاشتراء لذلك الغير.

---

و القابل هو العبد، و الاتحاد موقوف على وحدة عبارة السيد و العبد، و هو ممنوع جدّا، لعدم الوحدة لا شرعا و لا عقلا و لا عرفا.

[1] قد يتوهم أنّ الأولى إبداله بالإجازة الضمنية، لأنّ الإيجاب دالّ على إجازة قبول الوكالة الثابتة بسبب أمر الأمر العبد بالاشتراء، فالإيجاب دالّ على إجازة هذه الوكالة، لوقوعها بعد تحقق الوكالة، فينبغي عطف عنان البحث إلى توسعة الإجازة للإجازة الضمنية و عدمها، لا توسعة الإذن.

لكنّه كما ترى، ضرورة أنّ الإجازة عبارة عن إمضاء العمل الصادر من العبد كبيع و نحوه. و في المقام لم يصدر منه عمل. و إنّما الصادر هو توكيل الغير له، و إذن المولى يكون مسوّغا لقبول الوكالة، و المفروض أنّ العبد لم يقبل الوكالة قبل ذلك حتى تصدق الإجازة.

و لا يقدح (1) عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب، لأنّ (2) هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول [1]، بل هو (3) نظير إذن مالك الثمن في الاشتراء، حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه (4) فضولا.

---

(1) هذا إشارة إلى توهم ودفعه. أمّا التوهم فهو: أنّ المانع عن صحة البيع هنا انتفاء بعض الشرائط، و هو قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب، لعدم كونه حرّاً مستقلاً في تصرفاته التي منها القبول في زمان الإيجاب.

(2) هذا دفع التوهم، و حاصله: أنّ هذا الشرط ليس على حدّ سائر شرائط المتعاقدين المعتبرة من أوّل زمان الإيجاب إلى آخر القبول، فتكفي قابلية المشتري للقبول بعد تمامية الإيجاب.

(3) أي: شرط قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب، نظير قابلية من يريد أن يشتري مال الغير فضولا فإذا أذن له مالك الثمن في الاشتراء بعد إيجاب البائع وقبل قبول المشتري- الذي بنى على إنشاء القبول فضولا- كفى في الخروج عن الفضولية، و صحّ البيع و لزم. و المقام نظير ذلك، فحدوث قابلية العبد للقبول بعد تحقق الإيجاب من السيد كاف في صحة البيع.

(4) أي: إنشاء القبول فضولا.

---

[1] لكنه خلاف ما أطلقه سابقا من وجوب كون جميع الشروط من حين الإيجاب إلى تمام القبول، سواء لم يكن المشتري في حال الإيجاب قابلا للقبول، أم كان أهلا للقبول عرفا و لكن الشارع أسقط رضاه عن الاعتبار، فراجع «1».

---

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 602-605.

ص: 339

وعن القاضي: البطلان في المسألة (1) مستدلاً عليه (2) باتّحاد عبارته مع عبارة السيد، فيتّحد الموجب والقابل.

وفيه (3): مع اقتضائه المنع - لو أذن له السيد سابقاً -

---

(1) أي: في مسألة أمر الأمر العبد في شراء نفسه له من مولاه، والحاكي لكلامه هو العلامة في وكالة المختلف، حيث قال: «مسألة: قال الشيخ في المبسوط: إذا وُكِّل رجل عبداً في شراء نفسه من سيده، قيل: فيه وجهان، أحدهما يصحّ .. والثاني:

لا يصحّ، لأنّ يد العبد كيد السيد، وإيجابه وقبول ياذنه بمنزلة إيجاب سيده وقبوله، فإذا كان أوجب له سيّده وقبله هو صار كأنّ السيد هو الموجب والقابل للبيع، وذلك لا يصح، فكذلك هاهنا. قال - يعنى شيخ الطائفة - والأوّل أقوى. وقال ابن البرّاج:

الأقوى عندي أنه لا يصحّ، إلّا أن ياذن له سيده في ذلك، فإن لم ياذن له فيه لم يصح.

و الحقّ ما قوّاه الشيخ، لأنّ بيع مولاه رضى منه بالتوكيل» «1».

ونسب صاحب الجواهر القول بالبطلان إلى القاضي، كما أن السيد العاملي نقل عبارة المختلف المتضمنة لكلام القاضي، فراجع «2».

(2) أي: على البطلان. وحاصل وجهه هو اتحاد الموجب والقابل الناشئ من كون عبارته عبارة السيد.

(3) أي: وفي اتحاد الموجب والقابل - الذي جعله القاضي دليلاً على البطلان - إشكالات:

أحدها: ما أشار إليه بقوله: «مع اقتضائه» وحاصله: أنّ إشكال الاتحاد يجري أيضاً في صورة الإذن السابق في الوكالة عن الغير في الاشتراء له، مع عدم إشكال في صحة اشتراء العبد وكالة عن الغير.

---

(1) مختلف الشيعة، ج 6، ص 35.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 271، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 183.

ص: 340



منع (1) الاتحاد أولاً. و منع قدحه (2) ثانياً.

هذا (3) إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاه. فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى فعن جماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان: أنه لا يصح، لعدم الإذن من المولى (4) [1].

---

و ثانيها: ما تعرض له بقوله: «منع الاتحاد» لتعدد السيد و العبد حقيقة فتعدّد الموجب و القابل.

و ثالثها: ما أفاده بقوله: «و منع قدحه» لعدم دليل على لزوم تعدد الموجب و القابل حقيقة، فيكفي فيه التعدد الاعتباري.

(1) مبتدء مؤخر، و خبره قوله: «فيه».

(2) هذا الضمير و ضمير «اقتضائه» راجعان إلى اتحاد الموجب و القابل.

(3) المشار إليه هو القول بصحة شراء العبد نفسه من مولاه لو أمره أمر. و أمّا لو أمره ذلك الأمر بالاشتراء من وكيل المولى فعن جماعة عدم الصحة، لعدم الإذن من المولى.

(4) قال المحقق الثاني في شرح قول العلامة: «و ليس للملوك أن يبيع أو يشتري إلا بإذن مولاه، فان وكله غيره في شراء نفسه من مولاه صحّ على رأي» ما لفظه:

«لعلّ النكتة في قوله: - من مولاه- استلزام بيع المولى له نفسه إجازته لوكيل الغير إيّاه. بخلاف ما لو اشترى من وكيل مولاه. و الأصحّ الجواز، لأنّ التغاير بين العوضين و المتعاقدين يتحقق مع التغاير الاعتباري» [1]. و نحوه كلام الشهيد الثاني.

---

[1] قد عرفت سابقاً عدم توقف الإنشاءات غير المتعلقة بنفس العبد على إذن المولى. و على تقدير التوقف يكفي الإذن الضمني الذي يدلّ عليه - التزاماً - إيجاب المولى أو وكيله المفوض معه، حيث إنّ إيجابه يدلّ على إجازته للعبد في قبول وكالته عن الأمر الذي أمره باشتراء نفسه.

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 68، مسالك الأفهام، ج 3، ص 157 و 158.

ص: 341

وربما قيل (1) بالجواز حينئذ (2) أيضا بناء على ما سبق منه (3) من أن المنع لأجل النهي، وهو لا يستلزم الفساد.

وفيه (4) ما عرفت (5): من أن وجه المنع [1] هو أدلة عدم استقلال العبد

---

و صريح كلامهما ترجيح الصحة، وإثما ذكرا عدم الصحة وجهها في المسألة.

و صاحب الجواهر قدس سره نقل وجه البطلان عنهما «1»، و لم ينقل قولهما: «و الأصح الجواز» و صار هذا منشأ لأن يقول المصنف: «فعن جماعة أنه لا يصح» فراجع الكلمات متأملا فيها.

(1) القائل هو صاحب الجواهر قدس سره «2».

(2) أي: حين الاثراء من وكيل المولى لا نفسه، كالاثراء من نفس المولى في الصحة.

(3) أي: من صاحب الجواهر، وقوله: «بناء» قيد للجواز، يعني: أن الجواز مبني على ما سبق منه من أن النهي عن معصية السيد لا يقتضي الفساد .. إلخ.

(4) أي: وفيما أفاده صاحب الجواهر قدس سره.

(5) عند إشكال المصنف عليه (في ص 333) بقوله: «وفيه أولا منع حرمة هذه ..

إلخ».

---

[1] قد تقدم سابقا قصور أدلة عدم استقلال العبد عن شمولها للإنشاءات المتعلقة بغيره.

و كيف كان فالحق أن يقال: إن كان الوكيل مفوضا فحكمه حكم السيد، وإلا فالوجه البطلان، لخلو وكالة العبد عن الأمر بالشراء عن إذن السيد، وصحته منوطة بإجازة السيد، لكونه من صغريات عقد الفضولي.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 272.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 272.

ص: 342

في شيء، لا منعه عن التصرف في لسانه (1)، فراجع ما تقدّم (2). والله أعلم [1].

---

(1) كما أفاده في الجواهر بقوله: «إذ لا ريب في إثمه بإيقاع نفس العقد الذي هو تصرف في لسان العبد المملوك للسيد» إلى آخر ما تقدم في عبارته المنقولة في (ص 329).

(2) من إشكال المصنف عليه بقوله: «وفيه أولا .. و ثانيا .. إلخ».

---

[1] ثم إنّ هنا فروعا كثيرة لا بأس بالتعرض لبعضها:

منها: أنّه إذا حاز العبد مباحا بإذن المولى مع القصد، فلا إشكال في صيرورته ملكا للمولى. وبدون القصد فالظاهر بقاءه على الإباحة.

إلا أن يقال: إن إذن المولى يتضمّن قصد التملك أيضا، وهو كاف في حصول شرط تملك المباحات أعني به قصد التملك.

وإن حازه بغير إذن مع القصد، فعلى القول بملكه محجورا عن التصرف فيه. وعلى القول بالعدم ففي بقاءه على الإباحة أو صيرورته ملكا للمولى قهرا وجهان، أقواهما الثاني، لأنه من منافع عبده. ولا يعتبر في تملك المباحات سوى الحيابة والقصد، وكلاهما موجود.

نعم إذا حاز المباح بدون القصد يشكل الحكم بملكه للسيد أو العبد، بل هو باق على الإباحة، نظير حيابة حيوان لشيء مباح، فإنّه باق على إباحته، إذ لا قصد للحيوان، فلا يملكه مالك الحيوان. وهذا القصد هو الفارق بين حيابة العبد وحيابة الحيوان، فالصور أربع ثنتان منها مع الإذن، و ثنتان منها بلا إذن.

ومنها: أنّه لا مانع من أن يوكّله مولاه في بيع نفسه أو إعتاقه، إذ ما يتصور مانعا منه هو اتحاد الموجب و متعلق المعاملة، وذلك ليس مانعا بعد ما تقدم من جواز اتحاد الموجب و القابل، وكفاية التغير الاعتباري.

إشارة

مسألة:

و من شروط المتعاقدين (1): أن يكونا مالكين [1] أو مأذونين من المالك

من شروط المتعاقدين: ملك التصرف

(1) اشترط الفقهاء قدس سرهم في المتعاقدين مالكيتهما للعوضين أو مأذونيتهما في البيع بالإذن الشرعي أو المالك، وفرعوا عليه انتفاء الصحة الفعلية عن بيع من ليس له ولاية التصرف في العوضين، سواء قيل ببطلانه رأساً أم بصحته التأهيلية.

وبيانه: أن العقد إما يصدر ممن له ولاية أمر العقد سواء أكان مالكا، أم ولياً عليه، أم مأذوناً منه، أم وكيلاً عنه، وهذا لا إشكال في صحته. وإما يصدر من غير من له ولاية العقد بدون إذنه وإجازته، وهذا لا إشكال في فساده. وإما يصدر من غير من له ولاية العقد مع تعقبه بالإجازة. وهذا هو مورد البحث والكلام في الصحة أو اللزوم كعقد نفس المالك أو المأذون منه أو من الشارع إلا بالإجازة.

[1] في هذا التعبير مسامحتان:

الأولى: في اعتبار مالكية العوضين في الخروج عن الفضولية، لانتقاضه بموارد.

منها: بيع العين المرهونة على المشهور- بل المدعى عليه الإجماع- من حجرهما عن التصرف فيها، مع كونها ملكاً للراهن، وهذا يكشف عن عدم كفاية مالكية العوضين في انتفاء الفضولية.

ص: 344

---

(1) هذا العنوان بقول بعض الأعلام قدس سرّه «1» من جوامع الكلم، لشموله لجميع أقسام من يصحّ منه البيع كالمالكين للعوضين و المأذونين منهم كوكلائهم، و المأذونين من الشارع، و هم الأولياء المنصوبون منه كالأب و الجدّ و الحاكم الشرعي و منصوبه،

---

و منها: بيع السفیه و المفلس، لعدم نفوذ بيعهما مع كونهما مالکین.

و منها: بيع المريض - في مرض موته - ما زاد على الثلث بناء على نفوذ تصرفه في الثلث خاصة، لتوقف صحة بيعه على إجازة الورثة، مع عدم زوال مالكيته عن أمواله بعد.

و منها: غير ذلك ممّا لا ينفذ بيع المالك.

و منه يظهر أنّ توجيه المتن «بأنّ المراد اشتراط نفوذ التصرف بمالكية المتعاقدين» غير وجيه، لأنّ نفوذ التصرف منوط بمالكية المتعاقدين لأمر العقد لا للعوضين.

نعم تندفع هذه المسامحة بما سيأتي نقله من كلام الشهيد قدس سرّه في تعريف الفضولي من تصريحه بأن «الفضولي هو من لا يملك التصرف» و عليه فالعبارة الجامعة لملك العوضين و الاذن في البيع شرعا أو مالكا هو ملك أمر العقد.

الثانية: التعبير «لا يصح» و تفسيره بعدم ترتب اللزوم عليه كعقد الأصيل، إذ الكلام في نفوذ عقد الفضول و عدمه، لا في لزومه و جوازه. لأنّ الفضول قد ينشئ عقدا خياريا كما إذا باع حيوانا مملوكا للغير، فبيعه عقد جائز غير نافذ، لوقوفه على إجازة المالك.

و عليه فالحكم ببطلان عقد الفضول إنّما يتّجه لو اختلّ بعض شروط العقد. و مع فرض وقوعه باطلا امتنع تصحيحه بالإجازة المتأخرة، لاستحالة انقلاب الشيء عمّا وقع عليه. فلا بدّ أن يكون نفس العقد صحيحا حتّى يتوقّف تأثيره و نفوذه على الإجازة.

---

(1) هو الفاضل المامقاني في غاية الآمال، ص 350.

فَعَقْدُ الْفُضُولِيِّ (1) لَا يَصِحُّ (2)، أَي: لَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ مَا يَتَرْتَبُ عَلَى عَقْدٍ غَيْرِهِ (3)

والمأذون من قبله، وكذا المنصوب من الأب أو الجد قيما على الصغير، وغير ذلك من الموارد التي تنتفي الفضولية فيها.

(1) الفضولي لغة الاشتغال بما لا يعنيه. قال الفيومي: «و فضل فضلا من باب قتل زاد، وهو الفضل أي الزيادة، و الجمع فضول، مثل فلس وفلوس. وقد استعمل الجمع استعمال المفرد أيضا: فيما لا خير فيه، ولهذا نسب إليه على لفظه، فقيل: فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه، لأنه جعل علما على نوع من الكلام، فنزل منزلة المفرد، و سمي بالواحد» (1).

وعن أقرب الموارد: «الفضول جمع الفضل كما مرّ، و الفضول العمل الفضولي، و هو مفرد هنا، يقال: إن ذلك فضول منه أي اشتغال بما لا يعنيه».

و لا يخفى أنه لو لا علمية الفضول لنوع من الكلام لكان مقتضى القاعدة الأدبية- من ردّ الجمع الى المفرد في النسبة- أن يقال: «فضلي» لا «فضولي».

و اصطلاحا- كما عن الشهيد- «هو الكامل غير المالك للتصرف فيه، سواء كان غاصبا أم لا». و المناسبة بين المعنى اللغوي و الاصطلاحى هو الإطلاق و التقييد.

و كيف كان فالفضولي صفة للعاقد، و الفضول صفة للعقد، فجعل الفضولي صفة للعقد مجاز من قبيل الوصف بحال متعلقه.

(2) يعنى: أنه يتفرّع على هذا الشرط عدم صحة عقد الفضولي، بمعنى عدم ترتب الأثر الذي يترتب على عقد غير الفضولي و هو اللزوم.

(3) أي: غير الفضولي من لزوم ترتيب الأثر من النقل و الانتقال أو غيرهما، فإنّ هذا الأثر لا يترتب على عقد الفضولي.

(1) المصباح المنير، ص 475.

ص: 346

من اللزوم (1) [1]. و هذا (2) مراد من جعل الملك و ما في حكمه (3) شرطا، ثم فرّع (4) عليه «بأنّ بيع الفضولي موقوف على الإجازة» كما في القواعد.

فاعترض (5)

---

(1) بيان ل «ما» الموصول.

(2) أي: ما ذكرناه- من كون الشرط مالكية المتعاقدين أو مأذونيتيهما من المالك أو الشارع- هو مراد من جعل الملك و ما في حكمه أعني الإذن من المالك أو الشارع شرطا، توضيحه: أنّ مراد العلامة قدّس سرّه من جعل الشرط الملكية أو الإذن من المالك أو الشارع هو توقف لزوم العقد فعلا على إجازة وليّ البيع و مالكه، في قبال العقد الصادر من وليّ البيع، فإنّه بمجرد صدوره يكون لزومه فعليا.

(3) و هو الإذن من المالك أو الشارع.

(4) يعني: العلامة قدّس سرّه فإنّه فرّع على هذا الشرط توقف بيع الفضولي على الإجازة حيث قال: «و يشترط كون البائع مالكا أو وليّا عنه كالأب و الجدّ له، و الحاكم و أمينه، و الوصي، أو وكيلًا، فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي ..» (1).

(5) محصل اعتراض المحقق الثاني قدّس سرّه على ما في القواعد هو: أنّ هذا التفرع في

---

[1] لعلّ الأولى ابداله ب «الأثر» لأنّ ظاهر اللزوم ترتب الملكية في البيع بدون اللزوم، و توقف اللزوم على الإجازة. مع أنه ليس كذلك، لأنّ شرطية طيب نفس المتعاقدين- الذي تكشف عنه الإجازة- تقضي بعدم ترتب أثر أصلا على عقد الفضولي إلاّ بالإجازة، حيث إنّ طيب النفس المستكشف جزء العقد أو شرطه، و لا يترتب الحكم على الموضوع قبل تمامية جزئه و شرطه. فالحكم الوضعي من الملكية اللازمة كما في البيع و الجائزة كما في الهبة لا يترتب على عقد الفضولي إلاّ بالإجازة.

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19.

ص: 347

جامع المقاصد عليه «بأن التفريع في غير محله» لعله (1) في غير محله [1].

## [التعرض لمسألة عقد الفضولي]

### إشارة

و كيف كان (2) فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل (3)، فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق

غير محله، إذ المتبادر من الشرط المذكور بطلان عقد الفضولي، لكونه فاقداً لذلك الشرط، إذ المفروض أنه ليس مالكا ولا مأذونا منه ولا من الشارع. لا توقفه على الإجازة كما أفاده العلامة قدس سرّه.

(1) خبر «فاعترض» أي: لعلّ اعتراض المحقق الثاني على العلامة قدس سرّهما في غير محله، وذلك لأنّ مراد العلامة من الشرط المذكور شرطيته في الصحة الفعلية، بمعنى أنّ عقد الفضولي لا يصير مؤثرا فعلا. وهذا لا ينافي صحته الشأنية، و توقف فعليتها على الإجازة.

(2) أي: سواء كان اعتراض المحقق الثاني - و من تبعه كالسيد العاملي قدس سرّهما «1» - على تفريع العلامة في محله أم في غير محله، فالمهم .. إلخ. وهذا شروع في الإشارة إلى أقوال الفقهاء في المسألة و تحرير محلّ النزاع، و أن بحث الفضولي مخصوص بالعقود، و لا يجري في الإيقاعات، لا تفاهيم على بطلانها.

(3) أي: المسائل المهمة الفقهية التي وقع فيها البحث قديما و حديثا بين علماء الفريقين.

[1] نعم هو في غير محله، لكن لا لما ذكره المصنف، بل لفقدان شرطه و هو طيب النفس، و الإجازة كاشفة عنه، فإن حصلت ترتّب الأثر على العقد، و إلا فلا، و غرض العلامة قدس سرّه من التوقف على الإجازة هو عدم ترتّب الأثر على عقد الفضولي إلا بعد تحقّق شرطه و هو الإجازة. و هذا كلام متين.

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 68، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 184.

ص: 348



عقده (1)- بعد اتفاهم على بطلان إيقاعه (2) كما في غاية المراد (3)- على أقوال (4).

(1) أي: عقد الفضولي كالصلح و النكاح و الإجارة و الوكالة و المساقاة و المزارعة و غيرها، فلا يختص النزاع بالبيع.

(2) أي: إيقاع الفضولي. و الظاهر من عبارة الشهيد الآتية جميع الإيقاعات.

(3) قال في غاية المراد: «اختلف علماؤنا في كل عقد صدر عن الفضولي، و نعني به الكامل غير المالك للتصرف فيه، سواء كان غاصبا أم لا، بعد اتفاهم على بطلان الإيقاع، و على عدم لزوم العقود على أقوال» (1).

و قال المحقق الأردبيلي قدس سره في شرح قول العلامة قدس سره في الإرشاد: «و الرّاهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن» ما لفظه: «و الظاهر عدم القول به- يعني بالفضولي- في العتق، لقولهم عليهم السلام: لا عتق إلا في ملك. و يمكن الجواز و التأويل كما لا بيع إلا فيما يملك» (2).

(4) متعلق ب «اختلف». ثم إنّ أقوال المسألة على ما عن الشهيد قدس سره في نكاح غاية المراد خمسة:

الأوّل: بطلانه مطلقا أي في البيع و الشراء و النكاح و غيرها، سواء أجاز المالك العقد أم لا. حكاه رحمه الله عن الشيخ رحمه الله في المبسوط و البيع من الخلاف.

الثاني: وقوفه على الإجازة مطلقا، حكاه ره عن الحسن و المفيد و المرتضى و الشيخ في النهاية، و سلّار و القاضي و التقي و ابن حمزة و المحقق و العلامة.

الثالث: أنّه يقف بالبيع و يبطل الشراء، حكاه ره عن الشيخ في كتاب النكاح من الخلاف. و المعنون في كثير من العبارات إنّما هو «ما لو باع الفضولي» من دون تعرض لشرائه، فيحتمل أن يكون ذكر البيع من باب المثال، كما يحتمل أن يكون من باب الاختصاص بالحكم.

(1) غاية المراد، ص 177، و حكاه عنه في المقابس، ص 19 (كتاب البيع).

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 9، ص 163.

ص: 349

و المراد بالفضولي كما ذكره الشهيد هو الكامل (1) غير المالك للتصرف (2) و لو (3) كان غاصبا، و في كلام بعض العامة «أنه (4) العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه» [1]

الرابع: بطلان البيع و صحّة النكاح قال رحمه الله: «و هو قول الفاضل ابن إدريس رحمه الله».

الخامس: بطلان النكاح في غير البكر الرشيدة مع حضور الولي، و عقد الأبوين على الصغير، و الجدّ مع عدم الأب، و عقد الأخ و العمّ و الأمّ على صبيته، و العقد لعبد منه أو من أجنبي بلا إذن السيد، قال ره: «و هو قول ابن حمزة».

(1) أي: الكامل بالنسبة إلى الشرائط العامة كالبلوغ و العقل و الاختيار و الحرية.

(2) غرضه أنّ الفضولي ليس خصوص من لا- يكون مالكا للعين، بل يعمّ كلّ من ليس له حق التصرف في عين المال و إن كان مالكا لها، كالراهن المالك للعين المرهونة، فإنّه- مع كونه مالكا لها- ليس له حق التصرف فيها إلاّ بإذن المرتهن. و كذا القصر كالصغار و المجانين و المفلسين، فإنّهم مع كونهم مالكين ممنوعون من التصرف.

(3) كلمة «لو» غير مذكورة في كلام الشهيد، و المذكور فيه «سواء كان غاصبا أم لا» كما عرفت نصّ كلامه في (ص 349).

(4) أي: الفضولي، يعني: أنّ الفضولي يطلق في كلام بعض العامة على العاقد الذي يعقد بدون إذن من يعتبر إذنه من المالك أو الشارع.

[1] الظاهر أنّ النسبة بينهما هي العموم المطلق، لأنّ كل كامل غير مالك للتصرف عاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه. و لا عكس، كما إذا كان العاقد مجنوناً أو صغيراً بحيث يمكن تمثّلي القصد منهما، فإنّ هذا العاقد فضولي، لصدق العاقد بلا إذن من يعتبر إذنه عليه، و لا يصدق عليه الفضولي بمعناه الأوّل، لعدم كون العاقد كاملاً.

و تعريف الشهيد أولى من تعريف بعض العامة، لأنّ عقد الفضولي- في مقابل عقد الأصيل- يقتضي أن يكون عقداً تاماً من جميع الجهات الدخيلة في عقديته

وقد يوصف به (1) نفس العقد، ولعلّه (2) تسامح.

وكيف كان (3) فيشمل العقد الصادر من الباكرة [البكر] [1] الرشيدة بدون إذن الولي، ومن المالك (4) إذا لم يملك التصرف،

---

(1) أي: بالفضولي، يعني: أنه قد يوصف نفس العقد بالفضولي، فيقال: «العقد الفضولي» كما يقال: «العاقد الفضولي» وقد وصف الشهيد العقد بالفضولي، لقوله في غاية المراد: «البيع الفضولي».

(2) يعني: ولعلّ توصيف نفس العقد بالفضولي مسامحة، وجه المسامحة: أنّ العقد ليس ملكاً لأحد حتى يكون متصفاً بالفضولي، وإنّما المتصف به هو العاقد غير المالك للتصرف.

(3) يعني: سواء أكان الفضولي بالمعنى الذي ذكره الشهيد أو بعض العامة، فيشمل عقد الفضولي الصادر من البكر الرشيدة بناء على ولاية الأب والجدّ عليها، وعدم ولايتها على تزويج نفسها، لصدق مفهوم الفضولي بكلا تفسيريه على عقد البكر الرشيدة كما لا يخفى.

(4) معطوف على «من البكر» يعني: ويشمل عقد الفضولي الصادر من المالك الممنوع عن التصرف في ماله كالراهن والمفلس وغيرهما من المحجورين من

---

إلا صدوره ممّن له ولاية العقد، فجميع شروط العقد في عقد الفضولي موجودة، فلا يشمل عقداً لا يكون قابلاً للإجازة كالصغير بناء على كونه مسلوب العبارة، بحيث لا يصح عقده حتى بإجازة وليّه.

[1] المذكور في نسخ المكاسب «الباكرة» غير النسخة المنسوبة إلى جامعة النجف الدينية. والصحيح هو (البكر) فعن شرح القاموس «بأن التعبير عن هذا المعنى - أي العذراء - بلفظ الباكرة غلط».

لتعلق حق الغير بالمال (1) كما يومي إليه (2) استدلالهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح البكرة [البكر] الرشيدة بغير إذن وليّها. وحينئذ (3) فيشمل بيع الراهن و السفية و نحوهما (4) و بيع (5) العبد بدون إذن السيد.

---

التصرف في أموالهم.

(1) كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، فإنّ مالكها- و هو الراهن- ممنوع من التصرف فيها.

(2) أي: يومي الى هذا الشمول استدلال الفقهاء- لفساد عقد الفضولي مطلقا بيعا كان أو غيره- بالأخبار الواردة في منع نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليّها الموجود، كما في خبر أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها. وقال: إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت متى شاءت» (1).

و على كلّ فالمستدل بهذه الروايات هو القائل بفساد عقد الفضول، وقد أشار إليه صاحب المقابس في عدّ حججهم بقوله: «و منها: ما ورد في النكاح، وهي أيضا كثيرة، تطلب مع الجواب عنها في محلّها» (2).

(3) أي: و حين شمول عقد الفضولي لعقدي البكر الرشيدة بدون إذن وليّها و المالك الذي لا يملك التصرف- بسبب استدلال الفقهاء بالأخبار الواردة في منع نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليّها- فيشمل عقد الفضولي بيع الراهن و السفية.

(4) كالمفلس و المحجور عليه لصغر أو جنون.

(5) معطوف على «بيع الراهن» و غرضه أنّ تعريف الشهيد للفضولي- بما ذكر- يشمل بيع العبد مال نفسه بدون إذن سيده، أو بيع العبد مال غيره بإذن مالكة و بدون

---

(1) وسائل الشريعة، ج 14، ص 205، الباب 4 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح 2. و نحوه ما ورد في الباب 9، ص 214 و 215، و ما ورد في بعض أخبار الباب 11 من أبواب المتعة، 457 إلى 460.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 31.

ص: 352

و كيف كان (1) فالظاهر شموله (2) [1] لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرف باطنا، و طيب (3) نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا أو فحوى (4)،

---

إذن سيده في إجراء صيغة البيع. و هذا أولى من سابقه، لاندرجاه في بيع المالك إذا لم يملك التصرف في ماله.

لكن قد عرفت سابقا منع توقف صحة إجراء الصيغة على إذن السيد.

حكم العقد المقرون برضا المالك

(1) يعني: سواء قلنا بشمول الفضولي لمثل بيع الراهن بلا إذن المرتهن، أم قلنا بعدمه.

(2) أي شمول عقد الفضولي لما إذا أحرز طيب نفس المالك مع عدم إذن منه، فإذا باع شخص مال غيره مع إحراز رضاه كان هذا البيع من أفراد عقد الفضولي، و مجرد رضا المالك به لا يخرج عن الفضولية.

(3) معطوف على «رضا» أي: تحقّق طيب نفس المالك بالعقد.

(4) أو بشاهد الحال، فإنّ جميع هذه الثلاثة إذن، غايته أنّ الأولين إذن بلسان القال، و الثالث إذن بلسان الحال. فغرض المصنف قدّس سرّه من هذا الكلام إدراج مورد العلم برضا المالك في الفضولي، و أنّ خروجه عن الفضولية منوط بإظهار الرضا و لو بالفحوى. و استدللّ عليه بما سيأتي.

---

[1] لا يخفى أنّه بناء على شمول الفضولي لصورة رضا المالك باطنا يشكل التصرف الاعترافي كالبيع و نحوه في السهم المبارك لمن يأخذه و يصرفه في ضروريات معاشه، و يشتري به ما يحتاج إليه، لتوقف البيع و الشراء و غير ذلك من التصرفات المملّكة على الملكية، مع فرض عدم صيرورة السهم المبارك ملكا لأحد.

لأنّ (1) العاقد لا يصير مالكا للتصرف و مسلّطا عليه بمجرد علمه (2) برضا المالك.

(1) تعليل لعدم خروجه عن الفضولية، و محصّله: أنّ مجرد العلم برضا المالك لا يجعل العاقد مالكا للتصرف حتى يخرج عن عنوان الفضولي، و خروجه عن هذا العنوان منوط بكونه مالكا للتصرف.

(2) أي: علم العاقد برضا المالك، و ضمير «عليه» راجع إلى التسلط.

دون التصرف الخارجي كالأكل و الشرب و اللبس، لكفاية طيب النفس في جوازها، و عدم اشتراطها بالإذن.

و يمكن دفع الإشكال أولا: بأن يشتري آخذ السهم متاعا بثمن في ذمته، ليتملك المتاع، ثم يدفع السهم إلى البائع لتفريغ ذمته عمّا اشتغلت به من الثمن تبرّعا من ناحيته عليه السّلام اعتمادا على إذنه عليه السّلام لقابض السهم المبارك في التصرف فيه، فإنّ التبرع بأداء دين الغير من المستحبات، و فراغ الذمة لا يتوقف على مالكية المديون للمال الذي يدفعه إلى الدائن، بل هو مال الامام عليه السّلام، و به تبرء ذمة المديون، و يملك المشتري المتاع بنفس الشراء، و التبرع المستحب بماله عليه السّلام داخل في التصرف المأذون فيه.

و الرضا بوفاء الدين بماله عليه السّلام مستلزم لمالكية الدائن لذلك المال، و إلا لم يكن وفاء، فنفس الوفاء يوجب ملكية المال الذي يوفى به الدين للدائن.

و ثانيا: أنّ رضاه عليه السّلام بالتصرف في ماله مع القطع بوقوع التصرفات المتوقفة على الملك فيه بالضرورة أذن بشاهد الحال في جميع تلك التصرفات، فيخرج عقدها عن الفضولي، و يصير المتاع المشتري بماله ملكا له عليه السّلام مع الإذن لمشتريه بالتصرف فيه.

أو إذن منه عليه السّلام بتملك ماله عليه السّلام، كتملك المرتزقين من بيت المال، فإنّ من يرتزق منه كالقاضي يتملك المال و يتصرف فيه تصرفا متوقفا على الملك. نظير من

يأذن لغيره عموماً أو خصوصاً بتملك ماله بمعنى رفع المانع عن تملك الغير له كتملك مال أعرض عنه مالكة.

والفرق بين هاتين الصورتين أنه في هذه الصورة يصير السهم المبارك ملك الآخذ بالقبض مع قصد التملك، فيبيع ويشترى بمال نفسه. و في الصورة السابقة يكون مأذوناً في البيع والشراء بمال الامام عليه السلام، لا بمال نفسه، لكن مع جواز التصرف فيه بإذنه عليه السلام.

ويحتمل أن يعامل مع السهم المبارك معاملة المال المتعذر وصوله إلى مالكة، فيكون أخذه من باب التصدق الموجب لتملك الآخذ له. لكن يشكل حينئذ صرفه في غير ضروريات معاش الفقراء والمضطرين، كبناء المدارس العلمية والمساجد والحسينيات وغيرها.

إلا أن يضعف هذا الاحتمال بأنه مع تعيين المصرف من مالك السهم لا تصل النوبة إلى التصدق، هذا.

ثم إن لسيدنا المحقق الخويي كلاماً في المقام المذكور في بعض أجوبة استفتاءاته، وهو: أنه إذا وقعت المعاملة بعين السهم المبارك كان عوضها ملك الامام عليه السلام.

وهذا يتوقف على كفاية الرضا الباطني في صحة المعاملة، والاستغناء عن الإجازة لخروجها عن الفضولية. مع أنه دام بقاؤه لا يخرج هذه المعاملة المقرونة برضا المالك عن عقد الفضولي. فالالتزام بصحتها ولزومها ينافي التزامه باندراج المعاملة المقرونة برضا المالك باطنا مع عدم إذنه في عقد الفضولي.

ويمكن دفع المنافاة بحصول الإذن منه عليه السلام بشاهد الحال الذي هو كالإذن بلسان المقال، حيث إن بقاء الأحكام وشرائع الإسلام موقوف على إقامة الحوزات العلمية وتشييد أركانها، إذ بدونها تدرس الأحكام، وتمحي آثار الإسلام. وهذا الوضع

و يؤيّده (1) اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا، وفرّعوا (2) عليه بيع الفضولي

---

(1) يعني: و يؤيّد شمول عقد الفضولي للعقد الذي أحرز رضا مالك التصرف باطنا به- بدون إذنه صريحا أو فحوى بهذا العقد- اشتراط الفقهاء في لزوم العقد ..

إلخ.

وجه التأييد: أنّ إطلاق تفرّيع بيع الفضولي على اشتراط كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا يقتضي اندراج كلّ عقد فاقد للشرط المذكور تحت بيع الفضولي حتى مع اقترانه برضا المالك باطنا.

و التعبير بالتأييد دون الدلالة ظاهر الوجه، إذ ليس تفرّيع الفقهاء حجة شرعية حتى يستدلّ به على المدعى، نعم هو صالح للتأييد.

(2) أي: فرّعوا على الاشتراط المزبور بيع الفضولي، و التفرّيع يدلّ على شمول عقد الفضولي لصورة رضا مالك التصرف باطنا، لعدم كون العاقد- مع رضا المالك باطنا- مالكا و لا مأذونا و لا وليا، و كل عاقد لم يكن كذلك كان فضوليا.

---

يقتضي إذنه عليه الصلاة و السلام بالبيع و الشراء بالسهم المبارك، فتندرج المعاملة في معاملة المأذون من ناحية المالك، و تخرج عن عقد الفضولي.

و قد حكى عن السيد المحقق المجدد الميرزا الكبير الشيرازي قدّس سرّه أنه قال:

«أنا قاطع برضا مولانا الحجة المنتظر عجل الله فرجه بصرف سهمه المبارك في إقامة الحوزات العلمية الشيعية، و إدارة شؤونها».

فالمتحصل: أنّ جواز التصرف في السهم المبارك يمكن أن يكون بأحد الوجوه المتقدمة.

ص: 356



و يؤيّده (1) أيضا استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي «1»، مع أنّ الظاهر علمه (2) برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ بما يفعله.

و إن (3) كان الذي يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب (4) - عدم توقفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به (5) العاقد

---

(1) معطوف على «و يؤيّده» يعني: و يؤيّد شمول عقد الفضولي لصورة رضا المالك باطنا و طيب نفسه بالعقد - من دون إذنه صريحا أو فحوى - استدلال الفقهاء على صحة عقد الفضولي بحديث عروة البارقي، مع علمه ظاهرا برضاه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ بما يفعله. و هذا الاستدلال كاشف عن عدم خروج صورة رضا المالك باطنا عن عقد الفضولي. و سيأتي شرح حديث عروة البارقي إن شاء الله تعالى.

(2) أي: علم عروة. غرضه من قوله: «مع أنّ الظاهر» إدخال قضية عروة - المحرز لرضاه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ باطنا - في بيع الفضولي حتى يصح الاستدلال بها على أنّ إحراز الرضا باطنا لا يخرج المعاملة عن عقد الفضولي.

لكن لم يظهر منشأ هذا الظهور، مضافا الى ضعف السند. و لعله لذا جعله مؤيدا لا دليلا.

(3) هذا شروع في بيان مختاره في صورة رضا المالك باطنا مع عدم إذنه.

و الأقوى عنده قدّس سرّه صحة البيع و عدم توقفه على الإجازة، و خروجه عن عقد الفضولي موضوعا.

(4) حيث إنّ كثيرا من فقهاء الإمامية ذهبوا إلى أنّ هذه الصورة أيضا تحتاج إلى الإجازة، فالعلم برضا المالك لا يخرج عن الفضولي.

(5) أي: برضا المالك، فيجب على المالك ترتيب آثار الصحة عليه.

---

(1) عوالي اللئالي، ج 3، ص 205، ح 36، و رواه المحدّث النوري - عن ثاقب المناقب للشيخ الطوسي - في مستدرک الوسائل، ج 13، ص 245، الباب 18 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 1.

أو انكشف بعد العقد حصوله (1) حينه، أو لم ينكشف (2) أصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به، ويرتب الآثار عليه، لعموم (3) وجوب الوفاء بالعقود «1» [1] وقوله تعالى شأنه إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «2»

---

(1) أي: حصول الرضا، وضمير «حينه» راجع إلى «العقد».

(2) أي: لم ينكشف بعد العقد حصول الرضا حين العقد.

و الظاهر الاستغناء عن كلمة «أصلاً» إذ ليس لعدم الانكشاف إلا فرد واحد وهو عدم الانكشاف بعد العقد. إلا أن يراد من كلمة «أصلاً» عدم العلم بالرضا حين العقد وعدم الانكشاف بعده، فتأمل.

(3) قد استدلل المصنف قدس سره على مختاره بوجوه:

الأول: عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بتقريب: أن هذا العقد جامع للشرائط المعتمدة في العقود سوى الإجازة الصريحة أو الفحوى من المالك، لكن رضاه القلبي موجود، فيصير هذا العقد من العقود الصحيحة التي تشملها الآية الكريمة، وكذا الحال في آية التجارة، لصدق التجارة عليه، فتشمله آية التجارة.

---

[1] يتوجه عليه: أن وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود متوجه إلى من تحقق له عقد بحيث يضاف إليه و يقال: إنه عقده. و مجرد الرضا الباطني للمالك لا يجعل عقد الفضولي عقده حتى يكلف بالوفاء به. وكذا الحال في آية التجارة، حيث إن مجرد الرضا الباطني للمالك لا يجعلها تجارة المالك، فلا ينسب إليه التجارة، ولا يقال: إنه أتجر بماله.

وبالجملة. فعقد الفضولي ليس عقدا للمالك ولا تجارة له، فلا يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ولا آية التجارة عن تراض. فهاتان الآيتان الشريفتان نظير آية وجوب الوفاء

---

(1) سورة المائدة، الآية: 1.

(2) سورة النساء، الآية: 29.

ص: 358

و لا يحلّ (1) مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه «(1)» [1].

(1) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، وهو: ما دلّ على حرمة مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه. و المفروض أنّه راض ببيع ماله، فيكون خارجاً عن الفضولية، فيجوز التصرف فيه بلا حاجة إلى الإجازة.

بالندور في عدم كون جميع المكلفين مخاطبين بهذه التكاليف، فلا يصح الاستدلال بهما على المقام.

[1] وفيه: أنّ الظاهر إرادة الحلية التكليفية في التصرفات الخارجية كالأكل و الشرب. فإن كان كذلك فهو أجنبي عن مورد البحث و هو الحكم الوضعي أعني به نفوذ البيع و نحوه.

وإن أريد بالحلّ أعمّ من التكليفي و الوضعي كما هو المحتمل - لكون الحلّ بمعنى الإرسال و الفتح في مقابل السدّ - ففيه: أنّه لا يدلّ إلا على دخول طيب النفس في الحلية، و لا - دلالة فيه على انحصار سبب الحلّ في الرضا الباطني حتى ينافي اعتبار أمر آخر فيه كالإذن و الإجازة إذا نهض دليل عليه.

و الوجه في عدم إفادة الحصر ممّا دلّ على نفي الحلّ إلا مع طيب النفس هو: أنّ نفي الماهية عند انتفاء شيء لا يدلّ على الحصر، و إناطة وجود تلك الماهية بوجود ذلك الشيء فقط، بل يدلّ على اعتباره في الماهية و أنّها تنتفي بانتفائه. و لا ينافي ذلك اعتبار شيء آخر فيها فمثل «لا صلاة إلا بطهور» و «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب» لا يدلّ على الحصر و عدم تحقق الصلاة إلا بالطهور أو الفاتحة، بل يدلّ على اعتبار الطهور و الفاتحة

(1) عوالي اللئالي، ج 2، ص 113، الحديث: 309.

ص: 359

وما (1) دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته (2) إقرار منه.

---

(1) بالجزء محلاً عطفاً على «لعموم» وهذا إشارة إلى الوجه الثالث، وهو ما دلّ على علم المولى بنكاح العبد، وأنّ سكوته إقرار منه بذلك. تقريب الاستدلال به: أنّ ظاهره كفاية الرضا الباطني في خروج العقد عن الفضولية، لأنّ كفاية السكوت في نفوذ العقد وعدم الحاجة إلى إجازة جديدة تدلّ على كفاية الرضا الباطني، وهذا ممّا يدل عليه جملة من الروايات:

منها: رواية معاوية بن وهب قال: «جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام، فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن مواليّ، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إيّاها حين اعتقت؟ فقال عليه السلام له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عنّي، ولم يغيروا عليّ. قال فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأول» (1) وقريب منه غيره.

(2) بالنصب عطفاً على «علم» و ضميراً «سكوته»، منه راجعان إلى «المولى».

---

شظراً أو شرطاً فيها، ولا ينافي ذلك اعتبار شيء آخر فيها تنتفي الصلاة بانتفائه أيضاً، فاستدلال أبي حنيفة على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بمثل «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب» غير سديد، لأنّ الاستثناء في موارد نفي الماهية ليس حقيقياً حتّى يدلّ على الحصر كما في «جاء القوم إلا زيدا» بل هو استثناء صوري لا يدلّ إلا على اعتبار المستثنى شرطاً أو شرطاً في الماهية المنفية المستثنى منها.

وبالجملة: فما دلّ على دخل طيب النفس - بعد تسليم عموم الحلّ للتكليفي والوضعي - لا يدلّ على انحصار الحلّ في الرضا الباطني. فلا ينافي اعتبار الإذن أو

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 525، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث: ونحو الحديث 2 و 3 من الباب.

ص: 360

و رواية (1) عروة البارقي الآتية «1»، حيث أقبض المبيع وقبض الدينار، لعلمه برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. ولو كان فضوليًا موقوفًا على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض. و تقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ له على ما فعل دليل على جوازه، (2) هذا.

---

(1) معطوف كما قبله على «لعموم وجوب الوفاء»

(2) محصّل استدلال المصنّف قدّس سرّه برواية عروة البارقي - الذي هو الوجه الرابع من أدلة خروج العقد المقرون برضا مالك التصرف عن عقد الفضولي - هو: أنّ العروة لَمَّا كان عالما برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بما يفعله باع إحدى الشاتين اللتين اشتراهما بالدينار الذي أعطاه الرسول الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وأقبضها للمشتري، وقبض منه ثمنها الذي كان دينارا، إذ لو لم يكن الرضا القلبى - الذي علمه عروة من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - كافيا في صحة العقد، بل كانت صحته متوقفة على الإجازة، لكونه فضوليا، لم يكن تصرفه بإقباض الشاة إلى المشتري وقبض ثمنها وهو الدينار منه جائزا، وكان حراما قبل الإجازة، لكونه تصرفا في مال الغير. و تقريره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ دليل على تصرف عروة في المعوض وهو الشاة التي باعها بإقباضها، و تصرفه في العوض وهو الدينار بقبضه من المشتري.

---

الإجازة أيضا فيه إذا قام عليه دليل. فالاستدلال به على ما ادّعاه الشيخ قدّس سرّه غير وجيه.

و أمّا ما دلّ على نكاح العبد، وأن سكوت المولى إقرار منه، فهو على خلاف المطلوب أدلّ، لدلالته على كون السكوت إقرارا أي إجازة، فإنّ السكوت في مقام البيان

---

(1) في ص 380.

ص: 361

هذا لكن في خروج العقد بهذا، عن الفضولية تأمل، فراجع الجواهر «1».

(1) غرضه قدّس سرّه الخدشة في ما نسبه إلى الأصحاب آنفا بقوله: «لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب» حيث إنّه جعل ظاهر الأصحاب شمول عنوان «الفضولي» لما إذا علم العاقد رضا المالك. فقوله هنا: «مع أن ظاهر الأصحاب» استظهار لخروج العلم بالرضا عن الفضولي موضوعا، على ما يستفاد من بعض كلماتهم، وهو الذي يقوى في نفسه الشريفة.

وعدم مانع للمتكلم من بيان تمام مراده بيان لعدم دخل شيء آخر في مراده، فيستفاد من قوله عليه السّلام: «أ كانوا علموا» أنّ علمهم مقدمة لبيان كون السكوت إجازة، فلو لم تكن المعاملة المقرونة برضا المالك محتاجة إلى الإجازة لم تكن حاجة إلى قوله عليه السّلام:

«سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم» و كان قوله عليه السّلام: «أثبت على نكاحك الأوّل» كافيا.

وأما الاستدلال بحديث عروة بن الجعد البارقى - بالواو كما هو المشهور، لكن عن بعض الأعلام قدّس سرّه «أنّ المذكور في الكتب الرجالية للخاصّة والعامة عرفة الأزديّ الموصوف بأنّه دعا له النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم بقوله: اللهم بارك في صفقة يمينه .. نعم في الاستيعاب من كتب العامة: «غرفة الأزدي بالغين المعجزة».

لكن عن شيخ الطائفة في رجاله وكذا العلامة قدّس سرّهما في الخلاصة: عرفة الأزدي من أصحاب أمير المؤمنين صلوات الله عليه، كان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم دعا له، فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه».

وفي مضاربة التذكرة «عروة بن لييد البارقى» «2».

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 277 آخر الصفحة.

(2) تذكرة الفقهاء ج 2 ص 250، السطر 10.

في بعض المقامات (1) يظهر منها خروج هذا الفرض (2) عن الفضولي، وعدم (3)

---

(1) مثل ما نقله السيد العاملي قدس سرّه عن المستدلين على صحة بيع الفضولي، بقوله: «احتج الأولون بأنّ السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط، وكلّها كانت حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله..» (1) فراجع.

(2) وهو العقد المقرون برضا المالك باطنا، مع عدم إذن منه بذلك، لا صريحا ولا فحوى.

(3) معطوف على «خروج» أي: يظهر عدم وقوفه على الإجازة.

---

و احتمال تعدّد الواقعة (2) - كما في كلام بعض الأعظم - فلا يكون تردّد اسم صاحب القصة موهنا لا يخلو من بعد، مع وحدة المتن و خصوصيات الواقعة.

ففيه أولا: ضعف سنده، لما قيل من أنّه بنفسه غير موثق عندنا. ولعدم ذكره مسندا في أصول الشيعة المشهورة. ولذا قال المحقق الأردبيلي قدس سرّه: «و معلوم عدم صحة الرواية و معارضتها بأقوى منها» (3).

و لكن دفعه في الجواهر «بأنّ خبر عروة البارقي قد أغنت شهرته عن النظر في سنده» (4).

و في الرياض «دعوى انجبار قصور سنده بالشهرة» (5).

أقول: الملاك في حجّية الخبر هو الوثوق بالصدور المعبر عنه بالوثوق الخبري، دون الوثوق المخبري كما أصرّ عليه بعض الأعلام دام بقاءه. فمع حصول الوثوق

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 189، أواخر الصفحة.

(2) معجم رجال الحديث، ج 11، ص 137.

(3) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 158.

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 277.

(5) رياض المسائل، ج 1، ص 512، السطر قبل الأخير.

وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة (1): «إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلّا رضا المالك» (2) وقولهم (3): «إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنّه أعمّ من الرضا» ونحو ذلك (4)

---

(1) أي: صحة عقد الفضولي، في قبال بطلانه رأسا.

(2) فهذا الاستثناء- مع الجمود على ظاهر «رضا المالك» وهو الرضا الباطني غير المبرز- دليل على خروج العقد المقرون به ولو بدون مبرز له من الإذن الصريح أو الفحوى عن عقد الفضولي.

(3) بالجر معطوف على: «قولهم» توضيحه: أنّ أعميّة السكوت من الرضا تدلّ على أنّ الشرط في صحة العقد وتأثيره هو الرضا الباطني، و السكوت لا يكون مبرزاً له، فإذا أحرز الرضا من الخارج كفى في صحة العقد.

(4) يعني: ونحو هذين القولين من كلماتهم الدالة على خروج هذا الفرض من الفضولي.

---

بصدور الخبر تشمله أدلة حجية الخبر، ولا ينظر حينئذ إلى الراوي، كما هو كذلك في بعض النبويات. فمع عدم نقل الحديث في كتب الخاصة، وفرض استناد المشهور إليه في مقام الفتوى يصحّ الاعتماد عليه والركون إليه.

نعم مجرد شهرة حديث في الكتب الاستدلالية أو أصول الشيعة مع عدم إحراز الاستناد إليه في استنباط الحكم لا يوجب حجيته، لأن الشهرة الجابرة لضعف السند هي الشهرة الاستنادية، لا الروائية. وكذا مع إجمال معناه.

فهذا الحديث وإن كان مشهوراً من حيث النقل في الكتب الروائية والاستدلالية، لكن إجمال معناه يمنع حجيته كما سيظهر.

و ثانياً: إنّ قضية عروة مشتبهة عندنا، لاحتمال كونه وكيلاً عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم فيما يرجع



ثم لو سلّم كونه (1) فضوليا لكن ليس كلّ فضوليّ يتوقف لزومه على الإجازة، لأنّه لا دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقة، كما هو (2) أحد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه (3).

(1) يعني: أنّه مع الغض عما ذكرنا من خروج العقد المقرون برضا مالك التصرف باطنا عن عقد الفضولي، و تسليم كونه من الفضولي- موضوعا- نمنع توقّف كلّ فضولي على الإجازة، إذ لا دليل على هذا التوقف في جميع الموارد. وعليه فالمنع حكمي لا موضوعي. أقول: بعد تسليم كونه فضوليا يحتاج خروجه عنه حكما إلى الدليل، وإطلاق دليل توقف عقد الفضولي على إجازة مالك التصرف يشمل المقام.

(2) أي: كما أنّ عدم توقّف الفضولي على الإجازة مطلقا أحد الاحتمالات .. إلخ.

(3) بسبب اختياريّ كالبيع والصلح ونحوهما، أو قهريّ كالإرث، فإنّه بعد التملك لا يحتاج إلى الإجازة. و حاصله: أنّ من باع مال غيره ثم تملكه يكون فضوليا حال البيع، لكن يحتمل عدم توقف صحته ببعه على الإجازة، للفرق بين أفراد الفضولي.

إلى السوق من المعاملات. بل في حاشية السيد «روي أنّه كان معدا لخدماته صلّى الله عليه وآله وسلّم» «1».

و لا ينفي هذا الاحتمال أمره بالاشتراء، لعدم ظهور هذا الأمر في عدم كونه وكيفا، بل هو بيان لما يحتاج صلّى الله عليه وآله وسلّم إليه من شراء الشاة للأضحية أو غيرها.

كما لا ظهور في الدعاء لعروة- بالبركة في صفقة يمينه- في كون عقد عروة فضوليا حتى يكون هذا الدعاء إجازة، لأنه أعمّ، و العامّ لا يدلّ على الخاص.

كما لا ظهور لهذه القضية في كون عروة عالما برضاه صلّى الله عليه وآله وسلّم بما يفعله، حتى

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 135.

ص: 365

مع (1) أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور أنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك (2) مع الالتفات.

ثم (3) إنه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقق المعصية

---

(1) هذا ناظر إلى التوسعة في الإجازة بجعل الرضا الحاصل بعد البيع أنا ما إجازة، فلا تختص الإجازة بما إذا كان الرضا مفقوداً ثم أنشأها المالك.

(2) أي: عن الإجازة أنا ما مع الالتفات إلى البيع، فمحصل ما أفاده إلى هنا: أن العقد المقرون برضا المالك باطنا إماماً خارج عن الفضولي موضوعاً، وإماماً خارج عنه حكماً.

(3) غرضه أن الإشكال في عقد غير المالك مع رضا المالك باطنا حين العقد

---

يصح الاستدلال بها على المطلوب، وهو عدم الحاجة إلى إجازة المالك للتصرف مع رضاه باطنا حين العقد. فتكون قضية عروة أجنبية عن عقد الفضولي وعن العقد المقرون برضا مالك التصرف من دون صدور إذن منه.

ولا ظهور في تبريكه صلى الله عليه وآله وسلم في تمامية المعاملة بسبب الرضا حتى يصح الاستدلال به على كفاية الرضا الباطني في صحة المعاملة. وذلك لاحتمال كون التبريك متمماً للبيع، وإجازة له بلسان التبريك، فيكون من الفضولي المجاز. والظهور المزبور منوط بكون التبريك متممماً في الدعائية لا متمماً للمعاملة، وكلّ منهما محتمل. ومع الاحتمال يبطل الاستدلال.

لا يقال: إنه يمكن أن يدعى علم عروة برضاه صلى الله عليه وآله وسلم، حيث إنه تصرف في العوض والمعوّض بالإقباض والقبض، إذ لو كان البيع فضولياً لم يجز له هذا التصرف إلا بعد الإجازة.

فإنه يقال أولاً: إنه لم يعلم حال عروة من حيث علمه بالحكم الشرعي، وأنه لا يجوز له التصرف إلا بعد الإجازة، حتى يدعى علمه برضا صلى الله عليه وآله وسلم، فلعله كان جاهلاً بالحكم.

و ثانياً: أن علمه - بعد تسليمه - لا يجدي إلا في التصرف الخارجي دون الاعتباري، لعدم استلزام الرضا بالتصرف الخارجي للتصرف الاعتباري، لإمكان الرضا بالقبض والإقباض فقط، أو الرضا بإنشاء العقد دون القبض. فمجرد الرضا بالتصرف الخارجي لا يلازم الرضا بإنشاء المعاملة. هذا بالنسبة إلى بيع الشاة.

وأما بالنسبة إلى شراء الشاتين بدينار فيحتمل أن يكون شراء كليهما فضولياً، لظهور الأمر بشراء شاة في شراء شاة واحدة، فكان وكيلاً في شراء شاة واحدة لا شاتين.

ويحتمل أن يكون شراء إحداهما فضولياً دون الأخرى، لثبوت وكالته في شراء واحدة.

ويحتمل صحة شرائهما معاً، بحمل الشاة الموكّل في شرائها على الجنس الشامل للواحد والمتعدد.

هذا إذا كان شراؤهما ببيع واحد. وإذا كانا بيوعين كان الشراء الأول صحيحاً والثاني فضولياً.

فصار المتحصل: أن قضية العروة لضعف سندها وإجمالها لا تصلح للاستدلال بها على خروج البيع الصادر من غير المالك للتصرف - مع رضا المالك باطنا وعدم إذنه وإجازته - عن بيع الفضولي حتى لا يحتاج إلى إجازة المالك.

قال بعض الأعلام: الحق أن يقال: إن الرضا الباطني مَمَّن له حق في العين بدون مبرز له من الإذن والإجازة كاف في عقد المالك الممنوع من تصرفه في ماله، لتعلق حق الغير به كحق الرهانة، فإذا باع الراهن المالك العين المرهونة مع رضا المرتهن بذلك البيع صحّ البيع ولزم، ولا يحتاج إلى الإجازة الموجبة لإضافة العقد إلى المالك، إذ المفروض

---

صدور العقد من نفس المالك، و المانع تعلق حق الغير به، فإذا رضى بالبيع أسقط حقه، بخلاف غير المالك، فإنه لا يضاف إلى المالك ولا يصير عقدا له حتى يجب عليه الوفاء به. فإذا صار عقدا له عرفا وجب الوفاء به. ولا يمكن أن يكون كذلك إلا بأن يضيفه هو إلى نفسه ولو مسامحة بوسيلة الإجازة، لتوقف إضافة العقد إلى شخص حقيقة على صدوره منه مباشرة أو تسببا عقديا كالتوكيل، أو خارجيا كبيع الرعية إذا أمرهم السلطان به. وليست الإجازة إلا إظهار الرضا بالعقد، والإكتفاء بالإجازة في صحة العقد دليل على عدم لزوم انتسابه إلى المالك بنحو التسبيب.

و مجرد علم الغير برضا المالك لا يوجب إضافة العقد إليه عرفا، فإن الرضا في مقابل عدم الميل، و مجرد الميل النفساني إلى بيع ماله لا يوجب صحة إضافة البيع إليه، بل لا بد من إبرازه حتى يصدق الالتزام بنقل ماله.

و لو فرض شك في صيرورته عقدا له بمجرد العلم برضاه لم يجز التمسك بمثل «أوفوا» لإثبات وجوب الوفاء عليه، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية هذا (1).

و لا يخفى أن كون إجازة المالك سببا لإضافة العقد إليه لا توجب كفاية الرضا الباطني لمن عليه حق في أحد العوضين إلا إذا دل دليل على كفايته، فإن الإجازة تارة توجب إضافة العقد إلى المالك، و أخرى توجب ارتفاع المانع عن تأثير العقد، و لم ينهض دليل على انحصار فائدة الإجازة في إضافة العقد إلى المالك.

و عليه فمجرد رضا المرتهن لا يكفي في صحة بيع العين المرهونة، بل لا بد من الإذن أو الإجازة. و كذا رضا الغرماء في بيع المفلس، و كذا إذن الوارث في نفوذ وصية مورثهم فيما زاد على الثلث، فإن التعبير بالإذن و الإجازة في أمثال هذه الموارد ظاهر في أن العبرة بهما، لا بمجرد الرضا الباطني و لو لم يبرز بمبرز.

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 4، ص 12.

---

ولو شك في كفاية مجرد الرضا النفساني وسقوط حقه به فمقتضى أصالة الفساد في العقود عدم كفايته، فإنّ الشك يكون في رافعيّة الموجود، حيث إنّ يشك في أنّ مجرد الرضا رافع للحق كحق الرهانة أولاً، فيستصحب الحقّ.

وقد ظهر مما ذكرنا أمران:

أحدهما: أنّ الإجازة إمّا مقتضية للتأثير، كما في إجازة المالك الموجبة لإضافة العقد إليه، وإمّا شرط للتأثير، كما في إجازة كل ذي حق متعلّق بأحد العوضين.

فلا تنحصر فائدة الإجازة في إضافة العقد إلى المالك حتى يقال: إنّ العاقد إذا كان هو المالك لم تكن حاجة إلى إجازة من له حق في أحد العوضين، بل يكفي رضاه الباطني في تأثير العقد كما يظهر من تقريرات بعض الأعظم دامت أيام إفاداته الشريفة، مع تصريحه في رسالته العملية بلزوم إجازة الوارث في تنفيذ الوصية بالنسبة إلى الزائد على الثلث، وعدم كفاية رضاه باطنا في نفوذ الوصية بالنسبة إلى الزائد.

وما أفاده من التفصيل بين المالك وغيره - بكفاية الرضا الباطني في غير المالك، وعدم الحاجة إلى الإجازة، وعدم الكفاية في المالك، و توقف تأثير العقد على إجازته - من إفادات شيخه المحقق الأصفهاني على ما في شرحه للكتاب «1» وردّ على المحقق النائيني قدّس سرّه، حيث قال مقرر بحثه العلامة الشيخ موسى الخوانساري قدّس سرّه: «و الحق عدم خروج العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضا الباطني من المالك و من له الحق مرتهنا كان أو مولى. وذلك لأنّه لو كان أمر العقد موقوفاً وغير ماضٍ إمّا لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلاً، فلا يخرج عن التوقيف إلّا باستناده إلى المالك أو ذي الحق والاستناد والتنفيذ من الأمور الإنشائية، و يكونان كسائر الإيقاعات لا بدّ من إيجادها إمّا باللفظ أو بالفعل، فلا الكراهة الباطنية ردّ، و لا الرضا

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 130.

---

الباطني إجازة، بل كل منهما يحتاج إلى كاشف» (1).

ثم إنّه لا- فرق في اعتبار إبراز الرضا وعدم كفاية الرضا النفساني في إذن غير المالك أو إجازته بين أن يكون معتبرا في صحة العقد أو في لزومه.

وبعبارة أخرى: اختلاف المشروط بالإذن أو الإجازة في كونه الصحة أو اللزوم لا يوجب تفاوتاً في اعتبار الإنشاء في الإذن والإجازة، فلا يكفي الرضا النفساني فيمن له حق في العين التي جرى عليها العقد، كعدم كفايته من نفس المالك.

فصار المتحصل من جميع ما ذكرنا: أنّه لا فرق في عدم كفاية الرضا الباطني بين المالك وغيره ممّن له حق في متعلّق العقد، خصوصاً بعد ملاحظة كون الرضا الباطني والإذن والإجازة من مقولتين، إذ الرضا انفعال النفس، والإذن والإجازة فعل النفس، والمقولات متباينات.

ومع الشك في شرطية أحدهما المعين بعد العلم بشرطية أحدهما في الجملة- وعدم ما يوجب تعيينه- لا محيص عن الرضا المبرز بالإذن والإجازة، إذ بدون المبرز يشك في ترتب الأثر على العقد. ومقتضى أصالة الفساد عدم ترتبه بعد وضوح قصور العمومات عن تعيين ما هو شرط، إذ هي مرجع لنفي الشك في أصل الشرطية دون كفيته، مع تباين الكيفيتين، لكونهما من مقولتين. إلا إذا كان لدليل الشرط إطلاق يقتضي إطلاق الكيفية. كما إذا فرض لدليل اعتبار الرضا في العقد إطلاق ينفي احتمال اعتبار مقارنته للعقد، فلا إشكال حينئذ في عدم اعتبارها فيه تمسكاً بالإطلاق المزبور.

و كيف كان فمقتضى استدلال المصنف قدس سرّه لصحة عقد الفضولي هنا وفيما يأتي بعموم أدلة البيع والعقود كون عقد الفضولي على طبق القاعدة، إذ خلّوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه. واحتمال اشتراط سبق الإذن في تأثيره- لا في عقديته- منفي بالإطلاقات.

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 210.

ص: 370

فالنّيجة: أنّ المصنّف حيث إنّّه لا يعتبر في عقديّة العقد استناده إلى من بيده زمام البيع، وإنّما اعتبر فيه الرضا فقط، فقد استدلّ على كون عقد الفضولي مطابقاً للقاعدة بالعمومات، إذ المتيقن من تخصيصها فقد الإذن والإجازة معاً. فعقد الفضولي غير الفاقد لهما داخل في العمومات، ويكون على طبق القاعدة.

وأما بناء على اعتبار استناد العقد إلى من بيده أمره فينبغي الاستدلال لصحته بالعمومات بوجه آخر، وهو: أنّ الرضا والاستناد معاً وإن كانا معتبرين في صيرورة العقد عقد المالك، إلّا أنّ المتيقن اعتبارهما في ناحية المسبب، وهو حاصل المصدر كالنقل والانتقال، لا في السبب وهو الإيجاب والقبول اللفظيّان، لأنّ من ينشئ العقد سواء أكان هو المالك أم الوكيل أم الفضولي إنّما ينشئ المقابلة بين العوضين، فيقول: «بعت هذا بهذا» ولا يقول المالك: «بعت مالي بمال المشتري» ولا يقول الوكيل أيضاً: «بعت مال الموكل» بحيث يضاف المالك إلى المالكيين أو الموكلين. فلا فرق في إنشاء مبادلة مال بمال بين إنشاء المالك والوكيل والفضولي.

وعليه فالمعتبر استناد خصوص المسبب إلى المالك، وهو يحصل بإجازته.

بل لا معنى لاستناد نفس السبب وهو ألفاظ الإيجاب والقبول إلى المالك، لأنّها لا تتغير بالإجازة عمّا وقعت عليه، فلا يتعلّق شك باعتبار الاستناد إلى المالك في نفس السبب حتى يرجع في نفيه إلى الإطلاقات.

والحاصل: أنّ جهة مطابقة الفضولي للقاعدة هي اعتبار الرضا والاستناد في المسبب كالنقل والانتقال، وهو يتوقف على إجازة المالك، و بحصولها يتحقق الاستناد إليه. هذا مختار المحقق النائيني قدّس سرّه.

وأما مختار الشيخ الذي هو عدم اعتبار الاستناد إلى من بيده أمر البيع واعتبار رضاه فقط، فدليله العمومات، إذ الخارج منها تخصيصها هو العقد الفاقد للإذن والإجازة معاً. فالعقد المقرون بالرضا داخل في العقود التي يجب الوفاء بها.

و لا يبعد كون ما أفاده الميرزا النائيني قدس سرّه هو الحق، لأنّ المأمور بوجوب الوفاء بكل عقد هو العاقد تسبباً أو مباشرة، أو من يضاف إليه العقد بالإذن أو الإجازة كما يظهر من النصوص وإن لم يساعده العرف.

ثم إن الإجازة تضيف نتيجة العقد- والحاصل من المصدر- إلى المالك، لا ألفاظ العقد، فإنّها متصرمة الوجود بخلاف نتیجته، فإنّها موجودة في وعاء الاعتبار، فتجاز.

وبالجملة: فنفس ألفاظ العقد لتصرمها وانعدامها لا تصلح للإجازة والاستناد إلى المالك، فإنّ ما وقع لا يتغير عما وقع عليه، ولا معنى لاتصاف المعدوم بأمر وجودي، فلا بدّ من كون المجاز نتيجة العقد التي هي موجودة اعتباراً، وهي المضافة إلى المالك، لا نفس الألفاظ المتصرمة كما مرّ.

وقد يقال في تقريب عدم كون الفضولي مطابقاً للقاعدة: إنّ حقيقة الإجازة تنفيذ ما صدر عن الغير، فنفس الإجازة يقتضي كون المجاز فعل غير المجيز، فكيف يصير عقد الفضولي عقد المجيز حتى يشملهم عموم أوفوا؟

والحاصل: أن الإجازة بنفسها تدفع انتساب العقد إلى المجيز. وعليه فلا يمكن أن يصير عقد الفضول عقد المالك حتى يكون مطابقاً للقاعدة، هذا.

لكن فيه: أنّ موضوع «أوفوا» هو العقد المضاف بنحو من الإضافة إلى المالك وإن لم يكن صادراً منه ولو تسببياً، ولذا قال عزّ وجل أوفوا بالعقود ولم يقل: أوفوا بما عقدتم حتى يكون الموضوع خصوص العقد الصادر من المالك بحيث يعدّ من أفعاله.

فالعقد العرفي المقرون برضا المالك موضوع ل أوفوا بالعقود سواء أكان مجري العقد نفس المالك أم أجنبياً، فإنّه لا دليل على اعتبار كون مجري الصيغة نفس المالك، بل الدليل قام على اعتبار رضا المالك في مبادلة ماله بمال آخر، إذ لا يعتبر إضافة العوضين إلى مالكيهما في نفس العقد، بأن يقول الموجب: «بعت مالي بمالك» بل يقول: بعتك هذا المال بذلك المال.



لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار [1] وعدم (1) منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

## [الصورة المتصورة في بيع الفضولي]

### إشارة

ثم اعلم (2) أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه. وعلى الأول (3) فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

- من حيث الاحتياج إلى إجازة المالك وعدمه - مختص بغير عقد العبد مع العلم برضا السيد. أمّا عقده مع العلم برضا سيده فلا إشكال في صحته و لو لم يأذن له السيد، وذلك لأنّ مناط عدم صحته - وهو عصيان السيد - مفقود فيه، ضرورة أنّه مع علمه برضا مولاه ليس عاصيا ولا متجرّيا له.

(1) معطوف على «عدم تحقق المعصية» و ضمير «منافاته» راجع إلى «عدم الاذن» المستفاد من قوله: «و لو لم يأذن له» و محصّله: أنّ العلم برضا المولى يخرج العبد عن الاستقلالية في التصرف، و المنافي للاستقلالية هو إنشاء العقد من دون إذن السيد و لا العلم برضاه.

(2) هذا شروع فيما يقع في الخارج من أقسام الفضولي الثلاثة.

(3) و هو أن يبيع الفضولي للمالك لا لنفسه.

[1] أقول: لكن تعليل المتن بعدم المعصية مختص بصورة العلم برضا السيد حين العقد، فلا يشمل ظهور الرضا بعد العقد مع جهل العبد برضا المولى حاله.

و لا - يخفى أنّه ينبغي تعميم ما أفاده من عدم الحاجة إلى الإجازة لكلّ عقد كانت فضوليته لتعلق حق الغير به، سواء أكان مولى أم وليّ أم صاحب حقّ كحق الرهانة، لأنّ عدم الاستيذان الذي هو مناط عدم صحة عقد العبد موجود فيهم أيضا. و المراد بعصيان السيد هو العقد بدون إذنه، و العصيان بهذا المعنى موجود في جميع العقود الفضولية.

إشارة

الاولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك. وهذا (1) هو المتيقن من عقد الفضولي. و المشهور الصحة (2)، بل في التذكرة نسبها (3) إلى «علمائنا» تارة صريحا، و اخرى ظاهرا بقوله: «عندنا» إلا أنه (4) ذكر عقيب ذلك: «أن لنا فيه قولاً بالبطلان».

---

(1) أي: البيع للمالك بدون سبق منع من المالك.

(2) أي: صحة بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع من المالك.

(3) أي: نسبة الصحة إلى علمائنا صريحا تارة و ظاهرا اخرى. أمّا الصريح فقوله في فروع بيع الفضولي - في ما لو اشترى بمال في ذمة غيره، و أطلق اللفظ - ما لفظه قدس سره: «قال علمائنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن» «1».

و أما الظاهر في الإجماع فقد تكرر في التذكرة، كقوله: «بيع الفضولي جائز عندنا، لكن يكون موقوفا على إجازة المالك» و نحوه في بيع ما يملك و ما لا يملك، و في الوكالة، فراجع «2».

(4) أي: أن العلامة ذكر - عقيب نسبة الصحة إلى الأصحاب - أن لنا قولاً بالبطلان - و الذي ظفرت عليه قول العلامة قبل دعوى الإجماع لا عقيبها، حيث إنه بعد حكمه بصحة الفضولي و توقفه على الإجازة نقل فيه البطلان عن بعض العامة فقال: «و قال أبو ثور و ابن المنذر و الشافعي في الجديد و أحمد في الرواية الأخرى:

يبطل البيع، و هو قول لنا ..» «3».

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463، السطر: 3.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 486. السطر: 1، و ص 463، السطر 19 و ج 2، ص 127، السطر 11

(3) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462، السطر 41.

و في غاية المراد «1» حكي الصحة عن العمّاني و المفيد و المرتضى و الشيخ في النهاية و سلّار و الحلبي و القاضي و ابن حمزة «2»، و حكيت عن الإسكافي «3»، و استقرّ عليها رأي من تأخّر (1) عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخّرين كالأردبيلي «4» و السيد الداماد و بعض متأخري المحدثين (2).

و كيف كان فقد حكي البطلان عن شيخ الطائفة في الخلاف و المبسوط مدعيا الإجماع عليه، و لكنه اختار الصحة في نهايته، و حكي البطلان عن ابن إدريس أيضا.

(1) كالمحقق و الفاضل الآبي و العلّامة في جملة كتبه، و الشهيد وغيرهم كما في مفتاح الكرامة «5».

(2) و هو صاحب الحدائق «6»، و السيد الجدّ السيد المحدث الجزائري قدّس سرهما في

(1) غاية المراد، ص 178.

(2) لم أظفر بكلام العماني، و راجع المقنعة للشيخ المفيد، ص 606- الناصريات للسيد المرتضى (ضمن الجوامع الفقهية) ص 247، المسألة 154- النهاية للشيخ الطوسي، ص 385- الكافي لأبي الصلاح الحلبي، ص 292- الوسيلة لابن حمزة الطوسي، ص 249- المهذب للقاضي ابن البرّاج، ج 2، ص 194، 195، 216.

(3) حكاها عنه العلامة في المختلف، ج 5، ص 53.

(4) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 417- مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 158.

(5) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 185 و لاحظ: شرائع الإسلام، ج 2، ج 14 و 278- المختصر النافع، ص 118 و 173- كشف الرموز، ج 1، ص 446- مختلف الشيعة ج 5، ص 54- قواعد الأحكام، ج 2، ص 148- إرشاد الأذهان، ج 2، ص 8- تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 486- التنقيح الرائع، ج 2، ص 25- الدروس الشرعية، ج 3، ص 192- اللمعة الدمشقية (ضمن الروضة البهية) ج 3، ص 229- جامع المقاصد، ج 4، ص 69 و ج 12، ص 150- مسالك الافهام ج 3، ص 158، ج 7، ص 159، الروضة البهية، ج 3، ص 229، و ج 5، ص

140

(6) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 378.

ص: 375

لعموم أدلة البيع والعقود (1)

شرح التهذيب على ما قيل.

و كيف كان فهنا مقامان، أحدهما في دليل الصحة، و ثانيهما في دليل البطلان.

المقام الأول: ما استدل به على صحة عقد الفضولي أ: عموم الكتاب

(1) هذا شروع في الوجوه التي أقامها الأعلام- المذكورون في المتن وغيرهم- على صحة البيع الفضولي، و اقتصر المصنف على ذكر وجوه عشرة، و قد رتبها قدس سره في طوائف ثلاث.

الأولى: ما يستدل به على المدعى، و هو أربعة أوجه، العمومات، و حديث عروة البارقي، و صحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع جارية استولدها المشتري، و ما يدل بالأولوية على صحة البيع الفضولي من صحة نكاحه.

الطائفة الثانية: ما اختلف تعبير المصنف فيه، من الدلالة أو الاستيناس أو التأييد، و هو موثقة جميل، و أخبار التجارة بمال اليتيم.

الطائفة الثالثة: ما جعله مؤيدا لصحة البيع الفضولي، و هو خبر موسى بن أشيم و ما بعده. و سيأتي تفصيل الكلام في كل منها إن شاء الله تعالى.

و الكلام فعلا- في الدليل الأول من الطائفة الأولى، و هو اندراج بيع الفضولي في إطلاق «حلّ البيع» و عموم الوفاء بالعقود، لاجتماع الشرائط في المتعاقدين- من الكمال و القصد إلى المدلول- عدا رضا المالك، و هو حاصل بالإجازة اللاحقة للعقد.

لأنّ خلوّه (1) عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه (2). و اشتراط ترتّب الأثر بالرضا و توقفه عليه أيضا (3) لا مجال (4) لإنكاره، فلم (5) يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، و حيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه (6).

و مرجع ذلك (7) كلّه إلى عموم حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقد، خرج

---

(1) أي: لأنّ خلوّ عقد الفضولي عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد عنه، غاية الأمر أنّه عقد ناقص، لانتهاء شرطه و هو إذن المالك. فالعقد لا يناط صدقه- على عقد الفضولي- بشيء غير الإيجاب و القبول، و إذن المالك شرط تأثيره، لا مقوم عقديّته.

(2) أي: عن عقد الفضولي، لأنّ العقد هو الإيجاب و القبول، و كلاهما موجود فيه.

(3) يعني: و اشتراط ترتّب الأثر كالنقل و الانتقال على عقد الفضولي برضا المالك- كعقديّته- لا مجال لإنكاره، و هذا الاشتراط مسلّم، كتسلّم صدق العقد عليه.

(4) خبر قوله: «و اشتراط». و ضمير «لإنكاره» راجع إلى اشتراط.

(5) يعني: فلا- نقص في عقد الفضولي من حيث التأثير إلّا فرض اعتبار سبق إذن المالك، و حيث أنّه لا دليل على اعتباره فيه مع صدق العقد العرفي عليه بدونه، فمقتضى الإطلاقات كَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ عدم اشتراط سبق إذن المالك في تأثير العقد في معنى الاسم المصدرى، و هو الملكيّة المترتبة على الإنشاء.

(6) أي: عدم اشتراط سبق الإذن و ضمير «عليه» راجع إلى «اشتراط».

(7) أي: مرجع عدم اشتراط سبق إذن المالك في تأثير عقد الفضولي إلى

منه (1) العاري عن الإذن والإجازة، ولم يعلم خروج ما فقد (2) الإذن ولحقه الإجازة (3).

وإلى ما ذكرنا (4) يرجع استدلالهم «بأنه (5) عقد صدر من أهله وقع في محله» «1».

---

الإطلاقات، حيث إنها تصلح لنفي اعتبار كل ما شك في دخله في تأثير عقد الفضولي بعد صدق العقد العرفي عليه، وعدم قدح خلوه عن الإذن المقارن لصدوره في صدق العقد عليه عرفا.

(1) أي: خرج من عموم حلّ البيع وغيره العقد العاري عن كل من الإذن والإجازة، لأنه حينئذ لا يكون عقدا لأحد حتى يخاطب بوجوب الوفاء، ضرورة أنه ليس عقدا للفضولي، لأجنبيته عن المال الذي وقع عليه العقد، ولا لمالك البيع، لعدم كونه عاقدا لا مباشرة ولا تسيبا، فليس لهذا العقد مخاطب حتى يجب عليه الوفاء به.

(2) الأولى ان يقال: «فقد الإذن» أو «فقد الإذن منه» للزوم اشتمال الصلة على الضمير العائد إلى الموصول.

(3) هذا متمم للاستدلال بالعمومات، وحاصله: أنه بعد صدق العقد عرفا على عقد الفضولي غير المقارن لإذن المالك - والمتعقب بالإجازة الموجبة لإضافته إلى المالك وصورته عقدا له - لا وجه لخروجه عن العمومات.

(4) من أنّ خلوه عقد الفضولي عن الإذن السابق عليه لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه.

(5) أي: عقد الفضولي صدر من أهله وقع في محله.

---

(1) كما في تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 486، السطر 2، مختلف الشيعة، ج 5، ص 54، المهذب البارع، ج 2، ص 356، مسالك الافهام، ج 7، ص 159، رياض المسائل، ج 1، ص 512، المناهل ص 287.

ص: 378

فما (1) ذكره في غاية المراد من «أنه من باب المصادرات» (1) لم أتحرّق (2) وجهه، لأنّ (3) كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنّه بالغ عاقل لا كلام (4) فيه.

و كذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل (5).

ولعلّ مراد الشهيد (6)

(1) متفرّع على ما ذكره من أنّ خلوّ عقد الفضولي عن إذن المالك- قبل العقد- لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه. و محصل الكلام: أنّ الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد أورد على استدلال الفقهاء على كون عقد الفضولي صادراً من أهله في محله، وأنّ خلّوه عن سبق الإذن لا يوجب سلب اسم العقد عنه «بأنه مصادرة على المطلوب، لأنّ صدوره من أهله أوّل الكلام، ولا بدّ من إثباته بدليل».

(2) خبر قوله: «فما ذكره» و لعل نظره في ذلك إلى الإشكال في صدق الإضافة إلى المالك بالإجازة، مع ذهابه إلى أنّ موضوع الحكم هو العقد المضاف إلى المالك، فيرجع إلى الأصل العملي، وهو أصالة الفساد.

(3) تعليل لقوله: «لم أتحرّق وجهه» و حاصله: أنّه لا قصور في عقد الفضولي لا من حيث العاقد، لأنّه بالغ عاقل، و لا من حيث المبيع، لكونه قابلاً للبيع، فلا يبقى في البين إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك. و احتمال اعتبارها في صحة العقد مدفوع بأصالة الإطلاق في العقود النافي لاعتبار المقارنة المذكورة فيها.

(4) خبر قوله: «لأنّ كون».

(5) و هو أصالة الإطلاق في العقود، فثبت أنّ عقد الفضولي عقد كسائر العقود.

(6) من «أنّ عقد الفضولي عقد صدر من أهله وقع في محله من باب المصادرات» و وجه المصادرة عدم إحراز أهلية العاقد، لتقومها بالملك أو الولاية، و المفروض انتفاء كليهما، فليس الفضول أهلاً حتى يصدر منه العقد و يقع في محله.

(1) غاية المراد، ص 178.

ص: 379

أنّ الكلام في (1) أهلية العاقد. ويكفي [ويكتفى] في إثباتها (2) العموم [بالعموم] المتقدّم (3).

### ب: حديث عروة البارقي

وقد اشتهر الاستدلال عليه (4) بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاة للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع إحداهما في الطريق بدينار، فأتى النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالشاة والدينار، فقال له

---

(1) خير قوله: «ان الكلام».

(2) أي: إثبات الأهلية. وهذا ردّ من الشيخ عليّ الشهيد قدّس سرّهما، وحاصل الردّ:

أنّه يكفي في إثبات أهلية العاقد عموم كلامه المتقدّم في تعريف الفضولي، حيث قال:

«و المراد من الفضولي هو الكامل غير المالك للتصرف .. إلخ» والحاصل: أنّ أهلية العاقد من حيث كونه بالغاً عاقلاً حرّاً مختاراً مسلّماً، فعدم أهليته لم يظهر وجهه.

وبهذا البيان أورد الشهيد الثاني في نكاح المسالك على المصادرة التي ادعاها الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد، فراجع «1».

(3) في تعريف الفضولي في أوائل المسألة، وقد مرّ آنفاً بقولنا: «و المراد من الفضولي هو الكامل».

ب: حديث عروة البارقي

(4) أي: على بيع العاقد الفضولي للمالك. وهذا شروع في الاستدلال على صحة عقد الفضولي بالروايات، بعد الفراغ من شمول آيات حلّ البيع والتجارة وعموم الوفاء بالعقود له.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 7، ص 159.

ص: 380



رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: بَارِكْ اللهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ» (1) فَإِنَّ بَيْعَهُ وَقَعَ فَضُولًا (1) وَإِنْ وَجَّهْنَا شِرَاءَهُ عَلَى وَجْهِ (2) يَخْرُجُ عَنِ الْفُضُولِيِّ، هَذَا.

و لكن (3) لا- يخفى أنّ الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع (4) الفضولي. توضيح ذلك (5): أنّ الظاهر علم عروة برضا

---

(1) يعني: أنّ مورد الاستدلال هو بيع إحدى الشاتين، حيث إنّه لم يكن مأذونا في بيعها.

(2) بأن يقال: إنّ المراد بالشاة في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «اشترلنا به شاة» هو الجنس، فيعم الثنتين أيضا.

لكنه خلاف الظاهر، لأنّ ظهور توين النكرة في الوحدة.

أو يقال: إنّ القرينة الحالية وهي كون الشاة للأضححية توجب الإذن في شراء الشاة مطلقا وإن توقف على شراء شاة أخرى معها، كما إذا كان مالك الشياة لا يبيع إلا شاتين أو أزيد، وهذا أيضا خلاف الظاهر، لندرة الفرض جدّا.

ولعل الأولى أن يقال: إنّ الإذن في شراء شاة واحدة بدينار إذن عرفا مطلقا في شراء شاتين به، أو فيما إذا كان الدينار مساويا لقيمة شاتين، فيخرج الشراء حينئذ عن الفضولية، فليتأمل.

(3) غرضه: أنّ صحة الاستدلال بقضية عروة على صحة عقد الفضولي مبنية على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي، خلافا لما قوّاه سابقا من خروجها عنه.

(4) متعلّق بـ «دخول».

(5) المشار إليه هو كون معاملة عروة مقرونة برضا المالك. لكن لم يظهر منشأ هذا الظهور، لعدم كونه ممّن يوثق به، وعدم ثبوت وكالته في الحوائج.

---

(1) المستدرک ج 13 ص 245، الباب 18 من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث 1. وكلمة «للأضححية» ليست في المصدر، ورواها في عوالي اللئالي، ج 3، ص 205، الحديث 36.

ص: 381

النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بما يفعل، وقد (1) أقبض المبيع وقبض الثمن (2). ولا ريب أن الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير.

فلا بدّ إمّا من التزام أن عروءة فعل الحرام في القبض و الإقباض، و هو (3) مناف لتقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. وإمّا (4) من القول بأن البيع الذي يعلم تعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناء على كون الإجازة كاشفة.

وسيجيء ضعفه (5). فيدور (6) الأمر بين ثالث، و هو جعل هذا الفرد من البيع

---

(1) غرضه إثبات رضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بما فعله عروءة، و محصله: أنه إن كان من بيع الفضولي فلا بدّ من الالتزام بارتكاب عروءة للحرام، لحرمة القبض و الإقباض على الفضولي قبل الإجازة، لكونه تصرفاً في مال الغير. و الالتزام بحرمتها عليه مناف لتقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. و المراد بالإقباض إقباض الشاة التي باعها إلى المشتري، و بالقبض قبض ثمنها و هو الدينار من المشتري.

(2) و هو الدينار، و المراد بالمبيع هو الشاة.

(3) أي: الالتزام بأن عروءة ارتكب الحرام- في القبض و الإقباض - مناف لتقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

(4) معطوف على «إمّا» يعني: وإمّا لا- بدّ من القول بأن البيع الذي يعلم تعقبه بالإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناء على كونها كاشفة، و إن كان هذا القول ضعيفاً كما صرح بذلك في كلامه: «وسيجيء ضعفه».

(5) وجه ضعفه: أن البناء على كاشفية الإجازة يوجب كون الشرط وصف التعقب، مع أن ظاهر الأدلة هو شرطية نفس الإجازة.

(6) يعني: بعد ضعف الالتزامين المذكورين يدور الأمر بين ثالث و رابع.

أمّا الثالث فهو خروج البيع المقرون برضا المالك عن الفضولي، و عدم كونه محكوماً بحكمه.

- وهو المقرون برضا المالك - خارجا عن الفضولي كما قلناه (1)، و رابع (2) وهو علم عروة برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بإقباض ماله (3) للمشتري حتى يستأذن، و علم (4) المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة.

(1) حيث قال: «وإن كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه على الإجازة اللاحقة .. إلخ فراجع (ص 357)».

(2) بالجرّ معطوف على «ثالث» يعني: فيدور الأمر بين قول ثالث وقول رابع.

أمّا الثالث فقد تقدم بيانه. و أمّا الرابع فهو علم عروة برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن منه، و علم المشتري بكون البيع فضوليا، فيكون الثمن عند البائع أمانة.

(3) و هي الشاة التي باعها أي بإقباض عروة مال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ للمشتري.

(4) بالرفع معطوف على «علم عروة» و حاصل القول الرابع هو: أنّ عروة كان عالما برضاه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بإقباض الشاة للمشتري، و كان المشتري أيضا عالما بكون بيع الشاة فضوليا، و كان دفعه للثمن إلى عروة على وجه الأمانة. و هذا الوجه هو رابع الوجوه المحتملة في قضية عروة.

و الوجه الأول الالتزام بارتكاب عروة للحرام من القبض و الإقباض ببيع الشاة و قبض الدينار.

و الثاني كون البيع الذي يعلم تعقبه بالإجازة موجبا لجواز التصرف قبل الإجازة.

و الثالث خروج العقد المقرون برضا المالك عن بيع الفضولي.

و الرابع ما تقدم بقولنا: «و حاصل القول الرابع هو أن عروة كان عالما .. إلخ».

وإلا (1) فالفضولي ليس مالكا ولا وكيلًا، فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالما (2) فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال [1]. بخلاف ما لو كان جاهلا (3).

(1) يعني: وإن لم يكن دفع المشتري ثمن الشاة إلى عروة بعنوان الأمانة عنده، لم يكن وجه لقبض البائع الثمن، لعدم كونه مالكا ولا وكيلًا حتى يحصل له مجوّز في القبض.

(2) أي: عالما بأنّ عروة قد باعه فضولا، فللمشتري أن يستأمن عروة على الثمن حتى ينكشف الحال.

(3) إذ مع كون المشتري جاهلا بأنّ البائع فضولي لا يكون دفع الثمن إلى المشتري على وجه الأمانة.

[1] قد اعترض بوجهه على الاستدلال بالحديث لصحة الفضولي:

أحدها: ما عن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه من احتمال كون عروة وكيلًا مطلقًا، فيكون كلّ من الشراء و البيع خارجا عن الفضولي، فلا يصحّ التمسك بقضية عروة لصحة عقد الفضولي «1».

وفيه: أنّ ظاهر الأمر بشرائه هو الوكالة في شراء شاة واحدة لا شاتين، لظهور النكرة في الفرد الواحد، ف شراء شاتين أجنبي عن الموكل فيه و خارج عن حدود الوكالة، فالشراء بالنسبة إلى كلتا الشاتين فضولي، إن لم ينحل إلى شاتين، أحدهما فضولي كما في حاشية الفقيه المامقاني قدّس سرّه «2» و الآخر غير الفضولي.

و على تقدير وكالته في شرائهما يقع الكلام في بيع إحداهما، وإقباضها

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 9، ص 158.

(2) غاية الآمال، ص 356.

ص: 384

وقبض ثمنها، فإنّ وكالته في بيعها ممّا لا يدلّ عليه قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «اشترلنا شاة» فالتمسك بهذه الجملة لصحة بيع الفضولي لا بأس به.

ثانيها: أنّ عروة من أصحاب النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم، وقد دعا صلّى الله عليه وآله وسلّم له، وذلك يدلّ على كونه رجلاً جليلاً لا ينبغي له مخالفة الشرع. ولا ريب في حرمة إقباض المبيع وقبض الثمن في الفضولي بدون إذن المالك. واحتمال عدم علمه بالحكم أو تعمد مخالفته مع العلم بالحكم موهوم. وهذا يوجب العلم بوكالته في التصرف في أمواله صلّى الله عليه وآله وسلّم، أو في خصوص هذه المعاملة.

وفيه: أنّ جلاله شأن عروة غير ثابتة لنا، بل قيل: إنّه غير موثق عندنا، وإن حكي عن العلامة قدّس سرّه في الخلاصة: «أنّه لا يبعد أن يعتمد على روايته» وعلى كل حال لم تثبت جلالته ولا علمه بالأحكام.

ثالثها: أنّ الأمر بشيء يتوقف على مقدّمة أو مقدمات يستلزم الأمر بها، فالمأمور بإيجاد ذي المقدّمة مأمور بإيجاد مقدماته ومأذون فيه. وما نحن فيه من هذا القبيل، حيث إنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم أمر عروة بشراء شاة، ولما كان شراؤها موقوفاً على شراء شاتين، فكان مأذوناً في شرائهما مقدّمة لتحصيل شاة أمر بشرائها. وعليه فيخرج شراء الشاة الأخرى وبيعها عن عنوان الفضولي، ويكونان من قبيل ما تعلّق به الإذن والوكالة.

وفيه: أنّ تطبيق هذا على ما نحن فيه غير معلوم، لعدم إحراز توقف تحصيل شاة- أمر عروة بشرائها- على شراء شاتين، ثم بيع إحداهما حتى يكون الأمر بشراء شاة أمراً بشراء شاتين وبيع إحداهما. وهذا مجرد احتمال لم يقدّم عليه شاهد، بل بعيد جدّاً، لندرة وقوع الفرض، حيث إنّه يفرض فيما إذا كان أمر بيع الشاة بيد شخص لا يبيع شاة واحدة، بل شاتين أو أكثر. وهذا في غاية البعد، فلا يحمل عليه قضية عروة.

و لكنّ الظاهر هو أوّل الوجهين (1) كما لا يخفى (2)، خصوصا بملاحظة أنّ الظاهر (3) وقوع تلك المعاملة على جهة المعاظة. وقد تقدم (4) أنّ المناط فيها

وبالجملة: ففي صورة جهل المشتري بفضولية البائع لا يكون دفع الثمن إلى البائع على وجه الأمانة. وفي صورة علمه بفضولية البائع يكون أمانة مالكية حتى ينكشف الحال. فإذا تلف بدون التعدي لا يكون ضامنا، لأنّه مقتضى الأمانة. بخلاف التلف في صورة الجهل بكون البائع فضوليا، فإنّه ضامن للثمن المقبوض.

(1) المراد بهما هو الاحتمال الثالث والرابع المذكوران بقوله: «و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالك .. إلى قوله و رابع و هو علم عروة .. إلخ» و المراد بأوّل الوجهين هو الاحتمال الثالث أعني به خروج العقد المقرون بالرضا عن الفضولي «1».

(2) وجه ظهور أوّل الوجهين هو: أنّ الوجه الأخر يتضمن علم المشتري بكون البيع فضوليا. و علمه أيضا بأنّ الفضولي ليس له قبض الثمن، و كذا علمه بأنّه إن كان عالما بأنّ البيع فضولي فله أن يستأنم البائع. و من البعيد إحاطة المشتري بجميع ذلك.

(3) لعلّ وجه هذا الظهور هو: أنّ صفقة اليمين تطلق على البيع و البيعة، لحصولهما بضرب إحدى اليدين على الأخرى، فظاهر تبريك حينئذ هو تبريك البيع الحاصل من الأخذ و الإعطاء، لا من اللفظ الذي لا مساس له بصفقة اليمين.

(4) أي: في ثامن تنبيهات المعاظة، حيث استقرب في آخر التنبيه ذلك و قال:

«فالمعيار في المعاظة وصول المالكين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف» و هذا و إن كان مجديا في تحقق المعاظة بمجرد المراضاة و وصول العوضين. لكنه قدس سرّه بنى الاكتفاء بذلك على القول بالإباحة لا الملك، فقال في تنبيه كلامه: «و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة» مع أنّ الغرض إثبات الاكتفاء بوصول العوضين في مملكية المعاظة التي

(1) راجع هدى الطالب، ج 2، ص 302.

ص: 386

مجرد المرآضة و وصول (1) كل من العوضين إلى صاحب الآخر، و حصوله (2) عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبيا أو حيوانا (3)، فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي وغيره مقرونا برضا المالكين، ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه كفى (4) في صحة التصرف.

و ليس هذا (5) من معاملة الفضولي، لأن (6) الفضولي صار آلة في الإيصال، و العبرة برضا المالك المقرون به (7).

---

أنشأها عروة بإقباض المثمن و قبض الثمن.

(1) هذا و «حصوله» بالرفع معطوفان على «مجرد» و ضمير «فيها» راجع إلى المعاطاة.

(2) أي: حصول كل من العوضين عند صاحب الآخر.

(3) بأن حملت عليه سلعة أو علقت على عنقه إلى دار مالك العوض الآخر.

(4) جواب الشرط في قوله «فإذا حصل».

(5) يعني: إذا كان المناط في المعاطاة مجرد المرآضة و وصول كل من العوضين إلى صاحب العوض الآخر بإقباض كل من المالكين أو غيرهما- و لو كان صبيا أو حيوانا- فليس وصول العوضين أو أحدهما إلى صاحب العوض الآخر من باب الفضولي، لأن الموصول لهما أو لأحدهما آلة الإيصال، لا طرف المعاملة حتى يندرج في معاملة الفضولي.

(6) تعليل لعدم كون الفضولي طرف المعاملة حتى يندرج في معاملة الفضولي.

(7) أي: بالإيصال، يعني: أن الملاك في صحة التصرف هو رضا المالك المقرون بالإيصال.

و استدلل له (1) أيضا تبعا للشهيد في الدروس بصحیحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام، قال: «فضی أمير المؤمنين عليه السلام في ولیده (2) باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها، فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: (3) وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده (4) الذي اشتراها، فقال (5) له: خذ ابنه الذي

---

ج: صحیحة محمد بن قيس

(1) أي: لعقد الفضولي في المسألة الاولى وهي بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع من المالك، و المستدل جماعة منهم أصحاب الرياض و المقابس و الجواهر فراجع «1».

(2) عن ابن الأثير في النهاية بعد تفسير الوليد بالطفل: «و الأثني الوليدة، و الجمع الولائد. و قد تطلق الوليدة على الجارية و الأمة و إن كانت كبيرة، و منه الحديث: تصدقت على أمي بوليدة: يعني جارية» و المراد في الحديث أيضا الأمة الكبيرة.

(3) يعني: فقال سيدها الأول، و هذا تفسير قوله: «فخاصم» و المراد بسيدها الآخر هو المشتري، و فاعل «أن يأخذ» هو السيد الأول.

(4) يعني: فناشد مشتري الوليدة الإمام عليه السلام، و معنى كلمة «ناشد» أنه سأله و أقسم عليه المشتري في أمره، كما عن النهاية. و حاصله: أن المشتري حلف الإمام عليه السلام.

(5) يعني: فقال الامام عليه السلام للمشتري: «خذ البائع - و هو ابن سيده الوليدة - حتى ينفذ سيدها لك بيع الوليدة.

---

(1) رياض المسائل، ج 1، ص 512 و 513، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 23، جواهر الكلام، ج 22، ص 278.



باعك الوليدة حتى ينفذ (1) البيع لك. فلما رآه (2) أبوه قال له: أرسل ابني. قال:

لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني. فلما (3) رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه» الحديث «(1)».

---

(1) كذا في الكافي و التهذيب، و الإنفاذ هو إمضاء عقد الابن. و في الاستبصار:

«حتى ينقد لك ما باعك» (2)».

يعني: حتى ينقد البائع - وهو ابن السيّد الأوّل - الثمن الذي أخذه من المشتري، أو حتى ينقد نفس المبيع وهو الوليدة. و على كل منهما فحس البائع إنما يكون بداعي إلزام أبيه بإجازة بيعه.

(2) أي: فلما رأى أبو البائع أنّ المشتري أخذ ابنه الذي باع الوليدة - مكان الوليدة و ابنها - اضطرّ والد بائع الوليدة، و لذا قال للمشتري: أرسل أي أطلق ابني، قال المشتري: «لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني الذي ولدته الوليدة».

(3) هذا كلام الإمام أبي جعفر عليه السلام يعني: فلما رأى ذلك - أي أخذ المشتري ولده بائع الوليدة - أجاز البيع حتى يطلق ابنه البائع من يد المشتري.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1 و ما في المتن تمام الحديث، فقوله: «الحديث» زائد. و هذه الرواية نقلها المشايخ الثلاثة. و سند شيخ الطائفة إلى الحسن بن علي بن فضال لا يخلو من ضعف لأنّ فيه علي بن محمد بن الزبير، و لم تثبت وثاقة. فتوصيف هذا الطريق بالموثّق كما في المقابس و غيره مشكل. نعم لا بأس بما في المتن و غيره من التعبير بالصحيحة، اعتماداً على طريق الكليني قدّس سرّه، لأنّه رواها عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن الحميد عن محمد بن قيس (الكافي، ج 5 ص 211، الحديث 12) و رجال هذا السند من الأجلّاء الثقات حتى إبراهيم بن هاشم على الأقوى و إن عبّر عنها صاحب المقابس بالحسن كالصحيح. و لا يخفى اختلاف الجوامع الروائية في ألفاظ الرواية، و المذكور في المتن قريب ممّا في الكافي و إن كان يغيّره بسقوط بعض الكلمات.

(2) الاستبصار، ج 3، ص 205، الباب 1 من أبواب العقود على الإماء، ح 9.

(1) عبارة الدروس منقولة بالمعنى، ونصّ كلام الشهيد قدس سرّه هذا: «و فيها دلالة على أن عقد الفضولي موقوف، و على أن الإجازة كاشفة» (1).

(2) أي: و في صحيحة محمد بن قيس دلالة واضحة على الفضولي موضوعا و حكما. أمّا الأوّل فلقوله: «وليدتي باعها ابني بغير إذني» مع عدم سبق منع منه عن بيعها.

و أمّا الثاني فلقوله عليه السّلام: «حتى ينفذ البيع لك» فإنه يدلّ على صحة البيع تأهّلا و نفوذه بالإجازة، فتدلّ هذه الصحيحة بوضوح على صحة بيع الفضولي بالإجازة، لعدم وقوع بيع آخر بين السيد الأوّل و المشتري، فالعقد الناقل هو بيع الابن الذي أجازّه أبوه.

و لو لم يكن عقد الفضولي قابلا للتأثير بالإجازة اللاحقة لما أرشد أمير المؤمنين عليه الصلاة و السّلام المشتري يأمسك الابن حتى ينفذ أبوه عقد الفضول، بل كان المناسب أن يأمره عليه الصلاة و السّلام بإنشاء بيع آخر بين السيّد الأوّل و المشتري، و إجراء حكم المغصوب على الجارية التي استولدها المشتري.

و يدلّ على قابلية عقد الفضولي للإنفاذ كلام الإمام أبي جعفر الباقر صلوات الله و سلامه عليه، الحاكي لهذه القضية: «فلما رأى سيّد الوليدة ذلك أجاز بيع ابنه» لظهور هذه الجملة في أمرين، أحدهما: كون بيع الولد فضوليا، لعدم إذن المالك و هو أبوه.

و ثانيهما: صحة عقد الفضول بالإجازة، بعد أن علّم أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه المشتري طريق التخلص من المنازعة بما لا يذهب ثمن الجارية هدرا.

ولا يرد عليها (2) شيء مما يوهن الاستدلال بها فضلا (3) عن أن يسقطها (4).

(1) وجه كونها كاشفة كشفًا حقيقيًا هو: أنّ الإجازة لو كانت ناقلة كانت الأمة حال تكوّن الولد فيها ملكا لسيّدها، وقد وطأها الثاني شبهة، و اللازم حينئذ على المشتري أن يردّ قيمة الولد على السيّد الأوّل، لأنّه نماء ملكه، وقد أتلفه المشتري، لانعقاد الولد حرًا تبعًا لأبيه. فقاعدة الإلتلاف تقتضي ضمانه لقيمة الولد، كما تقدم تفصيله في مباحث المقبوض بالعقد الفاسد، فراجع «1». مع أنّ ظاهر ذيل الحديث وقوع الإجازة للبيع بغير أخذ عوض عن الولد. ولازم ذلك وقوع الوطي في ملك الواطي، فلا يحتاج إلى عوض، ولا يكون ذلك إلا على تقدير صحة العقد من زمان وقوعه. وهذا مبنيّ على كون الإجازة كاشفة كشفًا حقيقيًا.

(2) أي: على صحيحة محمد بن قيس المتقدمة.

(3) ظاهر هذه الكلمة أنّ الوهن في الاستدلال تضعيف للدلالة بقصور المقتضي، من دون أن يبلغ هذا الضعف حدّ السقوط بالكلية، الذي هو شأن المانع وهو المسقط للدلالة بالمعارضة، فالمصنف قدّس سرّه يدّعي - خلافا لصاحب المستند - تمامية الرواية سندًا و دلالة على صحة بيع الفضولي تأهلاً، ولا مزاحم لحجيتها بحيث يسقطها عن الاعتبار. نعم قد ذكر بعض ما يوهن الاستدلال بها، ولكنه قابل للدفع، حتى الموهن الذي ارتضاه المصنف قدّس سرّه من مخالفة الصحيحة لما أجمعوا عليه من عدم قابلية عقد الفضول للتنفيذ بالإجازة عند سبق الردّ. والوجه في عدم موهنته ما سيأتي في المتن من قوله: «إلا أنّ الإنصاف».

(4) أي: يسقط الشيء الموهن صحة الاستدلال بالصحيحة. واعلم أن الأمور

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 49 إلى 55.

الموهنة لهذه الصحيحة بعضها يوهن الاستدلال بها على كون بيع الفضولي موقفا على الإجازة، وبعضها يوهن نفس الحديث، وهي أمور (1).

منها: قوله عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» فإنّ ظاهره أنّ حكم الله تعالى في أمثال هذه القضية هو أخذ المبيع ابتداءً. وهذا إنّما يتمّ على القول ببطلان بيع الفضولي، لا على صحتها موقوفة على الإجازة.

والجواب عنه: أنّ الامام عليه السلام في مقام بيان الحكم مع الغض عن الإجازة.

وبعبارة اخرى: أنّ بيع الفضولي لم يخرج المبيع عن ملك البائع، وأنّه باق على ملكه وإن كان له إخراجه عن ملكه بإجازة البيع و تنفيذه.

و منها: أنّ الإجازة في الصحيحة تكون بعد الردّ، إذ المفروض أخذ السيد الأوّل الوليدة و ابنها بأمر الإمام عليه السلام، و الإجازة وقعت بعد الردّ، و هي غير مفيدة إجماعاً، لكون الردّ مانعاً عن نفوذ الإجازة.

و جوابه: أنّ الردّ- و هو حلّ العقد و إسقاطه عن صلاحيته للإجازة- لم يتحقق هنا، لعدم كون مجرد ترك الإجازة ردّاً. و الأمور المذكورة من أخذ الوليدة و ابنها و مناشدة المشتري للإمام عليه السلام في فكّك ولده و غير ذلك ليست من اللوازم المساوية للرد، بل أعم منه، حيث إنّها مما يقتضيه الملكية السابقة، فلا تدلّ على الردّ بمعنى حلّ العقد، فإنّ وجه الفعل مجمل، فلا يدلّ أخذ الوليدة و ابنها على ردّ البيع، لإمكان أن يكون لاستنقاذ ماله من قيمة الوليدة و ابنها، حيث إنّ البائع الفضولي قبض الثمن من المشتري و أتلفه، كما لعلّه الغالب في تصرف الأولاد في أموال الآباء. و مجرد الكراهة لا يكون ردّاً، و لذا لو أجاز بعد الكراهة النفسانية كان نافذاً كما تقدم في بيع المكره.

(1) أورد الفاضل النراقي بجملة من هذه الوجوه على الاستدلال بالصحيحة، فراجع مستند الشيعة، ج 14، ص 276 و 277. كما أنه تعرض لجملة منها و لأجوبتها المحقق الشوشتري في المقابس، كتاب البيع، ص 23 و 24.

ومنها: حكمه عليه السّلام بأخذ ابنها مع أنّه ولد الحرّ، لأنّ الظاهر أنّ الوطي كان بالشبهة أو بالملك على تقدير الإجازة بناء على كونها كاشفة. فعلى أيّ حال لا موجب لأخذ المولى الولد الذي ولدته الأمة.

وجوابه: أنّه يمكن أن يكون أخذ الولد لأجل أخذ قيمته من المشتري، ولذا قال:

الشيخ الطوسي قدّس سرّه: «الحكم أن يأخذ وليدته وقيمة ابنها. حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه» «1» أو لكون المشتري عالما بالحال، فيكون الولد حينئذ رقًا.

ومنها: حكمه عليه السّلام للمشتري بأخذه البائع الفضولي، وهو ابن مولى الوليدة، مع عدم جواز ذلك، إذ غاية الأمر كون الولد غاصبا، وليس للمشتري إلزام مالك الوليدة بإجازة البيع حتى يحبس ابنه لتحصيلها، بل هو مختار في الإجازة والرد.

وجوابه: أنّه يمكن أن يكون حبس ابن مولى الوليدة لمطالبة الثمن الذي دفعه المشتري إليه عن الوليدة، فإنّه بحسبه يتمكن من أخذ الثمن منه، لقاعدة الغرور.

ومنها: تعليم الإمام عليه السّلام للمشتري كيفية الحيلة، مع عدم جواز تعليم القاضي الاحتيال لأحد المتخاصمين أو كليهما.

وجوابه: أنّه تعليم للحكم، بأن يعلم المشتري أنّ له حقّ مطالبة الثمن الذي دفعه إلى البائع، لا- أنّه احتيال، إذ الظاهر أنّ الولد البائع الفضولي أخذ قيمة الوليدة، و تلفت عنده في المدة الكثيرة التي كان سيّد الوليدة غائبا فيها. بل لا يبعد أنّ الحاجة إلى ثمنها ألجأتها إلى بيعها.

وبالجملة: فلا ظهور معتدا به لشئى ء من فقرات الرواية في ردّ سيّد الوليد بيعها حتى يكون إجازة بيع ولده لها فضولا بعد الرد، فيقال: إنّ الإجازة بعد الردّ لا تجدي

---

(1) الإستبصار، ج 3، ص 85، ذيل الحديث الرابع.

و جميع ما ذكر فيها (1) من الموهنات موهونة، إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقة بالرد، من جهة ظهور المخاصمة [1] في ذلك (2).

---

في صحة بيع الفضولي إجماعاً، بل قاعدة أيضاً.

(1) أي: ما ذكر في صحيحة محمد بن قيس من الموهنات التي عرفتها آنفاً.

(2) أي: في الردّ، إذ لو كان مولى الوليدة راضياً ببيعها و مجيزاً له لم يكن في البين مخاصمة كما عرفت. و لا يخفى أن المصنف قدس سرّه ادّعى ظهور الصحيحة في الردّ بوجه أربعة:

الأول: أنّ مخاصمة كلّ من سيد الوليدة و مشتريها على الوليدة و ابنها- في دعوى سيّد الوليدة ببيعها بدون إذنه، و دعوى مشتريها بأنّها بيعت بإذن سيدها- ظاهرة في ردّ البيع، إذ مع إجازة البيع لا وجه للمخاصمة، فنفس المخاصمة ظاهرة في ردّ سيّد الوليدة بيع ولده لها.

---

[1] ظهور المخاصمة في ردّ البيع غير ظاهر، حيث إنّ غاية ما يدلّ عليه المخاصمة هو كراهة البيع و عدم إذنه فيه كما قال: «باعها ابني بغير إذني» و من المعلوم أنّ عدم الإجازة أعمّ من الردّ، إذ ليس الردّ و الإجازة من الضدين اللذين لا ثالث لهما. و لو كان مجرد الكراهة و عدم الإجازة ردّاً لم يكن لصحة عقد المكره بالرضا المتأخر وجه، لاستلزامه الرضا بالعقد المردود بالكراهة الحاصلة حين العقد.

ويمكن أن تكون المخاصمة و حبس الأمة و الولد لتحصيل ثمن الجارية، إذ الظاهر أنّ البائع أتلف ثمنها، فلا تكون المخاصمة و حبس الوليدة و ابنها من أمارات الرد، و ردّ البيع على فرض عدم تحصيل الثمن تقديري لا فعلي، و لا يعتدّ بالتقديري.

و إطلاق (1) [1] حكم الامام عليه السّلام بتعيين أخذ الجارية و ابنها من المالك، بناء (2) على أنّه لو لم يرد البيع و جب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرّد.

---

(1) بالجرّ معطوف على «ظهور» و هذا ثاني الوجوه الأربعة، و محصله: أنّ إطلاق حكم الامام عليه السّلام بتعيين أخذ الجارية- و عدم تقييده بصورة الرّد- يدلّ على ردّ البيع.

(2) قيد للإطلاق و تعليل له، يعني: أنّ سيّد الأمة إذا لم يرد تنفيذ البيع بالإجازة فلا بدّ من تقييد جواز الأخذ بصورة الرد.

و بعبارة أخرى: لم يفصل أمير المؤمنين صلوات الله عليه في جواز أخذ الوليدة و ابنها بين الصورتين و هما ردّ بيع الولد و إمضائه، بأن يجوز الأخذ في صورة الرد، و لا يجوز في صورة الإمضاء و الإجازة إذ لو أجازته لم يجر الأخذ، لصيرورة الوليدة ملكا للمشتري. و لا معنى لجواز استردادها. فالحكم بجواز الأخذ مطلقا و عدم التفصيل بين صورتى الرد و الإجازة كاشف عن علمه عليه السّلام بتحقيق الرّد و انتفاء موضوع الإجازة، لانهدام العقد السابق برّد المالك.

---

[1] هذا أيضا كسابقه لا يدلّ على الرّد، لأنّ جواز أخذ المبيع فضولا من المشتري لا يدور مدار الرّد، بل يدور مدار عدم الإجازة. و من المعلوم أنّ عدم الإجازة أعمّ من الرّد.

و بعبارة أخرى: جواز أخذ المبيع تكليفا من مقتضيات ملكيته لمالكه، لا من مقتضيات الرد، فتعيّن أخذ الوليدة إنّما هو لبقائها على ملك سيدها الأوّل، لا لأجل ردّ عقد الفضولي كما هو واضح جدّا.

و من هنا يظهر ما في كلام المصنف قدّس سرّه: «بناء على أنّه لو لم يرد .. إلخ» لما عرفت من عدم إناطة جواز أخذ المبيع بالرّد حتى يلزم التقييد بصورة اختيار الرّد، بل مع عدم كل

و مناقشة (1) [1] المشتري للإمام عليه السّلام وإلحاحه إليه في علاج فكّك ولده (2).

---

(1) بالجرّ معطوف على «ظهور المخاصمة» وهذا ثالث الوجوه الأربعة، و محصّله: أنّه- بعد الحكم بأخذ المولى جاريتة و ابنها- ألحّ المشتري على الامام عليه السّلام في علاج فكّك ولده المستولد من الجارية. وهذا دليل على ردّ البيع، إذ مع الإجازة- بناء على القول بكشفها الحقيقي- يكون الولد ولد المشتري، و ليس لسيدّ الوليدة أخذه.

(2) أي: ولده الذي استولده من الوليدة.

---

من الإجازة و الرد يجوز أخذه، لأنّه ماله و لم يخرج عن ملكه. و أخذ الجارية ليس تصرفا ناقلا حتى يكون منافيا للعقد و ردّا فعليا له.

[1] لا تدل المناشدة أيضا على ردّ البيع، بل لمّا لم يجز سيّد الوليدة البيع، و أخذ ابنها الذي هو نماؤها إلى أن ينفك الولد بأداء قيمته، فطلب المشتري من الامام عليه السّلام علاجا ليحيز البيع حتى يستردّ ولده بلا عوض بناء على كاشفية الإجازة كشفا حقيقيا، أو مع العوض بناء على ناقليتها. و على كل حال لا تكون المناشدة ظاهرة في ردّ البيع.

و منه يظهر أنّ قوله: «حتى ترسل ابني» ليس ظاهرا في ردّ البيع، بل هو ظاهر في عدم الإجازة، و لا مانع من تصرف المالك قبل الإجازة و لو على القول بالكشف.

غاية الأمر أنّ لحوق الإجازة يكشف عن بطلانه، لا أنّه لا يجوز له تكليفا قبل الإجازة.

نعم التصرف المنافي للعقد كقتل المبيع ببيع أو صلح أو غيرهما مصداق فعليّ للردّ، فيوجب انحلال العقد. و مجرد أخذ المبيع ليس مصداقا للرد، بل لكونه ملكا له.



وقوله: (1) [1] «حتى ترسل ابني» الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولادة.

و حمل (2) [2] إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها- كحبس ولدها

---

(1) بالجرّ معطوف على «ظهور» وهذا رابع الوجوه، و محصّ له: أنّ قول المشتري لمولى الجارية: «لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني» ظاهر في أنّ سيّد الجارية قد حبس ولد المشتري المتولّد من الوليدة ليأخذ منه قيمة الولد يوم الولادة، لأنّه زمان الإتلاف و هو حرّيته. و هذا دليل على رد البيع، إذ مع الإجازة يكون الولد للمشتري.

(2) مبتدأ، خبره قوله: «ينافيه» و هذا إشارة إلى توهم و دفعه، و هما يتعلقان بالوجه الرابع أعني به دلالة إمساك الوليدة على الرد.

أما التوهم فحاصله: أنّ حبس الوليدة لم يكن لأجل استيفاء ثمنها من المشتري

---

[1] هذا أيضا لا- يدلّ على الردّ، لكفاية عدم الإجازة في جواز الحبس، و عدم توقّفه على الرد، إذ للمالك قبل الإجازة حتى على القول بالكشف أن يتصرف في ماله.

فلعلّ حبس الولد كان لأجل تحصيل قيمة الولد بلا ردّ منه للبيع بناء على استحقاق البائع لقيّمته حتى على تقدير الإجازة بناء على كونها ناقلة. أو لعلّ حبس الولد كان لأجل الفحص عمّا تقتضيه المصلحة من الإجازة أو الردّ، فإن تمكّن- لحبسه للولد- من تحصيل قيمة الولد أخذ قيمة الولد، و ردّ البيع، و أخذ الجارية أيضا. و إن لم يتمكن من ذلك أجاز بيع الجارية. فلمّا رأى عدم تمكنه من ذلك و غلبت حيلة المشتري على حيلته أجاز البيع من دون سبق ردّ منه لبيع الجارية.

[2] لا حاجة إلى هذا الحمل بعد فرض بقاء المال على ملك المالك إلى أن يجيز، فله استرداده المجتمع مع عدم الإجازة و عدم الرد.

على القيمة- ينافيه (1) [1] قوله عليه السّلام: «فلمّا رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الوليدة».

كحبس ولدها على القيمة حتى لا يكون شاهدا على الرّد، إذ يحتمل أن لا يكون هذا الحبس لأجل الرد، بل لأخذ الثمن وقيمة الولد. ومع هذا الاحتمال لا يشهد الحبس المزبور برّد البيع، إذ شهادته به منوطة بتعيّن احتمال الرد وابطال الاحتمال الآخر.

وأما الدفع فسيأتي.

(1) هذا هو الدفع، و غرضه تعيّن احتمال كون الحبس لأجل الرّد، لا لأخذ الثمن وقيمة الولد، و محصله: أنّ قوله عليه السّلام: «فلمّا رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الولد» ينافي حمل حبس الجارية ولدها على الحبس لأخذ ثمن الوليدة وقيمة الولد، لكون كلمة «أجاز» دليلا على ردّ البيع، فتقع الإجازة حينئذ بعد الرد.

وبعبارة اخرى: أنّ إمساك الوليدة و ابنها إمّا أن يكون بقصد ردّ بيع الولد و إمّا بقصد أخذ الثمن، ولكن الثاني باطل، فيتعيّن الأوّل. والوجه في البطالان: منافية قول الراوي: «فلما رأى سيد الوليدة ذلك أجاز بيع الولد» لأن يكون حبس الولد بقصد أخذ الثمن، لظهور الإجازة اللاحقة في كون إمساك الوليدة ردّا فعليا لبيع الولد.

[1] قد ظهر من الحاشية السابقة عدم المنافاة، و أنّ إجازة سيد الوليدة لم تكن بعد ردّه للبيع، بل كانت في مورد عدم الإجازة، فإنّ الإمساك أعمّ من الرّد، كما عرفت ما في الحبس من الاحتمال.

فصارت النتيجة: أنّ شيئا من الوجوه الأربعة المتقدمة لا يشهد برّد البيع حتى تكون الإجازة بعد الرد.

ولعل استظهار الرّد من ثالث الوجوه الأربعة إمّا هو لأجل إناطة جواز تصرف المالك في المال الذي بيع فضولا برّد البيع، و كون أخذه له لازما مساويا للرد حتى تصحّ

و الحاصل (1): أنّ ظهور الرواية في ردّ البيع أولاً ممّا لا ينكره المنصف.

إلا أنّ الانصاف أنّ ظهور الرواية في أنّ أصل الإجازة مجدية في الفضولي (2) مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية

---

(1) أي: نتيجة ما ذكرناه في معنى الصحيحة- من دلالة الوجوه الأربعة على ظهور الصحيحة في ردّ البيع- هي: أنّ الصحيحة ظاهرة في ردّ البيع و وقوع الإجازة بعد الردّ. وهذا ممّا لا ينكره المنصف في هذه القضية الشخصية، إلا أنّ ظهورها في أصل المدعى و هي صحة الفضولي بالإجازة- مع الغض عن الإجازة الشخصية في مورد الصحيحة- غير قابل للإنكار.

(2) لقوله عليه السلام في الصحيحة المتقدمة: «حتى ينفذ البيع لك» فإنّ دلالة على

---

دعوى كون الأخذ ظاهراً في الردّ.

لكن فيه منع كبرى و صغرى. أمّا منع الكبرى فلما مرّ من عدم الإناطة المزبورة، بداهة أنّ جواز التصرف منوط ببقاء المبيع على ملكيته للمالك، و المفروض بقاؤه على الملكية ما لم يجز البيع. و أمّا منع الصغرى فلما مرّ أيضاً من عدم دلالة الأخذ على الردّ، لكونه مما تقتضيه ملكية المبيع له و غيره.

و عليه فلا بأس بالاستدلال بصحيفة محمد بن قيس على صحة عقد الفضولي، لاندفاع شبهة كون الإجازة بعد الردّ حتى تسقط عن الاعتبار، لمخالفته للإجماع على عدم تأثير الإجازة بعد الردّ في صحة العقد.

أو يستدلّ بالفحوى، بأن يقال: إنّ تأثير الإجازة بعد الردّ في هذه القضية يستلزم تأثيرها قبله بالأولوية. لكن الاستدلال بالفحوى منوط بدفع إشكال مخالفة الإجماع و إحراز العمل به حتى يصح التمسك بالفحوى.

و بعبارة أخرى: التثبت بالفحوى منوط بحجية المنطوق، و المفروض عدمها، لمخالفته للإجماع.

في مورد الرواية (1) غير (2) قابل للإنكار. فلا بدّ (3) من تأويل ذلك الظاهر، لقيام (4) القرينة- وهي الإجماع- على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

و الحاصل: أنّ مناط الاستدلال (5) لو كان (6) نفس القضية الشخصية (7) من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة- بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعا في الحكم الشرعي-

---

نفوذ البيع الواقع فضولا بالإجازة واضحة و ممّا لا يقبل الإنكار.

(1) و هي الصحيحة المتقدمة، و الإجازة الشخصية هي إجازة سيّد الجارية بيعها حتى يرسل المشتري ابنه الذي حبسه. و الوجه في الغصّ عن هذه الإجازة الشخصية هو ظهورها في سبق الردّ، فلا تصلح للاستدلال على صحة بيع الفضولي مع الإجازة. و أمّا مع الغصّ عن مورد الصحيحة فيصحّ الاستدلال بها، لقول الأمير عليه السّلام: «حتى ينفذ لك البيع» و لقول الامام الباقر عليه السّلام في حكاية القصة: «أجاز بيع ابنه».

(2) خبر قوله: «أنّ ظهور».

(3) هذا متفرّع على ظهور الصحيحة في ردّ البيع أوّلا، و وقوع الإجازة بعده.

و المراد بقوله: «ذلك الظاهر» هو ظهور الصحيحة في ردّ البيع أوّلا، و إجازته ثانيا، فلا بدّ من علاج هذا الظاهر و تأويله.

(4) تعليل لقوله: «فلا بد» و غرضه أنّه لا محيص عن التصرف في ذلك الظاهر المستلزم لوقوع الإجازة بعد الرد، فإنّ الإجماع على اشتراط تأثير الإجازة بعدم سبق الرد قرينة على تأويل ذلك الظاهر.

(5) أي: الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس على صحة عقد الفضولي بالإجازة.

(6) اسم كان ضمير راجع الى «مناط» المتقدّم، و «نفس» خبره.

(7) و هي إجازة سيّد الوليدة بيعها ليتمكّن من أخذ ولده- و هو البائع الفضولي- من المشتري.

كان (1) ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبقة بالردّ مانعا (2) عن الاستدلال بها، موجبا للاقتصار [1] على موردها

(1) جواب «لو كان» و محصله: أنّ الاستدلال بهذه الصحيحة على صحة عقد الفضولي إن كان بلحاظ نفس القضية الشخصية لاشتمالها على صحّة بيع الفضولي بالإجازة- حتى يبنى على عموم هذا الحكم أي صحة عقد الفضولي لسائر الموارد من العقود الفضولية المشتركة مع المورد في الحكم الشرعي- كان ظهورها في سبق الردّ على الإجازة مانعا عن الاستدلال بها على صحة عقد الفضولي، لمخالفة هذا الظاهر للإجماع المزبور، فيختص بموردها، ولا يتعدى إلى غيره من سائر الموارد.

(2) خبر «كان ظهورها» و ضميرا «ظهورها، بها» راجعان إلى «القضية الشخصية» و قوله: «مسبقة» خبر «كون».

[1] الأولى أن يقال: «موجبا للخروج عن مورد البحث» لكون التوجيه المزبور موجبا لصيرورة البيع مأذونا فيه و أجنبيا عن بيع الفضولي، إذ ظاهر عبارة المصنف كون التوجيه المزبور مع فرض وقوع البيع في الصحيحة فضوليا. و ليس الأمر كذلك بالضرورة، فإنّ البيع المأذون فيه مباين لبيع الفضولي، و خارج عنه موضوعا، كخروج الجاهل عن موضوع «أكرم العلماء» فتقييد دليل صحة بيع الفضولي بهذه الصحيحة ممتنع.

ثم إنّ للسيد صاحب العروة قدّس سرّه كلاما و هو: أنّه لا مانع من العمل بالصحيحة بأن يقال: إنّ الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الردّ يختص بالردّ القولي، لأنّه المتيقن من الإجماع الذي هو دليل لثبتي، دون الردّ الفعلي الذي يستفاد من هذه الصحيحة، فإنّ الإجازة بعد الردّ الفعلي مصحّحة لعقد الفضولي بمقتضى هذه الصحيحة، هذا «1».

و فيه أولا: أنّ معقد الإجماع مطلق، و لا إجمال فيه حتى يؤخذ بالمتيقن.

و ثانيا: أنّه لا بدّ من تقييد إطلاق الردّ الفعلي بأن لا يكون منافيا للإجازة، كالتصرف الناقل، و ليس في الصحيحة إطلاق قابل للتقييد، لكونه قضية خارجية.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 135.

ص: 401

لوجه (1) علمه الإمام عليه السّلام، مثل كون مالك الوليدة كاذبا في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السّلام حيلة يصل بها الحقّ إلى صاحبه (2) [1].

---

(1) أي: لجهة، وهذا تعليل للاقتصار على مورد الصحيحة، وحاصله: أنّ علة الاختصاص بموردها وعدم التعدي إلى غيره هي خصوصية في القضية التي تضمّنتها صحيحة محمد بن قيس، ولعلّ تلك الخصوصية التي علمها الامام عليه السّلام هي كذب مالك الوليدة في دعوى عدم إذنه لولده في بيع الوليدة، كما احتمله العلامة المجلسي قدّس سرّه. «1»

وعلمه عليه السّلام بهذه الخصوصية أوجب أن يعلم المشتري حيلة يحتال بها ليتمكن من الوصول إلى حقّه، وهو أخذ ولده- المستولد من الأمة- من سيدها حيث إنّ هذا الولد حرّ، وليس على المشتري دفع قيمته إلى مالك الوليدة، إذ المفروض كون بيعها مأذونا فيه، وتولّد ولدها في ملك المشتري لا في ملك سيدها الأوّل حتى يستحق قيمته.

(2) وهو المشتري، إذ المفروض صحة البيع ونفوذه حين وقوعه، فالولد أجنبي عن سيّد الوليدة، ولا حقّ له في ابنها أصلا حتى يستحق قيمته ويطالب بها المشتري.

وعلى هذا التوجيه يخرج بيع الوليدة عن بيع الفضولي، فلا يصحّ الاستدلال بالصحيحة على صحة عقد الفضولي بالإجازة.

---

[1] وقد يحمل قوله عليه السّلام: «حتى ينفذ لك البيع» على تجديد البيع، وهو يوجب خروج مورد الرواية عن محل البحث، ولازم هذا الحمل لزوم أداء قيمة الولد على المشتري، لوقوع الاستيلاء في ملك سيّد الأمة، لا في ملك المشتري.

---

(1) ملاذ الأخيار، ج 11، ص 44.

ص: 402

وَأَمَّا (1) لَوْ كَانَ مَنَاطَ الِاسْتِدْلَالِ ظَهْرَ سِيَاقِ كَلَامِ الْأَمِيرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي قَوْلِهِ:

«خَذَ ابْنَهُ حَتَّى يَنْفِذَ لَكَ الْبَيْعَ» وَقَوْلِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مَقَامِ الْحِكَايَةِ: «فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدَ الْوَلِيدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ» فِي (2) أَنَّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَجِيزَ الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلَى مَلِكِهِ

---

(1) مَعْطُوفٌ عَلَى «لَوْ كَانَ نَفْسَ الْقَضِيَّةِ» وَالْأُولَى إِسْقَاطُ «إِثْمًا» بِأَنْ يُقَالَ:

«وَلَوْ كَانَ» أَي مَنَاطَ الِاسْتِدْلَالِ.

وَكَيْفَ كَانَ فَتَوْضِيحُ هَذَا الِاسْتِدْلَالِ: أَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «حَتَّى يَنْفِذَ لَكَ الْبَيْعَ» قَابِلِيَّةٌ لِلتَّنْفِيزِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ نَافِذًا. وَهَذِهِ الْغَايَةُ لَمْ تَقَيِّدْ بِسَبْقِهَا بِالرَّدِّ، بَأَنْ يَقُولَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «حَتَّى يَنْفِذَ لَكَ الْبَيْعَ الْمَرْدُودَ» حَتَّى تَكُونَ الْغَايَةُ مَنَافِيَةً لِلْإِجْمَاعِ عَلَى عَدَمِ نَفُوذِ الْإِجَازَةِ الْمَسْبُوقَةِ بِالرَّدِّ، وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَازَةُ فِي نَفْسِ الْوَاقِعَةِ الشَّخْصِيَّةِ مَسْبُوقَةً بِالرَّدِّ، فَيَعْلَمُ مِنْ كَلَامِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ الْبَيْعَ إِنفَازِيًّا، وَأَنَّهُ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي تَنْقَلِبُ عَمَّا وَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَلَا مَنَاعَ مِنْ اعْتِبَارِ ظَهْرِ الْغَايَةِ غَيْرِ الْمَقْيَّدَةِ بِالرَّدِّ.

(2) مَتَعَلِّقٌ بـ «ظَهْرَ سِيَاقِ كَلَامٍ».

---

وَهَذَا مَنَافٍ لظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مِنْ إِجَازَةِ الْبَيْعِ فَقَطُّ، مِنْ دُونِ أَخْذِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ. وَلِذَا اسْتَفَادَ الشَّهِيدُ فِي الدَّرُوسِ مِنْ هَذِهِ الصَّحِيحَةِ كَاشِفِيَّةَ الْإِجَازَةِ «1»، إِذْ لَا مَنَشَأَ لَهَا إِلَّا عَدَمُ الْحُكْمِ بِأَخْذِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ، فَلَا يَكُونُ تَجْدِيدُ الْبَيْعِ كإِجَازَتِهِ حَتَّى يَكُونَ الِاسْتِيْلَادُ فِي مَلِكِ الْمَشْتَرِيِّ بِنَاءً عَلَى الْكَشْفِ.

هَذَا كُلُّهُ مَضَافًا إِلَى: بَعْدَ هَذَا التَّوْجِيهِ عَنْ حِكَايَةِ مَوْلَانَا الْإِمَامِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ» فَإِنَّ الْإِجَازَةَ شَرَطَ لِتَّنْفِيزِ مَا وَقَعَ، وَالتَّجْدِيدَ مَقْتَضٍ لَهُ، وَإِضَافَةَ الْبَيْعِ إِلَى «ابْنِهِ» أَيْضًا أَبَ عَنْ هَذَا الْبَيْعِ الْجَدِيدِ، لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ، لَا يَبِيعُ ابْنَهُ.

---

(1) الدَّرُوسُ الشَّرْعِيَّةُ، ج 3، ص 233.

ص: 403

و ينفّذه، لم يقدح (1) في ذلك (2) ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيأول ما يظهر منه الردّ بإرادة (3) عدم الجزم بالإجازة و الردّ [1]

(1) جواب «و أمّا لو كان» وجه عدم القدح: أنّ ما دلّ على نفوذ العقد بإجازة المالك أظهر مما دلّ على وقوع الإجازة بعد الردّ، فيتصرف فيه بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الردّ، و مع هذا التأويل يصح الاستدلال بهذه الصحيحة على صحة عقد الفضولي بالإجازة.

و يمكن أن يكون نظر المصنف قده إلى إجمال الفعل و عدم ظهوره في الردّ حتى تكون الإجازة بعد الردّ، فأخذ الابن و وليدته فعل مجمل ليس فيه دلالة على الردّ.

وقوله عليه السّلام: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع» و قول إمامنا الباقر عليه السّلام في مقام الحكاية: «لما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع» ظاهر بل صريح في إجداء الإجازة و تصحيحها بيع الفضولي، فيؤخذ بهذا الظاهر، و يأول ما يوهم الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الردّ.

(2) أي: في ظهور سياق كلام الأمير عليه الصلاة و السّلام .. إلخ.

(3) متعلق ب «فيأول».

[1] لكن هذا التأويل ينافي ما أفاده من شهادة الوجوه الأربعة المتقدمة على كون الإجازة بعد الردّ.

و لا يخفى أنّ استدلال المصنف قدّس سرّه ليس بالحكم الشخصي و هو الإجازة بعد الردّ حتى يتعدّى منه إلى ما يشابهه في الخصوصيات و هو الإجازة المسبوقة بالردّ، و المفروض قيام الإجماع على عدم نفوذها. بل الاستدلال يكون بذيل الصحيحة، و هو قوله عليه السّلام: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع» لدلالته على صحة بيع الفضولي بالإجازة و إن لم ينطبق على المورد «1».

(1) منية الطالب، ج 1، ص 214.

ص: 404



---

وفيه: أنّ الصحيحة إن كانت مشتملة على عموم أو إطلاق يستفاد منه كبرى كلية و لم يمكن تطبيقها على المورد أمكن القول بأن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي الثابت للمورد، فيصح الاستدلال بالكبرى الكلية فيما ليس من قبيل المورد وإن لم يتضح انطباقها على المورد. نظير ما ورد في موثقة ابن بكير التي سألت فيها زرارة أبا عبد الله عليه السلام عن الصلاة في الثعالب و الفنك و السنجاب (1) و غيره من الوبر. فأخرج كتابا زعم أنه إمام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أن الصلاة في وبر كل شيء حرام أكله فالصلاة في وبره و شعره و جلده و بوله و روثه و كل شيء منه فاسد، لا تقبل تلك الصلاة حتى يصلي في غيره مما أحل الله أكله» الحديث (2). فإن الصلاة في السنجاب مع عدم كونه مما يؤكل لحمه جائزة قطعاً، ولكنه يتمسك بالكبرى - وهي البطلان فيما لا يؤكل لحمه - في غير السنجاب.

و أما المقام فليس فيه إطلاق أو عموم حتى يمكن استفادة كبرى كلية منه ليصح التمسك بها في سائر العقود الفضولية وإن لم تنطبق على نفس المورد، هذا.

أقول: الدلالة على تلك الكبرى ليست منوطة بدلالة اللفظ عليها صريحاً، بل يكفي مطلق الدلالة عليها، و من المعلوم أن قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه» يدل على إناطة صحة عقد الفضولي - من حيث إنه فضولي - بالإجازة، لا من حيث كون المبيع وليدة، أو غيرها من الحيثيات.

---

(1) السنجاب: حيوان على حد اليربوع، أكبر من الفارة، شعره في غاية النعومة، يتخذ من جلده الفراء يلبسه المتعمون، و هو شديد الختل، إن أبصر الإنسان صعد الشجرة العالية .. إلخ. مجمع البحرين، ج 2، ص 84.

(2) وسائل الشيعة ج 3، ص 250، الباب 2 من أبواب لباس المصلي، الحديث: 1.

أو كون (1) حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك (2).

و كأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي (3).

أو يكون (4) الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لا تزيد على الإشعار، ولذا (5) لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي،

---

(1) بالجرّ معطوف على «يارادة» يعني: يأوّل ما يظهر منه الردّ بكون حبس الوليدة .. إلخ.

(2) كحبس الوليدة، للتحريّ لما هو صلاحه من الرد والإجازة.

(3) وتخيّل أنّ مناط الاستدلال نفس القضية الشخصية من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي، وغفل عن كون مناط الاستدلال هو ظهور كلامي الأمير و الامام الباقر عليهما السّلام.

(4) الأولى - لمماثلة المعطوف و المعطوف عليه - أن يقال: «أو كان الوجه».

(5) أي: و لضعف دلالة الصحيحة على صحة عقد الفضولي - وأنّه مجرد إشعار بها - لم يستدلّ الشهيد قدّس سرّه بهذه الصحيحة في مسألة البيع الفضولي مع التزامه بصحته في كتاب الدروس، و إنّما استدللّ بها في باب بيع الحيوان. وقد تقدم نصّ كلامه في (ص 389).

و لا يخفى ما في توجيه المصنف - لما صنعه الشهيد من عدم ذكر الصحيحة في عداد أدلة صحة البيع الفضولي و توقفه على الإجازة - من غموض، لأنّ الشهيد اعترف بقوله: «و فيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف» بظهور مدلولها في صحة البيع الفضولي، و ليس في دلالتها ضعف أصلا.

و لعلّ عدم تعرضه لها في بيع الفضولي لأجل بعض الموهنات المتقدمة، فتكون صحة الفضولي في مورد الصحيحة منصوبة، و يقتصر على موردها، و لا يتعدى منها إلى سائر البيوع الفضولية. لا الإشعار الذي أفاده الماتن، فلاحظ قول الشهيد بعد نقل

بل ذكرها في موضع آخر. لكن الفقيه في غنى عنه (1) بعد العمومات المتقدمة.

### د: فحوى ما دلّ على صحة النكاح الفضولي

وربما يستدلّ أيضا (2) بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد الثابتة (3) بالنص والإجماعات المحكية،

مضمون الصحيحة: «وهي قضية عليّ عليه السّلام في واقعة، ولعلّ ذلك استصلاح منه عليه السّلام، وفيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف..» ولو كان الوجه في إهمال هذه الصحيحة ضعف دلالتها وإشعارها بالصحة لم يصحّ الاستدلال بها أصلا حتى في موردها، مع صراحة كلام الشهيد قدّس سرّه بتامة دلالتها في موردها.

(1) أي: عن الاستدلال بهذه الصحيحة على صحة عقد الفضولي بالإجازة.

(2) أي: على صحة عقد الفضولي بعد العمومات المتقدمة، وهي الآيات كعموم الأمر بالوفاء بالعقود، وغيره.

د: فحوى ما دلّ على صحة النكاح الفضولي «1»

(3) بالجرّ صفة «صحة» أي: صحة عقد الفضولي الثابتة بالنص، وهذا رابع الوجوه التي استدلّ بها على صحة عقد الفضولي بإجازة المالك بدون سبق نهي منه.

والنصوص في صحة النكاح الفضولي وتوقفه على الإجازة كثيرة، فمنها ما ورد بالنسبة إلى الأحرار- رجالا ونساء- ومنها ما ورد بالنسبة إلى المملوك.

أمّا ما ورد في الأحرار فكخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: «أنه سأله عن رجل زوّجته أمّه وهو غائب. قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل،

(1) المستدلّ بالفحوى جماعة كأصحاب الرياض والمناهل والمقابس والجواهر، فلاحظ:

رياض المسائل، ج 2، ص 81 و 82، والمناهل، ص 287، ومقابس الأنوار، ص 26 (كتاب البيع) جواهر الكلام، ج 22، ص 277.

وإن شاء ترك ..» الحديث (1). وهو كالصريح في قابلية النكاح الفضولي للصحة الفعلية بإجازة الزوج.

وقد ورد نحوه بالنسبة إلى المرأة التي زوّجت فضولا. (2)

و أما ما ورد في نكاح العبيد و الإمام فكثير، منه صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذلك إلى سيّده، إن شاء أجازته، وإن شاء فرّق بينهما. قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبة و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّ لم يعص الله، إنّما عصى سيّده، فإذا أجازته فهو له جائز». (3)

و منه ما هو قريب منه بزيادة: «انّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدة و أشباهه» (4).

و الأخبار الدالة على توقف عقد النكاح على الإجازة كثيرة، بل في السرائر:

«و الأخبار متواترة عن الأئمة الأطهار بوقوف عقود النكاح على الإجازة» (5).

و أمّا الإجماعات المحكية على وقوف عقد النكاح الفضولي على الإجازة فمذكورة في كثير من كتب الفقه الاستدلالية (6)، بل في الجواهر: «بل يمكن

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 211، الباب 7 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث: 3.

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 207، الباب 6 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث: 2.

(3) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523 الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث 1 و 2

(4) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523 الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث 1 و 2

(5) السرائر الحاوي، ج 2، ص 565.

(6) كما في الناصريات، ص 247 (ضمن الجوامع الفقهية) المسألة: 154، السرائر، ج 2، ص 565، رياض المسائل، ج 2، ص 81، و حكاة عن السيد و الحلّي في كشف اللثام ج 1، كتاب النكاح ص 17، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، 188، منبها على أن معقد إجماع السيد صحة نكاح الحرّ و العبد فضولا، بخلاف إجماع الحلّي فإن معقده الحر خاصة.

فإنّ (1) تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى بذلك (2).

مضافا [1] إلى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح، لأنّه «يكون منه الولد»

---

تحصيل الإجماع على خلافها- اي خلاف دعوى الصحة- فضلا عمّا سمعته من محكيّه» «1».

(1) هذا تقريب الاستدلال، توضيحه: أنّ الإجازة إن كانت مؤثرة في تمليك بضع الغير كان تأثيرها في تمليك ماله أولى، فالاستدلال يكون بالفحوى أي الأولوية القطعية.

و المحقق الشوشطري قرّب الاستدلال بهذه النصوص بوجه خمسة، اثنان منها بالفحوى، و ثلاثة منها ناظرة إلى مساواة عقد البيع و النكاح في مناط الصحة، فراجع. «2»

(2) أي: بالإجازة مع شدة اهتمام الشارع في عقد النكاح معلّلا بأنه «يكون منه الولد». و طيب الولادة مما اهتمّ به الشارع و العقل، فلا بدّ من مراعاة الاحتياط فيه، فإذا أجاز الشارع العقد الفضولي في النكاح فقد أجازة في غير النكاح بالأولوية، لأنّه يتسامح في الماليات بما لا يتسامح به في الفروج.

---

[1] لعل الأولى إبدال «مضافا» ب «لما» بأن يقال: «أولى بذلك لما علم من شدة» لأنّ المقام يقتضي بيان وجه الأولوية، و الغرض من قوله: «مضافا» بيان ذلك.

و كيف كان فقد أورد على هذه الأولوية بوجهين، الأوّل: إنكار الأولوية.

و الثاني تسليم الأولوية مع ابتلائها بالمعارض.

أمّا الوجه الأوّل فتقريبه: أنّ اهتمام الشارع بأمر النكاح و شدّة الاحتياط فيه

---

(1) جواهر الكلام، ج 29، ص 201.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 26.

كما في بعض الأخبار (1).

وقد أشار إلى هذه الفحوى (2) في غاية المراد. «1»، واستدلّ بها (3) في الرياض، بل قال: «إنّه لولاها أشكل الحكم (4) من جهة الإجماعات المحكية على المنع (5)». وهو (6) حسن.

---

(1) كقول أبي عبد الله عليه السلام فيما رواه العلاء بن سيابة: «ان النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، وهو فرج، ومنه يكون الولد». «(2)»

(2) وهي الأولوية المذكورة.

(3) أي: بالفحوى، وهي الأولوية، وضمير «لولاها» راجع إلى «الفحوى».

(4) وهو صحّة عقد الفضولي بالإجازة.

(5) أي: منع صحّة عقد الفضولي، حيث إنه قال: «و لعمري أنّها من أقوى الأدلة، ولولاها لأشكل المصير إلى هذا القول، لحكاية الإجماعين الآتين». «(3)»

(6) أي: إشكال صاحب الرياض حسن.

---

لا يقتضي الاحتياط في سببه، بل يقتضي التسهيل في أسبابه، لأن لا يقع الناس في السفاح، مثلا إذا كان سبب النكاح خصوص العقد العربي المعتبر فيه لفظ بمادة و هيئة خاصتين كان ذلك سببا للوقوع في الحرام، لعدم تمكن أكثر الناس خصوصا سكان القرى و البوادي من إيجاد النكاح بهذا السبب. فأهمية النكاح تقتضي التسهيل في أسبابه، لا التضييق فيها، كما نرى أنّ الشارع وسّع في أسباب النكاح بتشريع المتعة

---

(1) غاية المراد، ص 178.

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 193، الباب 157، من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الحديث: 3، ونحوه الحديث: 1.

(3) رياض المسائل، ج 1، ص 512.

ص: 410

و ملك اليمين و التحليل، و جواز الاقتصار في مقام الإذن على السكوت. فعدم احتياط الشارع و التوسعة في سبب النكاح لا يستلزم بالأولوية التوسعة في سبب البيع الذي ليس بتلك المرتبة من الأهمية.

فالأولوية ممنوعة، لتوقفها على الاحتياط في سبب النكاح حتى يكون الحكم بصحة عقد الفضولي في غير عقد النكاح بالإجازة بالأولوية.

وبالجملة: الاهتمام في المسبب لا يقتضي التشديد في السبب، بل يقتضي سهولته. و أثر الاهتمام لزوم الاحتياط في الشبهات الحكمية و الموضوعية في حصول الزوجية، كاحتمال كون المرأة معتدة، أو أخته من الرضاعة، أو أخت زوجته، أو احتمال جواز التزويج الدائم بالكتابية و عدمه، إلى غير ذلك من موارد الشبهة. فإن الاحتياط في هذه الموارد لا يقتضي الاحتياط في نفس العقد الذي هو سبب تحقق النكاح. فاهتمام الشارع أجنبي عن مرحلة السبب حتى يتمسك بفحوى صحة الفضولي في النكاح على صحته في غير النكاح، بل يعتبر في بعض العقود ما لا يعتبر في عقد النكاح كالتقايض في المجلس في بيع الصرف، و قبض الثمن في السلم. هذا محصل ما أورد على الفحوى، و النتيجة إنكار الفحوى التي هي مدار الاستدلال.

لكن يمكن أن يقال: إنَّ كلَّ ما يعتبر في المسبب يعتبر في السبب، إذ العقد المؤثر في تحقق المسبب هو الجامع للشرائط مطلقاً سواء أ كانت راجعة إلى المتعاقدين، أم العوضين، أم نفس العقد كالعريّة و الماضوية و غيرهما.

و عليه فشرط كون المرأة أجنبية أو عدم كونها أخت زوجته أو أخته من الرضاعة أو غيرها من الشرائط الوجودية و العدمية شرط للعقد أيضاً، فالاهتمام بالمسبب اهتمام بالسبب.

فما في حاشية بعض الأجلة قدّس سرّه من قوله: «فالاهتمام المعلوم من الشارع أجنبي

---

(1) أي: أنّ الفحوى المزبورة. فالمصنف قدّس سرّه التزم بالفحوى، لكنها موهونة بالنص الوارد في الردّ على العامة الذين فرّقوا بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله

---

عن هذا الوادي الذي نحن فيه ليلمسك بفحوى صحة الفضولي في النكاح على صحته في المقام «(1)». غير ظاهر، فإنّ التقابض في المجلس في بيع الصرف شرط في صحة عقده وتأثيره.

والحاصل: أنّ الحق وجود الأولوية، وعدم سبيل إلى إنكارها.

نعم لا بأس بالإشكال في حجّيتها، لكونها ظنيّة، والظن لا يغني من الحق شيئا.

إلا أن يقال: إنّ مفهوم الموافقة من المداليل الالتزامية التي تكون حجة عند أبناء المحاوره كالمدايليل المطابقة.

إلا أن يناقش فيه بعدم كون الأولوية في المقام من المداليل الالتزامية، حيث إنّ صحة بيع الفضولي ليست من المدلول الالتزامية لصحة نكاح الفضولي، لا عقلا ولا عرفا، خصوصا بعد الالتفات إلى تعبديّة الأحكام وعدم الإحاطة بملاكاتها، إذ المفروض أنّه لا بدّ أن تكون الأولوية ناشئة من أفوائية الملاك، وهي غير معلومة لنا. فلا وجه للأولوية هنا أصلا.

و على تقدير تحققها لا يكون الظن الحاصل منها بمعتبر قطعا، لكونه كالظن القياسي في عدم الحجية.

فالحق عدم صحة الاستدلال بهذه الأولوية أصلا، لعدم انطباق ضابط الدلالة الالتزامية عليها، وإلا كانت حجة كسائر الدلالات الالتزامية.

هذا كله في الوجه الأوّل من الإيراد على الأولوية، وسيأتي الوجه الثاني قريبا.

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1، ص 119.



بالعزل وبين بيعه، بذهابهم إلى الصحة في الثاني، لأنّ المال له عوض، و البطلان في الأوّل، لأنّ البضع ليس له عوض.

(1) و هو خبر العلاء بن سيابة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل، فقبل الوكالة، فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوّجها، ثم إنّها أنكرت ذلك الوكيل، وزعمت أنّها عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين على أنّها عزلته.

فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟ قال: قلت: يقولون ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج. فالوكالة باطلة، و التزويج باطل. وإن عزلته و قد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، و على ما أنفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئاً مما أمرت به و اشترطت عليه في الوكالة.

قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل؟ قلت: نعم يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً و أشهدت في الملام، و قالت في الخلاء: اشهدوا أنّي قد عزلته أبطلت وكالته بلا أن تعلم في العزل، و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة. و في غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه، و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السّلام: سبحان الله، ما أجور هذا الحكم و أفسده، إنّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه، و هو فرج، و منه يكون الولد، إنّ عليّاً عليه السّلام أتته امرأة تستعديه على أخيها، فقالت: يا أمير المؤمنين، إنّني وكّلت أخي هذا بأن يزوّجني رجلاً و أشهدت له، ثم عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوّجني، ولي بيّنة أنّي قد عزلته قبل أن يزوّجني، فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنّها وكّلتني و لم تعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة حتى زوّجتها كما أمرتني.

فقال لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين. فقال لها: ألك بيّنة

بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون بأنّي قد عزلته.

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: كيف تشهدون؟ قالوا: نشهد أنّها قالت: اشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا، وأنّي مالكة لأمري قبل أن يزوّجني.

فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر؟ فقالوا: لا. فقال: تشهدون أنّها أعلمته بالعزل كما أعلمته بالوكالة؟ قالوا: لا. قال: أرى الوكالة ثابتة، و النكاح واقعا، أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها برك الله لك فيها.

فقالت: يا أمير المؤمنين، أحلفه أنّي لم أعلمه العزل و لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح، قال عليه السلام: و تحلف؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف، فأثبت وكالته، و أجاز النكاح» «1».

و محصّل الخبر: أنّ الراوي سأل الإمام أبا عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام عن حكم توكيل امرأة رجلا ليزوّجها من رجل، فقبل الوكيل، و أقامت المرأة بينة على التوكيل، فزوّجها الوكيل. و لكن المرأة ادّعت عزله، و أقامت البينة على العزل، مع عدم إعلام الوكيل به.

و بعد عرض هذا السؤال استفسر الامام عليه السلام عن رأي العامة في المسألة، فأخبره العلاء بن سبابة بأنهم يفصلون- في الوكيل المعزول الجاهل بعزله- بين البيع و النكاح، كما يفصلون في النكاح بين وقوع التزويج قبل العزل فيصح، و وقوعه بعده فيبطل. بخلاف التوكيل في البيع، فيصح بيع الوكيل المعزول الجاهل بالحال، تشبثا بوجه استحسانيّ، و هو: أنّ البيع لو كان فاسدا في الواقع

(1) وسائل الشيعة ج 13 ص 286 الباب 2 من أبواب الوكالة، الحديث 2. و توصيف الرواية بالصحة كما في المتن و حاشية السيد مما لم يظهر له وجه، في كل من طريقي الفقيه و التهذيب، لعدم توثيق العلاء و إن كان الطريق تاما.

الآ أن يقال: إنّ رواية ابن أبي عمير عنه توثيق له، لما قيل من: أنّه لا يروي إلا عن ثقة. و لكنه لا يخلو عن بحث تعرّضنا له في شرح الكفاية، فراجع: منتهى الدراية، ج 8، ص 149 إلى 168.

لم يتضرر المتبايعان، لوصول عوض كل من المالين إلى الآخر. بخلاف النكاح، لعدم كون المهر عوضاً عن البضع.

فلما سمع الامام عليه السلام رأيهم، قال متعجباً ومستكراً: سبحان الله ما أجور الحكم ببطلان نكاح الوكيل وصحة بيعه، مع أنّ الاحتياط في الأعراض يقتضي صحة النكاح تحرزاً عن السفاح.

ثم استشهد عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين في واقعة مماثلة لمورد السؤال، و أنّه عليه السلام نفذ تزويج الوكيل المعزول الجاهل بالعزل.

ولعلّ استشهاده بقضاء الأمير عليه السلام لأجل الرد على العامة، وإلزامهم بما يرونه حجة عندهم، من حجية قول الصحابي وقضائه خصوصاً من روى في شأنه عن النبي الكريم صلى الله عليه وآله وسلم: «أقضاكم عليّ» فكيف غضّ العامة أبصارهم - كما غضّت بصائرهم - عن قضاء أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين بصحة نكاح الوكيل الذي يكون فضولياً بعد العزل؟ و حكموا ببطلان النكاح وصحة البيع الفضولي لوجه استحساني، مع عدم إحاطة البشر بمناطات الأحكام الشرعية.

و الغرض من ذكر هذا الخبر إبداء المانع - عن الاستدلال على صحة البيع الفضولي بالفحوى المتقدمة عن صاحب الرياض وغيره من الأعلام - بتوهين الأولوية.

توضيح الوهن: أنّ الامام الصادق صلوات الله وسلامه عليه أنكر على العامة حكمهم ببطلان نكاح الوكيل المعزول، لأنّ مقتضى الاحتياط في النكاح - لكونه منشأ لتكوّن الولد منه - هو أولوية النكاح بالصحة من البيع، إذا قيل بصحته في الفضولي مع الإجازة. فالمستفاد من الرواية أنّ صحة المعاملة المالية تستلزم صحة النكاح بطريق أولى، فتكون صحة البيع أصلاً، وصحة النكاح فرعاً. فصحة البيع تستلزم صحة النكاح دون العكس الذي كان الاستدلال مبنياً عليه، وهو التمسك بفحوى صحة

مع جهله (1) بالعزل و بين بيعه (2)، بالصحة (3) في الثاني (4) لأنّ المال له عوض، و البطلان (5) في الأوّل (6)، لأنّ (7) البضع ليس له عوض [1]

---

النكاح الفضولي على صحة الفضولي في غير النكاح.

هذا كله في تقريب منع الفحوى. و سيأتي توضيح جهتين في المتن.

إحداهما: حكمه عليه الصلاة و السلام باقتضاء الاحتياط صحة عقد النكاح الذي أنشأه الوكيل المعزول، مع أنّها لو لم تكن زوجة واقعا حرمت معاشرتها مع الزوج.

ثانيتها: وجه ربط هذا الخبر - المانع للفحوى - بباب الفضولي، مع أنّ موردها عقد الوكيل المعزول، فانتظر.

(1) يعني: جهل الوكيل المعزول بعزله. و محصل ما يستفاد من هذه الصحيحة:

أنّ العامة فرّقوا بين عقدي النكاح و البيع الصادرين من الوكيل المعزول الجاهل بعزله، بالحكم بصحة البيع و بطلان النكاح.

(2) يعني: بيع الوكيل المعزول مع جهله بالعزل.

(3) متعلق ب «الفارقين».

(4) و هو البيع، لأنّ للمال عوضا، فصحته لا توجب ضررا مع وجود العوض المالي، لأنّ كل واحد من المتبايعين يترك شيئا و يأخذ شيئا عوضا عنه.

(5) بالجر معطوف على «بالصحة».

(6) و هو النكاح، و هذا الحكم من فقهاء السنة.

(7) هذا تعليل المخالفين لبطلان النكاح، و محصله: أنّ البضع لا عوض له، إذ ليس مالا حتى يبذل بإزائه المال و يقابل به.

---

[1] فيه أولا: أنّ عدم العوض ليس مناطا للبطلان، بل مناطه هو كونه منشأ تكوّن الولد منه.

ليس له عوض، حيث (1) قال الامام عليه السلام في مقام ردّهم واشتباهم في وجه الفرق: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم (2) و أفسده،

---

(1) هذا شروع في بيان وهن الأولوية المزبورة بالنص الوارد في ردّ العامة، الفارقين بين التزويج و البيع الصادرين من الوكيل المعزول مع جهله بالعزل، بحكمهم ببطلان التزويج و صحة البيع. وقد تقدم توضيحه بقولنا: «توضيح الوهن: أن الامام الصادق عليه السلام أنكر على العامة .. إلخ».

(2) أي: التفريق بين البيع و النكاح في الحكم بصحة الأول و بطلان الثاني.

---

و ثانيا: إنّ للبضع عوضا و هو المهر، غاية الأمر أنّه ليس ركنا في صحة النكاح حتّى يلزم ذكره في متن العقد كالعقود المعاوضية، إذ الركنان في النكاح الزوجان، و في العقد المعاوضي العوضان.

و أمّا الوجه الثاني من الإيراد على الأولوية، و هو ما أفاده المصنف من قوله:

«إلا أنّها ربّما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة .. إلخ». الظاهر في الرد على العامة الفارقين بين النكاح و البيع الصادرين من الوكيل المعزول الجاهل بعزله، في الحكم بصحة البيع، لوجود العوض فيه، و بطلان النكاح، لعدم عوض للبضع - ببيان: أنّ النكاح أحرى بأن يحتاط فيه، لأنّ منه الولد، فإذا حكم بصحة البيع فلا بد من الحكم بصحة النكاح بطريق أولى، لكون الاحتياط فيه أحرى و أجدر، فيكون النكاح أولى من البيع بالصحة. و هذا عكس الأولوية المذكورة التي استدللّ بها على استلزام صحة النكاح لصحة البيع. فهذه الصحيحة توهن تلك الأولوية و تثبت عكسها، و هي كون البيع أصلا، و النكاح فرعا، و أنّ الأولوية تثبت صحة النكاح، لكونها فرع صحة البيع، فيبطل الاستدلال بفحوى صحة النكاح على صحة البيع.

ففيه أوّلا: أنّ المخالفين لم يستدلّوا على صحة البيع بالاحتياط حتى يردهم الامام عليه السلام بأنّ الاحتياط بصحة النكاح أحرى من الاحتياط بصحة البيع، بل استدّلوا

فإنّ (1) النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج و منه يكون الولد» الخبر (2).

و حاصله (3): أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع (4) أولى بالصحة من (5) حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره.

---

(1) هذا كلام الإمام عليه السلام الذي هو علة لكون حكم علماء السنة- بفساد النكاح- في غاية الجور و الفساد، و حاصله: أنّ النكاح أولى من أن يحتاط فيه، لكونه مبدء تكوّن الولد الذي يرجى منه الفوز بتحصيل السعادة الأبدية، و طيب الولادة دخيل في الوصول إلى الدرجات العالية من الإيمان و المعارف الإلهية. فالبضع أهم من المال من حيث لزوم الاحتياط فيه.

(2) أي: إلى آخر الخبر المذكور تمامه آنفاً.

(3) أي: و حاصل ما يقصده الامام عليه السلام من الاحتياط في النكاح هو أولويته بالصحة.

(4) أي: الذي أنشأه الوكيل المعزول الجاهل بعزله من ناحية موكله.

(5) لألوية صحة النكاح- الصادر من الوكيل المعزول- بالصحة من البيع الصادر منه. و حاصله: أنّ النكاح أولى بالاحتياط من غيره كالبيع، لأنّ النكاح منشأ تكوّن الأولاد، فلا بدّ من تحليل البضع. فالقول بصحته- إذا صدر فضولاً ثم أجزى ممّن له أمر الإجازة- أولى ممّا يدعيه العامة من صحة البيع و بطلان النكاح، مع أن البيع فاقد لملاك الصحة، و النكاح واجد له.

---

عليها بوجه استحساني يقتضي صحة البيع و بطلان النكاح.

و ثانياً: أنّه ليس المراد بالاحتياط الذي يكون أحرى في النكاح ما أفاده الشيخ قدّس سرّه من الحكم بصحة النكاح حتى تكون صحته أولى من صحة البيع، بل الاحتياط في الفتوى يقتضي التوقف و عدم الفتوى بشيء من الصحة و الفساد، لا ابتناء كلّ منها على

فدّل (1) على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى. خلافا للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح. فمقتضى حكم الامام عليه السّلام أنّ صحة المعاملة المالية الواقعة في كلّ مقام (2) تستلزم صحة النكاح الواقع (3) بطريق أولى.

---

(1) أي: فدّل كلام الامام الصادق عليه السّلام، وهذه نتيجة الاحتياط، فإنّ الاحتياط في النكاح يدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى، لما عرفت من كون النكاح منشأ لتكوّن الولد.

(2) سواء صدرت من الوكيل المعزول الجاهل بعزله أم من الفضولي.

(3) أي: أنّ صحة النكاح الصادر من الوكيل المعزول- الجاهل بعزله من موكله- أولى من القول بصحة البيع و بطلان النكاح، مع وجود ما فيه من الاحتياط، وعدمه في البيع، فلا موجب لصحته دون النكاح.

---

وجه استحساني يكون الركون إليه تشريعا محرّما. كما أنّ الاحتياط في العمل يقتضي أحد أمور:

إمّا الطلاق، لأنّ المرأة على فرض صحة العقد و صيرورتها زوجة تبين من زوجها بالطلاق، و يصح حينئذ تزويجها منه أو من رجل آخر. و على فرض فساد العقد يكون الطلاق لغوا، لوقوعه على الأجنبية.

و إمّا إجراء العقد عليها ثانيا.

و إمّا إجازة المرأة عقد الوكيل المعزول الجاهل بعزله مع عدم ردّ المرأة العقد قبل الإجازة.

و الحاصل: أنّ أمر النكاح في المقام يكون- بحسب العمل- دائرا بين المحذورين، لأنّه على فرض صحة العقد واقعا تكون المرأة زوجته، و على فرض فساده تكون أجنبية عنه، فالاحتياط فيه لا يمكن إلّا بأحد الوجوه المتقدمة. و كذا البيع، فإنّ

و حينئذ (1) فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى (2) صحة البيع، لأن (3) الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولوية، وإلا (4) لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى.

(1) أي: و حين القول باستلزام صحة البيع صحة النكاح- خلافا للعامة القائلين بصحة البيع و بطلان النكاح- لا يجوز التعدي من صحة النكاح الفضولي- كما هو مقتضى ما دلّ على صحة نكاح العبد بدون إذن سيده- إلى البيع وغيره.

(2) متعلق ب «التعدي».

(3) تعليل لعدم جواز التعدي من صحة النكاح الفضولي إلى البيع الفضولي، و محصله: أن الحكم بالصحة في الفرع- و هو النكاح الفضولي- لا يستلزم الحكم بالصحة في الأصل و هو البيع في باب الأولوية.

(4) يعني: و لو استلزم الحكم بصحة الفرع الحكم بصحة الأصل لما تحقّق مفهوم الأولوية، إذ مفهوم الأولوية هو استلزام الحكم الثابت في الأصل لحكم الفرع، كاستلزام حرمة التأفيف لحرمة الضرب، لا استلزام حكم الفرع لحكم الأصل، فإنّ حرمة الضرب لا تستلزم حرمة التأفيف.

صحته و فساده لا يوافقان الاحتياط، لدوران أمر المال بين المحذورين.

فغرض الامام عليه السّلام- كما في حاشية المدقق الأصفهاني قدّس سرّه- إبطال استحسانهم، إلا أنّ عدم تمكنه عليه السّلام من بيان ذلك صريحا لأجل التقيّة أوجب مراعاة جانب الاحتياط، و أجابهم بأنّ النكاح أحرى بالاحتياط ممّا يتعلّق بالماليات. فاللازم الاستناد فيه إلى ركن وثيق من آية أو رواية، لا إلى القياس و الاستحسان. و ليس كالماليات التي لا اهتمام بها كالنكاح. و لذا عقبه عليه السّلام بقضاء أمير المؤمنين عليه الصلاة و السّلام الذي يتّبع قضاؤه لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «أقضاكم علىّ عليه السّلام» «1» هذا.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 134.

ص: 420



فلاستدلال (1) بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهة أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعووض.

بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله، مستدلاً (2) بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين، ولا احتياط في البين.

---

(1) هذه نتيجة البحث- بعد منع الفحوى بخبر العلاء بن سيبان- وهي: أنّ الاستدلال بصحة النكاح الفضولي- الذي هو الفرع- على صحة البيع وهو الأصل يكون مطابقاً لحكم العامة. فلاستدلال المزبور في غير محله.

(2) هذا شروع في بيان ما أشرنا إليه في (ص 416) من معنى الاحتياط الوارد في كلام الامام الصادق صلوات الله وسلامه عليه، حيث إن الأحوط هو الأوثق،

---

ويحتمل أن يراد بأجدرية الاحتياط في النكاح أجدرية من الحكم بصحة النكاح أو بطلانه في موارد الاشتباه، لا أجدرية النكاح بالصحة من غير النكاح كما استظهره المصنف، حتى توهن بها الأولوية التي استدلت بها على تعدّي الفضولية من النكاح إلى غيره.

والحاصل: أنّ الحكم في موارد اشتباه النكاح هو أولوية الاحتياط الذي هو فعل المكلف من الحكم بصحة النكاح أو بطلانه. فالمفضّل عليه هو الحكم، لا البيع حتى يصير ذلك أصلاً و النكاح فرعاً، ويعارض الأولوية السابقة التي استدلت بها على جريان الفضولية في غير النكاح.

وعلى هذا فتلك الأولوية لا توهن برواية العلاء المتقدمة.

لكنه مع ذلك لا يتجه الاستدلال بها على جريان الفضولية في غير النكاح، لأنّها لا تفيد إلا الظن، وهو لا يغني عن الحق شيئاً. بل مع الالتفات إلى قضية أبان لا تفيد الأولوية شيئاً من مراتب الظن أيضاً.

و يمكن أن يكون الوجه في ذلك (1) أن (2) إبطال النكاح في مقام الاشكال

و الاحتياط هو إحراز الواقع عملاً- كالجمع بين القصر و الإتمام في الموارد المشتبهة، و كترك شرب الإنائين في موارد العلم الإجمالي بنجاسة أحدهما.

وقد يشكل تطبيق العمل بالاحتياط على حكمه صلوات الله و سلامه عليه بصحة النكاح. و ذلك لامتناع الاحتياط هنا من جهة دورانه بين المحذورين، فإنّ هذه المرأة الموكّلة في النكاح إن كانت قد عزلت الوكيل كان تزويجها فضولياً، و المفروض عدم إجازتها، و يحرم على الزوج معاشرتها، لكونه أجنبياً عنها. و إن لم تكن عازلة له كانت زوجة للرجل. و لو حكمنا بفساد النكاح و كونها خلية ظاهراً جاز لها التزويج برجل آخر، و كان المباشرة معها زنا بذات بعل.

و مع دوران أمر هذه المرأة الموكّلة بين الزوجية و الأجنبية يمتنع إحراز الواقع بالاحتياط، فيكون التزويج نظير البيع، إذ لو صحّ بيع الوكيل كان الثمن ملكاً للبائع، و إن لم يصحّ كان للمشتري، و حرم على البائع التصرف فيه. مع أنّه عليه السلام جعل صحة النكاح أخرى بالاحتياط. و يتجه السؤال حينئذ بأنه كيف يحتاط في مورد الدوران بين المحذورين؟

(1) أي: في الاحتياط. هذا توجيه الاحتياط بنحو لا يكون من الاحتياط المصطلح الذي يحرز به الواقع عملاً، إذ يراد به هنا الأخذ بأخفّ المحذورين.

توضيحه: أنّ إبطال النكاح يوجب الفراق بين الرجل و المرأة، فلو كان النكاح صحيحاً واقعاً لزم الزنا بذات البعل إذا تزوّجت بغيره. و هذا بخلاف إبقاء النكاح، فإنّه على تقدير بطلانه واقعاً لا يلزم منه إلا وطء المرأة غير ذات البعل، و هو أهون من الزنا بذات البعل. فالمراد بالاحتياط مراعاة أقلّ المحذورين بفعله، و ترك ما يكون أشدّ محذوراً.

(2) خبر قوله: «أن يكون» و قوله: «يستلزم» خبر «أن ابطال».

و الاشتباه (1) يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا، فتتزوج (2) المرأة، ويحصل الزنا بذات البعل. بخلاف إبقائه (3)، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع. وهذا (4) أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط (5) هو الأشد احتياطا [1].

و كيف كان (6) فمقتضى

---

(1) كالمقام، لعدم وضوح هذا النكاح من حيث الصحة و البطلان.

(2) هذه نتيجة بطلان النكاح، فإن تزوّجت برجل آخر كان التزويج بذات البعل، و الزنا بها أشد من الزنا بالخلية.

(3) أي: إبقاء النكاح. و ضمير «منه» راجع إلى «إبقائه».

(4) أي: وطء المرأة الخالية عن الزوج أهون من وطء ذات البعل.

(5) المستفاد من كلمتي «أحرى و أحرى» الواقعتين في رواية علاء بن سيابة المتقدمة. فالمراد بالاحتياط هو الأشد احتياطا و احترازا، فإن في إبقاء النكاح رعاية الطرف الذي محذورة أقل من محذور الطرف الآخر، و هو إبطال النكاح، على التفصيل المتقدم آنفا.

(6) يعني: سواء أريد بالاحتياط ما ذكرناه أم غيره.

---

[1] بل تقدم في التعليقة السابقة أنّ المراد بالاحتياط هو الاحتياط التام الحاصل بأحد الأمور المتقدمة من أنّه مع إرادة بقاء الزوجية لا بدّ إمّا من تجديد العقد عليها، أو إجازة المرأة ذلك العقد. و مع إرادة عدم بقاء الزوجية لا بدّ من تطليقها. و ليس المراد بالاحتياط الإضافي منه كما التزم به المصنف قدس سرّه، فإنه خلاف ظاهره، و لا قرينة على إرادته بعد إمكان إرادة ظاهره.

هذه الصحيحة (1) أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب (2) ذلك التعدي (3) إلى الحكم بصحة بيع الفضولي.

نعم (4) لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نص [1] الرواية (5).

---

(1) قد تقدم الإشكال في توصيف هذه الرواية بالصحيحة، فراجع (ص 414).

(2) لأن المفروض صيرورة المعاملة المالية أصلاً و النكاح فرعاً، ولذا جعل الحكم بصحته أخرى وأولى، فينعكس الأمر و يصير صحة النكاح ثابتة بالفحوى، دون العكس و هو صحة البيع بالفحوى.

(3) كما كان هو المقصود من الوجه الرابع أعني به التمسك بفحوى ما دلّ على صحة النكاح لإثبات صحة سائر العقود الفضولية، ووجه عدم التعدي هو عدم ثبوت حكم الفرع للأصل.

(4) يعني: ولكن العكس - وهو استلزام صحّة البيع لصحة النكاح - ثابت لأولية النكاح من البيع بالصحة، لدلالة النص المزبور من حيث كون النكاح أخرى من البيع بالاحتياط.

(5) وهي رواية العلاء بن سيابة المتقدمة، والمراد بنصّ الرواية هو قوله عليه السّلام:

«إنّ النكاح أخرى وأخرى أن يحتاط فيه».

---

[1] قد عرفت عدم ظهور الرواية - فضلاً عن صراحتها - في صحة النكاح، فإنّ الاحتياط لا يقتضي صحته و لا بطلانه، لدورانه بين المحذورين و هما زوجية المرأة و اجنبيتها، فلا بدّ من التوقف في الفتوى.

و لم يذكر الامام عليه السّلام اقتضاء الاحتياط للصحة حتى يدعى أولوية النكاح بالصحة من البيع، و يقال: إنّ الفحوى بالعكس، وأنّ هذه الفحوى تعارض تلك الفحوى المستدل بها على التعدي من النكاح الفضولي إلى البيع الفضولي.

ثم (1) إن الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي (2)، إلا أن الاستفادة منها قاعدة [1]

(1) هذا بيان ما أشرنا إليه (في ص 416) من الجهة الثانية المتعلقة برواية العلاء ابن سيابة، إذ قد يتوهم عدم مانعيتها للفحوى الاستفادة من نصوص صحة نكاح العبيد والأحرار بالإجازة.

ووجه في التوهم: تعدد الموضوع، لكون موضوع تلك النصوص إنشاء عقد النكاح فضولاً فيصح بالإجازة، ويصح بيع الفضولي بالأولية.

ولكن موضوع خبر العلاء أمر آخر، وهو بيع الوكيل المعزول، ومن الممكن اختلاف حكم الفضولي عن الوكيل المعزول، فلا وجه لمنع الفحوى بخبر العلاء.

وقد دفع المصنف هذا التوهم بأن تعدد الموضوع غير قادح في منع الفحوى، لأن العبرة بكلامه عليه السلام في بيان ضابطة كلية، وهي: أن إمضاء العقد الواقع على المال - كالبيع - يستلزم إمضاء النكاح، ولا عكس. مع أن مبنى استدلالهم على صحة بيع الفضولي هو أولوية البيع بالصحة، وقد عرفت منعها.

(2) حيث إن رواية العلاء المتقدمة وردت في الوكالة، والرجل يدعي الوكالة عن المرأة، وهي تنكرها وتدعي عزله.

[1] الاستفادة القاعدة الكلية منوطة بإلغاء خصوصية المورد، وهو عقد الوكيل المعزول الجاهل بعزله، فإنه بعد وضوح بقاء الوكالة إلى وصول خبر العزل إلى الوكيل - وأن العزل بوجوده العلمي يوجب الانعزال لا بوجوده الواقعي - يكون فعل الوكيل قبل وصول خبر العزل إليه كفعل نفس الموكل نافذاً وغير محتاج إلى الإجازة، فإبطال عمله حينئذ كإبطال عمل الموكل. وهل يمكن إلغاء خصوصية الوكالة وجعلها كالعدم في التأثير؟ حتى يستفاد هذه القاعدة الكلية.

كَلْيَّة (1) هي (2): أنْ إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس (3) الذي هو مبني الاستدلال (4) في مسألة الفضولي، هذا.

---

(1) بحيث تنطبق على صغرياتها التي منها مورد البحث.

(2) الأحسن اقتراها بالواو الاستثنائية حتى تكون الجملة مفسّرة ل «قاعدة».

(3) وهو عدم استلزام إمضاء نكاح الفضولي إمضاء غيره من العقود.

(4) حيث إنّ مبني الاستدلال هو فحوى صحة نكاح الفضولي. وقوله:

«الذي هو» صفة لكلمة «العكس» يعني: أنّ العكس المذكور هو مبني الاستدلال بالأحاديث- الواردة في نكاح الفضولي الصادر من الحرّ و العبد- على جريان الفضولي في غيره.

هذا تمام الكلام في الطائفة الاولى، وهي الوجوه الأربعة التي عبّر عنها بالدلالة وسيأتي الكلام في الطائفة الثانية.

---

و الحاصل: أنّ الرواية مسوقة لبيان عدم انعزال الوكيل إلاّ بوصول عزله إليه. وعدم كون مجرد العزل بدون العلم به موجبا لانعزاله.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّ رواية العلاء بن سيابة المتقدمة لا تعارض الأولوية التي استدلّ بها على التعدي من نكاح الفضولي إلى غيره من العقود الفضولية، بل تؤيّد الفحوى المذكورة، حيث إنّ مقتضى أهمية النكاح هو التعدي عن سببه إلى غيره كالبيع، فإنّ التوسعة في أسباب الأهم تقتضي التوسعة في أسباب غيره كالبيع، إذ سببية عقد الفضولي لتحقق النكاح الأهم تقتضي سببية عقد الفضولي لحصول المهم كالبيع بالأولوية.

نعم يشكل الاعتماد على تلك الأولوية لكونها ظنية، بل مع الالتفات إلى تعبدية الأحكام الشرعية وعدم إحاطتنا بملاكاتها لا يحصل الظن بالأولوية أيضا.

[أ: ما ورد في المضاربة]

ثم إنّه ربما يؤيد صحة الفضولي - بل يستدل عليها (1) - بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشترى (2) غير الذي أمره. قال: هو (3) ضامن، والريح بينهما على ما شرطه» (4). «(1)»

الطائفة الثانية: النصوص الخاصة أ: ما ورد في المضاربة

(1) أي: على صحة الفضولي. وهذا خامس الوجوه التي استدلت بها على صحة عقد الفضولي إذا باع للمالك.

(2) هذا الضمير المستتر وضمير «ليشتري» راجعان إلى الرجل المدفوع إليه المال، وهو عامل المضاربة.

(3) أي: العامل ضامن للخسارة لأجل مخالفته لما أذن له المالك الدافع.

(4) هذه النصوص الخاصة قد استدلت بعضهم بها على صحة بيع الفضولي كصاحب المقابس قدس سرّه، وأيدها بها بعضهم كصاحب الجواهر قدس سرّه وإن لم يصرّح بخصوص ما ورد في باب المضاربة، حيث قال بعد الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس ما لفظه: «مؤيداً ذلك كله بالنصوص الواردة في اقتراض مال الصبي مع عدم الإذن الشرعي ليتجر به .. وغير ذلك في الأبواب المتفرقة كالرهن وغيره مما يظهر الاتفاق منهم عليه، وهو فضولي أو شبه فضولي». «(2)»

وقال في كتاب المضاربة فيما إذا خالف العامل ما شرطه ربّ المال عليه:

«لم يمض إلا مع إجازة المالك، لكونه تصرفاً قد وقع بدون إذن المالك، وهو غير باطل

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 182، الباب 1 من أبواب أحكام المضاربة، الحديث: 9، ونحوه أكثر أحاديث الباب. والظاهر صحة السند كما يظهر لمن يراجع كتب الرجال.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 278 و 279.

عندنا، وإثما هو فضولي، فإن أجاز نفذ». (1)

وقال المحقق الشوشتری قدس سره بعد نقل موثقة جميل: «ويعضدها أخبار آخر قد عمل بها الأصحاب، بلا خلاف يعرف بينهم. ووجه الاستدلال بها: أن العامل لم يكن وكيلا في تلك المعاملة، فلو بطل عقد الفضولي لبطل عقد العامل هنا أيضا، فوجب ردّ كلّ إلى صاحبه، ولم يجز تقسيم الربح بينهما، كما دلّت عليه- أي على تقسيم الربح بينهما- الرواية، فهي محمولة على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب، دون الخسران. وإثما قسّم الربح بينهما بناء على إطلاق عقد المضاربة، وتعلقه بكل عقد صحيح وقع بذلك المال برضا المالك سابقا أو لاحقا. وفي هذا كلام يبيّن في محلّه». (2)

هذا ما ورد في بعض الكلمات. وأمّا المصنف قدس سره فقد عبّر تارة بالتأييد، وأخرى بالدلالة، وثالثة بالاستيناس، واقتصر في التقريب على الأول والثالث، حيث احتمل في موثقة جميل وجهين، جعل أحدهما استيناسا، والآخر مؤيدا.

وينبغي أولا ذكر مضمون الموثقة وغيرها من أخبار الباب، ثم النظر في أنها تصلح للتأييد أو الاستيناس أو الدلالة، أم لا تصلح لشيء منها، فنقول وبه نستعين:

إنّه سئل الإمام الصادق صلوات الله وسلامه عليه عن حكم ما إذا شرط ربّ المال- في عقد المضاربة- على العامل أن يتاجر سلعة معينة أو في بلد خاص. ثم خالفه العامل، وجاء بعد مدّة برأس المال والأرباح المكتسبة منه. فأجاب عليه الصلاة والسلام بحكمين، أحدهما: أنّ العامل ضامن لرأس المال حينما خالف الشرط.

وثانيهما: أنّ الأرباح تقسّم بين ربّ المال والعامل على ما اتّفقا عليه في عقد المضاربة من النصف أو الثلث مثلا. وهذا الحكم الثاني هو محطّ النظر من التعرض لهذه الأخبار هنا، فاستظهر صاحب المقابس قدس سره منها أمرين:

الأول: صغورية تصرف العامل لعقد الفضولي.

(1) جواهر الكلام، ج 26، ص 351.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 26.



ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب (1).

فإنها (2) إن أقيمت على ظاهرها

و الثاني: كبروية صحة عقد الفضول المتعقب بالإجازة.

فتكون الموثقة دليلا على المدعى، بتقريب: أنّ مخالفة العامل لما أذن له رب المال - من شراء متاع معين - توجب كون الشراء فضوليا. و جعل الربح بينهما على النحو المقرّر في عقد المضاربة كاشف عن صحّة الشراء بالإجازة ورضا المالك، وإلا كان الشراء باطلا، و كان ربّ المال مالكا للثمن الذي دفعه العامل إلى البائع، إلا إذا قلنا بصحة المعاملة بدون إجازة المالك لأجل هذا النص كما سيذكره المصنف قدس سرّه.

و المتحصل: أنّ جعل هذه الموثقة دليلا منوط بأمرين، أحدهما: كون معاملة العامل متعقبة بإجازة المالك.

و الآخر: إلغاء خصوصية المورد. إذ بدون إلغائها يقتصر على موردها، و لا يكون دليلا على صحة الفضولي في سائر المقامات.

هذا كلّه في تقريب الاستدلال، الذي لم يبيّنه المصنف قدس سرّه. و أما تقريب التأييد و الاستيناس فسيأتي قريبا إن شاء الله تعالى.

(1) أي: الباب الأوّل من أبواب المضاربة، فراجع.

(2) أي: فإنّ موثقة جميل بن درّاج إن أقيمت .. إلخ، و غرض المصنف قدس سرّه من هنا بيان احتمالين في مفاد هذه الموثقة و ما بمضمونها، مع وجود القائل بكلّ منهما فيكون أحد الاحتمالين موجبا للاستيناس لصحة بيع الفضولي، و يكون الاحتمال الآخر موجبا للتأييد.

أمّا الاحتمال الأوّل فتقريبه: أنّ حكمه عليه الصلاة و السّلام بتقسيم الربح بين ربّ المال و العامل بالنسبة المعيّنة في عقد المضاربة - مع عدم تنبيهه عليه السّلام على أن معاملات العامل متوقفة على إجازة ربّ المال - ظاهر في اختصاص المضاربة بحكم تعبدي، و هو صحة ما يأتي به العامل المخالف لما اشترط به عليه فعلا، بلا توقف على

من عدم توقف ملك الريح (1) على الإجازة- كما نسب إلى ظاهر الأصحاب، وعدّ (2) هذا خارجاً (3) عن بيع الفضولي

إجازة المالك. إذ لو لم تكن معاملاته نافذة لم يكن وجه لتملك ربّ المال للأرباح، بل كان اللازم ردّ الأرباح إلى من باع من العامل شيئاً أو اشترى منه.

وعلى هذا فإبقاء الموثقة على ظاهرها- من عدم إناطة تملك الريح بإجازة تصرفات العامل- يوجب تخصيص ما دلّ على توقف الملكية على إجازة المالك.

فيلتزم في باب المضاربة بعدم اعتبار إمضاء ربّ المال لو خالف العامل الشرط.

فإن قلت: بناء على الأخذ بظاهر الموثقة تصير أجنبية عن عقد الفضولي بالمرّة، فلا معنى لاستيناس صحة بيع الفضولي منها. ووجه أجنبيتها عنه واضح، ضرورة اعتبار إجازة المالك في جميع العقود الفضولية، حتى تنتهي الصحة التأهيلية- بسبب الإجازة- إلى الفعلية. و المفروض في هذه الموثقة نفوذ تصرفات العامل بلا إجازة المالك. ومع تعدد الموضوع لا معنى لاستفادة حكم بيع الفضولي من أخبار المضاربة.

قلت: الموجب للاستيناس وعدم الاستيحاش من الحكم بصحة بيع الفضولي هو: أنّ الرواية تدلّ على عدم اعتبار سبق إذن المالك في صحة نقل ماله إلى غيره، إذ المفروض في الموثقة مخالفة العامل لربّ المال فضلاً عن الاستيدان منه. ومع دلالتها على صحة تصرفات العامل في مورد المخالفة أمكن دلالتها على ما نحن فيه وهو صحة بيع الفضولي- غير المسبوق بمنع المالك- بالإجازة المتأخرة، وهذا هو الاستيناس.

و أما الاحتمال الثاني فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(1) أي: ربح هذه المعاملة الصادرة من العامل على خلاف ما أذن له المالك.

(2) بالجرّ معطوف على «عدم» أي: من عدّ هذا خارجاً.. إلخ.

(3) أي: حكماً لا موضوعاً، إذ المفروض وقوع المعاملة بدون إذن المالك، فخروجها يكون عن حكم الفضولي، وهو توقف صحته على إجازة المالك لا عن موضوعه.

(1) قال الشهيد الثاني قدس سره شارحا لعبارة المحقق قدس سره: «ولو أمره بالسفر إلى جهة، فسافر إلى غيرها، أو أمر بابتياح شيء معين، فابتاع غيره ضمن. ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط». ما لفظه: «المراد أن المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة وإن وجب الضمان والإثم في التصرف غير المأذون. والربح بينهما على حسب الشروط، للنصوص الصحيحة الدالة عليه. وإلا لتوجه الإشكال إلى صحة الابتياح المخالف، لوقوعه بغير إذن، فينبغي أن يكون فضوليا. وكأن السبب في ذلك أن الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح، وباقي التخصيصات عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات. وبالجملة فالمستند النص وعمل الأصحاب به» (1) ونحوه كلامه في الروضة.

وقوله في آخر كلامه: «وبالجملة فالمستند النص وعمل الأصحاب به» دليل على صحة فتوى المحقق قدس سره من عدم بطلان المضاربة بمخالفة العامل، ومن كون الربح بينهما. ولو لا هذا التعبد كانت تصرفات العامل فضولية متوقفة على إجازة رب المال، ولكن المفروض عدم إشعار في النصوص ولا في الفتاوى بتوقفها على إجازته.

ومنه ظهر وجه تعبير المصنف قدس سره «كما نسب إلى ظاهر الأصحاب» فالنسبة إلى الأصحاب موجودة في كثير من الكتب (2).

والمراد ب«ظاهر الأصحاب» لا صريحهم هو أن صحة تصرفات العامل وعدم توقفها على الإجازة إنما تستفاد من حكمهم بتقسيم الربح وعدم تنيبهم على اعتبار الإجازة.

(2) جواب الشرط في قوله: «إن أقيت».

(1) مسالك الافهام، ج 4، ص 352 و 353، الروضة البهيّة، ج 4، ص 213 و 214، ونحوه كلام المحقق الثاني في عدم إجراء حكم العقد الفضولي على تصرف العامل، فراجع جامع المقاصد، ج 8، ص 110.

(2) لاحظ جامع المقاصد ج 8، ص 110، ملاذ الأخيار للعلامة المجلسي قدس سره، ج 11، ص 337، رياض المسائل، ج 1، ص 607، آخر الصفحة، المناهل، ص 207، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 26، جواهر الكلام، ج 26، ص 354، آخر الصفحة.

استيناس (1) لحكم المسألة من (2) حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا في نقل مال المالك إلى غيره.

وإن (3) حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو

---

(1) الوجه في الاستيناس ما عرفت من صحة المعاملة الخارجة عما قرره المالك لعامل المضاربة بدون الإجازة، لاشتراك هذه المعاملة مع مطلق الفضولي في عدم اعتبار الإذن السابق، فيستأنس بالمعاملة الصحيحة بدون إجازة المالك لمطلق الفضولي.

(2) بيان لحكم مسألة الفضولي، وهو عدم اعتبار إذن المالك سابقا في نقل ماله إلى غيره، وكفاية إجازته بعد وقوع العقد الناقل على ماله.

(3) معطوف على «إن أبقيت» ومحصّله: أنه إن حملنا رواية جميل وغيرها على رضا المالك- بعد انكشاف ظهور الربح في المعاملة المنهي عنها- اندرجت في الفضولي.

و تقريب هذا الاحتمال الثاني الذي هو مبنى التأيد: أنّ نصوص باب المضاربة وإن لم يرد فيها توقف مالكية الربح على الإجازة، إلا أنه لا مناص من حملها على صورة رضا ربّ المال بما صنعه العامل، وذلك لقرينتين:

إحدهما: ما تبّه عليه جمع كالمحقق والشهيد الثانيين. «1» من أنّ الغرض الأصلي من عقد المضاربة هو الاسترباح و تنمية المال، ولو شرط المالك على العامل تجارة خاصة أو بلدا معيّنا فإتّما هو لزعمه حصول غرضه- من الاسترباح- في ما شرطه على العامل، فلو تبيّن للمالك خطأؤه في مقام التطبيق و كون العامل أبصر منه بالتجارات الربحة رضي بتصرفات العامل عند مجيئه برأس المال و ربحه إليه.

---

(1) جامع المقاصد، ج 8، ص 85، مسالك الافهام، ج 4، ص 353.

ص: 432

وعلى هذا فتصرف العامل بالبيع والشراء يكون من صغريات العقد الفضولي الذي تعقبه رضا المالك، وليس خارجا عنه كما كان مبنى الاستيناس.

ثانيتها: اقتضاء الجمع العرفي بين الضرورة الفقهية وبين إطلاق نصوص المضاربة حمل هذه النصوص على صورة إجازة المالك ورضاه بتصرف العامل.

بتقريب: أن حرمة أكل مال الغير والتصرف فيه قد ثبتت شرعا بمثل قوله تعالى:

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه» ونحوهما. ومقتضاهما حرمة تصرف العامل في مال المضاربة، لمخالفته للشرط، إلا بإحراز رضاه. وحيث إن نصوص المضاربة مطلقة، لدلالاتها على تملك رب المال لحصته من الربح - سواء أجاز تصرفات العامل أم لا - لزم تقييدها بصورة إجازته لها، لئلا يلزم مخالفة ما علم من الفقه ضرورة.

والمتحصل من هاتين القرينتين صغروية روايات المضاربة لعقد الفضولي، وعدم كون تملك الربح تعبدا محضا.

فإن قلت: بناء على هذا التقييد ينبغي جعل نصوص المضاربة دليلا على صحة عقد الفضولي مطلقا كما صنعه صاحب المقابس قدس سره لوحدة المناط وهو لحوق الإجازة بالعقد، لا مؤيدا لها كما أفاده المصنف قدس سره.

قلت: هذه النصوص بعد حملها على صورة إجازة المالك إنما تدل على مشروعية المضاربة الفضولية، ولا تدل على صحة الفضولي في سائر العقود، لاحتمال دخل خصوصية عنوان المضاربة في الحكم، ومن المعلوم أنه لا وجه لإلغاء خصوصية المورد إلا بالقطع بعدم دخلها. ولا سبيل لإحرازه، فلذا يقتصر على مورد النص.

نعم لا مانع من تأييد صحة الفضولي مطلقا بهذه الأخبار، وأما الدلالة فلا.

(1) هذه إشارة إلى القرينة الأولى المتقدمة آنفا، وهي أنّ الغالب رضا المالكين بالمعاملات الواقعة على أموالهم إن كانت رابحة وإن لم يأمر بها، بل وإن نهوا عنها، إذ غرضهم الأصلي من التجارة بأموالهم هو تكثيرها وتحصيل الربح منها. والنهي عن بعض المعاملات بها إنّما هو للاجتناب عن الضرر، أو عدم النفع.

(2) هذه إشارة إلى القرينة الثانية على حمل روايات المضاربة على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح. ومحصل هذه القرينة الثانية- كما عرفت- هو: أنّ الجمع العرفي يقتضي تقييد إطلاق موثقة جميل وغيرها- الدالّين بالإطلاق على ملك العامل للربح ولو لم يجز المالك- بما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله. مثل ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قال: «سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بعم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأستان يقولون: هي من أرضنا؟ فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها» (1). وآية إلا أنّ تكون تجارة عن تراضٍ ونحوهما مما هو صريح في إناطة تملك مال الغير برضاه وطيب نفسه.

و حينئذ تنطبق الموثقة المتقدمة ونحوها من أخبار المضاربة على المقصود، وهي صحة عقد الفضولي مع لحوق الإجازة به، فإنّ الموثقة تدلّ على صحة عقد الفضولي مطلقا حتى مع عدم إجازة المالك، بل مع رده أيضا. وأدلة اعتبار الطيب والرضا أخص منها، لدالتها على اعتبار الرضا في نقل مال المالك الى غيره مطلقا سواء كانت المعاملة من عامل المضاربة أم غيره.

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 248، الباب 1 من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث 30.

بين هذه الأخبار (1) [1] وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله (2) و النهي (3) عن أكل المال بالباطل اندرجت (4) المعاملة (5) في الفضولي. وصحتها (6) في خصوص المورد وإن احتمل (7) كونها للنصّ الخاصّ، إلا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

---

(1) أي: أخبار المضاربة، كموثقة جميل المتقدمة في المتن.

(2) كآية التجارة عن تراض، و حديث «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه» و رواية محمد بن مسلم المتقدمة آنفا.

(3) بالجرّ معطوف على «اعتبار» و النهي مدلول آية لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ.

(4) جواب «وإن حملناها» و قد تقدم وجه اندراج المعاملة- التي خالف العامل فيها أمر المالك، و اشترى غير المتاع الذي أمره المالك بشرائه- في معاملة الفضولي.

(5) و هي المعاملة التي خالف العامل فيها أمر المالك.

(6) يعني: و صحة المعاملة التي خالف العامل فيها أمر المالك و إن احتمل أن تكون صحتها مستندة إلى النص الخاص و هو الموثقة. لكنها تؤيد المطلب، و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك بدون سبق منع من المالك.

(7) الجملة خبر قوله: «و صحتها».

---

[1] لا يخفى أنّ مقتضى أخصيّة الموثقة من الأدلّة الدالّة على اعتبار الرضا في جميع المعاملات هو تخصيص تلك الأدلة بالموثقة، و عدم اعتبار رضا المالك في خصوص مورد الموثقة. و ليست النسبة بينهما عموماً من وجه كما توهم.

لكن التخصيص بعيد جدّاً ياباه ذوق المتشعبة، و إن قال المحقق الايرواني قدس سرّه:

«ينبغي عدّه خارجاً عن مسألة اعتبار رضا المالك و طيب نفسه في

وكيف كان فالظاهر أنّ الرواية المذكورة ونظائرها أجنبية عن مسألة الفضولي بحيث لا يستدلّ ولا يؤيد ولا يستأنس بها لمسألة الفضولي.

توضيحه: أنّ الغرض الأصلي لربّ المال هو الاسترباح بماله بالمعاملات التي يتصدّأها عامل المضاربة، فهو راض بكلّ معاملة رابحة، فإذا نهى العامل عن معاملة خاصة وعن شراء متاع معيّن كان ذلك لأجل اعتقاده بأنّ تلك المعاملة غير رابحة أو خاسرة، وبعد انكشاف كونها رابحة يظهر أنّها كانت مرضياً بها من أوّل الأمر. فكلّ معاملة رابحة تصدر من العامل مقرونة برضا المالك حين صدورها.

وعليه فالمعاملة المنهي عنها إذا كانت رابحة ليست من معاملة الفضولي موضوعاً.

فلعلّ الأولى جعل الغالب قرينة على رضا المالك مقارنة لصدور كل معاملة رابحة من العامل، لا جعل الغالب رضا المالك بالمعاملة بعد وقوعها حتى تنطبق على الفضولي.

وبيان أوضح: التقييد بمعاملة خاصة إن كان بنحو وحدة المطلوب، فمع إجازة المالك يكون الربح كله له، وليس للعامل شيء حتى اجرة المثل. أمّا عدم استحقاقه لشيء من الربح فلبطلان المضاربة بفقدان شرطها، إذ شرط المالك يضيق دائرة المضاربة ويقيدها، فتبطل المضاربة بانتفاء شرطها.

وأمّا عدم استحقاقه لاجرة المثل فلسلب احترام عمله بسبب مخالفته للشرط.

وهذا مما ينافي الرواية الدالة على اشتراك الربح بينهما على النحو الذي شرط في عقد المضاربة، وعلى ضمان العامل للخسران، لأنّ اشتراك الربح بينهما يكشف عن صحة المضاربة، وصحتها تنافي الضمان، لأنّ العامل أمين، فالضمان



يكشف عن بطلان المضاربة.

وبالجملة: لا يمكن الجمع بين الضمان وبين اشتراكهما في الربح.

وإن كان التقييد بمعاملة خاصة بنحو تعدد المطلوب- بأن كان الشراء على وجه خاص مطلوباً أولياً، ونفس الشراء مطلوباً ثانوياً- فلازمه كون كل معاملة رابحة مرضياً بها وإن لم تكن تلك هي المعاملة التي عينها رب المال، إذ المفروض شمول عقد المضاربة لضمان لكل معاملة رابحة بحسب المطلوب الثانوي. نظير قضاء الفوائت، فإن أدلة وجوب قضائها تكشف عن كون مطلوبة أدائها بنحو تعدد المطلوب.

وإشكال منافاة صحة المضاربة لضمان العامل للخسران مع كونه أميناً، مندفع بأن الضمان نشأ من اشتراط المضاربة بالضمان على تقدير الخسران الوارد من شراء متاع خاص. و اشتراط الضمان لا ينافي مقتضى المضاربة و حقيقتها التي هي دفع إنسان مالا إلى غيره ليتجر به، على أن يكون الربح بينهما بالنصف أو الثلث أو غيرهما من الكسور. وإنما ينافي إطلاقها.

وعليه فالضمان يكون بمقتضى الشرط غير المنافي لحقيقة عقد المضاربة. كما أن اشتراك الربح بين المالك و العامل يكون مقتضى صحة المضاربة.

فتلخص مما ذكرناه أمور.

الأول: أن صحيحة جميل المتقدمة ونظائرها أجنبية عن مسألة الفضولي، لاقتران جميع المعاملات الرابحة الصادرة من عامل المضاربة برضا المالك حين وقوعها، و خروجها عن العقود الفضولية موضوعاً، فلا يصح أن يستدل أو يؤيد أو يستأنس بتلك الروايات لصحة عقد الفضولي.

الثاني: أن عقد المضاربة يكون من باب تعدد المطلوب الموجب لاقتران كل معاملة رابحة يتصدى لها عامل المضاربة برضا المالك وإن كانت مخالفة لما قرره المالك.

و من هذا القبيل (1) الأخبار الواردة في اتّجار غير الولي

ب: أخبار الاتجار بمال اليتيم

(1) يعني: و من قبيل أخبار المضاربة- التي ليس فيها توقف ملكية الربح على إجازة المالك- الأخبار الواردة في الاتّجار بمال اليتيم لغير الولي.

ثم إن هذه الأخبار هي الوجه السادس من الوجوه المستدل بها على صحة عقد الفضولي، أو المؤيّد بها صحته. و لم أظفر بمن استدلّ بهذه الأخبار على صحة عقد الفضولي مطلقاً، نعم جعلها صاحب الجواهر مؤيّدَةً لها كما تقدم كلامه في (ص 427).

و غرض المصنف قدّس سرّه من التعرّض لنصوص الاتجار بمال اليتيم أمّا الاستيناس بها لصحة البيع الفضولي، و إمّا التأييد بها، لتطرق احتمالين فيها، على نحو ما تقدّم في أخبار المضاربة.

و في مسألة الاتجار بمال اليتيم صور عديدة أنهاها الشهيد الثاني قدّس سرّه إلى أزيد من عشرين صورة، فراجع المسالك، و المذكور في المتن هو أن يتاجر الأجنبي بمال

الثالث: أنّ مخالفة العامل للمالك توجب الضمان في صورة ورود الخسران.

الرابع: عدم المنافاة بين صحة المضاربة و بين صحة اشتراط الضمان على تقدير الوضعية، لعدم كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، بل لإطلاقه.

الخامس: اندفاع إشكال المنافاة بين ضمان العامل للخسران و بين ملكية الربح للعامل و ربّ المال- على ما قرّر في عقد المضاربة- بما تقدم من تعدد المطلوب و الشرط الضمني للضمان الناشئ من النهي عن معاملة خاصة.

السادس: أنّ موثقة جميل على تقدير كون موردها عقد الفضولي لا تنطبق على الصورة الأولى، و هي بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع من المالك، إذ المفروض هنا منع المالك عن البيع الخاص. و من المعلوم أنّ المصنف قدّس سرّه بصدد إقامة الدليل أو المؤيّد على صحة الفضولي في الصورة الأولى.

اليتم، وقد حكمت النصوص بأنّ الربح لليتم، وأنّ التاجر ضامن للخسارة. والقدر المتيقن هو التجارة بعين مال اليتيم، لا شراء شيء في ذمة نفسه، ثم أدائه بمال اليتيم.

والمقصود استفادة صحة البيع الفضولي من حكمهم عليهم الصلاة والسلام بأنّ الربح لليتم. وظاهر إطلاقه عدم الفرق بين إجازة الولي لتصرفات الأجنبي، وعدمها.

وختلف الفقهاء قدس سرهم في الاستظهار من هذه النصوص على قولين، فذهب جمع تبعاً للشهيد قدس سره إلى تقييد الإطلاق وحمله على صورة إجازة الولي، ضرورة حرمة التصرف في مال اليتيم على غير وليه، فلو لا إجازته تبطل تلك التصرفات، وتكون الأرباح لأربابها، لا للأجنبي ولا لليتم، فالحكم بأنها لليتم لا بدّ أن يكون في فرض صحة التصرف بإمضاء الولي. وبناء على هذا الحمل يندرج مورد هذه النصوص في كبرى تصرف الفضولي في مال غيره، وصحته بإجازة وليّ العقد ويتأيد صحة البيع الفضولي بها.

ولعلّ الوجه في التأيد- دون الدلالة- لاحتمال دخل خصوصية التجارة بمال اليتيم- المتعقبة بالإجازة- في تملكه للربح، ولا يتعدى عن مورده إلى غيره.

وذهب جمع إلى إبقاء إطلاق النصوص على حاله، والحكم بأنّ الربح لليتم تعبدًا وإن لم يجز الولي. فالأجنبي المتصرف في مال اليتيم لا- ينطبق عليه الفضولي، لاختصاصه بمن تتعقب عقده إجازة المالك، والمفروض أنّ مقتضى أخبار الباب دخول الربح في ملك اليتيم مطلقاً حتى لو لم يمض الولي.

وبناء على هذا الاحتمال لا تكون النصوص دليلاً ولا مؤيداً لصحة بيع الفضولي. إلّا أنه يمكن الاستيناس بها لها، لدلالاتها على عدم اعتبار إذن الولي في تملك الربح، وهذا المقدار كاف في ما نحن فيه، وهو عدم اعتبار إذن المالك في مقام نقل ماله إلى غيره، فلو نقله الفضول غير المأذون، ثم أجاز المالك كفى في الصحة.

في مال اليتيم (1)، وأنّ الرّيح لليتيم. فإنّها (2) إن حملت على صورة إجازة الولي - كما هو صريح جماعة (3) تبعاً للشهيد-

(1) كرواية سعيد السّمان «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ليس في مال اليتيم زكاة، إلّا أن يتّجر به، فإن اتّجر به فالريح لليتيم، وإن وضع فعلى الذي يتّجر به» (1).

فإنّ جعل الريح لليتيم يدلّ على تملكه للريح بدون احتياج إلى إذن الولي.

ورواية ربيعي عن الصادق عليه السّلام: «في رجل عنده مال اليتيم، فقال عليه السّلام:

إن كان محتاجاً ليس له مال فلا يمّس ماله، وإن هو، اتّجر به فالريح لليتيم، وهو ضامن».

ورواية أسباط بن سالم، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام، فقلت: أخي أمرني أن أسألك عن مال اليتيم في حجره يتّجر به، فقال عليه السّلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شيء غرمه له، وإلّا فلا يتعرض لمال اليتيم». (2)

(2) أي: أخبار الاتجار بمال اليتيم لغير الولي، وغرضه قدّس سرّه من هذه العبارة بيان كيفية الاستدلال بتلك الأخبار على صحة عقد الفضولي، أو تأييدها بها، ومحصله كما عرفت آنفاً: أنّ الاتجار بمال اليتيم لغير الولي - مع الإجازة - يكون من أفراد مسألة الفضولي.

(3) كالمحقق والشهيد الثانيين وأصحاب المدارك والحدائق والجواهر، وهذا الحمل يستفاد من فتوى بعضهم كما في كلام الشهيدين و المحقق الثاني، ومن تصريح بعضهم في مقام الجمع بين الأدلة كما في الأخيرين.

قال في الدروس: «ولو انتفت الولاية واشترى في الذمة فهو له أيضاً. وإن

(1) وسائل الشيعة ج 6، ص 57، الباب 2 من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث: 2، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن سعيد السّمان.

(2) وسائل الشيعة ج 12، ص 191، الباب 75 من أبواب ما يكتسب به الحديث 3 و 4.

كان (1) من أفراد المسألة. وإن عمل (2) بإطلاقها كما عن جماعة ممن تقدّمهم خرجت (3) عن مسألة الفضولي، لكن يستأنس بها للمسألة (4) بالتقريب المتقدم.

---

اشترى بالعين وأجاز الولي فالربح لليتم، وإلا فالبيع باطل». (1)

وقال في الجواهر: «أمّا إذا كان- أي المتصرف- غير وليّ، وقد اشترى بعين مال الطفل بعنوان أنّه له، وكان فيه ربح، فالضوابط تقتضي أنّه فضولي لا يدخل في ملك الطفل حتى يجيز الولي ..».

(1) جواب «إن حملت» أي: كان اتجار غير الولي من أفراد مسألة الفضولي.

(2) معطوف على «إن حملت» وضمير «بإطلاقها» راجع إلى أخبار الاتجار بمال اليتيم، وحاصله: أنّه إن عمل بإطلاق تلك الأخبار الشامل لإجازة الولي وعدمها- كما عن جماعة منهم الشيخ وابن زهرة والحلي والمحقق وفخر الإسلام قدّس سرّهم (2)- لم يتجه الاستدلال بها على مسألة الفضولي، لخروج الاتجار بمال اليتيم حينئذ موضوعا عنها، إذ الكلام في مسألة الفضولي إنّما هو بعد الإجازة لا مطلقا وإن لم تلحقه إجازة، قال المحقق: «أمّا لو لم يكن- أي المتاجر- مليئا أو لم يكن وليا، كان ضامنا وليتم الربح».

(3) جواب «وإن عمل» أي: خرجت أخبار الاتجار بمال اليتيم عن موضوع مسألة الفضولي، وقد مرّ أنّها تقرب خروجها.

(4) يعني: لمسألة الفضولي بالتقريب المتقدم، وهو عدم اعتبار الاذن السابق من المالك في نقل ماله إلى الغير.

---

(1) لاحظ: الدروس الشرعية، ج 1، ص 229، جامع المقاصد، ج 3، ص 5، مسالك الأفهام، ج 1، ص 357، مدارك الاحكام، ج 5، ص 30، الحدائق الناضرة، ج 12، ص 26، جواهر الكلام، ج 15، ص 23

---

(2) المبسوط، ج 1، ص 234، النهاية، ص 175، السرائر، ج 1، ص 441، شرائع الإسلام، ج 1، ص 140، تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ج 5، ص 14، قواعد الأحكام، ج 1، ص 329، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 167.

ص: 441

وربما احتتمل دخولها (1) في المسألة (2) من حيث إن الحكم بالمضيّ إجازة إلهية لاحقة للمعاملة، فتأمل (3) [1].

---

(1) أي: دخول المعاملة بمال اليتيم - غير الولي - في مسألة الفضولي.

(2) أي: مسألة صحة عقد الفضولي إذا باع للمالك بدون سبق منع منه، بعد البناء على أنّ الأخبار الواردة في المقام مطلقة لا تقييد فيها بصورة إجازة الولي واصله: أنّ حكم عقد الفضولي - وهو صحته بالإجازة - ثابت في التجارة بمال اليتيم، وذلك لأنّ حكم الامام عليه السّلام بضمان المتجر بمال اليتيم وكون الربح لليتيم في تلك الروايات وإمضائه للمعاملة الواقعة بغير إذن الولي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة، فلا تحتاج المعاملة بعد هذه الإجازة - من وليّ الكل - إلى إذن الولي. وحينئذ يصح الاستدلال بالأخبار المذكورة لمورد البحث، وهو صحة عقد الفضولي الواقع للمالك مع الإجازة، لدلالة حكم الامام عليه السّلام على حصول الإجازة.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ مورد الكلام هو إجازة مالك أمر العقد التي تكون جزء السبب المملّك، دون الشارع الذي تكون إجازته حكم العقد التام.

مضافا إلى: أنّ حكمه أجنبي عن الإجازة اللاحقة للعقد، لأنّه ثابت حين العقد، وليس حادثا بعده حتى يكون من الإجازة المتأخرة.

---

[1] لا يخفى أنّ مورد بعض الأخبار اتجار الولي بمال اليتيم، كخبر منصور الصيقل: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مال اليتيم يعمل به؟ فقال عليه السّلام: إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح، وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت ضامن للمال». (1) لأنّ التصرف في مال اليتيم حرام إلّا بإذن الولي، والمفروض

---

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 58، الباب 2 من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث 7.

ص: 442

أن الرواية أناطت جواز التصرف وصحة المعاملة باليسار. فلو كان المتجر بمال اليتيم غير الولي أناطت جواز التجارة بإذنه أيضا. فهذه الرواية تفصل بين الملي وغيره بإبطال اقتراض غير الملي، وتصحيح المعاملة للملي ء.

وأخبار الاتجار بمال اليتيم ثمانية، وهي المذكورة في الوسائل فراجعها (1).

و المراد بقوله عليه السّلام: «وضمنته» هو نقل مال اليتيم إلى نفسه بناقل شرعي كالقرض، فإنّ الاتجار حينئذ يكون بمال نفسه لا بمال اليتيم، فالربح له لا لليتيم. و المراد بقوله عليه السّلام: «و أنت ضامن للمال» ضمانه له بسبب اختياري أعني به القرض الذي هو التمليك بالضمان. و المراد بقوله عليه السّلام: «و ان كان لا مال لك .. إلخ» هو: أنّه إذا كان الاتجار بنفس مال اليتيم وعينه فالربح لليتيم، لأنّه نماء ماله، ويكون العامل به على تقدير التلف ضامنا، لعدم كونه مأذونا في التصرف فيه.

و الظاهر أن هذه الرواية و ما بمضمونها في مقام بيان أنّ التجارة بمال اليتيم تارة تكون له، و اخرى تكون لغيره، و تمييز التجارة الواقعة لنفس المتجر عن التجارة الواقعة لليتيم. و ليست الروايات في مقام بيان سائر الجهات حتى يتمسك بإطلاقها لنفي اعتبار الإجازة، أو تحمل على حصول الإجازة من الولي.

فتكون تلك الروايات نظير قوله تعالى فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ فِي مقام بيان حلية أكل ما اصطاده الكلب المعلم فقط، دون بيان سائر الجهات، حتى يتمسك بإطلاق الآية الشريفة لإثبات طهارة موضع العض.

و الحاصل: أنّ المستفاد من مجموع روايات التصرف في مال اليتيم- المذكورة في زكاة وسائل الشيعة و تجارتها في أبواب ما يكتسب به- أمور:

الأول: التفصيل بين المليّ وغيره، بجواز أخذ مال اليتيم للأول، و عدمه للثاني.

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 57 و 58، الباب 2 من أبواب من تجب عليه الزكاة.

الثاني: الحكم الوضعي وهو صحة البيع، وكون الربح لليتيم في صورة عدم الاقتراض من ماله، وللمتجر في صورة الاقتراض.

الثالث: ضمان المتجر في كلتا صورتَي حرمة التصرف للمعسر، وجوازه للموسر غاية الأمر أن الضمان في الأوّل ضمان اليد، لأنّ يده على المال عادية، وفي الثاني ضمان التعهد الاختياري الحاصل بالاقتراض، مع صحة البيع في كلتا الصورتين.

أمّا في صورة الاقتراض فلصيرورة مال اليتيم ملكا للمقترض، فيصح البيع، ويكون الربح له، لوقوع البيع في ماله، لا في مال اليتيم.

وأمّا في صورة عدم الاقتراض وحرمة التصرف، فلأنّ الحرمة التكليفية في المعاملة ليست موجبة للفساد مطلقا كما لا يخفى. فمع كون البيع واقعا مصلحة لليتيم يقع صحيحا وإن كان حراما تكليفا.

والغرض من هذا التطويل أنّ الأخبار المشار إليها في مقام بيان الأحكام المذكورة، ولا إطلاق لها حتى يقال: إنّ إطلاقها يدلّ على صحة البيع مطلقا وإن لم يجز الولي.

أو يقال: إنّ صحته المستكشفة من كون الربح لليتيم تدلّ على لحوق الإجازة للبيع، فإنّها تتكفل أحكاما حيثية، وهي: أنّ أموال اليتيم من حيث الحكم التكليفي والوضعي كذا وكذا. وأمّا إطلاق الأحكام المزبورة فليست تلك الأخبار في مقام بيانه حتى يقال: إنّ إطلاقها ينفي اعتبار الإجازة مثلا، فإنّ نفيه - كنفى اعتبار البلوغ أو عدم اعتبار عربية الصيغة أو ماضويتها، وهكذا - ليس من شأن تلك الأخبار.

أو يقال: إنّ صحته تدلّ على تحقق الإجازة، إذ الروايات المشار إليها في مقام تصحيح بيع مال اليتيم من حيث كونه مال اليتيم، وأنّ إضافة المال إلى اليتيم ليست مانعة عن صحة البيع. وليست في مقام تصحيحه من سائر الحيثيات حتى يستفاد منها عدم اعتبار إجازة الولي في صحته. أو يستفاد منها حصول الإجازة في هذا البيع حتى يكون دليلا على صحة عقد الفضولي بإجازة وليّ أمر البيع.



وربما يؤيد المطلب (1) أيضا برواية (2) ابن أشيم الواردة في العبد المأذون

الطائفة الثالثة: ما يؤيد الصحة أ: ما ورد في شراء العبد المأذون

(1) وهو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك مع عدم سبق منع من المالك.

(2) هذا إشارة إلى سابع الوجوه التي استدلت بها على صحة عقد الفضولي الواقع للمالك، أو أيّد بها صحته، وهو ما رواه ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام «عن عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة وأعتقها عني، و حجّ عني بالباقي. ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه، فأعتقه عن الميت، ودفع إليه الباقي يحجّ عن الميت، فحجّ عنه، وبلغ ذلك موالي أبيه و مواليه وورثة الميت جميعا، فاختصموا جميعا في الألف. فقال موالي العبد المعتق: إنّما اشترت أباك بمالنا. وقال الورثة: إنّما اشترت أباك بمالنا. وقال موالي العبد: إنّما اشترت أباك بمالنا. فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجة فقد مضت بما فيها، لا تردّ. وأمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالي أبيه. وأيّ الفريقين بعد أقاموا البينة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقّا». (1)

و مدلول الرواية: أنّه سئل الإمام الباقر صلوات الله وسلامه عليه عن عبد أذن له مولاه أن يتاجر له ولغيره، فجاء رجل إلى هذا العبد المأذون ودفع إليه ألف درهم ووكله في أمور ثلاثة:

أولها: أن يشتري نسمة، ثانيها: أن يعتقها عن الرجل الموكل. ثالثها: أن يحجّ هذا العبد المأذون- بما بقي من ألف درهم- نيابة عن الرجل صاحب الدراهم. فقبل

(1) وسائل الشيعة ج 13، ص 53، الباب 25 من أبواب بيع الحيوان، ح 1، رواه الشيخ بإسناده إلى الحسين بن سعيد عن ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم- أو أشيم- عن أبي جعفر عليه السلام، و الرواية ضعيفة بموسى بن أشيم المرمي بالغلو، فلم يوثق لذلك، أو لكونه مجهولا. إلا أن يقال: إنّ في السند الحسن بن محبوب، وهو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه. لكن فيه بحث.

العبد المأذون هذه الوكالة و الحجّ النيابي، ثم مات الموكل.

فانطلق العبد لينفذ مورد الوكالة، و كان أبوه رقًا، فجاء إلى موالى أبيه، و اشتراه منهم و أعتقه عن موكله. و لم يحجّ العبد مباشرة بباقي المال، و إنما دفعه إلى أبيه ليحجّ نيابة عن صاحب الدراهم.

و بعد وقوع هذه الأمور- من الشراء و الإعتاق و الحج- اطلع كلّ من موالى الأب و مولى العبد المأذون و ورثة صاحب الدراهم على القصّة، فتنازعوا جميعاً، فادّعى مولى العبد المأذون أنّ شراء الأب كان بأمواله التي دفعها إلى عبده ليتاجر بها، و لم يأذن له في شراء أبيه و إعتاقه و إحجّاجه. و ادّعى موالى الأب أنّ ثمنه كان من أموالهم التي دفعوها إلى العبد المأذون للتجارة بها، و يبطل البيع حينئذ، لكون مالك الثمن و المثلّم واحداً. و ادّعى ورثة صاحب الدراهم أنّ شراء الأب كان بمالهم الذي انتقل إليهم بالإرث من مورّثهم، لكون المفروض موت الموكل قبل عمل العبد المأذون بالوكالة. هذه صورة المسألة.

وقد أجاب الإمام أبو جعفر الباقر عليه السّلام- على ما في الخبر:- بأنّ الحجّ النيابي ماض و صحيح. و يعود الأب رقًا لمواليه، إلّا أن يقيم مولى العبد المأذون أو ورثة صاحب الدراهم بيّنة على أنّ الأب اشتري بماله الذي كان عند العبد المأذون.

هذا محضّل مضمون الرواية، و قد استدلّ بها المحقق الشوشتري قدّس سرّه قائلًا:

«بأنّه عليه السّلام اكتفى في الحكم بتملك العبد بثبوت كون الشراء وقع بماله، فلو لم تكن إجازة المالك للفضولي كافية في صحة العقد لم يكن كذلك، لعدم استلزام العام للخاص، فتدبر». «1» و سيأتي تقريب الدلالة أو التأييد.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 26.

الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة (1) ويعتقها ويحبّه عن أبيه (2)، فاشترى أباه، وأعتقه (3)، ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثة الدافع (4)، و ادّعى

(1) وهو المملوك ذكرا كان أو أنثى.

(2) كذا في نسخ الكتاب، ولكن الموجود في متن الرواية: «و حجّ عني».

(3) ثم دفع العبد المأذون باقي المال إلى أبيه ليحجّ عن موكله.

(4) أي: تنازع ورثة دافع المبلغ - وهو ألف درهم - و موالي العبد المأذون في التجارة، و مولى الأب، و ينبغي لتقريب التأييد بهذه الرواية لصحة عقد الفضولي الإشارة إلى أمور مسلّمة:

الأول: بطلان الوكالة بموت الموكل و إن لم يعلم الوكيل بموته.

الثاني: انتقال كلّ مال لشخص بموته إلى وارثه.

الثالث: صحة نيابة المملوك في الحج.

و بعد وضوح هذه الأمور يتضح انطباق الرواية على الفضولي، حيث إنّ تلك الدراهم انتقلت بموت دافعها إلى ورثته، و بطلت وكالة العبد المأذون في الشراء بنفس موت موكله و هو دافع الدراهم، ف شراء العبد إنّما تحقق بمال الورثة بدون إذنه، لقول الراوي: «و بلغ ذلك موالي أبيه و مواليه و ورثة الميت» الظاهر في عدم اطلاع الورثة على أفعال العبد المأذون في التجارة من الشراء و غيره، فوقع الشراء بمال الورثة فضوليا، و مطالبتهم للتسمة المشتراة بمالهم إجازة لهذا الشراء الفضولي، و إلّا لطالبوا نفس الدراهم.

و أمّا الشراء بالنسبة إلى موالي العبد المأذون فلا يكون فضوليا، لكون ادّعائهم الشراء بمالهم دليلا على أنّهم أذنوا للعبد - المأذون - في الشراء بمالهم، و أنّهم دفعوا إليه مالا ليشتري لهم عبدا، فيخرج عن الفضولي.

و أمّا الشراء لموالي أب العبد المأذون فليس شراء حقيقة، لكون كلا العوضين ملكا لهم، و هو خلاف حقيقة المعاوضة.

كُلّ منهم أنّه (1) اشتراه بماله. فقال أبو جعفر عليه السّلام: «يرد المملوك رقًا لمولاه، و أيّ الفريقين (2) أقاموا البيّنة بعد ذلك (3) على أنّه (4) اشتراه بماله كان رقًا له» الخبر (5).

بناء (6) على أنّه لو لا كفاية الاثراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبتهم (7) المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنة

(1) أي: أنّ العبد المأذون اشترى أباه المعتق. و ضمير «بماله» راجع إلى «كُلّ منهم».

(2) وهما مولى العبد المأذون، و ورثة الدافع. و لم يذكر عليه السّلام إقامة البيّنة من قبل موالي الأب. و الوجه فيه ما تقدّم أنفا من بطلان البيع لو كان الشراء بمالهم، لكون العوضين مملوكين لهم، و لا معنى للبيع حينئذ. فشرء الأب لو كان صحيحا في الواقع فإمّا أن يكون ثمنه من مولى العبد المأذون، و إمّا من ورثه الدافع.

(3) أي: بعد إعادة الأب رقًا لمواليه ظاهرا، و ليست كلمة «ذلك» في الرواية.

(4) أي: أنّ العبد المأذون اشترى المملوك، و ضميرا «بماله، له» راجعان إلى:

أيّ الفريقين.

(5) الظاهر الاستغناء عن هذه الكلمة، لأنّ المنقول تمام مضمون الحديث لا بعضه حتى يحتاج إلى التنبيه على بقاء جملة أخرى منه.

(6) هذا توجيه كون الرواية تأييدا لصحة عقد الفضولي، أو دليلا عليها، و قد مرّ بقولنا: «و مطالبة الورثة للنسمة المشتراة .. إلخ».

و هذا التقريب موافق لما تقدم من المقابس في تقريب الاستدلال، فإن أمكن إلغاء خصوصية المورد تتمّ الدلالة، و إلا فهذا الخبر كغيره ممّا ورد في موارد خاصّة مؤيد للمطلب.

و لا يخفى أن المستفاد من قول المصنف: «بناء» وجود احتمال آخر في الخبر يصير أجنبيا عن عقد الفضولي، مثل إذن مولى العبد في مطلق التجارة بالمال، و رضى الورثة بتصرف العبد المأذون، و سيأتي بعض الكلام في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(7) أي: مطالبة الورثة العبد المأذون في شراء النسمة بأخذ النسمة المشتراة

---

بمالهم الذي انتقل إليهم إرثاً من أبيهم، وهي الدراهم المذكورة.

(1) لفرض بطلان شراء الأب بمال لم يأذن مالكة في ذلك.

---

[1] لا يخفى أنه قد أورد على الاستدلال بهذا الخبر بوجوه:

الأول: أن صحة الحجج من العبد بدون إذن مولاه خلاف القاعدة.

والجواب عنه بعدم اشتراط الحرية في نائب الحجج غير سديد، إذ الاشكال إنما هو في عدم الإذن من موالي العبد، حيث إن أفعال الحجج غير التلبية تصرف في ملك السيد، وهو بدون إذنه حرام، والنهي في العبادة مبطل لها. لا في مانعية الرقية حتى يجاب عنه بعدم قدح الرقية في صحة الحجج.

فلعل الأولى في دفع الاشكال ما في كلام بعض الأجلة من قوله: «و يمكن أن يقال: إن قوله عليه السلام: - الحجة قد مضت بما فيها لا ترد- لا يكون بصدد بيان حكم الحجج صحة وفسادا، بل بصدد التقابل بينه وبين العبد، بأن العبد باق قابل للرد، دون الحجج الذي مضى و تصرم .. إلخ». «1»

وهذا الجواب في نفسه لا بأس به، إلا أنه بعيد عن بيان الحكم الشرعي، فإن المراد بردّ العبد إلى مولاه ليس هو الردّ الخارجي التكويني، بل المراد به الردّ التشريعي، وهو الحكم بقرينته. فالمقصود بعدم ردّ الحجج - بقرينة المقابلة - هو عدم الردّ شرعا، أي الصحة، كما يقتضيهما ظاهر قوله عليه السلام: «فقد مضت» فلا يحكم بتكرير الحجج.

فيحتمل أن تكون صحة الحجج في مورد الرواية تعبداً خاصاً.

وقد يحتمل صحة الحجج بالإجازة، بناء على الكشف.

لكنه ضعيف، ولو بناء على الكشف، لأنّ الإجازة لا تقيّد إلا الملكية من زمان وقوع العقد. وأمّا الإذن في الحج فلا تقيدها الإجازة، لأنها خارجة عن مورد الإجازة، وهو مضمون العقد. كما أنّ الإجازة لا تصحّح ما وقع على مورد العقد كالإجازة والإعارة وغيرهما، فإذا أجاز شراء البستان الذي اشتراه الفضولي له و أجره بعد الشراء لا تكشف صحة بيعه بالإجازة عن صحة إجارتها، لأنّ الإجازة تنفذ مضمون العقد، وهو انتقال البستان إلى مالك الثمن. وأمّا إجازة البستان فليست مضمون الشراء، ولا من لوازمه.

هذا كله مضافاً إلى: أنّ الإذن المقارن شرط لصحة المناسك، والإذن غير الإجازة المتأخّرة. وليست أفعال الحج كالبيع حتى يقال بكفاية الإجازة المتأخّرة في صحتها.

الثاني: أنّ مقتضى قواعد باب القضاء تقديم قول الورثة، لأنّهم منكرون، لموافقة قولهم للحجة، فإنّ قول الوكيل حجة، وكذا فعله، إذ الظاهر أنّ العبد اشترى أباه بالدرهم التي دفعها الميت إليه، فتقديم قول موالي العبد وإرجاعه رقاً لهم خلاف قواعد القضاء.

وفيه: أنّ ظاهر الرواية وقوع الشراء والعتق والحج بعد موت الموكل، وهو مالك الدراهم، فانعزل العبد المأذون عن الوكالة بنفس موت الموكل، وبعد انعزاله لا حجية في قوله، لعدم كونه وكيلاً حينئذ، فلا يكون إنكار الورثة موافقاً للحجة، فلا موضوع لهذا الإيراد، لا بتناؤه على حجية قول الوكيل وفعله، والمفروض بطلان وكالته بالموت، فلا عبرة بقوله وفعله بعد الموت.

الثالث: تقديم قول مدّعي الفساد على مدّعي الصحة فإن الحكم يرجع العبد رقاً إلى مولاه الأوّل وإن كان مما يقتضيه الاستصحاب، لكنه مخالف لأصالة الصحة الحاكمة على الاستصحاب، المقتضية لخروج العبد عن ملكه، ولقاعدة الإقرار، وهي «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» فإنّ العبد المأذون المالك لأمر العقد يعترف بالشراء بمال الميت،

فكيف يقدّم الاستصحاب عليها؟

وفيه: عدم المجال لجريان أصالة الصحة هنا، ولا لجريان قاعدة «من ملك».

أمّا الأول فلأنّ مورد أصالة الصحة هو الشك في صحة العقد، والشك في صحة شيء إنّما هو بعد وجوده مع قابليته للصحة والفساد. وهذا مفقود في المقام، لامتناع المبادلة بين المالكين لمالك واحد، فيمتنع الشراء لو كان بمالك العبد المعتقد، بل هو صورة المعاملة، لا معاملة حقيقية، فيدور الأمر حقيقة بين وقوع العقد وعدمه، ومع الشك في وقوعه لا معنى لجريان أصل الصحة فيه.

وأمّا الثاني فلأنّه لا دليل على اعتبار قاعدة «من ملك» إلاّ تسالم الأصحاب عليها، فلا بد حينئذ من الأخذ بالمتيقن، وهو كونه مالكا حين الإقرار، وعدم كفاية مالكيته قبل الإقرار، فإذا باع زيد بستانه مثلا، ثم اعترف بأنّه كان مخصوبا من عمرو لم تسمع دعواه.

وكذا لو ادّعى ذو اليد نجاسة ما كان تحت يده سابقا وانتقل إلى غيره.

ففي المقام لو كان إقرار العبد المأذون في الشراء قبل موت دافع الدراهم لكان مسموعا، لكون إقراره حال سلطنته على الشراء. وأمّا بعد موته فلا عبرة بإقراره، لارتفاع سلطنته وانعزاله بالموت، فلا يكون إقراره في الشراء بعد الموت نافذا.

وعليه فلا بأس بالتشبه بالاستصحاب الموجب لبقاء الملكية وفساد المعاملة.

والمحصل: أنّ قاعدة «من ملك» لا تجري إلاّ في حال سلطنته على ما وقع الإقرار به.

وأمّا بعد انقضاء سلطنته عنه فلا عبرة بالإقرار. ولذا لو أقرّ بالرجوع في العدة بعد انقضائها أو أقرّ الولي بعقد الصغيرة في حال صغرها بعد بلوغها وصوررتها مالكة لأمرها لا ينفذ إقراره، ويكون وجود هذا الإقرار بعد انقضاء زمان تلبس المقرّ بالسلطنة على ذلك الفعل كالوكالة والولاية كعدمه، ولا يترتب عليه أثر أصلا. فلا يحكم بزوجية المطلقة بعد انقضاء العدة للمطلق، وبزوجية الصغيرة بعد بلوغها.

ص: 451

---

وبالجملة: فالحكم برقية العبد المعتق لمولاه الأهل لا يكون مخالفاً لشيء من قاعدتي الصحة، و«من ملك» هذا.

وقد يقال في وجه صحة الحج: أنّ الظاهر من الرواية أنّ دفع الألف إلى العبد المأذون في التجارة كان بعنوان الوصية. ودعوى الورثة الشراء بالألف لأجل كون ولاء العتق لهم، فالورثة لا ينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليّاً. وعليه فتكون الرواية أجنبية عن مسألة الفضولي. فظهور الرواية في مسألة الفضولي فضلاً عن الصراحة ممنوع «1».

أقول: فيه أولاً: أنّ الحمل على الوصية بعيد جداً، إذ ليس منها في الرواية عين ولا أثر، مع عدم قرينة خارجية عليه أيضاً.

وثانياً: أنّ هذا الحمل لا يجدي في صحة الحج، لأنّ الوصية بمقتضى قوله:

«و حج عني بالباقي». قد تعلقت بحج نفسه مباشرة لا غيره، فلا موجب لصحته عن غير العبد المأذون.

وثالثاً: أنّ هذا الحمل ينافي دعوى الورثة أنّ المأذون قد اشترى أباه بمالهم، حيث إنّ مقتضى هذه الدعوى هو كون أبي المأذون رقاً لا حرّاً. ومن المعلوم أنّ الفرض المزبور هو ثبوت ولاء العتق لهم لا يترتب على دعوى الورثة الشراء بمالهم، لأنّ مقتضاها رقية أبي المأذون لهم، لا حرّيته حتى يترتب عليها ثبوت ولاء العتق لهم.

ورابعاً: أنّ اعتراف الورثة بوصية أبيهم وعدم إنكارهم لها لا يوجب ثبوت ولاء العتق لهم، إذ الولاء مشروط بكون المعتق متبرعاً في العتق، فلو كان العتق واجباً عليه كالكفارة والنذر لم يثبت له ولاء. ولما لم يكن حال العتق معلوماً، فثبوت الولاء مشكوك فيه، ومقتضى الأصل عدمه.

ثم إنّ مقتضى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الولاء لمن أعتق» عدم ثبوت الولاء هنا لأحد، لعدم

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 219.



و مما تؤيد المطلب (1) أيضا صحيحة الحلبي «عن الرجل يشتري ثوبا

---

ب: ما ورد في الإقالة بوضيعة

(1) و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك مع عدم سبق منع منه، و هذا ثامن الوجوه لصحة عقد الفضولي، دلالة أو تأييدا. وقد أيد بها في الجواهر بقوله: «و فيمن باع ثم أقال بوضيعة، ثم باع بأكثر من الثمن: أن الربح للمالك الذي اشترى أولا» (1).

و محصل مدلول الصحيحة الواردة في الإقالة هو: أنه سئل الإمام أبو عبد الله الصادق صلوات الله و سلامه عليه عن رجل اشترى من آخر ثوبا، و لم يشترط لنفسه الخيار، فانعقد البيع لازما. و لكن المشتري ندم و كره الثوب، فجاء إلى البائع

---

كون العبد المأذون المعتق بالكسر منعما و مولى له. و كذا الورثة، فإنهم ليسوا أيضا بمعتقين حتى يثبت لهم الولاء.

و خامسا: أن الحمل المزبور لإثبات الولاء لهم ينافي قوله عليه السلام: «أيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا» لظهوره في الرقية الفعلية.

وجه المنافاة: أن الولاء مترتب على العتق، و من المعلوم أن البيّنة القائمة على كونه ملكا لإحدى الفرق المتخاصمة أمانة على تلبسه فعلا بالرقية، لا أنه كان رقا و انقضت عنه.

فتلخص من جميع ما تقدم: أن الرواية ضعيفة سندا و دلالة، إذ مع فرض دلالتها على الوصية تكون أجنبية عن مسألة الفضولي. و على تقدير دلالتها على الوكالة الباطلة بالموت تكون من مسألة الفضولي، لكن الاستدلال بها حينئذ على مطلق عقد الفضولي منوط بإلغاء خصوصية المورد. و ذلك مشكل جدّا، فتكون الرواية مؤيدة لصحة عقد الفضولي لا دليلا عليها.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 279.

و لم يشترط على صاحبه شيئاً (1)، فكرهه، ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله [يقبله] إلا بوضيعة (2). قال: (3) لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة،

يستقبله ليرد المبيع إليه و يسترد الثمن، فأبى البائع أن يقبله إلا بوضيعة بأن لا يردّ تمام الثمن إلى المشتري، مثلاً لو كان المشتري قد اشترى الثوب بعشرة دراهم، وأبقى البائع درهما عنده، و ردّ تسع دراهم إلى المشتري.

فأجاب الإمام عليه السلام بأنه لا يصلح للبائع أن يشترط في الإقالة إبقاء شيء من الثمن عند نفسه، بل مقتضى الإقالة ردّ تمام الثمن إلى المستقبل وهو المشتري.

فإن كان البائع عالماً بالحكم الشرعي، وأنه لم يجز له إمساك بعض الثمن حرم عليه التصرف فيه، وفي الثوب، لبطان هذه الإقالة.

وإن كان جاهلاً بالحكم فلا إثم عليه، لكن الثوب باق على ملك المشتري.

فلو باعه من شخص آخر بأزيد من الدراهم التسعة التي دفعها إلى المستقبل لم يملك هذه الزيادة، لكونها ملكاً للمشتري الأول، لأنها عوض الثوب الذي لم يخرج عن ملكه بالإقالة الفاسدة.

هذا مفاد الصحيحة، وسيأتي تقريب تأييد صحة بيع الفضولي بها.

و لا يخفى أنّ المصنف قدس سره جعل هذه الصحيحة وما بعدها مؤيّدات لا أدلة ولا مما يستأنس بها لصحته، مع ظهورها في صحة عقد الفضولي. والوجه فيه ما تقدم من احتمال التعبد و دخل خصوصية مواردها.

(1) أي: شيئاً يوجب الخيار.

(2) أي: بنقيصة من أصل الثمن الذي اشترى به الثوب.

(3) أي: قال الإمام الصادق عليه السلام: لا يصلح للبائع أن يأخذ الثوب بنقيصة، لأنه إقالة، وهي حلّ العقد السابق. و ليست معاملة جديدة، فلا يمكن أن تكون بنقيصة أو زيادة، بل كلّ من العوضين يردّ إلى صاحبه، بلا زيادة و نقيصة.

فإن جهل (1) فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه برّد (2) على صاحبه الأوّل ما زاد» «1».

فإنّ (3) الحكم برّد ما زاد لا ينطبق [1] بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه.

---

(1) يعني: فإن جهل بائع الثوب الحكم فأخذ الثوب بوضيعة من المشتري، وباعه على غيره بأكثر من ذلك الثمن، فعليه ردّ الزائد الذي أخذه من المشتري الثاني إلى المشتري الأوّل.

(2) جواب الشرط في «فإن جهل» و الفاء في «فأخذه» عاطفة لا جوابية.

(3) هذا تقريب التأييد، توضيحه: أنّ حكم الامام عليه السّلام برّد ما زاد على الثمن إلى المشتري الأوّل لا ينطبق إلا على القول بصحة عقد الفضولي، وذلك لأنّ البيع الثاني وقع فضولا، إذ الثوب كان باقيا على ملك المشتري الأوّل، لعدم صحة الإقالة بسبب الوضيعة.

فالحكم برّد الزائد- على الثمن الأوّل- إلى المشتري الذي هو المالك الفعلي للثوب دليل على صحة عقد الفضولي الذي باعه لنفسه، بزعم أنّ الثوب صار ملكا له بعد أن ردّه المشتري إليه بالإقالة. وإلا حكم عليه السّلام بصحة البيع الثاني لنفسه، وكون تمام الثمن في البيع الثاني له، لا ردّ ما زاد على المشتري الأوّل.

---

[1] بل لا- ينطبق على الفضولي، إذ فضولية البيع الثاني مترتبة على كون الثوب ملكا للمشتري الأوّل و ملكيته له منوطة ببطلان الإقالة بالوضيعة، إذ مع صحّتها ترجع

---

(1) وسائل الشيعة ج، 12، ص 392، الباب 17، الحديث 1، رواه المشايخ الثلاثة بالطرق الصحيحة. وفي وسائل الشيعة عنوان الباب «باب عدم جواز الإقالة بوضيعة من الثمن فان فعل رد الزيادة» والتعبير عنها بالحسنة بقول مطلق كما في بعض الكلمات غير ظاهر، إذ لا منشأ لحسنتها إلا وقوع إبراهيم بن هاشم في سند الكافي، مع أنه قد تحققت وثاقته عند المتأخرين. مضافا إلى أن الصدوق والشيخ رويها بإسناد تام لم يقع إبراهيم فيه، فكان المناسب أن يقال: «حسنة بطريق الكليني».

ملكية الثوب إلى بائعه، فيكون بيعه الثاني بيع الأصيل، لا بيع الفضولي، فلا وجه لردّ الزائد إلى المشتري.

وعلى تقدير فضولية البيع يكون الثمن كلّه ملكا للمشتري الأوّل، سواء أ كان مساويا للثمن الأوّل أم أقل أم أكثر منه، لا خصوص ما زاد على الثمن الذي اشترى به الثوب. كما أنّ للبائع استرداد ما دفعه إلى المشتري بالإقالة.

فإذا فرض أنّ الثمن في البيع الأوّل كان عشرة دراهم، ودفع البائع منها إلى المشتري بسبب الإقالة ثمانية دراهم، فعلى البائع دفع تمام الثمن في البيع الثاني إلى المشتري الأوّل، سواء أ كان مساويا لثمن البيع الأوّل وهو عشرة دراهم، أم أقل أم أكثر منها. كما أنّ له استرداد ما دفعه إلى المشتري الأوّل وهو ثمانية دراهم، إذ مقتضى بقاء الثوب على ملك المشتري الأوّل وكون البيع الثاني فضوليا هو ملكية تمام الثمن له بشرط إجازته للبيع. مع أنّه ليس من الإجازة في صحيحة الحلبي المتقدمة عين ولا أثر.

فعدم الحاجة إلى إجازة المشتري الأوّل في البيع الثاني وكذا عدم تملكه لتمام الثمن، و تملكه لخصوص الزائد على الثمن الذي اشترى به الثوب- دليل على عدم كون البيع الثاني فضوليا، وأنّ الإقالة بالوضيعة كانت صحيحة، وأنّ البائع الأوّل صار مالكا للوضعية بوجه مشروع كالهبة والصلح، لا بنفس الإقالة حتى يرد عليه أنّها باطلة.

وبالجملة: فعلى كلا تقديري صحة الإقالة بالوضيعة وفسادها لا يكون البيع الثاني فضوليا، إذ على تقدير الصحة ترجع ملكية الثوب إلى بائعه، فيكون بيعه الثاني بيع الأصيل لا بيع الفضولي، ويكون تمام الثمن في هذا البيع ملكا له، وليس للمشتري الأوّل المستقيل شيء من هذا الثمن، لا بمقدار الوضيعة ولا غيره.

وعلى تقدير فساد الإقالة يكون البيع الثاني فضوليا، لوقوعه في ملك المشتري

---

الأول، ولازمه كون الثمن كله ملكا له في صورة الإجازة، لا خصوص ما زاد، والمفروض أنّ الرواية خالية عن الإجازة. فصحة البيع بدون الإجازة والحكم بردّ ما زاد، بضرر قاطع دليل على عدم فضوليته. ولذا حمل المحقق الأصفهاني قدس سرّه ردّ ما زاد على الاستحباب، رعاية للمستقبل لئلا يتضرر بإقالته، دون ما إذا ساواه أو نقص «1».

ثم إنّه نسب إلى ابن الجنيد قدس سرّه أنّه استدلّ بهذه الصحيحة على صحة الإقالة بوضيعة، وحمل قوله عليه السّلام: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة» على الكراهة، إذ مع بطلان الإقالة يجب ردّ العين إلى المشتري، وليس له بيعها بأقلّ من الثمن أو أكثر إلا بإجازته، لا الحكم بصحة البيع بدون الإجازة من المشتري الأول.

لكن حمل الصحيحة على صحة الإقالة بوضيعة- كما عن ابن الجنيد- ينافيه الإجماع على بطلانها. قال في الجواهر: «ولو اصطلاح المتبايعان بزيادة أو نقيصة صح عند ابن الجنيد، والأصحاب على خلافه، لأنّها فسخ لا بيع» «2».

وتكون الرواية على هذا المعنى معرضا عنها، فتسقط عن الحجية، فلا مجال للاستدلال بها على صحة الإقالة بوضيعة، هذا.

ثم إنّ المحقق النائيني قدس سرّه احتمل «أنّ البائع قد اشترى الثوب من المشتري، ثم باعه على غيره بأكثر من ثمنه، فيكون ردّ الزائد على المشتري استحبابيا. ويشهد له قوله عليه السّلام: صاحبه الأول، فإنّ التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا».

«3»

وحاصله: أنّ صاحب الثوب فعلا هو البائع كزيد مثلا الذي صار مالكا له

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 135.

(2) جواهر الكلام، ج 24، ص 353.

(3) منية الطالب، ج 1، ص 220.

بالاشتراء من المشتري الأول و هو عمرو، فالثوب مالكان أولهما: عمرو، و هو المشتري الذي اشتراه أولاً من هذا البائع. و ثانيهما: هذا البائع الذي اشترى الثوب من المشتري الأول أعني به عمرا. فالصاحب الأول هو عمرو، و الثاني هو زيد، فيستحبّ لزائد ردّ الزائد على عمرو.

وقيل: الظاهر أنّ منشأ هذا الاحتمال هو إرجاع الضمير في «صاحبه» إلى «الثوب» فيكون معنى الرواية حينئذ أنّ من اشترى شيئا بثمن، ثم باعه بأزيد منه ردّ الزائد على المالك الأول استحبابا، هذا.

و لا يخفى أنّ احتمالات الصحيحة كثيرة.

منها: بطلان الإقالة، و كون بيع الثوب فضوليا. و الصحيحة بهذا المعنى تصلح لتأييد صحة بيع الفضولي.

لكن فيه أولا: أنّ ظاهرها صحة البيع بلا إجازة. و هذا ممّا لم يقل به أحد.

و ثانيا: أنّ لازم الفضولية كون تمام الثمن ملكا للمشتري، لا خصوص الزائد.

و ثالثا: أنّه لا دخل للجهل في بطلان الإقالة بوضعية، حيث إنّ نفس بطلان الإقالة يوجب استحقاق الثمن، أو زيادته، لا الجهل ببطلان الإقالة. إلا أن يراد بالجهل العذر عن حرمة التصرف الاعتباري في مال الغير.

و منها: صحة الإقالة، بحمل «لا يصلح» على الكراهة، و حمل ردّ الزائد على المشتري على الاستحباب.

و فيه أولا: أنّ البيع حينئذ ليس فضوليا، لكون الثوب ملك البائع، فيبعه بيع الأصيل، لا بيع الفضولي، فلا يصح التمسك بالصحيحة لصحة بيع الفضولي.

و ثانيا: أنّ حمل «لا يصلح» على الكراهة و البناء على صحة الإقالة بوضعية خلاف الإجماع و التسالم كما مرّ أيضا، فيسقط هذا الحمل بإعراض الأصحاب مع عدم قرينة على هذا الحمل.

و يمكن التأييد له (1) أيضا بموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله: «قال: سألت

ج: ما ورد في شراء السمسار

(1) أي للقول بصحة عقد الفضولي الذي يقع للمالك. وهذا تاسع الوجوه على صحة عقد الفضولي مع إجازة من له أمر العقد. وسيأتي توضيح وجه الاستدلال أو التأييد بها.

و مضمون الموثقة هو السؤال عن معاملة خاصة مع الدلال الذي يتوسط بين بائع السلعة و مشتريها، فيراجعه شخص و يدفع إليه النقود ليشتري متاعا من آخر.

ليسلمه إلى دافع النقود، و يأخذ منه أجره عمله. و يشترط على الدلال كونه مختارا

و منها: كون ردّ الثوب معاملة جديدة توجب رجوع ملكية الثوب إلى بائعه.

و فيه أولا: منافاته لقوله عليه السلام: «فإن أخذه و باعه بأكثر من ثمنه عليه» إذ لو كان الردّ معاملة جديدة لم يكن لهذا التفريع وجه، إذ الثمن كلّ حينئذ ملك البائع، و ليس منه شيء للمشتري. و حمل ردّ الزائد إلى المشتري على الاستحباب محتاج إلى قرينة هي مفقودة.

و ثانيا: أنّه تخرج هذه المعاملة عن بيع الفضولي و تندرج في بيع الأصيل، فلا يصح جعل هذه الصحيحة دليلا أو مؤيّدة لصحة بيع الفضولي.

و منها: كون بيع الثاني غير فضولي مع وقوعه عن المشتري، لبطلان الإقالة و بقاء الثوب على ملك المشتري. توضيحه: أنّه و إن قلنا إنّ البيع المقرون بالرضا الباطني للمالك لا يخرج عن بيع الفضولي. لكن إذا برز ذلك بمبرز فعلي أو قولي خرج عن الفضولي، لاقتترانه بالرضا الباطني المبرز. و كلّ معاملة كانت كذلك لا يصدق عليها الفضوليّة.

و في المقام لمّا أقدم المشتري على الإقالة بوضعية دلّ ذلك بالالتزام على الرضا بالمبادلة بأكثر من ذلك قطعا. فالبيع وقع عن هذا الرضا المبرز الذي هو إذن، فلا يكون هذا البيع فضوليا. و هذا الاحتمال لا بأس به في نفسه و ليس بعيدا عن ظاهر الصحيحة، إذ لا يلزم من إرادته تصرف في «لا يصلح» بحمله على الكراهة.

أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار (1) يشتري بالأجر (2)، فيدفع إليه الورق (3)، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته، و ما شئت تركته. فيذهب فيشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول (4): خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال: لا بأس» (1)

في قبول المتاع وردّه. فيقبل الدّلال، ويذهب إلى مالك المتاع ويشتريه منه، ويأتي به إلى دافع الورق ويختيره بين الأخذ والترك.

وقد أجاب عليه السلام بعدم البأس به ما دام دافع النقود مخيراً غير ملزم بقبول ما هيأه له الدّلال.

(1) بكسر السين وسكون الميم «المتوسط بين البائع والمشتري، والجمع سمسارة. ومنه: لا بأس بأجر السمسار. و: يا معشر السمسارة افعلوا كذا. و السمسار أيضا القائم بالأمر الحافظ له» (2). و يقال للسمسار: الدّلال.

(2) و هو حقّ السعي لإجراء المعاملة بين البائع والمشتري.

(3) بفتح الواو والكسر الراء- كفخذ- وهي الدراهم المضروبة من الفضة، جمعه: أوراق ووراق. و فاعل- فيشترط- و ضمير «شئت و أخذت و تركت» هو الدافع.

(4) أي: فيقول السمسار للمشتري الذي دافع الورق أيها المشتري خذ .. إلخ.

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 394، الباب 20 من أبواب العقود، ح 2، و لا يخفى أن الموجود في نسخ الكتاب «موثقة عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام عن السمسار ..» و الصحيح ما أثبتناه في المتن كما أن في الوسائل «أيشترى» بدل «يشترى». رواه الشيخ بإسناده الصحيح عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان. و للرواية طريقان آخران، و هما طريقا الكليني و الصدوق قدس سرهما و في طريق الكليني الحسن بن محمد بن سماعة، و بناء على صحة أبان لكونه من أصحاب الإجماع تصير الرواية صحيحة بطريق الصدوق و الشيخ، و توصيفها بالموثقة مخصوص بطريق الكليني.

(2) مجمع البحرين، ج 3، ص 337.



بناء (1) على أنّ الاشتراء من السمسار (2) يحتمل أن يكون لنفسه (3)

(1) يعني: أنّ التأييد لصحة الفضولي بهذه الموثقة مبني على أن يكون حكم الامام عليه السّلام عامًا لجميع احتمالات الرواية بسبب ترك الاستفصال.

توضيح ذلك: أنّ احتمالات الرواية ثلاثة:

الأول: أن يكون اشتراء السمسار لنفسه ليكون الورق عليه قرصًا، فيبيع ما اشتراه من الأمتعة على صاحب الورق، ويؤدّي بذلك دينه. وهذا المحتمل أجنبي عن الفضولي، ويكون قوله: «يشترى بالأجر» قيدًا توضيحيًا ومبيّنًا لمعنى السمسار.

الثاني: أن يكون الاشتراء لمالك الورق بإذنه، مع جعل الخيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي به، ويفسخه فيما كرهه. وهذا أيضًا أجنبي عن الفضولي.

الثالث: أن يكون الاشتراء فضوليًا عن مالك الورق أي بلا- إذن منه للسمسار بالشراء، فيختار ما يرغب فيه، ويردّ ما يرغب عنه. وهذا الاحتمال ينطبق عليه الفضولي.

وليس الرواية ظاهرة في أحد هذه المعاني. إلا أنّ ترك استفصال الامام عليه السّلام عن هذه الاحتمالات وإطلاق الحكم بعدم البأس يدلّ على عموم الحكم لجميع الاحتمالات التي منها هذا المعنى الثالث.

(2) أي: الاشتراء الصادر من السمسار، فالعبارة صحيحة، ولا تحتاج إلى إسقاط كلمة «من» كما لا يخفى، وتكون «من» بمعنى النشوية، كما يحتمل في آية وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا.

(3) هذا هو الاحتمال الأوّل الذي مرّ آنفا بقولنا: «الأوّل أن يكون اشتراء السمسار .. إلخ».

ليكون (1) الورق عليه قرضاً، فيبيع على صاحب الورق ما رضىه من الأمتعة، و يوفيه (2) دينه.

و لا ينافي (3) هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممّن يشتري بالأجر، لأنّ (4) وصفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

و يحتمل (5) أن يكون لصاحب الورق بإذنه (6) مع جعل خيار له على بائع

---

(1) يعني: حتى يكون الورق- الذي دفعه صاحبه إلى السمسار- قرضاً عليه.

(2) يعني: يوفي السمسار لصاحب الورق دينه بجعل المتاع مبيعاً و عوضاً عن دينه و هو الورق.

(3) إشارة إلى وهم، و هو: أنّ اشتراء السمسار لنفسه ينافي فرض اشترائه بالأجرة- كما هو صريح الرواية- و من المعلوم أنّ معنى الاشتراء بالأجرة هو الاشتراء للناس- بالأجرة- لا لنفسه. و هذا ينافي المعنى الأوّل، و هو كون الشراء لنفس السمسار.

(4) هذا دفع التوهم، و محصله: أنّ توصيف السمسار في الرواية بكونه ممّن يشتري بالأجر إنّما هو لأجل حرفته، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية. فيمكن أن يشتري السمسار لنفسه متاعاً، ثم يعرضه على صاحب الورق، فإن ارتضاه باعه السمسار منه بأزيد ممّا اشتراه هو من بائع المتاع، و تكون تلك الزيادة أجرة عمله، لكنها ليست اجرة بحسب الاصطلاح و إنّما هي جزء من ثمن المتاع.

(5) هذا هو الاحتمال الثاني الذي تقدم بقولنا: «الثاني أن يكون الاشتراء لمالك الورق .. إلخ».

(6) أي: بإذن صاحب الورق لا- فضولاً- عنه، فيأذن للسمسار بأن يشتري له المتاع مع جعل الخيار لصاحب الورق الذي هو المشتري حقيقة، فضمير «له» راجع

الأمّعة، فيلتزم (1) بالبيع فيما رضني، و يفسخه (2) فيما كره.

و يحتمل (3) أن يكون (4) فضوليًا عن صاحب الورق، فيتخّير ما يريد، و يردّ ما يكره.

و ليس (5) في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسّمسار على وجه (6) ينافي كونه فضوليًا كما لا يخفى.

---

إليه، لا إلى السّمسار.

(1) يعني: فيلتزم صاحب الورق الذي وقع الشراء له مع الإذن- لا فضولاً- بالبيع فيما رضني به، و يفسخه فيما كرهه، لأنّ مقتضى جعل الخيار له هو السلطنة على الفسخ و الإمضاء.

(2) يعني: فيفسخ صاحب الورق البيع فيما لا يريده من المتاع، و يختار ما يريده منه.

(3) هذا هو الاحتمال الثالث الذي تقدّم بقولنا: «الثالث ان يكون الاشتراء فضولياً...».

(4) أي: يكون اشتراء السّمسار فضولياً و ضمائر «فيتخّير، يريد، يرد، يكره» راجعة إلى: صاحب الورق.

(5) غرضه من هذه العبارة نفي أجنبية هذه الرواية عن مسألة الفضولي، و إثبات احتمال كون موردها من الفضولي حتى تكون مؤيدة لصحة عقد الفضولي مع الإجازة. و محصله: أنّ الاحتمالات الثلاثة المتقدمة متطرفة في الرواية، و ليست ظاهرة في أحد الاحتمالين الأولين حتى يصير الاحتمال الثالث- و هو الفضولية- موهوماً و أجنبياً عن مورد الرواية بحيث لا تصلح الرواية للتأييد، بل الاحتمالات الثلاثة متكافئة، فيمكن أن تكون الرواية مؤيدة لصحة بيع الفضولي مع الإجازة.

(6) المراد بهذا الوجه المنافي هو ما أشرنا إليه من ظهور الرواية في أحد الاحتمالين الأولين.

فإذا (1) احتمال مورد السؤال لهذه الوجوه (2) و حكم الإمام عليه السلام بعدم البأس، من دون استفصال عن المحتملات، أفاد (3) ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات (4) [1].

(1) هذه نتيجة نفي الوجه المنافي، و هو ظهور الرواية في غير الاحتمال الثالث، و إثبات تكافؤ الاحتمالات الثلاثة، فإن حكم الامام عليه السلام بعدم البأس - من دون التفصيل بين هذه الاحتمالات الثلاثة- يعم جميع هذه الاحتمالات التي منها مسألة الفضولي، فيكون عقد الفضولي صحيحا بالإجازة.

(2) و هي الاحتمالات الثلاثة المتقدمة.

(3) جواب «إذا» و المراد بالحكم هو الجواز الذي تضمنه قوله عليه السلام: «لا بأس».

(4) التي منها الاحتمال الثالث المنطبق على بيع الفضولي.

[1] لا- يخفى أنّ ترك الاستفصال إنّما يفيد العموم فيما إذا لم يكن الكلام ظاهرا في معنى و لو بمعونة قرينة، فلو كان له ظهور في أحد المحتملات معينا كان ذلك الظهور متبعا عند أبناء المحاور، و خرج اللفظ حينئذ عن موارد استفادة العموم من ترك الاستفصال.

و الحاصل: أنّ المانع من استفادة العموم بترك الاستفصال هنا هو ظهور الكلام في معنى معين، لا ما في تقارير بعض أعظم العصر دامت أيام إفاداته الشريفة من أنّه «إنّما يتمسك بترك الاستفصال فيما إذا كان المسؤول عنه مرّدا و منقسما إلى أقسام عديدة، بأن كان حكما كليا، و لا يجري ذلك فيما إذا كان المسؤول عنه قضية شخصية» (1).

و ذلك لأنّ الوجه في إفادة ترك الاستفصال للعموم- و هو لزوم الإغراء بالجهل

(1) مصباح الفقاهة، ج 4، ص 76.

ص: 464

وربما يؤيد المطلب (1) بالأخبار (2) الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه

**د- التعليل الوارد في نصوص نكاح العبد**

(1) وهو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك بدون سبق منع منه، وهذا الوجه العاشر آخر المؤيّدات.

(2) وهذه الأخبار المذكورة في كتب الأحاديث، منها صحيح أو حسن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما. قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، ولا تحلّ إجازة السيد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّه لم يعص الله، وإنّما عصى سيّده، فإذا أجازته فهو له

وفوات الغرض - جار في جميع الموارد التي يلزم فيها هذا المحذور، سواء أكان الحكم فيها كلياً أم جزئياً كمورد الرواية، فإنّ ترك الاستفصال عن محتملاتها مع اختلافها حكماً يفيد العموم، وإلا لزم الإغراء بالجهل. وهذا المحذور يوجب إفادة ترك الاستفصال للعموم في كلّ مورد يلزم فيه هذا المحذور، من غير فرق في ذلك بين الحكم الكلي والجزئي، ولا بين كون اللفظ مشتركاً معنوياً - كما نسب إلى الأصوليين إفادة ترك الاستفصال للعموم فيما إذا كان الواقع في السؤال من قبيل المشترك المعنوي - وبين كونه مشتركاً لفظياً كما عن شريف العلماء قدّس سرّه.

و الحق عدم الاختصاص بهذه الموارد، فإنّ قبح الإغراء بالجهل وتقويت الغرض الذي هو مناط إفادة العموم يجري في المحتملات كما أفاده المصنّف قدّس سرّه في هذه الرواية، كجريانه في المشترك اللفظي والمعنوي. فليكن ما ذكرناه من إفادة ترك الاستفصال للعموم ضابطاً كلياً في كلّ مورد يلزم الإغراء بالجهل من عدم إرادة العموم فيه.

جائز» (1). و قريب منها غيرها.

و لا بأس بذكر أمرين قبل توضيح المتن.

الأول: أنه تقدم ذكر هذا الخبر في (ص 408) حيث استدللّ به بفحوى جريان الفضولي في النكاح على صحته في البيع، و تقدمت مناقشة المصنف قدّس سرّه في الأولوية بما ورد في رواية العلاء بن سيابة. و المقصود فعلا تأييد صحة بيع الفضولي بالتعليل الوارد في نصوص نكاح العبد بدون إذن مولاه إذا أجازته. و هذا التقريب سليم عن المناقشة المتقدمة في الفحوى، لعدم كون مناط الاستشهاد بهذه النصوص أولوية البيع بالصحة من النكاح حتى تكون رواية العلاء مانعة عنها، بل مناط الاستشهاد بها قوله عليه السلام: «انه لم يعص الله وإنما عصى سيّده». و سيأتي تقريب الدلالة.

الثاني: أن صاحب الجواهر قدّس سرّه عدّ هذه النصوص - الدالة على صحة النكاح الفضولي - مؤيدة لصحة بيع الفضولي، فقال: «بل يؤيده ما ورد في إجازة السيد عقد العبد..» (2).

و صاحب المقابس جعلها دليلا عليها، و قد أشرنا في (ص 409) إلى أنّه قدّس سرّه قرّب دلالتها بوجوه خمسة، خامسها دلالة التعليل، و هو ما أثبتته المصنف قدّس سرّه في المتن، قال في المقابس: «الخامس فحوى التعليل المذكور في الخبرين، حيث فرّق بينهما بين ما يكون سبب اختلال العقد أمرا محرّما بالأصالة، و ما يكون لأجل حقّ المخلوق كالمالك، فالأول يبطل مطلقا، و الثاني يتدارك بإجازة ذي الحق و إسقاطه لحقه.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح 1، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارة، و الرواية صحيحة أو حسنة.

(2) لاحظ جواهر الكلام، ج 22، ص 279.

معللاً (1) «بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده».

وحاصله: أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجي زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، وهو (2) عصيان الله تعالى. وأما المانع الذي يرجي زواله

---

وقد ذكر في مقام الاستدلال والتعجب من فتاوى المخالفين، فيكون عامّاً لكل ما كان كذلك إلا ما خرج بالدليل، فيندرج فيه البيع، وهو المطلوب، فلا وجه للعدول عن هذا القول أصلاً» (1).

(1) هذا تقريب التأييد لصحة عقد الفضولي بالإجازة، ومحصله: أن مقتضى عموم العلة المنصوصة هو ثبوت الحكم لجميع مواردّها، وعدم اختصاصها بالموارد، كما في ثبوت مثل الحرمة لغير الخمر من المسكرات، بتعليل حرمة الخمر بكونه مسكراً.

والمقام كذلك، فإنّ تعليل عدم فساد النكاح بعدم عصيان الله تعالى يدلّ على أنّ الموجب للفساد هو عصيانه سبحانه وتعالى، فإنّ هذا العصيان مانع عن الصحة، ولا يرجي زواله، إذ لا يتصور الرضا منه سبحانه وتعالى في المعصية. وأما معصية غيره عزّ وجلّ فهي مما يرجي زوالها برضاه ورفع كراهته، لأنّه حقّ آدمي، فله الردّ والإمضاء، فإذا رضي بالعقد وأجازّه فقد ارتفع مانع الصحة ونفذ العقد.

ثم إنّ هذا الاستدلال ناظر إلى العلة المنصوصة التي هي من الظواهر المعتمدة عند أبناء المحاورة. كما أنّ الاستدلال السابق بتلك الروايات الراجعة إلى النكاح كان بالفحوى، فلا يلزم إشكال تكرار الاستدلال بتلك الروايات.

(2) هذا الضمير والمستتر في «كان» راجعان إلى المانع.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 27، والأولى أن تكون العبارة في أولها: «حيث فرّق فيهما» أي: في الخبرين.

ص: 467

- كعصيان السيد- فبزواله يصحّ العقد. ورضا المالك من هذا القبيل (1)، فإنّه لا يرضى أولاً و يرضى ثانياً. بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعل، فإنّه يستحيل رضاه (2) [1].

هذا غاية ما يمكن أن يحتجّ ويستشهد به للقول بالصحة (3). وبعضها (4) وإن كان ممّا يمكن الخدشة فيه، إلّا أنّ في بعضها الآخر (5) غنى وكفاية (6).

---

(1) خبر قوله: «ورضا المالك» يعني: ورضا المالك في عقد الفضولي يكون من قبيل المانع الذي يرجى زواله، فهو كعصيان السيّد في قابليته للزوال، حيث إنّ عدم رضاه أولاً يتبدّل بالرضا ثانياً.

(2) لكونه رضا بما يستقلّ العقل بقبحه و هو عصيانه تعالى شأنه.

(3) أي: بصحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك.

(4) كرواية عروة وغيرها مما تقدّم.

(5) وعمدة ذلك البعض هي العلة المنصوصة في صحيح زرارة المتقدمة.

(6) في إثبات المطلوب، و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك وأجازة.

---

[1] قد يستشكل في الاستدلال بعموم العلة المنصوصة: بأنّ مورد التعليل، هو نكاح العبد لنفسه، و من المعلوم أنّ العقد مضاف إلى صاحبه و من يعتبر إضافته إليه، فإجازة السيد هنا ليست لتحصيل هذه الإضافة.

و بيان أوضح: يكون العاقد في مورد التعليل مشمولاً لعموم أو فوّا بالعُقود غاية الأمر أنّ نفوذ العقد منوط بإجازة غيره، فلا يتعدّى عن مورد التعليل إلّا إلى الموارد التي تكون مثله، كبيع الراهن العين المرهونة من دون إذن المرتهن، فإنّ إضافة العقد إلى الراهن متحققة، وإجازة المرتهن دخيلة في نفوذ العقد، لا في إضافته إلى صاحب العقد.

و كنكاح بنت أخ الزوجة أو بنت أختها، فإنّ العقد مضاف إلى العاقد و هو الزوج، وإجازة



---

الزوجة شرط لنفوذها، لا لحصول انتساب العقد إلى الزوج.

وأما إذا لم يكن العقد مضافا إلى من يعتبر إضافته إليه، فلا يتعدى عموم العلة إليه.

وعليه فلا يتعدى من عموم العلة إلى عقد الفضولي الذي لا يكون العقد مضافا إليه كعقد العبد لغيره. وإنما يتعدى من عموم العلة إلى العقد المضاف إلى مالك أمره دون غيره. فالاستدلال بعموم العلة لصحة مطلق عقد الفضولي ضعيف، هذا «1».

أقول: المستفاد من التعليل أنّ الاعتبار بعدم كون العقد معصية له تعالى، وأن السبب المنحصر للبطلان هو كون النكاح عصيانا له تعالى شأنه. لا عدم كونها معصية من العبد. وعموم هذا التعليل كما يقتضي عموم ما يصدر من العبد سواء كان نكاحا أم غيره، كذلك يقتضي العموم من جهة الصدور، بأن يكون صادرا من العبد أو غيره.

وبيان آخر: مقتضى عموم العلة عموم الحكم لكل عقد يبيعا كان أو غيره، ولكل عاقد سواء أكان مالكا أم غيره، فيشمل جميع موارد الفضولي.

ولو بني على عدم التعدي عمّن له العقد إلى غيره كالفضولي فلا بدّ من عدم التعدي عن نكاح العبد إلى بيعه مثلا أيضا، إذ لا فرق في الموردية للرواية بين النكاح وغيره، إذ المدار على عدم كون المعاملة معصية له تعالى، من غير فرق بين صدورها من العبد وغيره. وسواء كان الصادر يبيعا أم غيره. وخصوصية المورد ليست مخصصة للعموم ما لم تقم قرينة على تخصيصه لعموم العلة المنصوصة. خصوصا بملاحظة كون إضافة العقد إلى من له العقد - وهو العبد - في كلام الراوي دون الامام عليه السلام.

وبالجملة: مناط ترتب الأثر على العقد بالإجازة هو كونه حلالا ذاتا ومشروعاً في نفسه، وناظراً فعلاً بسبب الإجازة. ومن المعلوم أنّ جميع موارد الفضولي المبحوث عنها كذلك. وأما اعتبار صدور العقد من خصوص من له العقد فمما لا دليل عليه، إذ المناط كلّه بمقتضى ظاهر التعليل هو عدم كون العقد معصية له سبحانه وتعالى كنكاح

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 4، ص 44 و 45.

ولا- يقاس المقام بقاعدة التجاوز، بأن يقال: إنها كما لا تجري إلا في الأجزاء وفيما له عنوان كالقراءة و الركوع و السجود ونحوها، ولا تجري في مقدمات الأجزاء كالهويّ و النهوض مع كلية القاعدة، لصدق التجاوز عن المشكوك فيه بالدخول في المقدمات، فإذا شك في السجود مثلاً في حال النهوض إلى القيام صدق عليه التجاوز عن المشكوك فيه مع عدم جريان القاعدة فيه. كذلك لا يجري عموم العلة المنصوصة في المقام إذا كان العقد صادراً ممّن له ولاية العقد كعقد الراهن على ماله المرهون، فإنّه مالك العقد، لكون المرهون ملكه.

توضيح وجه عدم صحة القياس هو: أنّ الامام عليه السّلام قبل بيان قاعدة التجاوز بقوله في صحيحة إسماعيل بن جابر عن أبي جعفر عليه السّلام: «كلّ شيء شكّ فيه ممّا قد جاوزه و دخل في غيره فليمض عليه» و في صحيحة زرارة: «يا زرارة إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكّك ليس بشيء» طبّق القاعدة على الأجزاء كالشك في القراءة و هو في الركوع، و الشك في السجود و هو في التشهد، و غير ذلك. و تطبيق القاعدة في كلام الامام عليه السّلام قرينة على كون موارد القاعدة خصوص ما يشابه تطبيقاته عليه السّلام. و من المعلوم أنّها خصوص الأجزاء دون مقدماتها.

و هذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّ التطبيق على- من له العقد- و هو تزويج العبد لنفسه- يكون في كلام السائل دون الامام عليه السّلام، و هو لا يصلح لتخصيص العموم.

فتحصّل من جميع ما تقدّم- خصوصاً عمومات التجارة و الوفاء بالعقود و عموم تعليل الصحة بعدم عصيانه تعالى- صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك، بل مورد بعضها وقوع العقد لغير المالك، هذا.

ثم إنّ هنا وجوهاً أخرى قد استدلّ بها على صحة عقد الفضولي.

[أ: آية التجارة عن تراض]

و احتجّ للبطلان (1) بالأدلة الأربعة (2).

أما الكتاب فقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ «1» دلّ بمفهوم الحصر (3)

المقام الثاني: أدلة بطلان بيع الفضولي

(1) أي: بطلان عقد الفضولي إذا وقع للمالك وإن أجازته.

(2) وهي الكتاب والسنة والإجماع والعقل.

أ: آية التجارة عن تراض

(3) هذا أحد تقريبي الاستدلال بالآية الشريفة على بطلان عقد الفضولي،

منها: بيع المال المتعلق للخمس، ثم أجازته وليّ الخمس، وهو الحاكم الشرعي له، فإنّ بيعه بالنسبة إلى خمسة فضولي، فإذا أجاز المجتهد نفذ البيع بالإضافة إلى الخمس.

ومنها التصديق بمجهول المالك كاللقطة وغيرها بناء على توقفه على إجازة المالك لو ظهر، إذ مع عدم الإجازة استرجع العين. ويمكن أن يستظهر منه صحة الفضولي في الإيقاعات.

ومنها ما ورد من أنّ عقيلًا باع دار النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بمكة وأقره عليه، قال في المقابس: «الرابع: ما نقل من حكاية بيع عقيل دار النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وإقراره عليه بعد فتح مكة. ونقل في التذكرة أنّه لما قيل له: أين تنزل غدا؟ قال: وهل ترك لنا عقيل من ربا، قال: يعني أن عقيلًا باع ربا أبي طالب، لأنّه ورثه دون إخوته. فإن كانت في الحكاية دلالة فهي من المؤيّدات» (2).

(1) سورة النساء، الآية 29.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 22، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 465، السطر 24.

و محصّ له: أن مفهوم الحصر الحاصل من عقد سلبيّ و هو عدم صحة التجارة بدون التراضي، و عقد إيجابي - و هو صحة التجارة عن تراض - يدلّ على انحصار التجارة الموجبة لجواز التصرف في الأموال في التجارة عن تراض، و أنّ انتفاءها يوجب عدم جواز أكل أموال الناس، و أنّ أكلها حينئذٍ أكل لها بالباطل. فيستفاد من الآية المباركة أنّه لا يجوز التصرف في أموال الناس بوجه من الوجوه إلا بالتجارة المقرّونة بالتراضي. و من المعلوم أنّ عقد الفضولي ليس من التجارة عن تراض، فلا يوجب جواز أكل أموال الناس.

(1) أي: تحديد التجارة بتقييدها ب «عَنْ تَرَاضٍ» و هذا ثاني تقريبي الاستدلال بالآية الشريفة على بطلان عقد الفضولي. و توضيحه: أنّ الآية المباركة في مقام تحديد السبب الموجب لحلّ أكل أموال الناس، و هذا التحديد يستفاد من تقييد التجارة بالتراضي، فإنّ القيود الواردة في مقام التحديد - الذي لازمه الجامعيّة و المانعيّة - لها مفهوم، و إن لم يكن لها مفهوم في سائر الموارد، كتحديد مفهوم الماء و الفرسخ و الكرّ، و غير ذلك من التحديدات الشرعية، فإنّ جميع القيود المذكورة فيها تدلّ على الحصر.

ثم إن تقريب الاستدلال بمفهوم الحصر و القيد المذكور في المقاس، حيث قرّب دلالتها بوجهين على البطلان، فقال في جملة كلامه: «فإنّها تدلّ بأبلغ دلالة على بطلان غير التجارة الصادرة عن التراضي، و لذلك سمّي ما عداها باطلا. و المعنى: لا يتصرّف بعضكم في أموال بعض بوجه من الوجوه، فإنه باطل، إلا بوجه التجارة المذكورة.

و لو لم يقصد ذلك لزم الاجمال و قدّمة الارتباط بين المستثنى و المستثنى منه، فينبغي رفع ذلك بحسب الإمكان. و التجارة هي العقد لا التوكيل فيه، أو الإجازة له.

و التراضي عبارة عن تراضي المالكين، إذ لا عبرة برضا غيرهما. و معنى كون التجارة عن تراض أن تكون صادرة و ناشئة عنه بالمباشرة أو الوكالة و ما في حكمها،

أو كائنة بعده .. ففي الآية دلالة من وجهين على اشتراط تراضي المالكين مقارنا للعقد، وأنه إذا لم يكن مقارنا كان التصرف في العوضين حراما، وهو يشمل عقد الفضولي بأقسامه، فيبطل مطلقا تعقبه الإجازة أم لا» (1).

ثم ناقش صاحب المقابس في كلا الوجهين كما صنعه المصنف أيضا، إلا الإشكال الثاني على مفهوم القيد، وهو ورود القيد مورد الغالب، إذ لم يتعرض له المحقق الشوشتری قدس سرّه.

وكيف كان فقد أورد المصنف قدس سرّه على كلا التقريبين، أما على مفهوم الاستثناء فوجه واحد، وأما على مفهوم القيد فوجه أربعة.

أما على الأول- هو مفهوم الحصر- فبما حاصله: منع دلالة الاستثناء على الحصر، إذ دلالته عليه منوطة بكون الاستثناء متصلا حتى يدلّ نفي الحكم عن الطبيعة وإثباته لفرد واحد منها على الحصر، وقصر الحكم على ذلك الفرد المستثنى. فلو كان الاستثناء منقطعا ولم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه حقيقة أو عناية لم يفد الحصر، لكون النفي و الإثبات واردين على موضوعين أجنبيين. كما إذا قال: «جاء الكوفيون إلا البصريين» فإنه لا يدلّ على حصر عدم المجيء في البصريين. خصوصا بناء على ما قيل من أنّ «إلا» في الاستثناء المنقطع بمعنى «لكن» حيث إنه حينئذ بمنزلة قضيتين لقيتتين، وهما «جاء الكوفيون» و «لم يجئ البصريون» و كما إذا قال: «أكرم العلماء إلا زيدا الجاهل».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 28 و 29.

أو التجارة لا عن تراض (1) غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا (2)، و من المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى (3).  
وفيه (4): أنّ دلالة (5) على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء كما هو (6) ظاهر اللفظ، وصريح (7) المحكي عن جماعة من المفسرين  
(8)، ضرورة (9) عدم كون

---

(1) هذا و ما قبله متعلقان ب «دلّ» بنحو اللف و النشر المرتب.

(2) يعني: كما هو المفروض في عقد الفضولي.

(3) و هو قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِلٍ هُوَ دَاخِلٌ فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَ هُوَ الْبَاطِلُ، لِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لِحَقِّهَا الرِّضَا، لَا تِجَارَةٌ نَاشِئَةٌ عَنِ الرِّضَا.

(4) أي: وفي الاستدلال بمفهوم الحصر إشكال. و هذا إشارة إلى الإشكال على التقريب الأوّل المتقدم بقولنا: «أمّا على الأوّل و هو مفهوم الحصر فيما حاصله .. إلخ».

(5) أي: دلالة قوله تعالى على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء، و عدم كون المستثنى - و هو التجارة عن تراض - من سنخ المستثنى منه و هو الباطل.

(6) أي: كون الاستثناء منقطعاً ظاهر اللفظ بحسب الصناعة، نظير قوله تعالى:

لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيَمًا، إِلَّا قِيْلًا سَلَامًا سَلَامًا «1».

(7) معطوف على «ظاهر».

(8) كشيخ الطائفة و أمين الإسلام و غيرهما «2».

(9) تعليل لانقطاع الاستثناء، فإنّ من الواضح عدم كون المستثنى - و هو التجارة عن تراض - من أفراد المستثنى منه و هو الباطل، و كلّ ما كان كذلك فهو استثناء منقطع.

---

(1) سورة الواقعة، الآية 26.

(2) راجع تفسير التبيان، ج 3، ص 178، مجمع البيان، ج 2، ص 36، الكشف للزمخشري، ج 1، ص 502.

(1) هذا إشارة إلى حقيقة الاستثناء، وأنها إخراج حكمي و تخصيص أصولي، وأنّ المقام ليس من الاستثناء، لخروج «التجارة عن تراض» موضوعا عن الباطل، لا حكما مع بقاء فرديته للمستثنى منه.

هذا تمام الكلام فيما يرجع الى ما أورده المصنف قدس سرّه على التقريب الأوّل و هو الاستدلال على بطلان عقد الفضولي بمفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء.

[1] قد يورد عليه أولا: أنّه لا معنى لانتقاع الاستثناء أصلا.

و ثانيا- بعد تسليمه- أنّه خلاف الأصل كما صرّح به في بعض الكلمات «1» فلا يصار إليه، و لا يحمل الكلام عليه إلا بالدليل.

و عليه فالاستثناء هنا متصل، فكأنه قيل: «لا تتملّكوا أموالكم بشيء من الأسباب، إلا أن تكون تلك الأسباب تجارة عن تراض، فإنّها توجب حلية التملك». فهذا الاستثناء يفيد الحصر، و يكون عقد الفضولي داخلا في المستثنى منه، لكونه تجارة لا عن تراض، إذ الرضا يلحقه، و لا يسبقه كما هو ظاهر «عَنْ تَرَاضٍ» فهو باطل.

و توهم أنّ حمل الاستثناء على الاتصال خلاف الواقع، لعدم انحصار سبب حلية الأكل في التجارة، فإنّ رضا المالك بإباحة التصرف في ماله كاف في الحلية من دون توقفها على التجارة. و بالجملة يلزم من الاستثناء تخصيص الأكثر المستهجن، مندفع بأنّ المراد التصرفات المعاوضية و المعاملية الواقعة بينهم، لا تحريم التصرف في مال الغير، فإنّ المراد بالباطل كما روي عن مولانا الباقر عليه السّلام هو القمار و الربا و البخس و الظلم، فإنّ الظاهر أنّها من باب المثال. فالمراد كل معاملة ناقلة للأموال بعنوان المعاوضة، فكل معاملة معاوضية باطلة إلاّ التجارة عن تراض، بإباحة التصرف في الأموال مجانا كالإضافات و التملك المجاني كالهبات و الهدايا خارجة موضوعا عن مورد الآية،

(1) راجع هامش قطر الندى و بلّ الصدى، ج 1، ص 245.

فيكون الحصر المستفاد من الاستثناء المتصل صحيحا.

لكن لا يخفى أنّ الاستثناء المتصل وإن كان مقتضى القواعد العربية، لكونه إخراجا حكما. لكنه لا سبيل للمصير إليه هنا بمقتضى ظاهر العبارة، لأنّ معناه حينئذ «لا- تأكلوا أموالكم بينكم بسبب باطل، إلا أن يكون ذلك السبب الباطل تجارة عن تراض» وهذا ضروري البطلان.

ولا يدور الأمر بين اتصال الاستثناء وانقطاعه حتى يقال: إنّ أصالة الاتصال تقتضي اتصاله. إذ مورد الدوران هو فرض إمكان الاتصال بمقتضى ظاهر الكلام. وقد عرفت امتناع الاتصال. ودلالة الاقتضاء لا تلجنا إلى التقدير حتى نلتزم باتصال الاستثناء. وذلك لأنّ مورد دلالة الاقتضاء هو توقف صحة الكلام على التقدير، كقوله تعالى وَ سَمَلِ الْقَرْيَةَ وَ من المعلوم أنّه أجنبي عمّا نحن فيه، لعدم توقف صحة ظاهر الكلام على التقدير، حيث إنّ ظاهره المنطبق على انقطاع الاستثناء معنى صحيح، ولا يتوقف صحته على التقدير، إذ معناه: أنّ أكل أموال الناس حرام بالسبب الباطل، و حلال بالتجارة عن تراض.

ولا موجب للالتزام باتصال الاستثناء الذي هو خلاف ظاهر الكلام حتى نحتاج إلى أصل التقدير فضلا عن تعدد المقدّر كما في تقرير بحث سيدنا الخويي قدّس سرّه من قوله:

«لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب، فإنه باطل، إلا أن يكون ذلك السبب التجارة عن تراض».

وبالجملة: الاستثناء في الآية الشريفة ظاهر في الاستثناء المنقطع. وحمله على الاستثناء المتصل خلاف الظاهر، وبلا موجب. مع أنه يستلزم ارتكاب التقدير الذي هو خلاف الأصل، فلا محيص عن الذهاب إلى انقطاع الاستثناء الذي هو ظاهر الآية المباركة، كما قرّبناه في الجزء الأول من هذا الشرح، فراجع (ج 1 ص 390).



---

و لو سلّمنا دلالتها على الحصر، لكونها مسوقة لبيان الأسباب الناقلة للأموال و تمييز صحيحها عن باطلها من غير نظر إلى انقطاع الاستثناء و اتصاله، فتدلّ حينئذ على الحصر، و أنّ كل سبب لنقل الأموال باطل، إلاّ التجارة عن تراض، و عقد الفضولي ليس من التجارة عن تراض، فهو باطل. لقلنا: انه مع ذلك لا يصح الاستدلال المزبور به، لأنّ التجارة «هي انتقال شيء مملوك من شخص الى آخر بعوض مقدر على جهة التراضي» (1) و من المعلوم أنّ مجرد الإنشاء بدون ما يعتبر في العقد المملّك من الشروط لا- يوجب الانتقال و تبادل اضافتي الملكية.

و عليه فالتجارة في الآية الكريمة لا تشمل عقد الفضولي، لأنّ مجرد الإنشاء كما مرّ أنفا ليس تجارة، فلا يندرج في المستثنى. كما لا يندرج أيضا في المستثنى منه، لعدم كون مجرد إنشاء الفضولي تصرفا عرفا في مال الغير، لعدم صدق التجارة بمال الغير على مجرد عقده حتى يشمله «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم» فعقد الفضولي خارج تخصصا عن كلا عقدي المستثنى و المستثنى منه. و اندراجه في المستثنى منوط بالتراضي، و بعد التراضي يتصف بالتجارة عن تراض.

فصار المتحصل: أنّ الاستثناء على تقدير الاتصال، يدلّ على الحصر، إلاّ أنّ الآية لا تشمل بشيء من عقديها عقد الفضولي. فالاستدلال بها- سواء أكان بمفهوم الحصر أم بمفهوم التحديد- على بطلان عقد الفضولي غير سديد، هذا.

و قد يستدلّ على بطلان عقد الفضولي بعقد المستثنى منه، بتقريب: أنّ عقد الفضولي تصرف في مال الغير، و هو منهي عنه، و النهي يقتضي الفساد.

لكن فيه أولا: أنّ عقد الفضولي ليس تصرفا في مال الغير حتى يحرم و يفسد،

---

(1) مجمع البحرين، ج 3، ص 233.

(1) أورد المصنف على التقريب الثاني - وهو الحصر المستفاد من التحديد - بما يرجع إلى وجوه أربعة.

الأول: أنّ هذا المفهوم مبني على مفهوم الوصف، وهو غير ثابت.

الثاني: أنّه بعد تسليم المفهوم له يختص ذلك بما إذا انحصرت فائدة الوصف في المفهوم، ولم تكن له فائدة أخرى كوروده مورد الغالب كما فيما نحن فيه. فلا يكون «عَنْ تَرَاضٍ» قيذا احترازيا حتى يكون له مفهوم، وهو عدم كون عقد الفضولي تجارة عن تراض. بل يكون قيذا غالبيا.

فمرجع هذا الإيراد إلى تسليم نعتية «عَنْ تَرَاضٍ» للتجارة، مع حملها على الغلبة، كما في قوله تعالى وَرَبَائِبِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فَإِنَّ قَيْدَ «فِي حُجُورِكُمْ» ورد مورد الغالب، لكون غالب الربائب في حجور أزواج أمهاتهن، ولذا ليس هو قيذا احترازيا حتى تختص الحرمة بالربائب اللَّاتِي فِي الْحُجُورِ.

الثالث: أنّه يحتمل أن لا يكون «عَنْ تَرَاضٍ» وصفا للتجارة وقيدا لها حتى يكون له مفهوم. بل يكون خبرا ثانيا ل «تكون» بناء على نصب «تجارة» كما هو قراءة الكوفيين على ما في تفسير التبيان «1»، نظير «زيد عالم شاعر» فيما إذا كان كل منهما

لوضوح عدم صدق التجارة عرفا بمال الغير على مجرد عقد الفضولي، فإنّ التصرف إمّا خارجي كالأكل والشرب ونحوهما، وإمّا اعتباري كالملكية. وكلاهما منتف كما لا يخفى.

وثانيا: أنّه ليس كل نهى في المعاملة مقتضيا للفساد، وإمّا الفساد يختص بما إذا تعلق النهي بأحد ركني المعاملة.

(1) التبيان، ج 3، ص 178.

ص: 478

مستقلا في المعنى. «و الرّمان حلو حامض» فيما إذا لم يكن كذلك، بأن كان لكليهما معنى واحد.

فالمعنى حينئذ: أنّ سبب حلّ الأكل و التصرف هو التجارة و تراضي الطرفين، سواء تقدّم التراضي على التجارة أم تأخّر عنها، فيكون عقد الفضولي حينئذ صحيحا، لتحقق كلّ من التجارة و التراضي فيه، وإن كان الرضا حاصلًا بعد التجارة. فلا يتم الاستدلال على بطلان الفضولي بمفهوم القيد و هو «عَنْ تَرَاضٍ» إذ المفروض رفض قيديته للتجارة، و جعله خيرا ثانيا ل «تكون» [1].

[1] لكنك خير بأنّ كلمة المجاوزة تقضي بتقدم التراضي على السبب المملك، إذ ليست العبارة هكذا: «إلا أن يكون السبب تجارة و تراضيا» حتى لا يعتبر تقدم التراضي على التجارة. فجعل «عَنْ تَرَاضٍ» خيرا ثانيا ل «تكون» لا يجدي في دفع الاستدلال على بطلان عقد الفضولي بمفهوم الوصف.

نعم إن رجع ضمير «تكون» إلى «الأكل» المستفاد من «لَا تَأْكُلُوا» و كان تانيث «تأكلوا» لمطابقتها لخبره و هو «تجارة» اتجه عدم اعتبار تأخر العقد عن الرضا، لكون الموضوع حينئذ مركّبا. و لا يعتبر في المركّب اجتماع الأجزاء في الوجود، دون السبق و اللحق.

ثم لا يخفى أنّ الاشكال الثاني و الثالث راجع إلى عدم المفهوم ل «عَنْ تَرَاضٍ» إمّا بحمله على الغلبة. و إمّا بمنع وصفه للتجارة بجعله خيرا ثانيا ل «تكون».

و في كليهما منع، إذ في الحمل على الغلبة الاعتراف باللغوية، لأنّ مجرد غلبة الوصف ليست فائدة لذكر الوصف، و إلا لكان «دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» في الآية الشريفة محمولا على الغالب، و هو كما ترى.

و في جعله خيرا ثانيا: أنّ كلمة المجاوزة تدل على اعتبار سبق التراضي على سبب الحل، و في الفضولي هذا السبق معدوم. إلا أن يراد نفس الأكل.

الرابع: أنه لو أغمضنا عن احتمال كون «عَنْ تَرَضٍ» خبرا ثانويا «تَكُونُ» لبعده في نفسه و سلمنا قيديته للتجارة حتى يكون له مفهوم، و بنينا على حجتيه- لم يجد ذلك أيضا في المقام، حيث إن المخاطب بقوله تعالى هو أرباب الأموال و ملاكها، فكأنه سبحانه و تعالى قال: «يا أرباب الأموال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» و التجارة في الفضولي بعد الإجازة تصير تجارة للمالك عن تراض، فحين صيرورتها تجارة المالك تكون عن الرضا.

ثم إن معنى التراضي- على ما في مجمع البيان- عند الإمامية و الشافعية و غيرهم هو التراضي بالتجارة بامضاء البيع بالتصرف أو التخيير بعد العقد، بأن يقول: «اخترت العقد».

وبالجملة: عقد الفضولي خارج عن المستثنى منه تخصصا، لعدم كون الفضولي مالكا حتى يشمل خطاب «لَا تَأْكُلُوا» و يندرج في الباطل، فعقد الفضولي لا يصير تجارة للمالك- الذي هو المخاطب في الآية الكريمة- إلا بعد الإجازة، فتجارته نشأت عن رضا المالك، فلا وجه حينئذ لبطلان عقد الفضولي.

(1) هذا إشارة إلى الإراد الأول، و هو عدم تسليم مفهوم الوصف، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «الأول: ان هذا المفهوم مبني على مفهوم الوصف .. إلخ».

(2) هذا إشارة إلى الإراد الثاني الذي تقدم بقولنا: «الثاني أنه بعد تسليم المفهوم له .. إلخ».

(3) يعني: غير فائدة المفهوم، كورود القيد مورد الغالب. و غرضه قدس سره أن دلالة القيد على المفهوم إنما هي لدلالة الاقتضاء حتى لا يلزم لغوية القيد، و ذلك مختص بما إذا لم يكن للقيود فائدة غير المفهوم، فلو كان له فائدة أخرى لم يلزم اللغوية من عدم الالتزام بثبوت المفهوم له.

الغالب كما فيما نحن فيه (1) وفي قوله تعالى وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ «1» (2)

---

(1) لكون أكثر التجارات الواقعة بين الناس مقرونة بتراضي المتعاملين، ووقوعها عن إكراه نادر جدًا. هذا بالنسبة إلى نوع المتعاملين.

وأمّا بالإضافة إلى خصوص المؤمنين العاملين بوظائفهم فمعاملاتهم بأسرها تقع جامعة للشرائط التي منها التراضي يقينا.

(2) لكون غالب الربائب في حجور أزواج أمهاتهن، فليس قيد الحجور احترازيا حتى يكون مفهومه حلّية الربائب- اللّاتي لسن في حجورهم- لهم، هذا [1].

---

[1] لكن فيه ما لا يخفى، فإنّ غلبة القيد ليست فائدة لبيانه، وإلا كان قيد «دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» في قوله تعالى وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ محمولا على الغالب، إذ لا ريب في كون الدخول وصفا غالبييا في النساء ذوات الأزواج، لأنّه الغرض الأصلي من الزواج غالبا، فلا بدّ- بناء على ما ذكر من حملة على الغلبة- من الالتزام بعدم دخله في الحكم وهو حرمة الربائب. مع أنّه من المسلّم توقف حرمة الربائب على الدخول بأمهاتهن.

فالغلبة لا ترفع ظهور القيد في الاحترازية، ولذا يقال: إنّ فائدة القيد في الربائب هي التنبيه على كون الربائب بمنزلة الأولاد، وثبت وصف الأولاد وهو كونهم في الحجور لهن، نظير «أنشبت المنية أظفارها».

---

(1) سورة النساء، الآية 23.

ص: 481

مع احتمال أن يكون «عَنْ تَرَاضٍ» (1) خبرا بعد خبر ل «تكون» على قراءة نصب التجارة (2) لا قيذا لها (3)، وإن كانت غلبة وصف النكرة (4) تؤيد التقييد،

(1) هذا إشارة إلى الإشكال الثالث الذي تقدم بقولنا: «الثالث أنه يحتمل أن لا يكون عن تراض ووصفا للتجارة وقيدا لها .. إلخ» و مع كون «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» خبرا بعد خبر ل «تَكُونُ» تخرج عن قيديتها للتجارة، فينهدم أساس التقريب الثاني و هو الاستدلال بمفهوم الوصف في مقام التحديد.

و هذا الاحتمال أفاده في المقابس لإسقاط ظهور الآية في اعتبار مقارنة التراضي للتجارة، قال قدس سرّه: «على أنه يمكن على تقديره- أي تقدير حجية مفهوم القيد- نصب تجارة، كما هو المنقول عن قراءة الكوفيّين أن يكون عن تراض خبرا ثانيا لتكون، فيلزم حينئذ وقوع الأكل و التصرف بعد التراضي، سواء تقدم على التجارة أو تأخر عنها» (1).

لكن مجرد الاحتمال لا يمنع حجية الظاهر.

(2) يعني: بناء على كون «تَكُونُ» ناقصة، إذ لو كانت تامة لم تحتج إلى الخبر حتى تكون «عَنْ تَرَاضٍ» خبرا ثانيا لها.

وقد يقال: إن مقتضى نصب «التجارة» كون الإجازة ناقلة، مع أنّها عند المصنف كاشفة.

(3) أي: للتجارة، بأن لا يكون «عَنْ تَرَاضٍ» قيذا للتجارة حتى يكون له مفهوم.

(4) أي: غلبة توصيف النكرة بالجار و المجرور- في المحاورات- تؤيد نعتية «عَنْ تَرَاضٍ» ل «تجارة» فمقتضى هذه الغلبة هو ظهور «عَنْ تَرَاضٍ» في القيدية لا الخبرية. و عليه فقوله: «و إن كانت غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد» جملة معترضة و غرضه من بيانها تضعيف احتمال كون «عَنْ تَرَاضٍ» خبرا ثانيا.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 29.

فيكون (1) المعنى: «إلا أن يكون سبب الأكل تجارة، ويكون عن تراض» و من المعلوم أنّ السبب الموجب لحلّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضي (2).

مع أنّ (3) الخطاب لمالك الأموال (4)، و التجارة (5) في الفضولي إنّما تصير تجارة للمالك بعد الإجازة، فتجارته (6) عن تراض.

(1) هذا متفرع على قوله: «مع احتمال أن يكون» لا- على قوله: «و ان كانت غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد» يعني: بناء على كون «عَنْ تَرْضَى» خبراً- لا قيداً للتجارة- يكون سبب الأكل مركباً من أمرين، أحدهما التجارة، و الآخر التراضي مطلقاً، من غير فرق بين تقدّمه و تأخّره و تقارنه.

لكنه مشكل، لما مرّ من قولنا: «لكنك خبير بأنّ كلمة المجاوزة تقضي بتقدم التراضي على السبب الممّلك .. إلخ».

(2) يعني: فيندرج عقد الفضولي في السبب المحلّل للأكل، و هو عقد المستثنى.

(3) هذا إشارة إلى الإشكال الرابع الذي تقدّم بقولنا: «أنّه لو أغمضنا عن احتمال كون- عن تراض - خبراً ثانياً .. إلخ». و هذا الاشكال مذكور أيضاً في المقابس بقوله:

«ان الخطاب تعلق بالمالكين، و التجارة الصادرة من الفضولي لا يطلق عليها أنّها تجارة المالك إلا بعد إجازته، فكانت تجارته وقعت عن التراضي» (1).

(4) يعني: فلا يشمل «لَا تَأْكُلُوا» الفضولي، لعدم كونه مالكا، فلا يندرج عقده في المستثنى منه.

(5) مبتدأ خبره «انما تصير» يعني: فتجارة الفضولي بعد الإجازة تصير تجارة المالك.

(6) مبتدأ خبره «عَنْ تَرْضَى» يعني: فيكون تجارة الفضولي بعد الإجازة عن تراض، فيخرج عقد الفضولي عن الباطل و يندرج في التجارة عن تراض، فلا يتم الاستدلال بالآية على بطلانه.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 29.

وقد حكى (1) عن المجمع «أنّ مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم: أنّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتصرف (2) أو التخيير بعد العقد» (3).

ولعلّه (4) يناسب ما ذكرنا

---

(1) الحاكي صاحب المقابس، قال قدّس سرّه: «أو يقال على القراءتين- أي كون عن تراض قيّداً أو خبراً ثانياً- إنّ المراد أن تكون تجارة كاملة عن تراض أو ممضاة عن تراض، فيندرج عقد الفضولي، لأن كماله وإمضاه بالإجازة. وهذا نظير ما حكى في المجمع عن مذهب الإمامية و الشافعية و عن غيرهم من أن معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرق أو بالتخيير بعد العقد» (1).

(2) و هو الفعل، فإنّه يقع بعد وقوع العقد، و لا يكون التراضي قبله.

(3) بأن يقول بعد العقد: «اخترت العقد» و غرضه من بيان كلام مجمع البيان تعيين المراد من التجارة بالتراضي، و أنّ التراضي المتأخر عن العقد تراض بالتجارة، و ليس المراد بالتراضي المعتبر في التجارة خصوص التراضي المتقدم على التجارة حتى يترتب عليه بطلان عقد الفضولي كما هو ظاهر كلمة المجاوزة.

و بهذا الاحتمال تصير الآية دليلاً على صحة عقد الفضولي لا على بطلانه، و ذلك لأنّ قيد «عَنْ تَرَاضٍ» ناظر إلى إمضاء العقد بالتصرف في العوضين أو اختيار العقد، و ليس ناظراً إلى اعتبار مقارنة رضا المالك لنفس العقد حتى يتوهم دلالة على فساد عقد الفضولي الفاقد لرضا المالك حال الإنشاء.

(4) أي: و لعلّ المحكي عن مجمع البيان يناسب إنكار قيديّة «عَنْ تَرَاضٍ» ل «تِجَارَةً» و جه المناسبة: أنّ كفاية الرضا بعد العقد في حصول التجارة تناسب كون «عَنْ تَرَاضٍ» خبراً بعد خبر، إذ لو كان قيّداً ل «تِجَارَةً» اقتضى نشو التجارة عن

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 29، مجمع البيان، ج 2، ص 37.

ص: 484



تراض، وعدم كفاية التراضي المتأخر فيها. بخلاف كونه خبرا ثانيا ل «تكون» فإنه يدل على كفاية الرضا المتأخر كما هو مقتضى المحكي عن مجمع البيان.

(1) و هو «عَنْ تَرَاضٍ».

[1] قد عرفت أنّ جعل الظرف خبرا بعد خبر لا يرفع ظهور كلمة المجاوزة في نشو التجارة عن الرضا و تقدم الرضا عليها.

و تأييد عدم اعتبار تقدم الرضا عليها و كفاية الرضا المتأخر في صحة التجارة بالمحكي عن مجمع البيان، غريب، ضرورة أنّ ما في المجمع راجع إلى إسقاط الخيار بالفعل و هو التصرف كالأكل و الخياطة و غيرها من التصرفات، أو بالقول مثل «اخترت البيع» أو «أسقطت الخيار» و نظائرها كما يظهر ذلك في مسقطات خيار المجلس من تذكرة العلامة قدّس سرّه. «1» و من المعلوم أنّ التراضي بلزوم العقد و بقائه غير التراضي بأصل العقد و حدوثه، و هذا التراضي هو مورد البحث، دون التراضي بلزوم العقد. فجعل هذا التراضي مؤيدا للتراضي المبحوث عنه غير ظاهر الوجه.

و كيف كان فحقّ المقام أن يقال: إنّ الآية الشريفة لا تدلّ على بطلان عقد الفضولي لو لم تدل على صحته، و لو قلنا بدلالتها على الحصر من ناحيتي الاستثناء و القيد الوارد في مقام التحديد. و ذلك لأنّ التجارة على ما في مجمع البحرين كما تقدم في التعليقة (في ص 469) هو الانتقال الذي هو معنى اسم المصدر، و من المعلوم أنّ مجرد إنشاء العقد لا يوجب الانتقال، بل يتوقف على شرائطه التي منها رضا المالك. فالتجارة بمعنى الانتقال تقع عن الرضا.

فمعنى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً» إلّا أن تكون التجارة- أي انتقال المال- انتقالا عن تراض. فمعنى المجاوزة حقيقة محفوظ، إذ عقد الفضولي بنفسه ليس تجارة حتى

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 517.

**[الأول: النهي عن بيع ما ليس عنده]**

وَأَمَّا السَّنَةُ (1) فَهِيَ أَخْبَارُ:

منها: النبوي المستفيض، وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لِحَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ (2): «لَا تَبِعْ

---

ب: السنة، وهي أخبار الأول: النهي عن بيع ما ليس عنده

(1) هذا ثاني أدلة المبطلين لعقد الفضولي. والمراد بالسنة مطلق الروايات المعصومية لا خصوص النبويات. وقد استدل بهذه الأخبار وغيرها صاحب الحدائق «1» على بطلان بيع الفضولي، وأوردها في المقابس وناقش في كل منها، فراجع «2».

(2) الحكيم ك «أمير» و «حزام» ككتاب، هو وأبوه من الصحابة، وابنه حزام كذلك، كما عن القاموس. وهذا المضمون مروى عن طريقنا أيضا مثل ما رواه شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال:

«وَنَهَى عَنِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَنَهَى عَنِ بَيْعِ سَلْفٍ» (3).

قال في المقابس بعد نقل هذا المضمون: «قال الشيخ: وهذا نص في بطلان

---

يستشكل فيه بأن الرضا متأخر عنه، فلا يصدق على عقد الفضولي «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» بل التجارة على الفرض هي الانتقال الذي لا يتحقق إلا برضا المالك الحاصل بالإجازة.

فتلخص من جميع ما تقدم: أن الاستدلال بآية لا تأكلوا على بطلان عقد الفضولي غير سديد.

---

(1) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 386 الى 389.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 29 و 30.

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 375، الباب 7 من أبواب أحكام العقود، ح 5، رواه الصدوق بإسناده الصحيح عن شعيب بن واقد، وقريب منه الحديث 2 من نفس الباب، ورواه صاحب الوسائل أيضا في ص 266، الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث 12.

ما ليس عندك» (1) «1» (1) فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون (2) مساوقاً للنبويّ الآخر

---

بيع الفضولي» ثم تعجّب صاحب المقابس منه، فراجع (2).

(1) هذا النبويّ مروّي في كتب الفريقين من جوامع الحديث وكتب الاستدلالية (3) تقريب الاستدلال به - بعد البناء على الحجية من حيث الصدور - هو: أنّ المراد ليس هو الحضور المكاني قطعاً، لعدم اعتباره في صحة العقد، لكفاية مجرد إضافة الملكية في صحة العقد الوارد عليه، فلو كان بينه وبين ملكه مسافة بعيدة جاز بيعه بلا إشكال. فالمراد به عدم تملكه للمبيع، فمرجهه إلى النهي عن بيع ما لا يملكه، والنهي يقتضي الفساد، فبيع الفضولي فاسد، سواء باعه لنفسه أم لملكه.

فيكون مساق هذا النبوي مساق نبوي آخر، وهو «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك» بناء على قراءة «يملك» بصيغة المعلوم كما هو الظاهر من سياق الكلام، لعدم تعقل الطلاق قبل النكاح، حيث إنّه إزالة علاقة النكاح، ولا يعقل إزالتها قبل حصولها.

وأما بناء على قراءة «يملك» بصيغة المجهول فالرواية أجنبية عن المقام، لدلالاتها على عدم جواز بيع ما لا يقبل التملك كالطير في الهواء و السمك في الماء ونحوهما، وهذا المعنى أجنبي عن بيع مال الغير المملوك له.

(2) متفرع على قوله: «كناية عن عدم تسلطه .. إلخ» حيث إنّ محصّل «لا تبع

---

(1) سنن الترمذي، ج 3، ص 534، الباب 19، ح 1332، وفي مفتاح الكرامة: أنّه من الأخبار العامية، فراجع ج 4، ص 185.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 30.

(3) كما في الخلاف، ج 3، ص 168، كتاب البيوع، المسألة: 275، و تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462، السطر قبل الأخير، وفي ص 486، السطر 5.

ص: 487

«لا يبيع إلا فيما يملك» (1) بعد قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك» (1)، ولما (2) ورد في توقيع العسكري عليه السَّلام إلى الصَّفَّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (2).

---

ما ليس عندك» هو: لا تبع ما ليس ملكا لك. و المفروض عدم مالكية البائع الفضولي.

ونتيجة هذا القياس - من الشكل الأول - بطلان بيع الفضولي.

(1) بناء على قراءة «يملك» بصيغة الفاعل، لما مرَّ آنفا.

(2) معطوف على قوله: «للنبي» يعني: فيكون النبي المستفيض مساوقا لما ورد في توقيع العسكري عليه السَّلام: «أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليهما السَّلام في رجل له قطاع أرضين [أرض] فيحضر الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعث فلانا - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك؟ وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقر له بكلها. فوقع عليه السَّلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك».

وغير ذلك من الروايات الواردة بهذا المضمون عن الأئمة المعصومين عليهم السَّلام.

فدعوى تواتره المعنوي غير بعيدة، وهي كافية في حجية هذا المضمون وصحة الاستدلال به.

---

(1) مستدرک الوسائل، ج 15، ص 293 الباب 12 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح 5، و الموجود في المستدرک: «فيما لا تملك» بدل قوله: «إلا فيما تملك».

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 252، الباب 2 من أبواب عقد البيع، ح 1، رواه الصدوق و الشيخ قدس سرهما بإسنادهما الصحيح عن الصفار، فالرواية صحيحة.

## [الثاني: التوقيع النهائي عن ابتياع الضيعة بغير رضا مالكها]

و ما (1) عن الحميري «انّ مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: إنّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها، أو بأمره، أو رضا منه» (1).

الثاني: التوقيع النهائي عن ابتياع الضيعة بغير رضا مالكها

(1) يمكن أن يكون معطوفا على قوله: «للنبوي الآخر» والظاهر أنه معطوف على «النبوي المستفيض» يعني: ومنها: أي ومن الأخبار- ما عن الحميري- وهو «أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام: أنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان، فيها حصّة، وأكثرته ربما زرعوها وتنازعوا في حدودها، وتؤذيهم عمال السلطان، وتعرض في الكلّ من غلات ضيعة، وليس لها قيمة لخرابها، وإتّما هي بائنة منذ عشرين سنة، وهو يتحرّج من شرائها، لأنّه يقال: إنّ هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان. فإن جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا [صوابا] وصلاحا له وعمارّة لضيعة، وأنّه يزرع هذه الحصّة من القرية البائنة بفضل ماء ضيعة العامرة، وينحسم عن طمع أولياء السلطان: وإن لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله. فأجابه: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها أو بأمره أو رضى منه».

ومحصّل المسألة: أنّ لبعض أصحابنا ضيعة عامرة بجنب ضيعة خراب للسلطان، ولخرابها لا قيمة لها، وصاحب الضيعة العامرة يتحرّج من شرائها، لما يقال من أنّ هذه الحصّة من الضيعة كانت وقفا قديما، وأخذها السلطان. فإن جاز شراؤها من السلطان كان صلاحا، وإن لم يجز عمل بما تأمره به.

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 250، الباب 1 من أبواب عقد البيع وشروطه، ح 8، رواه محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري.

### [الثالث: النهي عن شراء الأرض إلا برضا أهلها]

و ما (1) في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد «في أرض بقم النيل (2) اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضنا، وأهل الأستان (3) يقولون:

هي أرضنا. فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها» (1).

### [الرابع: النهي عن شراء ما لا يملكه البائع]

و ما (4) في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل «في رجل اشترى من

وحاصل الجواب: عدم جواز الشراء من السلطان، لأنه لا مالك ولا مأذون من ناحيته. فتدلّ المكاتبة على عدم جواز الشراء من غير المالك والمأذون من قبله، والفضولي لا مالك ولا وكيل عنه ولا وليّ عليه، فيبطل بيعه.

الثالث: النهي عن شراء الأرض إلا برضا أهلها

(1) معطوف على «النبويّ المستفيض» أو على «للنبوي الآخر».

(2) عن القاموس: «النيل بالكسر قرية بالكوفة، و بلدة بين بغداد و واسط.

وقيل: إنّ النيل نهر يتشعب من الفرات ينتهي إلى دجلة بمسافة مراحل». و على هذا فالمراد بقم النيل صدر ذلك النهر و مبدؤه. و تقدّم في صحيحة أبي ولّاد كلام الأزهري حول هذه البلدة، فراجع «2».

(3) بالضم- كما عن القاموس و المجمع- أربع كور ببغداد، عال و أعلى و أوسط و أسفل. و في المجمع «و الكورة المدينة و الناحية، و الجمع كور، مثل غرفة و غرف» (3).

الرابع: النهي عن شراء ما لا يملكه البائع

(4) معطوف على «النبويّ المستفيض».

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 249، الباب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 3.

(2) هدى الطالب، ج 3، ص 482 و 483.

(3) مجمع البحرين، ج 3، ص 478.

ص: 490

امرأة من آل فلان (1) بعض قطائعهم (2)، وكتب (3) عليها كتاباً بأنه قد قبضت المال، ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه» (1).

### [المناقشة في دلالة السنة على بطلان بيع الفضولي]

و الجواب عن النبويّ (4) أولاً: أنّ الظاهر

(1) أي: آل عباس كما عن الكافي، قال في محكي الوافي: «فلان كناية عن العباس. وفي الكافي: من امرأة من العباسيين. و القطائع محالّ ببغداد كان أقطعها المنصور لأناس من أعيان دولته ليعمروها ويسكنوها. وإنما لم تملكها، لأنها كانت مال الامام عليه السلام».

واستفادة ملكية القطائع للإمام عليه السلام لعلها من التعليل ب «ليعمروها ويسكنوها» حيث إنّ الأرض الخربة ماله عليه السلام.

(2) جمع قطيعة، وفي المجمع «القطيعة محالّ ببغداد أقطعها المنصور .. إلخ» (2).

(3) يعني: وكتب ورقة مشتملة على أنّ المرأة البائعة قد قبضت الثمن، والحال أنها لم تقبضه، كما لعلّه المرسوم فعلاً، حيث إنّّه يكتب في الورقة: أنّ البائع قبض الثمن، مع أنّه لم يقبضه.

المناقشة في دلالة السنة على بطلان بيع الفضولي

(4) قد أجاب المصنف قدس سرّه عن الاستدلال بالنبوي الأول المروي عن حكيم بن حزام بوجهين:

الأول: الظاهر أنّ الظاهر المراد ب «ما» الموصول في «لا تبع ما ليس عندك»

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 249، الباب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 2، و الموجود في كثير من النسخ «الفضل» و لعلّ الصحيح كما في وسائل الشيعة هو «الفضيل» كما أثبتناه و المنقول عن التهذيب، محمّد بن القاسم عن فضيل، فراجع.

(2) مجمع البحرين، ج 4، ص 380.



هو العين الشخصية، للإجماع والنص على جواز بيع الكلّي مع عدم وجود شيء من أفرادها حين إنشاء البيع عنده، سواء أكان البيع حالاً أم سلفاً.

كما أنّ الظاهر كون المراد بالبيع في «لا تبع» هو البيع لنفسه. وجه الظهور - كما في التذكرة (1) - هو وروده في مقام الجواب عن سؤال الحكيم بن حزام عن أن يبيع الشيء، فيمضي ويشتريه، ويسلمه. فالمراد بالبيع في السؤال حينئذ هو البيع لنفسه، لا عن المالك. واشتراطه من المالك إنّما يكون مقدمة لتسليم المبيع إلى المشتري. وهذا لا ينطبق على المدعى وهو البيع للمالك، إذ مورد البحث فعلاً هو بيع الفضولي للمالك بدون سبق منع منه، بل ينطبق على المسألة الآتية، وهي: أن يبيع الفضولي لنفسه، ويكون دليلاً عليها.

وبعد البناء على ظهور المبيع في العين الشخصية، وظهور البيع لنفس الفضولي لا المالك نقول: إنّ دور أمر النهي بين أن يراد به مجرد إنشاء البيع. فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع البيع، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود عليه، لا لنفسه، ولا للمالك بعد إجازته، لأنّ هذا النهي للإرشاد إلى الفساد. فهذا الإنشاء من حيث نفسه - سواء أضيف إلى المخاطب البائع أم إلى المالك - فاسد لا يترتب عليه الأثر وإن إجازته المالك. والنبوي بهذا البيان دليل على بطلان عقد الفضولي وعدم نفوذ إجازة المالك.

وبين أن يراد بالنهي الإرشاد إلى الفساد من حيث وقوعه للبائع المرید لا شراء المبيع من مالكه، والنهي بهذا التقريب لا يدلّ على عدم وقوع البيع للمالك بعد إجازته. وهذا هو ظاهر النبويّ، فلا يدلّ على بطلان عقد الفضولي مطلقاً كما هو مراد القائلين ببطلان الفضولي.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462، السطر الأخير، وقريب منه في ص 486، السطر 7.

من الموصول (1) هي العين الشخصية، للإجماع والنص (2) على جواز بيع الكلّي. و من (3) البيع: البيع لنفسه

---

والحاصل: أنّ النهي إن كان إرشادا إلى فساد العقد من حيث نفسه كان دليلا على بطلان عقد الفضولي مطلقا. وإن كان إرشادا إلى فساد العقد- من حيث إضافته إلى العاقد البائع الذي يريد اشتراؤه من المالك- لم يدلّ على عدم وقوعه للمالك بإجازته. وهذا الشقّ الثاني هو مورد الرواية، لما عن التذكرة وسيجيء نقله إن شاء الله تعالى. وهذا البيع غير جائز من دون خلاف ظاهر فيه، للنهي وللغرر.

(1) وهو «ما» في النبوي: «لا تبع ما ليس عندك».

(2) أمّا الإجماع على صحة بيع الكلّي فيكفيه تسالمهم على صحة بيع السلم، وكذا بيع الكلّي حالًا. وأمّا النص فكصحيح عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرّجل يشتري الطعام من الرّجل ليس عنده، فيشتري منه حالا؟

قال: لا به بأس. قلت: إنهم يفسدونه عندنا. قال: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت:

لا يرون به بأسا، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل فليس عند صاحبه فلا يصلح. فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود [أحق] ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام- وليس هو عند صاحبه- حالا وإلى أجل» (1) الحديث.

ولا يخفى صراحة جوابه عليه السّلام في جواز بيع الكلّي، سواء أكان حالا بأن كان المتاع موجودا، أم كان سلفا كبيع الزرع قبل حصاده.

(3) معطوف على «من» يعني: أنّ الظاهر من البيع هو البيع لنفس الفضولي، لا- عن المالك الذي هو محلّ الكلام في المسألة الاولى، و هي أن يبيع الفضولي للمالك بدون سبق منع منه.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 374، الباب 7 من أبواب أحكام العقود، ح 1.

ص: 493

لا عن مالك العين (1).

و حينئذ (2) فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء (3)، فيكون (4) دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته (5).

وإما (6) أن يراد ما عن التذكرة

---

(1) كما هو المفروض، إذ مورد البحث هو المسألة الأولى من المسائل الثلاث أعني بيع الفضولي عن المالك بدون سبق منع منه.

(2) أي: وحين كون المراد من عدم جواز «بيع ما ليس عندك» هو البيع لنفسه لا للمالك، فإما .. إلخ.

(3) أي: بدون إضافة هذا الإنشاء إلى المالك أو العاقد، فهذا الإنشاء في نفسه منهى عنه، و النهي عن الإنشاء إرشاد إلى الفساد، لا إلى الحرمة، إذ لا مقتضى لحرمة التلقظ بلفظ «بعث» مع عدم كونه تصرفاً خارجياً ولا اعتبارياً في مال الغير حتى يشمل دليل حرمة التصرف في مال الغير.

(4) هذه نتيجة كون النهي متعلقاً بمجرد الإنشاء من حيث نفسه بدون إضافته إلى شخص.

(5) إذ المفروض عدم صلاحية الإنشاء الفاسد لترتب البيع المملك عليه، فلا يقع لأحد، من غير فرق فيه بين العاقد و المالك بعد إجازته. و قد تقدم توضيحه بقولنا: «أنه يدور أمر النهي بين أن يراد به مجرد إنشاء البيع .. إلخ» فقوله: «فإما» إشارة إلى الشق الأول.

(6) معطوف على «فإما» و هذا إشارة إلى الشق الثاني الذي مرّ آنفاً بقولنا:

«و بين أن يراد بالنهي الإرشاد إلى الفساد من حيث وقوعه للبائع المرید لا لشراء المبيع من مالكة» لا من حيث كونه إنشاء حتى لا يقع عن أحد حتى عن المالك بعد إجازته كي يكون دليلاً على بطلان الفضولي.

من أن يبيع (1) عن نفسه، ثم يمضي ليشتريه من مالكة، قال (2): «لأنه صلى الله عليه وآله وسلم ذكره جوابا لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه، فإن هذا البيع (3) غير جائز، ولا نعلم فيه (4) خلافا، للنهي (5) المذكور وللغرر (6) لأن صاحبها قد لا يبيعها» انتهى.

و هذا المعنى (7) يرجع إلى المراد من روايتي خالد و يحيى الآيتين في بيع

(1) أي: يبيع الفضولي عن نفسه، ثم يشتريه من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

(2) أي: العلامة قدس سره في التذكرة، قال: «لأنه صلى الله عليه وآله وسلم ذكره جوابا له- أي لحكيم بن حزام- حين سأله أن يبيع الشيء، ثم يمضي ويشتريه ويسلمه، والقدرة على التسليم موجودة إن أجازه» «1». وقال بعد أسطر: «لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها، و يمضي ليشتريها ويسلمها.. ولا نعلم فيه خلافا، لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع ما ليس عندك، ولا شتماله على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها».

و لم أظفر بنصّ العبارة المنقولة في المتن عن مفتاح الكرامة، ولعله نقلها بالمعنى، أو ظفر بها في موضع آخر من التذكرة أو جمع بين العبارتين المتقدمتين.

(3) وهو البيع لنفس الفضولي، ثم اشتراؤه من المالك.

(4) أي: في هذا البيع الواقع عن نفس الفضولي بحيث يكون الشراء مقدمة للتسليم.

(5) وهو «لا تبع ما ليس عندك» هذا هو الدليل الأول على بطلان هذا البيع.

(6) هذا هو الدليل الثاني على بطلان البيع المذكور، وغرريته إنما تكون لاحتمال أن لا يبيعها المالك، فيكون بيع الفضولي لنفسه غرريًا، و البيع الغرري منهي عنه.

و لو كان المشتري عالما بحقيقة الحال لم يقدم على هذا الشراء.

(7) وهو ما أفاده العلامة في التذكرة، و ذكره المصنف في المتن.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462، السطر الأخير، و الحاكي عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 186، و نقل مضمونه المحقق الشوشتري في المقابس، كتاب البيع، ص 30.

الفضولي لنفسه (1). و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليته (2) لتعقب الإجازة من المالك.

وبعبارة أخرى: نهى المخاطب (3) عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه (4)، فلا يدل (5) على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له. وهذا المعنى (6) أظهر [1] من الأول (7)

---

(1) يعني: مسألة «من باع شيئاً، ثم ملكه وأجاز» التي تأتي في شروط المجيز، وقد استدلّ بهما صاحب المقابس على اعتبار مالكية البائع للمبيع، وبطلان بيع ما لا يملكه. واحتمل هذا المعنى أيضاً عند مناقشته في بعض الأخبار المتقدمة، فقال في جملة كلامه: «وباحتمال أن يكون المراد بطلان بيع ما يملكه بعد العقد، بأن يبيع مال الغير عن نفسه، ثم يشتريه».

(2) يعني: فلا ينافي بطلان البيع - بمعنى عدم وقوعه للفضولي العاقد - أهليته لتعقبه بإجازة المالك، و وقوع البيع له.

(3) وهو نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكيم بن حزام، المتقدم في النبوي المذكور.

(4) أي: في حقّ العاقد الفضولي، لأنّه المخاطب في النبوي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

«لا تبع».

(5) أي: النهي المذكور في النبويّ المتقدم، و ضمير «الغائه، تنفعه» راجعان إلى البيع.

(6) أي: المعنى الثاني الذي ذكره العلامة قدّس سرّه، وهو عدم وقوع العقد مؤثراً في حقه.

(7) وهو الذي أفاده الشيخ قدّس سرّه بقوله: «فإنّما أن يراد بالبيع مجرد

---

[1] بل هو المتعيّن، ولا وجه لإرادة المعنى الأوّل، إذ لازمه اعتبار وحدة العاقد و المالك بمعنى اعتبار صدور إنشاء التمليك من المالك دون غيره، ولو من الوكيل و الولي، إذ مقتضى التعليل بالذاتي - وهو كونه إنشاء تمليك مال الغير - عدم تأثير إنشاء

و نحن نقول به (1) كما سيجيء .

و ثانيا (2): سلّمنا دلالة النبويّ على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب

---

الإنشاء .. إلخ». وجه الأظهرية ظهور النهي المتوجّه إلى المخاطب في عدم ترتب الأثر على فعله من حيث إنّه فعله، لا من حيث صيرورته فعلا للغير و هو المالك أيضا، فلا يدلّ إلا على عدم وقوعه عنه.

---

(1) أي: بما أفاده العلامة من عدم صحة البيع بالنسبة إلى خصوص المخاطب الفضولي، لا مطلقا و لو بالإضافة إلى المالك بإجازته.

(2) معطوف على قوله: «أولا» و ضمير «لكنّها» راجع الى «دلالة» و محصّل

---

غير المالك في الملكية. نظير تعليل عدم حجية خبر الواحد في بعض الموضوعات بكونه خبر واحد. و لا يصح حينئذ تعليل البطلان بأمر عرضي كالغرر و عدم القدرة على التسليم.

و عليه فلا يصار إلى الاحتمال الأوّل و هو عدم تأثير إنشاء الفضولي من حيث كونه إنشاء بيع مال الغير.

و منشأ هذا الاحتمال جعل مدخول النهي في النبوي طبيعة البيع و جنسه، و من المعلوم أنّ نفي الجنس يدلّ على نفي جميع أفراده.

و عليه فقوله: «لا تبع ما ليس عندك» ينفي كلا فردي البيع، و هما بيع الفضولي و المالك بعد الإجازة.

لكن هذا الوجه غير وجيه، لأنّ المقام ليس من موارد نفي الجنس، ضرورة أنّ مفاد «لا تبع» غير مفاد «لا بيع» فإنّ هذا التعبير لسان نفي الطبيعة، دون «لا-تبع» فإنّه لا-يدلّ إلا على نفي خصوص الإنشاء الصادر من الفضولي. و نفي آثار هذا الإنشاء بالنسبة إلى شخص المخاطب و هو الفضولي دون غيره و هو المالك، فإذا أجاز المالك صحّ إنشاء الفضولي، و ترتّب عليه الأثر، للعمومات كأحلّ الله البيع و غيره، لصيرورة عقد الفضولي

هذا الجواب الثاني عن النبوي المتقدم هو: أنه لو سلّمنا دلالة النبوي على فساد الإنشاء من حيث إنّه إنشاء بالنسبة إلى كلّ من الفضولي العاقد والمالك - حتى يكون دليلاً على بطلان الفضولي مطلقاً وإن أجاز المالك، كما هو مقصود القائلين ببطلان عقد الفضولي مطلقاً - قلنا: إنّ دلالة على بطلانه كذلك إنّما هي بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلة الدالة على صحة بيع ما ليس عند العاقد بإجازة المالك.

و المراد بتلك الأدلة هي الأدلة الخاصّة، كالتعليل في نكاح العبد غير المأذون من سيّده بعدم عصيان الله تعالى، وعصيان غيره يرتفع بالرضا. وصحيحة محمّد بن قيس الواردة «في وليدة باعها ابن سيّدها وأبوها غائب» الحديث. وقد تقدّمت في أدلة صحة الفضولي.

بسبب الإجازة عقد المالك، فتشمله عمومات الصحة.

[1] لا- يقال: إنّ النسبة بين أدلة صحة الفضولي وأدلة بطلانه عموم من وجه بناء على اختصاص الأخبار المانعة ببيع الفضولي لنفسه، لاختصاص المانعة ببيع الفضولي لنفسه، وأعميتها من أدلة الصحة، لشمولها للإجازة وعدمها. وأعمية أدلة الصحة لشمولها لبيع الفضولي لنفسه وللمالك. وأخصّيتها من الأدلة المانعة، لاختصاصها بصورة الإجازة.

فمورد اجتماعهما هو بيع الفضولي لنفسه مع إجازة المالك، فدليل الصحة يقتضي صحته، ودليل البطلان يقتضي بطلانه. وتقديم دليل الصحة ليس بأولى من تقديم دليل البطلان. والحكم ببطلان البيع لنفسه وإن أجاز المالك كما ذكره في بيع غاصبي الأموال.

فإنه يقال أولاً: بمنع اختصاص الأخبار المانعة بالبيع لنفسه، بأن يدعى أنّ ظاهر مثل «لا تبع ما ليس عندك» هو النهي عن بيع مال الغير، و أنّ هذا البيع لا يقع لنفس

لمالكة إذا أجاز (1).

وبما ذكرناه من الجوابين (2) يظهر الجواب عن دلالة قوله (3): «لا بيع إلا في ملك» فإنّ الظاهر منه (4) كون المنفي هو البيع لنفسه، وأنّ النفي راجع إلى نفي

---

(1) أي: أجاز المالك الذي باع الفضولي له، لا لنفسه.

(2) وهما المذكوران في عبارة المصنف بعنوان «و الجواب عن النبويّ أولاً ..

و ثانيا: سلّمنا دلالة النبويّ على المنع، لكنها بالعموم .. إلخ». و غرضه المناقشة في سائر الأخبار المستدل بها على فساد بيع الفضولي، فدلالة النبويّ الآخر «لا بيع إلا فيما يملك» مخدوشة بالوجهين المتقدمين في نهيه صلى الله عليه وآله وسلم لحكيم بن حزام.

(3) و هو النبويّ المتقدم «لا بيع إلا فيما يملك».

(4) أي: من هذا النبويّ، فإنّ ظاهره نفي البيع لنفس العاقد، حيث إنّه لا يملك البيع، لعدم كونه مالكا، يعني: أنّ فعله لا يفيد، و لا يترتب عليه الأثر الذي قصده من هذا الإنشاء. و أمّا نفي البيع عن غير العاقد الفضولي- و هو المالك- فليس مدلولا لهذا النبوي، فلا بأس بصحته للمالك مع الإجازة. و هذا أوّل وجهي المناقشة في دلالة

---

الفضولي، و ذلك لا يقتضي كون مورد الأخبار المانعة هو البيع لنفسه و بقصد كونه له، حتى تصير الأخبار من هذه الجهة أخصّ من أدلة الصحة، و تكون النسبة بينهما عموما من وجه.

و على هذا ترجع النسبة بينهما إلى الأعم و الأخص المطلق، فتخصّص الأدلة المانعة بأدلة الصحة، و تكون النتيجة بعد التخصيص صحة عقد الفضولي مع إجازة المالك، فلا يثبت مدّعى القائلين ببطلان عقد الفضولي و هو بطلانه.

و ثانيا: إنّ مقتضى القاعدة في تعارض العامّين من وجه هو التساقط، و الرجوع إلى عمومات الصحة.



الصحة في حقه (1) لا في حق المالك.

مع (2) أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

وأما الروايتان (3) فدلتهما على ما حملنا عليه

---

النبويّ الآخر على فساد بيع الفضولي.

(1) بمعنى الإرشاد إلى عدم ترتب التمليك الحقيقي على التمليك الإنشائي الصادر من الفضولي للعائد الفضولي، لا مطلقاً حتى للمالك مع الإجازة، وعدم وقوعه للعائد الفضولي يستفاد من قوله: «الا فيما يملك» إذ معناه «لا بيع إلا لمن يملك»، فالبيع يقع لمن يملك، ولا يقع لمن لا يملك كالفضولي، فإذا أجاز المالك وقع البيع له، لصدق وقوع البيع ممّن يملك عليه بعد الإجازة.

(2) هذا جواب ثان عن النبوي الثاني، ومحصّله: أنّه- على فرض تسليم عمومه لبيع الفضولي لنفسه وللمالك- لا بدّ من تخصيصه بما دلّ من الروايات على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. والمراد بتلك الروايات هو الروايات الخاصّة الدالة على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

(3) وهما روايتا يحيى و خالد الآتيتان في بيع الفضولي لنفسه، لا التوقيعان كما قيل. وقد ناقش المصنف قدّس سرّه في الاستدلال بهما بمنع الدلالة، وأنّهما في مقام النهي عن بيع ما ليس مملوكاً للبائع بأن يقع البيع لنفسه، ثم يمضي ويشتري المتاع من مالكه.

وهذا النهي لا ينافي ما تقدم في الخدشة في النبوي من الحكم بصحة بيع الفضولي للمالك بإجازته.

بل ادّعى المصنف قدّس سرّه أنّ روايتي يحيى و خالد أوضح دلالة على النهي عن بيع الفضولي لنفسه ما ليس مملوكاً له، ولا حاجة إلى حملهما على هذا المعنى كما حملنا النبويين المتقدمين على النهي عن بيع ما ليس عنده.

السابقين (1) أوضح (2). وليس فيهما (3) ما يدلّ - ولو بالعموم - على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز (4).

وأما الحصر (5) في صحيحة ابن مسلم والتوقيع (6)

ولعل وجه أوضحية الروايتين دلالة من النبيين هو: أنّ المنفي في النبيين ذات البيع و جنسه بمقتضى كلمة «لا» و المنفي في الروايتين هو وصف البيع من جوازه و مضيّه، و معلوم أنّ نفي الوصف أقرب إلى ملاحظته - بالنسبة إلى شخص دون آخر - من نفي الذات، لكونه أظهر في الإطلاق.

(1) و هما النبويّان المذكوران.

(2) تقدم وجه الأوضحية آنفاً.

(3) يعني: و لا - يدلّ شيء من هاتين الروايتين السابقتين - و لو بلسان العموم - على مقصود القائلين ببطان الفضولي من بطلانه و عدم وقوعه للمالك إذا أجاز، بل تدلّان على عدم وقوعه للفضولي، و لا دلالة فيهما بوجه على عدم وقوعهما مطلقاً حتى للمالك مع إجازته.

(4) أي: إذا أجاز المالك، و ضمير «له» راجع إلى المالك.

(5) سوق البيان يقتضي أن يقال: «و عن الحصر» ليكون معطوفاً على «عن النبي» في قوله: «و الجواب عن النبي» فالمناسب للتعبير ب «و أما الحصر» أن يكون مسبوقاً ب «أما الجواب عن النبي» حتى يعطف «و أما الحصر» عليه.

و كيف كان فالمراد بالحصر «لا تشتريها إلا برضا أهلها» الوارد في صحيحة ابن مسلم، و كذا قوله عليه السلام في مكاتبة الحميري: «انّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها، أو بأمره أو برضا منه».

و قد أجاب عن هذا الحصر بوجهين، سيأتي بيانهما.

(6) معطوف على «صحيحة» يعني: و أما الجواب عن الحصر الوارد في توقيع الإمام الحجة المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف، و جعلناه فداه .. فإنّما هو .. إلخ.

فإنّما (1) هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأسا (2) على ما يقتضيه السؤال فيهما (3). و توضيحه (4): أنّ النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد،

(1) جواب «و أمّا» و ضمير «هو» راجع إلى «الحصر» و هذا إشارة إلى الجواب الأوّل.

(2) يعني: أنّه في مقام اعتبار الرضا في الصحة، في مقابل انتفائه مطلقا من السابق و اللاحق. توضيح جواب الحصر في صحيحة ابن مسلم و التوقيع هو: أنّ النهي عن الاشتراء منحصر في الاشتراء الفاقد لرضا المالك رأسا من المقارن و المتأخّر. و لازمه صحة عقد الفضولي، إذ المفروض كونه واجدا لرضا المالك بعد العقد بالإجازة، فيكون الحصر في الصحيحة و التوقيع دليلا على صحة الفضولي، لا على بطلانه كما هو مرام القائل ببطلان الفضولي.

نعم يكون دليلا على بطلانه بناء على كون الاشتراء المنهي عنه خصوص الاشتراء غير المقارن للرضا، و أنّ هذا الإنشاء لا يصلح للتأثير و لو بعد لحوق الإجازة من المالك. فينحصر الإنشاء الموجب للتملك الفعلي في الإنشاء المقترن بالرضا حين صدوره. و هذا دليل على بطلان الفضولي.

و مع هذين الاحتمالين في الصحيحة و التوقيع لا يصح الاستدلال بهما على بطلان الفضولي، بمعنى عدم ترتب الأثر الفعلي عليه.

(3) أي: في صحيحة ابن مسلم و التوقيع، فإنّ السؤال - المتضمن لنزاع أهل الأرض و أهل الأستان في بيع الأرض الواقعة بقم النيل - يدلّ على عدم رضا المالكين رأسا بالبيع، بحيث لو استجزوا لما أجازوا، إذ لو كانوا راضين لطالبوا الثمن و تنازعوا فيه.

(4) أي: توضيح أنّ المراد بالحصر هو عدم رضا أهل الضيعة و الأرض رأسا، لا خصوص الرضا المقارن، فلا يشمل عقد الفضولي المتعقب بإجازة المالك. و استفادة

إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه، و من المعلوم أنّ عقد

كفاية الرضا المتأخر إنّما هي من إطلاق الرضا في قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «لا تشتريها إلا برضا أهلها» و من قوله عجل الله تعالى فرجه الشريف:

«لا- يجوز ابتياعها إلا من مالها» فإن إطلاق الرضا و الابتياح يدلّ على الرضا و الابتياح من المالك بأيّ نحو حصل، سواء كانا مقارنين مع العقد أم متأخرين عنه.

فعقد الفضولي الذي تلحقه الإجازة الكاشفة عن رضا المالك داخل في العقد الواقع عن رضا المالك و غير منهي عنه، إذ المفروض أنّ المراد بالمنهي عنه هو العقد الفاقد للرضا رأسا. و المراد ببطان عقد الفضولي هو عدم ترتب الأثر كالملكية الفعلية عليه ما لم يرض المالك به، لا عدم صلاحيته لترتب الأثر عليه بإجازة المالك.

و بالجملة: فمجرد النهي عن بيع الفضولي لا يدلّ على فساده مطلقا، بحيث لا يفيد الإجازة الكاشفة عن رضا المالك.

فمحصل أول وجهي الجواب: أنّ النهي عن البيع إلا برضا المالك إن كان دالّا على أنّ الإنشاء المملّك فعلا منحصر في الإنشاء المقارن لرضا المالك، فهو دليل على بطلان عقد الفضولي و إن أجاز المالك، إذ المفروض قصور الإنشاء في نفسه عن سببته للتتمليك و لو بعد الإجازة. و إن كان دالّا على بطلان الإنشاء الخالي عن الرضا مطلقا و إن تأخر عن العقد لم يدلّ على بطلان الفضولي، إذا لحقه الرضا.

و حيث إنّ الرضا مطلق و لم يقيّد بمقارنته للعقد فإطلاقه ناف لاعتبار خصوص الرضا المقارن. فالنهي حينئذ لا يدلّ إلا على اعتبار الرضا في الجملة و لو بعد العقد، فقبل الرضا لا- يتحقق النقل و الانتقال. فإطلاق «الباطل» على عقد الفضولي - كما في كثير من عبارات الأصحاب- صحيح باعتبار عدم ترتب الأثر الفعلي عليه، لكونه فاقدا لرضا المالك، فصحة عقد الفضولي قبل الإجازة تأهليّة، و بعدها فعليّة.

الفضولي لا- يترتب عليه بنفسه (1) الملك المقصود منه. ولذا (2) يطلق عليه «الباطل» في عباراتهم كثيرا، ولذا (3) عدّ في الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين- أعني شروط الصحة- كون العاقد مالكا أو قائما مقامه [1].

---

(1) أي: بدون رضا المالك، وقوله «الملك» فاعل «يترتب».

(2) أي: ولأجل عدم ترتب الأثر الفعلي- على عقد الفضولي بنفسه- يطلق عليه الباطل.

(3) أي: ولأجل إطلاق «الباطل» على عقد الفضولي- في كثير من كلمات الأصحاب- عدّ في الشرائع .. إلخ.

قال المحقق قدّس سرّه: «وأن يكون البائع مالكا أو ممّن له أن يبيع عن المالك كالأب والجدّ .. فلو باع ملك غيره وقف على إجازة المالك أو وليّه، على الأظهر» [1] وكلمة الباطل وإن لم ترد في الشرائع، إلّا أن اشتراط صحة البيع و ترتب الأثر عليه بكون البائع مالكا أو وليّا كاف في الاستشهاد بكلامه على أنّ المراد بالباطل ما لا- يترتب عليه الأثر فعلا، سواء لم يترتب عليه أصلا حتى بالإجازة كما هو رأي القائلين ببطان بيع الفضولي رأسا كالشيخ في الخلاف و المبسوط، و ابن إدريس قدّس سرّهما [2].

أم ترتب الأثر عليه بعد لحوق إجازة وليّ العقد كما هو رأي القائل بصحته.

---

[1] لا يخفى أنّ قوله عجل الله تعالى فرجه في مكاتبة الحميري «ان الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالکها أو بأمره أو رضا منه» ظاهر في صحة الفضولي، وذلك لأنّ العطف يقتضي المغايرة فإنّ عطف «الرضا» يدلّ على مغايرته للمعطوف عليه، فإنّ الرضا

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 14، ونحوه كلام العلامة في القواعد، ج 2، ص 18 و 19.

(2) الخلاف، ج 3، ص 168، كتاب البيوع، المسألة 275، السرائر، ج 2، ص 274.

ص: 504

وإن أبيت إلا عن ظهور الروایتين (1) في لغوية عقد الفضولي رأساً (2) ووجب تخصيصهما [1]

(1) وهما صحيح محمد بن مسلم و مكاتبة الحميري إلى وليّ الأمر و حجة العصر عجل الله تعالى فرجه. و هذا إشارة إلى ثاني وجهي الجواب عن الصحيحة و التوقيع الشريف. و محصل هذا الجواب هو: أنه لو سلمنا ظهور النهي فيهما في لغوية عقد الفضولي - بحيث لا يصلح الإنشاء ذاتاً للتأثير في ترتب الأثر المقصود عليه حتى بعد إجازة المالك - نقول بلزوم تخصيصهما بما تقدم من أدلة صحة الفضولي.

و عليه فلا يدلّ الحصر في صحيحة ابن مسلم و التوقيع على لغوية عقد الفضولي، بحيث يكون كعقد الغافل و النائم و نحوهما ممّن لا يتمشّى منه القصد إلى المدلول، مع بدهة تبعية العقد للقصد بل تقوّمه به.

(2) بأن يكون إنشاء الفضولي في نفسه غير قابل للتأثير في الملكية مثلاً و إن أجاز المالك.

في الابتاع عن المالك مباشرة أو بأمره المنطبق على وكيله أو مأذونه مقارن للعقد كما هو واضح. بخلاف عقد غير المالك و مأذونه و هو الفضولي، فإنّ رضا المالك بعقده متأخر عنه، و ليس مقارناً له. و مع ذلك جعل في المكاتبة ممّا يوجب صحة عقد الفضولي كصحة عقد المالك أو مأذونه، فإنّ غير المالك و مأذونه ليس إلاّ الفضولي. فالمكاتبة دليل على صحة عقد الفضولي، لا على بطلانه كما رامه القائل ببطلان عقد الفضولي.

[1] لا يخفى أنه - بناء على لغوية الإنشاء و عدم قابليته للتصحيح كلغوية عقد الساهي و النائم - لا وجه لتخصيصه بأدلة الصحة، لعدم صدق العقد و العهد عليه حينئذ.

فلا بدّ أولاً من إثبات عدم لغوية إنشاء الفضولي، و عدم كونه كعقد الغافل و النائم حتى تصل النوبة إلى دعوى التخصيص بأدلة الصحة كما لا يخفى، و عدم لغويته ثابت بأدلة صحة الفضولي، فالتخصيص في محلّه.

بما تقدّم من أدلّة الصحة (1).

و أمّا (2) رواية القاسم بن فضيل فلا دلالة فيها (3) إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك. وهذا (4) حق لا ينافي صحة الفضولي.

---

(1) وهي الأدلة الخاصة المتقدمة في أدلة صحة عقد الفضولي، لكونها دالّة على الصحة مع إجازة المالك، فهي أخصّ من أدلة بطلان الفضولي الدالة على بطلانه مطلقا وإن أجاز المالك، فهي أعمّ من أدلة الصحة، فتخصص بأدلة الصحة.

(2) الكلام في عطفه هو الكلام في عطف قوله: «و أما الحصر» المتقدم في (ص 501).

(3) محصل هذا الجواب المذكور في المقابس «1» أيضا هو: أنّ هذه الرواية تنفي الصحة الفعلية دون الصحة التأهيلية التي هي مورد البحث. توضيحه: أنّ جواز إعطاء الثمن من آثار الصحة الفعلية و لوازمها، و الرواية تنفيه، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، فالمنفي هو الصحة الفعلية. و لا ريب في أنّ القائلين بصحة الفضولي لا ينكرون عدم الصحة الفعلية، بل يعترفون بذلك، و إنّما هم يدعون الصحة التأهيلية.

فالمنفي في الرواية- و هو الصحة الفعلية- لا ينافي الصحة التأهيلية التي يدّعيها القائلون بصحة عقد الفضولي، فالرواية المذكورة لا تنفي الصحة التأهيلية الاقتضائية التي هي مورد البحث، حتى تكون دليلا على بطلان عقد الفضولي، بل تنفي غير ما يدّعيه القائلون بصحة عقد الفضولي. فالمثبت في كلام المثبتين- و هو الصحة التأهيلية- غير المنفي، و هو الصحة الفعلية عند النافين.

(4) أي: و عدم جواز إعطاء الثمن لا ينافي صحة عقد الفضولي اقتضاء و تأهلا، لما مرّ من أنّ جواز إعطاء الثمن من لوازم الصحة الفعلية، لا الاقتضائية التي هي مورد

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 30.

ص: 506

وأما توقيع الصفار (1) فالظاهر [1] منه نفي جواز البيع فيما لا يملك، بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم (2).

---

## البحث في الفضولي.

(1) و هو توقيع الإمام العسكري عليه السلام إلى الصفار «1» و هذه المناقشة مذكورة في المقابس و الجواهر أيضا، فراجع «2».

(2) يعني: لا يقع البيع للبائع الفضولي على وجه اللزوم كما يقع للمالك، فالمنفي هو البيع الواقع على وجه اللزوم المندرج في أفراد البيع في «أحلَّ اللهُ البَيْعَ» فذلك البيع اللازم لا يقع للبائع الفضولي.

---

[1] ظاهره كون عدم الجواز أعمّ من الفساد، إذ المفروض قابلية عقد الفضولي للصحة الفعلية بإجازة المالك، مع أنّ الفساد مساوق لعدم الجواز و النفوذ و الصحة، كما أنّ الجواز و النفوذ مساوقان للصحة.

فالأولى أن يقال: إنّ عدم الجواز إذا نسب إلى نفس العقد من حيث هو - و بعبارة أخرى من حيث هو إنشاء - فهو فاسد، و لا يصحّحه شيء. و الفساد بهذا المعنى مقصود القائلين ببطان عقد الفضولي، نظير البيع الربوي، و يبيع ما لا يملك كبيع الخمر.

و إذا نسب إلى من لا يملك كالفضولي، ثمّ تبدّلت هذه النسبة و أضيف العقد إلى المالك بإجازته، خرج العقد عن الموضوع المحكوم بعدم الجواز و عدم المضى. و عدم الجواز بهذا المعنى مراد في توقيع الصفار: «وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّ عدم الجواز فيه أضيف إلى بائع ما لا يملك. كما أنّ وجوب الشراء أضيف إلى مالك

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 252، رواه الشيخ بإسناده الصحيح عن محمّد بن الحسن الصفار، و قد روى عنه محمّد بن الحسن بن أحمد بن الوليد الذي روى عنه محمّد بن علي بن الحسين، فالسند صحيح.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 30، جواهر الكلام، ج 22، ص 284.



و يؤيدّه (1) تصريحه عليه السّلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك،

---

(1) يعني: و يؤيدّ ما ذكرناه- من أنّ الظاهر من توقيع الصّفار هو عدم وقوع البيع على وجه اللزوم للفضوليّ- قوله عليه السّلام في التوقيع المذكور: «وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّه يدلّ على أنّ المنفي هو البيع اللازم الوفاء، لأنّه بيع المالك، و الفضوليّ ليس بمالك، فالبيع اللازم منفيّ عنه، لا البيع الذي يصير بيعا للمالك بإجازته.

وبالجملة: فهذا التوقيع الشريف ينفي عن الفضوليّ البيع الذي يصحّ للمالك، و هو البيع الذي يترتب عليه النقل و الانتقال، و لزوم القبض و الإقباض. و من المعلوم أنّ القائلين بصحة الفضولي لا يدعون الصحة بهذا المعنى المعبر عنها بالصحة الفعلية، بل يدعون الصحة التي لا يترتب عليها النقل و الانتقال فعلا، و لا وجوب القبض و الإقباض. و هذا المعنى من الصحة غير منفي في التوقيع، و المنفي فيه هو الصحة الفعلية، و إنّما يترتب الصحة الفعلية على عقد الفضولي بعد إجازة المالك، لصيرورته حينئذ عقدا للمالك بقاء و إن لم يكن عقده حدوثا، إذ المفروض صدوره عن الفضولي.

---

المبيع. فالفساد في عقد الفضولي منسوب إلى العقد من حيث هو عقد لغير المالك، لا من حيث نفسه حتى لا يصلحه شيء و لو أجازه المالك.

و يؤيدّ إرادة عدم الجواز المنسوب إلى من لا يملك- لا إلى العقد نفسه- أنّ الأصحاب القائلين بصحة الفضولي مع إجازة المالك أطلقوا الباطل على عقد الفضولي، حيث إنّ مرادهم بالباطل هو عدم الاستقلال في التأثير، لا اللغوية كعقد الغافل و النائم.

فتلخص: أنّ شيئا من الروايات لا يصلح لإثبات بطلان الفضولي مطلقا و لو بإجازة المالك، بمعنى كون عقد الفضولي لغوا بحيث لا يصلحه شيء و لو كان إجازة المالك.

فلا دلالة (1) على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز.

وبالجملة: فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار (2) بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرّض فيها إلا لنفي وقوعه للعاقدة.

### ج: الإجماع

الثالث (3): الإجماع على البطلان، ادّعاه الشيخ في الخلاف (4) معترفا (5) بأنّ الصّحّة مذهب قوم من أصحابنا، معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم (6).

(1) يعني: فلا دلالة في التوقيع على عدم وقوع البيع للمالك إذا أجاز، وهذه نتيجة ما أفاده بقوله: «فالظاهر منه نفي جواز البيع .. إلخ».

(2) وهي النبويّان وتوقيع الإمام العسكري عليه السّلام ورواية الحميري وصحيحنا محمد بن مسلم ومحمد بن القاسم.

### ج: الإجماع

(3) هذا ثالث الأدلة الأربعة التي استدلّ بها القائلون ببطلان عقد الفضولي.

(4) قال في الخلاف: «مسألة: إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلا، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع، ويقف على إجازة صاحبه، وبه قال قوم من أصحابنا. دليلنا: إجماع الفرقة، ومن خالف منهم لا يعتد بقوله، ولأنّه لا خلاف أنّه ممنوع من التصرف في ملك غيره، والبيع تصرف .. إلخ» (1).

(5) حيث اعترف بقوله: «وبه قال قوم من أصحابنا».

(6) بقوله: «ومن خالف منهم لا يعتد بقوله».

(1) الخلاف، ج 3، ص 168، كتاب البيوع، المسألة 275.

و ادّعه (1) ابن زهرة أيضا في الغنية.

و ادّعى (2) الحلبي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب (3).

---

(1) أي: و ادّعى الإجماع السيد ابن زهرة بقوله: «اشترطنا ثبوت الولاية احترازا من بيع من ليس بمالك للمبيع ولا في حكم المالك له .. فإنه لا ينعقد وإن أجازته المالك، بدليل الإجماع الماضي ذكره ..» «1».

(2) قال في مسألة ما إذا غصب مالا لرجل فاتّجر به فربح، أو كان في يده مال أمانة أو وديعة أو نحوهما، فتعدّى فيها، و اتّجر وربح: «فلمن يكون الربح؟ قيل: فيه قولان .. و القول الثاني: أنّ الربح كله للغاصب، لا حقّ لربّ المال فيه. لأنّه إن كان قد اشترى بعين المال فالشراء باطل بغير خلاف. وإن كان الشراء في الذمة ملك المشتري المبيع و كان الثمن في ذمته بغير خلاف .. و هذا القول هو الصحيح الذي تقتضيه الأدلة و أصول المذهب» «2».

و الشاهد في قوله: «فالشراء باطل بغير خلاف» لظهوره في الإجماع على فساد الشراء بعين مال الغير.

(3) الاستدلال على بطلان الفضولي في المسألة الأولى - وهي بيع الفضولي عن المالك بدون سبق منع منه - بعدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب منوط بتسليم أمرين:

أحدهما: عدم الفرق بين الشراء و البيع.

ثانيهما: عدم الفرق بين الغاصب و غيره.

---

(1) غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ص 523، السطر 13 إلى 15.

(2) السرائر، ج 2، ص 415.

ص: 510

و الجواب (1) عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهاية- التي هي آخر مصنفاته على ما قيل - و أتباعهم على (2) الصحة. و إطباق المتأخرين عليه (3) عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين (4) «(1)».

---

و كلاهما محلّ التأمل، إذ من الأقوال التفصيل بين الشراء و البيع، بالبطلان في الأول و الصحة في الثاني. و من جملتها التفصيل بين البيع لنفسه، و منه الغاصب، و البيع للمالك، ببطلان الأول و صحة الثاني.

(1) محصّل الجواب: أنّ المفيد هو القطع بالإجماع، و ذلك ليس بحاصل مع ذهاب معظم القدماء و الشيخ بنفسه في النهاية إلى الصحة كما هو ظاهر. مع أنّ اللازم هو اتّفاق الكل على البطلان. و مع الغصّ عنه و تسليم الاتفاق المزبور يحتمل إرادة عدم الاستقلال من الباطل، كما ظهر ذلك من إطلاق الفقهاء «الباطل» على عدم الاستقلال بنفسه في التأثير.

و عليه فلا يدلّ الإجماع- على تقدير تحقّقه- على البطلان الذي أراده القائلون ببطلان الفضولي، إذ المحتمل أن يكون الإجماع ناظرا إلى منع الصغرى، و هي التصرف، لتوقّف صدقه على الإجازة التي هي بيد المالك فقط، إذ لم يصدر من المالك شيء، و إنّما صدر عقد من الفضولي.

(2) متعلق ب «ذهاب» كذا في نسخ الكتاب، و الأولى أن يقال: «إلى الصحة» ليناسب الذهاب.

(3) الأولى تأنيث الضمير، لرجوعه إلى الصحة، و قوله «إطباق» معطوف على «ذهاب».

(4) كالمحقق الأردبيلي قدّس سرّه.

---

(1) تقدمت مصادر أرباب الأقوال في ص 374 و 375، فراجع.

ص: 511

الرابع (1): ما دلّ من العقل [1] و النقل [2] على عدم جواز التصرف في

د: حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير بلا إذن منه

(1) هذا رابع الأدلة التي أقيمت على بطلان عقد الفضولي، و محصله: أنّ التصرف في مال الغير بدون إذنه ظلم في حق المالك، لتجاوز هذا التصرف عن حدود العدل و الإنصاف، و ذلك قبيح عقلا. و لا يرتفع هذا القبح بالرّضا اللاحق، لأنّ ما وقع لا يتغيّر عمّا وقع عليه، و القبيح لا يترتب عليه آثار الصحة إلّا مع تبدل الموضوع بصيرورة القبيح في مرحلة البقاء حسنا.

و بعبارة أخرى: هذا الدليل العقلي يثبت كبرى القياس، و هو قبح التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، و صغرى القياس هو صدق «التصرف» على مجرد إنشاء الفضولي، كما صرّح به الشيخ في الخلاف.

و نتيجة القياس حكم العقل بقبح بيع الفضول عقلا، و حرمة شرعا.

[1] الأولى أن يقال: ما دلّ من العقل على قبح التصرف في مال الغير إلّا بإذنه.

و بقاعدة الملازمة يستكشف الفساد شرعا، فلا حاجة إلى بيان رواية الاحتجاج.

[2] الأولى إسقاط «النقل» و إن كان هو مساعدا للعقل، إلّا أن الكلام في دليّة كل من الأدلة الأربعة باستقلاله، و مع الغصّ عن الآخر.

بل يمكن أن يقال: بعدم الوجه للاستدلال بالدليل العقلي هنا.

أمّا أولا: فالنّ العقل لا حكم له إلّا إدراك الحسن و القبح المترتبان على إدراك المصالح و المفاسد، و ليس له حكم وجوبي أو تحريمي حتى يستدلّ به على حكم تكليفي كالحرمة، أو وضعي كالبطلان في عقد الفضولي، فلا ينبغي التعبير بعدم الجواز كما في المتن، حيث قال: «على عدم جواز التصرف في مال الغير .. إلخ» بل المناسب التعبير بقبح التصرف. إلّا أن يراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لا الحكم التكليفي.

(1) لأنّ الفعل لا يتغيّر وصفه الذي كان ثابتاً له حين وقوعه، فإذا وقع بعنوان الظلم مثلاً لا يرتفع عنه هذا الوصف، ولا يقال: إنّ حدوثه لم يكن بصفة الظلم.

وأمّا ثانياً: فلائّه لا موضوع في عقد الفضولي لحكم العقل، ضرورة أنّ موضوعه التصرف، وهو إمّا خارجي أعني به المماسّة مع الشيء كالأكل واللبس والافتراش ونحوها، وإمّا اعتباري كالملكية.

وكلاهما مفقود في عقد الفضولي. أمّا الأوّل فواضح. وأمّا الثاني فلتوقفه على حصول إضافة الملكية القهرية بعقد الفضولي. ومن الواضح عدم تحققها بمجرد العقد، وعدم حصول إجازة المالك. فالتصرف الذي هو موضوع حكم العقل - بكلاً قسميه من الخارجي والاعتباري - مفقود في عقد الفضولي. ومع فرض عدم صدق التصرف عليه لا - يحكم العقل بقبحه حتى يحكم بقاعدة الملازمة بحرمة المقتضية لفساده. فالاستدلال على بطلان عقد الفضولي بحكم العقل الذي جعل رابع أدلة بطلانه غير واضح.

ثمّ إنّه - بعد الغضّ عن جميع ذلك، وتسليم حكم العقل بالقبح، واستكشاف حرمة بقاعدة الملازمة - لا نسلم دلالة هذه الحرمة على البطلان، بمعنى لغوية الإنشاء، وعدم صلاحيته للتأثير ولو بإجازة المالك. وذلك لأنّ فساده ناش من عدم إضافة العقد إلى المالك، وليس ناشناً من نفس العقد من حيث هو كبيع المصحف من الكافر، وبيع الربوي، حيث لا يقبل الصحة أصلاً.

وبالجملة: فلا يدلّ العقل على فساد عقد الفضولي كفساد البيع الربوي، ولو دلّ لكانت دلالته على حدّ دلالة السنّة على الفساد. وقد عرفت أنّ المراد بالفساد عدم الصحة الفعلية، لا عدم الصحة التأهيلية، فإنّ عدم الصحة الفعلية مسلّم عند الكل حتى عند القائلين بصحة الفضولي، حيث إنهم لا يدعون الصحة الفعلية، بل مصبّ النزاع بين المثبتين والنافين هو الصحة التأهيلية.

التصرف، ففي التوقيع المروي في الاحتجاج (1) «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه (1)». و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

و الجواب (2): أن العقد الواقع؟؟؟ على مال الغير متوقفاً لإجازته غير (3) قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه (4) [1].

---

(1) غرضه من ذكر التوقيع هو إثبات مساعدة النقل الذي أشار إليه بقوله:

«من العقل و النقل» لحكم العقل.

(2) محصل الجواب منع الصغرى و هي التصرف، فإن موضوع عدم جواز التصرف و الحكم الوضعي - أعني به الفساد - هو التصرف، و صدقه على عقد الفضولي للمالك بتوقع الإجازة من المالك ممنوع. و عليه فلا - موضوع للفساد، و لا لعدم الجواز التكليفي حتى يقال باقتضائه للفساد.

و بيان آخر: ليس عقد الفضولي عن المالك - بترقب الإجازة منه - تصرفاً في ماله، لا خارجياً و لا اعتبارياً كما مرّ مفصلاً. و حكم العقل بالقبح منوط بصدق الظلم على الغير، و هو موقوف على التصرف الذي هو مفقود هنا (2).

(3) هذا و قوله: «متوقفاً» حالان من «العقد» أي: الإنشاء حال كون المنشئ متوقفاً لإجازة المالك، و حال كونه غير قاصد لترتيب الأثر على إنشائه.

(4) ظاهره أن العقد بدون توقع الإجازة يكون تصرفاً في مال الغير، مع أنه

---

[1] في حاشية الفقيه السيد الطباطبائي قدس سره نفي العبد عن صدق التصرف على

---

(1) الاحتجاج، ج 2، ص 299، طبع مطبعة النعمان عام 1386، لكن في المصدر «لا يحل»، رواه في وسائل الشيعة عن إكمال الدين، ج 6، ص 376 و 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، ح 6

(2) هذا الجواب المذكور في جملة من الكتب كمفتاح الكرامة، ج 4، ص 186، السطر 4، مقابس الأنوار، ص 28، السطر 13، و جواهر الكلام، ج 22، ص 282.

ص: 514

نعم (1) لو فرض كون العقد علّة تامّة- و لو عرفا (2) [1]- لحصول الآثار

---

ليس كذلك، لأنّ صدق التصرف منوط بكون العقد سببا تامّا لحصول الملك قهرا للمشتري. وليس الأمر كذلك، بل هو موقوف على إجازة المالك، إذ خروج المال عن ملك مالكة قهرا من أقبح أفراد الظلم، فعقد الفضوليّ مطلقا- سواء أكان العاقد مترصّدا لإجازة المالك أم غير مترصّد له- ليس تصرفا في مال الغير حتى يكون قبيحا عقلا و فاسدا شرعا.

(1) استدراك على قوله: «ليس تصرفا» يعني: يمكن فرض كون عقد الفضوليّ تصرفا فيما إذا كان العقد علّة تامّة لحصول الأثر المقصود كالملكيّة مثلا.

(2) يعني: لا بالدقة العقليّة، فلو صدق عرفا كون العقد علّة تامّة لترتّب الآثار عليه- كما إذا تصدّى المالك بنفسه لبيع ماله- قلنا بجواز هذا الإنشاء، تبعا لجواز التصرف في مال نفسه.

---

عقد الفضولي الصادر عن جدّ، لا عن هزل «1».

لكن فيه: أنّ صدق التصرف عليه منوط بتبدل إضافة الملكية بهذا العقد، وذلك بدون إجازة المالك ممتنع، فإنّ الملكيّة تدور بين الوجود و العدم، و معلوم أنّها معدومة قبل إجازة المالك، فكيف يصدق التصرف على مجرد العقد؟

[1] لكن فيه: أنّ الصدق العرفي يعتدّ به ما لم يخطئه الشرع، و مع التخطئة لا يترتب عليه آثار التصرف. و بيع الغاصب المستقلّ مستلزم للتصرف الخارجي، لا أنّ نفس عقده تصرف.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 140.

ص: 515



كما في بيع المالك أو الغاصب (1) المستقل، كان (2) حكم العقد (3) جوازا و منعا حكم معلوله المترتب عليه [1].

ثم لو فرض (4) كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه [2] مثل

---

(1) يعني: أن إنشاء الغاصب المستقل الذي يبيع لنفسه قبيح و باطل، لكونه علّة تامّة عرفا لترتب القبض و الإقباض عليه.

(2) جواب قوله: «لو فرض».

(3) فعقد المالك جائز، لجواز معلوله، و عقد الغاصب المستقل ممنوع، لحرمة التصرف في المبيع المغصوب، لكنّه لا يكون تابعا لمعلوله جوازا و منعا بناء على عليّة العقد له، لكنه ممنوع.

(4) غرضه مع التنزل و تسليم كون عقد الفضولي تصرفا، لكنّه ليس من التصرفات الممنوعة، بل من التصرفات التي يستقلّ العقل بجوازها. و هذا من قبيل

---

[1] هذا متجه بناء على كون العقد سببا تامّا لترتب التصرفات الخارجية في العين قهرا و بدون الاختيار. لكنه ليس كذلك، فلا يسري حكم المعلول إلى العلّة و هي العقد، و العقد إنّما يكون تصرفا في لسان العاقد، لا في أحد العوضين حتى يحرم.

[2] فيه: أنّ مثل الاستضاءة بسراج الغير ليس تصرفا، و إنّما هو انتفاع بمال الغير، و الموضوع هنا هو التصرف، و من المعلوم أنّ عقد الفضولي ليس تصرفا في مال الغير، لا خارجيا و لا اعتباريا.

أمّا الأوّل فواضح. و أمّا الثاني فلتوقفه على إجازة المالك، فإن الملكية معدومة قبل إجازة المالك، و لا توجد إلّا بإجازته، فإنّها بسيطة، إمّا موجودة، و إمّا معدومة، و لا واسطة بينهما. كما أنّ عقد الفضولي ليس انتفاعا بمال الغير أيضا حتى يكون كالاستغلال بشجر الغير.

مع (1) [1] أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال، بناء (2) على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي.

مع (3) أن تحريمه لا يدل على الفساد.

مع (4) أنه

---

الاستتلال بجدار الغير أو شجره، أو الاستثناء بسراجه. فليست هذه التصرفات من التصرف القبيح بنظر العقل حتى يحكم بفساد عقد الفضولي، لكونه تصرفاً قبيحاً عقلاً.

(1) هذا جواب آخر عن قبح التصرف، بأن يقال: إن فرض قبحية عقد الفضولي أخص من المدعى، بمعنى عدم جريانه في جميع الموارد، كما إذا علم بقرينة حالية أو مقالية أن المالك يأذن في هذا البيع الفضولي، ومع هذا العلم لا يكون عقد الفضولي تصرفاً قبيحاً عقلاً حتى يكون فاسداً.

(2) يعني: أن فرض العلم بالإذن مبني على عدم كونه خارجاً عن عنوان الفضولي، إذ مع خروجه عنه موضوعاً يكون أجنبيّاً عن بحث الفضولي.

(3) هذا جواب آخر أيضاً عن الاستدلال على بطلان عقد الفضولي «بكونه تصرفاً قبيحاً عقلاً» و حاصله: أن قبح العقد عقلاً و حرمة شرعاً لا يدل على الفساد بمعنى لغوية العقد كعقد الساهي.

(4) هذا جواب آخر أيضاً، و هو: أنه- على فرض دلالة النهي على الفساد-

---

[1] فيه: أنه- بعد فرض كون عقد الفضولي تصرفاً في مال الغير بدون إذنه- لا ينفك عن القبح و لو مع العلم بإذن المالك فيما بعد، لصدق التصرف في مال الغير بدون إذنه على العقد غير المأذون فيه.

لو دلّ (1) لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه، وعدم استقلاله في ذلك. ولا ينكره (2) القائل بالصحة، خصوصا إذا كانت الإجازة ناقلة.

و ممّا ذكرنا (3) ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري (4) بناء على أنّ العقد

لا يراد بالفساد لغوية الإنشاء بحيث لا يترتب عليه الصحة الفعلية بإجازة المالك، بل المراد بالفساد هو عدم ترتب الأثر المقصود- وهو النقل والانتقال- على عقد الفضولي بنفسه، بل ترتبه عليه منوط برضا المالك وإجازته، والقائلون بصحة عقد الفضولي لا ينكرون الفساد بهذا المعنى.

(1) يعني: لو دلّ التحريم التكليفي على بطلان البيع لكان المراد ببطلانه عدم استقلاله في التأثير.

(2) يعني: ولا ينكر البطلان بهذا المعنى- وهو عدم ترتب الأثر على العقد بالاستقلال- من يقول بصحة عقد الفضولي، خصوصا بناء على ناقلة الإجازة، إذ لا أثر للعقد أصلا قبل الإجازة.

(3) أي: من كون المراد بالبطلان- المترتب على النهي التكليفي هو- عدم ترتب الأثر على العقد باستقلاله، ظهر الجواب عن فرض قبح عقد الفضولي المستتبع للفساد فيما إذا قصد الفضولي ترتب الأثر على عقده بالاستقلال من دون مراجعة المالك، فإنّ قبح هذا العقد عقلا يوجب النهي عنه، وهو مستلزم للفساد.

وحاصل الجواب: أنّ المراد بالفساد ما ذكر من عدم ترتب الأثر على العقد بنفسه، لا عدم ترتبه عليه مطلقا ولو مع إجازة المالك.

(4) الصواب تبديله ب«المالك». وقد تحصل من جميع ما أفاده المصنف قدّس سرّه في الجواب عن الدليل العقلي المذكور وردّه وجوه خمسة:

الأول: أنّ العقد على مال الغير بتوقّع الإجازة منه ليس تصرفا قبيحا و فاسدا، وهذا الجواب منع صغروي، وهو في غاية الجودة.

المقرون بهذا القصد (1) قبيح محرّم، لا نفس (2) القصد (3) المقرون بهذا العقد.

## [الاستدلال على بطلان البيع الفضولي بوجوه أخرى]

وقد يستدل للمنع (4)

الثاني: أنّ عقد الفضولي - بعد تسليم كونه تصرفاً - ليس من التصرفات القبيحة عقلاً بل من التصرفات التي يستقل العقل بجوازها كالاستئناء بسراج الغير.

لكن فيه ما عرفت من أنّ مثل الاستئناء بنور الغير ليس تصرفاً، بل هو انتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

الثالث: أنّه أخص من المدّعي الذي هو كون عقد الفضولي تصرفاً قبيحاً، إذ يمكن عدم قبحه في بعض الموارد، كما إذا علم بقرينة حالّة أو مقالّة إذن المالك ورضاه بالعقد.

لكن هذا الجواب لا ينافي الاستدلال على الفساد بنحو الإيجاب الجزئي.

الرابع: أنّه - بعد تسليم القبح الموجب للنهي - لا يدلّ النهي على الفساد.

الخامس: أنّه - بعد تسليم دلالة النهي على الفساد - ليس المراد بالفساد عدم ترتّب الأثر على عقد الفضوليّ مطلقاً حتى بعد الإجازة، بل المراد بالفساد عدم ترتّب الأثر عليه بعنوان كونه عقد الفضوليّ، لا مطلقاً، فإذا صار عقد المالك بالإجازة و خرج عن عنوان الفضوليّ ترتّب عليه الأثر.

(1) أي: قصد العاقد ترتّب الأثر على عقده بالاستقلال بدون إجازة المالك.

(2) معطوف على «أنّ العقد».

(3) حيث إنّ مورد الحسن و القبح اللذين يحكم بهما العقلاء هو الفعل الخارجي الذي تكون مصلحته حافظة للنظام و مفسدته مخلة بالنظام. و أمّا القصد النفساني الذي لا أثر له خارجاً في النظام فلا يتصف بالحسن أو القبح أصلاً.

الاستدلال على بطلان البيع الفضولي بوجوه أخرى

(4) أي: المنع عن صحة عقد الفضولي.

بوجوه أخر ضعيفة (1) أقواها: أنّ القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، و الفضولي غير قادر (2). وأنّ (3) الفضولي غير قاصد حقيقة (4) إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح به في المسالك (1).

---

(1) قد ذكرت تلك الوجوه في المقابس بعد بيان تمسكهم بالإجماع، قال: «الثاني:

أنّ العقود الشرعية موقوفة على الدليل، ولا دليل على أنّ عقد الفضولي من العقود المقررة في الشرع، وأنّه يقف على الإجازة، فوجب الحكم بفسادها».

وفيه: أنّه قد ثبت مما تقدم من أدلة صحة الفضولي أنّ عقد الفضولي صحيح تأهلاً، و تصير فعلية صحته بإجازة المالك.

وإن شئت الوقوف على سائر الوجوه فراجع المقابس، فإنّ المذكور فيها أزيد من عشرة أوجه (2).

(2) ولأجل اعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع حكموا ببطلان بيع العبد الأبق، حيث إنّ شرط القدرة على التسليم مفقود فيه، فبيع الفضولي لا بدّ أن يكون أولى بالبطلان، لفقدان الملكية للعائد، وعدم قدرته على تسليم المبيع فيه. وعلى هذا يقع البيع باطلاً. وهذا تاسع الوجوه المانعة المذكورة في المقابس.

(3) معطوف على «أنّ القدرة» وهذا وجه آخر لمنع صحة عقد الفضولي، وهو عاشر الوجوه المانعة المذكورة في المقابس. وينسب هذا الوجه إلى السيد بحر العلوم قدس سرّه قال في المقابس: «العاشر: أنّه يشترط في صحة العقد مقارنته لقصد المدلول، فإنّ العقود تتبع القصد، وهو منتف في الفضولي، لأنّه لا يتعلق إلا بالمقدور، والنقل غير مقدور له، فيمتنع قصده» (3) أي قصد مدلوله خارجاً.

(4) يعني: غير قاصد إلى تحقق مدلول اللفظ في الخارج، كالعقد الصادر من

---

(1) تقدّم كلامه في بيع المكره فراجع ص 166

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 27 و 28.

(3) المصدر، ص 28.

ص: 520

و يضعف الأول (1) - مضافا (2) إلى أن الفضولي قد يكون قادرا على إرضاء المالك - بأن (3) هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعا، بل يكفي تحقيقه (4)

المالك مع استجماع شرائط الصحة، فإنه يقصد وقوع ما ينشؤه من الملكية مثلا في الخارج، فالفضولي فاقد لهذا القصد، دون القصد الاستعمالي، فإنه حاصل في الفضولي قطعا، وإلا كان هازلا.

وكذا بيع المكره، فإنه قاصد لاستعمال الألفاظ في معانيها، لكنه غير قاصد لوقوع مدلول العقد خارجا، إذ لو لم يكن قاصدا لاستعمال الألفاظ في معانيها لم يكن عقدا، ولم ينفع الرضا اللاحق في صحته. وقد تقدم تفصيل هذا المطلب في أول بحث بيع المكره، فراجع (ص 157) وما بعده.

(1) وهو عدم قدرة الفضولي على التسليم وقد أجاب عنه المصنف قدس سره بوجهين:

أحدهما: أن هذا الدليل أخص من المدعى، وهو بطلان عقد الفضولي مطلقا، وفرض إمكان إرضاء المالك يوجب اختصاص البطلان بصورة عدم إمكان الإرضاء.

وثانيهما: أن شرطية القدرة على التسليم مختصة بالعاقد المالك، لا مطلق العاقد، وإلا كان عقد الوكيل في إجراء الصيغة فقط باطلا، لعدم قدرته على التسليم، فلو كان المالك المجيز قادرا على التسليم كفى في صحة البيع.

(2) هذا إشارة إلى الوجه الأول، وهو الأخصية.

(3) متعلق ب«ويضعف» وهو إشارة إلى الوجه الثاني الذي أوضحناه بقولنا:

«وثانيهما أن شرطية القدرة على التسليم .. إلخ».

(4) أي: تحقق الشرط، وهو القدرة على التسليم.

في المالك [1]. فحينئذ (1) يشترط في صحة العقد- مع الإجازة- قدرة المجيز على تسليمه، و قدرة المشتري على تسلمه، على ما سيجيء  
ء (2).

و يضعف الثاني (3) بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكره- لا أزيد منه- بدليل الإجماع على  
صحة نكاح الفضولي

---

(1) أي: فحين الالتزام بكفاية قدرة المالك على التسليم يشترط في صحة العقد قدرة المجيز- الذي هو من له العقد- على تسليم المبيع  
إلى المشتري.

(2) في بيان شرطية القدرة على التسليم في صحة البيع، لقول المصنف هناك:

«الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم».

(3) و هو كون الفضولي غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ، و محصل ما أفاده في الجواب عنه: أنّ القصد المعتبر في العقد هو استعمال  
اللفظ في المعنى في مقابل الألفاظ التي تصدر من الغافل و الساهي، إذ قصد استعمال الألفاظ منهما مفقود. و هذا القصد موجود في  
عقدي الفضولي و المكره، و لو لم يكن هذا القصد موجودا لم يكن عقدا حتى يصح بالإجازة في عقد الفضولي و بالرّضا في عقد المكره، و  
قد تقدّم في عقد المكره التزامهم بصحته لو كان الإكراه بحقّ، فراجع (ص 178).

---

[1] بل يمكن أن يقال: إنّ المعتبر هو القدرة في الجملة، فلو لم يكن المالك قادرا على التسليم و كان المشتري قادرا على التسلم- كما إذا  
كان المبيع في يد الغاصب، و لم يقدر البائع على استرداده، مع قدرة المشتري عليه- كفى في تحقق الشرط و صحة البيع.

ص: 522

وبيع المكره بحق (1)، فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك (2) للإجماع كما ترى (3).

---

(1) كما إذا أكره الحاكم الشرعي من يمتنع عن أداء دينه- مع تمكنه منه- على بيع بعض أمواله.

(2) أي: في كلّ من الفضوليّ والمكره.

(3) حاصله: أنّ مرجع هذه الدعوى إلى تخصيص قاعدة تبعيّة العقود للقصد في عقدي الفضوليّ والمكره بحق. و أنت خبير بأنّ هذا التخصيص لا- مورد له، لتقوم العقد بالقصد، و معلوم أنّ التخصيص إخراج حكمي لا- موضوعي، و عدم الحاجة إلى القصد إخراج موضوعي، إذ لا عقد حقيقة بدون القصد.

هذا تمام الكلام في المسألة الأولى.

ص: 523



## [المسألة الثانية بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك]

المسألة الثانية (1) أن يسبقه منع من المالك. و المشهور أيضا (2) صحته (3).

و حكي عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك. و يلوح إليه (4) ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي

---

المسألة الثانية: بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك

(1) و هي عقد الفضولي للمالك مع سبق منع المالك، و هذه المسألة هي ثانية المسائل الثلاث التي ذكرها المصنف قدس سره سابقا بقوله: «فهاهنا مسائل ثلاث».

(2) يعني: كالمسألة الأولى، فإن المشهور كما قالوا بصحة بيع الفضولي في المسألة الأولى، كذلك قالوا بصحته في هذه المسألة الثانية. خلافا لما نسب إلى بعض من الفساد في هذه المسألة، و نقل المصنف عن بعضهم وجهين له، ثم ناقش فيهما، و سيأتي.

(3) أي: صحة عقد الفضولي مع سبق منع من المالك. و عن ظاهر شرح القواعد اندارجه في الشهرة المدعاة و معاهد الإجماع.

(4) أي: ما عن فخر المحققين من أن بعض المجوزين لعقد الفضولي اعتبر في صحته عدم سبق نهى المالك. و اختاره في باب المضاربة بقوله: «لأنه عقد نهاه المالك عنه، و النهي المتقدم كالفسخ المتجدد في الابطال .. و النهي هنا يدل على الفساد .. إلخ» (1).

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 314.

ص: 524

«أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر» (1) بعد تضعيف السند على (1) «أنّه إن نكح بعد منع مولاه و كراهته فإنّه يقع باطلا» (2).

و الظاهر (2) أنّه لا فرق بين

(1) هذا و «بعد تضعيف» متعلقان ب «حمل النبوي» و ضمير «أنّه» راجع إلى «عبد» حيث قال بعد نقل استدلال جماعة من العامة بالنبوي المزبور: «و الحديث ممنوع، فإنّ أحمد بن حنبل قال: ذكرت هذا الحديث لأبي. فقال: هذا حديث منكر، و روه أيضا عن ابن عمر موقوفا عليه. سلّمنا، لكنه محمول على أنه نكح بعد منع مولاه و كراهته له، فإنه يقع باطلا. و ملك الغير لا يستلزم الفساد من أصله، فجاز أن يكون موقوفا كالفضولي».

و تعبير المصنف قدّس سرّه ب «يلوح اليه» مع اختصاص مورد كلام العلامة بنكاح العبد، مبني على عدم التنبيه على خلافه في البيع، فيتحد حكم النكاح و غيره.

و حاصل الحمل المذكور: أنّه إذا نكح العبد- بعد منع المولى- فنكاحه باطل. و لعلّ الوجه في هذا الحمل هو جعل العبد عاهرا، و ذلك يناسب نهى السيّد عن النكاح.

لكن فيه: أنّ عاهريّته إنّما هي لأجل الاستمتاع التي صدرت من العبد بدون إذن مولاه. و يكفي في حرمتها عدم الإذن، من دون إناطتها بنهي السيد، و بطلان عقد الفضولي. فالحمل المزبور غير ظاهر.

(2) لأنّ المناط في صحة العقد هو استقلال العاقد، و كونه وليّ أمر العقد، و ليس العبد مستقلا في أمره.

و هذا الاستظهار تّبّه عليه صاحب المقابس (3) أيضا. و لا ريب في أن التعدي

(1) سنن الترمذي، ج 3، ص 419-420، الباب 21، ح 1111-1112

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 588، السطر 18 و الحاكي لكلاميهما هو صاحب المقابس، كتاب البيع، ص 2

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 20.

النكاح وغيره. و يظهر (1) من المحقق الثاني، حيث جعل فساد بيع الغاصب نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا و هي الغصب.

من مورد الخبر- و هو نكاح العبد- الى بيع الفضولي منوط بإلغاء خصوصية العبد و النكاح حتى يكون نهي المالك مقتضيا لفساد بيع الفضولي. و العلامة قدّس سرّه صرّح في باب الوكالة بعدم جواز بيع الوكيل الذي نهى الموكل عن معاملة خاصة «1»، و لكنه لا يستلزم البطلان، لتصريحه بصيرورة الوكيل المخالف لما عينه عليه الموكل فضوليا، و أنّ عقده موقوف على الإجازة، و لا يبطل رأسا «2». و لازمه اختصاص الحمل المزبور بنكاح العبد، و لا سبيل لاستظهار اتحاد حكمه مع الفضولي الممنوع عن العقد.

(1) يعني: و يظهر ما حكي عن فخر المحققين- من توقف صحة عقد الفضولي على عدم نهي المالك- من المحقق الثاني أيضا، فليس القائل منحصرًا في العلامة و فخر المحققين. قال في جامع المقاصد: «و الأصحّ أنّ الفضولي موقوف غير باطل ..

و كذا الغاصب، أي: حكم الغاصب كالفضولي، و هو أصحّ الوجهين، و إن احتمل الفساد، نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا، و هي الغصب «3». بناء على إرادة عموم الحكم لما إذا باع الغاصب لنفسه أو للمغضوب منه حتى ينطبق على ما نحن فيه، و هو البيع للمالك مع نهيّه عنه.

لكنّك خير بما في النسبة، فإنّ صريح كلام المحقق الكركي: «و هو أصحّ الوجهين» إلحاق الغاصب مطلقا بالفضولي، و عدم بطلانه، و إنّما احتمل عدم الصحة، و لعلّ مورد البطلان بيع الغاصب لنفسه، لكونه الغالب، لا للمالك.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 125، السطر 38.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 125-127، قواعد الأحكام، ج 2، ص 360، كقوله: «و لو خالفه في البيع وقف على الإجازة».

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 69.

و كيف (1) كان فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيّل أنّ المستند في عقد الفضوليّ هي رواية عروة المختصّة بغير المقام (2).

(1) يعني: سواء تمّت نسبة البطلان إلى العلامة وغيره أم لم تتمّ، فهذا القول- وهو بطلان عقد الفضوليّ بسبق منع المالك- لا وجه له ظاهراً .. إلخ.

و غرضه الإشارة إلى ما اعتمد عليه القائل ببطلان بيع الفضوليّ المسبوق بنهي المالك، وهو ظاهر كلام الفاضل النراقي، فإنّه قدّس سرّه ألحق بيع الغاصب بالفضوليّ، سواء باع لنفسه أو للمالك «1»، ثم قال في فرع آخر: «فيعلم أنّ من يقتصر في دليل الخروج- أي عن أصالة بطلان بيع ما لا يملك- بخبر البارقي ونحوه يجب أن لا يصحّ عنده بيع الغاصب .. ويلزمه أيضاً عدم إفادة الإجازة في صحة الفضوليّ إذا ردّه المالك أولاً .. وفيما علم البائع الفضوليّ عدم رضا المالك حين العقد وإن جوّز الرضا بعد ذلك» «2».

و المقتصر على الاستدلال- بالأخبار- بخصوص خبر عروة هو مثل العلامة «3».

و يكون حاصل إشكال صاحب المستند عليه هو: أنّ مورد خبر عروة- الدال على صحة عقد الفضوليّ- مختص بصورة عدم النهي، بل مع رضا النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم بما صنعه عروة، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم له: «بارك الله في صفقة يمينك» فلا دليل على صحة الفضوليّ مع نهى المالك، فلا محيص حينئذ عن القول بالفساد، لأصالة الفساد التجارية في العقود.

و لا يخفى أنّ مقتضى التخيّل المزبور اختصاص صحة الفضوليّ بصورة رضا المالك.

(2) المراد بالمقام هو سبق نهى المالك.

(1) مستند الشيعة، ج 14، ص 278.

(2) المصدر، ص 279 و 280.

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 54، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 462 و 486 و ج 2، ص 127، التنقيح الرائع، ج 2، ص 25.

ص: 527

و أنّ (1) العقد إذا وقع منهياً عنه فالمنع (2) الموجود بعد العقد ولو أنا ما كاف في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقة، بناء على (3) أنّه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه (4) حكم بعضهم (5) بأنّه إذا حلف الموكل على نفي

---

(1) معطوف على «أنّ المستند» و حاصله: أنّ البطلان في صورة نهي المالك- و عدم إمكان تصحيحه بالإجازة اللاحقة- مبني على كفاية عدم الرضا الباطني في ردّ العقد، و عدم تصحيحه بإجازة المالك، و عدم حاجة الرد إلى الإنشاء.

(2) جواب الشرط في «إذا وقع» و جملة الشرط و الجواب خبر قوله: «ان العقد».

(3) هذا البناء يستفاد من عبارة الفاضل النراقي المتقدمة. مضافاً إلى دلالة حكم جماعة- في فرع الوكالة- عليه كما سيأتي قريباً.

(4) أي: ما يقتضي عدم اعتبار شيء في الردّ سوى كراهة العقد باطناً.

(5) كالمحقق و العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين، قال في القواعد: «فلو ادّعى المشتري النيابة، و أنكر الموكل قضي على المشتري بالثمن .. إلا أن يذكر في العقد الابتياح له، فيبطل» «1».

و قال المحقق الكركي في شرحه: «لو ادّعى المشتري لشيء أنّه وكيل لزيد في ذلك الشراء، و أنكر زيد- المدّعى عليه- الوكالة، حلف، و اندفع الشراء عنه ظاهراً، سواء اشترى بعين من نقد و غيره، أو في الذمة. لكن يستثنى من ذلك ما إذا ذكر في العقد الابتياح لزيد، فإنّه يبطل ظاهراً.. إلخ» و حاصل هذا الفرع أنّ عقد البيع يبطل- و لا يقع للموكل و لا للوكيل- فيما إذا صرح الوكيل بأنّه قصد الشراء لموكله لا لنفسه، و أنكر الموكل و حلف على نفي الوكالة.

هذا ما ذكره. و غرض المصنف قدّس سرّه من نقله الاستشهاد لمثل مقالة الفاضل النراقي قدّس سرّه من أنّ الردّ الموجود حال العقد كاف في بطلان بيع الغاصب، و لا حاجة

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 205، قواعد الأحكام، ج 2، ص 367، جامع المقاصد، ج 8، ص 293 مسالك الأفهام، ج 5، ص 300، مفتاح الكرامة، ج 7، ص 632.

الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأنّ الحلف عليه أمانة عدم الرضا (1)، هذا.

ولكنّ الأقوى عدم الفرق (2)، لعدم انحصار المستند حينئذ في رواية عروة (3)، وكفاية (4) العمومات. مضافا (5) إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمّد بن قيس «1».

إلى إنشاء ردّ جديد بعد العقد الذي أنشأه الفضول، كما أنّ إنكار الوكالة كاف في بطلان العقد الذي أنشأه الوكيل، ولا حاجة إلى إنشاء ردّ جديد، كما لا تنفعه إجازته بعد الإنكار لو أجاز الموكل عقد الوكيل.

(1) يعني: فمجرد عدم الرضا كاف في الردّ وانحلال العقد، ولا يحتاج الردّ إلى الإنشاء.

هذا كلّ في توجيه القول بالبطلان، وسيأتي الخدشة فيه، وتقوية صحة بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك.

(2) بين هذه المسألة- وهي عقد الفضولي مع سبق منع المالك- والمسألة السابقة، وهي عدم منع المالك، فحكمهما واحد وهو الصحة مع إجازة المالك.

(3) حتى يقال: إنّ موردها رضاه صلّى الله عليه وآله وسلّم، أو عدم النهي، فلا تدلّ على الصحة مع نهي المالك، فيحكم بفساده لأصالة الفساد.

(4) معطوف على «عدم انحصار» يعني: ولكفاية العمومات في الصحة، وهي الأدلة العامة كأوفوا بالعقود وأحلّ الله البيع ونحوهما. وهذا أوّل الوجوه على صحة بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك.

(5) هذا وجه آخر لصحة عقد الفضوليّ مع سبق منع المالك، ومحصّله: أنّ عدم الاذن يشمل النهي وعدمه. حيث إنّ الامام عليه السّلام لم يستفصل من سيّد الوليدة أنّه نهى ولده عن بيع الوليدة قبل مسافرتة أم لا، وترك الاستفصال يفيد عموم الحكم بإجازة المالك في كلتا صورتين نهي المالك قبل البيع وعدمه.

(1) المتقدمة في ص 388.

ص: 529

و جريان (1) فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه، مع ظهور المنع فيها (2) ولو بشاهد الحال بين الموالي و العبيد.

مع (3) أنّ رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد حينئذ (4).

لكن في استفادة العموم بترك الاستفصال هنا إشكال كما مرّ في التعليقة (في ص 395).

(1) بالجرّ معطوف على «ترك الاستفصال» و محصّ له: أنّ صحة نكاح العبد بدون إذن مولاه- بعد إجازة السيّد له- تدلّ بالأولوية على صحة عقد الفضولي في سائر الموارد، مع كون أمر النكاح ممّا أكّد فيه الاحتياط الشديد.

و الظاهر ابتناء هذا الوجه على تسليم أولوية البيع بالصحة من النكاح، كما عليه بعض على ما تقدّم (في ص 410) و إلّا فبناء على مختار المصنف من الخدشة في الفحوى لا يبقى مجال للاستدلال بها على صحة البيع الفضولي المسبوق بنهي المالك.

(2) الظاهر رجوع الضمير إلى «أدلة» لكن الأولى تذكيره، لرجوعه إلى «نكاح» لأنّ الحال تشهد بمنع المولى عبده عن التزويج بدون إذنه. و هذا أمر عادي خارجي، و أدلة النكاح واردة على هذا الأمر العادي المتعارف بين الموالي و العبيد، و ليس داخلا في الأدلة حتى ينسب إليها.

(3) هذه هي العمدة في استفادة صحة الفضولي مع نهي المالك، فإنّ التعليل بقوله عليه السلام: «بأنّه لم يعص الله، و إنّما عصى سيّده» يدلّ على كبرى كلّية، و هي: أنّ عصيان المخلوق يجبر برضاه، دون عصيان الخالق، فإنّه لا يجبر بشيء، فلا محيص عن لغويّته و عدم ترتيب أثر الصحة عليه، فإنّ هذه العلة بمنزلة العلة المنصوصة المنطبقة على جميع العقود التي تجري فيها معصية المخلوق كالبيع و غيره، فنهى المالك عن بيع ماله أو عدم رضاه به معصية ترتفع برضاه الحاصل بعد العقد.

(4) أي: حين إجازة السيد. و ضمير «إجازته» راجع إلى نكاح العبد.

مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له، من بيع مال اليتيم، والمغصوب (1)، ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال، الصريح (2) في منعه عمّا عداه (3).

وأما (4) ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنا ما، فلم (5) يدلّ دليل على

---

(1) قد يناقش فيه بأنّه لم يتقدم من المصنف شيء في المغصوب حتى يصحّ عطفه على مال اليتيم.

إلا أن يكون مراده من المغصوب ما ورد في رواية مسمع أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السّلام في الودعي الذي جحد الوديعة وأنّجر بها مدّة مديدة، ثم جاء بعد سنين إلى المودع برأس المال وبالريح، فقال له عليه السّلام: «خذ نصف الريح منه، وأعطه النصف وحلّله، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين» (1) بناء على أنّ قبول الريح إجازة للمعاملات الواقعة على المال في تلك المدة المديدة، فيكون من إجازة المغصوب.

ولا ريب في كون الوديعة غصبا بيد الودعي المنكر لها.

(2) صفة للموصول في «لما اشترط» وضمير «منعه» راجع إلى العامل.

(3) قد تقدّم الكلام في هذه الأمور وغيرها في أدلة صحة عقد الفضولي، وأنها خارجة عن عقد الفضولي، فراجع (ص 436 و 443 و غيرهما).

(4) هذا إشارة إلى ضعف ما استدللّ به القائل ببطان عقد الفضولي للمالك - مع سبق منع منه - بقوله قبل أسطر: «وأنّ العقد إذا وقع منهيّا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كاف في الرد .. إلخ» و محصل ما أفاده المصنف قدس سرّه في رده وعدم صلاحيته للمانع عمّا يقتضي صحة عقد الفضولي - مع سبق منع المالك - هو عدم الدليل على كفاية منع المالك الباقي بعد العقد ولو آنا ما في الرد حتى لا تنفعه إجازة المالك.

وبعبارة أخرى: مجرد عدم الرضا الباطني المستكشف من منع المالك لا يكفي في الردّ.

(5) جواب «وأمّا ما ذكره» وضمير «كونه» راجع إلى منع المالك.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 235، الباب 10 من أبواب الوديعة، الحديث 1، و تقريب الاستدلال بهذه الرواية المذكور في المقابس، ص 24، فراجع إن شئت الوقوف عليه.



كونه فسخاً لا ينفذ (1) بعده الإجازة.

وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم (2). ولو سلم (3) فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في (4) ردّ البيع وعدم تسليمه (5) له.

و مما ذكرنا (6) يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، وأن كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا تقدر في صحته إذا لحقه الإجازة [1].

---

(1) للإجماع المدعى على عدم تأثير الإجازة المسبوق بالرد، لزوال العقد بالفسخ، فلا يبقى شيء في وعاء الاعتبار حتى يتعلّق به الإجازة والإمضاء.

(2) يعني: أن ظهور عدم الرضا في الردّ ممنوع، لإمكان أن يكون غرضه مجرد نفي الوكالة عليه خاصّة وإن رضي به وأجازه.

(3) يعني: ولو سلم ظهور عدم الرضا في الرد، لكنّه ليس لأجل مجرد الكراهة الباطنية، بل الكراهة الباطنية التي أظهرت بالإقدام على الحلف، والكراهة الباطنية التي لا تجدي في الرد هي التي لم ينصب عليها مظهر.

(4) متعلّق بـ «ظهور».

(5) المصدر مضاف إلى الفاعل، أي: عدم تسليم الموكل لما أنكره من الوكالة في شراء شيء.

(6) يعني: من عدم كون مجرد الكراهة الباطنية ردّاً يظهر وجه صحة عقد المكره بالرضا اللاحق.

---

[1] قد عرفت أنّ المسألة عند القائلين بصحة الفضولي ذات قولين، أحدهما:

الصحة مطلقاً، وإن منع المالك عن البيع. و ثانيهما: صحته بشرط عدم المنع.

وتحقيق الحق يتوقّف على التكلم في مقامين: الأوّل فيما يقتضي صحة العقد، والثاني فيما يمكن أن يكون مانعاً عن الصحة.

أمّا المقام الأوّل فنفصيل الكلام فيه: أنّه تارة يستند صحة عقد الفضولي إلى العمومات، مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ونحوهما، إذ لا ريب في شمولها له بعد إجازة المالك الموجبة لإضافة العقد إلى المالك، ولا فرق في ذلك بين سبق منع المالك

وعدمه، إلا توهم مانعية الكراهة المقارنة للعقد وجدانا أو استصحابا المستكشفة من المنع. وسيأتي إن شاء الله تعالى في المقام الثاني بيان عدم مانعيته.

و اخرى تستند إلى الأدلة الخاصة كرواية عروة البارقي المتقدمة، وصحيح محمد بن قيس المتقدم. لكن خبر عروة ظاهر في رضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فتختص صحة عقد الفضولي بصورة رضا المالك، فلا بدّ من الاقتصار في الحكم بصحة الفضولي على صورة رضا المالك، مع عدم اقتصارهم عليها، فلا يكون دليلا على صحته مطلقا حتى يدلّ على الصحة ولو مع نهي المالك. ولو فرض عدم رضاه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لكنه لم ينه البارقي.

فعلى كلّ حال لا يكون خبر عروة دليلا على مسألة صحة عقد الفضولي مع سبق منع المالك. وصحيح محمد بن قيس لا يدلّ أيضا على الصحة في مسألتنا، لأنّ ظاهر قول أبي البائع: «إنّ وليدتي باعها ابني بغير إذني» هو عدم سبق النهي عن بيع الوليدة، وإلا كان الأنسب في مقام الاحتجاج ذكر النهي عن البيع، لأنّه أدخل في الإنكار والاحتجاج على عدم الصحة.

فدعوى «دلالة- باعها بغير إذني- على الأعم من النهي وعدمه» غير مسموعة، فإنّ مفهوم عدم الإذن عدمي، وهو نفي الترخيص. ومفهوم المنع وجودي وهو الزجر عن الوجود، فلا يتحد المفهومان حتى يدلّ أحدهما على الآخر وإن اجتمعا موردا.

كما أنّ دعوى دلالته على العموم بسبب ترك الاستفصال «حيث إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام بعد مخاصمة المالك الأوّل للمشتري لم يستفصل عن مالك الوليدة عند إرادة السفر أنّه نهى ابنه عن بيع الوليدة أم لا. وعدم الاستفصال يعمّ الحكم كلا القسمين، وهما صورتا نهي المالك وعدمه» غير ظاهرة، لأنّ ظهور قوله: «باعها بغير إذني» كما مرّ آنفا في عدم سبق النهي مانع عن التمسك بترك الاستفصال، لانصراف الجواب إلى ما هو ظاهر السؤال. ومع هذا الظهور لا مجال للتشبّث بترك الاستفصال على العموم الذي هو كالأصل بالنسبة إلى الدليل.

فترك الاستفصال يفيد العموم فيما يكون السؤال محتملا لمعنيين مختلفين حكما بحسب الاحتمال، كما إذا قال: «حكم المجتهد العادل نافذ» وكان الحكم محتملا للفتوى والحكم في الوقائع الجزئية، وفرض عدم ظهور الحكم في خصوص باب القضاء، فإنه يحكم بعموم الحكم لكل من الفتوى والحكم.

ثم إن ظهور قوله: «باعه بغير إذني» في عدم نهي المالك مستند إلى نفس اللفظ عرفا، لا إلى أمر عادي حدسي، فلا يقال: إن ظهور قوله: «بغير إذني» حدسي، ولا يوجب ذلك انصراف الجواب إليه. وعليه فدعوى التمسك بترك الاستفصال للعموم في غير محلها.

وبالجملة: فلا تدلّ صحيحة ابن قيس على صحة عقد الفضولي مع سبق نهي المالك، بل تدلّ على صحته مع عدم إذن المالك في البيع.

نعم لا بأس بالاستدلال على صحة عقد الفضولي للمالك - مع سبق منع منه - بالتعليل الوارد في نكاح العبد بدون إذن السيد، فإنّ الاستفادة منه أنّ النكاح لمّا كان بذاته ممّا شرّعه الشارع ولم يكن غير مشروع في نفسه - كنكاح المحارم الذي هو معصية الله تعالى - بل كان معصية للسيد، لكونه وليّ أمر نكاح عبده، و من المعلوم أنّ عصيان السيّد ممّا يمكن رفعه بإجازته ورضائه بعد كراهته، فلا مانع من صحته بإجازة السيد، سواء أكان مسبقا بنهي السيد أم لا، لأنّ نهييه لا يجعل النكاح غير مشروع ذاتا، بل غايته إناطة نفوذه بإجازته، ولا يوجب نهييه شيئا زائدا على حقّ سيادته الموجب لتوقّف نفوذ النكاح على إجازته.

نعم بناء على كون التّهي و الرضا الباطني ردّا للعقد - بحيث يكون مانعا عن لحوق الإجازة به و عن نفوذه بها - يسقط العقد عن قابليته للنفوذ بسبب الإجازة، و يصير لغوا.

لكن فيه كلام سيأتي في المقام الثاني إن شاء الله تعالى.

فتلخص من جميع ما ذكرنا وجود المقتضي لصحة عقد الفضولي مع سبق نهي المالك، فإن في العمومات وعموم التعليل في نكاح العبد كفاية في إثبات المقتضي للصحة في كل عقد مشروع بذاته، و منوط نفوذه برضا المخلوق وإجازته، فإن هذا التعليل كالعلة المنصوصة، فمقتضاها هو صحة كل عقد مشروع بذاته بإجازة من لإذنه أو إجازته دخل شرعا في نفوذه، سواء أكان نكاحا أم يبيعا أم صلحا أم غيرها من العقود.

و هذا التقريب غير الأولوية التي تقدمت في أدلة صحة عقد الفضولي حتى يرد عليها: أن الأولوية تقتضي كون البيع أصلا و النكاح فرعاً، و الحكم في الفرع- كالضرب- لا يستلزم ثبوته في الأصل و هو التأفيف. فيمكن أن يحرم الضرب دون التأفيف. و في المقام يمكن أن يصح بالإجازة النكاح الفضولي الذي هو الفرع، دون بيع الفضولي الذي هو الأصل. و قد مرّ سابقا الإشكال في هذه الأولوية.

لكن مع ذلك ليس المقام من هذا القبيل، بل من قبيل تعليل حرمة الخمر «بكونه مسكرا» في أن تعديّة الحرمة إلى سائر المسكرات ليست للأولوية، بل لأجل فرديتها لعنوان كليّ وقع في حيز الحرمة.

و الحاصل: أنّ تعليل النكاح بعصيان السيد من سنخ العلة المنصوصة، و الحكم ثابت في جميع العقود من باب انطباق الكليّ- الذي هو موضوع الحكم- عليها عرضاً، لا طولا حتى تصل النوبة إلى الأولوية. هذا تمام الكلام في المقام الأول.

و أمّا المقام الثاني- و هو البحث عن وجود المانع عن مقتضي صحة عقد الفضوليّ مع سبق منع المالك و عدمه- فمحصل الكلام فيه: أنّه يمكن أن يستند المانع عن صحة هذا البيع تارة إلى أنّه إذا كان الردّ بعد العقد مانعا عن صحته بالإجازة كان النهي عنه أولى بالمانعية، لأنّ الدفع أهون من الرفع.

و اخرى إلى: أنّ العقد مع النهي لا يضاف إلى المجيز بالإجازة، فكان النهي السابق

على العقد يمنع عن خصوص الارتباط عرفا بين المجيز و العقد كالرد.

وثالثة إلى: أن النهي يكشف عن الكراهة الباطنية المتخللة بين العقد والإجازة، وهذه الكراهة مانعة عن تحقق المعاقدة، كالكراهة المتخللة من المشتري بين الإيجاب والقبول في كونها مانعة عن حصول المعاهدة و المعاقدة، هذا.

وفي الجميع ما لا يخفى إذ في الأول أوّلا: منع الأولوية، لأنّ مانعية الرد تثبت بالإجماع، و المتيقن منه- لكونه ليّيا- هو إنشاء الكراهة بأمر خارجي من قول أو فعل، و ليس دليلا لفظيا حتى يؤخذ بإطلاقه الحاكم بتحقيق الردّ بالكراهة الباطنية المدلول عليها بالنهي السابق على العقد، الباقية إلى ما بعد العقد.

و ثانيا: كون الردّ عرفا كالفسخ في كون كلّ منهما حلاّ للعقد، غاية الأمر أن الرد في عقد الفضولي حلّ لصحته التأهيلية، و الفسخ حلّ لصحته الفعلية، إذ في موارد الخيار يفسخ ذو الخيار العقد الصحيح الفعلي، فلا يصدق الردّ إلّا على حلّ العقد الموجود، فقبل وجوده لا معنى لردّه أي حلّه.

و بالجمله: فالكراهة الباقية إلى زمان تحقق العقد لا تكون ردّا للعقد.

وفي الثاني: أن النهي لا يقطع الارتباط بين العاقد و المجيز، لما يرى كثيرا من نهي التجار للدّالين عن معاملة خاصة، و لكنهم يجيزونها بعد وقوعها لمصلحة، فلو لم يكن ارتباط بين المجيز و العقد لم يكن مورد للإجازة التي هي تنفيذ العقد الموجود.

وفي الثالث: عدم منعه عن حصول المعاقدة عرفا، لما يرى كثيرا من نهي التجار الدّالين عن معاملة خاصّة، و بعد وقوعها بمضمونها، لكونها مصلحة لهم.

و بالجمله: فالنهي لا يسقط عقد الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة به.

و يمكن تقريب المطلب بوجه آخر، و هو: أن المانع المتوهم إمّا أن يكون نفس النهي، و إمّا أن يكون المنكشف به، و هو الكراهة الباطنية. و على التقديرين إمّا أن تكون

المانعية لأجل صدق الردّ عليهما، وإما أن يكون لأجل عدم صدق العقد على هذا العقد المسبوق بنهي المالك. والأول وهو الردّ مانع، والثاني وهو عدم صدق العقد دافع.

وإما أن يكون لقطع الارتباط بين العقد والمجيز، فالأقسام ستة:

القسم الأول: أن يكون النهي مانعا، لكونه ردّا، والحكم فيه عدم صدق الردّ عليه، لأنّ الردّ كالفسخ حلّ للعقد وهدم له، غايته أنّ الفسخ حلّ للعقد المؤثر الفعلي، فإنّ الخيار ثابت له ورافع لأثره، والردّ حلّ للعقد المؤثر التأهلي، فلا بدّ أن يكون هناك عقد حتى يردّ عليه فسخ أو ردّ. ففي المقام لا وجود للعقد حتى يكون النهي ردّا له.

وبقاء النهي وجدانا أو استصحابا إلى أن بعد العقد وإن كان ممّا لا إشكال فيه، إلاّ أنّه لا دليل على كونه ردّا شرعا.

القسم الثاني: أنّ يكون النهي مانعا عن صدق المعاقدة والمعاهدة، فالنهي مانع عن تحقق الموضوع وهو العقد، وبدونه لا موضوع للإجازة، فالنهي في هذا القسم دافع، وفي القسم الأول رافع. والحكم في هذه الصورة كسابقتها، فإنّ العرف لا يساعد على دلالة النهي على كونه مانعا عن صدق العقد، فإنّ كثيرا من التجار ينهون الدّالين عن معاملات، وبعد وقوعها يمضونها لمصالح راجعة إليهم.

وكذا الحكم في القسم الثالث- وهو كون النهي قاطعا للارتباط بين العقد والمجيز- فإنّ العرف لا يساعده، بل العمل على خلافه.

القسم الرابع: أن يكون عدم الرضا الباطني مانعا، لكونه ردّا للعقد، والحكم فيه عدم الردّ، إذ المتيقن من الدليل اللبّي للردّ- أعني به الإجماع- هو الكراهة المبرزة بمبرز خارجي من قول أو فعل، كما هو المسلّم في الفسخ، فإنّ الكراهة النفسانية بدون المظهر الخارجي لا تكون فسخا ولا ردّا، وإلاّ لم يكن وجه لصحة عقد المكره برضاه بعد العقد.

ولو شكّ في كونها ردّا فلا مانع من استصحاب العقد.

---

القسم الخامس: أن تكون الكراهة الباطنية مانعة عن تحقق العقد، وبدون تحققه لا موضوع للإجازة والرد. والحقّ فيه أيضا عدم كونها مانعة عن صدق العقد كما في عقد المكره والمكره بالحق.

وكذا الحكم في القسم السادس، وهو انقطاع الارتباط بسبب هذه الكراهة بين المجيز والعقد كما هو المشاهد من أعمال العرف في معاملاتهم.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا: أنّ عقد الفضولي مع نهي المالك صحيح كالصورة الأولى، ونهي المالك وكراهته الباطنية لا يمنعان الصحة، والله العالم.

ص: 538

إشارة

المسألة الثالثة (1) أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة «1» في الإقالة بوضيعة (2).

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه

(1) وهي ثلاثة المسائل الثلاث التي ذكرها المصنّف قدّس سرّه بقوله: «فهاهنا مسائل ثلاث» وهذه المسألة هي: أن يبيع الفضولي لنفسه- لا للمالك- كما هو الغالب في بيع الغاصبين، و النادر في بيع غيرهم كمن يعتقد بكون المبيع ملكه. بل هو غير نادر أيضا كالبيوع الفاسدة المبنية على الأمارات كاليد و السوق، و الأصول كالاستصحاب و أصالة الصحة و غيرها، فإنّ البائعين في هذه الموارد يبيعون لأنفسهم باعتقاد ملكية المبيع لهم.

(2) تقدّم تأييد صحة بيع الفضولي بهذه الصحيحة، و موردها بيع الفضولي لنفسه باعتقاد كونه مالكا، مع عدم صدق الاعتداء و الغصب على يبعه، و ذلك لأنّ بائع الثوب يزعم جواز إقالة المشتري بوضيعة من الثمن فيقبله، ثم يبيع الثوب من

(1) تقدمت في ص 453.

ص: 539



شخص آخر بأزيد مما أقال به المشتري الأول، ففي هذا البيع الثاني تجتمع أمور:

أحدها: صدق «الفضولي» على البائع، لكون المبيع - وهو الثوب - باقيا على ملك المشتري الأول.

ثانيها: أنّ البائع الفضولي قصد وقوع البيع لنفسه حتى يتملك الثمن الزائد على مورد الإقالة.

ثالثها: عدم صدق «الغاصب» على هذا البائع، لجهله ببطان الإقالة، وزعمه تملكه للثوب مرة أخرى بقبول الاستقالة بوضعية، مع أن المفروض فسادها واقعا.

(1) أي: في بيع العاقد الفضولي لنفسه.

(2) كما في المقابس، حيث قال: «وقد أطلق كثير من الأصحاب أنه يقف على الإجازة كغيره. منهم العلامة في بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكرة و القواعد و غصبهما، و الشهيد و السيوري و الصيمري و الكركي. و اختاره فخر الإسلام بناء على صحة الفضولي، و هو قضية إطلاق الباقيين و اللازم من فتاواهم في مسألة ترتيب سلسلة العقود على أحد العوضين» «1».

و هنا قولان آخران:

أحدهما: عدم الصحة مطلقا.

و الثاني: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن إدريس، فإنّ المحكي عنه نفي الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا كان بعين المغصوب.

بل هنا تفصيل آخر منسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين، و هو التفصيل بين علم المشتري بالغصبية و جهله بها. فالأقوال في المسألة أربعة: الصحة

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 31.

للعومات المتقدمة (1) بالتقريب المتقدم. وفحوى (2) الصحة في النكاح، وأكثر ما تقدم من المؤيّدات (3)

---

مطلقا، و البطلان كذلك، و هذا التفصيلان.

(1) و هي العمومات الأولى ك أوفوا بالعقود و آية تجارة عن تراضي وغيرهما.

(2) و هي الأولوية المستفادة من الروايات الواردة في نكاح الفضولي في الحرّ و العبد «1» إذ يستفاد منها قابلية البيع الفضولي للصحة الفعلية بالإجازة، و لا فرق فيها بين أن يقصد الفضولي وقوع العقد للمالك كما هو مفروض المسألة الأولى، و بين أن يقصد وقوعه لنفسه كما في هذه المسألة الثالثة.

(3) تقدمت هذه المؤيّدات في المسألة الأولى بقوله: «ثم إنّه ربما يؤيّد صحة الفضولي - بل يستدل عليها- بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة .. إلخ» فراجع (ص 427) و ما بعدها.

و التعبير «بالأكثر» هنا من جهة ظهور بعض تلك المؤيّدات في أنّ قصد الفضولي إنشاء البيع لنفسه، لا للمالك، كما في صحيحة الحلبي الواردة في مسألة بيع الثوب. و كذا ما ورد في الودعي الذي جحد الوديعة و اتّجر بها، ثم جاء بعد مدّة بالربح و برأس المال و استحلل من المودع، لظهوره في كونه قاصدا- في تلك المدّة- لوقوع المعاملة لنفسه و تملكه للثمن.

و أمّا غير هذين الموردين فمقتضى إطلاقها صحة بيع الفضولي بالإجازة، سواء قصد وقوع البيع لنفسه أو للمالك، كما في الاتجار بمال اليتيم، و مخالفة العامل لما عينه ربّ المال في عقد المضاربة و نحوهما.

---

(1) تقدمت روايات المسألة في ص 407-408، فراجع.

ص: 541

مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة (1).

ولا- وجه للفرق بينه (2) وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلا وجوه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة (3) [1].

(1) المتضمنة لبيع الوليدة بدون إذن سيدها، لاحتمال انطباقها على المقام، وهي بيع الفضولي لنفسه لا للمالك، فإنّ إقدام الولد على بيع الوليدة في غيبة أبيه- وبدون إذنه- يكون قرينة على قصد تملكه للثمن والتصرف فيه.

كما يحتمل الإطلاق، يعني: سواء قصد الولد البيع لنفسه أم لأبيه.

وعلى كلّ من الاحتمالين يكون مناط الاستدلال بهذه الصحيحة ظهور كلامي الإمامين الأمير والباقر عليهما السلام في أنّ للمالك إجازة العقد الواقع على ماله، سواء أكان قصد العاقد وقوعه للمالك كما كان في المسألة الأولى، أم لنفسه كما في المسألة الثالثة.

(2) أي: بين بيع الفضولي لنفسه- الذي هو مورد البحث- وبين ما تقدّم من بيع الفضولي للمالك. فكما تمّ مقتضى للصحة في المسألة الأولى، فكذا في المقام. نعم لا بدّ من دفع ما يحتمل كونه مانعا عن الصحة، وهو وجوه خمسة سيأتي بيانها.

(3) وهي الصور الثلاث التي ذكرها المصنّف قدّس سرّه في تصوير عقد الفضولي، من بيع الفضولي للمالك مع سبق نهي من المالك، و من يبيعه للمالك بدون سبق نهي منه، و من البيع لنفسه.

[1] ينبغي التكلم هنا في مقامين أيضا: الأول في وجود المقتضي للصحة وعدمه، والثاني في وجود المانع وعدمه.

أمّا المقام الأوّل فمحصله: أنّه لا قصور في شمول العمومات المتقدمة مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ونحوهما لعقد الفضولي لنفسه.

مضافا إلى صحيحة محمد بن قيس المتقدمة (في ص 388) الدالة بترك

منها (1): إطلاق ما تقدّم من النبويين «لا تبع ما ليس عندك» و«لا يبيع إلا في ملك»

و الوجوه المذكورة خمسة. و المختص منها ببيع الغاصب هو الثاني و الثالث و الرابع، و الوجه الأوّل إن قيل بإطلاق النهي فيه- سواء قصد الفضولي الإنشاء للمالك أم لنفسه- فهو من الوجوه العامة لبطلان بيع الفضولي في المسائل الثلاث. و إن قيل بتقييد الإطلاق و اختصاص مورد النهي بالبيع لنفسه كان مختصاً بهذه المسألة الثالثة. و الوجه الخامس جار في المسائل الثلاث، و هو ما سيأتي نقله عن العلامة قدّس سرّه في (ص 576): «لوبياع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فأشكال، ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد» (1) بتقريب: أنّ المشتري الجاهل بفضولية العاقد- سواء باع للمالك أم لنفسه- قاصد لتمليك الثمن للفضولي، لا للمالك المثلث، فيحصل التخلف في القصد (2).

(1) أي: و من تلك الوجوه التي ذكرت مانعة عن صحة بيع الفضولي لنفسه.

و حاصل هذا الوجه هو: أنّ إطلاق النبويين المذكورين يشمل بيع الفضولي لنفسه كما يشمل بيعه لغيره، فإنّ النهي عن بيع مال الغير- و كذا عدم صحة بيع مال الغير- مطلق يشمل كليهما.

الاستفصال على بيع الفضولي لنفسه، فإنّ قول السيد: «وليدتي باعها ابني بغير إذني» يشمل بيع الابن الوليدة لنفسه أو لوالده الذي هو مالك الوليدة.

و هذه الصحيحة تدل على صحة الفضولي في هذه المسألة الثالثة و المسألة الاولى و هي بيع الفضولي للمالك بدون سبق منع منه، دون المسألة الثانية و هي بيع

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463

(2) تقدم مصدرهما في ص 486 و 487، فراجع.

وقول المصنف: «بناء على اختصاص مورد الجميع .. إلخ» يراد به وجه الفرق بين هذه الصورة- وهي بيع الفضولي لنفسه- وبيع الفضولي للمالك. وحاصل وجه الفرق هو: أن إطلاق النبيين وإن كان مقتضيا لبطلان البيع في كلتا صورتين وعدم وقوعه، لا عن المالك ولا عن الفضولي. إلا أن إخراج عدم وقوعه للمالك عن الإطلاق- والبناء على وقوعه له- بما دلّ على صحته له لا محذور فيه. بخلاف إخراج

الفضولي للمالك مع سبق منع منه، لما مرّ من عدم شمول الصحة لها.

وإلى: عموم التعليل الوارد في نكاح العبد والحرّ، وهو عدم عصيان الله تعالى، إذ المستفاد منه هو: أن المدار في الفساد على عصيانه سبحانه وتعالى، وكون العقد جاريا على خلاف القانون الإلهي. وليس مناط فساد العقد ضياع حقّ الخلق وعدم رعايته، فإذا أجاز صاحب الحقّ نفذ العقد وصحّ.

وأما المقام الثاني- وهو وجود المانع عن صحة عقد الفضولي لنفسه وعدمه- فقد ذكر المصنّف قدّس سرّه فيه وجوها:

منها: النبوّان المذكوران في المتن. وأول الإشكال عليهما هو ضعف السند، لأنّهما نبويّان عامّيان، ولم يظهر استناد الأصحاب إليهما.

ومنها: كون منع المالك حين إنشاء الفضولي للعقد وبقائه بعد العقد آنا ما مانعا عن صحته وردّا له.

وجوابه: أنّ هذا المنع لا يكون ردّا للعقد، لعدم دليل شرعا على كونه ردّا، ولا مانعا عن انعقاده، لعدم مساعدة العرف عليه، إذ لو أجازته المالك صحّ العقد وترتّب عليه الأثر، ولو لم ينعقد العقد لم يكن مورد للإجازة. ولو شك في ردّه بعد انعقاده فلا مانع من استصحابه و صحته بإجازة المالك.

بيع الفضولي عن الإطلاق المزبور، و البناء على صحته، لاستلزامه إخراج المورد عن الإطلاق، وهو غير صحيح. وهذا هو الفارق بين هاتين الصورتين.

وبعبارة أخرى: أنّ مفاد «النهي عن بيع ما ليس عندك» بطلان بيع غير المالك، سواء باع هذا الغير للمالك أم لنفسه، فاليبيع الفضولي فاسد مطلقاً. إلا أنه لا سبيل للأخذ بهذا الإطلاق، لما تقدم في المسألة الأولى من وجود المقيد، وهو أدلة صحة البيع الفضولي ووقوعه للمالك المجيز، و حينئذ لا بدّ من رفع اليد عن هذا النبوي بأحد وجهين: إمّا بالالتزام بالصحة مطلقاً، وإما بالتفصيل بالالتزام بالصحة فيما لو باع للمالك، وبالفساد فيما لو باع لنفسه.

و المتعین هو الوجه الثاني، وذلك لأنّ مورد النهي في رواية حكيم بن حزام هو بيع مال الغير لنفسه على ما مرّ في المسألة الأولى. فلو قلنا بصحة بيع الفضولي القاصد لوقوعه للمالك و بفساد فرد آخر من بيع الفضولي وهو المقصود ووقوعه لنفسه لم يلزم محذور. وهذا بخلاف ما لو قلنا بصحة بيع الفضولي مطلقاً حتى بقصد وقوعه لنفسه، فإنّه يستلزم خروج المورد- وهو البيع لنفسه- عن إطلاق النهي عن بيع ما ليس عندك. وقد تقرّر في الأصول امتناع إخراج المورد عن الدليل.

و وجه الاستلزام واضح، ضرورة اقتضاء أدلة الصحة ترتب الأثر على مطلق البيع الفضولي بإجازة المالك سواء باع لنفسه أم للمالك، و المفروض كون مورد النبوي النهي عن بيع شيء لنفسه لم يملكه بعد.

و بهذا يتجه الاستدلال بالنبوي على فساد بيع الفضولي لنفسه، عملاً بالنهي في مورده، و الاقتصار في الصحة على ما لو قصد وقوعه للمالك.

(1) ظاهر كلمة «بناء» توقف الاستدلال بالنبوي على اختصاص مدلوله ببيع الفضولي لنفسه، بحيث لو قيل بشمول إطلاق النهي للبيع للمالك لم يصح الاستدلال به

بيع الفضولي لنفسه (1).

و الجواب عنه يعرف مما تقدم «1» من: أن مضمونها (2) عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك، بلا تعرض فيهما لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

---

على المقام و هو بطلان بيع الفضولي لنفسه. مع أنّ هذا الظاهر غير مراد قطعا، لكفاية إطلاق النهي في الحكم بالفساد سواء باع لنفسه أم للمالك.

فالصحيح- كما أفاده السيد قدس سرّه «2»- عدم إرادة هذا التوقف، بل المراد اختصاص النبوي ببيع الفضولي لنفسه، لكونه مورده. و إطلاقه لما إذا باع للمالك أو لنفسه مقيّد بأدلة الصحة في ما لو باع للمالك.

و الحاصل: أن للنبوي تقديرا واحدا و هو الاختصاص بالبيع لنفسه، فليس له تقديران حتى يكون على تقدير إطلاقه أجنبيا عن المدعى، و على تقدير اختصاصه دليلا عليه.

(1) كما في خبر حكيم بن حزام: «لا- تبع ما ليس عندك» فإنّ مورد هذا النبوي- كما في التذكرة- هو: أن يبيع الفضولي عن نفسه، ثم يمضي ليشتره من مالكة. و كذا النبوي الآخر: «لا يبيع إلا في ملك» لوقوعه في سياق تطبيق منكوحة الغير عنه أو عتق مملوك الغير عنه، فيكون ظاهرا في البيع لنفسه.

(2) أي: مضمون النبويين. و حاصل الجواب: أنّ النبويين يدلّان على عدم وقوع بيع الفضولي لنفسه، و لا يدلّان على عدم وقوعه للمالك إذا أجاز. و هذا هو مورد البحث.

---

(1) تقدم في ص 496.

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 141.

ص: 546

و منها (1): بناء المسألة (2) على ما سبق (3) من اعتبار عدم سبق منع المالك.

و هذا (4) غالبا مفقود في المغصوب.

---

وبعبارة أخرى: يحتمل في هذين النبيين وجهان، أحدهما: فساد بيع غير المالك، سواء قصد وقوعه للمالك أم لنفسه. والاستدلال بهما على المقام منوط بظهورهما في هذا الاحتمال.

ثانيهما: عدم وقوع البيع لغير المالك، و أمّا وقوعه للمالك لو أجاز أو عدم وقوعه له فلا تعرض في النبيين له، ولا بدّ من التماس دليل آخر عليه. وهذا الاحتمال أقرب إلى مورد رواية حكيم بن حزام، على ما تقدم في المسألة الأولى، حيث قال:

«و بعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا في حقه، فلا يدلّ على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له .. إلخ» فراجع (ص 496).

و عليه فالنبيون أجنبوا عن بيع الفضولي بالمرّة، لعدم كونه موردا له.

(1) أي: و من الوجوه الدالة على عدم صحة بيع الفضولي لنفسه، و هذا ثاني وجوه البطلان، و قد ذكره في المقابس، و أحال جوابه على ما ذكره في المسألة الأولى، فراجع «1».

(2) أي: بناء فساد بيع الفضولي لنفسه على اشتراط عدم سبق منع المالك.

(3) في المسألة الثانية (ص 528) و حاصل ما ذكر هناك: أنّ سبق منع المالك الباقي - هذا المنع - بعد العقد و لو آنا ما كاف في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة.

و الظاهر أنّ هذا الوجه مشترك بين الصورة الثانية - وهي نهى المالك - و الثالثة، لإطلاق النهي الشامل لكليتهما.

(4) أي: عدم سبق منع المالك غالبا - بل دائما - مفقود في الغاصب، لأنّ الغصب

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 32.



وقد تقدّم (1) عن المحقق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا.

وفيه أولاً: أنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب (2).

وثانياً: أنّ الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب، لا مطلقاً (3)، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة (4) سواء.

وثالثاً: قد عرفت (5) أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

---

ظلم على المغصوب منه. و مقتضى العادة عدم رضا المالك بل منعه عن تصرف الغاصب مطلقاً من التصرف الخارجي والاعتباري في ماله.

(1) عند نقل الشيخ عنه في (ص 526): «ويظهر من المحقق الثاني حيث احتل فساد بيع الغاصب، نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا، وهي الغصب» و تقدّم هناك أيضاً أن المحقق الكركي ذكره وجهاً للبطلان، وإلا فقد اختار صحة بيع الغاصب كغيره من العقائد الفضولي. وكيف كان فقد ردّ المصنف هذا الوجه بوجوه ثلاثة ستأتي.

(2) محصل هذا الجواب: أنّ هذا الدليل أخص من المدعى، وهو بيع الفضولي لنفسه سواء أكان غاصباً أم لا. وهذا الدليل مختص بالغاصب ولا يشمل غيره.

(3) حاصل هذا الجواب: أنّ الغصب ليس أمانة على عدم الرضا بالبيع مطلقاً حتى للمالك، بل أمانة على عدم الرضا بكون البيع للغاصب، لخصوصية فيه وهو الظلم. فليس الغصب أمانة على عدم الرضا بأصل البيع حتى يقع منهياً عنه وباطلاً.

وعليه فيمكن إجازة المالك للبيع الذي أنشأه الغاصب، لكونه راضياً بالبيع وإن كان كارهاً لتصدّي الغاصب له.

(4) أي: من جهة رضا المالك ببيعه وعدم رضاه به.

(5) عند قوله في (ص 523): «وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو أنا ما فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة». و محصل هذا الجواب هو:

أنّه لا دليل على كون المنع السابق على عقد الفضولي - الباقي أنا ما بعد العقد بالعلم

## و منها: أنّ الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة]

و منها (1): أنّ الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة

أو الاستصحاب- ردّا للعقد وهدما له بحيث لا تنفع إجازة المالك بعد. وعليه فلا مانع من لحوق الإجازة به.

(1) أي: و من تلك الوجوه المانعة عن صحة عقد الفضولي لنفسه: ما نسب إلى العلامة قدّس سرّه و تابعيه من عدم انطباق مفهوم المعاوضة الحقيقية على بيع الفضولي لنفسه، فالفضولي غير قاصد للمعاوضة. و انتفاء قصدها المقوم للعقد يوجب عدم تحقق المعاوضة و ما هو مقوم عقديّة العقد، فلا عقد حقيقة حتى يتكلم في صحته بلحوق الإجازة و عدمها.

و أمّا عدم تحقق المعاوضة الحقيقية هنا فلأنّ الفضولي يعطي المبيع الذي هو مال الغير، و يأخذ الثمن لنفسه، و هذا خلاف المعاوضة الحقيقية.

و بعبارة أخرى: قد تقدم في الشرط الثاني من شرائط المتعاقدين تقوّم الأمور الاعتبارية- التي منها البيع- بالقصد الجدّي لتحقيق المدلول في وعاء الاعتبار. كما تقرّر هناك تقوم مفهوم المبادلة بين المالين بحلول كل منهما محلّ الآخر، فلو خرج المبيع من ملك زيد و تملكه عمرو و اعتبر خروج الثمن من ملك عمرو و تملك زيد له.

و المدعى في المقام انتفاء حقيقة المعاوضة و عدم قصدها، و لا تصل النوبة إلى البحث عن صحة عقد الغاصب لنفسه، لتفرّع هذا البحث على تحقق العقد بإنشاء الغاصب، كي يقال بصحته بإجازة المالك، أو ببطلانه لفقد الرضا المقارن المعتبر في العقود.

و الوجه في انتفاء القصد الجدّي في الغاصب هو: أنّ معنى قصده لبيع مال الغير هو المبادلة بين المالين المضافين إلى مالكين- و هما مالك المثلث المعصوب و مالك الثمن- فلا بدّ أن يقصد دخول الثمن في ملك المعصوب منه تحقيقا لمعنى المعاوضة. و من المعلوم أنّ هذا القصد ينافي قصد تملكه للثمن و عدم تملك المعصوب منه له، فيلزم أن

المعاوضة (1)، إذ لا- يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر (2)، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته (3) ترجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه. وهذا (4) ليس بيعا. والجواب (5) عن ذلك- مع اختصاصه ببيع الغاصب- أن (6) قصد

يكون الغاصب قاصدا لأمرين متنافيين حين الإنشاء. وهذا معنى عدم تمثي قصد المعاوضة منه، وكون إنشائه بيعا صوريا لا حقيقيا. ولا- يخفى أن هذا الوجه عمدة المحذور في صحة بيع الغاصب لنفسه، وهو مما يختص بهذه المسألة، ولا يجري في بيع الفضولي للمالك، لكونه هناك قاصدا لحقيقة المعاوضة.

(1) قد عرفت عدم قصد المعاوضة الحقيقية في بيع الفضولي لنفسه.

(2) تقدم في (ص 129) التنظير له بإعطاء مال لطالب الطعام لشرائه لنفسه، وكذا بإذن الراهن للمرتهن بأن يبيعها لنفسه، فراجع.

(3) أي: فحقيقة بيع مال الغير لنفسه ترجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه.

(4) أي: وإعطاء المبيع من مال الغير وأخذ الثمن لنفسه ليس بيعا حقيقيا.

(5) قد أجاب المصنّف قدّس سرّه عن عدم قصد الفضولي المعاوضة الحقيقية- الموجب لبطان عقده- بوجهين:

الأول: ما أشار إليه بقوله «مع اختصاصه» وحاصله: أخصية الدليل من المدعى- وهو بطلان عقد الفضولي لنفسه- لاختصاص دليله بما إذا كان الفضولي غاصبا حتى لا يتمشّي منه قصد المعاوضة الحقيقية. وأما إذا كان معتقدا بأنّ المبيع ملكه، فلا إشكال في تمثي قصد المعاوضة الحقيقية منه. فدليل الخصم لا يشملها، إذ المفروض إمكان قصد المعاوضة الحقيقية من غير الغاصب.

(6) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، وحاصله: أنه يمكن تمثي قصد المعاوضة الحقيقية من الفضولي الغاصب بعد ادّعاء نفسه مالكا حقيقيا، كادّعاء كون زيد أسدا،

المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا، وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له (1). لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقي حقيقة (2).

نظير المجاز الادعائي في الأصول.

نعم (3) لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث (4)

وبعد هذا الادعاء يقصد المعاوضة الحقيقية، فتقع المبادلة بين مالكين أحدهما حقيقي، وهو المشتري من الغاصب، والآخر ادعائي، وهو الغاصب الذي نزل نفسه منزلة المالك الحقيقي المغموب منه، فقصد المبادلة بين مالكي العوضين موجود.

وعلى هذا فلا تستلزم صحة بيع الغاصب كونه قاصدا للمتنافيين، وهما قصد وقوع البيع للمغموب منه ولنفسه. وجه عدم اللزوم: أنه يقصد إنشاء البيع للمالك الادعائي، وهو منحصر في نفسه، ولم يتعدّد المقصود حتى يقصد المتنافيين.

(1) لوضوح كونه على خلاف الواقع وكذبا محضا.

(2) كيف يتصور ترتب أمر واقعي حقيقي على أمر لا واقع له وليس إلا ادعاء كاذبا؟ وهذا غير ترتب الأثر الخارجي - وهو التصرف مطلقا من الخارجي والاعتباري - على ملكية الأموال للأشخاص. وذلك لأن الملكية من الموجودات الاعتبارية المترتبة عليها آثار خارجية. بخلاف ادعاء الملكية، فإن الادعاء الكاذب لا اعتبار له عند العقلاء أصلا، وليس له وجود اعتباري كالملكية حتى يترتب عليه أمر واقعي.

(3) استدراك على صحة بيع الفضولي، وحاصله: أنه لو لم يبين البائع الفضولي على ملكية المثلث أو لم يكن معتقدا لها حتى يتحقق قصد المعاوضة الحقيقية كانت المعاملة باطلة غير واقعة لا للفضولي ولا للمالك، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية الذي هو مقوم العقد.

(4) كما في البائع الفضولي العالم بعدم ملكية المبيع له كالسارق وغيره من الغاصبين.

و لا اعتقاد له (1) كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة (2)، و لذا (3) ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، و لم يقع له و لا لغيره. و المراد (4) ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه.

وقد تخيل (5) بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، و هو

---

(1) كما في المعتقدين لملكية المبيع لهم اعتماداً على أمارات الملكية كاليد أو الاستصحاب.

(2) التي مقتضاها دخول الثمن في ملك من خرج المبيع عن ملكه، و هذا تعليل للبطلان.

(3) يعني: و لعدم صدق معنى المعاوضة مع عدم بناء الفضولي على كونه مالكا- للمبيع حتى يتمشى منه قصد المعاوضة- لو اشترى بمال نفسه لغيره متاعاً من دون أن يبني على تنزيل الغير منزلة نفسه لم يقع الشراء له و لا لغيره، حتى مع لحوق الإجازة.

أما عدم وقوع البيع لمالك الثمن فلعدم بنائه على تملك المثلث لاعتقاده دخوله في ملك الغير. و أما عدم وقوعه للغير فلعدم مالكيته للثمن حتى تتصور المعاوضة بالنسبة إليه.

(4) يعني: و المراد من الاشتراء بمال نفسه لغيره هو: أن يقصد مالك الثمن تملك الغير للمبيع بعوض مال نفسه، و هذا خلاف معنى المعاوضة، إذ لم يدخل المبيع في ملك من خرج الثمن عن ملكه، بل دخل في ملك من لم يخرج بإزاء المبيع شيء من ملكه. و لو قصد تملك نفسه للمبيع ثم هبته لذلك الغير صح، لتحقق معنى المعاوضة.

(5) الظاهر أن المتخيل صاحب المقابس، فإنه قدس سره نقل عن التذكرة بطلان ما لو اشترى الفضولي لغيره شيئاً بمال نفسه، و صرح في العقد باسم ذلك الغير، سواء أذن ذلك الغير أم لم يأذن. قال العلامة: «و الأقرب البطلان فيما لو أذن، إذ ليس

ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنه (1) عكسه. وقد عرفت (2) أن عكسه هو ما إذا

---

للإنسان أن يملك شيئاً والثمن على غيره» ثم أورد عليه المحقق الشوشتری بقوله:

«و يلزم من كلامه أنه لو باع مال غيره لنفسه ثم أذن المالك- أي أجاز- على ما وقع عليه العقد كان أيضا باطلا، للعدّة المذكورة» (1) و  
ظاهر العبارة النقض على العلامة بالزمامه بالبطلان- بمقتضى تعليقه- في مسألتنا و هي بيع الغاصب مال غيره لنفسه مع ذهاب المشهور إلى  
صحته.

فمحصل هذا التخيل هو: أن مقتضى القول بالبطلان في الشراء بمال نفسه لغيره هو القول بالبطلان في مسألتنا، و هي بيع مال الغير لنفسه،  
حيث إن مسألتنا هذه عكس مسألة الشراء بمال نفسه لغيره، فإنّ البناء على تنزيل الغير منزلة نفسه ثابت في كلتا المسألتين من الأصل و  
العكس. يعني: في مسألة ما لو اشترى بمال نفسه لغيره شيئاً.

(1) أي: لأنّ الشراء بماله لغيره عكس ما نحن فيه من بيع مال غيره لنفسه.

---

و مناط كليهما- و هو التنزيل المزبور- واحد، فالصحة في أحدهما يستلزم صحة الآخر، كما أن بطلان أحدهما يستلزم بطلان الآخر.

(2) بقوله: «نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث و لا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة» و غرض المصنف منع النقض الذي  
أورده صاحب المقابس على العلامة قدّس سرهما.

وبيانه: أن مسألة الشراء بمال نفسه لغيره- التي أفتى العلامة فيها بالبطلان- يكون عكسها ما إذا أعطى مال الغير للمشتري بقصد تملك  
الثمن، من دون أن يبني على كونه مالك المبيع و لا اعتقاده بمالكه. و هذا باطل، و لا تنفعه إجازة مالك المبيع.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 486، السطر 13-16، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 32، السطر 18.

ص: 553

قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد (1) لتملك المثلث، لأن (2) مفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز [1].

والجهة المشتركة بين هذا الفرع والفرع المنقول عن التذكرة هو عدم تنزيل كلّ منهما منزلة المالك الحقيقي، فلا المشتري- في كلام العلامة- يبنى على كونه هو المشتري المتملك للمبيع، ولا البائع لمال غيره بقصد تملك الثمن بدون قصد تملكه للمبيع قبل العقد. والحكم هو البطلان، وعدم إجداء الإجازة اللاحقة، لفقدان قصد المعاوضة الحقيقية.

وهذا بخلاف مسألتنا وهي بيع الغاصب مال غيره لنفسه، لكونه بانياً على تملكه للمبيع، فيقصد تملكه للثمن، وتتمشّي منه قصد المعاوضة، فلو أجاز المغضوب منه وقع البيع له لا للغاصب.

وبهذا ظهر عدم ورود النقض على حكم العلامة قدس سرّه ببطلان الشراء بمال نفسه لغيره معللاً بأنه «ليس للإنسان أن يملك شيئاً والثمن على غيره».

(1) الأول في الغاصب، والثاني فيمن يعتقد ملكية المثلث استناداً إلى الإمارات.

(2) هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكساً لفرع الشراء بمال نفسه لغيره.

ومحصله: وجود الفارق بين المسألتين وهو: أنه لو صحّ الشراء للغير وأجاز وقع الشراء له، بخلاف بيع الغاصب لنفسه، إذ لو أجاز المغضوب منه وقع له لا للغاصب.

[1] لا يخفى أنّ هذا الاشكال الثالث قد يعدّ عمدة المحذور في تصحيح بيع الغاصب لنفسه، ولذا تصدّى جمع لدفعه بوجه، سيأتي التعرض لبعضها. والاشكال هو عدم تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية من الفضولي الذي يبيع لنفسه، ضرورة أنّه ليس مالكا للمبيع حتى يقصد خروجه عن ملكه بإزاء ما يملكه من الثمن، حيث إنّ المعاوضة الحقيقية- على ما عن العلامة و من تبعه- هي: أن يدخل الثمن في ملك من خرج

---

عنه المبيع، وهنا لم يدخل الثمن في ملك مالك المبيع، بل دخل في ملك الأجنبي، وهو البائع الفضولي الذي لم يخرج المثلث عن ملكه. فبيعه حينئذ نظير بيع الهازل و الساهي في عدم كونه بيعا حقيقة.

فهذا الوجه مانع عن تحقق العقد، لا رافع له، فلا موضوع حينئذ للبحث عن صحته بإجازة المالك و عدمها.

و جوابه بالنسبة إلى تمسّهي قصد المعاوضة الحقيقية من البائع الغاصب- كما في المتن- بادعاء الغاصب مالكيته للمبيع، ثم قصده المعاوضة الحقيقية لا يخلو من النظر، لأنّ الفضولي مع علمه بعدم مالكيته للمبيع كيف يمكن أن يقصد المعاوضة الحقيقية بمجرد ادّعاء المالكية كذبا، فإنّ ادّعاء كون زيد أسدا لا يجعله أسدا حقيقة، لكونه حقيقة ادعائية.

و الحاصل: أنّ تمسّهي قصد المعاوضة الحقيقية بمجرد جعله مالكا ادّعاء مع العلم بكذب هذه الدعوى و كونها من الدّعاوي الصورية الكاذبة غير متصور. فإشكال عدم قصد المعاوضة الحقيقية من البائع العالم بعدم مالكيته لا يندفع بادّعاء مالكيته كذبا.

هذا مضافا الى ما أورد عليه تارة بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه و غيره من أنّه أخص من المدّعي، لاختصاص تنزيل غير المالك نفسه منزلة المالك بالغاصب الملتفت حتى يتمسّهي منه ادّعاء المالكية، مع أنّ موضوع البحث في هذه المسألة الثالثة أعم من الغاصب كمن يبيع معتقدا مالكيته للمثلث اعتمادا على الأمارات الشرعية، فإنه يرى نفسه مالكا حقيقة، و لا يتمشى منه الفرض و التنزيل، لاستغنائه عنه.

و كذا الحال في الغاصب الغافل عن غصبه لمرور زمان أو عروض نسيان، فيبيع ما سرقه قبل سنين بزعم كونه مالكا حقيقة لا ادّعاء، فلا موضوع للتنزيل «1».

---

(1) المكاسب و البيع، ج 2، ص 46.



و اخرى: أن تصحيح بيع الغاصب بالمالكية الادعائية منوط بإحراز التفتات الغاصب الى توقف قصد المعاوضة الحقيقية على الادعاء المزبور، فلو شك في التنزيل لم يكن سبيل إلى إثبات إنشاء البيع الجدّي. ولا مجال في مثله للتمسك بأصالة الصحة لإحراز العنوان الصادر منه كما هو واضح. بل مقتضى كلام المصنف قدس سرّه التفصيل في بيع الغاصب لنفسه بين تحقق هذا الادعاء، وعدمه. مع أنّ المشهور حكموا بصحة عقد الغاصب بإجازة المالك مطلقاً، حتى بدون المالكية الادعائية. هذا ويمكن دفع محذور عدم تحقق قصد المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب، بأن يقال: إنّ المعاوضة حقيقة هي التبدل بين المالكين - اللذين هما ركنان في العقود المعاوضيّة- في طرف الإضافة. ونفس قصد هذا التبدل مستلزم لدخول كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر المقصود تبعاً لقصد نفس التبدل. وقصد تعيين المالك ليس شرطاً في صحة المعاوضة ولا مقوماً لها. فتعيين المالك لا حقيقة ولا تنزيلاً غير معتبر في المعاوضة أصلاً.

وعليه فذكر المالك في العقد وعدمه سيان، فإنّ البيع ليس إلاّ تبدال عين بمال، لا تمليك عين بعوض، إذ لا يصدق هذا التعريف على كثير من البيوع، كما إذا باع أرباب مصالح البناء كالأجر والجص والحديد ونحوها على من يشتريها بأجور موقوفات المسجد مثلاً لإصلاح ذلك المسجد أو غيره و تعميره، فإنّ البائع لا يملك المصالح للمشتري، إذ ليس الثمن ملكاً له حتى يتملك المصالح. وكذا الحال في المعاملات الواقعة على سائر الموقوفات والجهات العامة.

وبالجملة: فقصد المعاوضة الحقيقية موجود في الفضولي العاقد لنفسه إمّا تبعاً كما في الغاصب، لاستلزام قصد تبدال العين بعوض معلوم المعاوضة الحقيقية، بل قصد التبدال المزبور عين قصد المعاوضة، وما يتقوم به مفهوم البيع هو إنشاء هذا التبدال من

دون حاجة إلى تنزيل غير المالك منزلة المالك حتى يتمشى من الفضولي قصد المعاوضة الحقيقية بين المالكين، لعدم اعتبار تعيين المالك في صحة العقد.

وإما استقلالاً كما في المالك، فإنه يقصد من الأول المعاوضة بين مال نفسه و مال المشتري.

وإن شئت فقل: إن الفضولي الذي يقصد البيع لنفسه سواء أكان غاصباً أم غيره- بمجرد إنشائه تبديل المال الشخصي الذي يكون للغير بمال المشتري- تتحقق قهراً نية المعاوضة بين المالكين، وفي الرتبة الثانية المتأخرة عن الإنشاء يقصد البيع لنفسه ليأخذ الثمن غصباً كما أخذ المثلث كذلك.

وهذا القصد الثانوي لا يقدح في صحة المعاملة إذا أجاز المالك، لأن هذا القصد وقع لغواً، ولم يكن مقوماً للعقد، ولا شرطاً له. سواء أكان قصد مالكيته ادعاء من قبيل الجهات التقييدية بأن يكون المالك موضوعاً لهذا العقد، والفضولي طبق المالك على نفسه ادعاء. أم من قبيل الجهات التعليلية، بأن يجعل نفسه مالكا لأخذ الثمن.

ولعل هذا مراد المصنف قدس سره من دعوى الفضولي مالكيته للمبيع، فإن كان كذلك فلا بأس به.

فالمتحصل: أنه في هذه الصورة الثالثة- وهي بيع الفضولي لنفسه- لا مانع من صحته بإجازة المالك. و الوجوه المتقدمة لا تصلح للمانع بعد فرض صدق العقد عليه، وقصد المعاوضة التي هي تبديل مال بمال قبل العقد موجود. ولا يتوقف على مالكية الفضولي. فما أفاده المصنف قدس سره من صيرورة المعاوضة حقيقية بعد ادعاء الفضولي مالكيته للمبيع غير ظاهر، إذ لا يتوقف قصدها على الادعاء المزبور. بل قصد التبديل قبل هذا الادعاء موجود. فعقدية عقد الفضولي البائع لنفسه ثابتة، فتشمله أدلة الصحة كشمولها للصورتين السابقتين، وهما عقد الفضولي للمالك بدون سبق النهي ومع سبقه.

---

وقد أوجب عن محذور عدم تمشي قصد المعاوضة الحقيقية من الغاصب بوجوه أخرى:

منها: ما أفاده المحقق النائيني قدس سرّه ولم يستبعد كونه مراد شيخنا الأعظم قدس سرّه وإن لم تكن عبارة الكتاب وافية به، و محصله: أن الملكية هي الإضافة الاعتبارية بين المالك و المملوك، و الغاصب لا يغصب المملوك بل يغصب هذه الإضافة و يجعل نفسه مالكا، و بعد هذا التجعل يتمشى منه البيع العرفي، لكفاية اعتبار الملكية عدوانا أو جهلا في ترتب الأثر عليها و إن لم يمضه الشارع، فصدور المعاوضة الحقيقية مبني على هذا الجعل، و هو المصحح لقصد البيعية، فينشئ تبديل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى .. إلخ «1».

وقد يشكل بأن الغصب من المفاهيم العرفية، و المعهود منه هو الاستيلاء على ما للغير عدوانا، فالملحوظ فيه هو الاعتداء على مال الغير و التصرف فيه، و لا يطلق عنوان «الغصب» على مجرد اعتبار شخص مالكا لأموال غيره ما لم يضع يده عليها.

و لم يعهد سرقة إضافة الملكية، فإنها أمر اعتباري. و من المعلوم خروج هذا الوعاء عن حيطة تسلط الغاصب عليه. بل ربّما ينافيه تصريح الميرزا قدس سرّه في أول البيع بأن البيع العرفي ليس تبديل الإضافة و إنما هو تبديل طرفيها، لأن الملكية سواء أ كانت بمعنى السلطنة أم بمعنى الجدة الاعتبارية مما لا تقبل النقل إلى الغير «إذ ليس للمالك ملكية على الملكية» «2» فالبيع العرفي هو تبديل طرفي إضافتين. و هو الذي يتعلّق به الإمضاء الشرعي تارة، و الردّ الأخرى.

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 225-226، المكاسب و البيع، ج 2، ص 46

(2) منية الطالب، ج 1، ص 35.

---

و بامتناع انفكاك الملكية عن المالك عرفا كيف يجعل الغصب سرقة لهذه الإضافة مع كونه من الأمور المتعارفة عندهم؟ و عليه فيشكل تصحيح معاملات الغاصب بالوجه المزبور.

و ليس الإشكال في البيع الممضى شرعا حتى يقال: يتمشى قصد المعاوضة عرفا من الغاصب. و ذلك لما تقدم من أن الغصب كالبيع من الأمور العقلانية، و المحذور كله في امتناع قصد الغاصب حقيقة المعاوضة.

و منها: ما أفاده المحقق الايرواني قدس سره فإنه - بعد منع توقف المبادلة على قصد دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر - صحح بيع الغاصب بوجهين:

أحدهما: أن بيع الغاصب مال الغير لنفسه لا هو هبة متعارفة و لا بيع متعارف، بل هو عقد متضمن لهما معا، حيث يتبدل المالكان فيه كما في الهبة، و المملوكان كما في البيع.

و لا تتوقف حقيقة المعاوضة على قصد دخول العوض في ملك مالك المعوض.

فإذا باع الغاصب انحلّ إنشاؤه إلى بيع و هبة من جانب واحد. أما أنه يبيع فلائنه من تبديل مملوك بآخر. و أما أنه هبة فلائنها تبديل مالك بآخر، لفرض تمليك المشتري الثمن للبائع. و هذه معاملة صحيحة لخصوص دليل حلّ البيع و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود و التجارة عن تراض.

ثانيهما: أنه هبة معوضة، قال قدس سره: «و إن تعاسرت من هذا قلنا: لا أقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب هبة معوضة، فيهب مال الغير بإزاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه ..

و يكون القبول من الطرف الآخر إنشاء للهبة الأخرى. و الوجه في تملك الغاصب للثمن هو: أنه يستوهمه من الطرف المقابل بإزاء رفع يده عن العين المغصوبة حتى يعصبها الطرف المقابل» (1) «هذا.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 123

و منها (1): أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا

---

(1) أي: و من الوجوه التي تمسك بها لبطان بيع الفضولي مال الغير لنفسه: أن الفضولي .. إلخ. و هذا الوجه الرابع ناظر إلى امتناع تأثير الإجازة فيما صدر من الفضولي و إن لم تتقوم المعاوضة عقلا بالدخول في ملك المالك، بل كان ذلك شرطا لصحة البيع شرعا. و الوجه السابق كان ناظرا إلى امتناع قصد البيع الذي هو من المعاوضات الحقيقية.

---

أقول: لا ريب في أن العقود أمور قصدية لا تترب عليها آثارها ما لم تقصد. كما لا ريب في اختلاف البيع و الهبة مفهوما، فالبيع يعتبر فيه المبادلة بين مالين سواء أكان بمعنى التبديل أو التمليك أو غيرهما، و لا يصدق على إعطاء مال خال عن العوض، و لو كان هذا العوض إسقاط حقّ و نحوه. و الهبة هي التمليك المجاني، و لذا تتوقف الهبة المعاوضة على الشرط. و حينئذ كيف يكون الإنشاء الواحد جامعا للعنوانين المتقابلين؟

مضافا إلى: أنّ الكلام في تصحيح بيع الغاصب بما أنه بيع، لا بما أنه منحل إلى بيع و هبة، إذ الانحلال المزبور منوط بقصد هبتهما حتى تصل النوبة إلى إمضاء الشارع.

و إلى: أن الوجهين أخصّ من المدعى، لاختصاصهما بالمشتري العالم بغصبية المبيع حتى يكون قبوله بيعا و هبة، أو هبة معوضة. مع أنّ الكلام في الأعم منه و من الجاهل، كما أنه أعمّ من الغاصب و ممّن يزعم مالكيته للمال اعتمادا على الأمارات الشرعية.

و بهذا يظهر غموض التمسك بأدلة الإمضاء، إذ لم يعهد تركّب عقد من بيع و هبة حتى يشمله عموم الأمر بالوفاء، كما أنّ مثله ليس بيعا بخصوصه حتى يصحّ بدليل حلّ البيع.

الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد، لأنّ معناها (1) هو صيرورة الثمن لمالك المثلثن بإجازته. وإن تعلّقت بغير المقصود كانت (2) بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير منشأ.

و كيف كان فمحصل هذا الوجه: أنّه إن تعلّقت إجازة المالك بما قصده البائع الفضولي من البيع لنفسه كانت الإجازة منافية للمعاوضة الحقيقية، و هي صيرورة الثمن لمالك المثلثن، و المفروض دوران صحة البيع على هذه المعاوضة. فجعل الثمن للفضولي - بإجازة المالك - مناف للصحة، إذ لازم الإجازة صيرورة الثمن ملكا للفضولي من دون أن يخرج المثلثن عن ملكه. و هو خلاف المعاوضة الحقيقية، فيكون هذا البيع باطلا.

و إن تعلّقت الإجازة بغير ما قصده الفضولي من البيع لنفسه بأن يكون أثر الإجازة مليكة الثمن للمجيز بإزاء المثلثن الذي خرج عن ملكه - حتى يكون هذا البيع مصداقا للمعاوضة الحقيقية - كان متعلّق الإجازة حينئذ عقدا جديدا غير العقد الذي أنشأه الفضولي.

و بالجملة: فالمجاز غير عقد الفضولي، و عقد الفضولي غير المجاز. هذا تقريب الاشكال، و نقل المصنف قدّس سرّه جوابا عن المحقق الميرزا القمي قدّس سرّه و ناقش فيه، و اختار وجها آخر للجواب عنه، و سيأتي بيان الكلّ إن شاء الله تعالى.

(1) أي: معنى الصحة - التي ينطبق عليها مفهوم المعاوضة - هو صيرورة الثمن ملكا لمالك المثلثن، و إلا لم يصح العقد المعاضي و هذا مناف لما قصده الفضولي من تملك الثمن.

(2) أي: كانت الإجازة متعلقة بعقد مستأنف، لا بعقد أنشأه الفضولي، و لم تكن إمضاء و تنفيذًا لنقل الفضولي، فلا يصير عقد الفضولي بإجازة المالك موضوعا لأدلة الإمضاء.

وقد أجاب عن هذا (1) المحقق القمي رحمه الله في بعض أجوبة مسأله: بأنّ

(1) أي: عن هذا الإشكال الذي ذكره الفائل ببطان عقد الفضولي لنفسه.

و محصل هذا الجواب: أنّ معنى إجازة المالك في صورة بيع العاقد الفضولي لنفسه هو تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك، و وقوع البيع عن المالك و صرفه عن الفضولي و إضافته إلى نفسه. و ليس معنى الإجازة تنفيذ نفس العقد كما في بيع الفضولي المقصود وقوعه للمالك مع إجازته التي تلحق بنفس عقد الفضولي و تنفذه.

ثمّ جعل المحقق المتقدم مقامنا- و هو بيع الفضولي مال الغير لنفسه- نظير بيع الفضولي عن المالك، ثم تملكه من ماله، فأجاز بيع الفضولي.

و بعبارة أخرى: يختلف مفاد الإجازة في صور بيع الفضولي، ففي الفضولي المصطلح- و هو بيع مال الغير بقصد وقوعه لمالكه- يكون معنى الإجازة الرضا بما أنشأه الفضول و تنفيذا له، من دون أن توجب تغييرا في ذلك المنشأ أصلا، فالفضولي قصد بإيجابه مع المشتري تمليك مال الغير بعوض، ليدخل في ملك ذلك الغير، و المالك ينفذ هذا البيع و يرضى به.

و أمّا في مسألة بيع الغاصب لنفسه فليست الإجازة مجرد الرضا بمضمون ذلك البيع الواقع على المال، بل توجب تغييرا في ذلك الإنشاء، لأنّ الغاصب قاصد لدخول الثمن في ملك نفسه، و إجازة المغصوب منه صارفة لذلك البيع إلى وقوعه لنفسه و إضافته إليه.

و هذا نظير الإجازة في مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» فإنّها صارفة للبيع المزبور عن مالكه السابق إلى العاقد المالك بالفعل.

و ربّما ينحلّ كلام المحقق القمي قدس سرّه إلى وجهين: أحدهما: كون إجازة المالك مصحّحة أي مبدّلة لعقد الغاصب الفضولي إلى عقد جديد.

و الآخر: أنّها عقد مستأنف بين المالك و المشتري، لا أنّها تعيّر عقد الغاصب لنفسه.

الإجازة في هذه الصورة (1) مصححة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود (2)، بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك، ووقوع البيع عنه (3).

لكن يمكن أن يستفاد من تفسيره للعقد الجديد وحدة الوجهين لئلا.

ولا بدّ من نقل جملة من كلامه للوقوف على حقيقة الأمر، وقد حمّل المشهور- القائلين بصحة بيع الغاصب وبأن الإجازة كاشفة- الالتزام بكون هذه الإجازة مبدّلة لمضمون عقد الغاصب، وليست كاشفة محضاً عن تأثير نفس عقد الغاصب في النقل والانتقال من حين وقوعه.

(1) وهي بيع العاقد الفضولي مال الغير لنفسه.

(2) وهو بيع الفضولي للمالك، فإنّ إجازة المالك فيه تتعلّق بنفس العقد وتنفّذه.

(3) هذه العبارة هي التي ذكرها المحقق القمي في المقام الثامن الذي عقده للبحث عن اشتراط صحة بيع الفضولي بوجود مجيز حال العقد- أي مسألة من باع شيئاً ثم ملكه- لا في بيع الغاصب، حيث قال في دفع إشكال عدم كون إجازة المالك الفعلي إيثاقاً للعقد الذي أوقعه الفضولي، ما لفظه: «و يمكن دفعه وجعله من باب إيثاق العهد لو جعلنا الإجازة عقداً جديداً كما هو أحد المحتملات في الفضولي المعهود كما نقل عن صاحب كتاب كشف الرموز وفاقاً لشيخه المحقق. على أنّنا نقول: إنّه لا مناص لهم أيضاً عن ذلك أي التزام العقد الجديد في بعض الصور. وتوجيه صدقها عليه بملاحظة ما يشبه نوعاً من الاستخدام. فمعنى: - أجزت البيع- رضيت بالانتقال إليه من باب البيع. فاللّام في- البيع- أو الضمير في- أجزتها- راجع إلى الأثر المترتب على مطلق البيع، لا البيع الخاص الواقع في الخارج حتى يقال: انه ليس رضا به. ويكفي هذا في صدق معنى الإجازة. توضيحه: أن الإجازة في صورة كون البائع غاصباً وقاصداً لبيع الملك لنفسه مصححة للبيع على الأصح، كما ذهب إليه الأكثر، وهو ليس في معنى لحوق الإجازة بالعقد كما هو كذلك في الفضولي المعهود، بل بمعنى



وقال (1) نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه. وقد صرّح (2) في موضع آخر (3)

تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه وقصده لوقوع البيع لنفسه برضا المالك، ووقوع البيع عنه. والفرق واضح بين لحوق رضا المالك بمقتضى العقد ووقوعه من قبله بالعقد، وبين تبديل الرضا والإيقاع بتحقيق لحوق الرضا من المالك عن المالك ..

والحاصل: أن الإجازة في بيع الغاصب إنما هو في معنى التزام ورود معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا إمضاء للعقد السابق .. إلخ» (1).

(1) أي: قال المحقق القمي قدس سرّه، نظير ما ذكره- في بيع الغاصب- في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه. وقد عرفت أن العبارة المنقولة في المتن هي بعض كلام المحقق القمي في مسألة «من باع» لا في تصحيح بيع الغاصب.

وعلى كلّ فإنّ المالك هنا صيرّ عقد الفضولي عقداً لنفسه بالإجازة، كصيرورة عقد الفضولي عن المالك- بعد تملكّ العاقد الفضولي ذلك المبيع من مالكة- عقداً لنفس الفضولي و متعلّقاً لإجازته. وجه التنظير تبدّل العقد بعقد آخر في النظير و مورد بحثنا.

(2) أي: صرّح المحقق المتقدم في موضع آخر من أجوبة مسأله، و حاصله:

جعل المالك العقد الصادر من الفضولي- لنفسه على مال الغير- عقداً لنفسه على ذلك المال. فمعنى الإجازة حينئذ تبدل عقد الغاصب الفضولي بعقد نفس المالك، و تبدل عقد الفضولي بعقد نفسه.

(3) ظاهر تعبير المصنف قدس سرّه وجود عبارة ثالثة للمحقق القمي قدس سرّه غير ما أفاده في بيع الغاصب وفي مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» حتى يكون استشهاد المصنف بعبارات ثلاث. مع أنّ المنقول في المتن هو كلام المحقق القمي في تصحيح بيع الغاصب، فلاحظ قوله: «و التحقيق وإن كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل- أي انتفاء

(1) جامع الشتات، ج 2، ص 320، الطبعة الحديثة، و ج 1، ص 164، س 18-42 من الطبعة الحجرية.

بأنّ حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قصد كونه واقعا على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد (1) بدّلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون (2) عقدا جديدا كما هو (3) أحد الأقوال في الإجازة.

---

جنس التمليك بانتفاء فصله و هو وقوعه للغاصب- و أنّه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل، و أنّ عقد الغاصب حرام و فاسد بالنسبة إلى نفسه، لكنه عقد البيع عرفا.

وفائدة ملاحظة الجنس هنا الإشارة إلى الصيغة، يعني: أنّ العقد الذي وقع بضمّ الصيغة إلى قصد كونها واقعة على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم:

قد بدّلته بجريانها على ذلك المال بعينه لنفسه، فيكون عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال في الإجازة كما سنشير إليه .. فالمعيار هو وقوع الإيجاب و القبول على ملك معيّن .. و لا- يذهب عليك أنّ ما اخترناه من كون ذلك عقدا جديدا لا ينافي القول بالكشف، إذ معناه: أنّي جعلت هذا العقد في موضع ما أوقعه الفضولي، لا أنّي جعلته ناقلا من الحين كما هو الظاهر من لفظ العقد الجديد. فإنّ المراد بالجديد بيان المغايرة، يعني: أنّ هذا عقد مغاير لما أوقعه الفضولي و إن اعتبرنا حصوله في موقعه، لا أنّه لا أثر له قبل الإجازة، و يبطل الأثر بمجرد ذلك، فافهم» «1». و لعلّ المصنف أراد بالموضع الآخر كلامه في الغنائم، فراجع «2».

(1) خبر قوله: «ان العقد» و ضميرا «بدّلته، بكونه» راجعان إلى العقد.

(2) أي: فتكون الإجازة عقدا مستأنفا.

(3) أي: كون الإجازة عقدا جديدا أحد الأقوال في الإجازة، و القولان الآخرا هما الكشف و النقل.

---

(1) جامع الشتات، ج 2، ص 276 (الطبعة الحديثة) ج 1، ص 155، السطر 13 إلى 27، الطبعة الحجرية.

(2) غنائم الأيام، ص 541، 554، 555.

ص: 565

و فيه (1): أن الإجازة على هذا (2) تصير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشتري، لأن (3) المفروض عدم رضا المشتري ثانيا بالتبديل المذكور، لأن (4) [ولأن] قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة

(1) محصل إشكال المصنّف على المحقق القمي قدّس سرّهما: أنّه يلزم وجود معاوضة جديدة مع قيام الإجازة مقام شيئين أحدهما الإيجاب، و الآخر القبول.

أمّا الأوّل فلأنّ إيجاب العاقد الفضولي قد تبدّل بإيجاب المالك بسبب إجازته. و أمّا الثاني فلأنّ قبوله كان قبولا لإيجاب العاقد الفضولي مع علمه بكون العاقد فضوليا. و عدم رضاه بإنشاء قبول آخر ليتملك المبيع بإيجاب جديد من المالك. فلا بدّ حينئذ من الالتزام بقيام الإجازة مقام إيجاب المالك و قبول المشتري. و هذا خلاف الإجماع و العقل.

أمّا كونه خلاف الإجماع فلاّنه لم يقل أحد من الفقهاء بقيام الإجازة مقام الإيجاب و القبول. و أمّا كونه خلاف العقل فلاّنه لا يعقل أن يتغير الشيء عمّا وقع عليه، فإنّه وقع للفضولي، فكيف يقع للمالك؟

فالنّتيجة: أنّ جواب المحقق القمي لا يدفع إشكال من استشكل في صحة عقد الفضولي لنفسه بإجازة المالك، بل جوابه قدّس سرّه بالالتزام بكون الإجازة عقدا جديدا تسليم لأحد طرفي الاشكال، و هو تبدل عقد الفضولي بعقد جديد للمالك.

(2) أي: على تقدير رجوع الإجازة إلى تبديل رضا الفضولي برضا المالك.

(3) تعليل لصيرورة الإجازة معاوضة جديدة بين المالك المجيز و بين المشتري من الفضولي.

(4) الغرض منه إثبات عدم رضا المشتري - من الغاصب - بوقوع العقد للمغصوب منه، فتصير إجازة المالك عارية عن القبول، و يمتنع تحقق عقد على المال.

و بيانه: أنّ إنشاء الغاصب يؤثّر في وقوع البيع لنفسه، و دخول الثمن في ملكه،

العقد الواقع (1) للعقد المجاز (2)، فالمشتري (3) إنَّما رضي بذلك الإيجاب (4) المغاير لمؤدّي الإجازة (5). فإذا (6) التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد وبعدهم (7) الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً (8) فقد قامت (9) الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري.

وقد تعلق قبول المشتري بهذا الإيجاب لا بما يجيزه المالك بعده. ومن المعلوم أنّ هذا العقد مغاير لما أمضاه المالك المجيز، لأنّه أجاز بيعاً يقع لنفسه لا للغاصب. وحينئذ فلو كانت الإجازة مبدّلة لعقد الغاصب بعقد المالك- والمفروض عدم إنشاء قبول آخر من المشتري- لزم قيام إجازة المالك مقام شئئين: أحدهما إيجاب المالك، والآخر قبول المشتري، وهو غير معقول، فكيف يتحقق معاوضة جديدة بالإجازة؟

(1) وهو البيع المبني على دخول الثمن في ملك الغاصب.

(2) وهو البيع المضاف إلى المالك ليدخل الثمن في ملكه.

(3) جواب قوله: «إذا فرض» وجملة الشرط والجواب خبر قوله: «لأن قصد» والعبرة لا تخلو من تعقيد، ولا داعي له.

(4) أي: الإيجاب من الغاصب.

(5) وهو دخول الثمن في ملك المغصوب منه.

(6) هذا متفرع على تحليل ما وقع من العقد والإجازة، يعني: لو التزم المحقق القمي بكون الإجازة معاوضة جديدة قائمة بالمجيز و المشتري لزم قيام الإجازة مقام طرفي العقد وهما الإيجاب والقبول، وهذا القيام غير معقول.

(7) معطوف على «بكون» وهذا الالتزام ليس أمراً زائداً على كون الإجازة مبدّلة لعقد الغاصب بعقد المالك.

(8) في قبال قبوله الأوّل لإيجاب الغاصب.

(9) جواب الشرط في قوله: «فإذا التزم».

و هذا (1) خلاف الإجماع [1] و العقل (2).

و أما القول (3) بكون الإجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، و إنما حكي (4) عن كاشف الرموز «1» عن شيخه: أنّ الإجازة من مالك

---

(1) أي: قيام الإجازة مقام شيئين- و هما الإيجاب و القبول- خلاف الإجماع و العقل.

(2) حيث إنّ المالك مسلّط على ماله بأن يبدّل وقوعه لنفسه، فإنّ التبديل تصرف في ماله. و أمّا قبول المشتري و تمليك ماله ضمنا لخصوص الفضول فليس أمره بيد المالك الأصيل، فلا معنى لتبديل قبول المشتري.

هذا كله في ردّ ما أفاده المحقق القمي من الوجه الأوّل المبني على مبدئية الإجازة لمضمون عقد الغاصب.

(3) هذا ردّ على بيان آخر للمحقق القمي الذي أفاده «بأنّ حاصل الإجازة يرجع الى أنّ العقد الذي قصد كونه .. إلخ» و حاصل الرد: أنّه لم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم عدّ الإجازة عقدا مستأنفا، فتسقط هذه الدعوى بمخالفتها للإجماع.

(4) الحاكي عن الفاضل الآبي هو السيد العاملي، و المراد من نسبة كون الإجازة عقدا مستقلا- إلى المحقق- ليس تصريحه به، و إنّما الغرض إلزامه بلازم كلامه، فالفاضل الآبي ينقل عن المحقق عدم توقف البيع على لفظ مخصوص، و لازمه كون

---

[1] الظاهر أنّه مناف لما أفاده قبيل هذا من قوله: «كما هو أحد الأقوال في الإجازة» و إن كان من كلام المحقق قدّس سرّه، إلا أنّه يكفي في المنع عن تحقق الإجماع.

---

(1) ما ظفرنا عليه هو كشف الرموز في شرح النافع، لا كاشف الرموز، و مؤلّفه من تلامذة المحقق صاحب الشرائع، و اسمه الشيخ عزّ الدين الحسن بن أبي طالب اليوسفي الآبي. و لعلّ المصنف جرى في هذا التعبير مجرى قولهم: كاشف اللثام كما عبّر به في بحث الإجازة، و الأمر سهل.

المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع، فهو [بيع] قائم مقام إيجاب البائع، وينضم إليه (1) القبول المقدم [المتقدم] من المشتري. وهذا (2) لا يجري فيما نحن فيه،

إجازة عقد الفضول بيعا مستقلاً. ومن المعلوم حجية الألفاظ في مداليلها الالتزامية كحجيتها في المطابقة. وقد استفاد المحقق القمي و السيد العاملي قدس سرهما أيضا هذا الاستلزام، وجعله قولاً ثالثاً في الإجازة في قبال الكشف و النقل.

قال الفاضل الآبي في تصحيح بيع الفضولي: «اللهم إلا أن يقول- أي القائل بالبطان- ان عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً أعني: بعث، بل كل ما يدل على الانتقال فهو عقد، فلو [فمن] يلتزم هذا القول يكون إجازة المالك عنده بمثابة عقد ثان .. وإذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا دام ظله، لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، ولا للبيع لفظ مخصوص .. والمختار عندنا اختيار شيخنا دام ظله» (1) وقال السيد العاملي في موضعين: «فكأنه قول ثالث ..» (2).

أقول: لو لا أنّ الفاضل الآبي أدرى بمراد شيخه المحقق قدس سرهما من جملة «ليس للبيع لفظ مخصوص» أمكن أن يكون غرض المحقق نفي اللفظ المخصوص الذي اعتبره جماعة في البيع وغيره من العقود اللازمة من الصراحة في المنشأ، كما اقتصر بعضهم على صيغة «بعث، ملكت». وأما كلمة «أجزت و أنفذت» ونحوهما مما يتعارف إنشاء الإجازة به فليس مرادفاً للبيع و التمليك و الشراء و النقل حتى يصح إنشاء البيع به.

(1) هذا الضمير و ضمير «فهو» راجعان إلى إيجاب المالك، و بانضمام القبول المتقدم يتحقق العقد المستأنف. هذا ما يقتضيه كلام الفاضل الآبي.

(2) أي: ما نقله كاشف الرموز عن شيخه- من كون الإجازة بيعاً مستقلاً

(1) كشف الرموز، ج 1، ص 445 و 446.

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 188 و 189.

لأنه (1) إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع و تملك المبيع منه، فإذا بني على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع (2) فلا بدّ له (3) من قبول آخر، فالإكتفاء عنه (4) بمجرد إجازة البائع - الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه - التزام (5) بكفاية رضا البائع وإنشائه عن رضا المشتري وإنشائه. وهذا (6) ما ذكرناه من أنّه خلاف الإجماع والعقل.

---

لا- يجري فيما نحن فيه و هو بيع الغاصب لنفسه، لأنّ ظاهر كلام المحقق و تلميذه هو الفضولي المعهود الذي يبيع للمالك، لا من يبيع مال الغير بقصد تملك الثمن كما هو محلّ البحث.

(1) تعليل لعدم جريان كلام كاشف الرموز فيما نحن فيه و هو بيع الفضولي لنفسه، و محصله: أنّ المشتري هنا يقصد دخول الثمن في ملك الغاصب، فلو كانت إجازة المالك موجبة لوقوع البيع للمغضوب منه لم يكن قبول المشتري مطابقاً للإجازة، و لا بدّ من إنشاء قبول آخر، و المفروض عدمه.

(2) أي: لما وقع من البائع الفضولي لنفسه.

(3) أي: فلا بدّ لوقوع البيع للمالك من إنشاء قبول آخر. وقوله: «فلا بدّ» جواب الشرط في قوله: «فإذا بني».

(4) أي: عن قبول آخر، و هو قبول إيجاب المالك.

(5) خبر قوله: «فالإكتفاء» و قوله: «الراجعة» صفة للإجازة.

(6) أي: الإكتفاء برضا البائع وإنشائه - عن رضا المشتري وإنشائه ثانياً - مخالف للإجماع والعقل كما مرّ آنفاً.

هذا ما أفاده المصنف في ردّ كلام المحقق القمي، و به يظهر أنّ محذور مخالفة المنشأ للمجاز باق بحاله. ولذا تصدّى الماتن للجواب عنه ببيان آخر، سيأتي تقرّبه.

فالأولى في الجواب (1) منع مغايرة ما وقع (2) لما أجز (3). و توضيحه (4): أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء المثلث. و أمّا كون المثلث مالا

(1) أي: الجواب عن إشكال إجازة المالك- لبيع الفضولي لنفسه- بمغايرة المنشأ للمجاز.

(2) من بيع الفضولي لنفسه.

(3) و هو جعل المالك بيع الفضولي لنفسه بسبب الإجازة يباعا لنفسه، و صرفه عن الفضولي.

(4) أي: و توضيح عدم مغايرة ما وقع من الفضولي لما أجزه المالك هو: وجود قصد المعاوضة بين المالكين في عقد الفضولي من فيما أجزه المالك، حيث إنّ الفضولي بإيجابه يقصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء المثلث، من دون دلالة الإيجاب على كون المثلث ملكا له أو غيره، و حيث إنّ الفضولي يبني على مالكيته للمثلث عدوانا كما في الغاصب، أو اعتقادا كما في الاعتماد على أمارات الملكية من اليد أو غيرها، فلازمه تملك المثلث. و هذا معنى المعاوضة، و معنى قصد الفضولي يبعه لنفسه.

فقصد المعاوضة في عقد الفضولي موجود، لبناء الفضولي على كونه مالكا للمبيع. و مقتضى المعاوضة هو كون المثلث ملكا له بإزاء المثلث. لكن هذا البناء صوريّ، و إجازة هذا البناء الصوري- المبني عليه المعاوضة- توجب المعاوضة الحقيقية، لكون المثلث ملكا للمجيز واقعا، فيكون المثلث له بإزاء المثلث. فالمعاوضة في كلّ من عقد الفضولي و إجازة المالك ثابتة، غاية الأمر أنّها في العقد صوريّة، و في الإجازة واقعية.

و بعبارة أخرى: إنّ الفضولي البائع لنفسه قاصد لأمرين، أحدهما: إنشاء البيع و هو تمليك مال المغصوب منه للمشتري بعوض. و مقتضاه دخول المثلث في ملك المغصوب منه.



له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع (1) فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من (2) دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا (3) لمعنى المعاوضة و المبادلة.

و حيث (4) إنَّ البائع يملك المثلثم بانيا على تملكه (5) له و تسلطه عليه

---

ثانيهما: دخول الثمن في ملك الفضولي، لبنائه على ملكيته للمبيع.

و لا منافاة بين الأمرين، لكونه مدعيا ملكه للمثلثم، فتتمشى منه قصد المعاوضة. فلو أجاز المالك تعلقت بالأمر الأوّل، و هو أصل البيع و المبادلة بين المالكين، لا بالأمر الثاني الذي لا واقعية له.

و بهذا يندفع المحذور، و يكون المنشأ- أعني به أصل التملك بالعوض- هو المجاز، و المجاز هو المنشأ. هذا فيما كان الفضولي بائعا. و أمّا لو كان مشتريا فلا يجدي هذا البيان لدفع المحذور، لكون المنشأ واحدا كما سيأتي تقريره.

(1) أي: فيرجع في كون الثمن له أو لغيره إلى ما يقتضيه .. إلخ. و غرضه تطبيق مفهوم المعاوضة على عقد الفضولي، و حاصله: أنّ تملك العاقد الفضولي المثلثم للمشتري بإزاء الثمن بانيا على أنّه المالك للمثلثم- عدوانا أو اعتقادا، و الموجب للبيع- لا يقتضي كون الثمن لنفسه أو لغيره. بل مفهوم المعاوضة يقتضي دخول الثمن في ملك مالك المثلثم. فالمعاوضة الصورية موجودة في عقد الفضولي.

(2) بيان للموصول في «ما يقتضيه» أي: مقتضى المعاوضة هو المبادلة بين المالكين.

(3) مفعول لأجله، و هو علة لدخول العوض في ملك مالك المعوض.

(4) غرضه أنّ بيع الفضولي لنفسه لا ينفك عن قصد المعاوضة، لأنّ بناءه على ملكيته للمثلثم ملازم لبنائه على ملكية عوضه و هو الثمن.

(5) هذا الضمير و ضمير «تسلطه» راجعان إلى البائع، و ضميرا «له، عليه» إلى المثلثم.

عدوانا أو اعتقادا (1) لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلّط عليه. و هذا (2) معنى قصد بيعه لنفسه.

و حيث (3) إنّ المثلّم ملك لملكه واقعا. فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه.

فعلم من ذلك (4) أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتّى يتردّد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين (5)، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلّم بعوض، من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض

---

(1) هذا و «عدوانا» بيان ل «بانيا» حيث إنّ بناء تملك المثلّم إمّا أن يكون عدوانيا كما في الغاصب، وإمّا اعتقاديا، كمن يعتمد على حجة شرعية في تملكه للمال، مع كونه مال غيره في الواقع.

(2) أي: البناء على ملكية المثلّم ملازم للبناء على ملكيته للمثلّم، و هذا معنى بيعه لنفسه.

(3) الغرض من قوله: «و حيث» إثبات معنى المعاوضة في إجازة المالك لبيع الفضولي مال غيره لنفسه، و حاصله: أنّ المال لمّا كان ملكا للمالك المجيز، فمجرد إجازته يدخل الثمن في ملكه، لخروج المثلّم عن ملكه، فتحصل المعاوضة الحقيقية بين العوضين، بعد أن كانت صورة المعاوضة حاصلة بسبب بناء البائع الفضولي على ملكية المثلّم له بينه و بين المشتري.

(4) أي: من انتقال العوض إلى المالك بإجازته يظهر أنّ قصد البيع لنفس البائع لا يكون مأخوذا في مفهوم الإيجاب حتّى يتردّد الأمر بين المحذورين المذكورين، و هما ما ذكره المستشكل في صحة بيع الفضولي لنفسه بقوله في (ص 560): «فإن تعلّقت الإجازة بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد .. إلخ».

(5) و هما هذان الأمران المشار إليهما بقولنا: «فإن تعلّقت الإجازة .. إلخ».

إلا باقتضاء المعاوضة لذلك (1).

و لكن يشكل (2) فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير، فقال للبائع الأصيل: «تملكت منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم» فإن مفهوم هذا الإنشاء (3) هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بدّ (4) من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

(1) أي: لدخول العوض في ملك من خرج عنه المعوّض، فإن مفهوم المعاوضة هو هذا.

(2) يعني: يشكل جريان الجواب الذي ذكرناه بقولنا: «فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى.. إلخ» فيما إذا كان الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير، و محصله:

أن ذلك الجواب واف بدفع المحذور بالنسبة إلى البائع الفضولي لنفسه. ولا يفي بدفعه بالنسبة إلى المشتري لنفسه بمال الغير. فإن ذلك الجواب- الذي كان مبنيا على عدم اعتبار قصد البائع لنفسه في مفهوم الإيجاب- لا يجري هنا، لأن نفس مفهوم إنشاء المشتري الفضولي بقوله: «تملكت» هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد للإجازة لصاحب الدراهم حتى ينتقل الثوب إليه، بل إجازة هذا الإنشاء و تنفيذه تقتضي مالكية المشتري الفضولي للثوب، وهذا خلاف مقتضى المعاوضة.

وعليه فلا بد من التماس وجه آخر لدفع محذور «المنشأ غير مجاز، و المجاز غير منشأ» بالنسبة إلى المشتري الفضولي.

(3) أي: إنشاء المشتري الفضولي.

(4) يعني فلا- بدّ في حلّ الاشكال من الالتزام بالتصرف في الإجازة و صرفها عن معناها- و هو التنفيذ- و جعلها ناقلة لغير ما أنشأه الفضولي الغاصب من تملك المثلث لنفسه. و بهذا النقل المستأنف يصير الثوب المشتري ملكا لمالك الدراهم.

و بالجمله (1): فنسبة المتكلم الفضولي ملك [تملك] المثلثن إلى نفسه بقوله:

«ملكك أو تملكك» كإيقاع (2) المتكلم الأصلي التمليك على المخاطب الفضولي (3) بقوله: «ملكك هذا بهذه الدراهم» مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك (4).

(1) هذه الجملة تقرير آخر للإشكال الذي تقدم بقوله: «و لكن يشكل» و لا ربط لها بحلّ الاشكال بالالتزام بالنقل المستأنف.

و كيف كان فمحصل هذه الجملة: أنّ وزن نسبة الفضولي المشتري تملك المثلثن إلى نفسه بقوله: «تملكك أو ملكك الثوب مثلا» ووزن إيقاع مالك الثوب تملكه على المخاطب الفضولي بقوله: «ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم» في كون مفهوم الإنشاء مشتملا على التمليك، فإنّ إنشاء إيجاب مالك الثوب بقوله للمشتري الفضولي:

«ملكك» و إنشاء قبول الفضولي بقوله: «تملكك» مشتملان على التمليك.

(2) خبر لقوله: «فنسبة المتكلم».

(3) و هو المشتري الفضولي.

(4) أي: بكون الدراهم له أو لغيره، فإنّه مع اشتمال الصيغة على كاف الخطاب بقوله: «ملكك» لا يبقى مجال لإجازة المالك حتى ينتقل المال إليه، مثلا إذا قال مالك كتاب المكاسب للمشتري الفضولي الذي سرق درهمين من بكر: «ملكك هذا الكتاب بهذين الدرهمين» فهذا الإنشاء متكفل لمالكية المشتري الفضولي السارق للكتاب، فإذا أراد صاحب الدرهمين إجازة هذا الشراء كانت إجازة مضمون هذا الإنشاء مفيدة لملكية السارق للكتاب بدرهمين لبائع الكتاب، فلا ينتقل إلى مالك الدرهمين شيء. و هو خلاف مقتضى المعاوضة.

و هذا بخلاف القبول في «قبلت» في صورة بيع الفضولي مال الغير لنفسه، لأنّ تملك البائع الفضولي للثلثن لم يؤخذ في إنشائه البيع لنفسه. فإجازة المالك الأصيل

و بهذا (1) استشكل العلامة رحمه الله في التذكرة حيث قال: «لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد» (1).

و لا ينتقض (2) بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته،

---

تنقل الثمن إلى ملكه.

ففرق بين إجازة بيع البائع الفضولي و بين شراء المشتري الفضولي بقوله:

«تملكت» أو بقول البائع الأصيل: ملكتك الكتاب مثلا.

(1) يعني: بإشكال الإجازة في هذا المورد استشكل العلامة قدّس سرّه أيضا في الفرع الذي ذكره، نظرا إلى أنّ الآخر مع جهله بفضولية العاقد يملكه، و مع التمليك يشكل الإجازة.

و لا- يخفى أنّ هذا الاشكال لا- يختص ببيع الغاصب، بل يجري في مطلق الفضولي، لأنّ المشتري الجاهل يقصد ب «كاف» الخطاب تمليك هذا البائع، لا غيره، سواء باع لنفسه أم للمالك. و يشهد لهذا التعميم تقييد أشدية الإشكال في صورة علم المشتري بكون البائع غاصبا، فلاحظ قوله: «أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدم- أي الوقوف على الإجازة- و في الغاصب مع علم المشتري أشكل» حيث إنّه رجّح الصحة في صورة علم المشتري بفضولية البائع، و خصّ شدة الاشكال بفرض علمه بكونه غاصبا.

(2) الناقض هو المحقق الشوشتری، فإنّه قدّس سرّه عدّ كلام العلامة ثالث وجوه الاشكال على بيع الغاصب لنفسه، ثم ناقش فيه بقوله: «و يلزم عليه أنه لو باع الوكيل أو اشترى مع الآخر جرى الاشكال. و أنّه لو علم الآخر بكونه فضوليا و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضا موضع إشكال، لعدم مطابقة القصدین» (2) و غرض المصنف دفع هذا النقض عن كلام العلامة.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 33، السطر 21.

ص: 576

لأنه (1) حينئذ (2) إنما يقصد به (3) المخاطب بعنوانه الأعمّ من كونه أصليًا أو نائبًا، ولذا (4) يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه (5) بكونه نائبًا،

أما النقص فهو: أنه إذا كان جهل الآخر بالفضولية موجبًا لإشكال الإجازة من المالك، حيث إنّ الآخر قصد تمليك العاقد، كان مقتضاه بطلان عقد الوكيل ونحوه مع جهل الآخر بوكالته، مع أن الفقهاء حكموا بصحة عقد الوكيل والولي مع جهل العاقد الآخر بالوكالة والولاية.

فالأصيل يملك الوكيل والولي مع عدم قابليتهما للتملك، لكون المال للموكل أو للموّلّى عليه. وحكمهم بالصحة كاشف عن إلغاء قصد الأصيل في مخاطبة الوكيل والولي، فليكن المقام كذلك، وأنه لا عبرة بقصد الأصيل ولا بخطابه للفضولي، فلا وجه لاستشكال العلامة قدس سرّه، بل لا بدّ من الحكم بالصحة.

وأمّا الدفع فهو: أنّ العاقد الجاهل بوكالة العاقد الآخر أو ولايته إنّما يقصد بخطابه له بمثل: «بعتك» مخاطبًا عامًّا يشمل الأصيل والولي والوكيل، لا مخاطبًا شخصيًا لا يعمّ غيره، بأن يقصد شخص المخاطب بما هو مخاطب.

وهذا بخلاف من يخاطب الفضولي، فإنّه قاصد لتمليك الثمن له بشخصه، لا بما يعمّ الغير وهو المالك. فظهر الفرق بين المقام والوكالة.

(1) تعليل لقوله: «لا ينتقض» فهذا دفع النقص المتقدم. أي: لأنّ العاقد-الجاهل بوكالة العاقد الآخر أو ولايته- إنّما يقصد .. إلخ.

(2) أي: حين جهل أحد المتعاقدين بوكالة الآخر أو ولايته.

(3) أي: يقصد بتمليكه المخاطب، وضمير «بعنوانه، كونه» راجعان إلى المخاطب.

(4) يعني: ولأجل أنّ الجاهل بوكالة الآخر يقصد مخاطبًا عامًّا جاز له هذه المخاطبة، وإسناد الملك إليه.

(5) أي: علم العاقد، وضمير «مخاطبته، إليه» راجعان إلى النائب.

وليس (1) إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحَّ اعتباره نائباً صحَّ اعتباره على الوجه الأعمّ من كون نائباً أو أصلياً. أمّا الفضولي فهو أجنبي عن المالك، لا يمكن فيه ذلك الاعتبار (2).

وقد تقطن بعض المعاصرين (3) لهذا الإشكال (4) في بعض كلماته، فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه (5).

---

(1) يعني: وليس جواز المخاطبة وإسناد الملك إليه- مع علمه بكونه نائباً لا مالكا- إلا بملاحظة أعمية المخاطب من الأصلي والنائب. وهذا بخلاف الفضولي، فإنه لأجنبيته عن المالك لا يمكن فيه اعتبار أعمية المخاطب، فلا يجوز إسناد الملك إليه، ولا يصحَّ مخاطبته بمثل: ملكتك.

(2) أي: اعتبار التخاطب على الوجه الأعم من الأصلي والنائب.

(3) لعلّ المستشكل هو المحقق الشوشتری قدس سرّه، فإنه نقل وجوها خمسة لبطلان بيع الغاصب، وارتضى ثانيها، وعمّم الإشكال لشراء الفضولي لنفسه، فقال: «إذا باع الفضولي أو اشترى لنفسه، وكان المبيع أو الثمن مال الغير، ثم أجاز المالك فالانتقال أمّا من المالك وإليه، أو من الفضولي وإليه، أو من المالك وإلى الفضولي، أو عكس ذلك..» ثم أبطل الجميع، والتزم ببطلان بيع الغاصب وشرائه لنفسه، فراجع «1».

(4) وهو ما أفاده المصنّف قدس سرّه بقوله في (ص 574): «و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً».

(5) حيث قال- في ردّ من تصدّى لدفع الاشكال المتقدم آنفا- ما لفظه:

«و حيث كان الحكم على خلاف الأصل ناسب الاقتصار على محلّ اليقين، فلا يكتفى بإجازة الفضولي إذا أوقعه عن نفسه .. بل يجدد العقد» «2».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 32 و 33.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 33.

ص: 578

مع (1) أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص (2) المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً (3).

(1) هذا ردّ للالتزام ببطلان شراء الغاصب لنفسه، و كان الأنسب أن يقول:

«لكن فيه: أنه مخالف للفتاوى» أو «لكنه مخالف للفتاوى .. إلخ». و تقدّم في (ص 540) نقل عبارة المقابس المتضمنة لفتاوى جماعة ممّن قال بصحة بيع الغاصب بإجازة المالك.

(2) الظاهر إرادة نصوص الاتجار بمال اليتيم المتقدمة في (ص 438) و النص الوارد في الودعي الذي تقدم مضمونه في (ص 531) و غيرهما.

و لا يخفى أن مخالفته للفتاوى قدح إذا كانت المسألة إجماعية، و المفروض عدم إجماع في البين. فلا قدح المخالفة المزبورة.

نعم هذا الجواب - أي: الالتزام ببطلان العقد - التزام بالإشكال، أعني به كون الإجازة موجبة لانتقال المبيع إلى مالك الثمن.

(3) لم أظفر في المقابس باعترافه بدلالة أكثر النصوص على صحة بيع الغاصب أو شرائه. نعم ورد هذا الاعتراف في كلامه «إن قلت» مما يقصد قائله تصحيح بيع الغاصب و وقوعه للمالك بإجازته، حيث قال: «يمكن دفع المحذورات الثلاثة بأسرها، أما الأوّل و هو المخالفة للقصّد فيما سبق من عدم اعتباره فيما إذا كانت المعاملة جهة واحدة تقع عليها، فإنّ تعيّن الجهة مغن عن القصّد .. و يشهد للحكم هنا تتبع كلمات الأصحاب في تضاعيف الأحكام، و حكاية بيع عقيل دار النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم، و رواية مسمع السابقة، فإنّ الظاهر وقوع معاملات الودعي عن نفسه، و رواية ابن أشيم ..

و الروايات الواردة في النكاح. فإنّ ظاهرها عدم قصد وقوع النكاح عن المولى، أو الولي، أو الزوجين، بل قصد الاستقلال بالأمر» (1) لكن صاحب المقابس تنظر في هذا الكلام و قال: «قلت: باب المناقشة فيما ذكر واسع».

و لعلّ مراد المصنّف قدّس سرّه من بعض المعاصرين الشيخ الأعسم صاحب

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 33.

ص: 579



و اخرى (1) بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها (2).

وفيه (3): أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الاشكال- أعني قول المشتري الغاصب: تملكّت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم-

---

كشفت الظلام، خصوصا مع تعارف التعبير عن المحقق الشوشتري ب «بعض المحققين» أو «بعض من عاصرناه».

(1) غرضه من هذا الالتزام تصحيح الإجازة، بأن يقال: إن متعلق الإجازة نفس مبادلة العوضين مع الغصّ عن خصوصية تملك المشتري الغاصب للمثمن، وإن كانت مأخوذة في المبادلة في مقام الإنشاء بقوله: «تملكت المثلن».

(2) أي: في المبادلة، لدلالة «تملكت أو ملكت» على خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن. ثم إن السيد الطباطبائي قدس سرّه تعرّض لهذا الإشكال في حاشيته على المتن، فراجع «1».

(3) يعني: وفي التزام المتفظن المعاصر بكون الإجازة متعلقة بنفس مبادلة العوضين إشكال، وهو: أن حقيقة العقد- وهي قوله: تملك- ليست في الخارج مركبة من شيئين، وهما إنشاء المبادلة وإنشاء ملكية المثلن للمشتري، حتى تصح المبادلة بإجازة مالك المثلن أعني الدراهم، ويصير المثلن ملكا للمجيز، وهو صاحب الدراهم. بل حقيقة العقد بسيط، وهي إنشاء المشتري الفضولي تملكه للمبيع، وإجازة المالك الأصيل للدراهم لا تجدي في تملكه للمبيع، بل تملكه له محتاج إلى عقد جديد وناقل مستأنف.

والحاصل: أن إجازة مضمون هذا العقد تجدي في مالكية المشتري الفضولي للمبيع، وهو خلاف مقتضى المعاوضة، إذ يلزم خروج المثلن عن ملك مالكة من دون عوض، لأن المفروض اقتضاء الإجازة لصيرورة المبيع ملكا للمشتري الغاصب

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 143.

ص: 580

ليس (1) إلا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي (2) له، بل يتوقف على نقل مستأنف.

فالأنسب في التفصي (3) أن يقال: إن نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله: «تملكت منك» قول غيره له: «ملكك» ليس من حيث هو، بل من حيث

---

الفضولي من دون عوض يخرج من ملكه.

(1) خبر «ان» و الأولى تأنيث «ليس».

(2) و هو صاحب الدراهم، و ضمير «له» راجع إلى «المبيع».

(3) أي: في التخلص عن الاشكال المتقدم- في شراء الغاصب لنفسه شيئاً- بقوله: «و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي ..». توضيح ما أفاده في دفع الاشكال:

أنه لا بدّ في تحقيق المعاوضة المعتبرة في البيع من الالتزام بالبناء على مالكية المشتري للثمن و لو ادّعاء حتى لا تقع في إشكال عدم تحقق مفهوم البيع. و بعد البناء على مالكية الثمن يصير معنى «تملكت» إلى: «أني صرت مالكا لهذا المبيع بما أتى مالك للثمن» فحيثية مالكية المشتري للثمن ملحوظة جهة تقييدية. و الحكم الثابت للحيثية التقييدية ثابت لنفس الحيثية أولا وبالذات، من دون دخل شيء في موضوعية تلك الحيثية، كما في قولك: «الخمير حرام لأنه مسكر» فإن مقتضاه كون المسكر موضوعا للحكم بحيث يدور الحكم مداره، و عدم دخل شيء من اللون أو غيره في الحرمة.

فالملك يسند إلى المالك بما هو مالك، و ليس ذلك إلا مالك الدراهم، فإجازته توجب انتقال المبيع إليه، لأنه مالك الدراهم حقيقة، دون المشتري الفضولي الذي بنى على ملكية الثمن له عدوانا أو اعتقادا حتى يتملك به المثلث.

و الحاصل: أن قصد المعاوضة يتمسّى من المالكين الحقيقيين أو الادّعائيين.

و الحكم تابع للحيثية التقييدية الواقعية، لأنها موضوع الحكم، فإجازة المالك الحقيقي للدراهم إجازة للعقد الواقع بين المالكين لمالكيهما الواقعيين، فينتقل المبيع إلى من هو مالك واقعي للدراهم.

جعل نفسه مالكا للثمن (1) اعتقادا (2) أو عدوانا، ولذا (3) لو [1] عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته، ضرورة (4) عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال (5) بإزاء مال غيره. فالمبادلة الحقيقية (6) من العاقد

---

(1) حتى يتملك المبيع بهذا الجعل، ولذا لو عقد لنفسه بدون بنائه على مالكيته للثمن نلتزم بلغوية هذا العقد، لعدم تحقق المبادلة بين المالكين بدون الإضافة إلى مالكيهما.

(2) الاعتقاد بالملكية فيما قامت حجة عليها كاليد والاستصحاب، والعدوان في الغاصب.

(3) أي: ولأن إضافة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه ليس بلحاظ شخصه - بل بلحاظ بنائه على كونه مالكا - فلو عقد لنفسه بدون هذا البناء كان لغوا.

(4) تعليل للغوية العقد.

(5) أي: المثل الذي يشتريه الفضولي بإزاء الثمن المغصوب الذي لم يبين على تملكه.

(6) هذه عبارة أخرى لقوله: «ان نسبة الملك إلى الفضولي .. ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا .. إلخ».

---

[1] فيه: أن نفس مفهوم المبادلة لا تتوقف على جعل نفسه مالكا، وإنما حيثية إضافة المبادلة إلى نفسه منوطة بقصد كونه مالكا للثمن حتى يتملك المثل، بل جعل نفسه مالكا مفقود في أكثر الغاصبين للأموال المتعاملين بها، بل لو سئل عنهم: «أنكم بنيتم على مالكيتهم لها حين إجراء المعاملات عليها» لا عترفوا بأنهم كيف يبنون على الملكية؟ مع علمهم بأنها أموال الناس، و سرقوها أو غصبوها بنحو آخر. فتحقق المبادلة لا يتوقف على جعلهم مالكين لتلك الأموال، بل نفس قصد التبديل بدون البناء على المالكية كاف في تحقق مفهوم البيع.

لنفسه لا- يكون إلا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن (1) أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة و المبادلة حقيقة. فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: «تملكت منك كذا بكذا» (2) فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو (3)، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا.

و حيث إنَّ الثابت للشئ (4) من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند (5) إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن (6)، إلا (7) أنَّ الفضولي لما بنى على أنه

---

(1) أي: فلو لم يكن العاقد مالكا حقيقيا أو ادعائيا لم يتحقق المعاوضة .. إلخ.

(2) كقوله: «تملكت منك هذا الثوب بهذه الدراهم من حيث إنِّي مالكها».

(3) أي: لا- من حيث هو زيد، أو عالم، أو غير ذلك مما له من علائم التشخص، بل من حيث صدق عنوان «المالك» عليه، حقيقة أو عدوانا.

(4) و هو تملك الثوب الثابت لهذا المشتري من حيث تقيده بكونه مالكا، لا من حيث سائر الجهات.

(5) هذه نتيجة قياس، صغراه: أن تملك الثوب منسوب إلى المتكلم بما هو مالك، و كبراه: كلما ثبت لشخص المالك بما أنه حيثية تقييدية فهو ثابت لعنوان المالك يدور الحكم مداره. و النتيجة: أن ملكية الثوب مقيدة واقعا بكونها لمالك الدراهم حقيقة.

و ليست مطلقة حتى تضاف و تنسب حقيقة إلى غير المالك كالفضولي. كما إذا قيل:

«صلّ خلف زيد العادل» فإنّ موضوع جواز الاقتداء هو وصف العادل، لا خصوصية زيد المعروف للعدالة و الموصوف بها.

(6) حتى يتحقق ما اعتبر في مفهوم البيع بنظر المصنف قدس سرّه من دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض و بالعكس.

(7) بعد أن أثبت إسناد الملك إلى مالك الدراهم واقعا تبّه على أن إسناده إلى الغاصب غير قاذح في وقوع الشراء للمغصوب منه، و ذلك لأنّ هذا الإسناد ظاهري

المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن إلى نفسه.

فالإجازة (1) الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي، وهو التملك المسند إلى مالك الثمن، وهو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك (2) انتقال المثلث إليه (3)، هذا [1].

---

ناش من تنزيل الغاصب نفسه منزلة المغصوب منه.

(1) هذه نتيجة تقييدية حيثية المالكية، إذ الإجازة حينئذ تتعلق حقيقة بإنشاء التملك المسند إلى من هو مالك الثمن واقعا، ولازمه انتقال المثلث إليه تحقيقا لمفهوم المعاوضة، فالإجازة لا تغاير ما أنشأ الفضولي. وهذا من غير فرق بين الإيجاب الفضولي والشراء الفضولي.

(2) أي فيلزم من كون مالك الثمن هو المجيز انتقال المثلث إليه. هذا تمام ما حققه المصنف في دفع إشكال شراء الفضولي لنفسه بمال الغير، كما دفع فيما سبق إشكال بيع الفضولي لنفسه.

وقد تحصل أنّ المنشأ هو المجاز، فاندفع المحذور الرابع في بيع الغاصب من قوله:

«فيكون النقل من المنشأ غير مجاز، والمجاز غير منشأ». وهناك وجه آخر لدفع المحذور - سواء في بيع الفضولي لنفسه وشرائه له - أفاده الفقيه كاشف الغطاء، وواقفه بعض أجلّة تلامذته، وسيأتي بيانه.

(3) بمقتضى طبع المعاوضة، فإنّ المثلث ينتقل إلى مالك الثمن وبالعكس إن كان العوضان مملوكين.

---

[1] فيه أولا: أنّ بناء الفضولي على المالكية أخص من المدعى، إذ ليس بناء جميع الفضوليين - كالغاصبين - على مالكيّتهم حتى يقال: إنهم طبقوا طبيعي المالك الذي هو جهة تقييدية على أنفسهم.

و ثانيا: أنّ هذا البناء- مع فرض اعتبار دخول أحد العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه في حقيقة البيع- لا يفيد شيئا، لأنّ مجرد هذا البناء لا يوجب الدخول في الملك حقيقة، إذ ليس هذا البناء مملّكا، لا شرعا ولا عرفا.

فالحق إن يقال: إنّ البيع ليس إلاّ تبديل مال بعوض. وأمّا دخول كل من المالكين في ملك من خرج المال الآخر عن ملكه فليس بمعتبر فيه، كما إذا كان العوضان أو أحدهما وقفا. فالبيع يتحقق حقيقة بقصد هذا التبديل وإن كانت عبارة القبول «تملّكت أو ملكت» فإنّ التملك من لوازم التبديل إن لم يكن العوضان أو أحدهما وقفا، وقصد اللزوم يستلزم قصد الملزوم وهو التبديل، فإذا أجاز مالك الثمن هذا التبديل صحّ الشراء، لأنّه وليّ أمر هذا الشراء، فإن أطلق الإجازة كان المثلّم له، لأنّه مقتضى إطلاق ولايته على الشراء بماله.

و إن قيده، وقال: «أجزت هذا الشراء للمشتري الفضولي» كان المثلّم للفضولي.

و لا يقدر هذا في صدق البيع الذي هو تبديل عين بعوض. إذ قد عرفت عدم اعتبار دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه في حقيقة البيع. بل حقيقة البيع في كلتا صورتها إطلاق الإجازة وتقيدها ثابتة.

و ثالثا: أنّ تقييدية جهة المالكية- بعد تسليمها- لا تقتضي وقوع العقد للمالك الأصلي بالإجازة، إذ الغاصب لا يقصد تملك مطلق المالك، بل يقصد تملك مالك خاص، وهو نفسه، بحيث لا يقبل الانطباق على المالك الحقيقي حتى يقع له العقد بالإجازة.

و نزيد هنا توضيحا، فنقول وبه نستعين: إنّ مجرد الجهة التقييدية لا يوجب سرية حكم ثابت لفرد من أفراد تلك الجهة إلى سائر أفرادها مطلقا وفي جميع الموارد، بل السرية إليها منوطة بقابلية ذلك الحكم للسرية. فإذا قال: «أعطيت أجرة زيدا البناء لبنائه داري» فإنّه لا يدلّ على إعطاء أجور سائر من بنى له من البنّائين. بخلاف ما إذا قال:

«أكرم زيدا العالم، لكونه عالما» سرى الحكم- وهو وجوب الإكرام- إلى سائر أفراد العالم، لأنه حكم كلي أنشئ على طبيعي العالم المستفاد من قوله: «لكونه عالما».

وبالجمل: البناء على سرية الحكم المعلق على فرد من أفراد الجهة التقييدية إلى سائر الأفراد التي لم يعلق عليها ذلك الحكم غير سديد. و بدون إثبات ذلك لا يتم المطلوب، وذلك لاختصاص الحكم بتلك الحصة، وعدم صلاحيته للسراية إلى سائر الحصص.

ومن هذا القبيل ما نحن فيه، فإذا قال المشتري الفضولي الغاصب لدينار من زيد مثلا: «تملكت هذا الثوب بهذا الدينار» أو قال البائع: «ملكك هذا الثوب بهذا الدينار» فقد علق المشتري الحكم الذي هو الاثراء بالغاصب المدعي للملكية التي هي حيثية تقييدية لهذا الاثراء كما يقول به الشيخ. إلا أن هذا الحكم لا يثبت لجميع أفراد المالك حتى يثبت للمالك الحقيقي المجيز، بل لخصوص الحصة التي هي في ضمن فرد خاص، وهو الغاصب المشتري لنفسه، لكون المنشأ- وهو الاثراء- واحدا خارجيا و جزئيا حقيقيا مختصا بالمشتري الغاصب وقائما به. ولا يتعدى إلى غيره وإن كان مالكا حقيقيا.

وكذا قول البائع: «ملكك» فإن التملك وإن كان للمشتري الغاصب المدعي للملكية الثمن- وهو الدينار- في المثال. إلا أن هذا الحكم الجزئي لا يقبل التعلق بغير المشتري الغاصب، لأنه المخاطب في حال إنشاء البيع، ولا يشمل المالك الحقيقي، إذ المخاطب شخص خاص، والحكم الثابت له لا يتعدى إلى غيره، فإنه مثل المثال المذكور، وهو قوله: «أعطيت أجرة زيد البناء» مع كون البناء هناك حيثية تقييدية أيضا.

فصارت النتيجة: أن ما تفصّر به المصنّف قدس سرّه- من جعل الملكية حيثية تقييدية- عن الاشكال، وهو ما أفاده بقوله في (ص 574): «ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا» لا يدفع الإشكال.

مع (1) أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة

(1) ظاهره تصحيح شراء الفضولي لنفسه بالإجازة بحيث يصير العوض ملكا للفضولي، كما صحّحته لمالك الثمن، بحيث يصير المثلث ملكا له. فالغرض من هذه العبارة تصحيح البيع بالإجازة حتى لنفس الفضولي الذي هو أبعد من صحته للمالك الذي قد وجهنا صحته له، بجعل المالكية من الجهات التقييدية، فإنّ الإجازة تطابق مضمون العقد، وهو شراء الفضولي لنفسه، وضرورة الثمن له، ولا تغايره حتى نحتاج إلى جعل المالك جهة تقييدية، بل الإجازة تجعل المشتري الفضولي مالكا للمثلث. فالشراء صحيح مطلقا سواء أكان لمالك الثمن بتقريب الجهة التقييدية

و الفقيه المامقاني قدّس سرّه قال: «فالحق أنّ الحكم في هذا المقام غير مطابق للقواعد، فإنّ تمّ الإجماع أو دلالة النصوص فذاك، وإلا كان اللازم هو الحكم بالبطلان».

لكن قد تقدّم أنّما إمكان تصحيح شراء الفضولي الغاصب لنفسه، بأن يقال: إنّ حقيقة البيع في جميع الموارد بمعنى واحد، وهو تبديل عين بعوض، سواء أكان في الأوقاف أم في الأموال المملوكة. وليس دخول كل من العوضين في ملك الآخر معتبرا في حقيقة البيع. ومن المعلوم أن قصد التبديل في بيع الغاصب وشرائه موجود، لكونه ملزوما للتملك و التملك، و المجيز يجيز التبديل الذي هو البيع الواقع فضولا.

فالمتحصل ممّا ذكرنا: قابلية عقد الفضولي - إيجابا وقبولا - لإجازة المالك، وضرورة نتيجة العقد من ملكية الثمن أو المثلث له إن لم يكن مانع عن التملك، وإلا كانت نتيجة العقد الوقفية، كما إذا باع مصالح البناء كالحديد و الجصّ و السمّنت على متولي المسجد لتعميره، فإنّ هذه المصالح لا تصير ملكا للمتولي بعد إجازته شراء الفضولي لتلك المصالح بأجور أوقاف المسجد، أو بالأموال التي تبرّع بها المتبرعون لتعميراته أو لتأسيسه. و مع ذلك يكون البيع بمعناه العرفي المتقدم ثابتا فيها كثبوته في سائر الموارد على وزن واحد.



لصيرورة العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد (1)، و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته.

و ذكر بعضهم (2)

- التي دفع بها المصنف إشكال مغايرة ما وقع لما أجزى - أم للمشتري الفضولي كما عن كاشف الغطاء قدس سره.

فالظاهر أنّ غرض المصنف قدس سره من قوله: «مع انه ربما .. إلخ»، هو إثبات صحة العقد و إن لم يكن تصحيحه لمالك الثمن لأجل مغايرة الإجازة لما وقع، إذ يصح للفضولي بدون محذور مغايرة ما وقع للإجازة.

(1) قال في محكيها: «و لو أجزاه المالك على نحو ما قصده الغاصب به احتمال رجوعه إلى هبة و بيع معا، كقوله: اشتر بمالي لنفسك كذا. و أمّا مع قصد الغاصب تمليك نفسه ثم البيع فلا بحث في رجوعه إلى ذلك. و لو باع المالك عن غيره صحّ البيع عن المجيز» (1).

و الظاهر كفاية رجوع الإجازة إلى الهبة عن رجوعها إلى البيع، لأنّ وقوع البيع في مال الفضولي الذي صار مالكا بالهبة كاف في صحة البيع، من دون حاجة إلى رجوع الإجازة إلى البيع، إذ المفروض وقوع البيع في ملك الأصيل بعد حصول الهبة.

(2) لعلّ المراد به صاحبا المقابس و الجواهر (2)، حيث إنّهما صحّحا بهذين الوجهين بيع غير المالك، فصاحب الجواهر قدس سره صحّح بهما جواز التصرفات المنوطة بالملك للمتعاين بناء على ترتب الإباحة عليها، و تقدم نقل بعض كلامه في (ج 2، ص 97) فراجع.

و صاحب المقابس قدس سره و إن ذكر ما نقله المصنف في المتن، و لكنه ذكرهما

(1) شرح القواعد، مخطوط، الورقة 60

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 33، السطر 16، جواهر الكلام، ج 22، ص 218 و 225 و 232.

ص: 588

### أحدهما كون صحة إجازة عقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي]

أحدهما (2): أن قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه

بعنوان «ان قلت» ثم أجاب عن الاشكال بقوله: «قلت: باب المناقشة فيما ذكر واسع.

و حيث كان الحكم على خلاف الأصل ناسب الاقتصار على محل اليقين، فلا يكتفى بإجازة بيع الفضولي إذا أوقعه عن نفسه .. إلخ».

فلعلّ المصنف قدس سرّه وقف على عبارة أخرى لصاحب المقابس، أو كان مراده غيره من أجلاء تلامذة الشيخ الكبير ممّن لم نطلع عليه كصاحب كشف الظلام.

ثم إن تعبير المصنف ب «ربما يلتزم» دون التعبير ب «و يندفع الاشكال» لعلّه لأجل أنّ كلام شارح القواعد لا يدفع المحذور المتقدم من أن «المجاز غير المنشأ» و إنّما غرضه تصحيح وقوع العقد للغاصب و عدم محذور فيه، إذ المحذور كله في تصحيحه للمغصوب منه، فلو أمكن وقوعه للغاصب بفرض كون مال الإجازة إلى هبة المال إليه قبل بيعه و شرائه حتى تقع المعاوضة في ملكه لم يبق موضوع لمحذور «أن المجاز غير المنشأ» لصيرورة المغصوب ملكا للغاصب، فهو كسائر الملاك يبيع و يشتري بمال نفسه.

(1) أي: كون صحة إجازة عقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي.

(2) توضيحه: أنّ بيع مال الغير عن نفسه - كبيع زيد ثوب عمرو عن نفسه لا عن عمرو، و كذا شراء متاع لنفسه بمال الغير - بعد البناء على صحتهما يتضمّن تملكه قبل انتقاله إلى الغير، حتى يكون الانتقال عن ملكه، فإنّ عتق عبد الغير عنه بقوله: «أعتق عبدك عني» تملك ضمني يحصل بالبيع أو الشراء، فيدخل العبد في ملك من قال: «أعتق عبدك عني» ثم يعتق. و كذا الحال في المقام، فإنّ إجازة المالك تصحّح البيع و الشراء، و صحتهما تتضمن انتقال المال إلى الفضولي حين البيع أو الشراء، ثم

جعل (1) ذلك المال له (2) ضمنا، حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله (3) إلى غيره ليكون انتقاله (4) إليه عن ملكه. نظير ما إذا قال:

«أعتق عبدك عني» (5) أو قال: «بع مالي عنك أو اشتري بك بمالي كذا» (6) فهو (7) تملك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء.

ونقول في المقام أيضا (8): إذا أجاز المالك صحّ البيع و الشراء،

---

منه إلى غيره.

(1) خبر قوله: «ان قضية».

(2) أي: للمخاطب الفضولي، وهو المراد بقوله: «عن نفسه» فمال زيد يصير أولا مال عمرو والعاقده الفضولي، ثم ينتقل منه إلى بكر، فيصير المثلث ملكا لعمرو، لخروج الثمن عن ملكه، فينتقل إليه بدله وهو المثلث.

(3) أي: قبل انتقال المال إلى غير الفضولي.

(4) أي: ليكون انتقال المال إلى الغير عن ملك الفضولي.

(5) هذا مثال تضمن الأمر تملك العبد أنا قبل العتق حتى يقع في ملك الأمر.

(6) هذان مثالان لمالكية المأمور ضمنا حتى يقع البيع و الشراء في ملكه.

(7) أي: فهذا الجعل تملك ضمني، و ضمير «بيعه» راجع إلى «ذلك المال» وهو مال الغير. و حاصله: أن الجعل المذكور تملك ضمني لمال الغير لنفسه، و تملك له يحصل بيع ذلك المال و شرائه. و إجازة المالك في المقام تكون مثل قوله: «بع مالي عن نفسك» في الدلالة على تملك المبيع للعاقده حتى يصير البيع عن نفسه، و يكون الثمن له تحقيقا للمعاوضة، فتكون الإجازة اللاحقة للعقد كالإذن السابق في حصول الملكية أولا للفضولي، ثم انتقال المال منه إلى غيره ثانيا.

(8) يعني: أن ما ذكره من الملك الضمني في الأمثلة المتقدمة مسلّم، فلتكن الإجازة مقتضية لمالكية الغاصب ضمنا.

ص: 590

و صحته (1) يتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء. فكما أنّ الإجازة المذكورة تصحّح البيع أو الشراء، كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمّنه البيع الصحيح (2)، فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق قاضية (3) بتملكه المبيع ليقع البيع في ملكه، و لا مانع منه (4).

### [الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقدا]

الثاني: أنّه (5) لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقدا في انتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذونا في بيعه لنفسه أو الشراء به،

(1) يعني: و صحة البيع تتضمّن انتقال مال المغصوب منه إلى الغاصب حين بيع المال للأصيل، أو الشراء منه.

(2) و هو البيع المجاز، فإنّه يتضمّن أولاً انتقال المال من مالكة إلى الفضولي. و منه إلى غيره ثانيا. فالإجازة تملك المبيع للعاقدا، فيقع البيع في ملكه.

فحاصل الوجه الأوّل من وجهي صحة عقد الفضولي لنفسه- بحيث يصير العوض ملكا له- هو: تضمّن الإجازة كالإذن السابق لتمليك المالك العوض للفضولي، حتى يخرج المال عن ملكه و يدخل بدله في ملكه.

(3) خبر ثان لقوله: «فتلك الإجازة».

(4) أي: و لا مانع من كون الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق و قاضية بتملكه المبيع.

(5) هذا إشارة إلى ثاني وجهي صحة وقوع عقد الفضولي لنفسه لا للمالك و سوق البيان يقتضي أن يقول: «ثانيهما» بدل «الثاني».

و كيف كان فمحصله: أنّه لا دليل على اعتبار كون أحد العوضين ملكا للعاقدا في انتقال بدله إليه، بل يكفي في ذلك إذن المالك له في بيعه لنفسه أو الشراء به. فلو قال لعمر و: «بيع هذا الثوب لنفسك» أو «اشتر بهذا الدينار ثوبا لك» ملك الثمن في المثال الأوّل بانتقال المبيع عن مالكة الذي أذن للمخاطب في بيعه إلى المشتري، لا بانتقال

فلو قال: «بع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا» ملك الثمن في الصورة الأولى (1) بانتقال المبيع عن مالكة (2) إلى المشتري، وكذا ملك المثلث في الصورة الثانية (3) [1].

---

المبيع عن المخاطب المأذون في بيعه.

وبهذا ظهر الفرق بين هذا الوجه و سابقه، لاقتضاء الوجه الأول مالكية المتصرف للمال آنا قبل البيع حتى يقع التصرف في ملكه، بخلاف الثاني، لكفاية إذن المالك في صحة تصرف غيره في المال بإطلاق السلطنة.

(1) و هي قوله: «بع هذا لنفسك».

(2) و هو الذي قال: «بع هذا لنفسك».

(3) و هي قوله: «اشتر لك بهذا» فإنه بعد مالكيته للثمن يصير مالكا للمثلث، لأنه مقتضى المعاوضة.

---

[1] يمكن أن يوجه كلام كاشف الغطاء قدس سره بوجه آخر أسهل من الوجهين المذكورين مع الغض عن قوله: «احتمل رجوعه إلى هبة و بيع معا» بأن يقال: إن إجازة مالك الثمن لشراء المشتري الفضولي لنفسه إعراض عن المال و إذن للمشتري في تملكه له. فالإجازة حاكية عن الإعراض الذي حقيقته رفع المنع عن تملك الغير للمال المعرض عنه، و ليس الإعراض بنفسه رافعا للملكية، بل هو رافع لمنع تملك الغير له.

و عليه فتملك المشتري الفضولي للثمن منوط بقصد التملك، و المفروض حصوله، لأنه بنى على ملكية ذلك المال له. و لا يحتاج إلى توكيل و إيجاب و قبول، إذ الهبة المذكورة في كلام كاشف الغطاء تحتاج إلى توكيل في إيجاب الهبة و قبولها، فإن كلاً من التوكيل و الهبة عقد مركب من إيجاب و قبول، و تكفل الإجازة لهما محتاج إلى دليل.

و يتفرّع عليه (1) أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكة دون العاقد.

أقول: وفي كلا الوجهين نظر.

أمّا الأوّل (2) فالأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة، كما تقدم (3) في بعض فروع المعاوضة. مع أنّ قياس الإجازة على الإذن

---

(1) أي: على الوجه الثاني المذكور بقوله: «الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط ..»

و محصله: أنّه لو اتّفق فسخ المعاوضة، فعلى هذا الوجه الثاني يرجع الملك إلى مالكة لا إلى العاقد، إذ المفروض أنّ المال لم ينتقل إلى العاقد، و لم يخرج من ملكه حتى يعود إلى ملكه، وإثما خرج عن ملك مالكة. فبعد الفسخ يرجع إليه لا إلى العاقد.

و أمّا بناء على الوجه الأوّل، فعلى القول بانتقال المال إلى العاقد حقيقة و خروج المبيع عن ملكه بالبيع آنا فلا بدّ أن يرجع المبيع بعد الفسخ إليه، لا إلى المالك.

و على القول بالملك الضمني التقديري- أي حكم الملك- فيرجع إلى المالك دون العاقد، لعدم خروجه عن ملكه.

(2) و هو ما ذكره بقوله: «أحدهما: أنّ قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه» و محصّل وجه النظر فيه أمران:

أحدهما: أنّ الصحّة في المقيس عليه ممنوعة فضلا عن المقيس، توضيحه: أنّه قد مرّ في المعاوضة: أنّ إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك غير جائزة إلاّ في مقامين ليس المعاوضة منهما.

(3) تقدّم منه في رابع تنبيهات المعاوضة: أنّ إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك غير جائزة إلاّ في مقامين ليس المعاوضة منهما. قال قدّس سرّه:

«أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلا له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة. أو في نقله أولا إلى نفسه ثم بيعه. أو تملكها له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له. و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله» إلى أن

قياس مع (1) الفارق، لأن الإذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء (2) تقدير الملك أنا ما قبل البيع. بخلاف الإجازة، فإنها لا تتعلق إلا

---

قال: «و من المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة ..

الثاني: أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع أنا ما يقع البيع في ملكه» (1).

(1) إشارة إلى ثاني الأمرين من النظر، و محصله: أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأنّ دلالة الاقتضاء يحتمل أن تكون مقتضية لتقدير الملك أنا ما قبل البيع حتى يقع البيع للمخاطب، لوقوعه في ملكه حينئذ. وهذا بخلاف الإجازة، فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا، لأنّ الإجازة رضى بما وقع و تنفيذ له، و المفروض أنّ ما وقع لم يكن إلا مبادلة مال المالك، لا مال العاقد الفضولي. و الإذن رضى بما يقع. و كم فرق بينهما.

فقياس الإجازة على الإذن في غير محله، لأنّه يصح أن يكون الإذن توكيلا للمخاطب بتملك المال لنفسه هبة، ثم يبعه أو عتقه عن نفسه. بخلاف الإجازة، فإنّه لا يصح فيها ذلك، إذ لا معنى للتوكيل في أمر متقدم. بخلاف الإذن، فإنّه توكيل بالإضافة إلى أمر متأخر.

(2) و هي دلالة مقصودة للمتكلم، و يتوقف صدق الكلام أو صحته على تقدير، كتقدير الأهل في مثل السؤال من القرية، و تقدير «الكاملة» في مثل «لا صلاة لجار المسجد» و تقدير الحكم في مثل «لا ضرر و لا حرج» و هكذا.

و هذه الدلالة تقتضي مالكية الأمر في «أعتق عبدك عني». فينحل الأمر إلى «ملكني عبدك بكذا ثم أعتقه عني». و الوجه في هذه الدلالة الجمع بين الأدلة.

و المفروض عدم وجود المقتضي لمالكية الفضولي الغاصب حتى يقال بدخول عوض المغصوب في ملكه.

---

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 95-101.

ص: 594

بما وقع سابقا، و المفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير (1) بمال آخر.

نعم لما بنى هو (2) على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد (3) بالمعاوضة رجوع البديل إليه.

فالإجازة (4) من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البديل في ملك المجيز. وإن رجعت إلى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقد على تملك المال

(1) أي: المالك لا العاقد، فإذا كان ما وقع مبادلة مال المالك فكيف يصير بالإجازة مبادلة مال العاقد بمال آخر؟

فالنتيجة: أن البيع لا يقع بسبب الإجازة عن العاقد، ولا يتغير عمّا وقع عليه.

(2) أي: الفضولي سواء أكان بائعا مال الغير لنفسه أم مشتريا بمال الغير لنفسه، فإنّ بناءه عدوانا أو اعتقادا على ملكية ذلك أوجب قصده المعاوضة، بأن رجع البديل إليه، لا إلى المالك.

لكن فيه: أن قصد رجوع البديل إليه ليس مبنيا على بنائه على الملكية، بل مع اعترافه بعدم ملكية ذلك المال له، يقصد رجوع البديل إليه أيضا.

(3) جواب الشرط في «لما بنى» و غرضه أن بناء الفضولي تملك العوض مصحح لوقوع المعاوضة، إذ بدون هذا البناء يلغو الإنشاء. وأمّا دخول العوض في ملكه لو أجاز المالك فلا تقتضيه إجازة نفس العقد.

(4) غرضه أنه- بعد انقسام عقد الفضولي إلى قسمين، أحدهما: قصد نفس المبادلة بدون بنائه على ملكيته للمال، و الآخر: بناؤه عليها- يمكن أن ترجع الإجازة تارة إلى نفس المبادلة مجردة عن انضمام بناء العاقد الفضولي على تملكه للمال، و اخرى إلى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقد الفضولي على تملكه للمال.

فإن رجعت إلى القسم الأوّل أفادت دخول العوض في ملك المجيز و هو المالك، لوقوع البيع على ماله، فله الإجازة بمقتضى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم.



فهي (1) وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد، إلا أن مرجع هذا (2) إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه (3) له، إذ (4) بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد، فيملك البديل.

إلا (5) أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقق متعلقة (6) شرعا،

وإن رجعت إلى القسم الثاني، فهي بمقتضى إمضائها لمضمون العقد تفيد دخول البديل في ملك العاقد، حيث إنّه المنشأ بالعقد بعد بنائه على تملك المال الموجب لدخول بده في ملكه. فالإجازة حينئذ ترجع إلى إمضاء ما بنى عليه العاقد الفضولي من التملك، وبعد هذا الإمضاء يقع البيع في ملكه، فلا محالة يملك العاقد بدل ماله. فمفهوم المعاوضة- من تملك كل من المتعاقدين لمال الآخر- ينطبق عليه.

لكن الإشكال في أنّه هل للإجازة تأثير ذلك البناء في تحقق ما بنى عليه العاقد من التملك أم لا؟ الظاهر أنّه لا دليل على ذلك. بل الظاهر دلالة الدليل على خلافه، إذ التملك المعاملي لا يتحقق إلا بالإنشاء القولي أو الفعلي و مجرد البناء القلبي على الملكية ليس أمرا إنشائيا.

(1) يعني: فالإجازة وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد الفضولي، إلا .. إلخ.

(2) أي: دخول البديل في ملك العاقد الفضولي.

(3) معطوف على «إجازة» يعني: وإمضاء المالك الأصلي هذا التملك للفضولي بسبب إجازته له البيع أو الشراء الصادر منه.

(4) تعليل لكون دخول البديل في ملك العاقد راجعا إلى إجازة بنائه على التملك.

(5) هذا إشكال على أنّ الإجازة- الموجبة لوقوع البيع في ملك العاقد- وإن كانت مصلحة لقاعدة المعاوضة، لكنه لا دليل على كون الإجازة مؤثرة في تأثير بناء الفضولي على التملك في تأثير ذلك البناء على تحقق متعلقة.

(6) أي: متعلق البناء، وهو دخول البديل في ملك العاقد الفضولي.

بل الدليل على عدمه (1)، لأنّ هذا (2) مما لا يؤثر فيه الإذن، لأنّ الإذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته؟ (3) [1].

---

(1) أي: على عدم تأثير الإجازة في اقتضاء بناء الفضولي على التملك.

(2) أي: بناء العاقد على التملك لا يؤثر فيه الإذن، بأن يجعله مالكا، لأنّ الإذن في التملك ليس من الأسباب الملكية، بل الإذن يوجب جواز التملك بأحد الأسباب الناقلة.

وبالجملة: الإذن في البناء على الملكية إذن في التمليك بغير سبب شرعي، وكذا الإجازة، فهما ليسا مملكين، فإنّ الملكية تتوقف على إنشاء قولي أو فعلي. وليس البناء القلبي على كل أمر اعتباري من الملكية والزوجية وغيرهما أمرا إنشائيا. فمجرد بناء غير المالك كالعاقد الفضولي على الملكية- ولو مع الإذن أو إجازة المالك- لا يوجب الملكية.

نعم لو قيل بإطلاق قاعدة السلطنة ومشرعيتها أثرت الإجازة في تملك العاقد، لكنه ممنوع «1».

(3) أي: إجازة التملك، لأنّ الإجازة لا تتعلق إلا بما وقع سابقا، والمفروض أنّه لما يقع إلا مبادلة مال المالك- دون العاقد- بمال الغير.

---

[1] يمكن تصحيح قياس الإجازة بالإذن إن أريد بالإذن إيجاب تمليك المخاطب، وكون إنشاء المخاطب لإيجاب البيع قبولا لهذا التمليك الضمني، وبحصول القبول له يكون بيعا في ماله. فإذا زيد مثلا- المالك لكتاب المكاسب- لعمرو في أن يبيعه عن نفسه بمنزلة الإيجاب لتمليك عمرو، وإيجاب عمرو وبيع الكتاب على بكر قبول لهذا التمليك الضمني، وبلحوق القبول من بكر يصير بيع الكتاب في مال عمرو.

والكاشف عن كون الاذن تمليكا هو دلالة الاقتضاء. ولا بأس بأن يكون إيجاب عمرو للبيع عن نفسه قبولا لتمليك زيد، وإيجابا لبيع الكتاب عن نفسه.

---

(1) راجع التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة، هدى الطالب، ج 2، ص 110.

ص: 597

---

و هذا التقريب الجاري في الاذن يجري في الإجازة أيضا، بأن يقال: إن دلالة الاقتضاء تدلّ على كون الإجازة إيجابا متأخرا من زيد في المثال، وإنشاء عمرو وإيجاب البيع لنفسه قبولا متقدّما.

وإن أريد بالإذن ما هو مؤثر في نفوذ ما بنى عليه البائع - وهو عمرو في المثال - من ملكيته للكتاب في مقام البيع لنفسه، فيجري هذا التقريب في الإجازة أيضا، بأن يقال: إن الإجازة تصحّح بناء البائع - وهو عمرو - على ملكيته للمبيع وهو كتاب المكاسب، فيقع البيع له، و يترتب عليه آثار الصحة، هذا.

ولكن الحق مع المصنف قدس سرّه من عدم تأثير الإذن و الإجازة في تنفيذ البناء على الملكية، إذ لا وجه لهذا التنفيذ. ولو فرض تصريح زيد المالك للكتاب في المثال لعمرو «بأني أذنت لك في التمليك» لم يفد شيئا، لأنّه إذن في التمليك بغير سبب شرعي.

و كذا الحال في الإجازة، لأنّ التمليك المعاملي لا يحصل إلا بإنشاء قولي أو فعلي.

فالحق أن يقال: إنّه في كلّ مورد قام الدليل على الصحة «كأعتق عبدك عني» بناء على تمامية دليله من الإجماع - إن لم يقدح فيه مخالفة ابن إدريس «1» - و من رواية بريد العجلي «2»، فلا بدّ من التشبث بدلالة الاقتضاء تطبيقا على القواعد.

و أمّا إن لم يقدح دليل على الصحة فلا - وجه للتكلف في إثبات صحته بدلالة الاقتضاء، بل لا بدّ من الحكم بالفساد، للشك في شمول العمومات له، بل القطع بعدم شمولها له، لانصرافها عن مثل هذه المعاملات الواقعة على الأموال التي ليست ملكا للمتعاملين، وأنشأها المتعاملون لأنفسهم.

نعم قد عرفت إمكان تصحيحها لملاكها، لكون حقيقة البيع - وهي التبديل - موجودة فيها، وإلغاء حيثية وقوعها لغير أربابها، للغويتها.

---

(1) السرائر، ج 3، ص 21.

(2) وسائل الشيعة، ج 16، ص 45، الباب 40 كتاب العتق، الحديث 2.

و أما الثاني (1) فلما عرفت (2) من منافاته، لحقيقة البيع التي هي المبادلة [1] ولذا (3) صرّح العلامة رحمه الله في غير موضع من كتبه تارة «بأنه لا يتصور» و اخرى «بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً» (1).

---

(1) يعني: و أما النظر في الوجه الثاني الذي ذكره المصنّف قدّس سرّه في (ص 591) بقوله: «الثاني أنه لا- دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد .. إلخ».

(2) في أول كتاب البيع، حيث قال: «و هو في الأصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال» فإنّ المبادلة بين المالكين و عوضيّة كل منهما عن الآخر قد أخذت في مفهوم البيع و حقيقته، فلا بدّ من كون العوضين من المتعاقدين، لا أنّ أحد العوضين من أحدهما، و الآخر من أجنبي.

(3) يعني: و لكون ما ذكره البعض - من عدم اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد - منافيا لحقيقة المعاوضة صرّح العلامة رحمه الله الى آخر ما ذكره.

و لم أظفر في القواعد و التذكرة بتصريحه بعدم المعقولية في مسألة الشراء لنفسه بمال الغير، و إنّما عبّر العلامة بالبطلان. نعم ورد التعبير بعدم التصور في مسألة إذن الراهن للمرتهن بيع العين المرهونة، فقال قدّس سرّه: «و لو قال: بعه لنفسك بطل الإذن، لأنّه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه ..» (2) و نحوه ما في رهن التذكرة.

---

[1] قد أشرنا سابقا إلى أنّ حقيقة البيع هي تبادل عين بعوض، في مقابل الهبة التي حقيقتها تمليك مجاني، من غير أن يكون فيها تبادل مال بمال. و لا يقتضي مفهوم المبادلة خروج كل من العوضين عن ملك خصوص المتعاقدين. نعم إطلاق المبادلة يقتضي ذلك.

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 87، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 473، السطر 7 و ج 2، ص 32، السطر 13

(2) قواعد الاحكام، ج 2، ص 127، و نحوه ما في تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 32 السطر 13.

ص: 599

بل ادعى بعضهم (1) في مسألة قبض المبيع «عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن اشتر لنفسك به طعاما» وقد صرح به (2) الشيخ و المحقق «1» وغيرهما (3).

نعم (4) سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري

---

(1) وهو صاحب الجواهر قدس سره لقوله: «بلا خلاف أجده فيه، لامتناع الشراء بمال الغير لغيره ما دام على ملك الغير ولو ياذنه» (2).

(2) أي: بطلان قول مالك الثمن: «اشتر به لنفسك طعاما».

(3) كالشاهد، و المحقق و الشهيد الثانيين و الصيمري، كما في مفتاح الكرامة (3).

(4) استدراك على قوله: «و أما الثاني فلما عرفت من منافاة .. إلخ» و بيانه: أن المشتري من الغاصب- لو علم بالغصب- كان تسليم الثمن للبايع تسليطا له عليه، فالثمن وإن لم يدخل في ملك الغاصب بهذه المعاوضة- لعدم كون المبيع ملكه- لكنه يجوز له التصرف في الثمن استنادا إلى تسليط المشتري له عليه كما ذهب إليه قطب الدين الرازي و الشهيد قدس سرهما، فلو اشترى الغاصب بهذا الثمن شيئا ملكه.

و هذا التملك شاهد على عدم اعتبار مالكية العوضين في باب البيع، و أن مجرد إذن المالك لغيره مصحح لوقوع المعاملة لذلك الغير. و عليه فيشكل ما أفاده المصنف بقوله: «و أمّا الثاني فلما عرفت من منافاة .. إلخ» لدلالة كلام قطب الدين و الشهيد قدس سرهما على كفاية التسليط المالكي في صحة المعاملة لنفسه بمال الغير.

هذا لو أبقينا فتوى الأصحاب على ظاهرها من كفاية التسليط و إباحة التصرف. و أما لو حملناها على مالكية الغاصب للثمن فلا منافاة كما سيأتي.

---

(1) راجع المبسوط، ج 2، ص 121، شرائع الإسلام، ج 2، ص 32.

(2) جواهر الكلام، ج 23، ص 174.

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 211، جامع المقاصد، ج 4، ص 400، مسالك الأفهام، ج 3، ص 252، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 515 و 516.

ص: 600

بالغصب أنّ ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد وغيرهما (1) «أنّ الغاصب مسلّط على الثمن وإن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه»  
(1) و ظاهر هذا (2) إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري (3).

إلا أن يحمل ذلك (4) منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث (5) مطلقاً

---

(1) لعلّ المراد بهذا الغير هو العلامة على ما استظهره بعض من عبارة المختلف، وقد تقدّم في رابع تنبيهات المعاطاة، فراجع «(2)».

(2) أي: اشتراء الغاصب- أي غاصب المبيع- بالثمن الذي أخذه من المشتري العالم بكون البائع غاصباً للمبيع و مالكيته للمثلث ظاهر في عدم اعتبار كون أحد العوضين ملكاً للعاقده، فيصح حينئذ ما أفاده البعض في الوجه الثاني المذكور بقول المصنف: «الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقده».

(3) بصيغة المفعول صفة للمثلث، أي المثلث الذي اشتراه الغاصب بالثمن الذي تسلّمه من المشتري العالم بالغصب.

(4) أي: اشتراء الغاصب بالثمن المغصوب و مالكيته للمثلث.

(5) متعلق ب «تملك» و المراد بقوله: «الغاصب» غاصب المثلث.

و غرضه توجيه ما أفاده بقوله: «نعم» بحيث لا- يكون حكم قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهما منافياً لما تقدم من منع الوجه الثاني. و حاصله: أنّه يمكن توجيه مالكية الغاصب- لما اشتراه بالثمن الذي باع به العين المغصوبة- بأحد وجهين:

أحدهما: أن مالك العين المغصوبة- لو أجاز بيع الغاصب لنفسه- فقد ملكه الثمن، فيجوز له التصرف فيه بما يتوقف على الملك، بأن يشتري به شيئاً أو يهبه للغير.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 192.

(2) هدى الطالب، ج 2، ص 122.

ص: 601

كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب، أو أنا ما (1) قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً (2) للشراء.

و كيف كان (3) فالأولى في التفصي

و هذا ما احتمله فخر المحققين قدس سره بقوله: «فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له- أي بإجازته لبيع الغاصب- فإذا نقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن له، و ربحه له، و ليس للمالك أخذه، لأنه ملك الغاصب» (1).

و على هذا فتملك الغاصب للثمن يستند إلى إجازة المغصوب منه، سواء اشترى به شيئاً أم لا.

ثانيهما: أنّ التسليط المالكي غير كاف في صحة البيع و الشراء بمال الغير، و لكن يلتزم بالملكية الآنية قبل أن يشتري الغاصب بالثمن شيئاً، فيكون الشراء بالثمن المملوك له، لا لذلك المشتري المسلط للغاصب على ماله.

و بناء على هذين الوجهين لا يكون حكم قطب الدين و الشهيد منافياً لما تقدم في منع الوجه الثاني من أنّ حقيقة المعاوضة تتوقف على دخول العوض في ملك مالك المعوض. و جه عدم المنافاة صيرورة الغاصب مالكا إما مطلقاً و إما أنا قبل الشراء، هذا.

(1) هذا في مقابل قوله: «مطلقاً» فالمراد بالإطلاق يعني: كون الغاصب مالكا للثمن سواء اشترى به شيئاً أم لا.

(2) قيد لقوله: «الا ان يحمل» و الدليل على هذا الحمل هو دلالة الاقتضاء.

فتأمل.

(3) يعني: سواء تمّ الوجهان المتقدمان عن بعض تلامذة كاشف الغطاء قدس سره لحلّ الإشكال في شراء الفضولي الغاصب لنفسه شيئاً أم لم يتمّ، فالأولى .. إلخ.

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 418.

ص: 602

عن الاشكال المذكور (1) في البيع لنفسه ما ذكرنا (2).

ثم (3) إنّ ممّا ذكرنا من أنّ نسبة ملك العوض حقيقة إنّما هو (4) إلى مالك المعوّض، لكنه (5) بحسب بناء الطرفين (6) على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه (7) يظهر (8) اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختصّ (9) بصورة علم المشتري الأصيل، وهو (10): أنّ المشتري الأصيل إذا كان عالما بكون البائع

(1) وهو قوله في (ص 574) «و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه .. إلخ».

(2) في (ص 581) من قوله: «فالأنسب في التفصي أن يقال: أنّ نسبة الملك ..

إلخ» هذا تمام الكلام في الوجوه الأربعة لبطلان بيع الفضولي لنفسه، مع أجوبتها، وأنّ الصحيح وفاقا للمشهور صحة بيع الغاصب لو أجاز المالك. وبقي هناك وجه خامس مختص بصورة علم المشتري بالغصب، وسيأتي.

(3) هذا تمهيد للتعرض لوجه آخر من وجوه الاشكال على صحة بيع الغاصب، ودفعه، ويختلف عمّا تقدّم باختصاصه بعلم المشتري بكون البائع غاصبا، ولا يجري في صورة الجهل، كما لا يجري في غير الغاصب. والظاهر أنّ المستشكل هو العلامة قدّس سرّه.

(4) الضمير راجع إلى «نسبة» فالأولى تأنيته.

(5) أي: ولكن ملك العوض يكون بحسب .. إلخ.

(6) وهما البائع الغاصب والمشتري العالم بالغصبة.

(7) أي: إلى الغاصب، و«منسوب» خبر «لكنه».

(8) خبر «إنّ» في قوله: «ان ممّا ذكرنا».

(9) بالجر صفة ل «إشكال» يعني: أنّ في صحة بيع الغاصب لنفسه إشكالا يختصّ بصورة علم المشتري الأصيل بغاصبية البائع للمبيع مع دفع الثمن إلى الغاصب.

(10) أي: وذلك الإشكال الآخر هو: أنّه يلزم- في صورة علم المشتري بكون البائع لنفسه غاصبا للمبيع- أن يكون البيع هنا بلا ثمن.



لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب- على ما حكى عنهم (1)- بأن المالك لورد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن.

توضيحه: أنه مع علم المشتري بغصيبة المبيع وعدم استحقاق البائع للثمن- الذي هو بدل المبيع في كلتا صورتَي الرد والإجازة- لا يتحقق المعاوضة حينئذ، ويكون البيع بلا ثمن، إذ لا يتصور قصد المشتري للمعاوضة مع العلم بعدم استحقاق البائع للثمن، لكونه غاصبا للمبيع. فدفع الثمن إلى البائع تملك مجاني وبلا عوض، أي: هبة. ومن المعلوم أن إجازة المالك لا تجدي في تبديل التملك المجاني بالبيع.

والحاصل: أن مناط هذا الاشكال المختص بعلم المشتري بغصيبة المبيع هو عدم تمسّي قصد المعاوضة الحقيقية، وأن دفع الثمن إلى البائع تسليط مجاني له على الثمن، وليس عوضا عن المبيع، هذا.

وقد دفعه المصنف قدس سرّه بأن بناء كل من البائع الغاصب والمشتري العالم بغصيبة المبيع على مالكية البائع يوجب قصد المعاوضة، و صيرورة الثمن بدلا عن المبيع، فلا يكون بذل الثمن تسليطا مجانيا حتى يصير البيع بلا ثمن.

(1) ظاهره حكاية إجماع الأصحاب على الحكم، والمدّعي له هو العلامة و فخر المحققين وغيرهما. قال في المختلف: «إذا رجع- أي المالك- على المشتري، قال علماؤنا: لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البائع، لأنه علم بالغصب، فيكون دافعا للمال بغير عوض، و أطلقوا القول في ذلك. والوجه عندي التفصيل، وهو: أن الثمن إن كان موجودا. قائما بعينه كان للمشتري الرجوع به. وإن كان تالفا فالحق ما قاله علماؤنا» (1).

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 55 و 56، ونحوه في تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463، نهاية الأحكام، ج 2، ص 478، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 418، جامع المقاصد، ج 4، ص 71، وكذلك لاحظ مفتاح الكرامة، ج 4، ص 193

و هذا (1) كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و إلا (2) لكان ردّها موجبا لرجوع كل عوض إلى مالكه.

و حينئذ (3) فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن، لسبق (4) اختصاص الغاصب به، فيكون (5) البيع بلا ثمن.

و لعلّ هذا (6) هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة، حيث قال- بعد الإشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري (7)-: «إنّ الحكم في الغاصب

---

(1) أي: حكم الأصحاب بعدم رجوع المشتري على البائع لأخذ الثمن- في صورة ردّ المالك لهذا البيع- كاشف عن عدم حصول المعاوضة الحقيقية، إذ مقتضاها دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثل.

(2) أي: و لو كان هذا البيع معاوضة حقيقية لكان للمشتري حقّ الرجوع على البائع بالثمن عند ردّ المالك للبيع، و أخذ الثمن من البائع الغاصب.

(3) أي: و حين عدم تحقق المعاوضة الحقيقية فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن، لكون سبب اختصاص البائع الغاصب بالثمن- أعني به: دفع المشتري العالم بغصبيّة المبيع له إلى الغاصب و تسليطه عليه- أسبق من السبب الثاني، و هو إجازة مالك المبيع.

(4) تعليل ل «لم يملك الثمن» و قد مرّ توضيحه آنفا.

(5) هذا هو الإشكال الذي أشار إليه في (ص 603) بقوله: «يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع».

(6) أي: وقوع البيع بلا ثمن- الذي هو لازم حكم الأصحاب بعدم جواز رجوع المشتري على البائع بالثمن في صورة ردّ المالك- هو الوجه في إشكال العلامة .. إلخ.

(7) لعدم تحقق المعاوضة مع عدم كون المبيع ملكا للبائع.

مع علم المشتري أشكل (1)» انتهى.

أقول: هذا الاشكال (2)- بناء (3) على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه (4). وبعد (5) تسليم أنّ الوجه

---

(1) يعني: أشكل من صورة جهل المشتري بكون البائع غاصبا. وجه أشدّية الإشكال: أنّ المشتري- مع علمه بعدم ملكية المبيع للبائع- لا يكون قاصدا للمبيع حقيقة، بل هو قاصد لتمليك المجاني الخارج عن حقيقة البيع.

(2) أي: إشكال عدم قصد البيع حقيقة، و غرضه من هذا الكلام هو: أنّ ورود هذا الاشكال منوط بأمور أربعة:

أحدها: تسليم ما عن الأصحاب من عدم جواز الرجوع في الثمن، إذ لو كان جائزا مع ردّ المالك مطلقا سواء أ كان الثمن باقيا أم تالفا- كما عن المحقق، واستوجهه في محكي جامع المقاصد «1»- لم يكن مجال لهذا الاشكال، لعدم لزوم البيع بلا ثمن كما هو واضح.

(3) هذا إشارة إلى الأمر الأوّل.

(4) يعني: وبقاء الثمن عند الغاصب.

(5) معطوف على «بناء على تسليم» وهذا هو الأمر الثاني الذي يتوقف عليه الاشكال، و محصله: كون التسليط مطلقا- لا مراعى بعدم الإجازة- سببا في حكم

---

(1) ظاهر المحقق في الشرائع عدم الرجوع بما اغترمه خاصة، و أما الثمن فقال فيه: «وقيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب» و ظاهره عدم اختياره له. و لذا قال في الجواهر: «و من هنا حكى عن المصنف في بعض تحقیقاته القول بالرجوع به- أي بالثمن- مطلقا» يعني سواء تلف الثمن أم بقي بيد الغاصب فراجع، شرائع الإسلام، ج 2، ص 14، جواهر الكلام، ج 22، ص 305.

و قال المحقق الكركي: «و في رسالة الشيخ أبي القاسم بن سعيد ما يقتضي الرجوع مطلقا، و هو المتجه» جامع المقاصد، ج 4، ص 77.

في حكمهم ذلك (1) هو مطلق التسليط (2) على تقديري الرد و الإجازة، لا التسليط (3) المراعى بعدم إجازة البيع - إنما (4) يتوجه على القول بالنقل،

الأصحاب بانقطاع سلطنة المشتري عن الثمن، وعدم جواز رجوعه على البائع الغاصب في كلتا صورتى الإجازة و الرد بناء على ناقلية الإجازة لا كاشفيتها، إذ بناء على الكاشفية تكون الإجازة كاشفة عن انتقال الثمن إلى مالك المبيع قبل تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن. كما تكشف عن سبق سبب انتقال الثمن إلى مالك المبيع على سبب اختصاص الثمن بالبائع الغاصب، ولا يلزم حينئذ أن يكون البيع بلا ثمن.

وإنما يلزم هذا المحذور بناء على ناقلية الإجازة سواء أجاز المالك أم ردّ، لأنّه على تقدير الإجازة يكون سبب انتقال الثمن إلى المالك متأخراً عن تسليط المشتري للبائع على الثمن، فيكون البيع بلا- ثمن. وعلى الردّ لا- يكون للمشتري انتزاع الثمن من البائع الغاصب، لصيرورته ملكاً له بتسليط المشتري إياه عليه.

وبالجملة: فأشكال لزوم كون البيع بلا ثمن منوط بناقلية الإجازة دون كاشفيتها.

(1) أي: حكم الأصحاب بعدم رجوع المشتري- العالم بغصبية المبيع- بالثمن على البائع.

(2) وهو تسليط المشتري العالم بالبائع الفضولي على الثمن، من غير فرق في ذلك بين ردّ المالك البيع و عدمه.

(3) معطوف على «مطلق» إذ مع كون التسليط مراعى بعدم الإجازة، فإذا أجاز المالك كان الثمن له لا للبائع الغاصب. ولا وجه حينئذ لصيرورته ملكاً للغاصب أصلاً كون الإجازة ناقلة لا كاشفة.

(4) خبر لقوله: «هذا الإشكال» يعني: هذا الاشكال .. إنما يتوجه بعد الأمرين المتقدمين. وهذا إشارة الى الأمر الثالث مما يتوقف عليه الاشكال، و محصله: القول بأنّ الإجازة ناقلة، لا كاشفة.

حيث (1) إنَّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل (2) انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة (3)، فلا يبقى مورد للإجازة (4).

و أمّا (5) على القول بالكشف فلا يتوجه إشكال أصلاً، لأنَّ الرّد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له (6) على مال نفسه (7)، و الإجازة كاشفة عن كونه (8) تسليمياً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل

---

(1) هذا تقريب توجه الإشكال على فرض ناقلية الإجازة، وقد مرّ توضيحه بقولنا: «و انما يلزم هذا المحذور بناء على ناقلية الإجازة».

(2) خبر «إنَّ» في قوله: «حيث إنَّ تسليط» يعني: أن تسليط المشتري يكون قبل انتقاله .. إلخ.

(3) متعلق ب «انتقاله».

(4) إذ المفروض صيرورة الثمن قبل الإجازة ملكاً للبائع الغاصب بسبب تسليط المشتري له على الثمن، و تقدّم التسليط يوجب صيرورة إجازة المالك من البيع بلا ثمن، و مثل هذا البيع غير قابل للإجازة.

(5) هذا في مقابل قوله: «إنّما يتوجه على القول بالنقل» توضيحه: أنّه- على القول بكون الإجازة كاشفة عن انتقال الثمن قبل التسليط المذكور إلى مالك المبيع- لا يتوجه هذا الإشكال، و هو كون المبيع بلا ثمن أصلاً، إذ المفروض حصول ملكية الثمن بنفس العقد لمالك المثلث، و كون التسليط متأخراً عنه، فلا- تكون الإجازة إجازة لبيع بلا ثمن. كما أنّ الرّد يكشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً للبائع الغاصب على مال نفسه، لا على مال غيره و هو المالك.

(6) أي: للبائع الفضولي.

(7) أي: نفس المشتري، إذ مع الرّد لا- يتحقق بيع حتى يصير الثمن ملكاً لمالك المبيع، بل الثمن ملك المشتري، فهو قد سلّط البائع الغاصب على مال نفسه، فلم يتحقق بيع حتى يكون بيعاً بلا ثمن.

(8) أي: كون تسليم المشتري العالم تسليطاً للبائع الغاصب على ما يملكه غير

بالإقباض، ولذا (1) لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أو ردّ لم يكن للغاصب

الغاصب- وهو مالك المبيع- بسبب العقد الذي هو سابق على التسليط الخارجي الحاصل بإقباض المشتري، فالثمن بنفس العقد صار ملكا لمالك المبيع، فوقع التسليط متأخرا عن العقد وفي ملك مالك المبيع، فلا يكون البيع بلا ثمن.

(1) هذا إشارة إلى الأمر الرابع ممّا يتوقف عليه الاشكال المتقدم، و محصله:

وقوع التسليط الخارجي الذي هو سبب ملكية الثمن للبائع الغاصب، إذ بدون وقوعه لا مورد لهذا الاشكال، لعدم انتقال الثمن إلى البائع بعد.

وعليه فالمراد بقوله: «ولذا» هو: أنه لأجل كشف الإجازة عن كون تسليط المشتري تسليطا للعاقدة الفضولي على ما يملكه غير الغاصب- وهو مالك المبيع- فلو لم يدفع المشتري الثمن إلى البائع الغاصب حتى أجاز المالك أو ردّ البيع، لم يكن للغاصب انتزاع الثمن من يد المشتري إن كان في يده، لعدم تحقق التسليط الخارجي الموجب لملكية الثمن للغاصب. وكذا لو كان في يد المالك، لصيرورته ملكا له بالإجازة، وعدم تحقق التسليط قبل البيع حتى يصير الثمن ملكا للغاصب.

فالمتحصل: أنّ ورود إشكال البيع بلا ثمن منوط بتسليم أمور:

الأول: عدم جواز استرداد الثمن من الغاصب بعد ردّ المالك للمعاملة.

الثاني: كون الوجه في عدم جواز الاسترداد سببياً التسليط له.

الثالث: كون التسليط مطلقاً- لا مراعى بعدم الإجازة- موجبا لتملك المسلّط للمسلّط عليه.

الرابع: كون الإجازة ناقلة لا كاشفة. فبانتفاء أحد هذه الأمور ينتفي الإشكال رأساً.

و حاصل وجه اندفاع هذا الاشكال على ما أفاده المصنف- بعد تسليم الأمور المتقدمة التي بني الإشكال عليها- هو: أنّ البيع يقع حقيقة بين مالكي الثمن و المثلث،

انتزاعه (1) من يد المشتري أو المالك [1]. وسيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تنمة لذلك (2)، فانتظر.

لكون الملكية جهة تقييدية، فالمسلط الحقيقي على الثمن هو عنوان «المالك» المنطبق على البائع، لبنائه على أنه مالك، لا من حيث كونه غاصبا حتى يتملك الثمن، ويصير البيع بلا ثمن. فالمالك إذا ردّ البيع فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن، لعدم حصول الملك للغاصب، إذ لم يتحقق موجبه، وهو تسليطه على الثمن بما هو غاصب، إذ المفروض تسليطه عليه بما أنه مالك، وهو ليس بمالك. وهذا يرجع إلى عدم تسليم المقدمة الاولى، وهي عدم جواز استرداد الثمن من الغاصب.

(1) أي: انتزاع الثمن والضمير المستتر في «يقبضه» راجع إلى المشتري، والبارز إلى البائع.

(2) أي: تنمة للبحث عن مالكية العاقد الفضولي إذا اشترى لنفسه بمال الغير.

وسياتي في الأمر الثالث مما يتعلق بالعقد المجاز.

[1] لا يخفى أنّ الإشكال إن كان بلحاظ علم المشتري بغصبية المبيع للبائع، إذ لا يمكنه حينئذ أن يملكه الثمن ضمنا بإزاء المبيع الذي ليس ملكا للغاصب، فيصبح البيع بلا ثمن، فيندفع بما أفاده المصنف قدس سرّه من البناء على الملكية، حيث إنّ كلاً من البائع والمشتري يبني على مالكية نفسه لما عنده من العوض، فيملك ويملك.

لكن هذا الإشكال أجنبي عن جواز الرجوع على البائع بالثمن مطلقا أو مع بقائه، إذ جواز الرجوع وعدمه من أحكام التسليط الخارجي و غير مرتبط بالبيع، فلا وجه لأخذه في الاشكال. و تفريع الاشكال عليه كما صنعه المصنف قدس سرّه.

كما لا وجه لإناطة هذه الاشكال بكون الإجازة ناقلة لا كاشفة، لما عرفت من أنّ مناطه المجانية وعدم صدق التمليك المعاوضي حين إنشاء البيع. وهذا المنطوق موجود مطلقا سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة، فلا يتوقف الاشكال عليه.

وإن كان الاشكال بلحاظ أنّ التسليط الخارجي - المترتب عليه عدم جواز الرجوع

على البائع بالثمن- كاشف عن اختصاص البائع الغاصب بالثمن، فلا يكون موردا للإجازة، إذ لا يملكه المالك المجيز بعد اختصاصه بالبائع، فلا تتحقق المعاوضة التي هي انتقال كل من العوضين الى مالك الآخر، فالإشكال بناء على المقدمات المذكورة في المتن متجه. لكنه لا يندفع بالبناء الذي ذكره المصنف قدس سره، لأنه إنَّما يجدي في الأمور الاعتبارية كالملكية، فيملك أو يتملك بعنوان كونه مالكا، فالتمليك و التملك راجعان إلى الحيثية التقييدية، لا إلى الذات المتحيثة بها.

و هذا بخلاف التسليط الخارجي المتعلق بالشخص لا بالعنوان حتى يكون تسليطه تسليطا لمالك بما هو مالك، إذ لو كان بعنوان كونه مالكا لجاز الرجوع إليه كما هو مقتضى المعاوضة، مع أنَّهم يقولون بعدم الجواز.

و الظاهر أنَّ نظر المصنف قدس سره إلى أنَّ مورد الإجازة هو العقد الذي صحَّحه بالبناء، و هو لا يستلزم التسليط الخارجي المانع عن تأثير الإجازة، فالعقد قد يكون مع التسليط الخارجي، و قد لا يكون، و لكل من العقد و التسليط حكم، هذا.

و الحق في حلّ هذا الاشكال ما أسلفناه في دفع الاشكال السابق من: أن تبادل مال بمال- الذي هو حقيقة البيع- صادق في جميع العقود الفضولية حتى في مورد علم المشتري بغصيبة المبيع، إذ لا ريب في أنَّه بقصد الثمنية يسلّط البائع الغاصب على المال الذي يدفعه إليه برجاء إجازة مالك المبيع، فالتسليط المجاني الذي صار منشأ للإشكال- و هو كون البيع بلا ثمن- مفقود هنا.

و لو سلّم وجوده هنا لم يقدح في تحقق المبادلة، لأنّ التسليط المجاني متأخر عن إنشاء المبادلة، لكونه في رتبة الوفاء فلو أجاز مالك المبيع هذا البيع صحّ، و كان الثمن المدفوع إلى البائع الفضولي ملكا لمالك المبيع، و ليس ملكا للبائع الغاصب، إذ مالك المبيع ملك الثمن بنفس العقد، و التسليط وقع بعده و في رتبة الوفاء، فالمشتري سلّطه على مال غيره و هو مالك المبيع، لا على مال نفسه حتى يقال: إنَّه سلّطه على مال نفسه مجّانا، و وقع البيع بلا ثمن، فيبطل و لا يصحّ بالإجازة.



ثم اعلم (1) أنّ الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصبا

(1) غرضه التمهيد لدفع كلام صاحب الرياض قدّس سرّه وغيره، وبيانه: أنّ ما تقدم من أوّل المسألة الثالثة إلى هنا ناظر إلى وقوع البيع للمالك لو قصد الفضولي وقوعه لنفسه، وقد تحقق أنّ الأقرب صحته، لوجود المقتضي، واندفاع ما قيل من الموانع.

وهناك مسألة أخرى. وهي: أنّ البائع الفضولي لنفسه لو تملّك المبيع بعد العقد وأجازة فهل يصحّ أم لا؟ وهي موضوع البحث في المسألة المعروفة المعنونة بـ «من باع شيئا ثم ملكه» فقد يقال بالصحة فيهما كما هو مختار المصنف، وقد يقال بالبطلان كذلك كما ربما يظهر من صاحب المقابس، وقد يفصّل بين المسألتين، لاختلافهما مناطا.

وبهذا يظهر غموض ما أفاده سيد الرياض قدّس سرّه من قوله: «ولو باع الفضولي - أي ملك الغير - من دون إذنه مطلقا لم يلزم إجماعا، بل لم يصح إذا كان البيع لنفسه لا - للمالك، فيمشي إلى المالك فيشترها منه. كما صرّح به جماعة كالفاضلين، العلامة في جملة كتبه كالمختلف والتذكرة مدّعا فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة ..

إلخ» (1).

وحاصل كلامه قدّس سرّه: أنّه جعل لبيع الفضولي صورتين:

إحدهما: أن يبيع للمالك، وحكم بالصحة فيها وفاقا للمشهور.

وثانيتها: أن يبيع لنفسه، وجعل قدّس سرّه هذه الصورة موردا لمسألة «من باع شيئا ثم ملكه» وحكم فيها بالفساد، بمعنى عدم وقوع البيع للعاقده الفضولي لو تملّك المبيع من مالكة الأصلي ثم أجاز بيع نفسه. واستدلّ على البطلان بالإجماع المدّعى في المختلف وغيره. ولم يفصّل السيد قدّس سرّه بين المسألتين، وهما مسألة «من باع

(1) رياض المسائل، ج 1، ص 512.

ص: 612

كان أو غيره (1) إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو (2) الذي لم يفرّق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك لا لنفسه. وأمّا الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع

---

شيئا ثم ملكه» ووقوعه للعاقد لو أجاز، و مسألة بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك لو أجاز.

فإذا باع الفضولي مال غيره لنفسه ثم اشتراه من مالكه فقد حكم العلامة بعدم الصحة، لكونه موردا لرواية حكيم بن حزام الناهية عن بيع ما ليس عندك.

ولو اشترى الفضولي لنفسه- كالغاصب- ولم يتملك ما باعه، و أجاز المالك، فظاهر كلام العلامة الصحة وإن استشكل فيها في حال علم المشتري بالغصب. لكن الظاهر التزامه بالصحة، و لا أقلّ من عدم دعوى الإجماع على البطلان.

قال في خامس فروع بيع الفضولي: «الغاصب وإن كثرت تصرفاته فللمالك أن يجيزها، و يأخذ الحاصل في الحال، يتبع العقود ويعتمد مصلحته في فسخ أيها شاء، فينسخ فرعه، و هو أضعف قولي الشافعي، و أصحهما عنده بطلان الجميع» «1» فلو كان بيع الغاصب فاسدا عنده لم يكن وجه لجواز إمضاء المالك بعض العقود الواقعة على ماله.

(1) كما لو اعتقد بأنّه مالك، كما في صحيحة الحلبي الواردة في إقالة مشتري الثوب بوضيعة وبيعه من شخص آخر أعلى مما أقال به المشتري الأول.

(2) أي: بيع الفضولي لنفسه غاصبا كان أو غيره إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، من دون أن يفرض تملك الغاصب له ببيع أو إرث أو هبة. فلو صار الفضولي مالكا و أجاز عقد نفسه كان خارجا عن البحث، لكونه من صغريات مسألة «من باع

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463، و نحوه في ص 486، السطر 9.

و أجاز (1) سواء باع لنفسه أو المالك، فلا دخل له بما نحن فيه (2) لأنّ الكلام هنا (3) في وقوع البيع للمالك، و هناك (4) في وقوعه للعاقد إذا ملك.

و من هنا (5) يعلم أنّ ما ذكره في الرياض من «أنّ بيع الفضولي لنفسه باطل، و نسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه» في غير محله (6). إلا أنّ يريد (7) ما ذكرناه، و هو (8) خلاف ظاهر كلامه.

شيثاً ثم ملكه».

(1) أي: أجاز البائع الفضولي الذي تملك المبيع من ماله بالهبة أو غيرها.

(2) و هو وقوع بيع الفضولي مال الغير لنفسه- أو وقوع الشراء لنفسه- للمالك.

(3) و هو كون بيع الفضولي مال الغير لنفسه ممّا يقع للمالك لو أجاز.

(4) و هو بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا.

(5) أي: من ذهب المشهور إلى صحة بيع الفضولي لنفسه إذا أجاز المالك، فيصير ثمن المبيع ملكا للمالك الأصيل، يعلم أنّ .. إلخ.

(6) خبر قوله: «أنّ ما ذكره» لأنّ ذهب المشهور إلى صحة بيع الفضولي لنفسه ينافي نفي الخلاف في بطلانه.

(7) أي: يريد صاحب الرياض قدّس سرّه من بيع الفضولي لنفسه ما ذكرناه، و هو وقوعه للعاقد الفضولي إذا ملك المبيع، ثم أجاز البيع، فإنّه معقد إجماع التذكرة وغيرها على البطلان.

(8) أي: كون مراد صاحب الرياض من بيع الفضولي ما ذكرناه خلاف ظاهر كلامه في عدم وقوع البيع للمالك إذا أجاز، لأنّه قدّس سرّه حكم بفساد بيع الفضولي لنفسه، و لم يفصل بين المسألتين. فلا وجه لحمل كلامه على خصوص مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» حيث منع العلامة و غيره عن صحتها و عدم وقوعه للعاقد.

هذا تمام الكلام في المسألة الثالثة، و هي بيع الفضولي لنفسه.

[الأول: عموم بحث بيع الفضولي للدين كالعين]

بقي هنا أمران:

الأول (1): أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير

---

تتمة تتضمن أمرين:

الأول: عموم بحث بيع الفضولي للدين كالعين

(1) الغرض من عقد هذا الأمر تعميم بيع الفضولي - على القول بصحته - للعين الخارجية التي كانت مورد الأبحاث السابقة، وللدين وهو الكليّ الذمّي. وقد عقد صاحب المقابس الموضوع التاسع لتحقيق هذا الأمر، وبيان صور المسألة، فراجع «1».

كما سبق في شرطية القصد التعرّض لبعض فروع المطلب.

و كيف كان فالمصنف قدس سرّه بحث عمّا إذا كان أحد العوضين أو كلاهما كليّاً في مسألتين، لأنّ الفضولي تارة يضيف الثمن أو المثلث إلى ذمّة خاصة من دون أن يعقّبه بما ينافيه كإضافته إلى نفسه، و أخرى يجمع بين المتنافيين. و الكلام فعلاً في المسألة الأولى، بأن اشترى شيئاً بمال في ذمّة غيره، أو باع كليّاً في ذمّة الغير، و لهذه المسألة صور. لأنّه لا يخلو إمّا أن يكون الكلي في ذمّة غير الفضولي، و إمّا أن يكون في ذمّة نفس الفضولي، و إمّا أن يجعل الكلي متعلقاً بذمّة المالك بنفس بيع الفضولي، فالصور ثلاث:

إحداها: أن يبيع الفضولي - كزيد مثلاً - كراً من طعام مملوكاً لعمرو في ذمّة بكر، بأن اشغلت عهدة بكر بهذا الطعام بسلف أو بإتلاف حنطة مملوكة لعمرو، أو

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 40.

ص: 615

بغيرهما، فباع زيد فضولا هذا الطعام الذمي من بشر مثلا بكذا، فإن أجاز عمرو هذا العقد الفضولي صح، ودخل الثمن في ملكه، لعموم أدلة صحة البيع الفضولي. وإن رده بطل.

ثانيتها: أن يكون زيد- وهو البائع الفضولي- مديونا لعمرو كرا من طعام، فباع هذه الحنطة الذميمة من بكر بكذا، فإن أجاز عمرو- وهو مالك ما في ذمة زيد- صح وتملك الثمن. وإن رده بطل.

ثالثتها: أن لا تكون الذمة مشغولة للغير قبل البيع، كما إذا باع زيد الفضولي من بكر كرا من طعام في ذمة عمرو، مع عدم اشتغال عهدة عمرو بهذا الطعام- قبل البيع- لا لبكر ولا لغيره، وإنما يستقر في ذمته بنفس هذا البيع لو أجاز.

وعلى هذا فالمبيع الكلي- وهو الكرا من الطعام- قد يستقر قبل البيع في ذمة غير الفضولي كما في الصورة الاولى، وقد يستقر- كذلك- في ذمة نفس الفضولي. كما في الصورة الثانية. وقد يستقر بنفس البيع في ذمة غير الفضولي كما في الصورة الثالثة.

هذا إذا كان المبيع فضولا كليا في الذمة، وتجري هذه الصور الثلاث في الشراء بالثمن الكلي كما سيأتي في المتن.

(1) من هنا أشار إلى الصور الثلاث. فالمراد «بالغير» الأول هو من يبيع عنه الفضولي المعبر عنه بالمالك و البائع الأصيل، وإن شئت فعبر عنه بغير الفضولي.

و المراد بالغير الثاني غير البائع الأصيل، وهو إما نفس الفضولي الذي اشتغلت ذمته بكر من طعام لعمرو البائع الأصيل، وإما غير الفضولي المديون لعمرو بكر من

[1] أو كلياً في معين، كأن يقول الفضولي: «بعتك صاعاً من هذه الصبرة- التي هي مال زيد- بدينار» مثلاً، فإن الظاهر- بناء على القول بصحة عقد الفضولي- هو الصحة إذا أجاز مالك الصبرة». ولعله لوضوحه لم يتعرض له المصنف ولا غيره. وكذا الحال في الجزء المشاع، كما إذا باع فضولا ثلث دكان غيره. فإن أجاز المالك صح البيع كسائر العقود الفضولية، وإن رده بطل.

ومنه (1) جعل العوض ثمنا أو مثمنا في ذمة الغير.

ثمّ (2) إنّ تشخيص ما في الذمة- الذي يعقد عليه (3) الفضولي- إمّا بإضافة (4) الذمة إلى الغير، بأن يقول: «بعت كذا من طعام في ذمة فلان بكذا»

طعام لسلف أو دين.

(1) أي: ومن الفضولي جعل العوض ثمنا كان أو مثمنا في ذمة الغير بدون إذنه، كأن يشتري ثوبا بدرهم في ذمة زيد، أو يبيع ثوبا في ذمة زيد بدرهم. فقلوه: «ومنه» إشارة إلى الصورة الثالثة. كما أنّ قوله: «أو دينا في ذمة الغير» إشارة إلى الصورة الأولى والثانية. والمراد بالغير الثالث هو البائع أو المشتري الذي بيده الإجازة المصححة للبيع أو الشراء.

(2) غرضه قدس سرّه- بعد حكمه بجريان بحث الفضولي في الثمن و المثلين الذميين، وعدم اختصاصه بالأعيان الشخصية- بيان كيفية تعيين من يضاف الكلّي إليه حتى يجب عليه الوفاء بالعقد لو أجاز إنشاء الفضولي، و تقرّبه: أن يبيع العين الشخصية أو الشراء بالثمن الشخصي فضولا لا يتوقف إلا على إجازة المالك المعين خارجا كزيد مثلا. وأمّا الكلّي الذمّي فلمّا لم يكن موجودا خارجا توقّف تعيينه على إضافته إلى عهده معيّنة ليكون أمر الإجازة والرّد بيده. فلا بدّ من تعيينه بأحد نحوين، فإمّا أن يصرّح الفضولي به في العقد بأن يقول: «بعتك متّا من الحنطة في ذمة زيد بدينار» وإمّا أن ينوي وقوع البيع له من دون التصريح باسمه في العقد، فيقول: «بعتك متّا من الحنطة الذميّة بدينار» و يقصد اشتغال ذمة زيد به.

فإن أجاز زيد بيع الفضول صحّ و اشتغلت عهده بما أضيف إليها من الثمن أو المثلين الكلّي، وإن ردّ بطل البيع إلا في صورة واحدة يقع لنفس الفضول، و هو ما إذا باع بقصد وقوعه لزيد، فأنكر المشتري عليه، و سيأتي بيانه.

(3) الضمير راجع إلى الموصول في «ما في الذمة» و المراد به الثمن أو المثلين الكلّي الذمي.

(4) المراد بهذه الإضافة- في قبال القصد- هو التصريح باسم صاحب الذمة في العقد.

أو «بعت هذا بكذا في ذمة فلان (1) و حكمه (2) أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردّ (3) بطل رأساً.

و إما (4) بقصده العقد له، فإنه إذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمة، لما عرفت (5) [1] من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير (6) من خرج عنه

---

(1) هذا في الثمن الكلي، و ما قبله في المبيع الكلي، فإنّ تشخيصهما منوط بالإضافة إلى ذمة شخص خاص.

(2) أي: و حكم تشخيص الكلي - بإضافة إلى شخص خاص - هو قابليته للصحة بالإجازة، و للبطان بالرد.

(3) الضمير المستتر و ضمير «له» راجعان إلى «فلان».

(4) معطوف على قوله: «إمّا» و حاصله: أنه قد يكون تشخيص الكلي بقصد الفضولي وقوع العقد للغير، كأن يقصد «بيع كَرّ من طعام على زيد بدينار» فإنّ قصد كون البيع على زيد بدينار يعيّن كون زيد صاحب الذمة. و وجه تعيّنه هو: كونه مقتضى المعاوضة، فإنّ مقتضى قصد كون زيد بائعاً هو خروج المبيع من كيسه و دخول الثمن في كيسه.

(5) تقدّم التنبيه عليه مكرّراً، كما في رابع تنبيهات المعاوضة، و كما في بيع الفضولي لنفسه، حيث قال في ردّ الوجه الثاني: «فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة ..» فلاحظ (ص 599).

(6) يعني: غير من قصد له العقد.

---

[1] ما أفاده في حقيقة المعاوضة - من اعتبار دخول كلّ واحد من العوضين في ملك من خرج عنه العوض الآخر - هو مبنى الملازمة بين تعيّن كلّ من المعقود له و ذي الذمة بتعيين الآخر بالإضافة أو بالقصد، لفرض وحدتهما. و أمّا بناء على عدم كون

الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدّم (1) عن بعض. فكما أنّ تعيين العوض في الخارج (2) يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني [1] عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى شخص خاص.

---

(1) تقدّم في (ص 591) بقوله: «الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للآخر.. إلخ» وهذا هو الوجه الثاني من الوجهين اللذين ذكرهما البعض في توجيه كلام كاشف الغطاء قدّس سرّه.

(2) غرضه مقايضة قصد «من وقع له العقد» بتعيين العوض في الخارج، بأن يقال: كما أنّ تعيين أحد العوضين في الخارج كقوله: «بعتك هذا الكتاب» يغني عن تعيين البائع، لتعيينه في الخارج بسبب قيام إضافة الملكية به، كذلك قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين العوض الكلي، كما إذا قصد أن يبيع عن زيد كرا من حنطة، فإنّ قصد البيع عن زيد يوجب تعيين المبيع، ويغني عن تعيينه لفظا، بأن يقول: «بعث لزيد كرا من حنطة في ذمة زيد».

---

حقيقة المعاوضة كذلك - كما هو الأوجه - فالملازمة ممنوعة.

[1] إغناؤه عنه بدون إضافة الكلي إلى شخص معين في غاية الإشكال، لاستلزامه التمليك و التملك بلا عقد، لتقوم العقد بالقصد، فصرف الكلي أو البيع أو الشراء إلى شخص بلا قصد ولا إضافة إليه يوجب الملكية بدون العقد. وهو كما ترى، فلا بدّ من القصد ولو إجمالا.

وبالجملة: ففرق واضح بين العين الخارجية والكليّ الذمي، فإنّ إضافة العين الخارجية إلى من قصد له العقد غير معتبرة في صحة العقد، لأنّ كلا من ماليتها وملكيتها ثابت من دون حاجة إلى إضافة. بخلاف الكلي، فإنّ إضافته إلى شخص معين أو هيئة كذلك مقومة عرفا لماليتها وملكيتها. وبدونها ليس في اعتبار العقلاء مالا ولا ملكا.



و حينئذ (1) فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا (2)، لأن مقتضى ردّ العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال (3) مردّد في باب الفضولي بين مالكة الأصلي و بين من وقع له

(1) يعني: و حين القول بأنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد - وكذلك قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلّي - يصحّ العقد إن أجاز من قصد له العقد بائعا كان أو مشتريا. وإن ردّ بطل العقد، لأنّه مالك أمر هذا العقد تصحيحا و إبطالا. ففي صورة الإبطال يبقى كلّ عوض على ملك صاحبه، لعدم تحقق ما يوجب انتقال المال عن صاحبه إلى غيره.

(2) إذ مع الرّد و حلّ العقد من وليّه لا يبقى ما يوجب صحة العقد و لو ظاهرا، فكل عوض باق على ملك صاحبه بمقتضى انحلال العقد.

ثم إن الحكم ببطلان العقد واقعا بالنسبة إلى من قصد وقوع العقد له لا- ينافي صحته ظاهرا في حق الفضولي لو لم يصدّقه المشتري الأصيل.

(3) أي: مال المالك الأصيل. و هذا تعليل لبقاء كل من العوضين على ملك صاحبه و عدم التعدي عنه إلى غيره، و حاصله: أنّ مال الأصيل مردّد بين بقاءه على ملك مالكة الأصلي إن لم يؤثّر العقد في النقل و الانتقال، و بين انتقاله إلى من وقع له العقد إن أثار العقد كما في صورة الإجازة، فلا معنى لخروج المال عن ملك مالكة

فلا يصلح لأن يقع عوضا في العقد المعاوضي. و مجرد قصد من وقع له العقد لا يعيّن الكلّي حتى يصح جعله عوضا في العقد المعاوضي، هذا.

مضافا إلى: ما عرفت من استلزامه خلوّ العقد عن القصد بالنسبة إلى جزئه و هو الكلّي الذي وقع عليه عقد الفضولي، لانتفاء موضوع القصد و هو الكلّي، فيمتنع تعلق القصد به.

العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده (1) بين الفضولي و من وقع له العقد، إذ (2) لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة، و وقع له. إلا (3)

و تردده بين الفضولي و من وقع له العقد، إذ ليس الفضولي طرف المعاملة، فإنّ طرفيها هما المالكان للعوضين.

(1) هذا الضمير و ضميرا «لخروجه، ملكه» راجعة إلى المال.

(2) تعليل لعدم تردد المال بين الفضولي و من له العقد، و حاصله: أنّه لو بني على وقوع العقد للفضولي، فلا وجه لهذا التردد، بل يقع للفضولي من دون حاجة إلى إجازته، لمباشرته للعقد.

(3) استثناء ممّا ذكره من عدم وقوع العقد للفضولي، و محصله: وقوع العقد للفضولي فيما إذا أنكر الطرف الآخر في المعاوضة، سواء أ كان ذلك الطرف بائعا أم مشتريا، فمع حلفه على نفي علمه بفضولية مدّعي الفضولية حكم له على الفضولي بوقوع العقد.

و الوجه في توجه الحلف إلى الأصيل مطابقة دعواه لظاهر الأمر من أن الفضولي عقد لنفسه، لا أنه قصد المعاملة للغير، لوضوح أنّ وقوعها للغير منوط بمثبوتة زائدة ثبوتاً بالقصد، و إثباتا بإقامة دالّ على إسناد المعاملة إليه. و لا يكفي القصد الذي يدّعيه الفضولي، بعد خلوّ الإنشاء عن إسناد البيع إلى الغير، و مقتضى ظهور إطلاق الكلام انعقاده لنفس العاقد لا لذلك الغير.

ولمّا كانت دعوى الأصيل «قصدت البيع أو الشراء لك» موافقة لظاهر الإنشاء كفى يمينه في وقوع العقد للفضول، لا لذلك الغير الذي قصده الفضول، فيقول المشتري الأصيل «و الله لم أعلم بقصدك البيع للغير، فاشتريت الكليّ الذمي منك» و يحكم على الفضولي بالوفاء بعقده. و لا يبقى مجال لجريان أصالة الفساد المحكّمة في موارد الشك في صحة المعاملة و فساده، بعد اقتضاء الظهور الإطلاقي صحتها كما تقدّم.

أن الطرف الآخر لو لم يصدّقه (1) على هذا القصد (2) و حلف على نفي (3) العلم حكم (4) له على الفضولي بوقوع [لوقوع] العقد له ظاهراً (5)، كما عن المحقق «1» و فخر الإسلام و المحقق و الكركي و السيوري و الشهيد الثاني [1].

---

(1) أي: لو لم يصدّق الطرف الآخر الفضوليّ.

(2) أي: قصد الفضولي كون البيع أو الشراء لغيره.

(3) إنّما يحلف الأصيل على نفي علمه بما قصده الفضول، لا على عدم قصد الفضول، لوضوح أن قصد الفضول واقعا و عدمه لا يعلم إلاّ من قبله، فلا يبقى للأصيل إلاّ الحلف على عدم علمه بما قصده الفضول.

(4) أي: للطرف على الفضولي، و حاصله: وقوع العقد للطرف على الفضولي ظاهراً، فيجبر الفضولي على دفع الثمن و إن لم يجز له التصرف في المبيع، لدعواه الفضولية، إلاّ بإذن البائع. كما لا يجوز للبائع أيضا التصرف في الثمن إلاّ بإذن المشتري، فيبقى المال مردّدا بينهما. و مقتضى الاحتياط إنشاء عقد جديد عليه بالثمن الأوّل.

(5) التقييد بقوله: «ظاهراً» إنّما هو لأجل أنّ قصد الفضولي وقوع العقد لغيره يكون بمنزلة التصريح بكون العقد له، في أنّه مع إجازة ذلك الغير يصح العقد، و مع الرّد ينحلّ العقد واقعا. و هذا يدلّ على أجنبية الفضولي عن هذا العقد. فالحكم به

---

[1] قد يشكل الحكم بالصحة بالحلف على نفي علمه بما قصده الفضولي بل المعاملة باطلة، و بيانه: أنّه قد يتوافق البائع و المشتري على وحدة القصد، و لكن يكذب كلّ منهما الآخر فيما قصده بالخصوص، فالبائع يقول للمشتري: «بعثك المال

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 205، قواعد الأحكام، ج 2، ص 360 و 361، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 347، جامع المقاصد، ج 8، ص 205، مسالك الأفهام، ج 5، ص 300، و كذا نسبه صاحب المقابس الى الفاضل السيوري، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 40.

ص: 622

---

للطرف الآخر على الفضولي لا بد أن يكون في مقام الظاهر لحلف الطرف الآخر على نفي العلم.

وقد حكي نظير هذا الفرع عن المحقق في كتاب الوكالة، وهو: «أنه إذا اشترى إنسان سلعة، وادّعى أنّه وكيل لإنسان، فأنكر، كان القول قوله مع يمينه، ويقضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو في الذمة، إلّا أن يكون قد ذكر أنه يبتاع له في حالة العقد» ونحوه كلام العلامة في وكالة القواعد، فراجع.

(1) هذا هو القول الثاني في المسألة، وهو وقوع العقد للفضولي ظاهراً وباطناً، وربما يظهر من العلامة في مضاربة القواعد، كقوله: «وإن اشترى - يعني العامل - في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء ولم يجز المالك» (1) وكقوله: «وليس له - أي للعامل - أن يشتري من ينعق على المالك إلّا بإذنه، فإن فعل صحّ وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه، فإن كان كلّ المال بطلت المضاربة. ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته، والوجه الأجرة. وإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمة وذكر المالك، وإلّا وقع للعامل مع علمه» حيث ان قوله: «وإلّا وقع للعامل» ظاهر في وقوع العقد للعامل واقعا، إذ لم يقل: «وقع للعامل ظاهراً» ومن المعلوم أنّ العامل هنا فضولي، لأنّه اشترى من ينعق على المالك بدون إذنه (2).

---

وقبلت لنفسك» ويقول المشتري له: «بعت المال بثمن على عهدة زيد، واشتريت له فضولا» فالبايع يدّعي أنّ المشتري اشترى لنفسه بثمن منه، والمشتري يدّعي الشراء للغير بثمن في ذمة ذلك الغير، وهذا مورد التداعي والتحالف.

وقد لا يتوافقان على قصد واحد بأن يقول البائع: «بعتك المال» ويدّعي

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 338.

(2) المصدر، ص 339.

ولا يخفى أن تعبير الماتن ب «وقد يظهر» يلوح منه عدم الجزم بظهور عبارة القواعد في وقوع البيع للعامل - الفضولي - واقعا، لبقاء احتمال وقوعه له ظاهرا، لا في

المشتري أنه اشتراه للغير لا لنفسه. وهذا مورد الادعاء والإنكار، لمطابقة قول البائع لظهور قبول المشتري للبيع، لأنه لم يصفه إلى الغير، و مخالفة قول المشتري للظاهر.

وفي هذه الصورة يحكم بطلان البيع أيضا، لأنّ النية أمر قلبي يتمتع إقامة البينة عليها، فيردّ اليمين إلى البائع الذي يوافق كلامه ظاهر العقد وأصل الصحة، فلو حلف على نفي علمه بما قصده المشتري من كون الشراء للغير صح البيع. لكن لا جدوى في هذا الحلف، لعدم منافاته لدعوى المشتري. فلا بدّ من الحلف على نفي ما يدّعيه المشتري، ولما لم يكن له طريق إلى نفيه رجوع الحلف إلى المدّعي، فيحلف على الفضولية، ويحكم بطلان البيع، هذا «1».

لكن الظاهر صحة ما أفاده المصنّف من صحة البيع، بلا فرق بين صورتين، لموافقة قول البائع لظاهر العقد، بناء على ان اعتبار تعيين الدّمة بالقصد أو باللفظ مختص بما إذا قصد جعل الثمن في ذمّة الغير. فاشتغال ذمّة المشتري بالثمن لا يتوقف على التعيين، بل يكفي إطلاق العقد و تجرده عن الإضافة إلى الغير في انصرافه الى نفس المشتري.

وعلى هذا فدعوى المشتري الشراء بثمن كلّ في ذمّة زيد منوطة بقريئة دالّة عليه. و حيث إنّ المفروض عدم إضافة الشراء إلى ذمّة الغير كان قول البائع موافقا للظاهر، و لا يطالب باليمين ابتداء. نعم لو ادّعى المشتري علم البائع بمقصوده اتّجه الحلف على نفي علمه بما قصده المشتري. و على تقديري الحلف و عدمه يقدّم قول البائع الموافق للظاهر ولأصالة الصحة. و لم يظهر وجه للتفصيل بجعل المسألة موردا للتداعي تارة و للادعاء و الإنكار أخرى. إذ المفروض مخالفة قول المشتري لظاهر العقد، هذا.

(1) المحاضرات، ج 2، ص 335.

من إطلاق (1) بعض الكلمات كالقواعد و المبسوط (2) وقوع (3) العقد له

نفس الأمر. و عبارة القواعد لا تأتي هذا الاحتمال، كما يظهر بمراجعة كلمات الشراح، كقول فخر المحققين قدس سره: «و إن كان- أي شراء من ينعقد على رب المال- في الذمة، و أطلق، أو لم يعلم المالك بأن العامل نواه، وقع في نفس الأمر عن العامل إن لم ينو المالك. و يقع عنه ظاهرا إن نواه» (1).

وقال المحقق الكركي قدس سره: «و إن لم يكن الشراء بالعين- أي كان بالثمن الذمي- و لا ذكر المالك لفظا و لا نواه- بحيث يعلم به البائع- وقع الشراء للعامل و الزم به ظاهرا» (2) و كذا قوله: «في باب الوكالة لإمكان أن يريد بقوله: لا- يقع له- إلزامه به ظاهرا، لأنه المبحوث عنه» (3).

ولعله لأجل تطرق هذه الشبهة في عبارة القواعد قال المحقق صاحب المقابس:

«و الأول- أي ثبوت البيع واقعا للفضولي و لغوية نيته و قصده- قضية إطلاق القواعد. و يمكن تنزيهه على الثاني، و هو وقوعه له في الظاهر» (4) فراجع.

(1) المراد بالإطلاق- كما نبهنا عليه- عدم تقييد وقوع البيع للفضولي- كالعامل و الوكيل- ب «ظاهرا» إذ من المعلوم اقتضاء هذا الإطلاق الوقوع له باطنا و ظاهرا.

(2) كقوله في الوكالة: «فإذا حلف ثبت البيع في حق الوكيل» (5). و كقوله في شراء العامل من ينعقد على رب المال: «و إن كان الشراء في الذمة وقع المملك للعامل، و صحّ الشراء.. إلخ» (6).

(3) فاعل «يظهر» و ضمير «له» راجع إلى الطرف الآخر، و هو الأصيل.

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 314 و نحوه في ص 347.

(2) جامع المقاصد، ج 8، ص 99.

(3) المصدر، ص 253.

(4) مقابس الأنوار، ص 40.

(5) المبسوط، ج 2، ص 379 و 386.

(6) المبسوط، ج 3، ص 175.



واقعا [1]. وقد نسب ذلك (1) إلى جماعة في بعض فروع المضاربة.

و حيث عرفت (2) أن قصد البيع للغير

---

(1) المشار إليه هو وقوع العقد للعامل واقعا و ظاهرا. و لكن لم أظفر في المسالك و الجواهر و جامع المقاصد و الحقائق على هذه النسبة. نعم ذكر السيد العاملي قدس سره - في مسألة شراء شيء في الذمة و إلزام العامل به - ما لفظه: «لأنّ البيع ظاهرا يقع، و به صرح الشيخ و جماعة» (1).

و الظاهر أن مراده من كلمة «ظاهرا» هو صحة الشراء بما في الذمة، لا الظاهر في مقابل الواقع و نفس الأمر، لعدم فرض تنازع المالك و العامل حتى يحمل وقوعه للعامل على الحكم الظاهري. و بهذا فيكون المناسب إلى الجماعة هو صاحب مفتاح الكرامة، فراجع.

هذا ما أفاده في المسألة الأولى، و قد تحصل منه صحة البيع الفضولي لو كان أحد العوضين كلياً في الذمة، و أنّه لو اختلفا في القصد قدّم قول من يوافق كلامه ظاهر العقد، و بالحلف على عدم علمه بما قصده الطرف الآخر يؤخذ الفضولي بظاهر العقد.

(2) أي: في (ص 617) عند قوله: «ثم إنّ تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي» و هذا تمهيد لبيان المسألة الثانية، و هي الجمع بين المتنافيين في إنشاء الفضولي.

---

[1] و تظهر الثمرة بين وقوع العقد للفضولي واقعا و بين وقوعه له ظاهرا في ترتب أحكام الملك واقعا على ما اشتراه الفضولي بناء على وقوعه له واقعا، و عدم ترتبها عليه بناء على وقوعه له ظاهرا، و لزوم الصلح في جواز التصرف في ملك الغير.

و تظهر الثمرة أيضا في شراء العامل من ينعق عليه كأحد العمودين.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 462، السطر 10.

ص: 626



أو إضافته (1) إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمة ذلك الغير، كما أنّ إضافة الكلّي إليه (2) توجب صرف البيع أو الشراء إليه (3) و إن لم يقصده (4) أو لم يصفه إليه (5).

(1) معطوف على «قصد» و ضمير «إضافته» راجع إلى البيع، و ضمير «إليه» إلى الغير. و إضافة البيع إلى الغير في اللفظ كأن يقول: «بعت لزيد منّا من الحنطة».

(2) أي: إلى الغير، فإنّ إضافة الكلّي إليه - كأن يقول البائع الفضولي: «بعتك كرا من طعام في ذمة زيد» أو يقول المشتري الفضولي: «اشتريت كرا من طعام بدينار في ذمة زيد» - توجب صرف البيع أو الشراء إلى من أضيف إليه الكلّي.

(3) أي: إلى ذلك الغير.

(4) يعني: و إن لم يقصد الفضولي البيع أو الشراء لذلك الغير.

(5) يعني: و إن لم يصف الفضولي البيع أو الشراء إلى الغير. فالصور المستفادة من المتن أربع:

إحداها: قصد الفضولي البيع أو الشراء للغير من دون إبراز باللفظ.

ثانيتها: إضافة البيع أو الشراء إلى الغير باللفظ. و يدلّ على هاتين الصورتين قوله: «ان قصد البيع للغير أو إضافته» إلى قوله: «ذلك الغير».

ثالثتها: إضافة الفضولي الكلّي إلى الغير و إن لم يقصد البيع أو الشراء لذلك الغير، كقوله: «بعت كرا من طعام في ذمة زيد» أو «بعت هذا الكتاب بدينار في ذمة زيد» و تستفاد هذه الصورة من قوله: «كما أنّ إضافة الكلّي إليه» إلى قوله: «و إن لم يقصده».

رابعتها: إضافة الفضولي الكلّي إلى الغير و إن لم يقصد البيع أو الشراء للغير، كقوله: «بعتك كرا من حنطة في ذمة زيد» و يشير إلى هذه الصورة قوله: «أو لم يصفه إليه».

ظهر (1) من ذلك (2) التنافي بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه (3)، أو قصده (4) من غير إضافة. وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه وإضافة الكلّي إلى غيره (5). فلو جمع بين المتنافيين، بأن قال: «اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي» أو «اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان» ففي (6) الأوّل يحتمل البطلان [1]

---

(1) جواب «حيث» في قوله: «وحيث عرفت».

(2) أي: من وحدة المعقود له فضولا- والمضاف إليه الكلّي الذمي- سواء ثبت اتحادهما بالقصد أم بالإضافة لفظا أم بالاختلاف- ظهر التنافي بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه، كأن يقول: «بعت عن زيد كرا من حنطة في ذمتي» حيث إنّ إضافة البيع إلى غيره تقتضي أن يكون الكلّي في ذمة ذلك الغير، لا في ذمة نفسه، فإضافة الكلّي حينئذ إلى نفسه أو قصد الكلّي من غير إضافة لفظا تنافي إضافة البيع إلى غيره. فهل يحكم بنفوذ البيع بالنسبة إلى نفسه وإلغاء تسمية زيد، أم يحكم بالبطلان رأسا؟ وجهان سيأتي بيانهما.

(3) كقوله: «بعت لزيد كرا من حنطة في ذمتي».

(4) معطوف على «إضافة» يعني: سواء أكان جعل الكلّي في ذمته بالإضافة لفظا كأن يقول: «في ذمتي» أم بالقصد، كأن يقول: «بعت لزيد كرا من طعام» قاصدا كون الكرا من الطعام في ذمة نفسه، مع إضافة البيع إلى غيره وهو زيد.

(5) كقوله: «بعتك كرا من حنطة بذمة زيد».

(6) جواب الشرط في قوله: «فلو جمع» والمراد بالأوّل: المثل الأوّل، وهو قوله: «اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي» والاحتمالان المذكوران في المقابس أيضا، فراجع «1».

---

[1] بل ينبغي القطع بالبطلان بناء على ما اختاره المصنف قدس سرّه من معنى

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 41.

ص: 628

لأنه (1) في حكم شراء شيء للغير بعين ماله. ويحتمل إلغاء أحد القيدتين (2) وتصحيح المعاملة لنفسه (3) أو لغيره (4).

(1) هذا التعليل مبني على ما قرره من توقف معنى المعاوضة على دخول أحد العوضين في ملك من خرج عنه الآخر، فلا محيص حينئذ عن القول بالبطلان.

(2) وهما قيد «لفلان» وقيد «في ذمتي».

(3) إذا ألقى القيد الأول، وهو «لفلان».

(4) إذا ألقى القيد الثاني، وهو «في ذمتي».

المعاوضة، إذ يمتنع الجمع بين القيدتين. وهذا محذور ثبوتي لا إثباتي حتى يقال:

بأظهرية أحدهما من الآخر، أو بأرجحية ما هو مقدّم في اللفظ من الآخر. ومن المعلوم أن ذكر كل واحد من القيدتين لم يكن هزلا، بل كان جدّيا. فمقتضى قاعدة المعاوضة بطلان العقد في كلتا الصورتين اللتين هما مثالان للجمع بين المتنافيين، وعدم التأمل في بطلانهما.

كما أنه بناء على جواز الشراء للغير بمال نفسه وبالعكس ينبغي الجزم بالصحة في الصورة الأولى، وهي «اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي» بلا إجازة. وفي الصورة الثانية وهي: «اشترت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان» مع إجازة ذلك الغير.

وأما ما أفاده من احتمال إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره فلم يظهر له وجه وجيه، لأنّ الإلغاء إمّا اقتراحي، وإمّا للتأخر في الذكر. وكلاهما خلاف الميزان. ولا مجال للأخذ بالأظهرية، ولا بالتقدم الذكري بعد كون الكلام واحدا، وعدم استظهار معنى منه إلا بعد تماميته.

وبالجملة: فتصحيح العقد بإلغاء أحد القيدتين - مع كون كليهما مقصودا - كما هو مقتضى تبعية العقود للقصود في غاية الإشكال، إذ المفروض كون العاقد قاصدا لا هازلا.

و في الثاني (1) يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن (2) بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً (3). و يحتمل (4) الصحة بإلغاء (5) قيد «ذمة الغير» [1].

(1) أي: في المثال الثاني، و هو قوله: «اشترت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان» فإنّ فيه أيضاً احتمالين، أحدهما: وقوعه للغير بعد إجازته، قياساً للكلي الذمي بالعين الخارجية في وقوع الشراء له إذا وقع على ما في ذمته، كوقوعه له إذا وقع على ماله الخارجي.

(2) يعني: أنّ وقوع المعاوضة للغير بعد الإجازة منوط بقصد المعاوضة، و هو موقوف على بناء مباشر العقد على تملكه لذمة الغير اعتقاداً حتى يتحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية المتقوم بها مفهوم البيع.

(3) التقييد بالاعتقاد إنّما هو لأجل عدم إمكان الغصب في الكليّ حتى يتحقق البناء العدواني أيضاً. و مع عدم البناء على التملك اعتقاداً لا بدّ من الحكم بالبطلان، لعدم تحقق معنى المعاوضة.

(4) معطوف على «يحتمل» و هذا هو الاحتمال الثاني، و محصله: أنّه يحتمل الصحة لنفسه في المثال الثاني المذكور بقوله: «اشترت لنفسي هذا بدرهم في ذمة فلان» بأن يلغى قيد «ذمة فلان» لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه كما هو مدلول قوله «اشترت لنفسي» يوجب إلغاء ما ينافيه من قوله: «في ذمة الغير» لأنّه كالإنكار بعد الإقرار، فلا يسمع.

(5) متعلق ب «يحتمل» و الباء للسببية.

[1] الظاهر أنّ الوجه في الفرق بين الأوّل و الثاني - بإلغاء أحد القيدين من دون ترجيح لأحدهما على الآخر في المثال الأوّل، و بإلغاء قيد ذمة الغير بخصوصه في المثال

لأن (1) تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من (2) إضافة الذمة إلى الغير. والمسألة (3) تحتاج إلى التأمل [1].

(1) تعليل لإلغاء قيد «ذمة الغير» يعني: أن قيد ذمة الغير يلغى لأجل كونه منافياً لتقييد الشراء أولاً لنفسه.

(2) بيان للموصول في قوله: «ما ينافيه».

(3) وهي الجمع بين المتنافيين من قوله: «اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي».

الثاني - هو: «أن لفظ اشترت» بدون التقييد منصرف إلى الشراء لنفسه، و تقييده بقوله:

«لنفسى» متصلاً به يوجب قوة ظهور دلالة «اشترت» في وقوع الاشتراء للمتكلم، بحيث لا يصلح قوله: «في ذمتي» في ذيل الكلام لمعارضته، فيحكم بمقتضى هذا الظهور القوي وهو الصحة لنفسه.

وهذا بخلاف ذكر «لفلان» بعد قوله: «اشترت» فإنه لكونه منافياً أسقط ظهور إطلاق «اشترت» وانصرافه إلى الاشتراء لنفسه، و صار معارضاً ب «في ذمتي» هذا.

لكن الحق - بناء على كون المعاوضة بالمعنى الذي ذكرناه - هو صحة المعاملة في كلا المثالين المذكورين بعد الإجازة. ففي المثال الأول يصح الشراء لفلان إذا أجاز، وعلى العاقد الفضولي دفع الثمن وهو الدرهم الذي جعله في ذمة نفسه. وفي المثال الثاني يصح الشراء لنفس العاقد الفضولي إذا أجاز من جعل الدرهم في ذمته.

كما أنه بناء على كون المعاوضة بالمعنى الذي اختاره المصنف قدس سره لا محيص عن البطلان في كلا المثالين، وعدم الفرق بينهما، لتغاير من له العقد ومن عليه الكلي الذمي، وعدم الوجه في إلغاء أحد القيدتين كما عرفت آنفاً. وعليه يكون هذا المعنى الذي استظهره المصنف مساوقاً للمثال الأول وهو قوله: اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي.

[1] الظاهر عدم خفاء في حكم المتنافيين، وهو البطلان في كلا المثالين بناء

ثم إنه قال (1) في التذكرة: «لو اشترى فضوليا، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف (2) في البطلان أو الوقف على الإجازة. إلا (3) أن أبا حنيفة قال: يقع

---

و «اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمة فلان».

(1) قد تعرض المصنف قدس سره لكلام التذكرة هنا، لأنه استظهر منه أن العلامة في مقام بيان مورد من موارد الجمع بين المتنافيين، و نشير إلى مورد استظهاره إن شاء الله تعالى.

(2) وهو الخلاف المعهود في بيع مال الغير لنفسه من البطلان أو التوقف على إجازة الغير، فإنه جار هنا، فإذا اشترى لنفسه متاعا بعين مال الغير جرى فيه ذلك الخلاف، و كان من الجمع بين المتنافيين.

(3) استدراك على ما في المسألة من القولين - وهما البطلان والوقف على الإجازة - فإن أبا حنيفة خالف و ذهب إلى قول ثالث، وهو الصحة و وقوعه للمشتري على كل حال، سواء أجاز المالك أم رد.

---

على مختار العلامة و المصنف قدس سرهما في معنى المعاوضة.

و ما احتمله في المتن - من تصحيح الشراء في المثال الأول للمباشر بإلغاء قيد «لفلان» أو للغير بإلغاء قيد «في ذمتي» على نحو التخيير. و كذا في المثال الثاني من احتمال الصحة للمباشر، لإلغاء قيد «في ذمة فلان» تعيينا، لتأكد ظهور ضمير المتكلم في «اشترت» في كون الشراء لنفس العاقد بقوله: «لنفسى» و أقوائية ظهوره من ظهور «في ذمة فلان» - ضعيف.

أمّا الأول فلما فيه من: أنّ مقتضى القاعدة في القيود و الأمور المتنافية سقوط الجميع عن الاعتبار، كوقوع عقدين على امرأة لرجلين في زمان واحد، و غيره من أمثاله.

لا التخيير الذي يختص بباب تعارض الأخبار لدليل خاص، و هو الأخبار العلاجية.

للمشتري بكلّ حال «1» (1). وإن (2) كان في الذمة لغيره (3) وأطلق اللفظ، قال

(1) يعني: سواء أجاز المالك أم ردّ.

(2) معطوف على «فإن كان» يعني: وإن كان الشراء الفضولي الذي هو للغير كزيد بثمان في ذمة نفس العاقد المباشر- بأن يتعلق «لغيره» ب «اشترى» المستفاد من السياق، يعني: اشترى للغير، وجعل العوض في ذمة نفسه بدون ذكره لفظاً، كأن يقول: «اشترت كراً من الحنطة بدينار» وأطلق اللفظ بأن لم يقل: «بدينار في ذمتي»- قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجازته المعقود له- وهو زيد في المثال- لزمه أداء الثمن قضية للمعاوضة، واقتضاء دخول المثل في ملكه خروج الثمن عن ملكه.

وإن ردّه صحّ عن العاقد المباشر، لما سيأتي من وجهه.

(3) هذا مورد استظهار المصنف، فإنّ المراد بقول العلامة: «وإن كان في الذمة لغيره» على ما فهمه المصنف هو «وإن كان الاثراء للغير بثمان في ذمة نفسه» فيكون حينئذ من جزئيات تنافي القصد، وهما قصد الشراء للغير، وكون الثمن في ذمة نفسه.

وعليه يكون هذا المعنى الذي استظهره المصنف مساوقاً للمثال الأول، وهو قوله: «اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي».

وأما الثاني فلما فيه من عدم الوجه في تقديم قيد «لنفسى» وإلغاء قيد «في ذمة فلان» والحكم بصحة الشراء للمباشر، وذلك لأنّ التقديم إن كان لأجل تقدم «لنفسى» لفظاً على «في ذمة فلان» فهو يقتضي تقدم «لفلان» على «في ذمتي» والحكم بصحة الشراء لذلك الغير تعييناً في المثال الأول أيضاً، لا تخيراً.

وإن كان التقديم لأجل الأظهرية- بيان: أنّ ظهور ضمير المتكلم في «اشترت لنفسى» قد أكّد ب «لنفسى» فصار ظهور الشراء لنفس العاقد أقوى من ظهور الشراء للغير،

(1) راجع المغني، لابن قدامة، ج 4، ص 227.

ص: 633

فيلغى قيد «في ذمة فلان» لكونه منافيا لظهور «اشترت لنفسي» بحيث يصير من قبيل الإنكار بعد الإقرار- ففيه: أنّ حديث تقديم الأظهر على الظاهر إنّما يكون فيما إذا كان الظاهر والأظهر في كلامين. وأمّا إذا كانا في كلام واحد فلا يؤخذ بظاهر الكلام إلا بعد تماميته، فربّما يصير الظاهر مقدّمًا على الأظهر، كما في تقديم «يرمي» الذي يكون ظهوره بالإطلاق على «أسد» الذي يكون ظهوره بالوضع. وفي المقام يكون الظاهر والأظهر في كلام واحد.

بل ما نحن فيه أجنبي عن بحث الظاهر والأظهر، لكون «في ذمة فلان» أيضا في غاية الظهور. وعليه فالقيدان- وهما «لنفسى» و «في ذمة فلان»- متساويان في الظهور.

فتلخص ممّا ذكرنا أمور:

الأول: أنّ المثاليين المذكورين من صغريات الجمع بين المتنافيين بناء على ما اختاره المصنف قدّس سرّه من معنى المعاوضة.

الثاني: أنّه لا وجه لإلغاء أحد القيدتين تخييرا، والحكم بصحة الشراء للعائد المباشر أو للغير في المثال الأوّل. بل لا بدّ من إلغاء كليهما والحكم بالبطلان.

الثالث: أنّه لا وجه لترجيح أحد القيدتين والأخذ بأحدهما تعيينا، والحكم بصحة الشراء للمباشر في المثال الثاني.

الرابع: أنّ الحق هو البطلان في كلا- المثاليين، لكون كلا- القيدتين فيهما مقصودا جدّا لا هزلا، مع امتناع الجمع بينهما، فلا محيص عن بطلان العقد.

هذا كله بناء على كون المعاوضة بالمعنى الذي اختاره المصنف قدّس سرّه.

وأمّا بناء على كون المعاوضة في مقابل المجانية- على التفصيل الذي تقدم سابقا- فالحق صحة العقد في كلا المثاليين، فيصح للغير في المثال الأوّل بعد إجازته، وللمباشر بعد إجازة الغير في المثال الثاني.

الخامس: أنّه بناء على المعنى الذي اخترناه في المعاوضة لا يتحقق التنافي الذي ذكره المصنف في شيء من الموارد، ويكون الحكم في الجميع الصحة.



علمائنا: يقف على الإجازة. فإن أجازته (1) صحّ، و لزمه أداء الثمن. وإن ردّ نفذ عن المباشر (2). وبه (3) قال الشافعي في القديم (4)، و أحمد. وإنما يصحّ الشراء (5) لأنه تصرف في ذمته [1].

(1) أي: المعقود له كزيد في المثال. ووجه صحته: شمول العمومات له، إذ المفروض أنّ الفضولي عقد الشراء لزيد، و هو بمقتضى المعاوضة يوجب كون ذمته مشغولة بالثمن، لا ذمة نفس الفضولي، لأنه خلاف مقتضى المعاوضة. و مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» هو نفوذ إجازته لهذا الشراء، فيصير الشراء لمن قصده الفضولي.

(2) و هو العاقد الفضولي، و لزمه أداء الثمن من ماله، إذ لا مانع من وقوعه للفضولي إلا مجرد قصد كون الشراء لغيره، من دون تقييد الإنشاء بما يدلّ عليه صريحا، كقوله: «للغير» أو ظاهرا، كإضافة الثمن الكلي إلى ذمته. و ردّ المعقود له رافع للقصد المذكور و مزيل لفضوليته، فيشمله عموم ما يدلّ على وجوب الوفاء بالعقود.

وإن شئت فقل: إنّ قصد الشراء لنفسه ليس شرطا لوجوب الوفاء، بل قصد الغير مانع، و هو يرتفع بالردّ و لو حكما و تنزيلا، بشهادة الإجماع المدعى في المتن.

(3) أي: و بنفوذ الشراء عن المباشر إن ردّ الشراء قال .. إلخ.

(4) هذا اسم لآرائه حين إقامته ببغداد، و الجديد اسم لآرائه الصادرة منه بعد انتقاله إلى مصر و إقامته فيه.

(5) أي: يصحّ الشراء لنفس الفضولي عند ردّ المعقود له، لأنّ الفضولي المباشر للعقد قصد تصرف في ذمة نفسه بجعل الثمن الذي يدفعه إلى البائع في ذمته، لا في ذمة الغير.

[1] استشهد المصنف قدّس سرّه بهذه العبارة على أنّ مراد العلامة بقوله: «وإن كان في الذمة لغيره» جعل الثمن في ذمة نفس العاقد الفضولي، لرجوع ضمير «ذمته» إلى المباشر. فكأنه قال: «يصحّ الشراء للعاقد الفضولي، لأنه إنّما تصرف في ذمة نفسه، لا في

(1) كما في الفرض الذي ذكره بقوله: «فإن كان بعين مال الغير».

(2) هذا الضمير وضمائر «لأنه، تصرّف، ذمته» راجعة إلى الفضولي.

عين مال غيره- وهو منوِّي الفضولي- حتى يكون منهياً عنه، فيفسد من أجله الشراء» هذا.

أقول: يمكن أن يقال: إن ضمير «ذمته» راجع إلى «غيره» في قوله: «لغيره» و معناه:

أنه يصحّ الشراء للمباشر، لأنّ المباشر تصرّف في ذمة الغير التي هي ليست مالا و لا ملكا حتى يصحّ جعله عوضا، إلا إذا أجاز ذلك الغير، و لم يتصرف في ماله الخارجي حتى يفسد الشراء، و لا يقبل الصحة بالإجازة.

و بالجملة: فلا يشهد قوله: «لأنه تصرف في ذمته» بما أفاده المصنف قدّس سرّه من جعل الثمن في ذمة المباشر.

و لا بأس ببيان ما يحتمل في قول العلامة: «و إن كان في الذمة لغيره» فنقول: إنّه يحتمل أن يراد بقوله: «في الذمة» كون الثمن كلياً في الذمة، من غير التفات إلى تعلقه بذمة نفس المباشر أو غيره، و عدم تعيين ذمة أحدهما. لكن مع قصد كون الشراء للغير، كأن يقول: «اشترت هذا الكتاب لزيد بدينار» من دون بيان كونه في ذمة نفسه أو غيره، و من دون التفات إلى ذلك.

و على هذا الاحتمال يكون قوله: «للغير» خيرا بعد خبر، كأنه قيل: «كان الشراء في الذمة» أي: ليس الثمن عينا خارجية، بل هو كليّ ذمي، و كان الشراء لغيره. فإنّ كلّ واحد من خبرين أو أخبار متمم للفائدة. كقوله: «زيد عالم عادل» فإنّ كلّ واحد من هذين الخبرين خبر مستقل لزيد.

و يحتمل أن يراد الاشتهار بثمن في ذمة الغير، فكأنه قال: «و إن كان الاشتهار بثمن في ذمة الغير» كما هو مقتضى المقابلة و العطف على قوله: «فإن كان بعين مال الغير»

فالفضولي يشتري متاعاً لزيد بدينار في ذمة زيد. وهذا الاحتمال مبني على أن يكون «لغيره» ظرفاً مستقراً نعتاً للذمة، فكأنه قال: وإن كان الاشتراء في الذمة الكائنة لغير العاقد الفضولي.

ويحتمل أن يراد الاشتراء للغير بثمن في ذمة نفس العاقد الفضولي كما استظهره الشيخ قدس سره، ولذا جعله من صغريات الجمع بين المتنافيين، بتقريب: أن معنى «وإن كان في الذمة لغيره» هو: وإن كان الاشتراء لغيره في ذمة نفس العاقد الفضولي، بقريضة التعليل بقول العلامة قدس سره: «لأنه تصرف في ذمته» أي: لأن الفضولي تصرف في ذمة نفسه.

وبالجملة: فالاحتمالات المتصورة ثبوتاً في الثمن الكلّي الذمي أربعة.

أحدها: كون الذمة مطلقة.

ثانيها: كونها مضافة إلى ذمة الفضولي.

ثالثها: كونها مضافة إلى من اشترى له الفضولي.

رابعها: كونها مهملة.

هذه هي الوجوه المحتملة ثبوتاً في الثمن الكلّي الذمي المجعول عوضاً في الشراء الفضولي.

وأما الظاهر من هذه الاحتمالات - بحيث يصح الركون إليه في مقام الإثبات عند أبناء المحاورة - فهو الاحتمال الثاني، لأن السياق يقتضي ذكر قسمي الثمن الذي يقع الشراء عليه.

أحدهما: كون الثمن عيناً خارجية للغير، وهو منويّ الفضولي.

وثانيهما: كون الثمن كلياً في ذمة ذلك الغير. فإنّ المناسب أن يكون عدل «فإن كان بعين مال الغير» هو «وإن كان بما في ذمته» أي: ذمة ذلك الغير، حتى يستوفى حكم الشراء الفضولي بكلا قسمي الثمن المجعول على من اشترى الفضولي له من الثمن الشخصي و الكلّي.

وأما جعل الثمن الكلّي على غير منويّ الفضولي فهو خلاف ظاهر السياق،

ولا موجب للحمل على خلاف الظاهر.

ولا ينافي هذا الظهور تعليل صحة الشراء للفضولي بقوله: «لأنّه تصرف في ذمته لا في مال غيره» وذلك لأنّ معناه: أنّ الفضولي لم يتصرف في مال الغير حتى يكون الشراء فاسدا للنهي، وغير قابل لإجازة الفضولي، وإنّما تصرف في ذمته أي ذمة ذلك الغير. وذلك ليس تصرفا في مال الغير، لأنّ الكلي الذمي لا يصير مالا عند العقلاء إلا بعد أن يضيفه صاحب الذمة إلى نفسه. وإضافة غيره الى ذمته كالعدم، ولا تجعله مالا عرفا.

فإذا ردّ من قصد له الشراء فمقتضى القاعدة البطلان، وعدم إمكان تصحيحه بإجازة العاقد الفضولي، لعدم المقتضي وهو إنشاء الشراء له، إذ لم يكن الفضولي مقصودا في إنشاء الشراء لمن اشترى له. فالالتزام بوقوعه له مع الإجازة أو بدونها مخالف لقاعدة تبعية العقود للقصود، ولحقيقة المعاوضة بمعناها الذي اختاره العلامة والشيخ قدس سرهما.

فالقول بصحته مشكل.

إلا أن يقال بما أسلفناه سابقا من: أنّ المعترف في متعلق القصد هو نفس التبدل بين المالكين، لتقوم البيع به، دون غيره من الخصوصيات كالبائع والمشتري، ومن المعلوم تحقق القصد بهذا النحو هنا.

وعليه فلا قصور في شمول عمومات الصحة له إذا أجاز الفضولي بعد ردّ من اشترى له الفضولي، فإنّ المعاوضة بالمعنى الذي بيّناه سابقا متحققة في المقام.

وكيف كان ففي صورة إطلاق الذمة والشراء لفظا وقصدا- وكذا في صورة إهمالهما كذلك- ينصرف الشراء إلى الفضولي، ويكون عليه أداء الثمن، لشمول العمومات لهما بلا مانع. وفي صورة إطلاق اللفظ وقصد الشراء للغير يتعيّن الشراء لمن قصد.

وبالجملة: فمع قصد الغير يتعيّن الشراء له، فإن أجاز ألزم بأداء الثمن سواء أطلق اللفظ أم أهمل.

وإنّما (1) توقّف على الإجازة [1] لأنّه (2) عقد الشراء له، فإن أجازته (3) لزمه، وإن ردّه لزم لمن اشتراه. ولا فرق بين أن ينقد (4) من مال الغير أو لا. وقال أبو حنيفة: يقع (5) عن المباشر، وهو جديد للشافعي» انتهى (6).

---

(1) إشارة إلى توهم، وهو: أنّه بناء على وقوع الشراء للفضولي المباشر للعقد - لكونه متصرفاً في ذمة نفسه، لا في ذمة غيره حتى لا يصح الشراء له كما في الفرض الذي نقله الشيخ بقوله: فإن كان بعين مال الغير - فما وجه توقّف المعاملة على إجازة الغير الذي ردّ الشراء؟

(2) هذا دفع التوهم المزبور، ومحصله: أنّ هذا التوقف إنّما هو لأجل أنّ الفضولي المباشر للعقد قد عقد الشراء ابتداء للغير وإن أضاف الثمن إلى ذمة نفسه قصداً لا لفظاً.

(3) يعني: فإن أجاز الغير هذا الشراء لزمه، وصار الشراء له، وإن ردّه لزم للعاقده المباشر.

(4) بالقاف والdal المهملة كما هو في التذكرة، والمراد به الإعطاء، يعني: لا فرق في لزوم المعاملة للمباشر بين إعطاء الثمن من مال الغير ومن مال نفسه.

(5) أي: يقع الشراء عن المباشر للعقد مطلقاً من دون توقّفه على ردّ الغير للشراء.

(6) أي: انتهى كلام العلامة قدّس سرّه في التذكرة «1».

---

[1] الظاهر أنّ الأولى أن يقال: «وإنّما توقّف نفوذه عن المباشر على عدم الإجازة أو الرد، لأنّه .. إلخ». إذ المفروض أنّ نفوذ الشراء للعاقده الفضولي مترتب على ردّ الغير للشراء، لا على إجازته، فتدبّر.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463.

ص: 639

و ظاهره (1) الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا، كما يشعر به (2) تعليله (3) بقوله: «لأنه [1] تصرف في ذمته لا في مال الغير [2]».

(1) أي: و ظاهر كلام العلامة الاتفاق على وقوع الشراء للعقد الفضولي في صورة ردّ الغير له، و كونه عقدا للعقد الفضولي واقعا. أمّا ظهور كلامه في الاتفاق فلقوله: «قال علماؤنا» فإنه من الألفاظ الظاهرة في الإجماع. و أمّا ظهوره في وقوع العقد للفضولي واقعا فلمقابلته مع وقوع الشراء للمجيز، إذ لا ريب في وقوعه للمجيز واقعا، فإنّ هذه المقابلة قرينة على وقوع الشراء للفضولي واقعا أيضا.

(2) أي: بوقوع الشراء للمشتري. و قوله: «للمشتري» متعلق ب «وقوع الشراء».

(3) أي: تعليل العلامة في التذكرة بأنّ المشتري تصرف في ذمة نفسه لا في مال الغير.

[1] لا يخفى أنّ هذا التعليل - بناء على المعاوضة بالمعنى الذي اختاره العلامة و المصنف قدّس سرهما، و بناء على رجوع ضمير «ذمته» إلى الفضولي - يناسب بطلان العقد رأسا، لعدم إنشاء مفهوم المعاوضة على مذهبهما، فلم يتحقق عقد حتى تصل النوبة إلى تنفيذه بإجازة الفضولي، أو منوئية.

و إن شئت فقل: إنّ إجازة عقد الفضولي شرط لتنفيذ العقد، فالشرط متأخر عن وجود المقتضي، لأنّه شرط لتأثيره، و مع عدم المقتضي لا موضوع للإجازة.

[2] يستفاد من هذا الكلام أمران:

أحدهما: تعيين الذمة، لا إطلاقها و لا إهمالها كما في بعض الكلمات، غاية الأمر أنّها إمّا ذمة الفضولي كما استظهره بعض كالمصنف، و إمّا ذمة من اشترى له الفضولي.

ثانيهما: أنّ العقد لأيّ شخص وقع واقعا لا ظاهرا، على ما هو مقتضى التعليل:

«بأنّه تصرف في ذمته لا في ذمة غيره» فإنه يناسب وقوعه واقعا لا ظاهرا، كما بيّناه في التوضيح.

لكن (1) أشرنا سابقا (2) إجمالاً إلى أن تطبيق هذا (3) على القواعد مشكل، لأنه (4)

(1) هذا إشكال المصنف على العلامة قدس سرهما في وقوع الشراء للعائد الفضولي إذا رده الغير.

(2) أشار إليه في (ص 574) بقوله: «و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير .. فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه» فراجع.

(3) يعني: هذا الشراء، بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من عبارة التذكرة من جعل الفضولي الثمن في ذمة نفسه، لا ذمة من اشترى له، فإن إشكاله مبني على هذا الاستظهار، لقوله: «إذا جعل المال في ذمته .. إلخ».

(4) أي: لأن المشتري العائد، وتوضيح الاشكال على صحة هذا الشراء للفضولي العائد هو: أن العائد إما أن يجعل المال في ذمة نفسه بالأصالة أي بقصد إخراج المال من ملك نفسه واقعا وبدون قصد النيابة عن الغير، وإما أن يجعل المال في ذمة نفسه بانيا على كونه نائبا عن ذلك الغير بأن يأخذ بدله من غيره.

فعلى الأول إما أن يلتزم بالبطلان واقعا، وإما بوقوعه للمباشر ظاهرا لا واقعا.

بيانه: أنه مع جعل المال في ذمة نفسه بالأصالة لو رجحنا قصده ونيته من وقوع العقد لذلك الغير مع خروج العوض من ملك هذا العائد كان باطلا واقعا، لما تكرّر من تقوم المعاوضة بالمبادلة بين المالكين في إضافة الملكية، فلا يعقل وقوع البيع لذلك الغير المنوي وخروج الثمن من العائد. ولو رجحنا وقوع العقد لنفس العائد لترجيح وقوعه في ذمة نفسه على وقوعه لذلك الغير حكمنا بصحته للمباشر، ولا وجه لوقوعه لذلك الغير.

وعلى الثاني - وهو قصد جعل الثمن في ذمة نفسه نيابة وكالة عن الغير المنوي - يشكل وقوع العقد لذلك الغير من وجهين سيأتي بيانهما.

إذا جعل المال في ذمته بالأصالة، فيكون (1) ما في ذمته كعين ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره.

و الأوفق بالقواعد في مثل هذا (2) إمّا البطلان لو عمل بالنية (3) بناء (4) على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهرا. وإمّا (5)

(1) جواب الشرط في قوله: «إذا جعل» أي: كان ما في ذمته- في صورة الأصالة- كعين ماله الخارجي، فيكون وزان هذا الشراء- في عدم الصحة- وزان بيع عين ماله لغيره، فإنّ كليهما محكوم بالبطلان.

(2) أي: في مثل هذا الشراء الذي جعل الفضولي ثمن الشراء في ذمة نفسه، و محصل ما أفاده هو: أنّ الأوفق بالقواعد في هذا الشراء: إمّا البطلان مع رعاية العمل بنية الشراء للغير، بناء على ما اختاره المصنف في معنى المعاوضة من عدم تعقل دخول المبيع- الذي هو عوض الثمن الذي يدفعه الفضولي إلى البائع- في ملك من عقد له الشراء.

وإمّا الصحة للفضولي مع إلغاء نية الشراء للغير، لانصراف المعاملة إلى مالك العين قهرا كما هو مقتضى المعاوضة وإن نوى خلافه.

(3) أي: نية الشراء للغير.

(4) تعليل للعمل بالنية، يعني: أنّ العمل بنية الشراء إمّا هو لأجل معنى المعاوضة الذي مرّ مرارا، فإنّه يقتضي انتقال المبيع إلى الفضولي المعطي للثمن، لا انتقاله إلى من وقع الشراء له فضولا.

(5) معطوف على قوله: «إمّا البطلان» وهذا هو الشق الثاني، و حاصله: أنّ صحة هذا الشراء ووقوعه لنفس العاقد الفضولي مبنية على إلغاء نية الشراء للغير، لأجل انصراف المعاملة إلى مالك العين- وهي الثمن- قهرا، بحيث يكون هذا الانصراف ملغيا لتلك النية التي هي على خلاف مقتضى الانصراف، و بعد إلغاء نية



صحته ووقوعه لنفسه (1) لو ألغيت النية (2)، بناء (3) على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً، وإن نوى خلافه.

وإن جعل (4) المال في ذمته لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه (5) مع [فمع] الإشكال في صحة هذا (6) - لو لم يرجع (7) إلى الشراء في ذمة الغير -

---

الشراء لهذا الانصراف يصحّ الشراء للفضولي.

(1) أي: لنفس الفضولي.

(2) أي: نية الشراء للغير. وقوله: «لو ألغيت» قيد ل «صحته».

(3) تعليل لإلغاء النية، وقد مرّ بيانه آنفاً بقولنا: «لأجل انصراف المعاملة إلى مالك العين».

(4) معطوف على «إذا جعل المال في ذمته» توضيحه: أنه إذا جعل الفضولي الثمن في ذمته - لا من جهة الأصالة، بل من جهة النيابة عن الغير فضولاً - اتّجه عليه إشكالان، أحدهما: ابتناؤه على جريان الفضولي في الوكالة، وجرائه فيها مشكّل، إذ الوكالة عبارة عن الاستنابة في التصرف، والفضولي عبارة عن المباشرة في التصرف من عند نفسه. نعم لو جعل نفسه نائباً عن الغير وأجازه المنوب عنه قبل إيجاد العمل الذي يريد النيابة فيه حصلت الوكالة قبل مباشرة العمل بسبب الإجازة، حيث إنّ الوكالة من العقود الجائزة التي تتحقق بكل لفظ يؤدي الاستنابة، ويتحقق الوكالة لا معنى للفضولية حينئذ.

(5) جواب الشرط في قوله «وإن جعل».

(6) أي: جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً.

(7) إذ مع رجوع جعل نفسه نائباً عن الغير إلى الشراء في ذمة الغير - بدون النيابة عنه - لا يرد عليه إشكال جريان الفضولي في الوكالة، وإن ورد عليه إشكال

أنّ (1) اللازم من هذا أنّ الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة تقع فاسدة من أصلها، لا أنّها تقع للمباشر.

نعم (2) إذا عجز المباشر من إثبات ذلك (3) على البائع لزمه ذلك (4) في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقا (5)، ونصّ عليه (6) جماعة (7) في باب التوكيل.

---

الشراء في ذمة الغير، وهو خروجه عن حقيقة المعاوضة. فليس مراده بقوله: «لو لم يرجع .. إلخ» أنه مع رجوعه إليه يخلو عن الإشكال.

(1) هذا هو الإشكال الثاني على تقدير النيابة عن الغير، ومحصل الإشكال: أنّه بناء على جعل المال في ذمة الفضولي نيابة عن الغير - لا أصالة عن نفسه - يلزم الالتزام بفساد هذه المعاملة إذا ردّها الغير أي المنوب عنه، لأنّ المفروض إنشاء الشراء له، فإذا ردّه بطل من أصله، لا أنّه يقع للمباشر.

(2) استدراك على قوله: «لا أنّها تقع للمباشر» يعني: أنّ المعاملة تقع للمباشر في صورة واحدة، وهي: ما إذا عجز العاقد المباشر عن إثبات جعل المال في ذمته نيابة عن الغير - لا أصالة عن نفسه - لزمه الشراء حينئذ، وحكم بكون الشراء له ظاهرا، لا عن ذلك الغير.

(3) أي: إثبات جعل المال في ذمته نيابة عن الغير، لا أصالة عن نفسه.

(4) أي: وقوع الشراء له ظاهرا لا واقعا، لعدم طريق إلى إثباته واقعا.

(5) حيث تقدم قوله في (ص 622): «ان الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد و حلف على نفي العلم حكم له على الفضولي، لوقوع العقد له ظاهرا».

(6) أي: على وقوع الشراء للمباشر ظاهرا.

(7) كالمحقق وفخر المحققين والمحقق الكركي والسيوري والشهيد الثاني قدس سرهم.

قال في الشرائع: «الرابعة: إذا اشترى إنسان سلعة و ادّعى أنه وكيل لإنسان، فأنكر، كان القول قوله مع يمينه، و يقضى على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين أم في ذمة.

و كيف كان (1) فوقوق (2) المعاملة في الواقع مردّدة بين المباشر و المنوي دون التزامه خرط القتاد.

و يمكن تنزيل العبارة (3) على الوقوع للمباشر ظاهرا، لكنّه بعيد (4).

---

إلا أن يكون ذكر أنّه يتتاع له في حالة العقد «1».

(1) يعني: سواء جعل الثمن في ذمة الفضولي أصالة أم نيابة تكون المعاملة باطلّة رأسا، أو صحيحة للفضولي، و لا- تكون مردّدة بين الفضولي المباشر للعقد و من عقد له الشراء، فلا وجه لقول العلامة بوقوع العقد مردّدا بين المباشر و المنوي.

(2) مبتدء، و «مرددة» حال من المعاملة، و «خرط» مبتدء ثان، و «دون» خبره. و هذه الجملة خبر «وقوع» يعني: فوقوق المعاملة حال كونها مرددة بين المباشر و المنوي خرط القتاد يكون أخفّ من الالتزام بوقوعها كذلك، فإنّ هذا الالتزام أصعب و أشدّ إشكالا من خرط القتاد.

(3) أي: عبارة العلامة في التذكرة، و هي «وإن ردّ نفذ عن المباشر».

(4) يعني: لكن حمل العبارة المذكورة على الوقوع للمباشر ظاهرا بعيد. وجه بعده هو: أنّ تعليل العلامة قدّس سرّه وقوع العقد للمباشر الفضولي بقوله: «لأنّه تصرف في ذمته» يقتضي وقوعه له واقعا، إذ المناسب لوقوع العقد للمباشر ظاهرا تعليله بقوله:

«لأنّ العقد وقع له بمقتضى إطلاقه» فإن المناسب للوقوع الظاهري هو الإطلاق الدال على ثبوت شيء ظاهرا.

هذا تمام الكلام في الأمر الأوّل من الأمرين المذكورين في التتمة.

---

(1) الشرائع، ج 2، ص 205، و قد تقدم تخريج أقوال الآخرين في ص 622، فراجع.

ص: 645

الثاني (1): الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا

الأمر الثاني: جريان بيع الفضولي في المعاطاة

(1) هذا هو ثاني الأمرين اللذين قال الشيخ قدس سره في (ص 615): «بقي هنا أمران» والغرض من عقده التنبيه على أمر آخر مما يتعلّق ببيع الفضولي، وهو: أنّ محلّ النزاع في صحة بيع الفضولي هل يختص بالعقد اللفظي، فلا تجدي إجازة المالك لو باع الفضولي بالمعاطاة، أم يعمّ كلا القسمين؟

يظهر من صاحب المقابس الاختصاص، وبطلان بيعه معاطاة، قال قدس سره:

«تذنيب: فليعلم أنّ ما سبق كلّه فيما إذا باع أو اشترى الفضولي بالصيغة. فأما لو باع أو اشترى بطريق المعاطاة فإنّه يلغو ويفسد من أصله، و لا يقف على الإجازة على الأقرب، للأصل .. إلخ» (1). ويظهر من استدلاله الآتي في المتن عدم الفرق بين القول بالملك والإباحة. وإن مال في آخر كلامه إلى جواز التصرف في مال المالك لو علم برضاه به.

ويظهر من السيد المجاهد قدس سره العموم، لقوله في ثالث تنبيهات المسألة: «لا فرق في بيع الفضولي بين أن يكون معاطاة أو لا، فلا يشترط في صحة بيع الفضولي عدم المعاطاة» (2) ولعلّ هذا مبني على مختاره من ترتب الملك على المعاطاة، لا الإباحة.

ويظهر من المصنّف قدس سره التفصيل بين إفادة المعاطاة للملك فتجري الفضولية فيها، وللإباحة فلا تجري فيها. كما تبيّه عليه في آخر التنبيه.

ومحصّل ما أفاده قدس سره - بناء على ما هو الحق من كون المعاطاة بيعاً كالعقد مفيدة للملك - هو عدم الفرق فيما تقدّم من أقسام بيع الفضولي بيع البيع العقدي والمعاطاتي إذا وقعت على نحو الفضولي، فإنّ المعاطاة حينئذ تكون من مصاديق البيع العرفي، ويجري عليها ما يجري على البيع اللفظي من الأحكام، من دون فرق بينهما إلّا في الإنشاء، حيث إنّ الإنشاء في المعاطاة يكون بالفعل، وفي البيع بالصيغة يكون

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 41 و 42.

(2) المناهل، ص 289.

من أقسام بيع الفضولي (1) بيع البيع العقدي و المعاطاة [1] بناء (2) على إفادتها

بالقول. وهذا ليس بفارق بينهما في الأحكام بعد صدق البيع العرفي على كليهما بوزان واحد.

نعم بناء على كون الفضولي على خلاف القاعدة، واختصاص دليبه بالبيع اللفظي - ظهوراً أو تيقناً - لا يجري الفضولي في المعاطاة، للزوم الاقتصار على مورده، إذ مع الشك في شمول دليبه للبيع المعاطاتي لا يجوز التمسك به.

(1) من البيع لنفسه أو للمالك مع النهي و عدمه.

(2) قيد لقوله: «لا فرق» يعني: أنّ جريان الفضولي في المعاطاة مبني على إفادتها الملك، لا إفادتها الإباحة، ولا إفادة التصرف أو التلف للملكية.

و الحاصل: أنّ الفضولي الجاري في البيع اللفظي يجري في المعاطاة إذا كانت يباعا حتى تفيد بنفسها الملكية كالبيع بالصيغة، إذ لو كانت الملكية مترتبة على التصرف أو التلف لخرجت المعاطاة عن السببية للملكية و عن حريم البيع، مع أنّ جريان الفضولي في المعاطاة مبني على كونها يباعا مفيدا للملكية.

[1] ينبغي التكلم في مقامين، الأول: في جريان الفضولي في المعاطاة و عدمه، بناء على كونها يباعا مفيدا للملك.

الثاني: في جريان الفضولي و عدمه في المعاطاة بناء على إفادتها للإباحة.

أمّا المقام الأول فمجمّل الكلام فيه: أنّه ينبغي التكلم في جهتين: إحداهما: كون المعاطاة يباعا مفيدا للملكية حال حدوثها.

و ثانيتهما: إفادتها للملكية بقاء أي: حين التصرف أو تلف العينين أو إحداهما.

أمّا الجهة الأولى فهي: أنّه إذا كان كل من الفضولي و المعاطاة على طبق القاعدة فلا ينبغي الإشكال في جريان الفضولي في المعاطاة، إذ المفروض كونها يباعا كالبيع بالصيغة، فيشملها العمومات الدالة على صحة البيع بأقسامه، فيجري على البيع المعاطاتي من الأحكام ما يجري على البيع القولي.

للملك، إذ لا- فارق بينها (1) و بين العقد، فإنّ (2) التقابض بين الفضوليين أو فضولي وأصيل إذا وقع بنية التمليك و التملك، فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه (3) أو من حين الإجازة. فعموم (4) مثل قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ شامل له.

---

(1) أي: بين المعاطاة.

(2) هذا تصوير المعاطاة الجارية بين الفضوليين و هما البائع و المشتري، أو بين فضولي- كالبائع لمال الغير فضولا- و أصلي كالمشتري لنفسه، أو العكس، فإنه إذا وقعت المعاطاة بنية التمليك و التملك كانت بيعا مملكا كالبيع القولي، فإذا أجازها المالك فلا مانع من نفوذها.

(3) أي: من حين التقابض، و هذا الترديد إشارة إلى الخلاف في كاشفة الإجازة و ناقلتها.

(4) هذا متفرع على كون المعاطاة الفضولية بيعا مجازا، ضرورة أنه بعد فرض مصداقيتها للبيع الجامع للشرائط- التي منها رضا المالك و إجازته- يشملها عموم ما دلّ على صحة البيع مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

---

و إذا كان الفضولي على خلاف القاعدة، و أنه مختص بالنكاح و البيع اللفظي فلا- يجري إلا في موارد دلّ الدليل على جريانه فيها، و لا يتعدى إلى غيرها.

و كذا إذا كانت المعاطاة على خلاف القاعدة فضلا عما إذا كان كلاهما على خلافها. فجريان الفضولية في المعاطاة منحصر فيما إذا كان كلاهما على طبق القاعدة.

و المناقشة في جريانه في المعاطاة في هذه الصورة «بأنّ الإقباض الموجب لحصول الملك حرام، لكونه تصرفا في مال الغير، فلا يترتب عليه الأثر و هو النقل و الانتقال» في غير محلها، لما في المتن من الوجوه الدافعة لها، و قد أوضحناها في التوضيح.

ص: 648

و يؤيدّه (1) رواية عروة البارقي «1»، حيث إنّ الظاهر (2) وقوع المعاملة بالمعاطاة.

وتوهم الاشكال (3) فيه من حيث (4) «إنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك

---

(1) لم يجعل الرواية دليلاً وجعلها مؤيِّدة، لأنّ ظهور وقوع المعاملة بالمعاطاة ناش عن الغلبة والسيِّرة الجارية بين الناس خصوصاً في المحقّرات، وليس من الظهور اللفظي الذي هو حجّة عند أبناء المحاوراة ومتّبع شرعاً، لعدم الردع عنه.

(2) قد عرفت أنّ منشأ هذا الظهور هو الغلبة. وإنكار هذا الظهور خلاف الانصاف.

(3) هذا إشكال على عدم الفرق بين أقسام البيع الفضولي - في وقوعه بالصيغة أو بالمعاطاة - بأنّ عدم الفرق في غير محله. و محصل الاشكال: أنّ الإعطاء الذي يحصل به التمليك حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير بدون إذنه، فلا يترتب عليه الأثر وهو النقل والانتقال، فلا يقع البيع الفضولي في المعاطاة.

(4) هذا بيان لوجه الاشكال وحيثيته.

---

وإن كان الوجه الأخير منها وهو قوله: «مع أنّه لو دلّ لدل على عدم ترتب الأثر المقصود .. إلخ» غير ظاهر.

إذ فيه: أنّ النهي الدال على فساد متعلقة لا يرفع إلّا الأثر الذي كان ثابتاً له لو لا النهي.

ومن المعلوم أنّ الأثر المترتب على الإقباض لو لا النهي عنه هو كونه جزء السبب المؤثر في الملكية أو الإباحة المركّب منه ومن رضا المالك، ولم يكن للإقباض قبل تعلق النهي به أثر آخر حتى يقال ببقائه وعدم منافاته للنهي.

وبالجملة: فقوله قدّس سرّه: «وهو استقلال الإقباض في السببية .. إلخ» لم يظهر له معنى،

---

(1) تقدّم مصدرها في ص 381، فراجع.

ص: 649

محرم، لكونه (1) تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه أثر» في غير محله (2)، إذ (3) قد لا- يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة.

(1) تعليل لحرمة، إذ «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه» ومع حرمة لا يصلح شرعاً لأن يتسبب به إلى النقل والانتقال.

(2) خبر «و توهم» و دفع له، وقد دفعه بوجوه أربعة سيأتي بيانها.

(3) هذا أول الوجوه الدافعة للإشكال، و مرجع هذا الوجه إلى الأخصية من المدعى، و محصله: أنه قد لا تحتاج المعاطاة إلى إقباض مال الغير حتى يقال بحرمة المانعة عن التأثير في الملكية، بناء على كفاية العطاء من طرف واحد في تحقق المعاطاة.

كما إذا اشترى الفضولي متاعاً بثمن - كدينار - في ذمته لزيد مثلاً، فإنه لا يحتاج الفضولي في هذا الشراء إلى إقباض مال زيد حتى يقال: إنه تصرف محرم في مال الغير، فلا يؤثر في الملكية. هذا ما قيل.

إذ لم يكن الاستقلال ثابتاً له قبل النهي حتى يقال بارتفاعه، و عدم منافاة النهي لبقاء جزئية الإقباض للسبب المؤثر في الملكية أو الإباحة.

و الحاصل: أنه لم يكن للإقباض أثر قبل النهي إلا كونه جزء السبب للملكية أو الإباحة، و هو قد ارتفع، و لم يكن الثابت للإقباض قبل النهي الاستقلال في السببية حتى يقال: إن ارتفاعه بالنهي لا ينافي الجزئية.

مضافاً إلى: أنه لو كان الثابت للإقباض قبل النهي هو الاستقلال فأبى دليل أثبت الجزئية بعد ارتفاع الاستقلال. فالوجه الرابع من الوجوه الدافعة للإشكال المذكورة في المتن مما لم يظهر له وجه وجيه.

و أمّا الجهة الثانية- وهي ترتب الملكية على المعاطاة بقاء لا حدوثاً- فحاصل الكلام فيها: أنه إن كان حصول الملك بالتصرف أو التلف لأجل اشتراط الملكية



مع (1) أنه قد يقع الإقباض مقرونا برضا المالك بناء على ظاهر كلامهم من: أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي.

---

لكن الظاهر أن المراد بقوله: «في الذمة» ذمة من اشترى له الفضولي في مقابل ماله الخارجي الذي يعطيه الفضولي إلى بائع المتاع. ففي هذه الصورة لا إقباض لمال الغير حتى يكون حراما غير قابل للتأثير في الملكية.

ثم إن هذا الوجه من الجواب والوجه الآتي ذكرهما صاحب المقابس في «إن قلت» فلاحظ قوله: «و ربما يثق برضا المالك بذلك - أي بالقبض من الفضولي - فيكون إقباضه سائغا. وقد يكون أحد الطرفين مالكا فيجوز له إقباض ماله للفضولي وقابضا للعرض الآخر بإذن المالك، أو حقا ثابتا في ذمته قبل المعاطاة، فيستغني عن إقباض الفضولي ..» «1» ثم أجاب عن هذين الوجهين في «قلت» فراجع.

(1) هذا ثاني الوجوه الدافعة للإشكال، ومحصله: أنه يمكن عدم حرمة الإقباض، كما إذا كان مقرونا بالرضا من المالك - بناء على عدم خروج المعاملة

---

المعاطاتية شرعا بأحد هذين الأمرين، بمعنى كون المعاطاة مقتضية للملك بشرط التصرف أو التلف، كاشتراط تأثير بعض العقود بالقبض كالصرف والسلم والهبة، فإنها مقتضية للملكية بشرط القبض، جرت الفضولية في المعاطاة كجريانها في العقود المشروطة بالقبض كالصرف ونحوه، حيث إن الإجازة تتعلق بما له اقتضاء التأثير في الملكية. والمعاطاة أيضا تقتضي الملكية مع حصول شرطها وهو التصرف أو التلف.

وإن كان حصول الملكية بنفس التصرف أو التلف - من دون اقتضاء المعاطاة للملكية - لا تجري فيه الفضولية، إذ ليس هنا سبب ومقتض

يؤثر في الملكية حتى تنفذه

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 41.

ص: 651

مع (1) أن النهي لا يدل على الفساد.

---

المقرونة بالعلم برضا المالك عن معاملة الفضولي، فلا يكون الإقباض حينئذ حراما حتى لا يؤثر في النقل والانتقال.

و مرجع هذا الوجه الثاني إلى الأخصية أيضا، إذ المدعى هو حرمة الإقباض في جميع الموارد، والمفروض أنه ليس كذلك، لعدم حرمة مع فرض رضا المالك في بعض الموارد. هذا.

وأما تخيل الإذن من المالك في التصرف أو تخيل أنه ماله - كما في حاشية السيد قدس سره (1) - فليس من موارد عدم حرمة الإقباض حتى لا يكون فاسدا، بل من موارد عدم تنجز الحرمة، وهو لا يرفع الفساد المترتب على الحرمة الواقعية.

(1) هذا ثالث الوجه الدافعة للإشكال، و حاصله: أنه لو سلمنا دلالة النهي عن الإقباض على الحرمة، لكن لا نسلم دلالة على فساد البيع، إذ لم يتعلق النهي بالإقباض من حيث إنه بيع، بل تعلق به من حيث كونه تصرفا في مال الغير.

---

الإجازة.

وبعبارة أخرى: ليس في البين إنشاء و تسبب قولي أو فعلي يتوقف تأثيره على الإجازة حتى يكون موردا للإجازة، إذ المفروض عدم اقتضاء المعاطاة للتأثير في الملكية، و كون الملكية مترتبة على نفس التصرف و التلف اللذين هما فعلا خارجيان لم ينشئ المالك ملكية المال بهما، بل حكم شرعا بملكيته بنفس التصرف أو التلف.

و أمّا المقام الثاني - وهو كون المعاطاة مفيدة للإباحة - فالظاهر عدم جريان الفضولية فيها مطلقا سواء أ كانت الإباحة شرعية أم مالكية، إذ لا يتصور شيء منهما قبل

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 147.

ص: 652

مع (1) أنه لو دلّ لدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود، وهو استقلال

(1) أي: مع أنّ النهي، وهذا رابع الوجوه الدافعة للإشكال، و محصله: أنه بعد تسليم تعلق النهي بالإقباض من حيث كونه بيعا حتى يدل على الفساد- لا من حيث إنه تصرف في مال الغير- نقول: إنه يراد من الفساد عدم ترتب الأثر المقصود من الإقباض وهو النقل والانتقال الخارجي، بأن يكون الإقباض سببا مستقلا لحصول ذلك الأثر في الخارج. فالمراد بالفساد عدم استقلال الإقباض في التأثير، وأنه جزء السبب لتحقق الأثر في الخارج، و جزؤه الآخر هو الرضا و الإجازة.

الإجازة حتى يصح النزاع في ناقلية الإجازة و كاشفيتها.

توضيحه: أنّ الإباحة الشرعية مترتبة على المعاطاة مع تراضي المالكين، فقبل التراضي لا يتم موضوع الإباحة الشرعية، فإذا تراضيا حدثت الإباحة، و لم يكن قبل التراضي إباحة، بل بنفس الإجازة حصلت الإباحة، لا أنّها كانت موجودة و الإجازة كشفت عنها.

و كذا الإباحة المالكية، فإنّها منوطة بالتراضي و التسليط الخارجي المالكي، و ليست هذه الإباحة ناشئة عن إنشاء الفضولي، بل موضوعها هو التسليط الخارجي المالكي عن الرضا.

إلا أن يقال: إنّ التسليط قابل للنيابة و التصدي عن الغير، فإذا رضي المالك بإعطاء الفضولي و تسليطه كان ذلك إجازة موجبة لصحة معاطاة الفضولي.

إلا أن يدفع ذلك بأنّ رضاه بالإعطاء ليس هو إمضاء لمعاطاة الفضولي و إجازة لها حتى يكون ذلك إجازة لعقد الفضولي، بل هو رضا بتصرف قابض المال في ماله.

و لو لم يكن أخذه للمال بعنوان المعاطاة بل بأيّ عنوان وصل إليه و لو غصبا، و ليس لعقد الفضولي المعاطاتي دخل في إباحة التصرف.

الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه (1) جزء السبب.

وربما يستدلّ على ذلك (2)

---

(1) يعني: فلا ينافي نفي استقلال الإقباض في السببية كون الإقباض جزء السبب المؤثر في النقل و الانتقال كما مرّ آنفا.

(2) أي: على بطلان الفضولي في المعاطاة، و المستدل هو المحقق صاحب المقابس قدّس سرّه.

وقد استدل على مدّعه بوجوه، منها الأصل، و منها: عدم اندراج المعاطاة المفيدة للإباحة في الأدلة المتكفلة لأحكام البيع، لعدم كونها بيعا عند المشهور.

و منها: الوجهان المذكوران في المتن، قال قدّس سرّه: «و يدلّ على ذلك أي- فساد

---

فالمتحصل: أنّ المعاطاة بناء على إفادتها للإباحة لا تقبل الفضولية، لعدم تطرق الإجازة القابلة لنزاع الكشف و النقل فيها في المعاطاة المفيدة للإباحة.

نعم لا بأس بالإجازة الناقلة.

فتلخص ممّا ذكرناه و ما لم نذكره أمور:

الأول: جريان الفضولية في المعاطاة إذا كانت بيعا، سواء ترتبت الملكية عليها بنفسها أو بشرط التصرف أو التلف.

الثاني: عدم جريان الفضولية في المعاطاة إذا ترتبت الملكية على نفس التصرف أو التلف مع الغض عن المعاطاة.

الثالث: عدم جريان الفضولية في المعاطاة المترتبة عليها الإباحة شرعا مع قصد المتعاطيين التمليك، لكون الإباحة خلاف قاعدة تبعية العقود للقصد، فيقتصر على معاطاة خصوص المالكين.

الرابع: جريان الفضولية في المعاطاة المقصود بها الإباحة مع كون الإجازة ناقلة.

بأنّ (1) المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره (2)، ولذا (3) ذكر الشهيد الثاني

---

المعاطاة الفضولية- أيضا: أن المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك للمعّين أو المقدرّ في الذمة- بناء على جوازه- وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره. و مشروطة أيضا بتحقق الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنة للأمرين .. «1».

توضيح الوجه الأوّل: أنّ ما يعتبر في المعاطاة من التراضي وقصد الإباحة و التملك متقوم بالمالك، ولا عبرة بهما إذا صدرا عن غير المالك كالفضولي. وعليه فلا تجري الفضولية في المعاطاة.

وتوضيح الوجه الثاني: إنّ المعاطاة مشروطة بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما، مع كونهما مقارنين للإباحة أو التملك. ولا يؤثر القبض و الإقباض إلا إذا صدرا من المالك الأصيل أو باذنه، و من المعلوم أنّ الفضولي ليس بمالك و لا مأذون منه، فلا أثر للقبض و الإقباض الصادرين من الفضولي. هذا.

(1) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل الذي تقدم تقرّبه بقولنا: «ان ما يعتبر في المعاطاة من ..» إلخ.

(2) أي: غير المالك. و ضميرا «هما، صدورهما» راجعان إلى التراضي وقصد الإباحة أو التملك.

(3) أي: و لأجل كون التراضي وقصد الإباحة أو التملك من وظائف المالك- و أنّه لا يتصور صدورهما من غير المالك و هو العاقد الفضولي- ذكر الشهيد الثاني .. إلخ.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 41.

ص: 655

«أن المكروه والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول» و ذكر (1) أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك. و مشروطة (2) [1] أيضا (3) بالقبض والإقباض من

---

(1) أي: و ذكر الشهيد الثاني قدس سرّه في عقد الفضولي: «و لا يتحقق منه قصد مدلوله- أعني نقل الملك- لأنّ ذلك من وظائف المالك» (1).

و لا يخفى أنّ الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني و إن كان مذكورا في المقابض، لكنّه ليس في تقرير الوجهين المتقدمين، بل في جواب إشكال أورده على نفسه، فراجع.

(2) بالرفع معطوف على قوله: «منوطة» و هذا إشارة إلى الوجه الثاني من وجهي الاستدلال. و قد تقدم بقولنا «ان المعاطة مشروطة بالقبض و الإقباض .. إلخ».

(3) يعني: كما أنّ المعاطة مشروطة بالتراضي و قصد الإباحة أو التملك، كذلك

---

[1] لا يخفى أنّه جعل بعض كلام صاحب المقابض دليلين على بطلان الفضولي في المعاطة كما قرّره في التوضيح.

و لكن الظاهر خلافه، و أنّه دليل واحد، إذ الاستفادة من مجموع ما حكاه عنه المصنف: أنّ المعاطة هي التراضي و قصد الإباحة و التملك، و القبض المقرون بالرضا، و من المعلوم أنّه لا يتأتّى إلّا من المالك، فإن قوله: «منوطة .. و مشروطة» مبين للمعاطة، فليست المعاطة عند صاحب المقابض مجرد التراضي.

فجوابه حينئذ منحصر في منع اعتبار مقارنة القبض و الإقباض للرضا، بل اعتبار الرضا في المعاطة كاعتباره في البيع القولي، و من المعلوم عدم اعتبار مقارنة البيع القولي لرضا المالك. فجريان الفضولية في المعاطة مما لا محذور فيه.

ثم لا- يخفى أنّ الوجهين المزبورين دليلان على بطلان الفضولي مطلقا و في جميع الموارد. فلعلّ ذكرهما هنا غير مناسب، لأنّهما أجنيان عن مورد البحث، إذ مفروض كلامنا هو جريان الفضولي و عدمه في المعاطة بعد الفراغ عن جريانه في غير المعاطة.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 156.

ص: 656

الطرفين أو من أحدهما مقارنا (1) للأمرين، ولا أثر لهما (2) إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وفيه (3): أن [1] اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره

---

مشروطة بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما، مع كونهما مقارنين للتراضي وقصد الإباحة أو التملك.

(1) حال للقبض والإقباض، أي: حال كونهما مقارنين للتراضي وقصد الإباحة أو التملك. والظاهر أن الأولى أن يقال: «مقارنين» بصيغة المثني.

والحاصل: أن مقارنة القبض والإقباض للتراضي وللملك أو الإباحة معتبرة، وهذه المقارنة في المعاطاة الفضولية مفقودة، فلا تجري الفضولية في المعاطاة.

(2) أي: للقبض والإقباض.

(3) محصله منع الصغرى، وهي: كون حقيقة المعاطاة مجرد تراضي المالكين وقصد التملك أو الإباحة، وذلك لأن القبض والإقباض آلة للإنشاء كالصيغة التي

---

[1] لا يخفى متانة هذا الاستدلال بناء على كون حقيقة المعاطاة مجرد التراضي من دون اعتبار الإقباض والقبض في تحققها، ضرورة أن التراضي من وظائف المالك.

وقد اعترف به المصنف قدس سره أيضا بقوله الآتي: «نعم لو قلنا ان المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها .. إلخ» إلا أنه رحمه الله منع كون المناط مجرد التراضي، والتزم بأن المناط في المعاطاة هو الإقباض والقبض اللذان ينشأ بهما التملك أو الإباحة.

وعليه فالمعاطاة سبب فعلي لإنشاء أحدهما كسببية الصيغة للإنشاء في البيع القولي. ووزان اعتبار الرضا في البيع القولي والمعاطاتي وزان واحد، لوحدة الدليل فيهما. فكما يصح البيع القولي بوقوع الصيغة من غير المالك مع حصول الرضا من المالك وإن لم يكن مقارنا له، فكذلك يصح البيع الفعلي من غير المالك مع

---

هي سبب قولي للتمليك. وليس الإقباض و القبض كاشفين عن التراضي، بل هما سبب فعلي للتمليك أو الإباحة. و التراضي المعترف في المعاطاة يكون على حدّ اعتباره في البيع القولي كما سيأتي.

(1) أي: في المعاطاة، و ضمير «اعتبره» راجع الى الإقباض و القبض، فالأولى تثنيته. و غرض المصنف من هذه الجملة أن اعتبار التعاطي من الطرفين أو الإعطاء من طرف واحد ليس معتبرا عند كلّ من يقول بإفادة المعاطاة للملك أو الإباحة، لكفاية وصول العوضين إلى الطرفين عند بعض، كما تقدم تفصيله في ثاني تنبيهات المعاطاة، فراجع «1».

---

وقوع الرضا من المالك و إن لم يكن مقارنا للإقباض و القبض. فلا تكون المعاطاة مختصة بالمالك حتى لا تقع من غيره. فتحصل ممّا تقدم أمور:

الأول: أنّ ما أفاده صاحب المقابس وجه واحد لعدم جريان الفضولية في المعاطاة، لا وجهان كما زعمه غير واحد.

الثاني: أنّ المعاطاة سبب فعلي للتمليك أو الإباحة. و الظاهر أنّ صاحب المقابس أيضا ملتزم بذلك، غاية الأمر أنّه يعتبر مقارنة الرضا للإقباض و القبض.

الثالث: أنّه لا إشكال في عدم اعتبار المقارنة للرضا التي اعتبرها صاحب المقابس، لعدم الدليل على اعتبارها كذلك. و لو دلّ دليل على اعتبار المقارنة لكان دالّا على اعتبارها في البيع القولي أيضا.

الرابع: جريان الفضولية في البيع المعاطاتي كجريانها في البيع القولي.



فهو (1) عندهم من الأسباب الفعلية كما صرّح الشهيد قدّس سرّه في قواعده «1». و المعاطاة عندهم عقد فعليّ، ولذا (2) ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها «أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي» «2» و حينئذ (3) فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله: «ملكك».

و اعتبار (4) مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي - مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس في حلّ مال الغير - لا يخلو (5) عن تحكّم

---

(1) أي: فالإقباض و القبض، و الأولى هنا أيضا تثنية الضمير.

(2) أي: و لأجل أنّ المعاطاة عند الفقهاء عقد فعليّ يحصل به إنشاء الإباحة أو التملك، ذكر بعض .. إلخ.

(3) أي: و حين القول بعدم دخل القبض و الإقباض في مفهوم المعاطاة خارجا حتى يقال بامتناع وقوعه من الفضولي - بل هما من أسباب إنشاء الإباحة أو التملك - فلا مانع .. إلخ.

(4) هذا إشارة إلى دفع الوجه الثاني من وجهي استدلال صاحب المقابس قدّس سرّه و هو قوله: «و مشروطة أيضا بالقبض و الإقباض .. إلخ».

و حاصل الدفع: أنّ اعتبار مقارنة رضا المالك للإنشاء الفعلي دون القولي - مع وحدة أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس فيهما - تحكّم، و خال عن الدليل، بل كلاهما بالنسبة إلى اعتبار مقارنة الرضا على نسق واحد.

(5) خبر «و اعتبار مقارنة» و ملخص كلام صاحب المقابس هو: أنه استدلّ أولا على عدم جريان الفضولية في المعاطاة بأنّ حقيقة المعاطاة هي التراضي من

---

(1) القواعد و الفوائد، ج 1، ص 50، القاعدة: 17 و ص 178، القاعدة: 47، و تقدّم نصّ كلامه في الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص 344.

(2) راجع الفتاوى الهندية، ج 3، ص 2.

ص: 659

و ما ذكره [من] الشهيد الثاني (1) لا يجدي فيما نحن فيه (2)، لأنّ (3) لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد (4) من القصد الموجود في قوله، لعدم (5) الدليل.

ولو ثبت (6) لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضا.

المالكين، وقصد الإباحة أو التمليك من دون اعتبار قبض وإقباض فيها أصلا. و من المعلوم أنّهما من وظائف المالك، ولا يعقل صدورهما من الفضولي.

و ثانيا: بعد تسليم مدخلية الإقباض و القبض في المعاطاة، و كونها مشروطة بهما- بأنّ لا نسلّم اعتبارهما فيها على الإطلاق، بل نقول بدخلهما في المعاطاة بشرط المقارنة للتراضي و قصد التمليك أو الإباحة، فلا أثر للإقباض و القبض إلّا مع صدورهما من المالكين أو بإذنهما.

(1) من قوله: «ان المكروه و الفضولي قاصدان للفظ دون المدلول».

(2) و هو وقوع الفضولي في المعاطاة.

(3) محصل هذا التعليل لعدم إجداء ما ذكره الشهيد قدّس سرّه فيما نحن فيه هو: أنّ ما ذكره أمر زائد على مجرد القصد إلى مدلول اللفظ، و ذلك الأمر الزائد هو الرضا، فإنّه يعتبر الاقتران بالرضا في كلا المقامين، و نحن لا نعتبر الاقتران به في البيع اللفظي، فكيف نعتبره في البيع الفعلي؟ فمراد الشهيد هو نفي الرضا المقارن، لا نفي قصد المدلول، ضرورة أنّ المكروه قاصد للمدلول و فاقد للرضا، و ليس فاقدًا لقصد المدلول لغفلة أو ذهول. فمراده نفي مقارنة الرضا، و هذا مما لا دليل عليه. فلو دلّ دليل على اعتبار مقارنة الرضا في البيع القولي لثبت في البيع المعاطاتي أيضا، لوحدة الدليل.

(4) و المراد بالأزيد هو مقارنة الرضا، و ضمير: «قوله» راجع الى الفضولي.

(5) هذا تعليل لعدم اعتبار اقتران العقد بالرضا.

(6) يعني: و لو ثبت دليل على اعتبار الاقتران بالرضا في العقد الفعلي لثبت منه اعتباره في العقد القولي أيضا من دون فرق بينهما، لصدق البيع عليهما بوزان واحد.

إلا أن يقال: إن مقتضى الدليل (1) ذلك (2) خرج عنه (3) بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول.

لكنك قد عرفت (4) أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة (5).

نعم (6) لو قلنا [1]: إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها،

---

(1) وهو وجود شيء زائد على قصد المدلول أعني به الاقتران بالرضا.

(2) أي: ثبوته في العقد القولي أيضا، إلا أنه خرج عن مقتضى ذلك الدليل.

(3) أي: خرج عن مقتضى ذلك الدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول بدليل خاص.

(4) يعني: في أول بحث بيع الفضولي، حيث قال: «لعموم أدلة البيع والعقود، لأنّ خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه .. إلخ» فراجع (ص 376 و 377).

(5) فإذا كان على طبق القاعدة، فكما يجري في العقد القولي فكذلك يجري في العقد المعاطاتي. فإذا دلّ دليل على اعتبار مقارنة رضا المالك في عقد الفضولي القولي - زائدا على القصد المعتمد فيه - كان دالّا على اعتبارها في عقد الفضولي الفعلي أيضا.

(6) بعد أن أثبت كون عقد الفضولي على طبق القاعدة - وجريانه في البيع المعاطاتي على حدّ جريانه في البيع القولي - استدرك عليه و اعترف بعدم جريانه في

---

[1] هذا الاحتمال مبني على عدم توقف الملكية المعاملية على الإنشاء، وكفاية الرضا الباطني في تحققها، وذلك أجنبي عن المعاطاة التي هي بيع إنشائي عرفي مفيد للملك كالباع القولي. وهذا الاحتمال لا يظهر من عبارة صاحب المقابس.

بل مقتضى قوله: «و مشروطة» خلاف ذلك، وأنّ القبض والإقباض دخيل - ولو شرطا - في المعاطاة.

بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا (1) أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل (2) وقوعها من الفضولي.

نعم [1] الواقع منه إيصال المال، و المفروض أنه لا مدخل له (3) في المعاملة. فإذا رضي المالك بمالكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين

---

المعاطاة، بناء على ما أفاده المحقق صاحب المقابس قدس سره من كون المعاطاة نفس التراضي وقصد الإباحة أو التمليك مع وصول المالكين أو أحدهما، ضرورة أنه لا يعقل حينئذ وقوع المعاطاة من الفضولي، حيث إنه لا يتحقق منه إلا الإعطاء الذي هو بنفسه لا يكون معاطاة، إذ المفروض أن المعاطاة إما هي نفس تراضي المالكين مطلقا، أو مع وصول المالكين أو أحدهما.

(1) يعني: سواء وصل كل من المالكين - أو أحدهما - إلى الآخر، أم لا.

(2) جواب الشرط في قوله: «لوقلنا».

(3) أي: لا مدخل في سببته للنقل، بل هو كاشف عما هو السبب أعني به الرضا النفساني.

---

و الظاهر أن وجه بطلان الفضولي في المعاطاة بنظره قدس سره هو اعتبار مقارنة رضا المالك للقبض و الإقباض. فلو فرض علم الفضولي برضا المالك حين القبض و الإقباض كانت المعاطاة الفضولية صحيحة.

[1] الظاهر أن الأولى تبديل «نعم» ب «إذ» أو «لأن» حيث إن سوق البيان يقتضي أن يبين وجه عدم معقولة وقوع المعاطاة من الفضولي بناء على ما استدركه بقوله: «نعم لوقلنا ان المعاطاة» من كون المعاطاة تراضي المالكين بملكية كل منهما. فحينئذ يصير وجه عدم المعقولة أن غاية ما يقع من الفضولي هي إيصال المال. و المفروض أنه ليس معاطاة حتى يكون معاطاة فضولية، إذ المفروض أن المعاطاة فعل نفساني و هو الرضا،

الرضا (1)، ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقه.

لكن (2) الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، وإّما قصدهم إلى العقد الفعلي. هذا (3) كلّ على القول بالملك.

وأما على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولي، لأنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة (4) خلاف القاعدة (5)،

---

(1) إذ المفروض أنّ الرضا هي المعاطاة، ولم تتحقق المعاطاة سابقا حتى يكون الرضا إجازة لها.

(2) استدراك على قوله: «نعم لو قلنا ان المعاطاة لا يعتبر فيها قبض» غرضه:

أنّ ما قاله صاحب المقابس من أنّ المعاطاة «نفس تراضي المالكين من دون اعتبار قبض فيها» غير مقصود للعلماء في باب المعاطاة، بل مقصودهم هو العقد الفعلي بمعنى كون الفعل - وهو الإقباض - سببا لإنشاء النقل والانتقال، كسببية الصيغة له، فالإعطاء عندهم سبب للنقل والانتقال، لا آلة لإيصال المال إلى الطرف الآخر.

(3) أي: ما تقدم من جريان الفضولي في المعاطاة و عدمه كان مبنيا على إفادة المعاطاة للملك لا الإباحة. و أما على القول بالإباحة فسيأتي حكمه.

(4) مفعول لقوله: «إفادة».

(5) لأنّ قاعدة تبعية العقود للقصود تقتضي حصول الملكية دون الإباحة، فإنّها خلاف القاعدة، لأنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، فيقتصر على المتيقن من مورد الإجماع و هو معاطاة الأصليين.

---

و ليس فعلا- خارجيا جارحيا، فإذا رضي المالك بمالكية من وصل إليه المال حدثت المعاطاة من حين الرضا. و ليس هذا الرضا إجازة لمعاطاة سابقه، لّمّا مرّ أنّ فعل الفضولي- و هو إيصال المال- لم يكن معاطاة حتى يكون هذا الرضا إجازة و تنفيذها لها.

ص: 663

---

هذا أحد وجهي بطلان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة. و محصله قصور المقتضي في مقام الإثبات، في قبال الوجه الآتي الذي هو محذور ثبوتي.

(1) دون تعاطي الفضوليين أو فضولي واحد.

---

[1] لكن إذا كان الفضولي على طبق القاعدة كفى في جريانه في المعاملة المقصود بها الملك مع إفادتها بالإباحة شرعا، فإنّ المالك يجيز ما أنشأه الفضولي من الملكية الذي هو موضوع حكم الشارع بالإباحة. فالعمدة في جريان الفضولي في المعاطاة المقصود بها الملك التي يترتب عليها الإباحة شرعا هي كون الفضولي على طبق القاعدة.

و الحاصل: أنّ وجه عدم جريان الفضولي عند المصنف قدّس سرّه هو عدم الدليل على جريانه. لكنه إذا كان نفس الفضولي على طبق القاعدة كفى في جريانه في المعاطاة المفيدة للإباحة.

هذا في المعاطاة المقصود بها الملك مع ترتب الإباحة الشرعية عليها وقد عرفت جريان الفضولي فيها إن كان هو على طبق القاعدة، فإنّ عموم دليل الفضولي يشمل كلّ مورد تصح فيه الوكالة إلا ما خرج- كالطلاق- بالإجماع المدعى على عدم جريان الفضولية فيه. فإنّ هذا العموم حاكم على السيرة التي يكون المتيقن من موردها خصوص تعاطي المالكين، فإنّ السيرة ليست نافية لجريان الفضولية في المعاطاة، بل غايتها عدم الدلالة على جريانها فيها، فلا تخصص عموم دليل جريان الفضولي بالمعاطاة.

---

و الحاصل: أنّ السيرة تشتمل على عقد إيجابي فقط، و هو صحة معاطاة مالكي العوضين بمباشرتهما، و لا تشتمل على عقد سلبي، و هو عدم صحة معاطاة الفضولي حتى تخصص أو تقيّد عموم أو إطلاق دليل صحة الفضولي.

و أمّا المعاطاة المقصود بها الإباحة فالظاهر عدم الإشكال في جريان الفضولية

مع (1) [1] أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن [2].

(1) هذا هو الوجه الآخر لبطلان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة.

و مرجع هذا الوجه إلى لغويّة إنشاء الفضولي، وذلك لأنّه على القول بالكشف لا تحصل الإباحة الفعلية قبل الإجازة حتى تكون الإجازة كاشفة عنها، وذلك لإناطة الإباحة بطيب النفس في حديث الطيب، وبالإذن في التوقيع. وهما فعلان قائمان بالمالك، ولم يتحققا قبل الإجازة، فلا معنى لكشف الإجازة عن الإباحة الثابتة حين العقد.

وعلى القول بالنقل يكون الرضا المنكشف بالإجازة تمام المناط في حصول الإباحة، ولا دخل للإنشاء السابق الصادر من الفضولي أصلا، فيكون إنشاء الفضولي لغوا. وأمّا الآثار الأخر غير الإباحة التكليفية كجواز البيع فسيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى.

فيها، حيث إنّ الإباحة فيها مالكية، وليست مخالفة لقاعدة تبعية العقود للقصد، فلا مانع من نفوذ إجازة المالك لما أنشأه الفضولي بإعطائه مال الغير من الإباحة، فإنّ المالك مسلّط بشؤون السلطنة على ماله، ومن تلك الشؤون تنفيذ هذا الفعل الذي صدر من الفضولي؟؟؟ في ماله.

[1] الظاهر عدم الفرق بين الملكية والإباحة في هذه الجهة. فكما لا يمكن الحكم بالإباحة قبل الإجازة فكذا الملكية.

مضافا إلى: أنّ هذا الاشكال إنّما يرد على الكشف فقط، ولا يرد على النقل كما لا يخفى.

[2] مطلقا، لا الإباحة الشرعية ولا الملكية. أمّا الإباحة الشرعية فلكون موضوعها المعاطاة الواقعة برضا المالكين المستكشف بالإجازة التي لم تتحقق بعد

ص: 665

و الآثار الأخر- مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف (1)- إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية (2) لم تؤثر (3) أثرا (4)،

---

(1) يعني: إذا باع- من أخذ المال بالمعاطاة الفضولية بناء على الإباحة- لم يوجب دخول المال المباح في ملكه، كما كان هذا التصرف الناقل موجبا لتملك المتعاطي الأصيل كما تقدم في ملزمات المعاطاة. هذا بناء على جواز التصرف المتوقع على الملك بناء على الإباحة. وأما بناء على عدم جوازه- كما تقدم عن الشهيد في حواشي القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة فيما يتوقف على الملك- لم يكن أصل هذا البيع جائزا حتى يترتب عليه التملك.

وعلى كل حال لا يكون تصرف الآخذ- بالمعاطاة الفضولية- موضوعا لأثر قبل إجازة المالك. فموضوعية تصرفه للأثر مختص بالمعاطاة بين الأصيلين حتى يقال بجواز مطلق التصرف فيما أخذه، أو بخصوص ما لا يتوقف على الملك.

(2) المراد بها هي الإباحة الواقعة في زمان صدور الإجازة من المالك.

(3) خبر قوله: «و الآثار».

(4) لإناطة تأثيرها بالإباحة من المالك، و المفروض عدم حصول الإجازة بعد حتى تحرز الإباحة.

---

و أما الإباحة المالكية فلعدم قصد المتعاطين لها، إذ المفروض أنّهما قصدا التملك لا الإباحة حتى تكون مالكية.

و الحاصل: أنّ المنفي قبل الإجازة هو مطلق الإباحة من الشرعية و المالكية، و بعد الإجازة تتحقق الإباحة الشرعية لا المالكية.

فالتفصيل بينهما بأنّ الإباحة المالكية منوطة بالإجازة دون الشرعية، بل هي



---

غير متوقفة على الإجازة- كما في بعض الكلمات كتعليقتي المحققين الخراساني والايرواني قدس سرهما (1)- غير ظاهر، لما مرّت الإشارة إليه من انتفاء قصد الإباحة المالكية عن المتعاطين، فلا إباحة مالكية حينئذ، ولا إباحة شرعية أيضا، لانتهاء موضوعها قبل الإجازة، فإنّ موضوعها هي المعاطاة المتحققة خارجا المقصود بها الملك. و ما لم تتحقق الإجازة لا تستند ولا تصاف المعاطاة الفضولية إلى مالكي العوضين حتى يتحقق موضوع الإباحة الشرعية.

إلا أن يقال: بعدم لزوم لغوية إنشاء الفضولي مطلقا، سواء أ كانت الإجازة كاشفة أم ناقلة، لأن وزان الإباحة المترتبة على المعاطاة الفضولية وزان الملكية المترتبة على البيع القولي المعاطاتي، فإنّ كلاً من الإباحة والملكية مترتبة على ما أنشأه الفضولي مع رضا المالك و طيب نفسه.

والاشكال الوارد على كاشفية الإجازة من الشرط المتأخر لا يختص بالمعاطاة المفيدة للإباحة، بل يعمّ المعاطاة المفيدة للملكية أيضا، فإنّ إجازة مالكي العوضين للمعاطاة الفضولية تنفيذ لما أنشأه الفضولي الذي هو موضوع حكم الشارع بالإباحة.

فهذه الإجازة كإجازة البيع القولي المعاطاتي، فكما أنّها تنفيذ لإنشاء البيع الفضولي، فكذلك الإجازة هنا تنفيذ لإنشاء معاطاة الفضولي، فإنّ قول المالكين: «أجرت وأنفذت ورضيت» ونظائرها ليس إحداثا لمعاطاة، لعدم صدور إعطاء منهما، المفروض كونه إنشاء للمعاطاة، بل مفادها هو الرضا بما تحقّق سابقا من إنشاء الفضولي المعاطاة.

ومن المعلوم أنّ التعاطي مع رضا المالكين موضوع لحكم الشارع بالحكم الوضعي

---

(1) حاشية المكاسب، للمحقق الخراساني، ص 58، حاشية المكاسب، للمحقق الايرواني، ج 1، ص 125.

كالملكية أو التكليفي كالإباحة كسائر الموضوعات المتعلقة للأحكام التكليفية كالصلاة والصوم ونظائرهما. أو الوضعية كالملكية و الزوجية ونحوهما المترتبة على العقود والإيقاعات. فالعقود كالعبادات موضوعات لأحكام الشارع. وبمجرد تحققها بجميع ما يعتبر فيها شطرا و شرطا تترتب عليها أحكامها. فإذا تحقق إنشاء عقد أو إيقاع كذلك يترتب عليه حكمه من أي شخص صدر.

و عليه فمعاطاة الفضولي مع إجازة المالك موضوع يترتب عليه حكمه من الملكية أو الإباحة. و تقييدها بمباشرة المالك قيد زائد ينفي بإطلاق دليل المعاطاة إن كان له إطلاق، و إلا فبعموم أو إطلاق ما دلّ على صحة الفضولي.

و الحاصل: أن إيجاد كل موضوع لم يشترط فيه المباشرة يوجب ترتب حكمه عليه، فالإنشاءات العقدية و الإيقاعية إلا ما خرج يترتب عليها أحكامها. و يستفاد من تعليل نكاح العبد بدون إذن سيده «بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده» أن كل عقد لم يكن على خلاف الموازين الشرعية و ضوابطها و كان مخالفا لحق آدمي و لكن أمضاه صحّ ذلك العقد و ترتب عليه أثره. و المعاطاة الفضولية من جملة تلك الإنشاءات، فإذا أجازها المالكان صحّت و ترتب عليها أثرها.

فتلخص ممّا ذكرناه أمور:

الأول: أن كل موضوع وجد في الخارج يترتب عليه الحكم إن لم يعتبر فيه مباشرة شخص خاص.

الثاني: أن كل أمر إنشائي من بيع و غيره من العقود قابل للصدور من غير مالك الأمر، و صحيح بإجازته.

الثالث: أن الإجازة تنفيذ لما أنشأه الفضولي، و ليست عقدا جديدا.

فالنتيجة: صحة جريان الفضولي في جميع أنحاء المعاطاة.

فإذا أجاز حدث الإباحة [1] من حين الإجازة.

اللهم (1) إلا أن يقال: بكفاية وقوعها (2) مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة، فافهم (3).

---

(1) استدراك على قوله: «و الآثار الأخر .. إلى قوله: لم تؤثر أثرا» و محصل الاستدراك: أنه بناء على وقوع تلك الآثار مع الإباحة الواقعية المستكشفة في زمن الإجازة تؤثر تلك الآثار- كالبيع و الصلح و الهبة- أثرها.

(2) أي: وقوع الآثار.

(3) لعله إشارة إلى ضعف التفصيل بين الإباحة المالكية و الشرعية، من إمكان الإباحة الشرعية دون المالكية الناشئة من رضا المالك المفروض عدم تحققه. وقد عرفت ضعف هذا التفصيل في التعليقة السابقة.

---

[1] أي: الإباحة الشرعية بناء على ما مرّ آنفا في التعليقة السابقة، و من المعلوم أنّ الإباحة الناشئة من الإجازة غير الإباحة الثابتة حين العقد المستكشفة بالإجازة القابلة للبحث عن كونها كاشفة أو ناقلة، لأنّ الإجازة موجبة لحدوث الإباحة، لا كاشفة عن وجودها سابقا.

نعم بناء على النقل لا مانع من جريان الفضولية في المعاطاة المفيدة للإباحة، حيث إنّه بالإجازة تحدث الإباحة كترتبها على معاطاة نفس المالكين.

ص: 669

صورة

ص: 670

صورة

ص: 671

صورة

ص: 672

صورة

ص: 673

صورة

ص: 674



صورة

ص: 675

صورة

ص: 676

صورة

ص: 677

صورة

ص: 678

صورة

ص: 679

صورة

ص: 680

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416ق. = - 1375.

1250 : ISBN ريال (ج.1) ؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان : العربية.

ملحوظة : الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة : ج. 5 (1421ق. = 1379) 10000 ريال : (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة : ج. 4 (چاپ اول: 1420ق. = 1378) 27500 ريال : ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة : كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/BP190/الف 8م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

اشارة

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing – Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth – Liban – Rue Dakkache – Tel: 540000 – 544440-455559 – Fax: 850717 – p.o.box 7957/11

ص: 2



«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيما الإمام المبين وغيث  
المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

ص: 3



## القول في الإجازة و الرد (1)

### إشارة

أمّا الكلام في الإجازة فيقع تارة في حكمها وشروطها، وأخرى في المجيز، وثالثة في المجاز.

أمّا حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي - بعد اتفاهم على توقفها

### القول في الإجازة و الرد

(1) لا- يخفى أنّ ما تقدم من مباحث البيع الفضولي، و القول بصحته، و توقفه على الإجازة ناظر إلى تمامية المقتضي لصحته، في قبال القائلين ببطلانه رأساً، و لغوية إنشائه.

و من المعلوم توقف صحته الفعلية على إجازة من بيده أمر العقد، و لذلك تصل النوبة إلى المباحث المتعلقة بالإجازة و الرد. فعلى تقدير الإجازة تنتهي الصحة الاقتضائية إلى الفعلية، و على تقدير الرد يصير العقد كالعدم.

وقدّم المصنف قدس سره الكلام في الإجازة، و عقد مواضع ثلاثة لاستقصاء جهات البحث فيها، ففي الموضوع الأول تعرّض لكونها كاشفة أو ناقلة، و ما يترتب على كل منهما من ثمرات. و في الموضوع الثاني تكلم عمّا يتعلّق بالمجيز و ما يعتبر فيه، و في الموضوع الثالث بحث عن المجاز عند ما تتعدّد العقود الفضولية على الثمن أو المثلن أو كليهما. و سيأتي الكلام في كلّ منها مفصّلاً إن شاء الله تعالى.

و ما أفاده في الموضوع الأول يتضمّن مقامات ثلاثة، أولها في حكمها من حيث كونها كاشفة أو ناقلة، ثانيها في الثمرة بين أنحاء الكشف، و بين الكشف و النقل، ثالثها في تنبيهات الإجازة، و سيأتي البحث عنها بالترتيب إن شاء الله تعالى. و الكلام فعلاً في المقام الأول.

إشارة

على (1) الإجازة- في (2) كونها كاشفة (3) بمعنى (4) أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد.

الإجازة كاشفة أو ناقلة

(1) هذا من قيود موضوع الإجازة، إذ لو لم تكن الإجازة مؤثرة في صحة العقد- بأن كان عقد الفضولي باطلاً، وغير قابل للإجازة- لم يبق موضوع لهذا البحث. ولذا قال المصنف قدس سره: «فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي».

ثم إن مرجع كاشفية الإجازة إلى اتصال الإجازة المتأخرة بالعقد كاتصال الإذن به، وإلى فرض تخلل الزمان بينها وبين العقد كالعدم. و مرجع ناقلية الإجازة إلى اتصال العقد بها.

فالإجازة بناء على الكشف متصلة بالعقد حدوثاً كاتصال الإذن به، فيقع العقد حال الإجازة كوقوعه حال الإذن. وعلى النقل متصلة به بقاء، فكأن الإجازة وقعت حال العقد.

(2) متعلق بقوله: «اختلف».

(3) وهو المشهور، على ما حكى، وسيظهر قريباً إن شاء الله تعالى.

ثم إن المراد بالإجازة هنا ما يقابل الإذن الذي هو الترخيص في إيجاد فعل من الأفعال التي يترتب عليها أحكام و آثار، فالإجازة تنفيذ لما وقع سابقاً، فهي متأخرة.

وإن كانت قد تستعمل بمعنى الإذن في بعض الموارد، كما في إجازات نقل الروايات مثل «أجزت له أن يروي عني» فإن معناه «أذنت له».

وكيف كان فالإجازة والرّد يردان على ما يقبل كليهما، وهو العقد الصادر من الفضولي

(4) هذا هو الكشف الحقيقي المترتب على تنزيل الإجازة منزلة الإذن المقارن للعقد، فكأن الإجازة وقعت كالإذن مقارنة للعقد، فأثر العقد من حين وقوعه. بخلاف النقل، حيث إن العقد كأنه وقع حال الإجازة المتأخرة زماناً، ولذا يؤثر من حين حصول الإجازة.

والثمرّة بين الكشف والنقل تظهر في النماءات الحاصلة في الزمان المتخلل بين

أو ناقلة (1)- بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الإجازة- على (2) قولين. فالأكثر على الأول (3) [1].

صدور العقد والإجازة. فعلى القول بالكشف تكون نماءات كل من الثمن و المثلن لصاحبيهما، بمعنى كون نماءات المثلن للمشتري، و نماءات المثلن للبائع، لصيرورتهما ملكا لهما تبعا للعين حين صدور العقد. و على القول بالنقل يكون نماء المثلن للبائع، و نماء المثلن للمشتري، تبعا للعينين اللتين هما باقيتان على ملك البائع و المشتري إلى زمان وقوع الإجازة.

(1) معطوف على «كاشفة». و القائلون بالنقل جماعة، منهم فخر المحققين و المحقق الأردبيلي و الفاضل النراقي قدس سرهم، فإنهم التزموا بالنقل بعد التنزل عن مختارهم من بطلان بيع الفضولي رأسا. قال فخر المحققين- بعد نقل دليل الكشف و النقل- ما لفظه: «و الأخير- أي النقل- هو الأجود إن قلنا بصحة بيع الفضولي، و منعه عندي أشبه» (1).

و كذلك اختاره الفاضل الأصفهاني في نكاح الفضولي بقوله: «بل هو- أي الإجازة- أحد جزئي علّة الإباحة» (2).

(2) متعلق بقوله: «اختلف و ضمير «حينها» راجع إلى الإجازة.

(3) و هو الكشف، بل هو المشهور على ما حكى. و هو «مذهب جماعة» كما حكى عن فخر المحققين «(3)، أو «مذهب الأكثر» كما في المتن وفاقا للمحقق الأردبيلي و موضع من

[1] ينبغي التكلم هنا في مقامين: أحدهما: ثبوت، و الآخر: إثباتي.

أمّا المقام الأول فمحصله: أنه قيل بامتناع كل من الكشف و النقل.

أمّا الأول فلاستلزامه كون الإجازة شرطا متأخرا، و هو محال، ضرورة كون الشرط من

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 420، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 159، مستند الشيعة، ج 14، ص 284.

(2) كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 17، السطر 27 (الطبعة الحجرية).

(3) نسبه إليه في المناهل، ص 290

جامع الشتات «1». أو «أنه الأشهر» كما في الرياض و موضع آخر من جامع الشتات «2».

قال السيد العاملي قدس سره: «كما هو ظاهر جماعة و صريح الدروس و حواشي الكتاب و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض ..» «3».

أجزاء العدة التي تقدّمها على المعلول من الواضحات، و إلا يلزم تأخّر ماله دخل في وجود المعلول عن المعلول، و ليس هذا إلا التناقض، لأنّه يلزم دخل الشرط في وجود المشروط، و عدم دخله فيه.

و بالجملة يلزم بناء على الكشف و وجود المعلول- و هو النقل و الانتقال في بيع الفضولي- قبل شرطه، و هو الإجازة.

و أمّا الثاني فلاستلزامه تأثير المعدوم- و هو العقد- في الموجود أعني به الملكية أو النقل. أمّا انعدام العقد حال الإجازة فلكونه متصرم الوجود. و أمّا تأثيره في الوجود فلأنّ المفروض حصول الأثر و هو النقل و الانتقال حال الإجازة الواقعة بعد انعدام العقد. و لا يعقل تأثير العدم في الوجود، لعدم السنخية بينهما.

و هذا من غير فرق بين كون العقد تمام السبب المؤثر في النقل و الانتقال، و بين كونه جزء السبب، إذ لا بدّ في وجود الأثر من وجود المؤثر مطلقاً، سواء أ كان تمام السبب أم جزئه.

و لازم امتناع كل من الكشف و النقل الالتزام ببطلان عقد الفضولي، و عدم إمكان تصحيحه بالإجازة، هذا.

و لكن ادّعي وقوع كليهما- و الوقوع أدلّ دليل على الإمكان- فيقع الكلام هنا تارة في الشرط المتأخر، و اخرى في تأثير المعدوم في الموجود.

أمّا الأول فحاصل البحث فيه: أنّه قد ادّعي وقوعه في موردين:

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 159، جامع الشتات (الطبعة الحجرية)، ج 1، ص 164

(2) رياض المسائل، ج 1، ص 513، جامع الشتات، ج 1، ص 155

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 189

أحدهما: الأجزاء، كأجزاء العبادات الارتباطية كالصلاة، فإنَّ كلَّ واحد من أجزائها جزء في نفسه و شرط لغيره من الأجزاء المتقدمة عليه و المتأخرة عنه. فتكبيرة الإحرام مثلا جزء في نفسها و شرط لما يتعقّبه من الأجزاء. كما أنّ التشهد أيضا جزء في نفسه، و شرط لما سبقه و يلحقه من الأجزاء. ففي المركبات العبادية الارتباطية يكون كلُّ من الشرط المتقدم و المتأخر و الوجوب المعلق موجودا.

و ثانيهما: الشرائط، كشرطية غسل المستحاضة بعد الفجر للصوم، فإنَّ جزءا من صوم النهار يقع قبل الغسل الذي هو شرط، فيتحقق الشرط بعد المشروط. بل كغسلها الليلي أيضا لصوم النهار الماضي كما عن بعض، و إن كان هذا القول شاذًا.

و كيف كان فيمكن أن تكون الإجازة في عقد الفضولي من هذا القبيل. و عليه فليست كاشفية الإجازة من المحالات.

أقول: منشأ الإشكال في الشرط المتأخر هو حصول المشروط قبل تحقق شرطه، بحيث يصح المشروط و يسقط أمره لتحقيق المشروط قبل الشرط. و هذا الإشكال لا يندفع مع فرض كون الشرط من أجزاء العلة التي تقدمها رتبة بجميع أجزائها و شرائطها على المعلول من البديهيات. من دون فرق في ذلك بين كون المشروط أمرا خارجيا تكوينيا و أمرا اعتباريا تشريعيًا، مع فرض كون الشرط مؤثراً في وجود المشروط، إذ لا يعقل تأخر المؤثر عن المتأثر الضعيف الوجود الذي هو من رشحات فيض وجود المؤثر. و اعتبارية المتأثر لا تسوّغ تأخر المؤثر، و إلا يلزم الخلف و المناقضة.

فإذا أُنط الشارع وجوب زكاة الأنعام بمضيّ عام عليها اقتضت هذه الإناطة عدم الوجوب قبل مضيّها، لأنّ تشريع الوجوب قبله يوجب الخلف أي خلاف فرض شرطية مرور العام، و المناقضة، و هي دخل الحول في الوجوب و عدم دخله فيه.

و الحاصل: أنّ امتناع الشرط المتأخر من الأحكام العقلية غير القابلة للتخصيص. و لذا التجأ جماعة إلى جعل الشرط عنوان التعقب، فالتكبيرة التي يتعقبها القراءة و الركوع و غيرها ما واجبة، فالشرط لحوقها بالتكبيرة لا أنفسها. و قالوا: إنّ اللحوق شرط مقارن لا متأخر.

و لعلّ هذا أيضا مقصود صاحب الجواهر من قوله: «ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية». لا أنّ الشروط الشرعية يمكن جعلها متأخرة عن الشروط، فإنّ ذلك ممّا لا يليق صدوره من هذا العلامة الكبير.

لكن فيه: أنّ شرطية عنوان اللحق خلاف ظاهر الأدلة.

إلا أن يقال: إنّ دلالة الاقتضاء ألجأتهم إلى الالتزام بذلك.

لكن جعل الشرط عنوان التعقب ليس دافعا للإشكال، بل هو اعتراف به، و التزام بامتناع تأخر الشرط عن المشروط. فليس الالتزام بجعل الشرط وصف التعقب دافعا لإشكال الشرط المتأخر، بل هو اعتراف به.

كما التجأ غير واحد أيضا إلى دفع إشكال الشرط المتأخر بجعل الشرط هو اللحاظ لا وجوده الخارجي، فلحاظ الإجازة شرط في صحة عقد الفضولي، و لحاظ الغسل الليلي شرط في صحة صوم المستحاضة، لا نفس الإجازة و الغسل بوجودهما العيني الخارجي.

و هذا أيضا كسابقه في الضعف، حيث إنّ الشرط وجوده العيني دون اللحاظي، ضرورة أن الإجازة بوجودها الخارجي شرط للحكم الوضعي و هو الملكية. و كذا شرائط الحكم التكليفي كالاستطاعة التي هي شرط وجوب الحج. و كذا شرائط المأمور به، كغسل المستحاضة في الليل لصوم يومها الماضي، فإنّ الغسل بوجوده العيني شرط لصحة صومها لا بوجوده اللحاظي.

نعم لحاظ الشرائط و العلم بها شرط لتحقيق الداعي إلى تشريع الحكم و إنشائه. و أمّا فعلية الحكم فهي منوطة بوجود موضوعه خارجا بجميع ما يعتبر فيه شطرا و شرطا. فشروط إنشاء الحكم المسمّى بالجعل هي اللحاظ و الوجود العلمي، و شرائط المجعول - أعني به فعلية الحكم من التكليفي و الوضعي - هي الأمور التي تكون بوجوداتها الخارجية دخيلة في الحكم، كالإجازة في عقد الفضولي، فإنّها بوجودها العيني شرط في تأثير عقده. و لا أثر لوجودها اللحاظي في تأثير العقد في النقل أصلا.

و كذا لا يندفع إشكال الشرط المتأخر بما أفاده سيّدنا الأستاذ الشاهرودي قدّس سرّه في مجلس الدرس من «أن امتناع تخلف المعلول عن العلة إنّما يكون في المؤثر و المتأثر



الحقيقيين، دون الأحكام الشرعية التي هو أمور اعتبارية مجعولة لموضوعاتها، وليست رشحات لها، لما ثبت في محله من امتناع جعل السببية. فكلّ من الدلوک و العقد و نحوهما موضوع للوجوب و الملكية و الزوجية، لا سبب و علة لها، إذ لو كانت أسبابا لم تكن الأحكام أفعالا اختيارية للشارع، بل كانت من رشحات أسبابها، كالمعلولات التكوينية التي هي رشحات عللها التكوينية. فالشروط دخيلة في موضوع الحكم الشرعي، و لا- تأخر لشيء من الشروط عن الحكم حتى يقال بامتناعه، إذ لا يحكم الشارع بحكم فعلي إلا بعد تامة موضوعه مع فرض كون كل شرط موضوعا» (1).

وجه عدم اندفاع إشكال الشرط المتأخر بما أفاده قدس سره: أن مرجع هذا الوجه إلى إنكار الشرط المتأخر، لا إلى دفع إشكاله مع تسليم وجوده. ولكنه متين في نفسه، لتوقف الحكم على موضوعه كتوقف المعلول على علته. و لا- محيص عن الالتزام بإنفاطه فعلية كل حكم بفعلية موضوعه.

و عليه فالنقل و الانتقال في عقد الفضولي لا يتحقق إلا بعد حصول جميع شرائطه التي منها إجازة المالك. و كذا الحال في أجزاء العبادات و الشروط كغسل المستحاضة، فإنّ الحكم بصحة كل جزء من أجزاء العبادات و سقوط أمره الضمني منوط بوجود غيره من الأجزاء. و محذور الشرط المتأخر لا يلزم إلا على القول بصحة كل جزء، و امتثال أمره بمجرد وجوده مع البناء على شرطية ما يلحقه من الأجزاء.

و الحاصل: أنّ غائلة الشرط المتأخر لا تندفع بشيء من الوجوه المذكورة في الكتب الأصولية. و قد تعرضنا لجلّها في الجزء الثاني من شرحنا على الكفاية مع بعض ما يتعلّق بها (2).

و قد تحصل من جميع ما ذكرناه في المقام الأول- المتكفل لامتناع الكاشفية و الناقلية و إمكانهما- استحالة كاشفية الإجازة، و عدم صحة ما استدللّ به على وقوع الشرط المتأخر في أجزاء العبادات الارتباطية كالصلاة، و الشرائط كالأغسال الليلية للمستحاضة

---

(1) نتائج الأفكار، و هو تقرير بحث الأصول للسيد الشاهرودي قدس سره.

(2) راجع منتهى الدراية، ج 2، ص 137-144

الكثيرة لصحة صوم يومها الماضي، هذا.

وأما ناقلية الإجازة فلا- وجه لاستحالتها عدا ما يتوهم من صغرويتها لكبرى تأثير المعدوم في الموجود، حيث إنّ المؤثر في النقل و الانتقال- وهو العقد- معدوم حال الإجازة التي هي ظرف تأثير العقد، وتأثير العدم في الوجود محال.

لكنه مدفوع بأنّ المعدوم هو ألفاظ العقد التي هي من متصرمات الوجود، دون ما يوجد بها في وعاء الاعتبار، إذ العاقد الفضولي يوجد بالعقد النقل و الانتقال في عالم الاعتبار، و المالك يجيز ما أنشأه العاقد، و الإجازة و الرد كالفسخ ترد على الشيء الموجود لا المعدوم، فإنّ حقيقة الإجازة تنفيذ ما وقع و وجد، فلا يلزم تأثير المعدوم في الموجود.

وعليه فلا ينبغي الارتباب في إمكان ناقلية الإجازة.

فتلخص ممّا ذكرناه في المقام الأول استحالة كاشفية الإجازة، و إمكان ناقليتها، هذا.

وأما المقام الثاني- و هو مرحلة الإثبات و الاستظهار من أدلة صحة عقد الفضولي- فمحصل البحث فيه: أنّه قد تقدم في المقام الأول امتناع كاشفية الإجازة، لابتنائها على الشرط المتأخر، و لذا التزم غير واحد كصاحب الفصول و أخيه و المحقق النائيني قدس سرّهم بكون الشرط هو التعقب، لكونه مقارنا للعقد كما قيل، لا نفس الإجازة، حتى تندرج في الشرط المتأخر المحال.

و لكن فيه ما لا- يخفى، إذ عنوان السبق و اللحق و التقدم و التأخر- مضافا إلى كونها خلاف ظاهر الأدلة- من الأمور المتضايقة، فلا يتصف العقد فعلا بالملحوقية، إذ الاتصاف بها كذلك منوط بتحقق الإجازة خارجا، كما أنّ اتصاف الإجازة بالمسبوقية منوط بوجودها فعلا في زمان متأخر عن زمان العقد، فيعود إشكال الشرط المتأخر.

و لا يندفع بجعل الشرط اللحق، حيث إنّ السبق و اللحق متضايقان، فهما متكافئان في القوة و الفعلية، فقبل حصول الإجازة لا يعقل اتصاف العقد فعلا بالملحوقية، كما لا يتصف الإجازة قبل وجودها باللاحقية كذلك.

وعليه فلا يكون التعقب شرطا مقارنا للعقد حتى يندفع به محذور الشرط المتأخر.

وقيل: إنّ دلالة الاقتضاء دعت جماعة إلى رفع اليد عن ظاهر ما دلّ على شرطية نفس

---

الإجازة المتأخرة عن العقد، و الالتزام بكون الشرط هو التعقب.

لكن لا حاجة إلى هذا التمهّل غير المفيد و ارتكاب خلاف الظاهر، مع إمكان الأخذ بظاهر الأدلة، و هو كون الشرط نفس الإجازة، لا عنوان التعقب. و لا جعل الإجازة كاشفة عن الرضا التقديري، كما عن المحقق الرّشتي قدّس سرّه، لما فيه من المنع صغرى و كبرى.

أمّا الصغرى فلعدم كليتها، إذ قد لا يرضى المالك حين العقد لو التفت، لعدم المصلحة في ذلك الوقت. و أمّا الكبرى فلعدم دليل على اعتبار الرضا التقديري.

و ذلك لما مرّ أنفاً من امتناع جعل السببية، و كون الشروط راجعة إلى الموضوع، و من المعلوم أنّ فعلية الحكم إنّما تكون بفعلية موضوعه. فالحكم لا- يصير فعلياً إلاّ بوجود الموضوع و شرائطه التي منها الإجازة في عقد الفضولي، فلا يحكم بتأثير العقد في الملكية إلاّ بعد الإجازة. و إشكال الشرط المتأخر أجنبي عن الإجازة، إذ مورده تأثير الشرط قبل وجوده في المشروط. و ليس المقام كذلك، إذ المفروض أنّ الأثر الشرعي و هو النقل لا يترتب على عقد الفضولي إلاّ بعد حصول الإجازة.

فالصواب ما أفاده سيّدنا الأستاذ المتقدم قدّس سرّه من عدم كون الشروط الشرعية كالشروط الحقيقية مؤثّرة في وجود المشروط، بل هي دخيلة في موضوع الحكم الشرعي، لدخولها في الملاك الداعي إلى الجعل و التشريع.

و العجب من المحقق النائيني قدّس سرّه أنّه- مع التزامه برجوع كل شرط إلى الموضوع- ذهب إلى شرطية التعقب دون نفس الإجازة «1». مع أنّ مقتضى رجوع كل شرط إلى الموضوع هو كون نفس الإجازة شرطاً، و الالتزام بناقليتها.

و كيف يلتزم هو قدّس سرّه بشرطية التعقب دون نفس الإجازة؟ مع أنّه أولاً: خلاف مبناه من رجوع كل شرط إلى الموضوع.

و ثانياً: أنّ التعقب عنوان انتزاعي لا يقوم به الملاك الداعي إلى التشريع.

و ثالثاً: أنّ التعقب كما مرّ أنفاً من الأمور المتضايقة، فلا يتصف العقد بالملحوقية فعلاً قبل تحقق الإجازة، لأنّ المتضايقين متكافئان فعلاً و قوة.

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 228

و استدل عليه (1)- كما عن جامع المقاصد و الروضة-

ما استدل به على القول بالكشف

(1) أي: و استدلّ على الكشف، و ينبغي تمهيد أمر قبل توضيح الدليل، و هو: أنه لا ريب في امتناع تخلف المسبب عن سببه التام من المقتضي و الشرط و عدم المانع، سواء أ كان تخلفه عنه بتقديمه عليه زماناً أم بتأخره عنه كذلك. و كذا يمتنع تخلف الحكم عن موضوعه التام. كما لا- ريب في أنّ النقل البيعي منوط بوجود المقتضي، و هو العقد، و بوجود شرطه كرضا المالك، و انتفاء المانع كالحجر. فإن اجتمعت أجزاء العلة التامة امتنع انفكاك الأثر عنها.

و على هذا فإن كان العاقد هو المالك المختار ترتّب النقل على العقد، لاستحالة تخلف الحكم عن موضوعه، وإن كان العاقد هو الفضولي لم يترتب أثره عليه، لفقد الشرط أعني به رضا مالك أمر العقد.

و حينئذ فإن قيل بأن الإجازة ناقلة للملك من حينها لم يلزم إشكال، إذ بانضمام الشرط إلى المقتضي يتم موضوع الأثر. وإن قيل بأن الإجازة كاشفة عن حصول الأثر

و عليه فلا يكون التعقب شرطاً مقارناً، بل يكون كنفس الإجازة متأخراً، لا مقارناً للعقد، حتى لا يرد عليه محذور الشرط المتأخر.

و كيف كان فالمظنون قوياً أنّ مراد صاحب الجواهر بقوله: «إن الشروط الشرعية ليست كالعقلية» هو ما أفاده سيّدنا الأستاذ، لا أنّ مراده جواز ترتيب الأمور الاعتبارية- و منها الأحكام الشرعية- قبل تحقق شروطها، وأنّ عدم جواز ترتيب الأثر قبل شرطه مختص بالشروط العقلية، فإنّ هذا المعنى ممّا لا يليق بعلوّ مقامه العلمي. فإنّ ملاك الإشكال في الشرط المتأخر هو تحقق المشروط قبل شرطه بناء على جعل السببية، أو فعلية الحكم قبل وجود موضوعه بناء على جعل الحكم عند تحقق موضوعه، فإنّ الشرط دخيل في موضوع الحكم، و قبل حصوله لا يتمّ الموضوع حتى يصير حكمه فعلياً.

فالإجازة بنفسها شرط، و مقتضى شرطيتها عدم ترتّب الأثر على عقد الفضولي إلا بعد الإجازة، فلا محيص عن الذهاب إلى ناقلية الإجازة.

بأن (1) العقد سبب تام في الملك، لعموم [1] قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وتمامه (2) في الفضولي إنما يعلم بالإجازة،

من حين العقد لزم ترتب المشروط على العقد قبل وجود شرطه. وهذا المحذور دعا القائلين بالكشف تقرير الدليل بنحو يسلم من الإشكال.

إذا اتضح هذا قلنا: إن المصنف قدس سره نقل وجوها ثلاثة للقول بالكشف، ثم ناقش فيها كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

والدليل الأول حكاة السيد المجاهد وغيره عن المحقق والشهيد الثانيين قدس سرهم «1»، و تقرّبه: أن العقد بنفسه - بدون ضمّ ضميمة - سبب أي موضوع تام للملكية، لكونه تمام الموضوع لوجوب الوفاء بمقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وينكشف تماميته في عقد الفضولي بإجازة ولي أمر البيع، فإذا أجاز علم وجوب الوفاء به، ولزم ترتيب الآثار على صحته، إذ لو لم يترتب عليه الأثر لزم أن لا يكون موضوع وجوب الوفاء نفس العقد فقط، بل هو مع شيء آخر، وذلك خلاف الفرض.

(1) متعلق ب «استدل» وهذا أول وجهي الاستدلال، وقد أوضحناه بقولنا «ان العقد بنفسه .. إلخ».

(2) مبتداء، وخبره «إنما يعلم» وضميره راجع إلى العقد، والأولى أن يقال:

«و تماميته» يعني: و تمامية العقد إنما تعلم بالإجازة. وقوله: «يعلم» ظاهر في كون الإجازة أمانة كاشفة عن تمامية العقد، من دون أن تكون مؤثرة في سببية العقد.

[1] هذا لا يخلو من إشكال التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، إذ تمامية العقد الموجبة لاندرج عقد الفضولي في العموم المزبور أول الكلام، لاحتمال اعتبار مقارنة الرضا للعقد في موضوعيته لوجوب الوفاء به كما هو ظاهر التجارة عن تراض.

(1) المناهل، ص 290، جامع المقاصد، ج 4، ص 74 و 75، الروضة البهية، ج 3، ص 229 و حكاة السيد العاملي عن القائلين بالكشف في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 189

ص: 15

فإذا أجاز تبين (1) كونه تاماً يوجب ترتب الملك (2) عليه، وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر.

وبأن (3) الإجازة متعلقة بالعقد،

(1) هذا كالصريح- بل نفسه- في تمامية العقد قبل الإجازة، وكون الإجازة كاشفة عنها، وإلا كان اللازم أن يقول: «فإذا أجاز صار العقد تاماً» أو: «فإذا أجاز فقد تمّ العقد». وهذا ينطبق على الكشف الحقيقي.

(2) لعلّ الأولى إبدال «الملك» بالتبديل، لأنه أشمل، بل هو نفس مفهوم البيع كما تقدم في تعريف البيع بأنه «مبادلة مال بمال».

نعم لا بأس به على مبنى المحقق الثاني قدس سرّه في تعريف البيع ب «نقل الملك بالصيغة المخصصة».

(3) معطوف على قوله: «بأن العقد» وهذا إشارة إلى ثاني وجهي الاستدلال على كاشفية الإجازة، استدلال به صاحب الرياض والمحقق القمي قدس سرهما (1). وهو مؤلف من أمور ثلاثة:

أحدها: أنّ متعلق الإجازة كالرد والفسخ هو العقد.

ثانيها: أنّ مضمون العقد المنشأ من الفضولي هو النقل من زمان وقوعه.

ثالثها: أنّ الإجازة رضا بمضمون العقد.

و مقتضى هذه الأمور نفوذ العقد من زمان وقوعه، والحكم بتحقيق مضمونه- أعني نقل العوضين- من حين إنشاء البيع، لأنّ متعلق إجازة المالك وإمضاء الشارع هو إنشاء الفضولي لا أمر آخر، فالإجازة تصحّح استناد البيع إلى المالك المجيز، ويضاف إليه بها، ويصير موضوعاً لخطاب الشارع «أيها الملاك أوفوا بعقودكم». ومن المعلوم أنّ ما أنشأه الفضولي هو النقل حال العقد، لا النقل المتأخر عن العقد، فلا بدّ أن تكون إجازة المالك منقّدة لذلك النقل المقيد، وإمضاء الشارع ممضية له أيضاً، وهذا هو الكشف المدعى.

ثم إنّ هذا الدليل مبين لوجه كون عقد الفضولي سبباً تاماً كما ادّعاه جامع المقاصد

(1) رياض المسائل، ج 1، ص 513، جامع الشتات، ج 1، ص 155 (الطبعة الحجرية).

فهي (1) رضا بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه وعن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم (2) «بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، لأن العقد حالها (3) عدم» انتهى.

و الروضة في الدليل الأول. فالدليل الأول بمنزلة المدعى، والدليل الثاني بمنزلة برهانه، لأنه يثبت تقيد النقل و الانتقال بزمان وقوع العقد.

(1) أي: فالإجازة متعلقة بالعقد، ونتيجة تعلقها بالعقد هي كونها رضا بمضمونه و تنفيذاً له، و المفروض أن مضمونه ليس إلا نقل العوضين من حين وقوع العقد.

(2) أي: للقائلين بالكشف، مضافاً إلى الدليلين المتقدمين. و الحاكي هو السيّد المجاهد قدس سرّه، قال: «و منها: ما حكى الاحتجاج به فخر الإسلام عن القائلين بأن الإجازة كاشفة من أنها لو لم تكن كاشفة..» (1) «إلى آخر ما في المتن. و ظاهره: أن القائل بالكشف احتج بهذا الوجه الثالث، لا أن فخر المحققين احتجّ لهم به كما هو ظاهر المتن.

قال في الإيضاح: «احتج القائلون بكونها كاشفة بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود .. إلخ» (2). و عليه فكان الأحسن أن يقال: «و عن فخر الدين في الإيضاح حكاية احتجاجهم بأنها..».

و كيف كان فمحصّل هذا الوجه الثالث هو: أنه لو لم تكن الإجازة كاشفة عن تأثير العقد من زمان وقوعه، و كان تأثيره من زمان وقوع الإجازة، لزم تأثير المعدوم- و هو العقد الزماني المتصرم- في الموجود و هو النقل و الانتقال، ضرورة أن العقد حال تأثيره- و هو زمان الإجازة- معدوم، و من المعلوم أن عدم ليس، فكيف يترشح منه الأيس؟

(3) هذا الضمير و ضمير «بأنها» راجعان إلى الإجازة.

هذا ما نقله المصنف عن القائلين بالكشف من وجوه ثلاثة، و ستأتي المناقشة فيها.

(1) المناهل، ص 290، و نقله السيّد العاملي من دون إسناده إلى فخر المحققين، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 190

(2) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 419

و يرد على الوجه الأوّل (1): إنّه (2) إن أريد [1] بكون العقد سببا تامّا كونه (3) علّة تامّة للنقل إذا صدر عن رضا المالك،

---

المناقشة في ما استدل به على القول بالكشف

(1) أي: أوّل وجوه الاستدلال على الكشف، وهو قول الثانيين قدّس سرّهما: «أنّ العقد سبب تام في الملك .. إلخ» و محصل إشكال المصنّف قدّس سرّه عليه هو: أنّه إن كان المراد «بكون العقد سببا تاما» كونه علّة تامّة للنقل و الانتقال إذا صدر عن رضا المالك، فذاك مسلّم.

إلا أنّ مجرد ذلك لا يجدي في المقام ما لم تدلّ الإجازة على تحقق ذلك السبب التام، و لا تدلّ عليه، إلا إذا دلّت على حصول العقد مقارنا للرضا الفعلي، و لا تدلّ على ذلك أصلا، خصوصا مع عدم اطلاعه على هذا العقد، لغيبته أو سفره أو جنونه. إلا أنّ أدلّة صحة عقد الفضولي تنزّل عقده منزلة العقد المقارن للرضا، فللإجازة دخل في هذا التنزيل، فقبل حصول الإجازة لا يتحقق هذا التنزيل، فلا يترتب الأثر على العقد.

و الحاصل: أنّ أدلّة صحة الفضولي تقيم الإجازة مقام شرط تأثير العقد، وهو مقارنة الرضا للعقد، فترتب الأثر على عقد الفضولي مشروط بالإجازة، فلا وجه لترتب الأثر على العقد قبلها، فلا بدّ حينئذ من الالتزام بناقلية الإجازة.

و إن أريد بكون العقد سببا تامّا كونه علّة تامّة للنقل - و لو لم يحرز رضا المالك - فهو ممنوع، لمنافاته لما يعترف به الكلّ من دخل رضا المالك في تأثير العقد في النقل و الانتقال.

و بهذا ظهر بطلان الوجه الأوّل المتقدم عن المحقق و الشهيد الثانيين قدّس سرّهما.

(2) الضمير للشأن، و الجملة فاعل لقوله: «يرد».

(3) نائب فاعل «أريد».

---

[1] لا يخفى: أنّ قول المصنّف قدّس سرّه: «إن أريد بكون العقد سببا تامّا .. إلخ» يقتضي أن يكون له عدل، و لم يذكره في الكلام، و لا بدّ أن يكون عدله هذا: «و إن أريد كون العقد بمجرد علّة تامّة للتبديل من دون رضا المالك، فهو مناف لشروطية الرضا المدلول عليها بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه».



فهو (1) مسلم، إلا أن بالإجازة لا يعلم (2) تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه (3) تاماً، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا. غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن (4) [1]، فيكون لها دخل [مدخل] في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها (5).

---

(1) أي: فكون الإجازة كاشفة مسلم. و الجملة جواب الشرط في «إن أريد».

(2) في العبارة مسامحة، والأولى أن يقال: «لا يعلم أنه ..» حتى يكون اسماً مؤخرال «أن».

(3) أي: ولا يعلم كون العقد سبباً تاماً.

(4) تقوم الإجازة مقام الرضا المقارن في كفايتها في صحة العقد وتأثيره بعد حصولها، لا في جعل العقد مؤثراً من حين وقوعه كما ادّعه المحقق الكركي قدس سره. فدليل صحة عقد الفضولي حاكم على دليل اعتبار مقارنة الرضا للعقد حكومة موسّعة، فالشرط مطلق الرضا وإن تأخر عن العقد.

(5) هذا الضمير وضميراً «كونها، لها» راجعة إلى الإجازة.

---

[1] لا يخفى أنه- بناء على اعتبار مقارنة الرضا في صحة العقد، وبناء على كون البيع بمعناه المصدري- يكون عقد الفضولي حينئذ على خلاف القاعدة. وأما بناء على معناه الاسم المصدري يكون الرضا مقارناً دائماً، من غير فرق فيه بين عقد الأصيل والفضولي.

فقوله: «ان لازم صحة عقد الفضولي .. إلخ» غير ظاهر بنحو الإطلاق، إذ لا يتم إلا بناء على اعتبار مقارنة الرضا لنفس العقد، لا لأثره الذي لا ينفك عنه أصلاً في شيء من الموارد من الأصيل المكروه والفضولي وغيرهما، إذ الأثر- وهو النقل والانتقال- يترتب دائماً على الرضا، ولا يتأخر الرضا عنه.

ولا يبعد حكومة دليلي صحة عقدي المكروه والفضولي بعد حصول الطيب والإجازة حكومة شارحة لما دلّ بظاهره على اعتبار مقارنة الرضا، كآية التجارة عن تراض، بأن يقال: إنهما يدلان على تحقق المقارنة بين الرضا وبين نقل العوضين الذي هو المعنى الاسم المصدري، فلا يلزم تخصيص في أدلة اعتبار المقارنة، ولا تصرف في معنى التجارة،

(1) يعني: و ممّا أوردناه على أوّل وجهي استدلال المحقق و الشهيد الثانيين على الكشف يظهر فساد .. إلخ. و الظاهر أنّ مقصود المصنف ممّن قرّر دليل الكشف بما في المتن هو الشيخ الفقيه الشيخ محسن الأعسم قدّس سرّه في شرحه على الشرائع الموسوم بكشف الظلام، على ما حكاه العلامة الشهيدي (1) قدّس سرّه عن بعض، و ليس المراد من هذا المقرّر الشهيد الثاني في الروضة و إن كان أصل الدليل المذكور فيها، لأنّ الموجود في الروضة وجه واحد، و قد أشار إليه المصنف في أوّل الاستدلال بقوله: (و استدل عليه كما في جامع المقاصد و الروضة) فينبغي أن يراد تقرير الدليل بوجه آخر.

و كيف كان فالأولى نقل جملة من كلام الشيخ الأعسم وقوفا على حقيقة مرامه، فإنّه قدّس سرّه جمع وجوها سبعة للقول بالكشف، و قال: «احتج الكاشفون بأمور: الأوّل: أن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط، و كلّها حاصلة إلّا رضی المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام. و اشتراط المقارنة في تأثير العقد محتاج إلى الدليل بعد عموم الأمر بالوفاء بالعقود. فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن [لا] يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل هو مع الأمر الآخر.

فإن قلت: إنّما أمر بالوفاء بالعقود المرضية عند المتعاقدين لا مطلقا. و حينئذ فلا يتوجه الأمر بالوفاء به إلى المالك إلّا بعد الإجازة الواقعة بعد العقد. فالآية إنّما أمرت بالعقد المقيّد على أنه جزء من الملك أو شرط فيه و إن كان مستفادا من خارج الآية من آية أخرى و غيرها.

فإنّ معناها عرفا هو النقل و التبديل، و القول و الفعل آلة الإنشاء لا نفس التجارة. فمقتضى هذه الحكومة اعتبار مقارنة الرضا للتجارة بمعناها العرفي أي الاسم المصدرى، و هو انتقال العوضين. و المقارنة بهذا المعنى موجودة في جميع موارد انتقال الأموال، سواء أكان المتعاملان أصيلين أم وليّين أم وكيلين أم فضوليين.

(1) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 286، و يستظهر هذا التقرير من الفاضل النراقي، فراجع: مستند الشيعة، ج 14، ص 283

تقرير الدليل (1): «بأنّ (2) العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلّها (3) حاصلة إلا رضا المالك،

قلت: العقد لمّا وقع أفاد التمليك من حينه كما هو قضية إنشاء معناه، غاية ما هناك أنه معلق متزلزل إلى الإجازة، و الإجازة إنما أفادت الرضى بمقتضى العقد من التمليك و التملك من ذلك الوقت. و لو كانت مفيدة ملكا جديدا احتاجت إلى قبول كذلك، إذ رضى كل من المتعاقدين شرط في تأثير ما يصدر منه أو جزء كذلك.

و الحاصل: أنّ العقد المرضي سبب تام وإن تأخر الرضى فعلا، فيكون العقد مراعى غير معلوم صحته أو فساده إلى حين الإجازة، فإذا تحققت حصل العلم بأنّ العقد جامع للشرائط. و بهذا يجب عما ذكره بعضهم في الرد على الدليل المذكور من أن العقد سبب تام .. و وجه دفعه بما ذكرناه واضح» (1).

و محصل هذا التقرير: أن العقد الواقع من الفضولي جامع لجميع الشروط المعتبرة في صحته إلا رضا المالك، فإذا حصل رضاه بالإجازة عمل السبب التام- و هو العقد- عمله، و أثر أثره من حين وقوع العقد.

و الفرق بين التقريرين: أن الإجازة المتأخرة في عبارة المحقق الثاني كاشفة عن وجود الرضا حال العقد الفضولي، لأنّه قدّس سرّه جعلها أمانة على تحقق الشرط أعني به طيب نفس المالك، و معناه كون الإجازة محرزة لكون عقد الفضولي تمام السبب الناقل، حيث قال في تقرير الدليل: «و تمامه في الفضولي إنّما يعلم بالإجازة».

و لكن الإجازة في التقرير الثاني ليست أمانة على وجود الرضا حال العقد، كما أنّها ليست جزء السبب المملّك، و إنّما تكون رضا بسببية العقد للملك شرعا. هذا.

(1) أي: الدليل الأوّل الذي نقله المصنف عن الثانيين قدّس سرّهما في (ص 15) بقوله: «بأنّ العقد سبب تام في الملك .. إلخ».

(2) متعلق ب «تقرير» و مبين له، و قد عرفته آنفا.

(3) أي: و كلّ شروط الإمضاء حاصلة إلا رضا المالك.

(1) كشف الظلام، مجلّد المتاجر، نقلا من نسخة مخطوطة في قسم المخطوطات من مكتبة آية الله السيد المرعشي قدّس سرّه بقم المقدسة.

فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله (1)» فإنه (2) إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط (3) قبله؟

و دعوى (4)، أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب

(1) يعني: من حين وقوعه، لأنه مقصود القائل بالكشف.

(2) هذا إشكال المصنف قدس سره على هذا التقرير، و حاصله: أنه إذا كان رضا المالك - باعتراف المستدل - من شرائط صحة العقد، كان له دخل موضوعي في صحته كسائر الشروط، نظير البلوغ والعقل وغيرهما، ولا يثبت الرضا المقارن بالإجازة، لتأخرها عن العقد. بل الحاصل بالإجازة - كما هو ظاهر قوله: «فإذا حصل بالإجازة» وإلا كان اللازم أن يقول: «فإذا انكشف بالإجازة» - هو الرضا المتأخر وجوده عن العقد. و مقتضاه تأثير العقد من حين حصول الإجازة كما هو مقتضى ناقلية الإجازة، لا من حين إنشاء العقد، كما هو مقتضى كاشفيتها التي أرادها المستدل.

و الحاصل: أن شرطية الرضا للعقد تقتضي إناطة وجود الأثر - و هو نقل العوضين - بوجود الرضا، و مع هذه الإناطة الموجبة لتأخر النقل عن الرضا كيف يكون الرضا كاشفا عن وجود المشروط أعني النقل قبل الرضا؟ و ليس هذا إلا من تقدم المشروط على الشرط، و المعلول على بعض أجزاء علته.

(3) و هو نقل العوضين قبل الرضا الحاصل بالإجازة، بل لا بد أن يقال «موجبا» بدل «كاشفا» فيكون الرضا موجبا لوجود المشروط بعده.

هذا ما يتعلق بالدليل الأول على الكشف بذلك التقرير الآخر، و قد اتضح عدم تماميته.

(4) هذه الدعوى من صاحب الجواهر قدس سره، و غرضه منها دفع محذور الشرط المتأخر، و تصحيح القول بالكشف، حيث قال - بعد الاستدلال على مختاره بأن الإجازة رضا بمقتضى العقد الذي هو النقل من حينه - ما لفظه: «مضافا إلى ظهور ما دلّ في تسبيب العقد مسببه، و أنه لا يتأخر عنه، السالم عن معارضة ما دلّ على اشتراط رضا المالك، بعد احتمال كون المراد من شرطيته في المقام: المعنى الذي لا ينافي السببية المزبورة، و هو الشرط الكشفي الذي لا مانع من تصوره في العلل الشرعية التي هي بحكم العلل العقلية.

إن لم يكن هناك مانع من الشرع ما يقتضي خلاف ذلك، كما جاء في تقديم غسل الجمعة يوم الخميس ..» إلى آخر ما نقله الماتن عنه.

ثم قال: «وقد عرفت الفرق بينها- أي بين العلل العقلية- وبين ما نحن فيه من العلل الشرعية التي لا غرابة في تأخر الشرائط فيها في عبادة و لا معاملة، لكن على الوجه المزبور. بل يمكن كونه مثلها بناء على أنّ الشرط أن يحصل الرضا، لا حصوله فعلا» (1).

و محصّل ما أفاده يرجع إلى أحد وجهين.

الأول: أنّ الشروط الشرعية تابعة لكيفية جعلها شرعا، فيمكن جعل شيء غير موجود شرطا، أي: يلاحظ إناطة وجود شيء بما يوجد في المستقبل، حيث إنّ الأحكام الشرعية ليست من الأمور التكوينية التي يتوقف وجودها على عللها الموجودة قبلها رتبة، بل هي من الأمور الاعتبارية التي حقيقتها عين الاعتبار، فلا- مانع من أن يعتبر الشارع شيئا شرطا متأخرا غير موجود لأمر متقدّم، وكيفية اعتبار الأمور الاعتبارية بيد معتبرها.

وكذا الحال في جعل السببية لشيء. و عليه فلا مانع من اعتبار سببية إهلال شؤال لجواز إعطاء الفطرة قبله، و جعل الشرطية للأغسال الليلية لصوم اليوم الماضي للمستحاضة على القول به.

وبالجملة: فمرجع هذا الوجه إلى: أنّ الشروط الاعتبارية ليست كالشروط العقلية، فلا مانع من اعتبار الشرع السبب أو الشرط متأخرا عن المسبب أو المشروط، هذا.

الثاني: أن يكون الشرط عنوان التعقب و اللحق، لا نفس الإجازة بوجودها الخارجي، و هذا العنوان شرط مقارن للعقد، لا متأخر عنه، فتخرج الإجازة على هذا الوجه عن الشرط المتأخر، و تندرج في الشرط المقارن.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 285-287

ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب (1) على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس (2)، وإعطاء الفطرة قبل وقتها (3)- فضلا (4) عن تقدّم المشروط على الشرط، كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة (5)، و كغسل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به» (6).

(1) التعبير بالشبه لأجل عدم تسبّب الأحكام- تكليفية أم وضعيّة- عن موضوعاتها، وإنّما تترتّب عليها بجعل الشارع تأسيساً أو إمضاء. فوجه الشباهة امتناع فعلية الحكم قبل فعلية موضوعه.

(2) قال المحقق قدّس سرّه: «و يجوز تعجيله يوم الخميس لمن خاف عوز الماء» «1».

(3) بإعطائها زكاة قبل هلال شوال، قال الشهيد الثاني: «فإنّ المشهور جواز تقديمها زكاة من أوّل شهر رمضان» «2»، واختاره قدّس سرّه. و هذا هو مراد صاحب الجواهر، و أما إعطاؤها قرضاً للمستحق بقصد الزكاة فهو الأحوط بلا ريب.

(4) التعبير ب«فضلاً» لأجل أنّ تقديم ما كان من قبيل المسبب على سببه أشدّ إشكالا من تقديم المشروط على الشرط، لوجود بعض أجزاء العلة- وهو المقتضى- في باب الشرط، بخلاف السبب.

(5) يعني: أنّ المستحاضة التي يجب عليها الغسل- وهي المتوسطة والكثيرة- يجوز لها تأخير الغسل إلى بعد طلوع الفجر، فتكون في آن طلوعه صائمة و محدثة بالاستحاضة، قال في الجواهر: «كما أنّ الأقوى أيضا عدم وجوب تقديم غسل الفجر عليه، وفاقا لظاهر المعظم و صريح البعض، لتبعية حصوله للصوم لحصوله للصلاة» «3».

ثم حكى إيجاب تقديم الغسل على الفجر عن الذكرى و معالم الدين، لئلا يلزم تقديم المشروط على شرطه.

(6) يعني: أن صحة صوم اليوم الماضي- من المستحاضة- مشروطة بأن تغتسل في

(1) شرائع الإسلام، ج 1، ص 44

(2) مسالك الأفهام، ج 1، ص 452

(3) جواهر الكلام، ج 3، ص 366

مدفوعة (1) بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعي وغيره، و تكثير الأمثلة لا يوجب (2) وقوع المحال العقلي، فهي (3) كدعوى أنّ التناقض الشرعي بين الشيتين (4) لا يمنع عن اجتماعهما (5)، لأنّ النقيض الشرعي غير العقلي.

---

الليلة اللاحقة للعشائين. فكما أنّ صلاتها الليلية مشروطة بالغسل، فكذا صيام نهارها الماضي مشروط به، وهذا من أظهر موارد الشرط المتأخر. والمسألة وإن كانت خلافية، ولم يلتزم صاحب الجواهر بالاشتراط، لكن يكفي في الاستشهاد به التزام البعض به كالفاضل التراقي قدّس سرّه، حيث قال: «ويحتمل قويا عدم الحكم بالبطلان إلا مع ترك جميع الأغسال النهارية و الليلية الماضية و المستقبلية، و دعوى القطع بعدم مدخلية الليلة المستقبلية غير مسموعة» (1).

(1) خبر «و دعوى» و إنكار و ردّها، و محصله: أنّه لا فرق في استحالة تأخر الشرط عن المشروط بين الشرط الشرعي و العقلي. و المراد بالشرط الشرعي ما جعله الشارع شرطا، و بعد اتصافه بالشرطية يكون كالشرط العقلي في امتناع تأخره عن المشروط، لأنّه من الأحكام العقلية غير القابلة للتخصيص.

(2) خبر قوله: «و تكثير» يعني: أن تكثير الأمثلة لا يوجب إمكانه فضلا عن وقوعه، فلا بدّ من علاج تلك الأمثلة المذكورة في كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه.

(3) أي: فدعوى «أن الشروط الشرعية» تكون في المنع نظير دعوى إمكان التناقض في المجعولات الشرعية.

(4) كجعل الحدث شرعا مناقضا للطهارة، فإنّه لا ريب في حكم العقل بعد ذلك باستحالة اجتماع الحدث و الطهارة. و لا يوجب كون التناقض شرعيا تصرف الشارع في حكم العقل بامتناع الاجتماع و تبديله بالجواز.

(5) تعليل لدعوى عدم منع التناقض الشرعي بين الشيتين عن الاجتماع، بتوهم أن النقيض الشرعي غير العقلي.

---

(1) مستند الشيعة، ج 3، ص 38 و 39.

ص: 25

فجميع (1) ما ورد ممّا يوهم ذلك (2) [أنّه] لا بدّ [فيه] من التزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط [هو] الأمر المنتزع (3) من ذلك (4).

لكن ذلك (5) لا يمكن فيما نحن فيه (6) بأن يقال: إنّ الشرط (7)، تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد. و هذا (8) أمر مقارن للعقد على تقدير (9) الإجازة،

---

(1) هذا نتيجة وحدة حكم الشرط و السبب الشرعيين و التكوينيّين في امتناع تقدم المشروط و المسبب عليهما.

(2) أي: تأخر الشرط عن المشروط الذي هو محال عقلي.

(3) و هذا الأمر المنتزع قد التزم به صاحب الجواهر وغيره، و هو ثاني الوجهين المذكورين في كلامه، و تقدم نقله في (ص 23) بقولنا: «بل يمكن كونه مثلها بناء على أن الشرط أن يحصل الرضا، لا حصوله فعلاً» و غرض المصنف قدس سرّه إيمان الالتزام بهذا الأمر الانتزاعي في الأمثلة المذكورة، دون الإجازة.

و عليه فشيء من الوجهين المذكورين في الجواهر لا ينهضان بإثبات الكشف.

(4) أي: من المتأخر الذي سمّي بالشرط المتأخر، لكنه ليس شرطاً، بل الشرط هو الأمر المنتزع منه، و ذلك المنتزع في الأمثلة التي ذكرها صاحب الجواهر قدس سرّه و نظائرها هو التعقّب و اللحق. فالشرط في غسل يوم الخميس تعقّبه بيوم الجمعة، و في إعطاء الفطرة- قبل وقتها- تعقّبه بالإهلال، و في صوم المستحاضة تعقّبه بالغسل بعد الفجر. و من المعلوم أنّ وصف التعقّب أمر مقارن على ما قيل، لا متأخر عنه.

(5) أي: لكن الأمر المنتزع- و هو عنوان التعقّب- لا يجري في الفضولي و إن جرى في تلك الأمثلة، لمخالفته لدليل شرطية الرضا و طيب النفس، الظاهر في شرطية نفس الرضا، لا الوصف الانتزاعي.

(6) و هو عقد الفضولي، بأن يقال: إنّ الشرط فيه هو تعقّبه بالإجازة.

(7) أي: أن الشرط في عقد الفضولي هو لحوق الإجازة بالعقد.

(8) أي: تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد مقارن للعقد على ما قيل، لا متأخر عنه.

(9) أي: على تقدير صدور الإجازة من المالك الأصلي، و أمّا على تقدير الردّ فلا منشأ لانتزاع وصف التعقّب بالإجازة، بل ينتزع تعقّب العقد بالردّ.



(1) تعليل لعدم إمكان كون لحوق الإجازة شرطا على تقدير صدورها من المالك.

و حاصل التعليل: أنّ جعل الشرط أمرا منتزعا- وهو التعقب- خلاف ظاهر أدلة الاعتبار، حيث إنّها تدل على شرطية التراضي و طيب النفس الظاهرين في موضوعيتهما، دون الأمر الانتزاعي و هو التعقب المطلوب في كاشفية الإجازة.

[1] لا يخفى أن جعل المؤثر في العقد هو وصف التعقب لا نفس الإجازة بوجودها الزمني المتأخر عن العقد لا يلتزم مع ما تقرّر عندهم من تكافؤ المتضايقين فعلا و قوة، و حيث إن المتعقب- و هو الإجازة- معدوم في أفق الزمان، فالوصف الانتزاعي معدوم أيضا.

و الانصاف أنّ العويصة في المتضايقين المتدرجين وجودا- كالسابق و اللاحق- قد يشكل حلّها، لكون أحد الطرفين معدوما في ظرف وجود المضائف الآ-خر. و التعويل على أن المتفرقات في هذه النشأة مجتمعات في وعاء الدهر مشكل أيضا، لأنّ المتصف بالسابق و اللاحق هما الموجودان الزمانيان لا الخارجان عن أفق الزمان.

و قد تصدّى المحقق الأصفهاني لحلّ العويصة في كلّ من الزمان و الزماني.

أمّا في الزمان فبكفاية جمعية الوجود غير القارّ باتصاله، يعني أن الزمان موجود تدريجي متصل بعض أجزائه ببعض، و لا ينفك بعضها عن بعض. و بهذا اللحاظ يقال انه وجود واحد. و يكفي في معيّة أجزاء الزمان الموصوفة بالتقدم و التأخر اتصال بعضها ببعض.

و أمّا في الزماني- كالعقد المتقدم زمانا و الإجازة المتأخرة كذلك- فبأنّ اتصافهما بالمتقدم و المتأخر ليس بلحاظ نفسيهما، بل هو بالعرض، فهما وصفان بحال المتعلّق، فالموصوف بهما هو الزمان السابق و اللاحق. و حيث كان الوصف بحال المتعلّق صحّ تعنون العقد بالمتعقب مع تأخر المتعقب، لأنّ الوحدة الجامعة لهما هي الزمان، و هو واحد جمعي متصل «1»، هذا.

(1) هذا توجيه لما أفاده قدس سره من مخالفة شرطية لحق الإجازة لظواهر الأدلة بوجه لا يخالفها. و مرجع هذا التوجيه إلى جعل اتصاف الرضا بالشرطية من الوصف بحال المتعلق، بتقريب: أنّ الشرط نفس الرضا كما هو ظاهر الأدلة، وغير مخالف له، لكنّه مخالف لظاهر الشرطية، حيث إنّها اصطلاحاً عبارة عمّا يتوقف تأثير السبب على نفسه، لا على عنوان لحوقه و تعقبه كما هو المقصود من كاشفية الإجازة، حيث إنّ تأثير العقد- بناء على الكشف- إنّما هو بسبب لحوق الإجازة لا نفسها، إذ تأثيره بنفس الإجازة هو مقتضى ناقليتها.

و أمّا تأثيره من زمان وقوعه فهو لأجل ملحقية الإجازة، و الملحقية شرط مقارن للعقد على ما زعموا. فتوصيف الرضا حينئذ بالشرطية يكون بحال متعلقة. و عليه فيتصرف في معنى الشرطية.

و الحاصل: أنّ الشرط الحقيقي- و هو اللحق- غير متأخر، بل مقارن، و المتأخر- و هو نفس الرضا- ليس بشرط. فإطلاق الشرط عليه مبني على المسامحة، و من قبيل المجاز في الكلمة، لأنّ معنى الشرط اصطلاحاً هو ما يتوقف تأثير المقتضي على نفسه، لا على لحوقه كما هنا، إذ إرادة الشرط من كلمة «الرضا» ليست إرادة لمعناه المصطلح، فإن الشرط- و هو اللحق- غير الرضا.

أقول: بناء على تسليم ما قرره قدس سره لحلّ المعضلة في الزمان، فقد يشكل تسليمه في الزماني بإرجاعه إلى الزمان، و ذلك لأنّ جعل الوصف بحال المتعلق يقتضي صحة سلبه عن الزماني السابق و اللاحق، كصحة سلب الحركة عن جالس السفينة باعتبار ثبوتها بالذات للسفينة، مع أنّ اتصاف المتضايقين الزمانيين بالسابق و اللاحق حقيقة عقلاً و عرفاً، و بلحاظ نفسها، كحملهما على الزمان المتقدم و المتأخر. و لو صحّ هذا الإرجاع لزم إنكار الموجودات التدريجية، لفرض أنّ الموصوف بالسابق و اللاحق هو الزمان الذي فرضناه موجوداً واحداً جمعياً، فلا بدّ أنّ تكون المتصرّمات مجتمعة الأجزاء في الوجود.

و الظاهر أن الاشكال لا يندفع إلا بالتصرف فيما يراد بالفعلية في قولهم: «المتضايقان متكافئان فعلية و قوة» بأن يراد فعلية كل منهما في ظرفه، لا مطلقاً حتى في ظرف وجود المضائف الآخر. لكنه ممّا ياباه أهل الفن أيضاً. و الله العالم بحقائق الأمور.

زمانه على لحوقه (1).

و هذا (2)- مع أنه (3) لا يستحق إطلاق الشرط عليه- غير (4) صادق على الرضا، لأنّ المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، لأنّه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، و أنّه (5) لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك.

و ممّا ذكرنا (6) يظهر ضعف ما احتمله في المقام

(1) أي: لحوق الشرط، و هو متعلق ب «يتوقف»، و اللحوق مذهب الفصول و غيره.

(2) هذا إشكال على التوجيه المذكور، و هو يكون على وجهين:

أحدهما: أنّ هذا التوجيه لا يوجب استحقاق إطلاق الشرط على الرضا، إذ اللحوق المفروض كونه شرطا غير الرضا، فإطلاق الشرط على «الرضا» غير جدير.

ثانيهما: عدم صدق اللحوق على الرضا، لأنّ المستفاد من العقل و النقل هو اعتبار الرضا في الملكيّة بنحو الشرط المتقدم، لا اعتباره بنحو الشرط المتأخر.

(3) هذا إشارة إلى الوجه الأول المتقدم بقولنا: «أحدهما: أن هذا التوجيه .. إلخ».

(4) هذا إشارة الوجه إلى الثاني الذي تعرّضنا له بقولنا: «ثانيهما عدم صدق اللحوق .. إلخ».

(5) معطوف على «لأنه» و وجه عدم نفع لحوق الرضا في حل تصرف الغير هو ظاهر قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرء لغيره الا بطيب نفسه» لظهوره في إناطة حدوث الطيب بالرضا، و هو دال على توقف حلية تصرف الغير على الطيب، فلا بد من اعتبار الطيب على نحو الشرط المتقدم. و لذا لم يجز التصرف إلا بعد إجازة المالك. و لو كان الشرط هو اللحوق لجاز التصرف قبل الإجازة، هذا.

و لكن حكى في المتن عن بعض جواز ترتيب آثار الصحة على العقد قبل تحقق الإجازة مع العلم بحصولها فيما بعد كما سيصرح به المصنف قدّس سرّه.

(6) أي: و من عدم إمكان كون الوصف المنتزع- و هو التعقب- شرطا يظهر ضعف ما احتمله بعض الأعلام من: أنّ معنى شرطية الإجازة مع بنائهم على كاشفيتها شرطية وصف التعقب.

(1) المراد به ظاهراً صاحب الحاشية على المعالم، على ما نقله الفاضل المامقاني عن المصنف بقوله: «و سمعت منه شفهاها في بعض أبحاثه حكايته عن شرح التبصرة للشيخ الجليل المحقق محمد تقي الأصبهاني» (1). و اختار شرطية التعقب صاحب المستند (2).

و لعل مقصود المصنف قدس سره من قوله: «غير واحد من المعاصرين» هو أصحاب الفصول و الجواهر و أنوار الفقاهة قدس سرهم. أما صاحب الفصول فلقوله: «و من هذا القبيل كل شيء يكون وقوعه مراعى بحصول شيء آخر كالصحة المراعاة بالإجازة في الفضولي، فإن شرط الصحة فيه كون العقد بحيث يتعقبه الإجازة، و ليست مشروطة بنفس الإجازة، و إلا لا تمتنع قبلها» (3).

و أما صاحب الجواهر فلأنه جعل شرطية التعقب أحد الوجهين لتصحيح الكشف (4)، و سيأتي نقل كلامه في (ص 32 و 33).

و أما الشيخ الفقيه الشيخ حسن كاشف الغطاء فلأنه بين احتمالين للكشف و قوى أولهما، حيث قال: «إن الإجازة ناقلة من حينها .. أو كاشفة عن الصحة المتقدمة، بمعنى:

أن الصحة الثابتة من قبل انكشف بها، لأنها موقوفة على حصول الشرط، و هو الرضا في أحد الأزمنة و لو متأخراً، فبالإجازة بان حصوله. أو بمعنى أن الإجازة أثرت في صحة العقد الماضي حين صدوره، فبها انكشف أن العقد الأول كان صحيحاً من حينه؟ و جوه أقواها الواسط، و ربّما كان هو المشهور (5).

و نحوه كلامه في إجازة النكاح الفضولي.

و العبارة و إن لم تكن صريحة في شرطية الوصف المنتزع، لكن يمكن استفادته منها كما استفيد من تعبير صاحب الجواهر قدس سره: «إذ الشرط الحصول فعلاً و لو في

---

(1) غاية الآمال، ص 375

(2) مستند الشيعة، ج 14، ص 283.

(3) الفصول الغروية، ص 80.

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 287

(5) أنوار الفقاهة (مخطوط) نقلا من نسخة موجودة في مكتبة آية الله السيد المرعشي قدس سره بقم المقدسة.

من (1): أن معنى شرطية الإجازة- مع كونها (2) كاشفة- شرطية (3) الوصف المنتزع منها، وهو (4) كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحق به الإجازة، وهذه (5) صفة مقارنة للعقد وإن كانت نفس الإجازة متأخرة عنه (6).

وقد التزم بعضهم (7)

المستقبل».

ولعل مقصود المصنف جماعة أخرى من معاصريه ممن لم تقف على كلامهم.

(1) بيان ل «ما» الموصولة في قوله: «ما احتمله».

(2) يعني: مع بنائهم على كون الإجازة كاشفة، المقتضي لشرطية نفس الإجازة، لا الوصف، وهو «تعقب الإجازة للعقد».

(3) خبر قوله: «أن معنى».

(4) الضمير راجع الى الوصف المنتزع، أي: أن الوصف المنتزع عبارة عن كون الإجازة لاحقة للعقد في الزمان المستقبل. ويسمى هذا الوصف في لسان جماعة بالتعقب.

وعليه فيكون المؤثر التام هو العقد الملحق به الإجازة فيما بعد، وهذا الوصف من الأوصاف المقارنة للعقد، فلا مانع من كون الإجازة كاشفة بهذا المعنى، لعدم ترتب محذور الشرط المتأخر عليه.

(5) أي: و لحوق الإجازة بالعقد صفة مقارنة للعقد، لا متأخرة عنه حتى يرد عليه محذور الشرط المتأخر، وإن كانت نفس الإجازة متأخرة، لكنّها ليست شرطاً، إذ الشرط على الفرض هو لحوق الإجازة لا نفسها.

(6) أي: عن العقد.

(7) أي: بعض الملتزمين بشرطية التعقب و اللحوق، وهذا البعض صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث التزم بما يتفرّع على جعل التعقب شرطاً في تأثير العقد، من جواز ترتيب الأثر على بيع الفضولي لو علم بحصول رضا المالك- بهذا البيع- في المستقبل.

قال قدّس سرّه- بعد الاشكال على كون الرضا شرطاً للعلم بالانتقال لا لنفس الانتقال- ما لفظه: «نعم لو أخبر المعصوم بأنّه يحصل الرضا فعلا من المالك الذي يؤثر رضاه، كفى ذلك في ترتب الآثار الآن عليه، لتحقق الشرط حينئذ كتحققه بنفس وقوعه، إذ الشرط

بما يتفرّع على هذا (1) [1] من (2) «أنّه إذا علم المشتري أنّه المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد».

وفيه (3) ما لا يخفى من المخالفة للأدلة.

---

الحصول فعلا ولو في المستقبل. ولا ريب في تحقق الحصول في المستقبل بالإخبار» (1).

وقال بعد أسطر في بيان مختاره من احتمالات الكشف: «الثالث وهو التحقيق: أن يكون الشرط حصول الرضاء ولو في المستقبل، الذي يعلم بوقوعه من المالك مثلا، أو بإخبار المعصوم، أو نحو ذلك. والمراد شرطية الرضاء على هذا الوجه، وكان هذا هو المتعيّن ..» (2).

(1) أي: على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي أعني به لحوق الإجازة بالعقد.

(2) بيان ل «ما» الموصولة في قوله: «بما يتفرّع» و حاصل هذا الفرع المتفرع على شرطية الوصف الانتزاعي هو: جواز تصرف المشتري بمجرد العقد في المبيع الذي باعه العاقد الفضولي، إذا كان المشتري عالما بأنّ عالما بأنّ مالك المبيع يجيز العقد في المستقبل، فإنّ لازم شرطية الأمر الانتزاعي - الذي هو مقارن للعقد - حليّة التصرف قبل تحقّق الإجازة.

(3) أي: وفي التزام بعضهم بحليّة التصرف بمجرد العقد فيما لو علم المشتري بأنّ المالك سيجيز العقد - مع البناء على شرطية وصف التعقب - ما لا يخفى من الاشكال.

و محصّل النظر و الاشكال في هذا الالتزام هو مخالفة حلية التصرفات - بمجرد العقد - للأدلة الدالة على إناطة جواز التصرف في مال الغير بطيب نفسه الذي لا يحصل إلّا

---

[1] ظاهر كلامه قدّس سرّه ترتب هذا الفرع على خصوص الكشف التعقبي، بأن يكون الشرط خصوص التعقب فقط. مع أنّه ليس كذلك، لتفرعه على الشرط المتأخر أيضا، ضرورة أنّه بناء عليه تكون الملكية حاصلة قبل تحقّق الإجازة التي تجي ء في المستقبل. ولعلّه قدّس سرّه لاستحالة الشرط المتأخر فرّع هذا الفرع على خصوص شرطية التعقب.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 288

(2) المصدر، ص 289

ص: 32

ويرد (1) على الوجه الثاني أولاً: أنّ (2) الإجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد، إلا أنّ مضمون العقد

بإجازة المالك. فقبل الإجازة الكاشفة عن الرضا و طيب النفس لا يحلّ التصرف، فعدم صحة الالتزام بهذا الفرع يكشف عن عدم صحة الالتزام بالأصل، وهو شرطية التعقب.

(1) معطوف على قوله في (ص 18): «ويرد على الوجه الأوّل» وهذا إشكال على ثاني الوجهين اللذين احتج بهما صاحب الرياض وغيره للقول بالكشف، و حكاه المصنف قدّس سرّه بقوله: «و بان الإجازة متعلقة بالعقد فهي رضا بمضمونه .. إلخ».

(2) قد أورد المصنف قدّس سرّه على ثاني وجهي الاستدلال بوجوه ثلاثة:

الأوّل: أنّ الإجازة وإن كانت متعلّقة بالعقد ورضا بمضمونه، إلا أنّ مضمون العقد ليس هو نقل العوضين من حين وقوع العقد حتى يكون هذا المضمون مورداً للإجازة و الرضا، و يلتزم لأجله بالكشف، بل مضمون العقد نفس النقل من دون تقيده بزمان وقوعه، فالزمان ظرف لوقوعه، حيث إنّ العقد كغيره من الزمانيّات و المكانيّات- المحتاجتين في وجودهما إلى زمان و مكان- لا بدّ أن يقع في زمان و مكان، من دون أن يكون شيء منهما قيده.

وبعبارة أخرى: ما تقدم في تقرير الدليل من «أنّ مضمون العقد ليس إلا نقل العوضين من حين العقد» ممنوع، فإنّ المنشأ هو الملكية المرسلة، لا المقيّدة بحصولها من زمان العقد، و من المعلوم الفرق بين تملك شيء للمشتري مقيداً بزمان العقد، و بين تملكه إيّاه و حصول الملكية له حين العقد.

وإن شئت فلاحظ نظيره في العلل التكوينية، فالحرارة مثلاً معلولة للنار، لكنّها غير مقيّدة بها زماناً و مكاناً، و إنما توجد في زمان و مكان من جهة أنّ الموجود المادّي لا يخلو منهما.

و عليه فوقع الزماني في الزمان لا يستلزم كون الزمان قيده، بل قد يكون قيده و قد يكون ظرفاً محضاً. و المدعى هو أنّ الملكية الحاصلة بالإنشاء الفضولي معرّة عن اعتبار الزمان قيده، و غير مقيده بحصولها من زمان الإنشاء. و حينئذ تتعلّق إجازة المالك بأصل التملك، و هو الممضى شرعاً، لا الملكية من زمان الإنشاء حتى يثبت القول بالكشف.

ليس هو النقل من حينه (1) حتى يتعلّق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال (2)، بل هو (3) نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإثماً الزمان من ضروريات إنشائه (4)، فإنّ قول العاقد: «بعت» ليس «نقلت من هذا [1] الحين (5)» وإن كان النقل المنشأ به واقعا في ذلك الحين، فالزمان ظرف

---

و يشهد لكون المنشأ طبيعة الملكية- لا المقيدة- أمور:

أحدها: مورد الإيجاب و القبول، فإنّ تملك الموجب بقوله: «بعت» لو كان مقيّداً بحصوله من حينه لزم تحقق الملكية للمشتري في وعاء الاعتبار قبل انضمام القبول اليه. مع أنه ليس كذلك قطعاً، إذ لم يقل أحد بأنّ القبول كاشف عن حصول الملك حال الإيجاب.

فلا مناص من كون الملكية المقصودة للموجب هو الملكية المرسلّة، أي غير مقيّدة بزمان الإيجاب و لا بزمان القبول.

ثانيها: الفسخ، و ثالثها الإجازة، و سيأتي بيان الكلّ إن شاء الله تعالى.

فتحصّل: أن الدليل الثاني على الكشف مبني على تأثير العقد في الملكية المقيّدة، حتى تتعلّق بها إجازة المالك، ثم إمضاء الشارع. وقد اتّضح منع المبني المزبور، فلا وجه للكشف، هذا.

(1) أي: من حين العقد، حتى يكون ذلك النقل المقيّد متعلّقاً للإجازة و الرضا.

(2) أي: حال العقد.

(3) يعني: بل مضمون العقد نفس النقل بدون تقيّده بزمان وقوعه.

(4) لكون الإنشاء من الزمانيات التي لا بدّ من وقوعها في الزمان و وقوعها في المكان، فكما أنّ المكان ليس قيّداً للنقل، فكذلك الزمان.

(5) يعني: ليس مفهوم «بعت» النقل المقيّد بالزمان، بل مجرد النقل بدون قيد الزمان.

---

[1] نعم ليس الزمان مأخوذاً في مفهوم «بعت» إلاّ أنّ قرينة التعارف تخرجه عن الإهمال، و توجب ظهوره عرفاً في النقل حال الإنشاء، بحيث لو أنكر منشئ العقد عدم إرادة النقل حين الإنشاء لا يسمع إنكاره. فللقائل بالكشف أن يدّعي هذا الظهور العرفي، بحيث يكون مضمون «بعت» نقلت في هذا الآن. و المفروض أنّ الإجازة تتعلّق بهذا



وعليه فما أنشأ الفضولي هو نقل العوضين إنشائيًا في زمان تحقق العقد، والإجازة تتعلق بهذا المضمون. فالنتيجة كاشفية الإجازة، هذا. فالحق في الجواب عن هذا الوجه الثاني أن يقال: إنَّ الفضولي أنشأ النقل، وهذا النقل الإنشائي جزء لموضوع حكم الشارع بالملكية الفعلية، وجزؤه الآخر إجازة المالك، فإذا أجاز صار موضوع حكم الشارع تامًا، فيحكم الشارع بالنقل الفعلي.

وبيان آخر: يصير النقل الإنشائي الصادر من العاقد الفضولي فعليًا بإجازة المالك.

فإمضاء المالك للنقل الإنشائي موضوع لحكم الشارع بالنقل الفعلي، وهذا ينطبق على ناقلية الإجازة.

ثم إنَّ المحقق الايرواني قدس سره أورد على المتن - من كون الملكية المنشئة مهملة غير مقيّدة بوقوعها من زمان الإنشاء لیتجه القول بالكشف - تارة بأنّه إن كان غرض المصنف إهمال المنشئ في مقام القصد كما هو ظاهر العبارة فهو باطل بالضرورة، إذ لازمه بطلان المعاملة وعدم وقوعها في شيء من الأزمنة، فإنَّ إنشاء النقل في زمان ما لا يوجب وقوعه فعلا بالإجازة، كما أنّها تبطل لو أنشأ وقوعها في زمان متأخر عن العقد، فيتعيّن أن يكون مقصود المنشئ حصول النقل فعلا.

وإن كان الغرض الإهمال في العبارة وعدم التصريح بحصول النقل من زمان الإنشاء، فهو وإن كان صحيحا، لكنه لا يضّرّ القائل بالكشف، لكفاية إطلاق العقد حينئذ في تعيين النقل حال العقد، كتعيين كون المعاملة نقدا بهذا الإطلاق.

وإخرى بأنّ كلام المصنف في الجواب أخصّ من المدّعى، لإمكان تقييد النقل و التملك بزمان الإنشاء، فيقول: «بعثك هذه الدار فعلا» فيلزم أن يلتزم المصنف بالكشف، لفرض تعلق الإجازة بهذا النقل المقيد، مع أن غرضه قدس سره إبطال دليل الكشف أصلا ورأسا «1».

أقول: لا ريب في امتناع الإهمال من المنشئ، لكون الإنشاء فعلا اختياريًا منوطا

للتقل لا قيد له (1).

فكما أنّ (2) إنشاء مجرّد النقل الذي هو مضمون العقد

(1) أي: للتقل، حتى يدل على حدوث النقل حين تحقق إنشاء العقد من الفضولي، ويكون دليلاً على كاشفية الإجازة.

(2) غرضه قدّس سرّه تضعيف القول بالكشف بتنظير الإجازة بنفس العقد الفضولي وبامضاء الشارع من جهة كون الزمان طرفاً في الجميع، وليس قيماً في شيء منها.

و بيانه: أنّ العقد إمّا يصدر ممّن له ولاية أمره، و إمّا من الأجنبي. فإن صدر من الأوّل اقتضى ترتب أثره - وهو النقل - في زمان وقوعه، لأنّه عقد صدر من أهله، و تقتضي أدلة الإمضاء حصول أثره فوراً. لكن لا لأجل كون المنشأ هو النقل المقيّد بحال العقد -

بالقصد والالتفات، فلا - يخلو إمّا أن يقصد النقل المقارن للإشياء أو المتأخر عنه، و الثاني باطل بالضرورة، فيتعين كون النقل في حال العقد.

و هذا و إن كان صحيحاً، لكنه لا يرد على المصنف شيء من الإيرادين:

أمّا عدم ورود الأوّل فلأنّ المصنف لم يدّع كون المنشئ قاصداً للنقل في الجملة حتى يكون تقييده ببعض الأزمنة كزمان العقد بلا مرجّح، و إنّما غرضه إنشاء النقل المرسل المعرّي عن الزمان كليّة، فليس الزمان مأخوذاً في الإنشاء أصلاً لا في الجملة و لا بالجملة. و معه لا موضوع للإيراد عليه بأنّ النقل في زمان في الجملة لا يتعيّن وقوعه فعلاً بالإجازة.

و عليه فالشق الأوّل من الإيراد ممنوع، لابتنائه على أخذ زمان ما في الإنشاء حتى يمتنع وقوعه فعلاً. و قد عرفت أنّه مخالف لتصريح المصنف، كقوله: «إلا أنّ مضمون العقد ليس هو النقل من حينه.. بل هو نفس النقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه في زمان».

و أمّا الإشكال الثاني فهو و إن كان متجهاً على المصنف ظاهراً، لكن يمكن منعه بما سيأتي منه بأنّ قصد المنشئ الفضولي لا يترتب عليه أثر أصلاً، لأنّ موضوع إمضاء الشارع للبيع الفضولي هو العقد المستند إلى المالك بإجازته. و لمّا كان المتّبع دلالة دليل الإمضاء، و كان ظاهره وقوع البيع من زمان الإجازة، لم يقدح تخلف قصد الفضولي من وقوع النقل حال العقد، هذا.

في زمان (1) يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان (2)، فكذلك (3) إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه (4) من المجيز في زمان الإجازة.

و كما أنّ (5) الشارع إذا أمضى نفس العقد (6) وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة (7).

بحيث يكون لوقوعه فيه دخل - بل لأجل أنّ هذا الإنشاء المؤثر أمر زمني وقع في زمان، فلا بدّ أن يحصل أثره في ذلك الزمان.

وإن صدر من الثاني وهو الفضولي لم يؤثر في النقل، لتوقفه على إجازة المالك وإمضاء الشارع، فإن أجاز لزم حصول الأثر من زمان الإجازة الذي هو ظرف الإمضاء الشرعي. ولكن لا بمعنى تقيّد النقل بزمان الإجازة، بل لأنّ النقل و التملك أمر زمني يقع في ظرف وجود الإجازة. فتكون الإجازة مفيدة للنقل لا الكشف.

والحاصل: أنّ الزمان كما لم يؤخذ قيّدا في الإجازة ولا في إمضاء الشارع، فكذا لم يؤخذ في إنشاء العقد سواء من المالك لأمره، أم من الأجنبي وهو الفضولي، فلا وجه لجعل الإجازة كاشفة عن حصول النقل من حين إنشاء الفضولي، هذا.

(1) متعلق ب «إنشاء» حيث إنّ الإنشاء - الذي هو أمر زمني - يقتضي وقوع النقل في زمان الإنشاء، من جهة ظرفية الزمان، لا قيديته له.

(2) أي: زمان إنشاء النقل. وقوله: «يوجب» خبر قوله: «ان إنشاء».

(3) متعلق ب «فكما» وهذا يفيد النقل في زمان الإجازة، لا في زمان العقد.

(4) هذا الضمير و ضمير «وقوعه» المتقدّم راجعان إلى النقل، والمراد بالوقوع وقوع المظروف في ظرف، من دون تقييده به.

(5) ما أفاده بقوله: «فكما أنّ إنشاء» كان ناظرا إلى اختلاف نفس العقد و الإجازة في الأثر، مع كون الزمان ظرفا في كليهما. و ما أفاده بقوله: «و كما» ناظر إلى اختلاف مفاد الإمضاء، فإن كان العقد صادرا من أهله فمعنى صحته ترتب الأثر عليه من حينه. و إن كان صادرا من غير أهله كانت صحته من حين الإجازة، لا من زمان العقد.

(6) أي: العقد الصادر من أهله.

(7) كما في عقد الفضولي، فإنّ النقل يقع من حين إجازة المالك التي أمضاها الشارع.

و لأجل ما ذكرنا (1) لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه (2) ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب. فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه (3) و كان القبول رضا بذلك، كان (4) معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأنّ (5) الموجب ينقل من حينه، و القابل يتقبل

(1) من عدم أخذ الزمان قيда للنقل الذي أنشأه الفصولي. و كذا من قوله: «فكما أنّ إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد إلخ» و من قوله: «فكذلك اجازة ذلك النقل» و من قوله: «و كما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد .. إلخ» و قوله: «فكذلك إذا أمضى اجازة المالك».

يظهر من ذلك كله: أنّ مقتضى القبول و إن كان رضا بمضمون الإيجاب، لكنّه ليس قبولا للملك الواقع من زمان الإيجاب، إذ ليس مضمون الإيجاب النقل المقيّد من حينه حتى يكون القبول رضا بذلك، و يكون معنى إمضاء الشارع حينئذ للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، بأن يقال: إنّ الموجب ينقل المبيع إلى المشتري من حين الإيجاب، و المشتري يتقبل ذلك و يرضى به.

و عليه فحال الاجازة حال القبول الذي لا يقتضي حصول النقل من زمان الإيجاب، و لا يكون كاشفا عن ترتب الأثر حين إنشاء الموجب. بل النقل منوط بانضمام القبول فيما كان المتعاقدان أصليين، و بلحوق الاجازة فيما كان أحدهما فضوليّا، أو كلاهما فضوليين، فكيف تقتضي الاجازة حصول النقل من حين العقد؟

و لا يخفى أن تنظير الاجازة بالقبول هو الشاهد الأوّل على بطلان الكشف، لاشتراكهما في الرضا بالإيجاب و العقد، و قد تقدم توضيحه في (ص 34).

(2) يعني: مع أنّ مقتضى القبول ليس إلا الرضا بمضمون الإيجاب.

(3) أي: من حين الإيجاب، و كان القبول رضا بهذا المضمون، أي النقل من حين الإيجاب.

(4) جواب «فلو كان» و قوله: «الحكم» خبر «كان معنى».

(5) تعليل للحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، إذ الموجب ينقل متاعه إلى المشتري من حين الإيجاب.

ذلك (1) ويرضى به [1].

و دعوى (2) «أنّ العقد سبب للملك، فلا يتقدّم (3) عليه» مدفوعة (4)

(1) أي: يتقبّل نقل المال إليه ويرضى به من حين نقل الموجب، وهو زمان إنشائه العقد. مع أنّ الأمر ليس كذلك، إذ لا يترتب الأثر الشرعي إلا بعد تمامية العقد، لا خصوص الإيجاب. كما أنّ المال في البيع الفضولي ينتقل إلى المشتري حين صدور الإجازة من المالك، لا من حين صدور العقد من العاقد الفضولي.

(2) هذه الدعوى إشكال على استشهد المصنف قدس سرّه - بعدم حصول الملك من زمان الإيجاب - على عدم أخذ النقل من حين الإيجاب في مفهومه.

وحاصل الاشكال هو الفرق بين الإيجاب والعقد، حيث إنّ الإيجاب بنفسه ليس سببا للملك، بل السبب له هو الإيجاب المنضمّ معه القبول المعبر عنه بالعقد، فبعد انضمام القبول إليه يتم العقد، و يترتب عليه الأثر. وهذا بخلاف عقد الفضولي، فإنّه سبب للملك، و المجيز ينقذ هذا المضمون، فتكون إجازته كاشفة.

وبعبارة أخرى: الفارق بين القبول و الإجازة هو: أنّ القبول و إن كان رضى بفعل الموجب المتكفل لإنشاء تمليك عين بمال، إلا أنّ القبول جزء السبب المملّك، و يمتنع عقلا تقدم المسبب على سببه التام و هو العقد. فلم يتحقق شيء - في وعاء الاعتبار - بمجرد الإيجاب حتى يكون القبول كاشفا عنه، فلا - معنى للالتزام بالنقل من حين الإيجاب. و هذا بخلاف الإجازة، لفرض تمامية السبب، و لم يحصل من المجيز إلا الرضا بمضمون العقد، فيتجه كونها كاشفة عن تحقق النقل من حين العقد.

و الحاصل: أنّه لا يصح الاستشهاد بالقبول على منع كاشفية الإجازة، لكون القبول جزء السبب، و الإجازة تنفيذا للسبب.

(3) يعني: فلا يتقدم الملك - الذي هو المسبب - على سببه أعني به العقد.

(4) هذا دفع الإشكال المذكور، و محصل دفعه: أنّ الفرق المزبور بين الإيجاب

[1] الأولى تنظير الإجازة بمقابلها و هو الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ العقد من حينه لا من حين وقوع العقد، فكذلك الإجازة، فإنّها تنفيذ العقد من حين وقوعها، لا من حين وقوع العقد حتى تدل على الكشف.

بأن سببته (1) للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان (2) ورضا بذلك (3) النقل، كان (4) مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب (5).

و العقد غير سديد، إذ كما أن الإيجاب بنفسه ليس سبباً للملك، كذلك عقد الفضولي، فإنه لا يترتب عليه الأثر إلا برضا المالك، فكل من القبول و الرضا جزء علّة الملك، غاية الأمر أن القبول جزء المقتضي، و الرضا شرط تأثير المقتضي.

وعلى هذا فلا فرق في كون العقد سبباً تاماً بين الإجازة و القبول، إذ المراد بالسببية التامة هو إمضاء الشارع للعقد، و الحكم بتحقق مقتضاه في وعاء الاعتبار، و المفروض تركب هذا السبب التام من إيجاب و قبول، و مقتضى الإيجاب هو النقل من زمانه، و مقتضى القبول هو الرضا بذلك النقل الخاص. و بتحقق هذا الإيجاب و القبول يتم موضوع إمضاء الشارع- الذي هو منشأ انتزاع سببية العقد- و وقوع مضمون العقد على حسب مقتضاه، و هو النقل في زمان الإيجاب، و يتعين كون القبول رضا بهذا النقل الخاص.

و يتجه الاستشهاد بالقبول على عدم كون الإجازة كاشفة، إذ لم يقل أحد بأن وجوب الوفاء بالعقود يقتضي ترتيب الأثر- كالنقل و الانتقال- على الإيجاب من زمان وقوعه، فلا بد أن يكون وجوب الوفاء بعقد الفضولي بعد الإجازة مقتضياً لترتب مقتضاه عليه من زمان لحوق الإجازة، لا من زمان العقد.

(1) أي: سببية العقد للملك، و ضمير «لمقتضاه» في الموضوعين راجع إلى «العقد».

(2) و هو زمان الإيجاب.

(3) أي: النقل الحاصل من زمان الإيجاب، و المراد بالرضا هو القبول.

(4) جواب الشرط في قوله: «فإذا فرض».

(5) و الحاصل: أن الزمان غير مأخوذ في الإيجاب إلا ظرفاً لا قيماً، إذ لو كان مدلول إنشاء الموجب «بعثك الكتاب بدينار» هو تملكه من هذه الحال، و كان القبول رضا بهذا الإيجاب لزم كون إمضاء الشارع- سببية العقد للتمليك- من حين الإيجاب، إذ ليس الإمضاء إلا تنفيذاً للإيجاب و القبول. مع أنه لا سبيل للالتزام بحصول الملك من

و لأجل ما ذكرنا (1) أيضا (2) لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه (3)، لا من زمان العقد، فإنّ الفسخ نظير الإجازة، و الرد (4) لا يتعلّق إلا بمضمون العقد، و هو النقل من حينه (5). فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على

زمان الإيجاب. فليكن الأمر في عقد الفضولي كذلك، أي: حصول الملك من حينها لا من زمان العقد.

هذا تمام الكلام في النقص بالقبول، و اتحاد حكمه مع الإجازة في عدم كاشفيتها عن ترتب الأثر قبل تحققهما.

(1) أي: و لأجل ما ذكرنا- من فرض مقتضى العقد مركباً من نقل في زمان و رضا بذلك النقل، و كون مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب- لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمان الفسخ.

و غرضه إقامة شاهد آخر على عدم سببية العقد للملكية المقيدة بحصولها من حين العقد حتى تكون الإجازة كاشفة عنها، و بيان هذا الشاهد: أنّهم قالوا بكون الفسخ في العقد الخياري حلاً للعقد من زمان الفسخ، حيث إنّ الفسخ في مقابل الإجازة. فكما أنّ الإجازة تثبت العقد و توجب الملك من حين الإجازة، فكذلك الفسخ ينفي العقد و يزيله من حين تحقق الفسخ.

فلو كان الزمان دخيلاً في مفهوم العقد لزم كون الفسخ مزيلاً للملك الحاصل بالعقد، فكأنّه لم يوجد العقد أصلاً، مع أنّهم جعلوا الفسخ انحلالاً له من حينه، لا من حين العقد. و هذا كاشف عن عدم كون العقد مملّكاً من حينه بنحو التقييد، و إنّما هو سبب للملكية المرسلة المعرّاة عن اعتبار الزمان، فكذلك لا تكون الإجازة كاشفة عن حصول الملك حال العقد.

(2) يعني: كما لا يكون القبول قبولاً للملك من حين الإيجاب، فكذا الفسخ .. إلخ.

(3) أي: من زمان الفسخ.

(4) مبتدء، و «لا يتعلّق» خبره، و «من حينه» متعلّق «بمضمون». يعني: و الرّد لا يتعلّق بشيء إلا بمضمون العقد من حين الرّد، لا من حين إنشاء العقد.

(5) يعني: بنحو القضية الحينية لا على وجه القيدية، إذ لو كان الزمان قيدياً للنقل كان الفسخ موجباً لنفي الآثار و الأحكام من حين العقد. مع أنّه ليس كذلك، إذ المسلّم

وجه القيدية لكان ردّه و حلّه موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

و السّر في جميع ذلك (1) ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون (2)، دون المقيّد بذلك الزمان.

و الحاصل (3): أنّه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: «رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالي إلى زيد»

---

عند الأصحاب كون الفسخ حلّا للعقد و قاطعا لاستمراره من حين حصول الفسخ، لا حلّا لأصل العقد من حين وقوعه، فالمقابل للفسخ هو إبقاء العقد و الالتزام به.

(1) أي: من عدم تعلق الإجازة بمضمون العقد من زمان وقوع العقد، و من كون الفسخ انحلال العقد من زمان الفسخ، و من أنّ الردّ لا يتعلّق إلا بمضمون العقد من حين الرد.

و محصل الوجه في جميع ذلك هو عدم تقيّد مضمون العقد بالزمان بحيث لا يكون زمان إنشاء العقد قيّدا له، بل ظرفا له، فلا محالة يتعلّق الإمضاء و الردّ و الفسخ بنفس مضمون العقد مجرّدا عن الزمان.

(2) أي: بدون ملاحظة تقيّده بزمان وقوع العقد.

(3) أي: حاصل ما تقدم- من عدم قيدية الزمان للنقل، و من عدم قيدية الزمان لمفهوم الإيجاب- هو: أنّه لا إشكال .. إلخ. و هذا الحاصل يتضمّن نقضا ثالثا على أخذ الزمان قيّدا في العقد.

و بيانه: أنه سيأتي في ثاني تنبيهات الإجازة جواز إنشائها بكلّ ما يدلّ على الرضا بنفس العقد الفضولي أو بنتيجته، فيجوز تنفيذ العقد بمثل قوله: «أجزت أو رضيت بالعقد». و يجوز تنفيذ نتيجة العقد إمّا بالقول كأن يقول: «رضيت بكون مالي لزيد بكذا» أو «رضيت بانتقال مالي لزيد». أو بالفعل الدال عليه، بأن يسلم المبيع إلى المشتري، أو بتكفين المرأة- المزوجة فضولا- نفسها من الزوج. فإنّ الفعل كاشف عن الرضا بأثر العقد، لا بنفسه حتى يدلّ على إجازة العقد المقيّد بالزمان.

و بناء على هذا نقول: لو كان الزمان ملحوظا قيّدا في العقد لزم أحد أمرين



وغير (1) ذلك من الألفاظ (2) التي لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولي فضلا عن زمانه (3).

كيف (4)؟ وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها.

لا سبيل للالتزام بشيء منهما:

الأول: إنشاء الإجازة بخصوص الألفاظ الدالة على تنفيذ العقد الفضولي مثل «أجزت أو أنفذت العقد» حتى يكون مفاده الرضا بالنقل المقيّد بزمان عقد البيع، فلا يجوز إنشاء الإجازة بما يدلّ على قبول نتيجة العقد.

الثاني: التفصيل في ألفاظ الإجازة، بأن يقال: بجواز إنشائها بكل ما يقتضي الرضا بالعقد وبأثره، لكنها إن تعلّقت بالعقد كقوله: «أجزت العقد» كانت كاشفة عن النقل المقيّد بزمان العقد. وإن تعلّقت بنتيجة العقد كقوله: «رضيت بكون مالي لزيد بكذا» لم تكشف عن النقل المقيّد، بل تكشف عن نفس النقل.

وكلا الأمرين ممنوع. أمّا الأول فلتصريحهم بجواز إنشاء الإجازة بالفعل كالتمكين ممّا لا يكشف إلّا عن الرضا بمضمون العقد.

وأمّا الثاني فلأنّ القائل بكاشفية الإجازة لم يفرّق بين ألفاظها من حيث ظهور اللفظ في إمضاء العقد أو أثره.

وببطلان الأمرين يظهر عدم صحة المبنى، وهو كون العقد سببا للنقل المقيّد بزمانه.

(1) معطوف على «قول المالك» أي: وبغير «رضيت» من ألفاظ الإجازة التي لا تعرّض لإنشاء الفضولي.

(2) مثل «قبلت نقل مالي إلى زيد بكذا» حيث إنه غير متعرض لتنفيذ إنشاء الفضولي حتى يدل على زمان حصول النقل.

(3) أي: زمان الإنشاء.

(4) يعني: كيف يمكن اعتبار دلالة ألفاظ الإجازة على زمان إنشاء العقد؟ مع أنّ الفقهاء جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها

لعقد نكاحها، مع أنّ التمكين فعل

ونحو (1) ذلك. و من المعلوم أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة (2) العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي.

لا يدلّ على الرضا بالنكاح المقيد بوقوعه في زمان كذا.

قال المحقق قدّس سرّه- فيما لو زوّج الأخوان أختهما من دون أن توكلهما في ذلك- ما لفظه:

«و إن لم تكن أذنت لهما أجازت عقد أيّهما شاءت. وبأيّهما دخلت قبل الإجازة كان العقد له».

وقال الشهيد الثاني في شرح المسألة: «و يعلم من ذلك أنّ الإجازة تصحّ أن تكون فعلية. فلو تصرّف المالك في ثمن ما بيع من ماله فضولا بعد علمه بالحال، أو في المثلث المشتري له كذلك، كان إجازة بطريق أولى، لأنّ النكاح أولى بمراعاة جانب الاحتياط، و صيانة تصرف المسلم عن المحرّم مشترك بينهما» (1).

و المقصود أنّ الأخ لمّا لم يكن له ولاية على تزويج أخته كان العقد فضوليا، و المفروض أنّ كلّ واحد من الأخوين زوّج أخته من رجل، فلها إجازة أيّهما شاءت، أو ردهما معا، فإن أجازت بقولها: «أجزت عقد الأخ الأكبر» مثلا فلا كلام.

و إن مكّنت نفسها من أحد الزوجين كان تمكينها إجازة فعلية. و غرض المصنف من التعرض لهذا الفرع الاستشهاد به على كفاية إمضاء نتيجة العقد في الإجازة، و عدم اعتبار تنفيذ الزوجية المنشئة بالعقد من حينه.

(1) معطوف على «تمكين» أي: و نحو التمكين، كسكوتها إذا عقد عليها من دون إذنها السابق، فإنّه يكفي هذا السكوت في الإمضاء، و لا حاجة الى الإجازة القولية. قال المحقق قدّس سرّه: «و يقتنع من البكر بسكوتها عند عرضه عليها» (2).

(2) و هي معنى الاسم المصدري، كانتقال كلّ من العوضين عن صاحبه إلى الآخر.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 279-280، مسالك الأفهام، ج 7، ص 194، و لا- حظ أيضا جواهر الكلام، ج 29، ص 232، و نحوه كلامه في ص 237.

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 278

و بتقرير آخر (1) [1]: أنّ الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه وإذنه المقرون بإنشاء الفضولي، أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا

---

(1) محصل هذا التقرير- المغاير للتقرير الأول الذي مناطه عدم قيديّة الزمان لمضمون العقد- هو: أنّ إجازة المالك قائمة مقام رضا المالك وإذنه المقرون بإنشاء الفضولي، و موجبة لصيرورة المالك منزلة العاقد. فالإجازة إما شرط للعقد، لكونها قائمة مقام الإذن الذي هو شرط للعقد. وإما جزء سبب الملك، لكونها قائمة مقام إنشاء نفس المالك بناء على كون الإجازة عقدا جديدا ولو من حيث الإيجاب على ما عن بعض.

فهذا التقريب ملزوم التقريب السابق، لأنّ بناء هذا التقريب على شرطية الإجازة للعقد، كشرطية الإذن والرضا له، أو على جزئيتها للعقد. وبناء التقريب السابق على ظرفية الزمان للنقل لا قيديته له، و مقتضاه وقوع النقل من زمان الإجازة. و وقوعه من حين الإجازة من لوازم دخل الإجازة جزءا أو شرطا في العقد، إذ لو لم يكن للإجازة دخل أصلا- لا جزءا و لا شرطا- كان وقوع النقل قبل الإجازة.

---

[1] لا يخفى أنّ السيد قدّس سرّه أورد على هذا التقرير بأنّه وجه آخر، و ليس له، ربط بالتقرير الذي مناطه عدم دخل الزمان في مفهوم العقد، حيث إنّه يجتمع مع فرض دخل الزمان في مفهومه. فهذا التقرير وجه آخر و جواب مستقل عن دليل المحقق الثاني قدّس سرّه هذا «1» لكن الظاهر اتّحاد التقريرين، و رجوع الثاني إلى الأول، لكون الثاني ملزوما للأول، حيث إنّ دخل الإجازة في تأثير العقد- لكونها جزء السبب أو شرطا اصطلاحيا له- يوجب إناطة المشروط أو المسبب بها، و امتناع حصوله قبل الإجازة، و إلاّ لزم الخلف، و لازم هذه الإناطة عدم أخذ الزمان دخيلا في مفهوم العقد، و إلاّ كانت الإجازة كاشفة عن تحقق أثر العقد حين صدوره من الفضولي، لا مؤثرة فيه بسببيتها أو شرطيتها.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 151

ص: 45

بعد الإجازة، فهي (1) إما شرط أو جزء سبب للملك.

وبعبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به، والمقيّد من حيث إنّه مقيّد لا يوجد إلا بعد القيد (2)، ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيّد (3) المجرّدة عن القيد.

و ثانيا (4): أنا [فلاناً] لو سلّمنا عدم كون الإجازة

---

(1) أي: الإجازة إما شرط أو جزء سبب الملك كما مرّ آنفاً.

(2) و هو رضا المالك، و المراد بالمقيّد هو العقد المرضي به.

(3) و هي عقد الفضولي، فإنّه لا يؤثّر بدون قيده و هو رضا المالك.

(4) معطوف على قوله: «أولاً: أنّ الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد، إلا أنّ مضمون العقد .. إلخ» و هذا ثاني الوجوه الثلاثة التي أجب بها عن ثاني الأدلة على كاشفية الإجازة.

---

و الحاصل: أنّ دخل الإجازة- التي هي كالإذن- في تأثير العقد يكشف عن كون مضمون العقد هو صرف النقل و نتيجته من دون تقيّده بزمان.

و بهذا البيان يرجع قوله قدّس سرّه: «و بتقرير آخر ان الإجازة من المالك» إلى الوجه الأوّل، و يصير بيانا آخر له، لا جواباً مستقلاً، فتدبّر.

و يمكن أن يكون التقرير الآخر بيانا ثانيا لما ذكره بقوله: «و الحاصل» لا تقريراً لأصل الإيراد المتقدم بقوله: «أولاً». و بيانه- على ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه-: أن الإجازة لما كانت جزء السبب المؤثر أو شرطه امتنع تعلّقها بنفس العقد الذي مدلوله النقل المقيّد بالزمان، بل لا بدّ من تعلّقها بنتيجة العقد، و هي الملكية الخالية عن اعتبار الزمان، لئلا يلزم محذور تأخر العلة عن معلولها، و ذلك لأنّ الإجازة إن أثّرت في حصول الملكية المقيدة لزم تأخر العلة عن معلولها. و إن أثّرت في حصول الملكية حال الإجازة لزم عدم كونها إجازة لمضمون العقد، الذي فرض تقيده بزمان العقد، بل كانت إجازة لبعض مضمونه و هو أصل الملكية، مع أنّه لا وجه لهذا التبعض. فيتعيّن تعلق الإجازة دائماً بنتيجة العقد، و هي معرّة عن اعتبار زمان خاصّ «1».

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 147

وهذا الوجه الثاني ناظر إلى منع الأمر الثاني من الأمور الثلاثة التي تألّف منها دليل المحقق القمي، وذلك الأمر هو قوله قدّس سرّه (في ص 16 و 17): «فهي رضا بمضمونه، وليس إلّا نقل العوضين من حينه» ولكنه بيان آخر كما سيّضح إن شاء الله تعالى.

وينبغي قبل توضيح أصل الإيراد تقديم أمر يتضمن بيان كيفية دخل الإجازة في العقد، وأنّه بنحو الاشتراط أو الانقلاب ليمتاز مبنى هذا الإيراد عمّا كان عليه الإيراد الأوّل، فنقول وبه نستعين: إنّ الإجازة تارة تكون بنفسها وبوجودها المتأخر- عن وجود العقد- دخيلة دخل الشرط في حصول المشروط. وقد تقدم في الإيراد الأوّل امتناعه، لاستحالة تأخر المشروط عن الشرط. وأخرى لا تكون الإجازة شرطا لحصول الملكية، لفرض كون السبب المؤثر فيه نفس العقد، ولكن الإجازة متممة للعقد الذي هو السبب المستقل في التأثير، فهي تجعله سببا تامّا.

وهذا يتصور على نحوين: فتارة تكون الإجازة علّة لتمامية العقد من حين صدوره، بحيث تستند تماميته في السببية إلى الإجازة المتأخرة، وهذا أيضا ممتنع بمناط استحالة تأخر العلة التامة عن معلولها وهو الملكية. وأخرى يكون العقد علّة ناقصة إلى زمان الإجازة، ولا يترتب الملكية عليه. ولكن بمجرد تحققها ينقلب العقد عمّا وقع عليه- من صفة عدم التأثير- ويترتب الملك عليه من حينه، لا من حين الإجازة.

وهذا النحو من الكشف الانقلابي جعله المصنف قدّس سرّه محورا للايرادين، فأورد عليه باستحالته ثبوتا كما سيأتي في قوله: «و ثالثا»، و بعدم وفاء مقام الإثبات به، كما أفاده في قوله: «و ثانيا .. لكن نقول ..»

و من هنا يظهر أنّ المناسب تقديم المحذور الثبوتي على الإثباتي، لتقدمه عليه طبعاً، بأن يذكر في الإيراد الثاني امتناعه ثبوتا، فيبطل أساس القول بالكشف بعد استقصاء أنحاء دخل الإجازة. وأن يذكر في الإيراد الثالث قصور مقام الإثبات. وهذا غير مهم، إنّما اللازم تحقيق أصل المطلوب.

إذا عرفت ما ذكرناه من مبنى هذا الإيراد الثاني فنقول: محصّل ما أفاده المصنف قدّس سرّه فيه: أنّا وإن سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد بالزمان، و سلّمنا أيضا تعلق الإجازة بهذا المضمون. إلّا أنّه لا يترتب عليه الملكية الشرعية، لتوقفها على

اصطلاحيا (1)- ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، ولا جزء (2) سبب، وإنّما (3) هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق، و جاعلة له سببا تامّا حتّى كأنّه وقع (4) مؤثراً، فيتفرّع عليه (5) أنّ مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعني محض الملكية

إمضاء الشارع، و من المعلوم أنّ هذا الإمضاء يتوقف على إجازة المالك حتى يصير عقد الفضولي عقده كي يشمل مثل عموم أوفوا بالعقود فالملكية الشرعية تحدث في زمان الإمضاء، لا في زمان الإنشاء، فكيف تكون الإجازة كاشفة عن حصول النقل حال العقد؟

(1) حتى يتوقف وجود المشروط على تقدم وجود الشرط عليه عقلا. وهذا هو أوّل أنحاء دخل الإجازة في سببية العقد للملكية، وهو مبني الإيراد الأوّل.

(2) معطوف على «شرطا» وليس المراد بجزء السبب ما هو ظاهره من كون الإجازة ناقلة، لكونها بعض المؤثر، وبعضه الآخر هو العقد، بل المراد به ما يلتزم مع كاشفية الإجازة، وهو النحو الثاني المتقدم بيانه آنفا، أعني به كون سبب الملكية هو العقد فحسب، ولكن الإجازة المتأخرة متممة لسببته من حين صدوره.

وقلنا باستحالته لا تمتنع تأخر العلة التامة- أي العقد الذي تؤثر الإجازة في تمامية عليته للملكية- عن معلولها.

(3) أي: وإنّما الإجازة محدثة للتأثير و جاعلة له سببا تامّا من حين صدوره، بعد أن كان سببا ناقصا إلى زمان الإجازة فبالإجازة تتقلب العلة الناقصة إلى التامة. وهذا ثالث أنحاء دخل الإجازة بنحو الكشف، وهو مبني هذا الإيراد الثاني كما تقدّم آنفا.

(4) يعني: وقع العقد مؤثرا من زمان وقوعه.

(5) أي: فيتفرّع على القول بأنّ الإجازة تكون محدثة للتأثير في العقد السابق: أنّ مجرد الرضا .. إلخ. و غرض المصنف قدّس سرّه بيان لازم ثالث أنحاء دخل الإجازة في العقد.

و تقرّبه: أنّ كون الإجازة موجبة لانقلاب العقد الناقص بالتام يتوقف على إجازة نفس العقد بأن يقول المجيز: «نقدت عقد الفضولي» و نحوه. و لا يكفي إنشاء الرضا بأثر العقد بأن يقول: «رضيت بأن يكون مالي لزيد بكذا» وجه عدم الكفاية: أن المقصود من الإجازة تميم السبب الناقص بالانقلاب، و السبب هو العقد لا نتيجته، فالرضا بالنتيجة لا ينفع القائل بكاشفية الإجازة.

من (1) غير الثفات إلى وقوع عقد سابق، ليس (2) بإجازة، لأنّ (3) معنى إجازة العقد:

جعله جائزاً نافذاً ماضياً (4) - لكن (5) نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه (6) [1].

و لا يخفى أنه قد تقدم (في ص 44-42) في ردّ ثاني وجهي الكشف فساد التفصيل بين تعلق الإجازة بالعقد وبين تعلقه بنتيجته، وهو كاف لبطلان ما نحن فيه أعني به كون الإجازة جاعلة للعقد سبباً تاماً مؤثراً من حين وقوعه.

(1) متعلق برضا المالك بنتيجة العقد، بأن لا تكون الإجازة رضا بالعقد.

(2) خبر قوله: «انّ مجرد».

(3) تعليل لعدم كون الرضا بالنتيجة إجازة مفيدة، فلا يترتب أثر الصحة على العقد الفضولي الذي تعلقت إجازة المالك بنتيجة العقد.

(4) مع أنّه لا وجه للالتزام به، لتصريحهم بكفاية إظهار الرضا بالعقد أو بأثره.

(5) استدراك على قوله: «فلاناً لو سلّمنا» وهذا هو الإراد الثاني، ومحصله: أنه - بعد تسليم كون مضمون العقد مقيداً بالزمان، وأنّ الإجازة متممة لسببية العقد - أنه لا يمكن القول بترتب الملكية الشرعية من زمان العقد حتى يجب على المالك المجيز الوفاء بالعقد، وذلك لأنّ الملكية الشرعية منوطة بإمضاء الشارع، وهو متوقف على إجازة المالك، حتى يصير العقد بسببها عقد المالك، لأنّ المخاطب بوجود الوفاء هو المالك الذي أضيف إليه العقد، ومن المعلوم إناطة هذه الإضافة بالإجازة، وبإجازته يتحقق موضوع إمضاء الشارع.

ولا - دليل على كون إمضاء الشارع لإجازة المالك موجبا للملكية الشرعية من زمان العقد، بل هو موجب للملكية الشرعية بعد إجازة المالك.

وبالجملة: فتقيد مضمون العقد بالزمان وعدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً لا يوجبان كاشفية الإجازة.

(6) أي: جعل العقد السابق ماضياً و نافذاً من حين حدوثه.

[1] يكفي في دلالة دليل الإمضاء على جعل العقد السابق نافذاً من حين حدوثه كون إنشاء الملك من العاقد الفضولي في زمان، وتعلّق الإجازة بذلك الإنشاء دون غيره، إذ

لأن (1) وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين، كوجوب الوفاء بالعهد

(1) تعليل لعدم إمضاء الشارع إجازة المالك على هذا الوجه، ومحصله: أنّ فعلية كل حكم منوطة بوجود موضوعه، ومن المعلوم أنّ وجوب الوفاء بالعقد حكم تكليفي منوط بوجود موضوعه وهو العاقد. ولا ريب في أنّ المالك الأصيل لا يصير عاقداً- حتى يشمله عموم وجوب الوفاء بالعقود- إلا بعد أن يجيز عقد الفضولي، إذ الإجازة توجب إضافة العقد إليه، وصحة حمل «العاقد» عليه، وتوجّه وجوب الوفاء بالعقد إليه، وانتزاع الملك الشرعي من هذا الحكم الشرعي وهو وجوب الوفاء.

وبالجملة: فالملكية الشرعية الفعلية مترتبة على الحكم التكليفي أعني به وجوب الوفاء الذي موضوعه العاقد الذي هو صفة المالك بالإجازة. وهذه السلسلة المترتبة تقضي بتوقف الملكية الفعلية الشرعية على الإجازة. وعليه فلا ملكية قبل الإجازة حتى تكون الإجازة كاشفة عن تحققها بالعقد حين صدوره من الفضولي.

المفروض وجود المعلول بمجرد وجود علته، وعدم إمكان إهمال المعلول وهو الملكية الإنشائية. وحيث إنّ هذه الملكية هي الملكية المرضية للمالك الممضأة شرعاً فلا مانع من اعتبار الملكية الشرعية أيضاً من حين حدوث العقد.

ولا- غرو في كون الاعتبار متأخراً والمعتبر متقدماً، فإنّ الأمر الاعتباري الذي لا وعاء له إلا عالم الاعتبار يوجد في وعائه بنفس الاعتبار. فقد يكون زمان الاعتبار والمعتبر و متعلقة متّحدا كوجوب الصلاة عند الدلوک، فإنّ زمان الاعتبار والمعتبر- وهو الحكم- و زمان المتعلق وهو الصلاة واحد، لكون زمان جميعها- وهو الزمان المتخلل بين الزوال والغروب- متحداً.

وقد يكون زمان الاعتبار متقدماً و زمان المعتبر متأخراً، كالوصية، فإنّ الموصى يعتبر فعلاً مالكية الموصى له للمال بعد موته، فالإعتبار قبل الموت فعلي، والمعتبر وهو الملكية تعليلي، ولا يصير فعلياً إلا بعد الموت.

والفرق بين الوصية والواجب التعليلي هو: أن المعتبر- وهو الوجوب في الواجب التعليلي- فعلي، و متعلّقه أمر متأخر استقبالي، ولذا يجب تحصيل مقدمات الواجب



و النذر، و من المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلته إلا بعد الإجازة، فلا يجب الوفاء إلا بعدها. و من المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك (1) [1].

و ممّا ذكرنا (2) يعلم عدم صحّة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء

---

(1) إذ المفروض ترتيبه على وجوب الوفاء المتوقع على الإجازة. فقبل الإجازة لا ملك حتى تكشف هي عنه، لعدم وجود منشأ لانتزاعه و هو الحكم التكليفي.

(2) أي: و من تبعية الملك الشرعي للحكم الشرعي - و هو وجوب الوفاء - يعلم عدم صحّة الاستدلال - كما عن جماعة لكاشفية الإجازة - بدليل وجوب الوفاء بالعقود،

---

المعلّق، بخلاف باب الوصية، فإنّ المعتبر - و هو ملكية المال للموصى له فيه - غير فعلي و متأخر عن الاعتبار، لإناطته بالموت.

و قد يكون الاعتبار متأخراً و المعتبر متقدماً، فيعتبر في هذا الآن الملكية قبل شهر مثلاً. و مع إمكان هذا الاعتبار لا مانع من الالتزام بذلك في عقد الفضولي، و القول بحصول اعتبار الملكية حين تحقق عقد الفضولي بعد صدور الإجازة من المالك.

أقول: هذا الذي أفاده سيدنا الخويي قدّس سرّه - على ما في تقرير بحثه الشريف «1» - متين في نفسه. لكن تطبيقه في المقام مشكل، إذ المفروض دخل رضا المالك في اعتبار الملكية جزءاً أو شرطاً، فإذا كان اعتبار الملكية منوطاً برضاه، فكيف يصح اعتبارها في الأزمنة السابقة على رضاه؟ فإنّ لازم صحّة اعتبار الملكية في الزمان المتقدم على الرضا هو إلغاء دخل الرضا في اعتبار الملكية. و هذا خلاف ما فرضناه من دخل الرضا في اعتبارها بنحو من أنحاء الدخل، فيلزم تقدم الحكم على الموضوع، و هو في الاستحالة كتقدم المعلول على علته التكوينية.

[1] إذ الملكية بناء على ما أفاده قدّس سرّه منتزعة من الحكم التكليفي. و فيه بحث مذكور في الأصول.

---

(1) مصباح الفقاهة، ج 4، ص 141-143.

ص: 51

بالعقود، بدعوى (1) «أنّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد».

وقس (2) على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم وَاَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ فَإِنَّ (3) الملك ملزوم [1] لحلّية التصرف، فقبل الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصا (4)

---

وتقدّم الاستدلال بهذه الآية على الكشف في ما نقله عن جامع المقاصد والروضة وغيرهما.

(1) متعلق ب «الاستدلال» وتقريب له، و حاصله: أنّ الوفاء بالعقد الواقع من الفضولي بعد حصول الإجازة من المالك يتحقق بالالتزام بالنقل من حين وقوع العقد لا من حين الإجازة.

(2) هذا الكلام من المصنف قدّس سرّه، يعني: و قس على الاستدلال بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- على كاشفية الإجازة- ما لو كان دليل الملك عموم وَاَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ.

(3) هذا وجه عدم الاستدلال بآية أَوْفُوا و نظائرها، و حاصله: أنّ الملك يتبع التكليف و هو الحلّ الذي يتوقف على الإجازة، فقبل الإجازة لا- ملكية حتى تكون الإجازة كاشفة عنها، خصوصا مع العلم بعدم رضا المالك، فإنّه لا إباحة أيضا للتصرف، لانتفائها مع العلم بعدم الرضا، أو مع التردد في الفسخ و الإمضاء، إذ لا بدّ في جواز التصرف من إحراز الرضا.

(4) الوجه في الخصوصية واضح، إذ المستفاد من مثل «لا يحل لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» هو اعتبار إحراز الإذن بإظهاره بقول أو فعل. نعم لو علم رضا المالك بالتصرف فيما اشتراه من الفضولي أمكن القول بخروجه موضوعا عن عقد الفضولي، على ما تقدّم تفصيله في أوّل المسألة، أو القول بجواز التصرف للعلم برضاه. و أما إذا علم كراهته لما صنعه الفضولي أو علم تردده بين فسخه و إمضائه لم تبق ذريعة للتصرف في ماله، لكفاية حديث الحلّ في إثبات حرمة.

---

[1] الظاهر أن الأولى إبداله ب «لازم» بناء على ما تقدّم منه قدّس سرّه من أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي.

إذا علم عدم رضا المالك باطنا، أو تردده في الفسخ و الإمضاء.

و ثالثا (1): سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها [1] اللغوي و العرفي أعني جعل العقد السابق جائزا ماضيا،

(1) معطوف على قوله: «أولا: بأن الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد .. إلخ» و هذا ثالث الوجوه الثلاثة التي أجب بها عن ثاني أدلة الكشف المتقدم في (ص 16). و هذا الوجه الثالث ناظر إلى ردّ ثالث الأمور التي تألّف منها هذا الدليل.

و محصله: أنه- بعد تسليم كون مورد إمضاء الشارع العقد المجاز، و أنّ مفهوم الإجازة جعل العقد السابق ماضيا و نافذا من حين وقوعه، كما هو مقتضى كلام المحقق القمي: «و ليس إلّا نقل العوضين من حينه» و أنّ معنى الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه بمعنى ترتيب الأثر عليه من زمان صدوره من العاقد الفضولي- نقول: فيه أولا: أنّ الإجازة و إن كانت موجبة لنفوذ العقد السابق، لكنّها لا توجب نفوذه من حين وقوعه.

كما أنّ مفهوم القبول مع كونه رضا بمفهوم الإيجاب لا يوجب ترتب الأثر عليه من زمان الإيجاب.

و ثانيا: أنّه لو كانت الإجازة موجبة لنفوذ العقد من حين وقوعه، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الظهور، لكونه غير معقول، لاستحالة انقلاب الشيء عمّا وقع عليه، فإنّ عقد الفضولي لم يقع حين حدوثه مؤثرا، فكيف يصير مؤثرا بعد ذلك من زمان وقوعه؟

و بالجملة: فدلالة الاقتضاء تصرفه إلى ما يمكن الالتزام به من ترتيب آثار الملك على العقد المجاز كما سيتضح ذلك عند تعرض المصنف له.

[1] لا يخفى أنّ المستدلّ لم يدّع دلالة إجازة المالك على تأثير العقد من حين وقوعه، حتى يدلّ دليل الإمضاء على إمضاء ما يدلّ عليه الإجازة. بل ادّعى أنّ مضمون نفس العقد هو تأثيره من حين وقوعه. لا- أنّ مفهوم الإجازة ذلك، و وقع إمضاء الشارع على طبق مفهوم الإجازة. فجوابه حينئذ ما تقدّم سابقا من منع قيديّة الزمان للعقد.

نعم قوله: «سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك» و ارد على الاستدلال على الكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد هو الالتزام بالنقل من حين العقد.

بتقريب (1) أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي (2)، فإذا صار العقد بالإجازة (3) كأنه (4) وقع مؤثراً ماضياً، كان (5) مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب (6) الآثار من حينه (7)، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه (8). لكن نقول: - بعد الإغماض (9) عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً لا يوجب (10) كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي

(1) هذا التقريب هو مدعى القائل بالكشف، وقد تقدم آنفاً بقوله: «بدعوى أن الوفاء بالعقد، والعمل بمقتضاه .. إلخ».

(2) وهو النقل المجرد عن لحاظ زمان وقوعه.

(3) الباء للسببية، يعني: إذا صار العقد بسبب الإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً - بعد أن لم يكن في نفسه مؤثراً - كان مقتضى العقد المجاز ترتيب الآثار من حين وقوعه.

(4) جملة «كأنه وقع مؤثراً ماضياً» خبر قوله: «صار العقد».

(5) جواب الشرط في قوله: «فإذا صار» غرضه أن مؤثرية العقد من حين حدوثه ناشئة من الإجازة العارضة له، لما مر آنفاً من كون الزمان ظرفاً للعقد، لا قيده، و تقيده بالزمان نشأ من ناحية الإجازة الموجبة لكون العقد مؤثراً من زمان حدوثه.

(6) خبر قوله: «كان مقتضى».

(7) أي: من حين العقد، لأن الإجازة جعلته مؤثراً من حينه، على ما ادّعاه المستدلّ.

(8) أي: جعل العقد السابق المجاز ماضياً مؤثراً من حين صدوره من الفضولي.

(9) هذا إشارة إلى الجواب الأوّل الذي بيناه بقولنا: «فيه أولاً: أن الإجازة وإن كانت موجبة لنفوذ العقد السابق .. إلخ» وهو نقض الإجازة بالقبول، وقد تقدم تفصيله في (ص 34) عند مناقشة دليل الكشف، فراجع.

(10) خبر «أن مجرد» ووجه عدم الإيجاب هو: أن معنى الإجازة لغة و عرفاً ليس ترتب الأثر من حين العقد. كما أن العقد أيضاً ليس الزمان قيده له، و المفروض أن ترتب الأثر من حين وقوع العقد منوط بأحد الأمرين، و هما قيديّة الزمان للعقد، و دخله في مفهوم الإجازة لغة أو عرفاً.

ترتّب (1) الأثر من حين العقد، كما أنّ كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب وإمضاء له لا يوجب ذلك (2) حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل (3) - إنّ (4) هذا المعنى (5) على حقيقته (6) غير معقول، لأنّ (7) العقد الموجود على صفة عدم التأثير (8)

---

(1) خبر قوله: «كون مقتضى».

(2) أي: لا يوجب ترتب آثار العقد من حين الإيجاب، بأن تكون الملكية مثلا حاصلة من الإيجاب.

(3) لعلّه إشارة إلى الفرق بين الإيجاب الملحق به القبول، وبين العقد الملحق به الإجازة، حيث إنّ الإيجاب المجرد عن القبول لا يحصل به الأثر كالملكية. بخلاف العقد، فإنّه صالح لذلك، غاية الأمر أنّه مشروط بإجازة المالك.

وإن شئت فقل: إنّ الإيجاب كالقبول جزء المقتضى، والعقد مقتضى للتأثير، والإجازة شرط له.

(4) مقول لقوله: «لكن نقول بعد الإغماض» وهذا إشارة إلى الجواب الثاني الذي تقدم بقولنا: «وثنانيا: أنّه لو كانت الإجازة موجبة لتنفيذ العقد.. إلخ» وهذا الامتناع الثبوتي هو المقصود بيانه في الإيراد الثالث، كما أشرنا إليه (في ص 47) من استحالة الانقلاب.

(5) وهو ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه.

(6) وهي ترتب الأثر - كنفس الملكية - على العقد، وهو الكشف الحقيقي، لا ترتب أثر الملكية وحكمها وهو الكشف الحكمي على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

---

(7) تعليل لعدم معقولية ترتب أثر العقد عليه حقيقة حين صدوره من العاقد الفضولي، ومحصل وجه عدم المعقولية هو: خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإنّ المفروض وقوع العقد غير مؤثر، فكيف ينقلب إلى المؤثرية من حين وقوعه؟ وليس ذلك إلاّ التناقض، إذ مقتضى ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه بعد تحقق إجازة المالك له كون العقد حين وقوعه مؤثرا وغير مؤثر، وهذا تناقض مستحيل.

(8) خبر قوله: «لأن العقد» وجه الاستحالة عدم وجود شرط التأثير - وهو رضا المالك - حين وقوع العقد.

يستحيل لحوق صفة التأثير له (1)، لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه (2). فإذا (3) دلّ الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه غير المعقول، فلا بدّ (4) من صرفه بدلالة الاقتضاء (5) إلى (6) إرادة معاملة العقد [1] بعد الإجازة معاملة (7) العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة،

---

(1) أي: للعقد، بأن يتصف بالسببيّة التامة- من زمان وقوعه- بلحوق الإجازة.

(2) من عدم كونه مؤثراً، لفقدان شرط تأثيره وهو رضا المالك الأصلي.

(3) هذه نتيجة الاستحالة المزبورة، وحاصل ذلك: أنّه مع فرض دلالة دليل إمضاء إجازة المالك على هذا الوجه المستحيل، فلا بدّ- صونا لكلام الحكيم عن اللغوية- من صرف هذه الدلالة إلى ترتيب آثار صحة العقد- مثل أحكام الملك- بقدر الإمكان، لا البناء على ثبوت نفس الملك.

و مراد المصنف قدّس سرّه بالدليل هو الأدلة الخاصة مثل صحيحة محمد بن قيس وأبي عبيدة الآتيتين في (ص 66 و 70) و ظاهرهما الكشف الحقيقي، و ترتب البيع والنكاح على العقدین الفضوليين. و يتعيّن صرفهما عن ظاهرهما إلى ترتيب خصوص ما يمكن ترتيبه على العقد، لا جعل نفس العقد سبباً تامّاً من حين وقوعه.

(4) جواب الشرط في قوله: «فإذا دلّ».

(5) وهي التي تلجئنا إلى صرف الدليل عن ظاهره المستحيل إلى معنى يمكن الالتزام به، وهو ما عرفته من ترتيب آثار الملك- لا نفسه- بمقدار الإمكان.

(6) متعلق ب «صرفه».

(7) مفعول به ل «إرادة».

---

[1] بل لا بد من طرحه و الرجوع إلى القواعد، لأنّ الظاهر لا يصادم حكم العقل الضروري. لا حملة على معنى، فإنه حمل تبرعي خارج عن طريقه الاستدلال. فاستظهار الكشف الحكمي من عدم معقولية ترتب الأثر على العقد من زمان وقوعه مشكل جداً.

و لا يمكن أن يكون الحمل التبرعي الناشئ عن عدم معقولية ظاهر الدليل دليلاً على الكشف الحكمي، هذا.

فإذا (1) أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك (2)، ووقع (3) النماء في ملكه.

و الحاصل (4): أنه يعامل بعد الإجازة معاملة (5) العقد الواقع مؤثراً من حينه (6) بالنسبة إلى من أمكن من الآثار (7).

---

(1) هذا بيان لترتيب الآثار الممكنة.

(2) لتوقف انتقال الملك عنه إلى غيره على إجازته التي لم تكن حاصلة حين العقد.

هذا تمام ما أفاده المصنف في الإيراد الثالث على ثاني دليلي الكشف، و غرضه فيما يأتي تقريب الكشف الحكمي الذي قال به أستاذه شريف العلماء المازندراني قدس سره.

(3) و لو قال: «و وقوع النماء» لكان أحسن، ليكون معطوفاً على «أصل» من عطف المفرد على المفرد.

(4) يعني: و حاصل المعنى الذي تقتضيه دلالة الاقتضاء- التي هي قرينة عقلية على صرف دليل الإمضاء شرعاً عن ظاهره المستحيل - هو تنزيل العقد الذي لم يكن مؤثراً حين وقوعه منزلة العقد المؤثر من زمان حدوثه في الآثار التي يمكن ترتيبها، كالحكم بأن النماءات الحاصلة- بين زمني حدوث العقد و صدور الإجازة من المالك الأصيل- إن كانت نماءات المبيع فهي للمشتري، و إن كانت نماءات الثمن فهي للبائع.

و إن كانت نفس الثمن و الثمن باقيتين على ملك البائع و المشتري إلى زمان صدور الإجازة.

و لذا لو تصرف مالك المبيع في ماله ببيعه من شخص آخر أو هبته له أو وقفه، كان صحيحاً و موجباً لردّ العقد الفضولي، و هذا دليل على بقاء رتبة المال على ملكه.

و لكنه لو لم يتصرف فيه بهذا النحو و التفت إلى وقوع عقد عليه فضولاً و أجازته، أمكن الالتزام بالكشف الحكمي أي ترتيب بعض آثار صحة العقد دون بعض. و هذا المعنى من الكشف معقول ممكن في نفسه، و لكن الالتزام به منوط بمساعدة الدليل عليه.

(5) مفعول مطلق نوعي لقوله: «يعامل».

(6) أي: من حين العقد.

(7) كالنماءات التي توجد في المدة المتخللة بين زمني وقوع العقد و صدور الإجازة كما مرّ آنفاً.

و هذا (1) نقل حقيقي (2) في حكم الكشف من بعض الجهات (3)، وستأتي الثمرة بينه (4) وبين الكشف الحقيقي (5). ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف (6) إلا الأستاذ شريف العلماء قدّس سرّه فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته.

وإلا فظاهر كلام الفائلين بالكشف أنّ (7) الانتقال في زمان العقد، ولذا (8)

---

(1) يعني: أنّ معاملة عقد الفضولي بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا و ماضيا- من حين وقوعه- نقل حقيقي، إذ المفروض حصول الملكية بالنسبة إلى كل من العوضين بالإجازة، وبقاء كل من المالكين على ملك صاحبه حتى تصدر الإجازة.

(2) لما مرّ من توقف انتقال كل من المالكين عن مالكة إلى الآخر على الإجازة، وهذا نقل حقيقي.

(3) للحكم بانتقال نماء المثلث إلى المشتري، و نماء الثمن إلى البائع قبل الإجازة، ونشأ هذا التفكيك بين العين و النماء من اقتضاء الأدلة الخاصة للقول بالكشف، و ليس هذا كشفا حقيقيا، وإنما هو حكمي.

(4) أي: بين هذا النقل الحقيقي الذي هو بحكم الكشف، و سيأتي بيان الثمرة في (ص 77).

(5) و هو الكشف عن وقوع الملك و آثاره للمشتري، و كذا للبائع من حين وقوع العقد، بعد صدور الإجازة من المالك الأصلي.

(6) و هو الكشف الحكمي الذي هو نقل حقيقي و كشف حكمي.

(7) خبر قوله: «فظاهر» أي: الانتقال مطلقا، من نفس العوضين و نماء اتها، و هو الكشف الحقيقي، لا انتقال خصوص نماء اتها المتخللة بين زمني صدور العقد و الإجازة، و انتقال العينين بعد الإجازة الذي هو الكشف الحكمي. و ظاهر كلمات القائلين بالكشف هو الكشف الحقيقي الذي تقدّم امتناعه ثبوتا و إثباتا.

(8) أي: و لأجل ظهور كلمات القائلين بالكشف في الانتقال من زمان صدور العقد، عنون العلامة قدّس سرّه الخلاف بينهم في الكشف و النقل بقوله: «و في وقت الانتقال إشكال، و يترتب النماء» «1»، فإنّ هذا العنوان ظاهر في إرادة الكشف الحقيقي، لأنّ انتقال العين

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19، طبعة مركز مؤسسة النشر الإسلامي بقم المقدسة.



عنوان العلامة رحمه الله في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: «و في زمان الانتقال إشكال» فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال (1).

## [كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة]

### إشارة

وقد تحصيل ممّا ذكرنا (2): أنّ كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة [1] قال بكلّ منها قائل:

ونماءها إنّما يتّجه بناء على الكشف الحقيقي.

(1) غرضه: أنّ النزاع في زمان الانتقال يكشف عن كون مرادهم بالكشف هو الكشف الحقيقي، لأنّ انتقال ملك العينين ونمائهما في زمان صدور العقد لا ينطبق إلا على الكشف الحقيقي، فمن قال به جعل زمان الانتقال زمان العقد، و من قال بالنقل جعله زمان الإجازة.

(2) أي: في حكم الإجازة بقوله: «أمّا حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتّفاقهم على توقفها على الإجازة.. إلخ» إلى هنا. حيث إنّ تعرّض لنقل أدلة ثلاثة على الكشف، و ناقش في اثنين منها بالتفصيل، و في أثناء الإيراد على الدليل الأول تعرّض للكشف الحقيقي بمناط شرطية التعقب الذي التزم به جماعة. و في ذيل الإيراد الثالث على الدليل الثاني تعرّض لكلام أستاذه الشريف من القول بالكشف الحكمي.

و يتحصّل من المجموع وجوه ثلاثة من القائلين بالكشف.

أحدها: المشهور، و هو الكشف الحقيقي.

و ثانيها: قول جماعة من معاصري المصنف وغيرهم، و هو الكشف التعقب.

و ثالثها: الكشف الحكمي، و هو المعزّي إلى المحقق شريف العلماء

[1] بل خمسة:

أحدها: الكشف الحقيقي المعتمد على شرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر. و هو المنسوب إلى المشهور كما في المتن.

ثانيها: الكشف الحقيقي المعتمد على شرطية وصف التعقب، بزعم كونه شرطاً مقارناً للعقد. و قد ذهب إليه جمع من المحققين كصاحب الفصول و أخيه و المحقق النائيني قدّس سرّه.

ثالثها: الكشف الحقيقي المعتمد على كفاية الرضا التقديري، بمعنى: أنّ المالك

ص: 59

لو التفت لكان راضيا، و الإجازة كاشفة عنه ككشف شاهد الحال عنه. وقد ذهب إليه المحقق الرشدي في كتاب الإجازة.

وهذه الوجوه الثلاثة مشتركة في دلالتها على انتقال المال عن مالك العوض حين تحقق العقد.

رابعها: الكشف الحقيقي الانقلابي المعتمد على كون الإجازة رضا بمضمون العقد، و تأثيره من حين صدوره بناء على دخل الزمان في مضمون العقد، و تقييد النقل به.

ولا- محذور فيه إلا محذور الانقلاب، فإنّ الشيء الزماني لا يمرّ عليه الزمان مرّتين حتى يتصف تارة بصفة التأثير و اخرى بصفة عدم التأثير.

ولكن فيه ما سيجيء إن شاء الله تعالى.

و هذا الوجه يفترق عن الوجوه الثلاثة المتقدمة في أنّها توجب الانتقال حين حدوث العقد قبل تحقق الإجازة. بخلاف هذا الوجه الرابع، فإنّ الانتقال فيه يكون بسبب الإجازة، فقبل الإجازة يكون كل واحد من العوضين باقيا على ملك مالكة الأصلي، و بسبب الإجازة تنقلب الملكية، و تنتقل ملكية العوض إلى من اشتراه من حين العقد. و بهذه المناسبة يسمّى بالكشف الانقلابي.

وقيل: إنّ هذا الكشف يستفاد من ثاني أدلة الكشف الذي نقله المصنف في (ص 16) بقوله: «و بأن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، و ليس إلا نقل العوضين من حينه».

خامسها: الكشف الحقيقي الذي يظهر من عبارة الجواهر، و هو: أنّ الشرط نفس الإجازة و إن كانت متأخرة، لأنّ امتناع تأخر الشرط عن المشروط في العلل العقلية لا يقتضي امتناعه في العلل الشرعية.

وبعبارة أخرى: لا يراد بالشرط الشرعي معناه الاصطلاحي.

سادسها: الكشف الحقيقي، و جعل الإجازة طريقا و واسطة في العلم بحصول النقل، من دون دخل للإجازة في تأثير العقد في النقل.

و إن شئت فقل: إنّ الإجازة أمانة و علامة على حصول النقل. و قد نسب هذا القول

إلى صاحب الكرامة قدّس سرّه حيث جعل الإجازة شرطاً للعلم بانتقال المال، لا شرطاً لنفس الانتقال، قال قدّس سرّه: «إنّ العقد سبب تام مع الإجازة وإن تأخّرت عنه فعلاً، فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه .. وفي جامع المقاصد ما يشير إلى هذا الجواب» (1).

و احتمله بعض معاصريه أيضاً في شرحه على اللمعة من أن الإجازة تكون نظير التبادر علامة كاشفة عن وضع اللفظ للمعنى المتبادر منه، و كعلامات البلوغ (2).

و أشار إلى هذا القول في الجواهر أيضاً، فراجع (3).

و الظاهر رجوع هذا الوجه السادس إلى الوجه الثالث، بل هو عينه.

و عليه فتكون الإجازة طريقاً إلى العلم بتحقيق النقل من دون دخل ثبوتي فيه.

و إن شئت فقل: إنّ الإجازة علة للعلم بحصول النقل.

لكن الحق بطلان هذا القول، لأنّ مقتضى مثل قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مَسْلَمٍ إِلَّا بَطِيْبٍ نَفْسِهِ وَ غَيْرَهُمَا مِنْ الْأَدْلَةِ دَخَلَ الرِّضَا فِي الْحَلِّ، وَ عَدَمُ كَوْنِهِ مَجْرَدَ عِلْمَةٍ.

سابعها: الكشف الحكمي، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان. هذا تمام الكلام في مقام الثبوت.

و أمّا مقام الإثبات، فيبحث فيه تارة عما يقتضيه الأدلة العامة، و اخرى عمّا تقتضيه الأدلة الخاصة.

أمّا البحث الأوّل فمحصّله: أنّ العمومات «ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ وَ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ إِلَّا بَطِيْبٍ نَفْسِهِ» و نحوها- الظاهرة في شرطية الرضا في صحة المعاملة- تقتضي ناقلية الإجازة الكاشفة عن الرضا و طيب النفس، حيث إنّ العناوين المأخوذة في

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 190.

(2) شرح اللمعة (مخطوط) للشيخ جواد ملاً كتاب. و هو من تلامذة الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدّس سرّهما.

لاحظ: الذريعة، ج 14، ص 47.

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 288.

## [أحدها:- وهو المشهور - الكشف الحقيقي و التزام كون الإجازة فيها شرطا متأخرا]

أحدها:- وهو المشهور - الكشف الحقيقي (1)، و التزام كون الإجازة فيها (2)

(1) وهو- كما تقدم آنفا- كشف الإجازة عن تأثير العقد من حين وقوعه، و حصول الملك من زمان تحققه.

(2) أي: في كاشفيتها. وقوله: «و التزام» معطوف على «الكشف».

الخطابات الشرعية ظاهرة عرفا في الفعلية، دون التقديرية التي هي معدومة حال إنشاء المعاملة، و دون الطريقية و الأمارية، لظهور العناوين في الموضوعية.

و عليه فصحة المعاملات الفضولية منوطة بطيب النفس فعلا، و مع هذه الإنابة لا محيص عن الالتزام بناقلية الإجازة.

و أمّا البحث الثاني - وهو مقتضى الأدلة الخاصّة - فيرجع فيه إلى ما أفاده المصنف قدّس سرّه، فلاحظ.

أقول: لا يبعد استفادة قاعدة كلية من عزل الإرث للجارية بعد بلوغها و حلفها كما في صحيح أبي عبيدة الذي سيشير إليه في المتن. و كذا من عزل الإرث للحمل.

و المراد بتلك القاعدة هو جعل الاحتياط في كلّ مورد وجد فيه مقتضى الحكم الشرعي التكليفي كوجوب الحج، و الوضعي كملكية المال في الإرث، أو في حيازة المباحات، كما إذا حجّر أرضا ميتة، فإنّ احتمال إحيائها الموجب لمليتها أوجب له حقّ الاختصاص، بحيث يحرم على غيره مزاحمته في ذلك.

و كذا في الاستطاعة المالية إذا كان للمستطيع مانع عن الحج مباشرة، و لو كان غير المرض الذي لا يرجى زواله، فإنّه يجب عليه الاستنابة.

و الحاصل: أنّ وجود المقتضي للحكم مع احتمال حصول شرطه يوجب الاحتياط.

و هذا مقدّم على أصالة عدم المانع، و إن كانت قاعدة المقتضي و المانع حجة. كما أنّ هذا الاحتياط يقدّم على أصالة عدم الإجازة في باب عقد الفضولي. و لا غرو في تشريع الاحتياط في موارد وجود المقتضي للحكم مع احتمال حصول شرطه، كما شرّع في الموارد الثلاثة الدماء و الأعراض و الأموال.

شرطاً متأخراً (1). ولذا (2) اعتراضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة: «بأن الشرط لا يتأخر» (1) (3).

### **[الثاني: الكشف الحقيقي، والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة]**

الثاني: الكشف الحقيقي، والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة (4) فرارا [1] عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط،

(1) إذ الالتزام بدخل الإجازة في الملكية- مع فرض تأثير العقد من حين وقوعه- يوجب لا محالة كون الإجازة شرطاً متأخراً.

(2) أي: ولأجل كون الإجازة في الكشف الحقيقي شرطاً متأخراً اعترض عليهم المحقق الخوانساري قدس سره.

(3) وجه عدم تأخر الشرط عن المشروط هو كون الشرط من أجزاء علته التي يكون تقدمها رتبة على المشروط من البديهيات.

ثم إن العبارة المذكورة في المتن نقل بالمعنى، إذ الموجود في حاشية الروضة معترضاً على الشارح هو قوله: «لا يخفى أنه إذا اعترف بأنّ رضا المالك من الشرائط، فإذا حصل عمل السبب التام أثره، فيلزم أن لا يتحقق أثره- وهو نقل الملك- إلا عند حصوله. وهذا دليل على نقيض ما رامه. وكأنه زعم أنّ الشرط ما يتوقف عليه التأثير، ولكن ليس جزء المؤثر، بل تحققه يوجب تحقق تأثير السبب في وقت وإن كان قبل تحقق الشرط بخلاف الجزء، فإنه لا بدّ من مقارنته ومدخليته في التأثير. وهذا كما ترى .. إلخ».

(4) هذا هو الفارق بين هذا الكشف والكشف الحقيقي المتقدم، بعد اشتراكهما في ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه. وحاصل الفرق بينهما هو: أنّ الشرط في الكشف الحقيقي الأول نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر، وفي الكشف الحقيقي الثاني وصف التعقب الذي هو شرط مقارن لا متأخر، على ما قيل.

[1] قد عرفت في (ص 13 و 27) أنّ جعل الشرط وصف التعقب- فرارا عن محذور الشرط المتأخر- ليس بسديد، لأنّ وصف التعقب لا يعرض العقد إلا بعد صدور الإجازة من

(1) حاشية الروضة، ص 358 وهو موجود في هامش الروضة طبعة عبد الرحيم، ج 1، ص 312

و التزم (1) [1] بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

### [الثالث: الكشف الحكمي]

الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان (2)، مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة.

وقد تبين من تضاعيف كلماتنا (3) أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل (4).

---

(1) الملتزم به صاحب الجواهر، و تقدم نصّ كلامه في (ص 31). إذ مراده من قوله:

«كفى ذلك في ترتب الآثار الآن عليه» هو مثل جواز تصرف الأصيل في ما اشتراه من الفضولي، بعد العلم بلحوق إجازة المالك.

(2) كانتقال النماء إلى المشتري حين العقد بعد صدور الإجازة، وإن كان أصل ملك العين قبل الإجازة للمالك، فانتقال النماء يكون من حين العقد، وانتقال العين بعد صدور الإجازة.

(3) أي: من ردّ دليل المحقق الثاني قدس سره في كاشفية الإجازة، و من ردّ من استدلّ على القول بالكشف بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و آية أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ.

(4) أي: النقل الحقيقي، و ذلك لأنّ مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» و «التجارة عن تراض» و عموم «عدم حلّ مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه» و نحوها من

---

المالك، ضرورة أنّ التعقب من الأمور المتضافية، و من المعلوم تكافؤ المتضافين قوة و فعلا، فلا يتصف العقد فعلا بكونه متعقبا بالإجازة إلا بعد صدورها من المالك. كما أنّ الإجازة لا تتصف بكونها متأخرة عن العقد إلا بعد صدورها منه.

[1] هذا الالتزام وجيه بناء على كون وصف التعقب الذي جعل شرطا حاصلا للعقد حين تحققه بحيث يكون شرطا مقارنة له.

لكنه ليس كذلك، لما تقدّم في التعليقة السابقة وغيرها، فلاحظ. و مجرد العلم بحصول الإجازة فيما بعد لا يوجب فعلية التعقب و كونه وصفا مقارنة للعقد، بل يوجب العلم باتصاف العقد فيما بعد بهذا الوصف. و هذا لا يكفي في جواز التصرف فعلا، لعدم تحقق الشرط و هو التعقب الذي أنيط به تأثير العقد في النقل و الانتقال.

ثم بعده الكشف الحكمي (1).

وأما الكشف الحقيقي - مع كون نفس الإجازة من الشروط (2) - فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال (3). ولذا (4) استشكل فيه العلامة في القواعد، ولم يرجّحه (5) المحقق الثاني في حاشية الإرشاد، بل عن الإيضاح اختيار خلافه (6) تبعاً للمحكّي عن كشف الرموز (7) (1).

الأدلة هو دخل الرضا في الحلّ، فبدونه لا يحلّ التصرف في مال الغير. ومع دخل الرضا في صحة المعاملة كيف يحكم بكون الإجازة معرّفة لتامة المعاملة؟ والمفروض أنّ تماميتها منوطة بالرضا.

(1) جمعاً بين ما دلّ على ترتيب أحكام النقل والانتقال قبل صدور الإجازة من المالك، وبين ما دلّ على شرطية الرضا في الانتقال، الموجبة لتوقفه على وجود الرضا، فيقال: بترتب أحكام النقل قبل الإجازة، وحصول النقل بعد الإجازة.

(2) أي: من شروط العقد على حدّ سائر الشروط.

(3) لأنّ الإجازة حينئذ من أجزاء العقد الذي هو عدّة للنقل والانتقال، ولا بدّ من تقدم أجزاء العلة على المعلول، فكيف يمكن حصول المشروط قبل وجود شرطه؟

فإشكاله إشكال الشرط المتأخر.

(4) أي: ولأجل أنّ إتمام الكشف الحقيقي بالقواعد مشكل استشكل العلامة قدس سره في الكشف في القواعد «2»، لقوله فيها: «و في زمان الانتقال إشكال» وكذا لم يرجّح الكشف المحقق الثاني قدس سره في حاشية الإرشاد «3».

(5) وإن رجّحه في جامع المقاصد.

(6) أي: خلاف الكشف، وهو النقل، وتقدم كلامه في (ص 7) فراجع.

(7) حيث إن الفاضل الأبّي جعل الإجازة عقداً مستقلاً ومستأنفاً، بناء على إرادة

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 420، كشف الرموز، ج 1، ص 445-446، والحاكمي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص

189

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19

(3) حاشية الإرشاد، مخطوط، الورقة 219.





وقوّاه (1) في مجمع البرهان «1»، و تبعهم كاشف اللّثام في النكاح «2».

هذا (2) بحسب القواعد و العمومات.

و أمّا الأخبار (3)، فالظاهر من صحيحة محمّد بن قيس (4) الكشف، كما صرّح به في الدروس «3»، و كذا (5) الأخبار التي بعدها.

---

النقل من هذا التعبير، و إلّا فظاهره قول ثالث مقابل الكشف و النقل، و تقدم تفصيله في بيع الغاصب لنفسه، فراجع «4».

(1) أي: و قوّى مختار صاحب الإيضاح المحقق الأردبيلي قدّس سرّه في شرح الإرشاد.

(2) أي: عدم القول بالكشف الحقيقي إنّما هو بحسب القواعد و العمومات الدالة على اعتبار الرضا و طيب النفس في التجارة.

(3) يعني: و أمّا بحسب الأخبار، فظاهر بعضها- و هو صحيحة محمّد بن قيس - الكشف.

(4) وجه ظهور الصحيحة في الكشف هو: أنّ الحكم بأخذ المشتري للولد بدون دفع قيمته إلى مالك الجارية يلائم تكوّن الولد في ملكه، لا في ملك سيّدها. و هذا ينطبق على الكشف، إذ على القول بالنقل يكون الولد لمالك الجارية، لأنّه نماء ملكه. و على المشتري دفع قيمة الولد إليه لو وطأ الجارية شبهة.

(5) معطوفة على «فالظاهر من صحيحة» و ضمير «بعدها» راجع إلى «صحيحة».

و قد تقدم ذكر هذه الأخبار- استدلالا و تأييدا و استيناسا- في اولى مسائل البيع الفضولي فراجع «5».

فمنها: ما دلّ على صحة نكاح الفضولي في الحرّ و العبد بعد لحوق الإجازة، فإنّها

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 159.

(2) تقدم تخريجه في ص 7، فراجع.

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 233

(4) هدى الطالب، ج 4، ص 569

(5) هدى الطالب، ج 4، ص 407 الى ص 468.

لكن لا ظهور فيها (1) للكشف بالمعنى المشهور (2)، فتحتمل الكشف الحكمي (3) [1].

ظاهرة في صحته من حين العقد، لا من حين الإجازة، كقوله عليه السلام في نكاح العبد: «فإذا أجاز جاز» أي: نفذ العقد.

ومنها: ما دلّ على تقسيم الربح بين ربّ المال وبين العامل في باب المضاربة إذا خالف العامل ما اشترط عليه- بناء على كونه من موارد الفضولي، وتوقف ملك ربّ المال للربح على إجازته، لا للتعبد على ما سبق تفصيله هناك- فإنّ ظاهره كون الإجازة كاشفة عن صحة معاملات العامل، وترتب الأثر عليها من حين وقوعها، وأنّ حصّة كل واحد منهما من الربح كانت له من حين ظهوره، وهو زمان البيع والشراء برأس المال، لا من حين الإجازة.

ومنها: ما ورد في اتجار غير الولي بمال اليتيم، بناء على حملها على صورة إجازة الولي حتى يندرج موضوعا في باب الفضولي. وتقريب الكشف كما تقدم آنفا. وهكذا سائر الأخبار الخاصة المذكورة في المسألة الأولى، فراجع.

(1) أي: في الأخبار المذكورة بعد صحيحة محمّد بن قيس.

(2) وهو الكشف الحقيقي المعتمد على شرطية نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر.

(3) لصلاحيّة ما ذكر فيها من الأحكام لكلّ من الكشف الحقيقي والحكمي.

[1] بل لا- يبعد الكشف الانقلابي. ولا يخفى أنه لا مانع من طروء عنوان على شيء وجد مجردا عن عنوان كعقد الفضولي، فإنّه وجد مجردا عن صفة المؤثرية، فيمكن حينئذ أن يطرء عليه عنوان كإجازة المالك الأصيل لهذا العقد، الموجبة لصيرورته مرتبنا بالمالك وعقدا له. وهذا العنوان يوجب كون العقد مؤثرا من حين وقوعه.

فالإشكال عليه تارة بعدم المعقولية «لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له» إلى آخر ما أفاده المصنف قدّس سرّه في (ص 55). و اخرى بلزوم اجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد، وهو ما بين زماني تحقق العقد و صدور الإجازة.

مندفع في الأوّل بما مرّت الإشارة إليه من أنّ الاستحالة المزبورة إنّما هي في

الأعراض الخارجية، لاستحالة انقلاب بياض الجسم الذي كان ملوّناً به من طلوع الفجر إلى الزوال مثلاً إلى السّواد في ذلك الزمان المتخلل بين طلوع الفجر و الزوال. لا في الأمور الاعتبارية التي منها الملكية، فإنّ للملكية أثراً حالياً واستقبالياً كما لا يخفى.

وفي الثاني بعد لزوم اجتماع المالكين، بل المالك واحد، وهو المميز إلى زمان الإجازة، وبسبب الإجازة ينقلب مالكيته الثابتة له فيما قبل الإجازة إلى مالكية شخص آخر، وهو المجاز له في ما قبل الإجازة، فإنّ اختلاف العناوين الطارئة على شيء يوجب اختلاف الاعتبار، فإنّ طروء الإجازة على العقد أوجب اعتبار المؤثرية له من حين وقوعه. ولا غرو في اختلاف الاعتبار الناشئ من اختلاف الطوارئ. فإنّ أجزاء العبادات كذلك، ضرورة أنّ أجزاء الصلاة مثلاً لا تتّصف حين وجودها بالجزئية، بل بعد وجود تمام الصلاة بشرائطها تتّصف بها، لأنّ جزئية كل من الأجزاء مشروطة بوجود الجزء الآخر. فالتكبير مثلاً لا تعنون بالجزئية إلاّ بعد الإتيان بسائر الأجزاء. وكذا سائر المركبات التدريجية الارتباطية كالحج.

ونظير ذلك الصوم، فإنّ المكلف إذا أمسك بدون نية الصوم، ثم نوى الصوم قبل الزوال في الواجب غير المعين، أو قبل الغروب في الصوم المندوب، كفى وإن لم يكن الزمان السابق على النية معنونا بعنوان الصوم، لكنّه صار معنونا بعنوانه بسبب النيّة المتأخّرة عنه.

ومن هذا القبيل ثبوت طهارة ماء أو ثوب في الساعة الأولى من النهار، مثلاً بقاعدة الطهارة، وقيام بينة بعد ذلك على نجاسته قبل الساعة الأولى من النهار، فإنّ الاستصحاب يقتضي نجاسته في الساعة الأولى، مع أنّه كان محكوماً فيها بالطهارة لقاعدتها. وليس اختلاف الحكم إلاّ لأجل اختلاف الطوارئ.

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الأوفق بالفهم العرفي هو الكشف الحقيقي الانقلاصي، إذ الإجازة تتعلق بمضمون العقد- وهو الانتقال حين وقوعه- وإن لم يكن زمان إنشاء العقد قيدياً له، بل كان ظرفاً له، لكن العرف يحكم بأن مضمون العقد والمسبب عنه كالمسببات الحقيقية المترتبة على أسبابها في المقارنة وعدم الانفكاك زماناً عن أسبابها. وهذا الحكم الارتكازي العرفي قرينة على حمل العمومات على تنفيذ عقد الفضولي المجاز من حين وقوعه.

---

(1) استدراك على ما أفاده آنفا من عدم دلالة الأخبار - المستدل بها على صحة البيع الفضولي - على خصوص الكشف الحقيقي، لاحتمال الكشف الحكمي فيها.

وأما صحيحة أبي عبيدة فظاهرة في خصوص الكشف الحقيقي، كما سيأتي ان شاء الله تعالى.

(2) وهي ما رواه أبو عبيدة، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية

---

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الأقرب من أقسام الكشف الحقيقي هو الانقلابي، لا الحكمي، إذ مع فرض عدم المعقولية يخرج عن العمومات خروج الفرد عن حيّز العموم، لا - أنه يحمل على النفوذ الحكمي، لأنّه تصرف غير عرفي في العام من دون قرينة عليه. هذا بالنسبة إلى العمومات.

وأما بالنسبة إلى الأخبار الخاصة، فرواية عروة - بعد فرض دلالتها على كون موردها عقد الفضولي - ظاهرة في الكشف الحقيقي، لا الانقلابي ولا الحكمي، لأنّه تصرفا خارجيا من قبض الدينار وإقباض الشاة، فهذا يناسب اعتبار الملكية قبل حصول الإجازة.

وهذا هو الكشف الحقيقي غير الانقلابي، كما لا يناسب الكشف الحكمي فضلا عن النقل.

وصحيحة محمّد بن قيس ظاهرة في الكشف من غير ظهور لها في أحد أقسامه، في مقابل النقل، لأنّه على تقدير النقل يلزم أخذ الولد الذي هو نماء ملك السيد الأوّل مجاناً، لعدم وقوع الوطي في ملكه حقيقة أو حكماً. كما لا تصير الجارية أمّ ولد، ولا يلحق به الولد، لأنه زان.

وصحيحة أبي عبيدة الواردة في نكاح الصغيرين - إذا مات أحدهما قبل أن يجيز الآخر - ظاهرة بل صريحة في الكشف، إذ لا معنى لناقلية الإجازة مع موت أحد الزوجين.

لكن لا يظهر أنّه أيّ قسم من أقسام الكشف.

وبالجملة: فلو لم يثبت كون الإجازة كاشفة بأنحاء الكشف المتقدمة، أو ناقلة، ووصلت النوبة إلى الأصل العملي، فمقتضى أصالة الفساد عدم ترتيب آثار صحة العقد إلا بعد الإجازة، وهذا ينطبق على ناقليتها، فإنّ استصحاب الملكية إلى زمان الإجازة جار بلا مانع، فمالكية المالك الأصل باقية إلى زمان الإجازة.

زوّجهما وليّان لهما، و هما غير مدرّكين؟ قال: فقال: النكاح جائز، أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ما تا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه، إن هو رضي.

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم يكن إدراك، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأنّها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية» (1).

و محصّل مدلول الصحيحة: أنّ أبا عبدة الحدّاء سأل الإمام أبا جعفر الباقر عليه الصلاة و السلام عن حكم تزويج الصغيرين بأن يزوّج وليّ الصغيرة صغيرا، فيقبل وليّه.

و للسؤال موردان يختلف حكمهما، فتارة يكون الوليّ هو الأب، و لا يتوقف تزويجه على إجازة الصبي أو الصبية بعد البلوغ، و اخرى يكون المزوّج وليا شرعا كالوصي و الحاكم الشرعي ممّن ليس له ولاية على نكاح الصغير. و المراد بالولي في صدر الرواية هو هذا بقرينة ذيل الرواية من نفوذ تزويج الأب.

و عليه فإذا زوّج الحاكم الشرعي مثلا طفلة من طفل، توقّفت صحته على إجازة كل منهما بعد بلوغه، فإن أجازاه فهو، و إن لم يجزه أحدهما بطل.

و من فروع المسألة أن يدرك الزوج قبل أن تدرك الزوجة الصغيرة، فأجاز الرجل العقد و مات. فأجاب عليه الصلاة و السلام بأنّه يجب عزل نصف المهر و حصّة الزوجة من الإرث، و ينتظر بلوغها، فإن ردّت العقد بطل النكاح، و لم يكن لها شيء من أموال الزوج و لا المهر. و إن رضيت بعقد النكاح الواقع حال صغرها طلب منها الحلف على أنّ الداعي إلى إظهار قبول النكاح هو الرضا بكونه زوجها لو كان حيّا لا الطمع في أمواله.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 527، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 1

الأمرة (1) بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات- للزوجة (2) غير المدركة حتى تدرك، و تحلف، ظاهرة (3) في قول الكشف (4).

فإن حلفت كان لها نصف المهر ونصيبها من الإرث، هذا.

و الشاهد في ظهور حكمه عليه الصلاة و السلام بعزل نصيبها- إلى أن تدرك و تجيز العقد الفضولي- في كون الإجازة كاشفة حقيقة، وأنّ الزوجة صارت مالكة للمهر، و تحققت زوجيتها حال العقد. مع أنّ موت أحد المتعاقدين قبل القبول مبطل للعقد.

و لولا كاشفية الإجازة لم يتجه أمره عليه السلام بالعزل مطلقا، بل كان اللازم تقييده بما إذا رضي ورثة الزوج بإفراز مقدار من أمواله حتى تبلغ زوجته الصغيرة، كي تجيز أو تردّ. فالأمر بالعزل بقول مطلق شاهد على أنّ الزوجة ورثت كسائر الورثة من زمان العقد، و هذا هو الكشف الحقيقي.

(1) هذا و «الواردة» نعتان للمبتدء و هو «صحيحة». و الأمر بالعزل يستفاد من الجملة الخبرية في مقام الإنشاء، و هي قوله عليه السلام: «نعم يعزل ميراثها».

(2) متعلق ب «عزل» و قوله: «حتى تدرك» قيد للعزل.

(3) خبر قوله: «صحيحة أبي عبيدة».

(4) أي: في الكشف الحقيقي المثبت للزوجية حين العقد، لأنّها هي التي توجب الإرث. و الاستدلال بهذه الصحيحة على الكشف الحقيقي منوط بمقدمتين:

الأولى: بقاء عموم قاعدة السلطنة على حالها، و عدم ورود تخصيص عليها، إذ لو قلنا بتخصيص هذا العموم لا يبقى مجال لاستظهار الكشف الحقيقي.

و بيانه: أنّ قاعدة الإرث المستفادة من قوله عليه السلام: «ما تركه الميت فلوارثه» تقتضي انتقال جميع أموال الزوج إلى ورثته الموجودين حال الموت، و هم ما عدا هذه الزوجة الصغيرة التي لم يعلم كونها زوجته واقعا. و مقتضى قاعدة السلطنة استقلال الورثة بجميع ما تركه الزوج، و عدم جواز مزاحمتهم فيه.

إلا أنّ صحيحة أبي عبيدة أمرت بعزل نصيب الزوجة من الميراث، إلى أن تدرك، فإن أجازت العقد كان لها نصيبها من الإرث، و إن ردّته كان المال المعزول

لسائر الورثة. وهذا الأمر بالعزل يحتمل فيه وجهان:

أحدهما: أن يكون تخصيصاً لعموم قاعدة السلطنة، بأن يقال: إنَّ المال المعزول ملك للورثة، إلاَّ أنَّهم محجورون عن التصرف فيه، نظير حجر الملاك عن أموالهم كالصبي والمجنون ونحوهما ممَّن لا سلطنة له على التصرف في ملكه. وبناء على هذا الاحتمال لا تصلح الصحيحة لإثبات الكشف، لفرض انتقال المال إلى الورثة بمجرد الموت، واستحقاق الزوجة لنصيبها بالإجازة لا يدلُّ على الكشف الحقيقي حينئذ، وإنَّما يجب على الورثة تسليم حصَّتها من الإرث، وهو يناسب الكشف الحكمي والنقل.

ثانيهما: أن يكون حرمة تصرف الورثة في حصة الزوجة - وهو المال المعزول - أجنبيًا عن تخصيص قاعدة السلطنة، لكونه من باب التخصُّص، بأن تتلقَّى الزوجة المهر - وحصَّتها من الإرث - من الزوج بمجرد موته، فلم ينتقل حصَّتها إلى الورثة بالموت، حتى يكون المنع من التصرف فيه تخصيصاً لقاعدة السلطنة. يعني: أنَّ الزوجة الصغيرة استحقَّت هذا المال المعزول من حين موت الزوج، فكأنَّها كانت زوجة كبيرة ورثت زوجها بموته.

وبناء على هذا الاحتمال تدلُّ الصحيحة على الكشف الحقيقي، لكشف الإجازة عن ثبوت الزوجية من زمان العقد، وترتب آثارها من حينه.

فإن قلت: بعد تكافؤ احتمالي التخصيص والتخصُّص في قاعدة السلطنة لا سبيل لاستظهار الكشف الحقيقي، لاحتمال الكشف الحكمي، بأن يكون الأمر بالعزل تخصيصاً في قاعدة السلطنة، فالمال بتمامه ملك الورثة، ولكنه يحرم عليهم التصرف في بعضه وهو حصة الزوجة، ولا معيَّن لاحتمال التخصُّص حتى يستفاد الكشف الحقيقي منه.

قلت: إنَّ عموم قاعدة السلطنة وإن كان قابلاً للتخصيص شرعاً كما خصَّص في موارد حجر الملاك، إلاَّ أنَّ المتعيَّن في المقام هو الالتزام بأنَّ منع الورثة عن المال المعزول خارج عن قاعدة السلطنة موضوعاً، وذلك لما قرَّره المصنف قدس سره في الأصول من حجية أصالة العموم في إحراز حال الفرد غير المحكوم بحكم العام، لو تردَّد أمره بين الخروج موضوعاً أو حكماً، وأنَّه يحكم على الفرد بخروجه تخصُّصاً عن العموم.



إذ (1) لو كان مال الميِّت قبل إجازة الزوجة باقية (2) على ملك سائر الورثة، كان (3) العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم. فإطلاق (4) الحكم بالعزل

و مثل له هناك بطهارة الغسالة، و دورانها بين تخصيص «كل نجس منجس» يعني أنها نجس غير منجس، و بين طهارتها واقعا و عدم مصداقيتها لخطاب «النجس منجس».

و بناء على هذا الأصل المقرّر يقال في المقام: إنّ الورثة ممنوعون من التصرف في المال المعزول، و هذا المنع مردّد بين كون المال لهم و حجرهم عنه حتى تخصّص قاعدة السلطنة. و بين كون المال أجنبيّا عنهم و أنّه للزوجة، فحرمة تصرفهم فيه ليس للحجر، بل لعدم كونه مملوكا لهم. و يتعيّن الاحتمال الثاني، لحجية أصالة العموم لإحراز حال الفرد، هذا.

المقدّمة الثانية: إلغاء احتمال خصوصيّة المورد، فإنّ الصحيحة و إن دلت على الكشف الحقيقي، لكن يحتمل اختصاصه بموردها و هو نكاح الصغيرة، أو مطلق النكاح.

فالتعدّي منه إلى العقود المالية الفضولية منوط بإسقاط خصوصية المورد، إمّا لمساواتهما ملاكا، و إمّا لأهميّة الأعراض من الأموال.

و هذه المقدمة الثانية و إن لم يصرّح بها في المتن، لكنها تستفاد من نصوص نكاح العبد و غيره مما تقدّم في أدلّة صحّة البيع الفضوليّ، فراجع.

(1) هذا تقريب دلالة الصحيحة على كاشفية الإجازة، و حاصله: أنّه لو كان مال الميِّت باقيا على ملك سائر الورثة قبل الإجازة- كما هو مقتضى ناقلية الإجازة- كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، إذ للورثة المنع عن هذا العزل.

(2) كذا في النسخ، و المناسب «باقيا»، لكونه خبر «مال».

(3) جواب الشرط في قوله: «لو كان».

(4) هذا منشأ الحكم بكاشفية الإجازة كشفا حقيقيا، و حاصله: أنّ إطلاق الحكم بالعزل و عدم تقييده برضا الورثة و إذنهم- مع حفظ عموم قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، و عدم تخصيصه- يقتضي أن يكون العزل لاحتمال صحة النكاح و صيرورة الصغيرة زوجة من حين وقوع العقد، و واردة في الواقع كما هو مقتضى الكشف الحقيقي.

منضمًا (1) إلى عموم الناس مسلّطون على أموالهم [1] يفيد (2) أنّ العزل لاحتمال كون الزوجة المدركة وارثة في الواقع، فكأنّه (3) احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل (4) وجعله (5) أكثر ما يحتمل.

---

فهذا الاحتمال أوجب الاحتياط في الأموال، وحكّمه على أصالة عدم الإجازة المقتضية لعدم تحقق الزوجية.

وهذا العزل نظير عزل نصيب الحمل في الزوجة الحامل التي مات زوجها، فإنّه يحتاط في الإرث، ويعزل للحمل نصيب ذكّرين احتياطاً، على التفصيل المحرّر في كتاب الميراث.

(1) حال ل «إطلاق» يعني: مع التحفظ على عموم قاعدة السلطنة، وعدم تخصيصه بهذه الصحيحة. والوجه في عدم التخصيص عند دوران الأمر بينه وبين التخصّص ما تقرّر في الأصول من حجّية أصالة العموم لإحراز حال الفرد غير المحكوم بحكم العام.

(2) خبر قوله: «فإطلاق»، وقوله: «لاحتمال» خبر: «ان العزل».

(3) أي: فكأنّ العزل احتياط في الأموال.

(4) المماثلة تكون في مراعاة الاحتمال، فكما أنّ احتمال تولد الحمل حيّاً أوجب الاحتياط بعزل نصيب ذكّرين له من تركة الميت، فكذلك احتمال حصول الزوجية في المقام أوجب الاحتياط بعزل نصيب الزوجية حتى يتبين الحال.

(5) معطوف على «عزل» أي: وكجعل نصيب الحمل أكثر من نصيب ذكر، حيث

---

[1] مخالفة قاعدة السلطنة منوطة بدخول المال المعزول في ملك الورثة، حتى يكون تلقّي الزوجة لنصيبها منهم مخالفاً لقاعدة سلطنتهم على أموالهم. وأمّا بناء على عدم دخوله في ملكهم فلا يلزم إلّا مخالفة قاعدة «ما تركه الميت فلوارثه».

هذا مضافاً إلى منافاة استظهار الكشف الحقيقي من هذه الصحيحة لما تقدّم منه في (ص 55) من كونه غير معقول، فلا بدّ من توجيه الصحيحة على الوجه المعقول، وهو الكشف الحكمي أو الانقلابي.

وإلى: أن مبنى الكشف الحقيقي هو التحفظ على عموم قاعدة السلطنة. مع أن المبنى ممنوع، كما قرر في الأصول.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته (1) و النقل، فنقول:

[الثمره بين قسيمي الكشف الحقيقي]

أمّا الثمرة على الكشف الحقيقي (2) بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها، و لحوقها له، فقد (3) يظهر في جواز تصرف كلّ منهما (4) فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم (5) إجازة المالك

إنّه يعزل له نصيب ذكرين كما مرّ آنفاً.

وقد تحصّل ممّا أفاده المصنف في المقام الأول: دلالة صحيحة أبي عبيدة على الكشف الحقيقي، هذا.

الثمره بين أنحاء الكشف

(1) الثلاثة المتقدمة في مقام الثبوت. و هذا شروع في المقام الثاني، و هو ثمرة القولين، و لكنّه بين أولاً الثمرة بين أقسام الكشف، ثم بين الكشف و النقل. فتارة يبحث عن الثمرة بين قسيمي الكشف الحقيقي، و أخرى بين الكشف الحقيقي و الحكمي، و ثالثة بين الكشف و النقل، فهنا جهات ثلاث.

الثمره بين قسيمي الكشف الحقيقي

(2) هذه هي الجهة الأولى، و هي الثمرة المختصة بكلا قسيمي الكشف الحقيقي المذكورين في المتن، و هما: كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة. و تظهر الثمرة بينهما في جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد بناء على شرطية التعقّب، و عدم الجواز بناء على شرطية نفس الإجازة بوجودها الخارجي حتى مع العلم بصدور الإجازة من المالك فيما بعد.

(3) جواب «أمّا» و التعبير ب«قد»- الظاهر في التقليل- إنّما هو لاحتمال كون التعقّب وصفا للعقد مطلقاً، أو حين حصول الإجازة، أو العلم بتحققها فيما بعد. و إلا فمع توقف وصف التعقّب على وجود الإجازة خارجاً تنتفي الثمرة بين شرطية نفس الإجازة و شرطية التعقّب، لعدم حصول شرط الملكيّة- و هو الإجازة أو التعقّب- حتّى يجوز التصرف.

(4) أي من المتعاقدين.

(5) كما صرّح به صاحب الجواهر في عبارته المتقدمة في (ص 31).



(1) لا تخلو العبارة من قصور، فلا بد أن ينضمّ إلى المتن جملة «بناء على الثاني دون الأوّل».

أقول: إنّ ترتب هذه الثمرة على القسمين المذكورين منوط بكون وصف التعقب ثابتاً للعقد بنحو الشرط المقارن. وهذا مشكل كما ذكرناه في التعليقة.

وعليه فالإجازة و التعقب بوزان واحد من حيث الشرطية. فالملكية التي هي موضوع جواز التصرف منوطة بوجود الإجازة خارجاً، سواء أ كان الشرط نفس الإجازة أم التعقب، لحصول كليهما بصدور الإجازة.

فالمتحصل: عدم جواز التصرف قبل وجود الإجازة مطلقاً، سواء أ كان الشرط

[1] ينبغي أن يقال: إنّ الكشف الحقيقي تارة يكون بشرطية التعقب بالإجازة، مع الالتزام بكون التعقب وصفاً مقارناً للعقد. فالعلم بحصول الإجازة فيما بعد علم بتحقق الشرط فعلاً، وهو التعقب، والعلم به علم بالمشروط فعلاً وهو الملكية، فيجوز التصرف حينئذ أي قبل حصول الإجازة، لفعالية الشرط الموجبة لفعالية المشروط.

و أخرى يكون بشرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه. ووزان هذه الصورة وزان شرطية التعقب في فعالية الشرط و المشروط، إذ مع فرض جواز الشرط المتأخر يكون كل من الشرط و المشروط مع العلم بحصول الإجازة فعلياً، فلا مانع من التصرف.

و ثالثة يكون بشرطية الإجازة المتأخرة الموجبة للانقلاب. و من المعلوم أنّ العلم بحصول سبب الانقلاب - وهو الإجازة فيما بعد - لا يكون علماً بالانقلاب فعلاً حتى يترتب عليه الملك الذي هو سبب جواز التصرف.

وقد ظهر من هذا البيان ترتب الثمرة على هذه الأقسام من الكشف الحقيقي، لجواز التصرف قبل صدور الإجازة في القسمين الأولين، لفعالية الشرط و المشروط في كليهما على التفصيل المتقدم. بخلاف القسم الثالث، ضرورة أنّ الإجازة بوجودها الخارجي سبب للانقلاب، فالعلم بصدورها فيما بعد علم بحصول السبب فيما بعد، وذلك ليس علماً بفعالية سبب الانقلاب حتى يترتب عليه الملكية التي أنيط بها جواز التصرف.

و أمّا الثمرة بين الكشف الحقيقي (1) و الحكمي مع كون نفس الإجازة شرطا، [فإنّه] (2) يظهر في مثل ما إذا وطأ المشتري الجارية قبل إجازة مالكها، فأجاز

---

نفس الإجازة أم التعقب. و الثمرة المذكورة ليست ثمرة للكشف الحقيقي المعتمد على شرطية نفس الإجازة أو التعقب.

الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي

(1) و هو كون الشرط نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو تعقب العقد بها، و هذا شروع في الجهة الثانية، و هي الثمرة المترتبة على كلّ من الكشف الحقيقي - بكلا قسميه - و الحكمي.

(2) محصّل الثمرة الاستفادة من كلام المصنف قدّس سرّه هو: أنه إن اشترى شخص من البائع الفضولي جارية، و تصرّف فيها قبل المراجعة إلى المالك ليظهر أنه يجيز البيع أو يردّه، ثم أجاز المالك. فيقع الكلام في جواز استمتاعه بها، ثم فيما يتفرع عليه من فرعين: أحدهما: صيرورة الجارية أم ولد.

و ثانيهما: فيما إذا نقل المالك هذه الجارية - التي استولدها المشتري - إلى الغير ببيع أو هبة مثلا قبل أن يجيز بيع الفضولي.

أمّا ظهور الثمرة في حكم الاستمتاع بها قبل إجازة المالك، فبيانه: أنه بناء على كون الإجازة ناقلة لا يجوز التصرف قبل الإجازة واقعا و ظاهرا. و كذا بناء على الكشف الحكمي مع شرطية نفس الإجازة، سواء أكان عالما بلحوق الإجازة أو بعده، أم كان شاكّا في لحوقها.

أمّا على الأول فلعدم تحقق سبب الجواز فعلا. و العلم بتحقيقه فيما بعد لا يوجب فعلية السبب. و أمّا على الثاني فالأصالة عدم الإجازة. و هذا حكم ظاهري، فيكون تصرفه تجريا، لحرمة ظاهرا و إن كان حلالا واقعا.

و أمّا بناء على الكشف الحقيقي - مع كون وصف التعقب شرطا - فمع العلم

فإنّ (1) الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً، لأصالة عدم الإجازة، و حلال

---

بلحوق الإجازة يجوز التصرف [1]، لحصول انتزاع وصف التعقب بالعلم بحصول الإجازة.

وأما مع كون الشرط نفس الإجازة، فظاهر المصنف قدس سرّه عدم الجواز ظاهراً كالنقل، سواء أكان عالماً بتحقيق الإجازة أم شاكاً فيه.

إذ على الأوّل ليس السبب كاملاً وإن علم باستكمالها فيما بعد، لكنه لا يجدي في جواز التصرف قبل استكمال السبب كما في النقل.

وعلى الثاني يستند عدم الجواز إلى أصالة عدم تحقق الإجازة.

وأما الحكم الواقعي فهو الجواز مع فرض تحقق الإجازة.

ويترتب على الجواز الواقعي والمنع الظاهري ما يترتب عليهما من الأحكام.

فالتصرف - بناء على عدم الجواز ظاهراً - فاسق، فيستحقّ التعزير والعقاب بناء على القول بثبوته على المتجري.

كما أنّ الولد حرّ وملحق به، لأنّ الرقية - كوجوب الحد - من آثار عدم الجواز الظاهري والواقعي معاً. فلو جاز أحدهما كان كافياً في الحرية والإلحاق وسقوط الحد، فالولد حرّ وملحق به على احتمالات الكشف.

نعم على القول بالنقل يكون رقاً، لعدم جواز الوطي ظاهراً، وعدم صيرورته ملكاً له قبل الإجازة. بل يجب عليه الحد أيضاً. هذا حكم غير الاستيلاء. وأما الاستيلاء فسيأتي حكمه.

(1) تعليل لقوله: «يظهر» و بيان للفارق - بين الكشف الحقيقي والحكمي - في شراء الجارية فضولاً.

---

[1] بل لا يجوز التصرف، لعدم كفاية العلم بحصول الإجازة في انتزاع وصف التعقب، لأنّ منشأ انتزاع هذا الوصف هو وجود الإجازة خارجاً، دون العلم بوجودها فيما بعد، كما مرّ سابقاً.

واقعا، لكشف الإجازة (1) عن وقوعه (2) في ملكه.

ولو أولدها (3) صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي،

---

(1) أي: الإجازة الصادرة من المالك، فإنها كاشفة عن وقوع الوطاء في ملكه.

(2) يعني: عن وقوع الوطاء في ملك المشتري، وهذا بخلاف الكشف الحكمي، حيث إن الوطاء حرام، لوقوعه في غير ملكه.

فعلى القول بإجراء الأحكام الممكنة- كما مرّ في كلام المصنف قدس سرّه- لا يمكن إجراؤها هنا، لعدم إمكان الحلّ في التصرف الواقع في ملك الغير [1].

(3) أي: ولو أولد المشتري الجارية صارت أم ولد، ولا يجوز بيعها حينئذ. وهذا شروع في أول الفرعين المترتبين على وطى الجارية- المشتراة فضولا- قبل إجازة المالك.

وينبغي تقديم أمر قبل توضيح المتن، وهو: أنهم حكموا في كتاب الاستيلاء بأنّ أم الولد مملوكة، ولكن لا يجوز بيعها ما دام ولدها حيّا، إلّا في بعض الموارد. فإن مات مولاه- ولدها حيّا- جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه «1».

واشترطوا في صيرورتها أم ولد أن تحمل من حرّ، وأن تكون مملوكة له حال الوطاء، سواء أكان الوطاء مباحا، أم محرّما كالوطء في حال الحيض وشبهه. فلو حملت- وهي غير مملوكة له- لم تكن أم ولد، سواء حملت من مملوك بالزنا أم من حرّ غير مالك لها واقعا كالمغرور، والمشتري لجارية ظهرت مستحقّة للغير.

قال المحقق قدس سرّه: «فلو أولد أمة غيره مملوكا، ثم ملكها لم تصر أم ولده ولو أولدها حرّا ثم ملكها، قال الشيخ: تصير أم ولده. وفي رواية ابن مارد: لا تصير أم ولده» (2).

---

[1] لكن الحق بناء على الكشف الحكمي حليّة الوطاء، لأنّ مقتضى تنزيل غير الملك منزلة الملك هو حلية الوطاء، فإنّ دليل التنزيل حاكم على ما دلّ على اعتبار الملك في حلية الوطاء، أو كونه موجبا لصيرورة الأمة أم ولد لوأطئها، كسائر التنزيلات الشرعية كالاستطاعة البذلية والمسافة التلقيفية.

---

(1) راجع: شرائع الإسلام، ج 3، ص 139.

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 138، ولاحظ جواهر الكلام، ج 34، ص 372 و 373



لأن (1) مقتضى جعل الواقع ماضيا ترتب (2) حكم وقوع الوطاء في الملك.

ويحتمل (3) عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي، لعدم (4) تحقق حدوث الولد

والمستفاد منه أن ترتب أحكام أم الولد على الأمة منوط بكون ولدها حرًا، وحرّيته تتوقف على الملك، سواء أكان الوطاء مباحا أم حراما لعارض، فلو لم تكن مملوكة للوطني كان ولدها مملوكا تابعا لأمته، ولا تصير محكومة بأحكام أم الولد.

ويقع الكلام في أنّ الملكية المستكشفة بإجازة المالك كافية في صدق «أم الولد» عليها، أم لا بدّ من الملكية الثابتة قبل المباشرة، فنقول: إنّ حاصل ما أفاده قدّس سرّه: أنّه لا إشكال في تحقق الاستيلاء بناء على الكشف الحقيقي، لكشف الإجازة عن وقوع الوطاء في ملك الوطني، فتصير الأمة أمّ ولد له. كما لا ينبغي الإشكال في عدم صيرورتها أمّ ولد للمشتري بناء على ناقلة الإجازة، لوقوع الوطاء في ملك الغير.

وأما على القول بالكشف الحكمي ففيه وجهان:

أحدهما: الاستيلاء، نظرا إلى لزوم ترتيب أحكام الملكية السابقة التي منها صيرورة الأمة أمّ ولد للمشتري.

ثانيهما: عدم الاستيلاء، لوقوع الوطاء في ملك الغير الذي هو محكوم بالبقاء إلى أن تصدر الإجازة من مالك الأمة، فلا تصير حينئذ أمّ ولد للمشتري.

(1) تعليل لصيرورتها أمّ ولد بناء على الكشف الحكمي، لأنّ قوله قدّس سرّه: «ترتب حكم وقوع الوطاء في الملك» كالصريح في عدم وقوع الوطاء في الملك حقيقة، بل نزل منزلة وقوعه في الملك، فحكمه حكم الوطاء الواقع في الملك حقيقة في كونه موجبا لصيرورة الأمة أمّ ولد.

(2) خبر قوله: «لأنّ» أي: مقتضى جعل العقد الفضولي نافذا هو ترتب .. إلخ.

(3) هذا إشارة إلى الوجه الثاني الذي تعرضنا له بقولنا: «ثانيهما: عدم الاستيلاء ..

إلخ».

(4) تعليل لعدم تحقق الاستيلاء بناء على الكشف الحكمي، لظهور بعض النصوص في أنّ صيرورة الأمة أمّ ولد منوطة بحدوث الولد في الملك، أي كونها مملوكة للسيد حين تكوّن الولد، فلو لم تكن مملوكة لسيدها في تلك الحالة لم تصر أمّ ولد، وإن حكم الشارع

في الملك، وإن حكم بملكيتها (1) للمشتري بعد ذلك [1].

بترتب آثار الملكية عليها في حال تكوّن الولد.

ففي معتبرة محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتزوج الأمة، فتلد منه أولادا، ثم يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله، لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها. قال: هي أمته ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق» [1]. فإن قوله عليه السلام: «هي أمته ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك» - أي بعد ما ملكها - كالصريح في اشتراط صيرورتها أمّ ولد بحدوث الولد في ملكه. وهذا لا يصدق على من لم تكن ملكا للواطي حين الحمل، وإنما صارت ملكه بعد تحقق الإجازة كما في مورد البحث.

(1) أي: بملكية الولد بعد صدور الإجازة من المالك الأصيل، لأنه حينئذ نماء ملكه.

[1] لا- يخفى أنه بناء على جميع وجوه الكشف تصير الأمة أمّ ولد، لأنها وإن لم تكن ملكا للمشتري حال الوطاء بناء على الكشف الانقلابي والحكمي، لكنها لصيرورتها بعد إجازة عقد الفضولي ملكا حقيقة أو حكما للمشتري- الذي اشتراها من الفضولي - صارت أمّ ولد للمشتري.

وأما سائر وجوه الكشف الحقيقي الستة التي ذكرناها في مرحلة الثبوت، فتفصيله: أنه مع العلم بحصول الإجازة من المالك يجوز التصرف لكل منهما قبل صدور الإجازة واقعا وظاهرا على الوجه الأول والثاني والثالث والخامس والسادس، لوجود الشرط فيها حين العقد.

أما على الوجه الأول والخامس - وهما شرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر - فلوجود المشروط فعلا، إذ المفروض جواز تقدم المشروط على الشرط العقلي في الأول،

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 589، الباب 85 من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث 1، والظاهر تمامية السند وإن كان يחדش فيه في بعض الكلمات من جهة ضعف إسناد الشيخ إلى ابن محبوب بآبنة. وجه الصحة شهادة الشيخ في الفهرست بأنّ له سندا صحيحا إلى جميع كتب ابن محبوب ورواياته.

ولا إشكال من جهة سائر الروايات كما لا يخفى على من راجع تراجمهم.

و الشرعي في الخامس الذي ارتضاه صاحب الجواهر قدّس سرّه، فيجوز التصرف لكليهما قبل حصول الإجازة.

وكذا على الوجه الثاني الذي يكون الشرط فيه وصف التعقب بناء على كونه وصفا مقارنا للعقد. و الوجه الثالث الذي يكون الشرط فيه الرضا التقديري. و الوجه السادس الذي يكون الإجازة فيه مجرد العلامة و الأمانة على حصول النقل و الانتقال بنفس العقد، إذ بناء على الوجه الثلاثة يكون العقد من حين وقوعه تامّا مؤثرا.

و أمّا الكشف الانقلابي و الحكمي فقد عرفت صيرورة الأمة أمّ ولد فيهما بعد الإجازة. هذا كلّّه بحسب الحكم الواقعي.

و أمّا الحكم الظاهري فهو عدم جواز التصرف في جميع أنحاء الكشف، لأصالة عدم الإجازة، إذ مع عدم العلم بلحوق الإجازة يكون مقتضى الأصل عدم جواز التصرف.

و أمّا مع العلم بلحوقها فلا إشكال في جواز التصرف في صورتني شرطية التعقب و شرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر، و في صورتني شرطية الرضا التقديري، و أمارية الإجازة على تأثير العقد، و حصول النقل و الانتقال من دون دخل للإجازة في تأثير العقد.

و أمّا الكشف الانقلابي و الحقيقي الذي تقدّم من صاحب الجواهر فلا يكفي العلم بوجود الإجازة فيما بعد، إذ المفروض دخل الإجازة بوجودها الخارجي في الملكية التي يترتب عليها جواز التصرف، و العلم تعلّق بما يصير بعد ذلك سببا لجواز التصرف. و هذا لا يكفي في فعالية سبب جواز التصرف حتى يصير مسببه فعليا.

ثم إنّه قد يمنع ما أفاده المصنف قدّس سرّه - من صيرورة الأمة أمّ ولد بناء على الكشف الحكمي - بما في تقرير السيد المحقق الخويي قدّس سرّه من: أنّ الشارع و إن حكم بعد إجازة المالك بكون الأمة ملكا للمشتري من الفضولي، و أنّ الولد تكوّن في ملكه، إلا أنّ ظاهر الأدلة المتكفلة لأحكام أمّ الولد - كحرمة بيعها - هو حدوث الولد في ملك الواطي، و المفروض أنّ هذه الأمة لم تكن ملكه حين الوطي، و إنّما صارت ملكه بقاء أي بعد إجازة المالك، فلم يتحقق الاستيلاء في ملك المشتري، و مثلها غير مشمول لتلك الأدلة.

و هذا نظير أخبار مبطلية الزيادة، فإنّها مختصة بما إذا اتصف الفعل - كقراءة الآية أو

(1) وهي التي بيعت فضولا. وهذا إشارة إلى ثمرة ثانية- بين الكشف الحقيقي والحكمي - تظهر في بيع جارية الغير فضولا، التي أولدها المشتري. بأن باعها الفضولي في الساعة الاولى، ثم أخرجها السيد عن ملكه في الساعة الثانية، ثم أجاز بيعها فضولا في الساعة الثالثة.

السورة- بأنه زائد حين وقوعه، لا ما إذا اتصف به بعد وقوعه، لظهور الدليل في أحداث الزائد، لا جعل الحادث سابقا زائدا بعد حدوثه «(1)».

أقول: ولعل من هذا الباب حكمه قدس سره باعتبار خروج البدن كلاً أو بعضاً من الماء في الغسل الارتماسي، وعدم كفاية الارتماس لغرض آخر، ثم نية الغسل في هذه الحالة، فإن المراد من الاغتسال إحداثه وإيجاده، ولا يصدق عند كونه مرتما «(2)».

وكيف كان، فيمكن منع ما أفاده قدس سره. أمّا في مبطلية الزيادة فلأنّ دعوى اختصاصها بقصد الزيادة من حين الشروع في الزائد محل تأمل، لإطلاق «من زاد» الدال على إخلال الزيادة العمدية في الصلاة. فلو شرع في سورة ثم عدل عنها إلى أخرى، صدق عنوان الزائد على الاولى، لكنها مغتفر فيها، للنص الدال على جواز العدول إلى سورة أخرى قبل بلوغ النصف، لا لعدم صدق الزائد على المأتي به أولاً، فإنّ الزيادة المخلة تتوقف على قصد الجزئية، والمفروض تحققه في مثل السورة. لكن لا بدّ من تقييد إطلاق «من زاد». ودعوى الانصراف الى خصوص الزيادة الحدوثية ممنوعة أيضاً.

كما أنّه يمكن التأمل في وجوب إخراج معظم البدن من الماء في الغسل، بدعوى: أنّ المكث فيه بقصد الغسل فعل اختياري يتعلق به قصد امتثال الأمر. ولو شك في اعتبار أمر زائد عليه ينفي بالأصل. هذا في المقيس عليه.

وأما الأمة فالظاهر أنّها محكومة بكونها أم ولد بمقتضى الكشف الحكمي والانتقالي كما تقدم. هذا كله بحسب القاعدة. ولكن يمكن استفادة اعتبار ملكيتها في منع بيعها من معتبرة محمّد بن مارد المتقدمة في التوضيح.

(1) مصباح الفقاهة، ج 4، ص 157 و 158.

(2) منهاج الصالحين، ج 1، ص 56، المسألة: 153 من كتاب الطهارة.

وينبغي التنبيه على أمر قبل توضيح الثمرة، وهو: أنّ الموجود في كثير من نسخ الكتاب - حتى النسخة المصححة التي نعتمد عليها - هو: «ولو نقل المالك الولد من ملكه» وكذا بتذكير الضمير فيما سيأتي من قوله: «وعلى المجيز قيمته» لكن كتب فوق كلمة «الولد» كلمة «أم» مع علامة «ظاهرا». ولم يتضح أنّ الصادر من قلم شيخنا الأعظم قدّس سرّه هو «نقل الولد» أو «نقل أم الولد».

واختلفت أنظار أعلام الشراح والمحشيين في ما هو الأرجح في ضبط العبارة. فمنهم من اعتمد على نسخة «ولو نقل المالك أم الولد» فشرح العبارة أو اعترض عليها «1». ومنهم من جعل الأنسب بما ذكره المصنف قدّس سرّه في ضابط الكشف الحكمي هو نسخة «ولو نقل المالك الولد» «2».

وكيف كان فينبغي توضيح المتن بناء على كلتا النسختين، ثم التعرض في التعليقة لما يظهر بالتأمل في كلمات المصنف، فنقول وبه نستعين:

أمّا بناء على نسخة «أم الولد» فتظهر الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي، لو نقل السيد أم الولد عن ملكه ببيع أو هبة قبل أن يجيز عقد الفضولي، ثم أجازته. فبناء على الكشف الحقيقي يحتمل كل من صحة هذا النقل وبطالانه، وبناء على الكشف الحكمي يصح نقلها كما يصح بيعها فضوليا بالإجازة.

وليعلم - قبل تقريب الصحة والبطالان - أنّ محلّ الوجوه المزبورة هو جهل سيّد الأمة - حين نقل أمته - بأنّها بيعت فضولا، إذ لو كان عالما ببيعها فضولا كان نقلها إلى الغير بهبة أو ببيع ردّا لذلك البيع الفضولي.

وبعد وضوح محلّ النزاع نقول: بناء على الكشف الحقيقي يحتمل أمران بطلان النقل وصحته.

(1) لاحظ: غاية الآمال، ص 380، حاشية السيد، ج 1، ص 154، منية الطالب، ج 2، ص 243، واحتمل الميرزا النسخة الأخرى، لكن المستفاد منه ترجيح كون المنقول هو الأم، حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1، ص 129.

(2) حاشية السيد الاشكوري، ج 1، ص 86، حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 151

أمّا الاحتمال الأوّل وهو بطلان النقل، فلأنّ الإجازة المتأخّرة كشفت عن دخول أمّ الولد في ملك من اشتراها من الفضولي من حين بيعها منه، فنقل السيد لها نقل لمال الغير، وهو غير نافذ إلاّ بإجازته.

وأمّا الاحتمال الثاني - وهو صحة نقل السيد لأمّ الولد، وبطلان الإجازة المتأخّرة - فلأنّ الأمة تكون ملكاً لسيدّها قبل إجازة بيعها فضولاً، ولم يتعلّق بها بعد حقّ مانع من نفوذ نقله، فلا يبقى موضوع للإجازة، لما سيأتي في ثالث تنبيهات الإجازة (في ص 181) من توقف تأثير الإجازة على عدم تخلّل ردّ المالك بين العقد الفضولي وبين إجازته. كما سيأتي أيضاً في أحكام الرّد إنشاء الرّد بكلّ من القول والفعل. فراجع (ص 445-446).

وبناء عليه يحتمل كون نقل أمّ الولد ردّاً لذلك البيع الفضولي ومفوّتاً لمحلّ الإجازة، ومن المعلوم أنّ الرّد الفعلي كالقولي في عدم بقاء موضوع الإجازة. هذا بناء على الكشف الحقيقي.

وأمّا بناء على الكشف الحكمي فيصحّ نقل أمّ الولد. لبقائها على ملك سيّدّها، فإذا أجاز بيعها فضولاً فقد تملكّ ثمنها بإجازته، فيتحقّق عقدان صحيحان. ولما لم يتمكن السيد من الوفاء بكلا العقدين - لكون المنقول والمبيع واحداً شخصياً وهو الأمة - تعيّن تسليم العين للمشتري من الفضولي، ودفع قيمتها إلى من نقلها السيد إليه.

أمّا تسليم الأمة للمشتري من الفضولي فلائّه مقتضى تنفيذ بيع الفضولي بإجازته، وضرورة ذلك البيع مضافاً إلى نفس السيد بالإجازة المتأخّرة.

وأمّا تسليم القيمة إلى الثاني، فلكونه مقتضى صحة نقله الواقع قبل حكم الشارع بصيرورة الأمة ملكاً للمشتري من الفضولي، ومن المعلوم أنّه عند تعذر تسليم العين لصاحبها يلزم ردّ البدل وهو المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

ونظير هذه المسألة - من الحكم بصحة البيع الفضولي ونقل المالك، وتسليم العين لأحد المشتريين والبدل إلى الآخر - هو تصرف من عليه الخيار في المبيع الخياري بناقل لازم إذا فسخ ذو الخيار بعد ذلك، حيث إنهم حكموا بصحة ذلك التصرف الناقل كحكمهم بصحة الفسخ، واشتغال ذمة من عليه الخيار بالبدل، وسيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

هذا توضيح الثمرة بناء على كون المنقول هو الأمّ المبيعة فضولاً.

قبل الإجازة (1)، فأجاز، بطل (2) النقل على الكشف الحقيقي، لانكشاف وقوعه (3) في ملك الغير. مع احتمال (4) كون النقل بمنزلة الرد. وبقي (5) صحيحا على الكشف

وأما بناء على نسخة «و لو نقل الولد» فتوضيح الثمرة: أنه بناء على الكشف الحقيقي يبطل نقل الولد، إذ الإجازة المتأخرة كشفت عن كون الأمة وولدها ملكا للمشتري من الفضولي، لتبعية النماء للعين، فهو ملك الغير، ونقل مالك الأمة له- قبل الإجازة- تصرف في ملك الغير. وبناء على الكشف الحكمي يصحّ نقل الولد، لأنه نماء ملكه، ولم يتعلق به حق أحد بعد. ولكن حيث أجاز البيع الأمة فضولا فقد أتلّف على المشتري نماءها، فيضمن المالك بدله، فيجب دفع قيمة الولد إلى المشتري من الفضولي.

فإن قلت: لم لا يكون نقل الولد ردّا فعليا لبيع الأمة؟ حتى لا يبقى محل لإجازة البيع، ولا موضوع لدفع البدل إلى المشتري.

قلت: لا يكون نقل الولد منافيا لإجازة بيع الأمة، لأنّ مصبّ البيع الفضولي هو نفس الأمة لا نماؤها، فالإجازة والردّ يتعلقان بمورد ذلك البيع، لا- بما هو خارج عنه. وعليه فنقل الولد لا- يزاحم إجازة بيع الأم، ويتجه حينئذ وجوب دفع قيمته إلى المشتري، فيمكن الالتزام بصحتهما معا.

(1) أي: قبل أن يجيز المالك بيع أمته فضولا.

(2) جواب «و لو نقل» أي: بطل النقل الذي أنشأه مالك الأمة بناء على الكشف الحقيقي. والمراد بالبطلان كونه فضوليا موقوفا على إجازة المشتري من الفضولي، وليس المراد بطلان النقل رأسا و خروجه عن قابلية الصحة حتى لو أجاز المشتري.

(3) أي: وقوع نقل السيد- للأمة- في ملك الغير، وهذا الغير هو المشتري من الفضولي.

(4) تقدم توضيح هذا الاحتمال بقولنا: «و يحتمل كون نقل الأم ردّا لذلك البيع الفضولي...».

(5) معطوف على «بطل» يعني: أنّ النقل الصادر من المالك باطل على الكشف الحقيقي و صحيح على الكشف الحكمي، لبقاء المال المبيع فضولا على ملكه، فوقع النقل في ملكه.

الحكمي، وعلى المجيز (1) قيمته (2) [قيمتها] لأنه (3) مقتضى الجمع [1] بين جعل

(1) وهو المالك الأصل المجيز لبيع الفضولي بعد نقل أم الولد عن ملكه إلى الغير.

(2) اختلفت النسخ في ضبط هذه الكلمة أيضا- كما أشرنا إليه- ففي كثير منها «قيمتها» وهو يناسب كون مصب الثمرة نقل الولد. لكنها صححت ب «قيمتها» ليناسب كون المنقول هو الأم، لا الولد.

(3) أي: لأنّ ثبوت قيمة أم الولد على المالك هو مقتضى الجمع بين جعل عقد الفضولي ماضيا و نافذا من حين وقوعه، وبين صحة نقل المالك الأصل أم الولد الذي وقع قبل حكم الشارع بنفوذ بيع الفضولي، فإن مقتضى الجمع بين صحة عقد الفضولي وبين صحة النقل المزبور هو تسليم أم الولد إلى المشتري الثاني الذي

[1] هذا التعليل يناسب كون المنقول هو الأم، فإنّ الولد وإن كان تابعا لأمه في الملكية- لتبعية النماء للعين- إلا أنّ الجمع بين مقتضى الكشف الحكمي وصحة النقل يقتضي كون موضوع البيع الفضولي ونقل المالك واحدا حتى يجمع بينهما، إذ لو كان المنقول هو الولد، و المجاز بيع أمه، لم يكن تناف بينهما، بل المتعين دفع قيمة الولد، لكون نقله إتلافا له على مالكة.

وكذا ما تقدم من قوله: «مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد» يلتزم أيضا مع كون المنقول هو الأم، لما سيأتي بعد أسطر من أنّ التصرف المنافي للبيع الفضولي المفوّت لمحلّ الإجازة يكون ردّا فعليا للعقد، و من المعلوم أنّ مورد الإجازة والرد هو بيع الأم، فلو كان المنقول هو الولد لم يكن منافيا لبيع الأم، وإنّما يجب عليه البديل، لكون هذا النقل إتلافا لنماء العين التي تترتب عليها أحكام الملك من زمان العقد. ولو كان المنقول هو الأم كان ردّا لبيع الفضول.

ولعلّ الأكثر لأجل هاتين الجملتين التزموا بأنّ المنقول هو الأم.

إلا أنّ الظاهر من التعليل الآتي في قوله: «و ضابط الكشف الحكمي ..» كون المنقول هو الولد لا الام. قال المحقق الأصفهاني قدس سره: «وهذا- أي كون المنقول الولد- هو الأنسب بما صرح به على الكشف الحكمي من أنّه لا موقع للإجازة و ترتيب الأثر مع تقويت محلّ



اشترى أمّ الولد من مالها الأصيل، وإعطاء قيمتها إلى المشتري الذي اشتراها من البائع الفضولي.

و ما نحن فيه نظير بيع من عليه الخيار- كمن يشتري دكانا مثلا بثمن معيّن- مع جعل الخيار للبائع في مدة معينة، ثم يبيع المشتري- الذي عليه الخيار المجعول للبائع- ذلك الدكان في زمان الخيار يباعا لازما، فإنّ على المشتري الذي عليه الخيار أن يدفع قيمة الدكان الذي باعه، إلى من له الخيار، لأنّ بيع من عليه الخيار المتعلق الخيار إتلاف له على من له الخيار، فعليه دفع قيمته إلى ذي الخيار.

هذا وجه صحّة كلّ من البيع الفضولي بالإجازة، ونقل المالك للأُمّ إلى شخص آخر، ووجوب دفع قيمتها إلى الأوّل.

وإن كان المنقول هو الولد فوجوب دفع قيمته أوضح وجهها، وقد تقدم بيانه (في ص 86) بقولنا: «و بناء على الكشف الحكمي يصح نقل الولد، لأنه نماء ملكه .. إلخ».

(1) لا يخفى اقتضاء جميع أقسام الكشف جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، في

الإجازة شرعا أو عقلا، فإنّ الجارية محلّ الإجازة و مورد العقد، فلا ملك للمجيز حال إجازته حتى يجيز، و يجب ترتيب آثار العقد الصحيح من الأوّل. بخلاف نقل الولد أو مطلق نمائه، فإنّه ليس مصبّا للعقد و موردا للإجازة، فتصحّ الإجازة، و يرجع بالإضافة إلى منافعه و نمائه إلى البدل. و من المعلوم أنّ مورد الكشف الحقيقي و الحكمي أمر واحد، و ليس هو إلا الولد ..» (1).

و ما أفاده قدّس سرّه- من اقتضاء كلام المصنف في ضابط الكشف الحكمي كون المنقول هو الولد- متين جدّا و لا غبار عليه. إلاّ أنّه لا يلتزم مع الجمليتين المتقدمتين الظاهرتين في كون المنقول هو الأمّ. فالإنصاف عدم خلوّ العبارة في بيان هذه الثمرة- من تشويش، و هو أعلم بما أفاد.

حكم الشارع (1) بهذا الجعل. كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم (2) [1].

قبال النقل. ولما كان المقصود ترتيب الثمرة على الكشف الحكمي، فلا بدّ من أن يراد من قوله: «جعل العقد ماضيا من حين وقوعه» الحكم بترتيب آثار الملكية من حين العقد، في قبال الكشف الحقيقي الموجب لاعتبار نفس الملكية من زمان العقد.

(1) إذ لو وقع النقل بعد حكم الشارع بنفوذ عقد الفضولي فلا إشكال في بطلانه، لوقوعه في ملك الغير، حيث إنّ الإجازة- سواء أكانت كاشفة بأنحاء الكشف، أم ناقلة- أوجبت ملكية المبيع فضولا- لمن اشتراه من البائع الفضولي، فالمالك الأصيل صار أجنبيا عن المبيع، بحيث لا سلطنة له على نقله إلى الغير.

(2) إذ لو كان بنقل جائز جاز لذي الخيار فسخه، لأنّ النقل الجائز لا يسقط الخيار.

[1] الظاهر صحة النقل حتى على الكشف بجميع أنحاءه، إلا بناء على كفاية الرضا التقديري وكون الإجازة كاشفة عنه.

توضيحه: أنّه بناء على النقل وقع نقل المالك الأصيل في ملكه، فلا مانع من صحته، إذ بيع الفضولي لا يترتب عليه أثر قبل إجازة المالك، و المفروض عدم حصولها قبل النقل، فيصحّ نقل المالك، لوقوعه في ملكه، ويكون رافعا لموضوع الإجازة.

وبناء على الكشف بأقسامه- سوى كفاية الرضا التقديري- يصح أيضا نقل المالك، وذلك لأنّ صحة عقد الفضولي منوطة بإجازة المالك المنوط نفوذها ببقاء مالكيته حين الإجازة. وحيث إنّ النقل لم يكن نفوذه مشروطا بشيء، فحين وقوعه أثر وخرج المبيع عن ملكه، ولا يبقى معه موضوع للإجازة.

وإن شئت فقل: إنّ نفوذ عقد الفضولي مشروط بالإجازة من مالك أمر هذا العقد، ونقل المالك الأصيل للمبيع فضولا إلى غير من اشتراه من البائع الفضولي أخرجه عن ملكه، وجعله أجنبيا عن المبيع، فلو أجاز بعد هذا النقل وقع هذه الإجازة في غير ملكه، فلا تنفذ، وتكون كالعدم.

والحاصل: أنّ صحة عقد الفضولي معلّقة على تقدير، ونقل المالك يهدم ذلك

التقدير، و هو إجازته حين كونه مالكا، فإنّ نقله- حيث إنّ مطلق غير معلق على شيء- أوجب خروج المبيع عن ملكه، ودخوله في ملك من اشتراه منه، وعدم صلاحيته لأن يصير ملكا لمن اشتراه من البائع الفضولي.

نعم بناء على كفاية الرضا التقديري- وجعل الإجازة طريقا محضا إلى ذلك الرضا- يشكل صحة نقل المالك الأصيل، إذ المفروض انتقال المبيع فضولا إلى من اشتراه من العاقد الفضولي، فيقع نقل المالك في غير محلّه، لوقوعه في غير ملكه.

لكن المبنى فاسد، لما مرّ سابقا، كفساد طريقية الإجازة و أماريتها على الرضا و طيب النفس من دون دخل لنفس الإجازة، إذ لازمه خروج صورة العلم برضا المالك عن عقد الفضولي، و هو خلاف مذهبهم من كونه من صغريات عقد الفضولي.

وقد ظهر ممّا ذكرنا- من رافعية نقل المالك الأصيل للمبيع فضولا لموضوع الإجازة- عدم اجتماع عقدين و تزامهما حتى نحتاج إلى الجمع بينهما بتسليم عين الأمة إلى من اشتراها من مالكتها، و دفع قيمتها إلى من اشتراها من الفضولي.

وبالجملة: تصرف المالك الأصيل في ماله الذي بيع فضولا قبل إجازته رافع لموضوع الإجازة، حيث إنّ الإجازة منوطة بمالكية المجيز لأمر العقد ردّا وإجازة حين الإجازة، و تصرفه فيه قبل الإجازة رافع لموضوعها.

وقياس المقام بفسخ من له الخيار لمتعلّق العقد الخياري- بعد نقل من عليه الخيار- في غير محلّه، لأنّ لذي الخيار حقّا في متعلّقة، فليس لمن عليه الخيار نقله، فإذا نقله فقد أتلّف متعلّق حق ذي الخيار، فيضمن بدله. وهذا بخلاف المقام، فإنّ المالك مسلّط على ماله، فتصرفه فيه نافذ بلا مانع.

هذا مضافا الى ما أفيد من «أن الفسخ متعلق بالعقد من حينه لا من حين العقد، و الإجازة متعلقة به من حينه على الكشف، لا من حينها» (1).

و حاصل الكلام: أنّ النقل إمّا يقع قبل الإجازة، و إمّا يقع بعدها. و على التقديرين إمّا تكون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

(1) نهج الفقه، ص 237.

وضابط (1) الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته-

(1) الظاهر أنه قدس سره أراد من بيان هذا الضابط - مع عدم كونه من الثمرات المترتبة على الكشف والنقل - تعليل ما ذكره من الحكم بصحة البيع الفضولي والنقل بناء على الكشف الحكمي. وبيانه: أن تصرف المالك قبل الإجازة يكون على صورتين: أحدهما: أن لا يكون التصرف منافيا لإجازة البيع الفضولي. ومثل له باتلاف نماء

فإن وقع النقل بعد الإجازة، فلا أثر له أصلا، سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة كما هو واضح.

وإن وقع النقل قبل الإجازة، فإن قلنا بناقليتها فلا ينبغي الإشكال في جواز النقل تكليفا ووضعاً، لوقوعه في ملكه.

وإن قلنا بكاشفيتها، فالمصنف قدس سره ذهب إلى الجمع بين نقل المالك وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، فإن صحة النقل والإجازة تقتضي الرجوع إلى بدل الأمة لمن اشتراها من الفضولي، لأن مالكة الأصيل جعلها بسبب نقلها كالتالف، فيضمن المالك قيمتها له، ويدفع الأمة إلى المشتري الذي اشتراها من نفسه. نظير بيع من عليه الخيار للمبيع في زمن الخيار، في لزوم دفع قيمة المبيع إلى ذي الخيار.

لكن قد عرفت في صدر التعليقة صحة النقل الواقع قبل الإجازة مطلقا.

أما بناء على النقل فواضح، لوقوع النقل في ملك مالكة لأدى له سلطنة تامة على ماله.

وأما على الكشف بأقسامه سوى كفاية الرضا التقديري - فلتوقف تأثير الإجازة في العقد وتنفيذها له على اعتبارها المنوط بعدم تصرف المالك في المال الذي وقع عليه عقد الفضولي. ومع تصرفه فيه لا يبقى موضوع للإجازة، سواء التفت المالك إلى عقد الفضولي أم لا. غاية الأمر أن تصرفه فيه مع الالتفات ردّ لعقد الفضولي، وبدون الالتفات مفوّت لموضوع الإجازة ورافع له.

نعم في صورة كفاية الرضا التقديري في الكشف لا يصحّ النقل، لوقوعه في ملك الغير، وهو من اشتراه من العاقد الفضولي.

المبيع، ونقله إلى الغير، ثم تنفيذ البيع الفضولي. وفي هذه الصورة يجمع بين صحة البيع والتصرف في النماء، فتترتب بالإجازة آثار ملكية المشتري من الفضولي من حين شراء الأمة، ويحكم بتبعية النماء للعين، وبصحة نقل النماء أيضا، ويضمن قيمته للمشتري من الفضولي، لكون نقله بحكم الإتلاف.

و ثانيتهما: أن يكون تصرف المالك منافيا لإجازة البيع الفضولي، كما إذا تصرف في نفس المبيع، بأن أعتق الأمة أو باعها من شخص آخر، فإن هذا النحو من التصرف مزيل لموضوع الإجازة ومفوت لمحلها، فيبطل البيع الفضولي، ويصح تصرف المالك بالنقل أو بالعتق.

وهذا التفصيل بين صورتين قد أفاده في مباحث الرد كما سيأتي إن شاء الله تعالى في (ص 446) وهو يناسب كون المنقول هو الولد لا الأم.

و الوجه في كون هذا التفصيل أنسب بنسخة (و لو نقل المالك الولد) هو: أنه بناء على الكشف الحكمي لا منافاة بين تصرف المالك في نماء المبيع فضولا وبين إجازة البيع، فيصح بيع الأم، ويصح نقل الولد أيضا، لكنه يوجب الانتقال إلى البدل. بخلاف التصرف في نفس المبيع، فإنه مفوت لمحل الإجازة ومبطل للعقد الفضولي رأسا.

وبناء على الكشف الحقيقي لا يصح نقل الولد، لأن الإجازة اللاحقة كشفت عن كونه ملكا للمشتري الأول تبعا للأمة، فنقله إلى الثاني تصرف في مال الأول، فإن أجاز صح، وإلا وقع باطلا. هذا توضيح ما أفاده في ضابط الكشف الحكمي.

(1) يعني: أن إتلاف نماء الملك ونقل النماء إلى الغير يكون جائزا لكل مالك بمقتضى سلطنته على شؤون ماله، وهذا المقدار غير مناف لإجازة بيع العين فضولا ولا مفوت لمحلها.

(2) جواب الشرط في قوله: «فإن ترتب شيء». ووجه تعيين الجمع بين صحة بيع العين وجواز تصرف المالك في النماء هو: إعمال كل من دليل نفوذ البيع الفضولي بالإجازة، ودليل سلطنة المالك، وقاعدة الضمان بالإتلاف وشبهه.

(3) أي: بين الشيء الذي هو من آثار ملكية المالك الأصيل - كإتلاف النماء ونقله ببيع و صلح ونحوهما - وبين مقتضى الإجازة.

بالرجوع (1) إلى البدل. وإن (2) نافي الإجازة- كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالعتق- فات (3) محلّها [1].

(1) متعلق ب «جمع» يعني: أنّ الرجوع يبدل المنقول هو مقتضى الجمع بين صحة النقل و الإجازة.

(2) معطوف على «لم يناف» يعني: وإن ترتّب شيء من آثار ملكية المالك و نافي ذلك الترتب إجازة المالك لبيع الفضولي، فقد فات محلّ الإجازة، و يبطل البيع.

و مثال التصرف المفوّت لمحلّ الإجازة إتلاف العين المبيعة فضولا، إمّا إتلافا حقيقيا بإعدامها عن صفحة الوجود. و إمّا إتلافا شرعيا، و مثل له المصنف هنا بعتق المملوك، لا متناع رده إلى الرقية بعد تحرّره. و لكن لا خصوصية في العتق، بل المراد من التصرف المفوّت لمحلّ الإجازة- كما صرّح به في مباحث الردّ- هو كلّ فعل مخرج عن ملكه كالبيع و الهبة.

و كذا الفعل المنافي لتأثير الإجازة في صحة العقد من حينه، كما إذا بيعت أمته فضولا، ثمّ زوّجها المالك، ثمّ أجاز ذلك البيع، فإنّ التزويج وإن لم يكن إخراجا عن الملك لكنه ينافي انتقال الأمة إلى المشتري من حين العقد.

و لا بدّ أن يكون مراده هنا من الإتلاف الشرعي ما يعمّ مثل البيع و الهبة، إذ الكلام في صحة نقل المالك، و منافاته للإجازة.

و قد تحصل ممّا أفاده بقوله: «و ضابط الكشف الحكمي» أنّ تصرف المالك إن كان في نماء المبيع فضولا، لم يكن منافيا لإجازة بيع العين ذات النماء. و إن كان في نفس العين المبيعة فضولا كان ردّا فعليا للبيع، و رافعا لموضوع الإجازة.

(3) جواب الجملة الشرطية، و هي «و إن نافي».

[1] أورد غير واحد على جعل إتلاف العين عقلا أو شرعا منافيا للإجازة: بأنّه ما الفرق بين إتلافها كذلك، و بين نقل المالك العين عن ملكه قبل الإجازة، حيث حكم هناك بصحة الإجازة و استحقاق المشتري للبدل، و حكم هنا ببطان الإجازة، و جعل استحقاق البدل احتمالا (1).

(1) حاشية السيد الطباطبائي، ج 1، ص 154، حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1، ص 129

(1) يعني: كما تقدم من تعيّن الرجوع إلى بدل النماء، فكذاك يحتمل الرجوع إلى

أقول: المناقشة بالتنافي بين كلامي المصنف قدّس سرّه قد أوردتها المامقاني قدّس سرّه على المتن أيضا، لكنه دفعها ببيان الفارق بين نقل الأمة إلى الغير وبين عتقها، بمنع كون البيع إتلافا شرعا، لإمكان إعادة المبيع إلى الملك بالفسخ والإرث والنقل الجديد كالهبة والشراء، ونحوها، فلا يكون نقلها إتلافا. بخلاف العتق، لعدم كونه مجرد إخراج العين عن الملك حتى يتحد حكمه مع البيع، بل فيه زيادة عليه، وهي امتناع إعادة المعتق إلى الرّقبة شرعا، فلذا يكون عتق الأمة إتلافا مّفوّتا لمحلّ الإجازة. بخلاف نقلها، لإمكان الجمع بين تنفيذ البيع الفضولي ونقلها إلى الآخر بتسليم العين إلى المشتري من المالك، وتسليم البدل إلى المشتري من الفضولي، هذا (1).

لكن الظاهر عدم اندفاع التهافت بين كلامي المصنف بهذا البيان، وذلك لأنه - مضافا إلى تصريح المصنف قدّس سرّه في أحكام الردّ بأنّ وزن البيع والهبة وزان العتق في تفويت محلّ الإجازة، ومنافاة كل منها لصحة البيع الفضولي - ينافي تنظيره وجوب دفع القيمة بناء على الكشف الحكمي بالفسخ بالخيار مع انتقال متعلقة بعقد لازم، فإنّ هذا التنظير قرينة على أنّ مراده بالإتلاف الشرعي ليس خصوص العتق، بل كل ما يخرج المبيع فضولا عن الملك، وإلا لم يكن وجه للانتقال إلى البدل، إذ لو أجاز المالك بيع أمته فضولا لم تصل النوبة إلى دفع بدلها إلى المشتري، بل أمكن تكليف المالك بفسخ النقل الثاني، بالإقالة أو الاتّهاب، أو شرائها منه ليسلمها إلى المشتري من الفضولي.

فحكمه قدّس سرّه بصحة النقل، والانتقال إلى البدل، وعدم إلزامه بإعادتها في ملكه لا يتمشى إلا بجعل الإتلاف أعمّ من العتق ومن النقل اللازم.

وعليه فالظاهر عدم خلوّ كلمات المصنف قدّس سرّه من التهافت، ولذلك قلنا إنّ ما أفاده في دفع القيمة يناسب كون النسخة «نقل الامّ» و ما أفاده بقوله: «و ضابط الكشف الحكمي ..»

يناسب نقل الولد. وهو أعلم بما قال.

## [ثمرات الكشف و النقل]

### اشارة

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع (2):

البدل في التصرف المنافي للإجازة. و عليه فيصح نقل المالك في كلتا الصورتين، و هما التصرف في العين و النماء، و لا يفوت محلّ الإجازة لو تصرف في العين، بل يرجع إلى البدل.

و لا يخفى أنّ هذا الاحتمال غير معتنى به، و لذا لم يذكره في مباحث الرد، و جزم هناك بأنّ التصرف في العين ردّ فعليّ للبيع الفضولي.

(1) يعني: و سيجي ء في أحكام الرد تفصيل الكلام في التصرف المنافي المفوّت لمحلّ الإجازة، حيث قال: «و كذا يحصل - يعني الردّ- بكلّ فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما كالعتق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك .. و أمّا التصرف غير المخرج عن الملك كاستيلاء الجارية و إجارة الدار و تزويج الأمة فهو و إن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلاّ أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد .. إلخ» فراجع (ص 446 و 447).

و كيف كان فلم يتعرّض المصنف هناك لاحتمال الرجوع إلى البدل، بل جزم بكون التصرف المنافي ردّا فعليّا لعقد الفضولي.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتكفلة للثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي. و سيأتي الكلام في الثمرة بين الكشف و النقل.

### ثمرات الكشف و النقل

(2) ذكرنا في (ص 75) أنّ المقام الثاني من مباحث الإجازة- يتكفل بيان ثمرات الكشف و النقل، و تقدم الكلام في جهتين، و هما ثمرة قسمي الكشف الحقيقي، و ثمرة الكشف الحقيقي و الحكمي. و يقع الكلام في الجهة الثالثة، و هي ثمرات الكشف- مطلقا- و النقل، و جملتها المذكورة في الجواهر و في شرح القواعد أيضا. و قدّم المصنف قدّس سرّه ثمرات ثلاث معروفة، ثم تعرض لثمرات اخرى ذكرها كاشف الغطاء قدّس سرّه و تبعه في أنوار الفقاهة و كشف الظلام.



منها (1): النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق (2) لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه (3).

و للشهيد الثاني في الروضة عبارة (4).

---

الأولى: النماء

(1) أي: من تلك المواضع التي ذكروها للثمرة بين الكشف و النقل.

(2) أي: بأقسامه الثلاثة المذكورة سابقا في كلام المصنف قدّس سرّه من الكشف الحقيقي، مع كون الشرط فيه نفس الإجازة بناء على إمكان الشرط المتأخر. و من الكشف الحقيقي مع كون الشرط فيه الوصف المنتزع و هو التعقب. و من الكشف الحكمي الذي هو نقل حقيقي و كشف حكمي، أعني به القول بانتقال النماء إلى المشتري، مع القول ببقاء الملك على ملك مالكة إلى زمان الإجازة.

و محصل هذه الثمرة هو: أنّ النماء على القول بالكشف- مطلقا- يكون لمن انتقل إليه العين بالعقد الفضولي.

و على القول بالنقل يكون لمن انتقل عنه و هو المالك الأصلي، إذ لم يترتب أثر على العقد الفضولي حتى يكون النماء لمن انتقل إليه.

(3) لأنه نماء ملكه.

(4) مبتدأ مؤخر، و خبره «و للشهيد الثاني» و عبارة الروضة هي «و تظهر الفائدة في النماء. فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع. و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز» «1».

و لَمَّا كان قوله: «فهما للمالك المجيز» مخالفا لما تسالموا عليه- من أنّ نماء كل واحد من العوضين تابع لأصله، و هو لملكه- فلذا أشار إليه المصنف قدّس سرّه، و أنّه لا بدّ من توجيهه بما يطابق القاعدة. و قد وجّه المحقق الخوانساري قدّس سرّه بوجه ثلاثة، حكم على الأوّل منها بالتكلف، على الثاني بالبعد، و على الثالث بالإشكال. و وجّه السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه بوجه آخر.

---

(1) الروضة البهية، ج 3، ص 229-230

وينبغي نقل كلام الفقيهين، ثم النظر في أولوية أحدهما من الآخر، فنقول: قال المحقق الخوانساري- بعد شرح عبارة الروضة- ما لفظه: «فقوله:- فهما للمالك المجيز- كما ترى، إلا أن يفرض كون العقد فضوليا من الطرفين، ويكون المراد بكونهما للمالك المجيز كون كل منهما لمالك أصله المجيز. وفيه تكلف.

أو يقال: إن المراد أن كلاً منهما للمالك المجيز ولو في صورتين. فنماء المبيع للبائع عند كونه فضوليا من قبله، و نماء الثمن للمشتري إذا كان فضوليا من قبله. ولم يتعرض لنماء الطرف الآخر، لظهوره بالمقايسة. ولا يخفى بعده.

ويمكن أن يقال في صورة كون أحد الطرفين فضوليا: إن الطرف الآخر قد رضي وأجاز من حين العقد، فوقع الانتقال من طرفه، وإنما يبقى التزلزل من الطرف الآخر، فلا ينتقل منه إلا بعد الإجازة، وحينئذ فيكون نماء كل منهما قبل الإجازة للمالك المجيز. وفيه إشكال .. إلخ» (1).

وقال السيد العاملي بعد نقل عبارة الروضة: «و فيه خفاء. أمّا نماء المبيع فظاهر. وأمّا الثمن فلاّنه انتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله. و تصرف المشتري في ملكه لا يتوقف على إجازة غيره» (2).

وهذا البيان قريب من الوجه الثالث المتقدم في عبارة المحقق الخوانساري.

وكيف كان فغرض المصنف قدس سرّه ترجيح أول الوجوه الثلاثة التي أفادها المحقق الخوانساري، وهو: أنّ المراد بالمالك كلّ المجيز الذي له فردان، مع فرض الكلام في كون كلا- الطرفين فضوليا. فالنتيجة حينئذ: أنّ نماء المبيع لمالكه الذي من شأنه الإجازة إذا كان الفضولي من طرفه، و نماء الثمن للمالك الذي من شأنه الإجازة إذا كان الفضولي من طرفه.

و الحاصل: أنّ نماء المبيع المتكوّن بين زمان العقد و الإجازة- بناء على ناقلية الإجازة- يكون للبائع الذي هو المالك المجيز إذا كان الفضولي من طرفه. و نماء الثمن

(1) حاشية الفقيه المحقق جمال الدين على الروضة، ص 358، و تجدها أيضا في هامش شرح اللمعة، طبعة عبد الرحيم 1309، ج 1، ص 312

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 190

توجيه (1) المراد منها- كما فعله بعض- أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه (2) آخر (3) [1].

كذلك يكون للمشتري الذي هو المالك المجيز إذا كان الفضولي من طرفه، وهذا التوجيه على طبق القاعدة، إذ بناء على ناقلية الإجازة يكون كل من العوضين مع نمائهما باقيا على ملك مالكة إلى زمان صدور الإجازة.

وأما كون هذا التوجيه خلاف ظاهر عبارة الروضة، فلأنّ ظاهرها كون النماءين كليهما- بناء على النقل- للمالك المجيز. وهذا الظاهر خلاف القاعدة المقتضية لبقاء كلّ من النماءين- تبعا لنفس العوضين- على ملك مالكة إلى صدور الإجازة.

(1) مبتدء و خبره «أولى» و الجملة صفة للعبارة.

(2) أي: تكلف التوجيه بعض آخر و ضميرا «منها ظاهرها» راجعان إلى العبارة.

(3) و هو صاحب مفتاح الكرامة و من تبعه، و محصل ما أفاده في ذلك: أنّه فسّر المالك المجيز بالبائع، و قال في وجه كون نماء المبيع له «أنّه ظاهر» حيث إنّ لم ينقل البائع قبل الإجازة المبيع إلى غيره، فهو و ما يتبعه من النماء باق على ملكه إلى أن يجيز. و أمّا وجه كون نماء الثمن له، فلأنّ المشتري الذي هو مالك الثمن قد سلّط البائع عليه و على ما يتبعه من النماء، كتسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن مع علم المشتري بغاصبية البائع، في أنّه هو المسلّط للغاصب على إتلاف الثمن بدون الضمان.

و هذا التوجيه و إن كان إبقاء لظاهر عبارة الشهيد «فهما للمالك المجيز» على حالها، لكن إرادة رضى المشتري بتصرف البائع في الثمن و نمائه مشكلة، فإنّ السبب الناقل لم يتم بعد بالنسبة إلى الثمن، فكيف بنمائه؟ لأنّ قبول المشتري لا يترتب عليه أثر ما لم تتحقق

[1] و من الثمرات التي لم يتعرّض لها المصنف ما أفاده الفاضل المامقاني قدّس سرّه من:

لزوم المعاطاة، و لغوية رجوع أحد المتعاطيين فيها بناء على كاشفية الإجازة، و صحة رجوعه و عدم لغويته بناء على ناقليتها «1».

(1) غاية الآمال، ص 389

ص: 98

الإجازة المتأخرة، والمفروض أنّ الرضا الموجود حين العقد هو الرضا المعاملي، لا مطلق الرضا بالتصرف، فتسليم الثمن إلى البائع الفضولي يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة.

مضافا إلى: ما أورده المحقق القمي قدس سرّه «1» عليه بأنه أخصّ من المدعى من جهتين:

إحدهما: عدم جريانه فيما كان المشتري فضوليا أيضا، إذ لا أثر لرضاه بالتصرف في الثمن و نمائه، ثم أجاز المالكان.

و ثانيتهما: اختصاص فرض رضا المشتري بعلمه بكون البائع فضوليا، إذ يقال بأنه نقل الثمن إليه مجّانا. و لا يتم في المشتري الجاهل بفضولية البائع، فإنّه لا ينقل المال إليه إلا

توضيح ذلك: أنّه لو اشترى زيد في الساعة الاولى من عمرو بالبيع المعاطاتي، ثم باع بكر فضولا في الساعة الثانية ذلك الكتاب من بشر، ثم رجع عمرو في الساعة الثالثة إلى المبيع، و هو ذلك الكتاب، ثم أجاز زيد المشتري هذا البيع الفضولي في الساعة الرابعة.

فعلى القول بالكشف صار الكتاب ملكا لبشر في الساعة الثانية قبل رجوع عمرو، فيلغو رجوعه، لوقوعه بعد التصرف الملزم للمعاطاة، و هو بيع بكر فضولا في الساعة الثانية الذي أجازته زيد.

و على القول بالنقل يصح رجوع عمرو إلى المبيع، لوقوع رجوعه قبل التصرف الملزم للمعاطاة، لوقوع الإجازة الناقلة للعين بعد رجوع عمرو، فينحل به البيع المعاطاتي، و لا أثر للإجازة.

و الحاصل: أنّ البيع المعاطاتي يلزم بناء على كاشفية الإجازة، لصيرورة بيع الفضولي - بسبب إجازة زيد المشتري للكتاب بالمعاطاة له - بيعا لازما، و تصرفا ملزما موجبا للزوم المعاطاة، و لغوية رجوع عمرو، لوقوعه بعد التصرف الناقل الذي هو أحد ملزمات المعاطاة.

و بناء على ناقلية الإجازة يصح الرجوع، و تنحلّ به المعاطاة، لوقوع إجازة عقد الفضولي بعد بطلان المعاطاة، و انفساها برجع عمرو الذي هو أحد المتعاطيين أي بائع الكتاب.

(1) جامع الشتات، ج 1، ص 156 (الطبعة الحجرية) و ج 2، ص 281 الطبعة الحجرية.

و منها (1): أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له (2) على القول بالنقل دون الكشف [1] بمعنى: أنه (3) لو جعلناها ناقلة كان فسخ

على وجه المعاوضة التي لم تتحقق بعد، فالثمن و نماؤه باقيان على ملك المشتري واقعا، و لا رضا إلا بالمعاوضة المنتفية حسب الفرض. فتحصّل مما ذكرناه: أنه لا بدّ من التصرّف في كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه ليخرج عن مخالفة المتسالم عليه بينهم من «أنّ نماء المبيع للبائع، و نماء الثمن للمشتري بناء على كون الإجازة ناقلة».

و الأولى حمل العبارة على خلاف ظاهرها بدعوى: أنّ المراد الجدّي هو كون كلا المتعاملين فضوليا. و لولاه يلزم التكلف في إبقاء العبارة على ظاهرها، مع عدم تمامية توجيه هذا الظاهر في نفسه. هذا تمام الكلام في الثمرة الاولى من ثمرات الكشف و النقل.

الثانية: جواز فسخ الأصيل، بناء على النقل

(1) أي: و من المواضع التي ذكرها للثمرة بين الكشف و النقل: أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر- فيما إذا كان أحد المتعاقدين فضوليا- يوجب بطلان العقد بناء على النقل، دون الكشف، لأنّه بناء على النقل يكون فسخه مبطلا للعقد، لما حكي من الإجماع على جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء الآخر، بل قبل تمامية شرائط صحة العقد كالقبض في المجلس فيما يعتبر فيه القبض. و بناء على الكشف لا يكون فسخه مبطلا للعقد، لكون العقد تامّا من طرف الأصيل و إن كان الآخر مسلّطا على فسخه.

(2) أي: للعقد، و ضمير «جعلناها» راجع إلى الإجازة.

(3) الضمير للشأن، و غرضه من قوله: «بمعنى» تفسير النقل.

[1] لا يخفى أنّ المسلّم من جواز الإبطال قبل إنشاء الآخر إنّما يكون في مورد عدم صدق العقد عليه، كإبطال الإيجاب قبل تحقق القبول. و أمّا مع صدق العقد فجواز إبطال إنشائه لفقدان شرط من شرائط الصحة غير معلوم، لأنّه خلاف إطلاق أدلة الصحة و اللزوم، حيث إنّ إطلاقها الأحوالي يقتضي عدم بطلان إنشاء الأصيل بفسخه قبل إجازة الآخر.

إلا أنه قيل بأن الإجماع المنعقد على شرطية عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب اقتضى جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشاءه قبل إنشاء الآخر، بل وبعده قبل وجود شرط الصحة، كالقبض في الهبة والوقف والصدقة وبيع الصرف والسلم. فلو بني على جواز إبطال الإنشاء قبل حصول شرط الصحة جاز للأصيل إبطال إنشائه قبل الإجازة، حيث إنَّها شرط صحة العقد بناء على النقل، لاقتضاء الإجماع المزبور ذلك. بخلاف الكشف الحقيقي، حيث إنَّ الإجازة بناء عليه ليست شرطا لصحة العقد، فلا يشمل الإجماع، بل يرجع فيه إلى الإطلاقات المقتضية لعدم البطلان.

فالنسبة: أن مقتضى الإجماع جواز إبطال الأصيل إنشاءه قبل الإجازة بناء على النقل دون الكشف.

أقول: لا يخفى عدم تمامية هذه الثمرة في الكشف الانقلابي والحكمي، والكشف على نحو الشرط المتأخر، لكون الإجازة في هذه الأقسام من شرائط صحة العقد، فلو أبطل الأصيل إنشاءه قبل الإجازة جاز ذلك، للإجماع المتقدم.

و عليه فلا يختص جواز إبطال الأصيل إنشاءه بالنقل، بل يجوز إبطاله أيضا بناء على الكشف، فهذه الثمرة ساقطة، هذا.

ثم إنَّ الفقيه المامقاني قدس سره نقل عن بعض الأفاضل «أنَّ المصنف قدس سره كان يعلّل جواز إبطال الإنشاء في مجلس البحث بأنَّ العقد عبارة عن المعاهدة المعبر عنها بالفارسية بقولهم:

پیمان، و من المعلوم أنَّ الموجب إذا رجع عن مضمون الإيجاب قبل القبول أو قبل وجود ما هو من شرائط صحة العقد كالقبض ونحوه انتفى معنى المعاهدة التي ليس قوام العقد إلاَّ بها، فينتفي العقد، وهو معنى بطلانه» «1».

قلت: ما حكى عن المصنف متين جدًا بالنسبة إلى رجوع الموجب عن مضمون الإيجاب قبل القبول، لعدم صدق العقد عرفا عليه حتى تشمل أدلة الصحة واللزوم، ويحكم بعدم جواز رجوع الموجب عن إنشائه قبل القبول. فخرج هذا عن أدلة الصحة واللزوم موضوعي لا حكمي تخصيصي، إذ لا ينبغي الإشكال في عدم صدق العقد العرفي عليه.

---

فالفرق بين الإجماع وهذا الوجه: أنّ الإجماع إخراج حكمي، وهذا الوجه إخراج موضوعي.

وأما بالنسبة إلى فقدان شرط الصحة، فجاوز إبطال الإنشاء غير ظاهر بعد صدق العقد عرفا، لشمول أدلة الصحة له. وخروجه عن تلك الأدلة بالإجماع المذكور غير ثابت، إذ المتيقن من معقده هو صورة عدم صدق العقد عرفا.

إلا أن يدعى عدم صدقة أيضا مع فقدان شرط الصحة، أو الشك في صدق العقد الموجب للشك في اندراجه في تلك الأدلة.

لكن الظاهر صدق العقد عرفا على فاقد شرط الصحة كالقبض في بيع الصرف والسلم وغيرهما ممّا يعتبر القبض في صحته، إذ لا ينبغي الارتياح في صدق العقد عرفا عليها مع فقد شرط الصحة كالقبض فيها، حيث إنّ أسامي المعاملات موضوعة للأعمّ من الصحيحة.

نعم لا إشكال في عدم صدق العقد عرفا مع فسخ الموجب إنشاءه قبل إنشاء القبول، لكون إنشائه أحد ركني العقد عرفا.

ولا يخفى أنّ الفقيه المامقاني قدس سرّه بعد نقل العبارة المتقدمة عن الشيخ قدس سرّه قال: «و لا يخفى عليك أنّ هذا وجه اعتباري غير مستلزم للمدعى، إذ لا- مانع من تجويز الشارع تعقيب الإيجاب المعدول عنه بالقبول، و جعله مثل ذلك الإيجاب والقبول من قبيل الأسباب الشرعية. فالعمدة هو الوجه الأوّل، و هو تسالمهم على ذلك» (1).

وفيه: أنّ مثل أوّفوا بالعُقودِ خطاب لأهل العرف، و موضوع حكمه العقد العرفي، و من المعلوم عدم صدقه عرفا على الإيجاب المعدول عنه المتعقب بالقبول.

و احتمال جعله من الأسباب التعبدية متوقف على العدول عن العقد العرفي. و لو بني على الاعتداد بهذا الاحتمال لانسدّ باب التمسك بتلك الإطلاقات، لعدم إحراز موضوعها مع هذا الاحتمال، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقيّة. و من المعلوم تمسك الأصحاب قديما و حديثا بمثل أوّفوا بالعُقودِ في موارد الشك في دخل شيء في صحة العقد العرفي، و هذا التمسك مبني على إرادة العقد العرفي من الأدلة.

---

(1) غاية الآمال، ص 380

الأصيل كفسخ (1) الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لإنشائه السابق. بخلاف ما لو جعلت (2) كاشفة [1]، فإنَّ العقد تامّ من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلّط الآخر على فسخه. وهذا (3) مبنيّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال

---

(1) خبر قوله: «كان». وقوله: «في كونه ملغيا» متعلق ب «فسخ الموجب».

(2) أي: جعلت الإجازة كاشفة.

(3) أي: وكون فسخ الأصيل لإنشائه مبطلا للعقد مبنيّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشاءه قبل إنشاء الآخر، بل فوق ذلك، وهو قبل تحقق شرط من شروط صحة العقد كالقبض في الهبة والوقف والصدقة وغيرها.

قال الشهيد الثاني قدس سرّه في شرح قول المحقق في عقد النكاح: «إذا أوجب الولي ثمّ جنّ أو أغمي عليه، بطل حكم الإيجاب .. وكذا في البيع»- ما لفظه: «وجهه: أنّ العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز، يجوز لكلّ منهما فسخه، ويبطل بما يبطل به الجائز ..

ولا فرق بين النكاح والبيع وغيرهما من العقود اللازمة في ذلك» (1).

وقال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم» (2).

---

[1] لا يخفى أنّ العقد على الكشف لو كان تامّا نافذا من طرف الأصيل كان كذلك على النقل أيضا، إذ التفاوت بين الكشف والنقل - في دخل الرضا في التأثير بنحو الشرط المتقدّم على النقل، و الشرط المتأخر على الكشف - لا يوجب تفاوتهما في تمامية العقد من ناحية الأصيل، وعدم تماميته.

---

بل لو قلنا بكون الإجازة أمانة محضّة على تمامية العقد من دون أن تكون مؤثرة في صحته، كانت تمامية العقد بالنسبة إلى الأصيل و الفضولي أيضا، لاستواء نسبة العقد إليهما.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 274، مسالك الافهام، ج 7، ص 100

(2) جواهر الكلام، ج 29، ص 47 و لاحظ كلامه أيضا في جواز رجوع الموصى عن الوصيّة في ج 28، ص 265



أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه (1)، بل (2) قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة (3) و الوقف و الصدقة.

فلا (4) يرد ما اعترضه

---

(1) هذا من موارد عدم صدق العقد عرفا.

(2) معطوف على «قبل إنشاء» يعني: تسالما على جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشاءه قبل تحقق شرط صحة العقد.

و الوجه في الإتيان بكلمة «بل» هو التريقي من جواز الإبطال في أحد الفردين - ممّا يكون حكمه واضحا- إلى جوازه في الفرد الآخر الذي لا يكون الحكم فيه بتلك المثابة من الوضوح. و بيانه: أنّ المقتضي للملكية هو العقد المؤلّف من الإيجاب و القبول.

فتسالهم على جواز إبطال الإيجاب قبل انضمام القبول معناه المنع عن وجود المقتضي للملكية، و لا محذور فيه.

و أمّا جواز إبطال العقد قبل انضمام الشرط إليه، فمعناه إبطال ذلك المقتضي للتأثير، و من المعلوم توقف إلغاء هذا المقتضي على دليل، و هو التسالم الذي أشار إليه بقوله:

«بل».

(3) بناء على كون القبض شرطا لصحتها كما هو المعروف من مذهب الأصحاب- كما في جامع المقاصد «1»- لا شرطا للزومها، كما حكى عن جماعة «2».

(4) هذا متفرع على ما أفاده من جواز إبطال الإنشاء بناء على النقل، للإجماع على جواز إبطاله مع فقد بعض شرائط صحة العقد، و رد على الاعتراض «بأنّ منع جواز إبطال الإنشاء لا يختص بالكشف، بل يطرد في النقل أيضا، و يقال بعدم جواز إبطاله بناء عليه».

أمّا تقريب الاعتراض، فهو: أنّ ترتب الأثر على جزء السبب- و هو العقد، أو إنشاء الأصيل بعد انضمام الجزء الآخر و هو الإجازة- من الأحكام الوضعية،

---

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 148

(2) لاحظ جواهر الكلام، ج 28، ص 164

ص: 104

بعض (1) من منع جواز الإبطال على القول بالنقل، معللاً بأن ترتب الأثر على

ولا يعتبر فيه اختيار الأصيل لترتبه وإرادته له وعدم رجوعه عن إنشائه.

وبعبارة أخرى: أنّ تأثير العقد في النقل والانتقال يكون نظير تأثير العلة التكوينية في معلولها في عدم دخل الإرادة والاختيار في وجود المعلول، وامتناع تخلفه عنه بمجرد اجتماع أجزاء العلة من المقتضي والشرط وعدم المانع، كاحتراق الثوب بالنار عند المماساة وفقد الرطوبة.

وكذا الحال في العقد والإجازة، فالإيجاب والقبول جزء السبب المؤثر في باب الفضولي، والمفروض تحققه، فإذا انضم رضا المالك المجيز إلى العقد ترتب عليه النقل قهراً، سواء رجع الأصيل عن إنشائه قبل إجازة المجيز أم لم يرجع، فإن اتصاف الإيجاب والقبول بعنوان «جزء السبب» قهري، كاتصاف النار بكونها مقتضية للإحراق.

وعليه فلما كان العقد بناء على النقل جزء المؤثر لم ينفك عنه هذا الاقتضاء. فلا فرق في عدم تأثير فسخ الأصيل بين الكشف والنقل، هذا توضيح نظر المحقق القمي قدس سره.

وأما تقريب رده، فهو ما أفاده المصنف قدس سره من مخالفة هذا الكلام لما تسالموا عليه من اعتبار عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب، فانضمام الجزء الآخر - من دون تحقق هذا الشرط - لا يجدي في وجود المسبب، وهو النقل والانتقال.

وبيان آخر: أنّ تأثير العقد في حصول الملكية وإن كان حكماً وضعياً كما أفاده المحقق القمي، إلا أنه لما لم يكن إهمالاً في التأثير دار أمر هذا الاقتضاء الناقص بين كونه مطلقاً، أي سواء تحقق شرط التأثير أم لم يتحقق، ويتجه كلام الميرزا القمي قدس سره حينئذ. وبين كونه مقيداً بوجود الشرط المتسالم عليه، أعني به عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب.

وهذا هو المتعين.

وعليه فلو فسخ الأصيل لم يترتب أثر على انضمام إجازة المالك إلى العقد.

(1) وهو المحقق القمي قدس سره «1».

وتلخص ممّا تقدم أمور:

(1) راجع جامع الشتات، ج 2، ص 281، الطبعة الحديثة، و ج 1، ص 156، السطر 20، الطبعة الحجرية، وغنائم الأيام، ص 543

جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر (1) من (2) أحكام الوضع، لا مدخل لاختيار المشتري فيه.

وفيه (3): أنّ الكلام في أنّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب شرط (4)، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقّق الشرط غير مجد في وجود المسبّب.

فالأولى (5) في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ

الأوّل: جواز إبطال الأصيل إنشاءه قبل الإجازة على النقل دون الكشف.

الثاني: أنّ دليل جواز الإبطال هو الإجماع على اعتبار عدم تخلّل فسخ أحد المتعاقدين إنشاءه قبل إنشاء صاحبه.

الثالث: اعتراض المحقق القمي قدّس سرّه بعدم اختصاص حرمة إبطال الإنشاء بالقول بالكشف، بل هو ثابت على القول بالنقل أيضا.

الرابع: ردّ هذا الاعتراض بالإجماع على شرطية عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب.

الخامس: بطلان هذه الثمرة كما ذكر في التعليقة.

(1) وهو الإجازة المنضمة إلى جزء السبب وهو العقد.

(2) خبر قوله: «بأنّ» يعني: أنّ ترتب الأثر على جزئي المؤثر يكون من الأحكام الوضعية التي لا مدخل لاختيار المشتري فيها.

(3) هذا ردّ الاعتراض المذكور، والأنسب بملاحظة قوله: «فلا يرد ما اعترضه بعض .. إلخ» أبدال «وفيه» ب «إذ فيه» أو «وذلك» أو «لأنّ الكلام» فإنّ هذا ما يقتضيه سوق البيان.

ومحصل الرد هو: أنّ مقتضى أدلة الصحة وال لزوم وإن كان هو عدم بطلان إنشاء الأصيل بفسخه قبل الإجازة، لكن الإجماع قام على أنّ فسخ الأصيل إنشاءه قبل إجازة الآخر مبطل للعقد ومقيد لإطلاقات الصحة وال لزوم، وعليه فانضمام الجزء الآخر - وهو الإجازة - لا يجدي في ترتب المسبّب وهو الأثر المقصود من العقد.

(4) خبر قوله: «أن عدم» ووجه شرطية كونه متسالما عليه.

(5) بعد أن ردّ المصنف قدّس سرّه استدلال المحقق القمي على عدم جواز إبطال الأصيل

بإطلاقات (1) صحّة العقود و لزومها.

و لا يخلو (2) من إشكال (3).

### **[الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه]**

و منها (4): جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه (5) بناء على النقل، و إن (6) قلنا

إنشاءه قبل إجازة الآخر، أراد أن يستدلّ على ذلك بوجهه، يكون أولى من وجه استدلاله به المحقق المتقدم.

و محصل هذا الوجه هو الاستدلال بالإطلاقات الدالة على صحّة العقود و لزومها، بتقريب: دفع احتمال اعتبار عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب- و هما إنشاء الأصيل و إجازة الآخر- بإطلاقات صحّة العقود و لزومها، فيثبت بتلك الإطلاقات أنّ فسخ الأصيل لإنشائه لا يبطل العقد بناء على النقل، فلا فرق حينئذ في عدم بطلان العقد بفسخ الأصيل لإنشائه بين الكشف و النقل.

(1) متعلق ب «دفع» يعني: أنّ الإطلاقات دافعة لاحتمال المزبور.

(2) أي: و لا يخلو دفع احتمال شرطية عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب بإطلاقات الصحة عن إشكال.

(3) كما سيأتي التصريح به في الثمرة الثالثة في (ص 109). و وجه الاشكال هو المنع عن صدق العقد العرفي مع رجوع الأصيل عن إنشائه و فسخه له قبل الإجازة، و معه لا يمكن التمسك بالإطلاقات، لعدم كون هذا الإيجاب و القبول موضوعا لها.

الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

(4) أي: و من تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف و النقل جواز تصرف العاقد الأصيل في ماله الذي انتقل عنه بناء على القول بالنقل، إذ لا ينتقل المال عنه إلا في زمان صدور الإجازة، فتصرفه فيه تصرف في ملكه، و لا يخرج عن ملكه إلا بالإجازة.

بخلاف القول بالكشف، فإنّ تصرفه باطل لو أجاز المالك، لكونه تصرفا في ملك غيره.

(5) المراد ب «ما انتقل عنه» هنا ليس خصوص المبيع أو الثمن، بل كل ما تعلّق به العقد، و ذلك بقريئة التنظير له بالنكاح الفضولي.

(6) وصلية، يعني: لا فرق في جواز تصرف الأصيل- بناء على النقل- بين القول بأنّ فسخ الأصيل مبطل لإنشائه، فلا يبقى موضوع للإجازة، و بين قول المحقق القمي قدّس سرّه

بأنّ فسّخه (1) غير مبطل لإنشائه.

فلو (2) باع جارياً من فضوليّ جاز له وطؤها، وإن استولدها صارت أمّ ولد، لأنّها ملكه. وكذا لو زوّجت نفسها من فضوليّ جاز لها التزويج من الغير.

فلو حصلت الإجازة في المثالين (3) لغت، لعدم بقاء المحلّ (4) قابلاً.

والمحصل (5): أنّ الفسخ القوليّ وإن قلنا إنّ غير مبطل لإنشاء

---

من عدم بطلان إنشاء الأصيل بفسّخه.

وعليه فجواز تصرف الأصيل - بناء على النقل - غير متفرع على ما تقدم في الثمرة الثانية، وذلك لأنّه بناء على كون فسّخه مبطلاً لإنشائه - كما هو رأي ما عدا الميرزا القمي - يجوز له التصرف في ماله، لعدم خروجه عن ملكه، لأنّ المخرج له عن ملكه هو العقد غير المتحقق حسب الفرض. وبناء على كون فسّخه غير مبطل لإنشائه - كما ذهب إليه المحقق القمي قدّس سرّه - فكذا يجوز للأصيل التصرف في ماله، لبقائه على ملكه إلى أن يجيز المالك، فيكون تصرفه في ملكه.

(1) أي: بأن فسّخ الأصيل غير مبطل لإنشاء نفسه كما اختاره المحقق القمي قدّس سرّه.

(2) هذا متفرع على جواز تصرف الأصيل في متعلق العقد قبل الإجازة - بناء على النقل. واستشهد المصنف بفرعين، أحدهما بيع الأمة، و الآخر تزويج الحرّة. وفي كليهما يكون الفضوليّ في جانب القابل كالمشتري في باب البيع، والزوج في باب النكاح.

والفرع الأوّل هو: أنّه لو باع الجارية مالکها الأصيل من فضوليّ، بمعنى كون المشتري فضولياً، جاز له وطؤها، لأنّها ملكه، ولم تخرج بعد عن ملكه، فلو استولدها صارت أمّ ولد له، ويفوت محلّ الإجازة حينئذ.

والفرع الثاني هو: أنّ الحرّة لو زوّجت نفسها من زيد فقبل عمره عنه فضولاً، جاز لها تزويج نفسها من بكر قبل إجازة زيد، وتلغو إجازة زوجها الأوّل وهو زيد، لعدم بقاء المحلّ.

(3) وهما بيع الجارية من فضوليّ، وتزويج المرأة نفسها من فضوليّ.

(4) بعد الوطء في المثال الأوّل، وبعد التزويج من الغير في المثال الثاني.

(5) غرضه من هذا الحاصل بيان الفرق بين ما إذا فسّخ الأصيل بقوله: «فسّخت

الأصيل (1)، إلا أن له (2) فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه (3) يفوت محلّ الإجازة (4)، فيفسخ العقد بنفسه (5) بذلك (6).

وربما احتمال عدم جواز التصرف على هذا القول (7) أيضا (8).

العقد ورجعت عمّا أنشأته مع الفضولي»، وبنى تصرفه- في ما انتقل عنه بذلك العقد- بما يتوقف على مالكيته له، و ينافي انتقاله عنه، يفوت بذلك محلّ الإجازة.

ومحصّل الفرق بين الفسخ القولي و التصرف هو: أنّ الفسخ متعلق بالعقد، لأنّه حلّ العقد، فاحتمال شرطية عدم تخلل الفسخ بين إنشاء الأصيل و الإجازة يدفع بمثل أوفوا بالعقود فلا يبطل الفسخ إنشاء الأصيل قبل الإجازة و التصرف متعلق بالمال، فيعمّه عموم دليل السلطنة و خصوص أدلة نفوذ التصرفات الخاصة.

وعليه فالتصرف جائز تكليفا و وضعاً، و حيث إنّ موضوع الأمر بالوفاء بالعقود مقيّد بتراضي الطرفين، فقبل الإجازة لا يتعلق بالأصيل وجوب الوفاء حتى يمنع عن نفوذ التصرفات. و بعد البناء على جواز التصرفات و وضعاً و تكليفا لا يبقى للحقوق الإجازة أثر حتى يبطل التصرف، لأنّ صحة أحد المتنافيين تنافي وقوع المنافي الآخر صحيحاً، فلا جرم يفسخ العقد قهراً.

(1) وفاقاً للمحقق القمي قدّس سرّه كما تقدم في الثمرة الثانية.

(2) هذا الضمير و ضمير «عنه» راجعان إلى الأصيل، و الجملة خبر قوله: «أنّ الفسخ».

(3) متعلق ب «ينافي» أي: التصرف المنافي لانتقال المال عنه بالعقد الفضولي يكون مفوّتاً لمحلّ الإجازة. و على هذا فقوله: «على وجه» مبين للمنافاة و التفويت، و ليس للتوزيع، بأن يكون المنافي مفوّتاً تارة لمحلّ الإجازة، و غير مفوّت له اخرى.

(4) فلا تقع الإجازة مؤثّرة بعد وقوع التصرفات صحيحة.

(5) لانتفاء موضوعه بالتصرف الجائز تكليفاً و وضعاً.

(6) أي: بسبب الفعل المنافي المفوّت لمحلّ الإجازة، كالوطء و التزويج من الغير.

(7) و هو كون الإجازة ناقلة. و قوله: «و ربما احتمال» في قبال قوله: «و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه .. إلخ».

(8) أي: كعدم جواز التصرف الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالكشف.

و لعلّه (1) لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل وإن لم يجب (2) في الطرف الآخر، وهو (3) الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: «لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين (4)، لإمكان (5).

(1) أي: و لعلّ وجه عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالنقل هو كون عقد الفضولي جامعا لجميع الشرائط سوى الرضا، فيشملة عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيجب على الأصيل الوفاء بالعقد، و مقتضاه عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه.

(2) لإناطة وجوب الوفاء على الطرف الآخر بأن يجيز العقد.

(3) أي: و عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالنقل لأجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد هو الذي يظهر من المحقق الثاني. و العبارة منقولة بالمعنى، و إليك نصّها: «و ليس لكل من البائع و الغاصب التصرف في العين، لإمكان إجازة المالك، خصوصا على القول بأنّ الإجازة كاشفة».

(4) و هي عين المبيع المنتقلة عن البائع الأصيل، فإنّ الظاهر من حكم المحقق الثاني قدّس سرّه بعدم جواز تصرف البائع في العين المنتقلة عنه إنّما هو لأجل كونه أصيلا، و تمامية العقد مع إضافته إليه الموجبة لحرمة تصرفه فيما انتقل عنه. و أمّا عدم جواز تصرف المشتري الغاصب فلعدم انتقال المبيع إليه، و كونه أجنبيا عنه، لأنّ المبيع في صورة إجازة المغصوب منه يكون ملكا له، و في صورة عدم الإجازة يكون باقيا على ملك البائع، فتصرف المشتري الغاصب فيه عدواني على كلا التقديرين.

(5) تعليل لعدم جواز تصرف البائع في المبيع، و حاصله: أنّه مع احتمال لحوق الإجازة من المغصوب منه- و هو مالك الثمن- و صيرورته ملكا لمالك الثمن، لا يجوز للبائع التصرف فيه، رعاية لهذا الاحتمال، فكأنّ هذا الاحتمال يحجر المالك عن التصرف في ماله.

الإجازة [1] ولا سيما على القول بالكشف» انتهى «1».

وفيه (1): أنّ الإجازة على القول بالنقل له (2) مدخل في العقد شرطا أو شطرا، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لأنّ المأمور به بالوفاء هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلا بعد القيد. وهذا (3) كلّه على النقل.

---

(1) أي: وفي احتمال عدم جواز تصرف الأصيل. والغرض من هذا الكلام دفع احتمال عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل نظرا إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد.

توضيح وجه الدفع هو: أنّ الإجازة على القول بالنقل لها دخل في العقد جزءا أو شرطا، فقبل حصول الإجازة لا يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لعدم تمامية موضوع وجوب الوفاء وهو العقد المقيّد بالإجازة، ومن المعلوم أنّ المقيّد لا يوجد إلا بعد قيده.

(2) خبر: «أنّ الإجازة».

(3) أي: البحث عن جواز تصرف الأصيل وعدمه فيما انتقل عنه بناء على النقل.

وقد تحصل: أنّ الحق جواز تصرف الأصيل على النقل، وسيأتي حكم تصرفه بناء على الكشف.

---

[1] هذا التعليل عليل جدّا، إذ لا دليل عقلا ولا نقلا- بعد وضوح عدم خروج المال عن ملك الأصيل بناء على النقل- على مانعية العلم بلحوق الإجازة- فضلا عن احتمالها- عن تصرف المالك في ماله. نعم بناء على بعض أنحاء الكشف يتجه ما أفاده المحقق الثاني قدّس سرّه، وهو ما يكون الإجازة فيه كاشفة عن تمامية العقد من حين وقوعه، بأن تكون الإجازة واسطة في الإثبات فقط من دون دخل لها في مؤثرية العقد.

---

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 331

ص: 111



وأما على القول بالكشف (1) فلا يجوز التصرف (2) فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة والسيد العميدي والمحقق الثاني، وظاهر غيرهم «1».

(1) بأقسامه الثلاثة، من قسمين للكشف الحقيقي، وقسم للكشف الحكمي. أما قسما الحقيقي فهما: كون الشرط نفس الإجازة بناء على الشرط المتأخر، وكون الشرط الوصف المنتزع، وهو تعقب الإجازة ولحوقها.

وأما الكشف الحكمي فهو: انتقال التّماء إلى المشتري مع بقاء أصل المال على ملك مالكة إلى زمان صدور الإجازة من المالك الأصيل.

ومحصّل ما أفاده بناء على الكشف هو عدم جاز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه على ما يظهر من جماعة.

(2) أي: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه. و الظاهر أنّ المسألة معنونة في النكاح لا في البيع، وإن كانا متحدين مناطا. وسيأتي في (ص 128) نقل كلام العلامة في فروع النكاح الفضولي، ومحصّله: أنّه إذا كان الزوج - مثلا - أصيلا، وزوّج المرأة فضوليّ، وجب على الزوج ترتيب أحكام العقد الصحيح، فتحرم عليه أخت المعقودة عليها و بنتها وأمّها في الزمان المتخلل بين العقد والإجازة أو الفسخ.

وقال المحقق الثاني في شرحه: «وإنّما قلنا إنه يلزم في حق المباشر بناء على أنّ الإجازة كاشفة عن ثبوت العقد ولزومه من حين وقوعه، كما أنّ عدمها كاشف عن عدم ذلك. فلو فسخ المباشر ثم أجاز الآخر تبيّن أنّ فسخه وقع بعد ثبوت العقد ولزومه فلم يؤثر شيئا...».

ويظهر من فخر المحققين والفاضل الأصفهاني قدّس سرّهما ابتناء حرمة الخامسة والأخت - على الأصيل - على كون الإجازة كاشفة، فراجع «2». وإن كانت عندهما ناقلة كما ذكرناه في (ص 7).

فالمتحصل: أنّ حرمة تصرف الأصيل في متعلق العقد بما ينافيه مسلّمة عند جماعة بناء على الكشف.

(1) قواعد الأحكام، ج 3، ص 16 (طبعة مركز النشر الإسلامي)، كنز الفوائد، ج 2، ص 322 و 357 جامع المقاصد، ج 12، ص 160 و 297 و 298

(2) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 28 و 30، كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 18 و 31

ص: 112

وربما اعترض عليه (1) بعدم (2) المانع له من التصرف، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدح في السلطنة الثابتة له، ولذا (3) صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا (4).

نعم إذا حصلت الإجازة (5) كشفت عن بطلان

(1) أي: على عدم جواز تصرف الأصيل - فيما انتقل عنه - على الكشف. وهذا الاعتراض يستفاد ممّا حكاه صاحب الجواهر في النكاح الفضولي بقوله: «لكنه قد يناقش - يعني في تحريم المصاهرة - باعتبار تحقق النكاح في تحريم ذلك. وليس، إذ الفرض عدم حصول الإجازة من الآخر. واحتمال حصولها غير كاف في تحققها. بل الأصل يقتضي عدمها، بل مقتضاه جواز ذلك كله له حتى تحصل، وإن انكشف بعد حصولها بطلان التصرف الحاصل بين العقد وبينها. فمن باع ماله من فضولي لم يمتنع عليه الانتفاع به ولو المتلف» (1). لكن تأمل فيه صاحب الجواهر بمثل ما سيأتي في المتن، فراجع.

(2) متعلق ب «اعترض» وتقريب للاعتراض. توضيحه: أنه لا مانع من جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه قبل الإجازة، إذ المانع المتوهم هو احتمال انتقال المال عن ملكه، وذلك ليس بمانع عن السلطنة الثابتة له على ماله بمقتضى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، ولذا صرح بعض بجواز التصرف للأصيل مطلقا من غير فرق بين الكشف بكلا قسميه و النقل.

(3) أي: ولأجل عدم قدح مجرد احتمال انتقال المال عن الأصيل في السلطنة الثابتة له، صرح بعض المعاصرين .. إلخ.

(4) أي: سواء أكان التصرف و الانتفاع متلفين للعين أم لا، فإن لم يكن التصرف متلفا ردّ العين بعد الإجازة، وإلا ردّ بدله كما سيصرّح به.

(5) بعد تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، فالإجازة تكشف عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال مال الى المجيز، لأنه تصرف في مال غيره بدون إجازته.

(1) جواهر الكلام، ج 29، ص 217 و 218

ص: 113

كلّ تصرّف مناف (1) لانتقال (2) المال إلى المجيز، فيأخذ (3) المال مع بقاءه، و بدله مع تلفه، قال (4): «نعم لو علم (5) بإجازة المالك لم يجز له التصرف» (1) انتهى.

أقول (6): مقتضى عموم وجوب الوفاء

---

(1) صفة ل «تصرف».

(2) متعلق ب «مناف» يعني: يبطل كلّ تصرّف يكون منافيا لانتقال المال إلى المجيز و ملكية ذلك المال له، كعتق العبد المبيع، فإنّه ينافي ملكية هذا العبد للمجيز، فيبطل العتق.

(3) يعني: فيأخذ المجيز. و هذه نتيجة كشف الإجازة عن بطلان التصرف المنافي لملكية المال للمجيز.

(4) يعني: قال بعض المعاصرين.

(5) يعني: لو علم الأصيل بإجازة المالك لم يجز له التصرف. و هذا مبني على الكشف الحقيقي التعقبي، ضرورة كفاية العلم بحصول إجازة المجيز في ترتيب أحكام العقد من زمان وقوعه.

(6) هذا تأييد لعدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على الكشف، و ردّ للاعتراض بعدم مانع من جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه.

و توضيح ما أفاده المصنف قدس سرّه هو: أنّ مقتضى أوْفُوا بِالْعُقُودِ وجوب وفاء الأصيل بعهدده، و لزوم العقد من ناحيته، ضرورة انحلال هذا الخطاب إلى كلّ من له عقد و التزام. و الفضولي و إن لم يخاطب بالوفاء، لكونه أجنبيًا عن العوضين. إلا أن طرفه الأصيل - لكونه وليًا على عقده - يجب عليه البقاء على التزامه بنقل ماله إلى المجيز، فلا وجه لجواز تصرفه فيما انتقل عنه، بل عليه التربص إلى تحقق الإجازة أو الرد من المالك الذي عقد الفضولي على ماله.

---

(1) لم أظفر بهذه العبارة في الجواهر و المستند و أنوار الفقاهة و كشف الظلام. لكن المنع من التصرف في صورة العلم بلحوق الإجازة قد التزم به صاحب الجواهر فيما سبق من كلامه في (ص 31) فراجع. فلعلّ ما في المتن نقل له بالمعنى، و إن كان ظاهره حكاية نصّ كلام القائل.

وجوبه (1) على الأصيل، و لزوم (2) العقد و حرمة (3) نقضه من جانبه. و وجوب الوفاء عليه (4) ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه (5) حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك (6).

(1) خير «مقتضى». و هذا ظاهر في كون وجوب الوفاء تكليفيًا، كما يقتضيه ظاهر صيغة الأمر. خصوصًا مع تفسير العقود بالعهود كما في صحيحة ابن سنان، و من المعلوم أعمية العهد من العقد، لشموله للالتزام و التعهد من طرف واحد كما في النذر و العهد.

(2) لزوم العقد خطاب وضعي ينتزع من التكليف بناء على ما حققه المصنف في بحث الأحكام الوضعية من الاستصحاب. و ليس المراد جعل الأمر بالوفاء إرشادا إلى الحكم الوضعي من الصحة أو اللزوم.

(3) هذا يناسب وجوب الوفاء تكليفا، كما أنّ عدم نفوذ الفسخ يناسب اللزوم الوضعي.

(4) هذا دفع دخل، حاصله: أنّه لا وجه لتحريم تصرف الأصيل في ماله تمسكا بالأمر بالوفاء. و ذلك لعدم تنجز هذا الخطاب في حقه قبل الإجازة، فإن حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف، و إن لم تحصل صحّ التصرف، و حيث أنّه لم يعلم تحقق الإجازة لم يحرز توجه خطاب الوفاء إلى الأصيل، هذا.

و محصّل دفعه: أنّ الأصيل يجب عليه الوفاء بمجرد عقده مع الفضولي، و ليس الوجوب في حقه مراعى بإجازة المالك، لما عرفت من انحلال الأمر، و عدم كونه من قبيل الارتباطيين. فلو شك الأصيل في أنّ الآخر يجيز عقد الفضول أم يردّه، حرم عليه التصرف أيضا.

(5) أي: وجوب الوفاء. و الوجه في الترتي واضح، فإنّه مع العلم بعدم إجازة الطرف الآخر يعلم الأصيل بعدم انتقال ماله عن ملكه، فيتجه جواز تصرفه فيه. و لكن المصنف قدس سرّه منع من التصرف في هذه الصورة أيضا، لأنّ تمام المناط هو تحقق العقد و وجوب الوفاء به، و المفروض حصول الإيجاب و القبول بين الأصيل و الفضولي عن قصد جدّي للبيع.

(6) يعني: لا ينحلّ العقد إلا بردّ المالك، فما لم ينحل برده كانت المعاملة من

و من هنا (1) يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة [1].

طرف الأصيل تامّة واجبة الوفاء، وإن علم بأنها لا تتم من الطرف الآخر أصلا، لعدم إجازة المالك للمعاملة. فوجوب الوفاء على الأصيل لا يرتفع إلا بردّ المالك للمعاملة، ولا يرتفع بمجرد عدم إمضاء المالك لها. فالمعاملة تامّة من ناحية الأصيل، فيجب عليه الوفاء بالعقد من حيث إنه عقد، لا من حيث إنه مؤثر في الملكية، ولا يرتفع وجوب الوفاء بالعقد إلا بالردّ الذي متعلّقه العقد كالإجازة و الفسخ.

(1) أي: و من كون مقتضى العموم وجوب الوفاء على الأصيل - حتى مع العلم بعدم إجازة المالك - يظهر منع ما أفاده القائل بجواز تصرف الأصيل على القول من التمسك بأصالة عدم الإجازة.

وجه المنع أنه لا فائدة في إجراء أصالة عدم الإجازة في ظرف الشك فيها بعد عدم إجداء العلم بعدم تحققها في إثبات جواز التصرف، لعدم ترتب أثر شرعي على الإجازة حتى يصح جريان الأصل في عدمها كما لا يخفى.

[1] قد يقال: بأن الإجازة ليست ممحّضة في انتساب عقد الفضول إلى المالك، بل هي محقّقة لحقيقة العقد أيضا، إذ العقد متقوم بقرارين معامليين، و القرار يتقوم بمن يقوم به القرار. فإن كان المنشئ ممّن له ولاية التصرف في المال كان إنشاؤه محقّقا لعنوان العقد و العهد. و إن لم يكن له ولاية التصرف كان إنشاؤه محقّقا لاعتباره فقط، و لا عهد و لا عقد له عرفا و شرعا. و عليه فللاصيل التصرف في ما انتقل عنه، إذ لا قرار معاملي له حقيقة عند كون الطرف فضوليا. هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن إناطة صدق العقد بلحوق الإجازة يوجب إنكار البيع الفضولي رأسا و بطلان مبنى الكشف، مع أنّهم جعلوا ولاية التصرف من شرائط المتعاقدين لا العقد.

مضافا إلى: لزوم ارتكاب خلاف الظاهر في الأدلة المتكفلة لتصحيح العقود الفضولية بالإجازة، كما في صحيحة محمد بن قيس، لقوله عليه السلام: «فلما رأى سيد الوليدة ذلك أجاز بيع ابنه» إذ لا بدّ من حمله على نوع من المجاز باعتبار أول إنشاء الابن الى البيع

لكن ما ذكره (1) البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطاً بتعقبه (2) بالإجازة، لعدم (3) إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف- من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا (4) لكون (5) العقد السابق بنفسه (6)

---

(1) من جواز تصرف الأصيل في العين المنتقلة عنه مطلقا، من دون فرق بين الكشف و النقل.

(2) الذي هو وصف انتزاعي مقارن للعقد على ما قيل، كما تقدم سابقا.

(3) تعليل لقوله: «صحيح على مذهبه» و حاصل التعليل: أنه مع الشك في الشرط- و هو التعقب- للشك في حصول الإجازة، لا يجب الوفاء بالعقد، لأنّ موضوع وجوب الوفاء خصوص العقد المقيّد بتعقبه بها، فالعقد المجرد عن القيد لا يجب الوفاء به.

(4) أي: بنحو الشرط المتأخر الذي يكون مشروطه متقدّما على شرطه بناء على إمكانه.

(5) متعلق ب «شرطا»، و شرطية نفس الإجازة في مقابل شرطية الأمر الانتزاعي أعني به وصف التعقب الذي هو مختار جماعة.

(6) أي: من دون ضمّ ضميمة- و هي الإجازة- إليه، فلا شأن للإجازة إلّا جعل العقد نفسه سببا تامّا لحصول الملكية، حيث إنّ الإجازة لكونها إنفاذا و إمضاء تقتضي التأثير في الملكية. فموضوع وجوب الوفاء نفس العقد من حيث إنّ العقدية تقتضي ذلك،

---

بإجازة الأب. و هو كما ترى. و كذا الحال في نكاح الفضولي من العبد و الصغير و غيرهما، و لا وجه لرفع اليد عن هذا الظهور. و عليه فلا يتوقّف القرار المعاملي على ولاية التصرف.

نعم ما أفاده المصنف من حرمة التصرف حتّى مع العلم بعدم لحوق الإجازة مشكل، إذ بناء على الكشف يعلم بعدم تأثير العقد أصلا، و مثله خارج موضوعا عن عموم الأمر بالوفاء

مؤثراً [1] تاماً (1) - فالذي (2) يجب الوفاء به هو نفس العقد (3) من غير تقييد (4)،

فليس وجوب الوفاء من مقتضيات الملك. فيمتاز مقام الموضوعية لوجوب الوفاء عن مقام السببية للملكية، فإنّ الإجازة على الكشف الانقلابي تؤثر في انقلاب العقد و صيرورته مؤثراً من حين وقوعه، فلإجازة دخل في سببية العقد للملكية، لا في وجوب الوفاء، هذا. لكن لا يخفى أنّ التفكيك بين موضوع وجوب الوفاء و السببية للملك - بعد وضوح كون الوفاء بالعقد هو العمل على طبقه و مضمونه الذي هو المبادلة مثلاً - في غاية الإشكال، فتدبرّ.

(1) من حين وقوعه على ما هو مقتضى الشرط المتأخر، حيث إنّ لازم الشرط المتأخر وجود المشروط قبل شرطه.

(2) جواب الشرط في قوله: «و أما على المشهور».

(3) يعني: من حيث إنّه عقد، لا من حيث إنّه سبب للملكية، كما مرّ آنفاً.

(4) أي: موضوعية العقد لوجوب الوفاء ليست مقيدة بالإجازة، و إنّما المقيد بها هو سببية العقد للملك.

[1] لم يظهر مراده قدّس سرّه من هذه العبارة، فإنّ شرطية نفس الإجازة تنافي استقلال العقد و كونه بنفسه مؤثراً تاماً، حيث إنّ مقتضى سببته التامة في التأثير عدم دخل شيء في تأثيره، و إلاّ لم يكن تاماً، بل كان العقد ناقصاً و منوطاً بتأثيره بذلك الشيء و مشروطاً به، و ليس هذا إلاّ التناقض.

إلاّ أن يقال: بما أفاده المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه: من عدم كون الإجازة قيّداً للعقد، بل هي شرط لصيرورة العقد مقتضياً و سبباً و علّة تامّة للتأثير، فالإجازة جهة تعليلية لحدوث المقتضي للتأثير في العقد، نظير علّة التغيير و الملاقاة لصيرورة الماء مقتضياً للتنجس بهما (1).

(1) حاشية المكاسب، ص 64

ص: 118

وقد تحقّق (1)، فيجب (2) على الأصيل الالتزام به، وعدم (3) نقضه إلى أن ينقض. فإنّ ردّ المالك فسخ للعقد [فسخ العقد] من طرف الأصيل (4)، كما أنّ إجازته (5) إمضاء له من طرف الفضولي.

والحاصل: أنّه إذا تحقّق العقد فمقتضى العموم (6) - على القول بالكشف (7) المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شيء شرطاً أو شرطاً - حرمة (8) نقضه على الأصيل مطلقاً (9)، فكلّ (10) تصرف يعدّ نقضاً للعقد المبادلة

---

(1) يعني: وقد ثبت العقد الذي يجب الوفاء به بإنشاء العاقد الفضولي له.

(2) هذه نتيجة ثبوت العقد الذي يجب الوفاء به. وضمير «به» راجع إلى العقد.

(3) معطوف على «الالتزام» ومفسّر له.

(4) غرضه أنّ العقد لا يبطل من طرف الأصيل إلاّ برّد المالك، لأنّه يوجب بطلان العقد.

(5) أي: كما أنّ إجازة المالك إمضاء للعقد من طرف الفضولي، وحاصله: أنّ رد المالك فسخ للعقد، وإجازته إمضاء له من ناحية الفضولي.

(6) أي: عموم أوفوا بالعقود.

(7) الظاهر أنّ المراد بالكشف ما عدا الحقيقي منه المبني على كون الإجازة شرطاً متأخراً، وذلك بقربنة قوله: «من دون ضم ضميمة شيء شرطاً أو شرطاً» لوضوح كون الإجازة شرطاً بناء على النقل، وشرطاً متأخراً بناء على الكشف الحقيقي.

(8) خبر لقوله: «فمقتضى» وضمير «نقضه» راجع إلى العقد.

(9) أي: سواء علم بصدور الإجازة من المالك، أم علم بعدم صدورها منه، أم شكّ في ذلك.

(10) هذه نتيجة وجوب الوفاء بالعقد من دون ضمّ شيء شرطاً أو شرطاً إليه، وحاصله: أنّ عقد المبادلة والالتزام بها يقتضي حرمة كل تصرف يعدّ نقضاً لما التزم به العاقد الأصيل ورافعاً له، بحيث لا يجتمع ذلك التصرف الناقض مع صحة العقد. فإذا اشترى الأصيل متاعاً من البائع الفضولي اقتضى التزامه الشرائي أن لا يتصرف في الثمن، فإن تصرفاً فيه تصرفاً يتوقف على الملك - بل وغيره - ممّا ينافي التزامه بخروجه عن ملكه وسلطنته، كان ذلك التصرف نقضاً لالتزامه الشرائي وإطلالاً له.



- بمعنى عدم (1) اجتماعه مع صحّة العقد- فهو (2) غير جائز.

و من هنا (3) تبين فساد توهم أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب (4) حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك (5) يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأنّ (6) مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه تنافي (7) مقتضى العقد أعني المبادلة (8).

---

(1) أي: عدم اجتماع التصرف مع صحة العقد.

(2) خبر قوله: «فكلّ تصرف» و الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط.

(3) أي: و من كون مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزوم التزام الأصيل بالعقد و حرمة نقضه عليه، ظهر فساد توهم آخر، وهو: أنّ لوجوب العمل بالعقد و الوفاء به اقتضائين.

أحدهما: حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كما ذكر.

و ثانيهما: جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لاقتضاء عقد المعاوضة ذلك، ضرورة أنّ التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه لم يكن التزاماً به مجاناً، بل كان بعنوان العوضيّة و البدلية، و مقتضى هذا العنوان خروج ماله عن ملكه، و دخول مال غيره بدلاً عنه في ملكه. و لازم ذلك جواز تصرفه فيما انتقل إليه، و حرمة تصرفه فيما انتقل عنه.

(4) هذا هو الاقتضاء الأوّل المذكور بقولنا: «أحدهما حرمة تصرف الأصيل ..».

(5) خبر «أنّ العمل» و هذا هو الاقتضاء الثاني المتقدّم بقولنا: «و ثانيهما جواز تصرفه».

(6) تعليل للتوهم و تثبيت له، و قد مرّ توضيح ذلك بقولنا: «لاقتضاء المعاوضة ذلك ضرورة .. إلخ».

(7) خبر قوله: «فحرمة التصرف».

(8) حيث إنّ حقيقة العقد المعاوضي- و هي المبادلة بين المالكين، و عوضية كل واحد من المالكين عن الآخر- تقتضي ما ذكره المتوهم من حرمة التصرف فيما انتقل عنه، و جوازه فيما انتقل إليه.

توضيح الفساد (1): أنّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم (2) على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطّي (3) عنه. وهذا (4) لا يدلّ إلا على حرمة التصرف في ماله، حيث (5) التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل. و أمّا دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه (6)، بل ممّا جعله لنفسه. و مقتضى الوفاء بالعهود حرمة

(1) محصله: أنّ التوهم المزبور مبني على استفادة حكمين من وجوب وفاء العاقد الأصيل بما التزم به، و هما حرمة التصرف فيما انتقل عنه، و جوازه فيما انتقل إليه. و ليس الأمر كذلك، لأنّ ما يدلّ عليه وجوب الوفاء بما التزم به من المبادلة ليس إلا حكما واحدا، و هو حرمة التصرف في ماله الذي انتقل عنه، لأنّ هذه الحرمة هي مقتضى التزامه بخروج ماله عن ملكه.

و لا يدلّ وجوب الوفاء على حكم عوض ماله، لأنّه خارج عن محيط التزامه، ضرورة أنّه جعل على نفسه الالتزام بخروج ماله عن ملكه. و أمّا دخول مال غيره في ملكه بدلا عن ماله فليس ذلك من الالتزام على نفسه، بل هو ممّا جعله لنفسه، فلا يشمل دليل وجوب الوفاء بالعهود.

و الحاصل: أنّ نقض الالتزام بخروج ماله عن ملكه يتحقق بالتصرف فيه، فيحرم، و لا يتحقق بترك التصرف في بدله، لكونه خارجا عن حيّز التزامه.

(2) يعني: العاقد الأصيل. و قوله: «من المبادلة» مفسّر ل «ما» الموصول. و لعلّ الأولى إبدال العبارة، بأن يقال: «بما ألزمه على نفسه» أو «بما التزم به من المبادلة».

(3) معطوف على «نقضه»، و قوله: «حرمة نقضه» خبر قوله: «أنّ الثابت».

(4) أي: ما ثبت على الأصيل من وجوب الوفاء- و هو حرمة النقض و التخطّي - لا يدلّ .. إلخ.

(5) تعليل لعدم دلالة وجوب الوفاء إلا على حرمة التصرف، و حاصله: أنّ الالتزام على نفسه الموجب للوفاء هو الالتزام بخروج المال عن ملكه و لو مع البدل، و ذلك الالتزام لا يقتضي إلا حرمة التصرف في المال الذي انتقل عنه، إذ جواز تصرفه فيه ينافي التزامه بخروجه عن ملكه، و لا يقتضي جواز تصرفه في المال الذي انتقل إليه.

(6) حتى يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل إليه، و يحرم عليه نقضه بعدم جواز التصرف فيه كما زعمه المستشكل.

رفع اليد عمّا التزم على نفسه (1). و أمّا قيد كونه (2) بإزاء مال فهو (3) خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلا في مفهوم المبادلة. فلو لم يتصرّف في مال صاحبه لم يكن ذلك (4) نقضا للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف (5) فعلا و تركا إلى (6) ما يقتضيه الأصل، و هي أصالة عدم الانتقال.

و دعوى (7):

(1) لا ما جعله لنفسه من دخول البديل في ملكه، فإنّه خارج عن دائرة التزامه.

(2) أي: كون ما التزمه على نفسه بخروج المال عن ملكه. غرضه: أنّ تقيد خروج ماله عن ملكه بإزاء مال غيره لا يوجب أن يكون عدم تصرف الأصيل في مال صاحبه نقضا لالتزامه بخروج ماله عن ملكه، و ذلك لأجنيبة دخول مال الغير في ملكه عن التزامه بخروج ماله عن ملكه، و هو موظّف بعدم نقض ما ألزمه على نفسه فقط، و هو التزامه بخروج ماله عن ملكه.

(3) جواب «أمّا» و الضمير راجع إلى «قيد» و جملة «و إن كان» وصلية.

(4) أي: لم يكن عدم تصرف الأصيل في المال المنتقل إليه نقضا للمبادلة، للخروج عن دائرة التزامه.

(5) أي: تصرف الأصيل في مال صاحبه. بعد أن أثبت المصنف قدّس سرّه بدليل وجوب الوفاء بالعقد الذي هو دليل اجتهادي حرمة نقض التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه بالتصرف فيه- و لم يثبت به حكم تصرف الأصيل في مال صاحبه- أراد أن يبيّن حكمه على ما يقتضيه الأصل العملي، و حكم بأنّ استصحاب عدم انتقاله إلى الأصيل يثبت بقاءه على ملك مالكة، المستلزم لحرمة تصرف الأصيل فيه.

(6) خبر قوله: «فالمرجع»، و الظاهر عدم الحاجة إلى كلمة «إلى» لأنّ المرجع هو الدليل على الحكم كالخبر، لا نفس الحكم، و من المعلوم أنّ ما يقتضيه الأصل هو نفس الحكم لا دليله، و هي أصالة عدم الانتقال. و عليه فلعلّ الأولى أن يقال: «فالمرجع في حكم هذا التصرف .. هو الأصل، و هي أصالة .. إلخ» و هي تقتضي حرمة التصرف.

(7) الغرض من هذه الدعوى إثبات جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و عدم حرمة، بتقريب: أنّ التزامه بخروج ماله عن ملكه لم يكن مطلقا حتى يحرم تصرفه فيه

«أن الالتزام المذكور (1) إنما هو على تقدير الإجازة و دخول (2) البذل في ملكه.

فالالتزام (3) معلق على تقدير لم يعلم بتحقيقه، فهو كالنذر المعلق على شرط، حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه (4).

بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، بل كان معلقاً على تقدير الإجازة و دخول مال الغير في ملكه. و هذا الالتزام نظير النذر المعلق على شرط لم يحصل بعد، حيث إن جماعة حكموا بجواز تصرف الناذر في المال المنذور قبل تحقق شرطه، من دون لزوم حث.

(1) و هو التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه.

(2) معطوف على «الإجازة» و ضمير «ملكه» راجع إلى الأصيل.

(3) يعني: فالالتزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه ليس مطلقاً، بل هو معلق على تقدير حصول الإجازة التي لا يعلمها الأصيل، فيكون التزام الأصيل المعلق على الإجازة كالنذر المعلق على شرط لم يعلم بتحقيقه في جواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط مع الجهل بحصوله. فكما لا يعدّ التصرف في المال المنذور حينئذ عند جماعة حثاً، فكذلك لا يعدّ تصرف الأصيل في ماله المنتقل عنه قبل العلم بتحقيق الإجازة أو قبل تحقق نفسها نقضاً لالتزامه.

(4) مقتضى هذه الجملة الشرطية عدم جواز تصرف الناذر في المال المنذور بما ينافي النذر لو علم بتحقيق الشرط، فمورد جواز التصرف المنافي هو الشك في حصول الشرط أو العلم بعدمه. كما أن المراد بالتصرف الجائز أعم من الانتفاع و من الإخراج عن الملك.

و لا يخفى أن هذه المسألة تعرّض لها صاحب المقابس قدس سرّه في السبب السادس من أسباب نقض الملك، و فصل بين كون الشرط المعلق عليه معلوم الوقوع و بين محتمله، فقال بعد نقل خلاف العلامة و الفخر قدس سرّهما: «وعندي أنه إن كان النذر مشروطاً صريحاً أو ضمناً- بما إذا وجد الشرط، و المنذور باق في ملكه- فأخراجه من الملك قبله جائز قطعاً، لأنّ الالتزام بالنذر حينئذ بالنسبة إلى بقاء المنذور في الملك كالواجب المشروط، و لا يجب تحصيل مقدمته إجماعاً.

و يدلّ عليه أيضاً ما رواه الشيخ و الصدوق في الصحيح عن محمد بن مسلم عن

أحدهما عليهم السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة، ثم يبيعهها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت من ملكه «(1)».

وقد حمّله الأصحاب على صورة النذر، كما ذكره في الدروس والتفقيح والمسالك.

وزاد في المسالك: أنّه ما وقف على رادّها إلا ما يظهر من ابن إدريس. وفيه دلالة على جواز البيع، وعلى سقوط النذر به وإن عادت إلى ملكه «(2)».

وقال المحقق قدّس سرّه: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ. فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين. ولو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين» «(3)».

واستدلّ عليه كما في المسالك والجواهر وغيرهما «(4)» بصحيفة محمد بن مسلم المتقدمة.

وكيف كان فالاستدلال بها على ما نسبه المصنف إلى جماعة- من جواز التصرف في المنذور المشروط بمحتمل الوقوع- منوط بأمرين.

أحدهما: دلالتها على حكم النذر، مع عدم تصريح في السؤال بأنّ السيد نذر عتق أمته لو أتاها. والظاهر ثبوته بشهادة حمل الأصحاب لها على النذر حتى من توقّف عن الفتوى بمضمونها كابن إدريس والعلامة في بعض كتبه «(5)».

ثانيهما: التعدي من مورد الصحيحة- وهو وطأ الأمة المنذور عتقها- إلى غيره كما إذا نذر التصدّق بمال معيّن معلّقاً على شفاء مريض أو قدوم مسافر، ونحوهما.

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 60، الباب 59 من كتاب العتق، الحديث 1

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 111 و 112

(3) شرائع الإسلام، ج 3، ص 108، ونحوه في المختصر النافع، ص 237، وقال به جمع أيضاً، كالمقنع، ص 157، النهاية ونكتها، ج 3، ص 14-15، الجامع للشرائع، ص 403، إرشاد الأذهان، ج 2، ص 67، الدروس الشرعية، ج 2، ص 205، المهذب، ج 2، ص 360، الروضة البهية، ج 6، ص 96، نهاية المرام، ج 2، ص 267.

(4) مسالك الافهام، ج 10، ص 306 و 307، جواهر الكلام، ج 34، ص 131 و ج 35، ص 412

(5) السرائر، ج 3، ص 12 و 13، مختلف الشيعة، ج 8، ص 31 و 32، قواعد الاحكام، ج 3، ص 203



فكما أنّ التصرف حينئذ (1) لا يعدّ حثًا، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الإجازة لا يعدّ نقضا لما (2) التزمه، إذ (3) لم يلتزمه (4) في الحقيقة إلاّ معلقًا مدفوعة (5)

و الظاهر ثبوته أيضا، لما يستفاد من قوله عليه السلام: «قد خرجت عن ملكه» الذي هو كتعليل الحكم بجواز المباشرة. قال الشهيد الثاني قدس سرّه: «و المتجه التعدي، نظرا إلى العلة. و يتفرّع على ذلك أيضا جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد. و هي مسألة إشكالية. و العلامة اختار في التحرير عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ، فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل. و ولده استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله. و هذا الخبر حجة عليهما» (1).

فالمتحصل: أنه يجوز للأصيل التصرف في ما انتقل عنه- بالبيع الفضولي- تنظيرا له بجواز تصرف الناذر في متعلق نذره المشروط قبل تحقق الشرط.

(1) أي: فكما أنّ تصرف الناذر في المال المنذور- حين عدم علمه بتحقق الشرط الذي علّق عليه النذر- لا يعدّ حثًا، فكذا التصرف في المقام.

(2) أي: لا يعدّ تصرف الأصيل- قبل تحقق الإجازة- فيما انتقل عنه نقضا لما التزم به من المبادلة، كما لا يعدّ تصرف الناذر في المال المنذور قبل تحقق شرط النذر حثًا موجبا للكفارة.

(3) تعليل لقول المدعي: «لا يعدّ نقضا لما التزمه» و حاصل التعليل: أنّ التزامه بالمبادلة لم يكن مطلقا حتى يكون تصرفه في ماله المنتقل عنه نقضا لما التزم به، بل كان معلقا على أمر غير معلوم التحقق. و مثل هذا الالتزام المعلق لا يوجب حرمة التصرف في المال قبل حصول المعلق عليه.

(4) الضمير الفاعل المستتر فيه راجع إلى الأصيل، و الضمير المفعول البارز راجع إلى الموصول في قوله: «لما التزمه».

(5) خبر «و دعوى» و ردّها، و محصل الردّ وجهان، أحدهما: ناظر إلى التأمل في

المقيس عليه، وهو جواز التصرف في المنذور قبل حصول الشرط، و ثانيهما: إلى منعه في المقيس، لوجود الفارق بين المسألتين.

أمّا الأول فتوضيحه: أنّ جواز التصرف في المال المنذور المشروط- قبل حصول شرطه- لا يخلو من الاشكال، و لم يتسالم الأصحاب عليه، فقد صرّح العلامة و الشهيد الثاني قدس سرهما بأنّ المسألة مشكّلة، بل التزم في التحرير بعق العبد المنذور عتقه لو عاد إلى ملكه، كما تقدم آنفا في عبارة الروضة.

بل في الجواهر: «و لو علّق نذر العتق على براء المريض مثلا، ففي جواز بيعه قبل حصول الشرط قولان ذكرهما الصيمني في شرحه .. و ربما يشهد للعدم ما سمعته في اليمين من أنّه لو حلف ليأكلنّ هذا الطعام غدا، فأتلفه قبل الغد، أثم به، و تعلّق به الكفارة.

و نسبه الصيمني إلى علمائنا. و ليس إلّا لأنّ النذر قبل حصول الشرط له صلاحية التأثير، و إخراجة عن ملكه يزيل صلاحية التأثير» (1).

و الوجه في الاشكال- كما أفاده الفقيه المامقاني قدس سره- أنّ التصرف في المال المنذور قبل تحقق شرطه نقض للالتزام في ضمن النذر، فيكون ممنوعا منه بحكم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالنذر. و مورد صحيح محمّد بن مسلم ليس التصرف المنافي لمقتضى النذر، بل هو رفع الموضوع برفع الشرط، أو التسبب لعدم حصوله من أوّل الأمر، فراجع (2).

و أمّا الوجه الثاني فهو: أنّ قياس المقام بباب النذر مع الفارق. توضيحه: أنّ الشرط في باب النذر شرط لنفس الالتزام النذري، نظير الشرط في الواجبات المشروطة الذي هو شرط لنفس الوجوب. بخلاف الالتزام هنا، فإنّه أحد طرفي العقد المركب من الالتزامين الصادرين من المتعاقدين من دون أن يكون أحدهما شرطا للآخر و متقدّما عليه. فمع تحقق كلا الالتزامين يثبت العقد الذي يجب على كلّ منهما الوفاء به، و يحرم عليه نقضه، فلا يجوز للأصيل التصرف في ما انتقل عنه مع بقائه على ملكه، إذ خروجه عن

(1) جواهر الكلام، ج 35، ص 412

(2) غاية الآمال، ص 387



- بعد (1) تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال - بأن (2) الفرق بينهما أن الالتزام هنا (3) غير معلق على الإجازة، و إنما التزم بالمبادلة متوقعًا للإجازة، فيجب عليه الوفاء به (4)، و يحرم عليه نقضه (5) إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه برد (6) المالك.

و لأجل ما ذكرنا - من اختصاص حرمة النقض بما يعدّ من التصرفات منافيا لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها (7) -

---

ملكه موقوف على الإجازة. و منع الأصيل عن التصرف في ماله المنتقل عنه لا يستلزم جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأنه ليس له ولاية الالتزام بجعل مال الغير ملكا لنفسه، بل ولايته تختص بمالكة.

فالنتيجة: أن الأصيل بمقتضى التزامه بكون ماله ملكا لغيره يحرم عليه التصرف في ماله الذي هو باق على ملكه، لتوقف خروجه عن ملكه على الإجازة التي أنيط بها تأثير العقد في الملكية.

(1) هذا إشارة إلى الجواب الأوّل المتقدم بقولنا: «أما الأوّل فتوضيحه: أن جواز التصرف .. إلخ».

(2) متعلق ب «مدفوعة» و هذا هو الجواب الأصلي عن الدعوى المذكورة، و قد مرّ تقريبه آنفا بقولنا «توضيحه: أن الشرط في باب النذر شرط .. إلخ».

(3) أي: التزم الأصيل بنقل ماله إلى الغير غير موقوف على إجازة المالك، و إنما هو مراعى، بحيث تكشف الإجازة المتأخرة عن تحقق النقل و الانتقال من زمان العقد.

(4) أي: بالالتزام، و الضمير المستتر في «التزم» و البارز في «عليه» راجع إلى الأصيل.

(5) يعني: مع بقاء المال على ملك الأصيل، فليس حرمة التصرف فيه لأجل كونه مال الغير، بل لأجل التزامه بصيرورته ملكا للغير، فيحرم على الأصيل التصرف في ماله، للالتزام المزبور.

(6) متعلق ب «ينتقض». و ضمير «التزامه» راجع إلى الأصيل.

(7) أي: دون التصرفات غير المنافية لما ألزمه الأصيل على نفسه.

قال (1) في القواعد في باب النكاح: «ولو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة (2). فإن كان (3) زوجا حرمت عليه الخامسة والأخت والأُمّ والبنت (4) إلا إذا فسخت [1] (5)

(1) أي: قال العلامة قدّس سرّه. والغرض من نقل هذا الكلام الاستشهاد به على حرمة نقض ما التزمه الأصيل على نفسه.

(2) لأنّ تحريمها مترتب على النكاح الصحيح، والمفروض تحققه بالنسبة إلى المباشر.

(3) أي: فإن كان المباشر الأصيل زوجا- كما إذا فرضنا أنّ زيدا تزوّج بهند مثلا، وقد زوّجها به عمرو فضولا- ثبت في حق زيد الذي هو العاقد الأصيل تحريم المصاهرة.

فإن كانت المعقود عليها- وهي هند- زوجة رابعة لزيد حرمت عليه الخامسة، إذ يتم بالمعقود عليها العدد المحلّل وهو الأربع. وكذلك حرمت عليه أخت المعقود عليها، لكونه جمعا بين الأختين. وأمّها، لكونها أمّ الزوجة. وبناتها، لكونها ربيبة له. فإنّ تحريمهن على الأصيل إنّما هو لأجل حرمة نقض ما التزمه بسبب العقد على نفسه.

(4) هذه الثلاثة راجعة إلى المعقود عليها، أي: تحرم أخت المعقود عليها وأمّها وبناتها، لما مرّ آنفا.

(5) أي: فسخت المعقود عليها فضولا عقد الفضولي، فإنّ ردّها لعقدها يرفع ما يقتضي التحريم وهو النكاح، فبعد ردّ المعقود عليها عقد النكاح لا يكون تزويج زيد بغيرها تزويجا بالخامسة حتى تحرم. وكذا يجوز تزويج بأخت المعقود عليها، إذ ليس حينئذ من الجمع بين الأختين، فيجوز نكاح أختها. وكذا نكاح بنت المعقود

[1] لا يخفى أنّ الفسخ حلّ العقد ورفع، ولذا يكون من حينه لا من أصله، كما أنّ الإمضاء إبقاء للعقد في مقابل الفسخ الذي هو إعدامه. والردّ دفع للعقد ومنع عن تحققه، والإجازة إحداث للعقد.

وعلى هذا فلعلّ الأنسب إبدال قوله قدّس سرّه: «فسخت» ب «ردّت» فإنّ الفسخ رفع والردّ دفع، والفرق بينهما واضح، فالفسخ في مقابل الإمضاء، والردّ في مقابل الإجازة.

على إشكال في الأم (1). وفي الطلاق (2) نظر، لترتبته على عقد لازم (3)، فلا يبيح (4)

عليها، لأنّ حرمتها منوطة بالدخول بأمّها، و المفروض عدم تحققه، فيجوز للمباشر الأصيل نكاحها. و أمّا حرمة أمّ المعقود عليها بعد ردّ بنتها ففيها كلام سيأتي.

(1) يعني: في تحريم أمّ المعقود عليها بعد ردّ بنتها لعقد الفضولي إشكال. وجه الاشكال: أنّ مقتضى نكاح البنت- ولو أنا ما- حرمة أمّها أبداً، و مقتضى ردّ النكاح الموجب لعدم تحققه حدوثاً عدم تحريمها، لأنّ مناط تحريمها هو العقد الصحيح، و ردّ المعقود عليها ردّ لأصل النكاح و دفع له، و لازمه عدم ترتب أحكامه عليه التي منها حرمة نكاح الام.

و هذا الوجه هو الصحيح، لأنّ الحرمت مترتبة على صحة عقد النكاح المؤلف من الالتزامين الإيجابي و القبولي، و التزام الأصيل لا يكفي في ترتب أحكام العقد و إن لزم عليه عدم نقض ما التزم به حتى يتبين الحال من الردّ و الإجازة، و هذا اللزوم لوقيل به حكم ظاهري.

(2) أي: و في كون طلاق الأصيل للمعقود عليها فضولاً رافعا لحرمة أمّها و أختها و بنتها، و نكاح الخامسة، و إباحة تزويجهن، نظر. وجه النظر هو: أنّ الطلاق إن كان رافعا لعلاقة النكاح صحّ نكاحهن و أبيحت المصاهرة، لأنّ الرد رافع لتلك العلاقة. و إن كان رافعا لعلاقة الزوجية فلا- مورد للطلاق، إذ لا زوجية حقيقية قبل الإجازة حتى ترتفع بالطلاق، فالحرمة باقية، و لا تباح المصاهرة إلاّ بعد ردّ المعقود عليها أو إجازتها، ثم الطلاق.

و الأقوى هو الثاني، إذ الطلاق لا يقع إلاّ بالزوجة، و لا تحصل علاقة زوجية إلاّ بعد إجازة المعقود عليها فضولاً للعقد، فلا يملك الأصيل طلاقها قبل إجازتها، لأنّه لا يملك أمرها إلاّ إذا صارت زوجته، و لا تصير زوجته إلاّ بالإجازة.

(3) أي: لازم من الطرفين حتى تتحقق الزوجية التي تتوقف صحة الطلاق عليها.

(4) يعني: فلا تباح المصاهرة بالطلاق مع عدم لزوم عقد النكاح.

المصاهرة «1». وإن كان (1) زوجة لم يحلّ لها نكاح غيره، إلا إذا فسخ (2)، و الطلاق هنا معتبر» (3) انتهى «(2).

وعن كشف اللثام نفي الإشكال (4).

(1) معطوف على «فإن كان» يعني: وإن كان المباشر زوجة لم يحلّ لها نكاح غير الزوج الذي اختير لها فضولا، لكون العقد لازما من طرفها.

(2) يعني: إلا إذا فسخ الزوج المختار لها فضولا، فيجوز لها حينئذ نكاح غيره.

(3) لأنّ الطلاق المتوقف على الزوجية يكشف عن إجازة الزوج الفضولي عقد النكاح و صيرورته مالكا لأمر الطلاق، فيصح الطلاق و يعتبر، لوقوعه على الزوجة.

و بالجملة: فكاشفية الطلاق هنا ككاشفيته عن الزوجية في أمر السيد عبده الذي نكح بدون إذن مولاه، فإنّه ورد في رواية ابن وهب «لأنك حين قلت له: - طلق - أقررت له بالنكاح».

(4) قال شارحا لعبارة القواعد المذكورة في المتن: «و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد و باشر الآخر بنفسه - أو وليه أو وكيله - ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة إلى أن يتبين عدم إجازة الآخر، لتامية العقد بالنسبة إليه. فإن كان زوجا حرم عليه الخامسة و الأخت بلا إشكال، لصدق الجمع بين الأختين و نكاح أربع بالنسبة إليه، و لا يجدي التزلزل. و - أي: و كذا يحرم - كلّ من الأمّ و البنت المعقود عليها فضوليا. إلا أنه قبل تبين حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال في الحرمة، لحرمة الجمع قطعا. و كذا إذا أجازت و أمّا إذا فسخت فلا حرمة بلا إشكال في البنت، و على إشكال في الأمّ، من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه. و الأول أصحّ، فإنّ الأصحّ أنّ الإجازة إما جزء أو شرط» «(3).

(1) كذا في النسخة المصححة و القواعد المطبوعة بمركز النشر الإسلامي، و في بعض نسخ المكاسب «فلا يقع المصاهرة» و الأولى ما أثبتناه.

(2) قواعد الأحكام، ج 3، ص 16

(3) كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 18 (الطبعة الحجرية).

ص: 130

وقد صرّح أيضا (1) جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، وفرّعوا عليه تحريم المصاهرة «1».

وأما مثل النظر (2) إلى المزوجة فضولا وإلى أمّها مثلا وغيره ممّا لا يعدّ تركه

---

وقد وافق قدّس سرّه العلامة في حكمه بحرمة البنت والامّ والأخت في مدة التربص.

وكذا الخامسة لو كانت المعقود عليها فضولا زوجة رابعة للزوج الأصيل. وخالفه في جزمه بحلّيّة الأمّ لو فسخت بنتها المعقود عليها النكاح الفضولي.

وعلى هذا فإن كان مراد المصنف من قوله: «نفى الاشكال» ما أفاده الفاضل الأصفهاني من الحكم بحرمة البنت والامّ والأخت والخامسة في مدّة التربص وفاقا للعلامة فهو متين. وإن كان مراده أنّ الفاضل نفى الاشكال المذكور في عبارة القواعد بالنسبة إلى حرمة الأمّ وحلّيّتها بعد فسخ العقد- ولعلّه المتعيّن، إذ لم يستشكل العلامة في المحرّمات بالمصاهرة إلا في الأمّ- فهو وإن كان صحيحا، لكنه لم يجد المصنف الذي استشهد بكلام العلامة على وجوب التزام الأصيل بالتزامه وعهده قبل الإجازة. وأمّا بعد الفسخ فلا شبهة في جوازه.

ولعلّ المصنف اعتمد في نقل كلام الفاضل الأصفهاني على مطلع كلام صاحب الجواهر من قوله: «بل في كشف اللثام نفى الاشكال فيه» (2) ولم يلاحظه بتمامه.

وكيف كان فالمستفاد من عبارة كشف اللثام عدم الإشكال في حرمة نقض ما التزم به الأصيل، ولازمه تحريم المصاهرة على المباشر، فتحرم عليه الخامسة وغيرها ممّا ذكر.

(1) يعني: كصاحبي القواعد وكشف اللثام، وهذا التصريح لازم ما التزم به الأصيل من النكاح.

(2) من الآثار التي تكون للمباشر الأصيل لا عليه، كالنظر إلى المرأة المزوجة

---

(1) لاحظ جامع المقاصد، ج 12، ص 159، الحدائق الناضرة، ج 23، ص 288 و 289 و لاحظ كنز الفوائد أيضا، ج 2، ص 324

(2) جواهر الكلام، ج 29، ص 217

تقضا لما التزم العاقد على نفسه، فهو (1) باق تحت الأصول (2)، لأن ذلك (3) من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة، بل المنفعية بالأصل [1]. فحرمة (4) نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعني علاقة الملك أو الزوجية، بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقص من الطرفين (5).

---

فضولا، وإلى أمها وجدتها، وغير النظر مما لا يعد تركه نقضا لما التزم به العاقد الأصيل.

ولما كان النظر ونظائره من آثار الزوجية- التي لم تثبت، لكونها متقومة بكلا الالتزامين- فلا وجه لجوازها، بل الحكم فيها عدم الجواز باستصحاب عدم الزوجية.

(1) جواب الشرط في قوله: «وأما مثل».

(2) والمراد بالأصل هنا هو الاستصحاب كما أشير إليه آنفا.

(3) أي: مثل جواز النظر، وهذا تعليل لبقاء النظر ونظائره تحت الأصول.

وحاصل التعليل: أن جوازها منوط بوجود موضوعها أعني الزوجية التي لم توجد، لترتبتها على كلا التزامي الطرفين، كما إذا كان المتعاقدان أصيلين.

(4) هذه نتيجة ما أفاده من التفكيك بين الآثار التي تثبت على العاقد المباشر كحرمة الخامسة وغيرها ممّا ذكر، وبين الآثار التي تكون للمباشر، فإنّ نقض تلك الآثار حرام، لكون موضوعها نفس الالتزام الذي التزم به الأصيل، وجعله على نفسه. وأمّا الآثار الثابتة للمباشر فلما كان موضوعها نتيجة العقد المرگب من الالتزامين- كالملكية والزوجية- فلا تثبت له إلا بعد تحقق نتيجة العقد، ولذا لا يكون تركها نقضا لما ألزمه على نفسه.

فصار المتحصل: أن مثل النظر إلى المرأة المعقودة مترتب على زوجيتها، لا مجرد كونها معقودة.

(5) كما إذا كان المتعاقدان كلاهما أصيلين. وهذا مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض

---

[1] لا يخفى أن أصل عدم الإجازة إنما يجري على الكشف الذي تكون الإجازة فيه شرطا متأخرا اصطلاحيا بمعنى تقدم المشروط على الشرط، إذ القمع بوجود الإجازة فيما بعد يوجب لزوم ترتيب آثار الزوجية فعلا، فالشك في وجودها يوجب جريان

ثم إن بعض متأخري المتأخرين (1) ذكر ثمرات آخر لا بأس بذكرها للتنبه بها، وبما يمكن أن يقال عليها (2).

### [الثمرة الرابعة: سقوط أحد المتبايعين عن أهلية التملك]

منها (3): ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين

اختصاص حرمة النقص بالمباشر الأصيل، لكون أحد المتعاقدين فضوليا. هذا تمام الكلام في الثمرة الثالثة.

(1) وهو الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدس سره في شرحه على القواعد، حيث عدّ أمورا أربعة ثمرة للكشف والنقل، وهي: انسلاخ أهلية المالك أو المملوك، وتجدهما، وفقد شرط العقد. وناقش صاحب الجواهر قدس سره فيها. ووافق المصنف في الأخيرين دون الأولين. فهنا أمور ثلاثة لا بدّ من بيانها، أولها: تقرير الثمرة، ثانيها: اعتراض صاحب الجواهر، ثالثها: منع الاعتراض في بعضها، وتسليمه في بعضها. وسيأتي بيان الكل بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(2) يعني: وبما يمكن أن يستشكل به في تلك الثمرات من وجوه.

الثمرة الرابعة: سقوط أحد المتبايعين عن أهلية التملك

(3) أي: من تلك الثمرات خروج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك، وهذا الخروج عرفي تارة كالموت الموجب لخروج المال عن ملكه و دخوله في ملك الورثة، و شرعي أخرى أي بتعبّد من الشارع. وهو إمّا مطلق بالنسبة إلى جميع أمواله، كالمرتد الفطري الذي هو كالميت، و إمّا مقيّد ببعض الأموال كالمرتد الملبّي الذي تنسلخ عنه أهلية تملك المصحف الشريف و العبد المسلم.

الاستصحاب في عدمها و ترتب آثار عدم الزوجية.

و أمّا على الكشف الانقلابي فلا وجه لجريان الاستصحاب في عدم الإجازة، إذ العلم بوجودها فيما بعد لا يجدي فضلا عن الشك فيه، لعدم ترتب آثار الزوجية فعلا إلا بعد وجودها، فمع الشك في حصول الإجازة بعد ذلك نقطع بعدم ترتب آثار الزوجية فعلا، و مع القطع لا أثر للاستصحاب حتى يجري في نفي الإجازة أو الزوجية.

بموته (1) قبل إجازة الآخر، أو بعروض (2) كفر بارتداد فطريّ أو غيره (3) مع (4) كون المبيع عبدا مسلما، أو مصحفا، فيصحّ حينئذ (5) على الكشف دون النقل [1].

و حيث كان الخروج عن قابلية التملك بأحد الأمور الثلاثة فربما يقال بظهور الثمرة بين الكشف و النقل، و تقريبه: أن العاقد الأصلي سواء أ كان بائعا أم مشتريا إذا أنشأ البيع أو الشراء، و انسلخت عنه قابلية التملك قبل إجازة الطرف الآخر المالك لأحد العوضين - مع كون المبيع مصحفا أو عبدا مسلما - صحّت المعاملة بناء على الكشف، لكون الإجازة حينئذ كاشفة عن سبق الملك على الانسلاخ المذكور، لكونه حيّا حين العقد، أو مسلما مالكا لأمواله. بخلاف القول بالنقل، فإنّ المعاملة بناء على باطله، إذ المفروض ترتب النقل و الانتقال على الإجازة المتأخرة عن الانسلاخ المزبور، فلا تجدي في الصحة.

(1) متعلق ب «انسلخت» و ضميره راجع الى أحد المتبايعين و «قبل» متعلق ب «موته».

(2) معطوف على «بموته» و كلّ من الموت و الارتداد سبب للانسلاخ.

(3) و هو الارتداد المّليّ المقابل للارتداد الفطريّ.

(4) هذا القيد راجع إلى المرتد المّليّ، حيث إنّه يملك كل شيء إلا المصحف الشريف و العبد المسلم. فإن كان المبيع أحدهما لا يملكه المرتد المّليّ، فإنّ ارتداده يخرجّه عن قابلية التملك للمصحف و العبد المسلم، دون غيرهما من الأموال.

(5) يعني: فيصح البيع أو الشراء حين انسلاخ قابلية التملك عن أحد المتعاقدين بناء على الكشف، لما مرّ آنفا، دون النقل، لما تقدّم أيضا.

[1] قد يقال: إن عدم مالكية الكافر للعبد المسلم إن استند إلى آية نفي السبيل فهي بمقتضى ظهور حرف الاستعلاء تنفي الغلبة على المسلم و الضرر عليه، و مجرد مالكيته له بدون السلطنة عليه ليس سبيلا، لكونه محجورا عن التصرف فيه. و إن استند إلى النبوي النافي للعلو على السلام، فإن كان مدلوله الحرمة التكليفية أي عدم جواز الاستعلاء على



و كذا (1) لو انسلخت قابليّة المنقول

الثمرة الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية

(1) هذه ثمرة ثانية من الثمرات التي ذكرها الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه و محصلها:

أنّه تظهر الثمرة بين القولين لو انسلخت قابلية المال المنقول- عوضا أو معوّضا- للملكية من طرف الأصيل إمّا بسبب تلف ذلك المال، أو عروض النجاسة عليه بحيث لا يقبل التطهير، كما إذا كان دهنا مائعا غير قابل للتطهير، و لا الانتفاع به بشي ء من وجوه الحلال.

فإذا اشترى زيد دهنا من بائع فضولي، و قبل إجازة مالك الدّهن خرج الدهن عن الملكية بالتلف أو عروض النجاسة عليه مع ميعانه المانع عن تطهيره، فعلى القول بالكشف يصحّ الشراء، لأنّ المشتري صار مالكا للدهن قبل تلفه أو تنجّسه، فيكون الضرر عليه لا على البائع.

و على القول بالنقل يكون الضرر على البائع، لعدم انتقال المبيع قبل الإجازة إلى المشتري، فوقع التلف و نحوه في ملك البائع، بناء على بطلان بيع المنتجس مطلقا، أو مع عدم المنفعة المحلّلة المقصودة للعقلاء.

المسلم كان دليلا على ملكية الكافر، إذ لولا إمكان تملكه له لم يتجه النهي عنه، غايته أنه تملك محرّم، فلا بدّ من إعدامه بإجبار المالك على البيع.

و إن كان مدلوله عدم حدوث العلولا عدم جوازه، اتّجه القول بعدم قابلية الكافر للمسلم. هذا.

و لكن يمكن أن يقال: بدلالة الآية المباركة على عدم أهلية الكافر لتملك العبد المسلم، ضرورة كون مملوكية المسلم له منقصة في شرفه و عزّته، و هو سبيل منفي حتى لو كان محجورا عن استخدامه. و قد تقرّر في حديث نفي الضرر عدم اختصاص المنفي بالمال خصوصا بملاحظة مورده و شموله للمهانة في الشرف و العرض. و عليه فلا فرق في عدم مالكية المرتد المملّي للعبد المسلم بين الآية و النبوي.

بتلف [1] أو عروض نجاسة له مع ميعانه (1)، إلى غير ذلك.

### [الثمرة السادسة: تجدد القابلية]

وفي مقابله (2) ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، كما (3) لو تجددت الثمرة و بدأ صلاحها بعد العقد قبل الإجازة.

---

(1) المانع عن قابليته للتطهير و الموجب لسقوطه عن المالية و الملحق له بالتلف.

الثمرة السادسة: تجدد القابلية

(2) يعني: وفي مقابل انسلاخ القابلية عن المال تجدد القابلية فيه قبل الإجازة بعد انعدام القابلية حال العقد. فضمير «انعدامها» راجع الى القابلية.

(3) هذا مثال لتجدد القابلية في المال المنقول بعد أن كانت معدومة، بأن باع الفضولي ثمرة الشجرة قبل بدو صلاحها، فأجاز المالك بعد مدة ظهرت الثمرة فيها. فعلى القول بالكشف يصح البيع. فلو كان الزرع زكويًا كانت زكاته على المشتري، لأن بدو الصلاح كان في ملكه. و على القول بالنقل كانت زكاته على البائع، لكون ظهور الثمرة و بدو الصلاح في ملكه.

---

[1] إن كان نظره إلى البيوع المتعارفة مما يكون الثمن بيد المشتري و المثلن بيد البائع قبل البيع اتجه عليه ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من انتفاء الثمرة، لفساد المعاملة لو تلف المثلن بيد البائع قبل إجازته، لكونه من تلف المبيع قبل قبضه، فمجرد وجوده حين العقد لا يصحح البيع بناء على الكشف «1».

وإن كان نظره إلى ترتب الثمرة بين الكشف و النقل في بعض الموارد، كما إذا كان المبيع بيد المشتري أمانة كالعارية و الوديعة و الرهن، فبيع فضولا و تلف بيده، اتجه ما أفاده من ترتب الثمرة عليه، لصحته بالإجازة بناء على الكشف، و فساده على النقل.

---

(1) منية الطالب، ج 1، ص 250

ص: 136

وفيما (1) [1] قارن العقد فقد الشروط [الشرط]،

الثمرة السابعة: فقد شرط العقد

(1) هذه ثمرة أخرى، وعطف قوله: «وفيما» على ما قبله يكون من عطف العام على الخاص، إذ المراد بقوله: «قارن العقد فقد الشرط» أعم من شروط المتعاقدين وشروط العوضين، ومن المعلوم أنّ الثمرات الثلاث المتقدمة من أفراد هذا العام، وليست خارجة عنه.

فكل شرط من شروط تأثير العقد إن كان مفقودا حين العقد وصار موجودا بعد العقد، أو كان موجودا حين العقد، وفقد بعده قبل الإجازة، يكون العقد في الصورة الأولى- وهي فقدان الشرط حين العقد وجدانه بعده- باطلا بناء على الكشف، لوقوع العقد فاقتدا للشرط. وبناء على النقل صحيحا، لوقوع العقد واجدا للشرط.

وفي الصورة الثانية- وهي وجود الشرط عند العقد وفقدانه بعده قبل الإجازة-

[1] لعل الأولى إبدال العبارة هكذا «و منها: ما لو انسلخت قابلية التملك .. إلخ.

و منها: ما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف أو عروض نجاسة .. إلخ. و منها: ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها .. و منها: ما لو قارن العقد فقد الشرط .. إلخ».

والحاصل: أنّ السياق يقتضي تبديل العبارة بما ذكر، لأنّ كل واحد من الأمور المذكورة ثمرة من الثمرات التي ذكرها في شرح القواعد. فالمناسب تكرير «منها» عطفًا على «منها ما لو انسلخت قابلية التملك .. إلخ». أو إبدالها هكذا: «و ما لو انسلخت قابلية المنقول ..

و ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة .. إلخ. و ما لو تجددت الثمرة .. إلخ. و ما لو قارن العقد فقد الشرط .. إلخ».

و الوجه في هذا الإبدال الثاني هو: أنّ الثمرات الثلاث المذكورة بعد الثمرة الأولى- وهي: «منها ما لو انسلخت قابلية التملك .. إلخ»- معطوفة على «ما» الموصول في «منها ما لو انسلخت قابلية التملك» وهذا العطف يقتضي سقوط «في» في قوله: «و في مقابله» و في قوله: «وفيما قارن العقد».

ثمّ حصل، وبالعكس (1). «1».

وربما يعترض (2) على الأوّل بإمكان دعوى ظهور الأدلّة في اعتبار استمرار القابليّة إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

---

يكون العقد بناء على الكشف صحيحاً، لوقوع العقد جامعا للشرائط، وعلى النقل باطلاً، لوقوع العقد فاقداً لشرط الصحة.

(1) وهو وجود الشرط حين العقد، وعدمه بعده قبل الإجازة.

(2) المعترض صاحب الجواهر قدّس سرّه، والمراد بالأوّل هو الثمرة الاولى، وهي قوله:

«ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين» ومحصل الاعتراض على الثمرة الاولى هو: أنّ ظاهر أدلة صحة البيع والشراء اعتبار استمرار قابلية التملك من زمان صدور العقد إلى حين تحقق الإجازة على القول بالكشف كالنقل.

وعليه فإذا انسلخت قابلية التملك عن أحد المتعاقدين قبل الإجازة يبطل العقد بناء على الكشف والنقل معاً، فلا يصحّ جعل الثمرة الأولى ثمرة لكاشفية الإجازة وناقليتها «2».

وبعبارة اخرى: أنّ أدلة صحة البيع الفضولي ظاهرة في اعتبار اتصال قابلية التملك بين زمني العقد والإجازة، حتى يستند خروج المال عن ملك كل واحد من المتبايعين إلى إجازة المبيز، بحيث لولاها استمرت الملكية، ولم تنقطع الإضافة إلا بالإجازة الموجبة لانتقال البدل إلى الطرف الآخر.

والشاهد على اعتبار بقاء صلاحية الأصيل للتملك بعض النصوص المستدل بها على صحة الفضولي، كصحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة بغير إذن سيدها، وموثقة جميل الواردة في مخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال، والأخبار الواردة في اتجار غير الولي بمال اليتيم «3»، إذ ظاهرها - بل صريح بعضها - بقاء الأصيل على

---

(1) شرح القواعد (مخطوط) الورقة 62

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 290-291

(3) تقدمت هذه النصوص في الجزء الرابع من هذا الشرح، ص 388 و 427 و 440

وفيه (1): أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، ولا استمرار التملك

أهلية التملك إلى ظرف الإجازة.

ومن المعلوم أنّ هذا الضابط مفقود في ما لو سقط الأصيل عن أهلية التملك قبل الإجازة، لعدم استناد خروج المال عن ملكه إليها، بل يستند إلى المانع عن اعتبار الملكية له عرفا كما في الموت، أو شرعا كالارتداد عن فطرة.

وعليه فالفرض الذي أفاده كاشف الغطاء قدّس سرّه خارج موضوعا عمّا تقتضيه أدلة صحة البيع الفضولي، ولا تصل النوبة إلى ملاحظة مبنى الكشف والنقل، لأنّ الإجازة- بناء على النقل أيضا- مرتبطة بالعقد ومنفذة له، وليست إنشاء مستأنفا.

ونتيجة هذا البيان اعتبار اتصال مالكية كلّ منهما لماله إلى زمان الإجازة، وعدم سقوطه عن أهلية التملك في المدة المتخللة بينها وبين العقد.

فإن قلت: تقدّم في صحيحة الحدّاء- الواردة في تزويج الصغيرين فضولا- تملك الزوجة للإرث إذا أجازت العقد بعد بلوغها، وبعد أن بلغ الزوج وأجاز ومات «1».

وهذا شاهد على عدم اشتراط صحة العقد الفضولي باستمرار الأهلية إلى زمان الإجازة، وإلا لزم عدم استحقاق الزوجة الصغيرة لحصّتها من الإرث.

قلت: نعم هذه الصحيحة وإن دلّت على عدم اعتبار بقاء أهلية التملك إلى حين الإجازة، لكنها مختصة بموردها، ولا يتعدّى منها إلى البيع الفضولي. قال في الجواهر:

«وفيه: أنّ الأوّل وإن كان قد يشهد له خبر الصغيرين اللذين مات أحدهما. لكن يمكن الجمود عليه. ودعوى عدم الجواز في غيره بناء على الكشف أيضا، ضرورة أنّه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله كالنقل أيضا. وأنّه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بدّ من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة.. إلخ» «2».

ثم إنه قدّس سرّه منع من ترتب الثمرة الثانية، وهي تلف العين عقلا أو شرعا، وكذا الثمرة الثالثة وهي فقد بعض شرائط العقد، وسيأتي بيانه.

(1) هذا ردّ اعتراض الجواهر قدّس سرّه، ومرجع هذا الردّ إلى وجهين، أحدهما نقضي

(1) تقدمت في ص 69، فراجع.

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 291



المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها (1)، كما (2) لو وقعت بيوع متعددة على مال، فإنهم صرّحوا «1» «بأنّ إجازة الأول (3) توجب صحّة الجميع» مع عدم بقاء ملكية الأول (4) مستمراً (5).

---

بالنظر إلى الفتاوى، و ثانيهما حلّي بالنظر إلى مفاد الأدلة.

أمّا النقضي فهو: أنّ القائلين بصحة البيع الفضولي بالإجازة تسالموا عليها في مسألة ما لو تسلسلت العقود على مال المجيز- كما سيأتي تفصيله في (ص 409)- مع أنّ المجيز على القول بالكشف ليس مالكا حين إجازة العقد الأول، لزوال ملكيته بها، ولا تبقى حتى تصح العقود المتأخرة. وهذا شاهد على عدم اعتبار بقاء الملكية.

وقد التزم صاحب الجواهر قدّس سرّه به، فقال في جملة كلامه: «وأمّا ما بعده- أي: بعد العقد المجاز- من العقود فلا ريب في صحتها بناء على الكشف، لوقوع التصرف حينئذ في الملك. و أمّا على النقل فيحتمل البطلان، لتعذر الإجازة حينئذ من المالك. و الصحة بلا إجازة ..» (2).

و أمّا الحلّي، فهو: ظهور بعض الأخبار و صراحة الآخر في عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، و سيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

(1) متعلّق ب «استمرار» أي: استمرار القابليّة إلى حين الإجازة.

(2) هذا إشارة إلى الجواب النقضي المتقدم بيانه بقولنا: «أمّا النقضي فهو .. إلخ».

(3) أي: البيع الأول، فإنّ إجازته تصحّح جميع البيوع المترتبة عليه، مع عدم بقاء ملكيته مستمرا حال تلك البيوع.

(4) أي: البائع الأول، فإنّه بعد البيع خرج المبيع عن ملكه، و لم يبق على ملكه حين الإجازة، مع أنّ الفقهاء صرّحوا بصحة جميع البيوع الواقعة عليه. و هذا التصريح لا يلائم اعتبار استمرار قابلية التملك إلى زمان صدور الإجازة.

(5) يعني: مستمرا إلى زمان الإجازة.

---

(1) و لاحظ: جامع المقاصد، ج 4، ص 70، مسالك الافهام، ج 3، ص 158 مفتاح الكرامة، ج 4، ص 191

(2) المصدر، ص 292.

ص: 140

و كما يشعر به (1) بعض أخبار المسألة المتقدمة، حيث إنّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة.

مضافا (2) إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين،

(1) أي: بعدم اعتبار استمرار قابلية التملك إلى زمان صدور الإجازة. وهذا إشارة إلى الجواب الحلّي، و محصّله: أنّه يستفاد ظهورا و صراحة من أخبار مسألة الفضولي عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، فما ذهب إليه صاحب الجواهر - من اعتبار اتصال الملكية من زمان العقد إلى حين الإجازة - ممنوع، لشهادة طائفتين من الأخبار بخلافه.

فالطائفة الأولى: ما تكون ظاهرة - بمقتضى إطلاقها - في نفي شرطية الاتصال، و ذلك كموتقة جميل الواردة في المضاربة التي خالف العامل للشرط، حيث حكم الامام عليه السّلام «بأنّ الربح ينقسم بين ربّ المال و العامل» بناء على استفادة حكم الفضولي منها، و أنّ توزيع الربح بينهما يكون بعد إجازة ربّ المال للمعاملات التي أتى بها العامل، فإنّ حكمه عليه السّلام مطلق شامل لما إذا بقي الأصيل - الذي باع و اشترى من عامل المضاربة - على أهلية التملك، و لما إذا سقط عنها.

و كأخبار الاتجار بمال اليتيم، فإنّ حكمه عليه السّلام «بأنّ الربح لليتيم» - بناء على حملها على صورة إجازة الولي لتكون من أدلة صحة الفضولي - يعمّ صورتَي استمرار ملكية الأصيل و زوالها.

و الطائفة الثانية هي رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي اشترى أباه من مواليه و أعتقه، فإنّها صريحة في نفي شرطية اتصال الملكية، إذ المفروض فيها موت دافع المال إلى العبد، مع أنّه عليه السّلام حكم برفقة أب العبد المأذون لورثة دافع المال لو أقاموا البيّنة على أنّ العبد المأذون اشترى أباه بمال مورّثهم.

و الحاصل: أنّ سقوط الأصيل عن قابلية التملك بالموت غير مانع عن تنفيذ البيع الفضولي بالإجازة المتأخرة المستفادة من مطالبة كلّ من الورثة، أو مولى العبد المأذون.

(2) غرض المصنف المناقشة مع صاحب الجواهر بالنسبة إلى ترتب الثمرة الثانية على نزاع الكشف و النقل، و توضيحه: أنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه اعترض على شيخه كاشف الغطاء في ما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف، أو ما يسقطه عن المالية عرفا أو شرعا.



وحاصل الاعتراض: أنّ هذه الثمرة أولى بالمنع من الأولى، وهي سقوط المالك عن أهلية التملك. وذلك لأنّ المعترف في باب الفضولي إجازة المالك ورضاه بالعقد، فلو انتفت قابلية العين للتملك كما إذا انقلب الخلل خمرا بعد إنشاء الفضولي وخرجت عن ملك المجيز، لم يصدق عليه «أنّه مالك» حتى تؤثر إجازته في صحة بيع الفضولي. ولا فرق في هذا بين الكشف والنقل.

ووجه أولوية انتفاء هذه الثمرة: أنّ المالك مفروض الوجود في الثمرة الأولى، غايته أنّه يتبدل من الأصل إلى غيره. بخلاف هذه الثمرة، لكون سقوط المال عن الملكية موجبا لانتفاء عنوان المالك رأسا، لأنّ الملكية نسبة بين المالك والمملوك أو إضافة بينهما.

هذا ما أفاده صاحب الجواهر قدس سرّه.

وناقش المصنف قدس سرّه فيه بتثبيت الثمرة، وذلك لوجهين.

أحدهما: فحوى صحيحة الحذاء الواردة في تزويج الصغيرين، فإنّ موردها وإن كان النكاح الفضولي، إلا أنّه لا يمنع من استفادة حكم البيع الفضولي منها، وذلك لأنّ الزوجين ركنان في عقد النكاح كالعوضين في البيع وشبهه. والمفروض في الصحيحة موت الزوج الذي هو أحد الركنين، وقد حكم عليه السّلام بصحة العقد لورضية الزوجة بعد إدراكها وحلفها. وليكن البيع الفضولي صحيحا بإجازة المالك لو سقط المبيع عن المالية والملكية بعد العقد إمّا بالتلف الحقيقي بانعدام صورته النوعية، وإمّا بما يسقطه عن المالية كتجنس الدهن بإصابة القدر به.

فيقال: إنّ بناء على كاشفية الإجازة يصح البيع، لكون المال مملوكا حين العقد، وقد عرض عليه التلف بعده، فيتلف على المشتري. وبناء على النقل يتلف على البائع.

ويمكن أن يستفاد من هذه الصحيحة في الرد على صاحب الجواهر بالنسبة إلى الثمرة الأولى، وذلك بالفحوى، لأنّ تلف الركن لو لم يقدح في صحة العقد كان تلف غير الركن - وهما المتبايعان في باب البيع - أولى بعدم القدح. فلا يكون الموت والكفر مبطلين للمعاملة.

ثانيهما: الظهور الإطلاقي الناشئ من ترك الاستفصال في قضية عروة البارقي التي استدللّ بها على صحة عقد الفضولي. توضيح دلالتها على عدم اعتبار استمرار القابلية إلى زمان صدور الإجازة هو: أنّه لمّا أخبر عروة النبيّ الأكرم صلّى الله عليه وآله وسلم بما صنع، قال صلّى الله عليه وآله وسلم:

الذي (1) يصلح ردًا لما ذكر في الثمرة الثانية، أعني خروج المنقول عن قابلية تعلّق إنشاء عقد أو إجازة به لتلف و شبهه، فإنّ (2) موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد.

مضافا (3) إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل [1] النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن موت الشاة أو ذبحه (4) [2] وإتلافه.

---

«بارك الله لك في صفقة يمينك» و لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها. و ترك الاستفصال دليل على عدم اعتبار استمرار القابلية إلى زمان صدور الإجازة.

(1) صفة للخبر، لا للفحوى.

(2) هذا تقريب الفحوى، و قد تقدم توضيحه آنفا، و قوله: «كتلف» خبر «فإن».

(3) هذا هو الوجه الثاني، و قد تقدم آنفا بقولنا: «ثانيهما: الظهور الإطلاقي الناشئ من ترك الاستفصال .. إلخ».

(4) معطوف على «موت». و الأولى تأنيث الضمير في «ذبحه وإتلافه» لرجوعه إلى الشاة.

---

[1] أمارية ترك الاستفصال على الإطلاق أو العموم تختص بأمور جرت العادة على وقوعها، و الاعتداد بها، فإذا قال المولى: «إذا سافرت فقصّر» و لم يعبّر وسيلة قطع المسافة من الطائرة أو السيارة أو غيرها مع جريان العادة على السفر بجميع تلك الوسائل النقلة، كان عدم التعيين دليلا على أنّ المسافة بكل وسيلة من تلك الوسائل توجب القصر. و من المعلوم أنّ موت الشاة في ذلك الزمان اليسير غير عادي حتى يكون ترك الاستفصال دليلا على عدم اعتبار بقاء القابلية إلى زمان صدور الإجازة كما هو مرام المصنف قدّس سرّه في مقام الرد على صاحب الجواهر قدّس سرّه القائل باعتبار استمرار القابلية إلى زمان الإجازة، هذا.

[2] لا يخفى ما في عطف الذبح على الموت من المسامحة، لعدم خروج الشاة بالذبح عن المالية و القابلية عرفا و شرعا، لوضوح أنّ الموت يعدم الشاة، و الذبح يبدّل صفتها بصفة أخرى. و تبدل الوصف يغيّر انعدام الموصوف، بل الإتلاف الموجب للضمان أيضا. و عليه فالأولى الاقتصار في الانسلاخ عن المالية على الموت.

نعم ما ذكره أخيراً (1) من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح (2) ثمرة للمسألة (3)، لبطلان (4)

(1) يعني: ما ذكره كاشف الغطاء قدس سره ممنوع. و غرض المصنف قدس سره موافقة صاحب الجواهر في منع الثمرة الثالثة والرابعة المتقدمتين في (ص 136) بقوله: «و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة .. وفيما قارن العقد فقد الشرط ..». فقد منعهما في الجواهر بما لفظه: «و أوضح من ذلك فسادا فاقد القابلية للملك، ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح. و على النقل أيضا، لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل، فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان في غير محله» «1».

و حاصله: أن العقد الفاقد لشرط من شروط الصحة باطل من أصله، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة، لاعتبار اجتماع شرائط الصحة- إلا الولاية على العقد- في عقد الفضولي، حتى يؤثر بالإجازة المتأخرة. و لا فرق في ذلك بين كاشفية الإجازة و ناقليتها.

و بعبارة أخرى: العقد الفضولي يكون مقتضيا للتأثير، و تتوقف فعلية التأثير على إجازة ولي أمر العقد، و هذا الاقتضاء منوط باجتماع الشرائط حال الإنشاء. و الفرق بين العقد الفضولي و عقد المالك أن الأول مقتض للتأثير، و الثاني سبب تام، إلا في مثل الصرف و السلم مما يكون القبض دخيلا فيه.

و العقد الفضولي لا- يكون مقتضيا إلا باستجماع شرائط الصحة، فلو اختلت بعضها لم يتحقق ذلك الاقتضاء حتى ينتهي إلى الفعلية بانضمام الإجازة.

و هذا البيان كما يمنع الثمرة الثالثة و هي تجدد القابلية، كذلك يمنع الثمرة الرابعة، و هي فقد شرط الصحة.

(2) خبر قوله: «ما ذكره أخيراً».

(3) و هي مسألة الكشف و النقل.

(4) تعليل لقوله: «لا يصلح» و قد عرفت أننا وجه عدم الصلاحية.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 291

ص: 144

العقد ظاهراً على القولين (1). وكذا (2) فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

وبالجملة (3): فباب المناقشة وإن كان واسعاً

(1) وهما القول بالكشف والقول بالنقل.

(2) أي: وكذا لا يصلح ثمرة للمسألة فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

(3) قد اتضح أن الأقوال في الثمرة الأولى - وهي خروج أحد المتبايعين عن أهلية التملك قبل الإجازة - ثلاثة:

فالأول ما أفاده الشيخ الفقيه كاشف الغطاء من التفصيل بين الكشف والنقل، ولذا جعله ثمرة للقولين في الإجازة.

والثاني: ما اختاره صاحب الجواهر قدس سره من اعتبار استمرار تملك المتبايعين إلى لحوق الإجازة بالبيع الفضولي مطلقاً. فتنتفي الثمرة بين الكشف والنقل.

والثالث: ما استظهره المصنف قدس سره من الأدلة من عدم الاعتبار.

والغرض - بعد بيان هذه الكبرى - المناقشة في كلام كاشف الغطاء من تنظيره للخروج عن القابلية بالموت والرّدة.

أمّا المناقشة في مثال الموت فلاّته يتوقف على شراء الأصل شيئاً بثمن كلي في ذمته، وموته قبل إقباض الثمن، فيقال بصحته بناء على الكشف، دون النقل.

فلو اشترى بعين خارجية، فمات، صحّ حتى بناء على الكشف، وذلك لأنّ الثمن الشخصي ينتقل بموته إلى ورثته، ولهم إجازة عقد المورث، فإن أجازوا وقعت المعاملة للمورث، ثم ينتقل إليهم المبيع بالإرث، بناء على الكشف. وبناء على النقل تقع للورثة.

وعليه فلا يصح جعل الموت مطلقاً صغرى للخروج عن قابلية التملك.

وأمّا المناقشة في مثال الارتداد الفطري، فأمران:

أحدهما: ما تقدم أنفاً من الشراء في ذمة نفسه، فلو اشترى أو باع بعين خارجية لم تبطل المعاملة، وإنّما تكون فضولية، لانتقال أمواله إلى ورثته، فيدهم الرّد والإجازة ولا مانع من صحة البيع الفضولي إذا كان كلا الطرفين فضولياً.

وثانيهما: القول بانتقال جميع أمواله - حتى ما يتجدد له بعد الكفر باكتساب أو حيازة مباح - إلى ورثته بمجرد الارتداد، فلو قيل بظهور الدليل - على تقسيم أمواله - في

إلا أن الأرجح (1) في النظر ما ذكرناه (2).

### [ثمرات اخرى للقول بالكشف و النقل]

وربما يقال: بظهور الثمرة في تعلّق الخيارات (3)

خصوص ما يملكه حال الردّة، لم تترتب الثمرة بين الكشف و النقل لو باع أو اشترى بما اكتسبه بعدها، لشمول إطلاقات أدلة المعاملات له، وعدم مانع من صحتها ونفوذها.

وأما المناقشة في التمثيل بالمرتد المّلي - بالنسبة إلى شراء المصحف الشريف و العبد المسلم، أو بيعهما - فهي: أن ترتب الثمرة يتوقف على القول بخروجهما عن ملكه بمجرد الارتداد. فلو قيل بعدمه، وإنما يجبر على نقلهما إلى مسلم، لم تترتب الثمرة بين الكشف و النقل، لفرض كونه مالكا لهما بعد الكفر.

هذا ما يرد على صغريات الثمرة الاولى، و أنّها خارجة موضوعا عن الثمرة بناء على بعض التقادير، ولكنّ الكبرى - وهي عدم اعتبار استمرار القابلية - تامة.

(1) خير قوله: «فباب المناقشة».

(2) من عدم اعتبار استمرار القابلية من حين العقد إلى زمان الإجازة، وكذا عدم اعتبار استمرار التملك إلى زمان الإجازة.

ثمرات اخرى للقول بالكشف و النقل

(3) توضيح هذه الثمرة - التي ذكرها كاشف الغطاء قدّس سرّه أيضا - أنّه إذا اختلف حال المبيع صحة و عيبا بأن كان صحيحا حين العقد المفروض وقوعه يوم الجمعة، و صار معيبا حال الإجازة الصادرة يوم السبت مثلا. فعلى القول بالكشف يكون البيع لازما، لحدوث العيب في ملك المشتري، فلا خيار له. و على القول بالنقل يكون البيع جائزا، لوقوع العيب في ملك البائع، فيثبت الخيار للمشتري.

و لو انعكس الأمر، بأن كان المبيع حين وقوع العقد معيبا، و صار صحيحا عند صدور الإجازة، فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشتري، لوقوع البيع على المعيب، و العيب يوجب الخيار. و على القول بالنقل يكون العقد لازما، لكون المبيع صحيحا عند صدور الإجازة المتممة للبيع، هذا.

وكذا تظهر الثمرة في خيار الغبن، كما إذا بيع المال فضولا بأكثر من قيمته السوقية،

فصار المشتري مغبونا، وترقّت قيمته حال الإجازة. فبناء على الكشف يثبت خيار الغبن للمشتري، دون النقل.

و لو انعكس الأمر، بأن بيع المال بأقلّ من قيمته الواقعية، ثم انخفضت حال الإجازة. فعلى الكشف يثبت الخيار للبائع، دون النقل.

و أمّا خيار المجلس، فالظاهر عدم تعلّقه بعقد الفضولي، لعدم انطباق ما في دليله من أنّه «إذا افترقا وجب البيع» عليه، إذ لا عبرة بافتراق غير المتبايعين عن مجلس العقد، وإن كان مجلس عقد الفضولي مجلس العقد. و عليه فيختص خيار المجلس بما يكون افتراق المتعاقدين عنه سببا للزوم البيع.

و دعوى «ظهور الثمرة فيما لو استمرّ مجلس البيع الفضولي إلى زمان حضور المميز، و أجاز، فيثبت خيار المجلس، لكونه مجلس البيع» غير ظاهرة، إذ الكلام في حسابان مبدأ خيار المجلس، و أنّه العقد أو الإمضاء، و المفروض في المثال وحدة المجلسين، و لا ريب في كون مبدأ الخيار تفرقهما عنه بعد الإجازة سواء على الكشف و النقل.

و سيأتي تفصيل الكلام- في اختصاص خيار المجلس بالأصيل، دون الفضولي و كذا الوكيل في الإنشاء- في أوائل الخيارات إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: في مورد تبدل الشريك، كما إذا كانت الدار ملكا مشاعا لزيد و عمرو، فباع الفضولي يوم السبت حصّة زيد، و باع عمرو حصّته يوم الأحد، و أجاز زيد يوم الاثنين. فبناء على الكشف يثبت حقّ الشفعة لعمرو، لأنّ حصّة زيد انتقلت إلى من اشترى من الفضول من يوم السبت، فلعمرو الأخذ بالشفعة و فسخ البيع الواقع يوم السبت، و ضمّ حصّة زيد- المبيعة فضولا- إلى حصّته.

فإن أخذ بالشفعة فهو، و إلا يثبت حقّ الشفعة للمشتري من الفضولي، و له الأخذ به و فسخ البيع الواقع يوم الأحد بين عمرو و المشتري منه، لوقوع هذا البيع الثاني بعد تماميّة البيع الأول المجاز من يوم السبت و إن صدرت الإجازة يوم الاثنين، و صيرورة المشتري من الفضولي شريكا للأصيل حينما باع حصّته يوم الأحد.

و بناء على النقل ينعكس الأمر، فيثبت حقّ الشفعة من الأحد لزيد،

لصيورته شريكا مع المشتري من الأصيل و هو عمرو، فله إعمال حقّه، و تملك حصة عمرو، ثم إجازة البيع الواقع على حصته. و حيث إنّ المفروض عدم أخذ زيد بحق الشفعة- و إنّما أجاز يوم الاثنين عقد الفضول- فقد سقط حقه، و يثبت للمشتري من عمرو حق الشفعة على المشتري من الفضولي.

(1) كما إذا بيع حيوان فضولا، فإن مبدأ الثلاثة من حين العقد بناء على الكشف، و من حين الإجازة بناء على النقل، لتوقف تمامية البيع عليها.

و كذا الحال لو بيع دار فضولا، و اشترط المشتري لنفسه الخيار شهرا مثلا، و أجاز المالك بعد أيام، فبناء على الكشف يكون مبدأ الخيار حين العقد، و بناء على النقل حين الإجازة.

(2) فعلى القول بالكشف يكون المراد بالقبض في المجلس المعتبر في الصرف و السلم القبض في مجلس العقد، و على القول بالنقل يكون المراد القبض في مجلس الإجازة.

(3) كما إذا حلف زيد على أن يتصدّق بجميع أمواله في يوم الغدير مثلا، و كان من جملة أمواله كتاب المكاسب الذي اشتراه من فضولي، و لم يجز ماله إلا يوما بعد يوم الغدير. فعلى القول بالكشف يجب عليه التصديق بكتاب المكاسب، لأنّه صار من أمواله حين الحلف. و على القول بالنقل لا يجب عليه التصديق بالمكاسب، لعدم صيرورته ملكا له يوم الغدير.

و لو انعكس الأمر، بأن بيع شيء من أمواله قبل الغدير فضولا، و أجاز به بعده.

فعلى الكشف لا يجب عليه التصديق، لخروجه عن ملكه قبل الغدير. و بناء على النقل

[1] يمكن أن يقال: إنّ مبدأ الخيار من حين الإجازة مطلقا و لو على الكشف، لأنّ الفسخ و إن كان هو حلّ العقد الذي أنشأه الفضولي قبل الإجازة بيوم أو أكثر. إلا أنّ حلّ العقد وظيفته من كان العقد منسوبا إليه، و من المعلوم أنّ العقد لا ينسب، إلى من له حله إلا بالإجازة، فمبدأ الخيار من زمان الإجازة مطلقا.

و النذور (1) المتعلقة بمال البائع أو المشتري.

### [ظهور الثمرة في العقود المترتبة]

وتظهر الثمرة أيضا (2) في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، وسيأتي (3) إن شاء الله.

يجب عليه التصديق.

(1) كما إذا نذر أن يعطي كتاب المكاسب مثلا لزيد المشتغل بتحصيل العلم، وقد اشترى ذلك من فضوليّ يوم الخميس، لكن لم يجزه مالكة إلا يوم السبت. فعلى القول بالكشف يجب الوفاء بالنذر، لكونه مالكا لكتاب يوم الجمعة. وعلى القول بالنقل لا يجب، لعدم كونه مالكا للكتاب حال النذر.

ظهور الثمرة في العقود المترتبة

(2) يعني: كالثمرات المتقدمة المترتبة على الكشف والنقل، وحاصل هذه الثمرة: أنه إذا باع من اشترى فضولا متاعا، و كان يبيعه له قبل إجازة مالك المتاع، ثم أجازته مالكة.

فعلى القول بالكشف يصحّ البيع الثاني للمشتري، لوقوعه في ملكه، بداهة أنّ الإجازة أوجبت صحة شرائه، و صيرورة المتاع ملكا له، و وقوع البيع الثاني للمشتري في ملكه.

وعلى النقل يدخل البيع الثاني - الصادر من المشتري - في مسألة: من باع شيئا ثم ملكه.

(3) في الأمر الثالث من الأمور المتعلقة بالمجاز إن شاء الله تعالى شأنه، حيث قال في جملة كلامه: «و ملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسخا لما قبله، وإجازة لما بعده على الكشف، وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر» فلاحظ (ص 414).

وبهذا يتمّ البحث في المقام الثاني المتكفل لبيان الثمرات، وسيأتي الكلام في المقام الثالث، وهو تنبيهات الإجازة.



و ينبغي التنبيه على أمور (1):

[الأول: الخلاف في الكشف و النقل حكمي لا مفهومي]

الأول (2):

تنبيهات الإجازة

(1) وهي أمور تتعلق بنفس الإجازة سواء قيل بالكشف أو النقل، مثل اعتبار قصد خصوص ما يعتقد، و اعتبار إظهارها بالألفاظ الدالة عليها عرفاً، أو كفاية الكناية و الفعل، و اعتبار عدم سبق الردّ عليها، و غير ذلك ممّا سيبحث عنه في التنبيهات الآتية إن شاء الله تعالى.

الخلاف في الكشف و النقل حكمي لا مفهومي

(2) الغرض من عقد هذا الأمر بيان منشأ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ثم النظر فيما يترتب على ما لو خالف المجيز معتقده، كما لو اعتقد - اجتهاداً أو تقليداً - كونها كاشفة، فقصد كونها ناقلة، أو بالعكس.

وقد تعرّض لهذا البحث الفقيه الأكبر كاشف الغطاء قدّس سرّه و تبعه صاحب الجواهر، و محصله: أنّ منشأ الخلاف في الكشف و النقل هو الاستظهار من الأدلة. و وافقهما المصنف في المبني، و خالفهما في ما يترتب عليه من بطلان الإجازة و لغويّتها لو قصد المجيز خلاف معتقده.

قال في شرح القواعد: «و هل بناء القولين على مقتضى الظاهر، فيجوز الانصراف

عن كلّ منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد، أو من خارج [1]. أو على اللزوم، فإذا تعذّر أحدهما، أو صرّح بخلافه بطلت؟ وجهان، أقواهما الثاني «1».

و توضيح المطلوب: أنّ منشأ الشبهة في الكشف و النقل يمكن أن يكون أحد أمور ثلاثة:

الأول: الشك في المفهوم، بأن لا يكون معنى الإجازة واضحاً، فيدّعي القائل بالكشف أنّها بمعنى الكشف عن ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه، لأنّها تنفيذ مضمون العقد لا غير. و يدّعي القائل بالنقل أنّها الرضا بمضمون العقد، و مقتضى هذا المفهوم اللغوي حصول الأثر من زمان تحقق الإجازة.

الثاني: أن لا يكون النزاع في المعنى اللغوي، بل يكون في منصرف الإطلاق، بأن يقال: إنّ مفهوم الإجازة هو طبيعي الرضا بالعقد، و هو لا يقتضي بنفسه الكشف و النقل، لصلاحيته لكلّ منهما. و لكن يزعم القائل بالكشف انصراف هذا الإطلاق إلى ترتب أحكام المعاملة من حين العقد، كما يدّعي القائل بالنقل الانصراف إلى حصة أخرى، و هي تحقق الآثار من حين الإجازة. و هذا نظير انصراف إطلاق العقد إلى كون الثمن نقد بلد المعاملة.

[1] الظاهر أنّ مراده من الخارج ما إذا امتنع كون الإجازة كاشفة، فإنّه خارج عن موضوع هذا البحث، كما إذا باع شيئاً ثم ملكه، فإنّ إجازة بيع نفسه لا توجب انتقال المال إليه من زمان بيعه فضولاً. و كذا لو لم يتمشّ نزاع الكشف و النقل، كما مثّل له كاشف الغطاء ببيع الصرف و السلم فضولاً، ثم إجازته قبل القبض، قال قدّس سرّه في محكي شرح القواعد: «إنّ من إجازة الفضولي ما هو صحيح، و لكنه غير متصف بكونه كاشفاً و لا بكونه ناقلاً. مثلاً الإجازة اللاحقة لبيع الصرف أو السلم الواقع فضولاً قبل القبض، فإنّها صحيحة مؤثرة، و ليست بكاشفة و لا ناقلة ..» «2».

(1) شرح القواعد، مخطوط، و العبارة منقولة في حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي، ج 1، ص 158، و في غاية الآمال، ص 389

(2) غاية الآمال، ص 390

وبناء على هذا الاحتمال يصحّ صرف الإطلاق بقريئة إلى أحد الفردين، كما لو أقام القائل بالكشف قريئة على إرادة كونها ناقلة في هذا البيع الفضولي، أو امتنع كونها كاشفة كما في مسألة: من باع شيئاً ثم ملكه.

الثالث: أن لا يكون منشأ الشبهة الوضع اللغوي ولا انصراف الإطلاق، بل يستند اختلاف الفقهاء في الكشف والنقل إلى الأدلة الشرعية، فالقائل بالكشف يدّعي أنّ الشارع حكم- بنحو الإلزام- بكونها كاشفة، و ألزم المتعاقدين بترتيب آثار الصحة من حين العقد، لكون الرضا معتبرا بنحو الشرط المتأخر مثلا، أو بأخذ وصف التعقب في العقد، كما أنّ القائل بالنقل يزعم دلالة الأدلة الشرعية على ترتب أثر العقد من حين صدور الإجازة، لكون الرضا شرطا مقارنا. و من المعلوم أنّ كيفية الاستظهار مما دلّ على اعتبار الرضا في المعاملة أجنبية عن المفهوم اللغوي، لعدم أخذ خصوصية الكشف والنقل فيه.

وبعبارة أخرى: ليس معنى الإجازة إلا إمضاء ما وقع بلا اشكال فيه، إنّما الكلام في أنّ مقتضى الإطلاقات والعمومات وأدلة الطيب هل هو كشف الرضا المتأخر عن تمامية السبب أعني به العقد- كما هو مقتضى القول بالكشف- أم هو كون الرضا المكشوف عنه بالإجازة جزء السبب كما هو مقتضى القول بالنقل؟

إذا اتضحت هذه الاحتمالات الثلاث ظهر الفرق بينها في الثمرة، وهي: أنّه لا ريب في كون الإجازة من الأمور الاعتبارية المنوطة بالقصد، لكونها من الإيقاعات. فالقائل بالكشف يقصد ترتب الأثر على العقد، كما أنّ القائل بالنقل يريد ترتب الأثر من حين صدور الإجازة.

و حينئذ لو خالف كل منهما ما يعتقد، بأن أراد الكشفي حصول الأثر من زمان الإجازة، وأراد التّقلي تحقّقه من حين العقد، فهل يلغو هذا القصد، وتؤثر الإجازة بناء على الكشف أثرها من زمان العقد، و من حينها بناء على النقل، أم يكون تأثيرها تابعا لقصد المجيز، أم أنّها تبطل رأسا، ويبقى العقد الفضولي متوقفا على إجازة أخرى؟ وجوه تتفرّع على أنّ منشأ نزاع الكشف والنقل هو المفهوم أو الشرع.

أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضعا (1) أو انصرافا (2)، بل في حكمها الشرعي (3) [1] بحسب ملاحظة

فإن كان النزاع في مفهوم الإجازة لغة كان العقد فاسدا بقصد الخلاف، لأنَّ القائل بالكشف يزعم أنَّ معناها الحقيقي إنفاذ العقد، و مقتضاه نفوذه من حين وقوعه، و لا-بدَّ أن يقصد هذا المعنى حتى تَوَثَّرَ في العقد، فلو أراد المجهز حصول الأثر من زمان إجازته لم يكن قاصدا لمعنى الإجازة حقيقة، لأنَّ قصد النقل أجنبي عن معناها الحقيقي، فلم يكن العقد مجازا بحقيقة الإجازة.

و كذا يجري هذا التعليل لو قصد القائل بالنقل حصول مضمون العقد من حينه.

و إن كان النزاع في ما ينصرف إليه إطلاق اللفظ بمعنى أنَّ طبيعي معنى الإجازة لا يقتضي شيئا من خصوصيات الكشف و النقل، و كان انسباق أحدهما للإرسال و الانصراف، لزم صحة العقد على النحو الذي قصده، لأنَّ الانصراف إلى الشيء لا ينافي تقييده بما ينافي مقتضى الانصراف.

و إن كان النزاع في الاستظهار من الأدلة، فقد جزم الفقيهان كاشف الغطاء و صاحب الجواهر قدس سرهما ببطلان هذه الإجازة و لغويتها، و اقتصر المصنف على إبداء احتمالي الصحة و البطلان من دون ترجيح بينهما.

(1) هذا و «انصرافا» تمييزان، أي: من جهة الوضع أو الانصراف، و قوله: «وضعا» إشارة إلى الاحتمال الأول، أي: كون منشأ النزاع الشبهة المفهومية، و الجهل بالموضوع له لغة.

(2) هذا إشارة إلى الاحتمال الثاني، و هو كون الموضوع له طبيعي الإمضاء و الإنفاذ، و إنما ينصرف إلى أحد المعنيين.

(3) هذا إشارة إلى الاحتمال الثالث، يعني: أنَّ منشأ الخلاف في الكشف و النقل هو جعل الشارع.

[1] بل منشأ الخلاف في الكشف و النقل هو الخلاف في مضمون العقد، و أنه طبيعة النقل، أم النقل المقيد بزمان وقوعه؟ و الإجازة إجازة لمفهوم العقد بلا إشكال. فاختلاف مفهوم العقد يسري قهرا إلى الإجازة، فينبغي إجراء النزاع في مفهوم العقد، لا في الحكم

اعتبار رضا المالك (1)، وأدلة (2) وجوب الوفاء بالعقود، وغيرهما (3) من الأدلة الخارجية. فلو (4) قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان (5).

---

(1) يستفاد اعتبار رضا المالك من آية «التجارة عن تراض» و من حديث «لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه».

(2) معطوف على «اعتبار».

(3) كصحيحتي محمد بن قيس و الحداء المستدلّ بهما على الكشف. و عليه فالمراد بالدليل الخارجي ما يقابل إطلاق حلّ البيع و الوفاء بالعقود.

(4) هذا تفريع على كون منشأ النزاع الاستظهار من الأدلة، و قد تقدّم توضيحه آنفا.

(5) وجه الصحة: أنّ متعلق الإجازة مضمون العقد لا حكمه، و المفروض حصول العقد و إجازته، فالسبب تام، و به يحصل المسبب قهرا. و قصد ترتب حكم غير الحكم الشرعي على العقد لغو، لا أثر له، لعدم تقييد مضمون العقد و لا حكمه بما يكون الواقع مغايرا للعقد المجاز.

و وجه البطلان في كل من الكشف و النقل عدم كون المجاز هو الواقع، و عدم كون الواقع هو المجاز، إذ في الأول يكون المنشأ النقل حين العقد، و الإجازة تعلقت به من حين الإجازة. و في الثاني يكون المنشأ النقل المطلق، و قد أجزى مقيّدا بحين العقد، فالمجاز غير الواقع غير المجاز.

و هذا الاحتمال قوّاه الشيخ الفقيه الشيخ حسن كاشف الغطاء قدّس سرّه (1).

---

الشرعي للإجازة إذ مقتضى أدلة طيب النفس و وجوب الوفاء بالعقود ليس إلا تنفيذ مضمون العقد، فاللازم تشخيص مضمونه، لأنّه متعلق الإجازة.

---

(1) أنوار الفقاهة، كتاب البيع، ص 106 (مخطوط).

ص: 154

- الثاني (1):

أنّه [1] يشترط (2) في الإجازة أن تكون باللفظ الدالّ عليها على

---

هل يشترط في الإجازة التلفظ بها؟

(1) هذا ثاني الأمور التي تبه عليها المصنف قدّس سرّه. والغرض من عقده تحقيق جهة أخرى مما يتعلق بالإجازة، وهي أنّها مجردّ الرضا الباطني بالعقد الواقع فضولا على ما له ولاية عليه، أم أنها لما كانت من الأمور الإنشائية توقّف حصول أثرها على إنشائها.

وعلى الثاني فهل يكفي مجردّ الفعل الدال على الرضا، أم يعتبر إبرازه باللفظ. وعلى الثاني فهل يكفي اللفظ الكنائي، أم لا بد من الصراحة العرفية؟ في المسألة وجوه أربعة سيأتي التعلّص لها إن شاء الله تعالى.

(2) هذا الاشتراط إنّما يكون بعد الفراغ عن عدم كفاية الرضا الباطني في صحة عقد الفضولي وتأثيره. والحاجة إلى الإجازة لإسناد العقد إلى المجيز، إذ لا- يكفي مجردّ الرضا الباطني في الإضافة إليه. وبعد إثبات الافتقار إلى الإجازة والحاجة إلى إنشائها يقع الكلام في أنّ الدال عليها لا بدّ أن يكون هو اللفظ أو يقع بالفعل أيضا. واعتبار اللفظ الظاهر هو القول الأول في المسألة، وسيأتي وجهه.

---

[1] في حاشية المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه ما محصله: أنّ الحاجة إلى الإجازة إن كانت لمجردّ حصول الرضا وطيب النفس بالعقد، فنفس لحوق الرضا ممّن اعتبر رضاه في نفوذ العقد- كما في نكاح العبد بدون إذن سيده، وبيع الراهن للعين المرهونة بدون إذن المرتهن- كاف في تأثير العقد كما في بيع المكروه، للاكتفاء في تأثيره بمجرد لحوق رضاه.

وإن كانت لتصحيح إسناد العقد الى المجيز علاوة على ذلك- كما إذا عقد على ماله فضولا- فالظاهر عدم كفاية مجردّ لحوق الرضا في ذلك، بل لا بدّ في صحة العقد من إنشاء إمضاء العقد وإجازته، ولذا بنوا على عدم خروج عقد غير المالك على ماله بدون إذنه- ولو مع العلم برضاه- عن الفضولية، وإن كان هذا البناء بنحو الإجماع لم يثبت، فتدبّر «1»، هذا.

أقول: لم يظهر وجه لعدم كفاية لحوق الرضا في إسناد العقد إلى المجيز، مع كون

وجه الصراحة العرفية (1) [1] كقوله: «أمضيت، وأجزت، وأنفذت، ورضيت»

(1) التي هي أعم من النص و الظاهر الذي يكون حجة عند أبناء المحاوره.

رضاه رضا بالمعنى الاسم المصدري القائم بماله، فرضاه رضا المالك بما أنه مالك. فإن لم يكن هذا الرضا موجبا لإضافة العقد إليه، فهل يصلح مجرد لفظ «أجزت» أن يكون محصلا لهذه الإضافة؟

و الحاصل: أن الرضا بانتقال ماله الى الغير بسبب عقد الفضولي لا معنى له عرفا إلا كون سبب الانتقال و هو عقد الفضولي مضافا إليه و عقدا له. نعم انتسابه و إضافته إلى المجيز يكون بقاء، و إضافة عقد المكره إلى المكره تكون حدوثا و ذاتا، لأنه منشؤه. بخلاف عقد الفضولي، فإن إضافته إلى المالك عرضية، فتدبر.

و ما أفاده أخيرا من نفي البعد عن كفاية الإنشاء القلبي فيما يتوقف على الإمضاء و الإجازة غير متضح المراد، فإن الإنشاء عنده من أنحاء استعمال الألفاظ في معانيها، و أنه بقصد الحكاية إخبار، و بقصد إيجاد المعنى في نفس الأمر إنشاء، كاستعمال «ملكك» فيهما بداعيين، و عرفه في الفوائد بأنه «القول الذي يقصد به إيجاد المعنى في نفس الأمر» (1) و من المعلوم أن الاستعمال الذي هو إفاء اللفظ في المعنى من الكيف المسموع و لا ربط له بفعل القلب.

مضافا إلى: أن القابل للإنشاء هو الأمر الاعتباري كالملكية و الزوجية، لا الصفة النفسانية. نعم يمكن إظهارها و إبرازها باللفظ و الفعل. و أما الإنشاء المفروض كونه إيجادا فلا. و هو قدس سره أعلم بما أفاده من الإنشاء القلبي.

[1] تقدم أن محتملات الإجازة أربعة، و لعل الأولى أن يقال في عنوان المسألة:

إن الكلام يقع في مقامين، الأول في مقام الثبوت، و الثاني في مقام الإثبات.

أما المقام الأول فحاصله: أنه يحتمل اعتبار الإنشاء في الإجازة قولاً صريحا، أو كفاية الكناية، أو كفاية الفعل. و يحتمل عدم اعتبار الإنشاء فيها، و كفاية الرضا الباطني و لو بدون دال عليه.

و بيان أوضح: هل يشترط الإنشاء في الإجازة أم لا؟ و على الأول: هل يعتبر أن

(1) الفوائد المطبوعة مع حاشية الرسائل، ص 285 (الطبعة الحجرية).

وشبه ذلك (1). و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية (2)، و ليس (3) ببعيد إذا أتكل

---

(1) كقوله: «قبلت أو صححت هذا العقد» و نظائرها في الدلالة على المقصود.

(2) لأنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «بارك الله لك في صفقة يمينك» كناية عرفا عن الإجازة المستفاد من «أجزت و أنفذت».

(3) يعني: و ليس وقوع الإجازة بالكناية ببعيد إذا أتكل العرف على الكناية في الدلالة على الإجازة، و هذا إشارة إلى الاحتمال الثاني في المسألة.

---

يكون الإنشاء بالقول، أم يكفي فيه بالفعل؟ و على تقدير اعتبار القول هل يشترط فيه الصراحة أم يكفي الكناية؟

و ببيان أوضح: هل يشترط الإنشاء في الإجازة أم لا؟ و على الأوّل: هل يعتبر أن يكون الإنشاء بالقول، أم يكفي فيه بالفعل؟ و على تقدير اعتبار القول هل يشترط فيه الصراحة أم يكفي الكناية؟

و أما المقام الثاني فنخبة الكلام فيه: أنّه قد استدللّ على كفاية الإنشاء الكنائي بظاهر قوله صلّى الله عليه وآله وسلم لعروة البارقي: «بارك الله لك في صفقة يمينك» فإنّه عرفا كناية عن الإجازة لو لم يكن في نظر العرف من عبارات الإجازة كقوله: «أحسنّت» فتأمل.

و على كفاية الفعل الكاشف عن الرضا كتصرف مالك المبيع فضولا في الثمن، فإنّ هذا التصرف كاشف عرفا عن إمضاء البيع. و كتمكين المرأة- المزوجة فضولا- من الدخول بها كما صرّح به العلامة قدّس سرّه.

كما أنّه قد استدللّ على اعتبار اللفظ في الإجازة- مضافا إلى شبهة الإجماع على اعتباره فيها- بأنّ الإجازة كالبيع في استقرار الملك، فما يعتبر في البيع من اللفظ يعتبر في الإجازة أيضا، لاشتراكهما في إيجاد استقرار الملك، كما سيأتي ذلك في شرح قول المصنف: «و استدللّ عليه بعضهم بأنّها كالبيع في استقرار الملك .. إلخ».

و فيه ما سيأتي في التوضيح بقولنا: «إذ سبب النقل مطلقا حتى في عقد الفضولي و لو على النقل هو العقد، و الإجازة شرط تأثيره .. إلخ».

و لعلّ نظر هذا المستدلّ إلى: أنّ الإجازة من الأمور التسيبية المتوقفة على الإنشاء.

و فيه: أنّ الإجازة ليست من الأمور التسيبية، و إنّما الأمور التسيبية- و هي البيع و الصلح و الهبة و غيرها المتوقفة على الإنشاء- حاصلة في عقد الفضولي كعقد الأصيل



عليه (1) عرفا.

و الظاهر (2) أنّ الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف (3).

(1) كذا في نسخ الكتاب، والأولى تأنيث الضمير، لرجوعه إلى الكناية.

(2) هذا إشارة إلى الاحتمال الثالث، وهو جواز الاقتصار في الإجازة على الفعل الدال عليها، واستشهد المصنف قدّس سرّه له بما ذكره في مقامين:

أحدهما: إمضاء بعض العقود المتعددة على عوض المبيع فضولا.

وثانيهما: تمكين الزوجة المعقود عليها فضولا فإنّ الإمضاء والتمكين فعلاّن صالحان لإظهار الرضا النفساني بالعقد الصادر من الفضولي.

(3) خبر «أنّ» أي: كاف في وقوع الإجازة بدون لفظ.

بلا تفاوت بينهما أصلا.

وقد يستدل أيضا على اعتبار الإنشاء في الإجازة تارة بعدم صدق العناوين كالبيع والصلح وغيرهما إلّا بإنشاء الإجازة، حيث إنّ الإجازة في الفضولي كالقبول في غيره، فكما يكون العقد مركبا من الإيجاب والقبول، وهما ركنان في العقد، فكذلك الإجازة في الفضولي كالقبول. وبالجملة: فصدق العناوين منوط بإنشاء الإجازة كإنشاء القبول.

و اخرى بأنّ المعتبر في عقد الفضولي صيرورته عقدا للأصيل، لأنّ معنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أوفوا بعقودكم، فلا يشمل عموم «أَوْفُوا»- وكذا سائر الأدلة- عقد الفضولي إلّا أن يصير عقد الأصيل، ولا يصير عقدا له إلّا بإنشاء الإجازة، لكون الانتساب إلى الأصيل كالبيع أمرا تسيبيا لا يحصل إلّا بالإنشاء، ولا يتحقق بالرضا أو إبرازه.

و أنت خبير بما في كلا الوجهين من الإشكال. إذ في أولهما: عدم توقف صدق عنوان البيع مثلا، على إجازة الأصيل، إذ لا شبهة في صدق عنوانه على عقد الفضولي مطلقا سواء إجازة الأصيل أم رده، لصدق مفهوم البيع- وهو المبادلة- على عقد الفضولي، ولا دخل لترتب الأثر في صدقه، وإلّا لم تكن البيوع الفاسدة كالبيع الربوي والغرري ونحوهما بيعا.

وقياس الإجازة على القبول في غير محله، لأن القبول ركن العقد، وبدونه لا يتحقق العقد المعنون بعنوان البيع.

وفي ثانيهما: أنّ الإنشاء الصادر من الفضولي فعل الفضولي حقيقة، ولذا يحمل



«العاقدة» عليه، ولا يحمل على الأصيل، فلا يقال: الأصيل عاقدة - سواء أجازته أم رده - إلا مجازاً.

نعم يقال: «عقد الفضولي مرضي للأصيل» فلو كان موضوع وجوب الوفاء عقد المالك الأصيل لم يصير عقد الفضولي بسبب الإجازة عقد المالك، ولا يشمل عموم وجوب الوفاء.

وبالجملة: فالإجازة لا توجد المضاف أي عنوان البيع ونحوه، ولا الإضافة أي صيرورة العقد عقد المالك، فإن الإجازة ليست إلا إمضاء فعل الغير وإنفاذه، ولا - دليل على اعتبار الإنشاء في الإجازة. ولو شك في اعتباره فيها، فمقتضى إطلاق أدلة اعتبار الرضا عدم اعتباره. كاقتران إطلاقها عدم اعتبار مقارنة الرضا للعقد.

فالمتحصل: عدم دلالة شيء من الوجوه المذكورة على اعتبار الإنشاء باللفظ الصريح في الإجازة.

هذا كله بملاحظة الأدلة العامة. وقد عرفت عدم دلالتها على اعتبار الإنشاء في إجازة عقد الفضولي باللفظ الدال عليه صراحة أو كناية، لو لم نقل بدلائنها بمقتضى الإطلاق على عدم اعتبار الإنشاء مطلقاً في الإجازة، لأن التراضي وطيب النفس اللذين هما من شرائط التجارة صفتان قائمتان بالنفس، كالكرهية، وليستا من الأمور الاعتبارية المحتاجة إلى الإنشاء، كنفس عناوين العقود والإيقاعات كالبيع والصلح والطلاق والعقود ونحوها، فإنها تنشأ بإنشاء الفضولي كما هو المفروض.

وأما بملاحظة الأدلة الخاصة كقول أبي جعفر عليه السلام في صحيحة أبي عبيدة الحذاء في غلام و جارية غير مدركين زوجهما وليان لهما: «النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي» الحديث «1».

وغيره من النصوص التي تأتي الإشارة إليها إن شاء الله تعالى عند شرح كلام المصنف قدس سره. فلا يستفاد منها إلا اعتبار نفس الرضا.

غاية الأمر أنه لا بد في ترتيب آثار الصحة ظاهراً على العقد من إحراز الرضا بمحرز

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 527، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 1

من قول أو فعل دالّ عليه، وإن كان كتحرّيك رأسه أو يده ونحوه ممّا يبرز الرضا النفساني الذي هو الشرط حقيقة، ويكون الفعل كاشفا عنه.

لا أن يكون الشرط هو الفعل تعبّداً، إذ يلزم منه حرمة تلك الأفعال كتمكين المزوّجة فضولاً من الدخول بها. وكتصرف مالك المبيع فضولاً في الثمن، سواء أكان التصرف خارجياً أم اعتبارياً، ضرورة أنّ نفس التصرف إن كان إنشاء الإجازة لم تحصل الملكية والزوجية إلا بعد تمامية العمل الذي يتحقق به الإنشاء، فلا محالة يقع العمل قبل تحقق الملكية والزوجية، وهو حرام، إذ المفروض توقف الملكية والزوجية على تحقق العمل الذي يحصل به الإنشاء، ولا يحلّ التصرف إلا إذا كان كاشفاً عن الرضا النفساني الذي هو شرط حقيقة.

فصار المتحصل من جميع ما ذكرنا في مقام الإثبات: أنّ ظاهر الأدلة عمومها وخصوصها- وكذا كثير من الفتاوى- عدم اعتبار الإنشاء في الإجازة، وأنّ الشرط هو الرضا النفساني: غاية الأمر أنّه لا بدّ من إحرازه في ترتيب آثار صحة العقد، سواء أكان المبرز لفظاً أم فعلاً، إذ أصالة عدم تحقق الرضا تقتضي عدم جواز ترتيب آثار الصحة ظاهراً، فجواز التصرف ظاهراً منوط بإحراز الرضا الذي هو الشرط. فيسقط البحث عن اعتبار الإنشاء في الإجازة، وعن اعتبار كون الإنشاء باللفظ الصريح أو الكنائي، لما مرّ من أنّ الشرط هو الرضا، وليس ذلك من الأمور الاعتبارية المحتاجة إلى الإنشاء.

بقي في المقام- وهو كون الشرط مجرد الرضا، وأنّ الأفعال كالتصرف في ثمن المبيع، فضولاً وتمكين المزوّجة فضولاً من الدخول بها وغير ذلك من التصرفات محرّكات للرضا، وليس لها موضوعية أصلاً- إشكال، وهو: أنّ شرطية نفس الرضا وعدم اعتبار الإنشاء فيه تقتضي كفاية الرضا المقارن لعقد الفضولي في خروجه عن حكم الفضولية، فإذا علم زيد برضاء عمرو ببيع بضاعته، فباعها بدون إذنه لم يكن البيع فضولياً، وكان لازماً، لأنّ ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى، لانحفاظ احتمال اعتبار مقارنة الرضا للعقد مع السبق والمقارنة، دون الرضا اللاحق، لانتفاء هذا الاحتمال في الرضا اللاحق. مع أنّ الظاهر عدم التزام الأصحاب بذلك، لبنائهم على عدم خروج ذلك عن عقد الفضولي موضوعاً وحكماً.

ولعلّ نظر الأصحاب إلى دخل ما يحرز الرضا في الشرطية ولو بنحو دخل الجزئية

أو إلى: أنه لا بدّ في لزوم العقد من إضافته إلى المجيز، ولا يضاف إليه بمجرد الرضا.

ثمّ أيد المصنّف قدّس سرّه هذا الإشكال بأنّه لو كان مجرد الرضا كافياً في لزوم العقد لزم منه كون الكراهة فسخاً للعقد. فاللازم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهى المالك الكاشف عن كراهته و لو أنا ما حين العقد.

والحاصل: أن هذا التأييد مبني على الملازمة بين ملزمة الرضا و فاسخية الكراهة، هذا.

ويمكن دفع إشكال كون الرضا المقارن موجبا للزوم عقد الفضولي- و خروجه عن الفضولية- بعدم الدليل على ذلك، إذ دليل شرطية الرضا في لزوم عقد الفضولي مختص بالرضا اللاحق، و تسريته إلى الرضا المقارن قياس لا نقول به. مع وضوح صدق تعريف الفضولي عليه. مضافاً إلى شبهة التسالم على عدم كون الرضا المقارن كاللاحق.

فالتنتيجة: عدم خروج العقد المقرون بالرضا عن الفضولية حكماً. وهذه الشبهة لا أقل من أنّها توجب التوقف في خروجه عن الفضولية حكماً. و مقتضى الأصل بقاء كلّ من المالين على ملك ماله.

و أمّا الالتزام بلزومه و خروجه عن الفضولية حكماً بمجرد مقارنته لرضا المالك الأصيل مع بقائه فيه موضوعاً قطعاً- كما في كلام بعض الأجلّة «1»- فلم يظهر له وجه، بعد ما مرّ من اختصاص دليل شرطية الرضا في عقد الفضولي بالرضا اللاحق دون المقارن.

فما عن جماعة بل المشهور- من عدم خروج عقد الفضولي المقرون بالرضا المقارن عن الفضولية حكماً لا موضوعاً- هو الأقوى.

و أمّا التأييد بأنّه لو كان مجرد الرضا كافياً في لزوم العقد لزم منه كون الكراهة فسخاً، و عدم صحة عقد المكروه بالرضا اللاحق، لعدم تحقق العقد مع اقترانه بالكراهة. ففيه: أنّه فرق بين الكراهة و الرضا.

و محصل الفرق هو: أنّ الفسخ أمر تسيبي إنشائي كنفس العقد، لأنّ الفسخ حلّ للعقد، فلا يحصل إلّا بإنشائه، و لا يتحقق بمجرد الكراهة. و هذا بخلاف الرضا، فإنّه شرط

تأثير الأمر التسبيبي الحاصل في الخارج بإنشاء الفضولي. و المفروض تحقق الرضا، فلا وجه لعدم اللزوم.

و الحاصل: أنه لا يلزم من مجرد كون الرضا ملزماً أن يكون مجرد الكراهة فسخاً، كما أفاده المصنف قدس سره.

فتلخص من جميع ما ذكرناه أمور:

الأول: أن شرط تأثير عقد الفضولي ليس إلا مجرد الرضا الذي هو موجود حقيقي لا اعتباري إنشائي كالأمر الاعتبارية الإنشائية- نظير الإجازة- حتى يبحث في أنها لا تنشأ إلا باللفظ الصريح، أو يكفي في إنشائها اللفظ الكنائي.

الثاني: أنه لا بد من إحراز الرضا في ترتيب آثار الصحة على عقد الفضولي، من غير فرق في المحرز بين كونه قولاً و فعلاً، بعد فرض ظهوره عرفاً في الكشف عن الرضا.

الثالث: أن وجه الحاجة إلى إحراز الرضا- مع كون الشرط نفس الرضا- هو: أن الحكم الظاهري بمقتضى أصالة عدم الرضا عدم ترتب آثار الصحة على عقد الفضولي حتى يحرز شرط صحته و هو الرضا. فما يدل على الرضا من قول أو فعل طريق محض، و ليس له موضوعية أصلاً.

الرابع: عدم كفاية العلم برضا المالك مقارنة لعقد الفضولي في لزوم العقد و خروجه عن حكم عقد الفضولي.

الخامس: عدم التلازم بين ملزمة الرضا لعقد الفضولي و فاسخية الكراهة له.

السادس: أنه لا فرق في كفاية الرضا في نفوذ عقد الفضولي بين كون قصور العقد لأجل عدم المقتضي كبيع مال الغير فضولاً، و بين كون قصوره لوجود المانع كبيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن، و كبيع المفلس أمواله بدون إذن الغرماء، فإنه إذا كان طيب النفس من المالك كافياً في نفوذ الفضولي مع كون قصوره لأجل عدم المقتضي فكفايته فيما إذا كان قصوره لأجل وجود المانع- و هو تعلق حق الغير بالمال- تكون أولى، فإن حق المالك أقوى من حق غيره كالمرتهن و الغرماء، و إذن العمة و الخالة في عقد بنت الأخ و الأخت، و لا غرو في سقوط الحق برضا صاحبه. و على تقدير حاجة سقوطه إلى الإنشاء يكفي في إنشائه كل ما يدل عليه من قول أو فعل.

كالتصرّف في الثمن (1). و منه (2) إجازة البيع الواقع عليه كما سيحيى ء (3). و كتمكين (4) الزوجة من الدخول بها إذا زوّجت فضولا، كما صرّح به العلامة رحمه الله.

وربما يحكى (5) عن بعض اعتبار اللفظ،

---

(1) كما إذا باع فضولا متاع زيد بدينار، فأخذ زيد ذلك الدينار من البائع الفضولي و تصرّف فيه، كما إذا اشترى به كتابا، فإنّ مثل هذا التصرّف من المالك كاف عن الإجازة اللفظية.

(2) أي: و من التصرف إجازة البيع الواقع على ثمن المتاع الذي بيع فضولا. كما إذا باع الفضولي مكاسب زيد بكتاب الفرائد، ثمّ باع فضوليّ آخر كتاب الفرائد بكتاب نهاية الشيخ، فأجاز زيد بيع كتاب الفرائد الذي هو ثمن كتاب المكاسب.

(3) يعني: في الأمر الثالث ممّا يتعلق بالمجاز، حيث قال في ما لو أجاز المالك بعض العقود الواقعة على عوض ماله: «و أمّا إجازة العقد الواقع على العوض - أعني بيع الدرهم بالرغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه .. إلخ» فراجع (ص 412).

(4) معطوف على قوله: «كالتصرف» فإنّ تمكينها من الدخول بها أقوى إجازة فعلية للنكاح الفضولي. و هذه الفتوى صرّح بها العلامة قدّس سرّه في فرعين من النكاح الفضولي، فقال فيما لو زوج أخوان أختهما فضولا: «استحب لها إجازة عقد الأكبر. و لها أن تجيز عقد الآخر. و لو دخلت بأحدهما قبل الإجازة ثبت عقده» (1).

وقال المحقق الكركي قدّس سرّه: «و متى حصل الدخول بأحدهما تعيّن نكاحه، فإنّ الدخول يجب صيانتته عن التحريم مهما أمكن، فيكون محسوبا إجازة» (2).

وقال العلامة في مسألة أخرى: «و لو ادّعى إذنهما- أي: ادّعى الزوج إذن المرأة للعاقدة- فأنكرت قبل الدخول قدّم قولها مع اليمين .. و بعده فالأقرب تقديم قوله، لدلالة التمكين عليه» (3).

(5) الحاكي هو السيد العاملي، و المحكي عنه هو الفاضل المقداد، قال في التنقيح- بعد نفي كفاية السكوت في مقام الإجازة: «بل لا بدّ من لفظ يدل عليها، لأنّها كالبيع

---

(1) قواعد الأحكام، ج 3، ص 17

(2) جامع المقاصد، ج 12، ص 166 و 169

(3) قواعد الأحكام، ج 3، ص 17

بل نسب (1) إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين. وفي النسبة نظر (2).

و استدلل عليه (3) بعضهم بأنّها كالبيع في استقرار الملك. و هو (4) يشبه

---

في استقرار الملك» (1).

(1) المناسب هو السيد العاملي و الشيخ الأعسم، قال في مفتاح الكرامة: «و الأصح أنّه لا بدّ من اللفظ كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين» و الظاهر أنّ مقصوده من «ظاهر آخرين» استفادة اعتبار اللفظ من حكمهم بعدم كفاية السكوت (2).

(2) لعلّ وجه النظر أنّ المصرّح باعتبار اللفظ هو بعض الأصحاب كالفاضل و المقداد و الشهيد الثاني و المحقق القمي (3). و هذا المقدار لا يجدي في تحقق الإجماع ما لم ينضمّ إليه ظواهر كلمات الآخرين، و المفروض منع ظهورها في اعتبار اللفظ، و ذلك لإمكان حمل عدم كفاية السكوت على صورة عدم العلم بالرضا، كما احتمله السيد العاملي بقوله: «و كلامهم قد ينزل على عدم العلم بالرضا» (4).

و عليه فليس نفي السكوت مثبتا لاعتبار خصوص اللفظ الدال على الإجازة. قال المحقق الأردبيلي قدّس سرّه: «و يعلم ممّا تقدم أنّه لو علم الرضا يكفي ذلك لصحة البيع، و لا يحتاج إلى التصريح و التوكيل سابقا» (5) و يشهد له ما تقدم من حكمهم بكفاية التصرف في الثمن و بتمكن الزوجة المعقود عليها فضولا.

(3) أي: على اعتبار اللفظ في الإجازة، و المستدل هو الفاضل المقداد كما عرفت آنفا. و تقريب الاستدلال هو: أنّ الإجازة كالبيع، فكما أنّ البيع يوجب استقرار الملك، فكذلك الإجازة، حيث إنّ استقرار الملك يكون بعد صدورها، إذ لا يحصل الاستقرار بإنشاء الفضولي، فما يعتبر في البيع من اللفظ يعتبر في الإجازة أيضا، لاشتراكهما في إيجاد استقرار الملك.

(4) أي: و الاستدلال المزبور يشبه المصادرة، لما قيل في تقريب المصادرة من: أنّ

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 198، التنقيح الرائع، ج 2، ص 27.

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 198، كشف الظلام (مخطوط).

(3) جامع الشتات، ج 1، ص 154 (الطبعة الحجرية)، الروضة البهية، ج 3، ص 234.

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 198

(5) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 160



ويمكن أن يوجّه (1) بأنّ الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة- كالبيع وشبهه- يقتضي اعتبار اللفظ، و من المعلوم (2) أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة (3).

وفيه (4) نظر، بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة

---

كون الإجازة مثل البيع في اعتبار اللفظ فيه أول الكلام، لما مرّ سابقا من وقوع البيع بالمعاطة.

(1) أي: يوجّه الاستدلال المزبور بوجه يخرج عن المصادرة، ويدرجه في الاستدلال بالكلّي على جزئيّ من جزئياته. و محصل التوجيه: أنّه ثبت بالاستقراء اعتبار اللفظ في جميع النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع والصلح والإجارة ونحوها، و من المعلوم أنّ بيع الفضولي لا يوجب النقل الحقيقي العرفي من المالك إلّا بإجازته، فهو من أفراد النواقل اللازمة المتوقفة على إجازته الصادرة باللفظ، لأنّ تأثير عقد الفضولي منوط بها.

(2) هذا تقريب صغرويّة الإجازة لكلّي النقل اللازم المعتبر فيه اللفظ على حسب الاستقراء المدعى.

(3) كتأثير البيع في النقل اللازم، فلا بدّ أن تكون الإجازة حينئذ كالبيع باللفظ.

(4) أي: وفي هذا التوجيه نظر. و لعل وجه النظر هو: منع اعتبار اللفظ في الإجازة وإن سلّمنا اعتباره في النواقل الاختيارية اللازمة، و ذلك لاحتمال كون الإجازة شرطا للناقل، لا نفس الناقل، إذ سبب النقل مطلقا حتى في عقد الفضولي- و لو على النقل- هو العقد، و الإجازة شرط تأثيره.

و دعوى «اعتبار اللفظ في الناقل بجميع أجزائه و شرائطه» خالية عن البيّنة، بل

---

[1] لعل الأولى بتبديل العبارة هكذا وفيه أولا: أنّه قياس. و ثانيا: أنّ الحكم في المقيس عليه غير ثابت، بل خلافه ثابت، لما مرّ في المعاطة من صحة البيع بالمعاطة، بل تجري المعاطة في سائر العقود اللازمة أيضا. فالاستقراء المدعى غير تامّ. فالنتيجة عدم وجهة التوجيه.

جماعة من المعاصرين (1) تعين (2) القول بكفاية نفس الرضا (3) إذا علم حصوله من أيّ طريق، كما يستظهر (4) من كثير من الفتاوى و النصوص، فقد (5) علّل جماعة

البرهان على خلافها، لكفاية سكوت البكر في إجازة عقد النكاح. مع ما في النكاح من لزوم مراعاة الاحتياط.

ويحتمل قوياً أن يكون وجه النظر ما ذكرناه في التعليقة من عدم ثبوت الحكم في المقيس عليه، لجريان المعاطاة في البيع وغيره من العقود اللازمة عند كثير، بل الأكثر.

(1) ظاهر العبارة أن كلمات جماعة من المعاصرين وإن لم تكن صريحة ولا ظاهرة في الإجماع على اعتبار اللفظ في الإجازة، إلا أنه يتحصّل من مجموعها شبهة انعقاد اتفاقهم عليه، كقول الشيخ الفقيه الأعسم قدّس سرّه - بعد نفي دلالة عبارة الشرائع و كتب العلامة على اعتبار اللفظ - : «خلافاً لصريح جماعة و ظاهر آخرين في لا بديّة ذلك».

و كقول صاحب الجواهر قدّس سرّه: «بل إن لم يقدّم الإجماع أمكن الاكتفاء هنا بتحقيق الرضا» «1».

و لم أقف على كلمات غيرهما من معاصري المصنف قدّس سرّه ممن يستفاد الإجماع منه، نعم قال صاحب أنوار الفقاهة: «ان الاقتصار على اللفظ هو الأحوط».

(2) جواب «لولا» يعني: لو لم تكن شبهة الإجماع على اعتبار اللفظ في الإجازة لقلنا بكفاية الرضا الباطني، وعدم الحاجة إلى الإنشاء اللفظي، كما هو أحد الأقوال في المسألة.

(3) الذي هو فعل نفساني، ولا حاجة في شرطية للعقد إلى الإنشاء اللفظي، فالشرط نفس الرضا، والقول أو الفعل محرز للشرط، لا أنّه شرط.

(4) أي: يستظهر كفاية الرضا القلبي من النصوص و الفتاوى. و استشهد المصنف قدّس سرّه بموارد ستة من الفتاوى - ثم بالنصوص - على أنّ الشرط هو الرضا المحرز، لا الإجازة المتلفظ بها.

(5) هذا هو المورد الأوّل، وهو الاستشهاد بما ورد في كلام جماعة من القائلين باعتبار التلفظ بالإجازة، حيث إنهم علّلوا هذا الاشتراط بمثل «لأنّ السكوت كما يحتمل

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 294، كشف الظلام، و أنوار الفقاهة مخطوطان.

عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه (1) أعمّ من الرضا، فلا يدلّ عليه (2).

فالعُدول (3) عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا (4).

و حكي (5) عن آخرين أنّه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من

---

الرضا يحتمل غيره» كما في تعبير العلامة «1»، و «لأنّ السكوت أعمّ من الرضا، فلا يدلّ عليه» كما في كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه «2».

و تقرّبه: أنّ تعليل عدم كفاية السكوت بكونه أعمّ من الرضا- ومع أعميته لا يكشف عنه- يدلّ على أنّ الشرط هو الرضا، لا أنّ الشرط هو اللفظ، وإلا كان حق التعبير التعليل بعدم اللفظ الذي هو الشرط، لا بعدم الدلالة التي هي جهة إحراز الشرط.

(1) متعلق ب «علل» و ضميره و كذا ضمير «يدل» راجعان إلى السكوت.

(2) أي: على الرضا.

(3) مبتدء، و خبره «كالصريح» و هذا وجه استظهار كفاية الرضا من كلام من علّل بأعمية السكوت من الرضا، و عدل عن التعليل بعدم اللفظ، و قد اتضح هذا من البيانات المتقدمة آنفا.

(4) من كفاية الرضا القلبي، و عدم الحاجة إلى الإنشاء اللفظي.

(5) هذا هو المورد الثاني، و هو نقل فتوى جمع آخر في كفاية الرضا القلبي في الإجازة، و هي حكمهم في مخالفة الوكيل لما وُكِّل فيه.

قال في الجواهر: «بل قيل: إنهم قالوا في باب الوكالة: لو قال الوكيل: وكّلتني على شراء الجارية بألفين، فقال الموكل: بل بألف، و كان الشراء بعين ماله، إنّه يحلف على نفي ما ادّعاه الوكيل و يفسخ العقد، و لا يكون فضوليا، لأنّ حلفه يدل على عدم رضاه» «3».

---

(1) نهاية الاحكام، ج 2، ص 475 و 476

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 234

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 295، و حكاه السيد المجاهد في المناهل عن الغنية و الشرائع و النافع و التبصرة و الإرشاد و القواعد و التحرير و المسالك و مجمع الفائدة و الكفاية و الرياض، فلاحظ المناهل، ص 466، و كذا نقله السيد العاملي عنهم- عدا السيد ابن زهرة- و عن اللمعة، فراجع مفتاح الكرامة، ج 7، ص 631

المعاملة، فحلف، انفسخت (1)، لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها.

و ذكر بعض (2) أنّه يكفي في إجازة

و محصله: أنّه إذا وقع الوكيل معاملة، و أنكر الموكل الإذن فيها، فحلف، انفسخت المعاملة، و ذلك لأنّ الحلف يدلّ على كراهة الموكل للمعاملة، إذ لو كان راضيا بها لما حلف. و الكراهة التي هي ضدّ الرضا إذا كانت موجبة لفساد المعاملة، فالتقابل بين الكراهة و الرضا يقتضي صحة المعاملة بالرضا لا باللفظ، لأنّه ليس مقابل الكراهة التي هي من الصفات النفسانية إلّا الرضا الذي هو أيضا صفة نفسانية، دون لفظ «أجزت و أمضيت» و نظائرها. فكلام هؤلاء يدلّ أيضا على كفاية الرضا.

(1) جواب «إذا أنكر» و مورد انفساخ المعاملة بالحلف و عدم وقوعها لأحدهما ظاهرا و باطنا هو تسمية الموكل في العقد، أو الشراء بعين ماله فلو اشترى في الذمة و لم يسمّ الموكل وقعت للوكيل ظاهرا و باطنا، أو ظاهرا خاصة، و التفصيل في محله.

(2) هذا ثالث موارد الاستشهاد بالفتاوى على كفاية الرضا بالعقد و لو ياحرازه بالسكوت، قال المحقق في ما لو عقد على الصبيّة- صغيرة أو كبيرة- غير أبيها و جدّها:

«لم يمرض إلّا مع إذنها أو إجازتها بعد العقد، و لو كان أخا أو عما، و يقنع من البكر بسكوتها عند عرضه عليها، و تكلف الثيب النطق». و في الجواهر: «عند المشهور بين الأصحاب» «1».

و ليكن هذا هو المراد من البعض، لا- النادر، لأنّ غرضه الاستشهاد على كفاية الرضا، و من المعلوم أن المناسب الاستناد إلى فتوى المشهور أو جماعة معتدّ بها، لا فتوى مخالفة للمشهور تقرّد بها بعض.

و كيف كان فتوضيح هذا المورد الثالث: أنه قال غير واحد بكفاية سكوت البكر المعقود عليها فضولا. و لا يتوهم من ذلك أنّ هذا البعض القائل بكفاية السكوت قال بعدم احتياج عقد البكر فضولا إلى الإجازة أصلا، فإنّ هذا التوهم ممّا لا يمكن التفوّه به، لما ثبت من دخل الإجازة في تأثير عقد الفضولي شطرا أو شرطاً.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 278، جواهر الكلام، ج 29، ص 203

البكر (1)- للعقد الواقع عليها فضولا- سكوتها، و من المعلوم (2) أن ليس المراد من ذلك (3) أنه لا- يحتاج إلى إجازتها، بل (4) المراد كفاية السكوت الظاهر (5) في الرضا وإن لم يفد القطع (6)، دفعا (7) للخرج عليها و علينا.

ثم (8) إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل

---

بل مراده أن سكوت البكر- مع علمها بالعقد عليها- يدل عرفا على رضاها بذلك. فالسكوت الظاهر عرفا هنا في الرضا هو الإجازة.

وبالجملة: فلو كان اللفظ معتبرا في الإجازة لم يكن وجه للاكتفاء بسكوتها، فالشرط هو الرضا، و السكوت في هذه الحالة محرز عرفي للرضا.

(1) التقييد بالبكر لأجل أن الثيب تكلف النطق كما صرح به المحقق قدس سره.

(2) هذا إشارة إلى التوهم المزبور.

(3) أي: من كفاية سكوت البكر عن إجازة العقد الواقع عليها فضولا.

(4) هذا دفع التوهم المذكور، و اتضح بقولنا: «إذ المراد أن سكوت البكر مع علمها .. إلخ».

(5) ظهوره في الرضا عرفي لقرائن مقامية، لا وضعي حتى يناقش فيه.

(6) لما مر من أعمية السكوت من الرضا فلا يفيد القطع به، بل يفيد الظهور في الرضا.

(7) مفعول لأجله، و تعليل لكفاية سكوتها في الإجازة، و حاصل التعليل: أن لزوم الحرج عليها و علينا من تكليفها بالتلفظ بألفاظ الإجازة اقتضى الإكتفاء بالسكوت الظاهر في الرضا القلبي بالنكاح. أما لزوم الحرج عليها من التلفظ فلاستحيائها من التصريح بالتزويج، فالتلفظ بالتزويج حرج عليها، فلا بد من الالتزام بكفاية السكوت عن الإجازة، و أما لزوم الحرج علينا فلصعوبة استنطاقها علينا بعد حرجية تكلمها للاستحياء.

(8) هذا إشارة إلى المورد الرابع، و غرضه من هذه العبارة إثبات شرطية نفس الرضا، و أنه موضوع الشرطية، من دون دخل الإنشاء القولي أو الفعلي فيه، و أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كان مقصوده شرطية الرضا المدلول عليه بذلك

الثلث (1) وتمكين الزوجة، اكتفى (2) به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من (3) جهة سببية الفعل تعبتدا (4).

وقد صرح (5) غير واحد بأنه لو رضي المكروه بما فعله صحّ، ولم يعبروا بالإجازة.

---

الفعل، وأنّ الفعل كالقول طريق و محرز للرضا الذي هو الشرط حقيقة.

(1) أي: ثمن المتاع الآذي بيع فضولا، فإنّ تصرف مالك المبيع في الثمن كاشف عن رضاه بما باعه الفضولي له. وكذا تمكين الزوجة المعقود عليها فضولا من الدخول بها، بل هو أقوى بمراتب من الإنشاء القولي من حيث الكشف عن الرضا.

(2) خبر «انّ» في قوله: «أنّ كل من قال» أي: اكتفى بالفعل الكاشف عن الرضا.

(3) معطوف على «من جهة الرضا» و ضمير «به» راجع الى «الفعل الكاشف».

(4) حتى ينافي ما ادّعيناه من شرطية نفس الرضا و طريقيّة الفعل الكاشف له، فالإكتفاء بالفعل الكاشف إنّما هو لدلالته على الرضا، لا لكونه سببا تعبدية، إذ لازم سببته و حصول إنشاء الإجازة به حرمة التصرف و تمكين المرأة المزوجة فضولا، وغيرهما من الأفعال، و ذلك لأنّ حصول الملكية و الزواج منوط بتحقق العمل الذي يحصل به إنشاء الإجازة، فقبل تحقق العمل خارجا يقع التصرف- في الثمن- في مال الغير بدون إذنه، و هو حرام. و كذا يحرم التمكين على المرأة و إن وقع به الزواج. و الالتزام بهذا اللازم كما ترى.

(5) هذا إشارة إلى المورد الخامس، و هو الاستشهاد بظاهر عبارات غير واحد في شرطية نفس الرضا من دون حاجة إلى إنشاء قولي، و حاصله: أنّه صرح غير واحد من الأصحاب «بأنّ المكروه على البيع إذا رضي بما اكراه عليه صحّ ذلك» و لم يعبروا بالإجازة، و عدم التعبير بالإجازة كاشف عن كون الشرط نفس الرضا. قال المحقق في شرائط المتعاقدين: فلا يصح بيع الصبي .. و المكروه و لو رضي كلّ منهم بما فعل بعد زوال عذره، عدا المكروه للوثوق بعبارة» (1).

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 14

ص: 170

وقد ورد (1) فيمن زوّجت نفسها في حال السكر: «أنّها (2) إذا أقامت معه بعد ما أفقت فذلك رضا منها» [1].

(1) هذا إشارة إلى بعض النصوص التي أشار إليها في (ص 166) بقوله: «كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص» فإنه قد ورد في حديث: كون موضوع الشرطية هو نفس الرضا، وأنّ الفعل دالّ عليه وكاشف عنه. وكان المناسب ذكر هذا النص عند التعرض للروايات بعد الفراغ من كلمات الأصحاب.

وكيف كان فهذا نص الحديث: روى محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت، فزوّجت نفسها رجلا في سكرها، ثم أفقت، فأنكرت ذلك، ثم ظننت أنه يلزمها ففزعته منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، إحلال هو لها، أم التزويج فاسد لمكان السكر، ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال:

إذا أقامت معه بعد أن أفقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال:

نعم» (1) فإنّ حمل الرضا على الإقامة في قوله: عليه السلام: «فهو رضا منها» مع مباينة الفعل الخارجي - وهو الإقامة - للفعل النفساني و هو الرضا إنما هو باعتبار كشف الإقامة عنه، فالمدار في الشرطية على المنكشف لا على الكاشف.

(2) الجملة فاعل «ورد». وقوله: «فذلك» جواب: «إذا أقامت».

[1] لا يخفى أنّ هذه الصحيحة قد يشكّل الأخذ بها من جهة تضمنها إمضاء عقد السكرى بالإجازة بعد الإفاقة، مع أنّ السكرى مسلوقة العبارة، لفقد القصد المقوم للعقد، ولو تمسّى منها لم يحتج إلى إجازة، خصوصا مع وقوعها بعد إنكارها الذي هو ردّ له، ولذا لم يعمل بها المشهور كما قيل.

ولا بأس بالإشارة إلى بعض المحامل وإن كان التفصيل موكولا إلى محله، فنقول:

الأول: ما أفاده العلامة قدّس سرّه من حملها على عدم بلوغ السكر إلى حدّ عدم التحصيل.

فقال: «وإن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحدّ صحّ العقد مع تقريرها إياه. وعليه تحمل

(1) وسائل الشريعة، ج 14، ص 221، الباب 14 من أبواب عقد النكاح، الحديث 1. رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن بزيع، و السند صحيح. و رواه الصدوق في الفقيه بإسناده عن محمد بن إسماعيل، وفي العيون أيضا.

وناقش فيه الشهيد الثاني قدس سرّه بما حاصله: أنّ الحمل المزبور خلاف ظاهر الرواية، و مخالف للقواعد العامة المقتضية لصحة العقد مع قصد العاقد، من دون حاجة إلى الإجازة بعده. ولّمّا كانت السكرى حسب الفرض قاصدة للمدلول كان توقف نفوذ عقدها على الإجازة تخصيصاً للقواعد بلا موجب. فهذا الحمل يستلزم ارتكاب محذورين:

أحدهما خلاف ظاهر الرواية.

والآخر تخصيص القواعد. وإذا دار الأمر بين ارتكابهما وبين طرح الرواية كان الثاني أولى (2)».

ويمكن الذب عن كلام العلامة قدس سرّه بعدم كونه خلاف الظاهر، إذ ليس في الرواية إطلاق يشمل جميع مراتب السكر حتى يكون إرادة خصوص السكر غير الراجع للمشاعر حملاً للرواية على خلاف ظاهرها، بداهة أنّ منشأ الإطلاق هو ترك الاستفصال من السائل عن حدّ السكر، ولكن قوله: «فزوجت نفسها» ظاهر في خصوص السكر غير السالب للالتفات.

نعم الحكم بتوقف عقدها على الإجازة مخالف للقواعد مع فرض كونها قاصدة للمدلول، لكنه أخفّ مؤنة من حمل السكر على الإطلاق، لاستلزامه صحة عقد السكرى في حال عدم الالتفات وعدم تمشّي قصد الإنشاء، وكون صحته تعبداً محضاً ولو لم يصدق عليه العقد عرفاً، وهي مخالفة مستبشرة للقواعد جدّاً.

الثاني: ما أفاده الفاضل الأصفهاني قدس سرّه من حملها على مقام الإثبات، والحكم الظاهري في مقام التداعي والتنازع، لا الحكم الواقعي، فلو تنازعا في وقوع العقد حال الالتفات والقصد فادعى عليها الزوج ذلك، وأنكرت المرأة وقالت: «إني لم أزوج نفسي في حال العقل» كان الحكم الظاهري القيام معه. قال قدس سرّه: «ويمكن العمل بالخبر - مع القول بقضية الأصل التي هي فساد العقد - بأن يكون الزوج جاهلاً بسكرها، فإنّه حينئذ وإن لم يقع نكاح في الواقع، لكنه لا يسمع في حقه قول المرأة خصوصاً بعد التمكين من

(1) مختلف الشيعة، ج 7، ص 115.

(2) مسالك الأفهام، ج 7، ص 99



وعرفت (1) أيضا استدلالهم على كون الإجازة كاشفة: بأنّ العقد مستجمع

(1) عند نقل كلام جامع المقاصد في (ص 15) في الاستدلال على القول بالكشف، وهذا سادس موارد الاستشهاد بالكلمات، وهو قول المحقق الكركي قدّس سرّه: «بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلها حاصلة إلا رضا المالك..» فإنّ هذا الكلام أيضا ظاهر في كون الشرط هو الرضا من دون حاجة إلى اللفظ.

الدخول ..» (1).

لكن هذا الحمل لا يخلو من بعد، لظهور الرواية في بيان الحكم الواقعي، لا الظاهري، لعدم ظهور قوله: «فأنكرت» في نفي التزويج حتى يكون من باب الدعوى والخصومة، بل ظاهره الاستيحاش من هذا التزويج، لعدم التكافؤ بينها وبين زوجها، أو لجهة أخرى توجب عدم المصلحة في هذا التزويج.

الثالث: ما أفاده السيد قدّس سرّه في الحاشية: من حملها على أنّها وكّلت غيرها في التزويج وهي سكرى، وحيث إنّ التوكيل باطل لفقد القصد، فلذا كان تزويجها فضوليا موقوفا على الإجازة، والإقامة مع الزوج إجازة فعلية، إلا أنّها مسبوقه بالرد، لقول الراوي «فأنكرت ذلك» و المراد بالإنكار وإن كان هو الكراهة والوحشة ممّا صدر منها، لكنه كاف في الرد، فلا عبرة بالإجازة بعده.

ولكنه قدّس سرّه عمل بها في العروة، فقال: «وأمّا عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقة، ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك. وذهب جماعة إلى الصحة مستندين إلى صحيحة ابن بزيع.

ولا بأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول ..» (2).

وواقفه سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه في الشرح، مع أنّه ذهب في حاشية المكاسب إلى عدم إمكان العمل بظاهرها، فراجع (3).

(1) كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 9 (الطبعة الحجرية).

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 158 و 159، العروة الوثقى، كتاب النكاح، المسألة 13 من فصل العقد وأحكامه.

(3) مستمسك العروة الوثقى، ج 14، ص 388، نهج الفقاهة، ص 245

للشرايط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب (1) التام عمله (2).

وبالجملة (3): فدعوى الإجماع في المسألة (4) دونها خرط القتاد.

وحينئذ (5) فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة (6) عن ورود مخصّص عليها- عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله وانتقاله إلى الغير ورفع (7) سلطنته عنه- أقوى (8) حجة في المقام (9).

مضافا (10) إلى ما ورد في عدة أخبار من «أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج

---

(1) وهو العقد التام برضا المالك.

(2) وهو الأثر المرغوب منه كالنقل و الانتقال في العقد المعاوضي.

(3) يعني: و حاصل الكلام: أنّ دعوى الإجماع على اعتبار اللفظ في الإجازة وعدم كفاية الرضا الباطني فيها- مع ما عرفت من الفتاوى و النصوص الظاهرة في عدم اعتبار اللفظ في الإجازة- في غاية الإشكال.

(4) أي: في مسألة توقف عقد الفضولي على إنشاء الإجازة باللفظ.

(5) أي: و حين عدم ثبوت الإجماع على اعتبار اللفظ في الإجازة- إذا شكّ في اعتبار اللفظ فيها- فلا مانع من التمسك بالعمومات التي استدللّ بها على صحة عقد الفضولي، إذ هي سالمة عن كل مخصّص، إلّا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله للغير و الانتقال إليه، و ليس اللفظ مقوّمًا للرضا الذي هو من أفعال النفس. و عليه فلا دليل على اعتبار اللفظ في الإجازة، بل يكفي الرضا الباطني.

(6) نعت ل «فالعمومات».

(7) هذا و «انتقاله» معطوفان على «حلّ»، و ضمير «سلطنته» راجع الى «المالك».

(8) خبر «فالعمومات».

(9) وهو عدم اعتبار اللفظ في الإجازة.

(10) بعد التمسك بالأدلة العامة يريد التشبث بالأدلة الخاصة، و هي النصوص

---

و لا يبعد القول بما أفاده العلامة قدّس سرّه، و حمل إنكارها بعد الإفاقة على الدهشة ممّا أنشأتها في حال سكرها. و ليس هذا الإنكار ظاهرا في الرد حتى يكون إقامتها مع الزوج بعده من الإجازة بعد الردّ التي لا تجدي في صحة العقد، و المسألة محتاجة إلى مزيد التأمل.

عبدہ إقرار منه له عليه» (1).

وما (2) دلّ على أنّ قول المولى لعبدہ المتزوج بغير إذنه: «طلق» يدلّ (3) على الرضا بالنكاح، فيصير إجازة.

وعلى (4) أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه

---

المتفرقة التي جعلها- كالتاوي- شاهدة على شرطية نفس الرضا، وعدم اعتبار اللفظ.

و كيف كان فالنصوص المذكورة في المتن طوائف.

أولها: ما ورد في عدة أخبار من كون سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرارا منه للعبد على تزويجه. مثل ما رواه معاوية بن وهب، قال: «جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام، قال: إنّي كنت مملوكا لقوم، وإنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن مواليّ، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدّد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عنيّ و لم يغيروا عليّ. قال، فقال:

سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت على نكاحك الأوّل» (1).

(1) أي: إقرار من المولى للعبد على تزويجه.

(2) معطوف على قوله: «ما ورد» و هذا إشارة إلى الطائفة الثانية من النصوص، و هو ما روي صحيحا عن ابن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي صلوات الله و سلامه عليه «أنّه أتاه رجل بعبد، فقال: إنّ عبدي تزوّج بغير إذني فقال عليّ عليه السلام لسيدّه: فرّق بينهما، فقال السيد لعبدّه: يا عدوّ الله طلق، فقال عليّ عليه السلام: أمّا الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري؟ قال: ذلك لأنك حين قلت: طلق أقررت له بالنكاح» (2).

(3) خبر قوله: «أنّ قول المولى».

(4) معطوف على «انّ» يعني: و ما دلّ على أنّ المانع .. إلخ، و هذا إشارة إلى الطائفة الثالثة الدالة على عدم اعتبار اللفظ في إجازة عقد الفضولي، و محصله: أنّه قد دلّ بعض النصوص على كون الرضا النفساني- من دون اعتبار القول معه- رافع لمانع لزوم نكاح

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 525، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 1، و نحوه الحديث 2 و 3

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 526، الباب 27 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1

معصية (1) المولى التي ترتفع بالرضا.

و ما (2) دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضا منه، وغير (3) ذلك [1].

---

العبد بدون إذن مولاه، وأنّ معصية المولى ترتفع برضاه.

و ذلك النص قول زرارة: «فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنه في أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّما أتى شيئا حلالا، وليس بعاص لله، إنّما عصى سيّده و لم يعص الله عزّ وجل، إنّ ذلك ليس كإتيانه ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباه ذلك» [1].

(1) خبر «أنّ المانع».

(2) معطوف على «ما دلّ على» وهذا إشارة إلى الطائفة الرابعة، ومحصّ له: أنّه دلّ بعض النصوص على كون تصرف ذي الخيار رضا منه ببقاء العقد الذي تعلّق به الخيار، فيسقط الخيار به.

و ذلك النصّ هو ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيّام فذلك رضا منه، فلا شرط. قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها ما كان يحرم عليه قبل الشراء» [2].

(3) معطوف على الموصول في قوله: «إلى ما دلّ». ولعلّ مراده بهذا الغير ما أشار إليه في الجواهر بقوله: «و لفحوى بعض نصوص النكاح الفضولي: أنه يحلف على عدم الرضا في نفسه فيما بينه وبين الله تعالى» [3].

---

[1] قد يورد عليه بأنّ هذه النصوص أجنبية عن المدعى و هو كفاية الرضا، و ذلك أمّا ما ورد في خيار الحيوان و في تزويج السكرى فلتحقق الكاشف عن الرضا كلمس الجارية وإقامة المرأة مع الزوج، فهما شاهدان على كفاية الفعل و نفي اعتبار اللفظ مطلقا في

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، باب تزويج العبد بغير اذن سيّده، الحديث: 2

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 351، الباب 4 من أبواب الخيار، الحديث: 1

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 294

بقي (1) في المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ،

و الظاهر أنه قدس سره أشار إلى ما ورد في صحيحة أبي عبيدة الحدّاء من قوله عليه الصلاة والسلام: «فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتزويج» (1)، فإن الموضوع لجواز أخذ الإرث هو رضاها بالتزويج المحرز بالحلف. هذا بناء على عدم خصوصية في النكاح الفضولي، فيجري في البيع ما ثبت في النكاح من ترتيب آثار العقد بالرضا المتأخر.

هذا تمام الكلام في ما استند إليه المصنف قدس سره من الفتاوى والنصوص على عدم اعتبار التلفظ بالإجازة. وسيأتي العدول عنه.

(1) غرضه من هذا الكلام اعتبار إنشاء الإجازة وعدم كفاية مطلق الرضا في تحققها، واستدلّ عليه بوجه، وأيده بوجه.

أمّا الدليل فهو: أنه لو قلنا بكفاية مطلق الرضا في صحة البيع الفضولي كان لازمه كفاية تحقق الرضا السابق على العقد أو المقارن له، وعدم توقفه على خصوص الرضا اللاحق، فلو أحرز رضا المالك بقول أو فعل قبل إنشاء العقد الفضولي لزم القول بصحته واستغنائه عن الإجازة المتأخرة، إذ المفروض شرطية مطلق الرضا، وقد أحرز وجوده.

بل يلزم أولوية هذا العقد بالصحة من الفضولي المعهود وهو ما إذا لم يعلم طيب نفس المالك حال الإنشاء، وعلم به بعده بالإجازة.

الإجازة. و أمّا ما ورد في رضا السيد بنكاح العبد فلأنّ موضوع النفوذ ليس مجرد رضاه به، لقوله عليه السلام: «إذا أجاز جاز» فالمناط هو الإجازة، ومقتضى الجملة الشرطية فساد نكاحه بدونها. و صدقها على الرضا النفساني أول الكلام، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن قوله عليه السلام: «فذاك رضا منه» ظاهر في كون تمام الموضوع لسقوط خيار المشتري هو الرضا، وتنزيل إحداث الحدث منزلته. و اللمس والتقبيل وإن كانا فعلين مظهرين للرضا، إلا أن ظاهر كلامه عليه السلام دوران سقوط الخيار مدار نفس الرضا بلا ضمّ شيء آخر معه. وكذلك الحال في صحيحة ابن بزيع، من جعل المناط رضاها بالعقد، وإن كانت أظهرته بالإقامة معه.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 527، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث: 1

ص: 177

و كفاية (1) مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي (2) أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك (3) مقارنة للعقد أو سابقا. فإذا (4) فرضنا أنّه علم رضا المالك بقول أو فعل (5) يدلّ على رضاه ببيع ماله، كفى (6) في اللزوم، فإنّ ما يؤثّر بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى (7).

مع أنّه لا- سبيل للالتزام بكفاية مطلق الرضا في صحة العقد، لمخالفته لمذهب الأصحاب من اعتبار الإذن السابق في الخروج عن الفضولية، سواء أكان المالك راضيا حال العقد أم لا. وأنّ مورد إحراز رضا المالك- بلا إذن منه- مشمول لعنوان الفضولي، ويتوقف نفوذه على الإجازة اللاحقة. فلزوم العقد إمّا بالإذن المقارن له، وإمّا بالإجازة المتأخّرة عنه.

وعليه فلا وجه للاقتصار على مطلق الرضا في الصحة. هذا تقرير الدليل. وأمّا المؤيّد للمطلب فسيأتي.

(1) معطوف على «عدم اعتبار» يعني: إذا قلنا بكفاية مطلق الرضا .. إلخ.

(2) جواب «إذا» و حاصله: أنّ كفاية مطلق الرضا تقتضي خروج عقد الفضولي- المقارن لرضا المالك- عن حكم الفضولي. لكن الظاهر عدم التزام الأصحاب بذلك، لحكمهم بعدم خروجه عن حكم الفضولي.

(3) أي: مثل مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه مقارنة للعقد أو سابقا على العقد.

(4) هذه نتيجة كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، و حاصله: أنّ لازم ذلك كفاية العلم برضا المالك بقول دالّ عليه كأن يقول: «أرجو أن يباع متاعي عاجلا» أو فعل يدلّ على ذلك، كأن يجعل داره بيد الدالّ للبيع.

كذا قيل، لكن فيه: أنّه من المأذون من قبل المالك، وليس من الفضولي أصلا.

(5) قد عرفت أنّها كلّ من القول و الفعل الدالين على الرضا بالبيع.

(6) جواب «فإذا فرضنا» وجه الكفاية: تماميّة العقد بتحقيق شرطه وهو الرضا.

(7) وجه الأولوية: أنّه لو كان اللحوق مؤثّرا- مع احتمال اعتبار المقارنة في مؤثريته- فلا بدّ أن تكون مؤثريته في حال الاقتران بالعقد أولى، لوجود المقارنة التي تحتل شرطيتها وفقدانها في فرض اللحوق.

و الظاهر (1) أنّ الأَصحاب لا يلتزمون بذلك (2)، فمقتضى ذلك (3) أن لا يصحّ الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذنا مخرجا للبيع عن بيع الفضولي.

و يؤيد ذلك (4) أنّه لو كان مجرد الرضا ملزما

---

(1) هذا وجه عدم الالتزام بكفاية الرضا المقارن للعقد في الخروج عن الفضولية، و لازم ذلك عدم كفاية مطلق الرضا في صحة العقد الفضولي، بل لا بدّ من دالّ عليه.

(2) أي: بلزوم المعاملة بمجرد رضا المالك سواء أ كان مقارنا أم لاحقا، بل يلتزمون بكون المعاملة المقرونة بالعلم برضا المالك فضولية ما لم يأذن فيها. وقد سبق التنبيه على رأي الأَصحاب في أوّل بحث الفضولي بقوله: «و كيف كان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا أو فحوى ..» فراجع «1».

(3) أي: عدم التزام الفقهاء بلزوم المعاملة بمجرد رضا المالك - سابقا على العقد أو مقارنا له - يقتضي أن لا يصحّ الإجازة إلا بشيء لو وقع قبل العقد كان إذنا من المالك، بحيث يخرج البيع عن بيع الفضولي. و عليه فلا فرق بين الإجازة و الإذن إلا بالسبق و اللحق، و من المعلوم أنّ مجرد الرضا قبل العقد لا يكون إذنا مخرجا للعقد عن عقد الفضولي، فلا بدّ أن لا يكون ذلك إجازة أيضا إذا وقع بعد العقد.

(4) أي: و يؤيد عدم كفاية مطلق الرضا. و توضيح هذا المؤيد: أنّه لو كان مجرد الرضا كافيا في لزوم البيع و مخرجا له عن الفضولية فلازمه كون مجرد الكراهة المقابلة للرضا فسخا للعقد و مزيلا له، مع أنّه يمتنع الالتزام بهذا اللزوم، لما تقرّر في موردين:

أحدهما: صحة البيع الفضولي المسبوق بنهي المالك، كما تقدم تفصيله في المسألة الثانية «2». مع أنّ كفاية عدم الرضا في تحقق فسخ العقد تقتضي البطلان، لأنّ المالك أظهر كراهته بنهيه عن البيع، و من المعلوم تأثير هذه الكراهة المقارنة للعقد في فساده. فذهاب المشهور إلى صحة هذا القسم من بيع الفضولي شاهد على عدم العبرة بالكراهة الموجودة حال العقد. و بما أنّ الكراهة مقابلة للرضا، فلا بدّ من عدم تأثير هذا الرضا المقارن في الصحة أيضا.

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 353.

(2) المصدر، ص 524

ص: 179

كان مجرد الكراهة فسخا [1]، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك (1)، لأن الكراهة الحاصلة حينه وبعده- ولو (2) أنا ما- تكفي في الفسخ،

ثانيهما: صحة بيع المكره الملحق بالرضا، كما تقدم في بيع المكره. مع كونه كارها للبيع وغير راض به أصلا، وإنما يأتي به خوفا من الضرر المتوقع به. فلو كان الرضا المقارن مصححا لبيع الفضولي لزم فساد عقد المكره، وعدم تأثير الرضا المتأخر في صحته. وحيث إنهم بنوا على صحته بهذا الرضا استكشف منه عدم ترتب أثر على الرضا و الكراهة المقارنين للعقد، بل لا بدّ من الإجازة الدالة على الرضا «1».

و الوجه في التعبير بالتأييد- دون الدلالة- إمكان منع الملازمة بين الرضا و الكراهة في الآثار المتقابلة المترتبة عليهما، وسيأتي بيانه.

(1) لما مرّ أنفا من كشف النهي عن الكراهة المانعة عن وقوع العقد، فإنّ بقاء الكراهة أنا ما بعد العقد كاف في ردّه و المنع عن تأثيره. وقد تقدم توضيح هذا اللازم بقولنا: «أحدهما: صحة بيع الفضولي المسبوق بنهي المالك...».

(2) هذا راجع إلى قوله «و بعده» يعني: أنّ الكراهة الباقية بعد العقد أنا ما تكفي في ردّ عقد الفضولي، الذي عبّر عنه في المتن بالفسخ.

[1] لعل الأولى إبداله ب «ردّا» لأنّ الفسخ كما تقدّمت الإشارة إليه هو رفع العقد الموجود، و الردّ هو الدفع و المنع عن تحقق الوجود له. و عليه فكراهة المالك قبل العقد دافعة للعقد، و بعده رافعة له.

ثم إنّ التأييد المزبور مبني على الملازمة بين ملزمة الرضا و فاسخية الكراهة. لكن الملازمة ممنوعة، لأنّ الفسخ حلّ العقد. فكما أنّ العقد أمر تسيبي منوط بالإنشاء، فكذلك حلّه بالفسخ، فإنّه أمر تسيبي أيضا محتاج إلى الإنشاء. بخلاف الرضا، فإنّه موجود حقيقي يحصل في النفس بمقدماته التكوينية، و ليس متوقفا على الإنشاء، لعدم كونه من الاعتبارات المتوقفة عليه.

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 267

ص: 180



بل (1) يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلا. إلا (2) أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا وإن كان مجرد الرضا إجازة.

### [الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد]

الثالث (3):

من شروط الإجازة [1] أن لا يسبقها الرد، إذ مع الرد يفسخ العقد، فلا يبقى

(1) هذا ثاني الموردين مما يستكشف منه عدم كون مجرد الرضا ملزما، و حاصل هذا الوجه- كما تقدم آنفا- أنه لو كان صرف الرضا كافيا في تأثير عقد الفضولي لزم من ذلك كون ضده و هو الكراهة النفسانية كافيا في ردّ عقد الفضولي وإبطاله. و لازم هذا عدم وقوع عقد المكره أصلا، لوجود الكراهة حين عقده، فلا يجدي الرضا اللاحق في صحته و نفوذه، إذ المفروض عدم وقوع عقد في الخارج مع الكراهة حتى يصحّ و ينفذ بالرضا اللاحق، هذا.

(2) هذا استدراك على قوله: «لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا» و محصّله: إنكار الملازمة بين ملزمة مجرد الرضا لعقد الفضولي و بين مبطلية مجرد الكراهة و مانعيتها عن تأثير العقد و نفوذه.

و وجه الإنكار هو عدم الدليل على مانعية مجرد الكراهة النفسانية، لأنّ ما دلّ على ملزمة الرضا للعقد لا مفهوم له حتى يدلّ على مانعية الكراهة لصحة العقد و نفوذه، لأنّه من اللّقب الذي لا مفهوم له.

اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد

(3) الغرض من عقد هذا التنبيه بيان شرط آخر ممّا يعتبر في تأثير الإجازة، و هو:

أن لا يسبقها الردّ، لكون الردّ مسقطا للعقد عرفا عن قابليته للتأثير بالإجازة، فمع سقوطه و انتفائه لا يبقى موضوع للإجازة، فإنّ الردّ إعدام لقابلية العقد للتأثير، كما أنّ الإجازة إيجاد لمؤثرته.

[1] فإنّ الإجازة لا بدّ أن تكون موجبة لإضافة العقد إلى المجيز حتى يصير عقد الفضولي عقدا له على ما قيل. و يشمله عموم أوّفوا بالعقود فإن لم تكن مسبقة بالرد كانت صالحة لإضافة العقد إليه، و إلا لم تكن صالحة لذلك. و لو شكّ في صلاحيته لذلك مع مسبقيتها بالردّ لم يصحّ التمسك بعموم «أوّفوا» لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

و الدليل [1] عليه (1) بعد ظهور الإجماع- بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا- أنّ (2) الإجازة إنّما تجعل المميز أحد طرفي العقد، وإلا لم يكن مكلفًا

---

(1) أي: و الدليل على اعتبار عدم كون الإجازة مسبقة بالردّ وجوه:

الأوّل: ظهور الإجماع- بل التصريح به- على أن لا تكون الإجازة مسبقة بالرد، وإلا لم تؤثر الإجازة و كانت لغوا.

قال السيد المجاهد قدّس سرّه: «فلو أجاز بعد الردّ لم ينفع، و يبقى العقد على بطلانه.

و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه بين القائلين بصحة بيع الفضولي، كما أشار إليه في الرياض» (1).

و كذلك حكى في الجواهر الإجماع عمّن اعترض على الاستدلال بصححة محمد بن قيس على صحة الفضولي. و لم يناقش صاحب الجواهر في الإجماع، و ظاهره تسليم اتفاق الأصحاب عليه، فراجع.

(2) خبر «و الدليل» و هذا هو الوجه الثاني، و محصله: أنّ الإجازة تجعل المميز أحد طرفي العقد، فإن كان البيع فضوليًا تجعله بائعا. و إن كان الشراء فضوليًا تجعله مشتريا، إذ لو لم يجعل المميز أحد طرفي العقد لم يكلف بوجوب الوفاء بالعقد، لأنّ هذا الوجوب متوجّه إلى المتعاقدين دون غيرهما. فالإجازة تجعل المميز أحد المتعاقدين.

---

[1] قال المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه ما محصله: إنّ الظاهر أنّ اعتبار ذلك إنّما هو لأجل أن الإجازة مع سبقه بالرد لا توجب صحة إسناد العقد عرفا إلى المميز، و الموجب لإسناده إلى المميز هو الإجازة غير المسبقة بالرد، و لا أقلّ من الشك في إسناده إليه مع سبق الإجازة به، فلا دليل حينئذ على نفوذ هذا العقد على المميز، لأنّ التمسك بالعمومات مع هذا الشك تمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، هذا (2).

---

(1) المناهل، ص 289، جواهر الكلام، ج 22، ص 278. و لعلّ مراد المصنف ب «بعض مشايخنا» هو السيّد المجاهد، كما عبّر به في سادس تنبيهات المعاطاة أيضا، و إن عبّر عنه في بيع أم الولد ب «بعض سادة مشايخنا» و في خيار الشرط ب «سيد مشايخنا». كما أن الغالب التعبير عن صاحب الجواهر ب «بعض المعاصرين» و إن أطلق عليه «بعض مشايخنا المعاصرين» كما في مسألة حرمة القمار، أو «شيخنا المعاصر» كما في بحث حرمة الاكتساب بالأعيان النجسة، و على كلّ فالجزم بمراده قدّس سرّه منوط بالتبع التام في مصطلحاته.

(2) حاشية المكاسب، ص 66



بالوفاء بالعقد، لما عرفت (1) من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو في حقّ العاقدين، أو من قام مقامهما. وقد [1] تقرّر (2) أنّ من شروط الصيغة أن لا يحصل (3) بين طرفي

---

(1) يعني: في المناقشة الثانية في ثاني وجوه الكشف، حيث قال: «لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين ..» فراجع (ص 50). و مراده بالعاقدين هنا هو المالكان بقريئة قوله: «أو من قام مقامهما» كالولي والوكيل.

(2) غرضه- بعد إثبات صيرورة المجيز بسبب الإجازة أحد المتعاقدين- أن يثبت بعض أحكام العقد و شروطه لعقد الفضولي، و هو: أنّ من شروط العقد أن لا يتخلّل بين الإيجاب و القبول ما يسقطه عن صدق العقد كالفصل بالسكوت أو بالكلام الأجنبي، فإنّ تخلّل ذلك سقط عنوان عقديته، فلا يشمله مثل أو فوّا بالعقود. و لا ريب في أنّ الردّ قبل الإجازة مانع عن ارتباط أحد الالتزامين بالآخر.

(3) الجملة في محلّ نصب على أنّها اسم «أنّ».

---

أقول: إنّ الإجازة لا تجعل عقد الفضولي عقد المجيز، ضرورة أنّ إنشاء العقد فعل مباشر للفضولي، و ليس فعلا مباشرا للمجيز كما هو بديهيّ، و لا تسيبيا له، لعدم انطباق ضابط التسيبي عليه، إذ ليس عقد الفضولي أثرا قهريا للمجيز، بل هو فعل إرادي اختياري للفضولي. و ليست الإجازة إلّا إنفاذ العقد الفضولي. و صيرورة عقده مضافا إلى المجيز و مسندا إليه ممّا لا يدلّ عليه الإجازة لا مفهوما و لا حكما، فتدبر.

نعم ولاية أمر العقد من حيث الإجازة و الردّ للمجيز، فلو شك في بقاء هذه الولاية له بعد الردّ أمكن الحكم ببقائها بالاستصحاب. فتأمل.

و الحاصل: أنّه لا- دليل على اعتبار إضافة عقد الفضولي إلى المجيز حتى يقال: إنّ الردّ يسقطه عن قابلية إضافته إلى المجيز بالإجازة المسبوقه بالرد. و أمّا الإضافة بمعنى ارتباط ما للعقد بمالك الأصيل فهي حاصلة بتعلق إنشاء الفضولي بمال المالك. و هذه الإضافة القهرية كافية في ارتباط العقد بالمالك.

[1] الظاهر أجنبية قوله: «و قد تقرّر أنّ من شروط الصيغة .. إلخ» عن المقام، و ذلك لأنّ اعتبار عدم تخلّل ما يسقط العقد عن صدق العقد إنّما هو لأجل دخله في صدقه عرفا، إذ مع وجوده لا يصدق العقد، مثلا إذا رفع الموجب يده عن إيجابه لم يجد إنشاء القبول بعده.

و هذا بخلاف المقام، لأنّ العقد قد تحقق، و الإجازة دخيلة في صحته و ترتب الآثار الشرعيّة

العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة (1)، هذا.

مع (2) أنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم، تأثير الردّ في قطع [1] علاقة

---

(1) يعني: و تخلّل ذلك المانع يمنع تحقق المعاهدة التي هي حقيقة العقد.

(2) هذا ثالث الوجوه الدالة على أنّ من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ، و محصّله: أنّ مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» تأثير ردّ من عقد على ماله فضولا- لعقد الفضولي- في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فإذا باع الفضولي مال زيد على عمرو، فإنّ مقتضى سلطنة زيد على ماله كون ردّه لعقد الفضولي قاطعا لعلاقة المشتري عن مال زيد، فلا يبقى حينئذ عقد تلحقه الإجازة، لزواله بالردّ.

---

عليه، لا في أصل صدق العقد، إذ لا ريب في حصوله بإنشاء الفضولي.

فقوله قدّس سرّه: «وقد تقرر .. إلخ» لا يناسب المقام الذي تمّ إنشاء العقد من الفضولي، و تحققت به المعاهدة و المعاقدة العرفية، و ليست إجازة المجيز إلّا شرطا لتأثيره.

لكن هذا الاشكال مندفع بأنّ قوله قدّس سرّه مبني على كون المجيز بسبب الإجازة أحد طرفي العقد، فإذا صار أحد طرفي العقد كان قوله قدّس سرّه: «وقد تقرر .. إلخ» في محله.

فالإشكال عليه كما في بعض الحواشي «بأنّه لا دخل لذلك في المقام، ضرورة أنّ اعتبار ذلك لتحقق العقد هناك، و قد كان العقد محققا هاهنا، و الإجازة إنّما تكون لتصحيح إضافته، لا لأصل تحقّقه» غير ظاهر لأنّ مقتضى كون المجيز أحد طرفي العقد تحقّق العقد بالإجازة، فيشترط فيه ما يشترط في غيره من العقود، فردّ مالك أمر العقد ردّ بين الإيجاب و القبول، و مانع عن تحقّق العقد.

[1] الأولى إبداله هكذا: «تأثير الرد في سقوط عقد الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة به» إذ لا يتحقق علاقة لطرف الفضولي بالمال المعقود عليه فضولا حتى تنقطع بالرد، لجريان قاعدة السلطنة فيه.

ثم انّ المحقق النائيني قدّس سرّه تبه على أمر في المقام، لا بأس ببيانه، و هو: أنّ قاعدة السلطنة تقتضي سلطنة المالك على إمضاء العقد، و عدم إمضائه، لوضوح أن السلطنة على الشيء لا تصدق إلّا بالقدرة على طرفيه. إنّما الكلام في أنّ طرف الإجازة هو الرد أو عدم

(1) أي: عن ملك من عقد على ماله فضولا، كزيد في المثال المزبور.

### الإجازة؟

وبعبارة أخرى: هل تكون الإجازة و عديلهما متقابلين بتقابل التضاد، فهما أمران وجوديان، أم أنّهما متقابلان بتقابل السلب و الإيجاب؟ و يتفرّع على هذين الاحتمالين أنّه بناء على التقابل بنحو التناقض لا يسقط العقد عن قابلية لحوق الإجازة به بعد ردّ المالك له، و ذلك لأنّ عدم الإجازة أمر عدمي حاصل من زمان إنشاء الفضول، و لا خصوصية للرّد، و المالك مخير بين الإجازة و عدم الإجازة، و الرّد لا يسقط حقّ الإجازة، لاستواء حال المالك- ما بعد الرّد و ما قبله- بالنسبة الى عدم تحقق الإجازة، فكما أن عدم الإجازة قبل الرّد لا يمنع عن الإجازة، فكذلك بعد الرّد. و المهم أنّ الرّد أجنبى عن متعلق سلطنة المالك، فوجوده كعدمه.

و بناء على احتمال كون التقابل بنحو التضاد يسقط الرد العقد عن قابلية تأثير الإجازة فيه، لأنّه بمجرد الرّد قد أعمل حقّه و استوفاه، و لا تبقى له سلطنة على العقد حتى يجيزه.

و الصحيح من هذين الاحتمالين هو كون عديل الإجازة و بديلها هو الرّد، لا عدم الإجازة، و ذلك لأنّه لو كان طرفا السلطنة الإجازة و عدمها لزم قصر سلطنة المالك بخصوص الإجازة، فإنه و إن كان مخيرا بين أن يجيز و أن لا يجيز، إلّا أنّ رفع تلك الإضافة الاقتضائية ليست بيده، لما تقدم من أنّ عدم الإجازة حاصل من حين العقد، و لا يؤثر إنشاء الرد فيه أصلا. فإن أجاز لزم العقد، و إن لم يجز بقيت قابلية لحوق الإجازة على حالها.

و هذا بخلاف كون طرفي السلطنة الإجازة و الرد، فإنّ قاعدة السلطنة كما تقتضي كونه سلطانا على إنفاذ إنشاء الفضول ليستند العقد الى نفسه، كذلك تقتضي سلطنته على هدمه و إعدامه و جعله كأن لم يكن. و من المعلوم أنّ تحديد سلطنة المالك بخصوص طرف الإمضاء تقييد للإطلاق بلا مقيد. و حيث كان عديل الإجازة هو الرّد قلنا بعدم تأثير الإجازة بعده، لسقوط حقه بالرّد «1».

(1) لعلّه إشارة إلى ما قيل من معارضة قاعدة السلطنة بمثلها، بتقريب: أنّ مقتضاها تأثير الإجازة بعد الرد، هذا.

أقول: لم يظهر وجه للمعارضة بعد البناء على جريان قاعدة السلطنة في الرد، إذ مقتضاها زوال العقد وانهلاله بالرد. كما أنّ مقتضاها بقاء العقد ونفوذه بالإجازة. و معه لا يبقى مورد للإجازة حتى تجري فيها قاعدة السلطنة نعم للمعارضة مجال فيما إذا حصل الردّ والإجازة في زمان واحد، كما إذا كان لمالك المال المعقود عليه فضولا وكيلا أن أجاز أحدهما عقد الفضولي وردّه الآخر في آن واحد.

ويمكن أن يكون إشارة إلى عدم جريان قاعدة السلطنة في الردّ، حيث إنّ موردها هي التصرفات النافذة في الأموال، وليست في مقام بيان أنحاء السلطنة وتشريعها.

والمقام ليس من تلك التصرفات، بل من تشريع سبب الرد لانحلال العقد، وهذا من الأحكام، وليس الناس مسلّطين على الأحكام، فقاعدة السلطنة لا تجري في الرد.

[1] قد أورد على الاستدلال بقاعدة السلطنة تارة: بأنّه لم يثبت علاقة للطرف الآخر حتى يكون الردّ بمقتضى قاعدة سلطنة المالك على ماله قاطعا لتلك العلاقة، و مع انقطاعها لا يبقى مورد للإجازة، فلو أجاز بعد الرد كانت الإجازة غير مؤثرة، لعدم موضوع لها.

وأخرى: بأن إسقاط عقد الفضولي بسبب الرد راجع إلى حكم شرعي وضعي، وهو سبب الردّ لسقوط العقد عن قابلية لحوق الإجازة به، و هذا الحكم الشرعي ليس سلطنة على المال حتى تشمله قاعدة السلطنة، بل سلطنة على الحكم، وهي أجنبية عن مفاد القاعدة، إذ مفادها عدم محجورية الناس عن التصرفات الجائزة في أموالهم، و سبب الردّ ليست من أنحاء السلطنة على المال، فلا تجري القاعدة في الردّ، لعدم كونه موضوعا لها.

و ثالثة بأنّه على فرض كون الردّ من أنحاء السلطنة على المال لا- تشمله قاعدة السلطنة أيضا، لأنّها لا تشرّع السلطنة التي شكّ في مشروعيتها، لما ثبت من أنّ القاعدة لا تشرّع أنحاء السلطنة، بل تدل على عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة في ماله.

ورابعة بأن قاعدة السلطنة- بناء على شمولها للردّ- تشمل الإجازة أيضا، فإنّ كلاً من

الردّ و الإجازة مشمول لقاعدة السلطنة، فيصير الردّ بالتعارض كالعدم، فلو أجاز المالك بعد ذلك كانت الإجازة حينئذ مؤثرة.

هذا ما قيل أو يقال في الاشكال على جريان قاعدة السلطنة لإثبات كون الرد مانعا عن تأثير الإجازة في نفوذ عقد الفضولي. ولعلّ المصنف قدس سرّه أراد هذه الإشكالات أو بعضها بقوله: «فتأمل».

أقول: أمّا الإشكال الأوّل فلا موضوع له، لعدم تحقق علاقة شرعا لطرف الفضولي بالمال المعقود عليه فضولا، بل المال بعد عقد الفضولي باق على ما كان عليه قبل عقد الفضولي من حيث عدم تعلق علاقة أحد به، فلا وجه لإجراء قاعدة السلطنة لقطع علاقة الطرف عنه حتى لا يبقى مورد للإجازة.

وأمّا الإشكال الثاني والثالث ففيهما: أنّه لا إشكال في كون الردّ كالإجازة من التصرفات المالية دون الأحكام، و يكفي في مشروعيتها العمومات الدالة على جواز التصرف خارجيا واعتباريا لكل مالك في ماله. بل وكذا أدلّة نفوذ بيع الفضولي بإجازة المالك، فإنّ جواز البيع بإجازته يستلزم جواز إبطاله برده، فيكون المالك مسلّطا على بيع ماله بالمباشرة، و بإجازة العقد الواقع على ماله ورده.

وبالجملة: فلا ينبغي الارتباب في جريان قاعدة السلطنة في الردّ و انحلال العقد به.

وأمّا الإشكال الرابع ففيه: أنّ مقتضى قاعدة السلطنة في الردّ هو بطلان العقد و عدم صلاحيته للحقوق الإجازة به، فلا يبقى مورد للإجازة. و ليس المراد بالسلطنة السلطنة على الجمع بين الرد و الإجازة، لأنّه جمع بين الضدين، فإذا اختار أحدهما لا يبقى مورد للآخر.

كاختيار ذي الخيار الفسخ أو إقرار العقد، فلا معنى لمعارضة قاعدة السلطنة في الردّ و الإجازة.

وأمّا ما أفاده بعض الأجلّة من «أنّ إنشاء الفضولي ليس فعل المجيز حتى يؤثر رده في زواله، فوجود الردّ كعدمه. فإذا أجاز المالك الأصيل بعد رده صحّت الإجازة و ترتبت آثار الصحة على العقد» (1). ففيه: أنّ الإنشاء و إن كان فعل الفضولي، إلّا أنّ نفوذه بإجازة المالك، فإذا ردّ المالك سقط الإنشاء عن التأثير، و بعد سقوطه لا معنى لعوده، فتأمل.



اللهم إلا أن يقال: إن وزان الإجازة في عقد الفضولي وزان شرائط العلل التكوينية، و الرد رافع للشرط وهو الإجازة، وليس رافعا لاقتضاء المقتضي، بل المقتضي باق على اقتضائه، فإذا وجد الشرط بعد انعدامه أثر المقتضي أثره. مثلا تكون النار مقتضية للإحراق بشرط يبوسة الجسم، فمع رطوبته لا يحترق، وإذا ارتفعت الرطوبة احترق الجسم بلا ريب، لتمامية المقتضي بارتفاع المانع وهي الرطوبة وحصول الشرط وهو اليبوسة. والظاهر أن الرد فيما نحن فيه كالرطوبة مانع عن تأثير المقتضي وهو العقد، فإذا ارتفع الرد وتبدل بالإجازة أثر العقد أثره.

وقياس الرد بفسخ ذي الخيار الموجب لزوال العقد رأسا- بحيث لا يبقى موضوع لإمضائه- في غير محله، لأن الخيار هو ملك إزالة العقد وإقراره، فإذا فسخ ذو الخيار كان فسخه رافعا لأصل المقتضي، ومع ارتفاعه لا عقد حتى يصح إقراره بالإمضاء. بخلاف الإجازة والرد، فإنهما في رتبة الشرط والمانع مع بقاء المقتضي في حال وجودهما.

أما كون الإجازة والرد في رتبة الشرط والمانع فهو ظاهر مثل قوله تعالى تَجَارَةً عَنْ تَرَضٍ حيث إن ظاهره كون التراضي شرطا للتجارة التي هي مقتضية لتبادل الأموال، والرد الحاكي عن الكراهة في رتبة الإجازة الكاشفة عن التراضي.

فالنتيجة: نفوذ الإجازة في عقد الفضولي بعد الرد.

إلا أن يقال: إنه فرق بين المقام والعلل التكوينية، وحاصل الفرق: أنه في العلل التكوينية- كالنار في المثال المذكور- وإن كان حدوث الشرط فيها كاليبوسة بعد ارتفاع المانع وهو الرطوبة موجبا لتأثير المقتضي أعني به النار في احتراق الجسم، لكنه في العلل التشريعية لا بد من متابعة الدليل في كيفية شرطية الشرط ومانعية المانع، كجعل مانعية «ما لا يؤكل» في خصوص حال العلم بكون الحيوان ممّا لا يؤكل، فإن الشرطية ومانعية من الأمور الاعتبارية الشرعية التابعة لكيفية اعتبارها شرعا سعة وضيقا.

وعليه فلا محيص عن الالتزام بأن الرد بمقتضى إطلاق قاعدة السلطنة مانع عن تأثير الإجازة، لاقتضاء إطلاقها الأحوالي تأثير الرد مطلقا سواء لحقته الإجازة أم لا. كما أن اقتضاءها بالنسبة إلى الإجازة أيضا كذلك، فإذا أجاز الأصيل عقد الفضولي فليس له بعد الإجازة رده.

فصار المتحصل: أن الرد مانع مطلقا، وليست مانعته كمانعية الموانع التكوينية

المرتفعة بوجود الشرائط، وقد ثبت إطلاق مانعية الردّ بالإطلاق الأحوالي الثابت لقاعدة السلطنة. وعليه فلا أثر للإجازة بعد الرد.

اللهم إلا أن يقال: إن قاعدة السلطنة لا إطلاق لها، لأنّها في مقام بيان إثبات عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعية في ماله على النحو الذي شرّعت، فلا بدّ من مراجعة أدلة مشروعيتها، وأنّه هل لها إطلاق أم لا؟ فإن ثبت لها إطلاق فلا إشكال.

وإلا فالوجه في عدم تأثير الإجازة المسبوقة بالردّ إمّا عدم إضافة عقد الفضولي إلى المالك عرفا، فلا يشمل مثل عموم «أوفوا بالعقود» كما أفاده صاحب الكفاية (1). وإمّا استصحاب عدم نفوذ العقد حين الرد، إذ الشك إنّما هو في صيرورة العقد نافذا بالإجازة، فلا مانع من استصحاب عدم نفوذه.

فالمتحصل: أنّه لا دليل على نفوذ عقد الفضولي بالإجازة المسبوقة بالردّ.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّه لا أثر للإجازة المسبوقة بالرد، وأنّها كالعدم، لا لكون الوجه في ذلك إطلاق قاعدة السلطنة أحواليّا، ولا لقياس مانعية الردّ بمانعية الموانع التكوينية، لما عرفت فيهما من الإشكال. بل لعدم إضافة عقد الفضولي عرفا بعد الردّ إلى المالك الأصيل حتى يشمل «أوفوا بالعقود» ولا أقل من الشك في الشمول، فيندرج الاستدلال به في التمسك بالعامّ في الشبهة المصدقية كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه على المتن (2).

و لو لم يتمّ هذا الوجه أيضا فلا مانع من التشبث بالاستصحاب كما أشرنا إليه آنفا، ضرورة أنّه كان العقد حين الردّ غير نافذ قطعاً، وبعد صدور إجازة المجيز يشكّ في ارتفاع عدم النفوذ وانتقاضه بالنفوذ، فيستصحب عدمه. وهذا الاستصحاب حجة، لكونه من الشك في رافعية الموجود، كالشك في رافعية المذي مثلا للطهارة الحديثة.

بقي الكلام فيما يستأنس به أو يستظهر منه نافذية الإجازة المسبوقة بالرد، وهو أمران:

أحدهما: ما أفاده بعض الأجلّة، وهو ما أشرنا إليه آنفا من أنّ إنشاء الفضولي ليس فعل المجيز حتى يؤثر ردّه في زواله، فمع بقائه توتّر الإجازة في نفوذ عقد الفضولي.

(1) حاشية المكاسب، ص 66

(2) حاشية المكاسب، ص 66

وفيه: ما عرفته من أنّ المراد بالردّ زوال قابلية الإنشاء للنفوذ بسبب الإجازة، لا زوال نفس الإنشاء المتحقق بألفاظ خاصة، إذ لا ريب في عدم كونه فعلا مباشريا ولا تسيبيا للمالك الأصيل، فإنّ إنشاء الوكيل أو الولي مع كمال ارتباطه بالمالك لا يكون فعلا له، بل يقال: إنّه فعل العاقد مع طيب نفس المالك به.

وثانيهما: روايات.

منها: صحيحة محمّد بن قيس «1» المتقدمة في أدلة صحة البيع الفضولي، فإنّه قد ادّعي ظهورها في نفوذ الإجازة بعد الرد، بتقريب: أنّ أخذ السيّد جاريتة و ابنها بأمر الإمام أمير المؤمنين صلوات الله عليه من المشتري الذي اشترى الجارية فضولا من ابن سيدها ردّ فعلي لعقد ابن السيد فضولا، ومع هذا الردّ الفعلي جعل إجازة السيد لعقد ابنه البائع للوليدة فضولا نافذة، حيث إنّ الامام عليه السلام جعل فكك البائع الفضولي عن حبس المشتري منوطا بإجازة السيّد عقد ابنه، وهذه الإجازة تكون بعد تحقق الردّ.

وبالجملة: هذه الصحيحة تدلّ على صحة عقد الفضولي و نفوذه بالإجازة المسبوقه بالرد، كدلالته على أصل صحة عقد الفضولي، و دلالته على كون الإجازة كاشفة. وهذه الدلالة تنافي ما تقدم من عدم تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ في صحة عقد الفضولي. وقد تقدم تقريب هذه الدلالات الثلاث عند الاستدلال بهذه الصحيحة «2».

والعمدة فعلا هي البحث عن عدم تحقق الرد في هذه الصحيحة حتى تدلّ على نفوذ الإجازة بعد الردّ. و ليعلم أنّ هذا البحث منوط بمقدمتين.

إحدهما: كون الردّ أعمّ من القولي و الفعلي.

ثانيتها: كون الأخذ في الصحيحة ظاهرا في الردّ. و الاولى ثابتة، و الثانية غير ثابتة.

و منها: معتبرة محمّد بن إسماعيل بن بزيع المتقدم في (ص 171) بتقريب: أنّ قوله:

«فأنكرت ذلك» و قوله: «ففزعته منه» ظاهران في إظهار المخالفة و التنفر للنكاح. و هذا كاف في الردّ، إذ لا- يعتبر في الردّ أن يقول: «رددت». و لا يراد بقوله: «أنكرت» إنكار أصل العقد

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح 1، و تقدّمت في الجزء الرابع من هذا الشرح، ص 388

(2) هدى الطالب، ج 4، ص 391-399

حتى يخرج عن مورد البحث، و هو ردّ العقد المسلّم وجوده، فالمراد بالإنكار هو الكراهة في مقابل الرضا، فالفرع هو إبراز عدم الرضا، و هذا ردّ فعليّ.

لا يقال: ان قوله: «فزوجت نفسها» ظاهر في تزويج نفسها مباشرة لا توكيلا في تزويجها، و هذا غير الفضولي الذي هو مورد البحث.

فإنّه يقال:- مضافا إلى شيوع التوكيل في التزويجات في العصور، بحيث ينصرف الذهن إلى التزويج التوكيلي، فترك الاستفصال حينئذ يدلّ على عدم الفرق في الحكم بين المباشرة و التوكيل- إنّ جهة السؤال في هذه الرواية هي: أنّ الرد هل يؤثر في انهدام العقد أم لا؟ و هذه الحثية لا فرق فيها بين الإنشاء المباشري و غيره كإنشاء الفضولي.

كما لا يرد على الاستدلال بهذه الرواية بطلان العقد في نفسه لأجل السّكّر المزيل للعقد، و الموجب لعدم فهم معاني الألفاظ، فالإنشاء حينئذ لا يصلح للحقوق الإجازة به و لنفوذها.

وجه عدم الورد هو: أنّ للسّكّر مراتب، و ليس بجميع مراتبه رافعا للعقل بحيث، يرفع التمييز و الالتفات إلى معاني الألفاظ، إذ لو كان كذلك لم يتحقق العقد رأسا، لعدم حصول المعاهدة مع فقد التمييز و عدم الالتفات إلى معاني الألفاظ. فقول الامام عليه السّلام: «نعم» جوابا لقول السائل: «قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟» يدل على عدم زوال عقلها بحيث لا تميّز الألفاظ و معانيها.

أقول: قد عرفت سابقا: أنّ النزاع صغروي، بمعنى أنّ النزاع في صغروية الأفعال- من أخذ الوليدة و ابنها كما في صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، و إنكار المرأة و فزعها كما في هذه الرواية- للردّ الفعلي، فإن ثبتت صغرويتها له و وقعت الإجازة بعد الردّ الفعلي صارت الروايتان مخالفتين للإجماع أو الشهرة، و لا بدّ من طرحهما، للإعراض الراجع لحجيتهما، فلا سبيل إلى القول بنفوذ الإجازة المسبوق بالردّ، هذا.

و لكن قد تقدّم الإشكال في استفادة صغروية تلك الأفعال للردّ الفعلي من الروايتين، فلا تدلّان على نفوذ الإجازة بعد الردّ، كما هو مقصود من استدلال بهما.

و أمّا ما أفاده بعض الأجلّة من قوله: «ثم لو شككنا في أنّ الرد موجب للفسخ، فاستصحاب بقاء العقد لا مانع منه، لكونه عقدا مرضيّا به حينئذ، كسائر الموضوعات المركبة التي يحرز بعض أجزائها بالتعبد، و الآخر بالوجدان، فيترتب عليه الأثر» (1) فهو مناف لما

نعم (1) الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الردّ.

اللهم (2) إلا أن يقال: إن الردّ الفعليّ - كأخذ المبيع مثلاً - غير كاف، بل لا بدّ من إنشاء الفسخ.

---

(1) استدراك على ما أفاده من اعتبار عدم كون الإجازة مسبقة بالردّ، وأنّه لا مورد للإجازة بعد الرد. و حاصل الاستدراك: أنّ صحيحة محمّد بن قيس الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الردّ، حيث إنّ المولى أخذ الجارية و ابنها كما أمره الإمام عليه الصلاة و السلام، و أخذهما ردّ فعليّ، و مع ذلك أجاز المولى بيع ابنه الذي باع وليدته فضولاً، على ما حكاه أبو جعفر عليه السلام بقوله: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه».

(2) غرضه: أنّ الردّ الفعليّ كأخذ المبيع - وهو الوليدة في صحيحة ابن قيس المتقدمة - لا يكفي في الردّ المانع عن تأثير الإجازة. فالكبرى - وهي مانعية الردّ عن

---

أفاده قبيل ذلك من: «أنّ إنشاء الفضولي ليس فعل المجيز حتّى يؤثر ردّه في زواله، فوجود الردّ كعدمه، فإذا أجاز المالك الأصيل بعد ردّه صحت الإجازة».

وجه المنافاة: أنّ الردّ لمّا لم يكن متعلّقاً بنفس العقد و كان أجنبيّاً عنه، لكون العقد فعل الغير، لم يزل بردّ الأصيل، فلا وجه للشك في بقاء العقد بسبب الردّ حتّى يستصحب.

فالشكّ لا بدّ أن يتعلّق بقابلية العقد للنفوذ بإجازة المجيز.

و حينئذ إذا ارتفعت به القابلية فهو المطلوب، أي: لا يؤثر الإجازة، لعدم ورودها في محل قابل للإجازة. و إلا يلزم عدم ارتفاع القابلية بالردّ أصلاً، لوحدة حكم الأمثال فيما يجوز و ما لا يجوز. و يلزم عدم كون ردّ قابلية العقد تحت قدرة المالك في شيء من الأزمنة، و هو كما ترى.

فالمتحصل: أنّ الردّ يرفع قابلية العقد للنفوذ بالإجازة المتأخّرة عن الردّ، فالإجازة المسبقة بالردّ كعدمها في عدم تأثيرها في عقد الفضولي. و هذا من غير فرق بين كاشفية الإجازة بأنحاء الكشف و ناقليتها، إذ بعد البناء على ارتفاع قابلية العقد للنفوذ بسبب الرد لا يبقى محل قابل للإجازة.

و دعوى (1) «أنّ الفسخ هنا (2) ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة، وقد صرّحوا بحصوله (3) فيها بالفعل» يدفعها (4) أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل (5) أخذ المبيع.

و بالجملة (6): فالظاهر [من الأصحاب] هنا (7) و في جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ،

الإجازة- مسلّمة، لكن الكلام في صغروية الردّ الفعلي لها، حيث إنّ لا بدّ في تحقق الردّ من إنشاء الفسخ، و الفعل من حيث هو ليس ردّا، بل لا بد من إنشاء الردّ به.

(1) الغرض من هذه الدعوى إثبات كون الفعل كالقول ردّا، حيث إنّ الردّ الفعلي الموجب لانحلال عقد الفضولي ليس بأولى من انحلال العقود اللازمة بالردّ الفعلي، فإنّهم صرّحوا بحصول الفسخ فيها بالفعل. و لا فرق بين العقود اللازمة و بين عقد الفضولي، بل هذا أولى من العقود اللازمة من انحلاله بالردّ الفعليّ.

(2) أي: عقد الفضولي.

(3) أي: بحصول الفسخ في العقود اللازمة بالفعل، فحصول الفسخ بالفعل في عقد الفضوليّ يكون بطريق أولى، من دون حاجة الفسخ فيه إلى اللفظ.

(4) خبر قوله: «و دعوى» أي: يدفع الدعوى المزبورة، و محصل دفعها: أنّ كل فعل لا يصلح لأن يكون ردا للعقد، بل لا بدّ أن يكون ذلك الفعل من لوازم ملك المال المعقود عليه فضولا. فإذا زوج الفضولي من زيد امرأة، فرتبّ زيد آثار الزوجية- من الوطاء و غيره- على العقد بعد اطلاعه عليه. أو اشترى الفضولي له بعدا، فلمّا علم بذلك أعتقه، إلى غير ذلك من التصرفات و الأفعال التي تدل على الرضا بما عقد له الفضولي.

و عليه فلا يكفي مجرد أخذ المال المعقود عليه فضولا من دون دلالة له على تملكه لذلك المال.

(5) معطوف على «فعل لوازم».

(6) يعني: و حاصل الكلام: أنّ الظاهر في جميع الالتزامات العقدية عدم تأثير الإجازة الواقعة بعد الفسخ، و أنّ المعتمد في تأثير الإجازة عدم مسبوقيتها بالردّ.

(7) يعني: في عقد الفضولي، و قوله: «عدم الاعتبار» خبر قوله: «فالظاهر».

فإن سلّم [1] ظهور الرواية (1) في خلافه (2) فلتطرح (3) أو تأوّل (4).

(1) وهي صحيحة محمّد بن قيس المذكورة في أدلة بيع الفضولي «1».

(2) وهو صحّة الإجازة بعد الردّ، بأن يقال: إنّ إجازة بيع الوليدة من سيّدها صدرت بعد الردّ الحاصل بأخذ السيد الوليدة و ابنها بحكم المولى أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه، ولما أخذ مشتري الوليدة البائع الفضوليّ - وهو ابن سيد الوليدة - اضطرّ السيد إلى أن يجيز بيع الوليدة ليستردّ ابنه البائع الفضولي من المشتري، فأجاز السيد بيع الوليدة. فهذه الإجازة صدرت بعد الردّ الناشئ من أخذ الوليدة و ابنها.

و الحاصل: أنّ هذه الصحيحة تخالف ما دلّ على أنّه يعتبر في تأثير الإجازة عدم مسبوقتها بالردّ.

(3) غرضه: أنّ صحيحة ابن قيس المشار إليها - بعد تسليم ظهورها في صحة الإجازة بعد الردّ - لا تصلح لرفع اليد عمّا بنى عليه الأصحاب من اشتراط تأثير الإجازة بأن لا يسبقها الردّ، وذلك لمخالفتها لعمل الأصحاب، فلا بدّ من طرحها للإعراض، أو تأويلها.

(4) أي: تأويلها بما هو خلاف ظاهرها، كحملها على كون سيّد الوليدة كاذبا في دعواه عدم الإذن لابنه في بيع الوليدة، فراجع ما ذكره المصنّف في توجيه هذه الصحيحة.

واقصر هناك على لزوم تأويلها دون طرحها، لأنّه قدّس سرّه جعلها من أدلة صحة بيع

[1] ولا يسلم ظهور الرواية في الردّ حتى تكون الإجازة بعد الردّ، وذلك لعدم صدور قول ولا فعل يدلّ على الردّ. وأخذ السيّد الوليدة و ابنها لا يدلّ عليه، وإنّما غاية ما يدلّ عليه هي الكراهة، وهي غير الردّ. وحبس ابن الوليدة مع كونه حرّاً - لحرية أبيه المشتري، لتولده شبيهة أو من نكاح صحيح - إنّما هو لأخذ قيمة الولد، و ثمن الجارية الذي أخذه البائع الفضولي، حيث إنّ غالب الأولاد يتصرّفون في أموال آبائهم تصرّف الملاك في أموالهم، ولذا أخذ السيد الوليدة و ابنها حتى يستوفي ثمن الوليدة و قيمة ابنها من المشتري.

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 388

ص: 194

الرابع (1):

الإجازة أثر من آثار سلطنة [1] المالك [2] على ماله، فموضوعها

---

الفضولي، فلاحظ قوله: «والحاصل: أن ظهور الرواية في ردّ البيع ممّا لا ينكره المصنف، إلا أن الانصاف أن ظهور الرواية في أنّ أصل الإجازة مجدية في الفضولي.. فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر» (1).

الإجازة لا تورث

(1) هذا رابع التسيهات المتعلقة بالإجازة، والغرض من عقده- على ما قيل- دفع ما يتوهم من بعض العبارات من كون الإجازة والردّ من الحقوق الموروثة.

ومحصل ما أفاده هو: كون الإجازة حكما لا حقّا، حيث إنّها من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضوع الإجازة هو المالك، فيصح أن يقال: «للمالك أن يجيز»

---

[1] من آثار الملك، لا من آثار السلطنة على الملك، إذ المراد بالسلطنة هو القدرة الشرعية على كلّ تصرف تسيبي و مباشري جائز شرعا بالجواز التكليفي والوضعي، وعدم الحجر عنه، سواء أكان التصرف خارجيا أم اعتباريا. فجواز التصرف مطلقا موضوع للسلطنة.

فمعنى القاعدة هو القدرة على جميع التصرفات المشروعة في المال، ومنها إجازة البيع كنفس البيع، فالإجازة كإنشاء نفس البيع والصلح وغيرهما من آثار الملك. وليست القاعدة مشرّعة لأنحاء السلطنة حتى تكون الإجازة من آثارها.

وهذا مراد المصنف أيضا بقريضة قوله: «مثل قولنا: له أن يبيع» فإن جواز البيع حكم الملك. فينبغي إبدال «من آثار السلطنة» ب «من آثار الملك وأحكامه» فالسلطنة من لوازم جواز التصرف في الملك. فجواز التصرف فيه من الإجازة وغيرها ملزوم لقاعدة السلطنة.

[2] لعلّ الأولى إبدال «المالك» بمن له ولاية العقد، ليكون أشمل، فإنّ المرتهن وليّ أمر عقد الرهن على العين المرهونة بدون إذن المرتهن، ولذا لا ينفذ إلا بإجازة

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 399



كما يصح أن يقال: «له أن يبيع» و مرجع الكلّ إلى السلطنة على التصرف المشروع في ماله.

و مقتضى كون الإجازة حكماً لا حقاً عدم انتقالها إلى الوارث، إذ موضوع الإرث هو المال و الحقّ، كحقّ الخيار و التحجير و غيرهما، و الإجازة ليست مالا و لا حقاً.

و الحكم الشرعي لا ينتقل إلى الوارث، و المنتقل إليه نفس المال الذي هو موضوع الإجازة التي هي حكم لا حقّ.

المرتهن، مع أنّه ليس مالكا للمبيع. و احتمال إرادة المصنّف قدّس سرّه من «المالك» مالك أمر البيع في غاية البعد، إذ ينافيه قوله: «على ماله» و الظاهر إرادة المصنّف ما هو الغالب من عقد الفضولي في الخارج و هو بيع مال الغير، و بيع الراهن بدون إذن المرتهن بيع لمال نفسه.

ثم إنّ لا يكفي في منع إرث الإجازة و الرد مجرد عدم كونهما من الحقوق، إذ يمكن أن يكونا من الحقوق، و مع ذلك لا ينتقلان إلى الورثة، لكونهما من الحقوق غير القابلة للانتقال إلى الغير، كحقّ الأبوة و حقّ ولاية الحاكم و نحوهما ممّا لا ينتقل إلى الغير لا اختياراً و لا قهراً. و يمكن أن يكون الإجازة و الردّ من الحقوق القابلة للانتقال الاختياري و القهري كحقّي الخيار و التحجير.

و عليه فلا بدّ في التزام عدم انتقال الإجازة و الردّ إلى الوارث من إثبات كونهما من الأحكام لا الحقوق، أو من الحقوق غير القابلة للانتقال، فتصح حينئذ دعوى عدم انتقالهما إلى الوارث مطلقاً و إن كانا من الحقوق، فلا يندرجان فيما تركه الميت.

لا يقال: إنّ يمكن التمسك بالاستصحاب لإثبات كونهما من الحقوق القابلة للانتقال، و اندراجهما فيما تركه الميت، كاستصحاب عالمية من كان عالماً و شكّ في بقاء علمه لإحراز صغرويته لكبرى وجوب «إكرام العلماء» حتى لا يكون إثبات وجوب إكرامه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. ففي المقام يستصحب بقاء الإجازة بعد موت المالك الأصيل، فتندرج الإجازة فيما تركه الميت، و تنتقل إلى الوارث.

و هذا من القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي، نظير الحيوان المردد بين

المالك (1)، فقولنا: «له أن يجيز» مثل قولنا: «له أن يبيع» (2)، و الكلّ (3) راجع إلى أن له أن يتصرّف، فلو (4) مات المالك لم يورث الإجازة، وإنّما يورث المال الذي عقد

(1) دون غيره كالوارث، نعم الوارث يرث المال ويملكه، وإجازته حينئذ ليست من جهة إرث الإجازة، بل لأجل صيرورته مالكا بسبب إرث موضوعها وهو نفس المال.

(2) غرضه من المثلية المماثلة بين البيع والإجازة في السلطنة التي هي حكم شرعيّ، فكما أنّ جواز البيع حكم لمالك المبيع، فكذلك جواز الإجازة حكم له ولوليّ أمر العقد، وليس حقّا حتى ينتقل إلى الوارث كالحقوق والأموال التي تنتقل إلى الورثة.

(3) يعني: قولنا: «للمالك أن يجيز وأن يبيع» عبارة أخرى عن جواز التصرف الذي هو حكم لا حقّ.

(4) هذا متفرع على كون الإجازة حكما لا حقّا، فلا تنتقل الإجازة إلى الوارث،

ما يعيش ثلاثة أيام وما يعيش سنة، فبعد مضي الثلاثة لا مانع من استصحاب كلي الحيوان. ونظير استصحاب كلي الطهارة فيما إذا شك في أنّ طهارته كانت هي الوضوء أو الغسل، فإن كانت هي الوضوء فقد انتقضت يقينا، وإن كانت هي الغسل فهي باقية، فيستصحب كلي الطهارة.

فإنّه يقال: فرق بين المقام وبين هذين المثالين. توضيحه: أنّ جريان الاستصحاب في القسم الثاني من استصحاب الكليّ مشروط بكون الأثر مترتبا على الكلي كالطهارة، فإنّ الأثر الشرعي وهو جواز الدخول في المشروط بالطهارة يترتب على كليّ الطهارة الحديثة سواء حصلت من الغسل أم الوضوء. وفي مثال تردد الحيوان بين طويل العمر وقصيره لا يجري الاستصحاب إلّا إذا كان الأثر مترتبا على كليّ الحيوان. ومن المعلوم أنّ نفوذ إجازة الوارث مشروط بكون الإجازة حقّا قابلا للانتقال. وهذا لا يثبت باستصحاب مطلق مجعول الشارع إلّا على القول بحجية الأصل المثبت، لأنّ بقاء المجعول إلى زمان موت المالك لينتقل إلى الوارث من لوازم كون المجعول من الحقوق القابلة للانتقال، ومن المعلوم أن استصحاب اللازم قاصر عن إثبات الملزوم، وكالعكس، لعدم حجية الأصول المثبتة.

عليه الفضولي، فله (1) الإجازة بناء على ما سيجي ء (2) من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميتها (3).

و الفرق (4) بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل (5).

لعدم كونها مالا ولا حقًا حتى يصدق عليها «ما تركه الميت». و عليه فالمنتقل إلى الوارث هو المال المعقود عليه فضولا، فإجازته حينئذ كبيعته من أحكام ماله، و الناس مسلطون على أخوالهم، لا أحكام أموالهم كجواز بيعها و صلحها و هبتها و غير ذلك من التصرفات الجائزة في المال.

(1) أي: للفضولي الذي ورث من المورث المال- المعقود عليه فضولا- أن يجيز العقد الصادر منه فضولا، لصيرورته مالكا للمال، لا لكونه وارثا للإجازة.

(2) في المسألة الثالثة من مسائل الأمر الثالث من مباحث المجيز و ما يعتبر فيه فلاحظ (ص 354). و كلمة «من» الجارة بيان ل «ما» الموصول.

(3) هذا الفرع مثال لاتحادهما لا مغايرتهما، إذ المفروض كون والد الفضولي ميتا حين العقد كما هو ظاهر «فبان ميتها» إذ معناه: فظهر كونه ميتا في زمان الإنشاء. فالفضولي حينئذ هو المالك حال العقد، لانتقال المبيع فضولا إليه حينه بالإرث، فالمجيز و المالك حين العقد واحد، و هو العاقد الذي تخيل حال الإنشاء أنه فضولي، و لكنه كان مالكا واقعا للمبيع وقت العقد.

فالأولى إبدال «فبان» ب «فصار ميتا» أو «فمات بعده» حتى يكون مثالا لمغايرة المجيز و المالك حين العقد، كما إذا باع مال غيره ثم اشتراه.

(4) كان الأنسب بيان هذا الفرق بعد قوله: «و انما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي» لأن هذا الكلام بمنزلة التعليل لقوله: «و انما يورث المال .. إلخ».

(5) الفرق بينهما هو: أنه إذا كانت الإجازة من الحقوق- كالخيار- انتقلت إلى جميع الورثة حتى إلى من لا يرث من المبيع الذي هو مورد الإجازة، كالزوجة التي لا ترث من العقار، لكنها ترث الإجازة كإرث الخيار و غيره من الحقوق المنتقلة إلى جميع الورثة، فلها إجازة بيع العقار و إن لم يكن لها فيها نصيب، فإن مقتضى كون الإجازة من الحقوق كالخيار هو انتقالها إلى جميع الورثة.

الخامس (1):

إجازة البيع ليست إجازة

وإذا كانت الإجازة من الأحكام فهي لا تنتقل إلى الوارث. وإثما المنتقل إليه هو المال، فلكل وارث- يرث منه- أن يجيز البيع في خصوص نصيبه مما ورثه، فليس للزوجة أن تجيز البيع أو ترده، لعدم إرثها من المبيع.

وبناء على كون الإجازة حقًا موروثًا، فهل ينتقل إلى مجموع الوارث من حيث المجموع، أم أنه يتعدد هذا الحق بعدد الورثة، فلكل منهم حق يخصه. أم يكون لطبيعي الوارث الصادق على كل فرد منهم، ولازمه كفاية صرف الوجود من الفسخ والإمضاء، أم غير ذلك؟ وجوه، و تحقيق المطالب موكول إلى أحكام الخيار.

إجازة البيع ليست إجازة للقبض

(1) الغرض من عقده البحث عن وجود الملازمة بين إجازة البيع وإجازة قبض الثمن والمثمن، وعدمها، فإذا قال مالك المبيع فضولاً: «أجزت البيع» كانت هذه الإجازة إجازة لقبض الثمن وإقباض المبيع، أو لا. مع أن البيع أمر اعتباري، والقبض فعل خارجي. ولا ريب في أن الإجازة تتعلق بالأمر الاعتبارية كالملكية والزوجية وتفقدتها، ولكنها هل تؤثر في الفعل الخارجي وهو تسليم الثمن مثلاً أم لا؟

وقد اختلفت كلمات الأصحاب فيها، فمنهم من جعل إجازة بيع الفضولي القابض للثمن إجازة لكل من بيعه وقبضه، كما يظهر من شيخ الطائفة قدس سره في عبارته الآتية في المتن.

ومنهم من نفى ذلك، وقال بتوقف القبض على إجازة مستقلة، ولا يكفي إمضاء البيع عنها، كعلامة في كلامه الآتي قريباً. وهو مختار صاحب الجواهر وشيخه كاشف الغطاء قدس سرهما القائلين بجريان الفضولية في نفس القبض وتوقفه على إجازة مستقلة، سواء أكان الثمن عيناً أم ديناً، فراجع «1».

ومنهم من فصل بين الثمن الشخصي والكلي الذمي، بتوقف الثاني على إجازة بحيالها، وكفاية إجازة البيع عن إجازة القبض في الثمن الشخصي، كما ذهب إليه الفاضل المقداد والشهيد قدس سرهما. قال في الدروس بعد حكاية مختار الشيخ: «واشترط الفاضل

إجازة القبض. وهو حسن إن كان الثمن في الذمة» (1).

و ذهب المصنف قدّس سرّه إلى تفصيل آخر في المسألة، وهو الفرق بين موارد ثلاثة، و محصله: أن القبض تارة يكون جزء السبب المملّك كما في بيع الصرف و السلم، و اخرى يكون بعنوان الوفاء بالعقد من دون دخله في ترتب الأثر على العقد. و على الثاني فتارة يكون العوض شخصيا، و اخرى كلياً في الذمة.

ففي القسم الأول قال بالمالزمة بين إجازة العقد و إجازة القبض، للغوية إجازته مجرداً عن القبض الذي هو جزء السبب.

و في القسم الثاني نفى المالزمة، و حكم بتوقف تحقق الوفاء بالعقد على إجازة القبض بخصوصها، و لو بقرينة تدل عليها.

و في القسم الثالث استشكل في وفاء أدلة صحة البيع الفضولي بامضاء قبض الفضول، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(1) غرضه قدّس سرّه نفي استلزام إجازة البيع لإجازة القبض كلية كما يستفاد من كلام شيخ الطائفة قدّس سرّه. و محصّل ما أفاده المصنف في ذلك: أنّه لا ملازمة بينهما، لإمكان التفكيك بينهما بأن يجيز البيع و لا يجيز القبض و الإقباض، فنفس إجازة البيع لا تلازمهما. نعم لو أجازهما صريحا أو قامت قرينة مقابلية أو مقامية على التلازم المزبور صحّت الإجازة و ترتّب عليها أثرها، و هو سقوط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، إذ بدون إجازة المالك لقبض الفضولي و إقباضه لا يسقط الضمان، و كان الثمن باقيا في ذمة المشتري، إذ قبض الفضولي له بدون إجازة مالك المبيع لا أثر له، لأنّ قبضه بدون الإجازة كلا قبض، لعدم انتسابه إلى المالك.

(2) أي: و لا إجازة لإقباض المبيع، لما مرّ أنّها من عدم التلازم.

[1] في هذا التنبيه جهات من البحث:

الأولى: مرحلة الثبوت، و هو إمكان تعلق الإجازة و عدمه بالقبض و الإقباض.

قد يقال: بعدم إمكانه، لعدم تغير الفعل الخارجي التكويني عمّا وقع عليه.

لكن الحق إمكانه، لأنّه وإن لم يتغير الفعل عمّا وقع عليه، إلا أنّه إذا كان على وجوده بقاء أثر شرعيّ فلا مانع من ترتب ذلك الأثر إذا تحقق غير ذلك الفعل ممّا له دخل في ترتب الحكم الشرعي عليه.

فإذا كان ممّا له الدخل في الأثر رضا المالك مثلاً بما وقع عن الفضولي من العنوان كالبيع، فإذا رضي المالك بذلك أثر العقد أثره. فالقبض بوجوده الحدوثي وإن لم يكن له أثر وهو سقوط الضمان عن مالك المبيع فضولاً، لكن له أثر بعد الإجازة وهي الرضا بقبض الفضولي، فيسقط الضمان عن البائع بعد رضاه.

الجهة الثانية: في مرحلة الإثبات، وحاصلها: أنّه في العقود المتوقفة صحتها على القبض تكون الملازمة بين إجازة العقد وإجازة القبض والإقباض ثابتة بدلالة الاقتضاء، لأنّ إجازة العقد بدون إجازتهما لغو، إذ المفروض عدم صحة العقد بدون القبض والإقباض، لما قيل من أنّهما كالإيجاب والقبول من حيث الدخل في الصحة.

وهذا من غير فرق بين كلفة الثمن وشخصيته، ضرورة أنّ إجازة الثمن الكلي - أو المثلث كذلك - تقتضي رضا المالك بتطبيق الكلي على أحد أفراد.

وهذا بخلاف العقود غير المتوقفة صحتها على القبض، فإنّ إجازة نفس العقد لا تلازم إجازة الإقباض والقبض، إذ المفروض صحتها ولو بدون القبض، فدلّل الاقتضاء لا تقتضي الملازمة بين إجازة العقد وإجازة الإقباض والقبض، من غير فرق في هذه العقود الصحيحة بدون القبض بين كون العوضين أو أحدهما كلياً أو شخصياً.

الجهة الثالثة: في أنّه هل يعتبر في جريان دلالة الاقتضاء علم المجيز بتوقّف صحة العقد على القبض أم لا؟ الظاهر جريانها فيما تعلّقت الإجازة بعقد جامع لكافة شرائط صحته وإن لم يعلمها تفصيلاً، نظير نية الصوم مع العزم على ترك جميع المفطرات مع عدم علمه بها تفصيلاً، كجريان دلالة الاقتضاء في صورة العلم بدخل القبض في صحة العقد.

الجهة الرابعة: في أنّه بعد البناء على جريان الفضولية في الإقباض والقبض يقع الكلام في أنّه هل يجري نزاع الكشف والنقل فيهما أم لا؟ ينبغي أن يقال: إنّ الموجود إن كان من الأمور الاعتبارية التي لها بقاء في وعاء الاعتبار جرى فيه نزاع الكشف والنقل، لصحة اعتبار كلّ من الكشف والنقل فيه. وإن كان من الأمور الخراجية التكوينية كالقبض والإقباض ونحوهما ممّا ليس له وجود اعتباري بقاء

ولو أجازهما صريحا (1) أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت (2) الإجازة (3)، لأن (4) مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، و مرجع

---

(1) كما إذا قال: أجزت البيع و قبض الثمن و إقباض المبيع.

(2) جواب الشرط في «ولو أجازهما».

(3) أي: صحت الإجازة، لوقوعها في محلها من دون مانع عن شمول الإجازة للقبض و الإقباض.

(4) الظاهر أنه علة لصحة الإجازة و مضيها، لكنّه غير مناسب للعلة، لأن سقوط الضمان من آثار صحة الإجازة و أحكامها، لا أنه علة لصحتها، بل علة صحتها هو الدليل الدال على صحتها، و أنّ قبض الثمن و إقباض المبيع كإنشاء البيع من الأفعال القابلة لجريان الفضولية فيها.

و كيف كان فمراد المصنف قدس سره أنّ إجازة قبض الثمن توجب سقوط الضمان عن المشتري، كسقوطه عنه بمباشرة نفس مالك المبيع لقبض الثمن. فليس عليه بعد ذلك دفع الثمن ثانيا إلى البائع الأصلي، كما أنّ إجازة إقباض المبيع تسقط ضمان البائع، لارتفاع موجب الضمان، و هو تلف المبيع قبل قبضه.

و بالجملة: فإجازة القبض و الإقباض ترفع الضمان عن البائع و المشتري معا.

ثم إنّ المصنف قدس سره علل مضي الإجازة في القبض و الإقباض بأن مرجع اجازة قبض الثمن إلى إسقاط ضمان المشتري، و مرجع إجازة إقباض المبيع إلى رضا المالك بكون المبيع في يد المشتري، و ينبغي توضيح وجه الإتيان بكلمة «المرجع» هنا، و وجه اختلاف التعبير في إجازة القبض و الإقباض.

---

فلا يجري فيه نزاع الكشف و النقل.

نعم إذا حصل القبض و استمرّ إلى زمان الإجازة و أجاز المميز كانت الإجازة ناقلة أو كاشفة. و أمّا إذا تلف المقبوض أو خرج عن تحت يده، فلا بقاء له اعتبارا حتى يتعلق به الإجازة، كتعلقها بالعقد الذي له وجود اعتباري بقاء. فإذا أجاز المميز حينئذ كانت الإجازة كاشفة لا محالة، و لا يمكن أن تكون ناقلة، لعدم وجود له لا عينا و لا اعتبارا.

أما التعبير بالمرجع فلأنّ المفروض عدم تأثير إجازة نفس البيع في صحة القبض الواقع بين الأصيل والفضولي، لعدم كون القبض من لوازم العقد حتى يستتبع إمضاء الملزوم إمضاء لازمه، فإنّ أدلة صحة العقد الفضولي تقيد استناده إلى المالك بإجازته.

ولا يستفاد منها استناد القبض إليه بالإجازة، فالمعتبر في الوفاء بالعقد أن يقع القبض بمباشرة المالك أو بتسبيبه كالمأذون من قبله كالوكيل.

فمجرد رضا المالك بالقبض - إجازة نفس العقد أو إجازة القبض - لا يوجب حصول القبض المحقق لعدم ضمان المبيع والتمن. نعم يكون رضا المالك بقبض الفضول رضا بآثره، وهو في المقام إسقاط الضمان.

وأما التعبير في قبض الثمن بإسقاط الضمان، فوجهه: أنّ المالك المجيز لبيع الفضولي يجب عليه الوفاء به بمجرد إجازته، وكذا يجب على المشتري الأصيل تسليم الثمن للمجيز، ويتسلم المثل من منه، وبما أنّ المشتري لم يسلم الثمن إلى المجيز حتى يصدق عليه «أنّه قبضه» وإنما سلّمه إلى الفضولي، فلذا كان رضاه بقبض الفضولي إسقاطا لما في ذمة المشتري من الثمن.

وأما التعبير في إقباض المثل بأن إجازة المالك رضاه بحصول المبيع في يد المشتري - دون التعبير بإسقاط الضمان - فوجهه: أنّ المشتري صار مالكا لما تسلمه من الفضولي، لأنّ الإجازة المتأخرة أوجبت انصاف المجيز بكونه بائعا مالكا للثمن. والمشتري بكونه مالكا للمثل، فيتصرف قبض المشتري بأنّه «قبض المالك» و يترتب عليه عدم انفساخ المعاملة لو تلف المبيع عنده، لكونه من تلف المبيع بعد القبض لا قبله. هذا ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه بتوضيح منّا [1] «1».

[1] ثم أورد على المصنف بمنافاة التزامه بكون مرجع إجازة قبض الثمن إلى إسقاط ضمان المشتري به لما سيأتي في أحكام القبض من كون الضمان المعاوضي من أحكام العقد، وليس كضمان الغرامة حقا ماليا قابلا للإسقاط. وعليه لا فرق في ضمان المشتري للثمن بين كونه تالفا حين الإجازة أو باقيا، فراجع.



فترتب (1) عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع. لكن (2) ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين.

وأما قبض الكلّي وتشخصه به (3) فوقوعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج (4) إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام

---

(1) هذا متفرع على كون مرجع الإجازة إلى إسقاط الضمان، وحاصله: أنّه بعد البناء على صحة جريان الفضولي في القبض والإقباض - كجريانه في نفس العقد - يترتب على إجازة المالك الأصيل لقبض الفضولي للثمن أو المثلن جميع الآثار المترتبة على قبض نفس المالك الأصيل، كسقوط ضمان المبيع عن البائع إذا تلف عند المشتري، لكون تلفه بعد القبض الحاصل من الفضولي برضا المالك الأصيل.

وكسقوط ضمان المشتري للثمن بعد قبض الفضولي، وإجازة مالك المبيع لهذا القبض، فإذا تلف بعد هذا القبض فلا ضمان للمشتري حينئذ، لأنّه تلف بعد القبض.

وكون نماء الثمن لصاحبه، وكذا نماء المثلن لمالكه. فالقبض الصادر من الفضولي بعد إجازة المالك كقبض المالك في الآثار.

(2) هذا استدراك على قوله: «و لو أجازهما صريحا أو فهم إجازتهما .. إلخ» وغرضه بيان حكم ما إذا كان الثمن ذمّيّا كما أشرنا إليه في أوّل التنبيه. ومحصله: أنّ صحة إجازة المالك الأصيل للقبض والإقباض الصادرين من العاقد الفضولي تختصّ بالثمن الشخصي لا الكلّي، إذ تشخيص الكلّي من الفضولي وتطبيقه على عين خارجيّة - وتأثير إجازة المالك الأصيل فيه كتأثيرها في قبض الثمن الشخصي فضولا - محتاج إلى الدليل.

نعم الفرق بين الثمن الشخصي والكلّي أنّ إجازة قبض الفضول للثمن الشخصي مآله إلى إسقاط ضمان المشتري كما تقدم. ولكن في الثمن الكلّي حيث إنّه لم يقم دليل على تنزيل قبض الفضول منزلة قبض المالك فلذا يبقى الثمن الكلّي في ذمة المشتري حتى يتعين بقبض المجيز.

(3) أي: تشخص الكلّي وتعيّنه بالقبض.

(4) خبر «فوقوعه» والجمله جواب الشرط في «وأما قبض الكلّي».

(1) أي: على عموم حكم عقد الفضولي للقبض والإقباض الصادرين من الفضولي مع كون المال المعقود عليه كلياً ذمياً، لا- معيّناً خارجياً.

(2) لكون مورد دليل الصحة نفس عقد الفضولي الذي هو من الإنشائيات، دون القبض الذي هو فعل خارجي، فدليل الفضولي لا يشمل الإنشاء والقبض معاً، فإنّ إجازة المالك لعقد الفضولي لا تقتضي إلاّ استناد العقد إليه، وانتقال المال عن نفسه إلى صاحبه. وأمّا تشخيص الكلّي في فرد من أفرادها فهو خارج عن مقتضى الإجازة.

وعليه فالمانع عن صحة قبض الكلّي بتعيين فرده إثباتي، لعدم الدليل على صحته، لا ثبوتي، لعدم امتناعه.

[1] قد يقال: إنّ المانع عن صحة القبض ثبوتي لا- إثباتي، لأنّ قبض الفضولي ليس قبضاً للمالك لا مباشرة ولا تسبياً، فالإجازة وإن تعلّقت صريحاً بالقبض لا تصحّحه، لأنّ الإجازة لا توجب انتساب القبض إلى المالك، ولا تجعله قبض المالك، إذ ليس كلّ فعل صالحاً لأن يصح انتسابه إلى غير مباشرة بالإجازة، كالأكل والشرب ونحوهما من الأفعال الخارجية التي تختص آثارها وفوائدها بفاعليها. والشك في صحة الانتساب كاف في عدم ترتب آثار فعل نفسه، فلا تترتب آثار قبض المالك على قبض الفضولي مع الإجازة، لكفاية الشك في صحة الانتساب في عدم ترتب الآثار، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إنّ الضابط في صحة الانتساب هو صحة الإذن والوكالة للغير في فعل من الأفعال وعدم صحتهما، فإن صحّ الإذن والوكالة في فعل صحّت إجازة الفضولي فيه أيضاً. ومن المعلوم أنّ قبض كل من المعين الخارجي والكلّي الذمّي من الأفعال التي تجري فيها الوكالة والإذن، فتجري فيها الإجازة أيضاً، لارتضاع الإذن والإجازة من ثدي واحد، فإنّ الإذن رضا بما يقع، والإجازة رضا بما وقع، وكل منهما يصحح الانتساب إلى غير المباشر.

نعم يبقى الكلام في الدليل الذي هو مقام الإثبات. والظاهر أنّ دليل صحة عقد الفضولي بنفسه قاصر عن شموله للقبض بكلاً قسميه. والملازمة- مطلقاً من الشرعية

و عن المختلف (1) أنه حكى عن الشيخ «أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب (2) المشتري بالثمن»، ثم ضعّفه (3) بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض.

---

(1) الغرض من هذا النقل التنبيه على كون استلزام إجازة عقد الفضولي لإجازة قبض المال - المعقود عليه فضولا - محلّ الخلاف بين الأصحاب، فالعلامة حكى في المختلف عن الشيخ قدّس سرّه: أنّ الغاصب إذا باع مال الغير فضولا، ثم أجاز المالك الأصيل بيع الفضولي، كانت إجازة البيع إجازة قبض الثمن أيضا، وليس لمالك المبيع مطالبة المشتري بالثمن، لأنّ إجازة البيع إجازة قبض الثمن بالملازمة.

قال العلامة قدّس سرّه: «قال في النهاية: لو أمضى المغصوب منه البيع، لم يكن له بعد ذلك درك على المبتاع، و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن. وفيه نظر، فإنّ إمضاء البيع لا يوجب الإجازة في قبض الثمن» (1). و ظاهر كلاميهما الإطلاق، يعني سواء أ كان الثمن كلياً أم شخصياً.

(2) أي: لا يجوز للمالك المغصوب منه مطالبة الثمن من المشتري، بل له مطالبة من الغاصب، لأنّ إجازته للبيع إمضاء للقبض أيضا. و لما كان بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولي صحّت دعوى الملازمة بين إجازة البيع و إجازة قبض الثمن في جميع أقسام الفضولي.

(3) يعني: أنّ العلامة ضعّف ما حكاه عن شيخ الطائفة بإنكار الملازمة بين إجازة العقد و إجازة القبض. و الوجه في إنكارها عدم اللزوم الشرعي و العرفي، لما مرّ من إمكان التفكيك بينهما، فلا وجه حينئذٍ لدعوى الملازمة.

---

و العرفية - بين إجازة نفس عقد الفضولي و بين القبض أيضا غير ثابتة كما مرّ آنفاً، فلا يكون قبض الفضولي قبض المالك بمجرد إجازة عقده.

و أمّا مع تحقق الإجازة بالنسبة إلى القبض بالصرحة أو بالقرينة فلا ينبغي الإشكال في نفوذ الإجازة، و ترتب آثار قبض المالك على قبض الفضولي بعد انطباق الضابط المذكور آنفاً على إجازة القبض.

---

(1) النهاية، ص 406، مختلف الشيعة، ج 5، ص 57

وعلى أيّ حال (1) فلو كانت إجازة العقد- دون القبض- لغوا كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرّق كانت (2) إجازة العقد إجازة القبض [1] صونا للإجازة عن اللغوية (3).

(1) أي: سواء التزم الفقهاء بالملازمة المزبورة أم لا فلو كانت .. إلخ. وهذا إشارة إلى تفصيل آخر أشرنا إليه في أول التنبيه، وهو إثبات استلزام إجازة البيع لإجازة القبض، وتوضيحه: أنّ إجازة المالك الأصلي للعقد إن كانت بدون إجازة القبض لغوا كما في بيع الصرف و السلم، حيث إنّ القبض في المجلس شرط صحتهما، فإن لم تستلزم إجازة البيع إجازة الفضولي للقبض في المجلس بعد التفرّق عن المجلس كانت إجازة البيع لغوا، لفقدان شرطه وهو القبض في المجلس، وعدم إمكان تداركه، لتفرّق المتعاقدين. فلا بدّ حينئذ بمقتضى دلالة الاقتضاء من الالتزام باستلزام إجازة عقد الفضولي لإجازة قبضه الحاصل في المجلس. وإن لم تكن إجازة المالك مستلزما لإجازة قبض الفضولي كما في غير العقد المشروط بالقبض في المجلس، فلا وجه لدعوى الملازمة المزبورة.

(2) جواب الشرط في قوله: «فلو كانت».

(3) هذا إشارة إلى دلالة الاقتضاء الحاكم بها العقل كما أشرنا إليها آنفا.

[1] هذا الاستلزام منوط أولاً بقابلية القبض لجريان الفضولية فيه ثبوتاً، وقد مرّ في التعليقة السابقة صحة جريانها فيه بمقتضى الضابط المذكور فيها.

وثانياً: باستلزام إجازة العقد لإجازة القبض إثباتاً. وهذا بمقتضى تبعية العقود للقصور منوط بقصد ما يعتبر في العقد شطراً و شرطاً، وبدون قصده لا يترتب على إجازة المالك الأصلي، فإجازة العقد لا تكون إجازة للقبض المعتبر فيه إلا إذا قصد القبض، وهذا القصد موقوف على علم المالك تفصيلاً بشرطية القبض في العقد، أو علمه إجمالاً بأن يقول:

أجزت هذا العقد مع جميع ما يعتبر فيه شرعاً. و لا- يكفي أن يقول: أجزته مع جميع ما يعتبر فيه عرفاً، لأنّ القبض في المجلس في بيع الصرف شرط شرعي لا عرفي. فإجازة العقد بشرطه العرفي لا تدلّ على إجازته بشرطه الشرعي.

وبالجملة: فاستلزام إجازة العقد لإجازة شرائطه الشرعية مشروط بقصد تلك الشرائط تفصيلاً أو إجمالاً.

ولو قال (1): «أجزت العقد دون القبض» ففي بطلان العقد (2)، أو بطلان (3) ردّ القبض، وجهان (4).

### [السادس: لا تشترط الإجازة بالفور]

السادس (5):

(1) هذا إشارة لما يتفرع على الملازمة بين إجازة البيع والقبض، وأنه لو صرّح المالك بإجازة بيع الصرف دون القبض، فهل يبطل العقد رأساً أم يصح ويلغور ردّ القبض؟

(2) رأساً، لتقومه بالقبض في مثل بيع الصرف، والمفروض أنه لم يجز القبض، فيبطل العقد، ولا مصحح له بعد انقضاء المجلس.

(3) بطلان ردّ القبض عبارة أخرى عن صحة القبض المستلزمة لصحة العقد، فكأنه قال: ففي بطلان العقد وصحته وجهان.

(4) ناشئان من لغوية الإجازة مع كون القبض ركناً في بيع الصرف، فيبطل كل من العقد والقبض، إذ لا معنى لإجازة بيع الصرف المجرد عن القبض الصحيح، فالمعاملة فاسدة حينئذ.

و من أن إجازة العقد مصححة له. ولا أثر لردّ القبض بعدها، لأنّ إمضاء العقد إمضاء للقبض الملازم له، فيلغور ردّه بعد إمضائه، فيصح العقد.

لكن الحق بطلانهما معاً، لأنّ مقتضى بناء أبناء المحاور على الأخذ بظواهر الألفاظ - بعد فراغ المتكلمين عن كلامهم - هو بطلان العقد في المقام، لقرينية ردّ القبض على عدم الأخذ بظهور قوله: «أجزت العقد».

وهذا الفرض لا يزيد على ما إذا باشر المالك بيع الصرف بدون القبض حتى انقضى المجلس، إذ لا شبهة في بطلان البيع حينئذ و عدم وجه لصحته، فمعنى قوله:

«أجزت البيع دون القبض» أجزت بيعاً باطلاً.

نعم يصح ذلك في البيع الذي لا يشترط في صحته القبض في المجلس، إذ لا مانع من صحة البيع فقط بالإجازة دون القبض.

لا تشترط الإجازة بالفور

(5) الغرض من عقد هذا الأمر التنبيه على عدم اشتراط إجازة البيع الفضولي بوقوعها فوراً بعد العلم به، وقد صرّح جمع من الأصحاب بذلك كالشهيدي والفاضل

المقداد وأصحاب الحدائق والرياض - كما في مفتاح الكرامة «1» - و المناهل، ففي الأخير:

«لا يشترط في الإجازة الفورية كما صرح به في الدروس، اللهم إلا أن يترتب الضرر على من لا إجازة له، بحيث لا يتحمل عادة، فيحتمل حينئذ إجبار من له الإجازة على اختيار أحد الأمرين الفسخ أو الإمضاء إن أمكن، وإلا فيجوز الفسخ مطلقاً» (2).

وقد تعرض المصنف قدس سره أيضاً لما يتفرع على عدم اعتبار الفور في الإجازة، وهو:

أنه لو تضرر الأصيل بعدم جواز تصرفه في شيء من العوضين في مدة التربص، فهل يجبر المالك على الإجازة أو الرد أم لا؟ وسيأتي بيانه.

(1) كما إذا علم بيع ماله فضولاً، ولم يجزه إلا بعد أسبوع، فإنه يصح، وينفذ العقد، وليست إجازة عقد الفضولي إلا كنفس البيع في عدم الفورية، وليست كخيار الغبن في سقوطه لو لم يأخذ به المغبون بعد علمه بالغبن.

واستند المصنف قدس سره في نفي دخل الفور في الإجازة إلى أكثر ما تقدم من الأدلة والمؤيّدات المذكورة في أول بحث البيع الفضولي.

فمن الأدلة إطلاق آية التجارة عن تراض، وعدم تقييدها بلحوق الرضا بالتجارة فوراً.

ومنها: صحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة، لوضوح أنّ مالكها الأصلي نفذ البيع بعد وقوعه بمدة طويلة، لكونه في السفر، وبعد رجوعه منه واطّلاعه على إقدام ولده ببيع الجارية لم يجز البيع فوراً، بل أخذها من المشتري، وانتهى الأمر إلى الترافع إلى أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه، ثم أجاز بيع ابنه. ولو كانت الفورية معتبرة في الإجازة لحكم عليه الصلاة والسلام بفساد البيع من جهة الفصل الكثير الموجب لفوات شرط تأثير الإجازة لو أجاز المالك، مع أنّه عليه السلام علّم المشتري طريق الوصول إلى حقه، فقال له: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك» وهذا التعليم شاهد على بقاء بيع الوليدة فضولاً على أهلية لحوق الإجازة به.

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 190، الدروس الشرعية، ج 3، ص 194، التنقيح الرائع، ج 2، ص 26 رياض المسائل، ج 1، ص 512

(2) المناهل، ص 289

للعقوبات، و لصحيحة محمد بن قيس «1» وأكثر المؤيّدات المذكورة (1) بعدها.

و لو لم يجز (2) المالك و لم يردّ حتى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه على القول بالكشف (3)

و عليه فيجوز للمجيز التواني في الإجازة، و لا يقدر في الإضاء، هذا.

(1) كأخبار الاتّجار بمال اليتيم، و تخلف عامل المضاربة عن الشرط، و تصرف الودعي عدوانا في الوديعة «2»، فإنّ إجازة المالك و الولي في هذه الموارد لم تصدر بعد العلم- بوقوع المعاملة الفضولية- مباشرة، بل مع الفصل. و لا أقل من الإطلاق، و أنّ تلك المعاملة قابلة للتنفيذ و الإضاء سواء وقعا فورا أم تراخيا.

و لعلّ التعبير بالأكثر- دون جميع المؤيّدات- لأجل ظهور بعضها في تحقق كلّ من الإجازة أو الردّ بعد العلم بالفضولية، كما في حكاية فعل السمسار في موثقة عبد الله «فيذهب فيشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول: خذ ما رضيت، و دع ما كرهت. قال:

لا بأس» «3» فإنّه- بناء على حمله على الفضولية- ظاهر في صدور الإجازة بعد العلم بشرائه فضولا من دون تراخ في البين.

(2) هذا متفرع على عدم كون الإجازة على الفور، و حاصله: أنّه لو أهمل مالك المال المعقود عليه فضولا، فلم يجز العقد و لم يردّه حتى تضرّر الأصيل الذي هو أحد طرفي العقد بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه- بناء على الكشف- فالأقوى تدارك ذلك الضرر بالخيار، أو بإجبار المالك الأصيل على الإجازة أو الرد.

(3) قيد للزوم الضرر على الأصيل، لأنّه على الكشف ينتقل بدل ماله إليه حين العقد الذي أنشأه الفضولي، فتأخير الإجازة يوجب الضرر عليه من ناحية عدم تصرفه فيما انتقل عنه و ما انتقل إليه. بناء على لزوم العقد من طرفه، و عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه و إليه. بخلاف القول بالنقل، لبقاء المالكين على ملك مالكيهما، فيجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه. و قد تقدم في ثمرات الكشف و النقل حكم تصرف الأصيل، فراجع (ص 107).

(1) تقدمت في ج 4، ص 388

(2) المصدر، ص 438 و 427 و 531

(3) المصدر، ص 460-464

فالأقوى (1) تداركه بالخيار، أو إجبار المالك [1] على أحد الأمرين (2).

(1) جواب قوله: «و لو لم يجز».

(2) وهما الإجازة و الرد.

[1] وجه هذا التخيير هو مبنى المصنف قدس سره في قاعدة نفي الضرر من أنّ المنفي بها هو نفس الحكم الضرري، فكل حكم ضرري مرفوع بها. ففي المقام يكون كل من لزوم عقد الفضولي على الأصيل، و من عدم جواز إجبار المالك على أحد الأمرين ضرراً، فهما مرفوعان. و لازم ذلك هو الخيار، أو إجبار المالك.

بخلاف البناء على ما أفاده صاحب الكفاية قدس سره من أنّ المنفي بقاعدة نفي الضرر هو الحكم بلسان نفي الموضوع، فإنّ حكم الموضوع الضرري - أعني به العقد - و هو لزومه على الأصيل منفي. فالمتعين هو الخيار. و أمّا عدم جواز إجبار فليس من أحكام العقد حتى يكون منفيًا بقاعدة نفي الضرر.

أقول: الظاهر تعين الخيار على كلا المسلكين، و عدم الوجه للتخيير بينه و بين إجبار المالك. إذ مورد الإجبار هو الامتناع عن الحق حتى يندرج في الممتنع الذي يكون الحاكم وليه، فيجبره على أداء الحق إلى صاحبه، أو الامتناع عن أداء التكليف الإلزامي الشرعي ليجبره الحاكم على امتثاله من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر. و ليس المقام كذلك، لعدم إيجاب عقد الفضول حقًا للأصيل على المالك، و لا وجوباً شرعاً للإجازة و الرد عليه.

و بيان أوضح: أنّ حرمة إجبار المالك ليست كاللزوم من أحكام العقد حتى تنفي بقاعدة الضرر، و يخير الأصيل بين الفسخ و بين إجبار المالك، ضرورة أنّ حرمة الإجبار من آثار الملك، لا من آثار العقد حتى ترتفع بالقاعدة، فالقاعدة بكلا مسلكي المصنف و صاحب الكفاية قدس سرهما لا تشمل عدم جواز الإجبار، لعدم كونه حكماً للعقد حتى يندرج في الموضوع الضرري أو في نفس الحكم الضرري أي في النفي البسيط في قاعدة نفي الضرر كما هو مبنى المصنف، أو في النفي المركب كما هو مسلك صاحب الكفاية. فالنزاع صغروي و هو عدم كون حرمة الإجبار من أحكام العقد حتى تندرج في قاعدة الضرر و ترتفع بها، إذ لو كانت من أحكام العقد لم يكن إشكال في ارتفاعها بها.

فتحصل ممّا ذكرنا: أنّ المتعين في المقام هو الخيار فقط، لعدم موجب لجواز إجبار المالك أصلاً.



السابع (1):

هل يعتبر في صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً (2)،

هل تعتبر مطابقة الإجازة للمجاز؟

(1) هذا سابع الأمور التي ينبغي التنبيه عليها، وهو: أنّه هل يعتبر في صحّة الإجازة مطابقتها من حيث العموم والخصوص لما وقع عليه عقد الفضولي أم لا؟ فإذا وقع العقد على شيئين - فرش وكتاب مثلاً - وأجاز مالكهما بيع الفرش فقط، فهل يصحّ ذلك؟ أم لا بدّ من إجازتهما معاً ليحصل التطابق بين الإجازة وبين ما وقع عليه العقد، كصورة كون المعقود عليه شيئاً واحداً معيّناً في مطابقة الإجازة لما وقع عليه العقد بالخصوص.

ظاهر المتن أنّ في المسألة احتمالات:

الأول: صحّة الإجازة فيما خالفت العقد بالعموم والخصوص، كما في مثال بيع كتاب وفرس فضولاً، وإجازة بيع أحدهما. والوجه فيه أنّ للمالك سلطنة على بيع ماله كلّاً أو بعضاً، و مطلقاً أو مقيداً، مباشرة أو تسيبياً، فتصح مخالفة الإجازة للعقد.

الثاني: بطلان الإجازة، لكون المجاز هو ما وقع من العقد، فلا بدّ في صحّة الإجازة من مطابقتها له.

الثالث: التفصيل بين كون المخالفة بنحو الكل والجزء، فيصح العقد، ويثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة، وبين كونها بنحو الإطلاق والاشتراط، بأن كان العقد مشروطاً بشيء، فأجازه مجرداً عن الشرط فيبطل.

ولو انعكس بأن كان البيع مطلقاً وأجاز مشروطاً بشيء، ففيه احتمالات:

أحدها: الصحّة بشرط قبول الأصيل.

ثانيها: الصحّة مطلقاً حتى لو رفض الأصيل الشرط.

ثالثها: البطلان، وهو مختار المصنف قدّس سرّه. وسيأتي الكلام في هذه الصور وأحكامها إن شاء الله تعالى.

(2) هذا و«عموماً» تمييزاً ل«مطابقتها» يعني: مطابقتها من حيث العموم والخصوص.

أم لا؟ وجهان (1). الأقوى التفصيل (2)، فلو أوقع العقد على صفقة، فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى (3) الجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين، فأجاز أحدهما، وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار (4).

ولو أوقع العقد (5) على شرط، فأجاز المالك مجرداً عن الشرط،

(1) يعني: الصحة مطلقاً، و البطلان كذلك، في قبال التفصيل الآتي، وقد تقدم أنفاً وجه الصحة و الفساد.

(2) الأولى أن يقال: «التفصيل بين الجزء و الشرط، فلو أوقع .. الخ» إذ لم يذكر شيئاً قبله حتى يفرّغ عليه قوله: «فلو أوقع».

و كيف كان فمحصل هذا التفصيل هو: أنه إذا وقع العقد على جملة من أشياء، فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز، لانحلال العقد إلى عقود عديدة. نظير ما إذا كانت الصفقة بين مالكين، فأجاز أحدهما، فإنه لا إشكال في صحة البيع فيما أجاز أحدهما، كما لو كانت الدار ملكاً لمشاعاً لزيد و عمرو، فباعها الفضولي، فأجاز زيد و لم يجزه عمرو، إذ يصحّ البيع بالنسبة إلى حصة زيد، فينتقل النصف المشاع إلى المشتري، و يثبت له الخيار، فإن شاء فسخ العقد، و إن شاء اقتنع بالنصف.

و الوجه في الصحة ما تقرّر في محلّه من انحلال العقد الواقع على متعدد إلى عقود عديدة، كما لو باع ما يملك كالشاة و ما لا يملك كالخنزير بإنشاء واحد، فيصحّ في الشاة، و يبطل في الخنزير.

و إذا وقع للعقد على شيء مقيّد، فأجاز المالك مطلقاً فسيأتي.

(3) جواب الشرط في «فلو أوقع» و وجه الجواز ما عرفت من انحلال العقد الواقع على شيتين أو أشياء إلى عقود عديدة.

(4) و هو خيار تبعض الصفقة للمشتري.

و لا يخفى أنّ مقتضى ما أفاده في الأمر السابق من تدارك ضرر الأصيل بالخيار أو بإجبار المالك هو جبران ضرر تبعض الصفقة بالخيار أو بإجبار المالك أيضاً، لا بالخيار فقط، على ما هو ظاهر قوله قدّس سرّه: «يجبر بالخيار».

(5) هذا شروع في حكم مخالفة الإجازة للعقد المجاز مخالفة الإطلاق و التقييد، كما إذا كان عقد الفضولي مشروطاً بشرط الخياطة مثلاً، و أجاز المالك مجرداً عن ذلك الشرط. و المصنّف قدّس سرّه حكم فيه بالبطلان بناء على اختصاص انحلال العقود بالأجزاء،

فالأقوى (1) عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط، وإن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء، ولذا (2) لا يؤثر بطلان الجزء، بخلاف بطلان الشرط (3).

ولو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط (4) وأجاز المالك مشروطاً، ففي (5) صحة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل، فيكون نظير

---

وعدم تطرقه في الشرائط، إذ مع تطرقه فيها كتطرقه في الأجزاء يكون المتعين الحكم بالصحة لأجل انحلال العقد من حيث الشرط كانهلته من حيث الجزء.

فمبنى بطلان العقد في المخالفة بالإطلاق والتقييد هو عدم انحلال العقد في الشروط، إذا المفروض وحدة العقد وبساطته، وعدم تعدده بالانحلال. وحيث إنه قيد بقيد قد نفاه مالك العقد فلا سبيل حينئذ إلى تصحيحه.

(1) جواب «ولو أوقع». وقوله: «مجرداً عن الشرط» قيد ل «عدم الجواز».

(2) أي: ولأجل قابلية العقد للتبعض من ناحية الجزء- وعدم قابليته للتبعض من حيث الشرط- لا يؤثر بطلان الجزء في بطلان العقد، كما إذا ظهر كون ذلك الجزء مستحقاً للغير.

(3) فإن بطلانه يؤثر في بطلان العقد، لأنه واحد غير متعدد حتى يصح في عقد مجاز، ويبطل في غيره. والوجه في عدم انحلاله من حيث الشرط ما قيل من عدم وقوع شيء من الثمن بإزائه.

(4) كما إذا باع دار زيد فضولاً بلا شرط، وأجازه المالك بشرط أن يصلي المشتري الصلوات اليومية أول أوقاتها مثلاً، ففي حكمه وجوه ثلاثة:

أحدها: صحة الإجازة مع الشرط الذي اشترطه المالك إذا رضي الأصيل بذلك الشرط، قياساً على الشرط الواقع في ضمن القبول، كما إذا قال البائع: «بعتك هذا الكتاب» ولم يشترط شيئاً، ولكن المشتري اشترط وقال: «اشتريت هذا الكتاب بشرط أن تجعل لي منه درسا» و رضي الموجب بهذا الشرط.

وبالجملة: فعقد الفضولي مع شرط المالك المجيز- ورضا الطرف الأصيل به- صحيح و يجب الوفاء به.

(5) جواب الشرط في قوله: «ولو انعكس».

الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب، أو بدون (1) الشرط، لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيّز العقد، فلا يجدي وقوعه في حيّز القبول إلا إذا تقدّم (2) على الإيجاب ليرد الإيجاب عليه أيضا (3). أو بطلانها (4)، لأنّه إذا لغا الشرط لغا المشروط، لكون المجموع التزاما واحدا، وجوه (5)، أقوالها الأخير (6) [1].

(1) معطوف على «مع الشرط» وهذا هو الوجه الثاني، وحاصله: أنّ العقد صحيح دون الشرط، لأنّ الشرط الذي يجب الوفاء به هو خصوص الشرط الواقع في حيّز العقد وفي ضمنه، وحيث إنّ شرط المالك لم يقع في ضمن عقد الفضولي، إذ المفروض وقوعه مجردا عن الشرط، فلم يرد الإيجاب عليه حتى يندرج في الشرط الواقع في ضمن العقد ويشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط.

(2) أي: إذا تقدّم القبول الحاوي للشرط، كأن يقول المشتري: «اشتريت هذا الكتاب بشرط أن يجعل لي البائع منه درسا» ويقول البائع: «بعتك هذا الكتاب مع الشرط المزبور».

فالنتيجة: صحة العقد المجاز مجردا عن الشرط، وعدم بطلان العقد به.

(3) يعني: كورود القبول على الشرط كما مرّ، وضمير «عليه» راجع إلى الشرط.

(4) معطوف على «صحة الإجازة» وهذا هو الوجه الثالث، ومحصله: بطلان الإجازة الموجب لبطلان العقد، وذلك لسراية بطلان الشرط إلى المشروط وهو العقد، لما قيل: من انتفاء المشروط بانتفاء شرطه. بدعوى: أنّ مجموع العقد والشرط التزام واحد بسيط، لا متعدد حتى لا يلتزم من انتفاء البعض انتفاء الكلّ.

(5) مبتدأ مؤخر، وجملة «ففي صحة الإجازة» خبره.

(6) وهو بطلان الإجازة الموجب لبطلان العقد والشرط معا، وهذا مبني على مفسدية الشرط الفاسد للعقد، وهو خلاف مختاره في باب الشروط من عدم مفسديته له.

والظاهر أنّ مفسدية الشرط للعقد وعدمها مبنية على وحدة المطلوب وتعدد.

فعلى الأوّل يفسد العقد دون الثاني.

---

[1] تفصيل الكلام في المقام هو: أنّ الإجازة قد تطابق العقد، كما إذا باع الفضولي

دكان زيد، ولما علم زيد بذلك أجاز البيع كما وقع من دون تفاوت أصلاً. وهذا لا إشكال في صحته.

وقد تخالف العقد، إما مخالفة تباينية، كما إذا وقع العقد على الدكان مثلاً، وأجاز المالك بيع الدار. ولا إشكال في بطلانه.

وإما مخالفة بالجزئية والكلية، كما إذا باع الفضولي تمام الدكان، وأجاز المالك نصفه.

والظاهر صحته، لما ثبت في محله من انحلال البيع بحسب أجزاء المبيع، فالمجاز بعض العقود التي انحلت إليها عقد الفضولي، لا جميعها. وهذا نظير بيع ما يملك وما لا يملك، وبيع المال المشترك بين شخصين إذا أجاز أحدهما بيع ماله دون الآخر. غاية الأمر أنّ الطرف الآخر يثبت له خيار تبعض الصفقة.

وإما مخالفة بالإطلاق والتقييد، كما إذا باع الفضولي دكان زيد بلا شرط، وأجاز المالك ذلك البيع بشرط أن يتصدّق على فقير بدينار، أو العكس، كما إذا باع الدكان بشرط أن يصوم يوم الجمعة، وأجاز المالك هذا البيع بدون ذلك الشرط.

والمصنف قدس سرّه حكم بعدم الجواز في هذه الصورة، لعدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط وإن كان قابلاً له من حيث الأجزاء، وحكم في الصورة السابقة بكون أقوى الوجوه بطلان الشرط والمشروط، لما أفاده في المتن.

أقول: ينبغي البحث عن جهات:

الأولى: أنّ البحث عن اعتبار مطابقة الإجازة للعقد صغروي لا كبروي، لأنّ مفهوم الإجازة- وهو إنفاذ العقد- متقوم بمطابقة الإجازة له، وإلا لم تكن إنفاذاً له. وهذه المطابقة كمطابقة القبول للإيجاب التي قال المصنف فيها: إنّها من القضايا التي قياساتها معها.

فالبحث عن وجود المطابقة في الأجزاء دون الشرائط مثلاً صغروي.

الثانية: أنّ الضابط في صحة إجازة بعض العقد وعدمها- ومطابقتها له في جميع الصور من العموم والخصوص والشرط والمشروط- هو تعدد الالتزام العقدي ووحده، دون الجزء والشرط كما عليه المصنف قدس سرّه، حيث إنّ جعل مورد صحة إجازة بعض العقد خصوص المبيع ذي الأجزاء، دون العقد المشروط، فإنّه أبطل إجازة المشروط بدون الشرط،

---

لأنّ الشرط إن كان قيّداً للبيع دون المبيع أو جب ذلك تعدد الالتزام، كما إذا قال: «بعتك كتاب المكاسب بشرط أن تقرأ منه كل يوم ورقة» فإنّ هنا التزامين أحدهما الالتزام ببيع الكتاب، و الآخر بالقراءة منه. فلا مانع حينئذ من إجازة المالك التزام ببيع دون شرطه.

نعم إن كان الشرط قيّداً للمبيع كأن يقول: «بعتك حقة حنطة كرديّة» حيث إنّ المبيع حصة خاصة من طبيعة الحنطة الكرديّة، و التبديل أو التمليك تعلق بخصوص تلك الحصة، كان الالتزام واحداً، و ليس للمالك إجازة حصة من طبيعة الحنطة سواء أ كانت كرديّة أم غيرها.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ صحة إجازة بعض العقد منوطة بتعدد الالتزام، من دون تفاوت بين الجزء و الشرط.

الثالثة: أنّه لا فرق في اعتبار مطابقة الإجازة للعقد بين الكشف و النقل، لأنّ مقتضى مفهومها- و هو إنفاذ العقد- عدم الفرق بين إنفاذه من حين وقوع العقد و بين إنفاذه من حين الإجازة، فإنّ متعلق الإجازة هو نفس العقد سواء أثرت فيه من زمان وقوعه أم من حين الإجازة، غاية الأمر أنّها على الكشف شرط متأخر، و على النقل شرط متقدّم.

و أمّا (1) القول في المجيز، فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور (2):

[الأول: اعتبار الكمال حين الإجازة]

الأول (3): يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد [1].

الكلام في ما يعتبر في المجيز

(1) معطوف على ما ذكره في (ص 5) بقوله: «أمّا حكمها».

(2) هذه الأمور متعلقة بشرائط المجيز، وتذكر في طيّ مسائل.

اعتبار الكمال حين الإجازة

(3) هذا أول تلك الأمور، وينبغي أن تعدّ الشرائط الأربعة المذكورة في هذا الأمر من القضايا التي قياساتها معها، لما مرّت الإشارة إليه في رابع تنبيهات الإجازة من أنّ الإجازة من أحكام الملك كجواز البيع، فكلّ ما يشترط في البيع الابتدائي يشترط في الإجازة، لكونها تصرفاً مالياً. فالمجيز لعقد الفضولي يكون كالبائع ابتداءً في اعتبار البلوغ والعقل والرشد فيه، فكما لا يكفي في صحة البيع مالكية البائع للمبيع، بل يعتبر سلطنته على التصرف وعدم حجره عنه، فكذا تعتبر أهلية التصرف حال الإجازة.

[1] اعتبارهما يكون في حال الإجازة، فلو فقدهما بعد الإجازة لم يقدح في صحّة العقد، كما أنّهما لو لم يكونا قبل الإجازة ووجدا حال الإجازة كفي في صحة العقود، كالجنون الأدواري إذا وقعت الإجازة في دور إفاقته.

ولو (1) أجاز المريض بني نفوذها (2) على نفوذ منجزات المريض.

ولا فرق فيما ذكر (3) بين القول بالكشف والنقل.

وعليه فلو أجاز الراهن أو المفلس بيع ماله المتعلق به حق المرتهن أو الغرماء لم تؤثر إجازته، لعدم جواز تصرفه في ماله من جهة تعلق حق المرتهن أو الغرماء به، فإن إجازة البيع تصرف مالي، وليس للراهن أو المفلس التصرف فيه قبل فكّه عن الحق المتعلق به.

(1) الأولى ابدال الواو بالفاء، لأنه متفرع على قوله: «جائز التصرف».

(2) أي: نفوذ الإجازة، وهذا مبني على تعميم عدم نفوذ منجزات المريض - زائدا على الثلث - للعقود المعاوضيّة، وعدم اختصاصها بالمجانيات والتبرعيّات كالعتق والهبة والصدقة والوقف والصلح والإجارة المحاباتيّتين، أو بعوض أقلّ، وإبراء الدين، وشراء من ينعق عليه ونحو ذلك. دون التسيبيات كإتلاف مال الغير والجناية على الغير بما يوجب الأرش أو الدية، أو ما يوجب الكفارة، فإنّ جميع ذلك دين يخرج من صلب المال، لا من الثلث.

وهذا التعميم غير ثابت كما يظهر بالمراجعة إلى تلك المسألة. وعليه فليس المريض محجورا عن التصرف المعاوضي في ماله، فلا بأس بإجازته لما وقع على ماله من عقد الفضولي.

(3) أي: لا فرق فيما ذكر - من اشتراط اجتماع هذه الأمور في المجيز - بين كون الإجازة كاشفة وناقلة، وذلك لكون الإجازة تصرفا اعتباريا في المال، إذ بدونها لا يؤثر العقد في النقل والانتقال، و جواز التصرف المالي مشروط بهذه الشروط، غاية الأمر أنّ الإجازة بناء على الكشف شرط متأخر، وعلى النقل شرط متقدم.

نعم بناء على الكشف المحض، وكون العقد سببا تاما، وعدم دخل للإجازة في تأثيره كما قيل - أو بناء على شرطية الرضا التقديري المقارن للعقد، وكون الإجازة كاشفة عنه - لا يعتبر جواز تصرف المجيز حين الإجازة، لعدم كون الإجازة حينئذ



الثاني (1): هل يشترط في صحة عقد الفضوليّ

تصرفًا ماليًا، فلا بأس بأن يجيز مثل المحجور عليه لسفه أو غيره، لعدم حجره عن إتيان ما يكشف عن أمر سابق عليه.

اشتراط وجود مجيز حال العقد

(1) هذا ثاني الأمور المبحوث عنها في المجيز، وغرضه من عقد هذا الأمر تحقيق جهة أخرى في من يجيز البيع الفضولي، وهي: أنه هل يشترط في صحة عقده أن يكون له مجيز حال العقد أم لا يشترط؟ بأن يكفي وجود المجيز حال إجازته.

و المراد بالمجيز وجود من هو أهل للإجازة، بأن لا يمنعه مانع عنها، بحيث لو أجاز لنفذ البيع، كما إذا بيع مال الصغير فضولاً بأقل من ثمن المثل، و امتنع وليّه عن إجازة البيع من جهة مخالفته لصلاح الطفل و غبطته، و لكن المتاع انخفض سعره السوقي بعد أيام بحيث صار أقل قيمة ممّا باعه الفضول به، فلو لم يجز الولي ذلك البيع تضرّر الصبي أكثر من بقاء المتاع في ملكه، فيقال: إن إمضاء بيع الفضولي مشروط بعدم مانع عن إجازة العقد، أم لا؟ فبناء على مسلك العلامة لم يكن البيع حال وقوعه بصلاح الصغير، فلا يقبل الإجازة بعده، و بناء على مسلك المشهور يكون المدار على المصلحة حال الإجازة، لا حال العقد، و لا عبرة بالمانع الموجود حاله.

ثم إن المناسب تقديم هذا الأمر الثاني على الأمر الأول، - كما أشار إليه السيد قدّس سرّه - لأنّ وجود المحل مقدّم على وجود عرضه رتبة، فالبحث عن أصل وجود المجيز حين العقد مقدم على البحث عن أوصافه من بلوغه و عقله و رشده كما لا يخفى.

قال السيد قدّس سرّه: «الكلام في أمور، أحدها: يشترط في المجيز أن يكون جازئ التصرف حال الإجازة.

الثاني: هل يشترط وجود مجيز جائز الإجازة حال العقد أو لا؟

الثالث: هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد بناء على اشتراط وجود مجيز جائز الإجازة أولاً؟ و أمّا بناء على عدم اشتراطه فمن المعلوم أنه لا يشترط ذلك.

فالمسألة الثالثة مبنية على اشتراط وجود المجيز، فيكون الكلام في أنه هل يجب أن يكون هو الذي كان حال العقد جائز الإجازة، أو يجوز أن يكون غيره.

الرابع: هل يشترط أن يكون مالكا حال العقد أو لا؟ كما إذا باع شيئا ثم ملك «1».

و كيف كان فكلام المصنف في هذا الأمر يقع في مقامين أحدهما: تحقيق حكم المسألة من حيث الاشتراط وعدمه، و ثانيهما: النظر فيما قيل حول عبارة العلامة.

و الكلام فعلا في المقام الأول.

(1) متمكن عادة من الإجازة، و ليس المراد ذات المجيز، لأنه موجود دائما، كالإمام عليه السلام و نائبه الفقيه المأمون و عدول المؤمنين، بل المراد هو الصالح للإجازة فعلا.

[1] لا يخفى أنه بعد وضوح عدم إمكان إرادة وجود ذات المجيز حين العقد، لأنه حاصل في جميع الموارد، و لا يتصور خلوّ عقد في زمان عن ذات المجيز، فلا محيص عن إرادة اشتراط وجود مجيز يتمكن عادة من إجازته و الاطلاع عليه. فبيع الولي مال الطفل بدون مصلحته مع تجددتها حال الإجازة من البيوع التي ليس لها مجيز قابل للإجازة حال العقد، إذ لا ولاية للولي على مثل هذا التصرف، فيصدق حينئذ عدم وجود مجيز قابل للإجازة حين العقد، لفقدان شرط صحته و هو مصلحة الطفل، و لكن المجيز و هو الطفل بعد البلوغ و سائر الشرائط قابل للإجازة.

هذا ما يمكن أن يراد من العنوان المذكور في هذا الأمر الثاني. و لا بد أن يراد بقوله:

«الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد .. إلخ» المجيز الفعلي، و هو المجيز حين الإجازة، يعني: لا يعتبر أن يكون المجيز حين الإجازة جائز التصرف حال العقد، سواء قلنا باعتبار وجود مجيز متمكن من الإجازة حين العقد أم لم نقل به.

فإن لم يكن حين العقد جائز التصرف كانت إجازته نافذة، فلا يلزم التكرار و وحدة العنوانين.

فيمكن أن يكون المجيز حال الإجازة جائز التصرف حين العقد كبيع مال اليتيم مع

فلا يجوز (1) بيع مال اليتيم لغير (2) مصلحة، ولا تنفعه إجازته (3) إذا بلغ [1] أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة (4) بعد البيع، أم لا يشترط (5)؟ قولان:

أولهما (6) للعلامة في

(1) هذا متفرع على اشتراط صحة عقد الفضولي بوجود مجيز حين العقد، إذ لا يزم هذا الاشتراط عدم صحة بيع مال اليتيم - بدون المصلحة - بإجازته بعد بلوغه، أو بإجازة وليه قبل البلوغ بعد طرء المصلحة.

وجه عدم الصحة: أنّ مثل هذا التصرف ليس له مجيز قابل للإجازة حال العقد وإن كان قابلاً لها حين الإجازة، فإن مقتضى اعتبار وجود مجيز قابل للإجازة حين العقد عدم فائدة في إجازة الولي أو اليتيم بعد بلوغه، وبعد طرء المصلحة. ولا فرق في عدم القابلية بين أن يكون لعدم المقتضي، وبين أن يكون لوجود المانع كجهل الولي بالمعاملة.

(2) التقييد بعدم المصلحة ظاهر الوجه، إذ لو كانت المصلحة في بيع ماله خوفاً من الضرر كان المجيز حال بيعه فضولاً موجوداً، فكان الولي يرضيه ويصح، ويخرج عن محلّ الكلام. فمحلّ البحث هو وجود المانع عن إجازته، بأن يترتب مفسدة على إمضاء بيع مال اليتيم فضولاً. مع وضوح اشتراط التصرف في ماله بكونه خيراً له، أو بعدم المفسدة.

(3) أي: ولا ينفع البيع إجازته، وضميراً «إجازته، وليه» راجعان إلى اليتيم.

(4) يعني: ولو صار العقد من حيث طرء المصلحة وتبدل المفسدة بها صحيحاً، ولكنه لأجل عدم وجود مجيز صالح للإجازة - حين العقد - فاسد من أصله.

(5) معطوف على «هل يشترط»، وقوله: «قولان» مبتدأ، وخبره محذوف.

(6) وهو اشتراط وجود مجيز صالح للإجازة حين العقد.

المصلحة، فإنّ وليه حين العقد والإجازة جائز التصرف. ويمكن أن لا يكون كذلك، كما إذا بيع مال اليتيم فضولاً بدون المصلحة، فأجاز اليتيم بعد البلوغ، فإنّ اليتيم حين العقد لم يكن جائز التصرف، وصار جائز التصرف بعد البلوغ وحين الإجازة.

[1] هذا مبني على كون المصلحة شرطاً للصحة كشرطية معلومية العوضين حين البيع.

(1) قال في القواعد: «و الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل، فبلغ و أجاز، لم ينفذ على إشكال» «1»، فإنّ قوله: «في الحال» ظاهر في حال العقد، لا حال الإجازة.

و تعبيره ب «في ظاهر القواعد» لعلّه لأجل عدم الجزم بأنّ مراد العلامة قدس سرّه اعتبار وجود مجيز حال العقد، و الوجه في عدم الجزم بالمطلب استشكله في فرع المسألة بقوله:

«لم ينفذ على إشكال» إذ لو كان هذا الشرط مسلّمًا كان المناسب ترجيح عدم نفوذ بيع مال الطفل و عدم الإشكال فيه.

هذا إذا كان الإشكال راجعًا إلى عدم نفوذ بيع مال الطفل.

و احتمال السيد العاملي «2» قدس سرّه رجوع الإشكال إلى أصل اشتراط أن يكون للعقد مجيز في الحال، فكأنّه قال: «و الأقرب على إشكال اشتراط ..» فيكون العلامة متردّدًا في القواعد- في هذا الشرط، كما استشكل فيه في نهاية الأحكام.

و يظهر من صاحب المقابس قدس سرّه تطرّق احتمالين في عبارة القواعد، و لذا قال بعد نقل كلمات جمع كفخر المحققين و المحقق الكركي و الفاضلين السيوري و الصيمري و الشهيد: «فمراده- أي العلامة- اشتراط وجود من يجيز العقد حال صدوره، أو كونه على الأوصاف المعتمدة في الإجازة من الكمال و الملك» «3». فيظهر منه التريديد في أنّ المراد اعتبار وجود مجيز حال العقد، أو اعتبار اجتماع شروط الإجازة حالها.

و كيف كان فالمصنف استظهر اشتراط صحة بيع الفضولي بأن يكون للمجيز قابلية الإجازة حين العقد، كما نقله صاحب الجواهر عن بعض بقوله: «قيل» «4».

(2) أي: للقول الأوّل و هو الاشتراط، و المصنف قدس سرّه نقل وجهين لكلام العلامة المذكورين في جامع المقاصد، و الأوّل منهما لفخر المحققين، و بناه على مقدمات ثلاث

(1) قواعد الاحكام، ج 2، ص 19. نهاية الاحكام، ج 2، ص 476

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 195.

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 34.

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 297.

سيأتي توضيحها، فلخصه المحقق الثاني، ثم ناقش فيه بما ذكره الفخر وجها لعدم الاشتراط وقواه. و الوجه الثاني للسيد العميد قدس سرّه. و العبارة المنقولة في المتن للمحقق الثاني قدس سرّه، قال: «وجه القرب: انه مع عدم من له أهلية الإجازة تكون صحّة العقد ممتنعة في الحال، و إذا امتنعت في زمان امتنعت دائما، لأنّ بطلان العقد في زمان يقتضي بطلانه دائما. و لما فيه من الضرر على المشتري .. إلخ» (1).

(1) هذا أول الوجهين المستدل بهما على الاشتراط، و محصّ له- على ما في الإيضاح- بتوضيح بعض المحققين قدس سرّه هو: «أنّ عقد الفضولي مع اشتراكه مع العقود الفاسدة- في عدم التأثير فعلا- يمتاز عنها في أنه قابل للتأثير بالإجازة دون غيره، فلا بدّ أن يكون عقد الفضولي واجدا لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعالية التأثير إلّا إلى عدم فعالية الإجازة.

و أمّا مع عدم إمكان الإجازة حال العقد فلا يكون العقد حينئذ واجدا لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، إذ منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة فعلا، فإذا امتنعت الإجازة فعلا امتنعت الصحّة التأهيلية فعلا زيادة على الصحّة الفعلية المقرونة بفعليّة الإجازة لا بإمكانها. و لا نعني بالصحّة التأهيلية إلّا إمكان نفوذ العقد فعلا بالإجازة. مع أنّه لا يمكن، لامتناع الإجازة. و إذا امتنعت الصحّة التأهيلية في زمان امتنعت دائما، لأنّ ما يتفاوت حاله بتفاوت الأزمان هي الصحّة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحّة الفعلية و عدمه، لا الصحّة التأهيلية. (2)».

و ملخص هذا التقريب أمور.

أحدها: اقتران الصحّة التأهيلية بالعقد و عدم انفكاكها عنه.

ثانيها: توقف هذه الصحّة على إمكان الإجازة فعلا أي من حين وقوع العقد، و مع امتناعها لا يثبت الصحّة التأهيلية فعلا للعقد، فهذه الصحّة منوطة باجتماع جميع مراتب

(1) و لا حظ: جامع المقاصد، ج 4، ص 72، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 418 و 419، كنز الفوائد، ج 1، ص 385

(2) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قده، ج 1، ص 164.

فإذا امتنع (1) في زمان امتنع دائما. وبلزوم (2) الضرر على المشتري، لامتناع (3) تصرفه في العين، لإمكان (4) عدم الإجازة، و لعدم (5)

الإمكان التي منها إمكان فعلية الإجازة، و مع امتناعها لعدم وجود مجيز حين العقد لا يثبت له الصحة التأهيلية أيضا. وقد عرفت عدم انفكاك الصحة التأهيلية عن العقد، فإمكان فعلية الإجازة دخيل في الصحة التأهيلية.

ثالثها: أنّ المائز بين عقد الفضولي و العقود الفاسدة هو وجود الصحة التأهيلية فيه دونها، هذا.

(1) كذا في نسخ الكتاب، و الأولى كما في جامع المقاصد «امتنت».

(2) معطوف على «بأنّ» و هذا ثاني الوجهين على اعتبار وجود مجيز حال العقد و هو للسيد العميد.

و حاصل هذا الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري- الذي يجب عليه الوفاء بالعقد، لكونه أصيلا- من جهة امتناع تصرفه في كل من المثلث و الثمن.

أمّا في المثلث فلا إمكان عدم إجازة مالكة الكاشف عن بقائه على ملك مالكة، و كون تصرف المشتري فيه تصرفا عدوانيا، إذ بناء على شرطية الإجازة- و لو بنحو الشرط المتأخر- لسببية العقد للملكية و ترتب الأثر لا يخرج المثلث عن ملك مالكة قبل الإجازة.

و أمّا في الثمن فلا إمكان حصول الإجازة الكاشف عن خروجه عن ملكه، و دخوله في ملك البائع، فيكون تصرف المشتري فيه تصرفا في ملك غيره. و من المعلوم أنّ منعه عن التصرف في كلّ من المبيع و الثمن ضرر على المشتري الأصيل.

(3) تعليل للزوم الضرر، فإنّ منع تصرفه- في العين التي اشتراها من الفضولي- ضرر عليه.

(4) هذا تعليل لامتناع تصرف المشتري في المبيع، و ناظر إلى شرطية الإجازة للعقد و لو بنحو الشرط المتأخر. و حاصل التعليل: احتمال عدم إجازة المالك الأصيل، فيكون تصرف المشتري في ملك الغير، و هو حرام.

(5) معطوف على «لإمكان» و هذا ناظر إلى جزئية الإجازة للعقد، فكأنه قيل:

تحقق المقتضي [1]. وفي الثمن (1)، لإمكان (2) تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

ويضعف الأول (3)

«امتناع تصرف المشتري الأصيل في العين المنتقلة إليه إمّا لفقد شرط تأثير العقد و هو الإجازة، و إمّا لعدم تحقق المقتضي و هو العقد، باعتبار عدم حصول جزئه أعني الإجازة». و على هذا المعنى ينبغي تبديل و أو العطف ب «أو» بأن يقال: «أو لعدم» لكن المذكور في جامع المقاصد هو العطف بالواو.

(1) معطوف على «في العين» يعني: و لامتناع تصرف المشتري في الثمن أيضا.

(2) تعليل لعدم جواز تصرف المشتري في الثمن أيضا، و حاصل التعليل: احتمال صدور الإجازة من مالك المثلث، و خروج الثمن عن ملك المشتري و دخوله في ملك البائع، فيكون تصرف المشتري الأصيل حينئذ في الثمن تصرفا في ملك الغير.

(3) أي: الدليل الأول للمحقق الثاني قدس سره و هو «أنّ لازم امتناع العقد في زمان امتناعه دائما» و قد أجاب المصنف قدس سره عن هذا الدليل بوجهين، أحدهما نقضي، و الآخر حلّي.

أمّا النقضي فحاصله: أنّ عدم المجيز حين العقد منقوض بما إذا كان المجيز موجودا

[1] و يحتمل أن يراد ب «لإمكان عدم الإجازة» شرطية عنوان التعقب، حيث إنّ احتمال عدم تحقق الإجازة يوجب الشك، في اتصاف العقد فعلا بعنوان التعقب الذي هو شرط نفوذ العقد. و أن يراد ب «و لعدم تحقق المقتضي» عدم تحقق الإجازة بناء على شرطية الإجازة بوجودها الخارجي.

و بهذا الاحتمال يدفع التهافت بين احتمال عدم الإجازة، و عدم تحقق المقتضي الذي يراد به الإجازة أيضا.

إلا أن يقال: إنّ إرادة الكشف التعقب من كلام المحقق الكركي منافية لمبناه من القول بالكشف الحقيقي، و أنّ شرطية الوصف الانتزاعي حدثت من عصر المحققين صاحب الحاشية و الفصول.

- مضافا (1) إلى ما قيل: من انتفاضة بما إذا كان المجيز بعيدا (2) امتنع الوصول إليه

حال العقد، و لكن كان بعيدا عن المكان الواقع فيه عقد الفضولي بحيث يمتنع الوصول إليه عادة، فإنه لا يمكن الالتزام ببطلان هذا النقص، مع جريان ما استدلّ به العلامة في هذه الصورة- أي صورة النقص - أيضا، إذ يصدق فيها «عدم وجود مجيز يتمكّن من الإجازة حين العقد» فإنّ هذا العقد صحيح، و يجبر ضرر المشتري بالخيار.

و هذا النقص - كما أشرنا إليه - مذكور في كلام فخر المحققين وجها لعدم الاشتراط، و جعله المحقق الكركي نقضا على العلامة، قال: «و يضعّف بانتفاضة ممّن كان بعيدا، يمتنع الوصول إليه عادة إلا في زمان طويل». «1»

و أمّا الحلّي، فهو منع استلزام بطلان العقد في زمان لبطلانه دائما، لعدم توقف الصحة التأهيلية على وجود مجيز حال العقد، و أنّ صحته تأهلا تكون من حين وقوعه، من دون انفكاكها عنه في آن.

و بيانه: أنّ المدار في الصحة التأهيلية - التي يمتاز بها عقد الفضولي عن العقود الفاسدة - يكون على ما يستفاد من الأدلة الشرعية، و من المعلوم أنّ المستفاد منها هو مجرد صحة العقد بلحوق الإجازة له فيما بعد، و لا يستفاد منها بوجه اعتبار وجود مجيز حين العقد في الصحة التأهيلية، لأنّ هذه الاستفادة منوطة بكون المراد بالصحة التأهيلية ما يساوق الإمكان الاستعدادي من جميع الوجوه حتى يعتبر وجود مجيز قابل فعلا للإجازة حين العقد. بل إطلاق الأدلة - كتجارة عن تراض - يدفع اعتباره.

و الحاصل: أنّ الصحة التأهيلية لعقد الفضولي لا تتوقّف على وجود مجيز يتمكّن من الإجازة حال العقد.

(1) هذا إشارة إلى الجواب النقضي الذي تقدم بقولنا: «اما النقضي فحاصله:

أن .. إلخ».

(2) أي: بعيدا عن محلّ العقد الذي أنشأه الفضولي، بحيث يمتنع الوصول إليه عادة لأن يجيز.

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 72.

ص: 227



عادة- بمنع (1) ما ذكره [1] من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه (2) دائما، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف (3).

وأما الضرر (4) [2] فيتدارك

(1) متعلق ب «يضعّف» وهذا هو الجواب الحلي المتقدم بقولنا: «وأما الحلّي .. إلخ».

(2) الأولى أن يقال: «لا امتناعها» رعاية لمرجع الضمير، وهو الصّحة.

(3) يعني: أنه لا- فرق في منع الملازمة- بين بطلان العقد في زمان وبين بطلانه دائما- بين كاشفية الإجازة وناقليتها، وذلك لأن وجود المجيز حين العقد بناء على اعتباره دخيل في الصحة التأهيلية، سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة. ففي فرض عدم وجود المجيز حين العقد يكون العقد في نفسه باطلا، كبطلانه بفقدان سائر شرائط صحة العقد. فلا تصحّ الإجازة مطلقا كاشفة كانت أم ناقلة.

(4) هذا ردّ الوجه الثاني المذكور في كلام المحقق الكركي في تقريب ما اشترطه

[1] ظاهره منع اقتضاء بطلان العقد حدوثا لبطلانه بقاء، بل يمكن التفكيك ببطلانه حدوثا وصحته بقاء. وهذا غير مراد قطعا، لوضوح أنّ فقد شرط صحة العقد يقتضي البطلان حدوثا وبقاء، بل المراد نفي البطلان حدوثا حتى يدعى بطلانه بقاء.

والحاصل: أنّ النزاع صغروي، وهو عدم بطلان العقد حدوثا لأجل عدم مجيز حين العقد، لا أنّه باطل حدوثا وصحيح بقاء، فإنّ الكبرى- وهي الملازمة بين بطلان العقد حدوثا وبقاء- مسلمة، وليست قابلة للחדثة، فإنّ البيع الربوي وبيع المجهول وغيرهما من البيوع الباطلة باطلة حدوثا وبقاء، ولا يمكن تصحيحها بقاء.

فغرض المصنف منع الملازمة صغرويا لا كبرويا، بمعنى: أنّ الملازمة بين فساد العقد حدوثا وبقاء وإن كانت مسلمة، ولكن المقام ليس من صغرياتهما، لعدم كون وجود المجيز حين العقد شرطا في صحة العقد.

[2] لا يخفى أنّ الضرر يتدارك بالخيار في ظرف الجهل. وأما في حال العلم فلا موجب لرفعه لمكان الإقدام عليه.

لكن بعض محققي المحشين قدس سرّه قال: «والتحقيق أنّ صحة هذا العقد واقعا وكذا لزومه الناشئ من صحّته لا توجب ضررا، ولذا لا يترتب ضرر مع القطع بصحّته ولزومه، والضرر ينشأ من الجهل بالصحة والفساد، ودوران كلّ من العوضين بين أن يكون ماله أو

العلامة، و كان المناسب سوق العبارة هكذا: «و يضعف الثاني و هو قاعدة نفي الضرر بمنعه، لتداركه بما يتدارك .. إلخ».

و كيف كان فقد ردّه المصنف بناء على كون الفضولي على طبق القاعدة، و أنّ الأدلة العامة تقتضي صحته. فمحصل الردّ حينئذ: أنّ ضرر المشتري الأصيل الناشئ من منع تصرفه في كلّ من الثمن و المثلثن يجبر بالخيار، كما يجبر به ضرر عدم إمكان الوصول إلى المالك الأصيل في صورة النقص المذكورة في المتن.

مال غيره. و ليس للجهل حكم شرعي ضرري حتى يرتفع، بل وجوب الاحتياط حكم عقلي، و قد بيّنا في محله أنّ المرفوع بقاعدة الضرر و الحرج هو الحكم الشرعي الضروري أو الحرجي، لا ما ليس من مجعولات الشارع» (1).

أقول: لا ينبغي الارتياح في كون منشأ الضرر هو لزوم العقد و صحته، من غير فرق فيه بين العلم باللزوم و الجهل به، غاية الأمر أنّ الحكم الضروري لما كان رفعه امتنانياً كان رفعه في حال وجود الامتنان و هو حال الجهل. و أمّا مع العلم بالضرر و الإقدام عليه فلا امتنان في البين حتى تجري فيه قاعدة الضرر. فالضرر ناش من لزوم العقد في كلتا حالتي العلم و الجهل. غاية الأمر أنّ إقدامه على الضرر مع العلم به يدفع الامتنان و يمنع عن قاعدة الضرر.

و الحاصل: أنّ الموجب للضرر على كل حال هو لزوم العقد، لكن قاعدة الإقدام تمنع عن جريان قاعدة الضرر.

و ما نحن فيه نظير سائر موارد الضرر كالبيع الغبني، فإنّ الإقدام على الغبن مع العلم به لا يرفع لزوم البيع الذي نشأ منه الضرر.

و بالجملة: فقاعدة الضرر تجري في حال الجهل، لوجود المقتضي و عدم المانع، و لا تجري في حال العلم، لوجود المانع و هو قاعدة الإقدام.

نعم هذا الدليل أخص من المدعى، و هو اعتبار وجود مجيز حين العقد، لا اختصاصه بصورة الضرر مع الجهل به.

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدس سرّه، ج 1، ص 165.

بما يتدارك به (1) صورة (2) النقص المذكورة.

هذا كله مضافا (3) إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار

(1) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: «بما» المراد به الخيار. ولم يبيته هنا اعتمادا على ما ذكره في سادس الأمور المتعلقة بالإجازة من قوله: «ولو لم يجز المالك ولم يرد حتى لزم تضرر الأصل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه وإليه على القول بالكشف، فالأقوى تداركه بالخيار» فلاحظ (ص 210).

(2) وهي صورة كون المجيز بعيدا عن محل عقد الفضولي، بحيث يمتنع الوصول إليه في مدة قصيرة حتى يجيز العقد.

(3) غرضه منع أصل الاشتراط المذكور في كلام العلامة قدس سره، ومحصله: الاستدلال بفحوى النصوص الواردة في نكاح الصغيرين فضولا، كما استدلت بها جماعة على نفي أن يكون للعقد مجيز في الحال. قال صاحب المقابس: «لو كان شيء مما ذكر في المنع صالحا لذلك لعم جميع العقود وثبت في النكاح أيضا، بل بالطريق الأولى. لكن نكاح الفضولي للصغير والصغيرة مع إجازتهما بعد البلوغ جائز اتفاقا نصا وفتوى، فكذلك سائر العقود» (1).

وفي الجواهر: «مضافا إلى خبر الصغيرين» (2).

وتوضيح ما أفاده المصنف قدس سره: أن استفاد من النصوص الواردة في تزويج الصغار صحة العقد مطلقا سواء أكان لهم ولي، وأهمل الإجازة إلى بلوغهم، أم لم يكن لهم ولي.

فمن تلك النصوص ما رواه عبّاد بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل زوّج ابنا له مدركا من يتيمة في حجره. قال: ترثه إن مات، ولا يرثها، لأن لها الخيار، ولا خيار عليها» (3). وقریب منه غيره (4).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 35

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 297، جامع الشتات، ج 1، ص 163 (الطبعة الحجرية) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 195

(3) وسائل الشيعة ج 17، ص 528، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 2

(4) المصدر، ج 14، ص 207، الباب 6 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث 2

فضولا الشاملة (1) لصورة وجود وليّ النكاح وإهماله (2) الإجازة إلى بلوغهم، وصورة (3) عدم وجود الولي، بناء (4) على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح، وانحصار (5) الولي في الأب والجدّ والوصي، على خلاف فيه (6).

و كيف كان (7) فالأقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكي «1» عن ابن المتوّج

فإنّ الأخبار الواردة في تزويج البنات اليتامى فضولا لو لم تكن منصرفة إلى خصوص موارد عدم وجود مجيز حال العقد، فلا أقلّ من إطلاقها الشامل لصورة عدم المجيز حينه، فإنّ ثبوت الإرث لليتيمة- وكذا الخيار لها- يدلّان على صحة التزويج مع عدم وليّ حين التزويج يمكنه فعلا إجازة العقد.

(1) صفة للأخبار.

(2) الظاهر أنه مفعول معه وقوله: «إلى بلوغهم» متعلق بالإهمال.

(3) معطوف على «صورة وجود وليّ النكاح».

(4) قيد لعدم وجود الولي، يعني: أنّ فرض عدم وجود الولي مبني على عدم ولاية الحاكم الشرعي على الصغير في النكاح، وإلا فالوليّ موجود دائما، لأنّه إمّا الحاكم وإمّا عدول المؤمنين.

(5) معطوف على «عدم ولاية» يعني: وبناء على انحصار الولي في الأب والجد بلا إشكال.

(6) أي: في الوصي، فإنّ في ولايته على نكاح الصغير خلافا بين الفقهاء. فقوله قدّس سرّه:

«على خلاف فيه» قيد لخصوص الوصي، دون من تقدّمه من الأب والجدّ.

(7) يعني: سواء أكان ما ذكرناه- من النقص والحلّ- في رد ما استدلّ به لقول العلامة صحيحا بتمامه، أم كان بعضه صحيحا، فالأقوى عدم اشتراط صحة عقد الفضولي بوجود مجيز حين العقد. وهذا وجيه بناء على كون الفضولي على طبق القاعدة، لشمول

(1) الحاكي عنهم هو السيد العاملي، لكن ظاهر عبارة السيد عدم الظفر بكلام ابن المتوّج، وإمّا نقل عنه بواسطة، فقال: «على ما نقل عنه» فلاحظ مفتاح الكرامة ج 4، ص 195. وهو كما في أمل الآمل ورياض العلماء «الشيخ ناصر بن أحمد بن عبد الله بن المتوّج البحراني، صاحب الذهن الوقّاد، فاضل محقق فقيه حافظ...» لاحظ أمل الآمل، ج 2، ص 333، رياض العلماء، ج 6، ص 34

البحراني والشهيد «1» و المحقق الثاني «2» وغيرهم «3»، بل لم يرجّحه (1) غير العلامة رحمه الله.

ثم اعلم أنّ العلامة (2) في القواعد مثل لعدم وجود المجيز بيع مال اليتيم.

---

العمومات والإطلاقات له.

و أمّا بناء على كونه على خلاف القاعدة، واستناد صحته إلى الأخبار الخاصة- كصحيحة محمد بن قيس و ما ورد في الاتجار بمال اليتيم و نحوهما- فيشكل القول بصحته، لاختصاص مواردها بصورة وجود المجيز حال العقد.

(1) يعني: لم يرجّح اشتراط وجود مجيز حال العقد غير العلامة، فيكون قوله مخالفاً للمشهور. بل لم يظهر موافق للعلامة. وبهذا ظهر وجه الإتيان بكلمة «بل» وأنّ المخالف في المسألة أي النافي للاشتراط غير منحصر في المذكورين، بل المعظم أو الكل ذهبوا إلى عدم الاعتبار. هذا ما أفاده المصنف في المقام الأوّل. وسيأتي الكلام في المقام الثاني الناظر إلى ما قيل حول عبارة القواعد.

(2) قد تعرض المصنف قدّس سرّه حول كلام العلامة- من اشتراط وجود المجيز في حال العقد- لمطالب:

الأوّل: تمثيل العلامة لعدم المجيز حال العقد ببيع مال اليتيم.

الثاني: إيراد بعض العامة عليه: بأنّ عدم المجيز حين العقد فرض غير واقع على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام عليه الصلاة و السلام، و عدم خلوّ زمان عنه عليه السّلام، و هو وليّ من لا وليّ له، و عليه فولّي بيع مال اليتيم موجود حين البيع.

الثالث: ردّ العلامة قدّس سرّه لهذا الإيراد، و محصل ردّه هو: عدم التمكن من الوصول إليه عليه السّلام، فيصدق حينئذ عدم وجود مجيز لبيع مال اليتيم حين البيع.

الرابع: انتصار بعض الفقهاء- للمورد العامي المتقدّم- بما حاصله: أنّ الإمام عليه السّلام و إن كان غائبا لا يمكن الوصول إليه، لكن يمكن الوصول إلى نائبه، و هو المجتهد

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 193.

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 73

(3) كالفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج 2، ص 26، و حكاه عنه في مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 34

ص: 232

و حكي عن بعض العامة (1) - وهو البيضاوي على ما قيل «1» - الإيراد عليه (2):

بأنه (3) لا يتم على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

وعن المصنّف (4) قدس سرّه أنّه أجاب: بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه.

---

الجامع للشرائط، بل لو فرض عدمه أيضا فعدول المؤمنين موجودون، بل مع فرض عدمهم أيضا تكون الولاية على مصالح اليتيم لفساق المؤمنين.

الخامس: ردّ المصنّف لهذا الانتصار الدافع عن البيضاوي، ومحصل الردّ: أنّه لا بدّ من تحليل كلام العلامة و تشخيص مرامه حتى يظهر ورود الإشكال عليه وعدمه، فنقول: إن كان مراد العلامة من اشتراط وجود مجيز حين العقد ذات المجيز سواء أ كان متمكنا فعلا من الإجازة أم لا فإيراد البيضاوي وارد عليه، ولا يندفع بما ذكره العلامة في ردّه من أنّ الامام قدس سرّه لغيبته لا يتمكّن من الوصول إليه.

وإن كان مراد العلامة من اشتراط وجود مجيز حين العقد من يتمكّن فعلا من الإجازة، فيندفع به إيراد البيضاوي، لإمكان عدم الوصول إلى المجتهد العادل و العدول أيضا، لعدم حضورهم، أو عدم إمكان إعلامهم بالعقد حتى يجيزوا، فيصدق في هذه الصورة عدم وجود مجيز حين العقد.

(1) قال السيد الفقيه العاملي قدس سرّه: «وقال الشهيد في حواشيه - يعني حواشيه على قواعد العلامة - أنّ بعض الجمهور اعترض على المصنّف في هذه المسألة بسقوطها على مذهبه، لأنّه يعتقد وجود الامام عليه السلام في كل زمان، وهو وليّ من لا وليّ له. فأجاب - يعني المصنّف وهو العلامة - بأنّه أراد مجيزا في الحال يمكن الاطلاع على إجازته، وتعدّد إجازة الإمام عليه السلام، لاستتاره عن الناس» (2).

(2) أي: على العلامة، وهذا إشارة إلى المطلب الثاني الذي تقدّم بقولنا: «الثاني: إيراد بعض العامة عليه .. إلخ».

(3) متعلّق بالإيراد وبيان له.

(4) هذا التعبير من الشهيد في حواشي القواعد، وكان المناسب أن يقول الماتن:

---

(1) لم نعر على القائل ولا على كلام البيضاوي في فتاواه.

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 195

ص: 233

و انتصر للمورد (1) بأنّ نائب الإمام- وهو المجتهد الجامع للشرائط- موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدول موجودون، بل للفَساق  
الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول (2).

لكنّ الانتصار (3) في غير محلّه، إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضا.

فإن أريد (4) وجود ذات المجيز، فالأولى (5) منع تسليم دفع الاعتراض بعدم (6) التمكن من الإمام عليه السّلام.

---

«وعن العلامة». وهو إشارة إلى المطلب الثالث المذكور بقولنا: «الثالث ردّ العلامة قدّس سرّه لهذا الإيراد، و محصّل ردّه هو عدم التمكن  
.. إلخ».

(1) و هو البيضاوي، و هذا إشارة إلى المطلب الرابع المتقدم بقولنا: «الرابع: انتصار» و المنتصر هو المحقق القمي قدّس سرّه (1).

(2) فعلى ما ذكره المنتصر لا يتصوّر فرض لا يكون المجيز فيه موجودا حال العقد.

و بهذا تمّ انتصار المحقق القمي لبعض الجمهور.

(3) هذا إشارة إلى المطلب الخامس المذكور بقولنا: «الخامس ردّ المصنف لهذا الانتصار».

(4) هذا إشارة إلى أوّل شقّي الترديد الذي مرّ بقولنا: «إن كان مراد العلامة من اشتراط مجيز حين العقد ذات المجيز .. إلخ».

(5) جواب «إن» الشرطية في قوله: «فإن أريد». و المراد بالاعتراض إيراد البيضاوي، و المراد بدفعه ما أفاده العلامة من عدم الوصول إلى  
الإمام الذي هو وليّ من لا وليّ له. و المراد بمنع هذا الدفع ما أفاده المصنف.

و وجه الأولوية: مغايرة المثبت و المنفي، إذ المثبت المفروض هو ذات المجيز، و المنفي هو التمكن من الإمام عليه السّلام.

(6) متعلق ب «دفع».

---

(1) جامع الشتات، ج 1، ص 163 (الطبعة الحجرية) ج 2، ص 318، الطبعة الحديثة.

وإن أريد (1) وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا (2) لم يطلعوا على العقد.

فالأولى (3) ما فعله فخر الدين (4) و المحقق الثاني «1» من تقييد بيع مال اليتيم بما (5) إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع (6) الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان

---

(1) هذا إشارة إلى ثاني شقّي الترييد الذي قد تقدّم بقولنا: «وإن كان مراد العلامة من اشتراط وجود مجيز حين العقد من يتمكن فعلا.. إلخ».

(2) متعلق ب «فيمكن» يعني: أنّ إمكان عدم وجود المجيز الفعلي جار في المجتهد و العدول في فرض عدم اطلاعهم على وقوع عقد على مال الطفل حتى يجيزوه.

(3) يعني: بعد الخدشة في تفصّي العلامة عن اعتراض بعض العامة يكون الأولى- في التمثيل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم، و حكمه ببطلان هذا البيع- ما فعله فخر الدين قدّس سرّه من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، إذ لو كان مع المصلحة فالبيع صحيح، و الإجازة تقع في محلها. و لو كان بدون المصلحة فولّي الطفل ما دام وليّا- و هو زمان صغر الطفل- ليس له الإجازة لا في حال العقد و لا بعده، مع أنّ ذات المجيز موجود. فمن ليس له الإجازة فعلا و يصير مجيزا بعد ذلك هو اليتيم. فالمنفي حينئذ هو فعلية الإجازة من اليتيم الذي من شأنه الإجازة بعد البلوغ، فمرجع بطلان بيع الفضولي حينئذ إلى اشتراط فعلية إمكان الإجازة، لا ما هو ظاهر كلام العلامة قدّس سرّه: «عدم وجود المجيز» لظهوره في عدم ذات المجيز.

(4) قال في الإيضاح: «و اعلم أنّ هذا الفرع إنّما يتأتى على مذهب الأشاعرة. و أمّا على قولنا ففي صورة واحدة، و هي بيع مال الطفل على خلاف المصلحة، أو الشراء له» و نحوه عبارة جامع المقاصد.

(5) متعلّق ب «تقييد».

(6) يعني: فيرجع الكلام الذي صدر به هذا التنبيه- و هو قول المصنف قدّس سرّه:

الثاني هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد- إلى عنوان الأمر

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 419، جامع المقاصد، ج 4، ص 72

ص: 235



فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود (1) ذات من شأنه الإجازة (2)، فإنه فرض غير واقع في الأموال (3).

الثالث، بناء على تقييد المثل بكون بيع مال اليتيم على خلاف المصلحة.

ثم إن قوله: «فيرجع ..» تفريع على تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة على ما نقله المصنف قدس سره عن الفخر و المحقق الثاني قدس سرهما. و محصل التفريع: أن مرجع هذا التقييد إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز حين العقد، لا إلى اشتراط وجود ذات من شأنه الإجازة، إذ لو كان كذلك تلغو الشرطية المذكورة، لعدم خلوّ زمان عقد الفضولي عن ذات مجيز، من المالك الأصيل أو وليه.

ففي زمان صدور العقد يكون ذات المجيز موجودا دائما، فيرجع عنوان اعتبار وجود مجيز حين العقد إلى العنوان الآتي في الأمر الثالث، و هو: اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد، إذ الولي ليس له الإجازة في العقد الذي لا مصلحة فيه، كبيع مال اليتيم، و يتوقف جواز إجازته على انقلاب المفسدة مصلحة.

فبناء على رجوع عنوان «اعتبار وجود مجيز حين العقد» إلى عنوان «اعتبار كون المجيز جائز التصرف حين العقد» لم يكن داع إلى عقد أمرين لهما. و هذا الشق قد صرح به العلامة في التذكرة، حيث إنّه- بعد نقل كلام بعض العامة في اعتبار وجود مجيز في الحال- قال: «و المعبر إجازة من يملك التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل، فبلغ و أجاز لم ينعقد» (1).

(1) يعني: و لا يرجع الكلام إلى اشتراط وجود ذات من شأنه الإجازة.

(2) يعني: كما هو ظاهر عبارة القواعد من اشتراط وجود مجيز حين العقد.

(3) التقييد بالأموال لإمكان عدم وجود ذات المجيز في غيرهما، كما في نكاح الصغير، بناء على ما قيل: من اختصاص الولاية في النكاح بالأب و الجدّ و الوصي.

لكن فيه: أن ذات المجيز- و هو نفس الصغير- موجود، و المفقود هو المجيز الذي

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 486، السطر 18، الطبعة الحديثة، ج 10، ص 219

الثالث: لا يشترط في المجيز (1) كونه جائز التصرف حال العقد، سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضي (2)

تنفذ إجازته فعلا أي حين العقد كما في حاشية السيّد قدّس سرّه «1». وعليه فذات المجيز حين العقد موجود في جميع المقامات، ولا معنى لاشتراطه تعبداً.

هل يشترط في المجيز جواز التصرف حال العقد؟

(1) الظاهر أنّ المراد به عدم اشتراط كون المجيز الفعلي جائز التصرف حين العقد، فلو لم يكن المجيز الفعلي جائز التصرف حين العقد، و صار كذلك حين الإجازة، لنفذت إجازته أيضاً، كما إذا بيع مال الصغير مع مصلحته، وأهمل الولي و لم يجز البيع حتى بلغ الطفل، و أجاز، فإنّ المجيز الفعلي - وهو الطفل - لم يكن جائز التصرف حين العقد، بل كان الولي جائز التصرف حينه.

فجهة البحث في الأمر الثاني - بعد البناء على عدم إمكان إرادة وجود ذات المجيز منه - هي اعتبار وجود مجيز يتمكّن من الإجازة حين العقد. وفي هذا الأمر الثالث هي عدم اشتراط كون المجيز حين الإجازة هو الذي كان حين العقد متمكناً من الإجازة، و جائز التصرف، و أهمل و لم يجز العقد، فلا - يشترط اتحادهما، بل يمكن تغايرهما. و من المعلوم أنّ اشتراط وجود مجيز متمكّن من الإجازة غير اشتراط كونه نفس المجيز الفعلي، كما مرّ في بيع مال الصغير مع مصلحته، و إهمال وليّه إجازة البيع حتى بلغ الطفل و أجاز.

و عليه فلا - وجه لإرجاع عنوان الأمر الثاني - و هو اعتبار وجود مجيز يتمكّن من الإجازة - إلى عنوان الأمر الثالث، و هو كون المجيز حال الإجازة جائز التصرف حال العقد.

و بالجملة: فجهة البحث في الأمرين المختلفة، إذ هي في الأمر الثاني اعتبار وجود مجيز متمكّن من الإجازة حين العقد، و في الأمر الثالث عدم اشتراط كون المجيز الفعلي نفس من كان متمكناً من الإجازة حين العقد، و جواز تعددهما.

(2) المراد بالمقتضي هنا - لجواز التصرف و سلطنة الشخص على المال - هو الملكية

أم للمانع (1). و عدم (2) المقتضي قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد، وقد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما (3). و المانع (4) كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن، ثم فكَّ الرهن، فالكلام يقع في مسائل:

### [المسألة الأولى: لو كان المالك المجيز محجورا عن التصرف]

الاولى (5) [1]: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز

مع كمال المالك بالبلوغ والعقل والرشد، فكمال المالك كنفس الملكية من أجزاء المقتضي لجواز التصرف، وعدم الكمال الموجب لعدم جواز التصرف إنما هو لعدم تمامية أجزاء المقتضي، لا- لأجل وجود المانع، وإنما المانع تعلق حق الغير بالعين كحق الغرماء، وحق المرتهن، وحق أم الولد في عدم بيعها.

وبالجملة: فالمقتضي لسلطنة الشخص و جواز تصرفه هو الملك المطلق، لا مطلق الملك و لو كان المالك قاصرا، أو الإذن من المالك.

(1) و هو تعلق حق الغير بالعين كما عرفت آنفا.

(2) مبتداء، خبره «قد يكون» و الواو استينافية لا عاطفة، و غرضه بيان منشأ عدم المقتضي كما عرفت توضيحه.

(3) كالصغر ونحوه مما يرفع كمال المالك الذي هو جزء المقتضي لجواز التصرف.

(4) مبتداء، خبره قوله: «كما لو باع» و هذا تفسير للمانع الذي هو مقابل قوله:

«المقتضي»، و المراد بالمانع- كما مر آنفا- هو تعلق حق الغير بالعين. مثاله بيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن.

المسألة الأولى: لو كان المالك المجيز محجورا عن التصرف

(5) توضيح هذه المسألة: أن المالك حال إنشاء العقد إذا كان هو المالك حال الإجازة، ولكن لم يكن المجيز حين العقد جائز التصرف- لتعلق حق الغير كحق الرهانة، و باع العين المرهونة بدون إذن المرتهن، و بعد البيع فكَّ الرهن- فالأقوى صحة الإجازة، لاجتماع شرائط الصحة فيه، كسائر العقود الصحيحة القابلة للإجازة.

[1] يقع البحث هنا في جهات.

الأولى: في صحة بيع المالك ماله الذي تعلق به حق الغير، و عدمها.

لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فالأقوى صحة الإجازة، بل عدم الحاجة

و الثانية: في احتياجه إلى الإجازة بعد سقوط حق الغير، و عدمه.

و الثالثة: في جريان نزاع الكشف و النقل فيه و عدمه.

أمّا الجهة الأولى فمحصّـة لها: أنّ الظاهر صحة البيع، لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقود، و عمومه يشمل جميع أفراد العقود التي منها هذا البيع المبحوث عنه، و الخارج عن الإطلاق الأحوالي الشامل لجميع حالات الأفراد خصوص بعض حالات الفرد، كتعلّق حق الغير به.

توضيحه: أنّ عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود كما أنّ له عموماً أفراداً، كذلك له إطلاق أحوالي ناش من مقدمات الحكمة. و مقتضى هذا الإطلاق موضوعية كل فرد في جميع حالاته لوجوب الوفاء، فإذا خرج بعض حالات فرد عن الإطلاق الأحوالي كان الخارج خصوص ذلك الحال من الفرد، لا نفس الفرد، و لا غير ذلك الحال من حالاته.

فالفرد باق تحت العموم الأفرادي، و لم ينتلم إلاّ الإطلاق الأحوالي بالنسبة إلى بعض حالاته.

فإذا زال ذلك الحال صار جميع حالاته تحت الإطلاق.

و هذا نظير الربح المصروف في المثونة بناء على كون خروجها عن أدلة وجوب الخمس في الفوائد بنحو التقييد لا التخصيص، إذ لو كان خروجها عنها من باب التخصيص - أي إخراج الفرد - كان خروج المثونة في جميع الحالات، إذ المفروض خروج الفرد بما له من الحالات، و إن خرجت عن عنوان المثونة، كنخروج «زيد العالم» عن عموم دليل وجوب «إكرام العلماء» فإنّ الخارج هو زيد مع حالاته.

و نظير المقام أيضاً باب الخيارات، فإنّ المحكم فيها بعد انتضاءها عموم أدلة اللزوم، لكون خروج الخيار عنه من باب التقييد لا التخصيص.

و بالجملة: فمقتضى العموم الأفرادي و الإطلاق الأحوالي صحة بيع المالك المال المتعلق لحق الغير كالرهن. و بعد الفك يترتب الأثر على البيع من دون حاجة إلى إجازة المالك، لما مرّ آنفاً من كون العقد عقداً للمالك.

و أمّا الجهة الثانية فقد ظهر حكمها مما ذكرناه في الجهة الأولى، حيث إنّ مقتضى إطلاق مثل «أوفوا بالعقود» أحواليًا هو لزوم الوفاء بالعقد، و عدم الحاجة إلى الإجازة بعد فكّ

إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن، فكّ الرهن

الرهن الذي كان مانعا عن الإطلاق الأحوالي، ومقيّدا له ما دام موجودا. وبعد ارتفاعه يتشبه به.

بل يمكن أن يقال: بصحة البيع وانتقال المبيع بوصف المرهونة والاستيثاق للدين إلى المشتري. نظير بيع العين المستأجرة، فإنّ بيعها بهذا الوصف صحيح. غاية الأمر أنّها تنتقل إلى المشتري مسلوّبة المنفعة في مدة الإجازة. نعم يحكم بثبوت الخيار للمشتري مع الجهل في بيع العين المرهونة والمستأجرة. هذا فيما كان المانع تعلق حق الغير الموجب للتزاحم مع سلطنة المالك في ماله، فلا حاجة إلى الإجازة بعد ارتفاع المزاحم وهو حقّ الغير.

وأما إذا كان المانع ما يرجع إلى قصور المالك، فالظاهر الحاجة إلى الإجازة حتى يسند العقد إلى السلطان، ولا يسند إليه إلا بالإجازة الواقعة بعد ارتفاع قصور المالك كالسفه.

ففرق بين تعلق حق الغير كالرهن، وبين قصور المالك كالسفه، فإنّ الرهن يزاحم سلطنة المالك، والسفه يرفع سلطنته. وحقّ الغرماء نظير حق الرهانة في إيجاد المزاحمة مع سلطنة المالك، وعدم الحاجة إلى الإجازة بعد سقوط حقّ الغرماء مع رضاه بالبيع، فلا مورد للإجازة الموجبة لإسناد العقد إلى المالك، وإضافة العقد إليه.

نعم إذا كان العاقد غير الراهن والمفلس المالكين فلا بدّ بعد فكّ الرهن وبعد سقوط حقّ الغرماء- وارتفاع الحجر عنه- من إجازة المالك الراهن والمفلس حتى يسند العقد إليهما، ويحصل رضاهما به.

وأما الجهة الثالثة فيقع الكلام فيها تارة في جريان نزاع الكشف والنقل في الإجازة.

و اخرى في جريانه في فكّ الحق كالرهانة.

أمّا في الإجازة فقد يقال: بعدم الجريان فيها، إذ لازم الكشف النقل من حين العقد، وهو زمان تعلق حق الرهن بالمبيع، فيلزم تأثير العقد مع حفظ الرهن. وهو غير معقول.

لكن فيه أولا: عدم المنافاة بين حفظ الرهن وصحة البيع، إذ المبيع حينئذ هو العين

قبل مراجعة المرتهن، فإنه لا حاجة (1) إلى الإجازة كما صرّح به في التذكرة «1» (2).

(1) إذ الاحتياج إلى الإجازة إنما هو لإسناد العقد إلى المالك، وإضافته إليه، أو لتحقيق رضاه بالعقد. وكلاهما مفروض الوجود، لصدور العقد من المالك برضاه، ولا مانع من صحته إلا تعلق حق الغير، فإذا زال المانع بزوال سببه بأداء الدين أو الإبراء أثر المقتضي أثره، لعموم أدلة السببية.

(2) قال في كتاب البيع منها: «و لو باع ولم يعلم المرتهن، فكأنّ لم يبيع، لانقضاء المعارض. و من أبطل بيع الفضولي لزم الابطال هنا».

المرهونة بوصف المرهونية، كبيع العين المستأجرة.

و ثانيا: أنّ المنافاة- بعد تسليمها- تختص بالكشف الحقيقي دون الحكمي، فلا مانع من كشف الإجازة عن صحة البيع بعد الفك.

وبالجملة: فيمكن جريان نزاع الكشف في الإجازة بناء على الاحتياج إليها في بيع المالك ماله الذي تعلّق به حق الغير.

وأما جريان نزاع الكشف و النقل في فكّ الحقّ بناء على صحة البيع بمجرد الفك، و عدم الحاجة بعده إلى الإجازة، ففيه خلاف. و الظاهر جريانه فيه أيضا بناء على كون مضمون العقد حصول النقل من حين صدوره، و مانعه و هو الرهن إذا ارتفع حصل الانتقال من حين العقد، و هو لا ينافي حقّ الرهانة كما أشرنا إليه آنفا.

و نظير حق الرهانة حق الغرماء، فيجري فيه ما تقدم في حرق الرهانة.

و أمّا إذا كان المانع السفه فيجري فيه نزاع الكشف، إذ لا يصحّ العقد إلا بصدوره ممّن له السلطنة على العقد، و يتوقف صدوره من السلطان على الإجازة، فيصحّ النزاع في أنّ الإجازة كاشفة عن حصول النقل من زمان العقد أو من حين الإجازة.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 465، السطر 34، (الطبعة الحديثة، ج 10، ص 42) ونحوه ج 2، ص 50، السطر 16.

الثانية (1):

أن يتجدد الملك بعد العقد، فيجيز المالك الجديد، سواء أكان هو البائع (2) أم غيره.

لكنّ عنوان المسألة (3) في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً ثم ملكه.

---

المسألة الثانية: عدم جواز تصرف المجيز لعدم الملك

(1) أي: المسألة الثانية من المسائل الثلاث المتعلقة بالمجيز، وهي ما لو كان عدم جواز تصرف العاقد لأجل عدم المقتضي، وهو عدم الملكية، وتجدد الملك بعد العقد الفضولي، والعقد إما بقصد وقوعه لنفس العاقد، وإما لغيره.

(2) أي: سواء أكان المالك الجديد هو البائع الفضولي أم غيره. فمثال الأول أن يبيع زيد فضولاً مال عمرو، ثم صار مالكا له قبل أن يجيز زيد. وتملكه له إما بسبب قهري كالإرث، أو اختياري كالشراء، فهل يصح البيع لو أجاز زيد بعد التملك أم لا؟ ففرض المسألة هنا كون المجيز- وهو المالك الجديد- نفس البائع الفضولي.

و مثال الثاني- وهو مغايرة البائع للمجيز- أن يبيع زيد مال عمرو، فينتقل المال إلى ابنه بالإرث أو بالشراء، فهل تمضي إجازة الابن للبيع الواقع فضولاً على مال أبيه، أم لا؟ والمسألة ذات أقوال ثلاثة كما يظهر من المتن والمقابس «1» أيضاً، وسيأتي نقلها.

(3) كقول المحقق في عبارته الآتية في المتن: «كما لو باع مال غيره ثم اشتراه»، وكقول العلامة: «لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلمها» «2»، وكقول الشهيد قدس سرّه: «و كذا- يعني يصح البيع- لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز .. إلخ» «3».

والحاصل: أنّ محلّ الكلام في هذه المسألة صيرورة البائع الفضولي مالكا للمبيع بعد البيع، فلو لم يملكه كان خارجاً عن حريم البحث.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 35 و 36

(2) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463، السطر 5 و 486، السطر 18 (الطبعة الحديثة ج 10، ص 616، ونحوه في ص 219)، قواعد الأحكام، ج 2، ص 19، مختلف الشيعة، ج 5، ص 55

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 193.

و هذه (1) تتصوّر على صور (2)، لأنّ غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك (3)، و المملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث (4). ثمّ البائع (5) الذي يشتري المملك إمّا أن يجيز العقد الأوّل (6)، و إمّا أن لا يجيزه، فيقع

---

(1) أي: المسألة الثانية، و هي: ما لو باع شيئاً ثمّ ملكه بسبب اختياري كالشراء و نحوه من النواقل الاختيارية، أو بسبب قهريّ كالإرث أو الارتداد.

(2) و هي ثمانية حاصلة من ضرب اثنتين - و هما يبيع غير المالك لنفسه و للمالك - في صورتين، و هما: انتقال المملك إلى البائع قهراً و اختياراً، ثمّ ضرب هذه الصور الأربع في اثنتين، و هما إجازة البائع الفضولي الذي ملك المبيع بالشراء، و عدم إجازته. فهذه صور ثمان، و إليك تفصيلها.

الأولى: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثم يملك المبيع بالشراء، فأجاز البيع.

الثانية: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثم يملك المبيع بالإرث، فأجاز البيع.

الثالثة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثم يملك المبيع بالشراء، فأجاز البيع.

الرابعة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثم يملك المبيع بالإرث، فأجاز البيع.

الخامسة: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثم يملك المبيع بالشراء و لم يجز البيع.

السادسة: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثم يملك المبيع بالإرث و لم يجز البيع.

السابعة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثم يملك المبيع بالشراء و لم يجز البيع.

الثامنة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثم يملك المبيع بالإرث و لم يجز البيع.

(3) هذا الكلام إشارة إلى الصورتين الأوليين.

(4) هاتان هما اللتان ضربت فيهما الصورتان الأوليان.

(5) هذا إشارة إلى صورتين ضربت فيهما الصور الأربع المتقدمة. و هذا الضرب أنتج الصور الثمان المذكورة فيما عنونه القوم، و هو ما لو باع شيئاً ثم ملكه. و أمّا ما عداها من الصور التي ذكرها الشيخ العلامة الشهيد رحمه الله «1» فهو خارج عن عنوان القوم كما لا يخفى.

(6) و هو العقد الذي أنشأه الفضولي، و صار المبيع بعده ملكاً له.





الكلام في وقوعه للمشتري الأول (1) بمجرد شراء البائع له.

والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه (2)، ثم اشتراه من المالك وأجاز، وما (3) لو باع واشترى ولم يجز (4)، إذ (5) يعلم حكم غيرهما منهما.

## [حكم المسألة الأولى]

### إشارة

أما المسألة الأولى (6): فقد اختلفوا فيها،

(1) وهو الذي اشترى المبيع من البائع الفضولي، كما إذا فرضنا أن زيدا باع فضولا كتاب أبيه من بكر، ثم انتقل الكتاب إليه من أبيه بسبب الشراء، فيقع الكلام في أن مجرد انتقال الكتاب إلى زيد بالشراء من أبيه هل يوجب وقوع البيع الفضولي لبكر أم لا؟

والمهم هنا التعرض لحكم صورتين: إحداهما ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من مالكة وأجاز.

ثانيتها: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من مالكة، ولم يجر بيعه الفضولي.

(2) هذا إشارة إلى الصورة الأولى المتقدمة بقولنا: «إحداهما ما لو باع .. إلخ».

(3) معطوف على «ما لو باع» وهذا إشارة إلى الصورة الثانية التي تقدمت بقولنا:

«ثانيتها: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه .. إلخ».

(4) ضمائر الفاعل المستترة في «باع، اشترى، يجز» راجعة إلى البائع الفضولي.

(5) تعليل لقوله: «والمهم» وعلية أهميته هي كون هاتين الصورتين كالأصل لسائر الصور، لسببتهما لمعرفة أحكام سائر الصور، حيث إن صحة البيع لنفسه تستلزم صحة البيع للمالك بالأولية.

حكم ما لو باع الفضولي ثم اشتراه فأجاز

(6) وهي «ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالك وأجاز» وقد اختلف الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم في حكمها، وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى. والمنقول في المتن أقوال ثلاثة:

أحدها: الصحة من دون توقفها على إجازة البائع بعد تجدد الملك له، وهو المستفاد من كلام شيخ الطائفة في بيع المال الزكوي قبل إخراج الزكاة منه إذا غرم حصة الفقراء بعد البيع.

و ثانيها: للمحقق و الشهيد من صحته و توفقه على الإجازة.

و ثالثها: البطلان، و هو لجماعة كالعلامة و المحقق الثاني، و صاحبي الجواهر و المقابيس.

ص: 244

فظاهر المحقق (1) في باب الزكاة من المعتمر - فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة، أو رهنه (2) - «أنه (3) صحّ البيع والرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم (4) حصّة الفقراء، قال الشيخ: صحّ البيع والرهن (5)،

(1) الأولى نقل نص عبارة المحقق، وهي: «مسألة: لو باع النصاب قبل إخراج الزكاة، أو رهنه، صحّ في ما عدا الزكاة، فإن اغترم حصّة الفقراء، قال الشيخ رحمه الله صحّ الرهن في الجميع، وكذا البيع. وفيه إشكال، لأنّ العين غير مملوكة له. وإذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا، وافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كمن باع مال غيره ثم اشتراه» (1).

(2) معطوف على «باع»، وتقريب هذا الفرع الذي هو مثال لما نحن فيه - من: أنّ الفضولي يبيع مال غيره لنفسه، ثم يشتريه من المالك - هو: أنّ مالك النصاب ليس مالكا للزكاة، ومع ذلك يبيعها لنفسه مع ماله. قال المحقق قدّس سرّه: إنّ البيع والرهن صحيحان في ماله، ولا يصحّان في الزكاة ولو أدى الزكاة من مال آخر.

وقال الشيخ قدّس سرّه: إنّ كلا البيع والرهن صحيح بلا إجازة. ولكن استشكل فيه المحقق بما حاصله: أنّ الزكاة مملوكة للفقراء، فإذا أداها المالك من مال آخر فقد ملكها ملكا جديدا، واحتاج انتقالها إلى المشتري إلى إجازة المالك البائع للنصاب، لأنّ بيع النصاب كان بالنسبة إلى الزكاة فضوليّا.

(3) «إنّ» مع اسمها وخبرها خبر لقوله: «فظاهر المحقق» يعني: فظاهر المحقق صحة البيع والرهن فيما عدا الزكاة، ولا موجب لتقدير الخبر كما في بعض الحواشي (2)، فهذا نظير قولك: «صاحب هذه الدار أنّه صديقي» فهي جملة مستقلة اسمية من دون تقدير خبر أصلا.

(4) يعني: فإن أدى البائع المالك للنصاب حصّة الفقراء إليهم فقد ملكها.

(5) يعني: صحّ البيع والرهن في تمام النصاب. فمجرّد انتقال حصّة الفقراء - بدفع بدلها إليهم - إلى بائع النصاب يوجب صحة بيعها و رهنها، ويكون من صغريات «من باع شيئا ثمّ ملكه» حيث إنّ مالك النصاب باع جميع النصاب - ومنه حصّة الفقراء -

(1) المعتمر، ص 276 (الطبقة الحجرية) ج 2، ص 563 (الطبعة الحديثة).

(2) حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي قدّس سرّه، ج 1، ص 162.

وفيه (1) إشكال، لأن العين (2) مملوكة، وإذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة (3) كما لو باع مال غيره ثم اشتراه (4)»

لنفسه، وبعد دفع حصّتهم إليهم من سائر أمواله صارت ملكا له، واندرج مالك النصاب بالنسبة إلى الزكاة في «من باع شيئا ثم ملكه».

والأولى نقل كلام الشيخ الطائفة، قال قدّس سرّه: «إذا وجبت الزكاة في ماله، فرهن المال قبل إخراج الزكاة منه، لم يصحّ الرهن في قدر الزكاة، ويصحّ فيما عداه. وكذلك الحكم لو باعه صحّ فيما عدا مال المساكين، ولا يصحّ فيما لهم. ثمّ ينظر، فإن كان الرهن «1» مال غيره وأخرج حق المساكين منه سلم الرهن جميعه، وكذلك البيع» (2).

(1) هذا كلام المحقق يعني: وفيما قاله الشيخ- من صحة البيع والرهن- إشكال، وهذا الإشكال هو الذي مرّ آنفا بقولنا: «إنّ الزكاة مملوكة للفقراء .. إلخ».

(2) أي: الزكاة مملوكة للفقراء، وليست ملكا للبائع حتى لا- يحتاج بيعها أو هبتها إلى إجازة، ويكون بيع تمام النصاب كافيا في صحة بيعها.

هذا بناء على ما نقله المصنف من مضمون كلام المحقق، وإلا فعبارة المتقدمة هي:

«لأن العين غير مملوكة له». والمعنى: أن العين- بناء على الإشاعة أو الكلّي في المعين- غير مملوكة للبائع بتمامها حتى ينفذ بيع جميع المال، ولا يحتاج إلى إجازة جديدة.

(3) لفظ «المستأنف» في كلا الموردین لا يخلو من المسامحة، لأنّ كلمة الاستيناف تستعمل- كسائر موارد استعمالها- في دخول مال في ملك إنسان بعد خروجه عن ملكه.

ومن المعلوم عدم كون الزكاة كذلك، لأنّها لم تكن سابقا ملكا للمالك حتى يتجدد ملكه لها. فلعلّ الأولى أن يقال: «وإذا أدى العوض من ماله الآخر صارت الزكاة ملكا له، فافتقر بيعها إلى إجازة».

(4) غرضه تنظير بيع الزكاة ببيع مال آخر من الأموال المملوكة لأشخاص، كما إذا باع مال زيد فضولا، فكما يتوقف صحة بيعه على إجازة زيد، فكذلك يتوقف صحة بيع

(1) كذا في النسخة المطبوعة، والظاهر أن الصحيح: «فإن كان للراهن مال غيره».

(2) المبسوط، ج 1، ص 208.

## [الثاني الصحة مع الإجازة]

بل يظهر (2) ممّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلا (3) أن يقول

حصّة الفقراء على الإجازة من وليّ أمرها أو ممّن يشتريها.

(1) يعني انتهى كلام المحقق قدّس سرّه في المعتبر.

(2) يستفاد هذا الظهور من إطلاق قوله: «صح البيع والرهن» مع كونه في مقام البيان. ولعل الوجه في الإتيان بكلمة «بل» التنبيه على خصوصية في نظر شيخ الطائفة، وهي: أنّه وإن وافق المحقق قدّس سرّهما في صحة بيع حصّة الفقراء إذا دفع إليهم حصّتهم من سائر أمواله، ولكنه زاد عليه باستغناء بيعه عن إجازته بعد تملك الزكاة.

وهذه الفتوى - بناء على عدم تعلق الخمس والزكاة بالعين كما هو بعض المباني في كيفية تعلّقهما بالمال - صحيحة، ولا يرد عليها إشكال المحقق. نعم يرد عليها بناء على تعلّقهما بالعين بأحد النحويين - من الإشاعة والكلّي في المعين - كما أشار إليه المحقق قدّس سرّه بقوله: «لأنّ العين مملوكة».

وبالجملة: فالمحقق يقول بصحة البيع مع الإجازة، والشيخ - بناء على استظهار المحقق - يقول بالصحة بدون الإجازة.

(3) هذا استدراك على قول المحقق: «و فيه إشكال» وحاصل الاستدراك: أنّ إشكال المحقق على شيخ الطائفة قدّس سرّهما مبني على تعلق الزكاة بالعين إمّا بنحو الإشاعة، وإمّا بنحو الكلّي في المعين. دون المبني الآخر وهو تعلّقها بذمته، إذ على هذا المبني يندرج بيع المال الزكوي في المسألة السابقة، وهي كون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، مع عدم كونه جائز التصرف حال العقد.

والوجه في كون هذا البيع من صغريات تلك المسألة: أنّ عين المال الزكوي خالصة للمالك، لفرض استقرار حصّة الفقراء على عهده، فليس المال مشاعا بينه وبين الأصناف، ولا لهم سهم فيه على نحو الكلّي في المعين، بل يجب على المالك أداء الزكاة، كوجوب أداء سائر الديون لتفريغ ذمته منها.

وبناء على هذا تكون الزكاة نظير الرهن، فكما يجوز للمرتهن استيفاء الدين ببيع العين المرهونة لو امتنع الراهن عن أداء ما في ذمّته. فكذا يجوز للمستحقين استيفاء الزكاة

الشيخ بتعلّق الزكاة بالعين، كتعلّق الدين بالرهن (1)، فإنّ الرهن إذا باع فكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن (2) لزم، ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة [1].

واستنقاذها من أموال المالك الممتنع عن أداء الحقّ. وعليه فيبيع المال الزكوي، ثم دفع حصة الفقراء صحيح، ولا يتوقف على الإجازة. كما يصح للراهن بيع الرهن ثم فكّه بأداء الدين بلا حاجة إلى إجازة جديدة. هذا بناء على تعلّقها بالدين.

ولكن القول المشهور تعلق الزكاة بالعين، إمّا بنحو الإشاعة، وإما بنحو الكلّي في المعيّن. وتظهر الثمرة بينهما في تلف مقدار من المال، إذ التالف يحسب على المالك و الفقراء- بالنسبة- بناء على الإشاعة، وعلى المالك خاصة بناء على الكلّي في المعيّن لو بقي من المال مقدار الزكاة.

ويحتمل كون الزكاة بأحد وجهين آخرين، وهما: كونها بنحو تعلّق حق الرهانة بالعين المرهونة، و بنحو تعلّق حقّ الجناية برقبة العبد الجاني. و التفصيل موكول إلى محلّه.

(1) فإنّ الدين يكون في ذمة المديون مع كون العين المرهونة وثيقة للدين، بمعنى: أنّ للمرتهن استيفاء دينه منها، كما أنّ الزكاة تتعلّق بالذمة، و للفقير استيفاء الزكاة من النصاب، فليست الزكاة جزءاً من النصاب حتى يكون النصاب مشتركاً بين المالك و الفقير، و يحتاج بيع الزكاة إلى الإجازة.

(2) إذ لا يترتب أثر على الفكّ بعد المراجعة إلى المرتهن و الاستيذان منه لبيع العين المرهونة.

[1] لكن يعارضه ما نقله صاحب المقابس عنه من حكمه ببطلان بيع ما لا يملك، فلاحظ قوله في المبسوط: «لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها، ثم يشتريها و يسلمها إلى المشتري» و احتمال صاحب المقابس استناد حكمه بالبطلان على مختاره من فساد البيع الفضولي، حيث إنّ الخلاف في مسألة «من باع ثم ملك» يكون بعد تسلّم صحته. (1)

و لعلّ ما ذهب إليه شيخ الطائفة في مسألة بيع الزكاة و استغنائه عن الإجازة بعد دفع حصة الفقراء تعبّد مستند إلى النص، و هو صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «قلت

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 36.

وبهذا القول (1) صرّح الشهيد رحمه الله في الدروس (2)، وهو (3) ظاهر المحكي عن الصيمري.

### [القول الثالث البطلان]

والمحكّي (4) عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان، و مال

(1) وهو قول المحقق بصحة بيع «من باع ثم ملك» وهذا بخلاف قول الشيخ قدّس سرّه، فإنّه قائل بالصحة بدون الإجازة من الفضولي الذي صار مالكا بالفعل.

(2) قال الشهيد قدّس سرّه: «ولا يشترط الإجازة في الحال، ولا كون المميز حاصلًا حين العقد، فتصح إجازة الصبي والمجنون بعد الكمال. وكذا لو باع ملك غيره ثمّ انتقل إليه فأجاز» (1).

(3) أي: القول بالصحة مع الإجازة ظاهر ما حكاه صاحب المقابس عن الشيخ مفلح الصيمري قدّس سرّهما (2).

(4) مبتدأ، خبره «البطلان» قال في محكي تعليق الإرشاد: «هل يصحّ البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟ وجهان، وعدم الاشتراط أبعد. بل البطلان يتجه إذا قلنا إنّ الإجازة كاشفة، لأنّ انتقال الملك إلى المشتري الأوّل إذا كان في وقت العقد استلزم بطلان البيع الثاني، فينتفي الملك. وصحة البيع الأوّل فرع له» (3).

لأبي عبد الله عليه السّلام: رجل لم يركّ إبله أو شاته عامين، فباعها، على من اشتراها أن يزيّجها لما مضى؟ قال: نعم تؤخذ زكاتها، ويتبع بها البائع، أو يؤدّي زكاتها البائع» (4)، لظهور الجملة الأخيرة في كفاية أداء الزكاة من مال آخر في صحة البيع السابق، ولزومه بالنسبة إلى تمام المبيع، مع عدم كون بعضه مملوكًا له حين البيع.

وعلى هذا الاحتمال لا- وجه لتخريج كلام الشيخ على مسألة «من باع» والتكلف في توجيهه بابتناؤه على قول شاذ عندنا، وهو تعلقه بالدين، فلاحظ وتأمل.

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 193.

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 36

(3) الحاكي لكلامه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 196 و 197

(4) وسائل الشيعة، ج 6، ص 86، الباب 12 من أبواب زكاة الأنعام، الحديث 1





إليه (1) بعض المعاصرين، تبعاً لبعض معاصريه (2).

## أدلة البطلان و الجواب عنها]

### إشارة

و الأقوى هو الأول (3)

(1) أي: إلى البطلان، والمراد ببعض المعاصرين صاحب الجواهر قدّس سرّه، فإنّه - بعد نفي اشتراط أن يكون للعقد مجيز في حال العقد - قال: «نعم قد يمتنع في نحو المثال الثاني، لأنّ الكشف حال العقد يقتضي عدم ملك للثاني، الذي قد فرض انتقال الملك إليه، وكل ما يستلزم وجوده عدمه غير متحقق ..» (1) و سيأتي توضيحه في بيان الوجوه المذكورة في المقابس.

وقال في كتاب الزكاة - بعد ترجيح تعلقها بالعين على جهة الإشاعة في مجموع أجزاء النصاب - ما لفظه: «و حينئذ فلو باع المالك النصاب نفذ في نصيبه قولاً واحداً كما اعترف به في البيان، و وقف في حصة الفقير على إجازة الإمام عليه السّلام، أو وكيله، فيأخذ من الثمن بالنسبة. و لو أدى المالك الزكاة من غيره بعد البيع لم يجد في الصحة، ضرورة عدم الملك حال البيع .. إلخ» (2). و هذه الجملة الأخيرة ظاهرة بل صريحة في بطلان بيع مالا يملكه ثم تملكه بعد البيع، فراجع.

(2) و هو المحقق الشيخ أسد الله الشوشتري صاحب المقابس قدّس سرّه، فالأقوال في مسألة من باع مال غيره لنفسه ثم ملكه ثلاثة.

أحدها: الصحة و لو بدون الإجازة، و هو ظاهر الشيخ قدّس سرّه.

ثانيها: البطلان و لو مع الإجازة، و هو المنسوب إلى المحقق الثاني و صاحب المقابس و صاحب الجواهر قدّس سرهم.

ثالثها: الصحة مع الإجازة، و البطلان بدونها، و هو المنسوب إلى المحقق و الشهيد و الصيمري.

(3) و هو الصحة مع الإجازة. و لما كانت الصحة منوطة بوجود المقتضي لها و عدم المانع عنها، فلذا ادعى المصنف وجود المقتضي لأمرين، و هما الأصل و العموم، كما نفي

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 298.

(2) جواهر الكلام، ج 15، ص 142.

المانع، وهو الوجوه المذكورة في المقابص،

(1) الظاهر أنّ مراده به هو الأصل العملي مع الغضّ عن الدليل الاجتهادي، وإلا فلا مجال للأصل مع الدليل.

ثم إنّ الأصل المحكّم في المعاملات هو أصالة الفساد، فلعل المراد به أصل البراءة عن اشتراط مالكيّة المجيز حال العقد، بناء على جريان البراءة في الأحكام الوضعيّة كالأحكام التكليفية كما هو مقتضى إطلاق بعض أدلّة البراءة مثل حديث الحجب وإن لم يكن مرضيًّا عند المصنف قدّس سرّه [1].

[1] ولو جرت أصالة البراءة عن شرطية كون المالك حين الإجازة هو المالك حين العقد، أو عن مانعية تبدله حالها بمالك آخر حاله، كانت مقدّمة على أصالة الفساد، لتسبب الشك في الفساد عن الشك في شرطية الخصوصية المحتملة أو مانعيتها، كما ذهب إليه بعض أجلة المحشّين «1».

لكن يشكل إرادة أصالة البراءة هنا بكونها مثبتة، لأنّ ترتب الملكية على العقد الفاقد للخصوصية المشكوكة عقلي. وكذا الكلام لو أريد بالأصل استصحاب عدم المجعول.

وأفاد السيد الطباطبائي قدّس سرّه: أن الأصل هنا ليس دليلا مستقلا في قبال العمومات، إذ المراد به إمّا القاعدة الاجتهادية المستفادة من العمومات من صحة كل عقد شك في صحته شرعا. وإمّا الأصل العملي وهو أصالة عدم شرطية مالكيّة المجيز حين العقد، وهي لا تجدي إلا بضميمة العمومات، إذ بدونها يكون الأصل المحكّم هو أصالة الفساد «2»، هذا.

وقد ذكرنا في المقدمة الباحثة عن ألفاظ العقود شطرا من الكلام حول جريان أصالة البراءة في الشك في الشرطية في المعاملات، فراجع «3».

(1) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1، ص 134-135.

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 163

(3) هدى الطالب، ج 2، ص 316-326.

و العمومات (1) السليمة عمّا يرد عليه، ما عدا أمور لّفقها بعض (2) من قارب عصرنا ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح و جامع المقاصد:

### [الأول: أنه قد باع مال الغير لنفسه]

الأول (3): أنه قد باع مال الغير لنفسه،

(1) و هي قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فَإِنَّ هَذِهِ الْعُمُومَاتُ تَشْمَلُ مَا نَحْنُ فِيهِ أَعْنِي بِهِ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ مَالِ الْغَيْرِ لِنَفْسِهِ، وَ وَقُوعَهُ لِلْمَالِكِ، سِوَاءَ تَمَلُّكِهِ الْبَائِعِ بَعْدَ الْبَيْعِ أَمْ لَمْ يَتَمَلَّكِهِ.

و الوجه في شمول العمومات للمقام هو: أنّ العقد الواقع بين الفضولي و طرفه و وجد للشرائط حسب الفرض ما عدا أمرين: أحدهما: استناد العقد إلى المالك أو من هو بمنزلة.

ثانيهما: الرضا بالبيع. و المفروض حصولهما بالإجازة المتأخرة.

و احتمال اعتبار اتحاد المالك حال العقد و الإجازة يندفع بأصالة العموم بعد إحراز صدق «العقد و التجارة و البيع» على ما أنشأه الفضول، هذا.

(2) لا يخفى أن الأنسب التعبير عن الوجوه المذكورة في المقابس ب «ما حَقَّقَهَا أَوْ أَفَادَهَا» دون التلفيق، خصوصا مع تعبير المصنف عنه في غالب الموارد ب «بعض المحققين» ممّا ينبئ عن الاعتراف بمكانته في الفقه و دقة نظره.

ثم لا يخفى أنّ الأمور التي نقلها المصنف عنه سبعة، و لكن الموجود في المقابس ووجه ستة من الخلل مانعة عن تصحيح مسألة «من باع» و الوجه السابع طائفة من الأخبار استدللّ بها على البطلان.

(3) أي: الأمر الأول من الأمور التي أوردها المحقق المتقدم على صحة بيع الفضولي مال الغير لنفسه ثم اشتراه فأجازه.

و توضيحه: أنّ صاحب المقابس قدس سرّه عقد الموضوع الثاني - من مواضع البحث في بيع الفضولي - لأجل تحقيق حكم بيع الفضولي مال الغير لنفسه لا لمالكه، و ذكر وجوها خمسة لبطلانه، و عدم وقوعه للمالك لو أجاز، و قوَى هو الفساد، فقال في بعض كلامه: «و حيث كان الحكم على خلاف الأصل ناسب الاقتصار على محلّ اليقين، فلا يكتفى بإجازة بيع الفضولي إذا أوقعه عن نفسه - خصوصا إذا سمّي نفسه في العقد - بل يجدد العقد ثانيا».

وقد مرّ نقل هذه الوجوه وتحقيقها في المسألة الثالثة من مسائل البيع الفضولي التي عنوانها المصنف بقوله: «أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب ..

إلخ» (1) فكان من وجوه الاشكال أنّ إطلاق النويين: «لا تبع ما ليس عندك، «لا يبيع إلا في ملك» يشمل بيع الفضولي لنفسه و لملكه، فكلّ منهما منهي عنه، فيقع فاسدا. و يجري فيه أيضا سائر الإشكالات المذكورة هناك مثل قوله: «و منها: أن الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة، إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة .. إلخ».

و حيث كانت العقود تابعة للقصود، و لم يتمشّ قصد المبادلة ممّن يبيع مال الغير لنفسه، تعيّن الحكم ببطلانه، و كان هذا المحذور بنظر صاحب المقابس غير قابل للتفصي عنه بوجه.

و بهذا يظهر أنّ هذا الوجه الأوّل لو تمّ كان معناه عدم وجود المقتضي لشمول عموم مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لبيع الفضولي لنفسه، لأنّ شمول العموم منوط بتحقق الموضوع، و هو العقد و البيع المتقوّمان بالقصد الجدّي إلى المدلول، فالإنشاء المجرد عن القصد ليس عقدا و لا يباع و لا تجارة حتى يمكن تصحيحه بالعموم و الإطلاق. و ليس الكلام في المانع - بعد إحراز المقتضي - ليطمسك بالعموم لدفعه.

(1) هذا كلام صاحب المقابس، و مقصوده من «وقد مرّ» ما ذكرناه آنفا، و هو الموضوع الثاني الذي عقده للبحث عن حكم بيع مال الغير لنفسه. و عبارة المتن منقولة بالمعنى، إذ عبارة المقابس: «وقد مرّ الكلام فيه».

(2) أي: لا يجري في ما نحن فيه - و هو مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» - بعض وجوه الإشكال المتقدمة في بيع الفضولي مال الغير لنفسه.

و مراده من بعض الوجوه المختصّ ببيع الغاصب لنفسه و لا- يجري في مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» هو الوجه الأوّل و الرابع في ما ذكره صاحب المقابس في بيع الغاصب، حيث إنّه نقل عن المحقق الكركي قدّس سرّه «أن الغصب أمانة عدم رضا المالك». فهذا الوجه

بعض ما ذكر هناك (1).

وفيه (2): أنه قد سبق أن الأقوى صحته، وربما يسلم هنا (3) عن بعض الإشكالات الجارية هناك (4)، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

لا مورد له في مسألة «من باع» لأن الفضولي لم يتصرف في المال، وإنما ينشئ ببعه بقصد أن يشتريه من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

وكذا الوجه الرابع المختص بعلم المشتري بأن البائع غاصب. فلا مورد لهذا الوجه في مسألة «من باع» لما فيه أولاً: من اختصاصه بعلم المشتري بعدم مالكيته للمبيع.

و ثانياً: بما أجاب به صاحب المقابس هناك من انفكاك أمر العقد عن القبض، فراجع «1».

(1) أي: في مسألة بيع الفضولي لنفسه، وهو غالباً يكون في بيع الغاصب.

(2) أي: وفيما أفاده صاحب المقابس - من الأمر الأول - نظر، وجهه ما تقدم في المسألة الثالثة من منع الكبرى - وهي فساد بيع الفضولي لنفسه - لما عرفت من اندفاع وجوه الخلل والإشكال فيه، وأن الأقوى صحته. و حيث كانت مسألة «من باع» من صغريات «بيع الفضولي لنفسه» فلذا نقول بصحتها للأصل والعمومات.

بل نقول: أن مسألة «من باع» أقرب إلى الصحة من مسألة «بيع الفضولي لنفسه» لأن الإشكال الرابع المتقدم هناك - وهو «أن المنشأ غير مجاز، والمجاز غير منشأ» - لا موضوع له في المقام كما سيظهر.

(3) أي: في «من باع شيئاً ثم ملكه» فإنه يسلم عن إشكال مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان في بيع الغاصب، حيث إن الإجازة تقتضي نفوذ عقد الفضولي للمالك المجيز، لاقتضاء المعاوضة خروج المثل من ملكه ودخول الثمن في ملكه، مع أنه خلاف ما قصده الغاصب من بيع المال المغصوب لنفسه، فالمنشأ غير المجاز، والمجاز غير المنشأ.

وهذا المحذور مفقود في بيع ما لا يملكه ثم تملكه، لأنه باع لنفسه، والإجازة وقعت على ما قصده. فإشكال مخالفة الإجازة لما قصده العاقد الغاصب لا يجري في مسألة: «من باع ثم ملك».

(4) أي: المسألة الثالثة المتقدمة في (ج 4، ص 539).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 33.

## [الثاني: أنا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة]

الثاني (1): أنا حيث جوّزنا بيع غير المملوك (2) مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة (3) على التسليم، فقد اكتفينا بحصول ذلك (4) للمالك المجيز (5)، لأنّه البائع

(1) أي: الأمر الثاني من الأمور التي أفادها صاحب المقابس قدّس سرّه. و محصّل هذا الاشكال- على صحة بيع «من باع شيئا ثم ملكه»- هو: أنّ بيع الفضول لا بدّ أن يكون واجدا لجميع الشرائط المعتمدة في صحته التأهيلية حتى تتوقّف صحته الفعلية على فعلية الإجازة فقط. و هذا في بيع الفضول للمالك ثابت، لأنّ من يراد البيع له- و هو مالك المال المعقود عليه فضولا- واجد للقدرة على التسليم، و إمكان الرضا المنوط به النقل و الانتقال، و إن كانت هذه الأمور منتفية في العاقد، لعدم اعتبارها فيه.

فهذا العقد الصادر من الفضول واجد لجميع ما يعتبر في الصحة التأهيلية بقول مطلق.

و هذا بخلاف العقد الصادر من الفضول هنا، إذ المفروض أنّ من يراد وقوع البيع له هو نفس العاقد الفضول. و من المعلوم أنّه ليس واجدا للقدرة المؤثرة في نفوذ هذا العقد، لأنّ قدرة الأجنبي على تقدير وجودها كالعدم. و كذا الحال في رضاه، فإنّ فعليّته لا تجدي فضلا عن إمكانه. فمن له الصحة التأهيلية للعقد- و هو مالك المال- غير مراد، إذ لم يقع العقد له. و المراد هو الذي وقع البيع له أعني به العاقد الفضول. إلّا أنّ العقد ليس بالإضافة إليه واجدا للصحة التأهيلية. فهذا العقد الفاقد للصحة التأهيلية بالإضافة إلى المالك ليس قابلا للصحة الفعلية، لعدم تعقل الصحة الفعلية بدون الصحة التأهيلية، فإنّ العقد في نفسه ليس قابلا للصحة التأهيلية.

(2) يعني: غير المملوك للفضولي، كحصة الفقراء- في مثال بيع المال الزكوي- التي لا تكون مملوكة للعاقد الفضول.

(3) هذا و ما قبله معطوفان على «الملك» يعني: مع انتفاء الملك و الرضا و القدرة على التسليم عن العاقد الفضول.

(4) أي: ما ذكر من الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم.

(5) يعني: في الفضولي المعهود الذي يبيع للمالك، فإنّ المالك المجيز هو البائع حقيقة، لانتساب العقد إليه بإجازته.

حقيقة، و الفرض هنا (1) عدم إجازته (2)، و عدم وقوع البيع عنه.

وفيه (3): أنّ الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا (4)، سواء ملك حال العقد أم لا (5)، لأنّ الداعي على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم،

(1) هذا هو وجه الإشكال في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» يعني: أنّ المفروض في هذه المسألة الخلل من ناحيتين.

إحدهما: أنّ المالك حال العقد لم يجز هذا البيع الفضولي، فلم يستند العقد إليه.

و ثانيتهما: عدم وقوع البيع عن المالك، إذ المفروض قصد وقوعه لنفسه.

(2) هذا الضمير و ضمير «عنه» راجعان إلى المالك المجيز.

(3) أي: وفي هذا الأمر الثاني الذي أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه أن الثابت .. إلخ.

و توضيحه: أنّ كلام المقابس دلّ على فقد أمرين في مسألة «من باع ثم ملك» أحدهما رضا المالك، و الآخر قدرته على التسليم. و المصنف قدّس سرّه أجاب عن كل منهما مستقلاً.

أمّا رضا المالك فمحصل ما أفاده فيه: أنّ أدلة اعتبار الرضا- و هي سلطنة الناس على أموالهم، و عدم حلّ الأموال لغير أربابها بغير طيب أنفسهم، و قبح التصرف فيها بغير رضاهم عقلاً- لا تقتضي إلا اعتبار الرضا فيمن هو مالك حال الرضا، لأنّ المالك حين الإجازة و هو المتصف بكونه بائعاً لا بدّ أن يكون راضياً، سواء أ كان مالكا حين العقد أم لم يكن.

هذا بالنسبة إلى طيب نفس المالك. و أما القدرة على التسليم فسيأتي الكلام فيه.

(4) لأنّ الرضا يوجب النفوذ، فلا بدّ من وجود الرضا و غيره من الشرائط حين نفوذ العقد، سواء أ كان المالك حين الإجازة و الرضا هو المالك حين العقد أم لا، و المفروض في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» كون المالك حال الإجازة- و هو العاقد الفضول الذي صار مالكا فعليا للمبيع- غير مالكا حين العقد، فشرائط صحة العقد تأهلاً موجودة للمالك الفعلي المجيز و هو الفضول. فلا يلزم ما ذكره المحقق صاحب المقابس من انتفاء رضا المالك، لأن شرط صحة العقد رضا المالك حال استناد العقد إليه، و هو حال الإجازة.

(5) لأنّ اعتبار كون المجيز المالك حال الإجازة هو المالك حين العقد قيد زائد لا دليل عليه، و هو منفي بإطلاق الأدلة.



وعدم حلّها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم، وقبح (1) التصرف فيها بغير رضاهم.

وهذا (2) المعنى لا يقتضي أزيد ممّا ذكرنا (3).

وأما القدرة (4) على التسليم فلا نضايق (5) من اعتبارها في المالك حين العقد، ولا يكتفى بحصولها (6) فيمن هو مالك حين الإجازة. وهذا (7) كلام آخر لا يقدر

---

(1) هذا و«عدم» معطوفان على «سلطنة».

(2) وهو كون الداعي إلى اعتبار رضا المالك هي الأدلة الثلاثة المتقدمة.

(3) وهو أنّ الثابت من تلك الأدلة اعتبار رضا من هو مالك حين الإجازة، لأنّ المالك الفعلي للزكاة- في مثال بيعها قبل إخراجها- بعد دفع بدلها من أمواله الآخر إلى الفقراء هو مالك النصاب، فيعتبر رضاه ببيعها فضولا مع بيع النصاب بمقتضى سلطنته على ماله، وغيرها.

(4) هذا تمهيد لدفع إيراد صاحب المقابس على صحة بيع المالك ما لا يملكه حال العقد بانتفاء القدرة على التسليم في هذا البيع، حيث إنّ البائع ليس مالكا للمبيع حين العقد حتى يكون قادرا على تسليمه، مع وضوح شرطية القدرة في صحة البيع.

(5) أي: فلا نضايق من اعتبار القدرة في المالك حين العقد.

وقوله: «فلا نضايق» دفع لإشكال القدرة على التسليم، ومحصّله: أنّنا لا ننكر اعتبار القدرة في المالك حين العقد وإن لم يكن مجيزا، فإنّ القدرة على التسليم حاصلة للمالك حين الإجازة، كحصولها للمالك حال العقد فلا يبقى مجال لدعوى انتفاء القدرة على التسليم.

(6) هذا الضمير وضمير «اعتبارها» راجعان إلى القدرة.

(7) يعني: واعتبار القدرة في المالك حين العقد كلام آخر غير مرتبط بما نحن فيه، وهو مسألة «من باع مال الغير لنفسه فضولا ثم ملكه بالشراء أو الإرث، فأجاز البيع».

وجه عدم ارتباطه بما نحن فيه هو: أنّ البحث في مسألة «من باع فضولا مال الغير لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع» إنّما يكون بعد الفراغ عن واجديّة ذلك البيع الفضولي لشرائط الصحة، إذ محطّ البحث في هذه المسألة إنّما هو في كفاية الإجازة في صحة بيع الفضولي مع صيرورته مالكا فعليًا لما باعه فضولا، بعد فرض جامعية ذلك البيع الفضولي

التزامه في صحّة البيع المذكور (1)، لأنّ (2) الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها.

### [الثالث: أنّ الإجازة حيث صحت كاشفة]

الثالث (3): أنّ الإجازة

لجميع الشرائط.

وبعبارة أخرى: أنّنا نلتزم باشتراط صحّة البيع بقدرته من هو مالك حين العقد على تسليم المبيع للمشتري. فإن كان «من باع شيئاً ثم ملكه» مطمئناً برضا المالك بإقباض المبيع فقد صحّ بيعه، كسائر البيوع الفضولية. وإن لم يكن مطمئناً به فسد بيعه، لفقد شرط الصحّة.

وعليه فلا خصوصية في مسألة «من باع شيئاً» من جهة القدرة على التسليم، لأنّها من الشرائط العامّة لبيع الأصيل والفضول. مع أنّ المقصود بالبحث فعلاً ملاحظة المحاذير المختصة بمسألة «من باع» فلا وجه لدعوى فقد التمكن من التسليم هنا.

(1) وهو: من باع شيئاً ثم ملكه.

(2) تعليل لعدم قدح التزام اعتبار القدرة في المالك حين العقد في صحّة بيع مالا يملكه ثم تملكه. وحاصله: أنّ الكلام في صحّة بيع الفضول- الذي صار مالكا فعليا وأجاز- يكون بعد فرض جامعته للشروط التي ثبتت شرطيتها في البيع.

(3) هذا ثالث الأمور التي أفادها صاحب المقابس قدّس سرّه معترضا بها على صحّة البيع بالإجازة في مسألتنا، وهي «من باع فضولا مال الغير لنفسه ثم ملكه وأجاز».

ومحصل هذا الأمر الثالث: أنّه- بعد البناء على عموم دليل صحّة الإجازة وكاشفيتها في جميع الموارد حتى في مسألتنا هذه- يلزم أمر غير معقول، وهو اجتماع النقيضين. توضيحه: أنّه إذا باع زيد مثلا مال أبيه لنفسه فضولا يوم الجمعة على عمرو، ثمّ ملك ذلك المال بالشراء أو الإرث يوم السبت، فأجاز ذلك البيع الفضولي يوم الأحد، لزم بناء على كاشفية الإجازة خروج المال عن ملك زيد يوم الجمعة. مع أنّه لم يدخل في ملكه إلا يوم السبت، ولا يعقل خروج المال عن ملك شخص قبل دخوله في ملكه، فيلزم أن يكون زيد مالكا لذلك المال يوم الجمعة وغير مالك له في يومها، وليس هذا إلا التناقض.

- حيث صحّت (1) - كاشفة (2) على الأصحّ مطلقا (3)، لعموم (4) الدليل الدالّ عليه (5)،

و يلزم أيضا اجتماع المالكين على مال في زمان واحد، فإنّ المبيع فضولا يكون في يوم الجمعة مملوكا لمالكين، أحدهما: المالك الأول أعني به والد زيد، والآخر: عمرو الذي هو المشتري من زيد العاقد الفضولي.

وكلا هذين اللازمين محال عقلا. ولا فرق في استحالة اجتماع النقيضين والضدين بين الأعراض الخارجية والأمر الاعتبارية. وهذا المحذور العقلي يمنع جواز التمسك بالعمومات لصحة البيع الفضولي، فلا محيص حينئذ عن الرجوع إلى الأصل العملي، وهو في المقام أصالة الفساد أي استصحابه، إذ نشكّ بعد صدور الإجازة في البيع الفضولي في ترتب الأثر على العقد، فيستصحب عدمه.

فالمتحصل: عدم الدليل على صحة عقد الفضولي، فلا بدّ من القول ببطلانه.

(1) في قبال بطلانها وعدم تأثيرها في نفوذ بيع الفضولي، كما يذهب إلى لغوية الإجازة من يقول بفساد العقد الفضولي رأسا.

(2) خبر قوله: «ان الإجازة» وقوله: «على الأصح» إشارة إلى كونها ناقلة، كما هو مختار بعض. و ظاهر العبارة أنّ المحقق صاحب المقابس أورد هذا الأمر الثالث بناء على الكشف الحقيقي أي حصول النقل من زمان العقد، لا من حين الإجازة، لا الكشف الحكمي الذي نقله المصنف عن شيخه شريف العلماء.

وكيف كان فهذا المحذور الثالث قد جعله فخر المحققين وجها لرأي العلامة من بطلان بيع ما لا يملكه ثم تملكه، قال في الإيضاح: «و يحتمل البطلان، لتضاد ملكي شخصين لشيء واحد بعينه، وقد تحقّق أحد الضدين، فينتفي الآخر»، ونحوه كلام المحقق الثاني قدس سرّه، فراجع «1».

(3) يعني: حتى في ما إذا باع الفضولي لنفسه، ثم ملك وأجاز.

(4) تعليل لكاشفية الإجازة في جميع أفراد عقد الفضولي.

(5) أي: على كون الإجازة كاشفة.

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 419، جامع المقاصد، ج 4، ص 73.

ص: 259

و يلزم حينئذ (1) خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه (2).

وفيه (3): منع كون الإجازة كاشفة

---

(1) أي: حين القول بكاشفية الإجازة مطلقا.

(2) أي: في ملك البائع، وهذا نقل عبارة المقابس بالمعنى، وإلا فنصّ كلامه هو:

«قبل دخوله في ملكه، وهو محال» فلاحظ.

(3) أي: وفي هذا المحذور العقلي الذي أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه إشكال.

توضيح ذلك: أنّ عقد الفضولي إذا كان في نفسه جامعا لشرائط الصحة، ولم يكن مانع عن تأثيره ونفوذه إلاّ عدم رضا المالك، فإن أجاز المالك صحّ العقد من حين وقوعه.

وإن لم يجز وانتقل المال الذي عقد عليه فضولا إلى العاقد الفضول بالشراء أو الإرث، وأجاز هو عقده الفضولي، وقع البيع له، ونفذ من زمان الإجازة لا من زمان العقد، إذ شرط صحة الإجازة وقابليتها لتأثير العقد وتنفيذه أن تكون صادرة ممّن له أهلية الإجازة، ومن المعلوم إناطة أهليتها بصدورها عن المالك التام المالكية، بأن لا يكون محجورا عن التصرف في ماله.

وبالجملة: فدلّيل اعتبار الإجازة يدلّ على اعتبارها في محلّ قابل، وقابلية المحل منوطة بمالكية المجيز، فبدونها ليست الإجازة قابلة لتصحيح العقد وتنفيذه.

وعلى هذا فإجازة العاقد الفضول- الذي صار مالكا فعلا للمال المعقود عليه فضولا- كاشفة عن صحة العقد الفضولي من زمان تملكه لما باعه فضولا، لا من زمان وقوع العقد، لأنّ قابلية الإجازة للتأثير إنّما تكون من زمان تملك المجيز لا من زمان العقد لعدم كونه مالكا للمال حين العقد حتى تصلح إجازته للتأثير من زمان صدوره.

فلا يلزم حينئذ من صحة الفضولي تناقض ولا تضاد حتى يضطرّ إلى رفع اليد عن العمومات الدالة على صحة عقد الفضولي، ونرجع إلى الأصل العملي، وهو أصالة الفساد، وملتزم ببطلان عقد الفضولي كصاحب المقابس.

وبعبارة أخرى: كلام صاحب المقابس قدّس سرّه مبني على أنّ الإجازة في جميع البيوع الفضولية كاشفة عن ترتب النقل والانتقال عليها من حين إنشائها، فلذا يتوجه المحذور المتقدم من اجتماع مالكين على مال واحد وغيره.

مطلقا (1) عن (2) خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى (3) فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد (4)، فإنّ (5) مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع.

و هذا المبني ممنوع، لأنّ الإجازة وإن كانت كاشفة، لكن المتّبع هو دليل الاعتبار، و المستفاد منه إمكان الكشف، فإن أمكن ترتّب النقل من زمان العقد كشفت الإجازة عنه، كما في بيع الفضول للمالك، ثم إجازته له.

وإن امتنع ترتّب الأثر من حين العقد و أمكن ترتبه عليه من زمان لاحق، كشفت الإجازة عن حصول الأثر في الزمان المتأخر، و لا يحكم بلغوية الإجازة لمجرد امتناع تأثيرها من زمان العقد.

و حينئذ فلمّا ثبت قابلية بيع الفضول مال الغير لنفسه للصحة- كما تقدم في المسألة الثالثة التي عقدها المصنف قدّس سرّه- قلنا: إنّ هذا البائع لم يكن أهلا- للإجازة حين بيع مال الغير، ولكنه بعد تملكه للمال صار أهلا لأن يجيز، فلا مانع من وقوع البيع له و استناده إليه بإجازته. و هذه الإجازة كاشفة عن دخول المال في ملك الأصيل- المشتري- من زمان تملك المجيز له، لا من زمان العقد. و لا محذور شرعا و لا عقلا في الالتزام بالكشف بهذا المعنى.

و يمكن التنظير له بالهبة الفضولية، فإنّ المثّهب لا يتملّك العين من زمان العقد لو أجاز المالك، بل يتملّكها من حين القبض، و هذا شاهد على أنّ القول بالكشف لا يستلزم تحقق النقل و الانتقال من زمان العقد في جميع الموارد، لأنّ الإجازة تابعة للعقد المجاز.

هذا.

(1) أي: سواء أكان المجيز مالكا حين العقد أم لا.

(2) متعلق ب «كاشفة» وقوله: «عن ملك، من حين العقد» متعلقان ب «خروج».

(3) هذا بيان المراد من قوله: «مطلقا».

(4) كمسألتنا، و هي: من باع شيئا ثم ملكه.

(5) تعليل لمنع كون الإجازة كاشفة- في جميع الموارد- عن ترتّب الأثر من زمان العقد، بل تتبع صحّة العقد المجاز. فإن كان جامعا لشرائط التأثير عدا رضا المالك كشفت الإجازة عن ترتّب الأثر من زمان العقد. و إن لم يكن جامعا لها- كما في مسألة من باع

فإذا (1) ثبت بمقتضى العمومات أنّ العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد (2) في المحلّ القابل للعقد عليه (3)، و لا مانع (4) من وقوعه إلاّ عدم رضا مالكة، فكما (5) أنّ مالكة الأوّل إذا رضي يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني (6) إذا رضي يقع البيع له. و لا دليل (7) على اعتبار كون الرضا المتأخّر (8)

شيئا ثم ملكه- كشفت عن ترتب الأثر من أوّل أزمنة الإمكان، و هو زمان دخول المال في ملك المجيز.

(1) هذا بيان لوجود المقتضى لصحة عقد الفضولي لنفسه، و حاصله شمول العمومات له، كما تقدّم في المسألة الثالثة.

(2) لكون الفضولي قاصدا جدّا للمعاملة، و لم يكن داعيه الهزل و المزاح.

(3) لكون المبيع ممّا يصحّ بيعه، لخلوّه عن الموانع.

(4) أي: من وقوع العقد. و هذا إشارة إلى مانع الصحة، و هو عدم رضا مالك المال.

فإذا حصل رضا المالك أثر العقد أثره، لوقوع الإجازة في محلّها، سواء أ كان هو المالك الأوّل كما هو الحال في بيع الفضولي للمالك، فيجيزه، أم هو الثاني أي العاقد الفضولي الذي صار مالكا فعلا.

(5) الجملة جواب الشرط في قوله: «فإذا ثبت».

(6) و هو العاقد الفضولي الذي تملّك المال- الذي باعه فضولا- بالشراء أو بالإرث.

(7) هذا إشارة إلى منشأ إشكال صاحب المقابس قدّس سرّه «من خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه» حيث إنّ منشأ اعتبار كون الرضا و الإجازة ممن هو مالك حال العقد، و المفروض أنّه لا دليل على هذا التقييد. بل مقتضى الدليل هو صدور الرضا و الإجازة ممن يصلح رضاه لتنفيذ العقد، و هو ليس إلاّ المالك حين الإجازة، سواء أ كان هو المالك الأوّل أم المالك الثاني، و هو العاقد الفضولي، أو غيره ممن ملك المال الذي بيع فضولا.

و بالجملة: فلا دليل على اعتبار كون المجيز هو المالك حال العقد.

(8) كما في العقود الفضولية، فإنّ رضا المالكين فيها متأخر عن نفس العقود، بخلاف العقود غير الفضولية، لمقارنة رضا المالكين فيها للعقود.

متمن (1) هو مالك حال العقد.

و حينئذ (2) فإذا (3) ثبت صحته بالدليل، فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته (4)، إذ لا- يمكن الكشف فيه (5) على وجه آخر (6)، فلا يلزم من التزام هذا المعنى (7) على الكشف (8) محال عقلي (9) ولا شرعي (10) حتى يرفع اليد من أجله (11) عن العمومات المقتضية للصحة.

(1) خير قوله: «كون».

(2) أي: و حين عدم الدليل على اعتبار كون الرضا المتأخر متمن هو مالك حال العقد.

(3) هذه نتيجة ما أثبتته من صحة العقد بالدليل، و عدم دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر متمن هو مالك حين العقد.

(4) أي: قابلية الإجازة، و الأولى تأنيث الضمير. و يمكن رجوع الضمير إلى «خروج المال». و وقت قابلية الإجازة للكشف زمان تملك العاقد الفضوليّ بالشراء أو الإرث المال الذي باعه فضولا كما مرّ آنفا.

(5) أي: فيما نحن فيه، و هو: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من مالكه و أجاز.

(6) و هو الكشف مطلقا و إن لم يكن المجيز مالكا حين العقد، كما يقول بهذا الإطلاق صاحب المقابس، و يورد عليه بلزوم خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه.

(7) و هو خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته، و هو زمان تملكه بالشراء أو الإرث.

(8) متعلق ب «يلزم» يعني: فلا يلزم محال على الكشف بهذا المعنى.

(9) كاجتماع النقيضين واجتماع الضدين، على التقريب المتقدم آنفا.

(10) كمخالفة دليل شرعي يدلّ على لزوم كشف الإجازة عن صحة العقد من زمان وقوعه مطلقا و إن لم يكن المجيز مالكا حين العقد حتى يكون الالتزام بكون الإجازة كاشفة عن صحة العقد من زمان تملك المجيز مخالفا لذلك الدليل، و محالا شرعيّا.

لكن ليس من ذلك الدليل عين و لا أثر.

(11) أي: من أجل المحال العقلي و الشرعي كما يدعيه صاحب المقابس، و يرفع

فإن كان لا بدّ من الكلام (1) فينبغي في المقتضي (2) للصحة، أو في القول بأنّ الواجب في الكشف- عقلا أو شرعا- أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد (3).

وقد عرفت (4) أن لا كلام في مقتضي الصحة، ولذا (5) لم يصدر (6) من المستدلّ على البطلان، وأنّه (7) لا مانع عقلا و لا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان

---

اليد عن العمومات المقتضية للصحة، ويقول ببطلان عقد الفضولي في مسألة: من باع شيئا ثم ملكه فأجاز.

(1) أي: فإن كان لا بدّ من الاشكال و المناقشة- في صحة بيع من باع لنفسه، ثم ملكه بالشراء أو الإرث و أجاز- فينبغي أن يكون الإشكال في ناحية المقتضي للصحة، بأن يقال: إنّه لا مقتضي لصحة هذا البيع، لعدم شمول العمومات له.

أو يقال: إنّ اللازم في كاشفية الإجازة خروج المال عن ملك المجيز حال العقد، دون غيره ممّن ملك المال بعد زمان العقد كما في من باع شيئا ثم ملك، فإنّ المجيز- و هو العاقد الفضولي- ملك المال بعد زمان العقد.

(2) و هي العمومات المتقدمة في (ص 252).

(3) بأن يكون المجيز هو المالك حال العقد، دون المالك في غير زمان العقد، كمن باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و أجاز، فإنّ المجيز حينئذ غير المالك حين العقد.

فقوله: «وقت العقد» قيد ل «ملك المجيز» يعني: خروج المال المملوك له حال العقد عن ملكه.

(4) أي عرفت عدم الكلام و الإشكال في وجود مقتضي الصحة، حين قال في (ص 262): «فإذا ثبت بمقتضى العمومات .. إلخ».

(5) أي: ولأجل تماميّة مقتضي الصحة، و هي العمومات المتقدّمة الدالة على صحة بيع «من باع مال الغير لنفسه ثم ملكه و أجاز» لم يصدر من صاحب المقابس- المستدل على بطلانه بالأمر التي أفادها- كلام يشعر ببطلان البيع المذكور من ناحية المقتضي.

(6) أي: لم يصدر كلام من المستدل.

(7) معطوف على «أن لا كلام» يعني: وقد عرفت أنّه لا مانع .. إلخ.



ولا يتوهم (2) أنّ هذا (3) نظير ما لو خصّص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ (4) التخصيص إنّما يقدح مع القابلية (5). كما أنّ تعميم الإجازة لما قبل ملك

و غرضه من هذا الكلام ردّ الوجه الثاني المذكور بقوله: «أو في القول بأن الواجب .. إلخ». كما أنّ قوله: «وقد عرفت أنّ لا كلام في مقتضي الصحة .. إلخ» ردّ للوجه الأوّل المذكور بقوله: «فان كان لا بدّ من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة» وقد تقدّم أنّنا تقرّب كلا الرديّن.

(1) وهو زمان مالكية المجهز لما باعه فضولا.

(2) هذا الكلام يتضمّن وهما ودفعاً. أمّا الوهم فهو: أنّ تخصيص كاشفية الإجازة بزمان قابليتها للتأثير - وهو زمان تملك العاقد الفضولي لما باعه فضولا وعدم تأثيرها من زمان صدور العقد في مسألتنا، وهي «من باع ثم ملك وأجاز» - يكون نظير تخصيص المالك إجازة بيع ماله الذي يبيع فضولا بزمان متأخر عن العقد، كما إذا باعه الفضولي يوم الجمعة، وخصّص المالك إجازته بيوم السبت، بحيث يكون مبدء زمان تأثيرها وكاشفيتها يوم السبت. فكما لا يجوز التخصيص هناك، فكذلك في مسألة: من باع ثم ملك وأجاز.

و أمّا دفع الوهم المزبور فملخصه: أنّ القياس مع الفارق. توضيحه: أنّ قابلية الإجازة للكشف عن صحة العقد من حين وقوعه موجودة في المقيس عليه، فتخصيص تأثيرها بزمان متأخر خلاف الجعل الشرعي، فلا يجوز. وهذا بخلاف المقيس، فإنّ قابلية الإجازة للتأثير تحدث عند صيرورة المال ملكاً للفضولي بالشراء أو الإرث، فلا يعقل تأثيرها قبل حدوث القابلية لها. فتعميم تأثير الإجازة لما قبل مالكية الفضولي للمال لغو.

(3) أي: بيع الفضولي مال الغير لنفسه، وإجازته بعد تملكه لذلك المال.

(4) هذا تقرّب دفع الوهم المذكور، وقد مرّ أنّنا بقولنا: «و أمّا دفع الوهم المزبور».

(5) غرضه لغوية التخصيص بزمان متأخر عن العقد مع قابلية تأثير الإجازة من زمان وقوع العقد، لكون التخصيص خلاف الحكم الشرعي، وهو نفوذ الإجازة من حين العقد.

المجيز- بناء (1) على ما سبق (2) في دليل الكشف: من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع، أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع- غير (3) قادح مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع [1].

(1) الظاهر أنه قيد لقوله: «انما يقدح مع القابلية» يعني: أن قدح التخصيص بزمان متأخر عن العقد مبني على كون معنى الإجازة إمضاء العقد من حين وقوعه بمقتضى إطلاق العقد، وعدم تقيده بزمان دون زمان. أو كون معنى الإجازة إمضاء العقد الذي يقتضي مفهومه النقل من حين العقد.

وعلى التقديرين تكون الإجازة منقذة للعقد من حين وقوعه. فتخصيص نفوذ الإجازة بزمان متأخر عن العقد خلاف الجعل الشرعي، فلا عبرة به.

وعلى ما ذكرنا من قيديّة قوله: «بناء على ما سبق» لقوله: «إنّما يقدح» ينبغي تقديم: «بناء على ما سبق» على قوله: «كما أنّ تعميم الإجازة .. إلخ» بأن يقال: «إنّما يقدح مع القابلية بناء على ما سبق» إلى قوله «من حين الوقوع». ثم يقال: «كما أنّ تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز- ممّن باع ثم ملك و اجازة- لما قبل ملكه غير قادح، مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع».

و الوجه في عدم قدح التعميم و التخصيص: أنّ المدار على الحكم الواقعي المجعول شرعا، و ليس شيء من التعميم و التخصيص بيد المجيز، بل هما تابعان لما هو الواقع من الحكم الشرعي، فكلّ من التعميم و التخصيص غير المطابق للواقع لغو و لا عبرة به.

(2) حيث استدل القائل بالكشف «بأنّ الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، و ليس إلا نقل العوضين من حينه» فراجع (ص 16).

(3) خبر قوله: «انّ تعميم».

[1] لا يخفى أنّ للمحقق الايرواني قدس سرّه إشكالا على ما أفاده المصنف قدس سرّه في هذا الأمر الثالث، و محصله: أنّ العمومات- التي استدلل بها على كلّ من صحة عقد الفضولي في مسألتنا، و هي «من باع شيئا و ملكه و أجاز» و من كاشفية الإجازة من زمان تملك البائع الفضولي لذلك المال الذي باعه فضولا، بتقريب: أنّها بعمومها تقتضي صحة بيع الفضولي،

---

ويطلق مادة الوفاء في خطاب «أوفوا» تقتضي لزوم الوفاء بالعقد من أول زمان تحققه.

وهذا هو معنى الكشف- يلزم تركها مع عدم إمكان الأخذ بالكشف لمحذور عقلي أو شرعي، وترك تصحيح بيع الفضولي بها والرجوع الى الأصل، وهو يقتضي الفساد كما أفاده صاحب المقابس قدس سره.

فجواب المصنف قدس سره عن ذلك- بأن الجمع بين العمومات وبين دليل كاشفية الإجازة يقتضي صحة بيع «من باع ثم ملك وأجاز» وكشف الإجازة من حيث يمكن، وهو زمان مالكية الفضولي لما باعه فضولا- لا يدفع الإشكال، إذ ليس هنا دليلا حتى تكون نتيجة الجمع بينهما الصحة وكشف الإجازة من حيث يمكن، بل الدليل واحد، وهي العمومات المشار إليها. والمحذور العقلي أو الشرعي يوجب سقوطها، ولا دليل بعد سقوطها على صحته، وتحديد كاشفية الإجازة من زمان مالكية الفضولي لما باعه فضولا فلا محيص عن الالتزام بفساد بيع من باع فضولا ثم ملك وأجاز كما عن صاحب المقابس «1».

أقول: المحذور العقلي يمنع الأخذ بإطلاق مادة الوفاء زمانا وقيده، ولا يرفع الإطلاق رأسا، فإنه إطلاق أزماني يقبل التقييد بزمان. كما إذا وجب إكرام عالم في جميع الأزمنة بمقتضى الإطلاق الزماني. لكن عرض مانع عن إكرامه في بعض الأزمنة، فهل يصح أن يقال بعدم وجوب إكرامه بعد ارتفاع ذلك المانع استنادا إلى سقوط إطلاق دليل وجوب إكرامه؟ فإنّ وزان التقييد العقلي وزان التقييد اللفظي، فإنّ من الواضح صحة أن يقال بوجوب الوفاء بالعقد من حين وقوعه، إلا إذا لم يكن المجيز مالكا لما باعه حين العقد، فإنّ وجوب الوفاء حينئذ يكون من زمان مالكيته لما باعه فضولا.

وعليه فما أفاده المصنف قدس سره وجيه.

نعم بناء على الكشف الانتقائي- كما في حاشية المحقق الايرواني قدس سره- تصح دعوى تأثير الإجازة من زمان عقد الفضولي، لا من زمان مالكية الفضولي لما بيع فضولا. ولا يلزم حينئذ أمر غير معقول من اجتماع النقيضين والضدين، وذلك لأنّ لزومه منوط باجتماع ملكية المال الواحد للمالكين في آن واحد. ولا يلزم ذلك على الكشف الانتقائي، حيث إنّ

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 135.

الرابع (1): أنّ العقد

(1) هذا رابع الأمور التي أفادها صاحب المقابس قدّس سرّه معترضاً بها على القائلين بصحة بيع «من باع فضولاً لنفسه ثم ملكه و أجازته». و محصل هذا الأمر الرابع: أنّه لو باع زيد فضولاً مال أبيه على عمرو يوم الجمعة، ثم اشتراه من أبيه يوم السبت، ثم أجاز

ملكته لهما يكون على التناوب، لا على الاجتماع و المعية.

توضيحه: أنّ الإجازة توجب انقلاب ما كان مملوكاً للمالك الأول و دخوله بوجوده السابق من هذا الزمان- بسبب الإجازة- في ملك المالك، فيكون المال مملوكاً للمالكين على سبيل التناوب، لا على الاجتماع و المعية. فالملكية و اعتبار الملكية لا حق، و المملوك سابق.

عكس الملكية الحالية و المملوك اللاحق كملك المنافع الآتية فعلاً، و كملك البطون اللاحقة فعلاً للعين الموقوفة بقطعها اللاحقة.

و على هذا المعنى من الكشف لا يلزم في المقام شيء من المحذورين، و هما:

خروج العين عن ملك المجيز قبل دخولها في ملكه، و اجتماع المالكين على مملوك واحد.

أقول: ما أفاده قدّس سرّه- لو سلّم إمكانه في نفسه- بعيد عن أذهان العرف و أبناء المحاورة، و لا يمكن إثباته بالدليل، إذ الاقتضاء العقلي لا يتمشّي إلا بعد عدم الحكم العرفي في المورد.

و أما معه فلا سبيل للتمسك به. و قد تقدم أنّها لا يلزم من الالتزام بكشف الإجازة عن نفوذ العقد من زمان مالكية المجيز لما باعه فضولاً إلا تقييد الإطلاق الزمني الثابت لدليل وجوب الوفاء بالعقد، و تقييد الإطلاقات أمر عرفي معمول به بين أبناء المحاورة. و معه لا يحكم العقل بما ذكره.

فتلخص: أنّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من «أنّ الإجازة لا تؤثر إلا في محل قابل، و هو بعد صيرورة العاقد الفضولي مالكا للمال، فيكون بيع من باع فضولاً- مال الغير لنفسه ثم ملكه و أجاز صحيحاً كسائر البيوع الفضولية، حتى لو كان وقوع مضمون العقد من زمان حصوله دخيلاً- في مفهوم العقد، و كانت الإجازة إنفاذاً له» متين جداً، و ذلك لما مرّ من أنّ المحذور العقلي كالمقيّد اللفظي يقيّد الإطلاق الأزمني، و يكون قرينة على إرادة خلاف مفهوم العقد أو إطلاقه.

الأول (1) إنما صحّ وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، وهي (2) متوقفة على صحة العقد الثاني (3) المتوقفة (4) على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فتكون صحة الأول (5) مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك (6) و ملكا للمشتري معا في زمان

زيد ذلك العقد الفضولي يوم الأحد، فالعقد الأول هو بيع زيد فضولا، والعقد الثاني هو بيع الأب على ولده زيد. فصحة العقد الأول بمعنى انتقال المال إلى عمرو منوطه بإجازة البائع الفضولي وهو زيد، وصحة إجازته منوطه بالعقد الثاني وهو بيع الأب ذلك المال على زيد، إذ بدون انتقاله إليه من الأب لا يصير مالكا حتى تصح إجازته. وصحة العقد الثاني - وهو بيع الأب على زيد، متوقفة على بقاء المال على ملك الأب الذي هو المالك الأصلي، إذ لا بيع إلا في ملك.

فصحة العقد الأول تستلزم كون المال ملكا للأب ولعمرو في زمان واحد وهو يوم الجمعة، أمّا الأب فلأنّ المال لم ينتقل منه إلى ولده زيد إلا يوم السبت، فالمال باق على ملكه يوم الجمعة. ومقتضى الإجازة صيرورة المال يوم الجمعة ملكا لعمرو، فاجتمع مالكان - أحدهما: المالك الأصلي، وهو الأب، والآخر عمرو الذي اشترى المال بالبيع الفضولي من زيد - على مال واحد في يوم الجمعة.

ومبنى الاشكال في هذا الأمر الرابع هو اجتماع مالكين على مال واحد، ومبنى الاشكال السابق هو حيثية خروج المال عن ملك البائع الفضولي قبل دخوله فيه.

(1) وهو بيع زيد فضولا.

(2) أي: والإجازة متوقفة .. إلخ.

(3) وهو بيع الأب على زيد. ووجه توقّف صحة إجازة الفضولي على صحة العقد الثاني واضح، لأنّ مالكية المبيز للمال متوقفة على صحة العقد الثاني.

(4) صفة ل «صحة»، والمراد ب «مالكة الأصلي» هو الأب في المثال المذكور.

(5) أي: العقد الأول، وهو بيع زيد فضولا مال أبيه لنفسه على عمرو يوم الجمعة.

(6) الأصلي وهو الأب في المثال. وجه الاستلزام: أنّ الإجازة الواقعة في يوم الأحد الكاشفة عن صحة عقد الابن فضولا يوم الجمعة تستلزم حدوث الملك لعمرو من يوم

واحد، و هو محال، لتضادّهما (1). فوجود الثاني (2) يقتضي عدم الأوّل (3)، و هو موجب لعدم الثاني (4) أيضا، فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد، و هو محال.

فإن قلت (5).

الجمعة، و المفروض أنّ هذا المال كان في يوم الجمعة ملكا للأب، إذ لم يخرج عن ملكه بناقل إلا يوم السبت. ففي يوم الجمعة كان المال ملكا لشخصين: أحدهما الأب، و الآخر عمرو، و هو الذي اشتراه من زيد الذي باعه فضولا يوم الجمعة.

(1) حيث إنّ الملكيتين المستقلتين ضدّان يمتنع اجتماعهما، و المفروض كون كلّ من الأب و عمرو مالكا عرضا لهذا المال بالاستقلال. و لا فرق في امتناع الضدّين بين كونهما من الأعراض الخارجية كالسواد و البياض، و الأمور الاعتبارية كالملكية و الزوجية.

(2) أي: الملك الثاني - و هو ملك زيد للمال يوم الجمعة بمقتضى كشف الإجازة عنه - يقتضي عدم ملكيته لأبيه يوم الجمعة. كما أنّ ملكيته لأبيه تقتضي أيضا عدم ملكيته لزيد يوم الجمعة. فيلزم وجود الملكية و عدمها لكلّ من هذين المالين في آن واحد، و هو محال، للتناقض.

(3) أي: الملك الأوّل الثابت للمالك الأصلي، و هو والد زيد.

(4) أي: الملك الثاني الثابت لزيد.

و بالجملة: الملك الثاني ينفي الملك الأوّل، و بالعكس، و هو محال، لكونه من اجتماع النقيضين.

(5) هذا إشكال من صاحب المقابس على نفسه، و محصله: أنّ إشكال لزوم اجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد لا يختصّ بهذه المسألة، و هي «من باع مال غيره لنفسه فضولا ثمّ ملكه و أجاز» بل يعمّ سائر البيوع الفضولية أيضا.

توضيحه: أنّه إذا باع زيد كتاب عمرو فضولا على بكر يوم الجمعة، و أجاز عمرو هذا البيع يوم السبت، فإنّ مقتضى كاشفية الإجازة ملكية الكتاب لبكر من يوم الجمعة، لكون الإجازة كاشفة عن تأثير العقد من زمان وقوعه و هو يوم الجمعة. و حيث إنّ صحة الإجازة منوطة بملكية المبيع للمجيز و كونه ملكا له إلى زمان صدور الإجازة منه، فيكون المال في الزمان المتخلّل بين العقد و الإجازة ملكا لعمرو و لبكر. و ليس هذا

مثل هذا (1) لازم في كل عقد فضولي، لأن (2) صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقعة على بقاء ملك المالك، و مستلزمة لملك المشتري كذلك (3)، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا في آن واحد، فيلزم (4) إما بطلان عقد الفضولي مطلقا، أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد (5) بما نحن فيه (6).

قلنا (7):

إلا اجتماع الضدين المستلزم لاجتماع النقيضين بالتقريب المتقدم آنفا، فلا بد من الالتزام ببطلان الفضولي مطلقا.

(1) أي: لزوم ملك المالكين على مال واحد في زمان واحد.

(2) تعليل للزوم ملك المالكين على مال واحد، وقد مرّ تقريره آنفا.

(3) أي: في حال بقاء المبيع على ملك المالك الأصلي المجيز، وهو عمرو في المثال المزبور.

(4) يعني: فلازم صيرورة مال واحد في آن واحد ملكا للشخصين - وهما المالك الأصلي المجيز، و المشتري - أحد أمرين، إما بطلان عقد الفضولي مطلقا، أي سواء باع الفضولي مال الغير لنفسه أم لملكه، وإما بطلان القول بكاشفية الإجازة، و الالتزام بناقليتها.

(5) و هو لزوم كون مال واحد ملكا للمالك المجيز و المشتري في زمان واحد.

(6) و هو بيع الفضولي مال الغير لنفسه، و إجازته لهذا البيع بعد أن ملكه.

(7) هذا جواب قوله: «فان قلت» و محصّ له: أنه فرق بين ما نحن فيه و سائر العقود الفضوليّة. توضيحه: أنه يكفي في سائر العقود الفضوليّة كون المجيز حين الإجازة مالكا ملكيّة ظاهرية استصحابية، فإذا باع زيد كتاب عمرو فضولا على بكر، فأجاز عمرو هذا البيع، فإن مالكية عمرو ظاهرا تكفي في صحة إجازته، فيكون المبيع ملكا واقعا للمشتري و هو بكر بمقتضى كاشفية الإجازة، و ظاهرا لملكه و هو عمرو.

و هذا بخلاف ما نحن فيه، و هو «من باع شيئا فضولا لنفسه ثم ملكه و أجاز» فإن المبيع فيه يكون ملكا واقعا لشخصين، أحدهما المشتري، و هو بكر بمقتضى كاشفية الإجازة، و الآخر عمرو و هو المالك الأصلي، و ذلك لأنّ المفروض أنّ زيدا بعد أن باع فضولا مال أبيه اشتراه من أبيه. و لا بدّ في صحة هذا الشراء من كون الأب البائع مالكا

يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً [1]، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنّها (1) في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحق، ولا يكفي الملك السوري (2) في العقد الثاني (3).

واقعا لهذا المال، إذ لا بيع إلا في ملك. فإذا كان زمان عقد الفضولي يوم الجمعة و زمان الإجازة يوم الأحد، لزم أن يكون المال في يوم الجمعة ملكا للأب وبكر واقعا، وهذا محال.

(1) هذا تعليل لكفاية الملكية الظاهرية في الإجازة، وحاصله: أنّ حقيقة الإجازة رفع اليد وإسقاط الحق، ويكفي فيه الملك الظاهري. بخلاف البيع، فإنّه لا يكفي فيه الملك السوري، بل لا بدّ فيه من الملك الواقعي.

(2) أي: الملك الظاهري، نظير الملك الظاهري المستند إلى اليد، فإنّه كاف في نفوذ إقرار ذي اليد على ما في يده بأنّه مال الغير، وإن كان بالإقرار يخرج عن ملكه.

(3) وهو بيع الأب في المثل المزبور ذلك المال المبيع فضولا على ولده، فإنّ المال لو لم يكن ملكا واقعا للأب فكيف يجوز أن يبيعه على ولده؟ مع وضوح أنّه «لا بيع إلا في ملك».

[1] لعلّ وجه الكفاية ما في بعض الكلمات من: أنّ مقتضى ما دلّ عموما أو خصوصا على كون صحة عقد الفضولي بنحو الكشف الحقيقي، وعلى: أن للإجازة دخلا ولو بنحو الشرط المتأخر- ومن البديهي امتناع اجتماع المالكين في آن واحد على ملك واحد- هو الالتزام بكفاية الملكية الظاهرية وقيامها شرعا مقام الملكية الواقعية، كقيام الطهارة الظاهرية الخبثية مقام الطهارة الواقعية التي تكون أدلة اعتبارها ظاهرة في أنفسها في الطهارة الواقعية.

إلا أنّ دليل استصحاب الطهارة أو قاعدتها حاكم على تلك الأدلة.

ففي عقد الفضولي الذي لا يملك بعد العقد ما عقد عليه فضولا إذا لحقته الإجازة يكون ذلك المبيع ملكا واقعا للمشتري الأصلي، و ظاهريا للمالك الأصلي المجيز.

ولا منافاة بين كون مال واحد ملكا واقعا لشخص و ظاهريا لآخر.

وهذا بخلاف المقام وهو تملك العاقد الفضولي المبيع بعد ما باعه فضولا لغيره، فإنّ الملك الظاهري الاستصحابي للمالك الأصلي المجيز لا يكفي في حصول الملك الواقعي



للفضولي المشتري، بل لا بدّ من كون الملك واقعيًا، ولازمه حينئذ كون مال واحد ملكا واقعيًا للمالكين في زمان واحد، وهو محال عقلا.

ويمكن أن يكون وجه الكفاية كون مقتضى الجمع بين دليل صحة عقد الفضولي كسفا- وامتناع الجمع بين المالكين عقلا- هو حمل ملك المالك المجيز على الملك اللولائي، يعني: لولا الإجازة كان المال ملكا له. ويسمى هذا الملك بالملك التقديري، وبالإجازة يخرج عن ملك المجيز. والملكية التقديرية كافية فيما عدا المقام- أعني به من باع ثم ملك- من سائر العقود الفضولية، لكفاية الملكية التقديرية في صحة إجازة المجيز فيها، وعدم كفايتها في بيع المالك الأصلي، إذ لا يبيع إلا في ملك، وهو الملك الواقعي إجماعا.

وهذه الملكية اللولائية نظير الصحة اللولائية في باب النذر، كما إذا نذر ترك الصلاة في الحمام، فإنّ الناذر لا يقدر على الصلاة الصحيحة إلا بإرادة الصحة لولا النذر (1).

ويمكن أن يكون وجه صحة الإجازة في سائر العقود الفضولية ما قيل من: «أنّه لا يستفاد من أدلة اعتبار طيب نفس المالك في حلّ ماله إلاّ عدم ارتفاع ملك أحد إلاّ بطيب نفسه. أمّا كون ذلك الارتفاع بعد طيب النفس ليلزم أن يكون في رتبة سابقه على طيب النفس مالكا فلا، فيمكن أن يكون المال بطيب نفس متأخر منتقلا- عنه في زمان سابق، وهو زمان تعلق رضا المالك بتحقيق الانتقال فيه كما هو مبنى القول بالكشف .. إلخ» (2).

أقول: لا يخفى أنّ الظهور العرفي في دليل شرطية شيء هو تقدّمه على المشروط، لأنّ الشرط كالجزم دخیل في الموضوع الذي هو بجميع أجزائه وشرائطه مقدّم على الحكم، وأي فرق بين أن يقال: «لا يحلّ مال امرء إلاّ إذا كان بالغا عاقلا» وبين أن يقال: «لا يحلّ مال امرء إلاّ إذا كان راضيا» فهل يمكن أن يقال بدخل البلوغ والعقل بأيّ نحو اتفق ولو بعد التصرف.

فإذا كان طيب النفس شرطا للحلية فلا محالة لا تحصل الملكية و الانتقال إلاّ بعد الرضا المنكشف بالإجازة، لا أن يكون الرضا سببا لحدوث الملكية بالنسبة إلى الأزمنة الماضية.

نعم إن ثبت الكشف الانقلابي كان ما أفيد صحيحا، لكنه غير ثابت، بل أحاله بعض.

(1) حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي، ج 1، ص 164.

(2) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 2، ص 136.

أقول: قد عرفت (1) أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول (2) بعد إجازة العاقد (3) له هو تملك المشتري (4) له من حين ملك العاقد (5) لا من حين العقد (6).

و حينئذ (7) فتوقف إجازة العقد الأول

---

(1) في دفع الاشكال الثالث من إشكالات صاحب المقابس بقوله: «و فيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك» إلى قوله: «فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال» فراجع (ص 263-260).

(2) وهو بيع الولد فضولاً مال أبيه على بكر.

(3) يعني: العاقد الفضولي، وهو الولد. و ضمير «له» راجع إلى العقد الأول.

(4) وهو بكر، فإنه مشتري المال من العاقد الفضولي، وهو ولد المالك الأصلي، و جملة «هو تملك .. إلخ» خبر «بكون الأثر».

(5) أي: العاقد الفضولي وهو الولد، و زمان ملك العاقد لما باعه فضولاً هو زمان بيع أبيه ذلك المال على ولده العاقد الفضولي.

(6) وهو بيع الولد مال أبيه فضولاً على بكر يوم الجمعة في المثل المذكور.

(7) أي: و حين كون الإجازة كاشفة عن تملك المشتري للمبيع من حين ملك العاقد- لا من حين وقوع العقد- يتضح وجه توقف إجازة العقد الأول- وهو عقد الفضولي- على صحة العقد الثاني، وهو شراء ما باعه الفضولي من مالكة، ضرورة اعتبار مالكية المبيع حين الإجازة، و لا يصير العاقد الفضولي مالكا إلا بالعقد الثاني، وهو شراؤه المبيع

---

و بالجملة: فالالتزام بخروج المال عن ملك مالكة قبل الإجازة وهي الطيب- بحيث تصدر الإجازة بعد انتقال المال إلى المشتري- مشكل، لكونه خلاف ظاهر دليل شرطية الطيب في حصول الملكية لغير المالك، حيث إنّ ظاهره صدور الطيب عن المالك، فلا بدّ أن يكون مالكا في رتبة سابقه على الطيب حتى يصدر الطيب عنه، فإنه لا ينكر ظهور دليل الشرطية في تقدم الشرط على المشروط.

فالشرط المتأخر- بعد فرض تعقله ثبوتاً- لا دليل عليه إثباتاً، بل الدليل و- هو الظهور اللفظي- قائم على خلافه. فما أفاده المحقق الإيرواني قدس سرّه لا يمكن المساعدة عليه.

على صحّة العقد الثاني (1) مسلّم، و توقّف صحّة العقد الثاني (2) على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم (3) أيضا (4). فقلوه (5): «صحّة الأوّل تستلزم كون المال ملكا للمالك و المشتري في زمان واحد» ممنوع (6)،

الفضولي من مالكة.

(1) و هو العقد الذي يوجب ملكية المال الذي بيع فضولا للعائد الفضولي، و المراد بالعقد الأوّل هو عقد الفضولي.

(2) و هو العقد الموجب لتملك الفضولي للمبيع من مالكة، و توقّف هذا العقد الثاني على بقاء المال على ملك مالكة الأصلي إلى زمان شراء الفضولي لذلك المال واضح.

(3) خبر قوله: «و توقّف».

(4) يعني: كتسلّم توقّف إجازة العقد الأوّل- و هو عقد الفضولي- على صحّة العقد الثاني.

(5) يعني: فقول صاحب المقابس قدّس سرّه، و هذا نقل عبارته بالمعنى، إذ عبارته هذه «فتكون صحّة الأوّل مستلزمة لكون المال المعين .. إلخ» كما في (ص 269) و قد تقدم هناك تقريب استلزام صحّة العقد الأوّل لكون المال المعين ملكا للمالك الأصلي و للمشتري الأصيل.

و مجملة: أنّ صحّة العقد الأوّل- و هو عقد الفضولي الواقع يوم الجمعة- تستلزم اجتماع المالين على المال الذي بيع فضولا، حيث إنّ المشتري يملك ذلك المال من يوم الجمعة بإجازة العائد الفضولي في يوم الأحد، و المالك الأصلي و هو أبو العائد الفضولي أيضا مالك له، و إلا لم يصح شراء ابنه العائد الفضولي ذلك المال منه يوم السبت. فصار المال المعين في يوم الجمعة مملوكا للمالك الأصلي أعني به والد العائد الفضولي، و للمشتري الذي اشتراه من العائد الفضولي يوم الجمعة.

(6) خبر: «فقلوه» وجه منعه هو ما أفاده قبيل ذلك من أنّ القائلين بصحة بيع «من باع فضولا مال الغير ثم ملكه و أجاز» لم يقولوا بصحته من زمان وقوع العقد، بل يقولون بصحته من زمان ملكيته للعائد الفضولي. و حينئذ لا يجتمع مالكان على ملك واحد، إذ المشتري من الفضولي لا يملك ما اشتراه منه إلا من يوم السبت، لأنّه يوم اشترى فيه الفضولي ذلك المال من أبيه كان المال يوم الجمعة ملكا لأبيه فقط، و لم يكن للمشتري فيه

ص: 275

بل صحّته (1) تستلزم (2) خروج العين عن ملكية المالك الأصلي (3).

نعم (4) إنّما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادّعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد. ولكن هذا (5) أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث (6)، وقد تقدّم منعه (7)، فلا وجه لإعادته (8) بتقرير آخر، كما لا يخفى.

---

علاقة الملكية حتى يجتمع مالكان على مال واحد يوم الجمعة.

(1) يعني: بل صحة العقد الأوّل- وهو عقد الفضولي- تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي وهو الأب في المثال المذكور، إذ لا وجه لصحته مع بقاء العين على ملكية المالك الأصلي، لوضوح اعتبار كون المجيز مالكا حين الإجازة.

(2) الأوّل إيداله ب «تتوقف» ضرورة أنّ صحة بيع الفضولي متوقفة على خروج المال عن ملك المالك الأصلي، ومن لوازمه وآثاره، و ليست صحة بيع الفضولي ملزومة لخروج المال عن ملك المالك الأصلي كما لا يخفى.

(3) فإذا خرج عن ملك مالكه الأصلي يوم الجمعة لم يلزم اجتماع المالين على ملك واحد في يومها.

فمراده بقوله: «بل صحّته» هو: أنّ صحة العقد الأوّل- وهو عقد الفضولي- تنتج ضدّ اجتماع المالين على مال واحد، لا أنّ صحّتها تستلزم اجتماع المالين، كما زعمه المستشكل، حيث صرّح به في أوّل الإشكال الرابع بقوله: «فتكون صحة الأوّل مستلزومة لكون المال المعين ملكا للمالك و ملكا للمشتري معا في زمان واحد».

(4) استدراك على قوله: «ممنوع» يعني: نعم يلزم المحال- وهو اجتماع المالين على مال واحد- بناء على كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين وقوع العقد، لا من حين تملك العاقد الفضولي لما باعه فضولا.

(5) أي: كون الإجازة كاشفة عن الملك من زمان صدور العقد.

(6) أي: الإشكال الثالث من إشكالات صاحب المقابس قدّس سرّه، حيث قال في (ص 258) «إنّ الإجازة حيث صحت كاشفة على الأصح مطلقا».

(7) قد تقدم ذلك في (ص 260) بقوله: «وفيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقا».

(8) يعني: فلا وجه لإعادة أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث، مع تقدم منعه بقوله: «وفيه منع كون الإجازة كاشفة .. إلخ».

نعم (1) يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو (2) كون الملك حال الإجازة للمجيز والمشتري معا (3). وهذا (4) إشكال آخر

يعني: أنّ ما تقدم في الاشكال الثالث يغني عن ذكر الإشكال الرابع، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، وهو اجتماع المالكين على ملك واحد في زمان واحد.

لكن فيه: أنّ حيثية الإشكال متعدّدة، إذ هي في الوجه الثالث خروج المال عن ملك المجيز قبل دخوله في ملكه. وفي الوجه الرابع اجتماع المالكين على ملك واحد في زمان واحد. وحيثية كلّ من الإشكاليين ملحوظة مع الغصّ عن الأخرى.

نعم مبني كلا الإشكاليين واحد، وهو كون الإجازة كاشفة. لكن وحدة المبني لا توجب وحدة الإشكاليين.

(1) يعني: بعد دفع الاشكال الخاصّ - وهو اجتماع المالكين على ملك واحد في زمان واحد- قال: يبقى في المقام- وهو بيع الفضولي مال الغير لنفسه و تملكه له بعد العقد ثم إجازته له- إشكال عامّ وارد في جميع العقود الفضولية بناء على كون الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه، لا من حين صدور الإجازة.

(2) أي: الإشكال الوارد في مطلق الفضولي. تقريب هذا الاشكال العام هو: أنّه يلزم اجتماع مالكين- وهو المشتري والمالك الأصلي- على ملك واحد في زمان واحد.

توضيحه: أنّه إذا باع زيد كتاب مكاسب عمرو فضولا على بكر يوم الجمعة، ثم أجاز عمرو يوم السبت هذا البيع الفضولي، فهذا الكتاب يكون بين زمني وقوع العقد و صدور الإجازة ملكا للمجيز والمشتري معا.

أمّا كونه ملكا للمجيز فلاّنه لو لم يكن ملكا له حين الإجازة لم يكن أثر لإجازته، ضرورة أنّ المدار في نفوذ الإجازة على مالكية المجيز حين الإجازة، وإجازة غير المالك و من هو بمنزلة كعدم.

وأمّا كونه ملكا للمشتري فلاّنه مقتضى الكشف عن صحة العقد من حين وقوعه.

فالمبيع في الزمان المتخلل بين وقوع العقد و صدور الإجازة مملوك للمجيز والمشتري معا. وهذا إشكال عامّ في جميع العقود الفضولية.

(3) بالتقريب الذي مرّ آنفا.

(4) أي: الإشكال العامّ الوارد في مطلق عقد الفضولي، وهو كون الملك حال

تعرّض لاندفاعه أخيراً (1) غير (2) الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة (3) و هو (4) لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري.

نعم يلزم من ضمّ هذا الإشكال العامّ (5) إلى (6) ما يلزم في المسألة (7) على القول بالكشف (8) من حين العقد اجتماع (9) مآك ثلاثة (10) على ملك واحد قبل العقد الثاني (11).

---

الإجازة للمجيز و المشتري معا.

(1) يعني: تعرّض له صاحب المقابس قدّس سرّه في (ص 271) بقوله: «قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً، و هو الحاصل من استصحاب .. إلخ».

(2) نعت ل «إشكال آخر».

(3) في الأمر الرابع بقوله: «لأنّ صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك» إلى قوله: «فيلزم كونه بعد العقد .. إلخ» فراجع (ص 271).

(4) أي: الإشكال العامّ الذي استنتجه من المقدمات المذكورة.

(5) الوارد في جميع العقود الفضولية، و هو كون المبيع للمالك الأصلي و للمشتري، لأنّ المبيع الفضولي بعد إجازة المالك الأصلي العقد الفضولي يكون في الزمان المتخلّل بين العقد و الإجازة مملوكاً للمالك الأصلي و المشتري.

(6) متعلق ب «ضمّ».

(7) و هي مسألة: «من باع شيئاً ثم ملكه و أجاز».

(8) إذ على القول بالنقل يكون المبيع الفضولي باقياً على ملك المالك الأصلي إلى زمان الإجازة، و لا ينتقل إلى المشتري إلا بالإجازة، فلا يلزم تعدد المالك على مال واحد بين العقد و الإجازة.

(9) فاعل: «يلزم» في قوله: «يلزم من ضمّ ..».

(10) أوّلهم المالك الأصلي، و هو الأب في مثالنا المتكرّر، و الثاني ولده، و هو البائع الفضولي، و ثالثهم عمرو، و هو المشتري الأوّل الذي اشترى المال من البائع الفضولي.

(11) و هو بيع الأب ذلك المبيع على ابنه العاقد الفضولي. و التقييد بالثاني لأجل بقاء مالكية الأب. إذ بعد العقد الثاني يخرج عن المالكية، و لا يعدّ حينئذ من المآك الثلاثة.

لوجوب (1) التزام مالكيّة المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني (2)، و مالكيّة (3) المشتري (4) له، لأنّ (5) الإجازة تكشف عن ذلك (6)، و مالكيّة (7) العاقد له، لأنّ (8) ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه (9)، و إلاّ (10) لم تنفع إجازته في ملكه (11) من حين العقد، لأنّ (12) إجازة غير المالك

(1) تعليل لمالكيّة المالك الأوّل و هو الأب قبل العقد الثاني، إذ لو لم يكن مالكا لم يصحّ العقد الثاني، فإنّ المشتري - و هو عمرو - يتلقّى الملك من العاقد الفضولي الذي ملك المبيع فضولا من أبيه بالعقد الثاني.

(2) و هو بيع الأب ذلك المال على ولده العاقد الفضولي، إذ لو لم يكن الأب مالكا لم يصحّ بيعه على ولده الفضولي.

(3) «معطوف على «مالكيّة» و ضمير «له» راجع إلى «ملك».

(4) و هو عمرو الذي اشترى المال من العاقد الفضولي.

(5) تعليل لمالكيّة المالك الثاني - و هو عمرو في المثال - فإنّ مالكيته ناشئة عن إجازة العاقد الفضولي الذي باعه فضولا، ثم أجاز ذلك بعد ما اشتراه من أبيه بالعقد الثاني.

(6) أي: عن مالكيّة عمرو، لأنّ الإجازة من المالك تكشف عن تأثير العقد في مالكيّة المشتري.

(7) معطوف على «مالكيّة»، و العاقد الفضولي هو المالك الثالث.

(8) تعليل لمالكيّة العاقد الفضولي و هو الابن، و حاصل التعليل: أنّ مالكيّة المشتري - و هو عمرو - ناشئة من إجازة الابن، و نفوذ الإجازة موقوف على مالكيّة المجيز، إذ ليست إجازة غير المالك و من هو بمنزلة نافذة.

(9) أي عن ملك العاقد، و ضمير «له» راجع إلى «ملك».

(10) يعني: و إن لم يكن العاقد مالكا للمال لم تنفع إجازته في مالكيّة المشتري له من حين العقد.

(11) أي: في ملك المشتري، و ضمير «إجازته» راجع إلى العاقد.

(12) تعليل لقوله: «لم تنفع إجازته» حاصله: أنّ إجازة المالك تنفع في خروج المال

لا يخرج ملك الغير إلى غيره (1).

ثم (2) إن ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن ولا يغني، لأن (3) الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت (4) عن ملك المشتري قبلها (5) كشفت عما يبطلها، لأن (6) الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي.

---

إلى غيره، وإجازة غير المالك لا تنفع في انتقال المال إلى الغير.

(1) أي: غير المالك، والأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «لأن إجازة الفضولي لا تخرج ملك المالك إلى غيره».

(2) هذا إشكال ثان من المصنف على صاحب المقابس قدس سرهما. أمّا إشكاله الأوّل فهو الذي قد تقدم في (ص 274) بقوله: «أقول: قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر». وأمّا إشكاله الثاني على جواب صاحب المقابس عن الإشكال العامّ الوارد على جميع العقود الفضولية- بما أفاده بقوله في (ص 271): «قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا»- فهو: أنّه يلزم من كاشفية الإجازة عدم مالكية المجيز حين الإجازة.

توضيحه: أنّه إذا باع الفضولي مال زيد على عمرو يوم الجمعة، وأجاز زيد هذا البيع يوم السبت، فلما كانت الإجازة كاشفة عن ملكية المال لعمرو من يوم الجمعة، فقد كشفت عن بطلان الإجازة، لأنّها لا تنفذ إلا إذا صدرت عن المالك الواقعي حين الإجازة، والمفروض أنّ المال من يوم الجمعة صار ملكا لعمرو، فلا أثر لإجازة زيد، لعدم كونه مالكا حين الإجازة.

(3) دليل على عدم كون جواب صاحب المقابس مغنيا، وقد مرّ آنفا تقرّيبه.

(4) لم يذكر عدلا لهذه الشرطية، فالأولى أن يقال: «إنّ إجازة المالك لما كشفت .. إلخ».

(5) أي: قبل إجازة زيد في المثال المذكور. والمراد بقوله: «عما يبطلها» هو صيرورة المال ملكا لعمرو من يوم الجمعة، وخارجا عن ملك زيد، فليس المال في يوم السبت ملكا لزيد حتى تنفذ إجازته. ومن المعلوم أنّه لا أثر لإجازة غير المالك. والمراد بالمالك هو المالك الواقعي دون الظاهري، ولذا لو أجاز شخص باعتقاد كونه مالكا- ولو استنادا إلى حجة شرعية كاليد والاستصحاب- ثم تبين خلافه وأنّ المالك شخص آخر، فلا أثر لإجازته، ولا بدّ من إجازة المالك الواقعي في صحة العقد ونفوذه.

(6) تعليل لبطلان الإجازة، وقد مرّ بيانه آنفا بقولنا: «ومن المعلوم أنّه لا أثر لإجازة».



و المالك (1) الظاهريّ إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف (2) كون غيره مالكا حين الإجازة، ولذا (3) لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأنّ (4) المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

ثمّ (5) إنّ ما ذكره في الفرق بين الإجازة

---

(1) مبتدأ وخبره قوله: «إنّما يجدي» و الواو مستأنفة.

(2) لتقوم الحكم الظاهري بالشك و عدم انكشاف الواقع، و مع انكشافه لا يبقى موضوع للحكم الظاهري، و المفروض انكشافه هنا.

(3) أي: و لأجل إناطة إجداء إجازة المالك الظاهري بعدم انكشاف الخلاف لو تبين .. إلخ.

(4) تعليل لقوله: «لم تنفع إجازته» و حاصله: أنّ المالكية شرط واقعي لتنفيذ الإجازة كالطهارة الحديثة للصلاة، فإنّ الشرط بوجوده الواقعي شرط، لا بالأعمّ منه و من الظاهري حتى يؤثر بمطلق وجوده في المشروط. و أمّا كون المالكية من الشرائط الواقعية فبالضرورة و الإجماع، و بظهور الأدلة في ذلك.

(5) هذا إشارة إلى إشكال ثالث على ما أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه في هذا الأمر الرابع في دفع إشكال لزوم اجتماع المالكين على مال واحد في زمان واحد في سائر العقود الفضولية بقوله في (ص 271): «قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا» إلى قوله:

«و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني .. إلخ».

و محصل هذا الاشكال الثالث الذي أورده المصنف على صاحب المقابس قدّس سرّهما هو:

أنّ الفرق بين إجازة المالك في العقد الذي لا يملك العاقد الفضولي ما باعه فضولا بكفاية الملك الصوري في المالك إلى زمان إجازته، كما إذا باع الفضولي مال زيد على عمرو يوم الجمعة، و أجاز زيد المالك هذا البيع يوم السبت، و بين العقد الثاني فيمن باع شيئا فضولا ثم ملكه و أجاز، و هو بيع المالك كالأب في المثال السابق على ولده العاقد الفضولي، بعدم كفاية الملك الصوري في الأب، تحكم صرف، و تفرقة بين العقدين بلا دليل و وجه وجهيه.

و المراد بالعقدين عقد الفضولي و إمضاء المالك في سائر العقود الفضولية، و عقد الأب و بيعه على ولده ذلك المال الذي بيع فضولا في مسألة من باع ثم ملك. فإنّه لا بدّ من الملكية الواقعية للمالكين في كلا العقدين.

و العقد الثاني (1)- من كفاية الملك الصوري في الأول (2) دون الثاني- تحكّم (3) صرف، خصوصا (4) مع تعليله (5) بأنّ الإجازة رفع لليد و إسقاط للحقّ، فليت شعري أنّ إسقاط الحقّ كيف يجدي و ينفع مع عدم الحقّ واقعا؟ مع (6) أنّ الإجازة رفع لليد من الملك أيضا (7) بالبديهة.

و التحقيق (8) أنّ الإشكال (9) إنّما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقا (10)

(1) و هو بيع المالك- و هو الأب في فرضنا- على ولده ذلك المال الذي باعه ولده فضولا على عمرو.

(2) و هو إجازة المالك في غير مسألة «من باع ثم ملك» من سائر العقود الفضوليّة.

(3) خبر قوله: «أن ما ذكره».

(4) غرضه أنّ تعليله بكون الإجازة رفعا لليد و إسقاطا للحقّ أب عن الإكتفاء بالملك الصوري، لأنّ الإسقاط فرع الثبوت، إذ لو لم يكن حقّ واقعا لا يصدق الإسقاط.

(5) أي: تعليل المستشكل و هو صاحب المقابس، فالمصدر مضاف إلى الفاعل.

(6) هذا إشكال آخر على صاحب المقابس، و حاصله: أنّ الإجازة كنفس العقد في كونها سببا للنقل و رفع اليد عن الملك، فلا بدّ في الإجازة أيضا من الملك الواقعي.

(7) يعني: كالعقد في الدخل شطرا أو شرطا فيما هو سبب النقل و الانتقال، فكما أنّ العقد الثاني رفع اليد عن الملك، فكذلك الإجازة رفع اليد عن الملك أيضا.

(8) غرضه قدّس سرّه بيان منشأ إشكال لزوم اجتماع المالين- و هما المالك الأصلي و المشتري- في زمان واحد في كل عقد فضولي. و منشأ هذا الإشكال هو البناء على كاشفية الإجازة من حين العقد كما هو المنسوب إلى المشهور، إذ بناء عليه يلزم أن يكون المبيع بين زمني العقد الفضولي و الإجازة ملكا لملكه المجيز و للمشتري.

أمّا المالك فللزوم مالكته حين الإجازة. و أمّا المشتري فلكشف الإجازة عن انتقال المبيع إليه من زمان عقد الفضول.

(9) أي: إشكال اجتماع المالين على مال واحد في زمان واحد ملكية عرضيّة.

(10) حيث اعترض المصنف قدّس سرّه على الكشف الحقيقي المنسوب إلى المشهور بوجهه، و قال في ثالثها: «ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه ..

إلخ» و لأجله التزم بمقالة شيخه شريف العلماء قدّس سرّه من الكشف الحكمي، فراجع (ص 55).

في كاشفية الإجازة على الوجه المشهور (1) من كونها شرطا متأخرا يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه (2).

(1) وهو شرطية نفس الإجازة، بأن توجد في العقد صفة المؤثرية من حين وقوعها بعد أن لم يكن واجدا لها حين وقوعه.

(2) متعلق ب «تأثير» يعني: من زمان تحقق السبب المتقدم وهو عقد الفضول، و الأولى تأنيث ضمير «حدوثه» لرجوعه إلى الإجازة. أو إرجاع الضمير إلى «شرطا».

وبالجملة: فعلى ما أفاده المصنف قدس سره لا يلزم تعدد المالكين على مال واحد في زمان واحد، لأن المالك الأصلي - وهو الأب في المثال المذكور- مالك إلى زمان العقد الثاني الواقع بين الأب والابن، و المال ملك للأب فقط إلى زمان العقد الثاني. و بعد العقد الثاني ملك للابن فقط إلى زمان إجازته لعقده الفضولي، و من زمان إجازته ينتقل إلى المشتري من زمان ملكيته بالحصول بالعقد الثاني الواقع بينه وبين أبيه. فلم يجتمع مالكان عرضيان على مال واحد في شيء من هذه المراحل، بل المالك في جميعها واحد [1].

[1] و لا يخفى أن إشكال لزوم اجتماع المالكين - بناء على الكشف - لا يندفع إلا بالكشف الانقلابي، ضرورة أن تحديد كاشفية الإجازة بالمحلّ القابل لا يكفي في دفع محذور اجتماع المالكين، فإن إجازة العاقد الفضولي - وإن كان تأثيرها من زمان ملكيته لما باعه فضولا - توجب اجتماع المالكين، و هما نفس العاقد الفضولي و مشتريه من زمان ملكيته إلى زمان إجازته.

وبالجملة: فجواب الشيخ قدس سره - بكون الإجازة لا تؤثر إلا في محل قابل - لا يدفع إشكال اجتماع المالكين في زمان واحد، لأن إجازة العاقد الفضولي الذي اشترى من أبيه يوم السبت ما باعه فضولا على عمره وإذا وقعت يوم الأحد كشفت عن ملكية عمره لهذا المال من يوم السبت. فهذا المال صار من يوم السبت إلى زمان الإجازة مملوكا للعاقد الفضولي و لعمره، فلا محيص عن التزام صاحب المقاس ببطلان الفضولي في جميع الموارد، و عدم الوجه في التفصيل بين مسألتنا وهي من باع ثم ملك و أجاز، و بين سائر العقود الفضولية.

و الحاصل: أن الجمع بين الكشف الحقيقي و بين ملكية المميز حين الإجازة

فتلخص من جميع ما تقدم أمور:

الأول: أنّ إشكال المقابس في الأمر الرابع هو لزوم اجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد.

الثاني: أنّ هذا الإشكال ناش عن الكشف المشهوري، وهو دخل نفس الإجازة في صحة العقد الفضولي، لا وصف التعقب و اللحق.

الثالث: دفع المقابس الإشكال العام بالملكية الصورية في المجيز.

الرابع: إشكالات المصنف قدّس سرّه عليه:

أحدها: ما أفاده في (ص 274) بقوله: «قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر» و حاصله: أنّ القائل بصحة بيع «من باع شيئاً ثم ملكه وأجاز» إنّما يقول بصحته من زمان تملكّ العاقد الفضولي له، وهو يوم السبت، لا من زمان وقوع العقد الفضولي وهو يوم الجمعة، حتى يلزم المحذور الذي ذكره صاحب المقابس قدّس سرّه وهو اجتماع المالكين، وهما المالك الأصلي كالأب في المثال، والمشتري وهو عمرو الذي اشترى المال من العاقد الفضولي يوم الجمعة.

ثانيها: ما أفاده بقوله: (ص 280): «ثم أنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن».

و حاصل إشكاله على صاحب المقابس هو: أنّه يلزم من الإجازة بطلانها، لكون الإجازة من غير المالك، وهي لا تجدي، ولذا لو أجاز باعتقاد كونه مالكا، ثم تبين عدم مالكيته، لم تنفع إجازته، لكون المالكية من الشرائط الواقعيّة.

ثالثها: ما أفاده بقوله في (ص 281): «ثم إنّ ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني .. إلخ». و حاصل إشكال المصنف على صاحب المقابس قدّس سرّهما هو: أنّ دعوى كفاية الملك الصوري في إجازة المالك في العقود الفضولية وعدم كفايته في العقد الثاني - وهو الجاري بين المالك الأصلي وهو الأب في الفرض وولده- تحكّم صرف.

لا- يحصل إلا بالكشف الانقلابي المراد به انقلاب العقد عن عدم مؤثرته حين وجوده إلى مؤثرته من زمان وقوعه، وإلا فلا بدّ من ناقلية الإجازة.

## [الخامس: أنّ الإجازة المتأخّرة لنا كشفت عن صحّة العقد الأول ..]

الخامس (1): أنّ الإجازة المتأخّرة (2) لما كشفت عن صحّة

رابعها: ما أفاده في (ص 282) بقوله: «مع أن الإجازة رفع اليد» و محصل إشكاله على صاحب المقابس: أنّ الإجازة كالعقد في رفع اليد عن الملك، وقد مرّ تفصيله آنفاً.

وقد ظهر أنّ صاحب المقابس قائل بصحة عقد الفضولي فيما عدا مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، و يبطلانه فيها.

(1) هذا خامس الأمور من وجوه الخلل في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» مما اعترض بها صاحب المقابس قدّس سرّه على القول بصحة بيع من باع ثم ملك و أجاز. و مبني هذا الوجه الخامس كسابقه هو القول بالكشف الحقيقي. و هو يتضمن إشكالات و لوازم فاسدة.

أولها: لزوم الدور في إجازة كل واحد من البيعين.

ثانيها: لزومه في صحة كلّ منهما.

ثالثها: توقف صحة كلّ من البيعين على إجازة المشتري من الفضولي، و هو مستلزم لتوال فاسدة كما سيظهر.

و الكلام فعلاً في المحذور الأوّل، و توضيحه: أنّه إذا باع زيد مثلاً متاع أبيه فضولاً على عمرو يوم الجمعة، ثم اشترى زيد ذلك المتاع من أبيه يوم السبت، ثم أجاز زيد يوم الأحد ذلك العقد الفضولي الواقع في يوم الجمعة، فإجازة زيد عقده الفضولي لما كانت كاشفة عن صحته و ملكية المال لعمرو من يوم الجمعة، كشفت عن وقوع العقد الثاني الواقع بين زيد و أبيه على ملك عمرو، فلا بدّ من أن يجيز عمرو ذلك العقد الثاني حتى يصحّ، لوقوعه على ملكه.

كما أنّ لازمه أيضاً توقف صحة العقد الأوّل - الصادر من الفضولي - على إجازة المالك الأصلي و هو والد زيد، حتى يتملك المشتري و هو عمرو. فصحة كلّ من العقد الأوّل الصادر من الفضولي و العقد الثاني الصادر من المالك الأصلي منوطة بإجازة الآخر، و هذا دور محال.

(2) و هي الصادرة يوم الأحد من المشتري الثاني، و هو العاقد الفضولي الذي اشترى من أبيه يوم السبت ما باعه فضولاً يوم الجمعة على عمرو.

العقد الأول (1)، وعن كون المال ملك المشتري الأول (2)، فقد (3) وقع العقد الثاني (4) على ماله (5)، فلا بدّ (6) من إجازته (7). كما لوبيع المبيع من شخص آخر، فأجاز المالك (8) البيع الأول، فلا بدّ (9) من إجازة المشتري البيع الثاني حتّى يصحّ ويلزم.

(1) وهو بيع الفضولي مال أبيه على عمرو يوم الجمعة.

(2) وهو عمرو في المثال المذكور.

(3) جواب «لما» التوقيفية، والمجموع- على وجه- خبر «أنّ الإجازة».

(4) وهو العقد الواقع بين العاقد الفضولي وأبيه على المال الذي بيع فضولا على عمرو.

(5) أي: مال المشتري الأول، وهو عمرو.

(6) هذه نتيجة كاشفية الإجازة المتأخرة عن صحة العقد الأول، ووقوع العقد الثاني على ماله.

(7) أي: إجازة المشتري الأول، وهو عمرو الذي اشترى المال من زيد العاقد الفضولي يوم الجمعة.

(8) أي: المالك الأصلي إذا أجاز البيع الفضولي الأول، فلا بدّ أن يجيز المشتري البيع الثاني، وهو البيع الفضولي الثاني، لوقوع البيع الثاني في ملكه.

كما إذا باع زيد مال عمرو فضولا من بكر، وقبل إجازة عمرو له بيع نفس المال من شخص آخر، فللمالك- وهو عمرو- إجازة أيهما شاء. و لو أجاز البيع الثاني لم يبق موضوع لأن يجيز البيع الأول، بل كانت إجازته للثاني ردّا للأول، ولا كلام فيه.

ولكن لو أجاز البيع الأول، فقد دخل المال في ملك بكر، وله أن يجيز البيع الثاني، لأنّ إجازة عمرو كشفت عن دخول المال في ملك بكر من زمان بيعه منه أولا، فوقع البيع الفضولي الثاني في ملكه، فله أن يجيز وأن يردّ.

و الغرض من تنظير مسألة «من باع ثم ملك» بيع مال واحد مرتين فضولا- متعاقبا- هو مجرد اشتراكهما في توقف صحة البيع الثاني على إجازة المشتري في البيع الأول.

(9) المراد باللابدية هو أنّ المشتري في البيع إن شاء تصحيح البيع الثاني فعليه

فعلى هذا (1) يلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر.

و توقّف (2) صحّة كل من العقدين و الإجازة (3) على إجازة المشتري غير الفضولي (4).

و هو (5) من الأعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك (6) عدم تملك المالك الأصلي

---

إجازته، لا أنّ المراد إلزامه بالإجازة على كل حال حتّى إذا لم يرغب في إجازته.

(1) هذا تتمّة كلام صاحب المقابس في تقرير الإشكال الخامس. يعني: فعلى ما تقدم- من لزوم إجازة المشتري الأوّل العقد الثاني- يلزم توقّف إجازة كل من الشخصين- و هما المالك الأصلي، و المشتري الأوّل الأصلي الذي اشترى المال من العاقد الفضولي- على الآخر بالتقريب المتقدم آنفا.

(2) معطوف على «توقف» يعني: و يلزم توقف صحّة كل من العقدين على الآخر، حاصله: توقف صحّة كل من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي و هو عمرو، و ذلك لأنّ صحّة العقد الأوّل- و هو بيع الولد مال أبيه فضولا على عمرو- موقوفة على إجازة الولد الذي هو المشتري في العقد الثاني، لأنّه صار مالكا للمال بالعقد الثاني الذي جرى بينه و بين أبيه يوم السبت، فلا بدّ من إجازته حتى يصحّ البيع الأوّل.

وصحة العقد الثاني متوقّفة على إجازة المشتري الأوّل و هو عمرو، لأنّه بعد إجازة الولد للعقد الأوّل يصير عمرو مالكا للمال من يوم الجمعة الذي هو زمان صدور العقد من الولد فضولا، و توقف صحّة كل واحد من العقدين على صحّة الآخر دور محال، فلا يمكن الالتزام بصحة بيع من باع شيئا ثم ملكه و أجاز.

(3) هذه الكلمة غير موجودة في المقابس، إذ تقدم الكلام في تقريب الدور من ناحية الإجازة، و غرضه بيان الدور من ناحية صحّة كل واحد من العقدين. و لعلّ المصنف أضاف هذه الكلمة توضيحا.

(4) و هو عمرو، و المشتري الفضولي هو الولد، حيث إنّ كان في العقد الأوّل فضولا، و صار مشتريا أصيلا في العقد الثاني.

(5) يعني: و توقف صحّة كل من العقدين- على إجازة المشتري غير الفضولي- يكون من الأعاجيب.

(6) أي: توقف صحّة كل من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي يستلزم

شيئا من الثمن و المثلث، و تملك (1) المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان، و دون (2) تمامه إن زاد الأول،

عدم .. إلخ. و هذا تعليل لكون التوقف المذكور من العجائب، و حاصله: أن التوقف المزبور مستلزم للوازم فاسدة.

أحدها: عدم تملك المالك الأصلي - و هو الأب في المثال - شيئا من الثمن و المثلث.

أما عدم تملكه الثمن الذي دفعه المشتري الأول - و هو عمرو - إلى الولد الذي هو العاقد الفضولي، فلأن المفروض أن الولد باع المال يوم الجمعة على عمرو، فقبل أن يبيع الأب الذي هو المالك الأصلي ذلك المال على ولده يوم السبت صار عمرو مالكا للمال يوم الجمعة، لما يلحقه من الإجازة يوم الأحد، الكاشفة عن مالكية عمرو من حين العقد الفضولي أعني يوم الجمعة. فالأب باع يوم السبت مال عمرو الذي هو المشتري الأول، فدخل الثمن في ملك عمرو أيضا.

و أما عدم تملكه للمثلث فلأن إجازة الولد يوم الأحد تكشف عن خروج المثلث عن ملكيته للأب من يوم الجمعة و دخوله في ملك عمرو، فلم يكن الأب يوم السبت مالكا للمثلث حتى يدخل الثمن في ملكه، فلا يملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلث.

(1) معطوف على «عدم» هذا ثاني اللوازم الفاسدة، و حاصله: تملك المشتري الأول - و هو عمرو - المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان في المقدار، كما إذا كان ثمن العقد الفضولي الواقع في يوم الجمعة عشرة دنانير، و ثمن العقد الواقع في يوم السبت أيضا عشرة دنانير.

فعمرو دفع العشرة إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة، و أخذها منه يوم السبت.

(2) معطوف على «بلا عوض» و ضمير «تمامه» راجع إلى الثمن، يعني: أن المشتري الأول و هو عمرو تملك المبيع بأقل من الثمن الأول الذي دفعه إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة. كما إذا كان ذلك الثمن عشرة دنانير، و كان الثمن الثاني الواقع في عقد يوم السبت ثمانية دنانير، فالمشتري - و هو عمرو - تملك المبيع بدنانيرين.

فالمراد بقوله: «إن زاد الأول» هو زيادة الثمن الأول على الثمن الثاني كدينارين في هذا المثال.

كما أن المراد بقوله: «و مع زيادة» هو تملك المشتري الأول المبيع مع الزيادة، كأن



و مع (1) زيادة إن نقص (2)، لانكشاف (3) وقوعه (4) في ملكه (5)، فالثمن له (6)، وقد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن، و هو (7) ظاهر.

و الجواب عن ذلك (8) ما تقدّم في سابقه (9)

يكون الثمن الأوّل ثمانية دنانير، و الثمن الثاني عشرة دنانير، فيلزم حينئذ أن يملك المشتري الأوّل المبيع مع دينارين، لزيادة الثمن الثاني بدينارين على الثمن الأوّل.

(1) معطوف على «بلا- عوض» يعني: و تمدّك المشتري الأوّل المبيع مع زيادة على الثمن الأوّل المفروض نقصانه عن الثمن الثاني بدينارين.

(2) يعني: إن نقص الثمن الأوّل عن الثمن الثاني.

(3) تعليل لعدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثل، و تملك المشتري الأوّل المبيع بلا عوض، أو مع زيادة، أو بدون تمام الثمن الذي دفعه إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة.

(4) أي: وقوع البيع الثاني الواقع يوم السبت بين العاقد الفضول و المالك الأصلي.

(5) أي: في ملك المشتري الأوّل الذي هو عمرو و في المثل المذكور، و الحال أنّ المبيع كان له أيضا بسبب بذل الثمن الأوّل الذي دفعه إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة.

(6) أي: للمشتري الأوّل.

(7) أي: و استلزام توقف كلّ من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي - و هو عمرو في المثل المفروض - عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلين .. إلخ ظاهر كما عرفت تقرّبه.

(8) هذا جواب خامس الإشكالات التي أوردها صاحب المقابس قدّس سرّه على صحّة بيع «من باع مال الغير، ثمّ ملكه و أجاز».

و محصّل هذا الجواب هو: أنّ الإشكال المذكور مبني على كون الإجازة كاشفة عن حصول الملك من حين العقد أعني يوم الجمعة. و هو ممنوع، لما تقدّم من أنّ الإجازة لا بدّ أن تقع في محلّ قابل حتى تؤثّر و تنفّذ العقد، و المحلّ القابل لها هو زمان تملك العاقد الفضولي للمال الذي باعه فضولا، فإنّ زمان تملكه له هو يوم السبت، دون يوم الجمعة الذي وقع فيه البيع الفضولي لذلك المال على عمرو في المثل المفروض.

(9) و هو الإشكال الرابع من إشكالات صاحب المقابس المذكور في (ص 268).

من ابتناؤه (1) على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، وهو (2) ممنوع.

والحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة (3) شيء واحد (4)، والمحال على تقديره (5) مسلم بتقاريرات مختلفة (6) قد تبّه عليه (7) في الإيضاح وجامع المقاصد.

### [السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما]

السادس (8): أنّ من المعلوم

(1) أي: من ابتناء ما تقدم، والمراد بما تقدم ذلك الجواب المذكور في الأمر الرابع، وهو منع مبنى الإشكال أعني به كاشفية الإجازة عن صحة العقد من حين وقوعه، حيث قال: «قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأوّل هو تملك المشتري له من حين ملك العقاد، لا من حين العقد» فراجع (ص 274).

(2) أي: وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين وقوع العقد ممنوع.

(3) وهي الأمر الثالث والرابع والخامس من الأمور التي أفادها صاحب المقابس قدّس سرّه.

(4) وهي كاشفية الإجازة عن النقل والانتقال من حين وقوع العقد.

(5) هذا الضمير راجع إلى «شيء واحد».

(6) من لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله في ملكه، ومن لزوم اجتماع المالكين على مال واحد في زمان واحد، ومن استلزام وجود الشيء عدمه، ومن محذور الدور.

ولا يخفى ظهور المتن في أنّ فخر المحققين والمحقق الثاني قدّس سرّهما تبّها على منشأ هذه المحاذير. ولكن الموجود في الإيضاح محذور اجتماع مالكيين على ملك واحد، فلاحظ قوله قدّس سرّه: «ويحتمل البطلان، لتضاد ملكي شخصين لشيء واحد بعينه، وقد تحقّق أحد الضدين، فينتفي الآخ». وكلام المحقق الثاني وإن كان أبسط، لكن لم يصرّح فيه بجميع اللوازم الفاسدة التي تبّه عليها في المقابس، فراجع. «1».

(7) أي: على منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة.

(8) هذا سادس الأمور التي أفادها صاحب المقابس قدّس سرّه، و مرجع هذا الإشكال



أنّه يكفي (1) في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما (2). و لو (3) باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن. و هو (4) لا يجامع صحّة العقد الأوّل، فإنّها (5) تقتضي تملك المالك

السادس إلى انتفاء موضوع الإجازة، و هو عقد الفضولي في مسألة «من باع ثم ملك» توضيحه: أنّه قد ثبت في محله أنّ الإجازة و الفسخ- من المالك- يتحقّقان بفعل ما يكون من لوازمهما، كما إذا تزوّج زيد امرأة لعمرو فضولا، فباشروها عمرو، فإنّ المباشرة إجازة منه لهذا التزويج الفضولي. كما أنّه إذا تزوّج عمرو بأخت تلك المرأة كان تزويج الأخت فسخا له.

و في المقام إذا باع المالك الأصلي و هو الأب- في المثال المفروض - من ابنه بالعقد الثاني ماله الذي باعه ابنه على عمرو مثلا، كان هذا البيع الموجب لخروج المال عن ملكه و دخول الثمن في ملكه فسخا للعقد الفضولي الصادر من ابنه، فلا يبقى حتى يجيزه ابنه الفضولي الذي ملك المال من أبيه بالشراء مثلا. فلا وجه لصحة بيع من باع مال الغير، ثم ملكه و أجاز.

(1) أمّا أنّه يكفي في إجازة المالك فعل ما هو من لوازم صحة العقد فقد سبق الكلام فيه في ثاني تنبيهات الإجازة، فراجع (ص 170).

و أما كفاية فعل ما هو من لوازم الرد، فلما سيأتي في أحكام الرد من أنّه يحصل الرد «بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما..» فراجع (ص 446).

(2) أي: من لوازم الفسخ و الإجازة، و من المعلوم أنّ الصحة و الفسخ ضدّان لا يجتمعان.

(3) عبارة المقابض هكذا: «و لَمَّا باع ماله على الفضولي ..» و كلمة «لَمَّا» هنا أنسب من «لو» لأنّه بيان مورد البحث.

(4) أي: بيع المالك ماله بالعقد الثاني من ابنه العاقد الفضولي.

(5) هذا وجه عدم اجتماع نقل المالك المال عن نفسه و تملك الثمن، و محصله: أنّ الجمع بينهما جمع بين النقيضين، حيث إنّ الفسخ يوجب عدم تملك الثمن الأوّل، و صحة العقد الأوّل توجب تملك الثمن الأوّل. و الجمع بين العقد و فسخه جمع بين الوجود و العدم، و هو محال، لكونه جمعا بين النقيضين.

لثمن الأول (1). و حيث وقع الثاني (2) يكون فسخا له (3)، وإن (4) لم يعلم بوقوعه، فلا (5) تجدي الإجازة المتأخرة (6).

(1) وهو الثمن المجمعول في عقد الفضولي، لأنّ صحة العقد الأول تقتضي خروج المبيع عن ملك المالك الأصلي و دخول الثمن في ملكه.

(2) أي: العقد الثاني، وهو بيع الأب من ابنه المال الذي باعه ابنه فضولا من عمرو، فإنّ هذا العقد الثاني يكون فسخا لعقد الفضولي، فلا يبقى مورد للإجازة.

ثم إنّ هذه الجملة وردت في المقابس هكذا: «حيث وقع العقد الأول لزم أن يكون فسخا له ..» و الظاهر أنّه سهو من الناسخ، و الصحيح ما أثبتّه المصنف، إذ لم يجز المالك الأصلي البيع الأول حتى يكون فسخا للثاني، بل الأمر بالعكس، فإنّه باع ماله للفضولي، و هذا البيع فسخ عملي للبيع الأول الفضولي.

(3) أي: للعقد الأول، و حيث إنّّه لا يمكن الجمع بين مقتضى العقدين - لأنّ العقد الأول يقتضي خروج المال عن ملك المالك الأصلي و ارتفاع ملكيته، و العقد الثاني يقتضي بقاء ملكيته، و هما لا يجتمعان - لزم فسخ العقد السابق.

(4) و صليّة، يعني: و إن لم يعلم المالك الأصلي بوقوع عقد الفضولي على ماله حتى يتوهم أنّه مع جهله بعقد الفضولي لا يقصد فسخه ببيع المال من العاقد الفضولي، فلا يكون هذا البيع فسخا لعقد الفضولي، بل هو باق على حاله و قابل للإجازة.

و دفع هذا التوهم بأنّ الردّ كما يحصل بالإنشاء و حلّ العقد، كذلك يتحقق بفعل يفوت محلّ الإجازة، فينحلّ العقد قهرا، كما في بيع المالك الأصلي ماله، أو عتق عبده الذي بيع فضولا، فإنّ هذا البيع - أو العتق - يفوت محلّ الإجازة، كخروج المال عن ملكه.

فالنتيجة: عدم صحة بيع «من باع ثمّ ملك و أجاز» لانعدام عقد الفضولي بالتصرّف المنافي، كالبيع و العتق الصادرين من المالك الأصلي.

(5) الفاء عاطفة لا جوابية، لأن جواب الشرط قوله: «يكون فسخا له».

(6) لعدم وقوع الإجازة في محلّ قابل بعد خروج المال عن ملكه، فلا تجدي الإجازة المتأخرة، و هي إجازة العاقد الفضولي الذي اشترى المال الذي باعه فضولا من مالكه.

و بالجمله: حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة (1)، بل أولى (2) منها (3). فكما أنّ التصرف المنافي مبطل لها (4)، كذلك عقد الفضولي.

و الجواب (5): أنّ فسخ عقد الفضولي هو إنشاء ردّه. و أمّا الفعل المنافي

(1) يعني: أنّ عقد الفضولي يكون كالعقود الجائزة في بطلانه بالتصرف المنافي، كما إذا وهب مالا لزيد مثلا، ثم باعه من عمرو، فإنّ هذا البيع يبطل الهبة و يفسخها.

(2) وجه الأولوية: أنّه لا يترتب شيء على عقد الفضولي قبل الإجازة، بخلاف العقود الجائزة، فإنّها تقع صحيحة و مؤثرة، فإنّ الهبة مثلا تؤثر في ملكية الموهوب للموهوب له، غاية الأمر أنه يجوز للواهب حلّ العقد و فسخه. فإذا بطلت بمجرد التصرف المنافي مع وقوعها صحيحة، كان بطلان عقد الفضولي - الذي لإثبات له - بالتصرف المنافي أولى.

و بعبارة اخرى: ان تصرف المالك في العقود الجائزة يكون رفعا للعقد، و تصرف المالك في البيع الفضولي يكون دفعا له، و لا ريب في كون الدفع أهون من الرفع.

هذا بناء على ما نقله المصنف من قوله: «بل أولى منها». و أمّا بناء على ما في المقابس من قوله: «بل أدنى منها» فالمراد واضح أيضا، يعني: أنّ العقد الفضولي قبل الإجازة يكون أقرب إلى البطلان من العقود الجائزة، لكون صحته و تأثيره اقتضائيا لا فعليا، بخلاف العقد الجائز، فإنّه صحيح فعلا و مؤثر في حصول مضمونه.

(3) أي: من العقود الجائزة.

(4) أي: مبطل للعقود الجائزة، كذلك التصرف المنافي مبطل لعقد الفضولي.

(5) هذا جواب الشيخ الأعظم قدس سرّه عن سادس إشكالات صاحب المقابس.

تقريبه: أنّ فسخ العقد عبارة عن إنشاء ردّ العقد، و مع تحققه ينعدم العقد، و لا يبقى موضوع للإجازة. و لا محيص حينئذ عن الالتزام بما أفاده صاحب المقابس من بطلان بيع «من باع شيئا ثم ملكه و أجاز» حيث إنّ بيع المالك الأصلي ماله المبيع فضولا فاسخ للعقد الفضولي و معدم له، فلا يبقى عقد حتى يجيزه من انتقل إليه المال من مالكه.

لكن الفسخ هنا غير معلوم، لعدم العلم بقصد المالك إنشاء الفسخ بالفعل المنافي، خصوصا مع جهله بوقوع عقد الفضول على ماله، و مع عدم إحراز الفسخ لا وجه للحكم بإنعدام العقد حتى يقال بعدم محلّ قابل للإجازة.

نعم غاية ما في الباب أنّ الفعل المنافي يفوّت محلّ الإجازة، إمّا مطلقا و بالنسبة إلى



لمضيه (1) - كتزويج المعقودة فضولا - نفسها من آخر (2)، وبيع (3) المالك ماله المبيع فضولا من آخر (4) - فليس (5) فسحا له، خصوصا مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي. غاية (6) ما في الباب أن الفعل المنافي لمضيه العقد مفوت لمحلّ الإجازة، فإذا فرض وقوعه (7) صحيحا فمحلّ الإجازة، ويخرج العقد عن قابلية الإجازة، إمّا مطلقا كما في مثال التزويج (8)، أو بالنسبة (9) إلى من فات محلّ الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإنّ محلّ الإجازة إمّا فات بالنسبة إلى الأوّل (10)،

كل أحد كما في مثال التزويج، فإنّ محلّ الإجازة فيه هي المرأة غير المزوّجة، فإذا زوّجت نفسها بغير من زوّجها الفضولي، فقد فات محلّ الإجازة مطلقا، لصيرورتها مزوّجة.

وإمّا بالنسبة إلى شخص خاصّ، لا كلّ أحد كالمقام، فإنّ محلّ الإجازة بالنسبة إلى خصوص المالك الأصلي الذي نقل المال عن ملكه، فإنّه لا مال له حتى يجيز. و إمّا بالنسبة إلى غيره - وهو المالك الجديد - فلم يفت محلّ إجازته.

(1) هذا الضمير و ضمير «رده» راجعان إلى «عقد الفضولي».

(2) أي: من غير من زوّجت له فضولا.

(3) معطوف على «تزيج المعقودة».

(4) أي: من غير الشخص الذي باع الفضولي ذلك المال منه.

(5) هذا جواب «و أمّا» و ضمير «له» راجع إلى «عقد الفضولي».

(6) بعد أن نفى تحقق الفسخ بالفعل المنافي للعقد أراد إثبات فائدة الفعل المنافي و عدم لغويته، وقال: إنّ فائدته تقويت محلّ الإجازة مطلقا كمثال التزويج المذكور، أو بالنسبة إلى شخص خاص كالمالك الأصلي على ما تقدم آنفا.

(7) أي: وقوع الفعل المنافي صحيحا لا فاسدا، إذ مع فساده لا يفوت محلّ الإجازة.

(8) لما مرّ آنفا من أنّ محلّ الإجازة في النكاح هي المرأة غير المزوّجة، و كعتق العبد المبيع فضولا، فإنّه مفوت لمحلّ إجازة بيع الفضول بالنسبة إلى كل أحد، لا المالك المعتق للعبد، و لا للعاقد الفضولي، لأنّ الحرّ لا يعود رقّا، فيزول عقد الفضول رأسا و ينعدم عقلا.

(9) معطوف على «إمّا مطلقا»، فتختلف الأفعال المنافية للعقد من إسقاطها لقابلية الإجازة مطلقا، أو بالنسبة إلى بعض دون بعض.

(10) أي: المالك الأوّل، فإنّ محلّ الإجازة - وهو المال - فات بالنسبة إلى مالكة



فللمالك الثاني (1) أن يجيز.

نعم (2) لو فسخ المالك الأول نفس العقد (3) بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه (4) إجماعا (5)، و لعموم (6) «تسلط الناس على أموالهم» بقطع (7) علاقة الغير عنها.

فالحاصل (8): أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسخا إنه إبطال لأثر العقد في

الأصلي، فإذا باع الفضولي كتاب زيد من عمرو، ثم باع زيد ذلك الكتاب من بكر، فإن محل الإجازة- وهو ذلك الكتاب- فات بالنسبة إلى زيد الذي هو المالك الأول، لخروج الكتاب عن ملكه، ولم يفت بالنسبة إلى بكر الذي هو المالك الثاني، لدخول الكتاب في ملكه، فله السلطنة عليه ببيعه وإجازة عقد الفضولي الواقع عليه.

وإن شئت فقل: إن الكتاب بوصف كونه مبيعا فضولا انتقل إلى بكر، فله الإجازة والرد، فإذا أجاز نفذ العقد.

(1) وهو بكر الذي ملك الكتاب المبيع فضولا بالشراء من مالكه، وهو زيد.

(2) استدراك على ما أفاده من بقاء محل الإجازة للمالك الثاني وهو بكر في المثال.

و حاصل الاستدراك: أنه قد يفوت محل الإجازة بالنسبة إلى المالك الثاني أيضا، كما إذا فسخ المالك الأول- وهو زيد- نفس عقد الفضولي بإنشاء الفسخ، بأن يقول: «فسخت عقد الفضول الواقع على كتابي» فإن العقد إذا انفسخ وانعدم لا يبقى محل لإجازة أحد من المالكين الأول والثاني.

(3) يعني: من دون الإكتفاء بالفعل المنافي المعرى عن قصد إنشاء الفسخ.

(4) أي: من حين الفسخ، لا من حين وقوع العقد.

(5) هذا من أدلة بطلان عقد الفضولي على تقدير فسخ المالك له.

(6) هذا دليل آخر على بطلان عقد الفضولي بفسخ المالك له، حيث إن مقتضى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم جواز قطع علاقة الغير عن أموالهم.

(7) متعلق ب «تسلط».

(8) يعني: فالحاصل من جواب المصنف قدس سره عن سادس إشكالات صاحب المقابس قدس سره هو: أنه إن أريد بكون البيع الثاني- أي بيع المالك ماله الذي بيع فضولا- فسخا للبيع الأول إبطال أثر العقد الأول الفضولي في الجملة، فهو مسلم، حيث إن المالك الأول باع ماله الذي بيع فضولا، فلا مال له حتى يجيز عقد الفضولي الواقع عليه سابقا.

الجملة (1) فهو (2) مسلم، ولا يمنع ذلك (3) من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة. وإن (4) أريد أنه إبطال للعقد رأساً (5) فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك (6). و تسمية (7) مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان من (8) حيث إنه (9) مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة

لكنه لا يمنع من بقاء عقد الفضولي متزلزلاً وقابلاً للإجازة بالنسبة إلى المالك الثاني، وهو الذي اشترى ذلك المال من المالك الأول، فله الإجازة، لقاعدة السلطنة.

وإن أريد بكون البيع الثاني فسخاً بإبطال العقد الفضولي وحله رأساً وإعدامه عن صفحة الوجود- بحيث يسقط عن التأثير وإن أجاز مالكة الفعلي، وهو الذي اشترى المال المبيع فضولاً من المالك الأول- فهو ممنوع، إذ لا دليل على كون البيع الثاني كذلك.

وتوهم أنّ تعبير الفقهاء عن بيع المالك الأول بكونه ردّاً لعقد الفضولي ظاهر في بطلان عقد الفضولي رأساً، مدفوع بأنّ المراد بالردّ هو إسقاط العقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعل الفعل الثاني- وهو المالك الأول- بحيث تكون الإجازة منه بعد بيعه لغوا، لأنّه ليس مالكا للمال حتى تكون له الإجازة.

(1) يعني: بالنسبة إلى المالك الأول.

(2) جواب الشرط في قوله: «إن أريد».

(3) أي: كون الفسخ إبطالا لأثر العقد في الجملة.

(4) معطوف على «إن أريد» وقد مرّ أنّنا توضيحه بقولنا: «وإن أريد بكون البيع الثاني فسخاً .. إلخ».

(5) بحيث لا يقبل الإجازة من أحد أصلاً، لا من المالك الأول، ولا من المالك الثاني،

(6) يعني: لا دليل على كون البيع الثاني إبطالا للعقد الأول الصادر من الفضول رأساً.

(7) هذا إشارة إلى وهم اتضح أنّنا بقولنا: «وتوهم أنّ تعبير الفقهاء عن بيع .. إلخ».

(8) خبر «و تسمية» و دفع للتوهم المزبور، وقد مرّ تقريبه بقولنا: «مدفوع بأنّ .. إلخ».

(9) أي: ذلك الفعل، وهو البيع الصادر من المالك الأول، فإنّه مسقط لعقد الفضول وهو العقد الأول. ووجه الإسقاط: أنّ المالك بسبب بيعه يصير أجنبياً عن المال،

إلى فاعله (1) بحيث تكون الإجازة منه بعده (2) لغوا.

نعم (3) لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل (4) فسخ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعلياً، لم يبعد (5) كونه كالإنشاء بالقول. لكنّ الالتزام بذلك (6) لا يقدح في المطلب (7)، إذ (8) المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد (9)، ولذا (10) لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي (11) العقد على حاله من قابليّة لحوق الإجازة.

فلا يكون مالكا له حتى تنفذ إجازته، فلو أجاز كانت إجازته لغوا.

(1) أي: فاعل ذلك الفعل البيعي الصادر من المالك الأوّل.

(2) أي: بعد الفعل، وضمير «منه» راجع إلى «فاعله».

(3) استدراك على لغويّة إجازة المالك الأوّل عقد الفضول، و حاصل الاستدراك:

أنّه يمكن أن لا تكون إجازته لغوا فيما إذا قصد المالك الأوّل بيعه فسخ عقد الفضول بحيث يندرج فعله في الفسخ الفعلي كالإنشاء بالقول.

(4) وهو بيع المالك الأوّل.

(5) جواب الشرط في «لو فرضنا» وقوله: «فسخ» مفعول ل «قصد المالك».

(6) أي: بقصد المالك فسخ عقد الفضول من بيعه.

(7) وهو بقاء العقد الأوّل - أعني به عقد الفضولي - بالنسبة إلى المالك الثاني الذي اشترى المال المبيع فضولا من مالكة الأوّل.

(8) تعليل لعدم القدح، وحاصله: أنّ مجرد بيع المالك من حيث إنّه بيع - ما لم يكن مصداقا لعنوان فسخ العقد - لا يوجب بطلان العقد الفضولي.

(9) أي: العقد الذي أوقعه الفضول يوم الجمعة مثلا، و اشترى العاقد الفضول ذلك المال من مالكة يوم السبت.

(10) يعني: ولأجل عدم كون بيع المالك بنفسه بعد بيع الفضول مبطلا - لعقد الفضولي، لو فرض انكشاف فساد بيع المالك الواقع يوم السبت كان عقد الفضول الواقع يوم الجمعة باقيا على حاله، وقابلا للإجازة، فيجوز لمالكة الأوّل إجازته.

(11) جواب «لو فرضنا» أي: بقي بيع المالك الواقع في يوم السبت - الذي هو الزمان المتأخر عن زمان وقوع عقد الفضولي، وهو يوم الجمعة - على حاله.

وأما الالتزام (1) في مثل الهبة والبيع في زمان الخيار بانفساخ (2) العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي (3)، فلأن (4) صحّة التصرف المنافي تتوقّف على فسخ العقد (5)، وإلا (6) وقع في ملك الغير. بخلاف ما نحن فيه (7)، فإنّ (8) تصرف المالك في

(1) إشارة إلى إشكال على عدم كون بيع المالك موجبا لبطلان عقد الفضولي.

تقريبه: أنّه إذا لم يكن هذا التصرف البيعي مبطلا و منافيا لعقد الفضولي فلم يلتزم الفقهاء ببطلان العقد الجائز بالتصرف المنافي له من بيع أو هبة أو صلح أو غيرهما. كما إذا باع زيد مثلا داره من عمرو بخيار في مدة شهر، ثم باعها في أثناء مدّة الخيار من بكر، أو وهبها أو صالحها، فإنّهم يلتزمون بصحة هذه العقود الجارية في مدة الخيار، وبطلان البيع الخياري بهذه العقود. وكذا إذا وهبها ثم باعها قبل لزوم الهبة، فإنّ صحة البيع منوطة ببطلان الهبة، وإلا لا يقع البيع صحيحا، لوقوعه في ملك الغير.

(2) متعلق ب «الالتزام»، و «في زمان» ظرف مستقر.

(3) كالبيع والهبة والصلح الواقعة في زمن الخيار على المبيع الخياري.

(4) جواب «و أما» وهذا دفع الاشكال المزبور، وحاصله: فساد قياس بيع المالك ماله- المبيع فضولا- بالتصرف المنافي الصادر من ذي الخيار، أو من العاقد في العقود الجائزة كالهبة قبل عروض ما يوجب لزومها، وذلك لأنّ صحة التصرف المنافي موقوفة على بطلان العقد الخياري أو العقد الجائز، ضرورة أنّ صحة هبة المبيع الخياري أو بيعه أو صلحه منوطة ببطلان البيع ليقع التصرف المنافي في ملكه، وإلا يقع في ملك الغير، فينعقد باطلا.

(5) أي: العقد الجائز ذاتا كالهبة، أو عرضا كالبيع المجعول فيه الخيار.

(6) أي: وإن لم يفسخ العقد الجائز ذاتا أو عرضا، وقع التصرف المنافي في ملك الغير.

(7) وهو بيع المالك المبيع الفضولي، للفرق بينه وبين صدور التصرف المنافي من ذي الخيار.

(8) إشارة إلى وجه الفرق بين ما نحن فيه وبين التصرف المنافي الصادر من ذي

ماله المبيع فضولا صحيح في نفسه، لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسخه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محلّ الإجازة.

و من ذلك (1) يظهر ما في قوله رحمه الله أخيرا: «و بالجمله: حكم عقد الفضولي

---

الخيار، و كون القياس مع الفارق.

و حاصل وجه الفرق هو: أنّ بيع المالك ماله المبيع فضولا صحيح في نفسه، و لا تتوقف صحته على شيء، لوقوعه في ملكه الذي هو موضوع قاعدة السلطنة. و بيع ماله كغيره من التصرفات الخارجية و الاعتبارية من آثار سلطنته على ماله، فلا شبهة في صحته في نفسه، من دون توقف صحته على بطلان عقد الفضولي.

بخلاف التصرف المنافي من ذي الخيار، فإنّ صحته موقوفة على بطلان ذلك العقد الجائر ذاتا أو عرضا، فلا محيص عن الالتزام ببطلان العقد الجائر، و إلا يلزم اجتماع الضدين - و هما المالك - على مال واحد. و هذا المحذور لا يلزم من صحة كلّ من العقد الفضولي و التصرف المنافي.

نعم هذا التصرف البيعي يوجب - بالنسبة إلى المالك - فوات محلّ إجازة البيع الفضولي الصادر من الفضول قبل صدور البيع من المالك، إذ المفروض خروج المال عن ملكه، فليس له إجازة البيع الفضولي، للزوم كون المجيز مالكا حين الإجازة.

(1) أي: و من وجه الفرق - بين الالتزام بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرّد التصرف المنافي، و بين عدم الالتزام بانفساخ عقد الفضولي، و بطلانه ببيع المالك ماله المبيع فضولا من العاقد الفضولي - يظهر الإشكال فيما أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه أخيرا من: أنّ حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى.

وجه الإشكال: أنّ عقد الفضولي متزلزل حدوثا، إذ لا يترتب عليه أثر إلّا بعد الإجازة، فحدوثه متزلزل. بخلاف العقود الجائزة، فإنّها صحيحة حدوثا، لترتب الأثر عليها، و متزلزلة بقاء.

حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى (1)» فإن (2) قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على (3) المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق [1]، فضلا عن دعوى الأولوية، و سيجي ء مزيد بيان لذلك (4) في بيان ما يتحقق به الردّ.

---

و الفرق بين التزلزل الحدوثي و البقائي واضح. فقياس المتزلزل الحدوثي على البقائي قياس مع الفارق، إذ الأوّل لا يمنع عن بيع المالك، فالبيع صحيح، مع بقاء عقد الفضولي متزلزلا. بخلاف الثاني، فإنّه مانع عن تصرّف ذي الخيار، فيبطل العقد الجائز بقاء بالتصرف المنافي له. وبالجملة: فلا جامع بينهما حتى يقاس العقد الفضولي بالعقود الجائزة.

(1) قد تقدم وجه الأولوية في (ص 293).

(2) هذا وجه الظهور، وقد مرّ أنّا توضيحه بقولنا: «و الفرق بين التزلزل الحدوثي و البقائي واضح .. إلخ».

(3) متعلق ب «قياس».

(4) أي: لبطان قياس العقد المتزلزل الحدوثي على العقد المتزلزل البقائي، و الظاهر أنّ مقصوده ما سيذكره في أحكام الردّ في ما إذا تصرّف المالك بما لا ينافي صحة بيع ماله

---

[1] قد يقال بعدم الفارق، بتقريب: أنّه إذا قلنا بأنّ التصرف من ذي الخيار بنفسه يوجب انفساخ العقد و لو لم ينشأ به الفسخ كان القياس في محله، و الأولوية صحيحة، إذ التصرف ممّن له الحق إذا كان موجبا للانفساخ قهرا، فالتصرف ممّن له الملك بالأولوية.

أقول: الوجه في بطلان العقد الجائز بالتصرف المنافي هو: استحالة اجتماع الضدين، حيث إنّه يستحيل بقاء العقد الجائز الموجب للملكية مع صحة التصرف المنافي الموجب للملكية أيضا، لاقتضاء كليهما مالكية شخصين لمال واحد في زمان واحد، و هو محال، من غير فرق بين كون منشأ جواز التصرف ثبوت الملك أو الحقّ. و عليه فلا وجه للقياس و الأولوية كما ذهب إليه المصنف قدّس سرّه.

السابع (1): الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ

فضولا، حيث إنه فصل بين وقوع هذا التصرف حال التفاته إلى بيع ماله فضولا، وبين وقوعه حال الغفلة عنه، فقال في حكم القسم الثاني: «فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالة على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة.

ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد» فلاحظ (ص 459).

وهذا رد لما أفاده صاحب المقابس بقوله: «يكون فسخا له وإن لم يعلم بوقوعه» حيث إنه حكم بعدم تأثير الإجازة حتى في صورة عدم علم المالك بما أنشأ الفضولي.

فيكون حاصل إيراد المصنف عليه أنه لا وجه لكون هذا التصرف ردا في صورة جهل المالك، لأن الرد كالإجازة أمر إنشائي منوط بالقصد المتوقف على العلم بالعقد حتى يفرد أو يجيره.

هذا مضافا إلى التأمل هناك في تحقق فسخ العقد الجائر كالهبة بالتصرف غير المنافي لو وقع في حال عدم الالتفات، فراجع (ص 467).

(1) هذا سابع الإشكالات التي أوردتها المحقق صاحب المقابس قدس سره على صحة بيع «من باع فضولا مال غيره لنفسه ثم ملكه فأجازته» فإنه لا يقع بالنسبة إلى المخاطب خاصة.

والمفارقة بين هذا الوجه السابع والستة المتقدمة أنها محاذير عقلية مترتبة على ما اشتهر بينهم من كون الإجازة كاشفة حقيقة عن ترتب الأثر على البيع الفضولي من حين إنشائه، بخلاف هذا الوجه السابع، فإنه دليل نقلي على البطلان.

ولا يخفى أن ظاهر المتن جعل هذا الوجه في عداد الأمور التي ذكرها صاحب المقابس في الحكم ببطلان «من باع شيئا ثم ملكه». مع أنه ليس كذلك. لأن المحقق الشوشتری قدس سره حكم بالفساد، لاشتماله على وجوه من الخلل، وهي الأمور الستة المتقدمة، ثم قال: «و يدل على ما اخترناه: الأخبار المعتمدة المستفيضة، منها: جملة من

عندك، فإنّ النهي فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المخاطب وإلى

---

الأخبار المتقدمة في الموضوع الأوّل» (1) و مراده بالموضوع الأوّل بيع الفضولي عينا بقصد وقوعه للمالك، مع وجود مجيز في حال العقد.

و مراده بجملة من الأخبار هي الأخبار التي ارتضى دلالتها على فساد بيع الفضولي، ولكنه قدّس سرّه حملها على ما إذا قصد الفضولي البيع لنفسه، كقوله صلّى الله عليه وآله وسلم فيما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السّلام: «لا يبيع إلا في ملك» حيث إنه ناقش فيها صاحب المقابس بضعف السند، وبأنّها محمولة على «من باع شيئاً لنفسه ثم ملكه» حيث قال: «و باحتمال أن يكون المراد بطلان بيع ما يملكه بعد العقد، بأن يبيع مال الغير عن نفسه، ثم يشتريه .. وقد وقع النصّ على هذا المعنى في الروايات الكثيرة، كما يأتي بعضها في المسائل الآتية» (2).

و كذلك حمل صاحب المقابس النبوي «الناهي عن بيع ما ليس عندك» على البيع لنفسه لا للمالك، ثم يمضي و يشتريه من مالكة، فراجع (3).

و الغرض أن مقصوده من قوله في المقام: «الأخبار المتقدمة في الموضوع الأوّل» هو ما ورد بلسان «لا يبيع إلا في ملك» أو «لا تبع ما ليس عندك» مما سلّم دلالة على بطلان الفضولي، و حمله على البيع لنفسه.

و كيف كان فتقريب الاستدلال بهذه الأخبار على فساد بيع «من باع مال الغير ثم ملكه و أجاز» يتوقّف على تسلّم أمور.

أحدها: دلالة النهي على فساد المعاملة، إمّا لكونه دالاً في المعاملات على الفساد كدلّالته في العبادات على الفساد، و إمّا للإرشاد إلى الفساد في خصوص المقام.

---

(1) المقابس، كتاب البيع، ص 37.

(2) المصدر، ص 19

(3) المصدر، ص 30



المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي (1). وإما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة (2) كما استظهرناه سابقاً (3)، فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال

ثانيها: إرادة عدم الملك ب «ما ليس عندك» حتى ينطبق على المقام، لا إرادة عدم القدرة على التسليم، كبيع العبد الآبق والداية الشاردة.

ثالثها: إرادة العين الخارجية من الموصول في قوله: «ما ليس عندك» إذ لا إشكال في صحة بيع الكلي الذمي وإن لم يكن من مصاديقه شيء عند البائع.

فلو كان المراد بيع الكلي فلا بد من كون النهي تنزيهياً. وحينئذ لا يصح الاستدلال بالأخبار الناهية، للزوم حملها على التنزيه أو التقية، للإجماع على جواز بيع الكلي في الذمة.

رابعها: أن يكون النهي فيها إرشاداً إلى الفساد في حق المخاطب مطلقاً وإن ملكه بالشرء أو غيره وأجاز، حتى يكون دليلاً على فساد بيع «من باع شيئاً ثم ملكه وأجاز» بدعوى الإطلاق من ناحية الآثار، وهي الصحة الفعلية والتأهلية، ومن ناحية الأحوال، وهو كون النهي إرشاداً إلى عدم نفوذ عقد الفضولي بالنسبة إلى العاقد في جميع الأحوال قبل تملكه للمبيع الفضولي وبعده. وبعد الإجازة.

وأما إذا كان إرشاداً إلى فساد العقد مطلقاً حتى بالنسبة إلى المالك، فهو دليل على فساد الفضولي مطلقاً، ومفروض البحث هو صحة الفضولي في غير ما نحن فيه.

خامسها: أن يكون النهي دالاً على الفساد بقول مطلق - لا على نحو خاص - حتى يدل على بطلان عقد الفضولي وإن صار مالكا، إذ لو دلّ النهي على نفي الاستقلال لم يكن دليلاً على ما نحن فيه.

(1) مطلقاً وإن صار مالكا لما باعه فضولاً، وأجاز مالكا.

(2) وهو البائع الفضولي.

(3) بقوله: «و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع .. إلخ» (1).

(1) لاحظ هدى الطالب، ج 4، ص 496

ص: 303

الغير لبائعه مطلقا و لو (1) ملكه فأجاز. بل (2) الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع (3)، و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان.

و خصوص (4) رواية يحيى بن الحجّاج المصحّحة إليه (5)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب، وهذه الدابة وبعنيها،

(1) هذا بيان الإطلاق، فبيع الفضولي لا يقع له مطلقا سواء ملكه بعد بيعه و أجاز أم لا. و هذا غير مدّعى صاحب المقابس، لأنّه قائل بصحة عقد الفضولي في غير «من باع فضولا مال الغير ثم ملكه و أجاز». و هذا الدليل يدلّ على بطلان الفضولي في جميع الموارد.

(2) هذا إضراب عن الإطلاق المزبور، و حاصله: أنّ مورد عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه خصوص صورة تملك البائع الفضولي للمبيع فضولا، إذ عدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج إلى البيان، لوضوح عدم كونه مالكا للمبيع الفضولي حتى يجوز له التصرف.

(3) أي: بعد البيع الفضولي الذي أوقعه يوم الجمعة في المثال المتقدم.

(4) معطوف على «الأخبار المستفيضة».

(5) أي: إلى يحيى بن الحجّاج. هذه عبارة الشيخ قدّس سرّه، و عبارة المقابس هكذا «و منها ما رواه الشيخ قدّس سرّه و الكليني قدّس سرّه في الصحيح عن يحيى بن الحجّاج .. إلخ» و ليس بين يحيى و الامام عليه السلام واسطة أصلا حتى يصح التعبير بقوله قدّس سرّه: «المصحّحة إليه».

و بالجملة: إنّما يصحّ هذا التعبير فيما إذا كان هناك واسطة مجهولة، و لا يعرف كونها ثقة، و المفروض أنّه ليس بين يحيى و أبي عبد الله عليه الصلاة و السلام واسطة. و لم يظهر وجه عدول المصنف عن عبارة المقابيس.

قال السيد قدّس سرّه في توجيه العدول المزبور ما لفظه: «لعلّ وجه هذا التعبير من المصنف .. تأمله في الصحّة بالنسبة إلى من تقدّم على يحيى من الرواة، لا من جهة التأمل في وثاقته، و لا في من قبله، إذ هو يروي عن الامام عليه السلام بلا واسطة. مع أنّه أيضا ثقة على ما في الخلاصة و النجاشي. فلا وجه لما أورد عليه من: أنّه لا وجه لهذا التعبير بعد عدم الواسطة بينه و بين الامام عليه السلام، فإنّ التعبير المذكور قد يكون في مقام يكون متأملا فيمن

أربحك كذا وكذا. قال عليه السّلام: «لا بأس بذلك اشترها، ولا تواجهه (1) البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (1).

و رواية (2) خالد بن الحجاج (3)، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يحنيني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء

---

تقدّمه من الرواة إمّا واقعا، أو من جهة عدم المراجعة إلى تراجمهم، فتدبر» (2).

و لم يظهر مراد السيد قدّس سرّه من عبارته التي نقلناها، فلاحظها متدبرا فيها.

(1) أي: ولا تنشئ إيجاب البيع قبل أن تستوجبها أي قبل أن تقول لمالكه: «بعني» أو قبل أن تشتريها: بأن تقول: «اشترت» بعد قول المالك: «بعتكها».

(2) معطوف على «رواية يحيى» قال في المقابس: «وما رواه الشيخ والكليني عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج، قال .. إلخ».

(3) كما في بعض نسخ الكافي، وفي بعضها الآخر: «خالد بن نجيج» وهذا مختلف فيه: فقد يقال: إنّه ممّن يعتبر روايته، وقد يقال: إنّه من الغلاة. وأمّا خالد بن الحجاج فهو ثقة، وقد تقدم في البحث عن لزوم المعاطاة صحة هذه الرواية بطريق الشيخ، لكون الراوي عن الامام عليه السّلام هو خالد بن الحجاج، ولا تردد فيه بينه وبين ابن نجيج، فراجع. (3)

قال صاحب المقابس قدّس سرّه في تقريب الاستدلال بهذه الرواية: «و المراد بالكلام عقد البيع، فإنّه يحل نفيًا ويحرّم إثباتًا، أو يحلّ ثانياً ويحرّم أوّلاً. و المراد أنّ الكلام الذي جرى بينهما قد يحلّل وقد يحرم بحسب اختلافه. فإن كان بطريق الإلزام حرمت المعاملة بذلك.

وإن كان بطريق المراضاة من دون إلزام- وإمّا يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف- كانت حلالاً» (4).

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 378، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، ح 13

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 165

(3) هدى الطالب، ج 1، ص 582 و 583.

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 37.

ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» (1)، بناء (1) على أنّ المراد بالكلام عقد البيع، فيحلّل نفيًا (2) ويحرّم إثباتًا، كما فهمه في الوافي (2).

فالرواية تدلّ على وجود البأس والمنع في ما لو باع السمسار الثوب قبل أن يشتريه من مالكه. وينطبق التعليل بجملة «إنما يحلّل» عليه، بأنّ الكلام قبل الشراء من مالكه إن كان بعنوان المقاوله والمراضة لم يكن به بأس، فلكل واحد منهما العدول عنه. وإن كان بعنوان إنشاء البيع كان منهيًا عنه، فيدلّ على بطلان بيع الفضولي في مسألتنا، وهي «من باع شيئًا ثم ملكه».

(1) هذا التعبير غير موجود في العبارة المتقدمة آنفا عن المقابض، لأنّه قدّس سرّه استظهر من جملة «إنما يحلّل» وجهًا واحدًا، وهو أنّ محاوره السمسار مع الرجل المرید للثوب إن كانت مواعده لم تمنع من صحة البيع بعد الشراء من مالكه. وإن كانت إنشاء للبيع جدًّا كانت باطلة.

ولكن المصنف قدّس سرّه حيث احتمل في هذا التعليل وجوها أربعة (3) أراد التنبيه على توقف دلالة رواية ابن الحجاج - على بطلان بيع من باع ثم ملك - على الاحتمالين الأخيرين المذكورين هناك، وهما في الواقع وجوه ثلاثة، وهي التي ذكرها المصنف في المتن. فلو قيل بالاحتمال الأوّل - الذي استظهره القائلون بعدم إفادة المعاطاة للملك مطلقًا أو خصوص الملك اللازم - أو بالاحتمال الثاني كانت الرواية أجنبية عن مسألتنا، هذا.

ولعلّ الأنسب الاقتصار على نقل كلام المقابض، لكونه بصدد بيان أدلته على فساد البيع في «من باع شيئًا ثم ملكه» وعدم بناء الاستدلال على ما احتمله المصنف في التعليل، فإنّ هذا الابتداء وإن كان صحيحًا، لكن المفروض أنّ صاحب المقابض استظهر معنى واحدًا وجعله مبنى استدلاله.

(2) يعني: أنّ عقد البيع إن لم يجر قبل أن يشتري السمسار الثوب من مالكه حلّ ترتيب آثار البيع من الأخذ والترك عليه. وإن جرى عقد البيع قبله حرم ترتيب آثار البيع.

(1) وسائل الشيعة ج 12، ص 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، الحديث 4

(2) الوافي، ج 18، ص 700، ذيل الحديث 18144 - 7 «الطبعة الحديثة».

(3) راجع هدى الطالب، ج 1، ص 587 - 594

أو يحلّل إذا وقع بعد الاشتراء، ويحرّم إذا وقع قبله (1). أو أنّ (2) الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرمّ إذا كان بعنوان العقد الملزم، و يحلّل إذا كان على وجه المساومة والمراضاة.

و صحيحة (3) ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعا لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله (4). قال: ليس به بأس، إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه» (1).

---

وعليه فالتحليل والتحرّم يضافان إلى وجود الكلام البيعي، وعدمه. وهذا الاحتمال قد تّبّه عليه المصنّف في باب المعاطاة بقوله: «أن يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد، ويكون تحرّمه وتحليله باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محلّلا وعدمه محرّما، أو بالعكس» (2).

(1) أي: قبل الاشتراء، فالتحليل والتحرّم على هذا الاحتمال يضافان إلى وجود الكلام، وهو خصوص إنشاء العقد، لا المقابلة والمراضاة، والمدار في التحليل والتحرّم على التقدّم والتأخر، فإذا وقع بيع الثوب بعد اشتراؤه من مالكة كان محلّلا، وإذا وقع قبل الاشتراء كان محرّما. وهذا الاحتمال تّبّه عليه المصنّف في المعاطاة بقوله: «أو باعتبار محلّه وغير محلّه، فيحلّ في محلّه، ويحرم في غيره».

(2) هذا الاحتمال هو الذي استظهره صاحب المقابس كما تقدّم في عبارته، وجعله المصنّف رابع الوجوه في باب المعاطاة، وهو يتوقف على التفكيك في الكلام المحرّم والمحلّل، بجعل المحرّم إنشاء البيع، والمحلّل المرضاة والمواعدة.

(3) معطوف على: رواية يحيى بن الحجّاج.

(4) أي: من أجل ذلك الرجل، وبعبارة أخرى: طلب ذلك الرجل صار داعيا إلى أن يشتري الرجل الآخر - كالسّمسار - المتاع، لا أنّه صار وكّلا عنه في الاتّباع كما قيل.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 377، الباب 8 من أبواب العقود، الحديث 8.

(2) هدى الطالب، ج 1، ص 593

ص: 307

و صحیحة (1) منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أمر رجلا يشتري له متاعا، فيشتره منه. قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه» (2) «1».

و صحیحة (3) معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب منّي بيع الحرير، و ليس عندي منه شيء، فيقولني عليه و أقوله في الربح و الأجل حتّى يجتمع عليّ شيء، ثم أذهب لأشتري الحرير، فأدعوه إليه (4)، فقال:

أرأيت إن وجد هو مبيعا أحبّ إليه ممّا عندك أستطيع أن ينصرف إليه عنه و يدعك؟ أو: وجدت أنت ذلك أستطيع أن تنصرف عنه؟ قلت: نعم، قال عليه السلام:

لا بأس» (2)».

و غيرها من الروايات (5).

---

(1) معطوف على: رواية يحيى بن الحجّاج.

(2) يعني: لا يبيع المتاع من ذلك الرجل الأمر إلا بعد أن يصير مالكا لذلك المتاع بالاشتراء، إذ لا يبيع إلا في ملك.

(3) معطوف على: رواية يحيى بن الحجّاج. و بست هذه الصحیحة مذكورة في المقابس (3)، و آخر النصوص المذكورة فيه المتعلقة بهذه المسألة هي صحیحة منصور بن حازم.

(4) يعني: فادعوا الرجل إلى اشتراء الحرير منّي.

(5) التي جمعها صاحب الوسائل قدّس سرّه في الباب الثامن من أحكام العقود، كصحیحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه، ثم تشتري له على النحو الذي طلب، ثم توجه على نفسك، ثم تبعه منه

---

(1) الوسائل، ج 12، ص 376، الحديث 6

(2) المصدر، ص 377، الحديث 7.

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 37.

ص: 308

بعد» (1). وقد ذكرها المصنف قدس سره في باب المعاطاة معترفا بورودها في حكم بيع مالا يملكه السمسار.

وكمعتبرة عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني، يطلب المتاع، فأقوله على الربح ثم أشتريه، فأبيعه منه. فقال: أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به» (2) الحديث.

وكمعتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام، «قال: إن شاء اشترى، وإن شاء لم يشتري؟ قلت: نعم. قال: لا بأس به» (3).

وقريب منها معتبرته الأخرى. فراجع.

(1) هذا من مطالب المقابس، لكنه نقل بالمعنى، وعين عبارته هكذا: «وهذه الروايات ظاهرة الدلالة على عدم جواز البيع قبل الشراء و التملك».

ومحصل تقريب الاستدلال بهذه الروايات على عدم صحة بيع الفضولي مال الغير قبل تملكه لذلك المال: أنها تدلّ من حيث المورد على ذلك، كرواية يحيى بن الحجاج المذكورة في (ص 308-304). فإنّ موردها العين الشخصية التي ليست ملكا للفضولي.

وقوله عليه السلام: «إن شاء أخذ وإن شاء ترك» كناية عن عدم البيع الملزم، فليس للفضولي أن يبيع مال الغير قبل تملكه له. وإطلاقه يدل على عدم البيع لنفسه.

وصحيح معاوية يدل على عدم بيع مال الغير قبل تملكه له، وإطلاقه يشمل العين الشخصية.

وبعضها يدلّ من حيث التعليل على عدم جواز بيع مال الغير لنفسه قبل تملكه له، كصحيحتي ابن مسلم و منصور بن حازم، ورواية خالد بن الحجاج، فإنّ كلمة «إنما» في هذه الروايات ظاهرة في عدم جواز البيع قبل الشراء و التملك، سواء باعه لنفسه أم للمالك.

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 375، الباب 8، من أبواب أحكام العقود، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 374، الباب 7 من أبواب أحكام العقود، الحديث 3

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 378، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، الحديث 12 و 11

في بعضها (1)، و من حيث التعليل في بعضها الآخر (2) - في (3) عدم صحّة البيع قبل الاشتهار، و أنّه (4) يشترط في البيع الثاني (5) تملك (6) البائع له، و استقلاله (7) فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال.

و الجواب عن العمومات (8)، أنّها إنّما تدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود من

(1) كصحيح معاوية بن عمار و رواية يحيى بن الحجاج كما مرّ آنفاً.

(2) كصحيح ابن مسلم و منصور، و رواية خالد ابن الحجاج كما تقدم آنفاً.

(3) متعلّق ب «ظهور هذه الأخبار».

(4) معطوف على «عدم» يعني: و ظهور الأخبار في أنّه يشترط في البيع .. إلخ».

(5) و هو بيع الرجل المأمور المتاع الذي طلب منه الأمر. فالمراد بالبائع في قوله:

«تملك البائع له» هو الرجل المأمور باشتراء المتاع للرجل الأمر.

(6) نائب فاعل لقوله: «يشترط».

(7) معطوف على «تملك» و ضميراً «له، فيه» راجعان إلى «المال» المذكور سابقاً.

(8) هذا جواب المصنف قدّس سرّه عن استدلال صاحب المقابس بالروايات على بطلان بيع من باع مال الغير لنفسه ثم ملكه و أجاز. و قد

أجاب أولاً عن الاستدلال بالعمومات، و ثانياً عن الاستدلال بالأخبار الخاصة.

أمّا الجواب الأوّل فحاصله: أنّ النهي عن بيع مال الغير ليس نهياً تكليفاً عن السبب، و هو التلفظ بألفاظ العقد، لوضوح أنّ التلفظ بلفظ

«بعت» ليس من المحرّمات التكليفيه كالغناء و الغيبة، بل النهي عن بيع مال الغير إرشاد إلى حكم وضعي، و هو فساد المعاملة، و عدم

ترتّب الأثر المقصود - أعني به الانتقال و تبادل المالين - عليها.

و بعبارة أخرى: المراد بالبيع المنهويّ عنه هنا هو البيع بمعناه الاسم المصدرى، يعني:

أنّ بيع ما ليس ملكاً للبائع لا - يترتب عليه أثر بالنسبة إلى كلا المتعاقدين، فليس للبائع التصرّف في الثمن، و لا للمشتري التصرف في

الثمن. و أمّا إذا زال عنوان «ما ليس عنده» و تبدّل بعنوان «ما عنده» بسبب الشراء أو الإرث فيزول الحكم و هو الفساد، لتبعيّة الحكم

لموضوعه، و يخرج عن الموضوع أعني به «ما ليس عنده» خروجاً تخصّصياً.

فلا مانع حينئذ من صحّة بيع الفضولي مال الغير بعد أن صار العاقد الفضولي



البيع- وهو النقل و الانتقال (1) المنجّز- على (2) بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتّب (3) الأثر على هذا البيع (4)، لا من طرف البائع بأن يتصرّف في الثمن، ولا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع [1].

مالكا له، لأنّ صحته مما تقتضيها عمومات صحة بيع المالكين لأموالهم، فلا تحتاج صحته- بمجرد انتقال المال إلى الفضولي أو مع الإجازة- إلى دليل.

وأما الجواب الثاني فحاصله أنّ الأخبار الخاصة لا تدلّ إلّا على عدم ترتّب الأثر على بيع ما ليس عنده، فإنّ المثبت في بيع ما عنده- أعني به ترتّب الأثر المقصود- هو المنفّي في بيع ما ليس عنده.

(1) الذي هو البيع بمعنى الاسم المصدري.

(2) متعلق ب «ترتّب الأثر».

(3) الأولى إبداله ب «ترتيب الأثر».

(4) أي: بيع مال الغير فضولا.

[1] وقد نوقش في هذا الجواب بما حاصله: أنّ إطلاق النهي عن ترتيب الأثر المقصود يشمل كلتا صورتَي إجازة العاقد الفضولي الذي صار مالكا فعليا لما باعه فضولا وعدم إجازته. ولا يكفي في صحة هذا العقد الفضولي العمومات الدالة على صحة العقود، وذلك لأنّ المفروض خروج المورد من حين وقوعه عن حيّزها، فلا معنى لشمولها له بعد ذلك. نظير بطلان العقد لفقد بعض الشرائط الأخر، كعدم القدرة على التسليم، فإذا باع متاعا لا يقدر على تسليمه فهل يصح ذلك البيع بعد أن صار قادرا على تسليمه؟ أو باع شيئا مجهولا، وبعد مدّة صار معلوما.

والحاصل: أنّه إذا فرض شرطية مالكية المبيع لصحة البيع فلا محالة يكون فقدانها موجبا لوقوع البيع باطلا، فلا تشمله عمومات الصحة، فصحته بعد وجود الشرط تحتاج الى دليل. وأي فرق بين شرطية الملكية وبين سائر الشرائط، كمعلومية العوضين والقدرة على التسليم، وعدم الغرر، فإنّ فقدانها حين العقد يوجب بطلانه دائما، ولا يصحّ العقد بعد وجودها.

وبالحملة: فعقد الفضولي الواقع لنفسه لا للمالك لا يصح، وإن اشتراه الفضولي بعد ذلك وأجاز.

و يظهر من هذا البيان حال الأخبار الخاصّة، فإنّ مقتضى إطلاقها أيضا بطلان البيع قبل الشراء ولو مع الإجازة. هذا بالنسبة إلى فرض المسألة.

وأما بالنسبة إلى مطلق الفضولي فعدم التزامنا ببطلانه إنّما هو لدعوى عدم شمول النهي له، حيث إنّ ظاهر النهي عن بيع ما ليس عنده أو ليس ملكا له هو النهي عن بيعه لنفسه لا لملكه، فيكون مشمولا لعمومات الصحة كما يظهر من المصنف قدّس سرّه أيضا. هذا ما أفيد (1).

ويمكن أن يقال: إنّ شرطية مالكية البائع للمبيع تكون في حال إضافة البيع بمعناه الاسم المصدرى إليه ولو حصلت هذه الإضافة بعد إيجاب البيع، و من المعلوم أنّ عقد الفضول لا يضاف إلى العاقد الفضولي إلّا بعد الإجازة، فلا يصير بائعا إلّا بعدها، و المفروض أنّه في حال اتصافه بالبائعية يكون مالكا، فتشمله عمومات صحة العقود.

وبعبارة أخرى: معنى «لا- تبع ما ليس ملكا لك» هو اعتبار ملكية المبيع للبائع حين اتصافه بالبائعية، و لا يحصل هذا الوصف له إلّا بالإجازة، و المفروض كونه مالكا حينئذ، فيتصف العاقد الفضولي بالبائعية بعد أن صار مالكا، كما إذا باع زيد فضولا مال أبيه من عمر و يوم الجمعة، ثم اشتراه من أبيه يوم السبت، ثم أجاز في يوم الأحد يبيعه الفضولي الواقع يوم الجمعة. فهذا العاقد الفضولي صار بائعا يوم الأحد، بعد أن ملك المبيع يوم السبت، فلا يصدق على هذا الفضول «أنّه باع مال الغير» حتى يندرج في عموم: لا تبع ما ليس عندك.

و الحاصل: أنّه تفرق شرطية مالكية البائع للمبيع عن سائر الشرائط في أنّ سائر الشرائط شروط للصيغة، ففقدانها حين العقد قادح في صحته، و لا يجدي في صحته حدوثها بعد تحقق الصيغة.

فالنتيجة: أنّ بيع الفضولي الذي ملك المبيع فضولا ثم أجاز صحيح.

و توهم «كون العاقد الفضول بائعا حين العقد، حيث إنّ باع لنفسه لا للمالك، و المفروض أنّه في ذلك الزمان لم يكن مالكا، فيشمله عموم: لا تبع ما ليس عندك، إذ الاتصاف بالبائعية إنّما يكون حين العقد لا حين الإجازة، فالبيع فاسد لا محالة» فاسد، لما مرّ مرارا من أنّ حقيقة البيع هي مبادلة المالين، و ليس قصد كون البيع لزيد أو لعمر و مقوما

---

(1) حاشية السيد الطباطبائي على المكاسب، ج 1، ص 166

و منه (1) يظهر الجواب عن الأخبار، فإنّها لا تدلّ - خصوصا (2) بملاحظة قوله عليه السّلام: «و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» (3)-  
إلا على (4) أنّ الممنوع منه هو الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاثراء (5)، فكذا بعده (6)، من دون حاجة إلى  
إجازة، وهي المسألة الآتية، أعني لزوم البيع بنفس الاثراء (7) من دون حاجة إلى الإجازة (8)، وسيأتي أنّ الأقوى فيها (9) البطلان.

---

(1) أي: و من الجواب عن العمومات يظهر الجواب عن الأخبار الخاصة، كصحيح منصور بن حازم ورواية يحيى بن الحجّاج وغيرهما، و  
قد تقدم أنّنا بقولنا: «و أما الجواب الثاني فحاصله .. إلخ».

(2) وجه الخصوصية: أنّ إيجاب البيع يوجب التزام المتبايعين بآثار البيع، فالمنهي عنه هو البيع الذي يترتب عليه الأثر من دون حاجة إلى  
إجازة مالك جديد.

(3) كما في رواية يحيى بن الحجّاج المتقدمة.

(4) متعلق ب «لا تدلّ» و المستثنى منه محذوف، أي: لا تدلّ الأخبار على شيء إلا على .. إلخ.

(5) يعني: قبل اشتراء العاقد الفضولي المتاع- الذي باعه فضولا- من مالكة.

(6) أي: بعد الاثراء. و الحاصل: أنّ المنهي عنه هو بيع الفضولي، بمعنى التزام المتبايعين بآثار البيع- قبل الشراء من مالكة و بعد الشراء  
منه- من دون حاجة إلى إجازة، بحيث يكون مجرد تملك العاقد الفضولي للمتاع كافيا في لزوم البيع.

(7) أي: من دون اشتراء الفضولي لذلك المتاع.

(8) أي: إجازة الفضولي الذي هو المالك الجديد.

(9) أي: في المسألة الآتية، وهي: ما لو باع الفضولي المتاع ثم اشتراه من مالكة، فهل العقد الفضولي السابق كاف في الصحة؟ أم يحتاج  
إلى إجازة الفضولي الذي هو

---

لمفهوم البيع، فقصد كون البيع لفلان لغو، فإضافة البيع إلى شخص معين منوط بصيرورته مالكا، كما أنّ العقد لا يكون عقدا للعاقد  
الفضول إلا بعد الإجازة.

و منه يظهر وجه الحاجة إلى إجازة العاقد الفضول إذا صار مالكا للمبيع الفضولي، و عدم كفاية مجرد صيرورته مالكا في صحة عقده  
الفضولي.

و ما قيل (1): «من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول (2) مفروض في مورد الروايات (3)، و هي إجازة فعلية» مدفوع (4) بأن التسليم إذا وقع

المالك الجديد، فلو لم يجز ذلك العقد الفضولي الأول لبطل، لدخوله في مسألة «بيع مال الغير» الذي منع عنه بقوله عليه السلام: «لا تبع ما ليس عندك» و «لا يبيع إلا في ملك».

(1) القائل صاحب المقابس قدس سره أفاده في رد مناقشة الشهيد قدس سره في دلالة الأخبار المتقدمة على فساد بيع «من باع ثم ملك» قال المحقق الشوشتري: «و ما يظهر من الشهيد من حمل نحو هذه الأخبار على ما إذا أراد اللزوم بمجرد الانتقال- لا بالإجازة بعده- فبعده ظاهر، فإنه لو كانت الإجازة كافية لما نهى عن البيع قبل ذلك، و لم يؤمر بفعله بعده. مع أن التسليم كان يحصل بعده، و هو في حكم الإجازة، لأنها تحصل بالفعل كما تحصل بالقول» (1).

و تقريب ما نقله المصنف قدس سره عنه هو: أن الروايات الخاصة مع تضمنها للإجازة الفعلية- و هي تسليم البائع الفضولي المبيع إلى المشتري- منعت عن بيع الفضول مال الغير قبل تملكه له، فيستفاد من الأخبار الخاصة النهي عن بيع مال الغير و إن ملكه البائع بعد ذلك، و أجاز البيع الفضولي.

(2) و هو الذي اشترى المتاع من البائع الفضولي يوم الجمعة.

(3) كما في مورد رواية عبد الله بن سنان، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاما أو يبيعا نسيئا، و ليس عندي، أ يصلح أن أبيع له إياه و أقطع له سعره، ثم أشتريه من مكان آخر، فأدفعه إليه؟ قال: لا بأس به» (2). و كذا غيرها.

(4) خبر «و ما قيل» و دفع له، توضيحه: أن الفعل و إن كان أحيانا إجازة كالتقول، لكن اتصافه بالإجازة منوط بكونه عن سلطنة و استقلال، لأنها من شؤون سلطنة الناس على أموالهم، فلا بد أن تكون الإجازة مطلقا- فعلا- أو قولا- صادرة عن إرادة و اختيار، لا عن الإكراه و الإكراه.

و عليه فالتسليم إلى المشتري الأول إذا نشأ عن اعتقاد لزوم البيع السابق الواقع

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 37

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود الحديث: 2

ص: 314

باعتقاد لزوم البيع السابق، و كونه من مقتضيات لزوم العقد، و أنّه (1) ممّا لا اختيار للبائع فيه، بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا (2) لا يعدّ إجازة، و لا يترتّب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأنّ (3) المعتبر في باب الإجازة قولاً و فعلاً ما (4) يكون عن سلطنة و استقلال، لأنّ (5) ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً لغيره يدلّ (6) على عدم كفاية ذلك (7).

نعم (8) يمكن أن يقال: إنّ مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد

يوم الجمعة في المثال المفروض - و صيرورته مجبوراً على التسليم إذا امتنع - لم يكن هذا التسليم أجازه في باب الفضولي، إذا مع اعتقاد لزوم البيع - و كون لزوم التسليم من مقتضياته - لا يبقى له سلطنة و استقلال.

(1) هذا و «كونه» معطوفان على «لزوم» و مفسّران له.

(2) جواب قوله: «إذا وقع» و جملة الشرط و الجواب خبر قوله: «ان التسليم».

(3) تعليل لقوله: «لا يعدّ إجازة» و قد مرّ توضيحه آنفاً.

(4) خبر «أن المعتبر»، و «قولاً أو فعلاً» تمييزان للإجازة.

(5) تعليل لقوله: «لأنّ المعتبر» و محصّ له: أنّ وجه اعتبار السلطنة و الاستقلال في الإجازة هو دلالة دليل الإجازة على ذلك، حيث إنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في حلية مال شخص لغيره كالصريح في ذلك، فإن طيب النفس لا يحصل إلّا في ظرف عدم ملزم لمالك المال بالإجازة، إذ مع وجوده لا يحصل طيب النفس، بل قد تحصل الكراهة التي هي ضدّه.

(6) خبر لقوله: «لأن ما يدل».

(7) و هو تسليم البائع الفضولي المبيع - بعد اشتراؤه من مالكة الأصلي - إلى المشتري باعتقاد لزوم البيع السابق، و كون التسليم واجبا عليه، لأنّه من مقتضياته.

(8) استدراك على ما أفاده في الجواب عن استدلال صاحب المقابس بالأخبار، و حاصل الاستدراك: أنّ الامام عليه الصلاة و السلام علّل نفي البأس في رواية خالد بن الحجاج بقوله: «أليس إن شاء أخذ، و أشاء ترك» و هذا التعليل ظاهر في ثبوت البأس و المنع في البيع المتحقق بين السمسار و المشتري منه، بحيث لو كان المشتري ملزماً بأخذ

المتقدمة (1) «بأنّ (2) المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك» ثبوت (3) البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل. وهذا (4) محقق فيما نحن فيه (5)، بناء (6) على ما تقدّم (7) من أنّه ليس للأصيل في عقد الفضوليّ فسخ المعاملة [1] قبل إجازة المالك أو ردّه.

---

الثوب- ولم يكن له الخيار بين الأخذ والترك- لكان فاسدا.

وهذا المطلب محقق في مسألة «من باع ثم ملك» فيكون باطلا، وذلك لما تقرّر في ثمرات الكشف والنقل من أنّ الأصيل لا يجوز له رفع اليد عمّا أنشأه مع الفضول، بل عليه التريص إلى أن يجيز المالك أو يرد. وحيث إنّ المشتري من الفضولي في مسألة «من باع» ملزم شرعا بالبقاء على مضمون العقد ومقتضاه، كان مفهوم قوله عليه السلام: «إن شاء أخذ وإن شاء ترك» دالا على وجود البأس فيه، فيبطل بيعه.

والحاصل: أنّ إلزام الأصيل بالوفاء- في الفترة بين العقد والإجازة- يوجب بطلان البيع، لانتفاء مشيئة الأخذ والترك، هذا.

(1) وهي رواية خالد بن الحجاج المتقدمة في (ص 305).

(2) متعلّق ب «تعليل».

(3) خبر «إن مقتضى» أي: ثبوت البأس في البيع السابق الفضولي بمجرد لزومه على المشتري الأصيل.

(4) أي: وثبوت البأس محقق في مسألة «من باع شيئا ثم ملكه».

(5) وهو بيع الفضول مال الغير وتملكه له، وإجازته لما باعه فضولا.

(6) علة لثبوت البأس فيما نحن فيه.

(7) تقدّم ذلك في (ص 119) بقوله: «والحاصل أنّه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم ..

إلخ».

---

[1] لكن ينافيه قوله: «أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك» حيث إنّ نصّ على عدم اللزوم من طرف الأصيل، وعدم نفوذ المعاملة إذا لم يتمكن المشتري من ردها وقبولها.

ص: 316

لكنّ (1) الظاهر - بقرينة النهي (2) عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم - إرادة لزوم من الطرفين.

و الحاصل (3): أنّ دلالة الروايات عموما و خصوصا على النهي عن البيع قبل الملك ممّا (4) لا مساغ لإنكاره، و دلالة (5) النهي على الفساد أيضا ممّا لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة (6). إلا (7) أنّا نقول: إنّ المراد بفساد البيع هو عدم ترتّب

(1) استدراك على قوله: «نعم» و ردّ له، و حاصله: أنّ جملة «إن شاء ترك و إن شاء أخذ» و إن كانت ظاهرة في إناطة صحة البيع بعدم لزوم البيع على الأصيل، بحيث لو كان لازما عليه كان فيه البأس، فيشكل الأمر حينئذ في مسألة «من باع ثم ملك». إلا أنّ السؤال عن شراء الثوب ورد في رواية يحيى بن الحجّاج أيضا، و قد نهى عليه السّلام فيها عن المواجهة، لقوله: «و لا تواجهه البيع».

و من المعلوم ظهور باب المفاعلة في أنّ المنهي عنه هو إنشاء البيع اللازم من الطرفين، لا من طرف واحد، و هو المشتري الأصيل الذي اشترى المتاع من البائع الفضولي كما في المقام، لكون اللزوم من طرف الأصيل فقط. و أمّا من طرف الفضولي فلا لزوم فيه، فليس مشمولاً للرواية حتى تدلّ على فساد البيع.

(2) قرينته إنّما هي لكون المواجهة - الواقعة في رواية يحيى المتقدمة - من باب المفاعلة الدالّة على اعتبار الالتزام من الطرفين.

(3) يعني: و حاصل الكلام في مسألة «من باع مال الغير فضولا ثم ملكه و أجاز» هو: أنّ دلالة الروايات العامة - كقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «لا تبع ما ليس عندك» و الروايات الخاصة، و هي رواية يحيى بن الحجّاج و غيرها المذكورة في (ص 308-304) على النهي عن بيع شيء قبل تملكه ممّا لا ينبغي إنكاره، كما أنه لا مجال لإنكار دلالة النهي على الفساد أيضا. و عليه فيكون بيع الفضولي في المقام فاسدا غير قابل للتصحيح.

(4) خبر «أنّ دلالة»، و قوله: «على النهي» متعلق ب «دلالة».

(5) معطوف على «دلالة» و المراد بالنهي هو النهي الوارد في الأخبار العامة و الخاصة.

(6) و هي مسألة بيع الفضول الذي ملك ما باعه فضولا بالشراء أو غيره، و أجاز.

(7) غرضه أنّ تعلق النهي ببيع الفضول مال الغير، و دلالة النهي على الفساد و إن كان كلاهما ممّا لا يقبل الإنكار، إلا أنّ معنى الفساد ليس هو كون البيع كالعدم بحيث

ما يقصد منه عرفاً من الآثار، في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع. مثلاً (1) لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه (2) الذي يقصده أهل المعاملة- كأن (3) يترتب عليه (4) بعد البيع النقل (5) والانتقال، و جواز تصرف البائع في الثمن، و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل

---

لا- يترتب عليه أثر أصلاً وإن لحقته الإجازة من مالكة، بل معناه عدم ترتب الأثر المقصود كالنقل والانتقال في البيع، في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من الآثار.

فالصحة و الفساد يعرضان البيع الموجود، نظير صحة الثمر و فساده، فإن الثمر مثلاً يتصف بالصحة و الفساد. بخلاف الصلاة بناء على وضعها للصحيح، فإن فساده عبارة عن عدمها. لكن اتصاف المعاملة بالصحة و الفساد لا بد أن يكون باعتبار السبب دون المسبب، لدورانه بين الوجود و العدم، فإن الملكية مثلاً إما موجودة و إما معدومة.

إلا أن يقال بتصور الصحة و الفساد في المعنى الاسمي المسببي أيضاً باختلاف الأنظار كما تقدم في أول البيع، فراجع «1».

(1) غرضه من هذا التمثيل بيان معنى الفساد الذي يقتضيه النهي في مثل «لا تبع ما ليس عندك» و تقريبه: أن الفساد مقابل الصحة، و المراد بصحة بيع الفضولي ما لا- يملكه هو ترتيب أحكام البيع عليه من النقل و الانتقال في الملكية، و تسليم الثمن إلى المشتري بعد تحصيله، و هكذا. و المراد بالفساد عدم ترتب الأثر عليه فعلاً، لعدم كون البائع مالكا بالفعل. و هذا لا ينافي صحته التأهيلية و قابلية العقد للصحة الفعلية بلحوق الإجازة.

و ليس المراد بالفساد ما استفاده صاحب المقابس قدس سره من عدم قابليته للتأثير بوجه أصلاً حتى لو لحقته الإجازة.

(2) متعلق ب «بصحة» و المراد بالصحة على الوجه المقصود للمتبايعين هو الإمضاء.

(3) الظاهر أنه بيان لإمضاء الشارع مقصود المتعاملين.

و يحتمل أن يكون «كان» بصيغة الماضي ليكون جواباً للشرط في قوله: «لو فرض».

(4) أي: على البيع، و قوله: «النقل» فاعل «يترتب».

(5) هذا و ما بعده هو الوجه الذي يقصده أهل المعاملة من البيع.

---

(1) لاحظ هدى الطالب، ج 1، ص 309-310



المبيع من (1) مالكة و تسليمه (2)، و عدم (3) جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه (4)- ففساد (5) البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك (6) عليه، و هو (7) لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو مَمَّن يملكه بعد العقد.

و لا يجب (8) على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع المنهي عنه لغوا غير مؤثر أصلا (9)،

---

(1) متعلق ب «بتحصيل» و هو متعلق ب «مطالبة». و ضميرا «مالكة، تسليمه» راجعان إلى «المبيع».

(2) معطوف على «تحصيل».

(3) معطوف على «جواز» و ضميرا «تحصيله، تسليمه» راجعان إلى «المبيع».

(4) هذا و «بعد تحصيله» متعلقان ب «امتناع».

(5) هذا إمَّا جواب «لو فرض» و اقترانه بالفاء لكون الجواب جملة اسمية، و إمَّا متفرع على ما أفاده من الصحة التي هي حكم وضعي، و معناها ترتب الآثار الشرعية- من النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع في الثمن، و المشتري في المبيع- على العقد.

فمعنى الفساد الذي هو مقابل الصحة عبارة عن عدم ترتب تلك الآثار على البيع.

(6) أي: عدم ترتب جميع تلك الآثار- من النقل و الانتقال و جواز تصرف البائع في الثمن، و غير ذلك- على البيع.

(7) أي: و الفساد بهذا المعنى- و هو عدم ترتب الآثار من النقل و الانتقال و غير ذلك على البيع- لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو مَمَّن يملكه بعد العقد كالفضولي الذي يبيع مال الغير ثم يملكه بالشراء أو غيره، و يجيز ذلك البيع الفضولي.

(8) لعلّ الأولى تبديل الواو بالفاء، كما في قوله: «فساد»، حيث إنّ «و لا يجب» بعد بيان المراد بالفساد كالنتيجة، و حاصله: أنّ الفساد بالمعنى المزبور لا يستلزم أن يراد بالفساد المدلول عليه بالنهي لغوية البيع المنهي عنه في مثل «لا تبع ما ليس عندك» و وقوعه غير مؤثر أصلا حتى مع لحوق إجازة من له الإجازة به.

(9) يعني: حتى مع إجازة من له ولاية الإجازة كمالكة حين العقد، أو مالكة بعد العقد.

كما يستفاد (1) من وجه دلالة النهي على الفساد، فإنَّ حاصله دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب، وبيان أنَّ مقصوده من الفعل المنهَى عنه- وهو (2) الملك و السلطنة من الطرفين- لا- يترتّب عليه، فهو غير مؤثّر في مقصود المتبايعين، لا- (3) أنّه لغو من جميع الجهات، فافهم (4).

اللهم (5) إلّا أن يقال: إنّ عدم ترتّب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور

(1) يعني: كما يستفاد عدم المنافاة بين فساد البيع بالمعنى المذكور وبين قابلية العقد للحقوق الإجازة من وجه دلالة النهي على الفساد، و ذلك الوجه هو ما أفاده بقوله: «فإنَّ حاصله» من دعوى دلالة النهي في مثل «لا تبع ما ليس عندك» على إرشاد المخاطب إلى أنَّ مقصوده من البيع المنهَى عنه- وهو النقل والانتقال- لا يترتب عليه، ولا يؤثر هذا البيع في مقصود المتبايعين. لا أنَّ هذا البيع المنهَى عنه لغو من جميع الجهات حتى لا يكون قابلاً لإجازة من له ولاية الإجازة.

(2) أي: مقصود المخاطب، و ضمير «حاصله» راجع إلى «وجه».

(3) معطوف على «أن مقصوده». و الضمائر في «أنه، عليه، فهو» راجعة إلى الفعل المنهَى عنه.

(4) لعلّه إشارة إلى عدم الفرق في دلالة النهي بين ما نحن فيه و سائر المقامات، و من المعلوم أنّه في سائر الموارد- كبيع المجهول و البيع الربويّ- يدلّ على الفساد المطلق، و عدم الصحة الفعلية و التأهلية، فلا بدّ أن يكون كذلك فيما نحن فيه أيضاً.

(5) هذا عدول عمّا أفاده- من عدم دلالة النهي في الأخبار العامة و الخاصة على فساد بيع الفضوليّ مال غيره لنفسه، و تملكه بعد البيع لذلك المال، و إجازته للبيع- إلى دلالة النهي في تلك الأخبار على الفساد، كدلّالته على الفساد في سائر الموارد.

تقريب وجه العدول: أنّ النهي المطلق الظاهر في البطلان المطلق لا يلائم صحة الفعل المنهَى عنه مقيداً بشرط كالإجازة فيما نحن فيه، بل المناسب أن يكون النهي مقيداً، بأن يقال: «لا تبع مال الغير إلّا مع إجازته» أو «لا تبع مال الغير إذا لم يجز مالكه».

فإطلاق النهي و عدم تقييده يدلّ على بطلان هذا البيع مطلقاً بحيث لا يقبل الإجازة،

اللاحقة- كالقبض في الهبة ونحوها (1)، و الإجازة في الفضولي- لا يقتضي (2) النهي عنها بقول مطلق، إذ (3) معنى صحّة المعاملة شرعا أن يترتب عليها شرعا المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق. و عدم (4) بناء المتعاملين على مراعاة ذلك

---

للزوم الإخلال بالغرض من إطلاق النهي مع إرادة النهي المقيّد منه، كبيع الفضولي بلا إجازة، و الهبة بلا قبض، و بيع الصرف بلا قبض، إلى غير ذلك من النواهي المقيّدة.

وبالجملة: فالنهي في «لا تبع ما ليس عندك» يدلّ على الفساد مطلقا و لو مع الإجازة.

ثم إن ما أفاده المصنف بقوله: «اللهم إلا أن يقال» يستفاد من صاحب المقابس في رد كلام الشهيد قدس سرّه بقوله: «فإنه لو كانت الإجازة كافية لما نهى عن البيع قبل ذلك، و لم يؤمر بفعله بعده، مع أن التسليم كان يحصل بعده، و هو في حكم الإجازة منه» (1).

(1) كبيعي الصرف و السلم.

(2) خبر «أن» في قوله «أن عدم ترتب» و ضمير «عنها» راجع إلى المعاملة، المستفادة من العبارة.

و الحاصل: أنّ العقد إذا كان صحيحا على تقدير لم يصحّ النهي عنه بقول مطلق، إذ إطلاق النهي ظاهر في بطلان العقد بقول مطلق.

(3) تعليل لعدم صحّة النهي بقول مطلق، مع فرض صحّة العقد على تقدير كصحّة عقد الفضولي على تقدير الإجازة، بل لا بدّ من تقييد النهي بتجرّده عن لحوق شرط صحته، كإجازة المالك، فإنّه مع فرض الصحّة على تقدير وجود الشرط الفلاني كيف يصحّ النهي بقول مطلق؟ إذ إطلاق النهي يدلّ على بطلان العقد مطلقا. و عليه فيكون عقد الفضول باطلا حتّى مع الإجازة.

(4) إشارة إلى وهم و دفع. أمّا الوهم فهو: أنّه يمكن أن يكون سبب النهي المطلق بناء المتعاقدين على عدم مراعاة الشرط و هو الإجازة في عقد الفضولي التي تصدر من المالك.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب المبيع، ص 37

ص: 321

الشرط لا يوجب (1) النهي عنه إلا مقيّداً بتجرّده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتّب الملك المنجّز على البيع قبل التملّك - بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع - لا يوجب (2) الحكم عليه بالفساد (3).

فالإنصاف (4) [1] أنّ ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل

(1) هذا خبر «عدم» ودفع التوهم، و محصّله: أنّ هذا البناء لا يسوّغ النهي المطلق، بل اللازم النهي مقيّداً بعدم صدور الإجازة من المالك، إذ مع صدورهما تصح المعاملة، فالنهي المطلق دليل على فساد المعاملة مطلقاً وإن لحقته الإجازة.

(2) خبر قوله: «فقصدتهم»، و «على البيع» متعلّق ب «ترتّب».

(3) يعني: الفساد مطلقاً حتى مع الإجازة، فلا وجه للنهي عن هذه المعاملة بنحو الإطلاق.

(4) الفاء للتفريع. غرضه أنّ نتيجة ما ذكرناه من أنّ «لا تبع» في الروايات العامة و ما بمضمونه من الروايات الخاصة - الدالّة على نهي المخاطب عن بيع ما ليس عنده مع البناء على دلالة النهي على الفساد - هي فساد البيع، و عدم وقوعه للمخاطب و هو البائع الفضولي الذي باع مال غيره لنفسه مطلقاً و لو مع الإجازة.

و لا دلالة لهذا النهي على عدم وقوعه لغير المخاطب و هو المالك إذا أجاز، لأنّ النهي متوجه إلى المخاطب الذي هو البائع الفضولي، فلا نهي بالنسبة إلى غير المخاطب، بل يراعى فيه حكم الفضولي، فإذا أجاز صحّ، و إلا فلا. و لو انتقل المال إلى نفس المخاطب الفضولي انتقلت سلطنة الإجازة إليه، فإن أجاز صحّ، و إلا بطل رأساً.

[1] يمكن أن يقال: إنّ شروط العقد على قسمين.

أحدهما: الأمور المقوّمة للعقد العرفي كالقصد و الموالاة، و فقدانها يوجب انعدام العقد العرفي، و يصير وجوده كالعدم. و هذا هو الفساد المطلق، أي: لا يترتب عليه شيء من الصحة التأهيلية و الفعلية.

ثانيهما: الأمور التي جعلها الشارع قيوداً للعقد العرفي كبلوغ المتعاقدين، و هذه الشروط قد تكون من قبيل الحقّ الأدمي، و تكون شرطيتها رعاية لحقه، و تصير فعلية آثار

التملك للبائع (1)، وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه (2) مطلقا (3) حتى مع الإجازة. و أما صحته (4) بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلأن النهي راجع إلى وقوع

---

وبالجملة: فما ذكره في «الإنصاف» موافق لما في المقابس من بطلان بيع الفضولي لنفسه.

(1) أي: البائع الذي هو المخاطب بالنهي عن بيع ما ليس عنده المذكور صريحا و تلويحا في الروايات.

(2) متعلق ب «ترتب أثر»، و ضميره و ضمير «منه» راجعان إلى الإنشاء.

(3) يعني: أنّ العقد باطل في حق المخاطب و لو أجازته بعد أن ملكه، فهذا العقد فاقد لكل من الصحة التأهيلية و الفعلية. و هذا مطابق لما أفاده المحقق صاحب المقابس قدس سره من دلالة الأخبار المتقدمة على بطلان بيع الفضولي لنفسه.

(4) بعد أن نفى المصنف قدس سره صحة العقد بالنسبة إلى الفضولي الذي باع مال الغير

---

العقد منوطه بإسقاط الحق، كالملكية، فإنها من الشرائط التي تقتضيها سلطنة المالكين على أموالهم، و لذا عبّر عن مخالفتها في نصوص نكاح العبد بدون إذن سيده «بأنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده» و معصية السيد ليست إلا من جهة مخالفته لقاعدة سلطنة المالك على ماله.

فمتى كان الشرط من قبيل الملكية كان العقد صحيحا تأهلا، و توقفت صحته الفعلية على إمضاء المالك. فالنهي عن بيع مال الغير يوجب و قوف العقد عن التأثير الفعلي، لا- عن التأثير الإعدادي، فإذا لحقه رضا المالك و إمضاه لترتب عليه الآثار الفعلية من لزوم التسليم و القبض و غيرهما.

و من هنا يظهر وجه حمل المصنف قدس سره الفساد على عدم ترتب الآثار الفعلية على البيع المنهي عنه في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا تبع ما ليس عندك».

وقد لا تكون من قبيل الحق الأدمي كالعربية و الماضوية بناء على اعتبارهما، و مقتضى إطلاق شرطيهما هو بطلان العقد بقول مطلق بحيث لا يترتب عليه أي أثر وجودي، فيقع العقد باطلا، و لا يمكن تصحيحه بشيء من الوجوه.

و إذا شك في كون الشرط من أي قسم من أقسام الشروط، و لم يكن إطلاق لفظي يؤخذ به، و وصلت النوبة إلى الأصل العملي، فالمرجع أصالة الفساد.

البيع المذكور للبائع، فلا تعرّض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضوليّ.

نعم (1) قد يخدش فيها (2): أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدّمة ورودها في بيع الكلّي، وأنّه لا يجوز بيع الكلّي في الذمّة، ثمّ اشتراء بعض أفرادها، وتسليمه إلى المشتري، والمذهب جواز ذلك (3)

---

لنفسه تعرّض لحكم هذا العقد بالنسبة إلى المالك، وقال: إنّ هذا البيع بالنسبة إلى المالك من صغريات البيع الفضوليّ، فإن قلنا بصحته مطلقا قلنا بها هنا أيضا.

(1) استدراك على قوله: «فإنّ انصاف أنّ ظاهر النهي» والغرض منه الخدشة فيما أفاده من ظهور النهي في تلك الروايات - عدا روايتي يحيى بن الحجّاج و خالد بن الحجّاج اللتين موردهما البيع الشخصي - في عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

ومحصل الخدشة: أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة هو بيع الكلّي، وأنّه لا يجوز بيع الكلّي في الذمّة، ثمّ اشتراء بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري. وهذا خلاف المذهب، لجواز بيع الكلّي في الذمّة عند الإمامية.

وعليه فلا يصح الاستدلال بتلك الأخبار على المدعى، وهو فساد بيع الفضوليّ مال الغير لنفسه، لسقوطها عن الحجية والاعتبار، فلا محيص عن حمل النهي الوارد فيها إمّا على الكراهة، أو على التقيّة، لموافقته لمذهب جماعة من علماء العامة.

وهذه الخدشة ذكرها صاحب المقابس قدّس سرّه ثمّ أجاب عنها بأنّ حمل الروايات الناهية عن بيع الكلّي على التقيّة لا يقتضي حمل النهي الوارد عن بيع الثوب الشخصي في رواية يحيى عليها، مع فرض خلوّها عن المعارض، قال قدّس سرّه: «والتحقيق أنّ حمل ما ورد في غير المعيّن على ما ذكر - مع عدم ظهورها في المنع ووجود المعارض - لا يقتضي حمل ما ورد في المعيّن، مع دلالتها على المنع و خلوّها عن المعارض، وصحة أكثرها ..» (1)

(2) أي: في دلالة الروايات المتقدمة على المنع عن بيع من باع ثم ملك.

(3) أي: جواز بيع الكلّي في الذمّة.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 37

وإن نسب الخلاف فيه (1) إلى بعض العبائر (2). فيقوى في النفس أنّها (3) و ما ورد (4) في سياقها في بيع الشخصي أيضا، كروايتي يحيى و خالد المتقدمين، أريد (5) بها الكراهة، أو وردت (6) في مقام التقيّة، لأنّ (7) المنع عن بيع الكلّي حالاً- مع عدم وجوده عند البائع حال البيع- مذهب (8) جماعة من العامّة، كما صرّح به (9) في بعض الأخبار (10)، مستندين (11) في ذلك إلى النهي النبويّ عن بيع ما ليس عندك.

(1) أي: في جواز بيع الكلّي الذمي.

(2) حكى العلامة الخلاف عن العمّاني و ابن إدريس قدّس سرّهم، و حكاه صاحب المقابس عن العلامة.

(3) أي: أنّ الأخبار المتقدمة الظاهرة في عدم جواز بيع الكلّي في الذمة- الذي هو مخالف لمذهب الإماميّة، وكذا غير تلك الأخبار من الروايات الواردة في سياقها المانعة عن بيع الكلّي في الذمة، كروايتي يحيى و خالد ابني الحجاج المتقدمين في (ص 305-304)- أريد بها الكراهة. أو وردت في مقام التقيّة، حيث إنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجود شيء من مصاديقه عند البائع حال البيع مذهب جماعة من علماء العامّة، كما صرّح به في صحيحتي عبد الرحمن بن الحجاج «1». فإنّ قول عبد الرحمن للإمام عليه السّلام في الصحيحة الأولى: «قلت: إنهم يفسدونه عندنا» وقوله في الصحيحة الثانية:

«قلت: فإنّ من عندنا يفسده» «2» دليل على أن علماء السنة لا يجوزون بيع الكلّي في الذمة.

(4) معطوف على ضمير «أنّها»، و ضمير «سياقها» راجع إلى «الأخبار المتقدمة».

(5) خبر قوله: «أنّها و ما ورد» و الجملة فاعل «يقوى».

(6) معطوف على «أريد».

(7) تعليل لقوله: «أو وردت».

(8) خبر قوله: «لأنّ المنع».

(9) أي: بالمنع عن بيع الكلّي الذي هو مذهب جماعة من العامّة.

(10) كصحيحتي عبد الرحمن المشار إليهما آنفا.

(11) أي: حال كون هؤلاء العامّة مستندين في إفتائهم- بالمنع عن بيع الكلّي حالاً-

(2) وسائل الشيعة ج 12 ص 374 و 375، الباب 7 من أبواب أحكام العقود، الحديث 1 و 3

ص: 325



لكنّ (1) الاعتماد على هذا التوهين (2) في رفع اليد عن الروايتين (3) المتقدّمتين الواردتين في بيع الشخصي، وعموم (4) مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي، خلاف (5) الإنصاف،

إلى النبوي الناهي عن بيع ما ليس عندك.

(1) استدراك على ما أفاده من الخدشة المذكورة في الأخبار المتقدّمة، و عدول عنه، و محصل تقريب العدول: أنّ الروايات المتقدمة وإن كانت موهونة، لمخالفتها لمذهب الإمامية القائلين بجواز بيع الكلّي في الذمة. ولكن هذه الخدشة لا توجب رفع اليد عن الروايتين الواردتين في منع بيع الشخصي المشار إليهما في (ص 304 و 305).

وكذلك لا توجب رفع اليد عن عموم مفهوم التعليل في قوله عليه السّلام في صحيحة محمد بن مسلم: «إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه» حيث إنّه يدلّ مفهومها على عدم جواز الشراء منه قبل تملكه للمبيع، لأنّ عمومها يشمل بيع الفضولي مال الغير لنفسه وإن ملكه بعد ذلك بشراء أو غيره وأجاز.

وكذا عموم مفهوم قوله عليه السّلام في صحيحة منصور بن حازم: «إنّما البيع بعد ما يشتريه» حيث إنّه يدلّ مفهومها على عدم جواز البيع قبل شراء المبيع. وعمومها يشمل بيع الفضولي مال الغير لنفسه وإن ملكه بعد البيع وأجاز.

وبالجملة: فالمعتمد هو عموم مفهوم التعليل في الصحيحتين المشار إليهما، وعدم الاعتناء بالخدشة المذكورة، والالتزام بما أفاده في «الإنصاف» من ظهور الروايات في عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

(2) وهي الخدشة المذكورة بقوله: «نعم قد يخدش فيها».

(3) وهما روايتا يحيى و خالد المتقدّمتان في (ص 304 و 305).

(4) معطوف على «الروايتين».

(5) خبر «لكن» فمحصل ما أفاده المصنف قدّس سرّه: أنّ الاعتماد على هذا التوهين - أعني به الخدشة المذكورة - في رفع اليد عن ظهور روايتي يحيى و خالد في الفساد في بيع المتاع

إذ (1) غاية الأمر حمل الحكم (2) في مورد تلك الأخبار- وهو بيع الكلّي قبل التملك- على التقيّة، وهو (3) لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر (4).

الشخصي قبل تملك البائع له، ورفع اليد عن عموم مفهوم التعليل الشامل لبيع الكلّي والشخصي خلاف الإنصاف، إذ لا وجه لرفع اليد عن الظواهر بلا قرينة، فلا بد من الأخذ بظاهر النهي والحكم بفساد بيع الشخصي قبل تملك البائع، غاية الأمر أنه يحمل عدم جواز بيع الكلّي في مورد تلك الأخبار على التقيّة.

(1) تعليل لكون الاعتماد على الخدشة المذكورة- ورفع اليد بسببها عن الروايتين وعن عموم مفهوم التعليل- خلاف الإنصاف. وقد مرّ توضيحه آنفاً بقولنا: «إذ لا وجه لرفع اليد عن الظواهر بلا قرينة .. إلخ».

(2) وهو عدم جواز البيع، وقوله: «على التقيّة» متعلق ب «حمل».

(3) يعني: والحمل على التقيّة لا- يوجب طرح مفهوم التعليل العام الشامل لبيع الكلّي والشخصي رأساً، إذ غايته خروج بيع الكلّي عن حيّزه. وأمّا بيع الشخصي فلا- وجه لخروجه عن عموم مفهوم التعليل، بل هو باق تحت العموم، ومقتضاه عدم جواز بيع الشخصي قبل التملك.

فالمتحصل: أنّ الحمل على التقيّة لا يسوّغ طرح مفهوم التعليل في صحيحتي محمد بن مسلم و منصور بن حازم، وطرح روايتي يحيى بن الحجاج و خالد بن الحجاج.

(4) لعلّه إشارة إلى: أنّ الحمل على التقيّة إنّما هو في فرض التعارض، وعدم الجمع العرفي، والمفروض وجوده، وهو حمل الأخبار المانعة عن بيع الكلّي عن الكراهة، الذي هو جمع عرفي حكمي بينها وبين ما دلّ على جوازه، من الإجماع وغيره.

أو إشارة إلى: أنّه من البعيد إمكان التبعض في التعليل، بحمل بعضه- وهو الكلّي- على التقيّة أو الكراهة، وبإبقاء بعض موارد وهو الشخصي على حاله من عدم الجواز، إذ يلزم إلغاؤه في مورد وهو الكلّي، وإبقاؤه في غيره وهو بيع الشخصي. فيقوى حمل النهي على الكراهة مطلقاً حتى لا يقع في كلفة ما لعلّه لا يتمكّن من تحصيله مقدّمة للوفاء في الكلّي، و تتميماً للبيع في الشخصي.

فالأقوى (1) العمل بالروايات، و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور (2).

و مما يؤيد المنع (3)- مضافا إلى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتّفاق- رواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت رجلا مملوكا، فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم أعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا، فسكتوا و لم يقولوا لي شيئا. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك» (1) الخبر (4)، فإنّها (5) ظاهرة- بل صريحة- في أنّ علّة البقاء (6)

(1) هذه نتيجة النقض و الإبرام، فوافق المصنف صاحب المقابس قدّس سرّهما في الحكم بفساد بيع من باع مال الغير لنفسه قبل أن يملكه، و أجازته بعد تملكه له.

(2) و هو بيع المتاع الشخصي قبل التملك و الإجازة له بعد التملك، دون بيع المتاع الكلّي، لأنّه كما تقدم أنّها جائز عندنا.

(3) أي: منع جواز بيع مال الغير فضولا، و إجازته له بعد تملكه للمبيع.

(4) أي: إلى آخر الخبر، لكن هذا آخر الخبر، و ليس له بقية، فلم يظهر وجه هذا التعبير. و قريب منها روايتنا معاوية بن وهب (2).

(5) أي: فإنّ رواية الحسن بن زياد. تقريب دلالته على عدم كفاية مالكية العاقد الفضولي - و هو العبد في مورد الرواية- لنفسه في البقاء على ما فعله بغير إذن سيّده هو:

جعل علّة البقاء إقرار المولى المستفاد من سكوته، إذ لو كانت العلّة مالكيته لنفسه الحاصلة بالعتق - مع إجازته أو بدونها- لم يحتج إلى استئصال الامام عليه الصلاة و السلام عن سكوت المولى و عدمه، لكون العقد لازما على تقدير كفاية صيرورته مالكا لنفسه على كلا تقدير الحاجة إلى الإجازة و عدمها، إذ المفروض حصول الإمضاء و الرضا بما فعله بغير إذن سيّده على فرض الحاجة إلى الإجازة.

(6) أي: بقاء العبد على نكاحه الأوّل الذي أنشأه بدون إذن سيّده.

(1) وسائل الشيعة ج 14، ص 526، الباب 26، من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 3

(2) المصدر، ص 525، الحديث 1-2

ص: 328

بعد العتق (1) على ما فعله بغير إذن مولاه، هو (2) إقراره المستفاد من سكوته، فلو كانت صيرورته حرًا مالكا لنفسه مسوغة للبقاء - مع إجازته أو بدونها - لم يحتج (3) إلى الاستفصال [1] عن أنّ المولى سكت أم لا، للزوم (4) العقد حينئذ (5) على كلّ تقدير (6).

ثم إن الواجب (7)

---

(1) الموجب لمالكية لنفسه.

(2) خبر «أنّ علّة» و تذكيره باعتبار خبره، و «مسوغة» خبر «فلو كانت».

(3) جواب «لو» في «فلو كانت». وجه عدم الحاجة إلى الاستفصال هو عدم دخل إقرار المولى في البقاء على النكاح، إذ المفروض كون تمام العلّة في بقائه هو مالكية العبد لنفسه بالعتق، مع الإجازة أو بدونها.

(4) تعليل لعدم الحاجة إلى الاستفصال. فمحصل وجه التأييد لما نحن فيه هو فساد النكاح بدون رضا المالك - وهو السيد - لكونه مالكا، فبيع مال الغير لنفسه أيضا فاسد بدون إذن المالك.

(5) أي: حين صيرورة العبد حرًا مالكا لنفسه.

(6) أي: تقديري الحاجة إلى الإجازة و عدم الحاجة إليها، و الجار متعلق ب «للزوم».

(7) الغرض من هذه العبارة أنّ بيع الفضول مال الغير قبل الاثراء لَمَّا كان تارة منجزا، من دون أن يكون موقوفا على ملكه و إجازته، فقد يملك و يجيز، و قد يملك و لا يجيز. و اخرى موقوفا على ملكه و إجازته معا، أو موقوفا على ملكه دون إجازته، فوجب الاقتصار على مورد الروايات المستدلّ بها على المنع، و عدم التعدي عن موردها إلى غيره.

---

[1] يمكن أن يكون الاستفصال لاستعلام أنّ المولى ان علم بالنكاح رده أو سكت.

و على هذا الاحتمال تكون الرواية أجنبية عن المقصود، فلا تكون مؤيدة.

و لعلّ تعبير المصنف قدس سرّه ب «يؤيد» دون يدلّ لتطرق هذا الاحتمال، فتدبر.

على كلّ تقدير (1) هو الاقتصار على مورد الروايات، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك، ولا لإجازة البائع إذا صار مالكا (2).

وهذا (3) هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافيا للخلاف في فساده، قال:

«ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ويمضي ليشترها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافا، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا تبع ما ليس عندك. ولاشتمالها (4) على الغرر، فإن (5) صاحبها قد لا يبيعها،

---

والمصنف استظهر أنّ موردها خصوص البيع المنجز، دون البيع الموقوف على الملك والإجازة، ودون الموقوف على الملك دون الإجازة، فهما خارجان عن مورد الروايات وإن كان الأول داخلا في عنوان هذه المسألة، والثاني داخلا في عنوان المسألة الثانية الآتية في كلام المصنف.

ووجه استظهار المصنف كون مورد الروايات خصوص البيع المنجز هو: أنّ المنهي عنه مواجهة البيع المساوقة لتجزه، ومقتضى عموم الملاك المستفاد من قوله عليه السلام:

«إن شاء أخذ وإن شاء ترك» جواز المعاملة إن كان زمامها بيد المتعاملين. بخلاف المنجز الذي ليس لهما فيه زمامها.

وبالجملة: فمورد الروايات الناهية عن بيع ما ليس عنده خصوص البيع المنجز الذي هو بيع بالحمل الشائع.

(1) أي: سواء قلنا بالصحة أم بالفساد في المسألة الثالثة، وهي: ما لو باع الفضولي مال الغير لنفسه ثم ملكه فأجاز.

(2) وهذا معنى البيع المنجز الذي هو مورد روايات المنع عن بيع ما ليس عنده.

(3) أي: وكون مورد الروايات خصوص بيع الفضولي مال الغير منجزا غير موقوف على الملك والإجازة- وأنّ موردها هي المسألة الثالثة- هو الذي ذكره العلامة قدّس سرّه في التذكرة نافيا للخلاف في فساده. وقال الشافعي وأحمد أيضا بعدم جواز بيع ما ليس عنده.

(4) معطوف على «لقوله» وهذا دليله الثاني على فساد البيع، كما أنّ النبوي دليله الأوّل عليه.

(5) هذا تقريب الغرر، وحاصله: أنّ صاحب العين يمكن أن لا يبيع العين، فيتضرر

و هو (1) غير مالك لها ولا قادر على تسليمها. أمّا (3) لو اشترى موصوفا في الذمة - سواء أكان حالاً أم مؤجّلاً - فإنّه جائز إجماعاً انتهى (3).

و حكي عن المختلف إجماع على المنع (4) أيضاً.

و استدلاله (5) بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر - بل صريح - في وقوع

---

المشتري حينئذ بتأخير وصول الثمن إليه أو تلفه.

(1) يعني: و الحال أنّ البائع الفضولي غير مالك للعين و لا قادر على تسليمها.

(2) هذا في بيع الكلّي مقابل بيع الشخصي الذي ذكره العلامة قدّس سرّه بقوله: «و لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها».

(3) يعني: انتهى عبارة التذكرة، و قد سقط قبل قول العلامة: «إجماعاً» قوله: «و كذا لو اشترى عينا شخصية غائبة مملوكة للبائع، موصوفة بما ترفع الجهالة، فإنّه جائز إجماعاً» «1». و لعلّه لأجل كون الجواز إجماعياً في كلتا المسألتين اقتصر المصنف على حكاية الإجماع على الجواز في مورد البحث، و هو شراء العين الكلّية في الذمة، و لم ينقل تمام العبارة.

(4) أي: على منع بيع العين التي لا يملكها و يمضي ليشتريها، كما استفيد الإجماع من قوله في التذكرة: «لا نعلم فيه خلافاً». و كان المناسب أن يذكر المصنف قدّس سرّه كلام المختلف قبل نقل هذه الجملة: «أمّا لو اشترى موصوفا في الذمة» عن التذكرة، كما لا يخفى.

و كيف كان فالموجود في موضعين من المختلف هو الحكم بالجواز، قبال ابن إدريس و العماني، و لم أظفر بدعوى الإجماع فيه، كما أنّ صاحب المقابس نقل عنه الجواز دون الإجماع، و لا بد من مزيد التتبع للوقوف على منشأ حكاية الإجماع عن المختلف «2».

(5) هذا كلام المصنف قدّس سرّه، و بيان وجه استظهاره من عبارة التذكرة كون مورد النهي «عن بيع ما ليس عنده» هو بيع الفضول مال الغير لنفسه منجزاً غير موقوف على إجازة مجيز.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 463، ج 1، ص 16 (الطبعة الحديثة).

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 55 و 130-132

الاشترء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه (1) يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه.

فحينئذ (2) لو تباعا (3) على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة، فأتقت الإجازة من المالك، أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل (4) في مورد الأخبار، ولا في معقد الاتق.

توضيح وجه الاستظهار هو: أن استدلال العلامة قدس سره على فساد البيع بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر- بل صريح- في وقوع البيع منجزا، إذ لا- غرر مع توقف البيع على الملك، لعلم المشتري بعدم انتقال ماله عن ملكه إلا بدخول بدله في ملكه. كما أن البائع بعد تملكه للمبيع يصير شرعا قادرا على تسليمه. بخلاف ما إذا كان البيع منجزا، لعدم علم المشتري بدخول بدل ما خرج عن ملكه في ملكه. كما أن البائع ليس قادرا على تسليم المبيع فعلا، لعدم كونه ملكا له، ويمكن أن لا يبيعه مالكة.

(1) و هو التنجز و اللزوم، فإن تنجز البيع يلزم البائع بعد البيع بتحصيل المبيع و تسليمه إلى المشتري.

(2) يعني: فحين البناء على كون البيع المنهي عنه في الروايات العامة و الخاصة الناهية عن بيع ما ليس عنده هو بيع الفضول مال الغير منجزا- لا موقوفا على إجازة المالك، أو البائع إذا صار مالكا- يقع الكلام في حكم بعض الفروع، و شمول أخبار البيع له، و عدم شمولها له. و المذكور في المتن فروع أربعة.

(3) هذا أحد تلك الفروع، و محصّله: أنه لو تباعا- قبل أن يملك البائع المبيع- على أن يكون البيع موقوفا على الإجازة، فأتقت من المالك أو البائع الفضولي بعد انتقال المبيع إليه بالناقل الاختياري أو القهري، لم يدخل في مورد الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، و لا في معقد إجماع التذكرة.

وجه عدم الدخول ما تقدم من اختصاص مورد الأخبار و معقد الإجماع بإنشاء البيع منجزا غير مترقب لإجازة المالك، و المفروض في هذا الفرع ترقب الإجازة.

(4) جواب «لو تباعا»، و فاعله «البيع» أي: لم يدخل البيع في مورد الأخبار.

و لو (1) تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهي عنه في الأخبار المذكورة، حيث قال (2):

«و كذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز. ولو أراد (3) لزوم البيع بالانتقال فهو (4) بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه» انتهى (1).

لكن الإنصاف ظهورها (5) في الصورة الأولى (6)، وهي: ما لو تبايعا قاصدين

(1) هذا فرع ثان من تلك الفروع، وهو: أنه لو تبايع المتبايعان على أن يكون اللزوم منوطا بتملك البائع - دون إجازته - فظاهر كلام الشهيد أنه من البيع المنهي عنه.

(2) أي: قال الشهيد قدس سره: «و كذا - أي و كذا يصح البيع - ما لو باع مال غيره ثم انتقل إليه، فأجاز».

(3) هذا هو الفرع المذكور أعني به كون البيع موقوفا على مجرد انتقال المبيع إلى الفضولي من دون توقعه على إجازته. و أمّا قبله - وهو قوله: «و كذا لو باع ملك غيره، ثم انتقل إليه فأجاز» - فهو محكوم بالصحة، ولا يندرج في الأخبار النهائية.

(4) يعني: فالبيع المفروض لزومه بانتقال المبيع إلى البائع الفضولي يكون من مصاديق «بيع ما ليس عنده» وهو منهي عنه.

(5) أي: ظهور تلك الأخبار النهائية عن «بيع ما ليس عندك» في عدم كون زمام البيع بيد المتعاملين، بمعنى كون المنهي عنه هو البيع الذي لم يكن لهما فيه اختيار أصلا كسائر البيوع، فإن لم يكن البيع منجزا مطلقا و كان زمام أمره بيدهما، فلا بأس به.

و عليه فلو توقّف لزوم البيع على انتقال المبيع إلى البائع الفضولي، لم يندرج في الأخبار النهائية عن بيع ما ليس عنده.

و بالجمله: فمورد تلك الأخبار النهائية خصوص البيع المنجز من جميع الجهات.

فالبيع الموقوف على مجرد تملك البائع الفضولي للمبيع أو الإجازة أو كليهما خارج عن مورد الروايات، و محكوم بالصحة.

(6) و هو البيع المنجز المطلق، أي غير موقوف على شيء من إجازة المالك الأصلي، و إجازة البائع الفضولي بعد تملكه، و مجرد تملكه للمبيع الفضولي. فإن كان البيع منجزا من



لتنجّز النقل والانتقال، وعدم الوقوف على شيء (1).

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك (2)، حيث (3) علّل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم، وأصرح منه (4) كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد والنسيئة.

ولو باع (5) عن المالك فاتّفق انتقاله إلى البائع، فأجازه، فالظاهر أيضا الصحّة، لخروجه (6) عن مورد الأخبار.

---

جميع هذه الجهات الثلاث كان موردا لتلك الأخبار الناهية.

(1) أي: من تلك الجهات الثلاث المذكورة، وهي: إجازة المالك الأصلي، والبائع الفضولي، وتملكه للمبيع فضولا.

(2) أي: في كون مورد الأخبار الناهية هي الصورة الأولى، وهي وقوع البيع منجزا.

(3) تعليل لكون كلام العلامة في التذكرة صريحا في أنّ بيع الفضولي المنجز مورد الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك، وقد تقدم في (ص 331-330) تقريب دلالة الغرر وعدم القدرة على التسليم على كون الصورة الأولى مورد الأخبار الناهية.

(4) أي: وأصرح من كلامه في التذكرة كلامه في المختلف، حيث قال فيه: «و النهي الوارد عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم للكراهة، أو ورد (أورد) عن الشيء المشخص الذي في ملك الغير فإنّه لا يصلح بيعه، لا داية إلى التنازع، إذ ربما يمتنع مالكة من بيعه، والمشتري يطالب البائع به. وأما الغرر الذي ادّعاه- يعني ابن إدريس - فليس في هذا الباب من شيء» (1).

وجه أصرحيته هو: أنّه صرّح في المختلف بخروجه عن مورد الأخبار، بخلاف كلامه في التذكرة، فإنّ دلالته على الخروج إنّما هي باعتبار اقتران الاستدلال بالأخبار بنفي الغرر ونحوه، فيظهر أنّ مورد الأخبار ونفي الغرر واحد.

(5) هذا فرع ثالث، يعني: ولو باع الفضولي عن المالك لا عن نفسه، ثم انتقل ذلك المبيع إلى الفضولي بالإرث أو الشراء فأجازه، صحّ، لما سيأتي. ولا يخفى أنّ هذا الفرع من المصنف لا من العلامة.

(6) أي: لخروج هذا البيع الفضولي عن مورد تلك الأخبار الناهية عن «بيع

---

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 132، والحاكي لكلامه صاحب المقابس، كتاب البيع، ص 36

نعم (1) قد يشكل فيه (2) من حيث إن الإجازة لا متعلّق لها [لا يتعلّق بها] لأنّ العقد السابق كان إنشاءً للبيع عن المالك الأصليّ، ولا معنى لإجازة هذا (3) بعد خروجه عن ملكه.

ويمكن (4) دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة، وهي

ما ليس عندك». وجه خروجه عن موردها عدم وقوعه منجزاً من جميع الجهات، إذ مع تباينهما على عدم توقف البيع على الإجازة لم يكن محتاجاً إلى الإجازة.

(1) هذا استدراك على صحّة البيع المذكور، وهو بيع الفضولي عن المالك ثم انتقال المبيع الفضولي إليه وإجازته له. وهذا الاستدراك إشكال على صحته، ومحصّله: أنه ليس هنا متعلّق للإجازة، لأنّ عقد الفضول كان إنشاءً متعلّقاً بملك زيد، والمفروض انتفاؤه، لانتقال المال عنه، فلا موضوع لأن يجيز.

ولو قيل بأنّ المالك الجديد يجيز العقد من قبل نفسه، قلنا بعدم تحقق عقد على ماله حتى يكون له الإجازة والرد. وبعبارة أخرى: المجاز غير منشأ، والمنشأ غير مجاز.

(2) أي: فيما ذكر من صحّة هذا البيع.

(3) أي: العقد السابق، وضمير «خروجه» راجع إلى المتاع المستفاد من العبارة، وضمير «ملكه» راجع إلى المالك.

(4) هذا دفع الإشكال، ومحصّله: أنه يمكن دفعه بما اندفع به الإشكال الوارد في عكس هذه المسألة- وهو ما لو باعه الفضوليّ لنفسه، فأجازته المالك لنفسه- فإنّ الإجازة لم تتعلّق بالعقد الذي أنشأه الفضولي، وقد تقدم عنه دفع الإشكال هناك بما لفظه:

«فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى. وتوضيحه: أنّ البائع الفضوليّ إنّما قصد تملك المثلث للمشتري بإزاء الثمن.. إلخ» (1).

ومحصّله: وجود قصد المعاوضة فيما إذا باع الفضولي مال الغير لنفسه بانياً على كونه مالكا عدواناً كما في الغاصب، أو اعتقاداً كما إذا استند في ملكيته للمال إلى اليد أو البيّنة مثلاً. ولما كان إيجاب البيع ساكتاً عن كون الثمن ملكاً للموجب أو غيره، فيرجع فيه إلى مقتضى مفهوم المعاوضة، وهو دخول العوض في ملك مالك المعوّض.

والحاصل: أنّ قصد المعاوضة في عقد الفضولي لنفسه موجود، فلا يلزم مغايرة

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 571

ص: 335

ما لو باعه لنفسه، فأجازة المالك لنفسه، فتأمل (1).

و لو باع لثالث (2) معتقدا لتملكه، أو بانيا عليه عدوانا، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة، بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك. وإن ملكه (3) الثالث وأجازة، أو ملكه البائع فأجازة، فالظاهر أنه داخل في المسألة

ما وقع لم أجز.

(1) لعلّه إشارة إلى الفرق بين المسألتين، وهو: أنّ البائع الفضولي في تلك المسألة لمّا بني اعتقادا أو عدوانا على كونه مالك، فقد قصد المعاوضة، والملكية الثابتة للعائد الفضولي ثابتة له بتلك الحيثية، أعني بها حيثية البناء على مالكيته. وهذه الملكية ثابتة للمالك الأصلي بنفس تلك الحيثية أي البناء على الملكية، فتتعلق الإجازة من المالك بنفس الإنشاء الصادر من العائد الفضولي، فلا يلزم مغايرة المجاز لما وقع.

وهذا بخلاف هذه المسألة، لأنّ الفضولي باع للمالك الحقيقي، ولم يدع الملكية لنفسه لا عدوانا ولا اعتقادا، فلم يحصل له الوصف العنواني «و هو كونه مالكا» فلو أجاز هذا العقد الذي أنشأه للمالك الأصلي كان المجاز مغايرا لما وقع.

(2) هذا فرع رابع، وهو: أن يبيع الفضولي مال الغير لا لمالكة ولا لنفسه، بل لثالث، بأن يرجع نفعه إلى ذلك الشخص الثالث، كما إذا باع زيد مال عمرو، لا- عن نفسه ولا- عن عمرو، بل باعه عن بكر، إمّا باعتقاد تملكه للمبيع، وإمّا بالبناء عليه عدوانا. فإن أجاز المالك- وهو عمرو- فلا كلام في صحته بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك في مفهوم البيع.

وإن لم يجزه المالك- وهو عمرو- ولكن خرج المبيع عن ملكه ودخل في ملك زيد أو في ملك بكر، فأجاز ذلك البيع الفضولي، اندرج في مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» ويحكم بصحته.

(3) أي: وإن ملك المبيع ذلك الشخص الثالث وأجاز، فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة، وهي قوله في (ص 334): «و لو باع عن المالك فأنتق انتقاله إلى البائع فأجازة .. إلخ» فيحكم بصحته، كما يحكم بصحة ذلك البيع، لخروج كليهما عن مورد الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك.

ص: 336

ثم إنه قد ظهر ممّا ذكرناه في المسألة المذكورة (2) حال المسألة الأخرى، وهي (3):

ما لو لم يجز البائع (4) بعد تملكه، فإنّ (5) الظاهر بطلان البيع الأوّل (6)، لدخوله (7) تحت

---

و عليه فقوله: «وإن ملكه» عدل قوله: «فإن أجاز» وهذا العدل يتضمّن شقّين، أحدهما تملك ذلك الثالث، والآخر تملك العاقد، كما ذكرنا في المثال آنفاً.

(1) وجه دخوله في المسألة السابقة: أنّه باع لغير المالك، ثم صار غير المالك مالكا وأجاز، ولا خصوصية للفضولي في عدم كونه مالكا أوّلا، وصيرورته مالكا ثانيا حتى يجيز في حال مالكيته.

لو باع لنفسه، ثم تملكه ولم يجز

(2) وهي: مسألة «من باع شيئا ثم ملكه وأجاز» المذكورة في (ص 244) بقوله:

«والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك وأجاز. وما لو باع واشترى، ولم يجز» إلى قوله: «أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقق في باب الزكاة .. إلخ».

و غرضه التنبيه على مسألة أخرى ممّا يتعلّق بتجدد الملك بعد العقد، وهي قوله:

«وما لو باع واشترى، ولم يجز».

ثم إنّ مناسبة السياق تقتضي ان يقال: «و أما المسألة الثانية» ليكون عدلا لقوله هناك: «أما المسألة الأولى».

(3) أي: المسألة الأخرى: ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، والحكم في المسألة الأخرى هو بطلان البيع الفضولي، لوجه ثلاثة سيأتي بيانها.

(4) في بعض نسخ الكتاب «المالك» بدل ما أثبتناه من قوله: «البائع» وهو الظاهر.

و إن كان توجيه «المالك» ممكنا أيضا بإرادة المالك الفعلي، والأمر سهل.

(5) بيان لقوله: «قد ظهر».

(6) وهو بيع الفضول- الذي صار مالكا فيما بعد- مال الغير.

---

(7) أي: لدخول هذا البيع تحت الأخبار الناهية، وهذا تعليل لبطلانه، ومحصله: أنّ هذا البيع من صغريات «بيع ما ليس عنده» يقينا، فتشمله الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، وحيث إنّ النهي ظاهر في البطلان فيصح أن يقال: إن الظاهر بطلان البيع، لاستناد البطلان إلى ظاهر النهي.

ص: 337

الأخبار المذكورة يقينا (1). مضافا (2) إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، وعدم (3) صيرورتها حلالا- من دون طيب النفس، فإنّ المفروض أنّ البائع (4) بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول (5). و التزامه (6) قبل تملكه بكون

ولا- ينافيه اليقين بدخول البيع المزبور تحت الأخبار النهائية، لأنّه يقين بالموضوع، فيلتزم الظهور المكتنف باحتمال الخلاف مع اليقين المزبور.

وبالجملة: البطلان ظاهر النهي، و اليقين متعلّق بصغروية هذا البيع لما تعلّق به النهي في تلك الأخبار، فلا تنافي بين اليقين بدخول البيع المزبور تحت الأخبار النهائية، و بين كون الظاهر بطلان البيع.

(1) قيد لقوله: «لدخوله».

(2) هذا دليل ثان على بطلان عقد الفضول مال الغير لنفسه. و هذا الدليل قاعدة السلطنة على الأموال، فإنّ القول بصحة هذا البيع مع عدم إجازة المالك- كما هو المفروض - مناف لقاعدة السلطنة.

(3) معطوف على «قاعدة» و هذا دليل ثالث على بطلان بيع الفضولي مال الغير و تملكه بعده له مع عدم إجازته لذلك البيع الفضولي، و محصله: أنّ الحكم بصحة هذا البيع الفضولي مناف لما دلّ على توقف حليّة المال على طيب نفس مالكه، و المفروض أنّ البائع الفضولي الذي صار مالكا لما باعه فضولا لا تطيب نفسه بكونه ملكا للمشتري الذي اشترى منه بالبيع الفضولي.

وقوله: «فان المفروض» بيان لتطبيق هذا الدليل على المدعى، و قد تبين هذا بقولنا: «و المفروض ان البائع الذي صار مالكا .. إلخ».

(4) و هو الذي باع فضولا، و صار مالكا فعليا لما باعه في حال كونه فضولا.

(5) و هو الذي اشترى المتاع من الفضولي المفروض صيرورته مالكا فعلا. و أمانة عدم طيب نفسه هي عدم إجازته، مع عدم الحاجة إلى قيام أمانة على عدم الطيب، إذ العبرة بإحراز الطيب الذي هو شرط حليّة التصرف كما لا يخفى.

(6) مبتدء خبره «ليس التزاما»، و هذا إشارة إلى وهم و دفعه. أمّا الوهم فهو: أنّ البائع الفضولي قبل تملكه للمبيع التزم بكون المبيع ملكا للمشتري، و هذا الالتزام أمانة

هذا المال المعين للمشتري ليس (1) التزاماً إلاّ بكون مال غيره له.

اللهم (2) إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كلّ عاقد وشارط هو اللزوم (3) على البائع بمجرد انتقال المال إليه (4) وإن كان قبل ذلك أجنبيّاً لا حكم لوفائه ونقضه (5).

---

على وجود طيب نفسه بذلك بعد تملكه له.

وبيان آخر: بيع الفضولي لذلك المال كاشف عن طيب نفسه بكون ذلك المال ملكاً للمشتري مطلقاً سواء انتقل عنه- أو عن غيره- إلى المشتري.

وأما الدفع فهو: أنّ الالتزام المزبور كان متعلقاً بمال غيره، لا- بمال نفسه حتى يجب عليه الوفاء به، أو يؤثر نقضه في بطلان العقد، فإنّه أجنبي، وليس سلطاناً على جعل مال الغير للمشتري.

(1) هذا دفع الوهم المزبور، وضمير «له» راجع إلى المشتري.

(2) غرض هذا القائل إبطال الدفع المزبور وإثبات صحة العقد بمجرد انتقال المبيع إلى البائع الفضولي، بتقريب: أنّ مقتضى عموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود وجوب وفاء المؤمنين بشروطهم وجوب الوفاء على كلّ عاقد وشارط، و البائع الفضولي بعد تملكه للمبيع يندرج تحت عموم هذين الدليلين العامين بعد أن كان قبل تملكه أجنبيّاً عن أفراد هذين الدليلين، وغير مشمول لحكهما من وجوب الوفاء و حرمة النقص. نظير وجوب الحج على غير المستطيع الذي لم يكن مشمولاً لعموم دليل وجوب الحج، وبالاستطاعة صار مشمولاً له، إذ الحكم يتبع الموضوع، فبمجرد تحققه يترتب عليه حكمه.

(3) خبر «إنّ مقتضى» وضمير «إليه» راجع إلى البائع.

(4) كصيرورة غير المستطيع بمجرد الاستطاعة من أفراد دليل وجوب الحج على المستطيع.

(5) لعدم كونه من أفراد موضوع هذين الدليلين.

فالنتيجة: صحة عقد الفضولي بمجرد تملكه للمبيع، وعدم احتياجه إلى الإجازة.

و لعلّه (1) لأجل ما ذكرنا رجّح فخر الدين في الإيضاح- بناء (2) على صحّة الفضولي- صحة العقد المذكور (3) بمجرد الانتقال من دون توقّف على الإجازة.

قيل (4): و يلوح هذا (5) من الشهيد الثاني في هبة المسالك (6). وقد سبق

---

(1) الضمير للشأن، يعني: و لعله لأجل ما ذكرناه- من كون مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كل عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه- رجّح فخر المحققين في كتاب الإيضاح- بناء على صحة عقد الفضولي- صحة العقد المزبور بمجرد الانتقال من دون توقّفه على الإجازة.

(2) الوجه في الإتيان بكلمة «بناء» أنّه لا مجال لهذه الأبحاث بناء على مختار فخر المحققين من بطلان عقد الفضولي رأساً بلا فرق بين صور المسألة.

(3) و هو بيع الفضولي مال الغير و تملكه بعد ذلك و عدم إجازته لعقده الفضولي.

(4) القائل هو المحقق الشوشتری قدّس سرّه، ذكره في عداد الأقوال في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» بقوله: «الثالث: ما اختاره فخر الإسلام تخريجا على صحة الفضولي، و هو: أنّه إذا ملكه صحّ البيع من غير توقّف على الإجازة، و هو الذي يلوح من الشهيد الثاني .. إلخ» (1).

(5) أي: صحة العقد المذكور و لزومه بمجرد الانتقال إلى العاقد الفضولي.

(6) أفاده قدّس سرّه في شرح كلام المحقق قدّس سرّه- من أنّه لو وهب المالك ماله لأجنبي هبة غير معوّضة و أقبضه، ثم باعه الواهب من شخص آخر، فهل يبطل البيع لأنّه باع ما لا يملك، أم يصح، لجواز رجوع الواهب؟- فقال الشهيد الثاني في توجيه صحة البيع و استغنائها عن الإجازة ما لفظه: «أو نقول: إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب، و كان العقد بمنزلة الفضولي، و قد ملكها من إليه الإجازة، فلزم من قبله. كما لو باع ملك غيره ثم ملكه، أو باع ما رهنته ثم فكّه، و نحو ذلك. و أولى بالجواز هذا ..» (2).

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 36

(2) مسالك الأفهام، ج 6، ص 49



استظهاره (1) من عبارة الشيخ المحكيّة في المعتر (2).

لكن (3) يضعفه أنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب.

والمقام (4) مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ (5).

و الغرض من الاستشهاد بكلامه دلالة قوله: «فلزم من قبله» على صحة بيع الواهب وإن لم تكن العين ملكه حين البيع، ولا حاجة إلى إجازته بعد التملك بالفسخ بنفس البيع، لا بإرادته قبله.

(1) عند قوله: «فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أورهنه ..» فراجع (ص 245).

(2) حيث قال المحقق في عبارته المتقدمة: «فإن اغترم حصة الفقراء قال الشيخ:

صحّ البيع والرهن».

(3) غرضه تضعيف ما أفاده بقوله: «اللهم إلا أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب» من صحة العقد المذكور بمجرد انتقال المال المبيع فضولا إلى البائع، وإثبات فساده.

توضيح وجه التضعيف هو: أنّ البائع الفضول قبل تملكه للمبيع لم يكن مأمورا بوجوب الوفاء بالعقد، لعدم شمول خطاب «أوفوا بالعقود» له، فيستصحب عدم الوجوب بعد تملكه.

فالنّتيجة: عدم لزوم الوفاء بالعقد على البائع الفضول بمجرد انتقال المبيع إليه.

(4) هذا بمنزلة التعليل لجريان الاستصحاب، و محصّله: أنّ المورد من موارد جريان استصحاب الخاصّ، وهو عدم صحة عقد الفضولي، لا- من موارد التمسك بعموم العام، وهو عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود. وذلك لأنّ هذا العقد لم يكن قبل الانتقال إلى البائع الفضولي واجب الوفاء، لعدم شمول العام له، وبعد الانتقال إليه يشكّ في بقائه، فيستصحب.

فالنّتيجة: أنّ مجرد الانتقال إلى العاقد الفضولي لا يوجب صحة العقد و لزمه عليه.

(5) وهو صحة العقد و وجوب الوفاء به الذي هو مقتضى عموم أوفوا بالعقود فلا يمكن تصحيح هذا العقد بعموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود و الوفاء بالشروط.

(1) الظاهر أنه إشارة إلى: أن المقام من موارد التمسك بالعام المقتضي للحكم بصحة العقد المزبور، لا من موارد التشبث بالخاص الموجب لفساده، وذلك لأنّ الزمان تارة يكون مفرداً للعامّ و مكثراً لأفراده، كأن يقال: «أكرم الفقراء في كلّ يوم» فكل فقير في كلّ يوم فرد من أفراد الفقراء، فإذا خرج «زيد الفقير» عن عموم «أكرم الفقراء» يوم السبت، و شكّ في وجوب إكراهه بعد يوم السبت، يتمسك بعموم «أكرم الفقراء» لأنّه شكّ في تخصيص زائد، و المرجع فيه كالشكّ في أصل التخصيص هو عموم العام، دون استصحاب حكم الخاص، لأنّه مع وجود الدليل لا تصل النوبة إلى الأصل العملي.

و أخرى يكون ظرفاً لاستمرار الحكم، كأن يقول: «أكرم الفقراء دائماً أو مستمراً» فإذا خرج فرد منه في زمان، و شكّ بعد انقضاء ذلك الزمان في حكمه، يستصحب عدم وجوب إكراهه، و هو حكم الخاص، لأنّ ذلك الفقير الخارج فرد واحد قبل خروجه عن حكم العام، و بعد خروجه عنه، و ليس بعد خروجه فرداً آخر حتى يتمسك في حكمه بالعموم القاضي بوجوب إكراهه.

و في المقام نقول: إنّ بيع الفضولي مال الغير لنفسه - و تملكه له بعد البيع و عدم إجازته لبيعه الفضولي - خرج عن استمرار حكم العام، و هو لزوم الوفاء بالعقد، و يشكّ بعد تملكه للمبيع فضولاً في حكمه، فيستصحب حكم الخاص، و هو عدم لزوم الوفاء و بطلان العقد، هذا.

و لكن أمره قدس سرّه بالتأمل لا يبعد أن يكون إشارة إلى كون المقام من التمسك بالعام المقتضي لصحة البيع و لزوم الوفاء به، و ذلك لأنه المقام من قبيل ارتفاع المانع من التمسك بالدليل، نظير «أكرم الفقراء إلاّ فساقهم» و كان أحدهم فاسقاً، و تاب و زال فسقه.

فحينئذ لا مانع لإثبات وجوب إكراهه من التمسك بعموم «أكرم الفقراء إلاّ فساقهم».

و في ما نحن فيه خرج العاقد الفضولي عن عموم «أوفوا بالعقود» لعدم كونه مالكا، فإذا صار مالكا اندرج تحت عموم «أوفوا» فيصح عقده، و يلزم الوفاء به.

و يحتمل أن يكون إشارة إلى عدم جريان الاستصحاب، للشكّ في الموضوع، لأنّ عدم وجوب الوفاء كان ثابتاً للعاقد غير المالك، و بعد انقلابه إلى المالك يشكّ في بقاء الموضوع، لاحتمال دخل عدم المالكية في الموضوع.

أو إشارة إلى: أن عموم «أوفوا» لا يجري إلا بعد الإجازة الموجبة لإضافة العقد إليه، إذ جريانه يتوقف على أمرين:

أحدهما: كون الوفاء بالعقد و نقضه معقولا بالنسبة إلى شخص، إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد على شخص لا يقدر على الوفاء و النقض.

ثانيهما: كون العقد عقدا له.

و الأمر الأول يحصل بالتملك، للتمكن من الوفاء به حينئذ.

لكن الأمر الثاني - وهو إضافة العقد إليه - لا يحصل إلا بالإجازة، إذ ليس المراد بالإضافة مجرد قيام إنشاء العقد به، وإلا كان عقد الوكيل عقدا له لا للموكل. فبناء على هذا لا يكفي مجرد تملك البائع الفضولي في إضافة العقد إليه، بل لا بد في تحقق هذه الإضافة من الإجازة.

فالنتيجة: أن عموم «أوفوا» لا يشمل عقد الفضول لنفسه ثم تملكه لما باعه فضولا إلا بالإجازة. و من المعلوم أنه بعد الإجازة لا معارضة بين عموم «أوفوا» وقاعدة السلطنة، وقاعدة إناطة حلّ الأموال بطيب نفوس أربابها، وغيرهما، لعدم التنافي بين عموم «أوفوا» وبين قاعدة السلطنة ونحوها، بل بينهما كمال الملاءمة.

كما أنه يسقط البحث عن كون المقام من استصحاب حكم الخاص لا التمسك بالعام، لما عرفت من أن العاقد الفضولي قبل الإجازة ليس عاقدا، فهو أجنبي عن موضوع «أوفوا» و خارج عنه تخصّصا لا تخصيصا، فلا يصح أن يقال: إنه عاقد، و بعد تملكه للمبيع الفضولي يصير عاقدا مالكا، فيندرج تحت عموم «أوفوا»، نظير اندراج الفقير الفاسق بعد التوبة و صيرورته عادلا في حيز «أكرم الفقراء غير الفساق أو الفقراء العدل».

فتلخص من جميع ما ذكرناه عدم كفاية تملك العاقد الفضولي - المال الذي باعه لنفسه - في صحة عقده الفضولي، بل صحته منوطة بالإجازة، إذ لا يصير العقد عقدا له إلا بالإجازة.

و لو شك في صحة هذا العقد قبل إجازة العاقد الفضولي، و لم ينهض دليل على صحته و فساده، فيرجع فيه إلى أصالة الفساد.

مضافا (1) إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم، وعدم (2) حلّها لغيرهم إلا عن طيب النفس، وفحوى (3) الحكم المذكور (4) في رواية

و من هنا يظهر الفرق بين التمسك بدليل وجوب الحج على من لم يكن مستطيعا في زمان، و صار كذلك في زمان بعده، و بدليل وجوب «إكرام الفقراء العدول» لوجوب إكرام الفقير الذي لم يكن عادلا، ثم تاب و صار عادلا. و بين التشبث بدليل وجوب الوفاء بالعقود لإثبات صحة عقد الفضول بمجرد تملكه لما باعه فضولا، و عدم إجازته.

وجه الظهور: أنّ الإجازة توجب صيرورة الفضول عاقدا، بخلاف دليلي وجوب الحج و وجوب إكرام الفقير العادل، فإنّ موضوعيتهما للحكم لا تتوقف إلا على وجود العدالة و الاستطاعة، بخلاف عقد الفضول، فإنّ إضافة العقد إليه تتوقف على الإجازة، و لا تحصل بمجرد تملكه للمبيع فضولا.

(1) هذا دليل ثان على بطلان عقد الفضولي إذا باع لنفسه، ثم ملكه و لم يجز. و هذا الدليل هو قاعدة السلطنة، فإنّ لزوم العقد عليه بدون إجازته خلاف قاعدة السلطنة.

(2) معطوف على «عموم سلطنة» و هو دليل ثالث على البطلان، و هو قاعدة عدم حلّ مال أحد لغيره إلا بطيب نفسه، يعني: و مضافا إلى معارضة العموم المذكور بعدم حلّها .. إلخ.

(3) معطوف على «عموم سلطنة» و هذا دليل رابع على البطلان، يعني: و مضافا إلى معارضة العموم المذكور بفحوى الحكم بعدم كفاية مجرد ملكية المال للعائد الفضولي في صحة عقده.

و ملخص هذا الدليل الموافق لفساد عقده الذي يقتضيه استصحاب حكم الخاص - على ما أفاده المصنف قدّس سرّه - هو: أنّ عتق العبد الموجب لملكية نفسه إن لم يكن مؤثرا في صحة العقد بدون الإجازة كما هو المفروض في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في (ص 328)، حيث إنّ سكوت المولى عن نكاح العبد الذي هو إجازة يوجب نفوذ العقد لا عتقه الموجب لملكيته لنفسه، كان تملك المال أولى بعدم التأثير، إذ تملك النفس أقوى من تملك المال في تأثيره في صحة العقد.

(4) و هو عدم صحة عقد النكاح بمجرد عتقه الموجب لصيرورته مالكا لنفسه،

الحسن بن زياد المتقدّمة (1) في نكاح العبد بدون إذن مولاه، وأنّ عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لو لا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الإجازة.

ثمّ (2) لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة، فإنّما هو فيما إذا باع الفضوليّ لنفسه.

أمّا لو باع فضولا للمالك أو لثالث (3)، ثمّ ملك هو (4)، فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكل (5).

و لو باع (6) وكالة عن المالك فبان انعزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم

---

و توقّف صحته على إجازة المولى المتحققة بسكوته.

(1) لكن قد تقدّم هناك ضعف دلالتها على المقصود.

(2) غرضه أنّه لو سلّم كفاية مجرد تملك العاقد الفضولي للمال الذي باعه فضولا في صحة العقد- وعدم توقّفها على الإجازة- يرد عليه: أنّه أخصّ من المدّعي الذي هو كون مجرد تملك العاقد الفضولي كافيا في صحة العقد و مغنيا عن الإجازة، لاختصاصه بما إذا باع الفضولي لنفسه، إذ العاقد الفضولي هو العاقد المالك، فيشمله عموم «أوفوا».

و أمّا إذا باع لغيره من المالك أو الثالث، ثم ملك هذا البائع، فشمول عموم الوفاء بالعقود و الشروط لهذا العقد الذي يكون للمالك أو لثالث مشكل، إذ لا يصدق عليه العاقد و الشارط حتى يشمله عموم دليلي الوفاء بالعقود و الشروط، لأنّ المفروض عدم قصد العاقد الفضولي البيع لنفسه حتى يضاف العقد إليه.

(3) و هو غير المالك و العاقد الفضولي.

(4) أي: البائع الفضولي الذي لم يبع لنفسه، بل باع لغيره، ثم ملك المبيع الذي باعه لغيره.

(5) خبر «فجريان» و وجه أشدّيّة إشكاله- من صورة بيع الفضولي لنفسه- هو:

أنّه فيما إذا قصد البيع لنفسه يصير العاقد مالكا، فيشمله عموم دليلي عموم الوفاء بالعقود و الشروط. بخلاف ما إذا قصد الفضول البيع لغيره، فإنّه لا يصدق «العاقد و الشارط» على البائع الفضولي، فلا يشمله عموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود و الشروط.

(6) لم يظهر وجه ارتباط هذا الفرع بالمقام- كما تبه عليه غير واحد من أجلة

وقوع البيع له (1) بدون الإجازة، و لا معها. نعم يقع للوارث مع إجازته.

### [المسألة الثالثة: لو باع بزعم عدم جواز التصرف، فبان جوازه]

#### إشارة

المسألة الثالثة (2):

ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف.

المحشين «1»- ولذا احتمال بعض كونه من أغلاط النسخة، لكنه في غاية البعد، لوروده في جميع النسخ.

وكيف كان فهذا الفرع يكون من الفضولي المتعارف، لا- من فروع «من باع ثم ملك» و تقريبه: أن يبيع الوكيل مال الموكل بزعم حياته و بقاء الوكالة، فبان بعد البيع موت الموكل قبله، و انعزال الوكيل به عن الوكالة، فيكون هذا البيع فضوليا، لانتقال المال إلى الورثة. فإن أجازوا وقع البيع لهم، و إن ردّوا بطل بيع الوكيل رأسا.

و لا وجه لتوهم وقوع البيع للوكيل أو للموكل، بل يقع للوارث المجيز، لأن مقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك من خرج المعوض عن ملكه، و المفروض عدم تملك الوكيل للمبيع حتى يتملك الثمن بإزائه. وكذا الموكل، لانتقال المال عنه إلى ورثته، فلا يقع البيع له لو أجاز الورثة.

(1) أي: للبائع الفضولي، لما مرّ أنفا. نعم يقع البيع للمالك الفعلي و هو الوارث مع إجازته. هذا تمام الكلام في المسألة الثانية.

المسألة الثالثة: لو باع بزعم عدم جواز التصرف، فبان جوازه

(2) من المسائل التي أفادها في الأمر الثالث من الأمور المتعلقة بمباحث المجيز، حيث قال في (ص 238): «الكلام يقع في مسائل: الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر.. إلخ. الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد، فيجيز المالك الجديد، سواء أ كان هو البائع أم غيره. لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، و هو ما لو باع شيئا ثم ملكه.. إلخ».

(1) كالسيد الطباطبائي و المحقق الإيرواني، فراجع حاشية السيد، ج 1، ص 168 و حاشية المحقق الإيرواني ج 1، ص 138

و عدم (1) جواز التصرف المنكشف خلافة، إمّا لعدم الولاية، فانكشف كونه وليًا، وإمّا لعدم الملك، فانكشف كونه مالكا. وعلى كلّ منهما، فإمّا أن يبيع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع.

و ليعلم أنّ هذه المسألة الثالثة أجنبية عن مسائل عدم كون العاقد جائز التصرف حين العقد، و صيرورته بعد العقد جائز التصرف، فلا ينبغي ذكرها في عداد تلك المسائل، فالوجه المناسب لذكرها في عدادها هو الاعتقاد بعدم جواز التصرف، لا عدم جوازه واقعا.

ولهذه المسألة صور أربع مذكورة في المتن، وقد عدّها صاحب المقابس قدّس سرّه من أقسام العنوان العام الذي أفاده بقوله: «الموضع الخامس و السادس: أن يكون للعقد مجيز واقعا أو بزعم العاقد، و حصلت الإجازة من غيره ممّن انتقل إليه ذلك المال بشراء أو إرث أو ولاية أو نحو ذلك سواء وقع العقد عن الفضولي أو عن المالك، و لذلك ستة أقسام» «1». ثم جعل القسم الأوّل مسألة «من باع ثم ملك» و ذكر أقساما ثمانية أخرى، و المذكور في المتن هو القسم الرابع و الخامس و السادس و السابع.

و كيف كان فما صنعه المصنف من جعل العنوان الجامع بين الصور الأربع «ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف» أولى مما صنعه صاحب المقابس، إذ ليس في بعضها انتقال المال أصلا، كما لا يخفى.

(1) مبتدء، خبره «إمّا لعدم» يعني: و عدم جواز التصرف الذي اعتقده البائع و انكشف خلافة- و ظهر كونه جائز التصرف- ينشأ تارة عن عدم الولاية، فانكشف كونه وليًا، و اخرى عن عدم الملك، فانكشف كونه مالكا. و على كلّ منهما إمّا أن يبيع البائع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع.

(1) راجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 35 و 38-40

ص: 347

## [الصورة الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع]

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه (1) ولياً (2) على البيع، فلا- ينبغي الإشكال (3) في اللزوم [1] حتى على القول ببطلان الفضولي (4). لكن (5) الظاهر من

---

1- لو باع عن المالك، فانكشف كونه ولياً

(1) أي: كون البائع الذي باع عن المالك ولياً على البيع.

(2) المراد بالولي هنا من ليس مالكا، ولكن له ولاية أمر البيع، للولاية الشرعية كالأب والجدّ والفقير الجامع للشرائط، أو للإذن من طرف المالك كالعبد والوكيل.

فلجواز التصرف واقعا وجوه ثلاثة: الملك والولاية والإذن.

(3) وجه عدم الإشكال هو: كون العاقد على الفرض ولياً واقعا، وليس فضولياً، فصدر العقد من أهله في محله، فالمقام خارج موضوعاً عن الفضولي، فلو فرض بطلان عقد الفضولي من أصله لم يكن قادحاً في صحة العقد هنا.

والحاصل: أنّ أدلة الصحة من العمومات كـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَتِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» وغيرهما تشملها بعد وضوح ما تقتضيه أدلة الولاية والوكالة من نفوذ تصرفات الولي والوكيل.

(4) لما عرفت من خروجه موضوعاً عن باب الفضولي.

(5) استدراك على قوله: «فلا ينبغي الإشكال» ومحصل الاستدراك: أنّ مجرد إذن السيد لعبده في التجارة بدون علمه- ولا علم غيره بإذن السيد- لا يصدق عليه الإذن،

---

[1] وإن لم يكن هذا الفرض من الفضولي، لصدور العقد من وليّ أمره. إلا أنّ منصرف أدلة نفوذ ولاية الأب والجدّ وغيرهما من الأولياء غير من يكون تصرفه باعتقاد أنّه غير ولي، كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه «1». وهو غير بعيد.

إلا أن يدعى كون الانصراف بدوياً. فإطلاق أدلة الولاية محكّم، ويندفع احتمال التقييد بصورة الالتفات إلى الولاية. فليس حينئذ لما عن القاضي قدّس سرّه وجه ظاهر، إلا بناء على ما سنذكره في التعليقة اللاحقة.





المحكي عن القاضي (1) «أنه إذا أذن السيد لعبده في التجارة، فباع واشترى، وهو لا يعلم بإذن سيده، ولا علم به أحد، لم يكن (2) مأذونا له في التجارة (3) [1]

---

فلا يترتب آثار الصحة على ما فعله، خلافا لما أفاده المصنف قدس سره من أنه لا ينبغي الإشكال في لزوم.

(1) هو الشيخ أبو القاسم عبد العزيز بن نحرير بن عبد العزيز بن البراج الطرابلسي الشامي، وكان من تلامذة الشيخ، وصار خليفته في البلاد الشامية، نور الله تعالى مرقده «1».

(2) جواب «إذا»، واسم «يكن» هو الضمير المستتر الراجع الى العبد.

(3) ظهور هذه الجملة في اعتبار العلم في صدق الإذن مما لا ينكر.

---

[1] ظاهر عبارته- كما في المقابس- التشكيك في صدق الإذن على الرضا بدون اطلاع أحد من المأذون له وغيره من المتعاملين وغيرهما عليه. وهذه مناقشة صغروية، فمع فرض صدق الإذن على الرضا الباطني لا يرد إشكال على صحة بيع المأذون من المالك مع عدم اطلاعه على إذنه للبايع.

والحاصل: أن نظر القاضي ظاهرا إلى أن الرضا الباطني غير المبرز ليس إذنا حتى يخرج بيع العبد المأذون في التجارة- غير المطلع على إذن المولى في التجارة- عن البيع الفضولي. وهذا الذي أفاده القاضي قدس سره غير بعيد، لأن الإذن هو الإعلام. ومنه قوله تعالى:

«فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» أي: فاعلموا بالحرب، واستعماله في إبراز الرخصة والرضا شائع.

وعليه فلا يصدق الإذن إلا على إبراز الرضا بمحضر شخص أو جماعة، والمستفاد من مجموع عبارة القاضي أن نفوذ بيع العبد وشرائه منوط بالإذن المبرز من السيد، سواء أكان مبرزاً لنفس العبد أم لغيره، هذا.

ويحتمل أن يريد القاضي اعتبار إنشاء الإذن، وعدم كفاية الرضا الباطني. لا أن يريد

---

(1) لاحظ ترجمته مبسوطا في رياض العلماء، ج 3، ص 141-145. ومختصرا في أمل الآمل، ج 1، ص 152، وطبقات أعلام الشيعة، ج 2، ص 107.

و لا يجوز (1) شيء مّمّا فعله. فإن علم بعد ذلك (2) واشترى و باع جاز ما فعله بعد العلم بالإذن، و لم يجز ما فعله قبل ذلك (3)، فإن (4) أمر السيّد قوما أن يبايعوا العبد- و العبد لا يعلم بإذنه له- كان (5) يبيعه و شراؤه منهم جائزا، و جرى ذلك (6) مجرى الإذن الظاهر. فإن اشترى العبد بعد ذلك (7) من غيرهم و باع (8)

---

(1) الأولى اقتترانه بالفاء، لأنه بمنزلة نتيجة عدم الإذن.

(2) أي: بعد إذن السيد له. غرضه أن تصرفات العبد من البيع و الشراء لا تصح إلا بعلمه بإذن السيد له فيها، و لا يكفي الإذن الواقعي بدون علم العبد به، فإذا علم بالإذن صحّت تصرفاته المعاملية، و إلا فلا تصح.

(3) أي: قبل علم العبد بإذن سيده.

(4) هذا متفرع على قوله: «و لا علم به أحد» توضيحه: أن القاضي رحمه الله جعل عدم الإذن مساوقا لعدم إبرازه، فإذا ابرز للعبد أو لغيره- و إن لم يعلم به العبد- جاز بيعه و شراؤه.

وقوله: «فإن أمر السيد قوما أن يبايعوا العبد .. إلخ» بيان للفرض الثاني الذي أشار إليه بقوله: «و لا علم به أحد» و حاصله: كفاية بروز الإذن لغير العبد في نفوذ تصرفاته، و عدم لزوم بروزه لنفس العبد.

(5) جواب «فإن أمر» و «الواو» في «و العبد لا يعلم» حالّة.

(6) أي: أمر السيد قوما أن يبايعوا عبده، فإنه بمنزلة الإذن الظاهر لنفس العبد.

(7) أي: بعد أمر السيد قوما أن يبايعوا عبده.

(8) عبارة القاضي المنقولة في المقابس عن المختلف هكذا «كان ذلك جائزا».

---

اعتبار علم البائع بإذن المالك. و يشهد له حكم القاضي بصحة بيع العبد مع جهله بإذن المولى فيما إذا أذن المولى لقوم في أن يبايعوه، فإنّ الحكم بصحة العقد إذا جهل العبد بإذن المولى مع أمره لقوم في أن يبايعوه شاهد على اعتبار إنشاء الإذن، لا على اعتبار علم العبد بإذن السيّد، فتأمل. و لازم ذلك صحة عقد العبد إذا أذن له المولى، ثم نسيه حال العقد.

جاز (1) « انتهى »1.

وعن المختلف الإيراد عليه (2) بأنه لو أذن الولي ولا يعلم العبد ثم باع العبد صح (3)، لأنه صادف الإذن، ولا يؤثر فيه (4) إعلام المولى بعض المتعاملين «2»، انتهى. وهو (5) حسن.

---

(1) إن استفيد عموم الإذن لغير ذلك القوم، وإلا اختص الجواز بهم، ولا يجوز التعدي عنهم.

(2) أي: على ما أفاده القاضي قدس سره من عدم كفاية إذن السيد لعبده في التجارة إذا لم يعلم العبد بالإذن. و محصل الإيراد هو: أنّ القاضي اعترف بصحة عقد العبد مع جهله بإذن المولى في صورة إعلام المولى بعض المتعاملين. وهذا شاهد على كفاية الإذن واقعا في صحة عقد العبد، وكفاية مصادفة الإذن في صحته، وعدم اعتبار علم العبد بإذن السيد في صحته.

(3) جواب «لو أذن» و الضمير الفاعل، وكذا ضمير «لأنه» راجعان إلى البيع.

(4) يعني: لا يؤثر في نفوذ العقد و صحته إعلام المولى بعض المتعاملين، بل المؤثر في صحته هو مصادفة عقد العبد للإذن واقعا، وليس الإعلام إلا طريقا للرضا الباطني، من دون أن يكون له جهة موضوعية أصلا.

لكن قد عرفت احتمال تقوم الإذن بالإعلام، فالإعلام دخيل في صدق الإذن ولو بإعلام غير العبد.

(5) يعني: وإيراد العلامة حسن، و حسنه مبني على كفاية الإذن الواقعي. و اعتراف القاضي قدس سره بصحة عقد البيع مع جهله بالإذن- في صورة أمر السيد قوما بأن يبيعوا العبد- يدل على كفاية الإذن واقعا، وإن لم يعمل العبد به [1].

---

[1] أقول: بل يدل على اعتبار إبراز الإذن، و عدم كفاية وجوده الواقعي.

نعم يدل على عدم اعتبار علم الولي بالإذن، و كفاية علم غيره به في نفوذ تصرفات

---

(1) الحاكي لكلام القاضي المنقول في المتن هو صاحب المقابس، ص 38 (كتاب البيع). و حكاها العلامة عنه في المختلف ج 5، ص

435

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 437، و الحاكي لكلام العلامة هو صاحب المقابس، في كتاب البيع، ص 38

ص: 351

الثانية (1): أن يبيع لنفسه، فانكشف كونه وليًا [1]، فالظاهر أيضا صحة العقد، لما عرفت (2) من أن قصد بيع مال الغير لنفسه

2- لو باع لنفسه فانكشف كونه وليًا

(1) أي: الصورة الثانية من الصور الأربع- المشار إليها في (ص 347) في المسألة الثالثة- هي: أن يبيع البائع لنفسه، فانكشف كونه وليًا. و الظاهر صحة العقد كالصورة السابقة، وفاقا لصاحب المقابس قدس سره، حيث قال في القسم السادس: «أن يبيع أو يشتري لنفسه، ثم ينكشف كونه وليًا أو وكيلًا على المال عند العقد. و حكمه يعرف ممّا سبق» يعني مما سبق في القسم الخامس من الحكم بالصحة، فراجع (1).

(2) يعني: في المسألة الثالثة من المسائل الثلاث المعقودة لبيان أقسام الفضولي، حيث

الولي. ولعلّه لإطلاق أدلة الولاية. و اعتبار العلم بالاذن يكون بنحو الموضوعية، لما مرّ من عدم صدق الإذن لغة على غير الإذن المبرز. لكنه أخذ موضوعا بنحو الطريقية لا بنحو الصفية، و لذا يقوم سائر الطرق كالبيئة مقامه، فإذا شهدت البيئة بأن زيدا أذن لابنه في بيع أمواله، و لم يعلم الابن بهذا الإذن، فباع أمواله، صحّ البيع.

و لو شكّ في اعتبار علم الولي بإذن المولّى عليه في نفوذ تصرفاته، كان مقتضى إطلاق أدلة الولاية عدم اعتباره، لأنّ مرجع هذا الشك إلى الشك في تقييد إطلاق أدلة الولاية، و المرجع حينئذ إطلاقها.

[1] الظاهر عدم الفرق في الحكم بين الولي الخاص كالأب و الجد، و بين الولي العام كالفقيه الجامع للشرائط و عدول المؤمنين، لأنّه مقتضى إطلاق أدلة الولاية. فما عن بعض المحققين من «جعل الأشبه في الولي الخاص لزوم البيع و عدم توقفه على الإجازة، و جعل الأحوط في الولي العام اعتبارها» لم يظهر له وجه. و لعل نظره إلى انصراف الولي إلى الولي الخاص، و لا بدّ من التأمل.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 38

ص: 352

لا ينفع (1) ولا- يقدرح. وفي توقّفه على إجازته (2) للمولّي عليه وجه، لأنّ (3) قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل (4).

قال في بعض كلامه: «فعلّم من ذلك أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردّد الأمر بين المحذورين المذكورين» (1). فراجع.

(1) خبر «أنّ قصد» يعني: لا ينفع في صيرورة البيع للعاقّد، لكونه خلاف مقتضى المعاوضة. ولا يقدرح في صيرورته للغير وهو المالك، لأنّ الأمر يرجع إلى حيثية المالكية المأخوذة جهة تقييدية، فلا محالة يصير البيع للمالك، ويحتاج إلى إجازته في غير ما نحن فيه. وأمّا فيه فلا يحتاج إلى الإجازة، لأنّها إنّما لتحقيق الانتساب، أو لحصول الرضا.

و كلاهما هنا حاصل، إذ المباشر هو الولي، و الرضا المعتبر هو رضاه أيضا.

(2) أي: في توقف نفوذ العقد على إجازة العاقّد. غرضه: أنّ نفوذ العقد و لزومه هل يتوقف على إجازة العاقّد هذا العقد للمولّي عليه؟ أم أنّ العقد بمجرد تحققه نافذ و لا يناط نفوذه بشي ء.

(3) هذا بيان وجه التوقف على الإجازة، و محصله: أنّ قصد البائع كون العقد لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، و هو كون العقد للمولّي عليه، و صيرورته عقدا له موقوفة على الإجازة، و إلغاء كونه لنفسه.

(4) لعله إشارة إلى: أنّه بعد لغوية قصد كونه لنفسه شرعا و عدم نفعه و قدحه لا يبقى في المقام إلّا وقوعه موقوفا على الوجه المأذون من الشارع، و هو كون التصرف في مال المولّي عليه مقرونا بمصلحته، أو بعدم المفسدة. فإن كان هذا الشرط موجودا فلا وجه للإجازة، إذ الفرض وجود الشرط، و إلّا فلا تجدي الإجازة، لعدم وقوعها في محلّها الذي هو البيع المقرون بالمصلحة أو عدم المفسدة.

أو إشارة إلى ما قيل: من التنافي بين الصدر و الذيل، إذ مقتضى الصدر لغوية «لنفسه»، و مقتضى الذيل - وهو وقوع العقد على غير الوجه المأذون- قيديته الموجبة لبطلان العقد، و عدم صحته بالإجازة. و مقتضى الصدر صحته بدون الإجازة.

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 573

ص: 353

الثالثة (1): أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

وبالجملة: فالعقد إما صحيح بدون الإجازة، وإما باطل لا يصح بالإجازة، هذا.

أقول: يمكن دفع التنافي بين الصدر والذيل بأن المراد بالصدر لغوية «لنفسه» بمعنى عدم تأثيره في صحة العقد وفساده، وذلك لا يمنع من اعتبار ما جعل شرطاً في صحة العقد، فإن الأحكام الحثية كذلك. فالعقد من ناحية ذكر «لنفسه» لا مانع من صحته.

ولكنه لا يمنع عن لزوم مراعاة ما جعل شرطاً في صحة العقد، كجعل البيع للموئى عليه.

والحاصل: أن كل شرط يحفظ المشروط من قبله لا مطلقاً، فالعقد ليس فاسداً من ناحية ذكر «لنفسه» ولكنه لا ينفي شرطية غيره، كوقوعه على الوجه المأذون، وهو وقوعه للموئى عليه في مورد وجود المصلحة أو عدم المفسدة. فإذا كان البيع على الوجه المأذون فهو صحيح، وإلا فلا.

وعليه فلا منافاة بين الصدر والذيل، إذ مقتضى الصدر عدم بطلان العقد من ناحية «لنفسه» لا عدم بطلانه مطلقاً، فيمكن أن يكون لصحة العقد شرط يلزم مراعاته.

ومقتضى الذيل اعتبار الوجه المأذون في الصحة.

وهذا نظير صحة الصلاة في اللباس المشكوك فيه، فإن صحتها من ناحية اللباس المشكوك فيه لا تثبت صحتها من ناحية الشك في الطهارة.

وإن شئت فقل: إن قيد «لنفسه» لا يقدح في صحة العقد، لكنه يوجب انصرافه عن الموئى عليه بحيث لا يكون مضافاً إليه، ولا يعدّ عقداً له، وإضافته إليه منوطة بإجازة وليّ العقد، وهو نفس العاقد. فلا يدور الأمر بين البطلان رأساً والصحة فعلاً من دون حاجة إلى الإجازة، كما أفاده القائل بالتنافي بين الصدر والذيل.

3- لو باع عن المالك، فانكشف كونه مالكا

(1) أي: الصورة الثالثة من الصور الأربع المشار إليها في (ص 347) هي: «أن يبيع البائع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا» وهو القسم السابع في كلام صاحب المقابس قدس سره لقوله: «السابع: أن يبيع أو يشتري عن المالك بزعمه، ثم ينكشف كون المال له. وقد فرضه الأصحاب في من باع مال أبيه بظن الحياة وأنه فضولي، فبان موته وأنه مالك.

وذكر جماعة منهم فروضاً أخرى أيضاً من هذا القسم. وحكم العلامة في التذكرة بصحة

وقد مثّل له الأكثر (1) بما لو باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميّتا.

و المشهور الصّحة (2)، بل ربما استفيد (3) من كلام العلامة في القواعد

---

العقد .. «1».

(1) قيل: إنّه لم يظهر تمثيل الأكثر- لهذه الصورة- بخصوص المثال المذكور في المتن، وإنّما ذكر هذا الفرع في كلام العلامة في القواعد، حيث قال: «و لو باع مال أبيه بظنّ الحياة، وأنّه فضولي، فبان ميّتا، وأنّ المبيع ملكه، فالوجه الصّحة» (2).

و الأمر كما ذكره القائل، لتصريح صاحب المقابس في كلامه المتقدم بوجود أمثلة أخرى، حيث قال: «و ذكر جماعة منهم فروضا آخر لهذا القسم» فلاحظ.

فمنها: قول العلامة: «و كذا لو باع العبد على أنه أبق أو مكاتب، فصادف رجوعه أو فسخ الكتابة. و كذا لو زوج أمة أبيه على ظنّ أنّه حي، فبان ميّتا» (3).

و منها: ما أفاده في هبة القواعد بقوله: «و إذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة، و صحّ لا معه، على رأي. و لو كانت فاسدة صحّ إجماعا. و لو باع مال مورّثه معتقدا بقاءه، أو أوصى بمن أعتقه، و ظهر بطلان عتقه فكذلك» (4).

و منها: ما نقله السيد العاملي عن المحقق الكركي قدّس سرّهما من قوله: «و مثله ما لو باع فضوليا، ثم بان شراء وكيله إيّاه» (5).

و لعلّ المتتبع في كلمات الأصحاب يقف على فروع آخر لهذه الصورة الثالثة.

(2) كما ادّعاه الفاضل الخراساني أيضا قدّس سرّه على ما حكاه صاحب المقابس عنه، فراجع (6).

(3) كذا في المقابس أيضا، لقوله: «و ربما استفاد منهما- أي: من القواعد و الإرشاد-

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 38

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19

(3) نهاية الأحكام، ج 2، ص 477

(4) قواعد الأحكام، ج 2، ص 409، إرشاد الأذهان، ج 1، ص 450

(5) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 195 و 196، جامع المقاصد، ج 4، ص 76



(6) مقابس الأنوار، ص 38، كفاية الأحكام، ص 145، السطر 9

ص: 355

و الإرشاد في باب الهبة الإجماع، و لم نعثر على مخالف صريح، إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: «أنه لو قيل بالبطلان أمكن» (1).

وقد سبقه في احتمال ذلك (1) العلامة و ولده في النهاية و الإيضاح «لأنه (2) إنما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه (3). و لأنه (4) و إن كان منجزاً في الصورة، إلا أنه

---

- دعوى الإجماع عليه» (2). و لعلّ المستفيد هو السيد العاملي قدّس سرّه، لقوله: «و في هبة الكتاب- أي القواعد- جزم بالصحة، و قد يلوح منه هناك أنها محلّ إجماع، فليرجع إليه» (3).

لكنك عرفت صراحة عبارة القواعد في الإجماع، و لعلّ كلمة «إجماعاً» ساقطة من بعض نسخ القواعد.

(1) أي: احتمال البطلان في هذه الصورة الثالثة. و استدلل للبطلان بوجوه ثلاثة، جمعتها مذكورة في الإيضاح، و الأخيران مذكوران في النهاية، و المنقول في المتن عبارة الإيضاح، فراجع.

(2) هذا أوّل تلك الوجوه الثلاثة، و محصّ له: أنّ العاقد إنّما قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه، فمن قصد البيع له لا يمكن أن يقع له البيع، لعدم كونه مالكا، و من يمكن أن يقع البيع له- لكونه مالكا- لم يقصد له البيع.

و الحاصل: أنّه يلزم تخلف العقد عن القصد.

(3) أي: لا عن العاقد الفضولي الذي هو ولد المالك.

(4) هذا ثاني تلك الوجوه الثلاثة، و حاصله: أنّ هذا العقد فاقد لشرط التنجيز و إن كان منجزاً بصورة، لكنه معلّق واقعا، إذ تقدير قول الفضولي: «بعتك» هو «إن مات مورّثي فقد بعتك» و التعليق مبطل العقد.

---

(1) القواعد و الفوائد، ج 2، ص 238، ذيل القاعدة: 238

(2) مقابس الأنوار، ص 38

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 195

ص: 356

معلّق، و التقدیر: إن مات مورّثي فقد بعثك. و لأنّه (1) كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده (2) أنّ المبيع لغيره» (1) انتهى.

أقول (3): أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح [1] في وقوعه، لأنّه (4) إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّهُ مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنّما قصد النقل

(1) هذا ثالث تلك الوجوه الثلاثة، و حاصله: أنّ هذا العاقد الفضوليّ كالعابث في عدم إرادة القصد الجدي بالصيغة، إذ لا يتمشّي هذا القصد مع اعتقاده كون المبيع لغيره.

(2) تعليل لكون البائع كالعابث، فإنّه مع هذا الاعتقاد كيف يتمشّي منه القصد الجديّ؟

(3) هذا كلام المصنف قدّس سرّه، و هو إشكال على الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة التي أقيمت على البطلان، و محصّل الإشكال: أنّ قصد الأب لم يتعلّق بخصوص شخصه، بل تعلّق به من حيث كونه مالكا. فالبايع قصد البيع لمالك المبيع بحيث يشمل نفسه، غاية الأمر أنّه اشتبه في تطبيق عنوان «المالك» على أبيه. فعلى هذا يقصد البائع البيع للمالك لا لغيره، فلا يرد عليه: أنّ ما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد.

(4) تعليل لقوله: «فلا يقدح» و حاصله- كما مرّ آنفا- أنّ قصد النقل عن الأب ليس قصدا له لشخصه، بل لكونه مالكا، فالقصد تعلّق بعنوان المالك الذي هو جهة تقييدية.

[1] عدم القدح مبنيّ على كون المالكية هنا جهة تقييدية. و ليس الأمر كذلك، لأنّ الظن بالحياة- المراد به العلم بالحياة كما عبّر به العلامة في هبة القواعد باعتقاد الحياة، و كذا صرّح المصنف قدّس سرّه فيما يأتي من قوله: «فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبني على دعوى...»- يلائم قصد النقل عن شخص الأب، لا عنوان كلّّي المالك، فحيثية المالكية هنا تعليلية، لا تقييدية. فأيراد فخر المحققين قدّس سرّه «بأنّه يلزم وقوع ما لم يقصد، و عدم وقوع ما قصد» و لا يندفع بما أفاده المصنف.

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 420، نهاية الأحكام، ج 2، ص 477

ص: 357

عن المالك [1] لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه. وقد تقدّم (1) توضيح ذلك (2) في عكس المسألة أي: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه (3).

نعم (4) من أبطل عقد الفضوليّ لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد، قوي (5) البطلان عنده

---

(1) أشرنا إلى كلامه المتقدم- في ثلاثة مسائل بيع الفضولي- في (ص 353) فراجع.

(2) أي: كون الخطأ في اعتقاد انطباق عنوان المالك- الذي هو حيثية تقييدية- على أبيه.

(3) أي: ملك البائع، كما إذا اعتقد زيد مثلاً بأنّ المتاع الفلاني ملكه، فباعه، ثم تبين أنّه ملك عمرو، فإنّهم قد وجّهوا صحة البيع هناك بأنّ البائع قصد البيع للمالك، غاية الأمر أنّه أخطأ في تطبيق طبيعيّ المالك على نفسه. وهذا لا يقدر في صحة البيع.

(4) استدراك على ما أفاده في هذه الصورة الثالثة من صحة بيع الفضولي مال الغير عن المالك، و حاصل الاستدراك: أنّ من استند في بطلان عقد الفضوليّ إلى فوات مقارنة طيب نفس المالك للعقد، فلا بدّ من التزامه بالبطلان هنا، لفوات مقارنه الطيب فيه، لأنّ العاقد من حيث أنّه مالك فاقد للطيب المالكي حين العقد، وإنّما تطيب نفسه بنقل مال غيره حينه. و طيب نفسه ببيع ماله بعد الانكشاف ليس طيباً مالكيّاً مقارناً للعقد.

(5) جواب «من أبطل» المتضمّن معنى الشرط.

---

[1] بل قصد النقل عن شخص أبيه، لا النقل من طبيعيّ المالك بجعله حيثية تقييدية، و كون أبيه من مصاديقه، إذ إرادة طبيعيّ المالك و إطلاقه- بحيث يعمّ كلّاً من العاقد و أبيه مع العلم بحيات أبيه- في حكم التعليق، لأنّ مرجع هذا الإطلاق إلى وقوع البيع عنه على تقدير موت والده، و عن والده على تقدير حياته. وهذا عبث ينافي القصد الجدّي في مقام المعاملة. فالمناسب هنا كون حيثية المالكية جهة تعليلية كما مرّ في التعليقة السابقة.

هنا (1) [1]، لعدم طيب نفس المالك بخروج مالكة عن ملكه (2)، ولذا (3) [2] نقول نحن كما سيجيء (4) باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

وأما ما ذكره من «أنه (5) في معنى التعليق» ففيه (6): مع مخالفته لمقتضى الدليل

---

(1) أي: في هذه الصورة الثالثة المتقدمة في (ص 354).

(2) لأنّ العاقد حين العقد لم تطب نفسه بنقل ماله، بل طابت حينه بنقل مال غيره.

(3) أي: ولعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه مقارنة للعقد.

(4) عند قوله في (ص 364): «لكن الأقوى وفاقا للمحقق والشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة».

فالنتيجة: أنّ جواب الدليل الأول هو: أنّ قصد وقوع البيع عن الأب لا يضرّ بوقوعه، لأنّ قصد الأب يكون لأجل اعتقاد الابن بكون الأب مالكا، فهو قصد البيع عن مالكة، لكنه أخطأ في تطبيق المالك على أبيه، وهذا لا يقدح في وقوع البيع.

(5) أي: أنّ عقد البائع. وهذا إشارة إلى ثاني أدلة العلامة والفخر، وهو كون هذا العقد معلقا واقعا وإن كان منجزا بصورة، لأنّه معلق على موت أبيه حتى يقع البيع له.

(6) هذا ردّ الدليل الثاني، وقد ردّه المصنف قدّس سرّه بوجهين:

أحدهما: أنّ هذا الدليل الثاني مخالف لمقتضى الدليل الأول، لأنّ مقتضاه هو البيع عن أبيه منجزا، لاعتقاد حياته، وكون المال مال أبيه. و مقتضى الدليل الثاني هو البيع عن

---

[1] فإن مقتضاه بطلان عقد الفضولي في جميع الموارد، لفقدان مقارنة طيب نفس المالك للعقد في جميع العقود الفضولية. وغير الفضولي ممّا يحتاج إلى الإجازة وإن لم يكن من العقد الفضولي موضوعا، حيث إنّ العاقد هو المالك. إلا أنّ ملاك الحاجة إلى الإجازة- وهو طيب النفس- موجود في مثل المقام، فالمحجوج إلى الإجازة فيه هو اعتبار طيب نفس المالك.

[2] تعليل بطلان الفضولي بعدم مقارنة طيب نفس المالك للعقد لا يصح لأن يكون سببا لشرطية إجازة المالك لصحة العقد مع تأخرها عنه وعدم مقارنتها له، بل لا بدّ أن تكون شرطيتها مستندة إلى دليل آخر، ولا بدّ من التأمل في فهم مراد المصنف من العبارة.

الأول (1) كما لا يخفى - منع (2) كونه في معنى التعليق، لأنّه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو (3) ظاهر هذا الدليل، فهو (4) إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في (5) علمه، فبيعه (6) كبيع الغاصب مبنيّ على دعوى السلطنة والاستقلال على المال، لا على تعليق النقل بكونه (7) منتقلا إليه بالإرث عن [من] مورثه (8)، لأنّ ذلك (9) لا يجامع مع ظنّ الحياة.

نفسه معلّقاً على موت أبيه. و من المعلوم تخالفهما من حيث التنجيز والتعليق، و من مغايرة من له البيع في الدليل الأوّل والثاني.

(1) و هو قوله في (ص 356): «لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب» وقوله: «مع مخالفته» إشارة إلى الوجه الأوّل من وجهي ردّ المصنف.

(2) مبتدء مؤخّر، و خبره المقدمّ قوله: «ففيه». و هذا ثاني وجهي الرد، و حاصله:

منع التعليق حتى فيما إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه مع علمه بكونه مال أبيه - فضلاً عما نحن فيه من بيعه لأبيه مع تبين كون المبيع ملكه - فإنّ البيع لنفسه مع العلم بأنّه ليس ملكاً له كالغاصب مبنيّ على دعوى سلطنته و استقلاله على ذلك المال، و ليس مبنيّاً على التعليق.

(3) يعني: كما أنّ فرض بيع مال أبيه لنفسه ظاهر هذا الدليل.

(4) جواب قوله: «إذا فرض».

(5) متعلق ب «كونه» يعني: مع وصف اعتقاد البائع بأنّ المال ملك أبيه.

(6) يعني: فبيع البائع - مع علمه بكون المبيع ملكاً لأبيه - ليس مبنيّاً على تعليق النقل بانتقاله إليه بالإرث، بل هو كبيع الغاصب مبنيّ على دعوى الاستقلال على المال، و ذلك لأنّ التعليق لا يلائم ظنّ الحياة، إذ المراد بالظنّ هو العلم كما فهمه المصنف قدّس سرّه حيث قال: «مع وصف كونه لأبيه في علمه» و من المعلوم أنّ التعليق مبنيّ على الاحتمال المضادّ للقطع.

(7) متعلق ب «تعليق» و الضمير راجع الى المال.

(8) هذا الضمير و ضمير «إليه» راجعان إلى البائع المفروض كونه ولد المالك.

(9) أي: لأنّ التعليق، و قوله: «لأنّ» تعليل لعدم تعليق النقل، و قد اتّضح بقولنا:

اللهم (1) إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، وبدونه (2) فالقصد صوري، على ما تقدّم (3) من المسالك من «أنّ الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» (1).

لكن فيه (4) حينئذ (5) أنّ هذا القصد الصوري كاف، ولذا (6) قلنا بصحة عقد الفضولي.

---

«وذلك لأنّ التعليق لا يلائم ظنّ الحياة .. إلخ».

(1) هذا استدراك على ما أفاده من الصحة، وغرضه إثبات بطلان العقد في هذه الصورة الثالثة بكونه معلقاً لا منجزاً، بدعوى: أنّ مركز التعليق هو النقل الحقيقي الذي هو معنى الاسم المصدري، لا النقل الإنشائي، فالتنجيز صوريّ والتعليق حقيقي، فإنّ قصد النقل الحقيقي معلق على تملك الناقل، فقصد النقل بدونه صوري، والقصد الصوري ليس موضوعاً للأثر.

(2) أي: وبدون التعليق على تملك الناقل فالقصد إلى النقل صوري.

(3) من قوله: «ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أنّ المكره والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» فراجع ما أفاده المصنف قدس سرّه في بيع المكره.

(4) أي: في قوله: «اللهم إلا أن يراد» الدال على تعليق النقل.

(5) أي: حين كون التعليق متعلقاً بالقصد الحقيقي إلى النقل، دون القصد الصوري.

و محصل ما أفاده في ردّ الاستدراك هو: أنّ المدار في قرح التعليق في صحة العقد هو تعليق القصد الصوري دون القصد الحقيقي. ولو كان تعليق القصد الحقيقي قادحاً في الصحة لم يكن لصحة عقد الفضولي وجه، لأنّ القصد الحقيقي في جميع العقود الفضوليّة معلق على رضا من له السلطنة على إجازة العقد وردّه. فصحة عقد الفضوليّ تكشف عن عدم قرح تعليق القصد الحقيقي في صحته، وكفاية تنجز القصد الصوري في صحته التأهيلية.

(6) يعني: ولأجل كفاية القصد الصوري في صحة العقد قلنا بصحة عقد الفضولي.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 156، و تقدم كلامه في الجزء الرابع من هذا الشرح، فراجع ص 101 و 166

ص: 361

و من ذلك (1) يظهر ضعف ما ذكره أخيراً (2) من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللاً (3) بعلمه بكون المبيع لغيره.

و كيف كان (4) فلا ينبغي الإشكال في صحّة العقد (5).

إلا (6) أنّ ظاهر المحكيّ من غير واحد

(1) أي: و ممّا ذكرناه في ردّ ثاني أدلّة العلامّة و الفخر قدّس سرّهما من كفاية القصد الصوري في صحة العقد- يظهر ضعف الدليل الثالث، و هو: كون العاقد كالعابث عند إنشاء العقد، معللاً بكون المبيع لغيره. وجه الظهور: أنّ كفاية تنجّز القصد الصوري في صحة العقد تخرج العاقد عن كونه عابثاً.

(2) في (ص 357) من قوله: «ولأنّه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده .. إلخ».

(3) حال من فاعل «ذكره» و هو العلامّة قدّس سرّه، و ضمير «بعلمه» راجع إلى العاقد.

(4) مقتضى السياق أن يراد بهذه الكلمة: أنّه سواء تمّ ما أفاده العلامّة و فخر الدين من وجوه المنع أم لا. و لكن هذا غير مراد قطعاً، بقريّة نفي الاشكال في صحة العقد و عدم فساده، سواء قيل بتوقفه على الإجازة أم لا.

فلا- بدّ أن يكون مراده من قوله: «و كيف كان» أمراً آخر، بأن يقال: سواء اكتفينا- في ردّ الوجوه الثلاثة المحكية عن الإيضاح- بما ذكر، أم نوقش فيها بوجه آخر، فعلى كلّ لا ينبغي الإشكال في عدم فساد العقد في الصورة الثالثة، و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

(5) أي: في الصورة الثالثة، و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

(6) الأولى إبدال العبارة بأن يقال: «في صحة العقد تأهلاً، بل عن ظاهر المحكي عن غير واحد لزوم العقد، و عدم الحاجة إلى الإجازة ..» إذ الغرض بيان صحة العقد تأهلاً و فعلاً كما هو ظاهر المحكي عن غير واحد، فإنّ الصحّة ظاهرة في الصحة المطلقة التأهلية و الفعلية، و الاستثناء إخراج عن شيء. و من المعلوم أنّ ما بعد «إلا» الاستثنائية هنا لم يخرج عن الصحة، بل أيّدها و ثبتتها، حيث إنّ المحكي عن غير واحد صحّة العقد مطلقاً أي تأهلاً و فعلاً، و لم تخرج الصحة الفعلية عن الصحة المطلقة حتى يصح استثنائها كما لا يخفى.



لزوم العقد (1)، وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأنّ (2) [1] المالك هو المباشر

و الحاكي للصحة- من دون حاجة إلى الإجازة- هو المحقق صاحب المقابس قدّس سرّه، فإنّه بعد حكاية الصحة عن جملة من كتب العلامة قال: «و هذا هو قول المحقق في الشرائع، و ظاهر الشهيد في الدروس. و ظاهر هؤلاء: أنّه يلزم حين وقوعه، و لا يفتقر إلى إجازة من المباشر. و بذلك فسّر كلام العلامة في الإيضاح و جامع المقاصد» (1).

(1) أي: في الصورة الثالثة المذكورة في (ص 354) وهي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

(2) تعليل للزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، وقد علّل ذلك بوجهين:

أحدهما: أنّ فائدة الإجازة- وهي ارتباط العقد بالمجيز، و صيرورة عقد الفضول عقده- حاصلة هنا، إذ المفروض أنّ المالك بنفسه أنشأ العقد، و لا معنى لإجازة فعل نفسه، لكونها من تحصيل الحاصل.

ثانيهما: أنّ قصد العاقد- الذي هو المالك واقعا- إلى نقل المال المعيّن الذي هو ماله إن كان موجبا لحصول نقل مال نفسه فيما نحن فيه، فهو أولى من الإذن فضلا عن الإجازة، فلا وجه حينئذ للإجازة، بل لا بدّ من الحكم بلزوم العقد.

[1] نعم، لكنّ الإجازة قد تقيّد أمرين، أحدهما: انتساب العقد إلى المجيز، و الآخر:

إبراز الرضا و طيب النفس.

لكن الأول حاصل هنا بالمباشرة التي هي أقوى من الإجازة في حصول الانتساب.

و لا معنى للانتساب بعد الانتساب، لأنّه تحصيل للحاصل.

و أما الأمر الثاني فلا يحصل هنا إلا بالإجازة. فوجه الحاجة إلى الإجازة إنّما هو حصول الرضا، إذ لا ملازمة و لا مساواة بين الانتساب و الطيب، فضلا عن الأولوية، فلا يغني الانتساب الحاصل بالمباشرة عن الطيب المنكشف بالإجازة. فلا وجه للزوم العقد بدون الإجازة.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 38 و لاحظ: شرائع الإسلام، ج 2، ص 231، الدروس الشرعية، ج 2، ص 289

ص: 363

للعقد، فلا وجه لإجازة فعل نفسه. ولأنّ (1) قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا (2) بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه- وإن لم يشعر (3) به- فهو (4) أولى من الإذن في ذلك فضلا عن أجازته (5)، وإلا (6) توجّه عدم وقوع العقد له (7).

لكنّ الأقوى وفاقا للمحقّق والشهيد الثانيين «1»: وقوفه (8) على الإجازة،

---

(1) هذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدّم بيانه آنفا.

(2) أي: في بيع العاقد عن المالك و انكشاف كونه مالكا. وقوله: «إن حصل هنا» إشارة إلى ما أفاده في (ص 355) من قوله: «و المشهور الصحة» فإنّ الصحة هي حصول النقل، و حصوله من العاقد بإنشائه أولى من الإذن الذي هو مجوّز لتصدي غير المالك في النقل، لأنّ النقل بإنشائه أولى من إنشاء الغير المنوط تأثيره بإذنه.

و الحاصل: أنّ حصول نقل ماله بمجرد القصد إلى نقله أولى بلزومه من الإذن في ذلك.

(3) كما هو المفروض، و ظاهر عنوانهم «لوبيع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا» فإنّه لا يشعر بأنّ المال المعين الذي نقله هو ملك له واقعا.

وجه أولويته من الإذن: أنّ المباشرة أولى من الإذن في الانتساب.

(4) جواب الشرط في قوله: «إن حصل هنا» و جملة الشرط و الجواب خبر قوله: «و لأن قصده» و ضمير «فهو» راجع إلى «قصده».

(5) لأنّها إنفاذ فعل الغير بعد وقوعه، و الإذن ترخيص في إيجاد الفعل.

(6) أي: و إن لم يحصل قصد الولد العاقد- المفروض كونه مالكا واقعا للمبيع- إلى نقل مال نفسه بمجرد القصد إلى نقل المال المعين لتوجّه عدم وقوع العقد للولد أصلا، لا وقوعه موقوفا على الإجازة، لأنّه على فرض عدم حصول النقل بمجرد القصد إلى نقل المال المعين لم يحصل العقد الناقل. و مع عدم تحققه لا عقد حتى يبحث عن احتياجه إلى الإجازة و عدمه.

(7) أي: للولد العاقد.

(8) أي: وقوف العقد الصادر من الولد الذي هو المالك واقعا- مع عدم علمه

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 76، مسالك الأفهام، ج 6، ص 51

لا لما ذكره في جامع المقاصد (1) من «أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن (2)، بل مع إجازة المالك»، لاندفاعه (3) بما ذكره بقوله: «إلا أن يقال: إن قصده إلى أصل البيع كاف».

و توضيحه: أن انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس (4)

بمالكيته- على الإجازة، فإن لزومه بالنسبة إلى العاقد الذي يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا منوط بالإجازة.

(1) محصل ما أفاده المحقق الثاني قدس سره في وجه توقف لزوم العقد للعاقد على الإجازة هو: أن العاقد لاعتقاده بكون المبيع مال الغير لا يقصد تأثير هذا العقد إلا مع الإجازة.

وبيان آخر: أن العاقد أنشأ العقد منوطا بالإجازة، ولم ينشئه بنحو يترتب عليه الأثر فعلا وبلا حاجة إلى الإجازة.

(2) أي: فعلا بلا حاجة إلى الإجازة، بل قصد البيع الناقل منوطا بإجازة المالك.

(3) أي: لاندفاع ما ذكره المحقق الثاني قدس سره. وهذا ردّ المصنف قدس سره لكلامه، و تعليل لقوله: «لا لما ذكره في جامع المقاصد» و حاصل الردّ وجهان:

أحدهما: ما أفاده المحقق الثاني قدس سره بقوله: «الا ان يقال» وأوضحه المصنف بما محصّله: أن ما يعتبر قصده في البيع كما اشتهر أن العقود تابعة للقصد- بحيث يقدح في صحة العقد عدم قصده أو قصد خلافه- هو مدلول لفظ العقد، و ذلك في مثل «بعت» مجرد النقل بنظر الناقل. و أما ترتب الأثر أعني به الانتقال فهو حكم شرعي يترتب على مجرد العقد أو بعد إجازة المالك، و خارج عن مدلول اللفظ، فلا يعتبر قصده. كما أنه لا يضّرّ قصد خلافه.

نظير عقد النكاح، فإنّ المعتبر فيه قصد مضمون العقد، و هو علقه الزوجية، دون آثارها الشرعية كوجوب الإنفاق و نحوه، فإنّ قصدها غير لازم، لخروجها عن مضمون عقد النكاح. فتبعية العقود للقصد تختص بمدلول ألفاظ العقود و مضامينها، و لا تشمل ما هو خارج عن مداليلها، و من المعلوم أن أحكامها الشرعية خارجة عن مضامين العقود، فهي أجنبية عن قاعدة تبعية العقود للقصد.

(4) خبر «أن الانتقال» و الضمير المستتر في «ليس» و ضميرا «قصده، خلافه»

من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده، أو يقدر قصده، وإثما هو (1) من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها (2) في التوقف على الأمور المتأخرة، وعدمه (3).

مع (4) أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف (5).

راجعة إلى «انتقال المبيع».

(1) أي: انتقال المبيع شرعا يكون من الأحكام الشرعية.

(2) أي: اختلاف العقود في توقف نفوذها على الأمور المتأخرة عن العقود، كالتبضع في الصرف والسلم، والإجازة في الفضولي. فبعض العقود يترتب عليه الحكم بدون التوقف على أمر، لكفاية نفس إنشاء العقد في ترتب الحكم الشرعي عليه، كالعقد الصادر من المالك مباشرة أو من وكيله أو وليه. وبعضها لا يترتب عليه الحكم الشرعي إلا بعد تحقق أمر ثبت دخله في العقد كالتبضع في الصرف والسلم.

(3) معطوف على «التوقف» أي: عدم التوقف على أمر، كبيع المالك مباشرة كما مر آنفا.

(4) هذا ثاني وجهي رد المصنف قدس سره لما ذكره جامع المقاصد «من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن». و حاصل هذا الوجه الثاني: أن عدم القصد إلى البيع الناقل الآن ليس بقادح في صحة البيع، وتحقق القصد إلى النقل الفعلي بناء على الكشف، وذلك لأن قصد النقل مع الإجازة قصد إلى النقل الفعلي، كحصول النقل بنفس العقد كما هو مقتضى كاشفة الإجازة. فالقصد إلى البيع الناقل للملك الآن موجود. فدعوى جامع المقاصد «عدم قصد البيع الناقل الآن» غير مسموعة.

نعم عدم إمكان قصد النقل فعلا يناسب مذهب النقل في الإجازة.

والحاصل: أن الإجازة إما كاشفة وإما ناقلة. ولو سلمنا قدح عدم القصد إلى النقل إلا مع الإجازة فإثما يتم بناء على النقل، من جهة أنه لا يكون المقصود حين إنشاء البيع النقل فعلا.

وأما بناء على الكشف - الذي اختاره المحقق الكركي قدس سره - فلا ريب في أن القصد إلى النقل مع الإجازة اللاحقة راجع إلى القصد إلى النقل الفعلي حال البيع، لا القصد إلى الملكية المتأخرة عن الإنشاء.

(5) قد ظهر وجه التقييد بالكشف، وأنه مختار المحقق الكركي قدس سره.

بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه (1).

فالدليل (2) على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض.

وبالجملة: أكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضوليّ جارية هنا (3).

(1) القدح المحتمل هو لزوم التعليق، لكون النقل حينئذ معلقاً على الإجازة، و التعليق قادح في صحة النقل.

و الحاصل: أنه مع قصد النقل بعد الإجازة يكون النقل معلقاً على الإجازة، وهو قادح في قصد النقل الفعلي، لمنافاة التعليق لفعالية النقل. والمفروض أنّ النقل الفعلي حاصل بنفس العقد، والإجازة كاشفة عن هذا النقل من دون أن تكون مؤثرة في النقل.

(2) سوق العبارة يقتضي أن يقال: «بل الدليل» ليكون إضراباً عن قوله: «لا لما ذكره في جامع المقاصد». وليس الدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم نتيجة لقوله: «لا لما ذكره في جامع المقاصد» حتى يناسب الإتيان ب «فاء» التفرع.

و كيف كان فقد استدلل المصنف قدس سره على اعتبار الإجازة في لزوم العقد في الصورة الثالثة- وهي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا- بوجوه ثلاثة:

الأول: عموم «الناس مسلطون على أموالهم».

الثاني: عموم «لا يحلّ مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه».

الثالث: عموم قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنْ هَذِهِ الْأَدْلَةُ الثَّلَاثَةُ تَدَلُّ عَلَى اعتبار طيب نفس المالك ورضاه من حيث كونه مالكا.

و بيان آخر: الطيب المالكي معتبر في صحة البيع. و فيما نحن فيه لم يكن الطيب حين العقد طيب المالك بنقل ماله، بل كان طيباً بنقل مال غيره. و من المعلوم أنّ الشرط في نقل مال هو طيب نفس مالكة بنقل ماله، لا طيب نفسه بنقل مال غيره كما هو المفروض في الصورة الثالثة، حيث إنّ البائع باع عن المالك لا عن نفسه، فطيبه ليس طيباً بنقل ماله من حيث كونه مالكا، ولذا يتوقف لزوم العقد على الإجازة الكاشفة عن الطيب المالكي.

(3) أي: في الصورة الثالثة من الصور الأربع المفروضة في المسألة الثالثة.

و أمّا ما ذكرناه (1) من «أنّ قصد نقل ملك نفسه إن حصل (2) أغنى عن الإجازة، و إلاّ (3) فسد العقد» (4) ففيه (5): أنّه يكفي في تحقّق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم، القصد إلى نقل المال المعين. و قصد كونه مال نفسه أو مال غيره

(1) غرضه من هذه العبارة بيان وهم ودفعه.

أمّا الوهم فهو التنافي بين ما أفاده من قوله: «لكن الأقوى وفاقاً للمحقق و الشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة» و بين ما تقدم في (ص 364) من حصول نقل ملك نفسه بمجرد قصد نقل مال معيّن هو ملك له واقعا، و إلاّ يلزم عدم وقوعه أصلا، حيث قال هناك: «و لأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين ..

فهو أولى من الإذن في ذلك .. و إلاّ توجّه عدم وقوع العقد له».

وجه المنافاة: أنّه مع فرض وقوع البيع للمالك بمجرد قصد النقل إلى مال معيّن - هو ملكه واقعا- لا حاجة إلى الإجازة، و بدون وقوعه يكون فاسدا، و لا تصحّحه الإجازة، إذ مورد الإجازة هو العقد الذي له صحة تأهلية، دون العقد الباطل الفاقد لها.

هذا حاصل الوهم. و أمّا الدفع فسيأتي.

(2) يعني: إن حصل بمجرد نقله إلى مال معيّن مملوك له واقعا- مع عدم علمه بذلك- أغنى عن الإجازة.

(3) أي: و إن لم يحصل نقل مال نفسه بمجرد نقل مال معيّن ملك له واقعا- مع جهله بذلك- فسد العقد، و لا يصحّ بالإجازة كما مرّ آنفا.

(4) هذه العبارة ليست نصّ كلامه المتقدم في (ص 383) و إنّما هي مضمونه، و قد نقلنا بعض كلامه قبل أسطر.

(5) جواب «و أمّا» و دفع للوهم المزبور، و الغرض منه تمييز العقد القابل للزوم عن غيره. و محصله: أنّ كلّ عقد قصد به نقل المال المعين كان قابلا للحقوق اللزوم به.

و قصد كون ذلك المعين ملك العاقد أو غيره- سواء أكان صوابا أم خطأ- لا يقدح و لا ينفع، بمعنى: أنّ قصد كون المال لنفسه أو غيره ليس دخيلا في صحة العقد، حتى يكون صوابه موجبا لصحة العقد، و خطؤه مانعا عن صحته.

و على هذا فنقول: إنّنا نختار الشرطية الثانية، و هي عدم حصول قصد مال نفسه بمجرد القصد إلى مال معيّن لا يعلم بكونه مالا له واقعا، و لكن نمنع بطلان التالي، و هو فساد العقد بمعنى عدم الصحة التأهلية له، بل نختار صحته التأهلية، لكفاية مجرد قصد

- مع خطئه في قصده أو صوابه (1) في الواقع- لا يقدر (2) ولا ينفع. ولذا (3) بنينا على صحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

وأما (4) أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس

---

النقل فيها من دون اعتبار قصد النقل إلى مال نفسه في صحته.

(1) معطوف على «خطئه» و الضمائر في «خطئه، قصده، صوابه» راجعة إلى «العاقد» المفهوم من العبارة، فالمصادر مضافة إلى الفاعل، لا إلى المفعول.

(2) خبر «وقصد» وقد مرّ وجه عدم نفع القصد المزبور وعدم قدحه في الصحة التأهيلية.

(3) أي: ولأجل كفاية مجرد قصد النقل إلى مال معيّن في تحقق العقد وصحته التأهيلية- وعدم نفع قصد كون المال لنفسه أو لغيره، وعدم قدحه في صحته التأهيلية- بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالا لغيره. وقد أفاده في مسألة اعتبار القصد وفي مواضع من بيع الفضولي، كقوله: «فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك» «1». وقوله: «نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا في حقه، فلا يدلّ على الغاية بالنسبة إلى المالك، حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له .. إلخ» «2».

(4) إشارة إلى وهم ودفعه. أمّا الوهم فحاصله: أنه- بناء على كفاية مجرد قصد نقل المال المعين في تحقق صورة العقد- يكون طيب النفس بنقل ذلك المال المعين حاصلًا أيضا. ومعه لا حاجة إلى التمسك في إثبات لزوم الإجازة بما دلّ على اعتبار طيب النفس في حلية مال أحد لغيره، هذا.

و أمّا الدفع فحاصله: أن ما يعتبر في العقد إمّا مقوم له وإمّا شرط له. والأول هو قصد مدلول العقد، ولولاه لا يتحقق العقد العرفي. وقصد نقل مال شخصي مقوم للعقد العرفي ومحصل له، وموجب لصحته التأهيلية. والثاني طيب نفس المالك بما هو مالك بنقل ماله، وهذا شرط صحته الفعلية.

ولا يغني ما يدلّ على ما هو مقوم للعقد عمّا يدلّ شرعا على اعتبار ما هو شرط

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 121

(2) المصدر، ص 496

فهي (1) دالّة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنّه ماله (2)، لا- بنقل مال معيّن يتفق كونه ملكا له في الواقع، فإنّ حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك (3). فلو (4) أذن في التصرف في مال معتقدا أنّه لغيره- و المأذون يعلم أنّه له- لم يجز (5) له التصرف بذلك (6) الإذن.

و لو (7) فرضنا أنّه أعتق عبدا عن غيره فبان أنّه له، لم ينعقد. و كذا (8)

---

صحّته الفعلية، لأنّ طيب النفس ليس من مقومات العقد العرفي، فلا- بدّ من حصول طيب نفس المالك بما هو مالك- لا بما هو ذات المالك- في تحقق الصحة الفعلية.

(1) جواب «و أمّا» وإشارة إلى دفع الوهم المزبور، وقد أتضح آنفا بقولنا: «و أما الدفع فحاصله».

(2) يعني: و المفروض أنّ العاقد في الصورة الثالثة- وهي أن يبيع عن المالك- لم ينقل المال بعنوان أنّه ماله، بل بعنوان أنه مال الغير.

(3) أي: على نقل مال معيّن يتفق كونه ملكا للعاقد واقعا.

(4) هذا و ما بعده من الفروع متفرّع على ما أفاده من ترتب الحكم بالصحة الفعلية على طيب نفس المالك بنقل ماله بعنوان أنّه ماله، لا على طيب نفس من اتفق كونه مالكا واقعا.

و محصل هذا الفرع هو: أنّه لو أذن شخص لزيد أن يتصرف في مال يعتقده الأذن أنّه مال الغير و ليس مالا له- و المأذون يعلم أنّ المال ملك الأذن- لم يجز لزيد المأذون أن يتصرف فيه اعتمادا على ذلك الإذن. و ليس ذلك إلّا لأجل عدم صدور الإذن من المالك بعنوان كونه مالكا.

(5) جواب «فلو أذن» و الواو في قوله: «و المأذون» حالية.

(6) الباء للسببية، أي: لا يصحّ استناد جواز التصرف إلى ذلك الإذن.

(7) هذا ثاني تلك الفروع، و هو: أنّه لو أعتق عبدا عن زيد مثلا، فبان أنّه ملكه- و ليس ملكا لزيد- لم ينعقد العبد، و ليس ذلك إلّا لأجل عدم صدور الإذن من المالك بعنوان أنّه مالك.

(8) هذا ثالث تلك الفروع، و هو: أنّه لو طلق امرأة وكالة عن زيد مثلا، فبان



لو طلق امرأة وكالة عن غيره، فبان زوجته، لأن (1) القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا (2) تنفع الإجازة. ولو (3) غرّه الغاصب فقال: «هذا عبدي أعتقه عنك» فأعتقه (4) عن نفسه، فبان (5) كونه له، فالأقوى أيضا (6) عدم النفوذ، وفاقا للمحكّي (1) عن التحرير وحواشي الشهيد وجامع المقاصد، مع حكمه (7)

---

زوجته، لم يقع الطلاق، لعدم شرطه وهو القصد المقارن- من الزوج بوصف كونه زوجا- لطلاق زوجته.

(1) تعليل لعدم وقوع الطلاق وعتاق، وحاصله: فقدان شرط الصحة، وهو القصد المقارن مع طلاق زوجته وعتق مملوكه.

(2) هذه نتيجة شرطية مقارنة القصد للعقد، توضيحه: أنّ الإجازة تنفع في العقد الجامع للشرائط التي منها قصد المالك بما هو مالك، ففقدته يوجب بطلان العقد، وعدم تأثير الإجازة في صحته.

(3) هذا رابع تلك الفروع، ومحصّله: أنّ الغاصب لو غرّ شخصا بأن قال له: «هذا عبدي أعتقه عنك» فأعتقه الشخص المغرور عن نفسه، فبان كون العبد للمعتق المغرور، فالأقوى عدم الانعتاق وعدم النفوذ.

(4) يعني: فأعتقه الشخص المغرور عن نفسه.

(5) أي: فتبيّن كون العبد للمعتق المغرور، وقوله «فالأقوى» جواب «ولو غرّه».

(6) يعني: كالفروع المتقدمة من عتق عبد تبين كونه له، وطلاق امرأة هي زوجته.

(7) أي: مع حكم جامع المقاصد بصحة البيع في هذه الصورة، وهي: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا، ووقوفه على الإجازة.

وغرضه قدس سرّه: أن حكمه بالصحة في مثال البيع ربما يوهم منافاته لحكمه ببطلان

---

(1) الحاكي هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 232، وكذلك لاحظ تحرير الأحكام، ج 2، ص 139، جامع المقاصد، ج 6، ص 233، وقد حكى المحقق الكركي عدم النفوذ عن التحرير وحواشي الشهيد أيضا، فراجع.

ص: 371

بصحّة البيع هنا (1) ووقفه على الإجازة، لأنّ (2) العتق لا يقبل الوقوف، فإذا [1] لم يحصل القصد إلى فكّ ماله مقارنا للصيغة وقعت باطلة (3)، بخلاف البيع (4).

فلا تناقض (5) بين حكمه ببطلان العتق وصحّة البيع

العتق، لكونهما من باب واحد. ولكن سيأتي في المتن دفع هذا التوهم.

(1) أي: في الصورة الثالثة من الصور الأربع المفروضة في المسألة الثالثة.

(2) تعليل لقوله: «فالأقوى أيضا عدم النفوذ» وحاصل التعليل: أنّ العتق من الإيقاعات التي يبطلها التعليق، فلا تتوقف صحته على الإجازة.

(3) لفقدان ركنه، وهو القصد إلى فكّ ماله بعنوان أنّه مالك العبد. ومع وقوع الصيغة باطلة لا تصحّ بالإجازة.

(4) فإنّ صيغة البيع تقع صحيحة تأهلا، وتلزم بالإجازة.

(5) يعني: فلا تناقض بين حكم جامع المقاصد ببطلان العتق وصحة البيع مع الإجازة. توضيح وجه التناقض: أنّ كلّ واحد من العتق و البيع من الأمور الإنشائية، فلا بدّ من الحكم ببطلانها أو صحتهما، فالتفكيك بينهما بصحة البيع مع الإجازة و بطلان العتق رأسا تناقض.

وتقريب دفع هذا التناقض هو: وقوع صيغة العتق باطلة، لعدم حصول القصد إلى فكّ ملكه مقارنا للعقد، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. بخلاف البيع، فإنّ صيغته تقع صحيحة مع الإجازة.

فالفرق بين العتق و البيع - مع انكشاف الخلاف في كليهما، لكون العبد ملكا لمن أعتقه، و كون المبيع ملكا للبائع الفضولي - هو: وقوع العتق باطلا، لفقدان ركن صحته وهو القصد المزبور، و وقوع البيع قابلا للصحة الفعلية بالإجازة.

[1] تفرّع هذا على قوله: «لأنّ العتق لا يقبل الوقوف» غير ظاهر، لأجنية التعليق عن عدم القصد إلى فكّ ماله، لإمكان تحقق هذا القصد مع التعليق، كأن يقول مالك العبد: «أعتقته إن قدم مسافري». فلا بدّ أن يكون عدم القصد وجها آخر لبطلان العتق.

فلعل الأولى أن يقال بدل «فإذا»: «و لأنه لم يحصل القصد إلى فكّ ماله .. إلخ».

مع الإجازة كما يتوهم (1).

نعم ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك (2) بعدم النفوذ، وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة، فإن (3) القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به (4) إن كان (5) يكفي في طيب النفس والرضا المعتبر

(1) يعني: كما يتوهم التناقض من حكم المحقق الثاني قدس سرّه ببطلان العتق وصحة البيع مع الإجازة. والمتوهم هو السيّد الفقيه العاملي قدس سرّه، حيث قال بعد نقل كلام المحقق الثاني ما لفظه: «قلت: قد قالوا في ما إذا باع مال أبيه بظنّ الحياة، وأنه فضولي، فبان ميّتا حينئذ، وأنّ المبيع ملكه: إنّ الوجه الصحة. بل قد يلوح من هبة الكتاب أنّه محلّ إجماع.

وقال في جامع المقاصد في توجيه كلامهم: إنّ قصده إلى أصل البيع كاف. وهنا يقولون:

قصده إلى أصل العتق [غير] كاف. وكلّما أورده هنا جار هناك. بل هنا زيادة ليست هناك، وهي بناء العتق على التغليب .. إلخ» (1).

(2) أي: في باب العتق بعدم النفوذ أي البطلان، وفي باب البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة، والمفروض أنّ العاقد في كلّ من العتق والبيع جاهل حين العقد بكون المال الذي يتعلّق به الإنشاء ملكا له. وقد تقدم في (ص 363) ما نسبه صاحب المقابس إلى جماعة من صحة البيع فعلا، في هذه الصورة، فراجع.

(3) هذا تقريب التناقض، توضيحه: أنّ مجرد إنشاء المنشئ على مال معيّن مملوك له واقعا- مع جهله بذلك- إن كان كافيا في حصول الطيب المعتبر في جميع الإنشاءات المتعلقة بأموال الناس، وجب الحكم بوقوع العتق. وإن لم يكن كافيا في حصوله، لاعتبار علم المنشئ حين الإنشاء بكون المال ملكا له، وعدم كفاية المصادفة للواقع في تحقق الطيب، وجب الحكم بعدم لزوم البيع، و باحتياج لزومه إلى الإجازة.

وبالجملة: كيف يجمع بين بطلان العتق ولزوم البيع في صورة انكشاف كون المال المتعلق للإنشاء ملكا واقعا للمنشئ؟

(4) أي: بأنّه ماله.

(5) الجملة خير قوله: «فان القصد».

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 232

ص: 373

في جميع إنشاءات الناس المتعلقة بأموالهم، وجب (1) الحكم بوقوع العتق. وإن (2) اعتبر في طيب النفس المتعلقة بإخراج الأموال عن الملك العلم (3) بكونه مالا له و لم يكف مجرد مصادفة الواقع، وجب (4) الحكم بعدم لزوم البيع.

فالحق (5) أن القصد إلى الإنشاء المتعلقة بمال معين مصحح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم (6) بكونه مالا له. لكن لا يكفي ذلك (7) في تحقق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء (8).

---

(1) جواب «ان كان»، وجه الوجوب هو قصد الإنشاء من المالك الواقعي الجاهل بكون المال ملكا له، و المفروض كفاية ذلك في تحقق المنشأ في وفاء الاعتبار.

(2) معطوف على «ان كان».

(3) نائب فاعل «اعتبر» يعني: وإن اعتبر العلم بكون المال ملك المنشئ في حصول طيب النفس المتعلقة بإخراج الأموال عن الملك، وجب الحكم بعدم لزوم البيع.

(4) جواب «وإن اعتبر» و جملة «و لم يكف» حالية.

(5) هذا مختار المصنف قدس سره في الصورة الثالثة، وهي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا. و محصل ما أفاده في ذلك هو الفرق بين البيع و العتق في فرض انكشاف الواقع و مطابقة الظاهر للواقع، بالقول بصحة الأول و بطلان الثاني.

بتقريب: أنه يكفي في الصحة التأهلية- بمعنى القابلية للتأثير- مجرد الإنشاء المتعلقة بمال معين، و لا تتوقف على علم المنشئ بكون ذلك المال ملكا له. و لكن لا يكفي مجرد ذلك الإنشاء في خروج المال عن ملكه. فإن كان ذلك الإنشاء من العقود القابلة للزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة في اللزوم و خروج المال عن ملكه. و إن لم يكن قابلا للزوم بالرضا اللا حق وقع الإنشاء باطلا و غير قابل للتأثير، كما في الإيقاعات، فإنها- كما قيل- لا تقبل الوقوف على الإجازة.

(6) أي: علم المنشئ بكون المال المعين مالا له.

(7) أي: لا يكفي قصد الإنشاء- المتعلقة بمال معين- في تحقق الخروج عن ملكه، و هذا هو الذي يعبر عنه بالصحة الفعلية.

(8) يعني: بل يحتاج إلى إجازة، و بدونها لا يتحقق البيع في الخارج، فلا وجه للقول

ثم إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود، وإلا (1) وقع الإنشاء باطلا كما في الإيقاعات (2).

ثم إنّه (3) ظهر ممّا ذكرنا في (4) وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ (5) للمالك من باب الإجازة (6)،

---

بلزومه بدون الإجازة.

(1) أي: وإن كان ذلك الإنشاء ممّا لا يقبل اللزوم .. إلخ.

(2) التي منها الطلاق والعتاق، فإنّه ادعى الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد: اتفاهم على بطلان إيقاع الفضولي، فراجع «1».

(3) الغرض من هذا الكلام بيان عدم كون الإجازة هنا من باب الخيار كما سيأتي توضيحه.

(4) من قوله: «فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس .. إلخ» فلاحظ (ص 367).

(5) وهو وقوف صحة العقد على الإجازة، وسلطنة المجيز على الإجازة.

(6) لا من باب الإمضاء الذي هو أحد طرفي الخيار، و طرفه الآخر إزالة العقد كما قرّر في تعريف الخيار.

توضيح المقام بنحو ينكشف به الفرق بين الإجازة والإمضاء في باب الخيارات هو: أنّ توقف تأثير العقد على رضا المالك ببيع ماله بعنوان أنّه ماله - كما تقتضيه ظواهر عمومات أدلة التجارة والسلطنة والحلّ، أو مناسبة الحكم للموضوع - يقتضي عدم تحقق العقد المؤثر مع انتفاء هذا الرضا. فإذا باع مالا عن مالكة مع اعتقاده بعدم كونه مالا له لم يتحقق العقد.

وعليه فالإجازة الكاشفة عن هذا الرضا جزء السبب المؤثر و متممة، فهي توجب حدوث العقد المؤثر، بخلاف الإمضاء الذي هو أحد طرفي الخيار، فإنّه يوجب بقاء العقد المؤثر.

---

(1) تقدم كلامه في أول مسألة البيع الفضولي، لاحظ الجزء الرابع من هذا الشرح، ص 349

ص: 375

لا من باب خيار الفسخ (1)، فعقده (2) متزلزل من حيث الحدوث، لا البقاء كما قواه (3) بعض من قارب عصرنا، و تبعه بعض (4) من عاصرنا

و الحاصل: أنّ الإجازة توجد العقد المؤثر، و الإمضاء يقيه. فالإجازة ليست من باب الخيار، و أجنبية عنه، فبينهما فرق واضح.

و بعبارة أخرى: الفرق بين الإجازة و إمضاء العقد الخياري هو: أنّ الإجازة مصححة للعقد الذي لم يكن تاماً حدوثاً، لعدم استناده إلى المالك قبل الإجازة، و لم يحرز رضاه بالمعاملة إلا بها. فيكون العقد متزلزلاً حدوثاً، و يتوقف تماميته على الإجازة.

بخلاف موارد الخيار، فإنّ العقد تام حدوثاً و متزلزل بقاء، يعني بعد حدوث البيع المستند إلى المالك قد يتزلزل لثبوت الخيار فيه، و قد يلزم من أول الأمر، لانتفاء سبب الخيار.

(1) لما مرّ آنفاً من: أنّ الإمضاء علّة مبقية للعقد، و الإجازة علّة محدثة له.

(2) أي: فعقد البائع عن المالك - مع جهله بكون المال له - متزلزل ... و الفاء للتفريع، يعني: فنتيجة إناطة صحة البيع برضا المالك بنقل ماله - بعنوان أنه ماله - هي:

كون عقد البيع في هذه الصورة الثالثة متزلزلاً حدوثاً، لا بقاء كما في باب الخيار، فإنّ العقد فيه متزلزل بقاء.

(3) يعني: كما قوى تزلزل العقد بقاء - لا حدوثاً - بعض من قارب عصرنا، و هو صاحب المقابس، فإنّه قدّس سرّه حكم بعدم لزوم العقد من حين وقوعه لئلا يؤدي إلى الضرر المنفي في الشرع، ثم قال: «و هل جواز فسخه للعقد من باب الخيار، أو لتوقفه على الإجازة؟ وجهان. و الأول لا يخلو من قوة، لأنّه مقتضى قاعدة نفي الضرر. و لأنّه بناء على صحة العقد لو سلم المال إلى المشتري و سلّطه عليه، ثم انكشف كونه ملكه، جاز للمشتري حينئذ أن يتصرف فيه، و لا يضمن شيئاً أصلاً .. إلخ» (1).

(4) قيل: إنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه لكنّي لم أظفر في كلامه - في بيع الفضولي - بترجيح تزلزل العقد بقاء لأجل الخيار، كما رجّحه صاحب المقابس، و إنّما الموجود في الجواهر - بعد ترجيح الصحة - التوقف على الإجازة أو الخيار، فلاحظ قوله: «و المتّجه

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 39

إذ (2) فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، وقد تقدّم (3) توقّفه (4) على طيب النفس.

و ما ذكره (5) من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع إلى العوض

---

فيه الوقوف على الإجازة كما سمعته من الكركي، أو إثبات الخيار، إلا أنّي لم أجد من احتمله «1»، ولعلّه قدس سرّه لم يقف على كلام معاصره صاحب المقابس.

(1) حال من «بعض من قارب» و حاصله: أنّ صاحب المقابس قدس سرّه علّل ما قوّاه من تزلزل العقد بقاء لا حدوثاً في الصورة الثالثة- و أنّه من باب الخيار- بما محصله: أنّه يمكن أن يكون بيعه مالا يعتقد أنّه للغير- بعنوان صاحبه- بأقل من قيمته الواقعية، فإذا أجاز البيع بذلك الثمن الذي وقع عليه العقد بعد انكشاف كونه مالكا للمبيع لزم تضرره، و الضرر منفي في الشريعة، فيجبر ضرره بالخيار.

(2) تعليل لقوله: «لا البقاء» و ضمير «فيه» راجع الى ما أفاده صاحب المقابس و ملخص إشكال المصنف قدس سرّهما عليه: أنّ مورد الخيار هو العقد المؤثر في النقل و الانتقال، و من المعلوم أنّ مؤثرية العقد- كما تقدم آنفا- منوطة بطيب نفس المالك بنقل مال بعنوان أنّه ماله، و المفروض أنّه مفقود في هذه الصورة الثالثة، فلم يتحقق الانتقال حتى يثبت فيه الخيار.

(3) يعني: و قد تقدم توقف تأثير العقد في الانتقال على الإجازة في (ص 367) بقوله: «فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في لزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، و عدم حلّها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم...».

(4) أي: توقف الانتقال على طيب النفس.

(5) هذا إشكال المصنف قدس سرّه على ما ذكره صاحب المقابس و الجواهر قدس سرّهما من التمسك بقاعدة نفي الضرر لإثبات تزلزل العقد بقاء الموجب للخيار.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 300، و لا- يخفى أن المصنف يعبر عن صاحب المقابس تارة ببعض المحققين كما في بيع الصبي، و اخرى ب «من قارب عصرنا» كما في أول البيع و في مسألة «من باع ثم ملك» و ثالثة ب «من عاصرناه» كما في مسألة اعتبار القصد، و كذا في ما سيأتي في شرائط العوضين في بيع العين المرهونة.

والمعوض (1)، وإثما هو (2) لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه ورضاه، إذ (3) لا- فرق في الجهل بانتقال ماله بين (4) أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه (5) و يجهل تعلّقه بماله. و من المعلوم أنّ هذا الضرر (6) هو المثبت، لتوقف

و تقريبه: أنّ الضرر تارة يترتب على العقد الصحيح الجامع لشرائط التأثير، كالضرر المالي الحاصل في العوضين الناشئ عن الجهل بالقيمة الواقعية التي هي أزيد من العوض المسمى، و حيث إنّ العلم بالقيمة ليس من شرائط صحة العقد حتى يبطل بفقدانه، فيجبر هذا الضرر المالي بالخيار المسمّى بخيار الغبن.

و اخرى يتقدّم على العقد، و هو الضرر الناشئ عن عدم طيب نفس المالك الذي هو شرط الانتقال و صحة العقد كما فيما نحن فيه و هو الصورة الثالثة. و مثل هذا الضرر المخلّ بسلطنة المالك على ماله مانع عن صحّة العقد، و موجب لتزلزله حدوثا.

(1) حتى يكون العقد صحيحا و يجبر الضرر بالخيار. و هذا إشارة إلى القسم الأوّل من الضرر، و قد مرّ توضيحه آنفا بقولنا: «ان الضرر تارة يترتب ..».

(2) أي: الضرر الحاصل- في الصورة الثالثة- هو القسم الثاني الذي اتضح بقولنا:

«و اخرى يتقدّم على العقد، و هو الضرر الناشئ عن .. إلخ».

(3) تعليل لكون الضرر المتصور في هذه الصورة الثالثة هو الضرر الحاصل من انتقال المال عن مالكة من دون علمه و رضاه. و لا فرق في الضرر الحاصل لأجل الانتقال بين كونه ناشئا من الجهل بأصل الانتقال كما يتفق غالبا في الفضولي، فإنّ المالك جاهل غالبا بأصل الانتقال فيه، و بين كونه ناشئا من الجهل بتعلق الانتقال بماله مع علمه بأصل الانتقال كما فيما نحن فيه، و من المعلوم أنّ هذا الضرر أوجب إناطة صحة عقد الفضولي بالإجازة.

(4) الجملة خبر قوله: «لا فرق».

(5) يعني: أو يعلم أصل الانتقال و يجهل تعلّقه بماله كما في هذه الصورة الثالثة.

(6) و هو الضرر المترتب على انتقال المال عن مالكة بدون علمه و رضاه، و قد مرّ أنّ المراد بهذا الضرر هو النقص في سلطنته المالك على ماله، لا الضرر المالي الراجع إلى العوضين.



عقد الفضوليّ على الإجازة، إذ لا يلزم من لزومه (1) بدونها سوى هذا الضرر (2).

ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة (3) غير متوقّفة (4) على القول بصحة عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطلان (5). إلا (6) أن يستند في البطلان

(1) أي: لزوم عقد الفضولي. وهذا تعليل لتوقف عقد الفضولي على الإجازة، وحاصله: أنّه يلزم من لزوم عقد الفضولي بدون إجازة المالك نقص في سلطان المالك على ماله، وهذا النقص لا يجبر بالمال، كما تقدم أنّ النقص المالي يجبر بالخيار الذي يتعلّق بالعقد الصحيح ويجعله متزلزلاً-بقاء. وإنّما يجبر النقص السلطاني بطيب النفس الذي هو شرط الانتقال، فبدون الرضا والطيب يكون العقد متزلزلاً حدوثاً، فالخيار متأخر عن طيب النفس بمرتبين: إحداهما: تأخره عن نفس العقد، و ثانيتهما: تأخر العقد عن طيب النفس المتقدم على العقد.

فالنّتيجة: أنّ علة توقف صحة عقد الفضولي على الإجازة هي لزوم الضرر، أي النقص في سلطنة المالك على ماله، فالطيب شرط لصحة العقد وانتقال المال بالعقد.

(2) وهو النقص السلطاني المترتب على انتقال المال عن مالكة من دون علمه وطيب نفسه.

(3) وهي الصورة الثالثة، وهي أن يبيع عن المالك، ثم تبين كونه مالكا. غرضه: أنّ هذه الصورة ليست من أفراد عقد الفضولي حتى تتوقف صحتها على صحة عقد الفضولي، إذ المفروض صدور العقد عن المالك لا عن غيره، غاية الأمر أنّه كان جاهلا بكونه مالكا للمبيع.

(4) كذا في كثير من النسخ. و المناسب «غير متوقف» كما في نسخة مصححة غير ما بأيدينا.

(5) أي: ببطلان عقد الفضولي في جميع الموارد.

(6) هذا استدراك على صحة العقد في الصورة الثالثة، والذهاب إلى بطلانه، ومحصل الاستدراك الذي هو وجه البطلان: أنّه-بناء على كون مستند بطلان عقد الفضولي مطلقا قبج التصرف في مال الغير- يتجه ببطلان العقد في الصورة الثالثة، لأنّ البائع باعتقاده تصرّف في مال الغير بدون إذنه، وهو قبيح، إذ القبح مترتب على اعتقاد كون المبيع ملك الغير. فإن كان مصادفا للواقع كان عصيانا، وإلا- كالمقام- كان تجرّيا، إذ المفروض كونه مالكا واقعا. ولا فرق في القبح بين العصيان والتجرّي.

بما تقدّم (1) من قبح التصرف في مال الغير، فيتّجه عنده (2) حينئذ البطلان [ثم يغرم المثلث إن كان جاهلاً] (3).

### [الصورة الرابعة لو باع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره، فانكشف أنّه له]

الرابعة (4): أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره، فانكشف أنّه له.

ثم إنّ ما أفاده من قوله: «ثم إن الحكم بالصحة» إلى هنا لا يخلو من تعريض بصاحب المقابض، حيث إنّ قدس سرّه منع أيضاً من ابتناء الصحة و البطلان في هذه المسألة على صحة البيع الفضولي وفساده كلّية، حيث قال: «واعلم أنّ هذه المسألة كبعض المسائل السابقة جارية على القول ببطلان الفضولي أيضاً» (1).

وظاهره الإطلاق، سواء أكان الدليل على بطلان الفضولي هو العقل أم النقل.

ووجه إيراد المصنف عليه حينئذ هو: أنّ عدم الابتداء المزبور متّجه لو كان الدليل على البطلان ما عدا الوجه العقلي، وهو قبح التصرف في مال الغير. وأمّا لو كان الوجه فيه ذلك اتّجه ببطلان البيع في مسألتنا، وهي: أن يبيع عن المالك فتبيّن كونه مالكا، كما عرفت توضيحه آنفاً. فإطلاق كلام المقابض ممنوع.

(1) من قوله في عدا أدلة المبطلين: «الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف» (2).

(2) أي: عند المستدل على البطلان حين الاستناد في بطلان عقد الفضولي إلى قبح التصرف في مال الغير.

(3) هذه الجملة قد شطب عليها في النسخة المعتمدة. وسيأتي تفصيل حكم الغرامات في أحكام الرد إن شاء الله تعالى في ص (472) وما بعدها.

4- لو باع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره، فانكشف أنّه له

(4) أي: الصورة الرابعة من الصور الأربع المفروضة في المسألة الثالثة من مسائل الأمر الثالث من الأمور المتعلقة بمباحث المجيز، وهذه الصورة هي: أن يبيع شخص لنفسه باعتقاد أنّ المبيع مال غيره، فانكشف أنّه ماله.

و الحكم حينئذ صحة العقد حتى على القول ببطلان الفضولي في جميع الموارد، وذلك لخروجه موضوعاً عن الفضولي، لصدور العقد من المالك لنفسه، لا صدوره من

(1) مقابض الأنوار، كتاب البيع، ص 39

(2) راجع الجزء الرابع من هذا الشرح، ص 512



و الأقوى هنا (1) أيضا (2) الصّحة- و لو على القول ببطلان الفضولي (3)- و الوقوف (4) على الإجازة، بمثل (5) ما مرّ في الثالثة (6). و في عدم الوقوف هنا (7) وجه [1]

---

غيره، فليس العاقد أجنبيا عن المالك حتى يصير العقد عقد غير المالك، و يندرج في عقد الفضولي.

و هذه الصورة تنطبق على القسم الخامس من الأقسام التسعة التي ذكرها صاحب المقابيس. قال قدّس سرّه: «الخامس: أن يبيع أو يشتري لنفسه، ثم ينكشف كونه مالكا للمال، و أنّ العقد صادف ملكه. و الأقرب صحة البيع و عدم توقفه على الإجازة، و وجهه ما مضى في الرابع» (1). و المصنّف قدّس سرّه وافقه في الصحة، و خالفه في الاستغناء عن الإجازة، و إن جعله المصنّف وجها كما سيأتي.

(1) أي: في الصورة الرابعة، و هي بيع المالك لنفسه مع اعتقاد أنّ المبيع لغيره.

(2) أي: كالصورة الثالثة، و هي: بيع العاقد عن المالك، و انكشف كونه هو المالك للمبيع.

(3) لما مرّ أنفا من خروجه موضوعا عن الفضولي.

(4) معطوف على «الصحة» يعني: و الأقوى صحة العقد و وقوفه على الإجازة.

(5) متعلق ب «الوقوف» و غرضه بيان مماثلة الصورتين في كلّ من الصحة و الوقوف.

(6) أي: في الصورة الثالثة، و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف أنّه هو المالك.

(7) أي: في الصورة الرابعة وجه لا يجري في الصورة الثالثة. و محصّل ذلك الوجه هو: مطابقة ما قصد لما انكشف في هذه الصورة الرابعة، إذ المفروض أنّه قصد البيع لنفسه، و انكشف كون المال له. بخلاف الصورة الثالثة، فإنّ المقصود- و هو البيع عن المالك- و المنكشف و هو كون العاقد نفس المالك ليسا مطابقين، بل هما متغايران، فتحْتَاج الصورة الثالثة إلى الإجازة، دون الرابعة.

---

[1] لكنّه غير وجيه، لأنّ طيب النفس حاصل بماله الادّعائي، لا بماله الواقعي.

و لو علم بأنّه من أمواله الواقعية، دون أمواله المغصوبة، فلعلّه لم يكن راضيا ببيعه. فلا فرق

---

(1) مقابيس الأنوار، كتاب البيع، ص 38

ص: 381

لا يجري في الثالثة، ولذا (1) قوى لزوم هنا (2) بعض من قال بالخيار في الثالثة (3).

(1) يعني: ولأجل هذا الوجه- وهو اتحاد المقصود والمنكشف في الصورة الرابعة دون الصورة الثالثة- قوى بعض الأعلام لزوم العقد في الصورة الرابعة، وعدم حاجته إلى الإجازة. بخلاف الصورة الثالثة، فإنه اختار فيها وقوفها على الإجازة.

(2) أي: في الصورة الرابعة، والمراد بالبعض كما عرفت صاحب المقابض قدس سره.

(3) وهي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

في عدم تأثير العقد بنفسه بين الرضا ببيع المال بعنوان أنه لغيره، وبين بيعه بعنوان أنه منه ادعاء، مع كونه ماله واقعا.

فما في حاشية السيد قدس سره «ولا يضّر الاعتقاد المفروض بعد هذا البناء» (1) غير ظاهر، لأن الرضا ببيع مال الغير مع البناء على كونه ماله ادعاء وعدوانا ليس رضا حقيقة ببيع ماله الواقعي، مع ظهور أدلة اعتبار «طيب نفس المالك في حلّ ماله لغيره» في كون الطيب و الرضا بماله بوصف كونه ماله، لا رضاه بذات المال. وهو ما يقتضيه العقل أيضا بقبح التصرف في مال الغير من غير رضاه.

ومع الغصّ عن ظهور الأدلة فالأصل - أعني به الاستصحاب - يقتضي أيضا عدم جواز التصرف إلا برضا مالك المال بالتصرف في ماله الواقعي بما أنه ماله، لا مجرد جنس الرضا القائم بذات ماله بدون إحراز ملكية المال له واقعا، فإنه غير مشمول لمثل قوله عليه السلام:

«لا يحلّ مال امرء إلا بطيب نفسه» فإنّ ظاهره إناطة حلّية التصرف في مال الغير بطيب نفسه بالتصرف في ماله بما أنه ماله واقعا، لا بما اعتقد أنّه مال الغير كما هو مفروض بحثنا، لكن بنى اقتراحا على أنّه ماله وإن انكشف كونه ماله واقعا.

بل يمكن أن يقال بفساد البيع هنا، لعدم قصد المعاوضة، إذ المفروض - مع اعتقاد العاقد كون المال لغيره - أنّه أخذ العوض عن المشتري مجّانا، حيث إنّ بحسب اعتقاده يعطي المثلن الذي ليس مالكا له حتى يكون ما يبذل له المشتري ثمنا و عوضا عنه، بل يأخذ الثمن من المشتري مجّانا، وهذا ينافي المعاوضة المقومة للبيع، فتأمل.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 170

ص: 382

إشارة

و أمّا (1) القول في المجاز (2) فاستقصاؤه (3) يكون بيان أمور:

[الأول اعتبار كون العقد المجاز جامعا للشروط]

إشارة

الأول (4): يشترط [1] فيه كونه (5) جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره

الكلام في المجاز

(1) معطوف على قوله في (ص 5): «أمّا حكمها...».

(2) صفة للعقد الذي يتوقف نفوذه على إجازة من له ولاية الإجازة.

(3) أي: فاستقصاء القول يكون .. إلخ.

اعتبار كون العقد المجاز جامعا للشروط

(4) هذا أول الأمور التي توجب قابلية العقد للإجازة، و محصل هذا الأمر هو: أنّه لا بدّ في تأثير العقد المجاز من اجتماع جميع الشرائط المعتبرة في تأثير العقد و نفوذه فيه- مع الغصّ عن الإجازة- من شروط المتعاقدين من البلوغ و العقل و قصد المدلول قصدا جديًا، و شروط العوضين من المملوكية و المملومية، و شروط نفس العقد من العربية و الماضوية و غيرهما. فالمفقود من شرائط العقد في البيع الفضولي هو رضا المالك فقط، بحيث لو أحرز رضاه لأثر العقد.

(5) هذا الضمير و ضميرا «فيه، تأثيره» راجعة إلى المجاز المراد به العقد.

[1] لا ينبغي الإشكال في أصل الاشتراط، فإنّ جهة البحث في عقد الفضول- و هي كون الرضا اللاحق كالرضا المقارن و عدمه- تنادي بأعلى صوتها بأنّ مورد هذا البحث هو العقد الجامع للشرائط الفاقدة لمقارنة رضا المالك فقط، فعقد الفضول المجاز لا بدّ أن يكون جامعا للشرائط، و إلا فلا تصلحه الإجازة.

و يشهد لذلك أنّ المالك لو باع ماله مع الرضا بعقد فاقد لبعض شرائطه لم يكن صحيحا، ولم يترتب عليه النقل والانتقال. وليس عقد الفضولي أقوى من عقد نفس المالك.

ص: 383

(1) هذا متفرّع على اعتبار اجتماع كافة الشروط في العقد المجاز، إذ لازمه عدم كفاية بعض الشروط فيه- كاتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء- مع فرض انتفاء سائر الشروط.

(2) معطوف على «فلا» يعني: و لا يكفي إحراز الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط.

نعم يقع الإشكال في أنّ العبرة في اجتماع الشروط هل هي بحال العقد أو الإجازة أو كليهما؟ و المرجع في ذلك أدلة الشروط المعتبرة في العقد. و الظاهر من الأدلة أنّ الشروط المعتبرة في المعاملة البيعية على أنحاء:

فمنها: ما يعتبر في نفس الإنشاء كالعربية و الماضوية و المطابقة و الموالاة و التنجيز و نحوها، فإنّ هذه الشروط معتبرة حال العقد، فلا بدّ أن يكون عقد الفضول جامعا لشروط إنشاء العقد، و مع فقدها لا تجدي الإجازة، و لا أثر لها.

و منها: ما يعتبر في المالك، فإنّه لا بدّ من حصوله فيه حين ترتب الأثر كالملكية على العقد، نظير إسلام مشتري العبد المسلم و المصحف الشريف، فإنّ دليل عدم تملك الكافر للمصحف و المسلم- على ما قيل- لا يقتضي إلّا وجود الإسلام حين الملك لا حين العقد، فلو باع الفضولي العبد المسلم- و المصحف- من كافر يوم الجمعة، و أسلم المشتري الكافر يوم السبت، و أجاز مالكهما ذلك البيع الفضولي يوم الأحد، صحّ البيع، و انتقلا إلى المشتري الذي أسلم يوم السبت، لثبوت الشرط فيه، و هو الإسلام حين ترتب الأثر أعني به النقل و الانتقال.

و منها: ما يعتبر في مالك العقد، سواء أ كان مالكا للعين أم مالكا للتصرف، و ذلك الشرط كالقدرة على التسليم، فإنها شرط في من له العقد، سواء أ كان هو المباشر للعقد أم غيره، إذ دليل هذا الشرط- و هو دليل نفي الغرر- يقتضي اعتبار هذا الشرط في خصوص من له العقد، دون غيره و إن كان مجريا للصيغة، إذ مجرّد إجراء الصيغة لا يوجب ارتباطه بالمعاملة حتى يعتبر أن يكون إقدامه غير غرري و لا خطري.

و أمّا من له العقد، فإن باشر العقد لزم أن يكون قادرا على التسليم حين العقد، لأنه ظرف استحقاق التسليم. و إن أجاز العقد اعتبر أن يكون قادرا على التسليم حين الإجازة حتى لا يكون إجازته الموجبة لكون العقد له غررية.



الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف، للزومه (1) عليه (2) حينئذ (3)، بل مطلقا (4)، لتوقف (5) تأثيره الثابت- ولو على القول بالنقل- عليها (6)، وذلك (7) لأنّ

(1) عدّة للمنفى وهو الكفاية، بتقريب: أنّ لزوم العقد على الأصيل من حين العقد- كما هو مقتضى الكشف- يكشف عن كفاية اجتماع الشرائط فيه، إذ مع انتفائها لا وجه للزوم العقد عليه.

(2) أي: لزوم العقد على الأصيل.

(3) أي: حين البناء على الكشف، إذ بناء على النقل لا لزوم للعقد على الأصيل من حين العقد حتى يعتبر فيه اجتماع الشروط حين العقد.

(4) إضراب على قوله: «على الكشف» يعني: لا يختص اعتبار الشروط في الأصيل بكاشفية الإجازة، بل لا بدّ من اعتبار اجتماع الشروط فيه حتى على القول بناقلية الإجازة، وذلك لأنّ تأثير العقد مطلقا- وإن كانت الإجازة ناقلة- موقوف على اجتماع شرائط العقد حين صدوره، لأنّ العقد الصحيح يؤثر، إذ ليست الإجازة إلّا رضا بالعقد وإمضاء له. وإنّما المقتضى للتأثير هو نفس العقد، ولا يؤثر إلّا إذا كان جامعا للشروط، ولذا لو باع المالك مع طيب نفسه بالبيع وكان العقد فاقدًا لبعض الشروط كالعربية والماضوية- بناء على اعتبارهما فيه- كان فاسدا غير مؤثر في النقل والانتقال.

(5) تعليل لاعتبار اجتماع الشرائط في الأصيل مطلقا حتى على القول بالنقل. فقوله:

«لتوقف» من كلام من زعم كفاية اجتماع شرائط العقد في الأصيل مطلقا سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة.

(6) أي: على الشروط، وضمير «تأثيره» راجع إلى العقد.

(7) تعليل للمنفى أعني به عدم كفاية وجود الشروط في الأصيل فقط، كشفا ونقلا، وإناطة تأثير العقد باجتماع جميع الشروط المعتمدة في العقد- حين صدوره- في الفضول أيضا، لأنّ العقد إمّا تمام السبب، والإجازة كاشفة عن تماميته، كما أفاده المحقق الثاني قدّس سرّه وقد تقدم كلامه في (ص 15). وإمّا جزء السبب، والعقد قائم بالأصيل والفضول معا، فلا بدّ من تحقق الشروط في كليهما.

العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه. وعلى أيّ حال (1) فيعتبر اجتماع الشروط عنده (2).

ولهذا (3) لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين. بل لو قلنا بجواز ذلك (4) لم يلزم منه الجواز هنا (5)، لأنّ (6) الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط.

---

(1) يعني: سواء أكان العقد تمام السبب في النقل و الانتقال أم جزءه، يعتبر اجتماع الشروط عند إنشاء العقد، فإنّ مقتضى شرطيتها ذلك، إلّا إذا دلّ دليل الشرطية على عدم اعتبار مقارنة الشرط للعقد، كما أشرنا إليه في التعليقة السابقة.

(2) أي: عند العقد.

(3) أي: ولأجل اعتبار كون العقد جامعا للشروط عند صدوره ذهب الفقهاء إلى عدم جواز الإيجاب مع جهل القابل بالعوضين، حيث إنّ علمه بهما شرط للعقد عند صدوره، فمع الجهل بهما لا يصحّ الإيجاب وإن علم بهما حال القبول.

(4) أي: جواز الإيجاب مع جهل القابل بالعوضين، وعلمه بهما حال القبول.

و الغرض من هذا الإضراب أنّه على القول بجواز الإيجاب مع جهل القابل بالعوضين و الإكتفاء بعلمه بهما عند القبول- في غير عقد الفضول- لا يلزم منه جواز خلوّ عقد الفضول الذي هو محلّ البحث عن بعض الشرائط حال وقوع العقد مع حصوله في حال الإجازة.

(5) أي: في العقد الفضولي.

(6) تعليل لعدم الملازمة بين الالتزام بجواز الإيجاب في ظرف جهل القابل بالعوضين، و بين الالتزام بجواز خلوّ العقد عن بعض الشرائط حين إنشائه مع كون الشرط المفقود حاصلًا حال الإجازة في عقد الفضولي.

و حاصل الفرق: أنّ كلًّا من الإيجاب و القبول جزء للعقد، و العلم بالعوضين حال القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع. بخلاف عقد الفضولي، فإنّ الإجازة فيه ليست جزءًا من البيع حتى يكون حصول شرطها قبل تحقق نفس الإجازة من حصول الشرط قبل تمامية البيع، إذ ليس البيع إلّا نفس الإيجاب و القبول. وأمّا الإجازة- على تقدير جزئيّتها- فهي جزء للمركّب من العقد و الإجازة، لا لنفس العقد.

و لو سلّم كونها (1) جزءاً فهو جزء للمؤثر (2) لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ والإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد (3).

نعم (4) لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتّب الأثر الشرعيّ على العقد، من غير ظهور في اعتباره (5) في أصل الإنشاء، أمكن (6) القول بكفاية وجوده

---

(1) أي: كون الإجازة، غرضه أنّه- بعد تسليم كون الإجازة جزءاً- نقول: إنّ جزئيتها ليست على حدّ جزئية الإيجاب و القبول للعقد الإنشائي، بل هي جزء للسبب المؤثر المركّب من العقد و الإجازة، فلا يكفي العلم بالشرائط قبل تمامية أجزاء العقد إلا في القبول، لأنّه جزء العقد. بخلاف الإجازة، فإنّها جزء للسبب و هو العقد المنتسب إلى المالك، و ليست جزء لنفس العقد حتى يجدي العلم بحصول شرائطها قبل تحقق نفس الإجازة.

(2) و هو المركّب من العقد و الإجازة، فلا يصدق على حصول شرط الإجازة قبل تحقق نفسها- و بعد إنشاء الإيجاب و القبول- أنّه حصل قبل تمامية إنشاء البيع، و المفروض أنّ الشرائط شرائط العقد لا المؤثر، و هو العقد و الإجازة.

(3) و هو السبب، و حقيقة البيع عند المصنّف قدّس سرّه هي: إنشاء النقل و الانتقال الشرعي الذي هو معنى اسم المصدر المترتّب على النقل الإنشائي، و يسمى بأثر البيع، و المسبب عن العقد الإنشائي.

(4) استدراك على اعتبار الشروط في إنشاء النقل الذي هو حقيقة البيع عند المصنّف، و حاصله: أنّه لو دلّ دليل شرط على اعتباره في المسبب و هو الأثر الشرعي، و لم يدلّ على اعتباره في النقل الإنشائي الذي هو سبب الانتقال الشرعي، أمكن أن يقال بكفاية وجود ذلك الشرط حين الإجازة الذي هو زمان المسبب أعني به الانتقال، و عدم لزوم اقترانه بالعقد.

(5) أي: في اعتبار ذلك الشرط في أصل النقل الإنشائي الذي هو السبب.

(6) جواب الشرط في قوله: «لو دلّ».

ولعلّ من هذا القبيل (2) القدرة على التسليم، وإسلام (3) [1] مشتري

(1) الذي هو زمان ترتّب الأثر الشرعي أعني به الانتقال، وعدم لزوم وجوده حين العقد. وجه الإمكان هو الإطلاق المقامي إن كان، وإلا فأصالة عدم الشرطية تقتضي عدم شرطيته للإنشاء.

(2) أي: من قبيل كفاية وجود الشرط عند الإجازة- وعدم دلالة دليل الشرط على اعتباره في إنشاء النقل الذي هو البيع حقيقة عند المصنف كما أشرنا إليه آنفا- شرطية القدرة على التسليم، كما إذا كان المبيع عبداً أبقاً، فإنّه يقال: إنّ القدرة على تسليمه ليست شرطاً لإنشاء البيع، بل هي شرط حال الإجازة، لأنّ وجوب التسليم يكون بعد الانتقال الذي هو حال الإجازة. ففي هذه الحالة يعتبر أن يكون قادراً على التسليم. كما أنّه إذا كان مباشر العقد نفس المالك اعتبر فيه القدرة على التسليم حين إنشاء النقل، لأنّه ظرف الانتقال.

(3) معطوف على «القدرة» بتقريب: أن يكون إسلام المشتري المصحف و العبد المسلم شرطاً لترتب الأثر وهو الانتقال، وليس شرطاً لإنشاء النقل حتى يلزم وجود إسلام المشتري حين الإنشاء، فيكفي وجوده حين الإجازة.

[1] جعل إسلام مشتري المصحف والمسلم من قبيل الشرط المعتبر حين الإجازة- دون إنشاء النقل- مبني على دلالة آية «نفي السبيل للكافر على المؤمن» على نفي السلطنة وزمام أمور المؤمن بيد الكافر، وعدم كون مجرد إضافة الملكية مع فرض محجورية الكافر عن كل تصرف في ملكه سبيلاً له على المؤمن حتى يكون منفيًا بالآية. فحينئذ تكون القدرة على التسليم شرطاً في ترتب الأثر الشرعي، فيكفي وجودها حين الإجازة.

لكن الأمر ليس كذلك، ضرورة أنّ نفس إضافة الملكية سبيل أيضاً، لأنّها سيادة وعلوٌّ ومولوية للكافر على المؤمن، فتكون شرطية إسلام المشتري المصحف و العبد المسلم كسائر الشروط المعتبرة في إنشاء النقل، فلا يكفي إسلامه حال الإجازة. ولذا لو باع المالك المصحف و العبد المسلم مباشرة من الكافر كان البيع فاسداً، ولا يقع موقوفاً على إسلام المشتري. وهذا يدلّ على كون الإسلام شرطاً مقارناً للإنشاء.

المصحف و العبد (1) المسلم.

ثمّ (2) هل يشترط بقاء الشرائط -المعتبرة حين العقد- إلى زمان (3) الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما (4) حتّى على القول بالنقل [1].

---

(1) معطوف على «المصحف».

(2) غرضه التعرض لحكم بقاء الشرائط بعد الفراغ عن حكم حدوثها، وأنّ بقاءها الى زمان تحقق الإجازة معتبر أو لا؟ وقد فصل بين الشروط، وقال: إنّ الشرائط على قسمين: فإن كانت معتبرة في تحقق المعاهدة كالبلوغ والعقل وقصد المدلول، فلا ينبغي الإشكال في عدم اعتبار بقاءها إلى زمان الإجازة. وذلك لتحقيق المعاقدة وعدم زوالها بارتفاع شرط من شرائطها.

وإن لم تكن معتبرة في صدق المعاهدة، بل كانت دخيلة في الملكية كالحياة والاستقلال في التصرف- في قبال المحجور- اعتبر بقاؤها إلى زمان الإجازة.

(3) متعلق ب «بقاء».

(4) أي: شروط المتعاقدين- وهي العقل وقصد المدلول جدّيًا- لا يعتبر بقاؤها حتى على القول بكون الإجازة ناقلة، ضرورة بقاء العقد في وعاء الاعتبار، وعدم زواله بانتفاء شروط الإنشاء.

---

وبيان أوضح: يكون قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ظاهرًا في نفي جعل السبيل تشريعًا للكافر على المؤمن. ولا ريب في كون إضافة الملكية جعلًا شرعيًا وسبيلًا اعتباريًا لكلّ مالك على مملوكه. ولا وجه لجعل السلطنة في الآيّة سلطنة خارجية و مالكية لأزمنة الأمور الدنيوية حتى يصح الالتزام بمالكية الكافر للمؤمن تشريعًا، ولا يصح تكويننا فقط.

[1] لا يبعد ابتناء اعتبار الشرائط- غير شرائط العاقد والإنشاء- في عقد الفضول على كون العاقد الفضول كالوكيل في إجراء الصيغة فقط، أو كالوكيل المفوض كما قيل؟

لكن الظاهر أنّه كالوكيل في إجراء الصيغة، كما قد يشهد له صحة بيع الفضول صبرة من حنطة مثلاً جاهلاً بمقدارها مع علم المالك و المشتري بكيلها ووزنها، فإنّ إجازة المالك

حينئذ ملزمة لهذا العقد، والقول ببطلانه وعدم نفوذ إجازة المالك فيه شطط من الكلام. فلو كان الفضول كالوكيل المفوض لم يكن محييص عن بطلان العقد، لأن الإجازة لا تؤثر إلا في العقد الجامع للشرائط إلا رضا المالك.

وبالجملة: فالظاهر عدم اعتبار شروط العوضين في العاقد الفضول، فالقدرة على التسليم كمعلومية العوضين من الشروط المعتمدة في من له العقد، سواء أكان مالكا للعين أم مالكا لزام أمر البيع كالولي، وليست معتبرة في العاقد الفضولي.

نعم لو كان العوض ممّا لا يجوز لمالكة بيعه، كما إذا كان أمّ ولد، لم يجز بيعه للفضولي أيضا، فلا بدّ من عدم وقوع بيع الفضول على ما لا يجوز بيعه للمالك.

فتلخص: أن شرائط الإنشاء والمنشئ معتبرة في الفضول، لتقوم العقد عرفا وشرعا بها. وأما شروط العوضين فالمتيقن من أدلتها اعتبارها في المالك للعين، أو مالك زمام البيع كولي القاصر، والوكيل المفوض، لأن موضوع تلك الشروط في الأدلة خصوص المتبايعين، وصدق البائع على الفضول غير معلوم، فموضوعيته لتلك الأدلة مشكوك فيها، والتمسك بها لإثبات شروط العوضين له تشبث بالعام في الشبهة المصدقية، وهو غير وجيه. ومع الشك في شمول أدلة العوضين للفضول فأصالة عدم الشرطية محكمة، فتلك الشرائط معتبرة في المالك.

ويمكن أن يكون الضابط في شرائط الإنشاء منع الخالق تعالى عن المعاملة، كبيع أمّ الولد ونحوه، بحيث لا يصحّ بيعه من الأصيل أيضا، لكون المعاملة عصيانا له سبحانه وتعالى. فإن كان المانع كذلك لم يمكن الإنشاء لا من الأصيل ولا من الفضول.

ويستفاد هذا الضابط ممّا ورد في نكاح العبد بدون إذن سيّده من التعليل لصحة النكاح «بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده» و معصية السيد تجبر برضاه.

ولعلّ من هذا القبيل بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر، ولذا لا يجوز للأصيل أيضا بيعهما. فإذا باعهما الفضولي لم يصحّ بيعه، وليس للمالك إجازته، لأنّ العقد في نفسه باطل، كنكاح المحارم، والتزويج بأخت الزوجة قبل تطلقها. وليس قابلا للإجازة حتى بناء على ناقلية الإجازة كما لا يخفى. فلو أسلم المشتري الكافر فلا بدّ من تجديد العقد، ولا تكفي الإجازة.

نعم (1) على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط (2).

### هل يعتبر بقاء شروط العوضين إلى زمان الإجازة؟

وأما شروط العوضين (3)

(1) استدراك على قوله: «لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط» و محصله: أنه- بناء على كون الإجازة بيعا مستأنفا كما اختاره المحقق القمي وغيره (1) لا مجرد إمضاء ورضا بما وقع من عقد الفضول- يقوى اشتراط بقاء شرائط المتعاقدين إلى زمان الإجازة، لأنّ زمان الإجازة بناء على كونها بيعا مستأنفا زمان إنشاء المعاهدة، و لا بدّ من تحقق شرائط المعاهدة- وهي شروط المتعاقدين- حين الإجازة، فلا بدّ من وجود الشرائط في الأصيل و الفضوليّ حين الإجازة التي هي معاملة جديدة.

(2) أي: اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما التي هي من شرائط إنشاء المعاهدة إلى زمان الإجازة. هذا بالنسبة إلى شرائط الإنشاء التي منها شروط المتعاقدين.

هل يعتبر بقاء شروط العوضين إلى زمان الإجازة؟

(3) كقابليتهما للتمكّن شرعا، و معلوميتهما، و مقدوريتهما للتسليم، و كونهما ملكا طلقا للمتعاقدين.

وأما القدرة على التسليم فليست كبيع المصحف، لأنّ القدرة على التسليم اعتبرت للغرر.

وأما بيع العبد الأبق و الدابة الشاردة و السمك في الماء و الطير في الهواء فهو في نفسه جائز، فإن قدر المشتري على التسلم صحّ البيع، لاندفاع الغرر به، و إن لم يقدر كلاهما على التسليم، فللمشتري خيار فسخ البيع.

تكملة: إذا شك في كون شيء شرطاً للإنشاء أو للملكية، و لم يكن موجوداً حين الإنشاء- كمعلومية العوضين- فهل تنفذ الإجازة حينئذ، أم لا؟ الظاهر العدم، لأنّ الشك في الانتقال، و أصالة الفساد تقتضي عدمه، لرجوع الشك في تحقق موضوع الإجازة و هو العقد، و مع عدم إحرازه لا تنفذ الإجازة.

(1) تقدم كلامه في ج 4، ص 562-565، فراجع.

فالظاهر اعتبارها [1] بناء على النقل (1) [2]. وأما بناء على الكشف فوجهان (2)، واعتبارها عليه أيضا غير بعيد (3).

## [الثاني: هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلا؟]

الثاني (4):

(1) لأنه بناء على النقل يكون زمان تأثير السبب- وهو إنشاء النقل- زمان الإجازة، فلا بدّ من تحقق الشرائط حين تأثيره، وإلا لم تكن شرطا لتأثيره. هذا بناء على النقل.

(2) منشأ هذين الوجهين هو اختلاف الاستظهار من أدلة الشروط، فصاحب الجواهر قدس سرّه استظهر منها اعتبار استمرار الشروط إلى زمان الإجازة بناء على الكشف، وقد تقدم كلامه في ثمرات الكشف و النقل، والمصنف استظهر عدم اعتبار استمرار الشروط إلى زمان الإجازة، وردّ كلام الجواهر في ثمرات الكشف و النقل، فراجع (ص 139-143).

(3) نفي البعد عن اعتبار استمرار الشروط مناف لما أفاده في ردّ الجواهر القائل باعتبار استمرار الشروط إلى زمان الإجازة على الكشف في ثمرات الكشف و النقل من قوله: «وفيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية .. إلخ» فراجع (ص 139).

هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلا؟

(4) هذا ثاني الأمور التي أشار إليها المصنف قدس سرّه بقوله: «وأما القول في المجاز فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور» وفي هذا الأمر يبحث في مقامين:

[1] واعتبارها في المالك واضح. وأما في العاقد الفضول فغير ظاهر، لأنّ موضوع تلك الشرائط هو المتبايعان، وصدق البائع على الفضول غير ظاهر. فموضوع البحث في اشتراط البقاء الى زمان الإجازة هو نفس المالك الأصيل دون الفضول.

[2] بل بناء على كون العاقد الفضول كالوكيل المفوض، إذ بناء على كونه كالوكيل في إجراء الصيغة فقط لا يعتبر فيه إلا شرائط الإنشاء، سواء أكانت الإجازة ناقلة أم كاشفة كما أشرنا إليه سابقا.

ص: 392



هل يشترط [1] في المجاز (1) كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل، من تعيين العوضين، و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً- فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً

الأول: في اعتبار العلم- تفصيلاً أو إجمالاً- بوقوع عقد في صحة الإجازة، وعدم اعتبار العلم به مطلقاً، وكفاية احتمال وجوده في صحة الإجازة.

والثاني: في صحة تعلق الإجازة بالمبهم وعدمها.

(1) هذا هو المقام الأول، وحاصله: أنه هل يشترط في قابلية العقد للإجازة علم المجيز تفصيلاً بالعقد- من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها- فإن لم يعلم المجيز تفصيلاً بالعقد فليس له إجازته؟ أم لا يشترط العلم التفصيلي به، بل يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة، إذ الغرض من اعتبار الإجازة في العقد الفضولي حصول أمرين.

أحدهما: رضا المالك و طيب نفسه بانتقال ماله إلى الغير.

و ثانيهما: صيرورة عقد الفضول عقداً للمالك المجيز حتى يشملهم عموم «أوفوا» و من المعلوم حصول هذين الأمرين بالعلم الإجمالي، فلا حاجة إلى اشتراط العلم التفصيلي للمجيز.

[1] ينبغي أن يعدّ هذا الشرط من شرائط صحة الإجازة، لا من شرائط العقد المجاز، بأن يقال: هل يعتبر في صحة الإجازة كون المجاز معلوماً للمجيز .. إلخ.

كما أنه ينبغي أن يقال في عنوان البحث: هل يعتبر العلم بوجود العقد تفصيلاً أو إجمالاً في صحة الإجازة؟ أم يكفي في صحتها الاحتمال و فرض وقوعه، كما إذا قال المالك: إن باع شخص فضولاً داري أو أجرها أو صالحها فقد أجزته.

ثم إن في صورتَي العلم الإجمالي بوقوع العقد أو احتمالهما هل يصح تعلق الإجازة بالمبهم أم لا؟ فهنا مقامان:

الأول: في اعتبار العلم بوجود العقد وعدمه. والثاني: في صحة تعلق الإجازة بالمبهم وعدمها، سواء قلنا باعتبار العلم بوقوع العقد، أم قلنا بعدمه.

و المصنف قدس سرّه اختار في المقام الأول اعتبار العلم التفصيلي بوقوع العقد، استناداً فيه إلى أنه بدون العلم بوقوعه يلزم التعليق، لأنه بمنزلة قوله: إن وقع بيع على مالي فقد أجزته.

لجاريته، أو يبيعا لها- أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان، من

و حيث إنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لحصول المعاهدة الحقيقية بين المتبايعين بها، و التعليق مبطل للعقود، فالإجازة التي هي بحكم العقد تبطل أيضا بالتعليق، هذا.

و المحقق النائيني قدّس سرّه أضاف إليه: عدم قابلية الإيقاعات للتعليق، و الإجازة من الإيقاعات، فلا تقبل التعليق (1).

أمّا ما أفاده المصنف قدّس سرّه فيتوجه عليه أولا: أنّ دليل بطلان التعليق هو الإجماع، و معقده نفس العقد، و لا يشمل الإجازة التي هي بحكم العقد، فالحاق الإجازة بالعقد قياس باطل عندنا.

و ثانيا: أنّ بطلان العقد بالتعليق يختص بأمر خارج عن العقد. و أمّا إذا كان بأمر يقتضيه نفس العقد و إن لم يصرّح به في متن العقد كقوله لزوجته: «إن كنت زوجتي فأنت طالق» فلا وجه لبطلانه، فإنّ مثل هذا التعليق موجود في جميع العقود.

و أمّا ما أفاده المحقق النائيني قدّس سرّه فلم يظهر مراده، إذ لا معنى لعدم القابلية. و لعلّ مراده عدم المشروعية. و كيف كان فهو معقول و مشروع كالتمييز و الوصية.

فالأقوى كفاية العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة، لحصول الغرض من الإجازة، و هو الرضا و انتساب العقد إلى المالك المجيز بالعلم الإجمالي، من دون حاجة إلى العلم التفصيلي.

بل الأقوى كفاية مجرد احتمال وقوع العقد، و صحة إجازته معلقة على وقوعه، و ذلك لما مرّ من عدم جزئية الإجازة للعقد حتى يقدح فيها التعليق، إذ كونها وسيلة لانتساب العقد إلى المالك لا يدلّ على كونها جزءا للعقد حتى يكون حكم العقد- و هو بطلانه بالتعليق- ثابتا لها. مضافا إلى: أنّ كل تعليق ليس مبطلا كما عرفت.

و قد ذكر المصنف قدّس سرّه في المقام الثاني جواز تعلّق الإجازة بالمبهم، لكونها كالإذن في جواز تعلقه بالمبهم. لكن القياس مع الفارق، إذ متعلق الإجازة جزئيّ، لكونه موجودا خارجيا. بخلاف متعلق الإذن، فإنّه ليس موجودا خارجيا حتى لا يقبل الإبهام و التردد.

(1) منية الطالب، ج 1، ص 278، البيع و المكاسب، ج 2، ص 216

كون (1) الإجازة كالإذن السابق، فيجوز تعلّقه (2) بغير المعيّن، إلّا (3) إذا بلغ حدّا (4) لا يجوز معه التوكيل. و من (5) أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد،

(1) هذا دليل كفاية العلم الإجمالي، وعدم اشتراط علم المجيز تفصيلا بالعقد المجاز، توضيحه: أنّ الإجازة كالإذن في الدلالة على الرضا وطيب نفس المالك، فكما يجوز تعلق الإذن بغير المعيّن، فكذلك الإجازة، فيجوز أن يجيز المالك عقد الفضول مع عدم علمه تفصيلا بذلك العقد، وأنّه هل هو بيع فرسه أم إجارة داره أم صلح عقاره؟ ولا فرق بين الاذن و الإجازة إلّا في كون الإذن قبل العقد ودخيلًا في حدوثه، و كون الإجازة بعده ودخيلًا في بقائه.

(2) أي: تعلق الإذن بالمبهم وغير المعيّن، والأولى تأنيث الضمير ليرجع إلى ما هو المناسب للمقام، أعني به الإجازة كما لا يخفى.

(3) استثناء من قوله: «فيجوز تعلقه» ومحصّله: أنّ تعلق الإذن السابق بشيء مبهم مشروط بما إذا لم يبلغ الإذن حدّا من الإبهام لا يجوز معه التوكيل، كما إذا قال: «وكلتك أو أذنت لك في بيع شيء من أموالني» فإذا بلغ ذلك الحدّ لم يجز شيء من الإذن والتوكيل، لبلوغ الإبهام حدّا يخرج عن دائرة اعتبار العقلاء.

(4) المراد بذلك ما هو الخارج عن محيط اعتبار العقلاء، بحيث يعد أمرًا سفهيًا وغير عقلائي. و ضمير «معه» راجع إلى «حدّ».

(5) معطوف على «من كون» وهذا دليل اشتراط علم المجيز تفصيلا بالمجاز، وعدم

ثمّ إنّ هذين المقامين أجنيبان عن حكم الإجازة من حيث الكشف والنقل، بل يجري البحث عنهما على كلا القولين في الإجازة.

ثمّ إنّ ما ذكرناه من صحة تعلق الإجازة بالعقد المعلوم إجمالًا وقوعه أو المحتمل وقوعه إنّما هو في العقد الصحيح الجامع للشرائط. فإن كان فيه خلل في نفسه مع الغض عن إجازة المالك - بحيث لو كان المالك متصديًا له كان العقد أيضًا فاسدًا - فهو خارج عن مورد البحث، كما إذا كان العوضان مجهولين، أو غير مملوكين، أو لم تكن الصيغة عربية بناء على اعتبارها.

لأن (1) المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فتشبهه (2) القبول [1] مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

و من هنا (3) يظهر قوّة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد

---

كفاية علمه الإجمالي به، و محصّله: أنّ المعاهدة الحقيقية القائمة بالمالكين لا تحصل إلا بالإجازة، ولا تتحقّق بعقد الفضولي، لعدم كونه مالكا ولا منصوبا من قبله. فالإجازة حينئذ كالقبول متممة لعقد الفضول، ولذا تعدّ أحد ركني العقد، فلا بدّ أن يكون المجيز عالما بما يجيزه من العقد حتى لا يلزم الغرر المنهي عنه في البيع وغيره.

(1) تعليل لكون الإجازة أحد ركني العقد، حيث إنّها توجب المعاهدة الحقيقية وإن لم تكن أحد طرفي العقد الإنشائي.

(2) أي: فتشبه الإجازة القبول.

(3) أي: و من كون الإجازة أحد ركني العقد- لحصول المعاهدة الحقيقية بين المالكين بها- يظهر .. إلخ. وهذا هو المقام الثاني أعني به اعتبار علم المجيز بوقوع العقد، وعدم كفاية احتمال وجوده في صحة الإجازة.

تقريبه: أنّه- بناء على كون الإجازة أحد طرفي العقد- لا بدّ من إحراز وجود العقد حتى تصحّ إجازته، وتكون أحد ركني العقد، ولئلا يلزم التعليق في الإجازة التي هي إيقاع، وإن قيل بصحة التعليق في العقود.

---

[1] بل الظاهر أنّ الإجازة تشبه الإيجاب المتأخر عن القبول، إذ المفروض وقوع القبول صحيحا من الأصيل، وإيجاب الفضول لم يقع في محله، فالإجازة تكون بمنزلة الإيجاب الواقع بعد القبول، فهي متممة للعقد، فلا بد من وجود عقد حتى تكون الإجازة متممة له.

و لعلّ نظره قدس سرّه في تشبيه الإجازة بالقبول إلى كونها كالقبول في عليّته للتأثير، يعني:

أن الإجازة كالقبول في كونها جزءا أخيرا لعلّة التأثير. لكن الإيجاب المتأخر كالقبول أيضا في كونه جزءا أخيرا لعلّة التأثير. ولا بدّ من التأمل في كلام المصنّف قدس سرّه.

احتماله (1)، فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف (2) وقوعه، لأن (3) الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى تشملها معاهد إجماعهم [1] على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنّها (4) في معناها. ولذا (5) يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء

---

(1) أي: احتمال وقوع العقد حتى يجيزه المجيز على تقدير وقوعه.

(2) هذا راجع إلى قوله: «و لا يكفي» يعني: و لا يكفي مجرد احتمال وقوع العقد في صحة الإجازة إذا انكشف وقوعه، فوجود الإجازة مع احتمال وقوع العقد كعدمها.

(3) تعليل لعدم كفاية احتمال وقوع العقد، توضيحه: أنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى تشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنّها في معنى العقود، لما مرّ أنّها من أنّ الإجازة توجب المعاهدة بين المالكين، فإذا كانت الإجازة في معنى العقد لم يجز التعليق فيها، و من المعلوم أنّ احتمال وقوع العقد تعليق في الإجازة، لكونها معلقة على وقوع العقد، فلا تجدي هذه الإجازة لأجل التعليق.

(4) أي: أنّ الإجازة، و ضميرا «فيها، معناها» راجعان إلى العقود.

(5) أي: و لأجل كون الإجازة في معنى العقد يخاطب المجيز بعد الإجازة بالوفاء بالعقد السابق الذي وقع فضولا، و حاصله: أنّ «أوفوا بالعقود» متوجه إلى العاقدين، و وجوب الوفاء على المجيز بعد الإجازة يكشف عن صيرورته عاقدا بسبب الإجازة.

فلو لم تكن الإجازة في معنى العقد لم يكن المجيز عاقدا مخاطبا بوجوب الوفاء

---

[1] قد تقدّم عن الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد «اتفاقهم على بطلان الفضولي فيها» «1» أي الإيقاعات. و لكن قد يدعى صحة الفضولي في القبض و نحوه ممّا هو من توابع العقود، و إن كان من قبيل الإيقاعات. فالمتيقّن من معقد الإجماع هو الإيقاعات المستقلة كالطلاق و نحوه.

و يمكن استظهار جواز جريان الفضولي في الإيقاعات غير المستقلة من رواية عروة، لأنّ الظاهر أنّ إجازته صلّى الله عليه وآله وسلم كانت بعد إقباض عروة.

---

(1) تقدم كلامه في الجزء الرابع من هذا الشرح، ص 349

ص: 397

بالعقد السابق لا يكون إلا في حقِّ العاقد [1] فتأمل (1).

بالعقد. وإذا كانت الإجازة في معنى العقد لم يجز التعليق فيها.

(1) لعلّه إشارة إلى: ما ذكرناه من عدم اختصاص وجوب الوفاء بالعقود بالعاقدين.

أو إشارة إلى: منع كون الإجازة في معنى العقد، وذلك لأنَّ الإجازة إمضاء للعقد السابق ورضا به. نظير الإذن في العقد، فإنَّه رضا به. ولا فرق بين الإذن والإجازة إلا في السبق والحق، وفي كون متعلِّق الإجازة جزئياً، لكونه موجوداً خارجياً صدر من الفضول. بخلاف الإذن، فإنَّ متعلِّقه كلي، لعدم تحلّيه بعد بحلية الوجود الذي هو مدار الجزئية، ولذا لا يعتبر العلم بخصوصيات أفراد، فيجوز الإذن في التصرف في ماله بعقد

[1] اختصاص خطاب «أوفوا بالعقود» بالعاقدين ممنوع، بل كلٌّ من له العقد سواء أكان عاقداً مباشرة أم كان وليّه أو وكيله عاقداً يجب عليه الوفاء بالعقد، فوجوب الوفاء على المجيز بعد الإجازة لا يدلُّ على كونه عاقداً، كما لا يدلُّ على كون الإجازة أحد ركني العقد سببها لتحقيق المعاهدة بين المالكين، ضرورة أنَّها لو كانت شرطاً لا ركناً لا تتحقق المعاهدة أيضاً إلا بعدها.

وبالجملة: فما أفاده المصنف قدس سرّه من كون الإجازة ركناً للعقد، ومن صيرورة المجيز بسببها عاقداً يشمله عموم أوفوا، غير ثابت.

وأما استناد اعتبار العلم بوقوع العقد - وعدم كفاية احتمال وقوعه - إلى لزوم التعليق في الإجازة التي هي في معنى العقد، ففيه أولاً: أنَّ تعدية الحكم بقدر التعليق من العقد إلى ما هو في معنى العقد محتاجة إلى الدليل، وهو مفقود.

و ثانياً: أنَّ التعليق القادح إنَّما هو في أمر زائد عما يقتضيه نفس العقد أو الإيقاع، فإذا علّق أحدهما على موضوعه، كما إذا قال: «بعثك داري إن كانت ملكاً لي» أو قال لزوجه:

«أنت طالق إن كنت زوجتي» كان كلٌّ منهما صحيحاً، لأنَّ التعليق على الملكية في البيع وعلى الزوجية في الطلاق ممّا يقتضيه نفس البيع والطلاق، فهذا تعليق واقعي سواء علّق لفظاً أم لم يعلّق. وقد تقدّم في مسألة اعتبار التنجيز في الصيغة الكلام في تعليق الإنشاء على ما هو معلّق عليه واقعا، فراجع (1).

(1) الجزء الثاني من هذا الشرح، ص 574-576

ص: 398

الثالث (1): المجاز (2)

معاوضي من دون تعيينه من بيع أو صلح أو غيرهما.

وأمّا الإجازة فتتعلق بموجود جزئي معيّن واقعا مجهول عند المجيز، فأجازته إجازة المجهول، لا- إجازة المرّدّد، إذ لا يعقل التردد في الموجود الخارجي المتعيّن بالمشخصات الفردية.

حكم العقود المترتبة على مال الغير

(1) هذا ثالث الأمور التي أشار إليها المصنف قدّس سرّه في (ص 383) بقوله: «وأمّا القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان أمور».

و الغرض من عقد هذا الأمر الثالث بيان حكم الإجازة في العقود المترتبة إمّا بالطبع، بأن يكون صحة بعضها علّة لصحة بعضها الآخر، كما هو المعنون في كتب الفقهاء، كما إذا اشترى من الفضولي كتاب زيد، ثمّ باعه المشتري من عمرو. وهكذا في طرف العوض، كما إذا وقعت بيوع على ثمن الكتاب. و إمّا بالزمان، كما إذا باع فضول واحد أو متعدد- في زمان واحد أو متعدد- عبد زيد من عمرو، ثمّ باعه من بكر، ثمّ باعه من بشر، ثمّ باعه من يوسف، ثمّ باعه من يعقوب، وهكذا. لكنّ تعميم البحث إلى العقود المترتبة زمانا- لا رتبة- إنّما هو من المصنف قدّس سرّه.

و كيف كان يقع الكلام في أنّ إجازة بعضها هل تقتضي صحة غيره مطلقا، أم لا تقتضي كذلك، أم تقتضي صحة بعضها؟ سيأتي التعرض لها عند شرح المتن إن شاء الله تعالى.

(2) هذا شروع في بيان أقسام العقد المجاز، توضيحه: أنّ العقود المترتبة تقع تارة على نفس مال المالك و هو المبيع فضولا. و اخرى على عوضه و هو الثمن، الأعمّ من عوض نفس المال المبيع فضولا، و عوض عوضه.

و ثالثة على كليهما. و ستأتي أمثلتها إن شاء الله تعالى.

ثمّ إن المصنف قدّس سرّه أضاف ترتّبا مركّبا في العقد الوسط إلى الترتب البسيط المذكور في كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم.

إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير (1)، وإمّا العقد [1] الواقع على عوضه (2).

(1) وهو المبيع فضولا، كالعبد الذي يبيع فضولا يفرس في مثال المتن.

(2) أي: على عوض مال الغير، كالفرس الذي هو عوض العبد في المثال المذكور.

[1] لعلّ الأولى ذكر هذا الأمر من الأمور المتعلقة بالإجازة، لأنّ مرجع البحث إلى أنّ الإجازة هل تؤثر في صحة غير العقد الذي تعلّقت به من العقود السابقة على العقد المجاز واللاحقة به، أم لا؟

ثم إنّ التقسيم تارة يكون بلحاظ وقوع العقد على مال الغير كالعبد في مثال المتن.

و اخرى بلحاظ عوضه الابتدائي كبيع العبد بالفرس، أو عوضه مع الوسطة كبيع الفرس الذي هو عوض العبد بدرهم. و ثالثة يكون بلحاظ العقد المجاز من حيث كونه أوّل العقود الجارية على نفس مال الغير أو آخرها، أو كونه أوّل العقود الجارية على الأعراض أو آخرها، أو كون المجاز وسط العقدين الموافقين له من حيث وقوعهما على المثلث أو الثمن، و المخالفين له. و من حيث وحدة العاقد الفضولي و تعدده. و من حيث كونه غير الفضول.

فهنا جهات من البحث ستظهر إن شاء الله تعالى.

و كيف كان فموضوع بحث الفقهاء هو العقود الطولية التي بينها علّية و معلوليّة، بمعنى ترتب صحّة بعضها على صحة الآخر، فتخرج العقود العرضية و إن كانت بحسب الزمان طوليّة، كما إذا وقعت عقود من فضول واحد أو متعدد في زمان واحد أو أزمنة متعددة على مال المالك، فهو خارج عن محلّ الكلام. كما إذا باع الفضولي عبد المالك من زيد مثلا، ثم باعه ذلك الفضولي أو فضولي آخر من عمرو، ثم باعه من بكر. فإنّ إجازة بعضها لا تصحّح إلاّ العقد الذي تعلّقت به، و لا تقتضي صحة غيره من العقود السابقة عليه و اللاحقة له. كما لا تتوقف صحته على صحة غيره، فيكون غير العقد المجاز باطلا.

نعم بناء على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد يجوز للمجاز له إجازة عقد آخر من تلك العقود مطلقا، سواء أ كانت سابقة على العقد المجاز أم لاحقة له، من غير فرق بين كاشفية الإجازة و ناقليتها، حيث إنّ المجاز له صار بإجازة المالك لعقد الفضول مالكا، فلا مانع من إجازة أيّ عقد شاء، سواء وقع منه أم من غيره. بل يحتمل صحته بلا حاجة إلى



الإجازة إذا صدر العقد منه، لكونه من صغريات «من باع شيئاً ثم ملك». وبناء على اعتبار مالكية المجيز حين العقد لا وجه للإجازة، فلا وجه للصحة.

وبالجملة: فعنوان المصنف قدس سرّه يفترق عن عنوان الفقهاء في أمرين:

أحدهما: في ترتب العقود، فإن المصنف عمّم الترتب إلى الترتب الزماني، والفقهاء جعلوا الترتب خصوص الترتب الطولي الانتقالي.

والآخر: الترتب البسيط، فإنه خيرة الفقهاء، والمصنف عمّمه إلى الترتب المركّب، وهو: أن يكون طرفا العقد الوسط متخالفين، كما إذا كان الوسط يبيع العبد بالكتاب، وسابقه ما وقع على مال المالك، كبيع العبد بالفرس، ولاحقه ما وقع على عوض مال المالك وهو يبيع الفرس بالدرهم. بخلاف مسلك الفقهاء، فإنهم اكتفوا بالرتب البسيط، وهو كون طرفي العقد الوسط مثله. فإن كان واقعا على مال الغير كانا مثله، وكذا إذا كان الوسط واقعا على العوض كان طرفاه واقعين عليه أيضا.

ثم إن أقسام العقد المجاز في العقود المترتبة على مال المجيز ستة:

أولها: بيع العبد بالفرس، وآخرها بيع العبد بالدينار، ووسطها بيع العبد بالكتاب.

وهذه البيوع الثلاثة واقعة على نفس مال المالك وهو العبد. ووسطها- وهو بيع العبد بالكتاب- مثال للأقسام الأربعة:

أحدها: كونه وسطا بين عقدين واقعين على نفس مال المالك، وهما بيع العبد بفرس، وبيع العبد بدينار.

ثانيها: كونه وسطا بين عقدين واقعين على عوضي مال المالك، وهما بيع الفرس بدرهم، وبيع الدينار بجارية.

ثالثها: كونه وسطا بين عقدين يكون سابقهما واقعا على مال المالك، وهو بيع العبد بالفرس، ولاحقهما على بدل مال المالك، وهو بيع الدينار بجارية.

رابعها: كونه وسطا بين عقدين يكون سابقهما واقعا على بدل مال المالك، وهو بيع الفرس بدرهم، ولاحقهما واقعا على مال المالك، وهو بيع العبد بالدينار.

هذه ستة أقسام العقد المجاز في العقود الواقعة على مال المجيز.

وأما الستة الواقعة على عوض مال المجيز، فهي: أن أول عقد وقع على بدل مال المجيز هو بيع الفرس بدرهم، وآخره بيع الرغيف بالعسل، فإن الرغيف عوض عن الدرهم، و الدرهم عوض عن الفرس، و الفرس عوض عن العبد. وهذا البيع وقع على عوض عوض عوض مال المالك. ووسطه بيع الدرهم- الذي هو عوض عن الفرس- برغيف، وهذا العقد مثال للأقسام الأربعة:

أحدها: وقوع بيع الدرهم برغيف وسطا بين بيع العبد بفرس، وبيع العبد بدينار، اللذين وقعا على مال المالك.

ثانيها: وقوع بيع الدرهم برغيف وسطا بين بيع الفرس بدرهم، وبيع الدينار بجارية، الواقعين على عوض مال المالك.

ثالثها: وقوع بيع الدرهم برغيف وسطا بين بيع العبد بفرس الواقع على مال المالك، وبيع الدينار بجارية، الواقع على عوض مال المالك.

رابعها: وقوع بيع الدرهم برغيف بين بيع الفرس بدرهم الواقع على عوض مال المالك، وبيع العبد بالدينار الواقع على مال المالك.

وبانضمام هذه الأربعة إلى الصورتين الأوليين- وهما بيع الفرس بدرهم وبيع الرغيف بعسل- يصير أقسام العقد المجاز في العقود الواقعة على عوض مال المجيز ستة.

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ البيوع الواقعة على عين مال الغير ثلاثة:

أحدها: بيع العبد بفرس.

ثانيها: بيع العبد بكتاب.

ثالثها: بيع العبد بدينار.

و البيوع الواقعة على عوض مال الغير خمسة، اثنان منها واقعان على عوضه الأولي، وهما بيع الفرس بدرهم، وبيع الدينار بجارية.

و ثلاثة منها واقعة على عوض عوض مال المالك، وهي بيع الدرهم برغيف، وبيع

الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل. هذه أقسام العقد المجاز.

وأما حكمها فهو: أنّ الضابط الكليّ في ذلك أنّ كلّ عقد تكون صحته مترتبة- أي لازما لصحة العقد المجاز أو ملزوما لها- يترتب صحته على العقد المجاز.

وبعبارة أخرى: إذا كان بين عقدين علاقة لزومية، بأن يكون أحدهما لازما لآخر، أو ملزوما له، كانت إجازة أحدهما مستلزمة لإجازة الآخر، بمعنى: كون إجازة واحدة موجبة لصحة كلا العقدين.

وإن لم يكن بينهما علاقة لزوميّة لا تكون إجازة أحدهما مستلزمة لصحة الآخر.

هذا إذا كان العقد المجاز العقد الوسط من العقود الواقعة على نفس مال الغير، فإنّ إجازة العقد الوسط- كبيع العبد بالكتاب- تصحّح ما بعده من بيع العبد بدينار، ولا تصحّح ما قبله كبيع العبد بفرس، بل تبطله، لأنّ إجازته تدلّ على إمضاء بيع العبد بالكتاب، وعدم رضاه بتعويض عبده بالفرس، إذ لازم رضاه بذلك دخول الفرس في ملكه بدلا عن العبد، ولم يكن مالكا للعبد حتى يصحّح له إجازة بيع العبد بالكتاب. نعم لمالك الفرس إجازة بيع الفرس بالدرهم.

وأما إذا كان العقد المجاز العقد الوسط من العقود المترتبة الواقعة على عوض مال الغير، كما إذا فرضنا أنّ الفضوليّ باع عبد المالك بفرس، ثم باع الفرس بدرهم، ثم باع الدرهم برغيف، ثم باع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل، فإنّ بيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على عوض مال الغير وهو الدرهم، حيث إنّ بدل الفرس الذي هو بدل العبد.

وقبله عقدان وقع أحدهما على مورده وهو بيع الفرس بدرهم، حيث إنّ الدرهم أيضا مورد العقد الوسط، وهو بيع الدرهم برغيف، ولم يقع ثانيهما- وهو بيع العبد بفرس- في مورده.

وكذلك بعده عقدان وقع أحدهما في مورده وهو بيع الدرهم بحمار، ولم يقع الآخر وهو بيع الرغيف بعسل في مورده.

فتفصيله: أنّه إذا أجاز المالك العقد الوسط، وهو بيع الدرهم برغيف، أو شراء الرغيف بدرهم، فعلى القول بالكشف تستلزم الإجازة صحة العقود السابقة أيضا، ضرورة أنّ

صحّة بيع الدرهم برغيف منوطة بصحة ما قبله و هو بيع الفرس بدرهم، إذ ملكية الدرهم للمجيز حتى يصحّ له إجازة بيع الدرهم برغيف تتوقف على صحة بيع الفرس بدرهم.

وكذا صحة بيع الفرس بدرهم تتوقف على صحة بيع العبد بفرس، إذ لو لم يصحّ لا يصير مالكا للفرس حتى يملك الدرهم، ويصحّ له إجازة بيع الدرهم برغيف: أو شراء الرغيف بدرهم. هذا بناء على القول بالكشف.

وأما على القول بالنقل، فمحصله: أنّه لمّا وقعت البيوع السابقة في غير ملك البائع، فعلى القول بصحتها مع الإجازة أو بدونها فلا كلام، و إلا فتبطل.

هذا حال العقود السابقة على العقد المجاز من العقود الواقعة على عوض مال المجيز.

وأما العقود اللاحقة له، فإن وقعت على المعوّض - أي المعوض في البيع المجاز، و هو في بيع الدرهم بالرغيف - كبيع الدرهم بالحمار، فإنّ إجازة بيع الدرهم برغيف - الذي هو الوسط بين بيع الفرس بدرهم و بين بيع الدرهم بحمار - تكشف عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف، فيصحّ له بيع ذلك الدرهم بالحمار. هذا.

وإن وقعت على الرغيف - الذي هو العوض في العقد المجاز - بأن بيع الرغيف بالعسل، فصحته منوطة بإجازة مستقلة من صاحب الرغيف.

والضابط في تأثير الإجازة في غير العقد الذي تعلّقت به - سواء أكان سابقا على العقد المجاز أم لاحقا له - كما أشرنا إليه آنفا هو: أن يكون بين المجاز وغيره من العقود علقّة توجب صحة غير المجاز، إمّا لكونه لازما للمجاز كبيع العبد بالدينار، و بيع الدينار بالجارية، فإنّ صحتهما من لوازم صحة بيع العبد بالكتاب. أو ملزوما له، كبيع العبد بالفرس، و بيع الفرس بالدرهم، و بيع الدرهم بالرغيف، فإنّ صحة بيع الدرهم بالرغيف - المفروض كونه عقدا مجازا - من لوازم صحة بيع الفرس بالدرهم، و صحة بيع العبد بالفرس، إذ لو لم يصحّ لا يملك المجيز الدرهم حتى يصحّ له إجازة بيع الدرهم بالرغيف.

فلو لم يكن بين العقد المجاز وغيره من العقود العلقّة المذكورة - كما إذا باع فضوليّ عبد الغير، ثم باعه فضوليّ آخر، و هكذا، أو باعه فضولي واحد مرارا - فإنّ إجازة مالك العبد لأحد هذه العقود لا تصحّ إلا ما تعلّقت به من العقود، و لا تصحّ غيره.

و على كلّ منهما (1) [1] إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال (2)، أو على (3) عوضه، أو آخره (4)، أو عقدا (5)

(1) أي: و على كلّ من الفرضين- و هما وقوع الإجازة على مال الغير، و وقوعها على عوض ماله- إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد من العقود الواقعة على المال الذي بيع فضولا، و إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد من العقود الواقعة على عوض المال المبيع فضولا.

(2) و هو مال المالك الذي بيع فضولا.

(3) معطوف على «على المال» و المراد بالعوض هو ثمن المال المبيع فضولا، يعني: و إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على عوض مال المبيع.

(4) معطوف على «أوّل عقد» و ضمير «آخره» راجع إلى «عقد»، يعني: أو يكون المجاز آخر عقد من العقود الواقعة على مال الغير أو على عوضه.

(5) معطوف على «أوّل عقد» يعني: و إمّا أن يكون المجاز عقدا وسطا بين عقدين واقعين على مال الغير، أو على بدله. أو بالاختلاف، بأن وقع السابق على مال الغير، و اللاحق على عوض مال الغير. أو بالعكس، بأن وقع السابق على العوض، و اللاحق على مال الغير.

فلكون المجاز العقد الوسط صور أربع:

إحداها: كون السابق و اللاحق واقعين على نفس مال الغير، كبيع العبد بالفرس، و بيع العبد بالدينار، فإنّهما طرفان للوسط المجاز، و هو بيع العبد بالكتاب.

ثانيتها: كونهما واقعين على عوض مال الغير، كبيع الفرس بالدّرهم، و بيع الدينار

[1] ينبغي أن يقال: فإن وقعت الإجازة على نفس مال الغير فله ثلاث صور:

الأولى: كون العقد المجاز أوّل العقود الجارية على مال الغير.

الثانية: كونه آخر العقود.

الثالثة: كونه وسط العقود.

و إن وقعت الإجازة على العقود الجارية على عوض مال الغير فكذلك. و للوسط المجاز في كل من العقود الجارية على كلّ من مال الغير و عوضه صور أربع كما سيأتي تفصيله في المتن.

بين سابق و لاحق (1) واقعين (2) على مورده (3)، أو بدله، أو باختلاف.

و يجمع الكلّ (4) فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب، ثمّ

بالجارية، فإنّهما طرفا العقد المجاز، و هو بيع العبد بالكتاب.

ثالثتها: كون السابق واقعا على مال الغير، و اللاحق واقعا على بدل مال الغير، كبيع العبد بالفرس، و بيع الدينار بالجارية.

رابعتها: كون السابق واقعا على عوض مال الغير، و اللاحق واقعا على نفس مال الغير، كبيع الفرس بالدرهم، الواقع على العوض، و بيع العبد بالدينار، الواقع على نفس مال الغير. فإنّ العقد الوسط المجاز- و هو بيع العبد بالكتاب- وقع بين هذين العقدين المختلفين، لوقوع سابقهما على عوض مال الغير، و لاحقهما على نفس مال الغير.

(1) هما نعتان ل «عقد» و كلمة «بين» حال لكلمة «عقدا» أي: حال كون العقد الوسط واقعا بين سابق و لاحق.

(2) حال لكلمتي «سابق و لاحق» أي: حال كون العقد السابق و اللاحق واقعين على مال الغير، أو على بدل مال الغير، أو باختلاف. و قد اتّضح جميع ذلك بقولنا:

«فلكون المجاز العقد الوسط صور أربع .. إلخ».

(3) أي: مورد مال المالك.

(4) هذا شروع في بيان أمثلة الكل - أي: كلّ الصور المتصورة في العقد المجاز- من العقود المترتبة الواقعة على مال الغير و عوضه.

وقد ظهر من كلمات المصنف قدّس سرّه أنّ أقسام العقد المجاز اثني عشر، ستة لكون المجاز العقد الواقع على مال الغير، لأنّه إمّا أوّل العقود الواقعة عليه، و إمّا آخرها، و إمّا وسطها. و للوسط أقسام أربعة، لأنّ طرفيه إمّا عقدان وقعا على مال الغير، أو وقعا على عوض مال الغير، أو اختلفا، بأن كان السابق مال الغير، و اللاحق عوض مال الغير، أو كان السابق العوض، و اللاحق نفس مال الغير.

و بضمّ هذه الأربعة إلى الأوّلين- و هما كون المجاز أوّل العقود الواقعة على مال الغير و آخرها- تصير الأقسام ستة.

و هكذا إذا كان المجاز العقد الواقع على العوض، لأنّه إمّا أوّل العقود، و إمّا آخرها، و إمّا وسطها.

باعه الثالث بدينار (1). و باع (2) البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث (3) الدينار (4) بجارية، و باع بائع الفرس الدرهم (5) برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف

و لهذا الوسط أيضا صور أربع، لأنّ طرفيه إمّا واقعان على نفس مال الغير، و إمّا واقعان على بدله، و إمّا مختلفان، بأن كان السابق واقعا على نفس مال الغير، و اللاحق على بدله. أو كان السابق واقعا على بدل مال الغير، و اللاحق على نفس مال الغير. و بانضمام هذه الأربعة إلى الأوّلين- و هما أوّل العقود الواقعة على العوض و آخرها- تصير الأقسام ستة أيضا.

(1) و هذه العقود الثلاثة واقعة فضولا- على المعوّض- و هو العبد- و ثمنه في العقد الأوّل فرس، و في العقد الثاني كتاب، و في العقد الثالث دينار.

(2) من هنا شرع المصنف قدّس سرّه في بيان أمثلة العقود الواقعة على عوض مال الغير.

و المراد بالعوض أعمّ من العوض مع الوسطة و بدونها، كما يظهر من أمثلة العقود الواقعة على عوض مال الغير.

و هذا أوّل العقود الواقعة على عوض مال الغير، حيث إنّ الفرس كان ثمن العبد في أوّل عقد من العقود الجارية على المعوّض- و هو العبد- فبيع الفرس بدرهم أوّل عقد وقع على عوض العبد، و هو الفرس الذي بيع بدرهم، و وسطه بيع الدرهم- الذي هو عوض الفرس- برغيف. و آخره بيع الرغيف بالعسل، فإنّ الرغيف عوض عن الدرهم، و الدرهم عوض عن الفرس، و الفرس عوض عن العبد.

(3) أي: باع البائع الثالث- الذي باع العبد بدينار- الدينار بجارية. و البائع الأوّل هو الذي باع العبد بفرس، و البائع الثاني هو الذي باع العبد بكتاب. فالدينار ثمن العبد في البيع الثالث الواقع على العبد، لكن وقع في هذا العقد مثمنا، و صارت الجارية ثمنه.

(4) و هو ثمن العبد في البيع الثالث الواقع على العبد الذي هو مال الغير.

(5) الذي هو عوض العوض، لأنّه عوض الفرس، و هو عوض العبد في أوّل العقود الواقعة على مال الغير.

أمّا جامعية هذه الأمثلة للأقسام الاثني عشر بالنسبة إلى الأقسام الستة في الفرض الأوّل- و هو كون المجاز من العقود الواقعة على مال الغير- فهي كون المجاز أوّل العقود و آخرها، و هما بيع العبد بفرس، و بيعه بدينار. و كون المجاز وسطا بين عقدين

واقعين على نفس مال الغير، وهما بيع العبد بالفرس، وبيع العبد بالدينار، فإن المجاز- وهو بيع العبد بالكتاب- وقع بينهما.

ووسطا بين عقدين متعلقين بعوض مال الغير، وهما بيع الفرس بالدرهم وبيع الدينار بالجارية، حيث إنهما واقعان على العوض، وهو الفرس والدينار اللذان هما عوضا العبد في بيعه الأوّل والآخ.

ووسطا بين العقد الواقع على المعوّض- وهو بيع العبد بالفرس- والعقد الواقع على العوض وهو بيع الفرس بالدرهم.

ووسطا بين العقد الواقع على العوض وهو بيع الفرس بالدرهم، وبيع العبد بالدينار الذي وقع على المعوّض وهو العبد.

وأما جامعيتّه بالنسبة إلى الأقسام الستة في الفرض الثاني- وهو كون المجاز من العقود الواقعة على عوض العبد- فتفصيلها: أن أوّل العقود الواقعة على العوض هو بيع الفرس بالدرهم، حيث إنّ الفرس أوّل عوض عن العبد في البيوع الجارية عليه.

وثانيها: بيع الدرهم بالرغيف، فإنّ الدرهم كان ثمنا للفرس. وفي هذا العقد صار مثمنا للرغيف.

وثالثها: بيع الرغيف- الذي هو عوض الدرهم الذي كان عوض الفرس- بالعسل.

ومن هذه الأمثلة يظهر أنّ المراد بالعوض أعمّ من عوض العبد بلا واسطة كالفرس، ومع الواسطة كالدرهم والرغيف، حيث إنّ الدرهم بدل الفرس الذي هو بدل العبد.

والرغيف بدل الدرهم الذي هو بدل الفرس الذي هو بدل العبد.

ثمّ إن العقد المجاز إمّا أوّل هذه العقود، وهو بيع الفرس بالدرهم. وإمّا آخرها، وهو بيع الرغيف بالعسل. وإمّا الوسط الذي له صور أربع. فهو كالعقد المجاز في الفرض الأوّل أعني به العقود الواقعة على المثلين، وهو العبد.

فإذا انضمّ ما للوسط من الصور الأربع إلى الصورتين الأوليين- وهما كون العقد المجاز أوّل العقود الواقعة على العوض وآخرها- تكون الأقسام في الفرض الثاني وهو العقود الواقعة على العوض ستة أيضا، فصارت الأقسام كلّها اثني عشر.



بعسل (1).

أمّا (2) إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب (3) - فهي ملزمة له ولما بعده ممّا وقع على مورده (4) أعني العبد بالدينار، بناء على الكشف (5).

(1) وهذان المثالان من العقود الواقعة على عوض العوض، وكذا بيع الدرهم برغيف. فهذه الأمثلة الثلاثة أمثلة لوقوع البيع على بدل بدل مال المالك.

(2) هذا شروع في بيان حكم إجازة العقود الواقعة على مال الغير - وهو العبد - وعلى عوضه، من حيث الصحة و الفساد. وقد تعرّض له في مقامين:

الأوّل: حكم إجازة العقد الواقع على مال الغير كالعبد في مثال المتن.

والثاني: في حكم إجازة العقد الواقع على عوض مال الغير.

والكلام فعلا في المقام الأوّل، ومحصّله: أنّ إجازة العقد الواقع على مال المالك - وهو بيع العبد بالكتاب - ملزمة له ولما بعده ممّا وقع على مورده كبيع العبد بالدينار بناء على الكشف. أمّا كون الإجازة ملزمة لعقد المالك الأصلي فواضح. وأمّا كونها ملزمة لما وقع على ما بعده من العقد الواقع على أصل مال المالك - وهو بيع العبد بالدينار - فلكون الإجازة كاشفة عن وقوع بيع العبد بالدينار في ملك بائع العبد.

وأما بناء على النقل فصحته مبنية على اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه. فإن قلنا باعتباره لم يكن إجازته ملزمة للعقد المجاز، ولا لما بعده من العقود، إذ المفروض عدم كون المجيز مالكا للعبد حين البيع.

وإن قلنا بعدم الاعتبار كما عليه المصنف قدّس سرّه، حيث قال في (ص 237): «الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد» كانت الإجازة ملزمة لهذا العقد المجاز ولما بعده من العقود.

(3) اختار هذا الفرض، لكونه وسطا بين بيع العبد بالفرس وبيع العبد بالدينار، حتى يكون له سابق ولاحق.

(4) أي: مورد مال المالك، وهو العبد المبيع بالدينار.

(5) لكشف الإجازة عن وقوع بيع العبد بالدينار في ملكه، فلا وجه لعدم صحته، إذ المفروض كشف إجازة بيع العبد بالكتاب عن دخول العبد في ملك من اشتراه بالدينار.

وَأَمَّا بِنَاءِ عَلَى النُّقْلِ فَيُنْبِئُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ عَتَبَارِ مَلِكِ الْمَجِيزِ حِينَ الْعَقْدِ، وَعَدَمِهِ (1).

وَهِيَ (2) فُسْخٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا قَبْلَهُ مِمَّا (3) وَرَدَ عَلَى مُورِدِهِ- أَعْنِي بِيَعِ الْعَبْدِ بِفَرَسٍ- بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَجِيزِ.

أَمَّا (4) بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ مَلِكٌ بِالْإِجَازَةِ.

(1) أَي: وَعَدَمُ عَتَبَارِ مَلِكِ الْمَجِيزِ حِينَ الْعَقْدِ، حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لِلْعَبْدِ حِينَ بِيَعُهُ بِالْدِينَارِ، فَيُصَحُّ لَهُ إِجَازَتُهُ. وَهَذَا مُخْتَارُ الْمُصَنِّفِ كَمَا عَرَفْتَ أَنْفًا.

(2) يَعْنِي: وَإِجَازَةُ الْمَالِكِ الْعَقْدِ الْوَاقِعِ مِنَ الْفُضُولِيِّ عَلَى مَا لَمْ يَفْسَخْ لِلْعُقُودِ السَّابِقَةِ عَلَى الْعَقْدِ الْمَجَازِ الْوَاقِعَةِ عَلَى مَالِهِ، وَهُوَ الْعَبْدُ فِي مِثَالِ الْمَتْنِ. وَالْعَقْدُ السَّابِقُ عَلَى الْعَقْدِ الْمَجَازِ هُوَ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْفَرَسِ. وَإِجَازَةُ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْكِتَابِ عِبَارَةٌ عَنْ رِضَا مَالِكِ الْعَبْدِ بِمِلْكِيَةِ الْعَبْدِ لِمَالِكِ الْكِتَابِ، لَا لِمَالِكِ الْفَرَسِ، فَيُبْطَلُ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْفَرَسِ.

فَالْمُتَحَصِّلُ: أَنَّ إِجَازَةَ عَقْدٍ مِنَ الْعُقُودِ الْوَاقِعَةِ عَلَى مَالِ الْمَالِكِ إِمْضَاءٌ لِلْعُقُودِ الْوَالِدَةِ، وَرَدٌّ لِلْعُقُودِ السَّابِقَةِ عَلَى الْمَجَازِ.

(3) أَي: مِنَ الْعُقُودِ الْوَاقِعَةِ عَلَى مُورِدِ مَالِ الْمَالِكِ، وَهُوَ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْفَرَسِ، يَعْنِي: أَنَّ مَا ذَكَرْنَاهُ- مِنْ كَوْنِ إِجَازَةِ مِلْزَمَةِ لِلْعُقُودِ الْوَالِدَةِ الْوَاقِعَةِ عَلَى مَالِ الْمَالِكِ، وَفُسْخًا لِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ الْمَجَازِ مِنَ الْعُقُودِ الْوَاقِعَةِ عَلَى مَالِهِ وَهُوَ الْعَبْدُ- إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَالِكِ الْمَجِيزِ، وَهُوَ مَالِكُ الْعَبْدِ، لِأَنَّ إِجَازَةَ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْكِتَابِ تَقْتَضِي انْفِصَاحَ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْفَرَسِ.

فَبِيَعِ الْفَرَسِ بِالْدِرْهَمِ بِيَعِ فَضُولِي تَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ عَلَى إِجَازَةِ مَالِكِ الْفَرَسِ.

فَصَارَ الْمُتَحَصِّلُ: صِحَّةُ الْعَقْدِ الْوَاقِعِ عَلَى مَالِ الْمَالِكِ- وَهُوَ بِيَعِ الْعَبْدَ بِالْكِتَابِ- وَ مَا بَعْدَهُ مِنْ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْدِينَارِ، وَفُسْخُ الْعَقْدِ السَّابِقِ عَلَى الْعَقْدِ الْمَجَازِ، وَهُوَ بِيَعِ الْعَبْدَ بِالْفَرَسِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَالِكِ الْمَجِيزِ.

(4) وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ مَلِكٌ بِالْإِجَازَةِ- وَهُوَ مَنْ اشْتَرَى الْعَبْدَ بِالْكِتَابِ- فَهَلْ لَهُ إِجَازَةُ بِيَعِ الْعَبْدِ بِالْفَرَسِ أَمْ لَا؟ حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لِلْعَبْدِ حِينَ بِيَعُهُ بِالْفَرَسِ. الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى مَا سَبَقَ مِنْ اشْتِرَاطِ مَلِكِ الْمَجِيزِ حِينَ الْعَقْدِ وَعَدَمِهِ. وَقَدْ أَشْرْنَا أَنْفًا إِلَى أَنَّ

- وهو المشتري (1) بالكتاب- فقابلته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد.

هذا (2) حال العقود السابقة واللاحقة على مورده، أعني مال المجيز (3).

وأما (4) العقود الواقعة على عوض مال المجيز، فالسابقة (5) على هذا العقد (6)

---

المصنف قدس سره لا يشترط ذلك، فله الإجازة، ولا يحتاج إلى عقد جديد.

(1) أي: المشتري للعبد بالكتاب، وهو الذي باع العبد بالدينار، وملك العبد بإجازة مالك العبد يبعه بالكتاب.

(2) أي: لزوم العقود اللاحقة للعقد المجاز- وبطلان العقود السابقة عليه- هو حكم العقود الواقعة على المعوض، وهو العبد في مثال المتن.

(3) وهو المالك للمعوض كالعبد في المثال المذكور.

(4) بعد بيان حكم الإجازة بالنسبة إلى العقود السابقة واللاحقة الواقعة على مال المجيز، أراد أن يذكر حكم الإجازة في العقود الواقعة على عوض مال المجيز، مع كون العقد المجاز في كلا الفرضين- وهما العقود الواقعة على نفس مال المجيز وعوضه- هو العقد الواقع على عين مال المجيز، كبيع عبد المالك بكتاب.

فقوله: «وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز» من توابع إجازة بيع الفضول عبد المالك بكتاب، ويكون في مقابل قوله: «هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مورده».

ثم إن المراد بعوض مال المجيز أعم من عوض مال الغير بلا واسطة، كالعبد في المثال المذكور، ومع الوسطة كبيع الدرهم برغيف، وبيع الدرهم بحمار، فإن الدرهم والرغيف عوض بواسطة.

ويمكن أن يكون العوض مع الوسائط كبيع الرغيف بالعلس، فإن الرغيف عوض الدرهم، وهو عوض الفرس الذي يكون عوض العبد الذي هو عين مال المجيز.

(5) مبتدء، وخبره «يتوقف» والمجموع خبر «وأما العقود».

(6) وهو العقد المجاز، أعني به بيع العبد بالكتاب.

- و هو (1) بيع الفرس بالدرهم- يتوقف لزومها (2) على إجازة المالك الأصلي للعرض و هو الفرس. و اللاحقة (3) له- أعني بيع الدينار بجارية- تلزم (4) بلزوم هذا العقد (5).

و أمّا (6) إجازة العقد الواقع على العوض

---

(1) الضمير راجع إلى «السابقة» المراد بها بيع الفرس بالدرهم، و تذكير الضمير باعتبار الخبر، و إن كان خلاف الظاهر.

و محصل ما أفاده: أنه بإجازة بيع العبد بالكتاب يفسخ بيع العبد بالفرس، إذ مع صحته لا يكون المجيز مالكا للعبد حتى تصح إجازته ببيع العبد بالكتاب، فیردّ الفرس حينئذ إلى مالكة الأصلي، فيكون بيع الفرس بالدرهم فضوليا، و يحتاج نفوذه إلى إجازة مالك الفرس.

(2) أي: لزوم السابقة- و هي بيع الفرس بالدرهم- فإنّ هذا أوّل العقود الواقعة على عوض مال الغير و هو العبد في المثال. و قد عرفت أنّها: أنّ انفساخ بيع العبد بالفرس بسبب إجازة بيع العبد بالكتاب يوجب بطلان بيع الفرس بالدرهم. و صحته منوطة بإجازة مالك الفرس، لأنّه المالك الأصلي للفرس.

(3) معطوف على قوله: «فالسابقة» و ضمير «له» راجع إلى «هذا العقد» المراد به بيع العبد بالكتاب الذي هو العقد المجاز.

و بيع الدينار بجارية عقد لاحق للعقد المجاز، و واقع على العوض، و هو الدينار الذي يكون عوض العبد.

(4) خبر «و اللاحقة» يعني: تلزم العقود اللاحقة لعقد المجاز- الذي هو بيع العبد بالكتاب- سواء وقعت على نفس مال المجيز كبيع العبد بالدينار، أم وقعت على عوض مال المجيز كبيع الدينار بجارية، حيث إنّ الدينار عوض العبد.

(5) و هو بيع العبد بالكتاب، فإنّ لزومه بالإجازة يستلزم صحة كلا العقدين، الواقع أحدهما على نفس العبد بالدينار، و ثانيهما على عوضه، و هو بيع الدينار بالجارية، لترتّب صحتهما على صحة ما قبلهما، و هو بيع العبد بالكتاب كما هو واضح.

(6) معطوف على «أمّا» في قوله: «أمّا إجازة العقد الواقع على مال المالك» و هذا

- أعني بيع الدرهم (1) برغيف- فهي (2) ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال الملك، أعني بيع العبد بالفرس، أم على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم. و للعقود (3) اللاحقة له إذا وقعت على المعوض (4)، و هو بيع الدرهم بالحمار.

هو المقام الثاني المتكفل لحكم إجازة العقد الواقع على عوض مال المجيز. كما أنّ المقام الأول تكفل حكم إجازة العقد الواقع على نفس مال المجيز و هو العبد.

(1) الذي هو عوض عن الفرس في بيع الفرس بالدرهم، و الفرس عوض عن العبد. و هذا مثال لبيع عوض العوض الذي صار موردا للإجازة.

فالمراد بقوله: «العوض» عوض عوض العبد، و هو الدرهم الذي هو عوض الفرس الذي هو عوض العبد. و هذا الدرهم بيع برغيف.

وصحة هذا البيع منوطة بدخول الدرهم في ملك المالك الأصلي للعبد. و دخوله في ملكه منوط بإجازته بيع الفرس بالدرهم، و بيع عبده بالفرس، و لذا قال: «سواء وقعت على نفس مال المالك أعني بيع العبد بالفرس أم على عوضه».

(2) أي: الإجازة ملزمة. محصل ما أفاده هنا: أنّ إجازة مالك العبد العقد الواقع على عوض ماله- أعني به العبد- يلاحظ حكمها تارة بالنسبة إلى العقود السابقة عليه، و اخرى بالنسبة إلى العقود اللاحقة له.

أمّا العقود السابقة عليه فهي صحيحة مطلقا، سواء وقعت على نفس مال المالك، كبيع العبد بالفرس، أم على عوضه كبيع الفرس بالدرهم، فإنّ الفرس عوض العبد في أول البيوع الجارية على العبد، فمال المالك أعمّ من العبد و عوضه.

(3) معطوف على «للعقود». و أمّا العقود اللاحقة للعقد المجاز- و هو بيع الدرهم بالحمار- فمحصله: أنّ إجازة العقد الواقع على عوض العوض ملزمة للعقود اللاحقة للعقد المجاز أيضا إذا وقعت الإجازة على عوض العوض أيضا، لأنّ إجازة المالك الأصلي العقد الواقع على عوض العوض توجب ملكية المبيع للمجاز له، و هذا يقتضي صحة كلّ عقد يقع بعده، لوقوعه في ملكه.

(4) و هو الدرهم، حيث إنه معوض في بيع الدرهم بالرغيف، فإنّ الإجازة تكشف

أما الواقعة (1) على هذا البديل (2) المجاز- أعني بيع الرغيف بالعسل - فحكمها (3) حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

و ملخص (4) ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز،

عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف، فيصح له بيع الدرهم بالحمار.

(1) أي: العقود الواقعة المترتبة على هذا البديل المجاز.

(2) وهو الرغيف الذي كان بدلا عن الدرهم في بيع الدرهم بالرغيف الذي أجز.

فإذا بيع الرغيف مرارا كان فضوليا محتاجا إلى إجازة مستقلة، كما إذا بيع الرغيف بالعسل، ثم بيع هذا الرغيف بالدين، ثم بيع هذا الرغيف بالتمر، كان حكمها حكم العقود الواقعة على نفس مال المجيز مرارا من أشخاص متعددة في الاحتياج إلى إجازة مستقلة.

كما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، فإن إجازة بيع العبد بالكتاب تكون ردًا لما قبله، وإجازة لما بعده كما تقدّم تفصيله في شرح قوله: في (ص 409): «أما إجازة العقد الواقع على مال المالك» فتكون إجازة بيع الرغيف بالعسل ردًا لما قبله، وإمضاء لما بعده.

(3) خبر «أما الواقعة» أي: فحكم العقود الواقعة على البديل المجاز حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء- وهو العبد في مثال المصنف قدس سره- حيث إن الرغيف صار ملكا للمجيز كملكية العبد له، فيجري عليه ما يجري على العبد من الاحتياج إلى إجازة مستقلة، ومن كون الإجازة فسخا لما قبل العقد المجاز، وإمضاء لما بعده.

(4) يعني: و حاصل ما ذكرناه في مسألة ترتب العقود الواقعة على مال المجيز أو عوضه: أنه لو أنشئت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز، فإن وقعت تلك العقود من أشخاص متعددة- كما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس من زيد، ثم باعه زيد بكتاب من عمرو، ثم باعه عمرو بدينار من بكر- كانت إجازة المالك بيع العبد بالكتاب ردًا لما قبله، إذ لو كان بيع العبد بالفرس- الذي هو قبل العقد المجاز- صحيحا لم يكن العبد ملكا لمالكة الأصلي حتى تصحّ له إجازة بيع العبد بالكتاب، لأنّ العبد حينئذ ملك لزيد، فإجازة المالك العقد الوسط- وهو بيع العبد بكتاب- ردّ لما قبله من بيع العبد بالفرس.

فإن وقعت (1) من أشخاص متعدّدة [1] كانت إجازة وسط منها (2) فسخا لما قبله، وإجازة (3) لما بعده (4) على الكشف (5). وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر (6).

---

(1) أي: فإن وقعت العقود- الواقعة على مال المجيز- من أشخاص .. إلخ.

(2) أي: من العقود، و«فسخا» خبر «كانت» وقد عرفت تقريب الفسخ.

(3) معطوف على «فسخا» يعني: أنّ إجازة عقد من تلك العقود تكون إجازة لما بعده من العقود، وذلك لأنّ الإجازة توجب دخول العبد في ملك صاحب الكتاب.

فالعقود الواردة عليه كبيعه بالدينار صحيحة، لأنّ بئعه باعه مالكا له. و الناس مسلّطون على أموالهم.

(4) أي: لما بعد العقد الوسط المجاز، كبيع العبد بالدينار في المثال المذكور.

(5) يعني: أنّ ما ذكرناه- من كون إجازة العقد الوسط فسخا لما قبله وإمضاء لما بعده- مبنيّ على كاشفية الإجازة، حيث إنّها تكشف عن كون المبيع ملكا للمشتري من زمان صدور العقد، فتصح العقود المتأخرة عن العقد المجاز. وهذا بخلاف ناقلية الإجازة، لعدم خروج المبيع عن ملك المالك قبل الإجازة.

(6) يعني: إن وقعت العقود عن شخص واحد انعكس الأمر، بأنّ الإجازة إجازة لما قبله، وفسخ لما بعده.

---

[1] لم يظهر وجه التقييد بتعدد من أوقع العقود، إذ ليس المدار في كون إجازة العقد الوسط فسخا لما قبله وإجازة لما بعده على التعدد المذكور، بل المدار في ذلك على إناطة صحة بعضها بصحة بعضها الآخر. فيمكن أن يكون العاقد متعددا، ومع ذلك يكون العقد المجاز فقط صحيحا، كالعقود المتعددة الصادرة من فضول متعدد على متاع واحد. فإنّ إجازة المالك واحدا من تلك العقود تصحّح العقد المجاز دون غيره.

إلا أن يريد بالتعدد تعدد المشتري، بأن يكون العاقد في كل بيع هو المشتري في البيع السابق، بقريضة قوله في ذكر المثال: «و يجمع الكل فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب» فإنّ قوله: «باعه المشتري» قرينة على كون المراد بالعقود المتعددة هو وقوع كل عقد منها عن خصوص المشتري في ذلك العقد، لا مطلقا ولو من فضولي آخر.

و لعلّ هذا (1) هو المراد من المحكي عن الإيضاح و الدروس في حكم ترتّب العقود من (2) «أنّه إذا أجاز عقدا على المبيع (3) صحّ (4) و ما بعده، و في الثمن ينعكس (5)» «1» فإنّ (6) العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعدّدة (7).

(1) أي: و لعلّ كون إجازة العقد الوسط من العقود المتعددة الصادرة من أشخاص فسحا لما قبله و إجازة لما بعده، و كون الإجازة مع وقوع العقود من شخص واحد إجازة لما قبله و فسحا لما بعده- عكس الأوّل- مراد صاحبي الإيضاح و الدروس من عبارتهما المحكية في حكم ترتب العقود.

(2) بيان للعبرة المحكية عن الإيضاح و الدروس، يعني: أنّ العبارة المحكية هي هذه.

(3) و هو مال المجيز كالعبد في المثل المذكور في المتن، و المجيز هو المالك.

(4) لأنّ خروج المبيع عن ملك المالك بسبب إجازته العقد الوسط يوجب صحة كل عقد يقع عليه.

(5) و العكس هو صحة العقد المجاز و ما قبله، و بطلان ما بعده.

(6) هذا الكلام من المصنف، و هو تعليل لقوله: «و لعل هذا هو المراد» و تأييد لما احتمله من مرادهما.

(7) مثل ما تقدّم من بيع العبد بفرس، ثم بيع المشتري له بكتاب، ثم بيعه بدينار، فإنّ صحة العقود الواقعة بعد العقد المجاز مترتبة على خروج العبد عن ملك مالكة بسبب إجازة العقد الوسط، و هو بيع العبد بالكتاب، فلا بدّ من الالتزام بصحّة ما بعد العقد المجاز من العقود، لصيرورة مالك العبد أجنبيّا عن العبد مع فرض خروجه عن ملكه، فيصحّ كلّ عقد يجري عليه بعد العقد المجاز.

بخلاف العقود السابقة على العقد المجاز، فإنّ إجازة بيع العبد بالكتاب تكشف عن

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 418، الدروس الشرعية، ج 3، ص 193، و الحاكي عنهما المحقق الثاني في جامع المقاصد، ج 4، ص 70، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 191، و غيرهما.



وأما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادهما (1) أن يعقد على الثمن الشخصي مرارا (2)، لأن (3) حكم ذلك (4) حكم العقود المترتبة على المبيع، على ما سمعت سابقا من (5) قولنا: «أما الواقعة على هذا البذل المجاز» إلى آخره (6). بل (7) مرادهما ترامي

رضاه بمبادلة عبده بالكتاب، وعدم رضاه بمبادلته بالفرس، فالعبد باق على ملكه حتى يصح له إجازة بيعه بالكتاب.

(1) أي: مراد الإيضاح والدروس، وحاصله: أن الثمن ليس كالمثمن في جريان العقود العديدة على الثمن الشخصي كجريانه على المثمن الشخصي - كالعبد الواقع مثمنا في العقود الثلاثة من بيعه تارة بالفرس، وأخرى بالكتاب، وثالثة بالدينار - حتى تبطل العقود السابقة، وتصح العقود اللاحقة، كصحة العقود اللاحقة الجارية على المثمن. بل المراد وقوع بيوع متعددة على أثمان عديدة متغايرة، كبيع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع الدرهم برغيف، ثم بيع الرغيف بعسل.

(2) كأن يبيع المشتري الرغيف الذي هو ثمن الدرهم بعسل من زيد، ثم يبيع زيد الرغيف من عمرو باللبن، ثم يبيع عمرو الرغيف من بكر بدبس، فإنه قد مرّ أنفا: أن حكم البيوع الواقعة على الثمن الشخصي حكم العقود المترتبة الواقعة على المبيع، كالعبد الذي وقع عليه بيع ثلاثة من بيعه تارة بالفرس، وأخرى بالكتاب، وثالثة بالدينار.

(3) تعليل لقوله: «فليس مرادهما» يعني: ليس مرادهما من قولهما: «وفي الثمن ينعكس» وقوع بيوع على ثمن شخصي، لأن حكم ذلك حكم العقود الواقعة على المبيع الشخصي، وهو صحة العقود اللاحقة على العقد المجاز، وبطلان السابقة عليه، مع أنّهما حكما بصحة السابقة وبطلان اللاحقة، فلا بدّ أن يريد الترامي الأثمان.

(4) أي: حكم وقوع العقود على الثمن الشخصي مرارا حكم العقود الواقعة على المبيع الشخصي. وهو بطلان العقود السابقة على العقد المجاز، وصحة اللاحقة له.

(5) بيان للموصول في قوله: «ما سمعت».

(6) قد تقدم ذلك في (ص 414).

(7) إضراب على قوله: «فليس مرادهما» وقد عرفت المراد بترامي الأثمان بقولنا:

«بل المراد وقوع بيوع متعددة على أثمان عديدة .. إلخ».

الأثمان في العقود، كما صرّح بذلك (1) المحقّق والشهيد الثانيان «1».

وقد علم من ذلك (2) أنّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم (3)- من العقد المجاز على عوض مال الغير (4)- ليس (5) العوض الشخصي الأوّل (6) له (7)، بل العوض ولو بواسطة (8).

والحاصل: أنّه ليس مراد الإيضاح و الدروس بقولهما: «وفي الثمن ينعكس» هو العقود الواقعة على الثمن الشخصي، لأنّ حكمها حينئذ صحة العقود اللاحقة و بطلان السابقة، لا صحة السابقة و بطلان اللاحقة، كما هو مرادهما بقولهما: «وفي الثمن ينعكس».

(1) أي: يكون مراد فخر المحققين و الشهيد من العقود المترتبة على الثمن هو ترامي الأثمان في العقود المتعددة، لا- وقوع العقود على الثمن الشخصي مرارا.

(2) أي: ممّا ذكرناه في توضيح كلام صاحبي الإيضاح و الدروس- من أنّ مرادهما من العقود المترتبة على الثمن هو ترامي الأثمان، لا العقود الواقعة على الثمن الشخصي مرارا- علم أنّ مرادنا بما ذكرناه في المقسم- و هو قوله في (ص 399): «المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير، وإمّا العقد الواقع على عوضه .. إلخ»- هو العوض مطلقا و إن كان مع الوسطة، فإنّه قد علم من الأمثلة التي ذكرها المصنف قدس سرّه أنّ المراد بعوض مال الغير أعمّ من العوض الشخصي، فيشمل العوض مطلقا سواء أ كان بلا واسطة كالفرس الذي هو عوض العبد الذي هو مال الغير، أم مع الوسطة كالرغيف و الدرهم و العسل و الحمار، فإنّها أبدال طويلة للعبد، و أعواض مع الوسطة له.

(3) قد مرّ أنّ المراد بالمقسم.

(4) كالعبد الذي يبيع فضولا.

(5) خبر قوله: «ان مرادنا»، و الجملة في محل رفع نائب فاعل ل «علم».

(6) كالفرس الذي هو العوض الشخصي الأوّل عن العبد.

(7) أي: لمال الغير.

(8) كما مرّ في الأمثلة المتقدمة، فإنّ العوض- في كل بيع- يقع معوّضا في بيعه

(1) لاحظ: جامع المقاصد، ج 4، ص 70، مسالك الأفهام، ج 3، ص 159، الروضة البهية، ج 3، ص 233

ثم إنَّ هنا (1) إشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود

الآخر، كما إذا باع الفضول عبد الغير بفرس، ثم باع الفرس بدرهم، ثم باع الدرهم برغيف، ثم باع الرغيف بعسل.

هذا تمام الكلام في حكم إجازة بعض العقود المترتبة بناء على كل من الكشف و النقل، و سيأتي التعرض لإشكال يختص بما إذا علم المشتري بغصبية المبيع.

إشكال جواز تتبع العقود لو علم المشتري بالغصب

(1) أي: إنَّ في جواز إجازة المالك أيَّ عقد من العقود- الجارية على عين ماله أو على عوضه- إشكالا في صورة علم المشتري بغصبية المبيع، تَبَّ عليه العلامة، و أوضحه فخر الدين و قطب الدين الرازي و الشهيد قدس سرهم، و قد تقدم الإشارة إليه في ثلاثة مسائل بيع الفضولي، فراجع «1». و ناسب التعرض له هنا أيضا.

و كيف كان فمحصل الاشكال: أنه يلزم أن يكون البيع المجاز يباع بلا ثمن، و بطلانه واضح. و منشأ هذا المحذور ما ذهب إليه الفقهاء من عدم ضمان البائع- الغاصب- للثمن الذي يأخذه من المشتري بإزاء المبيع المغصوب، مع فرض علم المشتري بغصبية المبيع، إذ لا يتحقق حينئذ مفهوم المعاوضة التي حقيقتها كون كل من المالكين بإزاء الآخر، لفرض أنه لا يكون بإزاء المبيع مال، لكون التسليط على الثمن مع العلم بغصبية المبيع مجانيا، فالضمان المعاوضي المقوم للبيع مفقود هنا، فإجازته كالعدم، لكونها إجازة لبيع بلا ثمن، و من المعلوم أنه ليس يباع.

فصورة علم المشتري بغصبية المبيع للبائع الفضول خارجة موضوعا عن مسألة تتبع العقود، و إجازة المالك لأيَّ عقد شاء من العقود الجارية على عين ماله أو بدله.

و بعد صيرورة الثمن ملكا للبائع الغاصب بسبب تسليط المشتري، فإذا اشترى الغاصب لنفسه سلعة بالثمن المزبور صارت السلعة ملكا له، فلا يكون البيع الأوّل و لا هذا الشراء- و كذا العقود اللاحقة الواقعة على هذه السلعة- مرتبطين بالمالك الأوّل حتى يكون له الإجازة و التبع.

لصورة (1) علم المشتري بالغصب أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد (2)، وأوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة [1] إليه.

---

أما البيع الأول فلكونه بيعا بلا ثمن، لعدم دخول الثمن في ملك مالك المبيع.

وأما البيع الثاني فلوقوعه لنفس الغاصب، بعد صيرورة الثمن بسبب التسليط ملكا له، فيقع البيع له. وكذا ما بعده من البيوع الواقعة على ذلك الثمن المغصوب.

وأما الواقعة على عين المال لأشخاص بأثمان أخرى - غير ذلك الثمن المدفوع إلى البائع الغاصب - فللمالك إجازة أي واحد من تلك العقود الجارية على المثل، لعدم خروجه عن ملك مالكه، فله أن يجيز أي عقد شاء من العقود الجارية على عين ماله أو عوضه.

وعلى هذا فجعل الإشكال في الإجازة وفي تتبع العقود من الخروج الموضوعي أولى من جعله من الخروج الحكمي.

(1) متعلق ب «شمول» والمراد بالحكم هو جواز إجازة المالك العقود الواقعة على ماله أو بدله.

(2) قال في شروط المتعاقدين: «و للمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته، و مع علم المشتري إشكال» «I»، يعني: و مع علم المشتري بغصبيّة المبيع فضولا إشكال في إجازة المالك الأصيل العقد الواقع على نفس ماله، و تتبع العقود الواقعة على ماله أو عوضه.

---

[1] هذه الكلمة توهم عدم الجزم بانتساب كتاب «حواشي الشهيد على قواعد العلامة» إليه. مع أن الحاشية المنقولة في المتن نسبها السيد الفقيه العاملي قدس سرّه إلى الشهيد، فقال: «وقال الشهيد في حواشيه ..». و الظاهر أن منشأ الشبهة كلام صاحب الرياض على ما حكاه عنه في الذريعة و ارتضاه، حيث قال: «وقال صاحب الرياض: الحق أنّها بعينها الحواشي النجارية التي دوّنها الشيخ جمال الدين أحمد بن النجار تلميذ الشهيد. أقول:

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19

ص: 420

فقال الأول (1) فيما حكى عنه: «إن وجه الإشكال (2) أن المشتري مع العلم (3) يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا (4) لو تلف لم يكن له الرجوع. ولو بقي (5)

---

(1) وهو قطب الدين محمد بن محمد البويهى، من تلامذة العلامة قدس سرهما وتسمى حاشيته «الحواشي القطبية» كما أفاده في الذريعة «1». وحاكي لكلامه هو السيد الفقيه العاملي قدس سره.

(2) قد مرّ آنفاً توضيح الإشكال، وأن مناطه هو تسليط المشتري العالم بغصبية المبيع البائع الغاصب على الثمن. وقوله: «إن المشتري.. إلخ» بيان لأول وجهي الإشكال.

(3) أي: مع علم المشتري بغصبية المبيع، وقوله: «على الثمن» متعلق بـ «مسلطاً».

(4) أي: ولأجل تسليط المشتري - العالم بغصبية المبيع - البائع الغاصب على الثمن، لو تلف الثمن عند البائع الغاصب فليس للمشتري مطالبة بدله. وهذا يكشف عن خروج الثمن عن ملك المشتري، ودخوله في ملك الغاصب بسبب التسليط المجاني. فتأمل، إذ مع فرض بقاءه على ملكه يكون عدم جواز الرجوع إلى بدله منافياً لقاعدتي السلطنة وضمنان اليد العادية.

(5) يعني: ولو بقي الثمن - ولم يتلف في يد الغاصب - ففيه الوجهان، من حيث نفوذ الإجازة وعدمه.

---

ويظهر حقيقته بتطبيق ما في النسخة المذكورة مع المطبوع من النجارية، كما ذكرنا «2». لكن الموجود في غير موضع من رياض العلماء نسبة الحواشي النجارية إلى الشهيد، كقوله:

«و منها الحواشي النجارية، والحق أنّها بعينها حاشية الشهيد الأول» «3». وقوله: «وله أي وللشاهد أيضا حواشي القواعد إلى آخر الكتاب، سمّاها حواشي النجارية..» «4».

---

(1) الذريعة الى تصانيف الشيعة، ج 6، ص 172

(2) نفس المصدر

(3) رياض العلماء، ج 1، ص 387 و ج 6، ص 36

(4) المصدر، ج 5، ص 187

ص: 421

(1) من كون عين المال موجودا، فله المطالبة. و من أنّ الإعراض الحاصل بالتسليط يوجب الخروج عن الملك، فيتملكه الغاصب بالقبض، فليس للمشتري الرجوع بها على الغاصب.

ويمكن أن يكون بناء الوجهين على أنّ التسليط تملك للغاصب، فليس للمشتري العالم بغصيبة المبيع الرجوع إلى الغاصب إلا من باب الهبة إن لم تكن من ذي الرحم، أو إذن في الإتلاف، فعلى الأول ليس له الرجوع، وعلى الثاني له الرجوع.

(2) يعني: فلا ينفذ في بيع الغاصب مال الغير إجازة المالك الأصلي بعد تلف الثمن. وهذا متفرّع على ما أفاده قطب الدين رحمه الله من تسليط المشتري- العالم بغصيبة المبيع- البائع الغاصب على الثمن.

توضيحه: أنّ الثمن بسبب التسليط صار ملكا للفضولي الغاصب، ولم يدخل في ملك مالك المبيع المغصوب، فلم يتحقق مفهوم البيع المتقوم بالمبادلة بين المالين، فلا موضوع للإجازة، ضرورة أنّ مرجعها إلى إجازة البيع بلا ثمن، ولذا يصير المال الذي يشتريه الغاصب- بذلك الثمن- ملكا له، كما صار الثمن ملكا له بالتسليط.

(3) الباء للسببية، و متعلق ب «ينفذ» يعني: لا تنفذ الإجازة في هذا البيع بسبب فعل المسلط، وهو البائع الغاصب، و المقصود بفعله هو دفع الثمن- الذي أخذه من المشتري- إلى بائع مبيع اشتراه لنفسه. فتلف الثمن إنّما حصل بدفعه عن سلعة اشتراها الغاصب من بائعها. و هذا التلف ناش عن تسليط المشتري الذي هو السبب حقيقة لعدم نفوذ إجازة

[1] الظاهر كون اللام للتعريف الذكري، لكن لم يذكر الوجهان قبل العبارة المحكيّة في المتن، و لا يحضرني حاشية قطب الدين على القواعد حتى أراجعه.

و كيف كان فالحقّ جواز الرجوع مع بقاء العين، لأنّ التسليط المجاني على تقديره إمّا هبة، و إمّا إباحة مالكية. و على التقديرين يجوز الرجوع إلا في هبة ذي الرحم.

لكن الحق انتفاء كليهما، إذ ليس هناك إنشاء جديد حتى يقال: إنّ هبة أو إباحة، بل التسليط ليس إلا وفاء للثمن. و منه يظهر جواز إجازة مالك المبيع المغصوب، و اشتغال ذمة المشتري له بالثمن.

عن مبيع اشتراه (1). و من (2) أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة، و لم يمنع (3) من نفوذ الملك فيه إلاّ عدم صدوره (4) عن المالك، فإذا أجاز (5) جرى [1]

المالك الأصلي، لصيرورة البيع بلا ثمن، و هو غير قابل للإجازة كما مرّ آنفاً.

(1) أي: عن مبيع اشتراه الغاصب لنفسه.

(2) هذا ثاني وجهي الإشكال المثبت لنفوذ الإجازة، مع علم المشتري بغصبيّة المبيع فضولاً. و الظاهر زيادة كلمة «من» و حق العبارة أن تكون «و أنّ الثمن» حتى يعطف «ان الثمن» على «ان المشتري» فكأنه قال: «إن وجه الاشكال: أنّ المشتري مع العلم .. إلخ. و أنّ الثمن عوض».

و كيف كان فملخص هذا الوجه: أنّ المانع عن تملك المالك الأصلي للثمن الذي دفعه المشتري إلى البائع الغاصب- عوضاً عن العين المملوكة للغير- ليس إلاّ عدم صدور البيع عن المالك، فإذا أجاز كانت الإجازة بمنزلة صدور العقد منه، فيملك الثمن بلا مانع. كما يملك المشتري المبيع كذلك، فلا يلزم كون البيع بلا ثمن حتى لا يكون موضوعاً للإجازة.

و بالجملة: قد جعل الثمن قبل دفعه إلى الغاصب البائع ثمناً للمبيع المغصوب، و عدم اتصافه بالثمنية كان لأجل عدم صدور البيع من المالك. فإذا أجاز كانت إجازته بمنزلة صدور البيع عنه، فيتصف حينئذ بالثمنية و العوضية.

(3) يعني: و لم يمنع شيء من نفوذ الملك في الثمن، سوى عدم صدور البيع من المالك.

(4) الضمير راجع إلى «العقد» المستفاد من العبارة.

(5) يعني: إذا أجاز مالك المبيع المغصوب- الذي باعه الفضول- جرى مجرى البيع الصادر عن المالك.

[1] هذا بناء على كاشفية الإجازة، حيث إنّ الإجازة تكشف عن صحة العقد قبل تسليط المشتري، و عدم ملكية الثمن للبائع الغاصب، و عن انتقال المبيع إلى المشتري قبل دفع الثمن إلى البائع الغاصب. و أمّا بناء على ناقليتها فليست الإجازة نافذة، لصدورها بعد دخول الثمن في ملك البائع بالتسليط، فلا يجري عقد الفضولي حينئذ بسبب الإجازة مجرى العقد الصادر من المالك.

[1] لا يخفى أن قطب الدين الرازي قدس سره لم يرجح أحد طرفي الاشكال. ووجه عدم صحة الإجازة- وهو عدم انتقال الثمن إلى مالك المبيع فضولا لأجل تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن- مشترك بين الفخر والشهيد قدس سرهما، إذ كلاهما قائل بعدم المقتضي للإجازة، حيث إن المقتضي وهو البيع مفقود هنا، لتقومه بتبادل المالكين المنفي في المقام، بعد فرض انتقال الثمن إلى البائع الغاصب، و عدم انتقاله إلى المالك الأصيل.

و لازم بطلان إجازة العقد الأول بطلان إجازة الثاني، ضرورة أنه وقع على مال الغاصب، إذ المفروض وقوع البيع على الثمن الذي صار ملكا له بتسليط المشتري. و من المعلوم أن صحة الإجازة من المالك منوطه بكون المجيز مسلطاً شرعا على الإجازة، بأن يكون مالكا لأحد العوضين، أو وكيلاً عنه، أو ولياً عليه، أو مأذونا من قبله.

و الحاصل: أن البيع الثاني وإن كان مشتملا على عوضين وأجنبيا عن البيع بلا ثمن، لكنهما ليسا من المالك الأصيل، فلو أجازته وقعت إجازته على غير ماله، وهي غير نافذة.

بخلاف البيع الأول، فإنه لا ثمن فيه، فليس يباع حقيقة حتى يقبل الإجازة، هذا.

لكن الحق صحة إجازة البيع الأول من مالك المبيع المغصوب، بداهة أن المشتري لا ينشئ تمليكا جديدا للثمن للبائع الغاصب، بل تسليطه الغاصب على الثمن يكون بعنوان الوفاء، إذ من المعلوم أنه لا يدفع الثمن إلا عوضا عن المبيع، و لذا لم يدفع إليه المال في غير مقام المعاملة. غاية الأمر أنه يعلم بأن البائع لا يدفع الثمن إلى مالكة وهو المغصوب منه، و يتصرف فيه عدوانا، كتصرفه في نفس المبيع، و هذا العلم لا يضر بقصد البيع و المبادلة، فلا مانع من إجازة المالك، إذ لا يلزم محذور البيع بلا ثمن. كما أنه لا مانع من إجازة البيع الثاني و الثالث و الرابع الجارية على الثمن أو المثلث.

تنبيه: لا يخفى أن مورد الاشكال هو الثمن الشخصي لا الكلي، لأنّ المبدول للغاصب ليس هو الثمن الذي وقع عليه العقد حتى تكون العقود الواردة عليه واقعة على الثمن كي تندرج هي تحت عنوان تتبع العقود الجارية على الثمن. لكنك قد عرفت عدم مملكية التسليط، و صحة إجازة مالك المبيع العقد الأول وغيره من العقود الواقعة على المبيع أو الثمن.



و قال (1) في محكيّ الحواشي: «إنّ المشتري مع علمه (2) بالغصب يكون مسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل (3) في ملك ربّ العين [1].»

(1) يعني: وقال الشهيد الأوّل في محكيّ الحواشي المنسوبة إليه على قواعد العلامة قدّس سرّه. و ملخص ما أفاده: صيرورة بيع الفضول الغاصب للمبيع - مع علم المشتري بالغصب - يباع بلا ثمن، حيث إنّ تسليطه البائع الغاصب على الثمن مانع عن دخول الثمن في ملك مالك المبيع المغصوب، حتى يتحقق التبادل بين المالكين الذي يتقوم به البيع. فالمتاع الذي يشتري به الغاصب يكون ملكاً له، لصيرورة ثمنه ملكاً له.

و الشاهد على مملكية التسليط برهانان إثبات:

أحدهما: حكمهم بعدم جواز استرداد الثمن من الغاصب إذا رجع المالك على المشتري بالمبيع، وهذا دليل على ملكية الثمن للبائع الغاصب.

ثانيهما: حكمهم بعدم جواز الرجوع إلى البديل إذا أتلّفه الغاصب، إذ لو كان ملكاً للمشتري كان إتلافه موجبا للضمان [2].

(2) أي: علم المشتري بغصبيّة المبيع للبائع الفضول.

(3) يعني: فلا يدخل الثمن مع هذا التسليط في ملك ربّ العين، وهو مالك المبيع المغصوب.

[1] هذه العبارة ظاهرة في كون الإجازة ناقلة، إذ مع الكاشفية يؤثر عقد الفضول من حينه، ويدخل الثمن في ملك مالك المبيع المغصوب قبل تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن، فيجوز للمالك إجازة البيع الأوّل من دون لزوم كونه يباع بلا ثمن.

[2] لكن فيهما ما لا يخفى إذ في الأوّل: أنّ التسليط ليس من الأسباب الناقلة، إلّا إذا كان هبة. و حينئذ يجوز الرجوع فيه مع بقائه.

و في الثاني: أنّ عدم الضمان ليس لازماً مساوياً لمالكية الغاصب للثمن، بل أعمّ منه.

فعدم الضمان لا يدلّ على كون الثمن ملكاً للغاصب، بل عدم الضمان إنّما هو لأجل إذن المشتري في التصرف فيه ولو بإتلافه، أو لأجل العقوبة، لأنّه عاوض ماله بحرام، فليس له الرجوع إلى بدله إذا أتلّفه الغاصب.

فحينئذ (1) إذا اشترى به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه (2)، وأتلفه عند الدفع إلى البائع (3)، فلتتحقق (4) ملكيته (5) للمبيع. فلا (6) يتصور نفوذ الإجازة هنا (7).

(1) أي: فحين تسليط المشتري العالم بالغصب البائع الغاصب على الثمن كدينار مثلا- الموجب لعدم دخول الثمن في ملك مالك المبيع المغصوب- يترتب عليه: أنه إذا اشترى البائع الغاصب بهذا الثمن متاعا كما إذا اشترى به ثوبا، فقد اشتراه لنفسه، لصيرورة الثمن ملكا له إما للتسليط المجاني بناء على ملكيته، وإما للبناء على جواز جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك في المعاطاة، فيصير الثوب الذي اشتراه البائع الغاصب ملكا له، كما يصير الدينار ملكا للبائع الثوب.

(2) لأنه اشتراه بالثمن الذي صار ملكا له بالتسليط المزبور. وعلى هذا فمالك المبيع المغصوب- الذي بيع فضولا- أجنبي عن الثوب و الثمن الذي اشترى به الفضولي ثوبه.

(3) أي: بائع ذلك المتاع، وهو الثوب في المثال.

(4) هذه نتيجة ملكية الثمن للبائع الغاصب بسبب تسليط المشتري، يعني: فيتحقق مالكية البائع الغاصب للمبيع، وهو الثوب الذي اشتراه لنفسه بالثمن المزبور.

(5) كذا في نسخ الكتاب، وفي مفتاح الكرامة «ملكه للمبيع» والأولى أن يقال:

«مالكيته» أو «ملكية المبيع للبائع الغاصب».

(6) هذا متفرع على قوله: «فلا- يدخل في ملك رب العين» يعني: أنه لا يتصور نفوذ إجازة مالك المبيع المغصوب في بيع الغاصب، لأن المفروض صيرورة الثمن ملكا للبائع الغاصب، دون المالك المغصوب منه حتى يكون عوضا عن المبيع المغصوب، فيصير بيعه بلا ثمن، وهو ليس بيعا لا شرعا ولا عرفا. فإجازته لا تنفذ، لعدم موضوع لها، فبيع الفضول المال المغصوب ليس قابلا للإجازة، لأنه صورة بيع، و ليس بيعا حقيقة، لكونه بلا ثمن.

(7) أي: في العقد الثاني، وهو اشتراء البائع متاعا بالثمن المذكور، فلا تنفذ إجازة مالك المبيع المغصوب في البيع الثاني، لصيرورة الثمن ملكا للبائع الغاصب، وعدم دخوله في ملك المالك الأصيل حتى تنفذ إجازته، بل يكون أجنبيا عن الثمن و المتاع الذي اشتراه به الغاصب.

لصيورته (1) ملكا للبائع، وإن أمكن إجازة المبيع (2). مع احتمال عدم نفوذها (3) أيضا، لأن (4) ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون (5) ثمنا، فلا تؤثر (6) الإجازة في جعله ثمنا.

(1) تعليل لعدم تصور نفوذ الإجازة هنا، و محصله: أن صيرورة الثمن ملكا للبائع الغاصب- و عدم انتقاله إلى المالك المغصوب منه حتى يصحّ منه إجازة العقد الثاني- توجب كون المالك الأصيل أجنبيا عن البيع، فلو أجاز له لم تنفذ فيه.

(2) هذا راجع إلى البيع الأول، يعني: وإن احتتمل نفوذ إجازة المبيع المغصوب الذي باعه الفضولي، نظرا إلى ما ذكره قطب الدين في (ص 423) بقوله: «و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة». و المانع عن دخول الثمن في ملكه عدم صدور العقد من المالك، فإذا أجاز جرت إجازته مجرى صدور العقد من المالك.

(3) أي: عدم نفوذ الإجازة- كما هو أحد وجهي الإشكال الذي ذكره قطب الدين في كلامه- فإنه محتمل، كاحتمال نفوذها.

و حاصل وجه عدم النفوذ: أن الثمن الذي دفعه المشتري العالم بالغصب إلى البائع الغاصب يكون كالمال الذي أذن مالكة لمن قبضه في إتلافه. و القابض أيضا أتلفه بدفعه إلى من اشترى ثوبا منه، و جعله ثمنا له. فلم يبق شيء حتى يكون ثمنا للمبيع المغصوب الذي باعه الفضولي، فإجازة المالك الأصيل لا تؤثر في جعل هذا المال التالف ثمنا لذلك المبيع المغصوب، فيصير بيع الفضول يباعا بلا ثمن، و غير قابل للإجازة.

(4) تعليل لاحتمال عدم نفوذ الإجازة، و قد مرّ توضيحه بقولنا: «و حاصل وجه عدم النفوذ».

(5) أي: فلان يكون ما دفعه ثمنا. و قوله: «كالمأذون» خبر «لأن».

(6) هذه نتيجة عدم صيرورته ثمنا بالإجازة، إذ الإذن في إتلافه- المفروض حصوله- يسقطه عن قابلية العوضية عن المبيع المغصوب، فليس في البين تسليط تمليك، بل تسليط على ماله و إذن له في إتلافه، مع بقاء إضافة ملكيته له حين إتلافه، بمعنى ورود الإتلاف على ماله.

فصار (1) الإشكال في صحّة البيع (2) وفي التّبّع (3)».

ثمّ قال (4): «إنّه يلزم من القول ببطلان التّبّع (5)

(1) هذا متفرّع على عدم صيرورة الثمن ملكا لمالك المبيع المغصوب، يعني: فصار الإشكال في نفوذ الإجازة في البيع الأوّل، وهو بيع العبد بالفرس في مثال المصنّف قدّس سرّه.

وفي التّبّع، وهو اشتراء البائع الغاصب فراشا مثلا بالفرس.

ووجه الإشكال في البيع الأوّل - وهو بيع العبد بالفرس - أنّه بيع بلا ثمن، إذ المفروض عدم صيرورة الثمن المبدول وهو الفرس ملكا لمالك العبد، فيكون بيع العبد بالفرس بيعا بلا ثمن، وهو غير قابل للإجازة، لعدم كونه بيعا حقيقة.

وفي البيع الثاني - وهو اشتراء البائع الغاصب فراشا بالفرس - أنّ مالك العبد أجنبي عن بيع الفرس بالفراش، إذ المفروض كون الفرس ملكا للغاصب الذي اشترى به الفراش، فصار الفراش ملكا له. فمالك العبد أجنبي عن هذا البيع الثاني ثمنا وثمرنا، فلا موضوع لإجازته. فلا تنفذ الإجازة في شيء من هذين العقدين، فهما باطلان بالنسبة إلى المالك، وليسا قابلين لإجازته.

(2) أي: البيع الأوّل، وهو بيع الغاصب العبد بالفرس، فإنّه أوّل عقد وقع على مال المجيز.

(3) وهو بيع الفرس بالفراش، وما بعده من العقود الواقعة عليه، لأنّها أجنبيّة عن مالك العبد عوضا ومعوّضا، فليس له إجازة شيء منها. فالتّبّع - وهو إجازة أيّ عقد من العقود الواقعة على مال المجيز أو عوضه - غير جار هنا.

(4) أي: قال الشهيد الأوّل في الحواشي المنسوبة إليه على القواعد.

(5) أي: عدم نفوذ إجازة مالك العبد العقد الثاني، وهو بيع الفرس بالفراش، فإنّ لازم بطلان التّبّع - لأجل أجنبيّة مالك العبد عن بيع الفرس بالفراش - بطلان بيع العبد بالفرس، إذ المفروض صيرورة الفرس بسبب التسليط المجاني ملكا للبائع الغاصب، فيكون بيع العبد بالفرس بيعا بلا ثمن، وهو ليس قابلا للإجازة.

فيصح أن يقال: إنّ الإشكال في صحّة البيع الأوّل في نفسه مع الغرض عن كونه من لوازم بطلان التّبّع، إذ لو لم يقع البيع الثاني كان البيع الأوّل باطلا أيضا، لأنّ منشأ بطلانه خلوه عن الثمن، وهو معلول التسليط المجاني على الثمن، لا وقوع البيع الثاني.

بطلان إجازة البيع (1) في المبيع، لاستحالة (2) كون المبيع بلا ثمن. فإذا قيل: إن الإشكال في صحة العقد (3) كان (4) صحيحاً أيضاً» (5) انتهى «1».

واقصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد رحمه الله أخيراً (6) في وجه سراية

---

(1) وهو البيع الأوّل الذي مبيعه العبد، ومعنى بطلان الإجازة عدم نفوذها، لعدم قابلية البيع بلا ثمن لها.

(2) تعليل لبطلان إجازة البيع الأوّل، وهو واضح.

(3) يعني: صحة العقد الأوّل في نفسه. وقوله: «فإذا قيل ان الاشكال» متفرع على «لاستحالة».

(4) جواب الشرط في «فإذا قيل» واسم «كان» هو القول المستفاد من الشرط.

(5) يعني: كما يصح أن يقال: إن لازم بطلان القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البيع الأوّل.

(6) وهو قوله في (ص 427): «لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمننا، فلا تؤثر الإجازة .. إلخ».

ثم إن عبارة المتن ظاهرة في أنّ المحقق الثاني قدس سرّه اقتصر في بيان وجه الإشكال- المذكور في القواعد عند علم المشتري بالغصب- على التعرض لأحد الوجهين المذكورين في حواشي الشهيد قدس سرّه، ولم يتعرض للوجه الآخر. يعني: أنّ المذكور في جامع المقاصد هو خصوص ما أفاده الشهيد أخيراً من استلزام بطلان تتبع العقود بطلان إجازة أصل البيع الفضولي مع علم المشتري بالغصب، حيث قال الشهيد: «إنّه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البيع في المبيع .. فإذا قيل: إن الاشكال في صحة العقد كان صحيحاً».

وقال المحقق الكركي- في شرح قول العلامة: و مع علم المشتري إشكال- ما لفظه: «أمّا مع علمه بالغصب ففي الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضة في العقد، فله تملكه بالإجازة رعاية لمصلحته. و من انتفانها بحسب الواقع، لأنّ المدفوع ثمننا يملكه الغاصب، لتسليطه إيّاه عليه» و هذان هما الوجهان المتقدمان في كلام الشهيد.

---

(1) يعني: انتهى كلام الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه، و الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 192

هذا الإشكال (1) إلى صحّة عقد الفضوليّ مع علم المشتري بالغصب.

والمحكّي عن الإيضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري (2) على (3) كون الإجازة ناقلة،

ثم قال المحقق الكركي قدّس سرّه: «و الأصح عدم الفرق بين علمه بالغصب و عدمه، لأنّ المعتمد أنّ للمشتري استعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب، لعدم المقتضي .. إلخ» (1).

وهذه العبارة ظاهرة بل صريحة في الحكم بصحة بيع الفضولي في فرض علم المشتري بالغصب. ولم يظهر لنا مراد المصنف من اقتصار المحقق الثاني على بيان سراية إشكال تتبع العقود إلى مطلق علم المشتري بالغصب. وهو أعلم بما قال.

وهذه المسامحة موجودة في مفتاح الكرامة أيضا، لقوله: «و جعل الإشكال في جامع المقاصد في صحة البيع، وذكر في توجيهه نحو ما ذكره الشهيد» (2).

(1) و هو: أنّه كيف يتصوّر نفوذ إجازة مالك المبيع المغصوب مع علم المشتري بغصبيّته؟ الموجب لعدم دخول الثمن في ملك مالك المبيع.

(2) بكون البائع الفضول غاصبا للمبيع. محصّل ما أفاده في عبارته المحكية في المتن هو: أنّ عدم جواز تتبع العقود لمالك المبيع المغصوب- مع علم المشتري بغصبيّته- مبنيّ على مذهب القائلين بناقلية الإجازة، إذ مع كاشفيتها تكون ملكية الثمن لمالك المبيع قبل تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن، لصيرورة الثمن ملكا لمالك المبيع حين العقد الذي أنشأه العاقد الفضولي. وهذا يشعر بتسليمه كون التسليط مملّكا للثمن للغاصب، فله الإجازة، لتحقق المعاوضة التي يتقوم بها البيع، فلا يلزم أن يكون البيع بلا ثمن.

بخلاف البناء على ناقلية الإجازة، فإنّ التسليط على الثمن يكون قبل الإجازة، فيملكه البائع الغاصب قبل الإجازة، فيصير البيع بلا ثمن، و هو غير صالح للإجازة.

وبالجملة: فمنشأ الإشكال في جواز تتبع العقود للمالك و عدمه هو الإشكال في كاشفية الإجازة و ناقليتها.

(3) متعلق ب «ابتناء» و هو خبر قوله: «و المحكّي».

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 71

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 192

فيكون منشأ الإشكال في الجواز (1) و العدم الإشكال في الكشف و النقل [1].

قال (2) في محكيّ الإيضاح: «إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود

---

(1) أي: الإشكال في جواز تتبع العقود و عدمه للمالك.

(2) يعني: قال فخر المحققين قدس سره. محصل ما أفاده: أنه في صورة جهل المشتري بغصيبة المبيع يجوز للمالك تتبع العقود الواقعة على ملكه و عوضه، لأنه مع الجهل بالغصيبة لا يسلط المشتري البائع الغاصب على الثمن حتى لا يدخل في ملك مالك المبيع كي يكون بيعاً بلا ثمن، و لا يتحقق مفهوم المعاوضة المقومة عرفاً و شرعاً للبيع. فللمالك حينئذ تتبع العقود في سلسلتي الثمن و المثلث.

و أمّا في صورة علم المشتري بغصيبة المبيع، فعلى القول بناقلية الإجازة ليس للمشتري حق الرجوع على البائع الغاصب و أخذ الثمن منه إذا رجع المالك على المشتري و أخذ المبيع المغصوب منه، و إن كانت عين الثمن موجودة عند البائع كما ذهب إليه الفقهاء. و ذلك لأنّ الثمن صار ملكاً للبائع بتسليم المشتري له على الثمن و تمليكه له مجاناً قبل إجازة المالك الأصلي، و المفروض أنّ الإجازة إمّا سبب أو شرط للنقل و الانتقال، و لم يحصل إلا بعد صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب بالتسليم، فليس للمالك تتبع العقود، لعدم وقوعها على ملكه. كما أنه ليس للمشتري الرجوع على البائع و أخذ الثمن منه و إن كان موجوداً.

و على القول بكاشفية الإجازة للمالك حقّ تتبع العقود، لأنّ الثمن بنفس العقد صار ملكاً للمالك المبيع المغصوب، و الإجازة تكشف عن ملكية الثمن للمالك المبيع قبل تسليم

---

[1] هذا صحيح بناء على كون تسليم الغاصب على الثمن مملوكاً مجاناً، بأن يكون هبة. و أمّا إذا كان التسليم وفاء للثمن لا إنشاء للتملك الجديد، و لذا لم يسلط الغاصب في زمان آخر غير زمان هذا البيع، خصوصاً بملاحظة ما تقدّم من: أنّ حقيقة البيع هي مبادلة المالكين من دون نظر إلى خصوصية المالكين - كان ابتناء بطلان جواز تتبع المالك للعقود كما عن الإيضاح على ناقلية الإجازة - بحيث يكون منشأ الاشكال في الجواز و العدم هو الإشكال في النقل و الكشف - غير ظاهر الوجه.

ورعاية مصلحته، و الربح في (1) سلسلتي الثمن و الثمن.

و أما (2) إذا كان عالما بالغصب فعلى قول الأصحاب: من أن المشتري إذا رجع (3) عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون (4) قد ملك الغاصب مجاناً، لأنه (5) بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب (6).

---

المشتري البائع الغاصب على الثمن، فللمالك تتبع العقود الواقعة على الثمن، لأنها وقعت على ملكه.

فالمتحصل: أنه في صورة علم المشتري بغصبية المبيع يكون جواز تتبع العقود و عدمه مبني على كاشفية الإجازة و ناقليتها.

(1) كذا في نسخ الكتاب، و لكنّ الصحيح - كما في الإيضاح و في ما نقله عنه في مفتاح الكرامة - «و الربح له في ..» أي: للمالك. و على تقدير سقوط «له» فلا بد أن يكون الظرف - أعني به في - متعلقاً ب «تتبع»، و يمكن تعلقه ب «رعاية» أيضاً.

(2) في الإيضاح: «و أما إن كان» و هو معطوف على «إن كان المشتري جاهلاً» أي بالغصب.

(3) يعني: إذا رجع مالك المبيع المغصوب على المشتري، و أخذ المبيع منه، لم يرجع المشتري على البائع الغاصب بالثمن، لسبق سبب ملكية الثمن للغاصب على سبب ملكيته للمالك.

ثم إنّه قيل: إنّ «رجع» بصيغة المفعول، و «يرجع» بصيغة الفاعل. و إن كان الأول بصيغة الفاعل صحيحاً أيضاً.

---

(4) العبارة في الإيضاح هكذا: «فيكون قد ملكه الغاصب مجاناً» و الأولى أن يقال:

«لأنّه قد ملك الغاصب مجاناً بالتسليم إليه» لأنّ الفاء في «فيكون» ظاهر في التفريع، مع أنّ الأمر بالعكس، لأنّ تملك الغاصب علّة لعدم الرجوع، لا معلول له.

(5) الضمير للشأن، و هذا تعليل لتمليك الغاصب، و حاصله: أنّ التسليم إلى الغاصب علّة لملكية الثمن للبائع الغاصب، و عليه فليس للمشتري استرداد الثمن منه.

(6) سقط من عبارة الإيضاح هنا قوله: «فقبله أولى أن لا يكون له، و المالك ..»

و ظاهره الإجماع كما ادعاه والده في المختلف بقوله: «إذا رجع - أي المالك - على المشتري



و المالك (1) قبل الإجازة لم يملك الثمن، لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب (2)، فلو لم يكن (3) للغاصب فيكون (4) الملك بغير مالك، و هو محال (5)، فيكون (6) قد سبق

العالم، قال علماؤنا: لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البائع، لأنّه علم بالغصب، فيكون دافعا للمال بغير عوض. و أطلقوا القول في ذلك. و الوجه عندي التفصيل، و هو:

أنّ الثمن إن كان موجودا قائما بعينه كان للمشتري الرجوع به. و إن كان تالفا فالحق ما قاله علماؤنا «(1)».

(1) مبتدء، خبره قوله: «لم يملك» و الغرض منه تأييد مالكية الغاصب للثمن، و حاصله: أنّه لو لم يكن الثمن ملكا للبائع الغاصب يلزم المحال، و هو: كون الملك بلا مالك، توضيحه: أنّ الثمن بعد تسليط البائع عليه خرج عن ملك المسلّط و هو المشتري، و لم يدخل في ملك مالك المبيع، لتوقّف دخوله في ملكه على الإجازة، ضرورة أنّها إمّا شرط لتأثير البيع الفضولي، أو بيع مستقلّ، على الخلاف الذي تقدّم سابقا، فلا بدّ أن يكون مالك الثمن هو الغاصب، و إلّا لزم أن يكون الملك بلا مالك، و هو محال.

(2) كما تقدمت حكاية كاشف الرموز ذلك عن شيخه «(2)».

(3) يعني: فلو لم يكن الثمن ملكا للغاصب لزم بقاء الملك بلا مالك، و هو محال، لأنّ المالكيّة و المملوكيّة من الأوصاف المتضايقة، فيمتنع انفكاك إحداهما عن الأخرى.

(4) في الإيضاح: «لكن ملكا بلا مالك» و الظاهر اعتماد المصنف على ما في مفتاح الكرامة من قوله: «فيكون ملكا بغير مالك».

(5) لاستحالة انفكاك أحد المتضايقين عن الآخر.

(6) هذه نتيجة دخل الإجازة- سببا أو شرطا- في تأثير العقد، و محصّ له: أنّ سبب ملكية الثمن للبائع و هو التسليط لَمّا كان قبل سبب ملكية الثمن و هو الإجازة للمالك، فلا محالة يصير الثمن ملكا للغاصب قبل حصول الإجازة، لتقدّم سببه- و هو التسليط- على سبب ملك الثمن للمالك و هو الإجازة.

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 55 و 56

(2) راجع الجزء الرابع من هذا الشرح، ص 569

ص: 433

ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له (1) أي (2) الإجازة. فإذا (3) نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك (4) إبطاله، و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن (5) وربحه (6) له (7). وليس للمالك (8) أخذه، لأنّه (9) ملك الغاصب.

وعلى القول (10) بأنّ إجازة المالك كاشفة،

(1) أي: ملك المالك للثمن. وقوله: «على سبب» متعلق ب «سبق ملك».

(2) هذا مفسّر لقوله: «سبب ملك المالك» وهذه الزيادة ليست من عبارة الإيضاح، وإّما ذكرها السيد العاملي توضيحا لكلام فخر المحققين.

(3) هذه نتيجة ملكية الثمن للغاصب. بعد أن ثبت كون الثمن ملكا للغاصب، فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه بأن اشترى به ثوبا مثلا، كان ما اشترى به ملكا له، وليس لمالك المبيع المغصوب إبطاله، لكونه أجنبيا عن الثمن وغير مالك له.

(4) أي: لمالك المبيع المغصوب.

(5) سقط هنا كلمة «له» أي للغاصب.

(6) معطوف على «ما» و الضمير راجع الموصول المراد به المال الذي يشتريه الغاصب بالثمن الذي أخذه من المشتري، كما إذا اشترى به الغاصب غنما، فإنّ ذلك الغنم مع منافعه ملك للغاصب، وليس شيء من الغنم و منافعه ملكا لمالك العين المغصوبة.

(7) أي: للغاصب.

(8) أي: ليس لمالك العين المغصوبة أخذ المال الذي اشتراه الغاصب بالثمن الذي قبضه من المشتري.

(9) تعليل لعدم جواز أخذ مالك المبيع المغصوب المتاع الذي اشتراه الغاصب بذلك الثمن، و حاصله: أنّ المتاع المشتري بذلك الثمن ملك للغاصب، فليس لمالك المبيع المغصوب أخذه منه.

هذا كلّ بناء على ناقلية الإجازة الموجبة لتأخر سبب نقل الثمن - إلى مالك العين المغصوبة - عن سبب نقله إلى الغاصب، و صيرورة الثمن ملكا للغاصب بالتسليط الذي هو قبل الإجازة التي هي بعد التسليط.

(10) يعني: و بناء على كاشفية الإجازة إذا أجاز مالك المبيع المغصوب كان الثمن له،

فإذا أجاز العقد (1) كان له (2).

ويحتمل (3) أن يقال: لمالك العين حقّ تعلّق بالثمن، فإنّ (4) له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقّه (5) مقدّم على حقّ الغاصب (6) [1]،

---

لكون سببه- وهو العقد الفضولي- متقدما على التسليط الذي هو سبب ملكية الثمن للغاصب.

(1) العبارة في الإيضاح هكذا «فإذا أجازته كان له».

(2) أي: كان الثمن للمالك، لتقدّم سبب ملكية الثمن له على سبب ملكيته للغاصب كما مرّ آنفا.

(3) الغرض من إبداء هذا الاحتمال هو إثبات جواز الإجازة وتتبع العقود على النقل أيضا، وحاصل هذا الوجه: أنّ نفس العقد يوجب لمالك المبيع المغصوب حقّا متعلّقا بالثمن، وهذا الحقّ مقدّم على حقّ الغاصب، لقيامه بنفس العقد. بخلاف حقّ الغاصب، فإنّه قائم بالتسليط، وهو متأخر عن العقد. فللمالك إجازة البيع وأخذ الثمن منه.

(4) تعليل لقوله: «لمالك العين حق» وحاصله: أنّ منشأ تعلّق الحق بالثمن هو ثبوت حقّ إجازة البيع.

(5) يعني: وحقّ المالك- لقيامه بنفس العقد- مقدّم على حقّ الغاصب الناشئ من التسليط.

(6) وقد حذف أيضا هنا قول الإيضاح: «بدفع المشتري، ولأن الغاصب ..».

---

[1] ثبوت الحق للغاصب مبني على مملكية التسليط، أو كونه موجبا للإذن في تصرف الغاصب في الثمن مطلقا حتى التصرف المتلف له. وقد عرفت أنّ التسليط ليس إنشاء جديدا حتى يقال: أنّه تملك أو إذن في مطلق التصرف، بل هو وفاء للثمن الذي جعله المشتري عوضا عن المبيع، فلا يتصور حينئذ للغاصب حق بالنسبة إلى الثمن حتى يكون حقّ المالك مقدّما عليه، بل للمالك حقّ الإجازة في بيع الغاصب مطلقا، سواء أكان المشتري عالما بغصبية البائع أم لا، من دون فرق بينهما أصلا.

لأن [1] الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشقها عليه، و المالك مأخوذ (1) بأجود الأحوال».

ثم قال (2): «و الأصح عندي- مع وجود عين الثمن- للمشتري العالم (3) أخذه، و مع التلف ليس له الرجوع به» انتهى كلامه رحمه الله.

---

(1) عبارة الإيضاح المنقولة في مفتاح الكرامة أيضا هي: «و المالك بأجود أحواله» «1».

(2) أي: قال فخر المحققين بعد أسطر: «و الأصح عندي ..» و مختاره موافق لما تقدم عن والده في المختلف. فراجع (ص 433).

(3) أي: العالم بغصبية المبيع، وقوله: «أخذه» خبر «و الأصح»، و ضميره كضمير «به» راجع إلى الثمن.

---

[1] الأولى التعليل بأسبقية سبب ملكية الثمن- و هو العقد- لمالك العين المغصوبة من سبب ملكية الثمن للغاصب، و إلا فمع فرض تقدم سبب ملكية الثمن للغاصب، على سبب ملكيته للمالك يحكم بملكية الثمن له دون المالك، و لا معنى حينئذ لأخذ الغاصب بأخس أحواله، إذ ليس البائع حينئذ غاصبا للثمن. و كونه غاصبا للمبيع أجنبي عن الثمن. و أخذ الغاصب بأشق الأحوال إنما هو بعد تحقق الغاصبية له. و الكلام في المقام يكون في حدوثها، فإن أخذ الغاصب بأشق الأحوال لا يمنع عن تأثير الأسباب الشرعية في حقه، فتمليك المشتري إياه الثمن- كتمليكه شيئا آخر من أمواله- في الصحة و النفوذ.

و الحاصل: أنه بناء على سببية التسليط شرعا للملكية و تقدمه على الإجازة التي هي السبب لملكية الثمن للمالك الأصيل لا بدّ من الحكم بملكية الثمن للغاصب.

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 417 و 418، و الحاكي لكلامه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 192 و 193

ص: 436

و ظاهر كلامه (1) أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف.

### [التفصيل في ورود الاشكال بين الكشف و النقل]

و هذا (2) هو المتّجه، إذ (3) حينئذ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد (4) بأنّ (5)

(1) أي: كلام صاحب الإيضاح، و المراد بكلامه قوله: «و على القول بأنّ إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له».

التفصيل في ورود الاشكال بين الكشف و النقل

(2) المشار إليه عدم الاشكال على تقدير الكشف، و هذا هو مختار المصنف أيضا.

(3) تعليل لمختاره، و محصّ له: أنّ هذا الوجه يدفع إشكال جواز إجازة المالك مع علم المشتري بغاصبية البائع، لأنّه مع فرض تأثير العقد الفضولي من حينه لا يؤثّر التسليط المتأخر عن العقد في ملكية الثمن للغاصب حتى لا يبقى مورد لإجازة المالك.

(4) المراد بما استشكله القطب هو قوله المتقدم في (ص 421): «فقال الأوّل فيما حكى عنه: أنّ وجه الإشكال .. إلخ». و المراد بما استشكله الشهيد هو قوله في (ص 425): «ان المشتري مع علمه بالغصب .. إلخ».

(5) متعلق ب «يندفع» توضيح هذا الدفع: أنّ تسليط البائع الغاصب على الثمن - بناء على كاشفية الإجازة - تسليط على ملك المالك الأصلي، لأنّه تملّك الثمن بنفس العقد الذي هو سابق على التسليط، و متقدم عليه، فلا أثر حينئذ للتسليط أصلا، فلا مانع من إجازة المالك بلا إشكال.

فإن قلت: سبق تأثير العقد على التسليط مختص بما إذا أنشأ الغاصب البيع بالعقد حتى يستند الملك إليه. فلو كان البيع الفضولي الواقع بين الغاصب و المشتري معاطاتيا لم يكن تسلط الغاصب على الثمن مسبوفا بعقد، بل كان نفس هذا التسليط جزء السبب الناقل، و يتجه حينئذ إشكال القطب و الشهيد من عدم قابلية العقد للإجازة، بناء على ما تقدم من جريان الفضولية في كلّ من البيع القولي و الفعلي.

قلت: قد تقدم في مباحث المعاطاة كفاية إعطاء المبيع و أخذ المشتري له في تحقق عنوان المعاملة الفعلية، و لا يتوقف النقل و الانتقال على التعاطي من الطرفين.

و عليه فالقول بجريان الفضولية في المعاطاة لا يقتضي كون تسليط البائع على الثمن دخيلا في حصول عنوان «البيع»، لحصوله بمجرد تسليم المبيع المغصوب إلى المشتري

تسليط المشتري للبائع (1) على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه [ملك] الغير (2) بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض. فإذا انكشف ذلك (3) بالإجازة عمل بمقتضاه، وإذا تحقّق الردّ (4) انكشف كون ذلك (5) تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له (6) أن يستردّه، بناء (7) على ما نقل من الأصحاب.

نعم (8) على القول بالنقل

العالم بالغصب.

و حينئذ يتجه الإشكال على القطب والشهيد قدس سرهما من: أنّ الإجازة اللاحقة لما كشفت عن تأثير العقد، كان مقتضاه دخول الثمن في ملك المغصوب منه قبل تسلّط البائع الغاصب عليه.

(1) وهو العاقد الفضولي الغاصب، وقوله: «تسليط» خبر قوله: «بأنّ تسليط».

(2) وهو المالك الأصيل، فإنّه قد ملك الثمن بسبب العقد الفضولي المتقدّم على التسليط.

(3) أي: فإذا انكشف صيرورة الثمن ملكاً لمالك المبيع بسبب الإجازة عمل بمقتضاه، وهو جواز تتبع العقود الجارية على ماله، وإجازة أيّ واحد شاء منها.

(4) يعني: وإذا تحقّق ردّ المالك الأصيل لهذا العقد الفضولي، وثبت عدم إجازته له، فقد انكشف أنّ تسليط المشتري العالم بالغصب البائع - الفضوليّ الغاصب - على الثمن تسليط على ماله، لا على مال المالك الأصيل.

(5) أي: كون تسليط المشتري العالم بغاصبية البائع على الثمن تسليطاً على ماله، لا على مال الغير كما مرّ آنفاً. و ضمير «ماله» راجع إلى المشتري.

(6) هذا متفرّع على كون التسليط على مال المشتري، يعني: فليس للمشتري حينئذ استرداد الثمن من البائع الغاصب. و ضمير «يسترده» راجع إلى الثمن.

(7) هذا وجه عدم استرداد الثمن من البائع الغاصب، و حاصله: أنّ بناء الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) على عدم استرداد الثمن من البائع الغاصب في صورة رد المالك الأصيل البيع الفضوليّ مع بقاء الثمن بعينه عند البائع.

(8) استدراك على قوله: «لا وقع للإشكال على تقدير الكشف» و محصّل ما أفاده:

أنّه بناء على ناقلية الإجازة يقع الإشكال في موردين:

يقع الإشكال (1) في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لأنّ (2) إجازة مالك المبيع (3) له (4) موقوفة على تملكه (5) للثمن [1]

الأول: في إجازة العقد الثاني الواقع على الثمن، كما إذا فرض أنّ الفضوليّ الغاصب باع عبد المالك بفرس، ثم اشترى بالفرس ثوبا، فإنّ بيع الفرس بالثوب عقد ثان وقع على الفرس الذي هو الثمن في البيع الأوّل أعني به بيع العبد.

تقريب الإشكال في إجازة العقد الثاني هو: أنّ جواز إجازة العقد الواقع على الثمن - وهو الفرس الذي جعل ثمن العبد في البيع الأوّل - منوط بكون الثمن ملكا للمجيز، وهو مالك العبد، للزوم كون المجيز مالكا للعوض حين الإجازة، ضرورة عدم نفوذ إجازة الأجنبي. و المفروض أنّ المجيز ليس مالكا للفرس قبل الإجازة التي فرض كونها ناقلة، ولا يملك الثمن إلا بالإجازة، فتملك المجيز للثمن - وهو الفرس - موقوف على الإجازة، و الإجازة موقوفة على تملكه للثمن أيضا، وهذا دور، فأشكال جواز إجازة العقد الثاني هو محذور الدور.

(1) وهو إشكال الدور في المورد الأوّل، أي العقد الثاني الواقع على الثمن، وهو الفرس في المثال المذكور. وعلى هذا فلا يصحّ إجازة العقد الثاني الواقع على الثمن أعني به الفرس.

(2) هذا بيان الإشكال، وقد مرّ تقريبه بقولنا: «تقريب الإشكال في إجازة العقد الثاني هو أنّ جواز إجازة العقد .. إلخ».

(3) وهو المبيع المغصوب الذي بيع فضولا في العقد الأوّل.

(4) أي: للعقد.

(5) أي تملك مالك المبيع في البيع الأوّل.

[1] لا يخفى أنّ الملكية الفعلية للمجيز ليست شرطا لصحة الإجازة، بل الشرط هو كون المجيز قابلا - وصالحا لتملك الثمن ولو بالإجازة، كما تبّه عليه الفقيه المامقاني قدّس سرّه «1».

هذا مضافا إلى منافاة اعتبار التملك الفعلي للثمن في صحة الإجازة لما أفاده من أنّ

لأنه (1) قبلها أجنبي عنه، و المفروض أن تملكه (2) الثمن موقوف (3) على الإجازة على القول بالنقل.

و كذا الإشكال (4) في إجازة العقد الواقع على المبيع (5) بعد قبض البائع الثمن،

---

(1) أي: لأن مالك المبيع قبل الإجازة أجنبي عن الثمن، وهذا تعليل لتوقف جواز إجازة المالك الأصلي على تملكه للثمن، و حاصل التعليل: أن مالك المبيع في البيع الأول- قبل إجازة البيع الثاني- أجنبي عن الثمن، و ليس مالكا له، مع وضوح توقف صحة الإجازة على كون المجيز مالكا للثمن.

(2) أي: تملك مالك المبيع في العقد الأول.

(3) وجه التوقف: أنه لا بد أن يكون المجيز حين الإجازة- التي هي بناء على النقل سبب النقل و الانتقال- مالكا حتى تصح منه الإجازة، إذ لا تصح الإجازة من غير المالك.

(4) يعني: و كذا يقع الاشكال، و هذا إشارة إلى المورد الثاني، و هو إشكال إجازة العقد الأول الواقع من الفضولي على العبد الذي هو في المثال المزبور ملك المغصوب منه.

(5) أي: المبيع في العقد الأول، و تقريب الإشكال في إجازة العقد الأول هو: عدم صلاحية المورد للإجازة، لكونه يباع بلا ثمن. توضيحه: أنه بناء على ناقلية الإجازة لا ينتقل الثمن إلى المالك الأصلي، حيث إن تسليط المشتري للبائع الغاصب الموجب لملكية الثمن للبائع يكون قبل إجازة المالك الموجبة لملكية الثمن للمالك، فتقع الإجازة على بيع لا ثمن له، و من المعلوم أنه ليس يباع حقيقة. فأشكال إجازة المالك الأصلي في البيع الأول هو كون البيع بلا ثمن.

---

صحة العقود الواقعة على عوض مال المجيز بالإجازة تستلزم صحة العقود الواقعة على مال المجيز، مع عدم كون المجيز مالكا للعوض حين الإجازة، كما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، و أجاز مالك العبد بيع الفرس بالدرهم، فإن المجيز لا يملك العوض و هو الفرس حين الإجازة، و مع ذلك تصح الإجازة، فإنها تصح العقد الذي ترد عليه بالدلالة المطابقة، و غيره من العقود بالدلالة الالتزامية.



أو بعد إتلافه إيّاه، على الخلاف (1) في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف وعدمه (2)، لأنّ (3) تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل (4) انتقاله إلى مالك المبيع (5) بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

وما (6) ذكره في الإيضاح - من (7) احتمال تقديم حقّ المجيز، لأنّه أسبق، وأنّه

---

(1) بين الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم، فإنّهم بين من يقول بأنّ عدم رجوع المشتري على البائع - الغاصب الفضولي - بالثمن مختص بصورة التلف عند الغاصب. ومن يقول بعدم رجوع المشتري على الغاصب بمجرد تسليطه على الثمن، سواء بقي عند الغاصب أم تلف. و سيأتي تفصيل الكلام في أحكام الردّ بقوله: «وإن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً استردّه .. وأما لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري ..» فلاحظ (ص 478) وما بعدها.

(2) يعني: وعدم اختصاص عدم رجوع المشتري على الغاصب بصورة التلف.

فالمراد بالاختصاص هو عدم رجوع المشتري بالثمن مطلقاً سواء بقي أم تلف.

(3) تعليل لقوله: «وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع» وقد تقدم تقريبه بقولنا: توضيحه أنّه بناء على ناقلية الإجازة .. إلخ.

(4) خبر قوله: «لأنّ تسليط» يعني: أن التسليط كان قبل انتقال الثمن إلى المالك الأصلي بسبب الإجازة، إذ المفروض أنّ للإجازة دخلاً في حصول النقل والانتقال، ولم تصدر إلّا بعد التسليط الموجب لعدم دخول الثمن في ملك المالك الأصلي، فلا يبقى مورد للإجازة.

(5) أي: المبيع في البيع الأوّل، و «بالإجازة» متعلق ب «انتقاله».

(6) مبتدأ متضمّن معنى الشرط، وخبره جملة «فلم يعلم له وجه».

(7) بيان ل «ما» الموصول. و غرضه من ذكر ما تقدّم في الإيضاح (ص 435) من قوله: «ويحتمل أن يقال لمالك العين حقّ تعلق بالثمن .. إلخ» دفع إشكال إجازة المالك الأصلي للبيع الأوّل الواقع على المبيع المغصوب، من: أنّه بناء على النقل يلزم كون البيع بلا ثمن، وهو غير قابل للإجازة، لعدم كونه بيعاً حقيقة.

أولى من الغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال- فلم يعلم له وجه [فلم يعلم وجهه] بناء على النقل (1)، لأنّ (2) العقد جزء سبب لتملّك المجيز، والتسليط المتأخّر عنه (3) علّة تامّة لتملّك الغاصب، فكيف يكون حقّ المجيز أسبق؟

نعم (4) يمكن أن يقال: إنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلّه لأجل

---

توضيح ما أفاده الإيضاح في دفع الإشكال قد تقدم في محله مفصّلاً. و ملخصه: أنّه يحتمل أن يكون نفس عقد الفضول موجبا لحقّ لمالك المبيع المغصوب متعلّق بالثمن، وهو حقّ تملّكه بالإجازة. وهذا الحقّ سابق على تسليط البائع الغاصب على الثمن، فلا يكون هذا التسليط مانعا عن دخول الثمن في ملك مالك المبيع حتى يصير البيع بلا ثمن، وغير قابل للإجازة، فلا مانع حينئذ من إجازة المالك الأصيل البيع الأوّل الواقع على المبيع المغصوب.

(1) الذي تكون الإجازة ممّا له دخل في الأثر، وهو النقل والانتقال، بحيث لا يترتب الأثر على العقد إلا بالإجازة.

(2) تعليل لقوله: «فلم يعلم له وجه» و محصّ له: أنّ العقد جزء السبب لتملّك المجيز للثمن، وليس علّة تامّة له، إذ المفروض دخل الإجازة في تأثير العقد. بخلاف التسليط فإنه علة تامّة لتملّك الغاصب للثمن من دون توقفه على شيء.

(3) أي: عن العقد، وهذا يكون كتزاحم المقتضي واللامقتضي.

(4) غرضه تصحيح ما أفاده صاحب الإيضاح من: أنّ الإجازة- ولو على القول بناقليتها- توجب ملكية الثمن للمالك، وتقدّم الإجازة على التسليط الموجب لملكية الثمن للغاصب، بأن يقال: إنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد المشتري- العالم بغصبية المبيع- الثمن من البائع الغاصب ليس لأجل كون التسليط علّة تامّة لملكية الثمن للغاصب سواء أجاز المالك أم لا. بل مملّكية التسليط للثمن تكون مراعاة بعدم إجازة المالك، فإذا أجاز المالك استحقّ الثمن، فحينئذ يتجه كلام الإيضاح من: أنّه إذا أجاز المالك استحقّ الثمن ولو على القول بناقلية الإجازة.

و الحاصل: أنّه لا يؤثر التسليط في ملكية الثمن للغاصب إلا بعدم إجازة المالك،

التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأن (1) نفس التسليط علة تامّة لاستحقاق الغاصب على تقديري الردّ و الإجازة. و حيث إنّ حكمهم (2) هذا مخالف للقواعد الدالّة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرّع على عقد فاسد (3)، و جب (4) الاقتصار فيه (5) على المتيقّن،

فلا يكون التسليط مطلقا موجبا لملكية الثمن للغاصب حتى يسقط بيع الغاصب- لصيرورته بلا ثمن- عن قابليّة الإجازة.

(1) معطوف على «لأجل» يعني: أنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسليط المراعى، لا لأنّ نفس التسليط علة تامّة لتملّك الغاصب على تقديري الردّ و الإجازة، حتى لا تؤثر إجازة المالك في صحة البيع الأول، للزوم كون البيع بلا ثمن.

(2) أي: حكم الفقهاء بعدم جواز استرداد الثمن مع بقاء عينه عند الغاصب.

و غرضه من جملة: «و حيث ان حكمهم هذا .. إلخ» تقوية الاحتمال الذي أشار إليه بقوله:

«نعم يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب .. إلخ».

و محصّل ما أفاده في وجه تقويته و إثباته هو: أنّه لمّا كان حكم الفقهاء بعدم جواز استرداد الثمن من الغاصب مع بقاء عينه مطلقا- حتى مع إجازة المالك الأصيل- مخالفا للقواعد المقتضية لحرمة أكل أموال الناس بالباطل، لعدم كون مجرد التسليط من الأسباب الناقلة الشرعية للأموال، فلا محيص عن جعل مورد حكمهم هذا- الذي قيل إنّه إجماع، و هو دليل لبي- خصوص المتيقّن منه، و هو صورة عدم إجازة المالك الأصيل للعقد الفضولي، إذ لا وجه لجعل التسليط المتفرّع على عقد فاسد مملّكا و ناقلا للمال، بل هو من مصاديق أكل المال بالباطل.

فلا بدّ من جعل مورد حكم الأصحاب- بعدم جواز استرداد الثمن مع وجوده من الغاصب- خصوص صورة عدم إجازة المالك لبيع ماله المغصوب.

(3) و هو عقد الفضول الغاصب.

(4) هذا بمنزلة الجواب لقوله: «و حيث إنّ».

(5) أي: في الحكم المخالف للقواعد المقتضية لعدم كون مثل هذا التسليط مملّكا.

(1) فيكون التسليط المملّك مركّبا من أمر وجوديّ، وهو إعطاء الثمن إلى البائع الغاصب، و عدميّ وهو عدم إجازة مالك المبيع المغصوب لبيع الغاصب الفضول. فمجرد التسليط لا يكون مملّكا، سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة.

(2) لعلّه إشارة إلى: أنّ تسليط المشتري- العالم بغاصبيّة البائع الفضول- لا يكون مقيدا بعدم الإجازة، بل علمه بالغصبيّة- و مع ذلك يدفع إليه الثمن- قرينة على الإطلاق، و تسليطه الغاصب على الثمن مطلقا، سواء أجاز المالك بيع الغاصب أم لا. فحمل التسليط على التسليط المقيد بعدم الإجازة غير ظاهر.

أو إشارة إلى: أنّ المتيقن من حكمهم بعدم جواز استرداد الثمن هو: كون التسليط مع العلم بالغصب موجبا لعدم الضمان و لو تلف، لانصراف أدلة الضمان من قاعدتي ضمان اليد و الإتلاف عمّا إذا سلّطه المالك على ماله بكلّ تصرّف و لو كان متلفا، و كان بعوض مال الغير، و من المعلوم أنّ عدم الضمان لا يدلّ على التمليك، لعدم كونه لازما مساويا له، بل أعمّ منه، لكفاية الإذن في التلف في عدم الضمان مع بقائه على ملكه.

و بالجملة: لم يظهر من حكمهم- بعدم جواز استرداد الثمن من الغاصب- بناؤهم على ملكية الثمن للغاصب حتى يكون بيع الغاصب بيعا بلا ثمن.

هذا تمام الكلام في حكم المجاز، و به تمّ ما يتعلّق بالإجازة، و يقع الكلام في ردّ عقد الفضولي، و ما يستتبعه من أحكام.

مسألة (1):

في أحكام الردّ

[ما يتحقق به الردّ]

[الرد بالقول]

لا يتحقّق الردّ (2) قولاً إلا بقوله: «فسخت ورددت» وشبه ذلك (3) ممّا هو صريح في الردّ، لأصالة (4) بقاء اللزوم

أحكام الردّ أ: ما يتحقق به الردّ

(1) كان الأولى أن يقول «وأما الكلام في الرد» ليكون مقابلاً لقوله في (ص 5) «أما الكلام في الإجازة» وكيف كان فهذه المسألة تتكفل لما يتحقّق به ردّ عقد الفضول ولأحكام الردّ.

(2) هذا بيان لما يتحقّق به الردّ، وله مصداقان: قولي وفعلي. أمّا الردّ القولي فهو قوله: «فسخت ورددت» ونحوهما.

والظاهر من الأمثلة المذكورة في المتن أنّ المراد بالردّ أعمّ ممّا حصل بالإنشاء، وممّا لم يحصل به، من غير فرق بين الالتفات إلى كونه ردّاً وبين عدمه، والأوّل يسمّى بالردّ الحقيقي، والثاني بالحكمي.

(3) مثل «لا-أخرج أو لا-أنقل هذا المال عن ملكي» ونحوها ممّا هو صريح أو ظاهر عرفاً في الردّ، لعموم دليل اعتبار الظواهر، وعدم خروج المقام عنه.

(4) تعليل لاعتبار كون الردّ صريحاً، وحاصله: أنّ مقتضى استصحاب بقاء اللزوم من طرف الأصيل هو بقاءه حتى يثبت الردّ بحجة من صراحة الردّ أو ظهوره، فإنّ اللفظ

من طرف الأصيل [1] وقابليته (1) من طرف المجيز.

## [الرد بالتصرف المخرج]

و كذا يحصل (2) بكلّ فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما،

---

غير الصريح و الظاهر في الرد يوجب الشك في زوال اللزوم الثابت بعموم أحلّ الله البيع و أوفوا بالعقود، و الاستصحاب يقتضي بقاءه من طرف الأصيل الذي هو أحد طرفي العقد الفضولي.

(1) معطوف على «اللزوم» يعني: و لاستصحاب بقاء قابلية العقد للزوم من طرف المجيز.

(2) و أمّا الردّ الفعلي الذي تعرّض له بقوله: «و كذا يحصل» فهو على أنحاء:

أحدها: أن يكون موجبا للنقل عن ملك مالك المال الذي بيع فضولا، كما إذا باعه المالك.

ثانيها: أن يكون ذلك الفعل متلفا للمال، كما إذا كان المبيع من المأكولات، و أكله المالك.

ثالثها: أن يكون ذلك الفعل شبيها بالمتلف كالعق الذي هو فكّ للملك، و ليس إتلافا للعبد حقيقة عن صفحة الوجود، و لكنه أوجد فيه صفة جعلته كالتالف من حيث عدم سلطنة المالك عليه، لخروجه عن حيطة ملكيته، فلا سلطان له عليه بعد عتقه و إخراجه عن الرّقية.

رابعها: أن يكون ذلك الفعل شبيها بالناقل كالتزويج، كما إذا زوّج الفضولي امرأة حرّة من زيد، ثم زوّجت تلك المرأة نفسها من بكر، فإن تزويجها نفسها بغير من زوّجها الفضولي به- و تسليطه على بعضها- بمنزلة النقل الموجب لردّ العقد الفضولي.

---

[1] ثبوت اللزوم في حقّه محل البحث و النظر، فحدوثه غير معلوم حتى يجري الاستصحاب في بقاءه، و قد تقدم الكلام في ذلك في ثمرات الكشف و النقل فراجع (ص 107).

كالعتق و البيع و الهبة و التزويج (1) و نحو ذلك (2).

و الوجه في ذلك (3): أن تصرفه (4) بعد فرض صحته مفوت (5) لمحل الإجازة، لفرض خروجه عن ملكه.

### **[الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك]**

و أما التصرف غير المخرج عن الملك (6) كاستيلاء الجارية، و إجازة الدابة، و تزويج الأمة، فهو (7) و إن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة

(1) هذا مثال لشبه النقل، و العتق مثال لشبه الإتلاف، و البيع و الهبة مثالان للنقل بلا عوض و معه. و لم يذكر مثالا للإتلاف، و هو كما إذا كان المبيع الفضولي مأكولا و أكله مالكة، و قد مر تفصيل ذلك كله آنفا، فإن هذه الأفعال و غيرها من نظائرها إذا صدرت عن إنشاء الرد كإنشاء العقد كان الرد حقيقيا، و إلا كان حكما.

(2) كالصلح للنقل، و تحليل الأمة لشبهه بالتزويج، و الوقف لشبه الإتلاف.

(3) يعني: أن الوجه في تحقق الفسخ بكل فعل مخرج للملك عن ملك مالكة الأصيل هو: أن تصرف الأصيل في المال المبيع فضولا - بعد البناء على صحته - مفوت لمحل الإجازة، إذ المفروض خروج المبيع عن ملكه، فلا ملك له حتى يصح له الإجازة.

ثم إن هذه العلة لعدم صحة الإجازة مشتركة بين إنشاء الرد بالفعل المخرج للمبيع فضولا عن ملك مالكة، و بين عدم إنشائه لغفلة أو غيرها، لاشتراك فوات محل الإجازة بينهما، فإن التصرف المخرج عن الملك يفوت موضوع الإجازة، و هو كون المجيز مالكا حين الإجازة.

(4) أي: تصرف المالك، و ضمير «صحته» راجع إلى «تصرفه».

(5) خبر «أن»، و مجموع الجملة خبر «و الوجه في ذلك».

(6) أي: عن ملك المالك، كما إذا استولد جاريته بعد أن باعها الفضولي، و كما إذا أجر دابته بعد أن باعها الفضولي، و كما إذا زوّج أمته بعد أن باعها الفضولي.

(7) جواب «و أمّا» أي: فالتصرف غير المخرج عن ملك المالك الأصيل، و محصل ما أفاده في حكم تصرف المالك في ماله الذي بيع فضولا تصرفا غير مخرج له عن ملكه هو: أن هذا التصرف و إن لم يكن مخرجا للمبيع فضولا عن الملك، لكنّه مخرج له عن قابليته للإجازة بناء على الكشف، لأن صحة الإجازة الكاشفة عن وقوع العقد الفضولي

عليه (1)، إلا أنه مخرج له (2) عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد، لأن (3) صحة الإجازة على هذا النحو (4) توجب وقوعها باطلة، و إذا فرض وقوعها (5) صحيحة منعت عن وقوع الإجازة [1].

صحيحاً ومؤثراً من حين صدوره توجب وقوع الأفعال الصادرة من المالك المجيز- من استيلاء الجارية وإجازة الدابة وتزويج الأمة- باطلة، لوقوعها في غير محلّها، لأنّ صحة العقد الفضولي توجب وقوع هذه التصرفات في غير ملكه، فهي باطلة، إذ لو كانت صحيحة لمنعت عن صحة الإجازة، لا تمتنع صحتها مع صحة تلك التصرفات الصادرة من المالك، إذ الجمع بينهما جمع بين المتنافيين، فلا بدّ إمّا من صحة الإجازة الكاشفة عن صحة البيع الفضولي، أو صحة تصرفات المالك.

(1) متعلق ب «وقوع» و الضمير راجع إلى العقد الفضولي، ويمكن رجوعه إلى المالك.

(2) أي: للملك، و ضمير «انه» راجع إلى التصرف غير المخرج.

(3) تعليل لقوله: «مخرج له عن قابلية الإجازة .. إلخ» وقد اتضح تقريب هذا التعليل بقولنا: «لأنّ صحة الإجازة الكاشفة عن وقوع العقد الفضولي صحيحاً» و حاصله: كون صحة الإجازة على الكشف و صحة تصرفات المالك- من استيلاء الجارية وغيره- جمعاً بين المتنافيين.

(4) و هو كون الإجازة كاشفة، فإنّها توجب وقوع استيلاء الجارية وغيرها باطلة.

(5) ضمير «وقوعها» في الموردين راجع إلى استيلاء الجارية وغيره.

[1] الحق صحة تلك التصرفات مطلقاً سواء أ كانت الإجازة ناقلة أم كاشفة. أمّا على النقل فلصدور تلك التصرفات من المالك غير المحجور عن التصرف في ماله، فلا وجه لعدم صحتها مع عدم تعلّق حقّ أحد بها. و أمّا على الكشف فلكون المالك جائز التصرف في ماله ما لم يجز البيع الفضوليّ، فإذا أجاز قبل أن يتصرّف بأحد تلك التصرفات كانت الإجازة نافذة، و العقد الفضولي لازماً، و تلك التصرفات باطلة.

و أمّا إذا تصرّف قبل الإجازة فلا يبقى مورد لها، لأنّ الإجازة إنّما تؤثر فيما إذا كان المجيز مالكا لولا الإجازة، و المفروض أنّه ليس كذلك، لارتفاع مالكيته قبل الإجازة، فليس



و الحاصل (1): أن وقوع هذه الأمور صحيحة مناقض (2) لوقوع الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين (3) صحيحاً فلا بد من امتناع وقوع الآخر (4)، أو إبطال (5) صاحبه، أو إيقاعه (6) على غير وجهه. و حيث لا سبيل إلى الأخيرين

---

(1) يعني: و حاصل الكلام في التصرفات غير المخرجة عن الملك هو: أن صحة التصرفات المذكورة تناقض صحة إجازة العقد الفضولي، فإذا صحَّ أحدهما- كالتصرفات- فلا بد أن يمتنع وقوع الآخر أعني به الإجازة، أو يبطل تلك التصرفات، أو يقع الآخر أعني به الإجازة على غير وجهه، بأن يبنى على انتقال المبيع إلى المشتري في العقد الفضولي بعد انقضاء مدة إجازة الدابة، لا من حين وقوع العقد فضولاً، أو انتقاله إلى المشتري مسلوب المنفعة في زمان الإجازة.

و حيث إنه لا وجه للمصير إلى الأخيرين- و هما إبطال صاحبه و إيقاعه على غير وجهه، لأنهما من الاحتمالات التي لا يساعدها دليل في مقام الإثبات- فالمتعين هو القول بفساد الإجازة.

(2) خبر «أن وقوع»، و قوله «صحيحة» حال من «الأمر».

(3) كالتصرفات غير المخرجة عن الملك إذا وقعت صحيحة.

(4) و هو إجازة العقد الفضولي، و امتناع وقوعه يكون لمنافاته لصحة تلك التصرفات.

(5) معطوف على «امتناع» أي: إبطال الآخر- و هو الإجازة- لتلك التصرفات.

(6) معطوف على «امتناع» أي: إيقاع الآخر- و هو الإجازة- على غير وجهه، و هو ما تقدم أنفاً بقولنا: «بأن يبنى على انتقال المبيع إلى المشتري في العقد الفضولي .. إلخ».

---

مالكا حال الإجازة، و صار أجنبياً عن المال، فلا أثر لإجازته.

و الحاصل: أن مقتضى عموم أدلة الصحة مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» هو البناء على صحة تلك التصرفات، و الحكم بعدم بقاء مورد للإجازة.

و إن شئت فقل: إنَّ نفوذ عقد المالك في ماله تنجيزي، و نفوذ عقد الفضول في ماله تعلقي، لأنَّه معلق على إجازته، فإذا تصرف في ماله قبل إجازته لعقد الفضول لا يبقى مورد لإجازته.

تعين الأول (1).

و بالجملة (2): كل ما يكون باطلا على تقدير لحوق الإجازة المؤثرة من حين العقد، فوقوعه صحيحا مانع (3) من لحوق الإجازة، لامتناع اجتماع المتناقضين (4).

نعم (5) لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس، كان عليه اجرة المثل إذا أجاز، فتأمل (6).

(1) و هو امتناع وقوع الآخر أعني به الإجازة على الفرض.

(2) يعني: و حاصل الكلام أنّ الضابط في المقام هو: أنّ كل تصرف يكون باطلا على تقدير صحة الإجازة المؤثرة في العقد الفضولي من حين وقوعه- إذا فرض وقوع ذلك التصرف صحيحا- فهو مانع من لحوق الإجازة، لامتناع اجتماع المتناقضين، فإنّه لا يجتمع صحة بيع الجارية فضولا من زيد مثلا مع صحة تزويج مالكةا إياها من عمرو.

و هكذا سائر الأمثلة المتقدمة، فإنّ صحة البيع الفضولي في هذه الأمور تنافي صحة تصرفات المالك فيها.

(3) خبر «فوقوعه» و الجملة خبر قوله: «كل ما يكون».

(4) و هما صحة تلك التصرفات، و صحة إجازة العقد الفضولي.

(5) استدراك على التصرف غير المخرج عن الملك، و حاصل الاستدراك هو: أنّ التصرف الخارجي الصادر من المالك في ماله الذي بيع فضولا، لا ينافي صحة إجازته للعقد الفضولي، كما إذا انتفع المالك قبل الإجازة بالسكنى في داره التي بيعت فضولا، أو بلبس ثوبه الذي بيع فضولا، فإنّ مثل هذا التصرف الخارجي لا ينافي صحة الإجازة، غاية الأمر أنّه إذا أجاز العقد الفضولي بعد هذا التصرف فعليه اجرة المثل للمشتري- عوضا عمّا استوفاه من منفعة السكنى و اللبس، لقاعدة الاستيفاء- بناء على كاشفية الإجازة، إذ بناء على النقل لم يتصرف في ملك المشتري، و إنّما تصرف في ملك نفسه.

و الظاهر أنّ مراد المصنف قدس سرّه من ثبوت اجرة المثل للمشتري الذي اشترى المال من الفضولي هو ثبوتها بناء على كاشفية الإجازة، لا ناقليتها.

(6) لعلّه إشارة إلى: أنّه بناء على النقل لا يثبت على المالك اجرة المثل للمشتري، لأنّه انتفع بملكه لا بملك المشتري. و بناء على الكشف يمكن أن يقال: إنّ المبيع الفضولي

و منه (1) يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه (2) مع الاطلاع على وقوع العقد، و وقوعها (3) بدونها، لأن (4) التنافي بينهما واقعي.

و دعوى (5) «أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة،

---

انتقل إلى المشتري مسلوب المنفعة.

فعلى كلا القولين في الإجازة لا تشتغل ظاهرا ذمة المالك بالأجرة للمشتري.

و جعل وجه التأمل عدم الفرق بين انتفاع المالك بالسكنى و اللبس و بين الإجازة و الاستيلاء بعيد، لأن الانتفاع بمال الغير ما لم يكن يتبرع المالك يوجب الضمان، لقاعدة الاستيفاء، و ليس الضمان منوطا بإباحة التصرفات.

(1) أي: و من منفاة صحة الإجازة و تلك التصرفات معا- و كون صحتهما جمعا بين المتناقضين- يعلم: أنه لا فرق في وجود هذه المنفاة بين وقوع تلك التصرفات مع اطلاع المالك الأصيل على وقوع العقد من الفضول، و وقوعها بدون اطلاعه على وقوعه، و ذلك لوضوح كون التنافي بين صحتها و صحة الإجازة واقعيًا غير منوط بالعلم بوجود العقد و عدمه.

(2) أي: التصرفات غير المنخرجة عن الملك.

(3) معطوف على «وقوع» أي: وقوع تلك التصرفات بدون الاطلاع على وقوع العقد.

(4) تعليل لعدم الفرق، و قد مرّ توضيحه آنفا بقولنا: «و ذلك لوضوح».

(5) الغرض من هذه الدعوى دفع التنافي بين صحة تلك التصرفات و صحة الإجازة. توضيح الدعوى: أن منشأ التنافي اعتبار كون الإجازة مصححة للعقد الفضولي من حين وقوعه بناء على الكشف، إذ يمتنع حينئذ صحة التصرفات و الإجازة من حين العقد، لعدم تعقل صحة الإجازة من حينه- الموجبة لانتقال المبيع إلى المشتري حين العقد- مع صحة التصرفات من المالك، لوقوعها في ملك المشتري.

كما إذا أجر زيد يوم الجمعة داره التي باعها الفضولي يوم الخميس، و أجاز مالك الدار عقد الفضول يوم السبت، فإن صحة الإجازة تقتضي صحة عقد الفضول من يوم الخميس، و ذلك يستلزم وقوع الإجازة في ملك المشتري، فلا بدّ من تأثير الإجازة من حين وقوعها، لا من حين وقوع العقد، فيحكم بصحة تصرفات المالك إلى زمان الإجازة،

و لذا (1) صحّح جماعة (2)- كما تقدّم- إجازة المالك الجديد في من باع شيئاً ثم ملكه» مدفوعة (3) بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثّرة من حينه.

نعم (4) لو قلنا بأنّ الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثّر التامّ هو العقد الملحق بالإجازة، كانت (5) التصرفات مبنية على الظاهر (6)، وبالإجازة

---

وبصحة العقد من الزمان الواقع بعد الإجازة.

(1) يعني: ولأجل عدم الدليل على اعتبار كون الإجازة مؤثّرة للعقد من حين صدوره ذهب جمع من الأصحاب إلى صحّة إجازة المالك الجديد في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» مع عدم كونه مالكا حين صدور العقد الفضولي حتى تكون إجازته مؤثّرة في العقد من حين وقوعه.

(2) كالمحقق والشهيد والصيمري، كما تقدم في (ص 249)، فراجع.

(3) خبر ل «دعوى» و دفع لها، و حاصله: أنّ القائلين بكاشفية الإجازة قد ادّعوا الإجماع على أنّ إجازة من يكون مالكا حين العقد الفضولي مؤثّرة من حين وقوعه، وإجازة من لا يكون مالكا حين العقد تؤثّر بعد دخول المبيع فضولا في ملكه.

و الحاصل: أنّه بناء على الكشف الحقيقي - الذي مرجعه إلى كون العقد الملحق به الإجازة مؤثّرا تامّا- تكون تصرفات المالك الأصيل قبل الإجازة مبنية على الظاهر، لأنّ المبيع الفضولي قبل إجازة المالك محكوم ظاهرا بكونه ملكا لملكه، فتصرفاته قبل إجازته محكومة ظاهرا بوقوعها في ملكه، وبالإجازة ينكشف وقوعها في ملك غيره.

(4) استدراك على كون الإجازة مؤثّرة من حين العقد كما ادّعي الإجماع على ذلك، و حينئذ يحكم بصحة تصرفات المالك حكما ظاهريا. فإن لم يجز المالك عقد الفضول كانت تصرفاته من استيلاء الجارية وإجارة الدابة و تزويج الأمة صحيحة واقعا، و إن أجاز انكشف بطلانها وصحة الإجازة.

(5) جواب قوله: «لو قلنا».

(6) و هو صحة تصرفات المالك واقعا إن لم يجز، و إن أجاز انكشف بطلانها وصحة الإجازة. هذا إذا لم يقصد المالك بتلك التصرفات ردّ عقد الفضول، و إلا كانت ردّا له، فتصحّ تلك التصرفات و تبطل الإجازة.

ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي [1] و تصحّ الإجازة.

### [التصرّفات غير المنافية لملك المشتري من حين العقد]

بقي الكلام في التصرّفات غير (1) المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، و البيع الفاسد، و هذا (2) أيضا على قسمين، لأنّه إمّا أن يقع حال النفات المالك إلى وقوع العقد من الفضوليّ على ماله، و إمّا أن يقع في حال عدم الالتفات.

أمّا الأوّل (3)، فهو ردّ فعليّ للعقد،

(1) هذا هو القسم الثالث من تصرّفات المالك في المبيع الفضولي، و هو التصرف غير المنافي لملك المشتري - أي المشتري من البائع الفضول، كتعريض المالك الأصيل المبيع للبيع، و العقد الفاسد - في قبال القسمين الأوّلين، و هما التصرف المخرج عن ملك المالك الأصيل، و التصرف غير المخرج عن الملك و المخرج عن قابلية الإجازة، فإنّ التصرف في المبيع الفضولي من مالكة الأصيل - كتعريضه للبيع و كإثشاء عقد فاسد عليه - لا ينافي ملكية المبيع للمشتري ملكية مترلزلة. و هذا القسم من التصرف يكون على نحوين:

أحدهما: أن يقع حال النفات مالك المبيع إلى وقوع عقد الفضولي عليه.

ثانيهما: أن يقع في حال عدم الالتفات إلى العقد المزبور.

(2) أي: التصرف غير المنافي لملك المشتري يكون كالتصرف غير المخرج عن الملك المنافي لوقوع الإجازة من زمان العقد المنقسم إلى قسمين، و هما اطلاع المالك على وقوع عقد من الفضولي على ماله، و عدم اطلاعه على وقوعه.

(3) و هو وقوع التصرف غير المنافي لملك المشتري من مالك المبيع، مع النفاته إلى وقوع عقد من الفضولي على ماله. و هذا التصرف مع اقترانه بالالتفات ردّ فعليّ للعقد الفضوليّ.

[1] و يمكن أن يقال: إنّ صحة الإجازة - بناء على الكشف الحقيقي - توجب فضولية تلك التصرفات، لوقوعها في ملك المشتري، فصحتها حينئذ موقوفة على إجازة المشتري، إلّا في الاستيلاء إذا كان قبل عقد الفضول، فلا يحكم بطلانها بحيث لا تصلح للصحة التأهيلية القابلة للإجازة.

و الدليل على إلحاقه (1) بالرّد القولي - مضافا (2) إلى صدق الرّد عليه (3) [1] فيعمّه (4) ما دلّ على أنّ للمالك الرّد، مثل (5) ما وقع في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه، و ما (6) ورد في من زوجته أمّه و هو غائب،

---

(1) أي: إلحاق التصرف الفعلي - غير المنافي لملك المشتري مع وقوعه حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي - بالرّد القولي.

و محصل ما أفاده: أنّ الدليل على إلحاقه أمور ثلاثة:

أحدها: أنّ مفهوم الرّد الذي ليس له حقيقة شرعية - بل هو من المفاهيم العرفية - صادق على هذا التصرف غير المنافي لملك المشتري، فهو كالرّد القولي من مصاديق الرّد، و يكون محكوما بحكمه.

(2) هذا إشارة إلى الدليل الأوّل، و المتقدّم آنفا بقولنا: «أحدها: ان مفهوم .. إلخ».

(3) أي: على التصرف غير المنافي لملك المشتري، كالتعريض للبيع، و البيع الفاسد.

(4) بعد أن أثبت كون التصرف غير المنافي لملك المشتري مصداقا للرّد، تشبّث لاعتبار كونه ردّا شرعا بعموم ما دلّ على أنّ للمالك حقّ ردّ العقد الفضولي، مثل ما ورد في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه.

(5) و هو ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال عليه السّلام: ذلك إلى سيّده إن شاء أجازته، و إن شاء فرّق بينهما» الحديث «1».

(6) مجرور محلاً عطفا على الموصول في «مثل ما». و غرضه الإشارة إلى ما رواه

---

[1] بناء على الملازمة بين الالتفات و قصد الرّد. لكن الملازمة ممنوعة، لوضوح أنّ الالتفات لا يدلّ على قصد الرّد، مع إمكان أن يكون التعريض للبيع لغرض غير الرّد، كالإطّلاع على السعر. فما لم يحرز دلالة الفعل على الرّد لا يحكم بكونه ردّا للعقد الفضولي، فلا يرّد العقد بمجرد التعريض للبيع و العقد الفاسد، فلو أجاز بعد هذين التصرفين كانت الإجازة في محلّها.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح 1

من قوله عليه السّلام: «إن شاء قبل، وإن شاء ترك» [1].

إلا (1) أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك، فلا تعرّض فيه (2)

---

محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: «أنّه سأله عن رجل زوّجته امّه و هو غائب؟ قال:

النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك. فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأّمّه» (1).

فإنّ إطلاق التفريق في الرواية الاولى و الرد في الرواية الثانية يشمل الردّ الفعلي، فإنّ المراد بالتفريق هو التفريق في الزوجية، فيشمل إطلاقه الردّ الفعلي في الجملة. وليس صريحا و لا ظاهرا معتادا به في كون مثل التعريض للبيع ردا للعقد الفضولي.

(1) غرضه منع الإطلاق، و عدم صحة التمسك بهاتين الروايتين لإثبات الردّ الفعلي، ببيان: أنّ الروايتين سيقتا لبيان مشروعية الردّ، لا لبيان كيفية الردّ حتى يكون له إطلاق من هذه الجهة، و يقال: إنّ الرد يتحقق بكل من القول و الفعل.

و عليه فإثبات الردّ الفعلي بهما مشكل.

(2) أي: لا تعرّض في قول الامام عليه السّلام «إن شاء فرق، إن شاء ترك» لكيفية الردّ.

---

[1] لا- يخفى أن التمسك بهذه الروايات لصحة عقد الفضولي أولى من التشبث بها لمصادقية مثل التعريض للبيع لرد العقد، لأنّه من التمسك بالدليل في الشبهة المصادقية، ضرورة أنّ الروايات لا تدلّ- ظاهرا- إلا على كون الفعل كالقول مصداقا للرد شرعا. و أمّا التعريض للبيع فلا تدلّ الروايات على كونه ردّا إلا بناء على صحة التمسك بالعام في الشبهة المصادقية، أو بناء على ظهور التعريض مع الالتفات عرفا في الرد.

و كلاهما ممنوع. أمّا الأوّل فلما ثبت في محلّه من عدم جواز التمسك بالدليل في الشبهات المصادقية.

و أمّا الثاني فلما عرفت في التعليقة السابقة من منع الملازمة بين الالتفات إلى العقد الفضولي و قصد الرد بالتعريض. و لو شك في كونه ردّا للعقد الفضولي فلا مانع من جريان استصحاب العقد، و عدم انحلاله بالتعريض للبيع و نحوه.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 211، الباب 7 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح 3

لكيفيته- أن (1) المانع من صحّة الإجازة بعد الردّ القولي موجود [1] في الردّ الفعلي، وهو (2) خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد.

مضافا (3) إلى فحوى الإجماع «1» المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل

---

(1) خبر لقوله: «و الدليل». ثم إن هذا ثاني الأمور الثلاثة التي استدلّ بها على حصول الردّ بالفعل، و محصله: اشتراك المانع من صحّة الإجازة- بعد الردّ القولي- بين الردّ القولي و الردّ الفعلي، وهذا الاشتراك يقتضي أن يكون الردّ الفعلي كالقولي في كونه هدمًا للعقد. و ذلك المانع المشترك خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد.

وبالجملة: ملاك الردّ القولي بعينه موجود في الردّ الفعلي، فلا محيص عن الالتزام بكون الردّ الفعلي كالقولي مسقطًا للعقد عن قابلية لحوق الإجازة به.

(2) أي: المانع عن صحّة الإجازة بعد الردّ، و ضمير «كونه» راجع إلى «المجيز».

(3) هذا ثالث الأمور التي استدلّ بها على إثبات الردّ الفعلي، و محصله: التشبث بالألوية. توضيحه: أنّه قد ادّعي الإجماع على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطني، فيما إذا باع أمته بشرط الخيار، و وطأها أو باعها أو أعتقها في زمن الخيار، فإنّ الوطني و البيع و العتق تفسخ البيع. فإذا كان الفعل موجبا لانفساخ العقد الثابت، كان موجبا لانفساخ العقد الفضولي- المتزلزل حدوثا- بطريق أولى، لكون الدفع أهون من الرفع.

---

[1] هذا متجه بعد تسلّم كون الفعل كقول ردّا للعقد الفضولي. و هذا أول الكلام و مصادرة. فاللازم أولا إثبات كون الفعل ممّا يتحقق به الردّ، ثم ترتيب آثار الردّ القولي عليه.

نعم إذا ثبت كون الردّ الفعلي كالقولي- بحجة شرعية أو عقلية- كان خروج المجيز بعد الردّ الفعلي عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد- كخروجه عنه بعد الردّ القولي- في محلّه.

---

(1) المدعي للإجماع جماعة كشيخ الطائفة في المبسوط، ج 2، ص 83. و ابن زهرة في الغنية، ص 526 (الجوامع الفقهية) و ابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 248

ص: 456



كالوطني و البيع و العتق [1]، فإنّ (1) الوجه في حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع، و إلا (2) فتوقفها (3) على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها، لعدم (4) حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك.

---

(1) غرضه بيان وجه حصول الفسخ بهذه التصرفات، و حاصل وجهه هو دلالة تلك التصرفات عرفا على أنّ المتصرف بها- مع الالتفات- قاصد لفسخ العقد بها، و ظواهر الأفعال كظواهر الألفاظ حجة عند العقلاء.

و ليس وجهه توقف تلك التصرفات- أعني بها الوطني و البيع و العتق- على الملك، على ما عن الرسول الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا-عتق إلا في ملك، و لا بيع إلا في ملك، و لا وطاء إلا في ملك». و ذلك لأنّ مقتضى التوقف المزبور بطلان تلك التصرفات، لعدم تحقق شرطها، و هو الملك المتوقف على حصول الفسخ قبل تلك التصرفات حتى تقع في ملكه.

و بالجملة: فالوجه في حصول الفسخ بها هو دلالتها عرفا على قصد الفسخ.

(2) أي: و إن لم يكن الوجه في الرد دلالتها على الفسخ- بل كان الوجه في ذلك توقف تلك التصرفات على الملك- اقتضى ذلك الوجه بطلانها، لوقوعها في ملك غيره، لا حصول الفسخ بها.

(3) هذا الضمير و كذا ضميرا «بها، بطلانها» راجعة إلى الوطاء و البيع و العتق.

(4) تعليل لبطلان تلك التصرفات، فإنّ شرط صحتها- و هو الملك المتوقف على حصول الفسخ قبلها حتى تقع في الملك- لم يتحقق، فلا محالة تقع باطلة.

---

[1] لا وجه لقياس المقام بهذه الأمور، فإنّ حصول الفسخ بها حكم ظاهري تقتضيه أصالة الصحة التي هي مفقودة في مثل تعريض المبيع للبيع. أمّا حصول الفسخ بها واقعا فهو منوط بقصد إنشاء الفسخ بالوطني و أخويه.

و الحاصل: أن الأولوية المدّعاة غير ظاهرة.

و كيف (1) كان فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا، صلح (2) لرفع أثر العقد المتزلزل- من حيث الحدوث- القابل للتأثير بطريق أولى [1].

(1) يعني: سواء أكانت تلك التصرفات ردًا للعقد أم لا، نقول: إذا فرض كون فعل صالحا لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا كما في العقد الخياري، كان صالحا لرفع العقد الفضولي المتزلزل حدوثا بطريق أولى، فإن الرد في المقام دفع، وفي العقد الخياري رفع، و الدفع أهون منه.

(2) جواب «فإذا أصلح»، و «بطريق أولى» متعلق ب «صلح».

[1] إن كان منشأ ارتفاع قالية العقد للإجازة بسبب الرد هو الإجماع، فالمتيقن منه الرد القولي مع الإنشاء. وإن كان منشؤه عدم قابلية العقد لأن يضاف إلى المالك الأصل بالإجازة في محيط العقلاء، فالظاهر أنه لا تفاوت حينئذ بين الرد القولي والفعلي. ولا يبعد أن يكون هذا مدرك الإجماع على فرض وجوده، إذ من البعيد أن يكون هناك إجماع تعبدى.

إلا ان يقال: ان بناء العقلاء أيضا دليل لبي يكون القدر المتيقن منه هو الرد القولي.

وعليه فلا دليل على الرد الفعلي بحيث يمنع عن إجازة المالك، فاستصحاب بقاء العقد في محله.

ولا ينبغي الارتباب في عدم كون فعل مثل التعريض للبيع بدون الالتفات إلى العقد الفضولي ردًا، مع البناء على كون رد العقد الفضولي كفسخ العقد الخياري والإجازة من الإنشائيات.

إلا إذا دل دليل على كون فعل بمجرد ردًا، كما في الرجوع في عدة الطلاق الرجعي، فإن النص المعتبر قد دل على أن إنكار الطلاق بنفسه رجوع إلى النكاح، وإن لم يكن الرجوع ملتفتا إلى وقوع الطلاق حتى يقصد الرجوع وإنشاءه بإنكاره. ولا وجه للتعدي عن مورد النص وهو الطلاق إلى سائر الموارد، ففي غير الطلاق لا بد في صدق عنوان الرد من الإنشاء المتوقف على القصد.

بل يمكن أن يقال- كما قيل -: إن الوجه في كون الإنكار رجعة هو ما ثبت في محله

و أمّا الثاني (1)- وهو ما يقع في حال عدم الالتفات- فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به، لعدم (2) دلّته على إنشاء الرّد، و المفروض عدم منافاته أيضا للإجازة

(1) عطف على «أمّا الأوّل» أي: القسم الثاني من التصرفات غير المنافية لمملك المشتري، وهو ما يقع من المالك في حال عدم التفاته إلى ما وقع على ماله من العقد الفضوليّ، و حاصل ما أفاده المصنّف قدّس سرّه في ذلك هو: عدم تحقّق فسخ العقد الفضوليّ به، لعدم المقتضي له، إذ المفروض أنّه مع عدم الالتفات إلى العقد الفضوليّ لا يدلّ فعله على ردّ العقد، فلا موجب لكونه إنشاء لردّه.

(2) تعليل لعدم تحقّق الفسخ به، و حاصله: أنّ الرّد من الإنشائيّات المتقوّمة بالقصد، و مع عدم الالتفات- كما هو المفروض- لا قصد، فلا ردّ حقيقة. كما أنّه ليس بحكم الرّد أيضا، بأن يكون مفوّتا لمحلّ الإجازة، كاستيلاء الأمة، لعدم منافاته للإجازة.

من: أنّ المطلقة رجعيّا زوجة أو بحكمها، فكلّ قول أو فعل يدلّ على بقاء الزوجية يكون رجوعا، فليس الرجوع بناء عليه من الإيقاعات المحتاجة إلى الإنشاء الموقوف على القصد.

بل وزان الرجوع وزان التقبيل و نحوه من الاستمتاع الدالة على زوجية المرأة، لا- أنّه ردّ فعل و هو الطلاق، بل هو تثبيت الزوجية و إبقاؤها.

و عليه فجعل الإنكار من الردّ الفعلي غير سديد، لما عرفت من أنّ إنكار الطلاق ليس ردّا، بل هو إبقاء للزوجية، فتأمّل.

و هذا الوجه لا يجري في المقام، إذ المقصود انفساخ العقد و انحلاله بحيث يخرج عن قابلية الصحة بالإجازة، و هو لا يحصل إلّا بالإنشاء غير الحاصل في المقام على الفرض.

و لا يخفى أنّ إنكار الطلاق في الصحيحة المتقدمة لا يشمل الرّد الفعلي إلّا إذا كان له إطلاق يشمل الإنكار القولي و الفعلي، و إن كان ظاهر السياق هو الإنكار القولي.

و الحاصل: أنّه لا يمكن جعل إنكار الطلاق ردّا فعليّا و مستثنى من عدم الردّ الفعلي، بأن يقال: إنّ الرّد الفعلي منحصر في إنكار الطلاق، لوجهين:

الأوّل: أنّ الإنكار ليس ردّا للطلاق، بل هو إبقاء للزوجية.

الثاني:- بعد تسليم كونه ردّا- أنّ الظاهر من الرد هو الردّ القولي دون الردّ الفعلي.

اللاحقة (1). ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل (2) بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير (3) إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً

---

(1) يعني: حتى يكون لمفوتيته لمحلّ الإجازة ردّاً حكماً لا حقيقياً.

(2) وهو العقد الفضولي، حاصله: عدم كفاية مجرد رفع اليد عن العقد- في تحقق رده- بإنشاء ضده، كتعريض المالك الأصل المبيع للبيع، بل لا بدّ في رفع اليد عن العقد الفضولي من إيجاد المالك ما يصدق عليه عنوان الرد المنوط بالقصد والالتفات إلى وقوع العقد الفضولي على ماله، وهو المراد بقوله: «المردود» لأنّ العقد الفضولي بعد ردّ المالك يصير مردوداً ومتّصفاً بهذا الوصف.

(3) خبر لمبتدأ محذوف، أي «وهذا نظير.. إلخ». وغرضه التنظير للمنفي وهو الكفاية، وحاصله: أنه لا- يكفي في ردّ فعل كالعقد الفضولي مجرد رفع اليد عنه بإنشاء ضده إلا في الطلاق، فإنّ الأصحاب ذهبوا إلى كفاية مجرد رفع اليد عن الطلاق بإنكار الطلاق ولو مع عدم التفات المنكر إلى وقوعه منه سابقاً، فإنكاره للطلاق رجوع إلى النكاح ولو مع عدم التفات إلى الطلاق.

ويدلّ عليه صحيحه أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن امرأة ادّعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً- يعني على طهر من غير جماع- وأشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك. فقال عليه السلام: إن كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العدة فإنّ إنكاره للطلاق رجعة لها، وإن أنكر الطلاق بعد انقضاء العدة فإنّ على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهادة الشهود، بعد ما تستحلف أن إنكاره الطلاق بعد انقضاء العدة، وهو خاطب من الخطّاب» (1).

وقريب منه ما في فقه الرضا (2).

فلا وجه لقياس المقام بباب الطلاق، فإنّ الرجوع فيه بإنكار الطلاق إنّما هو بالتعبد.

---

(1) وسائل الشريعة، ج 15، ص 372، الباب 14 من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه، ح 1

(2) مستدرک الوسائل، ج 15، ص 331، الباب 12 من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه، ح 1

ولو (1) مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما (2) يقتضيه إطلاق كلامهم (3).

نعم (4) لو ثبت كفاية ذلك (5) في العقود الجائزة كفى (6)

(1) وصلية، أي: حتى لو ثبت إنكار الطلاق في حال الغفلة عن وقوع الطلاق.

(2) متعلق بالفعل المقدر «ثبت» يعني: أن الحكم بكون الإنكار رجوعاً يقتضيه إطلاق كلامهم، لأنهم لم يفصلوا في تحقق الرجعة بإنكار الطلاق بين التفتن إلى وقوع الطلاق الذي أنكره، فيكون إنكاره رجعة، وبين غفلته عنه فلا يكون رجعة، بل حكموا بأن الإنكار رجوع، قال المحقق قدس سره: «ولو أنكروا الطلاق كان ذلك رجعة، لأنه يتضمن التمسك بالزوجة» (1).

وقال الشهيد الثاني قدس سره: «و ظاهرهم الاتفاق على كونه - أي الإنكار - هنا رجوعاً» (2).

و ادعى صاحب الجواهر الإجماع بقسميه على الحكم، ثم قال في الرد على اعتبار إرادة البقاء على النكاح الأول: «مع أن النص وكلام الأصحاب مطلق، فلا محيص حينئذ عن القول بأن الرجعة ليست من قسم الإيقاع، ولا يعتبر فيها قصد معنى الرجوع. بل يكفي فيها كل ما دلّ من قول أو فعل على التمسك بالزوجة فعلاً وإن ذهل عن معنى الطلاق ..» فراجع (3).

(3) بل وإطلاق النص المتقدم آنفاً أيضاً.

(4) استدراك على قوله: «و لا يكفي مجرد رفع اليد».

(5) أي: التصرف غير المنافي لملك المشتري في العقود الجائزة و لو بدون الالتفات إلى وقوع عقد على ماله، كما إذا وهب لزيد متاعاً، ثم عرضه للبيع غافلاً عن أنه وهبه لزيد. فعلى القول بأن هذا التصرف يبطل الهبة لا بدّ من القول ببطلان العقد الفضولي به بطريق أولى.

(6) جواب الشرط في «لو ثبت» و فاعله ضمير راجع إلى «ذلك» أي التصرف.

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 30

(2) مسالك الأفهام، ج 9، ص 187

(3) جواهر الكلام، ج 32، ص 182 و 184

هنا (1) بطريق أولى، كما عرفت (2). لكن لم يثبت ذلك (3) هناك، فالمسألة (4) محلّ إشكال، بل الإشكال في كفاية (5) سابقه (6) أيضاً، فإنّ (7) بعض المعاصرين

(1) أي: في العقد الفضولي.

(2) أي: في (ص 458) حيث قال: «إذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت .. صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث».

(3) أي: لم يثبت كفاية التصرفات غير المنافية لملك المشتري في العقود الجائزة، فكيف بالعقد المتزلزل حدوثاً؟

(4) أي: مسألة كون التصرفات غير المنافية لملك المشتري ردّاً للعقد الفضولي - وإن لم يلتفت المالك إلى وقوع عقد على ملكه، كتعريض المبيع للبيع، وإيقاع عقد فاسد عليه - محلّ إشكال.

(5) متعلق بالخبر المحذوف، أي: بل الاشكال ثابت في كفاية .. إلخ.

(6) وهو القسم الأوّل من القسمين اللذين ذكرهما المصنف قدّس سرّه في (ص 453) بقوله: «لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد».

(7) هذا منشأ الإشكال في حصول الردّ بفعل مع الالتفات إلى وقوع عقد فضولاً على ماله، ومحصّله: أنّ دعوى بعض المعاصرين الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الرد كالإجازة صارت منشأ للإشكال في كون فعل مضاد للعقد الفضولي - مع التفات المالك إلى وقوع عقد على ماله - ردّاً للعقد، ومع دعوى الإجماع المزبور يشكل الإكتفاء في ردّ عقد الفضول بالفعل.

ولعلّ المراد بهذا البعض هو الشيخ الأعمش قدّس سرّه، وقد تقدم في (ص 166) نقل كلامه في اعتبار اللفظ في الإجازة. وقال في اشتراط الردّ بالصرحة: «ويشهد لكلّ جملة من الأخبار وكلمات الأصحاب».

وهذه الجملة نقلها صاحب الجواهر في مقام الاستدلال على اعتبار اللفظ في الفسخ وإن ناقش هو فيه، لكن ذكره وجها لاشتراط اللفظ شاهد على استظهار الإجماع عليه، وإن كانت هذه الاستفادة محلّ تأمل، لأنّ المدعى في كلام الشيخ الأعمش قدّس سرّه هو اعتبار الصراحة في الرد، سواء أكان بالقول أم بالفعل، لأنّه قال: «أنّه هل

يظهر منهم (1) [منه] دعوى الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ولذا (2) استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلاً

الإجازة فورية أي: من حين العلم بالعقد؟ أم لا- ينافيها إلا الردّ الصريح، قال في الدرّوس والتنقيح والحدائق والرياض بالثاني، وهو الأظهر» ثم اعتبر الصراحة في كلّ من القول والفعل، واستدلّ عليه بقوله «ويشهد لكلّ .. إلخ» ما نقلناه.

وعلى كلّ فلا بأس بما نسبته المصنف قدّس سرّه الى بعض معاصريه من دعوى الإجماع على اعتبار اللفظ في الردّ، لأنّه اعتمد على ما في الجواهر من قوله: «بل قيل: انه تشهد له جملة من الأخبار وكلام الأصحاب ..» «1» فراجع.

(1) كذا في نسخ الكتاب، إلا ما ضبطه الفقيهان السيد والمقاماني قدّس سرّهما في حاشيتهما «2»، من نقل عبارة المتن هكذا «يظهر منه» وهو المناسب لكلمة «البعض» فلاحظ.

(2) يعني: ولأجل دعوى بعض المعاصرين الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ استشكل العلامة قدّس سرّه في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع الموكل عقدا فاسدا على متعلّق الوكالة جاهلاً بفساده، كما إذا وكلّ زيدا في بيع كتاب المكاسب، ثم وهبه هبة فاسدة جاهلاً بفسادها، فإنّ الهبة الفاسدة- كتعريض المبيع للبيع- فعل لا ينافي الوكالة.

واستشكل العلامة وولده والمحقق الثاني قدّس سرّهم في كونها ردّاً للوكالة، ولعلّ منشأ إشكالهم هو نقل الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ.

قال العلامة في باب فسخ الوكالة بفعل الموكل ما ينافي موردها: «ولو وكلّه في بيع عبد، ثم أعتقه عتقا صحيحا، أو باعه كذلك، بطلت الوكالة، ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه- أي مع علم الموكل بفساد البيع والعتق-، ومع جهله اشكال» «3».

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 294، كشف الظلام (مخطوط).

(2) حاشية السيد، ج 1، ص 174، غاية الآمال، ص 400

(3) قواعد الأحكام، ج 2، ص 365

بفساده، وقرّره في الإيضاح و جامع المقاصد على الإشكال (1) [1].

(1) يعني: وقرّر كلّ واحد من صاحبي الإيضاح و جامع المقاصد العلامة على الإشكال الذي ذكره في بطلان الوكالة بإيقاع عقد فاسد على متعلّقها جاهلاً بفساده.

[1] ظاهر العبارة كون منشأ استشكال العلامة قدّس سرّه في فرض جهل الموكل بفساد بيعه عدم تحقق العزل بالقول، بحيث لو فسخ الوكالة باللفظ لا نعزل الوكيل.

لكن الظاهر أنّ منشأ الإشكال أمر آخر، بشهادة التزام العلامة بانعزال الوكيل في صورة كون بيع الموكل صحيحاً، وبقاء الوكالة في صورة فساده مع علمه بالفساد حتى إذا لم يكن لفظ دال على العزل مثل «عزلتك أو أزلت وكالتك» ونحوهما، وإثماً قال بالعزل في الصورة الأولى من جهة التصرف المنافي لمورد الوكالة، وعدمه في الصورة الثانية.

كما أنّ ما نسبته إلى الفخر و المحقق الثاني من تقرير الإشكال غير ظاهر.

أمّا فخر الدين فقد قال بعد بيان وجهي الاشكال: «و التحقيق أنّ قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب؟ الحقّ ذلك مع العلم بالسببية، فجهله إن كان بالفساد مع علمه بسببه الصحيح للعزل انعزل. وإن كان بالسببية لم ينعزل، لأنّه لم يقصد بذلك العزل، وإلاّ أوجد سببه. هكذا قال المصنف، و نعم ما قال» (1).

وقوله: «لأنّه لم يقصد» كالصريح في إناطة العزل بالقصد مع التفاته إلى سببية البيع له.

و لا إيماء في كلامه إلى كون منشأ الاشكال فقد الفسخ القولي.

و أما المحقق الكركي قدّس سرّه فقد قال بعد بيان وجهي الاشكال: «و فيه نظر، لأنّ العقد الصحيح سبب في العزل من حيث ترتب الخروج عن الملك عليه، و ذلك مفقود مع ظهور فساده. نعم إن قصد بالمأتي به العزل فليس ببعيد الانعزال به، وإلاّ فلا» (2).

و بنى السيد العاملي قدّس سرّه العزل و عدمه على أنّ قصده للبيع هل يكون كفسخ الوكالة بالقول أم لا، فقال: «و التحقيق: أنّ عزمه على البيع - صحيحاً كان أو فاسداً - و إيقاعه له بمنزلة عزله بالقول، فكان كأنّه قال: عزلت فلانا، فيجيء فيه حال العزل بالقول في أنه هل ينعزل

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 254

(2) جامع المقاصد، ج 8، ص 282



و الحاصل (1): أن المتيقن من الردّ هو الفسخ القولي. وفي حكمه (2) تفويت محلّ الإجازة، بحيث لا يصحّ وقوعها (3) على وجه يؤثّر من حين العقد.

وأما الردّ الفعليّ (4) - وهو الفعل المنشأ به مفهوم الردّ - فقد (5) عرفت نفي

---

(1) يعني: و ما حاصل الكلام في مسألة الردّ هو: أن المتيقن من الردّ هو الفسخ القولي.

(2) أي: وفي حكم الفسخ القولي تفويت محلّ الإجازة، بحيث لا يصحّ أن تؤثّر الإجازة من حين وقوع العقد، وهي التصرفات المخرجة عن الملك بالنقل أو الإتلاف كالبيع أو العتق ونحوهما، فإنّ صحة هذه التصرفات من المالك تنافي الإجازة المؤثرة من حين صدور العقد الفضولي كما تقدم تفصيله في (ص 446). فإنّ هذه التصرفات وإن لم تكن ردّاً حقيقة، لعدم إنشاء الردّ بها. لكنّها مانعة عن صحة العقد الفضولي من زمان وقوعه، فهي بحكم الردّ من جهة فوات محلّ الإجازة، حيث لا يمكن صحة العقد الفضولي مع هذه التصرفات من المالك.

(3) أي: وقوع الإجازة. هذا ما يتعلّق بالفسخ القولي وهو المتيقن من الردّ.

(4) وهو الفعل الذي ينشأ به مفهوم الردّ، كتعريض المبيع فضولاً للبيع مع التفات المالك إلى وقوع العقد الفضولي على ماله.

(5) جواب «و أمّا الردّ» وقد عرفت في (ص 453) عند قوله: «أمّا الأوّل فهو ردّ فعليّ للعقد، والدليل على إلحاقه بالردّ القولي .. إلخ» وقد استدلل على حصول الفسخ به بوجوه ثلاثة، فراجع.

---

بمجرده وإن لم يبلغه الخبر، أم لا .. إلخ» (1).

و على هذا فلعلّ مقصود المصنف من المشار إليه في قوله: «و لذا» هو كون المسألة محلّ إشكال، لا قضية الإجماع على دخل اللفظ في تحقق الرد. و حينئذ تسلّم عبارة المتن من الإشكال.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 622

ص: 465

البعد (1) عن حصول الفسخ به.

و أمّا (2) مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الرّد - لعدم (3) الالتفات إلى وقوع العقد (4) - فالإكتفاء (5) به مخالف للأصل (6).

وفي حكم ما ذكرنا (7) الوكالة (8) و الوصاية. و لكنّ الإكتفاء فيهما (9) بالرّد الفعلي أوضح (10).

(1) لا يخفى أنّه جزم بالفسخ هناك، و استدلّ عليه بتلك الوجوه الثلاثة. لا أنّه نفى البعد عن حصول الفسخ به.

(2) هذا إشارة إلى القسم الثاني من التصرفات غير المنافية لملك المشتري حين العقد، و قد تعرّض لذلك في (ص 459) بقوله: «و أمّا الثاني و هو ما يقع في حال عدم الالتفات .. إلخ» و ذلك كتعريض المبيع فضولا للبيع مع عدم التفات المالك إلى وقوع العقد الفضولي عليه.

(3) تعليل لعدم تحقّق مفهوم الرد، حيث إنّ تحقّقه منوط بقصده، و مع عدم الالتفات لا يحصل قصده.

(4) أي: وقوع العقد الفضولي على ماله.

(5) جواب قوله: «و أمّا» يعني: فالإكتفاء - بمجرّد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد الفضولي - مخالف للأصل.

(6) و هو استصحاب بقاء العقد على قابليته للإجازة عند الشكّ في بقائه.

(7) أي: تكون الوكالة و الوصاية في حكم ما ذكرنا من تحقّق الرّدّ في العقد الفضوليّ بالقول و الفعل على التفصيل المذكور، فإذا وُكّل شخصا أو أوصى إليه، ثم ردّ الوكالة أو الوصاية بالقول أو الفعل، بطلت، و لا موجب لنفوذهما.

(8) مبتدأ مؤخّر، و خبره المتقدّم قوله: «و في حكم ما ذكرنا».

(9) أي: في الوكالة و الوصاية.

(10) يعني: أنّ الإكتفاء في إبطال الوكالة و الوصاية بالفعل أوضح من الإكتفاء بالفعل في إبطال عقد الفضوليّ. و لعلّ وجه أوضحيّة الإكتفاء فيهما بالرّد الفعلي - من الإكتفاء به في البيع و غيره من العقود اللازمة - هو: أنّه لمّا كان انعقاد الوكالة و الوصاية

وأما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار (1) فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعليّ.

وأما (2) فعل ما لا يجمع صحّة العقد كالوطي و العتق [و البيع] فالظاهر

وغيرهما من العقود الجائزة بكلّ ما يدلّ عليها سواء أكان لفظاً أم فعلاً، و لم يعتبر في انعقادها خصوص اللفظ، كان انحلالها أيضاً في اعتبار العقلاء كانعقادها بكلّ ما يدلّ عليه من قول أو فعل. بخلاف البيع وغيره من العقود اللازمة، فإنّ انعقادها لازمة لما كان باللفظ كان مقتضى اعتبار العقلاء اعتبار اللفظ في انحلالها أيضاً، هذا.

ويمكن أن يكون وجه الأوضحيّة في الوكالة أنّ مناط صحّة تصرف الوكيل في متعلّق الوكالة إذن المالك ورضاه، فلو علم الوكيل بعدم رضا المالك بالتصرف فيه- و لو كان الدالّ على العلم بعدم الرضا فعلاً صادراً من الموكل- لا يجوز له التصرف بلا إشكال، من دون حاجة إلى لفظ يدلّ على إنشاء فسخ الوكالة.

و الحاصل: أنّه يكفي في عدم جواز التصرف كلّ ما يدلّ على ذلك بلا حاجة إلى إنشاء، حتى يحتمل اعتبار اللفظ فيه.

وفي الوصية أنّها جزء السبب وجزؤه الآخر الموت، و يعتبر استمرار الرضا من الموصى إلى حصول الجزء الآخر. فلو ارتفع الرضا قبل تحقق الجزء الآخر- و لو بدلالة فعل من الموصى على ذلك- بطلت الوصية، و لا يؤثر لحوق الجزء الآخر. و لكن هذا البطلان إنّما هو لأجل عدم حصول شرط انعقاد العقد، لا لأجل الردّ.

(1) معطوف على «بالذات» حاصله: أنّ الفسخ في العقود الجائزة منحصر في الإنشاء اللفظي أو الفعلي، سواء أكان جوازها بالذات، و هي العقود الإذنية، أم كان بالعرض و هي الجائزة بالخيار المجمعول شرعاً كخيار الحيوان و المجلس، أو بجعل المتعاقدين كخيار الشرط.

(2) هذا دفع توهم. أمّا التوهم فتقريبه: أنّه يتوهم حصول فسخ العقود الجائزة بالذات أو بالخيار بغير اللفظ و الردّ الفعلي، و هو فعل ما ينافي صحّة العقد الجائز بالذات كالهبة، أو بالخيار كالبيع الخياري، فإنّ هذه التصرفات- أعني بها الوطاء و العتق و البيع التي أوقعها ذو الخيار في زمن الخيار، أو أوقعها بعد العقد الجائز بالذات كالهبة- فاسخة للعقد الجائز، فليس الفسخ في العقود الجائزة منحصر باللفظ أو الردّ الفعليّ، هذا.

أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها، لا (1) لمنافاتها لبقاء العقد (2)، لأنّ (3) مقتضى المنافاة بطلانها (4)، لا انفساخ (5) العقد، عكس ما نحن فيه (6)، و تمام الكلام في محلّه.

### [فائدة الرد و ما يترتب عليه شرعا]

ثمّ (7) إنّ الردّ إنّما يثمر

وأمّا تقريب الدفع فهو: أنّ الفعل المنافي لصحة العقد الجائز - كالوطء و العتق و البيع - ليس بنفسه فسحا، بل يتحقّق الفسخ بقصده أنا ما قبل حصول المنافي. و لو كان الفسخ به لأجل منافاته لصحة العقد الجائز لاقتضت المنافاة بطلان الفعل المنافي، لوقوعها في ملك الغير، لا انفساخ العقد.

و الحاصل: أنّ الفسخ هنا من مصاديق الردّ الفعلي، و ليس أمرا آخر حتى يتوهم أنّ الفسخ هنا خارج عن الفسخ القوليّ و الفعليّ، فلا مجال للتوهم المزبور.

(1) يعني: أنّ الفسخ بالوطء و العتق و البيع إنّما هو لتحقّق قصد الفسخ قبلها.

(2) و هو العقد الجائز بالذات أو بالخيار.

(3) تعليل لبطلان الوطء و أخويه، و محصّله: أنّها تبطل لمنافاتها لمقتضى العقد الجائز، و هو كون ما وقع عليه هذه الأمور ملكا لغير من صدرت هذه التصرفات منه، فلا بدّ من الحكم ببطلانها، لوقوعها في ملك الغير.

(4) أي: بطلان الوطء و العتق و البيع، لوقوعها في ملك الغير.

(5) معطوف على «بطلانها» يعني: أنّ مقتضى المنافاة بطلان تلك التصرفات، لا بطلان العقد.

(6) و هو عقد الفضول، و المراد بالعكس: أنّ تلك التصرفات في العقد الفضولي تقتضي صحّتها، لوقوعها في ملك المالك المسلّط على كل تصرف في أمواله، و بطلان العقد الفضولي، و عدم صحة الإجازة بعد التصرفات المنافية لصحة العقد الصادرة من المالك.

(7) بعد أن بيّن قدّس سرّه ما يتحقّق به ردّ العقد الفضولي، أراد أن يبيّن فائدة الردّ و ما يترتب عليه شرعا، فقال: إنّ ثمرة ردّ المالك العقد الفضولي هي عدم صحة الإجازة بعد الردّ، لعدم محلّها بعد تلك التصرفات. و أمّا انتزاع المال - الذي بيع فضولا - من المشتري إن كان قد قبضه من العاقد الفضولي فلا يتوقف على الردّ، بل يكفي في جواز انتزاعه عدم الإجازة، لأنّ سلطنة المالك على ماله - ما لم يجز العقد الفضولي - باقية

في عدم صحّة الإجازة [1] بعده. و أمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي، فلا يتوقّف على الرّد، بل يكفي فيه (1) عدم الإجازة. و الظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ (2) مع القرائن الدالّة على إرادته (3) منه، لا مطلق (4) الأخذ، لأنّه (5) أعمّ.

---

و مقتضاها جواز انتزاعه من المشتري.

(1) أي: في جواز انتزاع المال من المشتري.

(2) يعني: إذا كان هذا الانتزاع مصداقا للردّ فلا إشكال في أنّه ينتزع ماله واقعا و ظاهرا على النقل و الكشف الانقلابي، و كذا بنحو الشرط المتأخر، أو بوصف التعقب المقارن للعقد مع العلم بعدم الإجازة أصلا، فإنّ المبيع الفضوليّ في جميع هذه الصور باق على ملك مالكة. و مقتضى سلطنة الناس على أموالهم جواز انتزاع ماله من المشتري.

(3) أي: على إرادة الرّد من الانتزاع.

(4) معطوف على «الانتزاع» يعني: و الظاهر أنّ الأخذ المجرد عن القرينة ليس ردّا.

(5) يعني: لأنّ الأخذ أعم من الرّد، لإمكان أن يكون الأخذ للاطلاع على سعره، أو للانتفاع به مدّة.

---

[1] يعني: إجازة المالك الفعلي. و أمّا إذا باعه المالك من شخص آخر غير المشتري الذي اشتراه من الفضول، فالظاهر عدم مانع من إجازة المالك الجديد ذلك العقد الفضولي، فردّ المالك ليس هدمًا و إعداما له من صقع الاعتبار حتى لم يبق محلّ للإجازة مطلقا حتى بالنسبة إلى المالك الفعلي.

بل معنى الردّ أنّه ليس له الإجازة بعد الرّد. و ليس معناه انعدام العقد بحيث لم يكن لغير المالك إذا صار مالكا للمبيع الفضولي إجازة العقد الفضولي، لأنّ فعل الغير - وهو الفضول - ليس تحت اختيار مالك المبيع حتى يعدمه، بل له ردّه الذي مرجعه إلى قطع علقة العقد بماله. فإنّ للمالك قطع هذه العلقة بالرّد، كما أنّ له إبقائها و تثبيتها بالإجازة. و ليس له إعدام العقد بحيث لا يصح لغيره - إذا ملك المبيع - أن يجيز هذا العقد الفضولي، فإنّ حدوث الأمر الاعتباري و بقاءه بيد من بيده الاعتبار، و ليس المالك مالكا لهذا الاعتبار.

ولذا (1) ذكروا أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

---

(1) أي: ولأجل أعمية الأخذ من الرد ذكر جماعة من الأصحاب: أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقق بأخذ الواهب العين الموهوبة من المتهب، قال العلامة في القواعد- بعد حكمه بتحقق الرجوع بلفظ رجعت وشبهه وبالفعل كالبيع- ما لفظه: «و الأقرب أنّ الأخذ ليس فسخا» (1). و الظاهر أنّ مورد كلامه عدم وجود قرينة على إرادة الرجوع بهذا الأخذ. كما يظهر من فخر المحققين و المحقق الثاني و السيد العميد، لعدم دلالة الأعم على الأخص، فراجع.

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 408، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 418، جامع المقاصد، ج 9، ص 167، كنز الفوائد، ج 2، ص 161، مفتاح الكرامة، ج 9، ص 192 و 193

ص: 470

مسألة (1) لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده (2) فهو، وإلا فله انتزاعه ممّن وجده في يده (3) مع بقائه، ويرجع بمنافعه (4)

ب: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز

(1) الغرض من عقد هذه المسألة بيان الحكم الوضعي - وهو ضمان المبيع الفضولي - في صورة عدم إجازة المالك، وردّه البيع الفضولي.

و محصّل ما أفاده فيها: أنّ المبيع فضولا إن كان باقيا و كان بيد المالك، فلا كلام.

و إن لم يكن بيده، فله انتزاعه ممّن وجده في يده، سواء أ كان هو المشتري أم غيره.

و يرجع بمنافعه المستوفاة - كاللبن و الصوف من الشاة - على من كان المبيع في يده، و استوفى المنافع منه. و كذا يرجع المالك على من كان المبيع عنده بمنافعه التي لم يستوفها، كما إذا كان المبيع دكّانا أو دارا و لم يستوف منفعتة - كما إذا كانت أجرته على تقدير إجارته في تلك المدة التي كانت بيد المشتري أو غيره عشرة دنانير مثلا - فإنّ للمالك أخذ هذه الأجرة ممّن كان المبيع بيده.

(2) هذا الضمير و ضمير «فله» و الضمير المستتر في «وجده» راجعة إلى المالك.

(3) الضمير راجع إلى الموصول في «ممّن» المراد به المشتري.

(4) هذا الضمير و ضمائر «انتزاعه، وجده، بقائه» راجعة إلى المبيع.

المستوفاة [1] وغيرها، على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد (1). ومع التلف (2) يرجع إلى من تلف عنده

(1) بقوله: «وأمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان» الى أن قال: «فيتحصّل من ذلك كلّه أنّ الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة .. إلخ» (1).

فضمان المنافع غير المستوفاة محلّ الخلاف، هذا كلّه في صورة بقاء عين المبيع.

(2) هذا شروع في حكم تلف المبيع، ومحصّله: أنّه مع التلف يرجع إلى من تلف عنده- من المشتري أو غيره- بقيمته يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقوعه في يده إلى وقت تلفه، على الخلاف بين الفقهاء.

[1] على المشهور على ما قيل. بل عن السرائر «الاتفاق على ذلك» لجعله كالمغصوب عند المحصلين، ويدل عليه عموم قوله: «لا يحل مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه» بناء على صدق «المال» على المنافع، ولذا يجعل ثمنها في البيع وصدقا في النكاح.

ويدل عليه أيضا صحيح أبي ولّاد المتضمن لضمان المنافع المستوفاة، ردّا على أبي حنيفة النافى للضمان، استنادا إلى «الخراج بالضمان» وابطال قوله موكول إلى بحث المقبوض بالعقد الفاسد.

وأمّا المنافع غير المستوفاة فالمنسوبة إلى المشهور أيضا الضمان. ويشمله إطلاق معقد إجماع السرائر من كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب عند المحصلين.

ولعلّ وجه ضمانها صدق الأموال عليها، وقاعدة احترام مال المسلم أيضا تقتضي الضمان، فإنّ المنافع القائمة بالأعيان أموال، وأخذها بقبض الأعيان، هذا مجمل الكلام في ضمان المنافع بقسميها. وتقدم التفصيل في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد، فراجع (2).

(1) راجع هدى الطالب، ج 3، ص 251-267

(2) المصدر، ص 213 إلى 285

ص: 472



بقيمته (1) يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده [1].

(1) أي: بقيمة المبيع يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان الغصب- وهو زمان وقوع المال في يده- إلى زمان وصول المال إلى مالكه، هذا إذا كان المبيع قيمياً.

وإن كان مثلياً يرجع إلى من تلف عنده بمثله.

فالمراد بقوله: «بقيمته» هو مالية المبيع. فإن كان المبيع مثلياً يتعين بدله في المثل.

وإن كان قيمياً تعين بدله في قيمته.

[1] أو يوم الدفع، فيه وجوه، بل أقوال.

قيل في المقام: إن منشأ القول بقيمة يوم الغصب و يوم التلف هو كون الضمان فعلياً يوم الغصب، أو تعليقياً. فمن قال بالأول مشروطاً بشرط متأخر- وهو تلف العين- قال بالضمان يوم الغصب. و من قال بالثاني قال بقيمة يوم التلف.

و منشأ القول بيوم الدفع- وهو يوم الأداء وجهان:

الأول: أن العين بجميع خصوصياتها الشخصية مضمونة على الضامن في كلتا صورتها وجود العين و تلفها. فمع التمكن من ردّ العين يجب ردّها، و مع تلفها يجب ردّ مثلها إن كان المال مثلياً، و ردّ قيمتها إن كان قيمياً، هذا. وفيه: ما ذكر في محلّه «1».

الثاني: أن الشيء متقوم بماليته، مثلاً قوام الحنطة بماليته التي هي الإشباع و حفظ الحياة، و أمّا الخصوصيات الشخصية و المثلية فهي فضلة و خارجة عن حقيقتها، فإذا تلفت الحنطة فماليته- وهي الإشباع- تثبت في الذمة، فتقوم بقيمة يوم الدفع الذي هو يوم المطالبة، و يوم الخروج عن العهدة. ففي هذا اليوم يقوم ما في ذمة الضامن من مالية التالف، هذا.

و منشأ القول بأعلى القيم هو كون الرغبات التي تتفاوت بها الأسعار السوقية مضمونة على الضامن، و قد تقدم الكلام في ما استدل به عليه، فراجع «2».

(1) راجع تفصيل هذا البحث فيما ذكرناه في أحكام المقبوض بالبيع الفاسد، هدى الطالب، ج 3، ص 384 و 397-401

(2) هدى الطالب، ج 3، ص 401 و 539-542

و لو كان قبل ذلك (1) في ضمان آخر (2) و فرض زيادة القيمة عنده (3) ثم نقصت عند الأخير (4) اختصّ (5) السابق بالرجوع بالزيادة عليه (6)، كما صرح به (7) جماعة في الأيدي المتعاقبة.

لكن يأبى الحمل على المائيّة قوله: «يوم التلف أو بأعلى القيم».

(1) المشار إليه هو التلف، و هذا فرع آخر، و هو: أنّه إذا كان المبيع قبل التلف في ضمان شخص آخر غير المشتري، و فرض ارتفاع قيمته عنده، ثم نقصت عند الضامن الأخير، كما إذا فرض أنّ زيدا غصب غنم عمرو، و كانت قيمتها خمسين دينارا، ثم باعها على بكر، و تنزّلت قيمتها عند التلف و صارت ثلاثين دينارا، فإن المالك حينئذ يأخذ من المشتري - و هو بكر - ثلاثين دينارا، و من زيد الغاصب عشرين دينارا، و هو الزائد على قيمتها السوقية يوم التلف.

(2) أي: غير المشتري، كزيد الغاصب في المثال المذكور.

(3) أي: عند شخص آخر غير المشتري، و هو في المثال زيد الغاصب.

(4) أي: المشتري، و هو بكر في المثال المذكور.

(5) جواب «و لو كان» أي: اختصّ السابق في الضمان - و هو زيد الغاصب - برجوع المالك عليه بالزيادة، و هي عشرون دينارا في المثال.

(6) أي: على السابق الذي زادت القيمة عنده.

(7) أي: صرح جماعة برجوع المالك على السابق - الذي ارتفعت قيمته السوقية عنده - في الأيدي المتعاقبة، كما إذا غصب شخص كتاب زيد، و باعه على عمرو، ثم باعه عمرو على بكر، ثم باعه بكر على بشر، فتلف عنده الكتاب، فإنّه لأجل ضمان الجميع يتخيّر المالك في الرجوع إلى أيّ واحد منهم ببذل واحد، مع استقرار الضمان على الأخير الذي تلف المال بيده.

لكنهم فصّلوا بين علم الأيدي المتعاقبة بالغصب و بين جهلهم به، ففي صورة العلم لو طالب المالك من الغاصب أو من الأيدي السابقة جاز مطالبة البذل من اليد اللاحقة.

و لو رجع المالك على الأخير لم يجز له الرجوع إلى الغاصب أو اليد السابقة عليه إلا في صورة زيادة قيمة المال عند السابق و نقصانها عند الأخير، فإنّ الزيادة مضمونة على من زادت عنده القيمة.

هذا (1) كَلَّه حكم المالك مع المشتري [1].

## [حكم المشتري مع الفضولي]

### إشارة

و أمّا (2) حكم المشتري مع الفضولي،

فلو كان سعر الكتاب عند الغاصب عشرة دراهم وعند الأخير ثمانية، كان المطالب بالزيادة هو الغاصب، لا الأخير الذي تلف عنده الكتاب.

قال العلامة قدّس سرّه: «و للمالك الرجوع على الجميع ببديل واحد، لكن الثاني إن علم بالغصب طولب بكلّ ما يطالب به الغاصب، و يستقرّ الضمان عليه إن تلف عنده، فلا يرجع على الأوّل لورجع - أي المالك - عليه .. هذا إذا تساوت القيمة، أو كانت في يد الثاني أكثر. و لو زادت في يد الأوّل طولب بالزيادة دون الثاني ..» [1].

و نحوه كلامه في التذكرة، و وافقه الشهيد الثاني و الفاضل السبزواري و السيد العاملي «2»، و هو ظاهر سكوت السيد العميد و فخر المحققين «3»، فراجع.

(1) يعني: أنّ ما ذكرناه في هذه المسألة- التي أولها قوله: «لو لم يجز المالك، فان كان المبيع في يده»- إلى هنا راجع إلى حكم المالك مع المشتري في صورتها وجود المبيع و تلفه.

ج: حكم المشتري مع الفضولي

(2) يعني: و أمّا حكم المشتري مع البائع الفضولي من حيث الضمان، فيقع الكلام فيه تارة في الثمن الذي دفعه إلى الفضولي، و اخرى فيما يغرمه المشتري للمالك زاندا على الثمن، كما إذا كان الثمن في البيع الفضولي خمسة دنانير، و كانت القيمة السوقية عشرة دنانير،

[1] حق الكلام أن يقال: «من وجد عنده» بدل «مع المشتري» حتى يوافق قوله:

«ممن وجد في يده» لأنّ ما ذكره- من رجوع المالك، و أخذ العين مع بدل المنافع المستوفاة و غيرها، و أخذ قيمتها مع التلف- لا يختص بالمشتري، بل ذلك حكم من وجد المبيع عنده، سواء أكان مشترياً أم غيره.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 377، السطر 35، مسالك الأفهام، ج 12، ص 156، كفاية الأحكام، ص 259، مفتاح الكرامة، ج 6، ص 229

(3) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 169، كنز الفوائد، ج 1، ص 652

ص: 475

فيقع الكلام فيه (1) تارة في الثمن، و اخرى فيما (2) يغرمه للمالك زائدا على الثمن (3)، فهنا مسألتان:

### [الأولى: المشتري الجاهل بالفضولية يرجع بالثمن إلى الفضولي]

الأولى:

أنه (4) يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا، سواء كان باقيا أم تالفا. ولا يقدر في ذلك (5)

ورجع المالك على المشتري بهذه الزيادة. فيقع الكلام في حكم هذه الزيادة من حيث رجوع المشتري بها على البائع الفضولي الغاصب و عدمه، فهنا مسألتان.

(1) أي: في حكم المشتري مع الفضولي - في الثمن الذي أخذه من المشتري - من حيث الضمان و عدمه.

(2) أي: في المال الذي يغرمه المشتري لمالك المبيع الفضولي زائدا على الثمن المقرّر في عقد الفضول، مثل ما تقدّم أنفا من كون الثمن خمسة دنانير، و كون القيمة السوقية عشرة دنانير.

و الغرض أنّ حكم المشتري مع الفضولي من حيث الضمان تارة يقع في نفس الثمن الذي دفعه إلى البائع الفضولي، و اخرى في المال الذي أخذه المالك منه زائدا على الثمن الذي أخذه الفضولي من المشتري، فهل يكون هذا الزائد مضمونا على البائع كنفس الثمن أم لا؟

(3) أي: الثمن المقرّر في العقد الفضولي، و هو خمسة دنانير في المثال المذكور.

المشتري الجاهل بالفضولية يرجع بالثمن إلى الفضولي

(4) أي: أنّ المشتري يرجع على البائع الفضولي بالثمن الذي دفعه إليه إن كان المشتري جاهلا بكون البائع فضوليا، سواء أ كان الثمن باقيا أم تالفا، فإنّه في ظرف التلف يأخذ من البائع الفضول مثله إن كان مثليا، و قيمته إن كان قيميا.

(5) المشار إليه رجوع المشتري إلى البائع، يعني: لا يقدر في رجوع المشتري إلى البائع اعتراف المشتري بملكية المبيع للبائع. و جه عدم القدر: أنّ اعترافه هذا مبني على الظاهر و هو اليد، فإنّ الملكية المستندة إلى اليد حكم ظاهري، و هو حجّة ما لم ينكشف خلافه.

اعترافه (1) بكون البائع مالكا، لأنّ (2) اعترافه مبنيّ على ظاهر يده (3).

نعم (4) [1] لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد- كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنة (5)- لم يرجع (6) بشي ء. و لو لم يعلم استناد الاعتراف (7)

---

(1) أي: اعتراف المشتري.

(2) تعليل لعدم كون اعتراف المشتري بمالكية البائع للمبيع قادحا في رجوعه إلى البائع، وقد اتضح بقولنا: «وجه عدم القدح أنّ اعترافه .. إلخ».

(3) أي: يد البائع.

(4) استدراك على أخذ الثمن من البائع الفضولي، و حاصل الاستدراك: أنّه إذا كان اعتراف المشتري بمالكية البائع للمبيع مستندا إلى غير اليد- كما إذا اعترف بملكية المبيع للبائع المستلزمة لكون الثمن له، بعد قيام البيّنة على عدم كون المبيع ملكا للبائع- لم يرجع المشتري حينئذ على البائع بالثمن، لاعترافه بأنّه له بإزاء المبيع.

(5) أي: قيام البيّنة على عدم كون المبيع ملكا للبائع الفضولي، و الظاهر أنّ في العبارة سقطا، و كانت العبارة هكذا: «بعد قيام البيّنة على عدم كونه ملكا للبائع».

و الغرض من هذه العبارة هو: أنّ المشتري- مع قيام البيّنة على عدم كون البائع مالكا للمبيع- يعترف بأنّ المبيع ملك للبائع. فحينئذ ليس له أن يرجع على البائع بشي ء من الثمن، لكونه بدلا عن المبيع بمقتضى اعترافه.

(6) جواب «لو اعترف» و جملة «يعلم عدم .. إلخ» نعت ل «وجه».

(7) أي: اعتراف المشتري بكون المبيع ملكا للبائع لم يعلم أنّه مستند إلى اليد أو إلى غيرها، حتى يؤخذ بظاهر لفظ «الإقرار» الذي هو كاشف عن الواقع، و طريق عقلائي إليه.

---

[1] لا يخفى أنّ هذا خارج عن مفروض البحث، و هو كون المشتري جاهلا بالغصبية، إذ فرض اعتراف المشتري بمالكية البائع للمبيع مع قيام البيّنة على عدم مالكية البائع له خارج عن موضوع البحث، و هو جهل المشتري بمالكية البائع للمبيع، بل هو من مصاديق ما سيذكره من قوله: «و إن كان عالما بالفضولية، فإن كان الثمن باقيا استردّه .. إلخ».

إلى اليد أو إلى غيرها، ففي (1) الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد، أو بظاهر لفظ الإقرار من (2) دلالته على الواقع، وجهان (3) [1].

وإن (4) كان عالماً بالفضوليّة، فإن كان الثمن باقياً استردّه، وفاقاً للعلامة (5) وولده و الشهيدين و المحقق الثاني رحمه الله.

---

(1) جواب قوله: «و لو لم يعلم» و جملة الشرط و الجزاء خبر مقدّم لقوله: «وجهان».

(2) بيان لظاهر لفظ الإقرار الذي هو من الأمارات الحاكية عن الواقع.

(3) فإن كان استناد المشتري- في اعترافه- إلى اليد، فله الرجوع على البائع الفضولي بالثمن. وإن كان استناده فيه إلى غير اليد فيؤخذ بإقراره الدالّ على الواقع، فليس له الرجوع بالثمن إلى البائع.

التفصيل في رجوع المشتري العالم بين بقاء الثمن و تلفه

(4) معطوف على قوله في صدر المسألة (ص 476) «إن كان جاهلاً» و محصّ له: أنّه إن كان المشتري عالماً بكون البائع فضولياً، فإن كان الثمن باقياً استردّه المشتري كما صرّح به جماعة من الفقهاء كالعلامة و ولده فخر المحققين و الشهيدين و المحقق الثاني قدس الله تعالى أسرارهم و رفع في الخلد إعلامهم.

(5) لقوله في القواعد: «و لو فسخ- أي المالك- العقد رجع على المشتري بالعين، و يرجع المشتري على البائع- أي الغاصب- بما دفعه ثمناً.. مع جهله أو ادّعاء البائع إذن المالك. و إن لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغاصب، إلّا أن يكون الثمن

---

[1] لعلّ أوجههما البناء على كون الإقرار مستنداً إلى ما هو الأغلب من الاستناد إلى اليد التي هي أمانة غالبية على ملكية المال لذي اليد، فيحمل الإقرار على ذلك. و حينئذ يكون الثمن باقياً على ملك المشتري، فله مطالبته من البائع، لما مرّ أنّها من أنّ الملكية المستندة إلى اليد حكم ظاهريّ يرتفع بانكشاف خلافه.

إذ (1) لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه (2) شرعا. و مجرد (3) تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله (4) لزم الانتقال في البيع (5) الفاسد [1]

باقيا فالأقوى الرجوع به «(1)».

و الشاهد في الجملة الأخيرة المفصلة بين بقاء الثمن و تلفه، و نحوه كلامه في التذكرة و المختلف.

(1) تعليل لاسترداد الثمن من البائع، و حاصله: أنه لم يحصل من المشتري ما يوجب انتقال الثمن عنه شرعا إلى البائع، فهو باق على ملك المشتري، و لازم بقائه على ملكه سلطنته على استرداده.

(2) هذا الضمير و ضمير «منه» راجعان إلى المشتري.

(3) مبتدء و خبره جملة «لزم الانتقال»، و هذا دفع و هم. أمّا الوهم فتقريبه: أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن يوجب انتقاله إلى البائع، و معه كيف يرجع المشتري إليه؟

و أمّا دفعه فقد ذكر له وجهين:

أحدهما: النقض بالبيع الفاسد، بتقريب: أن مجرد التسليط إن كان موجبا للملكية لكان لازمه ملكية الثمن للبائع في البيع الفاسد، و كذا ملكية المبيع للمشتري فيه، لوجود التسليط في كل منهما، مع أنه لا سبيل للالتزام بهذه الملكية لشيء منهما في البيع الفاسد.

(4) أي: لانتقال الثمن.

(5) أي: لزم- في البيع الفاسد- انتقال الثمن إلى البائع، و انتقال المثلث إلى المشتري و هذا إشارة إلى أول وجهي دفع التوهم كما تقدّم بيانه آنفا.

[1] هذا اللازم غير لازم في البيع الفاسد حتى مع علم المتعاقدين بفساد البيع، لأنهما- مع علمها بفساده- قاصدان للمعاوضة العرفية التي هي مقومة للبيع. فالتسليط المجاني

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463 (ج 10، ص 18، الطبعة الحديثة)، مختلف الشيعة، ج 5، ص 56، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 418 و 421، الدروس الشرعية، ج 3، ص 193، جامع المقاصد، ج 4، ص 77، مسالك الأفهام، ج 3، ص 160 و 161 و ج 12، ص 224، الروضة البهية، ج 3، ص 234-235



لتسليط (1) كل من المتبايعين صاحبه على ماله. ولأن (2) الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو (3) المشهور - يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله (4) يلزم

---

(1) تعليل لقوله: «لزم الانتقال» أي: انتقال الثمن إلى المشتري، و الثمن إلى البائع، لجريان هذه العلة في كليهما.

(2) هذا ثاني وجهي دفع التوهم، وهو جواب حلي، و مرجعه إلى عدم قابليته للإجازة، لصيرورة البيع بسبب التسليط بيعا بلا ثمن.

توضيحه: أن صحة هذا البيع الفضولي - على تقدير إجازة المالك كما هو المشهور - تستلزم تملك المالك الأصلي للثمن، على ما هو قضية المعاوضة الحقيقية، لكن تملك البائع الفضولي للثمن بسبب التسليط قبل تملك المالك بالإجازة يوجب فوات محل الإجازة، إذ المفروض تملك البائع للثمن بالتسليط قبل الإجازة، ولازمه وقوع الإجازة على بيع بلا ثمن.

(3) أي: الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك هو المشهور، كما تقدم التنبيه عليه في ثلاثة مسائل البيع الفضولي «1».

---

(4) أي: فإن تملك البائع الثمن - قبل أن يتملكه المالك بإجازته للبيع - كان لازمه

---

مفقود في البيع الفاسد، بل هو وفاء للثمن، غاية الأمر أن الشارع لم يمض هذا البيع. و عدم الإمضاء لا يقدر في تحقق المفهوم العرفي في المعاوضة. و ليس واحد منهما قاصدا للتسليط المجاني كما في البيع الربوي وغيره من البيوع الفاسدة، فإن التسليط فيها وفاء للثمن كما مرّ آنفا.

نعم يمكن أن يقال: إنهما مع العلم بفساد البيع راضيان بتصرف كل منهما في مال الآخر. و لو سلم قصد المجانية بهذا التسليط لم يجد في ملكية الثمن للبائع، لأنه ليس من الأسباب الناقلة الشرعية. و دعوى ملكية هذا التسليط بقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» غير مسموعة، لعدم كون القاعدة مشرعة كما لا يخفى.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 4، ص 540

ص: 480

فوات محلّ الإجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير (1)، فيمتنع تحقّق الإجازة (2)، فتأمل (3).

و هل يجوز (4) للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان (5).

---

فوات محلّ الإجازة. فقلوه: «يلزم» جواب الشرط في «فإن تملكه».

(1) أي: غير المالك، وهو البائع الفضولي، حيث إنّه ملك الثمن قبل الإجازة بسبب التسليط، و معه يمتنع الإجازة، لخلوّ البيع عن الثمن، إذ المفروض صيرورته ملكا للبائع الفضولي.

(2) وجه الامتناع عدم بقاء محلّ للإجازة، لكون البيع بلا ثمن، و هو ليس بيعا حقيقة كما مرّ آنفا.

(3) لعلّ وجهه: أنّ محذور الإجازة- و هو فوات محلّ الإجازة، لكون البيع بلا ثمن- إنّما يلزم بناء على النقل. و أمّا بناء على الكشف فلا يلزم، لسبق ملكية الثمن- لمالك المبيع- على التسليط الموجب لملكية الثمن للبائع الفضول، فيبطل التسليط، و لا يوجب ملكية الثمن للبائع.

أو وجه التأمل: فساد قياس المقام بالعقد الباطل، و ذلك لأنّ التسليط هناك معاوضي، غاية الأمر أنّ الشارع لم يمض المعاملة، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ التسليط هنا مجاني.

أو وجه التأمل: أن مملكية التسليط منوطة بعدم الإجازة، و ليست مطلقة.

(4) أي: و هل يجوز للبائع الفضولي التصرف في الثمن مع علم المشتري بكونه غاصبا للمبيع أم لا-؟ سواء قلنا بوجود ردّ الثمن إلى المشتري أم لا، فلو قلنا بعدم جواز رجوع المشتري على البائع من جهة كونه عقوبة له- كما في كلام المحقق وغيره «1»- أتجه البحث عن جواز تصرف البائع فيه، و أنّ فيه وجهين بل قولين.

(5) أحدهما: جواز التصرف، استنادا إلى تسليط المشتري إيّاه على الثمن حين تسليمه، و الإذن في قبضه.

---

(1) لاحظ الرسائل التسع للمحقق، ص 307-308، المسألة الرابعة من المسائل الطبرية، مسالك الأفهام، ج 3، ص 161

أقواهما العدم (1)، لأنه [1] أكل مال بالباطل.

هذا (2) كله إذا كان باقيا. و أما (3) لو كان تالفا، فالمعروف عدم رجوع

---

لكن فيه: أنّ التسليط كان في مقابل المال الذي لم يكن البائع مالكا ومستحقا له، فلا يستحق التصرف في بدل ما لا يستحقه. نعم لو كان التسليط مطلقا ولم يكن بدلا عن مال كان للجواز وجه.

(1) ثانيهما: ما أفاده المصنف قدس سره من عدم جواز التصرف، معلا بأنه أكل للمال بالباطل، حيث إنّه لم يتحقق ما يوجب جواز التصرف فيه من السبب الناقل للملك، أو إذن المالك في التصرف في ماله، أو إذن الشارع فيه كاللقطة وغيرها من الأمانات الشرعية، وبدون الإذن من الشارع أو المالك لا يجوز التصرف.

(2) أي: رجوع المشتري على البائع بالثمن يكون حكمه في صورة بقاءه وعدم تلفه.

(3) يعني: و أما إذا كان الثمن المدفوع إلى البائع تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري به على البائع، بل المحكي عن جماعة ممن ذكر في المتن رضوان الله عليهم الاتفاق على عدم الرجوع.

وتبّه بقوله: «فالمعروف» على ما نسب إلى المحقق قدس سره من الخلاف في المسألة، فإنّ المستفاد من غصب الشرائع دوران جواز رجوع المشتري بالثمن على البائع مدار علمه بالغصب وعدمه، بجواز الرجوع في صورة الجهل، دون العلم. و ظاهره عدم الفرق بين بقاء الثمن و تلفه. وكذا يظهر من كلامه في النكت «1». كما أنّ صريح كلامه في

---

[1] لا يخفى أنّ هذا مناف لما أفاده في الفرع الآتي من جواز تصرف البائع في الثمن، لأنّ المشتري قد سلّطه على التصرف في الثمن و إتلافه. كما أنّ ظاهره جواز الاسترداد، لعدم حصول الملكية للبائع. و ظاهره عدم جواز الاسترداد على فرض حصول ملكية الثمن للبائع. و هو لا يخلو من غموض، لأنّه على فرض حصول الملكية تكون ملكيته مجانية، و من المعلوم جواز الرجوع في التملك المجاني الذي هو هبة.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 14 و ج 3، ص 245، النهاية و نكتها، ج 2، ص 178

ص: 482

«الرسائل التسع» (1) التفصيل بين بقاء الثمن و تلفه كما في المتن.

لكن نسب المحقق و الشهيد الثانيان قدس سرهما إليه القول بجواز الرجوع بالثمن مطلقا، ففي جامع المقاصد: «وفي رسالة الشيخ أبي القاسم بن سعيد ما يقتضي الرجوع مطلقا، و هو المتجه» (2). و هذه الرسالة و إن لم تحضرنني لأراجعها، لكن الظاهر أن مورد كلام المحقق صورة علم المشتري بالغصب. و بهذا يكون حكمه بجواز مطالبة الثمن من البائع الغاصب شاملا لبقاء الثمن و تلفه، فيكون مخالفا للإجماع المدعى في المسألة، و لذا أورد عليه في الجواهر، بمخالفته للإجماع نقلا و تحصيلا، فراجع.

(1) الحاكي للإجماع على عدم الرجوع عن العلامة و غيره جمع كأصحاب مفتاح الكرامة و كشف الظلام و الجواهر، أمّا السيّد العاملي فقال- في أنه هل للمشتري العالم بالغصب مطالبة البائع الغاصب بالثمن سواء بقيت العين أم تلفت، أم ليس له المطالبة مطلقا، أم بالتفصيل بين بقائها و تلفها- ما لفظه: «قال في التذكرة: لو كان عالما لا يرجع بما اغترم، و لا بالثمن مع علم الغصب، مطلقا عند علمائنا، و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه. و نحوه ما في نهاية الأحكام».

ثم نقل ظهور كلام فخر المحققين و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم كصاحب تخليص التلخيص (3).

و كذلك نسب الإجماع إلى هؤلاء في باب الغصب. فراجع.

و أمّا صاحب الجواهر فقد استظهر الإجماع من عبارة التذكرة و تخلص التلخيص و الإيضاح و جامع المقاصد، ثم نقل بعد أسطر الإجماع عن ثاني الشهيدين و أستاذه

(1) الرسائل التسع، ص 307

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 77، مسالك الأفهام، ج 12، ص 224، جواهر الكلام، ج 22، ص 305

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 89 و 193، و ج 6، ص 305، كشف الظلام مخطوط (كتاب المتاجر، البيع الفضولي)، جواهر الكلام، ج 22، ص 305، و لاحظ تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 18 (الطبعة الحديثة) و ج 1، ص 463 (من الطبعة الحجرية)، نهاية الأحكام، ج 2، ص 478، مختلف الشيعة، ج 5، ص 55-56، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 421، جامع المقاصد، ج 4، ص 77، مسالك الأفهام، ج 1، ص 161 و ج 12، ص 224، الروضة البهية، ج 3، ص 235

وغيرهم (1) رحمه الله الاتِّفاق عليه. ووجهه (2) - كما صرَّح به بعضهم كالحلي والعلامة «1» وغيرهما، ويظهر من آخرين أيضا (3) - :  
أنَّه (4) سلَّطه على ماله بلا عوض.

---

كاشف الغطاء قدَّس سرَّهم على عدم الرجوع في صورة تلف الثمن، فراجع.

(1) كالمحدث البحراني وصاحب تخليص التلخيص وكاشف الغطاء قدَّس سرَّهم «(2)».

(2) مبتدء، خبره قوله: «أنَّه سلَّطه» يعني: ووجه عدم رجوع المشتري بالثمن التالف على البائع - كما صرَّح به جماعة - هو: أنَّ المشتري العالم بعدم كون المبيع ملكا للبائع سلَّطه على ماله مجَّانا، فلا موجب حينئذٍ لرجوعه بالثمن التالف على البائع.

(3) لعلَّ غرضه من ظهور كلام الآخرين هو: أنَّ من اقتصر في الحكم بعدم رجوع المشتري العالم بالغصب إلى البائع عند تلف الثمن - من دون التصريح بالتسليط - نظره إلى الإباحة المالكية للمال بلا عوض.

وعليه فمستند الكل - سواء صرَّح بالتسليط أم اكتفى ببيان الحكم - هو التسليط المالكي، لعدم وجود وجه آخر عليه. قال الشهيد قدَّس سرَّه في الشراء من الغاصب: «ويرجع بالثمن مع وجوده على كل حال، وكذا مع تلفه جاهلا إذا رجع عليه المالك بالقيمة» «(3)».

وقوله: «وكذا مع تلفه جاهلا» يدلُّ بوضوح على المنع من الرجوع عند التلف لو كان عالما، وليس إلَّا للتسليط.

ويستفاد التعليل بالتسليط المالكي من حكم المحقق قدَّس سرَّه في غصب الشرائع والمختصر «4» برجوع المشتري - الجاهل بالغصب - بالثمن، وكذا من ترجيح المحقق الثاني الرجوع في صورة البقاء خاصة بقوله: «هذا أصح». وكذا يستفاد من تقرير السيد العميد «5». فراجع.

(4) يعني: أنَّ المشتري سلَّط البائع على ماله بلا عوض، إذ علمه بعدم استحقاق

---

(1) السرائر، ج 2، ص 226 و 225 و 325، و لاحظ أيضا كتب العلامة والمحقق والشهيد الثانيين في المصدر «3» من الصفحة السابقة.

(2) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 392، شرح القواعد لكاشف الغطاء (مخطوط) الورقة 64

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 193

(4) شرائع الإسلام، ج 3، ص 245، المختصر النافع، ص 256

(5) كنز الفوائد، ج 1، ص 476

و توضيح ذلك (1): أنّ الضمان إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» وإمّا (2) لقاعدة الإقدام على الضمان الذي استدللّ به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه (3).

و الأول (4) مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك، و دفعه

البائع للمبيع - لعدم كونه ملكا له، و مع ذلك يسلّطه على الثمن - قرينة على التسليط المجاني، فلا وجه حينئذ لرجوعه على البائع، لعدم ما يوجب ضمان البائع للثمن.

(1) أي: توضيح وجه عدم الرجوع إلى البائع هو: أنّ سبب الضمان هنا مفقود، إذ هو إمّا ضمان اليد الجاري في موارد الضمانات، وإمّا قاعدة الإقدام التي استدللّ بها الشيخ قدّس سرّه في فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه في قولهم: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و سيأتي البحث عن كليهما ان شاء الله تعالى.

(2) معطوف على «إمّا لعموم».

(3) و أشار المصنف قدّس سرّه إلى استدلال الشيخ رحمه الله بالإقدام على الضمان بقوله: «ثم إنّ المدرك لهذه الكليّة على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان» إلى أن قال: «و الظاهر أنّه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط» (1).

(4) و هو: عموم «على اليد ما أخذت». و المصنف بعد بيان ما يمكن أن يكون مدركا لضمان البائع الفضولي للثمن الذي أخذه من المشتري - و هو إمّا قاعدة اليد وإمّا قاعدة الإقدام - صار بصدد تضعيف الاستدلال بهما على ضمان البائع للثمن التالف.

و حاصل وجه ضعف الاستدلال بقاعدة اليد هو: خروج المقام عن عموم «على اليد» بفحوى ما دلّ على عدم الضمان في موارد استيمان المالك.

توضيحه: أنّ عدم الضمان في موارد استيمان المالك على ماله - لحفظه، كما في الوديعة

(1) تقدّم نقل كلام الشيخ في ج 3، ص 58 من هذا الشرح، و لاحظ المبسوط، ج 3، ص 65 و 85 و 89، السرائر، ج 2، ص 488، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 496، س 28 (ج 10، ص 299، الطبعة الحديثة) و ج 2، ص 397، س 11، جامع المقاصد، ج 6، ص 216، مسالك الأفيهام، ج 3، ص 154 و ج 4، ص 55 و 56

إليه لحفظه، كما في الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو لاستيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه (1) إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه (2)

أو للانتفاع به كما في العارية، أو لاستيفاء منفعته كما في الإجارة، مع عدم إعراضه عن ماله، وجعله أمانة عند من يتسلّمه لحفظه أو للانتفاع به أو لاستيفاء منفعته - يقتضي بالأولية عدم الضمان فيما نحن فيه مع إعراض المشتري وسلب الاحترام عن ماله، والإذن في إتلافه بلا عوض. وهذه الأولوية تخصّص عموم «على اليد» وترفع الضمان عن البائع الفضولي.

(1) وهو وجه الاستيمان في الموارد الثلاثة المذكورة، وهي الوديعة والعارية والإجارة. وكذا الحال في يد الوكيل وعامل المضاربة، والمتبرّع بعمل في مال غيره كالخياط الذي يخطط للغير تبرّعا وبلا مطالبة اجرة.

وقد أفاد المصنف قدّس سرّه عدم الضمان في موارد اليد الأمانية في قاعدة «ما لا يضمن» بقوله: «فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل والقيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان» (1).

وتقدّم هناك نقل جملة من النصوص الدالة على قاعدة عدم ضمان الأمين، كمعتبرة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب، فضاعت، فلم يضمنه، وقال: إنّما هو أمين» (2).

ثم إنّ المصنف حكم هناك بعدم الضمان في الهبة الفاسدة بالأولية، وسيأتي نقل كلامه.

(2) كما فيما نحن فيه، فإنّ التسليط على الثمن - للتصرف فيه وإتلافه - لا يوجب الضمان، ولا يجعل يد البائع من الأيدي الموجبة للضمان.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 3، ص 187 إلى 193

(2) وسائل الشريعة، ج 13، ص 270، الباب 28 من أبواب أحكام الإجارة، ح 1

ممّا لا يوجب ذلك (1) [1] بطريق أولى [2].

و دعوى (2)

(1) أي: ممّا لا يوجب الضمان بطريق أولى، قد تقدم أنفاً تقريب الأولوية بقولنا:

«توضيحه: أنّ عدم الضمان في موارد استيمان المالك على ماله .. إلخ».

(2) الغرض من هذه الدعوى ردّ الأولوية المذكورة المخصّصة لعموم «على اليد» وإثبات ضمان الثمن على البائع، وعدم كونه كالهبة الفاسدة التي لا ضمان فيها.

توضيحه: أنّ الثمن يدفع إلى البائع عوضاً عن المبيع، لا مجاناً حتى يكون تسليط المشتري كالهبة الفاسدة في عدم الضمان.

فالنّتيجة: ضمان البائع، و جواز رجوع المشتري بالثمن عليه.

و تستفاد هذه الدعوى من كلام الشهيد الثاني، و ذكرها صاحب الجواهر قدّس سرّهما أيضاً، ففي المسالك بعد نقل رأي المحقق قدّس سرّه من جواز الرجوع بالثمن مطلقاً على البائع،

[1] لا يخفى أنّ سقوط الضمان حينئذ يكون لأجل قاعدة إسقاط حرمة المال و هتكه، مع الغصّ عن الأولوية المذكورة، فإنّ هذه القاعدة النافية للضمان معروفة بين الفقهاء، كدفع ماله إلى صبيّ أو مجنون، أو جعله مبيعاً بلا ثمن، أو بيعه بعوض لا مالية له عرفاً كالحشرات. ففي هذه الموارد لا ضمان، لقاعدة سلب الاحترام عن المال. و هذه القاعدة تخصّص عموم «على اليد». لا الأولوية المذكورة، فإنّها لا تفيد إلاّ الظنّ الذي لا يغني عن الحقّ شيئاً.

[2] قد يمنع الأولوية المحتج بها على تخصيص عموم على اليد في المقام.

توضيح وجه المنع هو الفرق بين المقام وبين موارد الأمانات، حيث إنّ المفروض في باب الأمانات أنّ المالك قاصد للاستيمان، و الشارع أمضاه. بخلاف المقام، حيث إنّ المالك قاصد للمعاوضة، و الشارع لم يمضها، هذا لكن الظاهر أنّ الأولوية تكون من جهة أنّ المالك لم يسلب احترام ماله في موارد الاستيمان، و مع ذلك لا يضمن في صورة التلف، فمع سلب احترامه كما فيما نحن فيه- حيث إن المشتري هتك ماله و سلب احترامه بدفعه إلى البائع من دون جعل عوضه عليه- لا بد أن يكون عدم الضمان فيه أولى.

و عليه فلا ضمان على البائع.



«أنه (1) إنما سلّطه في مقابل العوض، لا مجاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدّم (2) عدم الضمان فيها» مندفعة (3) بأنه (4) إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يضمّنه (5) في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو (6) يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجارة

---

ما لفظه: «لو لا ادعاء العلامة في التذكرة الإجماع على عدم الرجوع مع التلف لكان في غاية القوة». ووجهه ما أفاده في صورة بقاء الثمن من قوله: «لأنّهُ إنّما دفعه عوضاً عن شيء لا يسلم له، لا مجاناً» (1).

وقال في الجواهر: «مضافاً إلى ما عرفته سابقاً من ضمان الثمن و المضمن في القبض بالعقد الفاسد، من غير فرق بين التلف و عدمه، و العلم بالفساد، و عدمه» (2). ثم ردّه بالإجماع، فراجع.

(1) أي: أنّ المشتري إنّما سلّط البائع في مقابل العوض، لا مجاناً.

(2) تقدّم عدم ضمان المتهمب بالهبة الفاسدة فيما أفاده في قاعدة «ما لا يضمن» بقوله:

«أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم على اليد بفحوى ما دلّ على خروج موارد الاستيمان .. إلخ» فراجع (3).

(3) خبر «و دعوى» و دفع لها، و حاصله: أنّ تسليط البائع على الثمن قد وقع في مقابل مال غير البائع، و هو مالك المبيع، و لم يقع في مقابل مال البائع حتى يصير ضامناً له، فيكون التسليط حينئذٍ شبيه الهبة الفاسدة التي لا ضمان فيها. فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن إن كان تالفاً.

(4) أي: بأنّ المشتري إنّما سلّط البائع. و ضمير «غيره» راجع إلى البائع.

(5) يعني: فلم يضمن المشتري البائع الفضولي شيئاً من كيسه و ماله.

(6) يعني: فهذا التسليط يشبه الهبة الفاسدة، و البيع بلا ثمن، و الإجارة بلا أجر، التي قد حكم الشهيد و غيره بعدم الضمان فيها.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 160-161

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 306

(3) هدى الطالب، ج 3، ص 191 و 192

ص: 488

(1) ظاهر العبارة أنّ عدم الضمان في الفروع الثلاثة- وهي البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجره و الهبة الفاسدة- مختار الشهيد قدس سرّه و غير واحد. و هو كما أفاده قدس سرّه.

أمّا عدم الضمان في مثال البيع فقد حكاه السيد العاملي عنه «1» بقوله: «و في حواشي الشهيد: أن ذلك- أي الضمان و عدمه- يبنى على أن العقود توقيفية أو اصطلاحية .. و على الثاني يصح، ثم نقل قولاً بأنّه يرجع إلى قصده .. و إن قصد الهبة صحت».

و أمّا عدمه في الإجارة، فقد حكاه المحقق و الشهيد الثانيان «2» و غيرهما عنه.

و قال السيد العاملي قدس سرّه- في مسألة ضمان المنفعة المستوفاة في الإجارة الفاسدة بأجرة المثل- ما لفظه: «و قد قيدها- أي: قاعدة الضمان بأجرة المثل- الشهيد في حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد، أو عدم ذكرها فيه، لدخول العامل على ذلك .. أمّا تقييد الشهيد فقد استحسنته في المسالك، و كذا صاحب الرياض في الشق الأول».

و وجّه صاحب الجواهر ذلك- بعد حكايته عن محكي الشهيد- بقوله: «و كأنّ وجهه أنّه متبرّع بالمال و العمل مجاناً، قادم على ذلك. فهو أشبه حينئذ بالعقود الفاسدة المجانية كالهبة و العارية و نحوهما، مما لا يضمن بفاسدهما، فلا يضمن بصحيحهما» «3».

و أمّا مثال الهبة فقد ذكره صاحباً مفتاح الكرامة و الجواهر، و نقله المحقق الكركي قدس سرّه بقوله: «و قيل: إن قصد الهبة فلا ضمان، و إلاّ ثبت. و ليس بمستبعد، لأنّ أقلّ ما فيه أن يكون هبة فاسدة، و هي غير مضمونة» «4».

و على هذا فالمراد ب- «غير واحد» هو المحقق و الشهيد الثانيان، لصراحة كلاميهما- في مسألتي البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجره- في عدم الضمان، و إن فصلّ المحقق الثاني بين إجارة الأعيان و الأعمال.

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 440

(2) جامع المقاصد، ج 7، ص 120، مسالك الأفهام، ج 5، ص 184

(3) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 130، جواهر الكلام، ج 27، ص 247

(4) جامع المقاصد، ج 4، ص 209، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 440 و 441

بعدم الضمان فيها (1).

و من ذلك (2) يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان - وهو الإقدام على الضمان - هنا (3)، لأن (4) البائع لم يقدم على ضمان الثمن

---

كما أنّ المراد به في مسألة الهبة الفاسدة المحقق الكركي وصاحب المفتاح والجواهر، فراجع.

خلافًا للعلامة قدّس سرّه، لاقتصاره على بيان وجهي الضمان وعدمه، في مسألة البيع بلا ثمن، والفخر المحققين قدّس سرّه لترجيحه الضمان في المسألة، فراجع (1).

(1) أي: في الهبة الفاسدة، و البيع بلا ثمن، و الإجارة بلا اجرة.

(2) أي: و من تخصيص عموم «على اليد ما أخذت» بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك يعلم عدم جريان الوجه الثاني من وجهي الضمان - وهو عموم قاعدة الإقدام على الضمان الذي استدّل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه - هنا، أي: في تسليط المشتري البائع الفضولي على الثمن.

وجه عدم الجريان: أنّ البائع لم يقدم على ضمان الثمن بماله، و لا بدّ أن يكون الإقدام على ضمان الثمن بمال نفسه حتى يتحقق الضمان، لا بمال غيره.

(3) المشار إليه هو تسليط المشتري البائع على الثمن. و المراد أنّ عموم الإقدام على الضمان لا يثبت أيضا ضمان البائع للثمن.

و يحتمل أن يكون المشار إليه في قوله: «و من ذلك يعلم» ما ذكره في قوله:

«مندفعة» إذ المناسب لما يذكره من الإشكال في الإقدام على الضمان هو ما أفاده في ردّ «و دعوى أنّه إنّما سلّطه في مقابل .. إلخ» من عدم ضمان البائع شيئا من كيسه، لأنّه ظاهر في عدم إقدام البائع على الضمان المعاوضي.

(4) تعليل لعدم جريان قاعدة الإقدام على الضمان، و حاصله: أنّه لا موضوع لقاعدة الإقدام، لأنّ موضوعها هو الإقدام على الضمان. و هذا مفقود فيما نحن فيه، ضرورة أنّ البائع الفضولي لم يقدم على ضمان الثمن إلّا بمقابل المثلن الذي علم المشتري بأنّه ليس ملكا له، فضمانه صوري، لا حقيقي حتى يتحقق ضمان واقعي معاوضي.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 547 (ج 11، ص 261 الطبعة الحديثة)، قواعد الأحكام، ج 2، ص 44، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 458

إلا بما (1) علم المشتري أنه ليس ملكا له (2).

فإن قلت (3): تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه (4)- و لو عدوانا- على كونه ملكا له (5)، و لولا- هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم (6) في تصحيح بيع الغاصب لنفسه، فهو (7) إنما سلطه

فالمتحصل: أن التمسك بقاعدة الإقدام لضمان البائع للثمن - كالتشبث بعموم على اليد- غير سديد.

(1) المراد بالموصول هو المضمن، و ضمير «انه» راجع الى «ما» الموصول.

(2) أي: للبائع.

(3) غرض هذا القائل إثبات أن أخذ البائع الثمن من المشتري يكون من صغريات قاعدة الإقدام المقتضية للضمان، و كون البائع ضامنا للثمن بالضمان المعاوضي، بتقريب: أنه تسلط على الثمن، لبنائه على أن المبيع ملكه ادعاء، فتسلطه على الثمن إنما هو في مقابل ملكه الادعائي، و ليس مجانا، فالبائع أقدم على ضمان الثمن بمقابل المضمن الذي هو ملكه ادعاء. و لو لم يكن هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة التي يتقوم بها البيع حتى يصح تعلق الإجازة به.

(4) خبر قوله: «تسلطه» و ضمير «كونه» راجع إلى «مال الغير».

(5) هذا الضمير و ضميرا «تسلطه، لبنائه» راجعة إلى البائع.

(6) حيث قال: «فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه، لم يتحقق المعاوضة و المبادلة ..

إلخ» «1».

و بالجملة: فلا بدّ في تحقق البيع من قصد المعاوضة، و البناء عليها و لو ادعاء، بعد الغض عن حكم الشارع بعدم ملكية الثمن للبائع الفضولي.

(7) أي: فالمشتري إنما سلط البائع على الثمن لا مجانا، بل على وجه يضمن البائع الثمن بماله المملوك له و لو ادعاء و عدوانا، فلو تعاقدنا معرضين عن حكم الشارع بعدم ملكية المبيع للبائع- كما هو كذلك في العقود المعاوضيّة الواقعة على أموال السرّاق و الظلمة و سائر الغاصبين لأموال الناس، حيث إنّ الغاصبين يبيعون الأموال المغصوبة

(1) راجع هدى الطالب، ج 4، ص 582-583

على وجه (1) يضمنه بماله. إلا أنّ (2) كلاً منهما لمّا قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكيّة البائع للمثمن، و تعاقدًا معرضين عن ذلك (3) كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة، بل بنى المشتري على كون المثمن ملكا للبائع، فالتسليط (4) ليس مجّانا، و تضمينه (5) البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقيّ،

بانين على أنّها مملوكة لهم، و بهذا البناء يتحقق مفهوم المعاوضة- لم يكن التسليط مجّانا، لكون الثمن عوضا عن المثمن الذي هو ملك للبائع ادّعاء.

(1) المراد به هو المعاوضة.

(2) لم يظهر مورد هذا الاستثناء، لأنّ ظاهره أنّه استثناء من قوله: «و لولا هذا البناء» و من المعلوم عدم صحته، إذ لا بدّ في صحة الاستثناء من دخول المشتري في المشتري منه لولا الاستثناء. و ليس المقام كذلك، إذ البناء المزبور متقومّ بإعراضهما عن حكم الشارع. و لا يمكن اجتماع البناء المزبور مع الإعراض حتى يصحّ إخراج الإعراض عنه.

فالأولى إسقاط العبارة من قوله: «إلا أنّ» إلى قوله: «عن ذلك» بأن يقال: «يضمنه بماله كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس .. إلخ».

(3) أي: عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن.

(4) جواب «لمّا» لكن قد عرفت زيادة «لمّا» و ما قبله و ما بعده.

و كيف كان يكون قوله: «فالتسليط» نتيجة بناء البائع الفضول على كون المبيع ملكا له، فلا يكون التسليط مجّانا.

(5) معطوف على «التسليط» و بيان لكيفية تضمين المشتري البائع الفضول على الثمن، و حاصله: أنّ المشتري قد ضمّن البائع بما يقابل الثمن من ماله، و هذا التضمين حقيقي. إلا أنّ كون هذا المبيع ملكا له ادّعائي، نظير ما إذا ظهر كون المثمن المعين ملكا لغير البائع، كما إذا باع زيد عينا خارجية مثل كتاب اللعة مثلا، فتبين كونها ملكا لغيره، فإنّ المشتري يرجع حينئذ إلى البائع بالثمن مع تلفه اتّفاقا، مع أنّ المشتري إنّما ضمّن البائع بالثمن بإزاء هذا المبيع الشخصي الذي ظهر كونه للغير.

فكما أنّ التضمين هناك حقيقي، و كون المثمن ملكا للبائع اعتقادي له و للمشتري،

إلا أن كون المثلثن مالا له (1) ادّعائي. فهو (2) كما لو ظهر المثلثن المعين ملكا للغير، فإن المشتري يرجع إلى البائع بالمثلثن مع التلف اتفاقا، مع أنه (3) إنما ضمّنه الثلثن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير. فكما أن التضمين هنا (4) حقيقي، وكون المثلثن مالا- له (5) اعتقادي (6) لا يقدح (7) تخلفه في التضمين، فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه (8) على ملك المثلثن عدوانا لا يقدح (9).

و لا يقدح تخلفه في تضمين المشتري البائع بما يقابل الثلثن. فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه- وهو تسليط المشتري العالم بكون البيع فضوليا للبائع الغاصب على الثلثن- على ملك المبيع للبائع عدوانا لا يقدح في التضمين الحقيقي بمال البائع، فإن المبيع ليس ملكا للبائع في كلتا صورتين، وهما: ظهور كون المبيع ملكا لغير البائع، مع اعتقاد المتعاقدين كليهما بملكية المبيع للبائع، كما في مسألة المقيس عليه. و علم المشتري بعدم ملكية المبيع للبائع مع بناء المشتري على مالكية البائع له عدوانا كما فيما نحن فيه.

فالنتيجة: أن ادّعاء المالكية يترتب عليه أمران:

أحدهما: ضمان البائع هنا للثلثن، كضمانه في مسألة انكشاف كون المبيع ملكا للغير.

ثانيهما: صحة صدور البيع عن الغاصب، وإلا لم يصح إجازة المالك له.

(1) هذا الضمير وضمير «ماله» راجعان إلى البائع.

(2) أي: فرجوع المشتري إلى البائع فيما نحن فيه يكون كرجوع المشتري إلى البائع في مسألة ظهور المبيع المعين الخارجي ملكا للغير.

(3) أي: أن المشتري، و الضمير المفعول، في «ضمّنه» راجع إلى البائع.

(4) أي: تضمين المشتري في صورة انكشاف كون المبيع ملكا لغير البائع.

(5) أي: للبائع. وقوله: «كون» معطوف على «التضمين».

(6) لاعتقاد المتبايعين بملكية المثلثن للبائع.

(7) الجملة صفة ل- «اعتقادي» أي: لا يقدح تخلف اعتقاد البائع و المشتري في تضمين المشتري البائع بمقابل الثلثن هناك، فكذلك فيما نحن فيه.

(8) وهو تسليط المشتري- الباني على ملكية المثلثن للبائع عدوانا- البائع الفضول على الثلثن.

(9) خبر «بناء» يعني: لا يقدح هذا البناء من المشتري في تضمينه البائع الفضول

في التضمين الحقيقي بماله (1).

قلت (2): الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته (3) عليه، وإذا كان المضمون (4) به ملكا لغير الضامن واقعا

بمقابل الثمن من مال البائع، لأنّ هذا البناء في مقام تطبيق مال البائع على المثلث المغصوب، وهو لا يقدر في أصل تضمين البائع بماله الواقعي.

فتلخص مما ذكر في «إن قلت»: أنّ المشتري العالم بفضولية البائع يرجع إلى البائع ببديل الثمن الذي تلف عنده، كرجوع المشتري إلى البائع بالثمن في ظهور ملكية المبيع لغير البائع، لاشارك كليهما في عدم كون البائع مالكا للمبيع واقعا. فالتضمين هناك و هنا حقيقي، و اعتقاد كون المثلث للبائع - مع عدم كونه ملكا له واقعا - غير قادح في التضمين الذي هو عين المعاوضة.

(1) أي: بمال البائع.

(2) هذا جواب الاشكال المذكور بصورة «ان قلت». و الغرض من هذا الجواب نفي الضمان الذي أثبتته المستشكل، وإثبات الفرق بين ما نحن فيه - وهو صورة العلم بالغصب - و صورة الجهل به كما في صورة كون المبيع ملكا للغير، و عدم صحة بناء المتعاقدين على ملكية المبيع للبائع الغاصب.

توضيحه: أنّه في صورة علم المشتري بغاصبية البائع يكون التضمين بالعوض بالنسبة إلى البائع الفضول ادعائيا، و بالنسبة إلى مالك المبيع حقيقيا، و لذا ينتقل الثمن إلى المالك بمجرد إجازته عوضا عن المبيع. هذا في صورة علم المشتري بكون البائع غاصبا.

و أمّا في صورة جهل المشتري بكون المبيع لغير البائع يكون الضمان لعموم قاعدة اليد، لعدم رضا المشتري بتصرف البائع في الثمن مجاناً و بلا عوض، لا للإقدام و التضمين كصورة العلم حتى يقال: بعدم الضمان للتسليط المجاني.

و كذا الحال في ثبوت ضمان البائع في سائر موارد علم المشتري بفساد البيع، لا من جهة علمه بعدم ملكية البائع، لأنّ التضمين - و هو خروج المبيع من كيس البائع - حقيقي، لكنه ليس صحيحا شرعا، فيثبت ضمان اليد.

(3) معطوف على «الشيء» أي: أنّ الضمان هو كون خسارة الشيء على الضامن.

(4) و هو المبيع، و لعلّ الأولى إبدال الواو بالفاء، بأن يقال: «فإذا كان».

فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك (1).

و ما (2) ذكر- من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلن ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال الغير- فهو (3) إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء، مع عدم كون البائع أهلا لذلك (4) في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين (5)، و الضمان و التضمن الحقيقي بالنسبة إليهما (6)، و لذا (7) ينتقل الثمن إلى مالك المبيع، و يدخل (8) في ضمانه بمجرد الإجازة.

و الحاصل (9): أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن.

(1) أي: مع علم المتعاقدين بعدم كون المبيع ملكا للبائع.

(2) مبتدء، خبره «فهو إنما» يعني: ما ذكره المستشكل بقوله: «إلا أن كلاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثلن، و تعاقد معرضين عن ذلك...».

(3) أي: بناء المتعاقدين- في هذا العقد الواقع بين الفضولي و المشتري- لا يوجب التضمن المعاوضي حتى يرجع المشتري إلى البائع الفضول بالمثلن، بل بناؤهما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء، مع عدم أهلية البائع واقعا لذلك. فأصل المعاوضة حقيقة واقعة بين المالكين و هما المشتري و مالك المبيع، فالضمان و التضمن المعاوضي إنما يكون بينهما.

و الشاهد على وقوع المعاوضة حقيقة بينهما هو انتقال الثمن إلى مالك المبيع بمجرد إجازته لهذا العقد الواقع بين البائع الفضولي و المشتري.

(4) أي: للتمليك، لعدم كونه مالكا للمبيع حتى يكون أهلا للتمليك.

(5) و هما مالك المبيع و المشتري الأصيل، لأن أهلية التمليك و التملك لهما دون غيرهما.

(6) أي: إلى المالكين، لأنهما مسلطان على أموالهما، فولاية المعاوضة لهما.

(7) أي: و لوقوع المعاوضة بين المالكين ينتقل الثمن إلى مالك المبيع بمجرد الإجازة.

(8) يعني: و يدخل الثمن في ضمان مالك المبيع بالضمان المعاوضي بمجرد الإجازة، فلو لم يكن مالك المبيع أحد طرفي المعاوضة حقيقة لم يكن له الإجازة، و لا تملك الثمن.

(9) يعني: و حاصل ما ذكرناه- في صورة تلف الثمن مع علم المشتري بغاصبية البائع- أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن حتى يلزمه ضمان البائع



و أمّا (1) رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ (2) - مع أنه إنّما ضمّنه (3) بمال الغير (4) - فلعدم (5) طيب نفسه على تصرّف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمّنه (6) به غير ملك له، ولا يتحقّق به التضمين، لأنّه (7) إنّما طابت نفسه بتصرّف البائع.

للمثمن التالف.

(1) دفع وهم. أمّا الوهم فهو: أنه كيف تحكمون بضمان البائع للمثمن في صورة ظهور المثمن ملكا لغير البائع، مع جهل المتعاقدين بكون المثمن ملكا للغير؟ ولا - تحكمون بضمان البائع في صورة علمهما بكون المثمن ملكا للغير، مع أن المشتري قد ضمّن البائع في كلتا الصورتين بمال الغير، لا بمال نفسه.

و أمّا الدفع فهو: أن المشتري لم يأذن في تصرف البائع في الثمن مطلقا، بل مقيّدا بالضمان في صورة ظهور المبيع ملكا لغير البائع، ولذا حكموا فيه بضمان البائع للمثمن إذا تلف. بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المشتري العالم بغاصبية البائع الفضول سلّطه على التصرف في الثمن مطلقا مجّانا وبلا عوض و من دون تضمين.

و الحاصل: أن طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن في ذلك الفرع إنّما هو لاعتقاد كون المثمن ملكا للبائع. بخلاف ما نحن فيه، لفقدان هذا الاعتقاد فيه، لعلم المشتري بعدم ملكية المثمن للبائع.

(2) أي: خطأ اعتقادهما، و ظهور كون المثمن ملكا للغير.

(3) أي: ضمّن البائع، و الضمير المستتر و ضمير «أنّه» راجعان إلى المشتري.

(4) يعني: مع اشتراك الفرعين في كون التضمين بمال الغير، إذ المفروض عدم كون المبيع ملكا للبائع في كلا الفرعين.

(5) هذا جواب «و أمّا» و دفع الوهم، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و أمّا الدفع».

(6) يعني: وإن كان ما ضمّنه المشتري به - و هو المثمن - ليس ملكا للبائع، و لذا لا يحصل به التضمين.

(7) تعليل لعدم طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن بدون ضمان، و حاصله:

أنّ طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن مقيّد باعتقاد كون المثمن ملكا للبائع، و ليس ملكا له، فلا تطيب نفسه بتصرف البائع في الثمن مع انكشاف عدم كون المثمن

لاعتقاد (1) كون المثلثن ملكا له، و صيرورته (2) مباحا له بتسليطه عليه.

و هذا (3) مفقود فيما نحن فيه، لأن طيب النفس بالتصرف و الإلتاف من دون ضمان له بماله حاصل (4).

و ممّا ذكرنا (5) يظهر أيضا فساد نقض (6) ما ذكرنا

---

ملكاً له، فمقتضى قاعدة اليد ضمان البائع للمثلثن.

(1) متعلق بـ «طابت» و مقيّد له، فإذا تبين كون المثلثن ملكاً لغير البائع انتهى الطيب المجوّز للتصرف. و ضمير «له» راجع إلى «البائع».

(2) معطوف على «كون» يعني: و لاعتقاد صيرورة المثلثن مباحاً للمشتري بسبب تسليط البائع للمشتري على المثلثن.

(3) أي: طيب النفس من المشتري بتصرف البائع في المثلثن - لاعتقاده بكون المثلثن ملكاً للبائع - مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض فيه علم المشتري بعدم كون المثلثن ملكاً للبائع. فليس طيب نفس المشتري هنا مقيّداً باعتقاد ملكية المبيع للبائع حتى يكون انتفاء الاعتقاد موجبا للضمان، بل طيب نفس المشتري بتصرف البائع في المثلثن بدون الضمان حاصل هنا.

(4) أي: حاصل هنا، و ضمير «له» راجع إلى المثلثن، و ضمير «بماله» إلى البائع.

(5) أي: و من عدم ضمان البائع للمثلثن عند تسليط المشتري له على المثلثن، و الغرض من هذا هو الإشكال النقضيّ على من نفى ضمان البائع في تسليط المشتري البائع في هذه المسألة. و لم أظفر بالناقض، إلا أنّ أصل مقايسة المقام بالبيع الفاسد - من غير جهة الغصب - و جوابه المذكور في الجواهر و غيره، فراجع «1».

(6) حاصل هذا الإشكال النقضي هو: أنّ نفى الضمان عن البائع الغاصب - مع علم المشتري بغاصبيّته - منقوض بما إذا علم البائع و المشتري بفساد البيع، لفقد شرط من شرائطه كالموالاتة أو التنجيز أو التطابق بين الإيجاب و القبول أو غيرها من الشرائط، فإنّ

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 307، تبعاً لما في شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء، و تعرّض له أيضاً تلميذه في كشف الظلام، و نجله في أنوار الفقاهة.

بالبیع (1) مع علم المشتري بالفساد، حیث إنه (2) ضمّن البائع بما یعلم أنه لا یضمن الثمن به. و کذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتري بما یعلم أنّ المشتري لا یضمن به (3)، فکأنه لم یضمّنه بشیء.

وجه الفساد (4): أنّ التضمین الحقیقی حاصل هنا (5)، لأنّ (6) المضمون به مال الضامن، غایة الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضیّ هذا الضمان و التضمین فی نظر

---

کلاً من البائع و المشتري مع علمه بفساد البیع یضمن صاحبه، فإنّ البائع یضمّن المشتري بما یأخذه من الثمن عوضاً عن المبیع. و کذا المشتري یضمّن البائع بما یأخذه منه من المبیع عوضاً عن الثمن، مع علم کلّ منهما بفساد هذین التضمینین، لبطلان البیع. و مع علمهما بالبطلان یضمن کلّ منهما مال الآخر، فلا بدّ أن یشترط الضمان فیما نحن فیہ ثابتاً أيضاً، للعلم ببطلان البیع و التضمین فی کلّتا المسألتین.

(1) متعلق ب- «نقض» و المراد بما ذکرنا هو نفي ضمان الثمن عن البائع الفضولي.

(2) أي: انّ المشتري، و هذا تقرب النقض، و قد تقدم أنّنا توضیحه بقولنا:

«منقوض بما إذا علم...».

(3) هذا العلم ناش من فساد البیع و عدم إمضائه شرعاً، و ضمیر «به» راجع إلى الموصول فی قوله: «بما یعلم» و المراد بالموصول هو الثمن.

یعنی: أنّ البائع ضمّن المشتري بئمن یعلم البائع بأن المشتري لا یضمن بذلك الثمن، لعلمهما بفساد البیع المستلزم لعدم صحة تضمینهما.

(4) أي: فساد النقض المذكور. توضیحه: أنّ التضمین المعاوزی فاسد، لفساد البیع.

و أمّا التضمین الیدي فهو حاصل هنا، فإنّ المضمون به فی البیع الفاسد- لاختلال بعض شرائطه- مال الضامن. بخلاف ما نحن فیہ، فإنّ المضمون به لیس مالا للبائع الغاصب، بل لمالکة.

(5) أي: فی العقد الفاسد- لاختلال بعض شرائطه- مع كون العوضین من المتعاقدين. و المراد بالتضمین الحقیقی هو التضمین بالقيمة.

(6) تعلیل لحصول التضمین الحقیقی فی العقد الفاسد.

الشارع، لأنّ المفروض فساده (1)، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاصّ (2) صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقيّ أو قاعدة (3) إثبات اليد على مال- من دون (4) تسليط مجّاني أو استيمانيّ عن مالكة- موجبا (5) لضمّانه، على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

و شي ء منهما (6) غير موجود فيما نحن فيه (7)، كما أوضحناه

---

(1) أي: فساد العقد شرعا، وفساده يمنع عن صحة الضمان المعاوضي. وأمّا الضمان اليدي فلا مانع منه، لأنّه مقتضى عموم «على اليد» الذي لم يخصّص هنا بشي ء.

(2) و هو الضمان المعاوضي، وقوله «صار» جواب الشرط في: «إذا لم يمض».

(3) معطوف على «أصل» و الإتيان بكلمة «أو» لأجل اختلاف كلمات الفقهاء في مدرك قاعدة «ما يضمن» فالقدماء استندوا إلى الإقدام على الضمان، و الشهيد الثاني في بعض كلامه استند إلى حديث «على اليد» وقد تقدم نقل جملة من الكلمات في بحث المقبوض بالبيع الفاسد، فراجع «1».

(4) يعني: من دون مخصّص لقاعدة اليد، من تسليط مجّاني أو استيماني كالوديعة.

(5) خبر «صار» يعني: صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي و هو الضمان بالقيمة أو قاعدة اليد من دون مخصّص لها- من تسليط مجّاني أو استيماني من مالكة- موجبا لضمّانه.

(6) أي: قاعدة الإقدام و قاعدة اليد.

(7) و هو علم المشتري بغاصبية البائع. و وجه عدم وجودهما فيما نحن فيه، أمّا قاعدة الإقدام، فلأنّ البائع الغاصب لم يقدم على الضمان، لأنّه أخذ الثمن من المشتري في مقابل المبيع الذي لم يكن ملكا له، فلم يقدم على ضمان الثمن بشي ء من ماله، فلا مجال لقاعدة الإقدام.

و أمّا قاعدة اليد، فلأنّ إثبات يد البائع على الثمن ليس إلّا مجّاتيا و بلا عوض، إذ المشتري مع علمه بعدم ملكية المبيع للبائع سلّطه على الثمن، فليس هذا التسليط إلّا مجّاتيا.

---

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 58 و 114

ص: 499

بما لا مزيد عليه (1)، و حاصله (2): أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم (3) عدم كونه مالكا للمبيع، و تسليطه (4) على إتلافه، في (5) أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث [1].

نعم (6) لو كان فساد العقد

---

(1) تقدم كلامه في (ص 485) و هو قوله: «و توضيح ذلك: أن الضمان إمّا لعموم على اليد .. و إمّا لقاعدة الاقدام، و الأول مخصّص بفحوى .. إلخ».

(2) يعني: و حاصل ما أوضحناه هو: أن دفع المشتري العالم بغاصبية البائع الثمن إلى الغاصب ليس إلا كدفع الثمن إلى شخص ثالث أي غير المالك للمبيع و البائع الفضولي، فكما لا يكون ذلك الثالث ضامنا، فكذلك البائع، لكون الدفع إلى كليهما مجّانياً.

(3) يعني: يعلم المشتري الدافع عدم كون الثالث مالكا للمبيع.

(4) معطوف على «دفعه» في قوله: «كدفعه» يعني: كدفع الثمن إلى ثالث و كتسليطه على إتلافه.

(5) متعلّق بقوله: «كدفعه» و هذا وجه التنظير، و حاصله: أن دفع الثمن إلى البائع الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث في أن ردّ مالك المبيع البيع الصادر من البائع الفضول كما لا يوجب الرجوع إلى الثالث بالثمن، كذلك لا يوجب الرجوع إلى البائع الفضول، لكون التسليط فيهما مجّانياً.

(6) هذا استدراك على قوله: في (ص 498) و هو قوله: «وجه الفساد أنّ التضمين الحقيقي حاصل هنا» و ملخّصه: أنّ التضمين الحقيقي الموجب للضمان في العقود الفاسدة- لأجل عدم قابلية العوض للملكية كالخمر و الخنزير و الحرّ، سواء أ كان ثمنا أم مثمنا- مفقود في هذا العقد الفاسد، لأنّ الضمان يكون في المال، و المفروض أنّ الخمر و أخويها

---

[1] لا يخلو تنظير البائع الفضول بدفع المال إلى ثالث- يعني: غير المالك و البائع الفضول في عدم الضمان- من غموض، لأنّ الغرض من هذا التنظير جواز التصرف و عدم الضمان. و هذا مناف لما أفاده في (ص 482) من عدم جواز تصرف البائع في الثمن، إذ لو كان البائع كالثالث لم يكن وجه لعدم تصرف البائع في الثمن.

و التحقيق عدم كون البائع كالثالث، لأنّ الدفع إلى البائع وفاء للثمن، بخلاف الدفع إلى الثالث، فإنّه تسليط مجاني.

لعدم قبول العوض [1] للملك كالخمر و الخنزير و الحرّ، قوي (1) أطراد ما ذكرنا فيه من (2) عدم ضمان عوضها (3) المملوك (4) مع علم المالك (5) بالحال، كما صرّح (6) به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، هذا.

---

ليست مالا شرعا حتى تقبل الملكية، فضمانه ليس ضمانا شرعيا.

فإذا باع شاة بخمر مثلا، و تلفت الشاة عند المشتري، لا يرجع البائع إليه بقيمة الشاة، لأنّ تضمين بائع الشاة المشتري بالخمر غير صحيح، لأنّه تضمين بما لا يقبل الملك.

و كذا الحال إذا كان الثمن غير مال شرعا.

(1) جواب «لو» يعني: يقوى أطراد ما ذكرنا في صورة علم المشتري بغاصبيّة البائع من عدم الضمان.

(2) بيان للموصول، و ضمير «فيه» راجع إلى «ما نحن فيه» من فرض علم المشتري بالغصب.

(3) أي: عوض الخمر و الخنزير و الحرّ.

(4) صفة للعوض، كما إذا كان عوضها مالا مملوكا كالفلوس.

(5) أي: علم مالك العوض المملوك بالحال، أو علمه بكون المعوّض غير مملوك كالخمر.

(6) أي: صرّح شيخ مشايخنا- و هو كاشف الغطاء قدّس سرّه- بعدم الضمان في صورة فساد البيع لأجل عدم مملوكية العوض، كعدم الضمان في صورة علم المشتري بغصبيّة المبيع. قال: «و يقوى تسوية الحكم في المقامين إلى كلّ ما دفع من غير مقابل، أو بمقابل غير قابل» «1».

---

[1] ينبغي تقييده بما إذا لم يكن العوض قابلا شرعا و عرفا للملكية كالحشرات، فإنّ التسليط حينئذ يكون مجانيا، إذ عدم مالية العوض قرينة على مجانية التسليط. و أمّا إذا كان قابلا عرفا للملكية فمجانية التسليط غير معلومة.

---

(1) شرح القواعد، مخطوط، الورقة: 68، و حكاها صاحب الجواهر عنه في ج 22، ص 307

و لكن (1) إطلاق قولهم: «إنَّ كلَّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» يقتضي الضمان فيما نحن فيه (2) و شبهه (3)، نظرا (4) إلى أنَّ البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففاسده كذلك.

إلا (5) أن يفتر بما أبطناه

(1) هذا استدراك على ما تقدم في (ص 482) من قوله: «و أمّا لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري .. إلخ»، و هذا عدول عما أفاده من عدم الضمان فيما نحن فيه- و هو علم المشتري بغاصبية البائع- إلى القول بالضمان فيه استنادا إلى إطلاق القضية المعروفة، و هي «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فإنَّ إطلاق الفاسد يقتضي الضمان في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصبيّة.

(2) و هو علم المشتري بغاصبيّة البائع. وقوله: «يقتضي» خبر «إطلاق».

(3) و المراد بشبهه بيع ما ليس قابلا للملكيّة، كبيع الخمر و الخنزير و الحرّ مع علم المشتري بعدم قابليّتها للملكيّة.

(4) هذا تقريب الاستدلال بالقضيّة المذكورة، و هو: أنّ للبيع صحيحا و فاسدا، و صحيحه يقتضي الضمان، و كذا فاسده، فبيع المغصوب مع علم المشتري بالغصبيّة فاسد، فيقتضي الضمان.

(5) هذا عدول عن الضمان- الذي أثبتته بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فيما نحن فيه، و هو علم المشتري بغاصبية البائع- إلى ما أفاده سابقا من عدم الضمان، و أراد إثبات عدم الضمان بنفس هذه القاعدة، بناء على تفسيرها بعقد واحد شخصي إذا فرض تارة صحيحا، و اخرى فاسدا، فصحيحة لا يضمن و كذا فاسده. فإذا فرض تارة صحة البيع بلا ثمن، و اخرى فساد، فلا ضمان في صحّته، و كذا في فاسده.

وقد تقدّم في بحث المقبوض بالبيع الفاسد نقل هذا الاحتمال عن صاحب الجواهر قدّس سرّه.

و مبناه جعل العموم في «كل عقد» بلحاظ الأفراد الخارجية، لا أنواع العقود، و لا أصناف كل واحد منها، فراجع تفصيل الكلام هناك «1».

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 91-95

ص: 502

سابقا (1) من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساد.

ولا ريب أن العقد فيما نحن فيه (2) وفي مثل البيع [المبيع] بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة إذا فرض (3) صحيحا لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد.

لكنك (4) عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا (5) في توضيح هذه القضية (6)، فإن معناه (7): أن كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان

---

(1) حيث قال هناك: «و ربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد» إلى أن قال: «ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح و فاسد، لا ما يفرض تارة صحيحا و اخرى فاسدا .. إلخ».

(2) و هو بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته.

(3) يعني: إذا فرض العقد في البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة صحيحا لم يكن فيه ضمان، و كذا لا ضمان فيه إذا فرض فاسدا. فعلى هذا المعنى في قضية «ما يضمن بصحيحه» يكون كل من الصحة و الفساد فرضيًا، و يصح الحكم بالضمان في بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته، لأنه إذا فرض صحيحا لا يكون فيه ضمان، فكذا إذا فرض فاسدا.

(4) غرضه تضعيف التفسير المذكور لقضية «ما يضمن» و عدم صلاحيته للاستناد إليه في إثبات الضمان في بيع الفضولي الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته.

و حاصله: أنّا قد ذكرنا سابقا ضعف هذا المعنى، فلا يصح أن يكون دليلا على عدم الضمان في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب.

(5) قد نقلنا بعض عبارته قبل أسطر، فلاحظ.

(6) و هي: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

(7) يعني: معنى «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»، و محصل ما أفاده في معنى هذه القضية هو: أن كل عقد ثبت الضمان شرعا في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، كالباع غير الربوي و الباع الربوي، فإن الأول هو الفرد الصحيح من البيع، و الثاني هو الفرد الفاسد من البيع. فهذان الفردان الفعليان للبيع يكون أحدهما الصحيح موردا للضمان، و الآخر الفاسد أيضا موردا للضمان. و ليس فرد واحد شخصي يفرض تارة صحيحا و اخرى فاسدا، فإن لفظ «يضمن» الذي هو نعت لكلمة «عقد»



في الفرد الفاسد منه (1)، فيختصّ موردها (2) بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا و اخرى فاسدا.

نعم (3) يمكن تطبيق المعنى

ظاهر في الاتصاف الفعلي بالضمان.

(1) هذا الضمير و ضمير «منه» المذكور قبله راجعان إلى «عقد».

(2) يعني: يختص مورد قضية «كل عقد يضمن بصحيحه» بالعقد الذي له فردان فعليّان ثبت الضمان شرعا في صحيحهما و فاسدهما، لا الفرد الواحد الشخصي الذي.

يفرض تارة صحيحا، و اخرى فاسدا كما هو المعنى الذي أبطلناه سابقا.

(3) استدراك على الاستدلال على نفي الضمان بقضية «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بناء على تفسيرها الباطل، و هو إرادة فرض الصحة و الفساد في عقد واحد شخصي.

و حاصل الاستدراك: أنّه يمكن الاستدلال على عدم الضمان فيما نحن فيه- و هو بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبية البائع- بقاعدة «ما يضمن بصحيحه» بالمعنى الذي اختاره المصنّف قدّس سرّه في (ص 503) بقوله: «فإن معناه: أنّ كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه» بأن يقال: إنّ المراد بالعقد في قاعدة «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ليس خصوص النوع المتعارف كالبيع و الصلح من أنواع العقود، كما كان ذلك ظاهر المعنى المختار، بل المراد ما هو أعم من ذلك.

يعني: أنّ المقصود بالعقد هو العقد المملّك للأموال ممّا يكون له فردان صحيح كالبيع غير الربوي، و فاسد كالبيع الربوي، سواء أ كان من النوع المتعارف كالبيع الذي هو مبادلة مال بمال، و الهبة غير المعاوضة التي هي من التمليك المجاني، أم كان من النوع غير المتعارف كالبيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة، و كتسليط المشتري البائع الفضول على الثمن.

بلا عوض من مال البائع.

ففي التمليك المعاوضي يكون الضمان في صحيحه و فاسده، و في التمليك غير المعاوضي أيضا صحيح كالهبة غير المعوّضة، و فاسد كتسليط المشتري الغاصب على الثمن بدون عوض من ماله، و كالإجارة بلا اجرة و البيع بلا ثمن. و في صحيح هذا العقد غير المعاوضي- كالهبة غير المعوّضة- لا ضمان، و كذا في فاسده، كبيع الغاصب بدون عوض من ماله.

المختار (1) فيما نحن فيه و شبهه (2)، بأن (3) لا- يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصلح، بل يراد مطلق المعاملة الماليّة التي يوجد لها فردان صحيح و فاسد، فيقال: إنّ ما نحن فيه (4) و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة تمليك بلا عوض من مال الآخر. و الفرد (5) الصحيح من هذه المعاملة (6)- و هي (7) الهبة غير المعوّضة- لا ضمان فيها،

(1) و هو الذي أفاده بقوله: «فان معناه أنّ كلّ عقد تحقق الضمان» إلى آخر ما نقلناه آنفا.

(2) كبيع ما ليس قابلا للملكية مع علم المشتري بعدم قبوله للملكية.

(3) هذا و «فيما نحن فيه» متعلقان ب- «تطبيق»، و هذا تقريب إمكان تطبيق المعنى المختار على ما نحن فيه من بيع الغاصب مع علم المشتري.

(4) و هو بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته و دفع الثمن إليه، و محصّ له: أنّ المراد بالموصول في قضية «ما لا يضمن» هو المعاملة الماليّة التي لها فردان صحيح و فاسد.

سواء أكانت تمليكا مع العوض كالبيع، أم بدون العوض كالهبة غير المعوّضة. و للتمليك مع العوض فرد صحيح، كالبيع غير الربوي، و فرد فاسد كالبيع الربوي. و للتمليك غير المعاوضي أيضا فرد صحيح كالهبة غير المعوّضة، و فرد فاسد كالبيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة، و تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن.

و هذا التعميم لكلّ معاملة ماليّة يشمل ما نحن فيه، لأنّ التسليط المزبور تمليك مجّاني، لعدم كون هذا التسليم بعوض من مال الغاصب، فيدلّ على عدم ضمان البائع الغاصب للثمن، لعدم ضمان الفرد الصحيح من التمليك المجّاني و هو الهبة غير المعوّضة، فيكون «ما لا يضمن بصحيحه» دليلا على عدم ضمان البائع الغاصب للثمن الذي سلّمه المشتري إليه.

(5) معطوف على الموصول في «ما نحن فيه» و خبره قوله: «لا ضمان».

(6) أي: معاملة التمليك بلا عوض.

(7) أي: الفرد الصحيح. و تأنيث الضمير باعتبار الخبر. و المراد بقوله: «هذه المعاملة» هو التمليك بلا عوض، الذي له فرد صحيح كالهبة غير المعوّضة، و فرد فاسد كالبيع بلا ثمن، و الإجارة بلا اجرة.

ففسادها (1) كذلك، فتأمل (2).

وبالجملة: فمستند المشهور (3) في مسألتنا (4) لا يخلو من غموض، ولذا (5) لم يصرح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» [1] مع اتّفاقهم عليه (6) [هنا].

(1) أي: الفرد الفاسد من هذه المعاملة المالية لا ضمان فيها أيضا، فالمعاملة المجانية- مثل ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة- لا ضمان فيها.

(2) لعله إشارة إلى: أنّ المعنى المذكور- وهو إرادة مطلق المعاملة المالية من الموصول في قضية «ما يضمن بصحيحه»- وإن كان صحيحا في نفسه، لكنه ليس ظاهر القضية المذكورة بحيث ينسب إليه الذهن، بل إرادته محتاجة إلى القرينة. فظاهر الموصول هو كلّ نوع من أنواع العقد كالبيع و الصلح و نحوهما.

أو إشارة إلى: أنّ المعاملة المالية عنوان انتزاعي لا يصلح لأن يكون موضوعا للحكم.

(3) القائلين بعدم رجوع المشتري إلى البائع بالثمن في صورة التلف. وجه غموض المستند هو: أنّ مقتضى ما ذكره من التسليط المجاني عدم الضمان، لكن مقتضى قاعدة «ما يضمن بصحيحه» هو الضمان، ولذا اتفقوا على الضمان في «بعتك بلا ثمن».

(4) وهي بيع الغاصب مع علم المشتري بكونه غاصبا.

(5) أي: و لعدم خلوّ مستند المشهور- النافين لرجوع المشتري إلى البائع- عن الغموض و الإشكال، لم يصرح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» مع اتفاق الأصحاب على عدم الضمان هنا، أي: في تسليط المشتري البائع الغاصب.

هذا بناء على وجود كلمة «هنا». و أمّا بناء على عدمها فمرجع ضمير «عليه» هو الضمان، يعني: لم يصرح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» بل اتفقوا على الضمان فيه.

(6) أي: على عدم الضمان هنا، أي: في بيع الغاصب مع علم المشتري بغصبيه المبيع.

[1] لا يخلو منافاة دعوى عدم التصريح بعدم الضمان لما تقدم في (ص 488) من قوله: «فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا-أجرة، التي قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها» و تقدّم هناك أنّ عدم الضمان مختار غير واحد، فراجع ما نقلناه من الكلمات.

وصرّح (1) بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه (2).

نعم (3) ذكر الشهيد رحمه الله وغيره عدم الضمان في الإجازة بلا اجرة.

(1) غرضه من ذكر هذا الفرع تأييد ما أفاده من غموض مستند المشهور، إذ لو لم يكن في مستندهم غموض لزم التصريح بعدم ضمان المرتشي للرشوة التالفة عنده، لأنّ الراشي سلّط المرتشي على الرشوة بلا عوض، كتسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن مجاناً، مع أنّهم صرّحوا بضمان المرتشي. فلا بدّ من الحكم بضمان البائع الغاصب أيضاً، لوحدة الطريق في المسألتين. فهذا الاختلاف في الضمان في نظائر مسألتنا كاشف عن غموض دليل عدم الضمان فيما نحن فيه.

والمصرّح بالضمان جماعة كالمحقق والعلامة والشهيد وغيرهم، بل في الجواهر:

«و كيف كان فلا خلاف ولا إشكال في بقاء الرشوة على ملك المالك، كما هو مقتضى قوله:

إنّّها سحت، وغيره من النصوص الدالة على ذلك. وأنّ حكمها حكم غيرها ممّا هو كان من هذا القبيل. نعم قد يشكّل الرجوع بها مع تلفها وعلم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه. والتحقيق فيه ما مرّ في نظائره» (1).

وقال في القضاء: «و كيف كان فلو تلفت - أي الرشوة - قبل وصولها إليه ضمنها له، لعموم على اليد، وغيره ممّا تقدم .. إلخ» (2).

نعم استشكل الفاضل النراقي في الضمان على تقدير التلف لو كان دفع الرشوة برضا الراشي (3). والظاهر أنّ قول صاحب الجواهر: «قد يشكّل» إشارة إلى خلاف الفاضل.

ولكنه كما ترى.

(2) وهو بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته.

(3) استدراك على عدم التصريح بعدم الضمان في «البيع بلا ثمن، والإجازة بلا اجرة» لكونهما متحدين حكماً. وحاصل الاستدراك وجود المصرّح بعدم الضمان في مسألة

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 149

(2) جواهر الكلام، ج 40، ص 133 وراجع: شرائع الإسلام، ج 4، ص 78، قواعد الأحكام، ج 3، ص 429، الدروس الشرعية، ج 2، ص 76، مسالك الأفهام، ج 13، ص 422 و 423

(3) مستند الشيعة، ج 17، ص 74



و يؤيد ما ذكرنا (1) ما دلّ من الأخبار (2) على كون ثمن الكلب و الخمر سحتا.

و إن أمكن (3) الذبّ عنه بأنّ المراد التشبيه

---

الإجارة، و هو الشهيد قدّس سرّه و غيره، و قد تقدم كلامه في (ص 489) فراجع.

و المراد بالإجارة بلا اجرة أن يقع العقد على تملك منفعة من دون اجرة، كأن يقول مالك الدار: «آجرتك هذه الدار شهرا بلا اجرة» ثم يستوفي المستأجر منفعة دار المؤجر مدة بلا اجرة يضمنها المستأجر للمؤجر عوض المنفعة التي استوفاه.

(1) و هو قوله في (ص 502): «و لكن إطلاق قولهم: إن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضي الضمان فيما نحن فيه و شبهه».

تقريب التأيد- بعد تشبيه المبيع المغصوب بالكلب و الخنزير و كون ثمنه سحتا- أنّ عدم جواز التصرف في السحت يستلزم الضمان، فيجب ردّ عينه إن كان باقيا، و ردّ بدله إن كان تالفا، لأنّ أكل مال الغير سحت، فيجب ردّه إلى مالكة إن كان باقيا، و بدله إن كان تالفا حتى تبرء ذمته.

(2) مثل ما ورد في وصيّة النبي صلّى الله عليه و آله و سلم عليّ عليه السّلام، قال: «يا علي! من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب، و ثمن الخمر، و مهر الزانية، و الرشوة في الحكم، و أجر الكاهن» (1).

و المراد بالكلب ما ليس صيودا، بقرينة ما ورد في أخبار آخر، مثل ما رواه أبو عبد الله العامري عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: سألت عن ثمن الكلب الذي لا يصيد.

فقال: سحت. و أما الصيود فلا بأس» (2).

(3) هذا ردّ التأيد، و الأولى أن يقال: «و إن أمكن ذبّه» أي دفعه، و أمّا الذبّ عن الشيء فهو حفظه.

و كيف كان فغرضه الخدشة في التأيد المزبور بمنع الملازمة بين حرمة التصرف و الضمان، و حاصله: أنّ التشبيه بالسحت يكون في الحكم التكليفي، و هو حرمة التصرف فقط، دون الحكم الوضعي و هو الضمان، لعدم التلازم بين التكليف و الوضع، كحرمة التصرف في الأوقاف العامة كالمساجد، فإذا سكن في بعض بيوت المسجد بدون مجوّز ارتكب محرّما، و ليس عليه ضمان.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 63، الباب 5 من أبواب ما يكتسب به، ح 1

(2) المصدر، ص 83، الباب 14، ح 1

في التحريم [1]، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف، كأصل السحت (1).

ثمّ (2) إنّ مقتضى

(1) وهو الكلب و الخنزير، فإنّ إتلافهما أو تلفهما لا يوجب الضمان إلّا كلب الصيد، فإنّ فيه أربعين درهما، أو قيمته، على الخلاف. و كذا كلب الغنم و الحائط و كلب الزرع، فإنّ في هذه الثلاثة قيمتها.

(2) كان الكلام إلى هنا فيما إذا باع البائع الفضولي لنفسه، و الآن يشترع في حكم ما إذا باع الفضولي للمالك، و دفع المشتري ثمن المبيع إلى البائع للإيصال إلى المالك، فتلف الثمن في يد البائع.

و ملخص ما أفاده في حكمه: أنّ مقتضى ما تقدّم في وجه عدم رجوع المشتري بالثمن إلى البائع - من تسليطه البائع على الثمن بلا عوض - هو ثبوت الرجوع بالثمن على البائع فيما إذا باع الفضولي للمالك، و قبض الثمن من المشتري للدفع إلى المالك، فتلف عنده، إذ المشتري لم يسلط البائع و لا أذن له في التصرف فضلا عن إتلافه، فقاعدة اليد تقتضي الضمان، و لا مخصص لها هنا.

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه - من جواز رجوع المشتري بالثمن على البائع - قد تبّه عليه الفاضل النراقي قدس سرّه أيضا بقوله: «نعم لو كان البيع فضولا لأجل المالك، و سلّم المشتري الثمن إلى البائع ليسلّمه المالك لو أجاز، و أتلفه البائع، فالوجه الرجوع إليه. و الوجه ظاهر ..» (1).

[1] لا- يخفى أنّه لو كان هناك دليل لفظي على تنزيل ثمن المال المغصوب - مع علم المشتري بالغصب - منزلة ثمن الخنزير و الكلب، اقتضى إطلاقه التنزيل بالنسبة إلى الحكمين التكليفي و الوضعي.

لكنه ليس في البين دليل لفظي على التنزيل، و لا دليل لبيّ كالإجماع حتى يؤخذ بالقدر المتيقن منه، و هو الحرمة.

(1) مستند الشيعة، ج 14، ص 295

ص: 509

ما ذكرناه (1) في وجه عدم الرجوع بالثمن، ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير (2) بائع لنفسه، بل باع عن المالك، ودفع المشتري الثمن إليه، لكونه (3) واسطة في إيصاله (4) إلى المالك، فتلف (5) في يده، إذ (6) لم يسأله عليه ولا أذن له في التصرف فيه فضلا (7) عن إتلافه.

و لعل (8) كلماتهم و معاقد اتّفاقهم (9) تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان

---

(1) أي: ما ذكرناه في (ص 484) من «أنه سلّطه على ماله بلا عوض...».

(2) حال من «البائع» و لوقيل - كما في نظائره-: «إذا باع البائع الفضولي عن المالك» لدلّ على المقصود باختصار.

(3) هذا الضمير و ضمير «إليه» راجعان إلى البائع.

(4) أي: في إيصال الثمن إلى المالك.

(5) يعني: فتلف الثمن في يد البائع.

(6) تعليل لثبوت رجوع المشتري بالثمن على البائع لا لنفسه، بل للمالك. و حاصل التعليل: أنّ المشتري، لم يسأله البائع على الثمن، و لم يأذن له في التصرف في الثمن فضلا عن إتلافه، حتى يسلب احترام ماله، و يخصّص قاعدة اليد.

(7) يعني: فضلا عن إذنه في إتلافه الثمن، فلا إذن في شيء من التصرف و الإتلاف.

(8) إشارة إلى إشكال، و هو: أنّ كلمات الأصحاب في عدم رجوع المشتري على البائع بالثمن مطلقة، فتشمل كلتا صورتَي بيع الغاصب لنفسه و للمالك.

و قد دفعه بقوله: «و لعل كلماتهم .. إلخ» و محصله: أنّ إطلاق كلمات العلماء لعلّه يختصّ بالغاصب البائع لنفسه، لما مرّ من عدم تسليط المشتري البائع على التصرف في الثمن في صورة بيع الغاصب للمالك، فقاعدة اليد الموجبة للضمان جارية في هذه الصورة بلا مانع.

(9) تقدم في (ص 483) التنبيه على كلمات جمع ممّن ادّعى الإجماع على عدم ضمان البائع الغاصب مع علم المشتري بالغصب لو تلف الثمن، فقال: «بل المحكي عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه» فراجع.



ظاهر بعضهم (1) ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة.

وكذا (2) يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل (3) أخذه بناء على العقد الواقع بينهما، فإنّه (4)

---

(1) غرضه أنّ حمل كلماتهم و معاهد إجماعهم - على عدم رجوع المشتري - على خصوص ما إذا باع البائع لنفسه، خلاف ظاهر بعض الفقهاء في عموم الحكم بعدم رجوع المشتري بالثمن على البائع مطلقاً وإن باع الغاصب للمالك مع علم المشتري بغاصبيته.

والظاهر أنّ غرض المصنف قدس سرّه من ظهور كلام البعض هو إطلاق تنظير الغاصب بالفضولي، في قبال من خصّ بيع الغاصب بما إذا باع لنفسه. فالفاضل المقداد و المحقق الثاني قدس سرّهما جعلاً الغاصب كالفضولي (1). و مقتضاه شمول حكمهم بعدم رجوع المشتري العالم بالفضولية - على البائع بالثمن التالف في يده - للغاصب أيضاً، سواء باع لنفسه كما هو الغالب، أم للمالك.

(2) هذه صورة أخرى لضمان البائع الفضولي للثمن، و هي: ما إذا أخذ البائع الثمن من المشتري بدون إذنه، و إنّما أخذه بعنوان الوفاء بالعقد الواقع بينهما.

و الوجه في جواز رجوع المشتري على البائع بالثمن هو: أنّه لم يحصل من المشتري ما يوجب عدم جريان قاعدة اليد في الثمن، إذ لم يتحقق من المشتري تسليط خارجي على الثمن حتى يخصّص عموم على اليد.

(3) يعني: بل أخذ البائع الثمن بمقتضى العقد الواقع بين البائع الفضول و المشتري الأصيل.

(4) الضمير للشأن، و هذا تعليل لرجوع المشتري بالثمن على البائع الذي أخذ الثمن من المشتري بدون إذنه. و حاصل التعليل: أنّه لم يحصل من المشتري تسليط خارجي حتى يرفع الضمان اليدي، و إنّما حصل تسليط عقدي، و هو لا يؤثّر في رفع الضمان بعد وضوح فساد العقد.

---

(1) التفتيح الرائع، ج 2، ص 27، جامع المقاصد، ج 4، ص 69

ص: 511

لم يحصل هنا (1) من المشتري تسليط إلا بالعقد. و التسليط العقديّ مع فساد غير مؤثّر (2) في دفع الضمان.

و يكشف عن ذلك (3) تصريح غير واحد (4) منهم بإباحة تصرّف البائع

---

(1) أي: في صورة أخذ البائع الثمن بدون إذن المشتري.

(2) لأنّ وجود العقد الفاسد كالعدم في عدم ترتب أثر عليه.

(3) أي: يكشف عن كون التسليط الخارجي رافعا للضمان- دون التسليط العقدي الفاسد- تصريح غير واحد من الفقهاء بإباحة تصرف البائع الغاصب في الثمن في صورة تسليط المشتري له، مع اتّفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة. فيكشف حكمهم بإباحة التصرف- مع الاتفاق على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة- عن عدم كون التسليط العقدي موجبا للإباحة، و لا رافعا للضمان. وإنّما الموجب لهما هو التسليط الخارجي.

فالتنتيجة: أنّه إذا أخذ البائع الغاصب الثمن بغير إذن المشتري يكون ضامنا.

(4) نقل ذلك عنهم جمع، منهم أصحاب الحدائق و مفتاح الكرامة و الجواهر قدّس سرّهم.

قال السيد العاملي: «... و من ثمّ قالوا: إنّ المشتري قد فوّت ماله متعمدا، لعلمه بتحريم تصرفه فيه، و دفع ماله من غير عوض، و هو يجتمع مع جواز تصرف البائع الثمن عند القائلين بالإباحة. و قد ذهبوا إلى أنّه حينئذ ليس أكلا مال الغير بالباطل» «1».

و التعبير بالتسليط مذكور في كلامي المحقق و الشهيد الثانيين، و غيرهما، ففي المسالك في شرح قول المحقق: «و لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب» ما لفظه: «و وجهه بكون المشتري قد دفعه إليه و سلّطه عليه، مع علمه بعدم استحقاقه له، فيكون بمنزلة الإباحة. و هذا يتمّ مع تلفه .. إلخ» «2».

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 194، جواهر الكلام، ج 22، ص 305 و 306، الحدائق الناضرة، ج 18، ص 396

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 71، مسالك الأفهام، ج 3، ص 160

الغاصب فيه (1)، مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة.

وكذا (2) يقوى الضمان لو اشترط (3) [1] على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها (4).

ولو كان الثمن كلياً (5) فدفعت إليه المشتري بعض أفرادها، فالظاهر عدم الرجوع، لأنّه (6) كالثمن المعيّن في تسليطه عليه مجاناً.

---

(1) أي: في الثمن المجموع عوضاً عن المبيع المغصوب.

(2) معطوف على «وكذا يقوى الرجوع» يعني: ومن موارد ضمان البائع الغاصب للثمن ما إذا اشترط المشتري الأصيل على البائع الفضول الرجوع عليه بالثمن لو أخذ المالك العين التي بيعت فضولاً، وردّ البيع ولم يجزه. ولا ينبغي الارتياح في ضمان البائع للثمن في هذه الصورة، لعدم موجب لارتقاع الضمان مع وجود اليد أولاً، واشتراط الضمان ثانياً.

(3) أي: اشترط المشتري.

(4) فاعل «أخذ»، وضميره راجع إلى «العين».

(5) كان موضوع البحث إلى الآن في الثمن المعيّن الشخصي. وأمّا الثمن الكلي - الذي دفعه المشتري فرداً منه إلى البائع - فالظاهر أنّه ليس له الرجوع على البائع كالثمن الشخصي، لأنّ ملاك عدم الضمان فيهما واحد، وهو التسليط المجاني.

(6) تعليل لعدم ضمان البائع للثمن، وقد مرّ تقريبه آنفاً بقولنا: «لأنّ ملاك عدم الضمان .. إلخ». هذا تمام الكلام في المسألة الأولى المتعلقة بحكم الثمن الذي تسلّمه البائع الفضول من المشتري.

---

[1] وجه الضمان في صورة الاشتراط عدم تسليط المشتري للبائع مجاناً على الثمن المزبور، فمقتضى عموم «على اليد» السليم من المخصّص محكّم.

لكن صحة شرط الضمان في صورة التلف محلّ إشكال، بعد تسليم كون يد البائع حينئذٍ أمانية. نعم شرط الضمان في صورة الإتلاف في محله، بل لا حاجة إلى الشرط كما هو واضح.

المسألة الثانية (1):

أنّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن (2):

فإنّما أن يكون (3) في مقابل العين، كزيادة القيمة (4) على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة (5) منه عشرين و الثمن عشرة

د: حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن

(1) هذه المسألة أيضا من فروع ردّ البيع الفضولي، وقد أشار إليها في (ص 475) بقوله: «و أما حكم المشتري مع الفضولي فيقع الكلام فيه تارة في الثمن، و اخرى في ما يغرمه للمالك زائدا على الثمن ..» وقد عقدها المصنف قدّس سرّه لبيان حكم ما يغترمه المشتري- لمالك المبيع فضولا- زائدا على الثمن المسمّى، كما سيظهر من الأمثلة المذكورة في المتن. و مورد الكلام كما سيصرّح به المصنف هو جهل المشتري بعدم مالكية البائع للمبيع، إذ لو كان عالما بعدم مالكيته له لم يكن له الرجوع على البائع الغاصب أو الفضولي مطلقا بشي ء من الغرامات.

و توضيح ما أفاده: أنّ ما يغترمه المشتري للمالك زائدا على الثمن على ثلاثة أقسام:

الأول: أن تكون الغرامة في مقابل العين، كما إذا تلفت العين و كانت قيمتها السوقية عشرة دنانير، و كان ثمنها المسمّى خمسة دنانير، و أخذ المالك من المشتري عشرة دنانير، فالخمس الزائدة على الثمن المسمّى غرامة في مقابل العين.

القسم الثاني: أن تكون الغرامة الزائدة في مقابل ما استوفاه المشتري من منافع المبيع فضولا، كما إذا أخذ المالك اجرة السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمرة أو غيرها ممّا استوفاه المشتري من العين المبيعة له فضولا.

القسم الثالث: أن يكون الزائد على الثمن ممّا لم يحصل في مقابله نفع للمشتري.

و هذه الأقسام الثلاثة- الراجعة إلى غير الثمن ممّا يغترمه المشتري للمالك- موضوعات لما يذكر من الأحكام.

(2) أي: غير الثمن المسمّى الذي هو خمسة دنانير في المثال المذكور.

(3) اسم «يكون» هو غير الثمن، و خبره قوله: «في مقابل العين».

(4) أي: القيمة السوقية التي هي في المثال خمسة كالثمن المسمّى.

(5) أي: من المشتري، فالقيمة المأخوذة من المشتري- على مثال المتن- زائدة على الثمن المسمّى بعشرة دنانير.

ص: 514

وإما (1) أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار ووطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة.

وإما (2) أن يكون غرامة لم يحصل له (3) في مقابلها نفع، كالنفقة (4)، و ما (5) صرفه في العمارة، و ما (6) تلف منه أوضاع (7) من الغرس و الحفر، أو إعطائه (8) قيمة للولد المنعقد حرًا، و نحو ذلك، أو نقص (9) من الصفات و الأجزاء.

---

(1) هذا هو القسم الثاني، و الضمير المستتر في «يكون» راجع إلى «غير الثمن».

(2) هذا هو القسم الثالث، و ضمير «يكون» كسابقه راجع إلى غير الثمن.

(3) أي: لم يحصل نفع للمشتري في مقابل تلك الغرامة.

(4) أي: كنفقة العبد و الفرس و الحمار إذا اشتراها المشتري من البائع الفضولي.

(5) معطوف على «النفقة» يعني: و كالمال الذي صرفه المشتري في العمارة، كما إذا كان المبيع دارا خربة، و صرف في تميمها مالا.

(6) معطوف على «النفقة» يعني: و كالمال الذي تلف منه، كتلف بعض الأشجار المغروسة في البستان عند المشتري. و ضمير «منه» راجع إلى المبيع.

(7) معطوف على «تلف» و «من» بيان ل «ما» الموصول في قوله: «ما تلف» يعني:

ضاع عند المشتري بعض أراضي المبيع بصيرورته محفورا بالماء و غيره.

(8) معطوف على «النفقة» يعني: و كإعطاء المشتري قيمة الولد المنعقد حرًا، كما إذا كان المبيع فضولا أمة و استولدها المشتري، فحينئذ يكون المولد حرًا، و يلزم عليه أن يدفع قيمة الولد إلى مالك الأمة.

و الظاهر أن مورد دفع قيمة الولد- كما سيصرّح به- هو جهل المشتري بالحال ليكون الولد حرًا للتبعية، فلو كان عالما كان الولد رقًا، لأنه نماء الجارية يملكه السيد، و لا مورد لدفع قيمته حينئذ. و قد تقدم في ثمرات الكشف الحقيقي و الحكمي بعض الكلام فيه، فراجع (ص 79 و 84).

(9) معطوف على قوله: «تلف»، و نقص الصفات كنسيان العبد الكاتب الكتابة عند المشتري. و نقص الأجزاء كتلف بعض أوراق الكتاب عند المشتري، و أخذ المالك من المشتري قيمته.

## [عدم الرجوع بالغرامات لو كان المشتري عالما]

ثمّ المشتري (1) إن كان عالما فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه (2).

## [حكم المشتري مع الجهل]

### [1- رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما ينتفع به]

وإن (3) كان جاهلا، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب- كما في الرياض، وعن الكفاية- رجوع المشتري الجاهل بها (4) على البائع، بل في كلام

---

عدم الرجوع بالغرامات لو كان المشتري عالما

(1) هذا شروع في حكم الأقسام المزبورة، وقال: إنّ المشتري إن كان عالما بالفضولية وغاصبية البائع فلا رجوع له على البائع في شيء من الموارد المزبورة، لعدم الدليل على الضمان بعد إقدامه على ضرره.

(2) أي: على الرجوع.

1- رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما ينتفع به

(3) معطوف على «إن كان» وحاصله: أنّه إن كان المشتري جاهلا بفضولية البائع، ففي القسم الثالث- وهو قوله: «وإنما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلتها نفع.. إلخ»- يكون المعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض: رجوع المشتري الجاهل بالفضولية على البائع الفضول بالغرامات المذكورة، بل ادّعي الإجماع على الرجوع إلى البائع بالغرامات التي لم يحصل في مقابلتها نفع للمشتري.

وفي السرائر قدّس سرّه: أنّ المشتري يرجع على البائع بتلك الغرامات المذكورة في القسم الثالث قولاً واحداً.

وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين في كتاب الضمان: نفي الإشكال عن ضمان البائع الفضول لدرك ما يحدثه المشتري من أشجار غرسها في الأرض التي ابتاعها من الفضولي، وقلعها مالك الأرض، فإنّ خسارة قلع تلك الأشجار بعهددة البائع الفضول.

(4) أي: بالغرامات المذكورة في القسم الثالث. قال في الرياض: «والمعروف من مذهب الأصحاب: أنّ للمشتري أن يرجع بما غرمه للبائع مما لم يحصل له في مقابلته عوض، كقيمة الولد والنفقة والعمارة ونحو ذلك، لمكان التغرير، وترتب الضرر به مع

بعض (1) - تبعا للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد - دعوى (2) الإجماع على الرجوع (3) بما لم يحصل في مقابله نفع.

وفي السرائر: «أنه (4) يرجع قولاً واحداً» (1).

وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفى الإشكال (5) عن ضمان البائع لدرك (6) ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

---

عدم جابر له من العوض» (2).

و ظاهر كلام الفاضل السبزواري الإجماع لا مجرد المعروفة، لقوله: «و ذكر الأصحاب أنّ ما يغرمه المشتري ممّا لم يحصل له في مقابله نفع .. فله الرجوع به على البائع» (3).

(1) كصاحب الجواهر قدّس سرّه لقوله: «و الإجماع بقسميه». وقال السيد العاملي حاكياً لإجماع فخر الدين قدّس سرّهما: «و يرجع المشتري على البائع .. و بما اغترمه من نفقة أو عوض .. إجماعاً أيضاً كما في شرح الإرشاد» (4).

و بهذا ظهر الوجه في الإتيان بكلمة «بل» في المتن، لوضوح أنّ «المعروف» قد يوهّم وجود المخالف في المسألة، و يزول هذا الوهم بالتصريح بالإجماع.

(2) مبتدء مؤخر، و خبره المقدم قوله: «في كلام بعض».

(3) أي: رجوع المشتري على البائع بغرامات لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري.

(4) يعني: أنّ المشتري يرجع على البائع الفضول قولاً واحداً، و هو يدلّ على كون الحكم إجماعياً، ذكر ذلك ابن إدريس قدّس سرّه في قيمة الولد، التي أخذها المالك من المشتري.

(5) يعني: نفى الإشكال بحسب القواعد العلميّة.

(6) أي: لخسارة ما يحدثه المشتري في أرض ابتاعها من الفضولي، كما إذا غرس المشتري فيها أشجاراً و قلعه المالك، فإنّ البائع الفضول يضمن حينئذ دركها.

قال المحقق الثاني في شرح قول العلامة قدّس سرّهما: «و في ضمان البائع ذلك إشكال»

---

(1) السرائر، ج 2، ص 493

(2) رياض المسائل، ج 2، ص 307

(3) كفاية الأحكام، ص 260، السطر 30، و الحاكي السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 199



(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 301، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 199

ص: 517

وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف في المسألة (1)، للغرور (2) [1] فإنّ البائع مغرّر

ما لفظه: «بل لا معنى لهذا الإشكال، لأنّ الإشكال إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له، لأنّ ذلك واجب. وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضا ليكون مؤكّدا فلا وجه له أيضا، لأنّه ضمان ما لم يجب بعد» ونحوه كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه «1» فراجع.

(1) وهي رجوع المشتري الجاهل على البائع الفضول في القسم الثالث، وهو: أن يكون غرامة لم يحصل للمشتري في مقابلها نفع.

(2) قد استدلّ على رجوع المشتري الجاهل على البائع الفضول في القسم الثالث بوجوه:

الأول: قاعدة الغرور، تقرّبه في المقام: أنّ البائع الفضول قد أوقع المشتري في الغرامة المزبورة بسبب بيعه إيّاه ما ليس له، من دون إعلام و بيان لحقيقة الحال. وهذا بخلاف البيع مع إعلام البائع أو علم المشتري بالحال، إذ البائع لم يوقع المشتري حينئذ في خطر الضمان.

وهذه القاعدة مضمون النبوي المرسل: «المغرور يرجع على من غرّه» استدلّ به غير واحد، قال الفاضل النراقي قدّس سرّه: «وعموم قوله عليه السّلام: المغرور يرجع على من غرّه.

نقله المحقق الشيخ علي في حاشيته على الإرشاد. وضعفه غير ضائر، لأنّ الشهرة بل الإجماع له جابر. بل هذه قاعدة مسلّمة بين جميع الفقهاء متداولة عندهم، يستعملونها في مواضع متعددة، كالغصب والتدليس في المبيع، والزوجة، والجنايات وأمثالها» «2».

[1] قد استدلّ على اعتبار قاعدة الغرور بوجوه:

منها: الخبر المذكور. وفيه أولا: عدم ثبوت كونه كلام المعصوم عليه السّلام.

وثانيا: عدم ثبوت انجباره على فرض صدوره، لأنّ الجابر لضعف سند الرواية هو استناد المشهور إليها، وهو أيضا غير ثابت.

ومنها: دعوى الإجماع محصّلا و منقولا على رجوع المغرور على الغار.

(1) جامع المقاصد، ج 5، ص 340، مسالك الأفهام، ج 4، ص 205

(2) مستند الشيعة، ج 14، ص 296

ص: 518

للمشتري، و موقع إيّاه في خطرات الضمان، و متلف (1) عليه (2) ما يغرّمه، فهو (3) كشاهد الزور الذي يرجع إليه (4) إذا رجع من شهادته.

---

(1) الظاهر أنّه معطوف على «مغرّر» و مفسّر للغرور، هذا ما يقتضيه السياق.

و يحتمل بعيدا أن يكون إشارة إلى دليل آخر لضمان البائع، و هي قاعدة الإتلاف، إذ لو كان كذلك كان المناسب أن يقول: «و لقاعدة الإتلاف» في قبال قوله: «لـلغرور».

(2) هذا الضمير و ضمير «إياه» راجعان إلى المشتري.

(3) أي: فالبائع فيما نحن فيه يكون كشاهد الزور الذي يضمن ضرر المشهود عليه إذا اعترف- بعد تماميّة الحكم- ببطلان شهادته، و الرجوع عنها.

(4) أي: يرجع إلى شاهد الزور في أخذ المال منه. قال المحقق قدّس سرّه: «لورجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم. و لورجعا بعد الحكم و الاستيفاء لم ينقض الحكم، و كان الضمان على الشهود» (1).

و علّله صاحب الجواهر قدّس سرّه بقوله: «الذين هم السبب في الإتلاف على وجه القوّة على المباشر عرفا كما هو واضح» (2).

---

وفيه: أنّه لم يثبت كونه إجماعا تعبديا، لقوّة احتمال استناد المجمعين إلى الرواية المشار إليها، أو إلى غيرها من الوجوه الآتية.

و منها: أقوائية السبب من المباشر، فالمغرور و إن كان مباشرا، لكن الغارّ أقوى منه، إذ لو لم يكن بيع الغارّ لم يقع المغرور في تلك الغرامات.

لكن فيه: أنّ هذه القاعدة تجري فيما إذا كان المباشر بمنزلة الآلة، بأن يكون الفعل صادرا من المباشر بإرادة السبب. و المقام ليس كذلك، لأنّ إقدامه على تعمير الدار الخربة مثلا يكون بإرادته و اختياره.

و منها: قاعدة نفي الضرر و الضرار، حيث إنّ الغارّ سبب لضرر المغرور، فهو ضامن، كما يدلّ عليه رواية «من أضّرّ بطريق المسلمين فهو ضامن» (3).

---

(1) شرائع الإسلام، ج 4، ص 142

(2) جواهر الكلام، ج 41، ص 222

(3) وسائل الشيعة، ج 19، ص 180، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، ح 1

ص: 519

ولقاعدة (1) نفي الضرر [1].

مضافا إلى ظاهر رواية جميل (2) أو فحواها: «عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع

---

ويدل عليه مرسل جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام: «قال: في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم، وقد قضى على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به وغرموا. وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئا» [1]. وبمضمونه نصوص أخر، فراجع.

(1) معطوف على «للغور» وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه الدالة على ضمان البائع الفضولي في القسم الثالث. ومحصل هذا الوجه هو: أن قاعدة نفي الضرر تقتضي ضمان البائع، لأن عدم ضمانه لغرامات المشتري ضرر على المشتري، فهذا العدم مرفوع، فيثبت ضمان البائع.

(2) هذا ثالث الوجوه الدالة على ضمان البائع لغرامات المشتري، توضيحه: أن الولد الحرّ إن عدّ نفعا عائدا إلى المشتري كانت الرواية دالة بالفحوى على ما نحن فيه،

---

[1] لا يخلو التمسك بقاعدة نفي الضرر لإثبات ضمان البائع عن الإشكال، لأن هذه القاعدة من الأحكام النافية للمجعولات الشرعية التي ينشأ منها الضرر، كوجوب الوضوء ولزوم البيع. وليست القاعدة مثبتة لحكم، والضمان حكم وضعي لا تصلح القاعدة لإثباته.

والحاصل: أن عدم الضمان ليس من المجعولات الشرعية حتى يرتفع بالقاعدة، هذا.

مضافا إلى: أن الضمان ضرر أيضا على البائع.

وإلى: أن القاعدة لا تجري مطلقا حتى في ما إذا اعتقد البائع ملكيته للمبيع، فلم يقدم على الضرر الحاصل من ضمان غرامة المشتري. وقاعدة الغرور أيضا لا تجري في هذه الصورة، وهي: ما إذا اعتقد البائع ملكيته، بل في خصوص ما إذا اعتقد البائع بعدم ملكيته، ويبيع مال الغير عدوانا.

---

(1) وسائل الشريعة، ج 18، ص 238، الباب 10 من كتاب الشهادات، ح 1 والباب 11، ص 239، الحديث 1 و2 و3

ص: 520

إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه» (1). فإن (1) حرّية [1] ولد المشتري إما أن تعدّ نفعا عائدا إليه (2) أو لا، وعلى التقديرين (3)

لأن المشتري إذا كان مع وصول النفع إليه مستحقا للرجوع إلى البائع، كان استحقاقه للرجوع إليه مع عدم وصول النفع إليه بطريق أولى. وإن لم يعدّ الولد الحرّ نفعا عائدا إلى المشتري كانت دلالة الرواية على ما نحن فيه من باب الظهور اللفظي، إذ المفروض عدم كون الولد الحرّ نفعا عائدا إلى المشتري في مقابل غراماته كما هو المفروض. وبالجملة: فهذه الرواية تدلّ بالظهور أو الفحوى على رجوع المشتري على البائع الفضول بالغرامات التي لم يصل في مقابلها نفع إلى المشتري.

(1) هذا تقريب الاستدلال بالرواية، وقد مرّ آنفا.

(2) أي: إلى المشتري.

(3) وهما: كون الولد الحرّ نفعا عائدا إلى المشتري، وعدم كونه نفعا عائدا إليه.

[1] لا يخفى أنّ الولد الحرّ ليس مالا مملوكا، لا عرفا ولا شرعا. وعدم جواز بيع الحرّ من أمارات عدم ملكيته، فالحكم بإعطاء قيمة الولد تعبد محض.

فيحتمل أن يكون رجوع المشتري إلى البائع بتلك القيمة التي أخذها المالك من المشتري حكما تعبديا آخر. فلا وجه للتعدي عن مورده إلى الموارد الأخرى، وأخذ المشتري غير الثمن من غراماته من البائع. وقد تقدم بعض الكلام في وجه ضمان قيمة الولد في بحث المقبوض بالبيع الفاسد، فراجع «2».

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح 5، رواه معاوية بن حكيم عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام.

(2) هدى الطالب، ج 3، ص 53-55

ص: 521

يثبت المطلوب (1). مع أن (2) في توصيف قيمة الولد بأنها «أخذت منه» نوع إشعار لعلية الحكم (3)، فيطرد في سائر ما أخذت منه (4).

وأما السكوت (5) [1] عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار،

---

(1) وهو رجوع المشتري على البائع في الغرامات التي لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري.

(2) هذا وجه آخر لرجوع المشتري على البائع، وحاصله: أن تعليق الحكم على الوصف مشعر بعليته للحكم، وتوصيف قيمة الولد في الرواية بأنها «أخذت» منه يشعر بعليّة الأخذ من المشتري للحكم برجوع المشتري على البائع، فهذا التعليق يقتضي أطراد حكم رجوع المشتري على البائع في كل ما يؤخذ منه، سواء وصل إليه نفع في مقابل ما يغرمه، كما في القسم الثاني، أم لا كما في القسم الثالث الذي هو مورد البحث.

(3) وهو جواز رجوع المشتري إلى البائع.

(4) كذا في نسخ الكتاب، والمناسب «ما أخذ منه».

(5) هذا إشارة إلى ما اختاره صاحب الحدائق من اختصاص ضمان البائع الفضول- لما اغترمه المشتري- بالثمن دون سائر الغرامات، سواء وصل بإزائها نفع إلى المشتري، كما إذا استوفى منافع المبيع كاللبن والصوف، أم لا كعمارته وتنقية أنهاره.

واستدلّ المحدّث البحراني على مختاره بسكوت بعض الأخبار عن رجوع المشتري- في غير الثمن- إلى البائع، مع كونه في مقام البيان. و توضيحه: أنه رحمه الله نقل عن الأصحاب: رجوع المشتري على البائع بالثمن وبما اغترمه على المبيع من

---

[1] يمكن أن يكون السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع لأجل الجهل بالبائع، وعدم معرفته. ومع الغصّ عنه- وتسلّم كون السكوت في مقام البيان من هذه الجهة- يقال:

إنّ غايته أن يكون ظاهراً في ذلك، والأدلة الدالة على جواز الرجوع إلى البائع إمّا نصّ في جواز الرجوع، وإمّا أظهر من ظهور السكوت في عدمه. ومقتضى حمل الظاهر على النص أو الأظهر هو تقييد الإطلاق، والحكم بجواز رجوع المشتري على البائع الفضولي بجميع الغرامات الواردة عليه من ناحية بيع الفضول.

فهو (1) لعدم كونه (2) مسوقاً لذلك (3)، كرواية زرارة «في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية، فخرج بها (4) إلى أرضه، فولدت منه أولادا، ثمّ أتاها من يزعم

---

نفقة ونحوها. ثم اعترض عليهم بقوله: «وأنت خبير بأن رواية زريق المتقدمة قد صرّحت بأن الرجوع بما غرمه على ذلك المبيع إنّما هو على المالك، لا على البائع، وإنّما يرجع بالثمن خاصة».

ثم نقل المحدث البحراني كلام الشهيد الثاني - القائل بالرجوع على البائع بما أنفق على المبيع من دون أن ينتفع به- و اعترض عليه بقوله: «وفيه: أنّ الاستفادة من الخبر المذكور، وقوله فيه: - تصنع أن ترجع بمالك على الورثة، وتردّ المعيشة على صاحبها- أنّ الرجوع على البائع إنّما هو بالثمن خاصة. والمقام مقام بيان، مع حكمه عليه السّلام في الخبر برجوع المالك على المشتري بعوض المنافع. فلو كان للمشتري الرجوع بها على البائع، لذكره عليه السّلام، مع ذكره أخيراً أنّ المشتري يرجع بما أنفق على المالك، لا على البائع» (1).

و محصّله: أنّ السكوت عن ضمان البائع لما أنفق المشتري على المبيع - مع كون الامام عليه السّلام في مقام البيان - دليل على عدم ضمانه له، فلا وجه لحكمهم بجواز رجوع المشتري على البائع الفضولي في تلك النفقة.

(1) هذا جواب «وأمّا» وردّ لما اختاره في الحدائق، و حاصله: أنّه ليست رواية زرارة وزريق في مقام بيان وظيفة المشتري مع البائع، بل في مقام بيان وظيفة المشتري مع المالك، فلا تدلّان على عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع حتى يقال: بعدم رجوع المشتري إلى البائع إلّا في خصوص الثمن، دون سائر الغرامات التي يتحمّلها المشتري.

فسكوت الروايتين - يعني عدم تعرضهما لجواز رجوع المشتري إلى البائع - إنّما هو لعدم كونهما في مقام البيان من هذه الجهة. ولو فرض إطلاقهما يرفع اليد عنه بتقييده بسائر الروايات الدالّة على ضمان البائع الفضولي لغرامات المشتري.

---

(2) أي: لعدم كون بعض الأخبار مسوقاً .. إلخ.

(3) أي: لرجوع المشتري إلى البائع الفضولي.

(4) أي: بالجارية، و ضميراً «أرضه، منه» راجعان إلى «رجل».

---

(1) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 293 و 294

ص: 523



أنّها له، وأقام على ذلك البيّنة. قال (1): يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها» (1).

ورواية زريق، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السّلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال: أحدهما: إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمّار، و له بذلك ذكر حقّ (2) وشهود، فأخذ المال، ولم أسترجع (3) عنه الذكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة بذلك. وذلك (4) لأنّي وثقت به، وقلت له: مرّق الذكر بالحقّ الذي عندك.

فمات (5) و تهاون بذلك ولم يمزّقه (6). و عقيب (7) هذا طالبني بالمال ورّاثه، و حاكموني وأخرجوا بذلك ذكر الحقّ (8)، و أقاموا العدول، فشهدوا عند الحاكم،

---

(1) أي: قال الامام الصادق عليه السّلام: يقبض الرجل المشتري ولده، لأنّه حرّ، ويدفع الجارية إلى من يزعم أن الجارية له، ويدفع إليه أيضاً قيمة ما أصاب المشتري من لبن الجارية وخدمتها.

(2) هذه الكلمة كناية عن مكتوب يكون وثيقة و حجة على ثبوت المال بعهدة الرجل المديون.

(3) في الوسائل: «و لم استرجع منه» يعني: و لم أسترد من الدائن ذلك المكتوب، حتى يكون حجة لي على أداء الدين.

(4) يعني: أنّ سبب عدم استرداد المكتوب و عدم أخذ وثيقة من الدائن - على وصول حقّه إليه - هو وثوقي و اعتمادي عليه بأنّه يمزّق ذلك المكتوب و يعدمه.

(5) كذا في نسخ الرواية، و المناسب: «فتهاون بذلك و لم يمزّقه و مات».

(6) في الوسائل: «و لم يمزّقها، و عقب هذا إن طالبني...».

(7) منصوب على الظرفيّة يعني: و في عقيب موت الدائن طالبني بذلك المال ورّاث الدائن، و أخرجوا ذكر الحقّ لأجل إثبات مطالبتهم.

(8) في الوسائل: «بذلك الذكر بالحقّ».

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح 4

فأخذت بالمال، وكان المال كثيرا، فتواريت (1) عن الحاكم، فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة لي، وقبض القوم المال. وهذا رجل من إخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي.

ثم إنّ ورثة الميّت أقرّوا أنّ أباهم (2) قد قبض المال، وقد سألوه أن يرّد عليّ معيشتي، ويعطونه الثمن (3) في أنجم معلومة، فقال (4): إني أحبّ أن تسأل أبا عبد الله عليه السّلام عن هذا.

فقال الرجل - يعني المشتري -: كيف أصنع؟ جعلت فداك. قال (5): تصنع أن ترجع بمالك على الورثة، وتردّ المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها».

قال (6): فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّة (7) من (8) ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوما (9) في المعيشة يوم

---

(1) هذا هو الصحيح، كما حكاه مصحّح الوسائل عن المجالس والأخبار، لا ما في الوسائل من قوله: «فتوارثت من الحاكم».

(2) في الوسائل: «أن المال كان أبوهم قد قبضه».

(3) هذه الكلمة غير مذكورة في الوسائل.

(4) يعني: فقال الرجل الذي اشترى المعيشة: إني أحبّ .. إلخ.

(5) في الوسائل: «جعلني الله فداك: كيف أصنع؟ فقال: تصنع ..».

(6) وفي الوسائل: «فإذا أنا فعلت» يعني: قال مشتري المعيشة: فإذا فعلت ذلك - أي: رددت المعيشة على صاحبها - هل له أن يطالبني بغير ردّ المعيشة؟ قال الإمام عليه السّلام:

نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّة.

(7) بفتح الغين: الدخل، من كراء وأجر غلام وفائدة أرض، ونحو ذلك «1».

(8) لفظة «من» غير مذكورة في الوسائل.

(9) يعني: يجب ردّ كل ما كان ثابتا و موجودا في المعيشة يوم الاثراء.

---

(1) مجمع البحرين، ج 5، ص 437

اشتريتها، يجب أن تردّ ذلك، إلا (1) ما كان من زرع زرعتة أنت (2)، فإنّ للزراع إمّا قيمة الزرع، وإمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع. فإن لم يفعل (3) كان ذلك له، وردّ عليك القيمة، وكان الزرع له.

قلت: جعلت فداك، فإن كان هذا (4) قد أحدث فيها بناء أو غرسا (5)؟ قال: (6) له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث (7) بعينه يقلعه و يأخذه.

---

(1) الظاهر أنّه - بناء على كون الأصل في الاستثناء الاتّصال - استثناء من «ما» في قوله عليه السّلام: «ما أخذت من الغلّة»، فالمراد: أنّ لصاحب المعيشة أن يأخذ منك كلّ ما أخذته من الغلّة، إلا ما كان من زرع زرعته.

ويحتمل كونه استثناء من: «ذلك» في قوله عليه السّلام: «يجب أن تردّ ذلك» حتى يكون استثناء منقطعاً. لكنّه بعيد، لكونه خلاف الأصل و محتاجاً إلى القرينة. و الأقربيّة في العبارة لا تكون قرينة على ارتكاب خلاف الأصل.

(2) المراد بالمخاطب هو الرجل المشتري للمعيشة، وزرعه يكون بعد الاشتراء.

(3) كذا في الوسائل أيضاً، وفي نسخ الكتاب «فإن لم يفعل ذلك كان ذلك» يعني:

فإن لم يصبر صاحب المعيشة إلى وقت الحصاد - حتى يكون الزرع لزارعه و هو مشتري المعيشة - كان ذلك أي: عدم الصبر حقّاً لصاحب المعيشة، و لكن عليه حينئذ ردّ قيمة الزرع على المشتري الزارع، و يصير الزرع ملكاً لصاحب المعيشة.

و الحاصل: أنّه مع صبر مالك المعيشة إلى زمان الحصاد يبقى الزرع على ملك المشتري الزارع. و مع عدم صبر المالك إلى زمان الحصاد يردّ قيمة الزرع على المشتري، و يصير صاحب المعيشة مالكا للزرع.

(4) يعني: إن كان المشتري قد أحدث في المعيشة بناء أو غرساً، فهل يكون مضموناً على المالك أم لا؟

(5) في الوسائل: «فيها بناء أو غرس» و الأولى ما في المتن.

(6) يعني: قال الامام عليه السّلام: للمشتري قيمة ذلك البناء أو الغرس على صاحب المعيشة، أو قلع المشتري نفس البناء أو الغرس، و أخذه.

(7) الظاهر أنّه اسم مفعول، يعني: أنّ للمشتري أخذ القيمة، أو قلع العين و أخذها.

قلت (1): أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء، فقلع الغرس و هدم البناء؟ فقال:

يردّ ذلك إلى ما كان، أو يغرم القيمة لصاحب الأرض.

فإذا (2) ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على (3) صاحبها، و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمة كذلك، يجب (4) على صاحب الأرض [أن يردّ عليه] (5) كل ما خرج منه في إصلاح المعيشة، من (6) قيمة غرس، أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، و دفع النوائب.

(1) هذا كلام صاحب المعيشة، و غرضه استعلام حكم قلع الغرس و هدم البناء، مع استلزامهما لحفرة الأرض أو وقوع التراب و غيرهما. فأجاب عليه السّلام: بأنّ المشتري يردّ ذلك إلى حالتها الأوّليّة، أو يغرم أجره إصلاح الأرض لصاحب المعيشة.

(2) يعني: فإذا ردّ المشتري جميع ما أخذه من عائدات المعيشة على صاحبها، و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث أحدثه صاحب المعيشة قبل زمان الاثراء، أو ردّ قيمة الغرس و البناء و نقص الأرض الحاصل بهما، و جب على صاحب الأرض أيضا أن يردّ على المشتري جميع ما صرفه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء، أو نفقة في إصلاح المعيشة كبناء قنطرة أو تنقية نهر، و رفع موانع الزرع و الشجر من أعداد الأرض لهما كقتل الحيوانات المؤذية و نحو ذلك. فإنّ كل هذه الخسارات مردودة إلى المشتري.

لكن هذا مقيّد بأن لا يكون عالما بعدم مالكية الوّراث الباعين للمعيشة، إذ مع العلم ببطلان البيع لا يستحقّ ما خرج منه في إصلاح المعيشة إلّا عين ماله، دون عمله الذي أوجب زيادة قيمة المعيشة كتهذيب الأرض و رفع موانع الزرع، كما قرّر ذلك في كتاب الغصب.

(3) في الوسائل: «إلى صاحبها» و هو متعلق ب «ردّ».

(4) جواب «فإذا» و ضمير «عنه» راجع إلى المشتري.

(5) كذا في نسخ الكتاب، و الأولى ما في الوسائل من قوله عليه السّلام: «أن يردّ عليه كما [كلّ ما] خرج ..».

(6) بيان للموصول في قوله «ما خرج».

كل ذلك (1) مردود إليه» (1).

وفيه (2)- مع أنا نمنع ورودهما (3) إلا في مقام حكم المشتري مع المالك- أن (4) السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل.

(1) في الوسائل: «كل ذلك فهو ..» يعني: كل ما خرج من المشتري مردود إليه، بشرط جهله ببطلان البيع كما مرّ آنفاً.

و الاستشهاد بهذه الرواية إنما هو بعدم تعرضها لرجوع المشتري إلى البائع في ما اغترمه المشتري للمالك، و سكوتها عنه.

(2) هذا جواب عمّا أفاده صاحب الحدائق، وقد أجاب عنه بوجوه، بعضها مشترك بين روايتي زرارة وزريق، وبعضها مختص بإحداهما، كما سيظهر.

الأول: أنا نمنع ورود الروايات في مقام بيان حكم المشتري مع البائع، حتى يكون السكوت بيانا ودالا على عدم الرجوع إليه في غير الثمن من الغرامات، بل هي في مقام بيان حكم المشتري مع المالك.

(3) كذا في النسخة المصححة المعتمد عليها، فمرجع الضمير روايتا زرارة وزريق.

وفي كثير من النسخ بأفراد الضمير، فمرجعه الرواية. و الأولى بملاحظة ما يأتي من قوله:

«مع أن رواية زرارة» تنبيه الضمير، لتختص رواية زرارة بالإشكال الآتي.

(4) هذا هو الوجه الثاني، و محصله: أنه بعد تسليم كون السكوت هنا في مقام البيان من هذه الجهة- أي: حكم المشتري مع البائع- نقول: إن السكوت لا يعارض الدليل، لأنّ بيانية السكوت منوطة بجريان مقدمات الحكمة فيه، التي منها عدم البيان على خلاف ما يقتضيه السكوت، و مع وجود البيان على خلافه لا يكون السكوت بيانا.

فحينئذ لا مانع من دلالة ما دلّ على ضمان البائع الغرامات المشتري التي لم يصل إليه في مقابلها نفع.

و هذا الجواب يستفاد من صاحب الجواهر أيضا في مقام الإيراد على صاحب الحدائق، حيث قال: «و أعمية مثل هذا الاقتصار فيه- أي في خبر زريق- من عدم

(1) وسائل الشريعة، ج 12، ص 253، الباب 3 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 1، رواه عن شيخ الطائفة في المجالس و الأخبار بإسناده عن زريق، راجع الأمالي، ص 707

ص: 528

مع أنّ (1) رواية زرارة ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع.

مع أنّ (2) البائع في قضية زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجّه إليه غرم، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غازا من جهة حكمه على طبق البيّنة المأمور بالعمل بها [1].

---

الرجوع» (1).

(1) هذا وجه ثالث لردّ كلام الحدائق، و حاصله: أنّه يمكن أن يكون وجه السكوت في رواية زرارة عدم تمكّن المشتري من الرجوع إلى البائع، لعدم معرفته. حيث إنّه اشترى الجارية من سوق المسلمين، ولم يظهر مالکها إلا بعد مدّة ولدت الجارية فيها من المشتري أولادا. و لعلّ ذلك البائع الفضولي لم يكن من أهل سوق ذلك البلد، و كان من خارج ذلك القطر، فمعرفة البائع بعد هذه المدة الطويلة مشكلة و غير ميسورة عرفا.

ولذا سكت الإمام عليه السّلام عن الرجوع إلى البائع. و من المعلوم أنّ مثل هذا السكوت ليس بيانا للوظيفة، و هي عدم الرجوع إلى البائع.

(2) هذا وجه رابع لتضعيف كلام الحدائق و مختص برواية زريق، و حاصله: أنّ البائع في قضية زريق هو القاضي، إذ فيها «فباع عليّ قاضي الكوفة معيشتي». و حينئذ فإن كان قضاء ذلك القاضي صحيحا- أي مطابقا لموازن القضاء- لم تتوجّه عليه غرامة، إذ المفروض أنّ حكمه وقع على طبق البيّنة التي أمر بالعمل بها في مسألة القضاء، فلا يكون غازا.

---

[1] إن لم يتوجّه عليه غرم من جهة عدم كونه غازا، على ما قيل. و إن لم يخل عن إشكال، لعدم ثبوت اعتبار علم الغازّ بكون ما يدفعه إلى الغير ملكا لغيره. و لذا لم يفصلوا في مسألة من قدّم طعام الغير للآخر ليأكله، و قالوا بضمان المقدّم إذا رجع المالك إلى الأكل، فإنّ الأكل يرجع إلى المقدّم، من غير تفصيل بين علم المقدّم بأنّ الطعام ملكه أو ملك غيره، و بين عدم علمه بذلك.

بل عن بعضهم التصريح بالتعميم، و عدم الفرق في ضمان المقدّم بين علمه بكون الطعام مال نفسه و مال غيره. قال المحقق قدّس سرّه في ما لو قدّم الغاصب المأكل المغصوب إلى

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 303

ص: 529

وإن كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر (1)، فالظاهر (2) علم المشتري ببطلان قضاء المخالف و تصرّفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع [1]

وإن كان قضاؤه باطلا- كما هو الظاهر، لأنّه من قضاة خلفاء الجور الغاصبين لحقوق الأئمة المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين، فالظاهر أنّ المشتري عالم بفساد البيع، لبطلان قضاء قاضي المخالفين، فلا رجوع له على البائع.

وقد تبيّن في الجواهر على أوّل شقّي هذا الجواب- وهو أهلية القاضي للترافع إليه- فقال بعد نقل الخبر: «وهو كما ترى لا غرور فيه، ضرورة معذورية القاضي و الشهود و الورثة، وأقصاه ظهور الخطأ في حكم القاضي الذي قد باشر البيع، وهو لا يقضي بتغريمه» [1].

(1) لما مرّ آنفا من أن القضاة في ذلك العصر كانوا منصوبين من قبل خلفاء الجور.

(2) جواب قوله: «وإن كان».

غير المالك ليأكله: «وإن أطعمه غيره، قيل: يغرم أيّهما شاء، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع إلى الآكل. وإن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب، لغروره. وقيل: يضمن الغاصب من رأس» [2].

و كيف كان فالحاكم ضامن، وإن لم يكن من جهة الغرور، بل من حيث إنّ خطأ القضاة في بيت مال المسلمين. فمجرد مطابقة حكم القاضي لموازن القضاء لا يرفع ضمانه، غاية الأمر أن ضمانه ليس في كيسه، بل في بيت مال المسلمين.

[1] لكن يشكل مع هذا العلم أن يحكم على مالك المعيشة بجبر ما اغترمه المشتري في إصلاحها وإعدادها للزرع، لأنّه مع العلم ببطلان البيع يكون غاصبا للمعيشة، وليس له الرجوع إلى المالك بأخذ ما صرفه في إصلاحها، إذ ليس لعرق الظالم حقي. فجواز رجوع المشتري على مالك المعيشة بأخذ ما صرفه في إصلاحها قرينة جليّة على جهل المشتري ببطلان البيع، ولذا دلّت الرواية على جواز رجوع المشتري على المالك، وأخذ ما صرفه في إصلاح المعيشة من مالها.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 303

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 242، جواهر الكلام، ج 37، ص 145

ص: 530

فلا (1) رجوع له.

## 2- ما يغرمه المشتري قبل المنافع المستوفاة

و أمّا الثاني (2)- وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من (3) المنافع و النماء- ففي الرجوع بها (4) خلاف (5)، أقواها (6) الرجوع، وفاقا للمحكي (7) عن

(1) هذه نتيجة علم المشتري بفساد البيع، إذ مع هذا العلم لا وجه لرجوعه إلى البائع الذي هو شخص القاضي. و ضميرا «فهو، له» راجعان إلى المشتري.

### 2- ما يغرمه المشتري قبل المنافع المستوفاة

(2) لَمَّا انتهى بحث القسم الثالث من الغرامات- وهو الغرامات التي يغتمها المشتري للمالك من دون حصول نفع له في مقابلها- شرع في بيان حكم القسم الثاني، وهو ما يحصل للمشتري نفع في مقابل تلك الغرامات، كانتفاعه باللبن و الصوف و نحوهما. ففي رجوع المشتري بها إلى البائع خلاف بين الفقهاء قدس سرهم.

و يعتبر في هذا البحث ما تقدّم الإشارة إليه في صدر المسألة- عند ما يردّ المالك هذا البيع الفضولي و لم يجزه- من جهل المشتري بعدم مالكية البائع للمبيع.

(3) بيان للنفع الواصل إلى المشتري، و ضمير «إليه» راجع إلى المشتري.

(4) أي: ففي الرجوع على البائع الفضولي بالغرامات التي اغتمها المشتري للمالك في مقابل النفع الواصل إليه خلاف.

(5) مبتدأ مؤخر، و خبره: «ففي الرجوع» و الجملة جواب الشرط في قوله: «و أمّا الثاني».

(6) المذكور في النسخ التي ظفرت بها «أقواها» بالضمير المؤنث، لكن قيل:

«إنّ الصواب «أقواهما» بضمير التثنية، لما يقال من: أنّ في المسألة قولين لا أكثر.

و فيه ما ذكرناه في التعليقة، فراجع.

(7) الحاكي هو السيد العاملي قدس سره، و قد نقل قولين عن المبسوط، أحدهما: عدم رجوع المشتري بما اغتم في قبالة منفعة استوفاه من المبيع. و الآخر: الرجوع.

فقال في شرح عبارة القواعد: «و في رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاه خلاف» ما لفظه: «فالشيوخ في الخلاف و المبسوط في موضع منه، و الآبي في كشف الرموز،





و شيخنا في الرياض، و ظاهر السرائر: أنه لا يرجع» (1) الى أن قال: «و الشيخ في المبسوط في موضع آخر، و المحقق في تجارة النافع، و ظاهر تجارة الشرائع و فخر الإسلام في الإيضاح و شرح الإرشاد، و الشهيدان في الدروس و المسالك و الروضة، و المحقق الثاني في جامع المقاصد، و المقدس الأردبيلي، و المصنف في ظاهر تجارة الكتاب، و المقداد، و أبو العباس في المقتصر .. أنه يرجع به. و في التنقيح: أن عليه الفتوى. و هو قضية إطلاق الباقيين» (2) إلى أن قال: «و لا ترجيح في غضب النافع و التذكرة و التحرير و التبصرة، و المهذب البارع، و المسالك، و الكفاية. و لا في تجارة التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الإرشاد».

و نقل هذين القولين عن الشيخ فخر المحققين و الفاضل المقداد أيضا (3).

أمّا قول الشيخ بعدم الرجوع فمصرّح به في موضعين من المبسوط. و أمّا قوله بالرجوع فلم أظفر به بعد ملاحظة كتابي البيع و الغصب بتمامهما. لكن نسبه إليه صاحب كشف الظلام كما في مفتاح الكرامة أيضا. و قد نسب جمع القول بعدم الرجوع إلى الشيخ كالعلامة و الشهيد الثاني و أصحاب الكفاية و الرياض و المستند (4).

(1) التقييد بالتجارة لأجل اختلاف نظر العلامة- و كذا المحقق- في كتابي التجارة

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 301، و نحوه في ج 4، ص 199، و لاحظ: المبسوط، ج 3، ص 69 و 71 و أحال على هذين الموضعين في ص 102، و كذلك في الخلاف، ج 3، ص 403، و وافقه ابن إدريس في السرائر، ج 2، ص 325 و 493، و الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج 2، ص 384، و السيد الطباطبائي في رياض المسائل، ج 2، ص 307

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 301، و لاحظ: شرائع الإسلام، ج 2، ص 14، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 191، الدروس الشرعية، ج 3، ص 115، جامع المقاصد، ج 6، ص 236، مسالك الأفهام، ج 3، ص 160، و ج 12، ص 227 و 228، الروضة البهية، ج 3، ص 238، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 164، التنقيح الرائع، ج 4، ص 75، و لم أجده في ظاهر تجارة المختصر النافع، و لا بد من مزيد التتبع و التأمل.

(3) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 191، التنقيح الرائع، ج 4، ص 75

(4) لاحظ المختلف، ج 5، ص 56، مسالك الأفهام، ج 12، ص 227، كفاية الأحكام، ص 20، رياض المسائل، ج 2، ص 307، مستند الشيعة، ج 14، ص 296

و الغضب، قال في غضب القواعد: «و يرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغرمه ممّا ليس في مقابلته نفع .. وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته .. نظر، ينشأ من ضعف المباشر بالغرور، و من أولوية المباشر» (1).

لكنه في كتاب البيع حكم برجع المشتري على البائع بالغرامة، و ظاهر إطلاقه جواز الرجوع في كلا القسمين أي ما انتفع به و ما لم ينتفع. قال قدّس سرّه: «و يرجع المشتري على البائع بما دفعه ثمننا، و ما اغترمه من نفقة أو عوض عن اجرة أو نماء، مع جهله ..» (2)

وقد أشار السيد العاملي قدّس سرّه إلى اختلاف رأي المحقق أيضاً في عبارته المتقدمة، فلاحظها.

(1) كفخر المحققين و الفاضل المقداد و المحقق الأردبيلي و ابن فهد ممّن أشير إليه في عبارة السيد العاملي قدّس سرّه.

(2) أي: أنّ على الرجوع الفتوى. و هذا ظاهر في الإجماع، فكأنّ عدم الرجوع غير معهود و ممّا لم يفت به أحد. هذا ما نسبوه إلى التنقيح، و الموجود فيه بيان و جهين لقولي الشيخ قدّس سرّه ثم قال: «الفاتوى على الثاني» (3)، و دلالة على الإجماع غير واضحة.

(3) فإنّ «الغاز» يصدق على البائع الفضول، كصدقه على مقدّم طعام غيره لآخر

[1] و هذا قول ثالث للفاضل النراقي قدّس سرّه، و هو التفصيل بين علم البائع بأنّ المبيع ملك الغير، فيرجع المشتري بالغرامات عليه. و بين جهله به فلا يرجع بها على البائع (4).

و يظهر من وجود هذا القول صحة قول المصنف قدّس سرّه: «أقواها» بالضمير المؤنث، لا الضمير المثنى. لكنّه مع ذلك لا تخلو العبارة من المسامحة، فلعلّ الأولى أن يقال: «أقواه» أي: أقوى الخلاف، لذكر المرجع حينئذ صريحاً.

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 238 و 239

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 19، شرائع الإسلام، ج 2، ص 14 و ج 3، ص 246 بناء على وجود جملة «و هو أشبه» و لولاها كان المحقق قدّس سرّه متردداً في باب الغضب كتردده في المختصر النافع، ص 275، فلاحظ.

(3) التنقيح الرائع، ج 4، ص 75

(4) مستند الشيعة، ج 14، ص 296

في من قَدّم مال الغير إلى غيره الجاهل، فأكله (1).

ويؤيّده (2) قاعدة نفي الضرر، فإنّ (3) تغريم من أقدم على إتلاف شيء من

---

جاهل بالحال. ومقتضى إطلاعهم - بل تصريح بعضهم - عدم اعتبار علم الغازّ بكون المال الذي يصرفه المغرور ملكاً لغير الغازّ، فيجوز لمالك الطعام الرجوع إلى المقدم أو الآكل، وإذا رجع إلى الآكل رجع هو إلى المقدم.

(1) ظاهر عبارة التذكرة الإجماع على ضمان الغاصب دون الآكل الجاهل بالغصب، لقوله فيما إذا قَدّم الغاصب الطعام إلى غير المالك، فأكله - بعد نقل قولين من العامة - «و الثانية: يستقرّ الضمان على الغاصب، لأنّه غرّه، وأطعمه على أن لا يضمّنه. وهو الآذي يقتضيه مذهبنا» (1).

وقال السيد العاملي قدّس سرّه: «فالضمان على الغاصب بلا خلاف ممّا فيما أجد ..» (2).

(2) يعني: وتؤيد قاعدة الضرر رجوع المشتري على البائع بما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه.

(3) هذا تقريب التأييد، وهو مؤلف من مقدمات تنتج ضمان البائع الفضولي استناداً إلى قاعدة نفي الضرر.

الاولى: أنّ المشتري المستوفي لمنفعة المبيع مغرور، قد غرّه البائع، حيث مكّنه من الانتفاع بنماء المبيع بزعم كون النماء للمشتري مجاناً.

الثانية: أنّ المفروض تسالمهم على ضمان المشتري لمالك المبيع عوض المنفعة المستوفاة، وليس للمشتري التفصّي منه بجعل البائع ضامناً للمالك.

الثالثة: أنّ الحكم بتحمّل المشتري للغرامة - مع عدم جواز رجوعه على البائع الغازّ في ما اغترمه للمالك - ضرر عظيم عليه.

وبما أنّ الضرر منفي في الشريعة المقدسة، فالمتعّين الحكم بضمان البائع الفضولي، وجواز مطالبة بدل تلك الغرامة منه حتى لا يتضرّر المشتري.

فإن قلت: لا موضوع لقاعدة نفي الضرر في المقام، لأنّ مفروض الكلام في القسم

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 378، السطر 14

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 230

الثاني هو انتفاع المشتري بنماء المبيع كسكنى الدار، ولبن الشاة وصوفها، ومن المعلوم أنّ دفع بدلها إلى المالك لا يوجب نقصا في مال المشتري حتى يتمسك بقاعدة نفي الضرر لتضمين البائع الفضولي.

قلت: بل يصدق الضرر حتى مع فرض وصول عوض تلك الغرامة إلى المشتري باستيفاء منفعة المبيع. والوجه في صدق الضرر أنّ المشتري لو كان عالما بأنّ هذا الانتفاع يستتبع غرامة لم يقدم عليه. وعليه فلا يندفع ضرر المشتري إلا بالرجوع إلى البائع الغازّ. هذا تقريب التأيد.

ولعلّ وجه التعبير بالتأيد دون الدلالة- مع فرض صدق الضرر العظيم على ما اغترمه المشتري- هو: أنّ الاستدلال بقاعدة نفي الضرر و الضرر يتوقف على أمرين، كلاهما غير ثابت.

الأول: كون القاعدة مشرّعة للضمان، بأن يقال: إنّ مفاد قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر» نفي الضرر والإضرار في وعاء التشريع. وصدق هذا النفي كما يكون منوطا بنفي الحكم الضرري، بتقييد إطلاق الأدلة فيما ترتّب الضرر على الحكم كوجوب الوضوء ولزوم البيع الغبني، فكذا يكون منوطا بعدم تجويز إلقاء الغير في الضرر من دون جبرانه ببذل، إذ لو جاز الإضرار بالغير بلا تدارك لم يصدق نفي الضرر شرعا بقول مطلق، لكونه موجودا حسب الفرض، وإعدام الضرر شرعا موقوف على جعل الضمان.

وهذا الأمر قد تقدّم منعه في قاعدة لا ضرر، وأنها نافية للحكم، وليست مثبتة له.

الثاني: كون الغاز سببا للخسارة الواردة على المغرور، حتى يجوز الرجوع بها على البائع بمناط تسببيه لتضرر المشتري. وهذا أيضا محل تأمل، لعدم ترتب الغرامة على نفس البيع، وليس المقام نظير تقديم الطعام المغصوب إلى شخص جاهل بالحال، وسيأتي توضيح ضابطة ضمان التسبيب، فانتظر.

(1) حال من فاعل «أقدم» والمراد بالمقدم هو المشتري.

(2) متعلق ب «مغرورا» و ضمير «له» راجع الى «من» في قوله «من أقدم» المراد به المشتري.

له ذلك (1) مَجَانًا، من دون (2) الحكم برجوعه إلى من غَرَّه في ذلك (3)- ضرر (4) عظيم [1]. و مجرد (5) رجوع عوضه (6) إليه لا يدفع الضرر (7).

و كيف كان فصدق الضرر وإضرار الغاز به ممّا لا يخفى (8). خصوصا (9) في بعض الموارد.

---

(1) أي: له ذلك الشيء مَجَانًا، من دون الحكم برجوع المغرور- وهو المشتري- إلى من غَرَّه وهو البائع.

(2) متعلق ب «تغريم» أي: تغريم المشتري من دون الحكم بجواز رجوعه .. إلخ.

(3) أي: في إتلاف شيء من دون عوض ضرر عظيم.

(4) خبر قوله: «فإنّ تغريم».

(5) مبتداء، خبره قوله: «لا يدفع الضرر» وهذا إشارة إلى وهم ودفعه، وقد تقدم توضيحهما بقولنا: «فإن قلت .. قلت» فراجع.

(6) أي: عوض ما اغترمه المشتري للمالك، والمراد بالعوض هو منفعة المبيع، كالثمرة التي أكلها المشتري، أو اللبن الذي شربه، أو سكنى الدار، فإنّها عوض الغرامة التي اغترمها للمالك.

(7) وهو ما اغترمه المشتري للمالك بإزاء ما استوفاه من منافع المبيع.

(8) إذ لو لم يبيع البائع الفضول لم يقع المشتري في الغرامات والخسارات.

(9) كما إذا استوفى المشتري منافع المبيع فضولا في غير مهمّات معاشه و ضروريّاته، كما إذا ركب السيارة أو الدابة دائرا بهما في الأراضي و البساتين للتّنزه و استنشاق الهواء

---

[1] إن كان هذا ضررا عظيما فهو دليل على المطلب، لا مؤيّد له. وإن لم يكن ضررا فلا وجه لكونه مؤيّدا، لعدم ارتباطه بالموضوع. و الحقّ عدم صدق الضرر مع استيفاء المشتري منافع المبيع فضولا.

نعم يصدق التغرير العظيم، لا- الضرر العظيم الذي هو النقص، لوضوح عدم النقص المالي بعد فرض استيفاء المنافع، فيقع التعاوض القهري بين ما استوفاه المشتري من المنافع، وبين المال الذي أخذه مالك المبيع من المشتري بدلا عن المنافع. فالغرور يوجب عملا لو لم يكن غرور لم يقع ذلك العمل في الخارج، سواء ترتب ضرر على هذا الغرور أم لا.

فما في الرياض من (1) «أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام، لوصول العوض إلى المشتري (1)» لا يخلو (2) عن شيء.

مضافا إلى ما قيل عليه: من (3) منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور، بل هي

---

السالمة عن القذارات، لا في مهمات أموره وأصول معاشه وقضاء حوائجه، فإن صدق الضرر حينئذ ضروري، لعدم بذل المال غالبا بإزاء التصرفات غير المقومة للمعاش، فيعدّ بذل المال حينئذ ضررا. بخلاف ما إذا استفاد من المبيع فضولا ما صرفه في أصول معاشه، ككراء الدابة والسيارة لأجل صرف أجرتهما في ضروريات معاشه، فلا يعدّ أخذ عوضها - بدون إرجاعه إلى الغاز - ضررا.

(1) بيان ل «ما» الموصول، والفاء للتفريع، وغرضه الإشكال على السيد صاحب الرياض قدس سرّه، وحاصل ما أفاده السيد هو: عدم دليل على قاعدة الغرور إن لم تنطبق على قاعدة نفي الضرر الذي هو مفقود في المقام، إذ المفروض وصول العوض - وهو المنفعة - إلى المشتري، لأنه استوفاه من المبيع الفضولي بإزاء الغرامة التي اغترمها للمالك، فلا موضوع هنا لقاعدة الضرر، إذ لا يعدّ إعطاء مال عوضا عن المنفعة التي استوفاها المعطي ضررا. فلا تجري أيضا قاعدة الغرور.

(2) خبر «ما» الموصول في قوله: «فما في الرياض» و جواب عن إشكال صاحب الرياض، و محصل الجواب: وجود كلتا قاعدتي الغرور و الضرر هنا. أما قاعدة الغرور فلا تتفق الفقهاء على كون المشتري مغرورا فيما نحن فيه.

و أما قاعدة الضرر فلأنّ إتلاف مال الغير مجّانا بسبب تغرير شخص آخر - بأن يقول له: تصرف فيه، فإنه لي، ثم انكشف أنه للغير، فطلب ماله وأخذه منه - يوجب عدّ هذا الشخص متضررا.

فالنتيجة: جواز رجوع المشتري إلى البائع.

(3) بيان ل «ما» الموصول، وهذا إشكال آخر من صاحب الجواهر على

---

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 307 و 308

ص: 537

لكنه (1) لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعي اختصاص دليل الغرور من

---

سيد الرياض قدس سرهما. و غرض المستشكل إثبات الضمان هنا.

و حاصل الاشكال: أن قاعدة الغرور ليست مبنية على قاعدة الضرر حتى يقال:

أنه لا ضرر هنا، فلا تجري قاعدة الغرور. بل هي مبنية على قاعدة قوة السبب على المباشر، و السبب- و هو البائع في ما نحن فيه- أقوى من المباشر و هو المشتري، فيرجع على البائع بما اغترمه للمالك عوضا عن منافع المبيع فضولا التي استوفاه، لأنه و إن كان مباشرا لما استوفاه من المنافع، لكن البائع الذي هو السبب أقوى من المباشر، فيرجع المشتري إليه فيما اغترمه للمالك عوضا عن المنافع.

فصاحب الجواهر قدس سره قائل بضمان البائع لما اغترمه المشتري بإزاء ما استوفاه من منافع المبيع فضولا، و ردّ هو رحمه الله على سيد الرياض قدس سره المنكر لضمان البائع لما اغترمه المشتري للمالك بإزاء المنافع، استنادا إلى عدم جريان قاعدة الغرور، لابتنائها على قاعدة الضرر المفقود هنا، لأن غرامة المشتري تكون بإزاء المنافع، فهذه الغرامة ليست ضررا حتى تجري فيها قاعدة الغرور المبنية على الضرر.

(1) أي: لكن ما قيل في الجواهر ردّا على كلام الرياض لا يخلو من نظر و إشكال.

توضيحه: أن صاحب الرياض لا يدعي ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة الضرر، حتى يقال: بعدم جريانها في المقام، لعدم تضرر المشتري، لوصول عوض غرامته و هو المنافع إليه. و إنما يدعي أن إهمال دليل قاعدة الغرور- أعني به النصوص الخاصة و الإجماع- يقتضي الاقتصار على القدر المتيقن منهما، و هو صورة الضرر، لعدم دلالتها صريحا على ضمان البائع لجميع ما اغترمه المشتري للمالك.

و الأولى نقل كلام الرياض، فإنه قدس سره بعد حكاية عدم الرجوع عن الشيخ و الحلّي، قال: «و هو أوفق بالأصل، مع عدم معلومية صلوح المعارض للمعارضة بناء على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغازّ بمجرد الغرور و إن لم يلحقه ضرر كما في ما نحن



النصوص الخاصة و الإجماع بصورة الضرر. و أمّا (1) قوّة السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلا (2) إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكره (3)،

فيه بمقتضى الفرض، لاستيفائه المنفعة في مقابلة ما غرمه. و الإجماع على هذه الكلية غير ثابت، بحيث يشمل نحو مفروض المسألة».

(1) هذا إشكال على صاحب الجواهر المدّعي لضمان البائع لما اغترمه المشتري للمالك، تمسكاً بدليل آخر على الضمان، و هو قوّة السبب على المباشر، حيث قال- بعد المناقشة المتقدمة في كلام صاحب الرياض-: «بل هو- أي ضمان الغارّ- من باب قوّة السبب على غيره و لو المباشرة» (1).

و حاصل إشكال المصنف عليه: أنّ قوّة السبب على المباشر بنفسها لا تصلح لأن تكون دليلاً على الضمان، إلا إذا كان السبب بمثابة يصحّ أن يستند التلف إليه عرفاً.

(2) فحينئذ تكون قوّة السبب دليلاً على الضمان، لاستناد التلف إلى السبب، فيكون سبب الضمان على هذا قاعدة الإتلاف.

(3) فإنّ المكره و إن كان مباشراً للفعل، لكنه يسند عرفاً إلى المكره، لأنّ التحميل و الإكراه أو جبا ضعف استناد الفعل إلى المباشر، بل لا يصحّ إسناده إلى المكره في بعض الصور كالملجأ، فيستند الفعل إلى المكره خاصة.

قال في الجواهر- في مقام الفرق في استناد الفعل الى المغرور دون المكره- ما لفظه:

«و لعلّه لعدم صدق (أخذت) الظاهر في الاختيارية عليه- أي على المكره- بخلاف المغرور. مضافاً إلى ظهور رجوع المغرور- أي قوله عليه السّلام: المغرور يرجع على من غرّه- في ضمانه و إن رجع هو ..» (2).

و لعلّ مراد المصنف قدّس سرّه من التنظير بالمكره- بقريئة المثالين الآخرين- هو خصوص الملجأ المسلوب الاختيار. و يحتمل أن يكون مراده مطلق المكره، فإنّ الفعل

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 183

(2) المصدر، ص 57

و كما في الريح العاصف الموجب للإحراق (1)، و الشمس (2) الموجبة لإذابة الدهن وإراقته.

و المتّجه في مثل ذلك (3) عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً (4) كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكره، لكون المباشر بمنزلة الآلة (5).  
و أمّا في غير ذلك (6)

---

وإن كان صادراً منه باختياره، لكن الإكراه يوجب استناده إلى المكره، لقوته، لا إلى المكره لضعفه.

(1) كما إذا أوجّج النار في جهة هبوب الريح العاصف، فأطارتها الريح إلى دور الجيران، فأحرقت بعض أموالهم، فإنّ الإحراق وإن كان فعل النار، لكنّه يسند إلى المؤجّج الذي هو السبب.

(2) يعني: و كالشمس، كما إذا وضع شخص الدهن الجامد- الذي هو مملوك لغيره- في الشمس، فذاب وأريق، كما إذا كان الدهن الجامد في الظرف المثقوب، فأذابته الشمس وإراقته. فإنّ الإذابة والإراقة وإن كانتا فعل الشمس، لكنهما تسندان إلى واضع الدهن في الشمس. و هذه الأمثلة من صغريات قوّة السبب على المباشر، بحيث لا يعدّ الفعل من أفعال المباشر، بل يعدّ من أفعال السبب.

(3) ممّا يعدّ الفعل من أفعال المباشر دون السبب.

(4) لعدم كون الفعل مسنداً إلى المباشر حتى يكون عليه ضمان.

(5) في عدم الإرادة و الاختيار كالسكين، فإنّه وإن كان قاطعاً، لكنّه لمّا كان بغير إرادة و شعور لم يستند الفعل إليه.

و المناسب إلى ظاهر الأصحاب صاحب الجواهر في شرح قول المحقق قدّس سرّه:

«و لا يضمن المكره المال و إن باشر الإتلاف. و الضمان على من أكرهه، لأنّ المباشرة ضعفت مع الإكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى» (1) فراجع.

(6) يعني: في غير موارد استناد التلف إلى السبب، و استناده إلى المباشر مثل ما نحن فيه أي القسم الثاني، و هو أن تكون الغرامة في مقابل ما استوفاه المشتري بإرادته من منافع المبيع فضولاً، كسكنى الدار و ركوب الدابة و السيّارة مثلاً، فضمان البائع- الذي هو سبب لوقوع المشتري في ما اغترمه للمالك- لتلك الغرامات محتاج إلى دليل

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 57، شرائع الإسلام، ج 3، ص 237

فالضمان (1) أو قرار الضمان (2) فيه (3) يحتاج إلى دليل مفقود (4). فلا بدّ (5) من الرجوع بالأخيرة إلى قاعدة الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى،

---

مفقود هنا، إذ لا دليل على ضمان السبب الذي لا يستند التلف عرفا إليه.

(1) أي: بأن يكون البائع هو الضامن دون المشتري المغرور، فلا يصح رجوع المالك إلى المغرور أصلا.

(2) بأن تكون ذمة كلّ من الغارّ و المغرور مشغولة للمالك، لكن الضمان مستقرّ على الغارّ، فيجوز للمالك الرجوع إلى المغرور، فيرجع هو على الغارّ.

(3) أي: في السبب الذي ليس بمتلف، كالبائع، فإنّ تلف المنافع مستند إلى المشتري الذي استوفاهها مختارا و من غير إكراه.

(4) إذ المفروض عدم كون السبب- الذي لا يستند إليه التلف- موجبا للضمان.

(5) هذه نتيجة قوله: «فالضمان» الذي هو جواب «أما» و حاصله: أنّه بعد فقد الدليل الخاصّ على ضمان البائع الغارّ- الذي هو السبب لتلف المنافع، لكنّ سببّيته لتلفها ليس بمثابة يستند التلف إليه كما فيما نحن فيه، و هو القسم الثاني- فلا بدّ في إثبات ضمان السبب و هو البائع مع عدم استناد التلف إليه عرفا من التمسك بأحد الأمور الأربعة:

أحدها: قاعدة الضرر.

ثانيها: الإجماع المدعى في الإيضاح على تقدّم السبب إذا كان أقوى. قال فخر المحققين فيه- فيما لو اشترى دارا أو أرضا من غاصب، و بنى فيه، فقلع المالك بناءه، و أنّ الأقرب رجوع المشتري على البائع- ما لفظه: «وجه القرب: أنّ البائع سبب، و المشتري ذويد كالمباشر، و السبب هنا أقوى من المباشر. و كلّما كان السبب أقوى من المباشر فالضمان على السبب. أمّا الأولى فالأولى فلأنّ شرع في العقد و التصرفات بطرّ السلامة، و سبب هذا الظن تغرير البائع إياه، فصار هذا السبب أقوى. و أمّا الثانية فإجماعية» «1».

و ليس مراده بقوة السبب قوّته الخاصة التي يستند الفعل إلى السبب دون المباشر، بل مراده بقريظة تطبيقه على الغرور هو الأعم، يعني سواء أ كان استناد الفعل إلى السبب

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 191

أقوى من استناده إلى المباشر كما في المكره، أم كان استناده إلى كلّ منهما على السواء، بل يصدق حتى مع قوة استناده إلى المباشر و ضعف استناده إلى السبب كما في المغرور، لكونه مختاراً في فعله. و لكن الوجه في ضمان البائع الغازّ هو الدليل التعبدي أعني به الإجماع، حيث يكفي في صدق التسبب اعتماد المغرور على ظنّ سلامة المبيع له ليتصرف فيه.

ثالثها: الأخبار المتفرقة، و الظاهر أنّ مقصوده منها ما ورد في التدليس في النكاح ممّا يشتمل على التعليل. و يمكن أن يريد أيضاً مثل خبري زارة و جميل المتقدمين في الجارية المسروقة.

فمّمّا ورد في النكاح، خبر إسماعيل بن جابر، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه، فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه. فعلم بها بعد أنّها غير ابنته، و أنّها أمة. قال: تردّ الوليدة على مواليتها، و الولد للرجل، و على الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة، كما غرّ الرجل و خدعه» (1).

فإن قوله عليه السّلام: «كما غرّ الرجل و خدعه» ظاهر - بل صريح - في عليّة الغرور لكون الأب المزوّج ضامناً لقيمة الولد. و مقتضى التعليل الحكم بضمنان الغازّ في غير الولد ممّا يكون في باب النكاح كالمهر، و كذا في غير النكاح كالمقام.

و احتمال اختصاص الرجوع على الغازّ بمورد الرواية - و هو ضمان قيمة الولد - غير ظاهر، لما تقرّر من عدم الفرق في التعدي عن مورد التعليل بين أن يقال: «لا تشرب الخمر، لإسكاره» أو «لأنه مسكر» لعدم اقتضاء الإضافة في التعبير الأوّل دوران الحرمة مدار إسكار الخمر خاصة، بل يؤخذ بعموم العلة في سائر الموارد.

و كذا يستفاد الحكم ممّا رواه رفاعة عن أبي عبد الله عليه السّلام: «و سألته عن البرصاء.

فقال: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في امرأة زوّجها وليّها و هي برصاء: أنّ المهر لها بما استحلت من فرجها، و أنّ المهر على الذي زوّجها. و إنّما صار عليه المهر لأنّه دلّسها» الحديث (2).

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 602، الباب 7 من أبواب العيوب و التدليس، ح 1

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 596، الباب 2 من أبواب العيوب و التدليس، ح 2، رواه الكليني عن العدة عن سهل عن أحمد بن محمّد عن رفاعة بن موسى. و رواه ابن إدريس في المستطرفات عن نوادر البنظي عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام، السرائر، ج 3، ص 562. و قد ورد ضمان المهر بالتدليس في الحديث 1 و 4 و 7 و 8 من نفس الباب، و ح 1 من الباب 9 ص 604، و غيرها.

أو بالأخبار (1) الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغاز سببا في تغريم المغرور، فكان (2) كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ لشهادته.

ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه.

أمّا الأخير (3) فواضح.

---

فإنّ تعليل استقرار المهر على الولي بالتدليس كالصريح في عدم خصوصية للمورد، وأنّ المقصود تطبيق الكبرى الكلية على بعض صغرياتهما.

رابعها: كون الغاز سببا لتغريم المغرور، كسببية شاهد الزور لضمان ما يؤخذ باستناد شهادته، وقد دلّ عليه نصوص عديدة سيأتي ذكر بعضها في (ص 547).

وهذه الوجوه الأربعة ثابتة فيما نحن فيه، وهو ما اغترمه المشتري للمالك بإزاء ما استوفاه من منافع المبيع له فضولا.

(1) معطوف على «قاعدة الضرر» و الأولى إسقاط حرف الجرّ أو تبديله ب «إلى» ليستقيم العطف، فكأنه قال: «فلا بدّ من الرجوع إلى الأخبار الواردة...».

ثم إن ظاهر العبارة كون هذه الأخبار المتفرقة دليلا ثالثا على الضمان، كما أنّ ما ورد في شاهد الزور دليل رابع عليه.

ولكن الظاهر أن قوله: «بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة» يعمّ ما ورد في شاهد الزور أيضا، لما سيأتي بعد أسطر بقوله: «و أما الإجماع والأخبار، فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة .. إلى أن قال: ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار...».

وعلى هذا فالعبارة لا تخلو من مسامحة، لكون الأدلة هي قاعدة الضرر و الإجماع و الأخبار المتفرقة التي يستفاد من بعضها سببية الغاز.

(2) يعني: فكان البائع الفضول كشاهد الزور في ضمانه لما يؤخذ بشهادته.

(3) وهو كون البائع الفضول سببا لتغريم المغرور وهو المشتري، فبيعه كشهادة شاهد الزور في السببية للتغريم، فثبوت الوجه الأخير - و هو الوجه الرابع فيما نحن فيه - واضح كما في المتن.

فإن قلت: إنَّ وضوح سببية الغار لتغريم المغرور ينافي ما أفاده في ردِّ كلام الجواهر بقوله: «و أما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور ..» إذ لو كانت قوة السبب مضمّنة للسبب دون المباشر لم تتّجه المناقشة في كلام الجواهر. وإن لم تكن موجبة لضمان السبب لم تنفع في ضمان الغارّ لما اغترمه المشتري.

قلت: لا- منافاة ظاهراً بين الكلا-مين، إذ المقصود بقوة السبب- التي منعها أوّلا- هو التسبب على الموضوع أي الفعل المترتب عليه الضمان، حيث لا ضمان على المباشر كالمكره، وإنّما تكون الغرامة على السبب باعتبار قوّته الموجبة لإسناد التلف إليه. و من المعلوم انتفاء التسبب بهذا المعنى في مورد الغرور، لكونه متصرفاً بإرادته.

كما أنّ المقصود بالتسبب الذي جعله دليلاً على ضمان الغارّ هو التسبب على الضمان، نظير استقرار الضمان على من يقدّم طعام الغير إلى ضيفه، فإنّ الأكل فعل اختياري للأكل موضوع للضمان، ولكن الموقع له في الضمان هو المقدّم. فإذا غرّم المالك الأكل رجع هو على المقدّم. فكذا يرجع المشتري- في ما اغترمه على المبيع فضولاً- على البائع الغارّ.

و ضمان السبب في هذا القسم منوط بدليل تعبدّي، ولذا تصدّى المصنّف قدّس سرّه لإثباته بالتمسك بمثل ما ورد في ضمان شاهد الزور.

هذا بيان الفارق بين التسبب على ما أفاده شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه «1»، وإن شئت مزيد بيان له فراجع التعليقة [1].

[1] و توضيحه على ما في تقرير بحثه الشريف: أنّ ما يطلق عليه السبب على أقسام، فتارة يكون الضمان على السبب ابتداءً، و لا يضمن المباشر أصلاً. و اخرى يضمن المباشر ابتداءً، و لكن قرار الضمان على السبب، فيرجع المباشر إليه. و ثالثة يضمن المباشر دون السبب.

و القسم الأوّل هو قاعدة الضمان بالتسبب على الفعل، بأن كان السبب مقدّمة أخيرة من علّة وجود المسبب، بحيث لم يتخلّل بين السبب و المسبب فعل فاعل مختار أصلاً، كما إذا حفر بئراً، فعثر العابر و وقع فيه فمات، حيث لم يتخلّل بين التلف و الحفر فعل إرادي.

و مرور العابر و إن كان فعله الاختياري، لكن عثرة و سقوطه في البئر غير اختياري. و نظيره ضمان فاتح قفص الطائر.

و كذا الحال لو تخلّلت إرادة المختار، و لكنها ضعيفة بحيث كان استناد الأثر إلى السبب أقوى منه إلى المباشر، كما إذا وقف الطفل أو المجنون على البئر، فسقط فيه.

و كذا لو كان الفعل صادرا بإرادة المباشر، لكنه غير مستقل في فعله، بل هو ملزم به، و مقهور لغيره عقلا أو شرعا كالمكره. و كالحاكم الذي شهد عنده شهود زور بمال في ذمة زيد لعمره، فحكم بأخذ المال من المحكوم عليه، فإنّ قيام البيّنة عند الحاكم توجب لا بدّيّة الحكم على طبقها، فلا يضمن عند تبين فساد المستند، وإنّما يضمن شاهد الزور كما نطقت به الأخبار.

و المقام ليس من هذا القسم، ضرورة عدم كون البيع و لا تسليط البائع على المبيع سببا لتلف مال المشتري ممّا صرفه على المبيع، لعدم ترتب هذه الخسارة على البيع، و لا فيه إحداث الداعي على الإتلاف و التصرف. نعم لولا البيع لم يقع البائع في الغرامة، و لكنه ليس بمناط سببته لها، بل البيع محقق لموضوع لما اغترمه، كسائر موارد وجود الموضوع الذي هو أجنبي عن باب التسبب، فإنّه لولا وجود المقتول لم يتحقق القتل، و هل يصح عدّه سببا للقتل؟

و القسم الثاني هو الضمان بالتسبب على الضمان لا على الفعل المضمّن، بأن يتوسّط فعل اختياري بين المعدّ و بين المسبب، و أقدم الفاعل على الضمان لأجل ذلك المعدّ، بحيث يستند الضمان إلى السبب، فيتعلق الضمان بالمباشر أولا، ثم بالسبب برجوع المباشر إليه، و يتحقق في موردين:

أحدهما: أن يستدعي المديون من شخص أن يضمن عن دينه، فيضمنه و يرجع به إلى المستدعي بعد أداء الدين.

ثانيهما: أن يكون فعل السبب موجبا لضمن شخص آخر بإرادته، كمقدّم طعام الغير إلى ضيفه ليأكله مجّانا، فتبين عدم كون الطعام له. و على هذا القسم ينطبق قاعدة الغرور. فإنّ الأكل مغرور بفعل المقدّم، فيرجع عليه.

و ممّا ذكر يظهر أنّ مسألة الرجوع إلى شاهد الزور لا تناسب باب الغرور، إذ المفروض في قاعدة الغرور ضمان المغرور ثم رجوعه على الغازّ. و هذا مفقود في المثال،

وَأَمَّا الْأَوَّلُ (1) فَقَدْ عَرَفْتَهُ، وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ وَالْأَخْبَارُ فَهَمَّا وَإِنْ لَمْ يَرِدَا فِي خُصُوصِ الْمَسْأَلَةِ (2)، إِلَّا أَنْ تَحَقَّقَهُمَا (3) فِي نِظَائِرِ الْمَسْأَلَةِ (4) كَافٍ، فَإِنَّ (5) رَجُوعَ آكْلِ

---

(1) وَهُوَ قَاعِدَةُ الضَّرَرِ، فَقَدْ عَرَفْتَهُ فِي (ص 534) بِقَوْلِهِ: «وَيُؤَيِّدُهُ قَاعِدَةُ نَفْيِ الضَّرَرِ، فَإِنَّ تَغْرِيمَ مَنْ أَقْدَمَ عَلَى إِتْلَافِ شَيْءٍ مِنْ دُونِ عَوْضٍ مَغْرُورًا مِنْ آخِرٍ.. إلخ».

(2) وَهِيَ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ الْفَضُولِ بِمَا اغْتَرَمَهُ لِلْمَالِكِ، فِي مَقَابِلِ الْمَنَافِعِ الَّتِي اسْتَوْفَاهَا الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَبِيعِ الْفَضُولِيِّ.

(3) أَيُّ: تَحَقُّقُ الْإِجْمَاعِ وَالْأَخْبَارِ فِي نِظَائِرِ الْمَسْأَلَةِ كَافٍ فِي الْحُكْمِ بِرَجُوعِ الْمُشْتَرِي.

(4) وَهِيَ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ الْفَضُولِيِّ فِيمَا اغْتَرَمَهُ الْمُشْتَرِي لِلْمَالِكِ، فِي مَقَابِلِ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ مَنَافِعِ الْمَبِيعِ فَضُولًا.

(5) بَيَانٌ لِتَحَقُّقِ الْإِجْمَاعِ وَالْأَخْبَارِ فِي نِظَائِرِ الْمَسْأَلَةِ الْمَبْحُوثِ عَنْهَا، وَهِيَ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ الْفَضُولِ. وَ مِنْ تِلْكَ النِّظَائِرِ مِثَالُ زَيْدِ الْأَكْلِ لَطْعَامِ عَمْرٍو بِتَغْرِيمِ بَكْرٍ لَهُ، بِدَعْوَى أَنَّ الطَّعَامَ لَهُ، ثُمَّ بَانَ أَنَّ الطَّعَامَ لِمَلِكِ عَمْرٍو، وَ لَيْسَ لِمَلِكِ الْبَكْرِ، فَإِنَّهُ قَامَ

---

إِذَا لَا يَضْمَنُ الْحَاكِمُ، لِكَوْنِهِ مَسْلُوبُ الْإِخْتِيَارِ بَعْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَهُ، فَيَرْجِعُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ إِلَى الشُّهُودِ ابْتِدَاءً.

وَالْقِسْمُ الثَّلَاثُ مَا إِذَا كَانَ أَثَرُ السَّبَبِ مُجَرَّدَ إِحْدَاثِ الدَّاعِي لِلْمَبَاشَرِ مِنْ دُونِ أَنْ يَسْتَنْدَ الْفِعْلَ إِلَى السَّبَبِ، فَيَضْمَنُ الْمَبَاشِرُ خَاصَّةً، وَ لَا يَرْجِعُ إِلَى ذَلِكَ الطَّرْفِ أَصْلًا، وَ ذَلِكَ كَمَا إِذَا أَمَرَ شَخْصٌ غَيْرَهُ بِقَتْلِ آخَرَ، أَوْ عَلَّمَهُ طَرِيقَةَ سَرَقَةِ الْأَمْوَالِ، فَجَنَى بِإِخْتِيَارِهِ.

وَ كَذَا يَخْرُجُ عَنِ مَوْرَدِ قَاعِدَةِ التَّسْبِيبِ - بَكْلًا إِطْلَاقِيهَا الْمُتَقَدِّمِينَ - مَا إِذَا وَقَفَ شَخْصَانِ عَلَى شَفِيرِ بَثْرٍ، فَدَفَعَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَسَقَطَ فِيهِ، فَلَيْسَ الضَّمَانُ عَلَى الْحَافِرِ، لِفَرْضِ تَوْسُطِ فِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ بَيْنَ الْحَفْرِ وَ الْهَلَاكِ.

وَ بِالْجُمْلَةِ فَإِنَّ كَانَ الْفِعْلَ مُسْتَنْدًا إِلَى السَّبَبِ كَانَ هُوَ الضَّامِنُ دُونَ الْمَبَاشِرِ. وَإِنْ كَانَ الْفِعْلَ مُسْتَنْدًا إِلَى الْمَبَاشِرِ، وَ لَمْ يَقْدَمْ عَلَى مَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ مِنَ الضَّمَانِ كَأَكْلِ طَعَامٍ غَيْرٍ بِتَغْرِيمِ الْمُقَدِّمِ لَهُ مَجَانًا، أَوْ أَقْدَمَ عَلَى الضَّمَانِ بِإِزَاءِ عَوْضٍ، كَانَ الْمَبَاشِرُ هُوَ الضَّامِنُ، وَ يَرْجِعُ إِلَى السَّبَبِ بَعْدَ آدَاءِ الْغْرَامَةِ «1».

---

(1) مَنِيَّةُ الطَّالِبِ، ج 1، ص 294-296، الْمَكَاسِبُ وَ الْبَيْعُ، ج 2، ص 272-276 وَ ص 289



طعام الغير إلى (1) من غرّه- بدعوى (2): تملكه وإباحته له- مورد (3) الإجماع ظاهرا.

ورجوع (4) المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار (5)،

الإجماع ظاهرا على رجوع آكل الطعام إلى من غرّه- وهو بكر- بما اغترمه الآكل لمالك الطعام.

(1) متعلق ب- «رجوع».

(2) متعلق ب- «غرّه» وضميرا «تملكه، إباحته» راجعان إلى الطعام، وضمير «له» إلى الآكل.

(3) خبر قوله: «فان رجوع» و تقدم في (ص 534) حكاية الإجماع عن غير واحد، فراجع.

(4) معطوف على «رجوع» في قوله: «فان رجوع» وهذا هو المورد الثاني من نظائر مسألتنا- وهي رجوع المشتري إلى البائع بالغرامات التي اغترمها لمالك المبيع الفضولي، و محصل هذا النظر هو رجوع المحكوم عليه بغرامات- باستناد الحاكم إلى شهادة شاهد الزور- إلى شاهد الزور، و أخذ ما اغترمه المحكوم عليه من شاهد الزور و هذا النظر مورد الأخبار.

(5) التي منها رواية جميل المتقدمة في (ص 520).

ومنها: رواية جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور، قال: «إن كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه. وإن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرّجل» (1).

ومنها: معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلقها، فاعتدّت المرأة و تزوّجت. ثم إن الزوج الغائب قدم، فزعم أنّه لم يطلقها، و أكذب نفسه أحد الشاهدين. فقال: لا سبيل للأخير عليها، و يؤخذ الصداق عن الذي شهد ورجع، فيردّ على الأخير، و يفرّق بينهما، و تعتدّ من الأخير، و لا يقربها الأول حتى تنقضي عدّتها» (2). و نحوهما أخبار آخر (3).

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 239، الباب 11 من أبواب الشهادات، ح 3

(2) المصدر، ص 242، الباب 13، ح 3

(3) المصدر، الباب 14، الحديث 1 و 2 و 3

و لا يوجد (1) فرق بينهما (2) و بين ما نحن فيه (3) أصلا.

وقد ظهر ممّا ذكرنا (4) فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض (5)،

---

و دلالتها على المقام مبنية على كون الرجوع إلى الشاهد لمجرّد الغرور، لا لأجل ضمان السبب من جهة كونه سببا.

(1) بعد أن ذكر هذين النظيرين أراد أن يبيّن أنّ حكمهما جار في مسألتنا أيضا، لأنّ كلّا منها مصداق لكبرى الغرور، فلا يكون قيسا حتى لا يجري حكم الموردین المذكورين فيه.

(2) الضمير راجع إلى رجوع آكل الطعام ورجوع المحكوم عليه.

(3) و هو رجوع المشتري الجاهل على البائع الفضول بكل ما اغترمه المشتري للمالك.

(4) أي: ظهر من جريان قاعدتي الغرور و الضرر هنا و الأخبار - كخبري جميل و شاهد الزور - فساد منع صدق الغرور على ما نحن فيه، و هو رجوع المشتري على البائع الفضولي بما اغترمه للمالك كما عن بعض.

(5) و هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، حيث إنه ناقش في ما ادعاه صاحب الرياض قدّس سرّه من عدم الدليل على كبرى قاعدة الغرور لو لم يلحق الضرر بالمغرور، فإنّ صاحب الجواهر أثبت هذه الكلية، لكنه منع صدق الغرور في الغرامات التي بذلها المشتري في مقابل النفع الواصل إليه، و قال: «لكن لعلّ خلافهم هنا يومي إلى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام .. إلى أن قال: نعم إنّما المتجّه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور، الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلّم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداء، كالإباحة و الهبة و العارية و نحوها. بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكا، الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصا مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل» «1».

و محصّل إيراد المصنف عليه: ما مرّ أنّنا من صدق قاعدتي الغرور و الضرر فيما

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 183

ص: 548

حيث عدل (1) في ردّ مستند المشهور عمّا في الرياض - من منع الكبرى (2) - إلى (3) منع الصغرى (4)، فإنّ (5) الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب

نحن فيه.

و خلاصة الكلام: أنّ مستند المشهور في رجوع المشتري إلى البائع الفضول هو:

أنّ المشتري مغرور، و كل مغرور يرجع إلى من غره، فالنتيجة: أنّ المشتري يرجع إلى من غره، و هو البائع. فمستند المشهور هو قاعدة الغرور.

و صاحب الرياض قدّس سرّه يمنع الكبرى - و هي كل مغرور يرجع إلى من غره - و يقول: أنّ الكبرى هي كلّ مغرور متضرّر يرجع إلى من غره، لا - كلّ مغرور و إن لم يكن متضرّراً. و هذه الكبرى لا - تنطبق على المشتري، لأنّه و إن كان مغروراً، لكنّه ليس بمتضرّر، فلا يرجع المشتري إلى البائع الفضول بقاعدة الغرور.

و صاحب الجواهر قدّس سرّه عدل عما أفاده سيّد الرياض - من منع الكبرى - إلى منع الصغرى، و قال: إنّ المشتري فيما نحن فيه ليس مغروراً حتى يرجع إلى البائع، لعدم كون السبب هنا أقوى من المباشر، و بدون أقوائية السبب و هو البائع هنا من المباشر - و هو المشتري، لأنّه بالإرادة و الاختيار تصرّف في المبيع الفضولي - لا يعدّ المشتري مغروراً، فلا يرجع إلى البائع.

(1) أي: عدل صاحب الجواهر في ردّ مستند المشهور، و هو قاعدة الغرور.

(2) و هي: كل مغرور يرجع إلى من غره.

(3) هذا و قوله: «عمّا» متعلقان ب- «عدل».

(4) و هي: عدم أقوائية السبب - و هو البائع - من المباشر أعني به المشتري.

(5) تعليل لفساد منع الغرور من ناحية الصغرى، و حاصل وجه المنع هو: أنّ مفهوم الغرور و إن كان غير منقّح، لعدم وضوح دليله، إلا أن المتيقن من مفهومه هو إتلاف المغرور لمال الغير لا - بعنوان أنّه مال الغير، بل بعنوان مال نفسه، أو بعنوان من أباح له الإتلاف، فلا يكون قاصداً لإتلاف مال الغير. نظير المكره في عدم القصد إلى الفعل المكره عليه.

فان قلت: إنّ عدم قصده إلى إتلاف مال الغير لا يجدي في نفي الضمان عن المغرور، و ذلك لأنّ سبب اليد و الإتلاف للضمان غير منوطة بقصد كون المال المستولي عليه أو

المتلف مالا للغير، بل وضع اليد كيفما اتفق مضمّن. وكذا الإتلاف. وعلى هذا ينبغي ضمان المغرور من جهة قاعدتي اليد و الإتلاف. هذا قلت: نعم لا دخل للقصد في التضمين باليد و الإتلاف، إلا أن مقصود المصنف قدس سرّه من قوله: «بل قصده ..» بيان محقق عنوان الغرور. يعني: أن المتلف لمال الغير إن كان قاصدا لإتلافه بما أنه مال الغير لم يصدق عليه «المغرور». وإن كان غير قاصد لهذا العنوان- بأن قصد إتلاف مال نفسه، فتبيّن كونه للغير- صدق عنوان الغرور، فيرجع إلى من غرّه. وعلى هذا فعدم القصد إلى عنوان «إتلاف مال الغير» محقق مفهوم الغرور.

(1) الجملة خبر قوله: «أن مفهوم»، و ضمير «منه» راجع إلى «مفهوم الغرور».

[1] يمكن أن يقال: إن مفهوم «الغرور» المناسب لمعناه اللغوي- المذكور في المجمع بقوله: «و غرّه غرّاً و غرورا و غرّة بالكسر فهو مغرور: خدعه، و أطمعه بالباطل، فاغترّ هو» «1»- هو الذي يكون داعيا إلى صدور الفعل من المغرور، و مؤكّدا له، كداعوية الإرادة التي هي الشوق المؤكّد لصدور الفعل من فاعله. و لا يوجب الغرور- كالشوق المؤكّد- خروج الفعل عن الفعل الإرادي حتى يكون كالألة، مثل النار للإحراق و السكّين للقطع، و السّم للقتل، فإنّ هذه آلات، و التعبير عنها بالآلات صحيح. و هذا بخلاف أكل المغرور لطعام الغير، فإنّه فعل اختياري له، و التعبير عن المغرور بالآلة غير صحيح، لأنّه ليس كالنار و السّم و السكّين و نحوها ممّا ليس له إرادة و اختيار.

فالغرور- على هذا- من مبادئ صدور الفعل من الفاعل المختار، كما يظهر من أمثلتهم، كتشبيه البائع الفضول بشاهد الزور، و كمقدّم طعام الغير إلى شخص ليأكله، فإنّ الأكل فعل اختياري للأكل. و ليس كالإيجار في الحلق في عدم كون الفعل اختياريا.

و يظهر ممّا ذكرنا عدم إناطة قاعدة الغرور بقاعدة الضرر، و لا بقاعدة السبب و المباشر، فتجري قاعدة الغرور و لو لم يكن هناك ضرر و لا قوّة السبب على المباشر.

ثمّ إنّ الغرور هل هو من العناوين القصدية كالصوم و الصلاة و الغسل و الوضوء؟

الغير وإثبات يده (1) عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه [إتلاف] مال نفسه (2) أو مال من أباح له (3) الإتلاف، فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبهه المكره في عدم القصد (4) [1].

---

(1) أي: يد المغرور، وضميرا «عليه، وأنه» راجعان إلى المال.

(2) كما في ما نحن فيه، فإنّ المشتري يستوفي منافع المبيع بعنوان كونه مال نفسه لأجل ابتياعه.

(3) هذا الضمير والمستتر في «فيكون» راجعان إلى المغرور، والضمير المستتر في «أباح» راجع إلى الموصول المراد به البائع الفضول.

(4) أي: في عدم القصد إلى الفعل المكره عليه. فإنّ المغرور أيضا لا يقصد إتلاف

---

أمّ لا؟ بل الغرور بلا قصد يتحقق، ولا يتقوم بالقصد كالأكل والشرب، فإنّهما يتصفان بهذين العنوانين حتى مع الغفلة عنهما، فإنّ عنوان الأكل والشرب ذاتي لهما، ولذا لا يتوقف صدق هذين العنوانين عليهما على القصد والالتفات.

فإذا قدّم زيد طعاما يعتقد أنّه ملكه- أو ملك من أباح له إتلافه- إلى عمرو فأكله، فتبيّن أنه لم يكن له ولا لمن أباح له، ولا يرضى بالأكل المزبور ويطالب بدله، فالظاهر أنّ الأكل مغرور، ومقدّم الطعام غارّ.

وإذا شكّ في اعتبار القصد والالتفات في مفهوم الغرور فلا دليل ولا أصل على شيء من الاعتبار وعدمه فيه، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل الحكمي، وهو أصالة عدم الضمان.

[1] هذا مناف لما تكرر منه في مسألتي اعتبار القصد والاختيار في المتعاقدين من كون المكره قاصدا للمعاملة، وأنّ المفقود فيه هو طيب النفس، كقوله: «.. مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع، وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام» [1]. ومن المعلوم أنه لا فرق في حصول القصد بين الفعل الإنشائي والخارجي. فالمكره على الفعل الخارجي كالأكل والإتلاف كالمكره على الفعل الإنشائي.

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 185

ص: 551

مال غيره، بل يقصد إتلاف مال نفسه، أو مال من أبايح له إتلافه.

فإن قلت: لا وجه لتشبيه المغرور بالمكره، للفرق بينهما، فإنّ المكره لا يخاطب بالضمان، من جهة قوة السبب و ضعف المباشر كما صرّح به في (ص 540) بقوله:

«و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلا، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكره» وهذا بخلاف المغرور، إذ لا كلام في جواز رجوع المالك عليه بالغرامة، ولكنّه لمكان الغرور يرجع إلى الغارّ. فالفرق بين المكره و المغرور ثابت.

قلت: ليس المقصود من التشبيه إثبات وحدة حكم المكره و المغرور حتى يقال بالفرق بينهما. بل المراد من التشبيه اشتراكهما في الجهة المحقّقة لموضوع الغرور و الإكراه مع الغضّ عن حكم رجوع المالك على المغرور دون المكره، و تلك الجهة الجامعة بينهما عدم استقلالهما في القصد إلى عنوان التصرف في مال الغير أو إتلافه. إذ بملاحظة انتفاء هذا القصد صار المكره مكرها و المغرور مغرورا.

و بيانه: أنّ المكره يكون كالألة للمكره من أجل اللابديّة الناشئة من التحميل، فلا يستقل في قصد عنوان «التصرف أو إتلاف مال الغير». و كذلك المغرور، فإنّه و إن كان مختارا في فعله و مستقلا في أصل القصد، ولكنه لجهله بالحال لا يقصد العنوان المزبور، و إنّما مقصوده التصرف في مال نفسه، و هو المبيع المنتقل إليه بالبيع.

و حيث تحققت الجهة المشتركة بين الإكراه و التغيرير منعت من استقرار الضمان على المتلف لمال الغير.

هذا ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه في وجه الشباهة بتوضيح و تصرف «1».

(1) أي: ما ذكرناه- من أدلة ضمان البائع الفضولي من قاعدتي الضرر و الغرور و بعض الأخبار، كخبر شاهد الزور إذا رجع عن شهادته- ثابت.

(2) غرضه أنّ لنا دليلا آخر على الضمان مضافا إلى الأدلّة السابقة، و هو ما قيل من دلالة رواية جميل المتقدمة في (ص 520) على الضمان. لكن دلالتها على الضمان مبنية على كون حرّية الولد منفعة عرفا لوالده المشتري للجارية التي ولدته، حتى يندرج في القسم الثاني، و هو ما اغترمه المشتري للمالك في مقابل المنافع التي استوفها من

إلى ما قد يقال (1): من دلالة رواية جميل المتقدّمة، بناء (2) على أنّ حرّية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو (3) الذي ذكره المحقّق احتمالاً في الشرائع (4) في باب

المبيع فضولاً. وإن لم تكن حرّية الولد منفعة عرفاً، لكونه حرّاً، والحرّ ليس مالا ولا ملكاً لأحد. فيندرج في القسم الثالث من الغرامات التي لم يصل إلى المشتري نفع في مقابلها، وتكون رواية جميل أجنبية عن المقام حينئذ.

(1) القائل هو الفقيه الكبير الشيخ كاشف الغطاء قدّس سرّه ويستفاد من كلام جماعة من تلامذته كأصحاب مفتاح الكرامة «1» وكشف الظلام والجواهر قدّس سرّهم «2». ففي الجواهر:

«أما فيه- أي في ما حصل للمشتري نفع في مقابل ما غرمه للمالك- فالمشهور أنه كذلك أيضاً، للقاعدة المزبورة- وهي قاعدة الغرور.. و في شرح الأستاذ: أنّ في خبر جميل دلالة عليه» و ظاهر سكوت صاحب الجواهر عن المناقشة فيه ارتضاؤه له.

ويستفاد استدلال السيد العاملي بهذه الموثقة من ضمّ كلاميه في البيع والغصب، فاستدلّ في بيع الفضولي بها على ضمان المشتري لما انتفع به، ورجوعه على البائع بما غرمه للمالك، فقال: «ويدل على بعض هذه الأحكام خبر جميل».. يريد منه- أي من قيمة الولد- القيمة التي أعطاه للمالك لفكّ ولده، لأنّه حرّ وقال في الغصب: «ان فحوى الرجوع بقيمة الولد مع حصول النفع العظيم له في مقابل القيمة تدلّ ..».

(2) قيد ل- «دلالة» يعني: أنّ دلالة رواية جميل على المقصود مبنية على كون حرّية الولد منفعة عائدة إلى المشتري.

(3) يعني: وكون حرّية الولد منفعة هو الذي ذكره المحقّق قدّس سرّه احتمالاً.

(4) قال المحقّق قدّس سرّه- في ما لو اشترى جارية من الغاصب جاهلاً بغصبيتها فأولدها- ما لفظه: «ولو أولدها المشتري كان حرّاً، و غرم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع. وقيل في هذه: له مطالبة أيهما شاء. لكن لو طالب المشتري رجع على البائع.

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 199 و ج 6، ص 301

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 301، واستدل صاحب الجواهر بهذه الموثقة على ضمان قيمة الولد في باب الغصب، لكنه غير مبني على كون الولد منفعة عائدة إلى المشتري فراجع. ج 37، ص 181 و 183، كشف الظلام (مخطوط)، بحث البيع الفضولي.

ص: 553

ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري. وفيه احتمال آخر» (1).

و مورد كلام المحقق قدس سره هو ما لم يحصل في مقابل غرامة المشتري نفع له، بقرينة قوله بعده: «أما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع .. إلخ».

و اختلف نظر الشهيد الثاني وصاحب الجواهر قدس سرهما في ما أراده المحقق من قوله:

«و فيه احتمال آخر» فالشاهد الثاني جعل مراده كون قيمة الولد خارجة عن مورد كلامه من اغترام المشتري فيما لم ينتفع به، وأن هذه القيمة مندرجة في القسم الآخر، وهو ما حصل نفع للمشتري فيه. فقال في المسالك: «ويحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر، لأن نفع حرية الولد يعود إليه. وهذا هو الاحتمال الذي أشار إليه، فيجري فيه الوجهان، إلا أن الأشهر الأول» (2). أي: كون قيمة الولد مما لم ينتفع به المشتري.

وصاحب الجواهر قدس سره جعل مراد المحقق من هذا الاحتمال أمرا آخر أقرب بحسب سياق الكلام، وهو: عدم تخيير المالك - في أخذ الغرامة - بين الرجوع إلى البائع أو المشتري، بل يتعين الرجوع على البائع، قال بعد بيان كلام المسالك: «و يمكن أن يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعين رجوع المالك ابتداء على البائع بناء على كونه الغاز ..» (3).

وبناء على هذا الاحتمال يتحصّل في رجوع المالك وجوه ثلاثة:

أولها: كون المشتري ضامنا ابتداء، فلو دفع الغرامة إلى المالك جاز له مطالبتها من البائع.

وثانيها: تخيير المالك في الرجوع إلى أيهما شاء بلا طولية بينهما.

وثالثها: تعيين رجوع المالك على البائع، وعدم جواز مطالبة الغرامة من المشتري.

وبناء على ما احتمله صاحب الجواهر تندرج غرامة قيمة الولد في القسم الثالث وهو ما لم يحصل فيه نفع للمشتري، وتكون أجنبية عن محلّ الكلام، وهو انتفاع المشتري به في قبال العوض.

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 246

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 228

(3) جواهر الكلام، ج 37، ص 182





الغضب، بناء على تفسير المسالك (1). وفيه (2) تأمل.

### [3- حكم ما اغترمه المشتري في قبال العين]

ثم إن ممّا ذكرنا في حكم هذا القسم (3) يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من

(1) لا بناء على تفسير الجواهر، وقد تقدم وجه هذا البناء.

(2) يحتمل رجوع الضمير إلى ما احتمله الشهيد الثاني قدّس سرّه من كون حرّية الولد من المنافع الراجعة إلى المشتري، فيكون وجه التأمل فيه: أنّ المقصود بالنفع هي المنافع المعدودة أموالا عرفا كسكنى الدار والكسب في الدكان وركوب الدابة وثمرات الأشجار. وعليه تكون عبارة الشرائع أجنبية عمّا نحن فيه من ضمان بدل المنفعة المستوفاة.

وربما يشهد له كلام المصنف في بحث المقبوض بالبيع الفاسد من «أنّ الولد وإن كان نماء للأمة، لكن المشتري لم يستوفه» و تقدّم بعض الكلام هناك، فراجع «1».

وعليه ف ضمان قيمة الولد تعبّد، وليس لأجل ضمان منفعة المبيع فضولا.

ويحتمل رجوع ضمير «فيه» إلى ما احتمله صاحب الجواهر من «تعيّن رجوع المالك ابتداء على البائع الغازّ» ووجه التأمل حينئذ: أنّ مورد قاعدة الغرور ضمان المغرور للمالك، لاستناد التلف إليه، ثم رجوعه على الغازّ، وليس هذا من التسبب في الفعل حتى يكون الضمان على السبب دون المباشر.

(3) وهو القسم الثاني من الغرامات التي يصل في مقابلها نفع إلى المشتري، فإنّه يظهر من حكم هذا القسم الثاني - الذي مستنده قاعدة الغرور - حكم ما يغرمه المشتري من دون حصول نفع له في مقابل ما يغرمه، كزيادة قيمة عين المبيع على الثمن المعين حين عقد الفضول، كما إذا كان الثمن المسمّى عشرة دراهم، وكانت قيمة المبيع السوقية حال العقد عشرين درهما، و تلف المبيع، فأخذ المالك من المشتري عشرين درهما، فهل يرجع المشتري بتمام العشرين على البائع أم بخصوص العشرة التي سلّمها المشتري إليه؟

و الكلام في حكم زيادة القيمة على الثمن عند تلف المبيع يقع في مقامين: أحدهما:

تلف المبيع بتمامه، و ثانيهما: في تلف بعض أجزائه. و الكلام فعلا في المقام الأوّل، وإن لم يكن فرق في حكم التلف بين الكل و الجزء.

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 50

ص: 555

زيادة القيمة على الثمن الحاصلة (1) وقت العقد (2)، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة، فتلف (3)، فأخذ منه المالك عشرين، فإنه (4) لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا (5) لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك (6)، لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف. فهذه الغرامة

### 3- حكم ما اغترمه المشتري في قبالة العين

(1) صفة للقيمة، وقوله: «على الثمن» متعلق بـ «زيادة».

(2) هذا هو القسم الأول الذي ذكره المصنف قدس سره في (ص 514) بقوله: «إن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن، فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري...».

(3) ضمير الفاعل راجع إلى الموصول في «ما يسوى» المراد به المبيع.

(4) جواب الشرط في قوله: «لو باع» يعني: فإن المشتري لا يرجع إلى البائع بالثمن المسمى وهو العشرة من العشرين التي أخذها المالك من المشتري. وجه عدم الرجوع في عشرة الثمن هو: ضمان المشتري لها بإزاء المبيع، لأن هذا الضمان المعاوضي نشأ من إقدام المشتري من دون أن يكون مغرورا من ناحية البائع، بل الغرور إنما يكون بالعشرة الزائدة على العشرة المسماة في العقد. والحكم بضمان البائع تابع للغرور، فإن الضرورات تتقدر بقدرها.

و الشاهد على ضمان المشتري للثمن المسمى - أعني به العشرة - هو: أنه مع فرض صدق دعوى البائع للملكية يكون المشتري ضامنا لهذا الثمن المسمى دون غيره.

و الحاصل: أن الغرور حاصل بالنسبة إلى العشرة الزائدة على الثمن، فتؤخذ من البائع. وأما عشرة الثمن فهي داخلة في إقدام المشتري و خارجة عن دائرة الغرور.

(5) يعني: وإن رجع المشتري إلى البائع بالثمن - أعني به العشرة - يلزم أن يكون تلفها من كيس البائع من دون وجه، إذ المفروض أن البائع لم يغره المشتري بالنسبة إلى عشرة الثمن حتى يكون غارًا و ضامنا من حيث الغرور.

(6) أي: في عشرة الثمن، لأنه على فرض صدق دعوى البائع ملكية المبيع كانت غرامة المشتري ثابتة قطعا، لأن هذه الغرامة مقتضى المعاوضة التي أقدم المشتري عليها.

لثمن لم تتشأ عن كذب البائع، و أمّا العشرة الزائدة (1) فإنّما جاءت غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور (2)، فوجب الرجوع (3).

و ممّا ذكرنا (4) يظهر اندفاع ما ذكر في وجه

فهذه الغرامة المعاوضيّة مستندة إلى إقدام المشتري، لا إلى تغير البائع و كذبه، فلا وجه لتغريم البائع بالنسبة إلى الثمن المسمّى، بل تغريمه مختص بزائد الثمن المسمّى.

(1) أي: الزائدة على الثمن الذي هو عشرة أيضا في مثال المتن.

(2) يعني: فحصل الغرور من البائع، لكذبه بالنسبة إلى العشرة الزائدة على الثمن المسمّى، فالمشتري مغرور بالنسبة إليها فقط، دون نفس الثمن.

(3) يعني: فوجب رجوع المشتري إلى البائع الفضول بالعشرة الزائدة على الثمن المسمّى، لأنّها مورد الغرور.

و بالجملة: فضمان البائع تابع لصدق الغرور.

(4) أي: و من كون الغرور سببا لضمّان البائع الفضول لما اغترمه المشتري للمالك - من العشرة الزائدة على الثمن المسمّى - يظهر اندفاع .. إلخ. و هذا إشارة إلى إيراد أورد على رجوع المشتري إلى البائع بالزائد على الثمن المسمّى.

و حاصل الإيراد: أنّ المشتري وإن أقدم على ضمان العين التالفة بالثمن المسمّى فقط، كما هو مقتضى المعاوضة البيعية، إلا أنّه لمّا لم يسلم المبيع شرعا للمشتري بذلك الثمن المسمّى - لفرض بطلان البيع - انتقل الضمان المعاوضي إلى الضمان الواقعي اليدي الموجب لانتقال ضمان الثمن المسمّى إلى القيمة السوقية، كما هو شأن كل بيع فاسد. و مع إقدام المشتري لا ضمان على البائع أصلا، إذ لا يكون حينئذ غرور، و إلا كان على البائع ضمان الثمن المسمّى أيضا.

و الوجه في عدم الغرور مع إقدام المشتري على الضمان المعاملي هو تباين الغرور و الإقدام، و لذا لا يرجع على البائع بالمسمّى من جهة إقدامه عليه.

ثم إنّ هذا الاشكال نقله صاحب الجواهر عن المسالك لبيان وجه عدم الرجوع، و الأصل فيه كلام العلامة في التذكرة، حيث ذكره وجهها لعدم الرجوع بهذه الزيادة، ثم أجاب عنه، قال قدّس سرّه: «إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ضمن قيمتها أكثر ما كانت

عدم الرجوع (1) من (2): أنّ المشتري إنّما أقدم على ضمان العين، وكون (3) تلفها منه، كما هو شأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحه، و مع الإقدام (4) لا غرور، ولذا (5) لم يقل به (6) في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح (7) الاندفاع:

من يوم القبض إلى يوم التلف. ولا تضمن الزيادة التي كانت في يده أكثر قيمة، ولا يرجع بما يضمنه عالما كان أو جاهلا، لأنّ الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحا. ولقائل أن يقول .. إلخ «1».

(1) أي: عدم رجوع المشتري على البائع.

(2) بيان ل- «ما» الموصول، وقد تقدم توضيحه آنفا بقولنا: «و حاصل الإيراد».

(3) معطوف على «ضمان» يعني: أنّ المشتري إنّما أقدم على كون تلف العين منه، كما هو شأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحه. وهذا إشارة إلى دليل القائل بعدم الرجوع.

(4) يعني: و مع إقدام المشتري على هذا الضمان المعاوضي- المنتقل إلى الضمان الواقعي بسبب فساد العقد- لا يصدق «الغاز» على البائع حتى يضمن العشرة الزائدة على عشرة الثمن المسمى، بل لا يضمن البائع شيئا، لا الثمن ولا الزائد عليه، لعدم الغرور.

(5) أي: ولأجل إقدام المشتري على الضمان المعاوضي لا غرور من البائع بالنسبة إلى عشرة الثمن، ولذا لم يقل أحد بضمان البائع لها، و إنّما يضمن البائع العشرة الزائدة لأجل الغرور بالنسبة إليها.

(6) أي: بالضمان.

(7) يعني: توضيح ما أشار إليه بقوله: «و ممّا ذكرنا يظهر وجه اندفاع». وهذا توضيح ردّ الإيراد المذكور، وهو عدم ضمان البائع لما اغترمه المشتري من قيمة العين التالفة لمالكها. وقد ردّه بوجهين.

و محصّل ما أفاده في الوجه الأوّل: أنّ القبض في البيع الفاسد وإن كان مقتضيا

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 398، السطر 8، مسالك الأفهام، ج 12، ص 225، جواهر الكلام، ج 37، ص 179

أنّ الإقدام (1) إنّما كان على ضمانه بالثمن، إلا أنّ الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام- مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له- سببا (2) لضمان المبيع بقيمته الواقعية (3)، فالمانع (4) من تحقّق الغرور وهو الإقدام لم يكن إلا في مقابل الثمن.

و الضمان (5) المسبّب عن هذا الإقدام لمّا كان لأجل فساد العقد المسبّب (6) عن تغرير البائع، كان (7) المترتّب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرّاً على الغاز،

لانتقال الضمان المعاوضي إلى الضمان الواقعي، لكنّه مشروط بأن لا يكون هناك مانع عن الضمان بالقيمة الواقعية. و المانع فيما نحن فيه- وهو إقدام البائع على الثمن المسمّى دون الزائد عليه- موجود، لأنّه مورد غرور البائع، فإنّ إقدام المشتري مختص بالثمن المسمّى فقط، فضمانه بالقيمة الواقعية يمنعه غرور البائع. و مقتضى قاعدة الغرور وقوع ضمان الزائد على الثمن المسمّى على البائع الفضول.

(1) أي: إقدام المشتري، فإنّه كان على ضمانه المعاوضي بالثمن المسمّى دون غيره.

(2) مفعول ثان ل- «جعل»، وقوله: «عدم إمضاء» عطف تفسير للفساد.

(3) التي هي من مقتضيات ضمان اليد.

(4) يعني: فالمانع من تحقّق غرور البائع الفضول- الموجب لضمانه لما اغترمه المشتري للمالك- مختص بما يقابل الثمن المسمّى، دون غيره كالقيمة السوقية.

(5) يعني: أنّ الضمان الواقعي المسبّب عن هذا الإقدام- أي إقدام المشتري على الضمان المعاملي- وإن كان فساد عقده مقتضيا لضمان المشتري لتمام قيمة العين التالفة عنده، لكنّه لمّا كان فساد العقد مسبباً عن تغرير البائع، كان ضمان العشرة الزائدة على الثمن المسمّى مستقرّاً على البائع.

و بالجملة: فعدم ضمان المشتري لتمام قيمة العين التالفة عنده- مع كونه ممّا يقتضيه فساد عقد البيع كسائر موارد فساد عقده- إنّما هو لأجل كون فساد ناشئاً من تغرير البائع.

(6) صفة ل- «فساد» يعني: أنّ فساد العقد ناش عن تغرير البائع وعدّ نفسه مالكا.

(7) جواب «لمّا» و المجموع خبر «و الضمان» و غرضه أنّه لمّا كان فساد العقد مسبباً عن تغرير البائع الفضول، كان ضمان بعض قيمة العين التالفة و هو مقدار الغرور- أعني به

فغرامة (1) العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الإقدام (2)، إلا (3) أنها ليست مقدما عليها.

هذا كله مع (4) أن التحقيق

العشرة الزائدة في المثال على الثمن المسمى - ثابتا على البائع الفضول و مستقرًا عليه، لأنه غاز، فيضمن بمقدار ما يغرّ المشتري به.

(1) غرضه أنه لا يتوهم أن غرامة العشرة الزائدة على الثمن المسمى مسببة عن إقدام المشتري على الضمان المعاوضي، فلا بد أن تكون تلك العشرة الزائدة أيضا على المشتري كعشرة الثمن.

(2) أي: إقدام المشتري على الضمان المعاوضي، وكان هذا التسبب مستلزما لضمان المشتري لجميع قيمة العين التالفة، لا خصوص الثمن المسمى في العقد الفضولي، وهو العشرة في المثال.

(3) هذا دفع التوهم المزبور، ومحصّ له: أن المشتري الجاهل بالغصب لم يقدم في عقد البيع الفضولي على ضمان تمام القيمة وهي العشرون، بل أقدم على العشرة المسماة في العقد.

(4) هذا وجه آخر لاندفاع ما ذكر في وجه عدم رجوع المشتري على البائع بقوله:

«من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين .. إلخ» فراجع (ص 558).

و محصّل هذا الوجه لدفع الإيراد المزبور هو: أن الموجب للضمان و المقتضي له في العقد الفاسد هو اليد التي لا استيمان فيها، لا مالكيا و لا شرعيا. و هذا يوجب ضمان المشتري للعين بتمام قيمتها السوقية، كما زعمه القائل بضمان المشتري، و عدم رجوعه إلى البائع. إلا أنه لمكان غروره بالنسبة إلى ما زاد على الثمن المسمى يرجع المشتري بما زاد عليه من العشرة في مثال المتن إلى البائع.

فالغرور مانع عن ضمان المشتري الزائد على الثمن المسمى، فاليد المقتضية لضمان تمام القيمة على المشتري مقرونة بالمانع، و هو تغرير البائع بالنسبة إلى الزائد على الثمن المسمى.

فلم يقدم المشتري على ضمان تمام قيمة المبيع الفضولي التالف، بل خصوص الثمن المسمى.

ثم إن الفرق بين هذا الوجه و الوجه السابق هو: أن هذا الوجه ناظر إلى وجود المانع عن ضمان المشتري لتمام القيمة، مع ثبوت المقتضي له و هو اليد بلا ايمان. و الوجه

- على ما تقدّم (1) سابقاً- أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا-على وجه الاستيمان، وأنّ (2) ليس الإقدام على الضمان علّة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان، وإن استدل به (3) الشيخ وأكثر من تأخّر عنه. وقد ذكرنا في محلّه (4) توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع (5).

و كيف كان (6) فجريان قاعدة الغرور

---

السابق ناظر إلى وجود المقتضي لضمان البائع لتمام القيمة، لكن إقدام المشتري على ضمان الثمن المسمّى مانع عن ضمان البائع الغاّر لتمام القيمة.

(1) حيث قال: «و أما العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبله لا ضمان» (1).

(2) معطوف على «أنّ سبب».

(3) أي: استدلّ بالإقدام على الضمان الشيخ الطوسي قدّس سرّه وأكثر من تأخّر عنه كابن إدريس والعلامة والمحقق والشهيد الثانيين (2).

(4) أشار بهذا إلى ما أفاده في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد من قوله: «ثم إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ قدّس سرّه و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام والدخول عليه بيان أنّ العين والمنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً أو أمانة. فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال» (3).

(5) يعني: فراجع ما استدل به على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد (4).

(6) يعني: سواء كان التوجيه المزبور وجيهاً أم لا.

---

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 99 و 100

(2) تقدّمت الإشارة إلى مصادر الكلمات في ص 485

(3) هدى الطالب، ج 3، ص 130-131

(4) هدى الطالب، ج 3، ص 114

ص: 561



فيما نحن فيه (1) أولى منه (2) فيما حصل في مقابلته نفع.

هذا (3) إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد. ولو تجددت (4) بعده فالحكم

(1) وهي الغرامة التي اغترمها المشتري للمالك من دون حصول نفع له في مقابلها، كالمال المصرف في عمارة المبيع، أو نفقته كتعليف الدابة.

(2) يعني: أولى من جريانها في القسم الثاني من أقسام الغرامات، وهو ما حصل للمشتري بإزاء الغرامات نفع.

وجه الأولوية هو: أن صدق الغرور فيما إذا وصل إلى المشتري نفع في مقابل ما اغترمه للمالك يقتضي - بالفحوى - صدق الغرور فيما لم يصل إليه نفع في مقابل الغرامات، إذ لو نوقش في صدق الغرور في صورة استيفاء المشتري للمنافع - كما عن صاحب الرياض - لم يكن مجال للمناقشة في صدقه على الغرامة التي لم يصل في مقابلها نفع إلى المشتري. فصدق الغرور هنا أولى من صدقه على ما إذا وصل إلى المشتري نفع.

(3) يعني: أن الحكم برجوع المشتري إلى البائع الفضول بال عشرة الزائدة على الثمن المسمى في عقد الفضول إنما هو فيما إذا كانت زيادة القيمة ثابتة في حال عقد الفضول.

وأما إذا كانت القيمة السوقية مساوية للثمن المسمى - وهو العشرة - وحصلت زيادة القيمة على الثمن المسمى عند المشتري، فصارت قيمته السوقية عند المشتري عشرين بعد أن كانت عشرة، فالحكم بالرجوع في هذه الزيادة التي أخذها المالك من المشتري إلى البائع أولى، لأن المشتري لم يقدم على ضمان تلك الزيادة الحاصلة بعد العقد.

إما لاحتمال عدم ارتفاع القيمة بعد العقد حتى يشمل إقدام المشتري على الضمان المانع عن رجوعه إلى البائع بالزيادة المتجددة.

وإما لاحتمال فساد العقد.

وبالجملة: صدق قاعدة الغرور على الزيادة المتجددة أولى من صدقها على الزيادة الموجودة حال العقد، لاحتمال إقدام المشتري في الزيادة الموجودة حال العقد دون المتجددة بعده.

(4) يعني: تجددت زيادة قيمة المبيع فضولا بعد العقد.

بالرجوع فيه أولى (1).

هذا كله فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة.

#### [4- ما يغرمه المشتري بإزاء الجزء التالف]

وأما ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفة (2)، فالظاهر (3) أنّ حكمه حكم المجموع في أنّه (4) يرجع

(1) قد مرّ أنّنا توضيح الأولوية بقولنا: «لأنّ المشتري لم يقدم على ضمان تلك الزيادة الحاصلة بعد العقد .. إلخ».

هذا تمام الكلام في المقام الأول، وهو حكم تلف تمام المبيع. وسيأتي الكلام في حكم تلف بعض أجزائه، ويبحث فيه تارة عن انعدام نفس الجزء، و أخرى عن انعدام وصف قائم بالمبيع.

ما يغرمه المشتري بإزاء الجزء التالف

(2) كما إذا كان المبيع كتابين مثلا، والثلث عشرين ديناراً، وتلف أحد الكتابين، وأخذ المالك من المشتري الكتاب الموجود مع تمام العشرين.

(3) جواب «وأمّا» وهذا حكم تلف الجزء، وحاصله: أنّ حكمه حكم تلف المجموع في أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضول فيما زاد على الثمن. فإذا كانت قيمة المبيع التالف عشرين ديناراً، وكان الثمن عشرة دنانير، وأخذ المالك من المشتري تمام العشرين، رجع المشتري إلى البائع بالعشرة الزائدة على الثمن الذي هو عشرة دنانير أيضاً، إذ المفروض أنّ الزائد على الثمن عشرة دنانير. وأمّا نفس الثمن فليس للمشتري الرجوع به إلى البائع، لعدم تغريبه بالنسبة إلى الثمن الذي أقدم المشتري على دفعه إلى المالك عوضاً عن المبيع. وتغريب البائع مختص بما زاد على الثمن من قيمته الواقعية وهو العشرة. هذا حكم تلف مجموع الأجزاء.

وأما حكم تلف بعض أجزاء المبيع كالمثال المذكور - وهو بيع الكتابين - فهو عدم رجوع المشتري إلى البائع بما يقابل ثمن التالف وهو العشرة، لإقدام المشتري عليها، ورجوعه إلى البائع في الزائد على عشرة الثمن، وهو العشرة أيضاً.

(4): أي: أنّ المشتري، وضمير «حكمه» راجع إلى «ما» في قوله «وأمّا ما يغرمه».

ومراد أنّ المشتري يرجع في الزائد على ثمن الجزء التالف، ولا يرجع في مقدار ثمن التالف وهو العشرة، فإنّ ثمن الجزء التالف - كالجاء الموجود - عشرة دنانير، والمشتري

في الزائد (1) على ما يقابل ذلك الجزء، لا فيما (2) يقابله على ما اخترناه. و يجيء على القول الآخر (3) عدم الرجوع في تمام ما يغرمه.

## 5- ما يغرمه بإزاء أوصافه]

و أمّا ما يغرمه (4) بإزاء أوصافه، فإن كان [1] ممّا لا يقسط عليه الثمن

---

يرجع بالعشرة الزائدة على عشرة الثمن، لا بمقدار الثمن.

(1) يعني: يرجع في الزائد على مقدار ثمن الجزء التالف، والمراد بهذا الثمن هو العشرة.

(2) معطوف على «في الرائد» يعني: يرجع المشتري على البائع في الزائد على ثمن التالف، وهو على الفرض عشرة دنانير. ولا يرجع إلى البائع فيما يقابله من الثمن وهي عشرة دنانير.

و الحاصل: أنّ المشتري يرجع إلى البائع في الزائد على الثمن، لا في مقدار الثمن، بناء على ما اختاره في (ص 556) من قوله: «فإنّه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلاّ لزم...».

(3) الذي تعرّض له في (ص 557) بقوله: «ما ذكر في وجه عدم الرجوع من أنّ المشتري إنما...».

ما يغرمه المالك بإزاء تلف الوصف

(4) معطوف على «و أمّا ما يغرمه» يعني: و أمّا ما يغرمه المشتري للمالك بإزاء أوصاف المبيع، فإن كان الوصف المفقود وصفا لا يقابل بالمال، ولا يقسّط عليه الثمن، وإن كان موجبا لزيادة المالية- كما عدا وصف الصحة من أوصاف المبيع، كوصف الكتابة

---

[1] لم يذكر له عدل، مع وضوح اقتضاء السياق لأن يكون له عدل، وهو: أن يكون الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن.

و كيف كان، فإن كان الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن- كوصف الصحة- جرى عليه حكم الجزء، فيتدارك الوصف الفائت باسترداد ما قابله من الثمن.

وإن كان الوصف ممّا لا يقسّط عليه الثمن رجع المشتري بغرامته إلى البائع، لعدم إقدامه على ضمان الأوصاف حتى لا يرجع إلى البائع، هذا.

كما عدا وصف الصحّة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبدا كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه (1) بالتفاوت - فالظاهر (2) رجوع المشتري على البائع، لأنّه (3) لم يقدم على ضمان ذلك (4).

ثم إنّ (5) ما ذكرنا كلّه من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنّما هو إذا كان

---

و الخياطة ونحوهما، وانتفاء ذلك الوصف عند المشتري كنسيان العبد المبيع فضولاً للكتابة أو الخياطة أو غيرهما عند المشتري - فالظاهر رجوع المشتري على البائع الفضول بما اغترمه للمالك من التفاوت بين واجد الوصف وفاقده. كما إذا كانت قيمة العبد الواجد للكتابة عشرة دنانير، وقيمة العبد الفاقد لها خمسة دنانير، فيرجع المشتري بخمسة التفاوت إلى البائع.

(1) أي: فرجع المالك على المشتري بالتفاوت بين واجد الوصف وفاقده.

(2) جواب الشرط في قوله: «فإن كان».

(3) تعليل لرجوع المشتري على البائع، وحصاه: أنّ المشتري لم يقدم على ضمان ما يغرمه بإزاء الأوصاف حتى لا يرجع على البائع، و إنّما أقدم على ضمان الثمن الذي هو بإزاء العين دون الأوصاف.

(4) أي: ما يغرمه بإزاء الأوصاف.

(5) الغرض من هذا الكلام تعيين مورد رجوع المشتري إلى البائع الفضول بالغرّامات التي اغترمها للمالك، في تمام الأقسام، سواء أكانت الغرامة في قبّال الثمن، أو ما استوفاه من منفعة، أو ما لم ينتفع به، أو في قبّال فوات الوصف.

و محصل ما أفاده في ذلك: أنّ مورد رجوع المشتري إلى البائع بالغرّامات هو البيع الذي يكون فساده من ناحية عدم مالكية البائع للمبيع، و عدم إذن المالك في البيع حتى

---

لكن الحق عدم تقسيط الثمن على الأوصاف مطلقاً حتى وصف الصحّة، ولذا ذكروا أنّ الأرش في مورد خيار العيب ليس جزءاً من الثمن، و إنّما هي غرامة على البائع.

و بالجملة: فالأوصاف مطلقاً - و إن كانت دخيلة في الصحّة - لا يقسّط عليها الثمن، و غراماتها تكون على البائع، لعدم إقدام المشتري عليها.

البيع المذكور (1) صحيحا من غير جهة كون البائع غير مالك. أمّا لو كان فاسدا من جهة أخرى (2) فلا رجوع على البائع، لأنّ (3) الغرامة لم تجيء من تغيير البائع في دعوى الملكية، وإنّما جاءت من جهة فساد البيع. فلو (4) فرضنا البائع صادقا في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له (5) هو البائع (6) على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه (7) حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على

يتحقق غرور البائع الموجب لوقوع المشتري في الغرامات.

و أمّا إذا كان البيع في نفسه فاسدا- كمجهولية المبيع وعدم بلوغ أحد المتعاقدين ونحوهما- فلا يرجع المشتري في الغرامات إلى البائع، لعدم تسبب تلك الغرامات عن تغيير البائع وكذب دعوى ملكيته للمبيع. فلو باع الفضولي متاعا مجهولا غير موصوف حين العقد- بوصف رافع للجهالة- واستولت عليه يد المشتري، وتلف عنده، ورجع المالك بقيمته السوقية عليه، لم يرجع المشتري بشيء من الغرامات على البائع.

(1) وهو بيع الفضول صحيحا أي جامعا للشرائط عدا مالكية البائع.

(2) أي: غير مالكية البائع. ومثال هذا الغير فقد بعض شرائط العوضين.

(3) تعليل لعدم رجوع المشتري إلى البائع بالغرامات، وحاصله: عدم تسبب الغرامات عن تغيير البائع، كما مرّ آنفا بقولنا: «لعدم تسبب تلك الغرامات عن تغيير...».

(4) هذا متفرع على كون الغرامة ناشئة من فساد البيع، وحاصله: أنّ البائع لو كان صادقا في ادّعاء ملكية المبيع له، وكان فساد البيع لجهالة المبيع مثلا- كما إذا باع المالك متاعا مجهولا بعشرين، وكانت قيمته حال البيع ثلاثين، وتلف عند المشتري، ثم ظهر فساد البيع لجهالة المبيع- لم ترتفع الغرامة عن المشتري. بل عليه إمّا أن يدفع إلى البائع المالك الثلاثين، ويستردّ الثمن المسمّى، لأنّه مع فرض بطلان البيع لم يخرج الثمن عن ملك المشتري. وإمّا أن يدفع الثلاثين إلى مالك المتاع على تقدير كذب البائع.

(5) وهو الذي يدفع إليه الغرامة من البائع إن كان صادقا في دعوى ملكية المبيع له، أو المالك إن كان البائع كاذبا في دعوى الملكية.

(6) خبر «كون»، وقوله: «المالك» معطوف على «البائع».

(7) أي: حكم الغرامات التي يغترمها المشتري للمالك- وهو البائع على تقدير

تقديرى صدق البائع و كذبه.

ثم إنه قد ظهر ممّا ذكرنا (1) أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع عليه، فلا يرجع (2) البائع به (3) على المشتري إذا رجع عليه، لأنّ (4) المفروض قرار الضمان على البائع.

وأما (5) ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة،

---

صدق دعوى الملكية له، أو غيره على تقدير كذبها في صورة كون فساد البيع لجهة أخرى غير الفضولية- حكم نفس الثمن الذي يلتزم المشتري بمقتضى الضمان المعاوضي بدفعه مطلقاً، من غير فرق في ذلك بين صدق البائع في دعواه و كذبه فيها.

(1) أي: وقد ظهر ممّا ذكرنا- من أن كل ما يغترمه المشتري للمالك ممّا كان بإزاء العين، كزيادة قيمتها السوقية على الثمن المسمى في عقد الفضول، أو بإزاء المنافع المستوفاة، أو غير المستوفاة، أو بإزاء الأجزاء أو الأوصاف، و يرجع به إلى البائع لقاعدة الغرور- أنّ قرار الضمان على البائع، فإذا رجع المالك على المشتري بالغرامات رجع المشتري بها على البائع. وإذا رجع المالك على البائع لم يرجع البائع على المشتري.

(2) خبر «أنّ كلّ» و دخول الفاء عليه لتضمّنه معنى الشرط.

(3) هذا الضمير و ضمير «به» المتقدم راجعان إلى الموصول المراد به الغرامة.

(4) تعليل لعدم رجوع البائع على المشتري، و محصل التعليل هو: تغرير البائع، و قاعدة الغرور تقتضي قرار الضمان على الغاز، و هو البائع.

(5) هذا في مقابل قوله: «أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع» و حاصله: أنّ هنا موردا لا يرجع المشتري فيه على البائع، بل يرجع البائع فيه على المشتري، و هو ما إذا باع الفضولي مال غيره بعشرين ديناراً مثلاً مع كون قيمته السوقية ثلاثين ديناراً، و تلف ذلك المال عند المشتري، فرجع المالك إلى البائع، و أخذ منه ثلاثين ديناراً بدلاً عن المبيع التالف، فإنّ البائع يرجع حينئذ إلى المشتري، و يأخذ منه مقدار الثمن المسمّى، و هو العشرون من القيمة الواقعية للمبيع، و لا يأخذ العشرة الزائدة على الثمن المسمّى، لأنّ هذه الزيادة ناشئة عن تغرير البائع، فضمانها عليه لا على المشتري.

فيرجع (1) البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك (2). و الوجه في ذلك (3) حصول التلف في يده.

فإن قلت (4): إنَّ كلاً من البائع و المشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب الضمان، و حصول التلف في يد المشتري لا دليل

---

(1) هذا جواب «و أمّا» و ضمير «به» راجع إلى «ما» الموصول في قوله: و أمّا ما لا يرجع.

(2) بأن رجع إليه المالك، و أخذ منه القيمة الواقعية و هي الثلاثون.

---

(3) أي: في رجوع البائع على المشتري بمساوى الثمن، و حاصل هذا الوجه: أنّ قرار الضمان على المشتري، لحصول التلف في يده، و عدم جريان قاعدة الغرور فيه.

(4) الغرض من هذا الإشكال إثبات الضمان على البائع، و عدم كون المشتري ملزماً بدفع ما ساوى الثمن - من القيمة الواقعية للمبيع - إلى البائع. و محصله: أنّ علّة الضمان - و هي اليد العدوانية - مشتركة بين البائع و المشتري، و لذا يجوز الرجوع للمالك، إلى أيهما شاء. و يبقى وجه رجوع البائع إلى المشتري في صورة رجوع المالك إلى البائع، حيث إنّه لا دليل على كون تلف المال بيد المشتري موجبا لرجوع البائع عليه.

و بعبارة أخرى: هذا الاشكال ناظر إلى استبعاد ضمان الأيدي المتعاقبة لمضمون واحد، مع أنّ العين الواحدة لو تلفت لها بدل واحد مثلاً أو قيمة، فكيف تستقر في ذمم أشخاص وضعوا أيديهم عليها؟ و مع فرض تعدد الضامن ما الوجه في استقرار الضمان على من تلفت عنده العين؟ حتى يجوز لغير من تلفت عنده الرجوع عليه لو طالب المالك البديل ممّن لم تتلف عنده.

(5) اختلفت نسخ الكتاب في ضبط هذه الجملة، ففي نسختنا المصححة «و حصول التلف في يد المشتري لا دليل ..» فبناء على هذا يكون «حصول التلف» مبتدء، و خبره «لا دليل». و قريب منها ما في بعض النسخ من قوله: «و حصول التلف في يد المشتري لا وجه له، و لا دليل ..» حيث يكون «و حصول» مبتدء، و خبره «لا وجه له» و جملة «لا دليل» إشارة إلى الدليل.

و لكن في بعض النسخ «و حصول .. و لا دليل» إذ يتعيّن قراءته بالجرّ معطوفاً

على كونه سببا لرجوع البائع عليه (1).

نعم (2) لو أتلّف بفعله رجوع (3)، لكونه سببا لتنجّز الضمان على السابق (4).

### [كيفية ضمان ذمم متعددة لمال واحد]

قلت (5): توضيح ذلك (6) يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كلّ من

---

على «حصول العين». وعلى كلّ لا يختلف مفاد العبارة باختلاف النسخ، فلاحظ.

(1) أي: على المشتري، وضمير «كونه» راجع إلى حصول التلف بيد المشتري.

(2) استدراك على قوله: «و حصول التلف .. لا دليل» و حاصله: أنّه إذا أتلّف المشتري المبيع بفعله، اتّجه رجوع البائع عليه فيما إذا دفع بدل المبيع التالف إلى المالك، وذلك لأنّ إتلاف المشتري للمبيع كما أنّه إتلاف العين على المالك، كذلك إتلاف للغرامة الثابتة على البائع بسبب يده العادية.

ففرق بين التلف و الإتلاف، حيث إنّ الأوّل لا- يوجب رجوع البائع على المشتري، بخلاف الإتلاف، فإنّه يوجب رجوع البائع عليه في مساوي الثمن، لأنّه إتلاف للغرامة و سبب لتنجّز الضمان على البائع، إذ لو لم يتلفها المشتري لم يتنجّز ضمان على البائع، لإمكان ردّ العين حينئذ إلى المالك. فإتلافها سبب فعلية ضمان السابق، فجاز له الرجوع على المشتري من جهة هذا التسبب.

و عليه فالضمان اليدي و إن كان متحققا فيهما، إلّا أنّ على المشتري ضمانا بسبب الإتلاف أيضا، فيستقر الضمان عليه.

(3) أي: رجوع البائع على المشتري، و ضمير «لكونه» راجع إلى إتلاف المشتري.

(4) و هو البائع.

كيفية ضمان ذمم متعددة لمال واحد

(5) هذا دفع الاشكال المذكور بقوله: «فان قلت» و الغرض من هذا الدفع إثبات رجوع البائع إلى المشتري، و بيان وجه رجوعه إليه.

(6) أي: وجه رجوع البائع إلى المشتري، و توضيح وجهه يحتاج إلى بيان كيفية اشتغال ذمة كل من البائع و المشتري ببدل التالف، فينبغي التكلم في جهات:



اليدين ببذل التالف، و صيرورته في عهدة كلّ منهما، مع أنّ الشئ الواحد لا يقبل (1) [لا يعقل] الاستقرار إلا في ذمة واحدة، وأنّ (2) الموصول في قوله عليه السلام:

«على اليد ما أخذت» شئ واحد كيف يكون على كلّ واحدة من الأيدي المتعدّدة؟

الاولى: أنّه هل يعقل ضمان شخصين أو أكثر في آن واحد لمال واحد بالاستقلال، بحيث تكون عهدة كلّ منهما أو منها ظرفاً للمال مع الغصّ عن الأخرى، كالتكاليف الاستقلالية في العام الاستغراقي، أم لا؟

لا ينبغي الإشكال في امتناع ذلك وعدم معقوليته، لأنّ الذمة في وعاء الاعتبار كالأين الخارجي، فكما لا يعقل استقرار شئ خارجي - ككتاب ونحوه - في زمان واحد في مكانين، فكذلك لا يعقل استقرار مال في ذمة شخص واستقراره في ذمة شخص آخر في آن واحد. وهذا هو الضمان العرضي الذي يقول به أكثر علماء العامة في ضمان الدين عن المديون، لبنائهم على أنّ الضمان ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى، لا نقل الدين عن ذمة المديون إلى ذمة الضامن كما يقول به الخاصة وبعض العامة.

وبالجملة: فالضمان العرضي غير معقول.

الجهة الثانية: أنّه بناء على عدم معقولية الضمان العرضي ثبوتاً لا محيص عن التصرف في الأدلة إذا كانت ظاهرة في إمكان الضمان العرضي في مرحلة الإثبات، بحملها على الضمان الطولي.

(1) أشار بهذا إلى الجهة الأولى، وهي مقام الثبوت، الذي هو عدم معقولية الضمان العرضي.

(2) بيان لوجه امتناع اشتغال ذمم متعددة بإبدال لمبدل واحد، ومحصله: أنّ دليل الضمان في المقام وضع اليد على مال الغير بدون رضاه، ومن المعلوم أنّ المراد بالموصول في «ما أخذت» هو المبيع الشخصي الواحد التالف بيد المشتري مثلاً. ولا ريب في اقتضاء وحدة المبدل التالف وحدة البدل، إذ ليس للواحد إلا بدل واحد، فكيف يتعدد هذا الواحد باستقراره في ذمم متعددة؟

وقد أفادوا لحلّ هذا الاشكال وجوهاً، والمذكور منها في المتن اثنان، أحدهما ما اختاره المصنف قدّس سرّه، والآخر ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه، وسيأتي توضيح كل منهما.

فنعول (1): معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها و دركها بعد التلف عليه (2)، فإذا فرضت أيد متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة معناه (3) لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه. و حيث (4) إن الواجب هو تدارك الفائت الذي يحصل ببديل واحد لا أزيد، كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم بالخروج (5) [الخروج] عن العهدة عند تلفه، فهو (6) يملك ما في ذمة كل منهم على البديل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي [إذا استوفى من أحدهم سقط من الباقي] لخروج الباقي (7) عن كونه [كونها] تداركا، لأن المتدارك لا يتدارك.

(1) هذا تقريب ضمان الأيدي المتعاقبة للمبيع التالف عند بعض الأيدي، و حاصله:

تعهد كل واحد منهم بتدارك التالف ببذله بمجرد وضع اليد عليه. لكن لا بد من الجمع بين هذا وبين ما يدل عليه «على اليد» من اقتضاء وحدة المبدل وحدة بدله.

(2) أي: على ذي اليد، و إلا كان المناسب تأنيث الضمير، لرجوعه إلى اليد.

(3) أي: معنى ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة هو لزوم .. إلخ.

(4) هذا شروع في الجهة الثالثة، و هي حكم المالك مع الضامنين، أعني به جواز مطالبة المالك كل واحد من الضامنين.

(5) متعلق ب- «مطالبة» و بناء على ما في بعض النسخ من قوله: «الخروج» فهو مفعول ثان للمطالبة.

(6) أي: المالك، و قوله: «فهو» نتيجة قوله: «و حيث إن الواجب» و حاصله: أنه- بناء على كون الواجب تدارك الفائت ببديل واحد- يكون لازمه مالكية المالك لما في ذمة كل واحد من الضامنين على البديل لا على الاستقلال، و إلا يلزم أن يكون لشيء واحد أبدال متعددة، مع كون المبدل المتدارك واحدا.

(7) أي: باقي الأبدال، فإن حصول تدارك الفائت ببديل واحد يقتضي سقوط وجوب التدارك عن باقي الضامنين، لحصول التدارك بواحد من الأبدال، و لا يتدارك المبدل المتدارك ثانيا. و لا يتصف ما عدا البديل- الذي حصل به التدارك- بكونه تداركا للفائت.

و الوجه (1) في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي أن مطالبته (2) ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيهما (3) [فأيها] حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له (4) في ذمة واحد [واحدة] لم يكن بعنوان البدلية، و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق ممّا ذكرنا (5) أن المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدلية، و يستحيل اتّصاف شيء منها (6) بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف واصلًا إلى المالك.

و يمكن أن يكون نظير ذلك (7) ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث إنّ ضمّ

---

(1) محصل هذا الوجه: انتفاء موضوع المطالبة، و هو عدم وصول ماله من المبدل و البدل إليه، فللمالك استحقاق المطالبة ما لم يصل إليه شيء من المبدل و بدله. فإذا وصل إليه أحدهما فلا يبقى موضوع لاستحقاق المطالبة. فلو بقي شيء له في ذمة شخص لم يكن ذلك بعنوان البدلية، و المفروض أنّه لم يثبت شيء للمالك في الذمم إلا بعنوان البدلية.

(2) أي: مطالبة المالك منوطة بعدم وصول المبدل و بدله إليه، فقوله: «ما دام..»

خبر «أن مطالبته» و هي خبر «و الوجه».

(3) الضمير راجع إلى المبدل و البدل. و بناء على نسخة «فأيها» فالضمير راجع إلى الأبدال المستفاد من العبارة.

(4) أي: للمالك، و حاصله: أنّه لو بقي شيء للمالك في ذمة شخص لم يكن ذلك بعنوان البدلية.

(5) أي: يظهر- من كون المالك مالكا لما في ذمة كلّ منهم على البدل- أن المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدلية، و من المعلوم استحالة اتّصاف شيء بالبدلية بعد صيرورة أحد الأبدال بدلا عن التالف واصلًا إلى المالك، فلا يبقى حينئذ مجال لاّتصاف غيره بالبدلية بعد فرض أنّه ليس لمبدل واحد إلا بدل واحد.

(6) أي: من الأبدال.

(7) أي: ثبوت شيء واحد في ذمم و عهديات متعددة. و قوله: «و يمكن» إشارة إلى إشكال و دفعه.

أمّا الإشكال فهو: أنّه لا دليل على شغل ذمم عديدة بمال واحد حتى في تعاقب

الأيدي الغاصبة، حيث إن الذمة المشغولة بالمغصوب واحدة، و هي ذمة من تلف المال بيده، و إن جاز للمالك الرجوع إلى كل واحد من الغاصبين.

و هذا الإشكال من صاحب الجواهر قدس سره حيث إنه ذهب تارة إلى امتناع ضمان ذمتين لمال واحد ثبوتا كما في كتاب الضمان في الإيراد على كلام الجمهور من كون الضمان ضم ذمة إلى ذمة أخرى «1». و أخرى إلى امتناعه إثباتا بمعنى عدم الدليل على ذلك «2».

و المقصود فعلا ما أفاده في منع تصور ضمان شخصين لمال واحد. و سيأتي في (ص 591) نقل كلامه في جواز مطالبة البدل من كل واحد من الضمنا.

و أما دفع الاشكال فهو ما أفاده المصنف بقوله: «و يمكن» و غرضه الاستشهاد بموارد أربعة على إمكان شغل ذمم متعدّدة بشيء واحد، و عدم استحالته.

فالمورد الأول: ضمان الدين، على مذهب العامة القائلين بأن الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المديون- لا نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى- فيكون الدين في ذمتي المديون و الضامن. بخلاف الضمان عند الخاصة، فإنه عندهم نقل الدين عن ذمة المديون إلى ذمة الضامن.

(1) معطوف على «ضمان المال» و هذا إشارة إلى المورد الثاني، و هو ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري. كما إذا ضمن شخص للبائع عهدة الثمن عند ظهور كون الثمن لغير المشتري، أو انكشاف بطلان البيع، و ضمن للمشتري عن البائع عهدة المبيع إن ظهر كونه للغير، أو انكشف بطلان البيع، فحينئذ تجتمع ذمتان: إحداهما ذمة الضامن، و الأخرى ذمة البائع، أو ذمة المشتري، مع وحدة المال المضمون به، فيجوز للبائع الرجوع إلى الضامن و إلى المشتري. و كذا يجوز للمشتري الرجوع إلى الضامن و إلى البائع.

و بالجملة: تشتغل ذمتان لمال واحد.

(1) جواهر الكلام، ج 26، ص 113

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 34

«عندنا» (1) كما في الإيضاح.

و ضمان (2) الأعيان المضمونة على ما استقره في التذكرة،

(1) هذه الكلمة ظاهرة في إجماع الإمامية على صحّة ضمان العهدة لكلّ من البائع والمشتري. ولكن لم أظفر بكلمة «عندنا» في ضمان الإيضاح، ولم ينقله عنه في مفتاح الكرامة والجواهر (1)، وإّما هو موجود في التذكرة في مسألة ما لو باع شيئاً، فخرج المبيع مستحقاً لغير البائع، حيث يجب على البائع ردّ الثمن، فقال: «وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج مستحقاً فهو ضمان العهدة، و يسمّى أيضاً ضمان الدرك .. وهذا الضمان عندنا صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن ..» (2).

ولعلّ المصنف أتكل في نسبة الإجماع إلى فخر الدين على كلام شيخه في المناهل، حيث قال في الأمور التي تبتّ عليها في ضمان العهدة: «هل هذا القسم ناقل أيضاً، أو لا، بل هو ضمّ ذمّة، إلى ذمّة صرّح بالأوّل في التحرير .. وصرّح بالثاني في الإيضاح والتنقيح، وهو ظاهر مجمع الفائدة، بل تبتّه الأوّل على دعوى الاتفاق عليه، قانلاً: ضمان العهدة ضمّ عندهم» (3).

(2) معطوف على «ضمان» وهذا ثالث الموارد المشار إليها، وهو ضمان الأعيان المضمونة، كما إذا ضمن شخص لمستعير الذهب و الفضة، فإنّه يجتمع هنا ذمّتان مشغولتان بمال واحد، فيجوز للمالك المعير الرجوع إلى كلّ من المستعير والضامن.

و تقييد الأعيان ب- «المضمونة» لإخراج غير المضمونة، كالأمانات من الوديعة و عارية غير الذهب و الفضة، و مال المضاربة و الشركة، و المال في يد الوكيل، و نحوها، لدعوى الاتفاق على عدم جواز ضمانها، لكونه من ضمان ما لم يجب.

و ل ضمان الأعيان المضمونة- كما أفاده العلامة قدّس سرّه في التذكرة- صورتان:

الاولى: أن يضمن وجوب ردّها إلى المالك إن كانت باقية.

(1) لاحظ: مفتاح الكرامة، ج 5، ص 373، جواهر الكلام، ج 26، ص 135

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 91، السطر 34

(3) المناهل، ص 139، السطر 2-5

ص: 574

---

الثانية: أن يضمن ردّ قيمتها إليه لو تلفت بيد المضمون عنه. وقال بصحة كلتا الصورتين، فراجع «1».

(1) هذه النسبة كسابقتهما مما لم أظفر بها في الإيضاح، بل كلامه في هذه المسألة ظاهر في خلاف النسبة، حيث إنّه - بعد بيان وجهي الإشكال المذكور في القواعد - قال:

«و الأصح أنّه لا يصحّ» «2». وكذا نقله السيد العاملي عنه، فراجع.

نعم استقرّب العلامة جواز هذا الضمان بقوله: «وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدّة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبة .. إلخ» «3».

(2) معطوف على «ضمان» وهذا رابع الموارد، وهو ضمان شخصين لواحد، كما إذا ضمن شخصان دين مديون، فإنّ ذمّتها تشتغل بدينه، فيجوز للدائن الرجوع إلى أيّ منهما شاء.

---

[1] إن أريد ضمانهما دفعة وفي زمان واحد - بأن يكون كلّ منهما ضامنا بالاستقلال - فهو ممتنع، ولا يشمل دليل مشروعية الضمان. وإن أريد ضمانهما على التعاقب كان الضمان الثاني باطلا، لأنّه بالضمان الأوّل لا يبقى شيء في ذمة المديون حتى يضمنه الضامن الثاني.

وعلى هذا لا يتحقق ضمان الاثنین لواحد مطلقا، من غير فرق في ذلك بين الدفعي والتعاقبي. فما عن العلامة قدّس سرّه في درسه من نفي المنع عن ضمان الاثنین على وجه الاستقلال لا يخلو من غموض.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 90، السطر 29 و 35

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 85، مفتاح الكرامة، ج 5، ص 372

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 92، السطر 24

وقد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة في درسه: أنه نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال (1).

(1) بأن يضمن كل من الشخصين للدائن ماله الذي في ذمة المديون في عرض الآخر، لا في طوله بأن يكون أحدهما ضامنا للمالك، و الآخر ضامنا للضامن.

و الأقوال في هذه المسألة ثلاثة، و استشهد المصنف قدس سره مبني على قول ابن حمزة الذي نفى العلامة قدس سره بعده. و لا بأس بتوضيح أصل المسألة- على ما ذكره السيد العاملي قدس سره- ثم الإشارة إلى الأقوال، فنقول و به نستعين:

إن ضمان الاثنين لما في ذمة شخص- كالدين المستقر في عهدة زيد لعمره- إما أن يكون على التعاقب، بأن يضمنه بكر في الساعة الأولى، و بشر في الساعة الثانية. و إما أن يكون دفعة.

فعلى الأول ينفرد أحدهما بكونه ضامنا، و هو من رضي المضمون له بضمانه، سواء أ كان هو السابق أو اللاحق، و يبطل ضمان الآخر. كأن يقول: «رضيت بضمان بشر مثلا» و لو قال: «رضيت بضمان كل واحد منكما» كان الضامن هو الأول، لأن رضاه بضمان كل واحد يوجب انتقال المال إلى من تعهد أولا، فلا يبقى موضوع لضمان الثاني.

و على الثاني- و هو كون الضمانين دفعة- فإن قال المضمون له: «رضيت بضمان بكر مثلا» انتقل كل المال إلى ذمته، و بطل ضمان الآخر. و إن قال: «رضيت بضمانكما» كان هو مورد البحث، و فيه أقوال ثلاثة:

الأول: قول أبي علي ابن الجنيد، و هو تقسيط المال على الضامنين، فيضمن- في المثال- كل واحد منهما نصف المال.

الثاني: التخيير في مطالبة من شاء منهما، و مطالبتهما معا، و يسمّى ضمان الاشتراك و الانفرد معا، و قد جزموا به في باب الديات في ما إذا قال: «ألق متاعك، و على كل واحد منا ضمانه»، و هو قول ابن حمزة في المقام. و يكون المضمون له بالخيار في مطالبة المال من أيّهما شاء على الانفرد، و على الاجتماع «1».

قال (1): «و نظيره في العبادات: الواجب الكفائي [1]، وفي الأموال (2): الغاصب من الغاصب».

هذا (3) حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي [2].

---

و هذا القول مورد استشهاد المصنف على اشتغال ذمم متعددة بمال واحد. و انتصر العلامة قدّس سرّه له بنظيرين:

أحدهما: الحكم التكليفي، و هو الواجب الكفائي، حيث إنّ المخاطب بالتكليف عامّة المكلفين، و يسقط بامتنال أحدهم.

و ثانيهما: الحكم الوضعي، و هو ضمان الغاصب من الغاصب.

القول الثالث: البطلان، و هو قول معظم الأصحاب كما في الإيضاح «1».

(1) يعني: قال العلامة قدّس سرّه: و نظيره- أي: و نظير ضمان الاثنين بنحو الاستقلال- الواجب الكفائي في العبادات كغسل الميت و صلاته، فإنّه يجب على كل واحد من المكلفين القيام بأمر الميت، و لكن يسقط الوجوب بقيام بعض عن الآخرين.

(2) يعني: و نظير ضمان الاثنين عن واحد على وجه الاستقلال- في الأموال- ضمان الغاصب من الغاصب، كما إذا غصب زيد مالا من عمرو، ثم غصب بكر ذلك المال من زيد، فحينئذ تشتغل كلتا ذمتي الغاصبين لشخص واحد- و هو عمرو- بمال واحد.

(3) أي: ما ذكرناه من قولنا: «قلت: توضيح ذلك» هو حال المالك بالنسبة إلى البائع الفضول و المشتري من الأيدي المستولية على مال المالك الذي بيع فضولا.

---

[1] يشكل هذا النظر بأنّ لازمه استحقاق المالك لجميع الأبدال إذا دفعت إليه في آن واحد، كما تمثل الجميع في صورة إتيانهم بالواجب الكفائي دفعة واحدة، مع القطع بعدم استحقاق المالك إلا لبدل واحد من تلك الأبدال، و تعيينه بالقرعة.

[2] ينبغي لتحقيق حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي التعرض لمقامين:

الأول الثبوت، و الثاني الإثبات.

---

(1) الحاكي لكلامي الفخر و الشهيد من النسبة إلى مجلس درس العلامة هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 5، ص 393، و لاحظ

إيضاح الفوائد، ج 2، ص 89، جامع المقاصد، ج 5، ص 341



أما المقام الأول ففي بيان محتملات دليل الضمان، وهو «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

أولها: أن يراد به خصوص الغاصب الذي أخذ المال بلا واسطة من الغاصبين، فللمالك أن يرجع إلى مبدء سلسلة الغاصبين، دون غيره منهم.

ويمكن استظهار ذلك من كلمة «حتى تؤدى» لرجوع الضمير المستتر في «تؤدى» إلى اليد، فمعناه حينئذ: على اليد ما أخذت حتى تؤدى تلك اليد المستولية ما أخذته. وظاهر الإسناد إلى اليد هو خصوص اليد المستولية مباشرة على المال.

ثانيها: ضمان جميع الأيدي المستولية على المال لشخص المالك فقط، فله الرجوع إلى كلّ منهم، وليس لأحد منهم الرجوع إلى بعضهم، لعدم ضمانهم بالنسبة إلى أنفسهم، وإنّما ضمانهم بالنسبة إلى شخص المالك دون غيره.

ويمكن استظهار هذا الوجه من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «حتى تؤدى» لأنّ التأدية لا بدّ أن تكون إلى من أخذ منه المال حقيقة أو حكما، لأنّ الكلام في أخذ مال الغير لا في المباحات الأصلية، فلا بدّ أن يكون التأدية إلى من أخذ منه المال، أو من هو بمنزلة. فإذا ردّ المال إلى غير المأخوذ منه لم تصدق التأدية.

ثالثها: أن يراد به ضمان كلّ أخذ لمن أخذ المال منه، فالمالك يرجع إلى مبدء السلسلة فقط، وهو يرجع إلى الآخذ الثاني، وهو إلى الثالث، وهو إلى الرابع، وهكذا.

وهنا احتمالات أخرى، ولكن المهمّ الاستظهار من الدليل كما سيأتي.

وأما المقام الثاني - وهو مقام الإثبات بحسب فهم العرف - فنقول: إنّ النبوي المذكور في مقام بيان حكم اليد الآخذة، والظاهر أنّ للنبوي إطلاقا بالنسبة إلى كلّ أخذ بأيّ نحو حصل، سواء أكان الأخذ من المالك بلا واسطة أم معها، وسواء أكان الأخذ بائعا صورة أم مشتريا، فالأخذ مطلقا يكون ضامنا للمالك.

وبالجملة: فضمان كل أخذ للمالك - بمعنى جواز رجوع المالك إلى كل من استولى على ماله - ممّا لا ينبغي الإشكال فيه.

وإنّما الكلام في تضمين بعض الضماناء لبعضهم، كأن يكون الضامن الثاني ضامنا

لما ضمنه الضامن الأول، و الضامن الثالث ضامنا لما ضمنه الغاصب الثاني، و هكذا، كما هو المشهور في الأيدي المتعاقبة، بأن يقال: إنَّ الضامن الأول ضامن للمالك قيمة ماله، و الضامن الثاني ضامن للضامن الأول ما ضمنه للمالك، فعليه تدارك ضمان الضامن على تقدير وقوع الخسارة عليه. و الضامن الثالث ضامن للثاني ما ضمنه للأول الذي هو ضامن للمالك.

و الحاصل: أنَّ المشهور - على ما قيل - جواز رجوع المالك على كلِّ واحد من الضمنا، و رجوع كلِّ سابق منهم إلى لاحقه لو لم يكن مغرورا من سابقه. و دليل كل ذلك هو النبوي المشهور «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

أمَّا رجوع المالك إلى كلِّ واحد من الضمنا، فلأنَّ يد كلِّ منهم على مال المالك عادية، و ذلك بمقتضى عموم أو إطلاق «على اليد» سبب للضمان.

و أمَّا ضمان بعضهم بالنسبة إلى بعضهم الآخر فلأنَّ الضامن الثاني أخذ المال من الضامن الأول بما كان له من الخصوصية، و هي كونه مضمونا على الضامن الأول. و كذا من بعده من الضامن الثالث و الرابع، فإنَّ كلاً منهم استولى على مال المالك بوصف كونه مضمونا على سابقه، و لذا يرجع السابق على اللاحق إذا رجع المالك على السابق، و أخذ المال منه، إن لم يكن السابق غازاً، و إلا فليس له الرجوع إلى اللاحق. فإنَّ الحكم يثبت لموضوعه بخصوصيته، و المفروض أنَّ كل لاحق أخذ المال من سابقه بخصوصية كونه مضمونا على سابقه، فإنَّه مقتضى انحلال «على اليد» إلى قضايا متعددة على حسب تعدد الموضوعات. و هذا معنى طولية الضمانات.

و تجريد الموضوع عن الخصوصية منوط بالدليل، و هو مفقود.

مضافاً إلى: أنَّ تجريده عنها مستلزم لعرضية الضمانات، و قد تقدم امتناعها.

و هذا بخلاف ضمان الضامن الأول الذي أخذ المال من المالك، فإنَّه ضامن له من دون خصوصية كونه مضمونا على أحد، بل هو ضامن للمال مجرداً عن هذه الخصوصية.

و الحاصل: أنَّ دليل الضمان - و هو قاعدة اليد - يثبت كلا الأمرين، و هما: جواز رجوع المالك إلى كل واحد من الضمنا، لوقوع ماله تحت يد كلِّ واحد منهم. و جواز رجوع كل

سابق منهم إلى لاحقته، لوقوع المال تحت يده مضمونا على السابق، فيجتمع ضمانات الضمنا طولاً في زمان واحد مع وحدة المرتبة، و هي التلف.

لكن الحق أنّ التلف الموجب للضمان علة للضمان لجميع ذوي الأيدي العادية لبدل مال المالك، فجميع هؤلاء يضمن بدل العين بسبب التلف للمالك طولاً - لا عرضاً حتى يلزم المحال. ولا وجه لمراعاة خصوصية كونه مضمونا على السابق بعد كون كل واحد من ذوي الأيدي - بمقتضى انحلال عموم «على اليد» - مشمولاً لقاعدة اليد، فإنّ كل خصوصية من خصوصيات المال ليست مضمونة على ذي اليد العادية، بل خصوص الأوصاف الدخيلة في مالية المال، والمضمون على الأيدي اللاحقة نفس بدل مال المالك، لا البدل الموصوف بكونه مضمونا على السابق، فإنّ هذا الوصف من الأوصاف التي لا يضمنها الضامن، ولا يتوقف ضمان اللاحق على اعتبار كون المال مضمونا على السابق، إذ ليس هذا الوصف موجبا لزيادة المالية.

والحاصل: أنّ الضمان معلق على تلف العين، لأنّه مع بقاء العين لا ضمان، إذ اللازم حينئذ وجوب ردّ العين إلى المالك. ولا ضمان على أحد، لأنّ الضمان - بمعنى تدارك الخسارة الواردة على المالك - لا يتصور مع بقاء العين، إذ لا خسارة على المالك مع بقاء عين ماله، فإنّ عهدتها ودرکها بعد التلف، كما أفاده المصنف قدّس سرّه في (ص 571) بقوله: «معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها ودرکها بعد التلف عليه» وفي (ص 494) بقوله:

«الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه» فإنّهما يدلّان على كون الضمان جبران الخسارة الواردة على المال بسبب تلف ماله.

فعليه يكون ضمان كلّ من وقع المال تحت يده تعليقياً، و فعليته منوطة بالتلف.

فالجزء الأخير لعلّة الضمان للكلّ هو التلف. فكلّ واحد من الضامنين يضمن للمالك بدل ماله في رتبة واحدة، لا أنّ غير الضامن الأول يضمن ما ضمنه الضامن السابق، فإنّه بعيد عن أذهان العرف. فلا يكون «على اليد» ظاهراً فيه. بل ظاهره كون مال المالك بعهدته كلّ من ذوي الأيدي العادية.

وقد تلخص ممّا ذكرناه أمور.

الأول: أنّ ضمان كلّ من الضامنين ممّن يجوز للمالك الرجوع إليه- وأخذ عين ماله أو بدله منه- لأجل وقوع يد كلّ منهم على ماله.

الثاني: جواز رجوع السابق إلى اللاحق، إذا دفع البديل إلى المالك إن لم يكن السابق غازًا له، وإلا فليس له الرجوع إليه، لقاعدة الغرور. و ليس للآحق الرجوع إلى السابق إذا دفع اللاحق البديل إلى المالك، لأنّ اللاحق متعهد لما في ذمة السابق بعد وصول العين منه، دون العكس، فليتأمل.

(وجهه: ما ظهر من مطاوي البيانات السابقة من عدم كون اتصاف المال بعهدة الضامن السابق من الصفات الدخيلة في المالية حتى يكون مضمونا على الضامن اللاحق).

مضافا إلى: عدم وقوع البديل تحت يد اللاحق حتى يضمنه للسابق، ضرورة أنّ البديل الثابت في ذمة السابق لم يقع في يد اللاحق حتى يضمنه لأجل قاعدة اليد.

و مضافا إلى: عدم تقدم ضمان السابق على اللاحق، وذلك لأنّ سبب الضمان- وهو التلف- بالنسبة إلى جميع الضمّناء في رتبة واحدة، و لا تقدم لبعضها على الآخر حتى يجوز رجوع السابق إلى اللاحق.

نعم يجوز لمن دفع البديل إلى المالك أن يرجع إلى من تلفت العين بيده، لأنّ قرار الضمان عليه، حيث إنّ بناء العقلاء على وقوع المعاوضة القهرية بين العين التالفة وبين البديل الذي يدفعه من تلف عنده المال. وهذا وجه استقرار الضمان عليه.

وأما رجوع بعض الضمّناء إلى البعض الآخر- غير من تلف مال المالك عنده، بعد تساوي نسبة اليد العادية إلى جميع الضمّناء- فلم يظهر له وجه. و مجرد سبق بعضهم زمانا على الآخر في وضع اليد على عين مال الغير لا يجدي في جواز رجوع بعضهم على الآخر، إذ ليس ذلك مناطا للضمان، بل مناطه تلف العين كما مرّت الإشارة إليه. وهو يوجب ضمان الكلّ في رتبة واحدة لمالك العين التالفة من دون تقدم لأحدهم على الآخر. فقبل التلف لا- ضمان على أحد ممّن وقعت يده على العين إلا على نحو التعليق. و ثبوته غير معلّق منوط بالشرط المتأخر، لكنه بعد تسليم إمكانه غير ظاهر من أدلة الضمان.

ص: 581

و الحاصل: أنه أولاً لأسبق و لا لحوق في الضمانات.

و ثانياً:- على فرض السبق و اللحق- أنّ المضمون ليس المال بوصف كونه مضموناً على الضامن السابق، بل هذا الوصف عنوان مشير إلى ما هو الموضوع، لا أنه دخيل في الموضوع.

فاتضح أنه لا وجه لرجوع بعض الضمناً إلى بعضهم إلا إلى خصوص من تلف المال بيده. و أمّا إلى غيره فلا وجه له، فإنّ «على اليد» يثبت جواز رجوع المالك إلى أيّ واحد شاء من الغاصبين.

و أمّا رجوع بعض الغاصبين إلى البعض الآخر منهم، فلا يدل على ذلك، لأنّ المأخوذ- أو بدله- لا بدّ أن يؤدّى إلى مالكة، لا إلى غاصبه الآخر، فإنّ الغاصب ضامن للمالك لا لغاصب آخر، فإنّ نفس التأديّة تدلّ على اعتبار كون المؤدى إليه هو المالك، لأنّ التأديّة عبارة عن إيصال الحق إلى صاحبه، فإنّ أداء دين زيد لا يصدق إلا على إيصاله إلى الدائن، لا إلى غيره من الأجانب.

الثالث: أنّ ضمان الغاصبين يكون بعد تلف العين كما أفاده المصنف في كلامه الذي نقلناه عنه آنفاً، إذ مع بقاء العين لا خسارة على المالك، و المفروض أنّ الضمان عبارة عن تدارك الخسارة الواردة على المالك من ناحية تلف ماله، فضمن البدل مترتب على تلف المبدل، فالبديل طولي، لا عرضي كخصال كفارة إفطار صوم شهر رمضان، حيث إنّها أبدال عرضيّة.

فالغاصب مكلف أولاً- بوجوب ردّ العين المضمونة إلى مالكة. فإنّ تلفت و جب عليه تسليم بدلها إليه. فالضمان بالنسبة إلى الجميع تعلّقي، و فعليته منوطة بتلف العين.

و على فالتخيير بين دفع المبدل و البدل- كما هو ظاهر المتن- غير ظاهر، بل بدليّة بدل مال المالك طولية، نظير الكفارات المرتبة- ككفارة الظهار و قتل الخطاء، فإنّه يجب فيهما عتق رقبة، فإن عجز صام شهرين متتابعين، فإن عجز أطعم ستين مسكيناً- ضرورة أنّ ضمان البدل مترتب على تعذر المبدل و تلفه، فلا تخيير بين المبدل و البدل.

ثمّ إنّ هنا فروعا مترتبة على الضمان الطولي:

الأول: أنه لورجع المالك إلى أحد الضمنا، وأخذ منه عوض ماله، لم يكن له الرجوع إلى سائر الضمنا، وذلك لوحدة الحق، وعدم اشتغال ذمتين عرضيتين بمال واحد، سواء أكان المؤدّي أوّل السلسلة أم غيره من الضمنا، وسواء أكان من تلف عنده المال أم غيره.

الثاني: أنّ السابق إذا أدّى مال المالك جاز له أن يرجع إلى اللاحق، لأنّه باستيلاء يده على المال ضمن ما كان مضمونا على السابق. وهذا بخلاف ما إذا أدّى اللاحق المال إلى المالك، فإنّه لا يرجع إلى السابق، لأنّ السابق لم يضمّن المال بوصف كونه مضمونا على اللاحق، فتأمل.

الثالث: أنّ جواز رجوع السابق إلى اللاحق وأخذ المال منه منوط بدفع السابق المال إلى المالك، لأنّ ما يدفعه اللاحق إلى السابق إنّما هو من باب الغرامة و تدارك خسارة المالك، وليس من قبيل العوض لما في ذمة السابق. فوزان الضامن اللاحق مع الضامن السابق وزان الضامن للدين مع المضمون عنه في الضمان العقدي في عدم استحقاق الضامن الرجوع إلى المضمون عنه وأخذ المال منه إلا بعد أداء الدين إلى المضمون له.

وبالجملة: ليس ما في ذمة اللاحق ملكا للسابق حتى يجب على اللاحق دفع المال إليه مطلقا وإن لم يدفع السابق المال إلى المالك، بل يكون ما في ذمة اللاحق ملكا للمالك.

الرابع: لو أبرأ المالك جميع الضمنا فلا إشكال في سقوط حقه رأسا. وأمّا إذا أبرأ أحد الضمنا، ففي اختصاص الإبراء به، أو عمومه لجميع آحاد السلسلة، أو عمومه له ولسابقه دون لاحقه؟ وجوه، أقواها هو الثاني، لأنّه مقتضى وحدة الحق وطوليّة الضمانات، فإنّ موضوع جميعها وجود حقّ المالك، فإذا سقط حقه الذي هو مدار الضمانات لم يبق موضوع للضمان أصلا، حيث إنّ لمال المالك بدلا واحدا، وقد سقط ذلك بالإبراء الذي هو بمنزلة الاستيفاء.

نعم بناء على عرضية الضمانات يتجه الوجه الأول، وهو اختصاص الإبراء بمن أبرأه المالك، دون غيره ممن سبقه و لحقه. لكنك عرفت عدم صحة الضمان العرضي، بل عدم معقوليته.

الخامس: أنه إذا أسقط المالك حق المطالبة عن بعض الضمنا، فالظاهر أنه إسقاط لحق المطالبة الذي هو من حقوق المالك، وإسقاطه لا يستلزم براءة ذمة الضامن عن المال، فإن إسقاطه لازم أعم من ذلك، لإمكان سقوطه مع بقاء المال في ذمة الضامن. كجواز تأجيل الدين بالاشتراط في ضمن عقد، فإن هذا الشرط صحيح مع بقاء الدين بحاله.

ففيما نحن فيه يمكن إسقاط حق المطالبة مع بقاء المال على عهدة الضامن. وليس لإسقاط حق المطالبة ظهور عرفي في إبراء الذمة. فلو فرض شك في بقاء المال على عهده فلا مانع من استصحابه.

السادس: لو صالح المالك مع أحد الضمنا لم يكن له الرجوع إلى أحد من السابقين و اللاحقين، لذهاب حقه بالصلح.

إنما الكلام في حكم المتصالح مع الضمنا، فهل يجري الصلح مجرى الإبراء حتى لا يجوز له الرجوع إليهم؟ أم يجوز ذلك. الظاهر هو الثاني، لأن جواز مطالبة المالك كان مبني على بقاء حقه، وبعد الصلح تبدل المالك مع بقاء الحق الموجب لجواز المطالبة. فللمتصالح مطالبة أي من الضمنا. فليس الصلح كالإبراء، لأن الصلح نقل الحق إلى الغير، والإبراء إسقاط الحق الذي هو موضوع المطالبة.

إلا أن يقال: إن الملك أنا ما ليس موضوعا للمطالبة. وهذا الملك يتعقبه الإبراء، فليس موضوعا لجواز المطالبة، كملكية العمودين المترتب عليها الانعتاق. وهذا الملك التطرفي لا أثر له إلا مثل الإبراء و الانعتاق.

هذا إذا كان المتصالح أحد السلسلة. و أمّا إذا كان أجنبيًا، فجواز مطالبته الضمنا واضح.

و أما (1) حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أنّ اللاّحق إذا رجع عليه (2) لا- يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان.

كما لا ريب في أنّ السابق إذا رجع عليه (3) و كان غارًا للاحقه لم يرجع إليه، إذ (4) لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاّحق ضمنه (5) له (6).

---

### حكم الأيادي المتعاقبة بعضها مع بعض

(1) هذه هي الجهة الرابعة الراجعة إلى حال بعض ذوي الأيدي- المستولية على المبيع فضولا- بالنسبة إلى البعض الآخر منهم، وبه ينحلّ الإشكال المتقدم من: أنّه لو رجع المالك إلى البائع و طالبه ببدل ماله التالف بيد المشتري، جاز للبائع الرجوع إلى المشتري.

و لأجل تحرير محلّ البحث تبيّه المصنف على فرعين قبل حلّ الإشكال.

أحدهما: أنّه لا- ريب في عدم رجوع الضامن اللاّحق إلى الضامن السابق إذا رجع المالك على اللاّحق و أخذ منه بدل ماله، إلا إذا كان السابق سببا لوقوعه في خطر الضمان، كالبائع الفضول العالم بكونه غاصبا للمبيع، فإنّه غرّ المشتري، فإذا رجع المالك على المشتري، و أخذ منه بدل ماله، رجع المشتري إلى البائع، لصدق الغرور.

ثانيهما: أنّه لا ريب في أنّ السابق- كالبائع- إذا رجع عليه المالك، و أخذ منه بدل ماله، و كان غارا للاحقه- و هو المشتري- لم يرجع إلى اللاّحق المغرور.

(2) أي: على اللاّحق، و هذا إشارة إلى الفرع الأول.

(3) أي: على السابق، و هذا إشارة إلى الفرع الثاني.

(4) تعليل لعدم رجوع السابق الغارّ- و هو البائع العالم بكونه غاصبا- إلى اللاّحق المغرور، و حاصله: أنّه لا معنى لرجوع السابق إلى اللاّحق بمال لو دفعه اللاّحق كان السابق ضامنا له، كما إذا كانت قيمة المبيع السوقية ثلاثين دينارا، و كان الثمن المسمّى عشرين، و رجع المالك إلى البائع و أخذ منه الثلاثين، فليس له أن يأخذ ما زاد على العشرين- و هي العشرة- لأنّه بقاعدة الغرور ليس على المشتري، بل على البائع الغارّ.

(5) أي: ضمن السابق المال. و ضميرا «للاحقه، لرجوعه» راجعان إلى السابق.

(6) هذا الضمير و ضميرا «إليه، عليه» راجعة إلى اللاّحق.



فالمقصود بالكلام (1) ما إذا لم يكن غارًا له.

فنقول (2):

إنَّ الوجه في رجوعه (3) هو أنَّ السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئًا له بدل، فهذا الضمان (4) يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على (5) سبيل البدل، إذ (6) لا يعقل ضمان المبدل معيّنًا من دون البدل، وإلاّ (7) خرج بدله عن كونه بدلا.

(1) يعني: فالمقصود من كلامنا في رجوع السابق - إذا رجع عليه المالك - إلى اللاحق هو السابق الذي لا يكون غارًا لللاحق، وإلاّ فليس له الرجوع إلى اللاحق أصلا.

(2) هذا شروع في توجيه رجوع السابق إلى اللاحق الذي تلف المال عنده.

(3) أي: السبب في رجوع السابق على اللاحق - إذا لم يكن السابق غارًا لللاحق - هو: أنَّ اللاحق يضمن العين مع أوصافها، و من المعلوم أنَّ العين بعد استيلاء السابق - كالبائع - عليها صارت ذات بدل، وبهذا الوصف وقعت تحت يد اللاحق. فالثابت على السابق هو بدل نفس العين، و الثابت على اللاحق هو بدل بدل العين.

وبعبارة أخرى: اللاحق ضمن شيئًا له البدل، فيكون ضمان اللاحق في طول ضمان السابق و متعلّقًا بالعين و بدلها على البدل، بخلاف ضمان السابق.

(4) أي: ضمان اللاحق يرجع إلى ضمان بدل بدل العين، و لا يمكن ضمان العين بدون وصفها و هو كونها ذات بدل، فإنّها مع هذا الوصف تعلّق ضمان اللاحق بها.

(5) متعلق ب- «ضمان واحد» يعني: أنَّ ضمان البدل - بمقتضى بدليته - يكون في طول ضمان المبدل.

(6) تعليل لكون ضمان اللاحق لأحد الأمرين - من المبدل و البدل - على سبيل البدلية، و محصله: أنّه لو كان ضامنا لخصوص المبدل - كالسابق - لخرج بدله عن كونه بدلا، لعدم تعهّده حسب الفرض لهذا البدل.

(7) أي: و إن كان اللاحق ضامنا لخصوص المبدل معيّنًا لزم خروج البدل عن كونه

فما (1) يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل، فإنّه تدارك نفس العين معيّنا، إذ لم يحدث له تدارك آخر (2) بعد، فإنّ أذاه (3) إلى المالك سقط تدارك الأوّل له (4). ولا يجوز (5) دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك، لأنّه (6) من باب الغرامة و التدارك، فلا اشتغال

---

بدلا عن العين، و صيرورته أجنبيا عنه، و هو خلاف الفرض.

(1) هذه نتيجة ضمان الثاني كالمشتري فيما نحن فيه، فإنّ ما يدفعه الثاني تدارك لما استقرّ في ذمة الأوّل و هو البائع. بخلاف ما يدفعه الأوّل و هو البائع، فإنّه تدارك نفس العين معيّنا، إذ المفروض أنّه أوّل غاصب استولت يده على المال، و لم يسبقه يد عادية حتى يحدث للأوّل تدارك آخر غير تدارك العين.

(2) أي: غير تدارك الأوّل إلى الآن، و لعدم حصول تدارك آخر يكون التدارك بنفس العين معيّنا. و ضمير «له» راجع إلى الأوّل.

(3) يعني: فإنّ أذى الثاني البديل إلى المالك سقط تدارك الأوّل لما استقرّ في ذمته، فليس للمالك الرجوع إلى الأوّل و أخذ البديل منه.

(4) أي: لما استقرّ في ذمته.

(5) يعني و لا يجوز للثاني أن يدفع البديل إلى الأوّل قبل دفع الأوّل البديل إلى المالك.

(6) هذا تعليل لقوله: «و لا يجوز» و حاصله: أنّ ما يدفعه الثاني إلى الأوّل إنّما هو من باب الغرامة، و ليس من قبيل العوض لما في ذمة الأوّل حتى يجب على اللاحق دفع البديل إلى السابق مطلقا سواء دفع السابق المال إلى المالك أم لا.

و عليه فحال الضامن الأوّل مع الضامن الثاني حال الضامن مع المديون المضمون عنه في أنّ الضامن لا يستحق الدفع من المضمون عنه إليه إلا بعد أداء الضامن الدّين إلى المضمون له ان كان الضمان بإذنه، و إلا فلا يستحق شيئا من المديون المضمون عنه، لكون الضامن متبرعا حينئذ.

ص: 587

للذمة قبل فوات المتدارك (1) [قبل حصول التدارك] [1] وليس (2) من قبيل العوض لما في ذمة الأول.

فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه (3) لا يستحقّ

---

(1) كذا في نسختنا، وبعض النسخ، وفي بعضها «قبل حصول التدارك» وهو أولى.

(2) أي: وليس ما يدفعه اللاحق إلى السابق عوضاً عما في ذمة السابق، بل هو غرامة، وهي تتوقف على أن يدفع السابق بدل العين التالفة إلى المالك.

(3) يعني: في أنّ الضامن لا يستحقّ الأخذ من المضمون عنه إلا بعد أداء الدين إلى المضمون له، كما هو كذلك في الضمان العقدي.

---

[1] لا يخفى أنّ قوله: «فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك» ينافي بدواً ما تقدم في أوّل كلام المصنف قدّس سرّه من قوله: «فإذا فرض أيد متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيدي» وجه التنافي: دلالة كلامه السابق على حصول الضمان بمجرد وضع اليد على مال الغير. والالتزام بالضمان ينافي عدم اشتغال ذمة اللاحق بالبدل قبل أداء السابق الغرامة إلى المالك، إذ معناه كون الضمان الفعلي على ذمة السابق خاصة، ويتوقف ضمان اللاحق فعلاً على دفع السابق الغرامة إلى المالك.

لكن الظاهر عدم التنافي بين الكلامين، لما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من: أنّ اليد وإن اقتضت الضمان، إلا أنّ ضمان اللاحق للبدل لما كان معنونا بعنوان التدارك، فلا محالة يكون له مرحلتان:

إحدهما: مرحلة اشتغال ذمة الأول للمالك ببديل العين، و تداركه بقيام ما في ذمة الثاني - مقام ما ملكه المالك في ذمة السابق - بعنوان كونه بدلاً عنه.

ثانيتها: مرحلة التدارك الخارجي، بأن يدفع السابق مثل العين التالفة بيد الثاني أو قيمتها إلى المالك، حتى يتداركه الثاني بالبدل الذي يدفعه إلى السابق.

فالسرّ في عدم جواز مطالبة السابق من اللاحق البديل قبل إيصال بدل العين إلى المالك هو تعنون ما يدفعه الثاني بعنوان الغرامة و التدارك، و عدم كونه كسائر ما يملكه الإنسان في ذمة الغير بلا وصف و لون. هذا «1».

الدفع إليه إلا بعد الأداء.

و الحاصل (1): أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البذل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل [و يشتغل] ذمته (2) إمّا بتدارك العين، و إمّا بتدارك ما تداركها. و هذا (3) اشتغال شخص واحد بشيئين (4) لشخصين على البذل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة إشخاص (5) على البذل بشيء واحد لشخص واحد.

و ربما يقال (6) في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده

---

(1) يعني: و حاصل ما ذكر- في رجوع الضامن السابق كالبائع الفضول إلى الضامن اللاحق كالمشتري مع عدم كونه غازًا للاحق- هو: أنّ الذي تلف المال عنده ضامن لأحد شخصين على البذل، و هما المالك و الضامن السابق و هو البائع، فتشتغل ذمته إمّا بتدارك العين، و إمّا بتدارك بدله الذي استقرّ في ذمة الضامن السابق.

(2) هذا الضمير و الضمير البارز في «سبقة» راجعان إلى الموصول في «من تلف».

(3) أي: و اشتغال ذمته- إمّا بتدارك العين و إمّا بتدارك بدلها- يكون اشتغال شخص واحد .. إلخ.

(4) و هما بدل العين و بدل بدلها.

(5) كما إذا باع الفضولي متاع زيد على عمرو، و باع عمرو ذلك المتاع على بكر، ثم باع بكر ذلك المتاع على بشر، و تلف المتاع عند بشر، فهذا المتاع الواحد قد اجتمعت عليه الأيدي الأربع، فيملك المالك ما في ذمة كلّ واحد منهم على البذل، بمعنى أنّه إذا استوفى المالك ما في ذمة واحد منهم سقط ما في ذمة الباقي. فاشتغال ذمم عديدة بمال واحد على سبيل البذل لشخص واحد ممّا لا مانع منه.

(6) القائل صاحب الجواهر قدّس سرّه، و محصل ما أفاده في وجه رجوع غير من تلف المال بيده إلى من تلف بيده- لو رجع المالك إلى غير من تلف بيده- هو: أنّ الذمة المشغولة بالمال المغصوب التالف واحدة، و هي ذمة من تلف بيده. و أمّا غيره من الغاصبين فلا تشتغل ذمته بمال المالك، و إن كان استيلاء يده العادية على المال موجباً لأن يصير مخاطباً بلزوم ردّ المغصوب إلى مالكة، و لذا جاز رجوع المالك إلى كلّ من استولى

لورجع عليه (1): إن (2) ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له (3) إلزام غيره- باعتبار (4) الغصب- بأداء (5) ما اشتغل ذمته به. فيملك حينئذ (6) من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية. قال (7): «و بذلك أتضح

على ماله، و المطالبة بأخذ المال منه. لكنه خطاب تكليفي محض لا يستتبع وضعاً، كخطاب الإنفاق على الأقارب، فإنه ليس إلا وجوب إعطاء نفقتهم، من دون اشتغال ذمة المخاطب بنفقتهم.

بخلاف وجوب إعطاء بدل مال المالك على من تلف المال بيده، فإنه خطاب تكليفي مستتبع للوضع، كوجوب الإنفاق على الزوجة، فإن ذمة الزوج تشتغل بنفقة الزوجة.

وكذلك ذمة من تلف المال بيده، فإن خطابه يدفع بدل المال إلى مالكة تكليفي ووضعي.

(1) أي: رجع المالك إلى غير من تلف المال عنده.

(2) هذا مقول قوله: «يقال» وقد مرّ توضيحه بقولنا: «ان الذمة المشغولة بالمال .. إلخ».

(3) يعني: وإن جاز للمالك إلزام غير من تلف المال عنده- من الغاصبين- بأداء ما اشتغلت ذمة من تلف المال عنده من بدل مال المالك.

(4) متعلق ب- «جاز» و علة له، يعني: أن سبب جواز إلزام المالك غير من تلف عنده هو اعتبار الغصب.

(5) متعلق ب- «الإلزام» و ضمير «به» راجع إلى الموصول المراد به المال.

(6) يعني: فيملك غير من تلف المال عنده- بسبب أدائه لبدل التالف- ما للمالك في ذمة الضامن الذي تلف عنده المال بالمعاوضة الشرعية القهرية التي لا تتوقف على القصد و الإنشاء.

(7) يعني قال صاحب الجواهر قدس سرّه: و بذلك- أي: و باشتغال ذمة من تلف المال عنده دون غيره من الضامنين- أتضح الفرق بين من تلف المال في يده من الضمناء، و بين غيره منهم. و الفرق بينهما إنما هو في أن الخطاب بالنسبة إلى من تلف المال بيده تكليفي ووضعي، و بالإضافة إلى غيره تكليفي فقط.

الفرق بين من تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي (1) لا ذمي، إذ (2) لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه، ولا يرجع هو» انتهى (1).

و أنت (3) خبير بأنه لا- وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره، بأن (4) خطابه ذمي و خطاب غيره شرعي، مع كون دلالة «على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء. و المفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره (5).

---

(1) أي: تكليف محض، لا ذمي، أي: لا يثبت شيئاً في الذمة حتى يدل على الوضع أيضاً.

(2) تعليل لعدم كون خطاب غير من تلف بيده ذميّاً أي وضعياً، و حاصله: أنه لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فيرجع على من تلف في يده، ولا يرجع هو على غيره، وهذا معنى قرار الضمان عليه.

(3) هذا كلام المصنف قدس سره. وقد أورد على كلام الجواهر بوجه خمسة:

الأوّل: أنه لا- وجه للتفكيك بين خطابي من تلف بيده و غيره، بحمل خطاب الأوّل على التكليفي و الوضعي، و حمل خطاب غيره على التكليفي فقط، مع كون الدليل - و هو:

على اليد ما أخذت- مساوياً بالنسبة إليهما.

(4) متعلّق بالفرق، و بيان للفرق بين الخطابين، يعني: خطاب من تلف بيده، و غيره.

(5) أي: غير «على اليد ما أخذت» غرضه: أنه مع وحدة الدليل من أين جاء هذا الفرق بين خطابي من تلف المال بيده و غيره؟ فقوله: «مع كون دلالة على اليد ما أخذت» من تنمة الجواب الأوّل، و ليس جواباً على حدة يعني: كيف يستظهر من دليل واحد معنيين متغايران مع عدم قرينة على هذا الاستظهار؟

---

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 34

ص: 591

مع (1) أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمّي.

مع (2) أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كلّ من ذوي الأيدي مشغول (3) الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط بأداء أحدهم، أو إبراء المالك. نظير (4)

(1) هذا هو الثاني من تلك الوجوه، و حاصله: أنه لا يجدي الفرق بين التكليف و الوضع في صحة رجوع صاحب الخطاب التكليفي إلى صاحب الخطاب الوضعي، و عدم صحة العكس. بل قاعدة الغصب الجارية في حقّ كلّ من الغاصبين تقتضي عدم رجوع واحد منهم إلى الآخر، من غير فرق بين كون الخطابين تكليفيين و وضعيين و مختلفين، و إلا فالفرق بين التكليف و الوضع واضح.

(2) هذا هو الثالث من تلك الوجوه، و حاصله: أنّ تخصيص اشتغال الذمة بخصوص من تلف المال بيده خلاف ما عرف من عدم خلاف من أحد في اشتغال ذمة كلّ واحد من ذوي الأيدي الغاصبة بالمال، و أنه لا يسقط إلا بأداء أحدهم، أو بإبراء المالك.

و هذا الوجه الثالث ناظر إلى قول صاحب الجواهر قدّس سرّه: «إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد» فإنّ هذا الكلام مخالف للإجماع- و نفي الخلاف عن أحد- في اشتغال ذمة كلّ من ذوي الأيدي العادية بالمال فعلا، و لذا تجري أحكام الدّين على ما بذمة السابق أيضا.

و المذكور في المتن أحكام أربعة ثابتة للدّين، و هي تجري في المقام من تعاقب الأيدي. فالغرض من التنظير إثبات الحكم الوضعي و اشتغال ذمة الأيدي، و نفي ما أفاده صاحب الجواهر من أنّ خطاب من تلفت عنده العين وضعي، و خطاب من عداه تكليفي.

و سيأتي بيان تلك الأحكام الثابتة للدّين.

(3) خبر «كون» و قوله: «ما لم يسقط» متعلق ب- «مشغول الذمة».

(4) يعني: أنّ اشتغال ذمة كلّ من الضمّناء- بالمال المغصوب- يكون نظير الاشتغال بغيره من الديون.

الاشتغال بغيره (1) من الديون في إجباره (2) على الدفع أو الدفع عنه من ماله، و تقديمه (3) على الوصايا، و الضرب (4) فيه مع الغرماء،

(1) أي: بغير المال المذكور و هو المغصوب.

(2) متعلق ب- «نظير» و هذا أول الأحكام الأربعة الثابتة للدين، و هو: أنه يجوز إجبار المدين على أداء الدين. و لو امتنع من الأداء، رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه به، لأنه ولي الممتنع. فإن أدى فهو، و إلا دفع الحاكم عنه من ماله، و المستفاد من كلامهم جواز استيفاء حقه بنفسه عند تعذر الوصول إلى الحاكم.

و الغرض ثبوت هذا الحكم في ما نحن فيه بالنسبة إلى كل واحد من الأيدي- حتى من لم يتحقق التلف عنده- مما يكشف عن اشتغال الذمة، و عدم كون الخطاب تكليفيا محضا كما زعمه صاحب الجواهر قدس سره.

(3) معطوف على «إجباره» و الضمير راجع إلى الدين. و هذا ثاني الأحكام الثابتة للديون، و بيانه: أن الآية المباركة قدّمت إخراج الديون من تركة الميت على وصاياه.

و كذا دلّت الرواية عليه.

فلو أوصى بعض ذوي الأيدي فمات، جاز للمالك مطالبة ورثته ببدل العين المضمونة حتى لو تلفت بيد شخص آخر، و لزمهم أداء هذا الدين أولا، ثم تنفيذ الوصية.

و هذا كاشف عن الضمان و اشتغال العهدة، لا مجرد وجوب الأداء تكليفيا.

(4) معطوف على «إجباره» و هذا ثالث آثار الدين- على ما ذكره في المفلس- من: أن الغريم لو وجد عين ماله جاز له أخذها حتى لو لم يكن سواها، كما جاز له أن يضرب مع الغرماء بدينه، بأن يجعلها بين جميع الغرماء حتى يستوفي كل منهم حقه بنسبة حصته.

و يثبت هذا الحكم في المقام، فلو رجع المالك إلى بعض الأيدي، و وجده قد أفلس، و ليس عنده إلا العين المضمونة، جاز له الضرب مع الغرماء، بأن يجعل ما وجد عند المفلس مالا مشتركا بين الدين، فيأخذ كل منهم حصته منه.

قال المحقق قدس سره: «و من وجد منهم عين ماله كان له أخذها، و لو لم يكن سواها.

و له أن يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان وفاء أو لم يكن، على الأظهر» (1).

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 90، و نحوه كلام العلامة في قواعد الأحكام، ج 2، ص 147



و مصالحة (1) المالك عنه مع آخر. إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة (2).

مع (3) أن تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد (4) دفع البديل لا يعلم (5) له سبب اختياري ولا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا (6) سقوط

(1) معطوف على «إجباره» وهذا رابع آثار الدين، وهو: أنه يجوز للدائن أن يتصالح مع المدينون على ما في ذمته، إمّا بعوض أو مجاناً، كي تبرأ ذمة المدينون. فلو كان زيد مديوناً لعمرو بألف درهم جاز التصالح عليه بأقلّ منه أو بلا عوض.

وهذا الحكم ثابت في المقام، بأن يتصالح المالك مع أحد الغاصبين بعوض أو مجاناً.

فإذا تعاقبت أيدي زيد وعمرو وبكر على مال بشر، صحّت مصالحة عمرو مع زيد على ما في ذمته لبشر، وكذا صحّت مصالحة بشر عن زيد مع عمرو، ونتيجة هذه المصالحة فراغ ذمة زيد.

وجواز هذه المصالحة للمالك - وهو بشر - شاهد على كونه مالكا لما في ذمة المتصالح عنه، وهو زيد.

وعليه فاليد في كلّ منهم ضامنة، وليس مجرد خطاب تكليفي.

(2) كجواز بيع الدين من المدينون ومن غيره، سواء أكان الثمن مساوياً أم أقلّ منه.

وكوجوب السعي على المدينون لأداء دينه. وكحرمة مطالبة المعسر وحبسه. وكوجوب عزل الدّين عند وفاته لو غاب الدائن، وغيرها من الأحكام.

(3) هذا هو الرابع من وجوه الإيراد على صاحب الجواهر قدّس سرّه و حاصله: أن ما أفاده - من تملك الضامن السابق لما في ذمة الضامن الذي تلف المال بيده بمجرد دفع بدل العين التالفة إلى المالك - لم يعلم له سبب صحيح اختياري، كالمعاوضة الاختيارية مع المالك، أو القهرية. والأوّل منتف، والثاني لا دليل عليه. واحتمال سببية مجرد دفع البديل شرعاً للتمليك لا يثبت ما هو مجد في المقام من التشريع الفعلي للسببية.

(4) هذا وقوله: «لما في الذمة» متعلقان ب- «تملك». وقوله: «لا يعلم» خبر «أن تملك».

(5) خبر «أن تملك».

(6) وهو قوله: «وحيث إنّ الواجب هو تدارك الفائت الذي يحصل ببديل واحد لا أزيد، كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلّ منهم بالخروج عن العهدة، فهو يملك ما في ذمة كلّ منهم على البديل» فراجع (ص 571).

حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم (1) تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التدارك.

مع (2) أنّ اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن [بمن] لحقه في اليد [الأيدي] العادية إلاّ إلى من [بمن] تلف في يده. مع أنّ الظاهر خلافه (3)، فإنّه يجوز له (4) أن يرجع إلى كلّ واحد ممّن بعده.

نعم (5) لو كان غير من تلف بيده، فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا (6) كلّ إذا تلف المبيع في يد المشتري.

---

و الحاصل: أنّ المتّجه - بناء على هذه العبارة - سقوط حقّ المالك عن الضامن الذي تلف المال بيده بمجرد أداء غيره.

(1) تعليل للسقوط، و حاصله: انتفاء موضوع التدارك عمّن تلف المال بيده، فلا يبقى موضوع لحقّ المالك بعد تحقّق التدارك ببديل واحد.

(2) هذا هو الخامس من تلك الوجوه، و حاصله: أنّ لازم ما ذكر - من تملك السابق لما في ذمة من تلف المال في يده - عدم رجوع السابق بعد أداء بدل التالف إلاّ إلى خصوص من تلفت العين بيده، لا إلى كلّ غاصب ممّن تسلّم المغصوب منه وإن لم يتلف عنده. مع أنّ الظاهر خلاف ذلك، و جواز رجوع مؤدّي البديل إلى كلّ واحد من الغاصبين بعده.

(3) أي: خلاف اللازم المزبور.

(4) أي: يجوز لمؤدّي البديل إلى المالك أن يرجع إلى كلّ ممّن بعده من ذوي الأيدي.

(5) يعني: لو كان واحد ممّن بعده - وهو الذي رجع إليه مؤدّي البديل إلى المالك - غير من تلف المال بيده، فهو يرجع إلى أحد لواحقه من الغاصبين، إلى أن يستقرّ الضمان على من تلفت العين في يده.

وبالجملة: فيرجع الغارم إلى كلّ من تسلّم المال منه من الغاصبين بعده حتى ينتهي إلى من تلف عنده. هذا ما يتعلق بكلام صاحب الجواهر.

(6) يعني: أنّ موضوع الحكم بضمّان كلّ واحد من الغاصبين لبديل العين المغصوبة، و رجوع المالك على السابق مطلقاً - وإن تلفت العين عند اللاحق - هو صورة تلف العين

وقد عرفت (1) الحكم أيضا في صورة بقاء العين، وأنه (2) يرجع المالك بها على من في يده، أو من جرت يده عليها (3).  
فإن لم يكن انتزاعها (4) ممّن هي في يده غرم (5) للمالك بدل الحيلولة، وللمالك استردادها (6) [استرداده] فيردّ بدل الحيلولة.  
ولا ترتفع (7) سلطنة المالك

في يد المشتري. وبهذا ينتهي البحث عن ضمان الأيدي في فرض تلف العين عند أحدهم.

حكم بقاء العين عند بعض الأيدي المتعاقبة

(1) حيث قال في (ص 471): «لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقائه».

(2) معطوف على «الحكم» والضمير للشأن، أي: وقد عرفت رجوع المالك .. إلخ.

وغرضه أنّه مع بقاء العين المغصوبة يرجع المالك على من تكون العين في يده فعلا، أو من كانت العين تحت يده سابقا. هذا إذا أمكن انتزاع العين ممّن هي في يده. وإن لم يمكن انتزاع العين ممّن هي في يده، غرم للمالك من جرت يده على العين بدل الحيلولة.

(3) هذا الضمير وضمير «بها» راجعان إلى «العين».

(4) أي: لم يمكن انتزاع العين لمن جرت يده عليها ممّن هي في يده فعلا.

(5) يعني: غرم من جرت يده سابقا على العين كالمشتري الأول، فإنّه يغرم بدل الحيلولة. ولكن للمالك حقّ استرداد العين ممّن هي في يده فعلا. فإذا استردّ المالك وأخذ العين ممّن كانت تحت يده ردّ بدل الحيلولة إلى من أخذه منه.

(6) أي: استرداد العين، فلا يسقط حق المالك عن العين ببطل الحيلولة، فبمجرد وصول العين إليه يردّ بدل الحيلولة إلى من أخذه منه.

هذا بناء على كون النسخة «استردادها» كما هو الظاهر. وبناء على ما في بعض النسخ من «استرداده» فلا بدّ من إرجاع الضمير إلى الموصول في «من هي في يده» أي:

يجوز للمالك استرداد من في يده العين، فالمعنى أنّ للمالك مطالبة الردّ ممّن تكون العين في يده. ولكن الأقرب بسلاسة العبارة تأنيث الضمير لرجوعه إلى العين.

(7) غرضه أنّ مجرد تمكن المالك من استرداد العين من الضامن الثاني لا يرفع سلطنة المالك على مطالبة الضامن الأول، وذلك لأنّ ضمان العين على الضامن الأول،

على مطالبة الأول (1) بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني، لأن (2) عهدها على الأول، فيجب عليه تحصيلها وإن بذل (3) ما بذل.

نعم (4) ليس للمالك [1] أخذ مئونة الاسترداد، ليباشر بنفسه.

---

فيجوز للمالك مطالبته، ويجب على الضامن تحصيلها.

(1) أي: الضامن الأول كالمشتري الأول، والمراد من الثاني الضامن الثاني.

(2) تعليل لقوله: «و لا ترتفع» وقد ذكر توضيحه بقولنا: «و ذلك لأنّ ضمان العين .. إلخ».

(3) يعني: وإن بذل الضامن الأول في تحصيل العين - وأخذها من الثاني - ما بذل من المال.

(4) غرضه أنّ سلطنة المالك على مطالبة الضامن الأول باقية، لكنّها لا تقتضي أخذ مئونة الاسترداد من الضامن الأول ليباشر المالك أخذ العين منه بنفسه، إذ الواجب على الغاصب ردّ العين المغصوبة، لا دفع مئونة الاسترداد.

وعليه فلا - موجب لجواز أخذ المالك مئونة الاسترداد من الضامن الأول، لأنّ ردّ المغصوب وإيصاله إلى المالك وظيفته الغاصب، وهو مختار في كيفية الردّ، وليس للمالك اختيار كيفية من كيفية الردّ.

---

[1] قد يقال: بأنّه لا يبعد أن يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجرة المأخوذة زائدة على اجرة المثل، لأنّ العين للمغصوب منه، ولا يجوز للآخرين التصرف فيها ولو بالاسترداد المزبور. وعمل المالك محترم، فيستحق الأجرة عليه، هذا.

ويتوجه عليه: أنّ ردّ المغصوب إلى مالكه وظيفته الغاصب، ومن المعلوم أنّ الردّ متوقف على التصرف، لعدم تحقق الرد بدونه، فجواز هذا التصرف ممّا يقتضيه نفس وجوب الرد. وعمل المالك إن كان برضا الغاصب فهو محترم يجوز أخذ الأجرة عليه، وإلا فلا.

ويظهر ممّا ذكرنا: أنّه مع تمكن الغاصب من ردّ العين بدون صرف المال و طلب المالك اجرة، لم يجب على الغاصب قبول ذلك، لأنّ الردّ بشؤونه وظيفته الغاصب، والتخلص عن الغصب ليس بحكم الغصب، خصوصا مع التوبة.

و لو لم يقدر (1) على استردادها إلا المالك، و طلب من الأول (2) عوضا (3) عن الاسترداد، فهل يجب عليه (4) بذل العوض، أو ينزل (5) منزلة التعذر،

(1) محصّ له: أنّه لو لم يقدر أحد من استرداد العين المغصوبة إلا المالك الذي لم يأخذ من أحد من الضامنين بدل الحيلولة، و طلب من الضامن الأول أجره لاسترداد العين، ففي حكم هذا البذل وجوه ثلاثة.  
الأول: وجوب بذل مئونة الاسترداد على الضامن.

الثاني: عدم وجوب البذل، لأنّه ينزل عدم القدرة على الاسترداد منزلة التعذر، فيأخذ من الغاصب الأول بدل الحيلولة.

الثالث: التفصيل بين الأجرة المتعارفة للاسترداد، فيجوز أخذها منه، و بين الأجرة الزائدة على المتعارفة المجحفة على الغاصب الأول، فلا يأخذ المالك عند استرداده العين الأجرة الزائدة على الأجرة المتعارفة.

(2) أي: من الغاصب الأول.

(3) أي: أجره للاسترداد.

(4) أي: على الغاصب الأول، و هذا هو الاحتمال الأول، و وجه وجوب بذل العوض إلى المالك: أنّه مع فرض بقاء العين تجب المبادرة إلى ردّها إلى المالك، و حيث إنّ إقدامه باسترداد ماله عمل محترم استحقّ الأجرة عليه، فيجب على الضامن دفعها إليه، سواء أ كانت الأجرة متعارفة أم أزيد منها، إذ لا ينتقل إلى بدل الحيلولة إلا بامتناع الوصول إلى نفس العين المضمونة، فمع تمكّن المالك من ذلك يتعيّن تمهيد مقدمته و هي بذل الأجرة إلى المالك.

و لا مجال للتمسك بحديث نفي الضرر لو كانت الأجرة زائدة على اجرة المثل حتى ينتقل إلى بدل الحيلولة.

وجه عدم المجال: اختصاص قاعدة نفي الضرر بالأحكام التي لا تكون ضرورية بطبعتها، و إنّما يترتب الضرر على إطلاقها. و هذا بخلاف مثل وجوب رد العين المضمونة إلى مالكيها، فإنّ أصل الحكم ضروري، فلا يرتفع بقاعدة نفي الضرر.

مضافا إلى قصور المقتضي، و هو إناطة جريان القاعدة بالامتنان، و المفروض في المقام عدمه، لاستلزامه حرمان المالك من الوصول إلى عين ماله.

(5) أي: ينزل عدم القدرة على الاسترداد- إلا للمالك- منزلة التعذر.

فيغرم (1) بدل الحيلولة، أو يفرّق (2) بين الأجرة المتعارفة للاسترداد، وبين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه (3).

هذا (4) كلّ مع عدم تغيّر العين. وأمّا إذا تغيّرت فيجيء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرّض لها، وإن كان كثير ممّا ذكرنا أيضاً ممّا لا يناسب ذكره إلا في

---

(1) يعني: فيغرم الغاصب الأوّل بدل الحيلولة. وهذا هو الاحتمال الثاني، ووجهه:

أنّ المخاطب بردّ العين هو الضامن. فإن تمكّن من الردّ فهو، وإن عجز سقط عنه، ووجب عليه بدل الحيلولة. فلا تكليف له بردّ العين حتى يجب عليه بذل الأجرة من باب المقدمة.

(2) بأن يقال: بوجوب بذل الأجرة المتعارفة، وبالانتقال إلى بدل الحيلولة لو طالبه المالك بأجرة مجحفة زائدة عن اجرة المثل. وهذا هو الاحتمال الثالث.

ووجه هذا التفصيل واضح، لما تقدّم في الوجهين السابقين. فإن كانت الأجرة متعارفة فللمقدمة. وإن كانت مجحفة فلقاعدّة نفي الضرر، فإن أصل وجوب الردّ وإن كان ضرورياً، لكن قد يتأمل في الأخذ بإطلاقه من جهة انصراف وجوب الردّ عمّا إذا استلزم بذل مال كثير غير متعارف.

الآن أن يتمسك في خصوص الغاصب بما روي من «أنه يؤخذ بأشق الأحوال» لكنه ممنوع سنداً ودلالة، وقد أشار إلى ذلك في بحث بدل الحيلولة، فراجع «1».

(3) مبتدء مؤخّر، وخبره «فيه» مقدّراً المدلول عليه بقوله: «فهل يجب» والجملة بتمامها جواب الشرط في قوله: «ولو لم يقدر».

(4) أي: ما ذكرناه- من رجوع المالك على الغاصب الأوّل، وأخذ العين المغصوبة منه مع التمكن، أو أخذ بدله بدون التمكن من أخذها و انتزاعها ممّن هي في يده- إنّما هو في صورة عدم تغيّر العين.

وأمّا إذا تغيّرت- مع فرض بقائها- فتجيء فيه صور كثيرة مذكورة في كتاب الغصب، كما إذا باع الفضول قماشاً مملوكاً لزيد، وسلّمه للمشتري، ففصله ثوباً أو قباء، وقد تغيّرت قيمته مخيطاً عمّا كان عليه، فهل يرجع المالك على الفضولي أم على المشتري

---

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 606-607

ص: 599

باب الغصب. إلا أنّ الاهتمام بها دعائي إلى ذكرها في المقام بأدنى مناسبة (1)، اغتناما للفرصة، وفّقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم والعمل، إنه غفار الزّلل.

منه، الذي حدث التغيير بيده؟ وهل ضمان التفاوت على البائع أو على المشتري؟

ولو فرض كون القماش قيمياً، فهل المناطق قيمته يوم وقوعه تحت يد البائع أم المشتري، أم قيمة يوم التغيير؟

وكذا لو باع الفضولي العصير العنبي، فأغلاه المشتري، فنقص وزنه، فهل تضمن النقيصة في الوزن أم لا؟

وعلى تقدير الضمان، فهل قرار الضمان على البائع أو على المشتري؟

ولو ارتفعت قيمته السوقية فهل تضمن أم لا؟

وعلى تقدير الضمان، فهل العهدة على الفضولي أم الثاني؟

وتتكرّر فروض المسألة لو تعاقبت أيدي أخرى على المبيع فضولاً.

وهناك فروع كثيرة موضوعها تغيير المغصوب إمّا بفعل الغاصب، وإمّا بفعل من تسلّمه منع بيع أم بغصب أم بغيرهما، وتحقيقها موكول إلى كتاب الغصب. وكان المقصود الإشارة إلى ما أفاده المصنف قدّس سرّه من كثرة فروع التغيير.

هذا تمام الكلام في ما إذا ردّ المالك البيع الواقع على ماله فضولاً، وبذلك تمت أحكام البيع الفضولي.

(1) وهي كون المبيع فضولاً محكوماً بحكم الغصب إذا ردّ المالك البيع، فإنّه وإن لم تصدق اليد العدوانية بالنسبة إلى المشتري الجاهل، إلا أنّ إطلاق «على اليد» شامل له كالغاصب، فيتجه البحث عن أحكامه.

مسألة (1) لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى (2) [1] القول ببطلان الفضولي فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله.

---

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

(1) كان الكلام قبل هذه المسألة في حكم بيع الفضولي مال غيره لنفسه أو للمالك.

والغرض من عقد هذه المسألة بيان حكم بيع الفضول مال غيره مع مال نفسه. والبحث في مقامين، أحدهما: في صحته في المجموع و عدمها. ثانيهما في كيفية تقسيط الثمن، والكلام فعلا في المقام الأول.

(2) حاصله: أنّه ينبغي التكلم في جهتين:

الأولى: في تحقيق حكم المسألة بناء على بطلان الفضولي.

الثانية: في تحقيق حكمها بناء على صحة الفضولي.

أمّا الجهة الأولى، فالظاهر أنّ الحكم بناء على البطلان حكم بيع ما يقبل الملك - كالخلّ - مع ما لا يقبل الملك - كالخمر - في صحة البيع في مال نفسه، والبطلان في مال غيره.

---

[1] لعلّ الأولى في عنوان المسألة أن يقال: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول بالانحلال لا ينبغي الإشكال في صحة بيع مال نفسه، سواء قلنا بصحة بيع الفضولي أم ببطلانه. وعلى القول بصحة الفضولي أجاز مالك المال الآخر أم لم يجز. وعلى القول بعدم الانحلال لا ينبغي الإشكال في فساده، سواء قلنا بصحة عقد الفضولي أم لا.

هذا ما تقتضيه القاعدة، ويومي إليه قوله عليه السلام في صحيحة الصفر المشار إليها:



«لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» حيث إنه مع وحدة إنشاء البيع حكم عليه السلام بصحة بيع مال البائع، وفساد بيع مال غيره. وهذا ما تقتضيه قاعدة الانحلال.

وبناء على هذه القاعدة لا مجال للخدشة فيه بما سيأتي في بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله. بل لا مجال للخدشة في تلك المسألة أيضا بناء على الانحلال، كما لا يخفى.

ويظهر ممّا ذكرناه من الانحلال اندفاع ما ذكره من الإشكالات الثلاثة: من بساطة الإنشاء، وعدم تعدده حتى يكون أحدهما صحيحا و الآخر فاسدا. و من تخلف القصد، فإنّ ما قصد من بيع المجموع لم يقع، و ما وقع من بيع البائع مال نفسه لم يقصد. و من جهالة مقدار الثمن الواقع بإزاء مال نفسه.

توضيح وجه الاندفاع.

أمّا الأوّل، فلأنّ الإنشاء واحد صورة، لكنّه متعدد بحسب تعدد المتعلق، فينحلّ الإنشاء إلى إنشاءات عديدة. وهذا الانحلال أمر ارتكازي عقلائي جار في كثير من الموارد، كبيعي الصّرف و السّلم، فإنّهما ينحلّان، و يصحّان في خصوص المقبوض في مجلس العقد، و يفسدان في غير المقبوض.

و كبيع الوكيل أموال موكله بعقد واحد، فإنّ بيعها بإنشاء واحد ينحلّ إلى بيوع متعددة بعدد تلك الأموال.

و كالوصية بأزيد من الثلث، فإنّها تنحلّ إلى وصيتين، إحداهما تتعلّق بالثلث، و تصحّ.

و الأخرى بأزيد من الثلث، و تقف صحتها على إمضاء الورثة.

و كذا لو قال: «أعتقت عبدي و أمّ ولدي» أو قال: «من ردّ عبدي و خنزيري فله دينار».

و ما دلّ من النقل على صحة المذكورات تارة، و بطلانها أخرى، إمضاء للسيرة العقلانية الجارية على الانحلال، ضرورة أنّ الصحة و الفساد حكمان للعقد المتعدد، لا امتناع اتصاف عقد واحد بهما.

و بالجملة: فبطلان بيع الأصيل منوط بأحد أمرين، وحدة الإنشاء ظاهرا و واقعا، أو تعدده، لكن بشرط الاستقلال و عدم انضمامه ببيع مال شخص آخر.

و كلاهما باطل. أمّا أولهما فلجريان السيرة العقلانية على الانحلال.

و أمّا ثانيهما فلا إطلاق أدلة البيع النافي لاعتبار الاستقلال في صحة بيع مال الأصيل.

و الحكم فيه الصّحة، لظهور (1) الإجماع، بل دعواه (2) عن غير واحد (3). مضافا إلى صححة الصفار المتقدّمة في أدلّة بطلان الفضولي (1) «من قوله عليه السّلام: «لا يجوز

---

(1) يدلّ على صحة البيع في مال نفسه وجهان:

الأوّل: ظهور الإجماع، ووجه الظهور أنّه لا يحتمل الفرق بين بيع ملكه مع ملك غيره، وبين بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله بثمن واحد في صفقة واحدة.

الثاني: ما تقدم في صححة الصفار «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّ ظهوره في صحة بيع مال البائع ممّا لا ينكر.

(2) مجرور تقديرًا بالعطف على «ظهور».

(3) كالسيّد أبي المكارم، والعلامة، وسيد الرياض، وكاشف الغطاء، والفاضل النراقي، والسيّد العاملي، وصاحب الجواهر قدّس سرّهم. قال في الجواهر: «وعلى كل حال فلا خلاف في صحة بيعه ونفوذه في ما يملك إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعي

---

و أما الثاني فلأنّ قصد بيع ذات مال نفسه موجود في ضمن قصد بيع المجموع من مال نفسه و مال غيره. و المفقود هو قصد الاستقلال، و لا دليل على اعتباره. بل إطلاق أدلة البيع ينفي اعتباره كما مرّ آنفا.

و هذا نظير ما إذا باع مالا مشتركا بينه و بين غيره الذي و كلّه في بيع حصته، فباع المجموع. فإنّ قصد بيع مال نفسه ضمنى، لا استقلالي، و لا إشكال في صحة بيع المجموع.

و أمّا الثالث فلأنّ الجهالة القادحة في الصحة- و هي الموجبة للغرر- مفقودة هنا، إذ لا غرر مع إمكان معرفة الثمن بالضوابط المقررة للعلم بمقدار العوض.

و لو شكّ في قادية هذه الجهالة و مانعيتها، فمقتضى الإطلاق- لو كان- عدم مانعيتها.

و لو لم يكن إطلاق، فأصل البراءة عن المانعية تقتضي عدم المانعية، بناء على جريان البراءة في الأحكام الوضعية كجريانها في الأحكام التكاليفية. و لا تجري أصالة الفساد، لحكومة أصل البراءة حينئذ على أصالة الفساد، لجريان البراءة في الشك السببي كما لا يخفى.

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 488

ص: 603

بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فيما يملك» (1)».

ولما ذكرنا (1) قال بها (2) من قال بطلان الفضولي كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم (3).

نعم (4) لو لا النصّ والإجماع أمكن الخدشة فيه بما (5) سيجيء في بيع ما يملك وما لا يملك.

---

كلزوم رباء، وبيع آبق من دون ضميمة ونحو ذلك. بل ظاهرهم الإجماع عليه كما اعترف به في الرياض...» (2)».

(1) أي: ولما ذكرنا من الصحة- وأنّ حكم بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله- قال بالصحة هنا من قال بطلان الفضولي.

(2) أي: بصحة بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره، حاصله: أنّ القائل بطلان الفضولي قائل بصحة بيع الفضولي مال نفسه، وإن كان قاتلاً بطلانه بالنسبة إلى مال غيره.

(3) كفخر المحققين، فإنّه مع التزامه بطلان البيع الفضولي لم يعلّق على كلام والده من صحة البيع في ما يملك. و ظاهره تقريره له، فراجع (3)».

(4) استدراك على القول بالصحة، غرضه أنّ الصحة مستندة إلى النص، وهو صحيح الصفار المتقدم، والإجماع. ومع الغصّ عنهما يمكن الخدشة في الصحة بما سيأتي في مسألة بيع ما يقبل الملك وما لا يقبله.

(5) متعلق بالخدشة، ومحصل الخدشة الآتية في بيع ما يملك وما لا يملك بقوله:

«ان التراضي والتعاقد إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً.. إلخ» هو: أنّ

---

(1) وسائل الشريعة، ج 12، ص 252، الباب 2 من أبواب عقد البيع وشروطه، ح 1

(2) الغنية (الجوامع الفقهية) ص 585، تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463 (ج 10، ص 19، الطبعة الحديثة)، رياض المسائل، ج 1، ص 511، شرح القواعد للفقهاء كاشف الغطاء (مخطوط) مستند الشيعة، ج 14، ص 297 و 298، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 202، قال فيه: «ان إجماعنا منعقد»، جواهر الكلام، ج 22، ص 309

(3) لاحظ: المبسوط، ج 2، ص 145، الخلاف، ج 3، ص 144، كتاب البيوع، المسألة: 332، الغنية، ص 585، السرائر، ج 2، ص 275، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 421، وكذا يظهر من المحدث البحراني فراجع الحقائق الناضرة، ج 18، ص 400، وج 19، ص 315

و أما (1) على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الردّ (2)، فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ (3) للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة، وسيجيء (4) في أقسام الخيار.

---

الحكم بصحة البيع بالنسبة إلى ملك البائع فقط- مع جريان البيع على المجموع بثمن واحد- مشكل، لأنّ نقل بعض المثلث ليس مقصودا إلا في ضمن نقل المجموع بمجموع الثمن. كما أنّه خلاف مقتضى إطلاق دليل الإمضاء.

(1) و أما الجهة الثانية- وهي تحقيق حكم بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه- فحاصلها: أنّه على القول بصحة الفضولي لا ينبغي الريب في صحة بيع مال الغير بإجازته، يعني: يصحّ البيع مطلقا، أما بالنسبة إلى ملك البائع فلصدوره من أهله. و أما بالنسبة إلى ملك الغير فلا إجازته.

(2) غرضه أنّ بيع الفضولي بالنسبة إلى مال نفسه صحيح مطلقا، سواء أجاز غيره أم ردّ، إذ الردّ يكون كظهور بعض المبيع غير مملوك، فإنّ البيع بالنسبة إلى البعض المملوك صحيح، مع ثبوت الخيار للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما في التذكرة، حيث عنون- في فروع تفريق الصفقة- ما لو باع شيئا يتوزّع الثمن على أجزائه، كما لو باع عبدين، أحدهما له، و الآخر لغيره، فقال: «إذا باع ماله و مال غيره صفقة واحدة صحّ البيع في ماله. فإن كان المشتري جاهلا بالحال فله الخيار، لأنّه دخل في العقد على أن يسلم له العبدان، و لم يسلم. فإن اختار الإمضاء لزمه قسطه من الثمن، و سقط ما انفسخ البيع فيه. عند علمائنا» (1)

(3) أي: حين ردّ الغير البيع بالنسبة إلى ماله.

(4) يعني: وسيجيء ثبوت الخيار للمشتري مع جهله بالحال في أقسام الخيار، كقوله في شروط خيار الغبن: «و ممّا ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادرا

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 566، السطر 37، و حكاه عنه في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 206، أواخر الصفحة.

بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع (1)، لكن عن الغنية «1» الجزم بعدمه (2). ويؤيده (3) صحيحة الصفار.

وربما حمل «2» كلام الشيخ (4) على ما إذا ادّعى البائع الجهل أو الإذن، وكلام الغنية على العالم.

---

على السؤال، كما صرّح به في التحرير و التذكرة».

(1) لم أعر على ثبوت الخيار للبائع في الخلاف، ولا على من نسبه إليه بعد ملاحظة بعض المواضع منه و من مفتاح الكرامة و الجواهر، بل صريحه في هذه المسألة نفي الخيار عن البائع. نعم قوّى في المبسوط ثبوته للبائع، وقد حكاه عنه أيضا «3»، فلاحظ، و لعلّ السهو من الناسب، أو أنّه مذكور في موضع آخر من الخلاف.

و كيف كان فلعّل وجه ثبوت الخيار للبائع - إذا ردّ المالك - هو لزوم تبعض الصفقة، و هو يوجب الضرر في بعض الموارد، لتقصان قيمة الانفراد عن القيمة عند الاجتماع، كما في مصراعي الباب و فردي الخفّ.

(2) أي: بعدم الخيار للبائع.

(3) أي: و يؤيد عدم ثبوت الخيار للبائع صحيحة الصفار المتقدمة، حيث إنّ فيها «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّ وجوب الشراء ظاهر في اللزوم، فلا خيار للبائع.

و ينبغي إبدال «يؤيد» ب «يدل».

(4) حمل كلام الشيخ - الذي قوّى ثبوت الخيار للبائع - على ما إذا ادّعى البائع الجهل بكون بعض المبيع لغيره، أو ادّعى الإذن من الغير في بيع ماله مع مال نفسه. فإذا ردّ الغير قال الشيخ بثبوت الخيار حينئذ للبائع.

---

(1) الحاكي عن الغنية هو السيّد العاملي و صاحب الجواهر، لاحظ: مفتاح الكرامة، ج 4، ص 207، جواهر الكلام، ج 22، ص 316، الغنية (الجوامع الفقهية) ص 528، السطر 3.

(2) الحامل هو السيّد العاملي و صاحب الجواهر، فلاحظ: مفتاح الكرامة، ج 4، ص 207، جواهر الكلام، ج 22، ص 316

(3) المبسوط، ج 2، ص 145، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 207، جواهر الكلام، ج 22، ص 316

ص: 606

ثم إن (1) صحة البيع فيما يملكه مع الردّ مقيدة في بعض الكلمات بما إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعيّ، كلزوم ربا (2)، وبيع آبق (3) من دون ضميمة.

وسيجي ء الكلام في محلّه (4).

---

و حمل كلام الغنية- الدالّ على الجزم بعدم ثبوت الخيار للبائع - على البائع العالم بكون بعض المبيع مال الغير.

(1) غرضه التنبيه على أنّ صحة البيع فيما يملكه البائع مع ردّ المالك الآخر لحصته ليست مطلقة، بل مقيدة في كلام صاحب الجواهر «(1) بما إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعي، وسيأتي بيانه.

(2) كما إذا باع مثقالا من ذهبه الجيّد مع كتاب زيد بمثقالين ونصف من الذهب الرديء، ثم ردّ زيد، فبطل بيع كتابه، وبطل البيع بالنسبة إلى البائع أيضا، للزوم الرّبا، لأنّه بعد بطلان بيع الكتاب- الذي هو في مقابل مثقال ذهب رديء- يصير المثقال الجيّد من ذهب البائع في مقابل المثقال والنصف من الذهب الرديء. وهذا من أوضح مصاديق الرّبا.

وبالجملة: فالبيع باطل في كلا المالين- مال البائع وغيره- في كل مورد يلزم من عدم الإجازة مانع شرعي كلزوم الرّبا، فإنّ هذا مقتضى الأحكام الحيثية، ضرورة أنّ البحث عن صحة البيع هنا إنّما هو من حيث كونه فضوليا، لا من حيثيات اخرى كلزوم الرّبا مثلا.

(3) كما إذا باع عبده الآبق مع كتاب زيد، ثم ردّ زيد، فيبطل بيع العبد أيضا، لأنّ بيع الآبق بدون الضميمة باطل.

(4) لعلّ مقصوده ما أفاده في مسألة بيع العبد الآبق مع الضميمة من قوله: «لو عقد على الضميمة فضولا، ولم يجز مالكها، انفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع». وهذا موافق للتقييد الذي التزم به صاحب الجواهر قدّس سرّه.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 309، و تقدم نصّ كلام في ص 602

ص: 607

ثم إن البيع المذكور (1) صحيح بالنسبة إلى المملوك (2) بحصته من الثمن، و موقوف في غيره بحصته.

و طريق (3) معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن في غير المثلي أن يقوم (4) كلّ منهما منفردا، فيؤخذ لكلّ واحد (5) جزء من الثمن نسبه (6) إليه كنسبة قيمته إلى مجموع

---

هذا تمام الكلام في المقام الأول، و هو صحة بيع المملوك، و سيأتي الكلام في المقام الثاني، و هو طريق تقسيط الثمن على المالكين.

(1) و هو بيع مال نفسه مع مال غيره، فإنه صحيح بالنسبة إلى مال البائع بما يقابله من الثمن، و موقوف في غير مال البائع على إجازة مالكة، فإن أجاز صحّ البيع في كلا المالكين، و إن ردّ بطل البيع في ماله، و صحّ البيع في مال البائع فقط.

و على كلا تقديري الإمضاء و الردّ لا بدّ من تقسيط الثمن، ففي صورة الإجازة يوزّع الثمن على البائع و المجيز، و في صورة الردّ يوزّع على البائع و المشتري.

(2) أي: مال البائع، فإنّ البيع بالنسبة إليه صحيح، لصدوره من أهله، و موقوف بالنسبة إلى مال غير البائع، فإن أجاز صحّ بالنسبة إليه أيضا.

(3) قد ذكر المصنف قدّس سرّه طريقين لمعرفة حصة كلّ من البائع و غيره في كلتا صورتَي إجازة من بيع ماله فضولا و عدمها فيما إذا كان المبيع قيميا. و إن كان مثليا فسيأتي الكلام فيه في آخر المسألة.

(4) خبر قوله: «و طريق» و هذه هي الطريقة الأولى، و محصّلها: أنّ كلا من المالكين يقوم منفردا بالقيمة السوقية- لا تقويمهما مجتمعين- فيؤخذ لكل واحد منهما جزء من الثمن يكون نسبة ذلك الجزء إلى تمام الثمن كنسبة قيمة كلّ منهما إلى مجموع القيمتين. فإذا كان الثمن ثلاثة دنانير، و كانت قيمة مال البائع قيراطا، و قيمة مال غيره قيراطين، فتكون نسبة قيمة مال غير البائع- و هي قيراطان- إلى الثمن- و هو ثلاثة دنانير- كنسبة قيمته السوقية و هي قيراطان إلى مجموع القيمتين و هو ثلاثة قيراط. و تلك النسبة هي الثلثان، فيؤخذ للمشتري من الثمن المسمّى- و هو ثلاثة دنانير- ثلثاه، و هما ديناران.

(5) يعني: لكلّ واحد من مالي البائع و غيره ممّن بيع ماله فضولا.

(6) مبتداء، و خبره «كنسبة» و الجملة صفة ل- «جزء» يعني: نسبة ذلك الجزء إلى

القيمتين. مثاله- كما عن السرائر- ما إذا كان ثمنهما (1) ثلاث دنانير، وقيل: إن قيمة المملوك (2) قيراط، وقيمة غيره (3) قيراطان، فيرجع المشتري بثلي الثمن.

و ما ذكرنا من الطريق (4)

الثمن- الذي هو ثلاثة دنانير- كنسبة القيراطين إلى القيراط الثلاثة التي هي مجموع القيمتين، و تلك النسبة هي الثلثان كما مرّ آنفا.

(1) يعني: ثمنهما المسمّى في بيع البائع مال نفسه مع مال غيره.

(2) أي: القيمة السوقية المال البائع قيراط.

(3) أي: غير مال البائع الذي بيع فضولا مع مال البائع.

ثم إن عبارة السرائر محكية معني، و الحاكي لها هو السيد العاملي و صاحب الجواهر.

و الأولى نقل بعض كلام ابن إدريس قدّس سرّه، فإنّه بعد إثبات الخيار للمشتري في مسألتنا و المسألة الآتية- و هي بيع ما يملك و ما لا يملك- قال: «مثاله: باع شاة و خنزيرا بثلاثة دنانير، فإنّ الثمن يتقسّط على قدر قيمة الشاة و قيمة الخنزير عند مستحليّه، فيقال:

كم قيمة الشاة؟ فيقال: قيراطان. و يقال: كم قيمة الخنزير؟ فيقال: قيراط، فيرجع بثلث الثمن و هو دينار. و بالعكس من ذلك أن يقال: قيمة الشاة قيراط، و قيمة الخنزير عند مستحليه قيراطان، فيرجع المشتري بثلي الثمن، و هو ديناران» (1).

و في هذا المثال تختلف القيمة الواقعية عن الثمن المسمّى بكثير، لأنّ القيراط الشرعي نصف عشر المثقال الشرعي- أي الدينار، فالدينار عشرون قيراطا شرعيّا، و القيراط الصيرفي حبة واحدة، فهو جزء من ثمانية عشر جزءا من الدينار الشرعي (2).

و على كلّ منهما يكون الثمن المسمّى أضعاف القيمة. إلا أنّ المقصود بيان كيفية تقسيط الثمن على المبيع.

(4) أي: الطريق الأوّل، و هو تقويم كلّ من المالين منفردا، و لحاظ مجموع قيمتهما و الأخذ لكلّ واحد من المالين جزء من الثمن تكون نسبته إلى الثمن كنسبة قيمة أحد

(1) السرائر، ج 2، ص 276، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 203، جواهر الكلام، ج 22، ص 312

(2) الأوزان و المقادير، ص 52 و 91-92 للعلامة الشيخ إبراهيم سليمان العاملي.



هو (1) المصرّح به في الإرشاد «1»، حيث قال: «و يقسّط المسمّى على القيمتين» (2) و لعلّه (3) [1] أيضا مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللّمة من «أنهما يقومان

---

المالين إلى مجموع قيمتهما، و قد تقدم أنفا مثاله.

(1) أي: ما ذكرناه من الطريق الأوّل هو المصرّح به في الإرشاد، حيث قال:

«و يقسّط المسمّى على القيمتين» أي: قيمة كلّ من مالي البائع و غيره، فإنّ ظاهر «القيمتين» هو قيمة كلّ منهما منفردا. فالمراد مجموع القيمتين، لا قيمة المجموع، و إلاّ كان اللازم أن يقول: «و يقسّط المسمى على قيمة المجموع» فيكون كلام العلامة موافقا للطريق الأوّل، و هو: «نسبة قيمة أحد المالين إلى مجموع القيمتين» لا إلى قيمة المجموع. و بينهما فرق واضح.

فإذا كان المبيع مصراعي الباب، و كانت قيمة مجموعهما اثني عشر درهما، و كان مجموع قيمتهما ثمانية دراهم، بأن كانت قيمة كلّ منهما منفردا أربعة دراهم، و كان الثمن المسمّى اثني عشر درهما. فعلى الطريق الثاني - و هو نسبة قيمة أحد المالين إلى مجموع القيمتين و هو الثمانية - يؤخذ نصف الثمن و هو الستة للمشتري، لأنّ نسبة الأربع - الذي هو قيمة أحد المالين - إلى مجموع قيمتهما - و هو الثمانية - هي النصف، فيؤخذ نصف الثمن و هو الستة للمشتري.

و على الطريق الأوّل - و هو أخذ نسبة قيمة أحد المالين إلى قيمة المجموع، و هي اثنا عشر درهما - تكون هي الثلث، فيؤخذ ثلث الثمن و هو الأربع للمشتري.

(2) أي: قيمة كلّ من المالين، و هو مساوق لقوله: «أن يقوّم كلّ منهما منفردا».

(3) يعني: أنّ ما ذكرناه من الطريق هو المصرّح به في الإرشاد، و المحتمل لأن يكون ذلك أيضا مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللّمة «من أنهما يقومان جميعا، ثم يقوّم كلّ

---

[1] يشكّل أن يكون الطريق المذكور - و هو تقويم كلّ منهما منفردا - مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللّمة من تقويمهما جميعا ثم تقويم أحدهما. وجه الاشكال: أنّ في

---

(1) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 360

ص: 610

جميعاً، ثم يقوم أحدهما» (1) ولذا (1) فسّر بهذه العبارة (2) المحقق الثاني عبارة الإرشاد (3)، حيث قال (4): «طريق تقسيط المسمّى على القيمتين .. إلخ».

واحد منهما مستقلاً. والاحتمال المذكور في المتن قد ذهب إليه في الجواهر، فيكون كلام المصنف في ردّ هذا الاحتمال بقوله: «لكن الانصاف» ردّاً عليه.

قال صاحب الجواهر - بعد نقل عبارة السرائر -: «وهي عين ما ذكرناه، ضرورة كون النسبة بما فرضه ذلك، فمراد الجميع حينئذ واحد، وهو: أنّه إذا كان المبيع من ذوات القيم التي هي غالباً مختلفة زيادة ونقصاً لا بدّ في معرفة تقسيط الثمن عليها من ملاحظة قيمتها التي هي متساوية الأجزاء، وبدل العين وقائمة مقامها، ومعرفة النسبة، فيوزّع الثمن عليها. وهو معنى ما في الإرشاد ..» (2).

(1) أي: ولكون ما ذكره المصنف قدس سرّه هو المصرّح به في الإرشاد - ومرجع ما في الشرائع والقواعد واللمعة - فسّر المحقق الثاني قدس سرّه .. إلخ.

(2) وهي: أنّهما يقومان جميعاً، ثم يقوم أحدهما.

(3) وهي: ويقسّط المسمّى على القيمتين.

(4) يعني: قال المحقق الثاني في شرح عبارة الإرشاد: «طريق تقسيط المسمّى على القيمتين: أن يقوم المبيعان معاً، ثم يقوم أحدهما على انفراده، وتنسب قيمته إلى مجموع القيمتين. وينظر تلك النسبة، فيؤخذ بها من الثمن .. إلخ» (3).

طريق المصنف تقويماً واحداً، وهو تقويم كل منهما منفرداً. وفي طريق الشرائع تقويمين، أحدهما: تقويم المالكين معاً، ثانيهما: تقويم أحدهما، لتنسب قيمته إلى قيمة المجموع.

ولا - بدّ أن يكون المراد من تقويمهما جميعاً - كما عن الشرائع - تقويمهما معاً، لا تقويم كل منهما منفرداً، وإلا لم يكن وجه لتقويم أحدهما، لكونه من تحصيل الحاصل.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 15، قواعد الأحكام، ج 2، ص 19، اللمعة الدمشقية، ص 110

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 312

(3) حاشية الإرشاد، مخطوط، ص 219، وحكاة عنه في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 203

لكنّ (1) الإنصاف أنّ هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها (2) في طريق التفسير، و استظهرناه (3) من السرائر، إذ (4) لو كان المراد من تقويمهما معا (5) تقويم كلّ منهما (6) لا تقويم المجموع، لم يحتج (7)

(1) هذا عدول عما أفاده بقوله: «و لعلّه» من جعل مرجع كلا طريقي التفسير أمرا واحدا، فالغرض منه الإيراد على صاحب الجواهر قدّس سرّه، و محصله: أنّ العبارة الموجودة في السرائر و القواعد و اللمعة لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في التفسير.

(2) بقولنا: «أنّ يقوم كلّ منهما منفردا، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين».

(3) مورد الاستظهار هو قول ابن إدريس: «ما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير، وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط، وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلي الثمن».

(4) تعليل لعدم انطباق ما في السرائر و القواعد و اللمعة «من أنّهما يقومان جميعا، ثمّ يقوم كل منهما مستقلا» على عبارة الإرشاد التي اختارها المصنف بقوله: «أنّ يقوم كل منهما منفردا .. إلخ».

و محصل التعليل: أنّه لو كان المراد بما في السرائر «من أنّهما يقومان جميعا» تقويم كلّ منهما- لا تقويم المجموع- كان تقويم أحدهما بعد تقويم كل منهما مستدركا، لمعرفة قيمته ابتداء، و عدم الحاجة إلى تقويمه ثانيا.

فليس هنا إلّا أمران، أحدهما: تقويم كل منهما، و ثانيهما: نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين. مع أنّ الظاهر من كلامهم أمور ثلاثة: أحدها: تقويمهما مجتمعين، ثانيها: تقويم أحدهما، ثالثها: ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

(5) أي: جميعا، فإنّه الوارد في عبارة الكتب المذكورة، فبدل «جميعا» ب- «معا».

(6) أي: تقويم كلّ منهما منفردا، لا تقويم المجموع بالهيئة الاجتماعية إذا كان لاجتماعهما دخل في قيمتهما كمصراعي الباب.

(7) جواب «لو» وجه عدم الحاجة هو: حصول المعرفة ابتداء، و معه لا حاجة إلى معرفته ثانيا.

إلى قولهم: «ثم يَقومُ أحدهما، ثمّ تنسب قيمته»، إذ (1) ليس هنا إلا أمران: تقويم كلّ منهما، ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

فالظاهر (2) إرادة قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظة (3) نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

و من هنا (4) أنكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد

(1) تعليل لعدم الحاجة إلى قولهم: «ثم يَقومُ أحدهما .. إلخ» توضيحه: أنّه لو أريد من قولهم: «إنّهما يَقومان جميعاً» تقويم كلّ منهما منفرداً- لا تقويم المجموع- لم يكن هنا إلا أمران، أحدهما: تقويم كلّ منهما، و ثانيهما نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

لكن الظاهر من قولهم أمور ثلاثة، أولها: تقويمهما مجتمعين، ثانيهما: تقويم أحدهما بنفسه، ثالثها: ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

و هذا مغاير للطريق التي اختارها المصنف في طريق التقييد و استظهارها من السرائر من «تقويم كلّ منهما منفرداً» إذ ليس فيه إلا أمران، أحدهما: تقويم كل منهما منفرداً، و ثانيهما: نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

(2) هذا نتيجة الإيراد المتقدم بقوله: «إذ لو كان المراد من تقويمهما معاً تقويم كلّ منهما، لا تقويم المجموع .. إلخ». يعني: فالظاهر من عبارة الشرائع و القواعد و اللمعة- من: أنّهما يَقومان جميعاً- أمور ثلاثة:

الأول: تقويمهما مجتمعين. الثاني: تقويم أحدهما بنفسه. الثالث: ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع. و قد مرّ أنّنا ذلك.

و بالجملة: فظاهر عبارة الشرائع و القواعد و اللمعة لا ينطبق على عبارة الإرشاد التي اختارها المصنف قدّس سرّه من تقويم كلّ منهما منفرداً، و نسبته إلى مجموع القيمتين.

(3) معطوف على «إرادة» و قوله: «تقويم» معطوف على «قيمتها».

(4) أي: و من كون الظاهر من عبارة الشرائع و القواعد و اللمعة تقويمهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع، أنكر جماعة على أرباب هذه الكتب الثلاثة- تبعاً لجامع المقاصد- إطلاق قولهم بتقويمهما مجتمعين، بدعوى: أنّه ليس في جميع الموارد لهيئة الاجتماع دخل في القيمة حتى يلزم تقويمهما مجتمعين.

إطلاق (1) القول بذلك (2)، إذ (3) لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة، كما في مصراعي باب وزوج خفّ إذا فرض تقويم المجموع بعشرة، و تقويم أحدهما بدرهمين، و كان الثمن خمسة، فإنّه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن

قال السيد العاملي قدّس سرّه: «و أما إذا كان لاجتماعها مدخل في زيادة القيمة- كمصراعي باب وزوج خفّ كل واحد للمالك- ففي جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض و الحدائق: أنّهما لا يقومان مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد حصّته إلاّ منفردة، فلا- يستحق ما يزيد باجتماعهما. وقالوا: إنّ طريق تقويمهما- على هذا- أن يقوم كل منهما منفردا، و تسبب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا كان قيمتهما مجتمعين اثني عشر، و منفردين تسعة، و الثمن ستة، و قيمة أحدهما ثلاثة، أخذنا له من الثمن بقدر قيمته إلى التسعة- و هو ثلث الستة- اثنان.

و لا يؤخذ بقدر نسبته إلى الاثني عشر- و هو ربع الستة- واحد و نصف. و لو قوم كل واحد منهما منفردا بعشرة يؤخذ نصف الثمن، لأنّه نسبة أحدهما إلى المجموع ..» (1).

(1) مفعول قوله: «أنكر».

(2) أي: بتقويمهما مجتمعين، ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

(3) تعليل لعدم مدخلية الهيئة الاجتماعية بنحو الإطلاق، و محصله: «أنّه يلزم عدم استقامة هذا الطريق الثاني- و هو تقويمهما مجتمعين، ثم تقويم أحدهما منفردا، ثم ملاحظة نسبته إلى قيمة المجموع، و الأخذ بتلك النسبة من الثمن- في مثل كون المبيع مصراعي باب وزوج خف، و غيرهما ممّا يكون لهيئة الاجتماع دخل في زيادة القيمة.

وجه عدم الاستقامة: أنّه يلزم الإجحاف على المشتري، كما في مثال المتن، فإنّ الثمن المسمّى- و هو خمسة دراهم- مشترك بين البائع و مالك المال الآخر بالمنصفة، و مقتضى طريق الشرائع أن يكون للبائع أربعة دراهم، و للمشتري درهم واحد، و هو خمس الثمن المسمّى. مع اشتراك الثمن بين البائع و المشتري بالمنصفة، فيستحق المشتري

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 204، جامع المقاصد، ج 4، ص 78، مسالك الأفهام، ج 3، ص 162، الروضة البهية، ج 2، ص 239، رياض المسائل، ج 1، ص 514، الحدائق الناضرة، ج 18، ص 402

ص: 614

- نسبته إليه كنسبة الاثنین إلى العشرة- استحقّ (1) من البائع واحدا (2) من الخمسة، فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد. مع أنّه (3) لم يستحقّ من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر، أعني درهمين ونصفاً [و نصف].

و الحاصل (4): أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير بحصّة من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، و يصحّ (5) في نصيب المالك بحصّة كان يأخذها مع إجازة مالك

---

من الثمن نصفه- و هو درهمان و نصف- على ما يقتضيه طريق المصنف، لأنّ نسبة قيمة كلّ واحد من المصراعين و كلّ واحد من الخفّين- و هي درهمان- إلى مجموع القيمتين و هو أربعة دراهم هي النصف، فيؤخذ بهذه النسبة من الثمن المسمّى- الذي هو خمسة دراهم- درهمان و نصف درهم.

(1) جواب الشرط في «إذا رجع» و جملة «نسبته إليه .. إلخ» نعت ل- «جزء من الثمن».

(2) لأنّه خمس الثمن المسمّى الذي هو خمسة دراهم، و هذا الخمس هو خمس العشرة التي هي قيمة مجموع المصراعين. و بهذه النسبة يكون الدرهم الواحد خمس الثمن المسمّى، و يعطى للمشتري. و يكون الباقي- و هو أربعة دراهم- للبائع في مقابل المصراع الواحد. و هو إجحاف على المشتري، لأنّه كالبائع يستحقّ من الثمن مقداراً مساوياً لما يقابل المصراع الآخر، و هو درهمان و نصف.

(3) يعني: مع أنّ البائع لم يستحقّ من الثمن إلا مقداراً يقابل المصراع الآخر، و هو درهمان و نصف، فلا وجه لأخذه أربعة دراهم.

إلى هنا تمّ إنكار الجماعة على طريقة الشرائع و العلامة و الشهيد في التقويم.

(4) يعني: و حاصل الكلام أنّ استحقاق كلّ من البائع و مالك الجزء الآخر لحصّة من الثمن لا فرق فيه بين صحة البيع و بطلانه. فإذا أجاز البيع مالك الجزء الآخر استحقّ نصف الثمن، و هو درهمان و نصف. و إذا ردّ البيع ردّ هذا النصف إلى المشتري. و كذا البائع، فإنّه يأخذ نصف الثمن في كلتا صورتها إجازة مالك الجزء الآخر و ردّه.

(5) معطوف على «يبطل» أي: أنّ البيع إنّما يصحّ في نصيب المالك.

الجزء الآخر، هذا.

و لكن (1) الظاهر أنّ كلام الجماعة إمّا (2) محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع (3)، أو مرادهم (4) من «تقويمهما» تقويم كلّ منهما منفردا، و يراد من «تقويم أحدهما ثانيا» ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين [1].

وإلا (5) ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلة

---

(1) هذا استدراك على بطلان ضابط التقسيط الذي أفاده المحقق و العلامة و الشهيد رضوان الله تعالى عليهم، و أنّ لازمه تضرّر المشتري في مثل مصراعي الباب و زوج الخفّ كما تقدم تفصيله آنفا. فالغرض من الاستدراك توجيه ما أفاده هؤلاء الأعلام قدّس سرّهم بأحد وجهين.

(2) هذا هو الوجه الأوّل، و حاصله: أنّ ما أفادوه من الضابط المذكور محمول على الغالب، و هو عدم دخل الهيئة الاجتماعية في زيادة القيمة و نقصانها. فالضابط المذكور ليس مطّردا في جميع الموارد، بل هو مختص بما إذا لم يكن لهيئة الاجتماع دخل في القيمة.

(3) أي: باجتماع مال البائع مع مال غيره مما بيع فضولا.

(4) معطوف على «اما محمول» و هذا هو الوجه الثاني، و محصله: أنّ مراد المحقق و العلامة و الشهيد من «تقويمهما»: تقويم كلّ منهما منفردا، لا ما هو ظاهر العبارة من تقويمهما مجتمعين. و المراد بـ «تقويم أحدهما ثانيا» ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين.

فيرجع كلامهم مع هذا التوجيه إلى ضابط المصنف من: تقويم كلّ منهما منفردا، و ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين.

(5) أي: و لولا هذا التوجيه لكلام المحقق و العلامة و الشهيد قدّس سرّهم لبقيت طريقتهم لمعرفة قيمة كلّ من المالين على فسادها، و لا يحتاج إلى النقض بصورة دخل اجتماع المالين في زيادة القيمة، لإمكان القول فيها بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد، و بين قيمة مجموعهما، كما يقول به المحقق و العلامة و الشهيد قدّس سرّهم.

---

[1] و كلاهما خلاف الظاهر، لظهور «تقويمهما» في تقويمهما مجتمعين، و ظهور «تقويم أحدهما» في تعيين قيمته، لا في ملاحظة قيمته المعيّنة.

الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها- وإن كان (1) ضعيفا- بأخذ (2) النسبة للمشتري (3) بين قيمة أحدهما المنفرد، وبين قيمة المجموع. بل ينتقض (4) بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة، بحيث تكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد (5)، فإنّ هذه (6) فرض ممكن كما صرّح به (7) في رهن جامع المقاصد

(1) يعني: وإن كان هذا القول ضعيفا، لما ذكره في قوله: «والحاصل: أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة .. إلخ».

(2) متعلق بالقول، يعني: يمكن القول- في صورة دخل الاجتماع في زيادة القيمة- بأخذ النسبة لنفع المشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و هي درهمان، وبين قيمة المجموع و هي عشرة دراهم، كما هو طريقة المحقق و العلامة و الشهيد قدس سرهم، فيؤخذ للبائع درهم، و ذلك خمس الثمن المسمّى الذي هو خمسة دراهم، و الأربعة الباقية للمشتري.

(3) يعني: أنّ أخذ هذه النسبة إنّما هو لنفع المشتري، لا لنفع البائع، لأنّ البائع إن كان عالما بهذا فقد أقدم على ضرره. وإن كان جاهلا به، فيجبر ضرره بالخيار.

(4) يعني: بل ينتقض أيضا الضابط- المذكور في كلام هؤلاء الأعلام- بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة كما سيأتي في مثال المتن.

(5) معطوف على «مثل» الذي هو خبر قوله: «تكون».

(6) أي: فإنّ هذه الصورة- و هي مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة، بحيث تكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد- من الفروض الممكنة، كما صرّح به المحقق الثاني قدس سرّه في جامع المقاصد، حيث قال في فروع رهن الأمة ذات الولد الصغير ما لفظه: «لو نقصت قيمة الأمّ مع الضميمة عن حال الانفراد لم يدخل النقص على المرتهن، لاستحقاقه قيمتها منفردة، و الضميمة حقّ و جب على الراهن» (1).

وقال الشهيد قدس سرّه: «لأنّ الأمّ تنقص قيمتها إذا ضمّت إليه- أي إلى الولد الصغير- لمكان اشتغالها بالحضانة، و الولد تنقص قيمته منفردا، لضياعه» (2).

(7) أي: بإمكان نقصان القيمة بالاجتماع. و المراد بغير المحقق الثاني هو الشهيد و صاحب الجواهر.

(1) جامع المقاصد، ج 5، ص 56

(2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 391، جواهر الكلام، ج 25، ص 140



و غيره، فإنّ الالتزام هنا (1) بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثلن، كما لو باع جارية مع أمّها- قيمتهما مجتمعتين عشرة، و قيمة كلّ واحدة منهما منفردة عشرة- بثمانية (2)، فإنّ نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين (3) نسبة (4) الشئ إلى مماثله، فيرجع (5) [فرجع] بكلّ الثمانية.

(1) أي: في صورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة. وقوله: «فإنّ الالتزام» بيان لانتقاض مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة.

توضيحه: أنّه بناء على الطريقة التي أفادها الأعلام المحقق و العلامة و الشهيد قدّس سرّهم- وهي تقويمهما مجتمعين، ثم تقويم أحدهما منفردا، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع- يلزم الجمع بين الثمن و المثلن.

مثاله كما في المتن: ما لو باع جارية مع أمّها بثمانية دراهم، و كانت قيمتهما مجتمعتين عشرة دراهم، و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة أيضا. فإنّ نسبة العشرة- التي هي قيمة إحداهما منفردة- إلى العشرة التي هي قيمتهما بنحو الاجتماع نسبة الشئ إلى مماثله، فإذا رجع المشتري بتمام الثمن- وهي الثمانية- يلزم الجمع بين العوض و المعوّض. و هو لازم باطل، فيبقى مال البائع بلا ثمن.

و هذا بخلاف طريقة المصنف قدّس سرّه، لأنّه ينسب قيمة كل واحدة- وهي العشرة- إلى مجموع القيمتين و هي العشرون، فيردّ من الثمن إلى المشتري بنسبة العشرة إلى العشرين، و هي النصف أعني به أربعة دراهم. فضايط المصنف مطّرد في موارد تساوي قيمة كل منهما منفردا مع قيمة المجموع، و اختلافهما بالزيادة و النقصان.

(2) متعلق بقوله: «باع» و قوله: «فان نسبة» بيان لوجه لزوم الجمع بين العوض و المعوّض.

(3) أي: قيمتهما بنحو الاجتماع، لا مجموع قيمتهما و هو العشرون. فالأولى تبديل «مجموع القيمتين» ب- «قيمتهما بنحو الاجتماع» أو «قيمتهما مجتمعين».

(4) خبر قوله: «فان نسبة».

(5) أي: فيرجع المشتري بكلّ الثمانية التي هي تمام الثمن المسمّى، و هذا جمع بين الثمن و المثلن عند المشتري، كما مرّ آنفا.

و كأنّ من (1) أورد عليهم ذلك (2) غفل عن هذا (3)، أو كان (4) عنده غير ممكن.

فالتحقيق (5) في جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظة قيمة كلّ منهما منفردا، ونسبة (6) قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت (7): إنّ المشتري إنّما [إذا] بذل الثمن في مقابل كلّ منهما مقبّدا

(1) المورد صاحب جامع المقاصد و من تبعه، فإنّهم أوردوا على المحقق و العلامة و الشهيد قدّس سرّهم.

(2) أي: النقض - بصورة مدخلية الاجتماع في زيادة القيمة - بقولهم: «إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصرعي الباب». فراجع (ص 614)

(3) أي: النقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة. و محصل مراده قدّس سرّّه: أنّ عدم إيراد جامع المقاصد و غيره على ضابط المحقق و العلامة و الشهيد - بالنقض بدخل الاجتماع في نقصان القيمة - لعلّه لأجل الغفلة عن إمكان دخل الهيئة الاجتماعية في نقصان القيمة، أو لأجل اعتقاده بعدم إمكان دخل الاجتماع في نقصان القيمة. و إن كان هذا الاحتمال الثاني ضعيفا بعد التصريح بدخل الاجتماع في نقصان القيمة، كما تقدم عن رهن الدروس و جامع المقاصد.

(4) معطوف على «غفل» و اسمه ضمير راجع إلى «هذا» المراد به النقض.

(5) بعد الإشكال على الضابط الذي أفاده المحقق و العلامة و الشهيد رحمه الله جعل التحقيق في جميع الموارد ما أفاده من ملاحظة قيمة كلّ منهما منفردا، و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، و أخذ تلك النسبة من الثمن المسمّى.

(6) معطوف على «ملاحظة»، و قوله: «إلى مجموع» متعلق ب- «نسبة».

(7) هذا إشكال على قوله: «فالتحقيق في جميع الموارد...» و غرض المستشكل الإيراد على طريق التقييد باستلزامها للظلم على المشتري، في ما كان وصف الاجتماع دخيلا - في زيادة قيمة كلّ من المالكين على القيمة حال الانفراد. و هذا الاعتراض وارد أيضا على التقييد بالكيفية الأخرى المذكورة في الشرائع و القواعد و اللمعة، كما يظهر

من بعض محشّي الروضة.

و توضيح الإشكال: أنّ وصف الاجتماع- في ما يكون مقتضيا لزيادة القيمة- متمول، وقد قوبل بجزء من الثمن. فإذا ردّ مالك أحد المصراعين البيع، كان الفائت على المشتري أمرين، الأول: أحد المصراعين، وهو جزء المبيع. والثاني: الهيئة الاجتماعية.

فيتعيّن استرداد ما قابل ذلك الجزء و تلك الهيئة. ولا يستقيم شيء من نحوي التقسيط.

لاستلزامهما الظلم على المشتري.

أمّا مختار المصنف قدّس سرّه فلأنّه حكم برّد درهمن و نصف- من مجموع ثمن المصراعين و هو خمسة دراهم- إلى المشتري، و إبقاء درهمن و نصف للبائع. مع أنّ المشتري بذل الثمن بإزاء المصراعين بوصف الاجتماع، لا بإزاء ذات كل واحد من المصراعين المتقوم بدرهم واحد، فكيف يستحقّ البائع درهمن و نصفاً؟ مع أنّه ثمن مصراع الباب بوصف الانضمام لا حال الانفراد.

و عليه فاللازم الحكم بإبقاء درهم عند البائع، و ردّ أربعة دراهم إلى المشتري، ليكون درهم منها بإزاء المصراع الآخر، و ثلاثة منها بإزاء فوات الهيئة الاجتماعية.

و بعبارة أخرى: لو أجاز مالك المصراع الآخر استحقّ كلّ من البائع و المالك المجيز درهمن و نصف درهم، فالدرهم عوض ذات المصراع، و درهم و نصف بإزاء وصف الاجتماع الذي هو من توابع الملك. و حيث إنّ المفروض حصول مصراع منفرداً عند المشتري، لم يكن وجه لاستحقاق البائع ثمن مصراع بوصف الانضمام، بل اللازم ردّ ثلاثة دراهم- هي عوض الهيئة الاجتماعية- إلى المشتري، كردّ درهم أيضاً عوض المصراع الآخر.

و أمّا ما يستفاد من المحقق و تابعيه في كيفية التقسيط فالظلم فيه على المشتري أشدّ ممّا حكم به شيخنا الأعظم قدّس سرّه، لأنّ إبقاء أربعة دراهم عند البائع بإزاء مصراع واحد غير ظاهر الوجه، مع كون قيمته حال الانفراد درهما واحداً. فلم يحكم باستحقاق البائع أربعة دراهم، و استحقاق المشتري درهما واحداً مع مساواة ما بأيديهما من المصراعين المنفردين؟

و عليه فلا بد من التماس طريق آخر في التقسيط لئلا يتضرّر المشتري.

باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف (1) لم يبق له مع ردّ مالك أحدهما. فالبايع (2) إنّما يستحقّ من الثمن ما يوزّع على ماله منفردا، فله (3) من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة- وهو درهم واحد- فالزيادة (4) ظلم على المشتري. وإن كان ما أوهمه عبارة الشرائع وشبهها- من أخذ البائع أربعة و المشتري واحدا- أشدّ (5) ظلما كما تبّه عليه (6) في بعض حواشي الروضة.

---

(1) أي: والحال أنّ وصف الاجتماع لم يسلم للمشتري عند ردّ مالك المصراع الآخر المبيع فضولا.

(2) هذا متفرع على عدم بقاء وصف الاجتماع للمشتري، يعني: بعد عدم سلامة وصف الانضمام للمشتري- وأنّه قد فات عليه أمران- اتّجه توزيع الثمن بأن يستحق البائع ثمن مصراع واحد حال الاتفراد، لا ثمنه حال الاجتماع.

وبناء على النسخة الأخرى يكون قوله: «البايع» جوابا للشرط في «إذا بذل» و مجموع جملة الشرط و الجواب خبر قوله: «إنّ المشتري».

(3) أي: فللبائع درهم واحد، لا درهماً ونصف درهم.

(4) وهي درهم ونصف درهم، فإنّهما زائدان على الدرهم الواحد المفروض كونه ثمنا لمصراع واحد.

(5) خبر قوله: «وإن كان» وقد تقدم تقريب أشدّيّة الظلم.

(6) أي: على كونه أشدّ ظلما، و المنبّه هو سلطان العلماء قدّس سرّه في حاشية الروضة، حيث قال: «و إبقاء الباقي للبائع ظلم أيضا على المشتري، وإعطاء للبائع زائدا على حقه.

كما أنّ ردّ الثمن بقدر نسبة أحدهما إلى قيمتهما مجتمعين ظلم على ما ذكره الشارح المحقق- يعني الشهيد الثاني- إلا أنّ الثاني أظلم. فالصواب أن يقوّما مجتمعين، و يقوّم ما للبائع منفردا، و يبقى من الثمن في يد البائع بقدر نسبة قيمة ماله منفردا إلى قيمتهما مجتمعين، و تتمّة الثمن تردّ إلى المشتري، و حينئذ لا ظلم لأحد أصلا» (1).

و حكى هذا المطلب عن حاشية الميرزا محمّد المعروف بديلمج أيضا، فراجع (2).

---

(1) نقلا من هامش الروضة البهية، (طبعة عبد الرحيم) ج 1، ص 316، و حكاه المحقق الخوانساري في حاشيته عن سلطان العلماء ص 359، فراجع.

(2) حكاه السيد الاشكوري في حاشية المكاسب، ص 100

فالألزام: أن يقسّم الثمن على قيمة كلّ من الملكين منفردا (1) وعلى هيئته الاجتماعية، ويعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا، و يبقى (2) للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا، وقيمة (3) هيئته الاجتماعية (4).

قلت (5): فوات وصف الانضمام- كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة- ليس

(1) و هو درهم واحد.

(2) أي: و يبقى الثمن للمشتري.

(3) معطوف على «بنسبة قيمة ملك الآخر».

(4) و هي ثلاثة دراهم.

(5) هذا جواب الإشكال، و محصله: منع المبني، بعدم كون الوصف مقابلا بجزء من الثمن، و إن كان مضمونا في باب الغرامات.

توضيحه: أنّ الوصف الموجب لزيادة قيمة العين- ككتابة العبد- مضمون عند تحقق سببه كاليد و الإتلاف، فلا يكفي ردّ قيمة العبد الفاقد لصفة الكتابة، بل يتوقف فراغ الذمة على أداء بدل العبد الكاتب.

و لكن يفترق باب المعاوضة عن الغصب، بأنّ الصفة و إن أوجبت الرغبة في بذل الثمن الكثير عوض العبد الكاتب، لكنّ الثمن يقع بإزاء نفس الموصوف و هو العبد، و لا يتسّط على كلّ من الموصوف و صفته، كما يتسّط الثمن على المالكين الخارجيين إذا بيعا بإنشاء واحد. هذا كله فيما عدا وصف الصحة.

و لما كان وصف الانضمام- في بيع مصراعي الباب- غير مقابل بجزء من الثمن و لا مضمونا بالضمان المعاوضي، لم يوزّع الثمن على نفس المصراعين، و على الهيئة الاجتماعية.

نعم ينجرّ تضرّر المشتري- الجاهل بالحال- بالخيار عند فقد الصفة التي لوحظت في مقابلة الثمن للمتصف، كتسلّطه على فسخ البيع في موارد تخلف الصفة ككتابة العبد.

و على هذا، فإن فسخ المشتري- في مثال بيع المصراعين بعد ردّ مالك المصراع الآخر- بطل البيع و استردّ تمام الثمن. و إن لم يفسخ استحقّ البائع نصف الثمن المسمى أعني به درهمين و نصفاً، لكون هذا النصف حصّته من مجموع الثمن على تقدير إجازة المالك، و لا يلزم ظلم على المشتري.

مضمونا في باب المعاوضات، وإن كان مضمونا (1) في باب العدوان. غاية الأمر ثبوت الخيار (2) مع اشتراط تلك الصفة (3).

و لا فرق فيما ذكرنا (4) بين كون ملك البائع و ملك غيره متعدّدين [متعدّدا]

و ليعلم أنّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من الجواب المزبور يستفاد من صاحب الجواهر قدّس سرّه أيضا، حيث قال: «إنّ الثمن وإن لوحظ فيه الهيئة الاجتماعية، حتى أنّ زيادته بسببها، إلّا أنّ من المعلوم كونها بمنزلة الصفة لكلّ واحد منهما، فلا يقابلها شيء من الثمن عند التقسيط .. إلخ» فراجع (1).

(1) أي: وإن كان فوات وصف الانضمام مضمونا. وقوله: «ليس» خبر «فوات».

(2) يعني: خيار تبعض الصفقة، أو تخلف الشرط.

(3) إلى هنا ينتهي الجواب الذي أفاده بقوله: «قلت ..».

(4) أي: من كيفية التقسيط، خلافا لما في الشرائع وغيره. و غرضه من هذه الجملة التنبيه على أمر يتعلق بطريقة تقسيط الثمن بما تقدّم، من أنّ مال البائع و مال الغير إن كانا قيميّين اعتبر تقويم أحدهما منفردا، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

و محصّل هذا الأمر: أنّه لا فرق في اعتبار هذه الكيفية بين كون المالكين متعدّدين وجودا كما تقدم في الأمثلة كعبدین أو عبد و جارية. و بين كونهما متحدین، كما إذا اشترك اثنان في عبد، فكان ثلثه لأحدهما، و ثلثاه للآخر، فباعه مالك الثلث بتسعين دينارا مثلا، فإنّه لا يوزّع الثمن أثلاثا حتى يكون للبائع ثلاثون، و لمالك الثلثين ستون.

و الوجه في عدم التوزيع بهذا النحو هو عدم كون قيمة ثلث العبد ثلث قيمة رقبتة، بل هي أنقص، لقلّة رغبة العرف في شراء ثلث العبد، و تعارف رغبتهم في شراء الثلثين.

و عليه لا يتموّل الثلث بنصف الثلثين، فربما يقوّم بعشرين دينارا، و يقوّم الثلثان بسبعين دينارا. ففي صورة ردّ مالك الثلثين لا يستحق البائع ثلث تمام الرقبة، بل له قيمة الثلث خاصة كعشرين دينارا.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 313

ص: 623

في الوجود كعبد و جارية (1). أو متّحدا (2) كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنّه (3) لا- يوزّع الثمن على قيمة المجموع أثلاثا، لأنّ (4) الثلث لا- يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه (5) أقلّ رغبة منه، بل (6) يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين، و يؤخذ النسبة (7) منهما (8) [منها] ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة.

هذا (9) كلّه في القيمي. أمّا المبيع المثلي (10)، فإن كانت الحصّة مشاعة قسّط

---

(1) بأن كان العبد ملكا لعمر و، و الجارية ملكا لزيد، فباعهما عمرو و صفقة واحدة، ثم ردّ زيد بيع جاريته.

(2) أي: موجودا واحدا، و لكّته ملك مشاع لاثنين أو أزيد.

(3) تعليل لقوله: «لا فرق» و الغرض بيان وحدة المناط- في مقام التقسيط- بين وحدة المبيع و تعدّده.

(4) تعليل لقوله: «لا يوزّع» و قد مرّ توضيحه.

(5) أي: لكون الثلث أقلّ رغبة من الثلثين.

(6) معطوف على قوله: «لا يوزّع الثمن» يعني: فإنّه يلاحظ قيمة الثلث .. إلخ.

(7) فرّما كانت النسبة- بين قيمة الثلث و قيمة الثلثين- الرّبع أو الثلث، لا النصف الذي هو نسبة الثلث إلى الثلثين.

(8) أي: من القيمتين، و هما قيمة الثلث، و قيمة الثلثين. و على تقدير إفراد الضمير فالمرجع هو القيمة.

(9) أي: ما تقدم من كيفية التقسيط مختص بالمبيع القيمي كالأمثلة المتقدمة من العبد و الجارية و نحوهما ممّا لا تتساوى أفرادها و جزئياته. و قد تقدم في رابع الأمور المتعلقة بالمقبوض بالبيع الفاسد ضابط المثلي و القيمي، فراجع «1».

(10) حاصل ما أفاده في المبيع المثلي- فيما كان بعضه للبائع و بعضه لغيره- صورتان، إذ تارة يكون المبيع مشتركا بينهما بنحو الإشاعة، كطنّ من الحنطة لزيد و عمرو، لكل منهما النصف، فباعها عمرو و صفقة واحدة بألف درهم، فردّ زيد بيع حصته،

---

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 296

ص: 624

الثلث على نفس المبيع (1)، فيقابل كل من حصتي البائع والأجنبي بما (2) يخصه.

وإن (3) كانت حصّة كل منهما معيّنة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين، و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم (4) [1].

---

فيقسط الثمن على النصفين، ويأخذ كل منهما خمسمائة درهم.

و اخرى يكون المبيع معيّناً، بمعنى تشخص حصّة كل منهما من المبيع. كما إذا كان لكل من زيد وعمرو كيس فيه حقّه من الحنطة، فباعهما زيد صفقة واحدة بعشرة دراهم، فردّ عمرو بيع حصته، فإنّه لا يتوزّع الثمن نصفين، بل يجري حكم القيمي هنا، فيقوم حصّة كل منهما على حدة، ويردّ من الثمن بمقدارها إلى المشتري. فإن قوم كل واحد من الكيسين مستقلاً خمسة دراهم ردّ إلى المشتري ذلك، وإن قوم أربعة دراهم أو ستة ردّ إليه الزائد.

(1) يعني: لا يلزم تقويم كل حصّة مستقلاً حتى يلاحظ نسبة الثمن إلى المجموع، بل حيث إنّ المبيع مثلي تساوي أفراده، قسط الثمن على نفس الحصتين.

(2) متعلق ب- «فيقابل» والمراد بالموصول هو الثمن.

(3) هذه هي الصورة الثانية، وقد تقدم توضيحها.

(4) لعلّه إشارة إلى منع إطلاق ما أفاده في الصورتين.

أمّا الصورة الأولى، فلاختصاص كلامه بما إذا لم يكن لإحدى الحصتين حال الاجتماع قيمة أكثر من قيمتها حال الانفراد، لفرض اختلاف الرغبات، فربما كانت الرغبة في شراء تسعة أمان من الحنطة- منضمة إلى من آخر- أزيد من شراء التسعة مستقلة.

وربما ينعكس الأمر، فيكون وصف الاجتماع مؤثراً في انخفاض القيمة.

---

[1] أورد السيد قدّس سرّه على ما تقدم من كيفية تقسيط الثمن بما حاصله: أنّ وصف الاجتماع تارة لا يوجب تفاوتاً في القيمة.

و اخرى يوجب زيادتها في الطرفين كمصراعي الباب على السواء.

و ثالثة بالاختلاف، كما في مثال بيع دار مشاعة ثلثها للبائع و ثلثها لغيره، فإنّ بيع جميع الدار يؤثر في زيادة حصّة كليهما، لكن صاحب الثلث ينتفع أكثر من الآخر.



فما أفاده قدّس سرّه من تقسيط الثمن على نفس المبيع لمجرد كونه مثلّيًا لا يخلو من شيء.

وأما الصورة الثانية، فلانتقاض كلامه بما إذا كانت الحصّتان المفروزتان متساويتين من جميع الجهات الدخيلة في التمول، إذ يتعيّن حينئذٍ مقابلة كل حصّة بما يخصّها من الثمن كالمثلي، ولا وجه لإجراء حكم القيمي عليه.

نعم يحتمل كون مفروض كلامه اختلاف الحصّتين المفروزتين بالجودة والرداءة، بأن كانت إحداهما حنطة جيّدة، والأخرى رديئة، إذ يتعيّن إجراء حكم القيمي عليهما.

لكن يشكل هذا الاحتمال بإمكانه في صورة الإشاعة أيضًا، فلا وجه لاختصاصه بالصورة الثانية. هذا تمام الكلام في هذه المسألة.

ورابعة قد يوجب الاجتماع زيادة قيمة أحدهما ونقصان الآخر، كما لو باع جاريته الشابة وولدها الصغير، وهو ملك غيره، فإنّ الانضمام يوجب نقصان قيمة الأمّ من جهة قيامها بحضانة الولد وتربيته، ويوجب زيادة قيمة الطفل. وهذه كلّها فروض ممكنة.

ولا سبيل لإحراز ما وقع من الثمن بإزاء كل واحد من المالين بناء على مختار المصنّف قدّس سرّه. ولذا لا بدّ من طريق ثالث لتوزيع الثمن، وهو أن يقوم كلّ من المالين منفردًا في حال انضمامه بالآخر لا-مقيّدًا به، فيجمع بين القيمتين، ويكون مجموع القيمتين قيمة المجموع، ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

قال قدّس سرّه: «إذ لو قوّم كل منهما منفردًا لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صورة الاختلاف. مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام، والآخر تنقص قيمته به، يلزم على طريقة المصنّف قدّس سرّه- فيما إذا قوّم أحدهما منفردًا باثنين، ومنضمًّا بأربعة، والآخر منفردًا بأربعة ومنضمًّا باثنين- أن يكون لمالك الأوّل ثلث الثمن، ولمالك الثاني ثلثاه، مع أنّ قيمة مال الأوّل في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال، فينبغي أن يكون للأوّل الثلثان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر موارد الاختلاف. وأما على ما ذكرنا فلا يلزم نقض في مورد من الموارد» (1).

صورة

ص: 627

صورة

ص: 628

صورة

ص: 629

صورة

ص: 630

صورة

ص: 631

صورة

ص: 632

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416 ق. = - 1375.

1250 : ISBN ريال (ج.1)؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان: العربية.

ملحوظة: الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة: ج. 5 (1421 ق. = 1379) 10000 ريال: (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة: ج. 4 (چاپ اول: 1420 ق. = 1378) 27500 ريال: ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة: كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214 ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: BP190/1/الف 8 م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

اشارة



الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing - Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440-455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

ص: 2

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيما الإمام المبين وغيث  
المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

ص: 3



## [تتمة كتاب البيع]

### [تتمة شرائط المتعاقدين]

### [تتمة الشرط الخامس]

### [تتمة بيع الفضولي]

## [لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]

### إشارة

مسألة (1) لو باع من له نصف الدار نصف ملك (2) [تلك] الدار

(1) بيع نصف الدار هذه المسألة معنونة في كتب القوم، و«النصف» من باب المثال، ولا خصوصية له، كعدم خصوصية الدار أيضا. فالثلث والرابع وغيرهما من الكسور أيضا كذلك.

كما أنّ البستان والدكان والخان، بل المنقولات- من غير الحيوان، ومن الحيوان ناطقة وصامتة- كذلك. فالنزاع في مسألة بيع نصف الدار يعمّ الجميع.

بل يندرج في البحث الصلح والهبة، ونقل المنافع، كما إذا أجز نصف الدار المشتركة بينه وبين غيره.

وعلى كلّ، فإن باع أحد الشريكين حصّة له للأجنبي، فقال: «بعتك نصف الدار» كان له صور ثلاث، إذ تارة يحرز قصده ببيع النصف المملوك له، ولا كلام في صحته.

وأخرى يحرز قصد بيع حصّة الشريك من دون إذنه، فيكون فضوليا. وحيث قلنا بصحة البيع الفضولي تأهلا، فإن أجاز المالك صح، وإن ردّ بطل.

وثالثة لم يحرز قصده تفصيلا لبيع حصّة له، أو حصّة شريكه، أو النصف المشاع بينهما بأن يبيع نصف النصف لنفسه، وكذا لشريكه. وفي هذا الفرض احتمالان، كما سيظهر بالتفصيل. والمقصود فعلا بيان وجه ارتباط هذه المسألة ببيع الفضولي وبيع ما يملك وما لا يملك، إذ بناء على الصورة الثانية تكون المسألة من صغريات البيع الفضولي. وبناء على الصورة الثالثة تكون من «بيع ملك غيره مع ملك نفسه» لو قلنا بظهور «بيع النصف» في بيع نصف النصف من حصّة نفسه، ونصف النصف من حصّة الشريك.

(2) الإضافة بيانية بناء على نسخة «ملك الدار» أي: بيع نصف الدار.



## [حمل النصف على النصف المختص بالبائع أو المشاع بين المالكين]

فإن علم [1] أنه أراد نصفه (1) أو نصف الغير (2) عمل (3) به (4)،

(1) أي: نصفه المختص به.

(2) وهو مالك النصف الآخر.

(3) جواب قوله: «فإن علم» وجملة الشرط والجزاء جواب قوله: «لوباع».

(4) أي: بالمعلوم، فإن كان نصفها المختص به كان البيع ماضيا، وإن كان نصفها المملوك لشريكه، وقف نفوذه على إجازته بناء على صحة عقد الفضولي.

[1] لا يخفى أنه تارة يعلم مراده تفصيلا من اللفظ، وأخرى لا يعلم ذلك، فالبحث يقع في مقامين:

أحدهما: أن يعلم مراده تفصيلا، ويتبع حينئذ حكمه. فإن كان نصفها المملوك له، فالبيع صحيح فعلي، و يترتب عليه أثره، فيجب عليه الوفاء به من إقباضه.

وإن كان نصفها المملوك لشريكه كان البيع فضوليا، ويتوقف نفوذه على إجازة شريكه.

وإن كان نصفها المشاع بينه وبين شريكه لزم البيع في نصف حصته، ووقف في نصف حصة شريكه على إجازته.

ثانيهما: أن يعلم إجمالا مراده إمّا بإرادة إحدى الصور المذكورة من دون علمنا بعينها، وإمّا بإرادة مفهوم اللفظ عرفا من كون نصف الدار هو النصف المشاع بين الحصتين أو النصف المختص به أو بشريكه.

فلو فرض وضوح مفهومه فلا إشكال في البناء عليه و ترتيب أثره الشرعي وإن لم يتضح مفهومه و اشتبه، فلا بدّ من تعيين مراده بالظهورات الكاشفة عن المرادات إن لم تكن معارضة، إذ المفروض كون البائع مريدا لمعنى، لا ساهيا ولا لاغيا، فإنّ عبارة الساهي ليست موضوعة لهذا البحث.

و من هنا ظهر عدم اختصاص هذا النزاع بما إذا علم إجمالا بمراد البائع بالخصوص من كون المبيع حصّة مختصة به أو بشريكه أو النصف المشاع بين الحصتين، بل يعمّ ذلك ما إذا أراد مفهوم لفظ «نصف الدار» مثلا، لا خصوص إحدى الصور المزبورة. وبالجملة: يعمّ النزاع ما إذا علم المراد إجمالا، و ما إذا علم أنّ مراده مفهوم اللفظ، فإنّ مراده في كلتا صورتين يحرز بالظهور الكاشف عنه لو لم يعارضه ظهور آخر.

لا يقال: إنَّ البيع في صورة إجمال مفهوم اللفظ باطل، ولا مجال للبحث عن صحته، للجهل بالمبيع.

فإنه يقال: إنَّ المبيع معلوم وهو النصف، والمالك مجهول، ولا ضمير فيه، لعدم اعتبار العلم بالمالك في صحة البيع.

ص: 6

وإلا (1) فإن علم أنه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلا مفهوم هذا اللفظ (2) ففيه احتمالان، حملة (3) على نصفه المملوك له،

(1) أي: وإن لم يعلم المراد من النصف في قوله: «بعتك نصف الدار» من نصفه المختص به أو المختص بشريكه، فإن علم .. إلخ.

(2) وهو «نصف الدار» فقط خاليا عن إضافته إلى نصفه المختص به أو إلى النصف المشاع بين الحصتين.

و الفرق بين هذه الصور الثلاث- بعد اشتراكها في معرفة المراد- هو: أن المعرفة في الأولين تفصيلية، وفي الثالثة إجمالية، إذ مراده فيها مفهوم اللفظ من حيث إنه حاك عن الواقع الذي هو مراده، لا المفهوم بما هو مفهوم.

و عليه فالمراد بقول المصنف قدس سرّه: «وإلا» أي: وإن لم يعلم تفصيلا خصوصية النصف من كونه نصيبه أو نصيب غيره. وليس المراد عدم العلم رأسا، بقرينة قوله: «فإن علم أنه لم يقصد بقوله: بعتك نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ».

كما ظهر أنّ مورد الكلام هو إحراز القصد الجدّي لبيع النصف، ولكن لم يعلم المراد منه تفصيلا، فيستكشف بالظهورات. وليس المقصود تعيين النصف حتى مع عدم إرادته الجديدة، إذ لو لم يقصد البيع جدّا كان كإنشاء الهازل في الفساد، ولا معنى لحجية الظهور الكاشف عمّا ليس بمراد.

(3) عطف بيان ل «احتمالان» وهذا أحد الاحتمالين، و محصله: أنّه يحمل قوله:

«بعتك نصف الدار» على النصف المملوك له، دون النصف المختص بغيره، و دون النصف



و حملة (1) على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي.

و منشأ الاحتمالين (2) [1] إمّا تعارض ظاهر النصف- أعني الحصّة المشاعة في

---

المشاع بين الحصتين.

(1) معطوف على «حملة» وهذا ثاني الاحتمالين، و ملخّصه: حمل «نصف الدار» في قوله: «بعتك نصف الدار» على النصف المشاع بينه وبين شريكه.

(2) وهما: احتمال حمل «النصف» على النصف المملوك للبائع، و احتمال حملة على النصف المشاع بينه وبين شريكه.

و لعلّ الوجه في التعبير ب«الاحتمالين»- دون القولين- عدم الظفر بمن يقول بالاحتمال الثاني أعني به كون المبيع حصّة مشاعة بينه وبين شريكه. وإنما ذكر في الكلمات وجهها.

قال العلامة قدّس سرّه: «ولو باع مالك النصف النصف انصرف إلى نصيبه. و يحتمل الإشاعة، فيقف في نصف نصيب الآخر على الإجازة» (1).

---

[1] لا يخفى أنّ منشأ الاحتمالين هو وجود الظهور في الإشاعة، لإطلاق النصف و عدم تقيده بقيد، و وجود ظهوره في النصف المختص لأجل التصرف و إنشاء البيع.

و ليس منشأ الاحتمالين تعارض ظاهر النصف في الإشاعة مع هذين الظاهرين، بل تعارضهما يوجب سقوطهما عن الاعتبار و الرجوع إلى أدلة صحة البيع بالنسبة إلى نصف حصّة البائع و هوربع الدار، للعلم بصحة البيع فيه، لعدم مانع عن صحته فيه. و تقديم بعض الظهورات على بعضها الآخر أجنبي عن باب التعارض و مندرج في الجمع العرفي.

و لعلّ مراد المصنّف قدّس سرّه هو التعارض الصوري الموجود في جميع الجموع العرفية كالعامّ و الخاص، و المطلق و المقيد، و الأظهر و الظاهر، و غيرها. و لو قيل: بحكومة القرينة على ذبيها لقدّمت على ذبيها و إن كانت أضعف ظهوراً من ذي القرينة، كما قرّر ذلك في بحث الحكومة.

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 20.

ونقل السيد العاملي هذين الاحتمالين عن نهاية الاحكام والإيضاح وجامع المقاصد أيضا، ونقل عن فخر الدين والمحقق والشهيد الثانيين قدس سرّه ترجيح الاحتمال الأوّل، بل الجزم به في بعض المواضع، بل عن صلح المسالك نسبتته إلى الأصحاب، فراجع «1».

ثم لا يخفى أنّ البائع لنصف الدار تارة يكون أجنبيا عن شريكه في بيع حصته، واخرى يكون وكيلا عنه أو وليا عليه. و مورد الاحتمالين المذكورين في المتن هو الصورة الاولى. وأما الثانية فسيأتي حكمها في (ص 16).

(1) توضيحه: أنّ في قوله: «بعتك نصف الدار» ظهورات ثلاثة، تقتضي أحدها الحمل على الإشاعة، والآخران الحمل على النصف المختص. فالظهور الأوّل هو ظهور «النصف» في المشاع بين الحصتين. والظهوران الآخران ظهور المقام والكلام في بيع الحصة المختصة بالبائع، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(2) منشأ ظهور «النصف» في المشاع في كلتا الحصتين هو إطلاقه، وعدم تقيده، بمقيّد، إذ لم يقل: «بعتك نصف الدار، وهي حصّتي، أو: وهي حصة شريكي» فلاجل هذا الإطلاق الناظر إلى «النصف» - مع الغض عن كل قيد معه - يحمل على النصف المشاع في حصّتي البائع وشريكه. كما أنّ سائر الكسور ظاهرة في الإشاعة أيضا.

و هذا الظهور معارض بأحد ظاهرين آخرين في النصف المختص بالبائع كما سيأتي.

(3) متعلّق بقوله: «تعارض» وهذا أول الظاهرين المعارضين لظهور «النصف» في الحصّة المشاعة بين الشريكين، ومحصّله: الظهور المقامي لكلمة «النصف» في ما يختص بالبائع، لا المختص بالشريك، ولا المشاع بينهما. وذلك لاقتضاء مقام التصرف المعاملي كون المتصرّف سلطانا على ما يتصرّف فيه إمّا بالملك وإمّا بالولاية أو الوكالة. وحيث إنّ المفروض انتفاء الولاية والوكالة تعيّن وقوع البيع للمتصرف، إذ لولاه كان فضوليا لو باع حصة شريكه كالأ أو بعضا، وهو خلاف ما قامت عليه السيرة من اعتبار سلطنة

المتصرف في المال.

وعليه فالبيع - الذي هو من التصرفات التي لا بدّ أن تقع في الملك - يوجب صرف «النصف» إلى حصة البائع، فإذا قال مالك نصف الدار: «بعت نصفها» فيقال: إنّه أراد نصفها المختصّ به، دون النصف المشاع بين الحصتين، بحيث يكون المبيع نصف الحصتين.

وهذا الظهور الناشئ عن التصرف البيعي المتوقف على ملكية المبيع للبائع يوجب ظهور النصف في النصف المختص بالبائع، دون النصف المشاع بينه وبين شريكه. ويعارض هذا الظهور ظهور النصف - بنفسه - في النصف المشاع بين الحصتين.

هذا كلّ في ظهور المقام للانصراف.

وهناك ظهور آخر في اختصاص المبيع بحصة البائع، وهو ظهور الكلام أي:

الإنشاء، وبيانه: أنّ الإنشاء يتقوم بالقصد إلى إيجاد المنشأ في وعاء الاعتبار - بالقول أو بالفعل - كما عليه المشهور من الالتزام بالتسيب. فقول الموجب: «بعتك نصف هذه الدار» صالح لإرادة بيع الحصة المختصة به، وبيع حصة شريكه. إلّا أنّ مقتضى عدم إضافة البيع إلى الغير وقوع البيع في حصة البائع، لعدم توقفه على أزيد من قصد حقيقة البيع، وهي مبادلة مال بمال. بخلاف وقوعه للغير، لتوقفه على مؤنة زائدة، وهي إمّا قصد البيع للغير، وإمّا قصد البيع لنفسه.

وبيانه: أنّ بيع مال الغير تارة يقصد به وقوعه لذلك الغير كما في الوكيل والولي والفضولي المتعارف، حيث إنّ كلّاً منهم يبيع المال بقصد خروجه من ملك المالك، و حلول الثمن محلّه.

و اخرى يقصد به وقوعه لنفسه كما تقدم تصوّره في ثلاثة مسائل بيع الفضولي، حيث إنّ البائع إمّا يعتقد - لشبهة - كون المال لنفسه، فيقصد وقوعه لنفسه. وإمّا يبيني عدوانا على تملكه للمال كالغاصب، فيبيع لنفسه.

ولا ريب في انتفاء هذه الأ-مور في المقام، إذ مفروض البحث هو العلم بأنّ مقصود البائع تمليك ما يفهم من لفظ «النصف» و الجهل بخصوصية المبيع.

كما لا ريب في أنّ وقوع العقد للغير منوط بإضافته إليه في مقام الإنشاء، بأن يقول:

المقام (1)- من مقامات التصرف- إلى (2) نصفه المختص، وإن (3) لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا (4) يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجيء (5).

«بعتك نصف الدار وهو حصة الشريك» أو بالقصد، على ما سبق تفصيله في مسألة اعتبار القصد، وفي ثلاثة مسائل بيع الفضولي.

وحيث إن البيع مطلق غير مضاف إلى الغير لفظاً فهو عقد العاقد بالإضافة الأولى.

والفرق بين ظهور المقام والكلام هو: أن الأول يحرز من الخارج أي من اقتضاء مقام المعاملة، لكون المتصرف مريداً للتصرف النافذ الموضوع للأثر، إمّا لأصالة الصحة في فعل المتصرف، وإمّا لغلبة صدور التصرفات من المالك، وإمّا لاعتبار سلطنة المتصرف في المال عرفاً. وأن الثاني ناش من دلالة هيئة الجملة على كون التمليك لنفسه، لا للغير.

وعليه فلا وجه لتوهم كون المعارض لظهور النصف في المشاع ظهور واحد، وهو ظهور الفعل - أعني به التصرف - في كون المبيع النصف المختص بالبائع. هذا.

والمتحصل: أنه بعد تعارض ظهور الكلام في بيع النصف المشاع مع ظهوره في بيع الحصة المختصة، يصير المراد مجملاً، إلا إذا أمكن رفع الإجمال بترجيح أحد الظهورين ليؤخذ به.

(1) وهو مقام التصرف المتوقع على الملك كالبيع والعتق والوقف.

(2) متعلق بقوله: «انصرافه».

(3) وصلية، أي: وإن لم يكن للنصف هذا الظهور - أي ظهور في النصف المختص - في غير مقام التصرف المنوط بالملك كالبيع.

(4) أي: ولعدم ظهور «النصف» في النصف المختص - في غير موارد توقف التصرف على الملك - يحمل مثل «النصف» في باب الإقرار على الإشاعة. فلو قال مالك نصف الدار: «نصف الدار لزيد مثلاً» يحمل على المشاع في حصته وحصّة شريكه، لما سيأتي.

(5) بقوله في (ص 40): «فلا إشكال في أن لفظ النصف المقربة إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه» فإن الحمل هناك

أو مع (1) ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه، لأنّ (2) بيع مال الغير لا بدّ فيه إمّا من نيّة الغير (3)، أو اعتقاد (4) كون المال لنفسه، وإمّا من بناءه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب (5). و الكلّ خلاف المفروض هنا (6).

### [الفرق بين النصف وبين مثل بعت غانما]

و ممّا ذكرنا (7) يظهر الفرق.

على الإشاعة للإطلاق الذي لم تقم قرينة معيّنة على خلافه، كما قامت هنا على خلافه، وهو النصف المختص، لظهور الفعل في تملك مال نفسه، و ظهور إنشاء البيع لنفسه.

(1) معطوف على «مع ظهور» هذا هو الظاهر الثاني المعارض لظهور «النصف» في النصف المشاع بين الحصّتين. و تقريب هذا الظاهر المعارض هو: أنّ إنشاء البيع ظاهر في كون البيع لنفسه، فيكون المبيع الحصّة المختصة به. و هذا الظاهر يعارض ظهور «النصف» في الحصّة المشاعة بين الحصّتين.

(2) تعليل لظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه. و محصل التعليل: أنّ صحّة بيع مال الغير - مع تعيينه في الخارج - لا تتوقف على تعيين مالكة. و أمّا مع عدم تعيينه كالمقام و بيع الكلي الذمّي فلا بدّ من تعيينه، لأنّ المبيع الكلي لا يقع للغير إلا بإضافة المبيع الذمّي إليه، إذ بدون إضافته إلى الغير يقع البيع لنفسه. ففيما نحن فيه يقع البيع لنفسه.

(3) هذا أحد الوجوه الثلاثة المشار إليها. و قد عرفت توضيحه.

(4) هذا ثاني الوجوه الثلاثة المذكورة، و هو: أن يعتقد كون المبيع ملكا له، مع خطائه في اعتقاده، فيبيع مال الغير مع هذا الاعتقاد الخطائي، فينوي المعاوضة الحقيقية بحسب هذا الاعتقاد.

(5) حيث إنّ الغاصب لا يبيع لنفسه إلا بناء على أنّه مالك للمبيع عدوانا، قضية لتطبيق مفهوم المعاوضة، و المفروض أنّ هذا البناء أيضا مفقود فيما نحن فيه.

(6) أي: في بيع نصف الدار، إذ المفروض إرادة مفهوم لفظ «نصف الدار» مهما كان.

و قد تحصّل إلى هنا: أنّ تعيين مقصود البائع للنصف مشكل، لإجمال «النصف» من جهة تعارض ظهوره في المشاع، مع ظهور التصرف و الإنشاء في نصيبه المختص به، و لا ترجيح حسب الفرض لأحد الظهورين على الآخر.

(7) من كون بيع النصف ذا احتمالين متكافئين. و غرضه من هذا الكلام منع ما أفاده

بين ما نحن فيه (1) و بين قول البائع: «بعت غانما» مع كون الاسم (2) مشتركا بين عبده و عبد غيره، حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه (3) إلى عبده، فقاس (4) عليه ما نحن فيه.

فخر المحققين- و تبعه بعض- من رفع إجمال النصف و تعيينه في حصة البائع، و ذلك بقياسه على ما ذكره في مسألة ما إذا قال السيد «بعت غانما» و كان المسمى بغانم عبدين، أحدهما ملك البائع، و ثانيهما ملك الغير. حيث قالوا بانصراف المبيع إلى مملوك البائع، لأصالة التصرف المقتضية لوقوع البيع في ملكه.

و كذا يقال في المقام، فيحمل «النصف» على الحصة المختصة بالبائع.

و ناقش المصنف قدس سره فيه بمنع المقايسة، للفرق بين ما نحن فيه و بين مثال بيع «غانم». توضيح وجه الفرق بينهما: أن حمل «الغانم» على عبده دون عبد غيره إنما هو لأجل عدم ظهوره في عبد الغير حتى يعارضه الظهوران المقتضيان لوقوع البيع على عبده.

كما كان الأمر كذلك في نصف الدار، فإنه كان ظاهرا في الإشاعة بين الحصتين، للإطلاق و عدم التقييد، ولذا عارضه هذان الظهوران.

فعليه يكون ظهور بيع «الغانم» و تصرفه فيما يملكه و يختص به سليما عن المعارض، و هو ظهور «الغانم» في عبد الغير، فيحكم بأن المبيع هو عبد البائع دون غيره.

و بالجملة: فليس في بيع الغانم ظهورات ثلاثة حتى يعارض اثنان منها- و هما ظهور التصرف في اختصاص المتصرف فيه بالمتصرف، و ظهور الإنشاء في كون البيع لنفسه- ظهور «غانم» في عبد الغير.

(1) و هو بيع نصف الدار.

(2) و هو «غانم» المفروض اشتراكه بين عبد البائع و عبد غيره.

(3) أي: انصراف «غانم» إلى عبده، لا عبد غيره.

(4) يعني: فقاس فخر الدين قدس سره على بيع العبد المسمى ب «غانم» بيع نصف الدار، و قال: إن وزن بيع نصف الدار ووزان بيع الغانم. فكما أن بيع هذا العبد لا ينصرف إلى عبد آخر، مع اشتراكهما في الاسم و هو «غانم»، فكذلك بيع نصف الدار، فإنه لا ينصرف إلا إلى بيع ما يملكه من نصف الدار، و لا ينصرف إلى المشاع بين الحصتين «1».

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 421، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 207.

إذ (1) ليس للفظ المبيع (2) هنا ظهور في عبد الغير [1] فيبقى [فبقي] ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، و انصراف (3) لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمان عن المعارض (4)، فيفسر بهما (5).

(1) تعليل لقوله: «يظهر الفرق» فغرضه بيان الفرق بين ما نحن فيه من بيع نصف الدار وبين بيع العبد المسمى بالغانم.

توضيحه: أن اشتراك «الغانم» لفظيا بين عبد البائع وعبد غيره أوجب الإجمال وعدم ظهوره في عبد غير البائع، حتى يعارضه ظهور التصرف في ملكية المتصرف فيه للمتصرف، و ظهور الإنشاء في إنشاء البيع لنفسه. فيبقى هذان الظهوران سليمان عن المعارض، و هو ظهور «غانم» في عبد غير البائع، و يحكم بدوا بكون المبيع عبد نفس البائع، لا عبد غيره. و هذا بخلاف بيع نصف الدار، لما مرّ من الظهورات الثلاثة، و فيه تعارض اثنين منها لأولها.

(2) المراد بلفظ المبيع هنا لفظ «غانم» في قوله: «بعت غانما».

(3) معطوف على «ظهور» و المراد بلفظ المبيع في مقام التصرف لفظ «غانم».

(4) و هو ظهور «الغانم» في عبد الغير حتى يعارض ذينك الظهورين.

(5) يعني: فيفسر بدوا لفظ المبيع و هو «غانم» بظهور «بيع غانم» في وقوعه لنفس مالكة، و بظهور التصرف في ملكية المال المتصرف فيه للمتصرف بلا معارض.

[1] الظاهر أن القياس في محله، إذ ليس للفظ «النصف» أيضا ظهور في الإشاعة، بل هو مجمل كالغانم، لعدم ظهور وضعي و لا انصرافي له في الإشاعة، بل النصف و لفظ «غانم» سببان في الإجمال، فليس للنصف ظهورات ثلاثة و للغانم ظهوران، بل للنصف أيضا ظهوران.

و لو سلّم أنّ للنصف ظهورات ثلاثة لم يقدح في القياس أيضا، لعدم فرق جوهري بينهما، ضرورة أنه لا فرق في كون المرفوع بالظهورين الكاشفين عن ملكية المبيع للبائع

- وكون البيع له- بين إجمال نصف الدار في نفسه، وبين ظهوره في الإشاعة.

فالمتحصل: أن قياس فخر المحققين قدس سره في محله.

ثم إن هنا أموراً ينبغي التنبيه عليها.

الأول: ما أشار إليه المصنف قدس سره بقوله: «ثم أنه لو كان البائع وكيلًا...» إلخ وحق فيه كما يظهر من البيانات السابقة واللاحقة في توضيح المتن: أن مقتضى أصالة البيع وعدم قصد البيع عن الغير هو كون البيع لنفسه، وواقعا على النصف المختص به، فلاحظ.

الثاني: أن الفضول إذا باع نصف الدار يحمل على المشاع في الحصتين، للإطلاق، وعدم القرينة على التعيين. والحمل على تمام إحدى الحصتين بالخصوص ترجيح بلا مرجح، فنفوذ العقد منوط بإجازة الشريكين معا.

ويحتمل كفاية إجازة أحدهما تمام حصته مع احتمال إرادة بيع كلي النصف المنطبق على حصة كل من الشريكين.

الثالث: إذا وقع «النصف» في كلام أحد المالكين في مقام الإقرار، وقال: «نصف هذه الدار لزيد» ولم تقم قرينة على مراده، حمل على المشاع بين الحصتين، إذ ليس الإقرار كالبيع قرينة على كون المبيع تمام حصة المقر، لعدم كون الإقرار كالبيع تصرفاً في المقر به حتى تكون أصالته قرينة على إرادة حصة المقر فقط، فإن البيع والصلح تصرف في المال لإزالة إضافة الملكية، دون الإقرار، حيث إنه إخبار عن خروج المقر به من أول الأمر عن ملكهما، واختصاص شركتهما في ما عدا المقر به.

وعن كاشف الغطاء قدس سره: قرينة قوله: «أنا مقر بأن نصف الدار لزيد» على إرادة النصف المختص بالمقر، بخلاف ما لو قال: «نصف هذه الدار لزيد» فإنه يحمل على المشاع بين الحصتين.

لكنه مشكل، لعدم ظهور لفظ الإقرار في ذلك. بل يحمل في كلتا الصورتين على الإقرار في نصف حصته، والشهادة في نصف حصته شريكه ونفوذها منوط باجتماع شرائط الشهادة.

الرابع: أن الظاهر جريان بحث بيع نصف الدار في النصف المقسوم، كجربانه في



ثم إنّه لو كان البائع (1) وكيلًا في بيع النصف أو وليًا عن مالكه، فهل هو

---

(1) هذا شروع في حكم الصورة الثانية التي أشرنا إليها (في ص 9) من أنّ البائع لنصف الدار قد يكون وكيلًا عن مالك النصف الآخر، أو وليًا عليه، في قبال ما تقدم في الصورة الأولى من كون البائع أجنبيًا عن المالك.

و توضيح ما أفاده هنا: أنّه إذا باع مالك نصف الدار نصفها، وقال: «بعت نصف الدار» مع كونه وليًا أو وكيلًا عن مالك النصف الآخر في بيع حصته، ففي كون المبيع تمام حصّة البائع، وهي النصف المختص به، ليكون البيع صحيحًا لازمًا في تمام النصف، أو كونه النصف المشاع بين الحصتين، ليكون البيع لازمًا في نصف حصّة البائع، وهو ربع الدار، ولازمًا أيضًا في الربع الآخر بدون إجازة مالك النصف الآخر؟ وجهان مذكوران في بيع مالك النصف إذا كان أجنبيًا عن النصف الآخر، وهما: ظهور التصرف في كونه في ملكه، و ظهور أصالة البيع في كون البيع لنفسه.

فارتفاع ظهور النصف في الإشاعة إن كان بظهور التصرف في ملكية المال المتصرف فيه، فالاحتمال واحد، وهو نفوذ البيع في النصف المشاع، إذ المفروض استيلاؤه على بيع تمام الدار، نصفها بالملكية، والنصف الآخر بالولاية أو الوكالة. فلا يلزم لغوية بيع النصف المشاع بين الحصتين حتى نحتاج في تصحيح بيعه ونفي لغويته إلى التشبث بظهور التصرف في ملكية المتصرف فيه للبائع، لعدم توقف نفوذ بيع المشاع بين الحصتين على ملكية الكاشف عنها ظهور التصرف فيها.

وإن كان ظهور النصف في الإشاعة بظهور البيع في كونه لنفس البائع، فهذا الظهور يعارضه ظهور «النصف» في الإشاعة.

ولمّا كان كلا الظهورين بالإطلاق، ولم يترجح أحدهما على الآخر، صار كل من

---

النصف المشاع. فكما حمل بيع النصف المشاع على النصف المختص بالبائع، فكذلك في المقسوم، بل فيه أظهر من حمل المشاع على المختص، لوجود قرينتين على الحمل على المختص في المقسوم، إحداهما: ظهور التصرف في الحمل على الاختصاص.

ثانيتها: نفس الإفراز، فإنّه بمنزلة أن يقول: بعت نصفي من هذه الدار.

كالأجنبي (1)؟ وجهان (2)، مبيّتان على أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف (3) لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور (4) التملك في الأصالة.

الأقوى هو الأول (5)،

النصف المختص بالبائع والنصف المشاع بين الحصتين محتملا. فالاحتمال بناء على ارتفاع ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين - بأصالة البيع - ثنائي، كثنائية الاحتمال في صورة أجنبية البائع عن النصف الآخر.

(1) في وجود احتمالين فيه، أحدهما: احتمال حمل «النصف» على المشاع بين الحصتين، لظهور النصف في الإشاعة.

وثانيهما: حمله على النصف المختص بالبائع، لأصالة البيع.

(2) مبتدء مؤخر، أي: في هذا الفرض وجهان، أحدهما: وحدة حكم الصورتين، وثانيهما: اختلاف حكمهما، فيقال بالإجمال في البائع الأجنبي، وفي الوكيل والولي بالظهور على تقدير، وبالإجمال على تقدير آخر.

(3) خبر قوله: «أنّ المعارض» يعني: انصراف إطلاق البيع مقامياً إلى النصف المختص بالبائع.

(4) معطوف على «انصراف» وهذا هو المعارض الثاني لظهور النصف في الإشاعة، ومحصله: ظهور التملك المضاف إلى البائع في قوله: «بعتك نصف الدار» في الأصالة، وكون البيع لنفسه لا لغيره، ومقتضاه كون المبيع النصف المملوك له، دون المشاع بين الحصتين.

و مع كون المبيع خصوص حصته لا ضمير في إرادة الإشاعة منه، لأنّ معنى الإشاعة إجمالاً - إلى أن يجيء تفصيلها إن شاء الله تعالى في بيع الصاع من الصبرة - هو أنّ مفهوم «نصف الدار» التي هي عين خارجية هو كلّ نصف فرض في هذه الدار - من النصف الشمالي و الجنوبي والشرقي والغربي - ينطبق على حصة البائع، لأنّ مالك الكلي مالك لمصداقه، كماكيته للكلي الذمي. فيبيع منّ من الحنطة - من دون إضافته إلى ذمته - يقع في ذمته، ولا حاجة في إضافته إلى ذمته إلى قصد كونه في ذمته.

(5) وهو كون المعارض لظهور «النصف» في الإشاعة هو ظهور انصراف المبيع

لأن (1) ظهور التمليك في الأصالة من باب الإطلاق، و ظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك (2) أيضا، إلا أن ظهور المقيد (3) وارد [1] على ظهور المطلق.

---

- أعني به نصف الدار- إلى ما يملكه البائع، لظهور التصرف في ذلك، والمتعين الأخذ بظهور «النصف» في الإشاعة تحكيما لظهور القيد على ظهور المطلق.

(1) هذا تعليل الأخذ بظهور النصف في الإشاعة، ومحصله: أن ظهور النصف في الإشاعة ظهور القيد وهو النصف، حيث إنه مفعول «بعت» والمفعول من قيود الفعل.

و ظهور القيد وإن كان هو بالإطلاق كظهور التمليك في الأصالة، لكنه مقدم على إطلاق المطلق، وهو البيع، لأنه من تقديم ظهور القيد- وهو النصف- على ظهور المطلق أعني به البيع والتمليك.

(2) أي: من باب الإطلاق أيضا.

(3) وهو «النصف» الذي هو قيد للبيع في قوله: «بعت نصف الدار» ووجه وروده على المطلق وهو «بعت»: أن النصف لكونه مفعولا به ل «بعت» يكون قيدا له، و ظهور

---

[1] وربما يوجه هذا الورود بما في حاشية المحقق الخراساني قدس سره وغيرها من أن ظهور المتعلق مقدم على ظهور الفعل.

ولعله- كما في حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره: «لأن استقرار الظهور منوط بتمامية الكلام، فالمتعلق كالقرينة الصارفة للظهور الذاتي للفعل، وإلا لم يتوقف فعلية الظهور على تماميته» (1).

ولذا أورد على المصنف بمخالفته لما أفاده في باب عدم حجية الاستصحاب في المقتضي من تنظير مدلول «لا تنقض اليقين بالشك» ب «ما ضربت أحدا» لإطلاق الفعل ومتعلقة، حيث إن الفعل شامل للمولم وغيره، كما أن «أحدا» يشمل الحي والميت، إلا أن ظهور الضرب في المولم محكم على ظهور «أحدا» فيختص بالأحياء.

وهذا المبني يقتضي أن يقال به في مثل «بعت نصف الدار» من تقديم أصالة البيع في «بعت» على ظهور «النصف» في المشاع، مع أنه حكّم في المتن ظهور «النصف» على ظهور

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 205.

و ما ذكره الشهيد الثاني (1) - من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ «1» -

---

القيد مقدّم على ظهور المطلق كما أشير إليه آنفاً.

(1) هذا إشارة إلى دفع دخل مقدّر، و حاصله: منع ما أفاده من تقديم ظهور «النصف» في المشاع، تحكيماً لظهور المقيّد على ظهور المطلق. و مبني هذا الدخل كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه في بيع الفضولي من أنّ «الفضول قاصد للفظ دون مدلوله».

و عليه نقول في توضيح الاشكال: إنّ مجرد ظهور القيد - و هو النصف - في المشاع، و تقدمه على ظهور الفعل المطلق - و هو البيع - لا يقتضي الحمل على الإشاعة، و كون المبيع نصف الحصتين. بل لا بدّ في الحمل المزبور من عدم مانع آخر. لكن المفروض وجوده، و هو ظهور حال المتكلم في إرادة مدلول ما يتلفّظ به، و هو بيع النصف المختص به. و ذلك قرينة مقامية مانعة عن إرادة بيع المشاع بين الحصتين، إذ لازم ظهور حال المتكلم عدم إرادة بيع نصف حصة الشريك، بناء على مبني الشهيد الثاني قدّس سرّه، لفرض انتفاء قصد المدلول في الفضولي. فيتحقق هنا ظهوران متنافيان.

أحدهما: ظهور حال المنشئ في إرادة بيع النصف جدّاً، و ثانيهما ظهور «النصف» في المشاع بينهما.

و حيث إنّ الثاني معلق على الفضولية، و هي متوقفة على عدم قصد المدلول - كما قرّره الشهيد - و كان ظهور الحال في قصد المدلول منجزاً غير منوط بشيء، تعيّن حمل «النصف» على الحصة المختصة بالبايع. و بهذا يوهن ما أفاده المصنف بقوله: «الأقوى هو الأول».

---

الإنشاء لنفسه (2).

لكن يمكن أن يقال: بأنّ صريح المتن ورود ظهور المقيّد على ظهور المطلق، و ليس من باب تقديم ظهور المتعلق على الفعل لينافي كلامه في الاستصحاب.

مضافاً إلى: أنّ الظاهر إرادة مادة «النقص» من كلمة «الفعل» في باب الاستصحاب، و ليس المراد هيئة «لا تنقض» حتى يورد عليه بالتنافي بين كلاميه هنا و هناك.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 156

(2) حاشية المكاسب، للمحقق الخراساني، ص 87

ص: 19

وإن كان مرجعه (1) إلى ظهور وارد (2) على ظهور المقيّد، إلا (3) أنه مختصّ بالفضولي، لأنّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الوليّ  
[1] (4)

(1) أي: مرجع ما ذكره الشهيد الثاني قدّس سرّه إلى ظهور وارد .. إلخ.

(2) وجه وروده على ظهور المقيّد - وهو النصف - في المشاع هو: أنّ مقتضى ظهور حال المتكلم عدم إرادة مدلول ما يتكلّم به، و مع عدم إرادته لا يبقى مجال لظهور المقيّد - وهو النصف - في النصف المشاع، و لا لظهور المطلق - وهو البيع - في الأصالة ليكون ظهور النصف في المشاع واردة على ظهور البيع في الأصالة، و يجعل المبيع النصف المشاع بين الحصتين، بل لا بدّ من كون المبيع النصف المختصّ بالبايع.

هذا ما يظهر من بعض أجلة المحشّين. لكن لا يبعد أن يكون مراد المصنّف قدّس سرّه من قوله: «وإن كان مرجعه إلى ظهور وارد ..» هو إسقاط ظهور خصوص القيد - وهو النصف - في المشاع، و إبقاء ظهور المطلق - وهو بيعت - بحاله، لأنّ الظاهر الوارد - أعني به أصالة القصد في المتصرف - يعيّن المراد من النصف، و يمنع من ظهوره في المشاع بين الحصتين.

(3) خبر قوله: «و ما ذكره» و هذا دفع الاشكال، و حاصله: أنّ اعتراض الشهيد قدّس سرّه يختصّ مورده بالفرض الأوّل، و هو ما إذا كان بائع النصف أجنبيًا عن النصف الآخر، و لم يكن وكيلا عن مالكة في بيعه، و لا وليًا عليه فيه، دون هذا الفرض، و هو كون البائع وليًا على مالك النصف الآخر أو وكيلا عنه، لأنّ قصد المدلول موجود في البائع.

(4) ظاهر العبارة - بل صريحها - انتفاء القصد الجدّي في الفضولي و المكروه على ما ورد في كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه، يعني: أنّ المراد الاستعمالي ليس مرادًا جدّيًا لهما. هذا كله في دفع الاشكال المتوهّم من عبارة الشهيد.

[1] كان المناسب التعرّض لهذا الاشكال و دفعه في فرض كون بائع النصف أجنبيًا عن مالك النصف الآخر، إذ يتّجه حينئذ البحث عن استقرار ظهور النصف في المشاع كما ذكره المصنّف، و عدمه بناء على ما يظهر من الشهيد. ثم الجواب عنه بما تقدم مفصّلًا في بحث المكروه و الفضولي. و أما في فرض وكالة البائع أو ولايته فيتمشّي القصد الجدّي من

فالأقوى فيهما (1) الاشتراك في المبيع [البيع] تحكيما (2) لظاهر «النصف» إلا (3) أن يمنع

ولا يخفى أن ظاهر المصنف تسليم الإشكال بالنسبة إلى الصورة الأولى بناء على مقالة الشهيد قدس سرّه، و الظاهر أنّه تنزّل منه، وإلا فقد سبق في بيع المكره وغيره توجيه كلام الشهيد، وأنّ الفضولي قاصد للمدلول جدّا، فراجع (1).

(1) أي: في الوكيل والولي، وهذا متفرع على قوله: «الأقوى هو الأوّل».

فالمحصّل: أنّ الأقوى عند المصنف قدس سرّه كون المبيع النصف المشاع بين الحصتين، وقد مرّ أنّنا أنّ الأوفق بالقواعد كون المبيع في كلا الفرضين - وهما الأجنبية والوكالة والولاية - صحة البيع في خصوص حصة البائع، ولزومه فعلا، والله العالم.

(2) تعليل لقوله: «فالأقوى فيهما»، و حاصله: أن ورود ظاهر «النصف» وهو المشاع بين الحصتين على ظاهري البيع وأصالته - المقتضيين لكون المبيع خصوص حصة البائع - تقتضي اشتراك المبيع بين الحصتين، و ورود البيع على نصف حصة كل من الشريكين.

(3) هذا عدول عمّا قوّاه - من اشتراك بائع نصف الدار و موكله أو المولّى عليه في المبيع - بمنع ظهور «النصف» في الإشاعة بين الحصتين حتى يكون المبيع النصف المشاع منهما. بل الظاهر أنّ المراد بالنصف هو المشاع في المجموع القابل لانطباقه على كلّ واحدة من الحصتين، فإنّ ظاهر «نصف الدار» عرفا هو النصف المشاع في مجموع الدار، لأنّ العين

البائع، فلا موضوع للاستشهاد بكلام الشهيد.

ثم إنّ تقرير الاشكال بما في المتن لا يخلو من شيء، لما بين التعبير بالورود وعدم القصد الحقيقي في الفضولي من التنافي ظاهرا، إذ انتفاء القصد يسقط ظهور «النصف» في المشاع بين الحصتين، لعدم كونه مرادا جدّيّا حسب الفرض، و معه لا مجال لجعل ظهور حال المتكلم واردا على ظهور «النصف» في المشاع، مع اقتضاء التقديم بالورود وشبهه حجية المورد لولا الدليل الوارد، كما مثّلوا له بتقديم خبر الثقة مثلا على «حكم العقل بقبح العقاب بلا بيان» لكون الخبر بدليل اعتباره بيانا رافعا لموضوع قاعدة القبح حقيقة بعناية التعبد، و لولا هذا التقدم كان الحكم العقلي متبعا في الشبهات البدوية. فتأمل في العبارة حقّه.

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 66 و 101 و 166

بما هي ليس لها إلا نصفان على وجه الإشاعة. لا النصف المشاع من الحصتين، إذ المفروض عدم تعلق القصد إلا بمفهوم النصف، ولم يتعلّق بالنصف المشاع من الحصتين، ولم يلاحظ أصلاً، بل لحاظه خلاف الفرض وهو تعلق قصده بمفهوم النصف.

وبعبارة أخرى: كلمة «النصف» وإن كانت ظاهرة في المشاع، إلا أنه لا ظهور له في ما تقدم من النصف المشترك بين المالكين. وذلك لأن «النصف» كلياً له مصاديق ثلاثة، إذ تارة يراد به المشاع في مجموع الدار، وهو قابل الانطباق على حصة البائع خاصة، وعلى حصة الشريك.

وإخرى يراد به المركّب من الحصتين، بمعنى كون المبيع نصف الدار وهو مؤلّف من ربعها من حصّته، وربعها من حصة صاحبه. وهذا الاحتمال الأخير هو مبني ما تقدم في المتن من ظهور «النصف» في المشاع بين الحصتين، ولهذا صارت المسألة من موارد بيع ما يملك وما لا يملك.

وغير المصنّف قدس سرّه منع ظهور «النصف» في هذا الاحتمال بالخصوص، والوجه في المنع: كون عنوان «النصف» كلياً، ولا وجه لصرفه إلى ملك الغير في مورد الوكالة عنه، أو الولاية عليه منضمّاً إلى ملك البائع، أو منفرداً ليقع البيع للشريك.

وعليه فيكون بيع الوكيل أو الولي نظير بيع العبد المسمّى ب «غانم» في قابلية المبيع للانطباق على كلّ من العبدين، لكن بمقتضى الأصالة يحمل على مملوك نفسه، لا مملوك الغير.

فإن قلت: إنّ لفظ «النصف» وإن كان كلياً قابلاً للانطباق على النصف المختص بالبائع، والنصف المشاع بين الشريكين، إلا أنه يترجح إرادة الاحتمال الثاني من جهة أنّ البائع لاحظ حقّ المالكين، فقصد بيع النصف المشاع من الحصتين، لا بيع تمام حصته، ولا تمام حصة شريكه. ومن المعلوم أنّ هذه الملاحظة ترجّح ظهور «النصف» في المشاع بينهما، وتمنع من ظهوره في الحصة المختصة به.

قلت: الترجيح بملاحظة حق المالكين خلاف الفرض، لأنّ موضوع هذه المسألة هو ما لو باع النصف قاصداً لمفهوم لفظ «النصف» من دون إحراز قصده لحصته أو لحصة

ظهور النصف إلا في النصف المشاع في المجموع (1).

وَأَمَّا (2) ملاحظة حَقِّي المالكين إرادة الإشاعة في الكلّ (3) من حيث إنّه مجموعهما، فغير (4) معلومة، بل معلومة العدم بالفرض (5).

صاحبه، أو المرّكب من الحصّتين. و المدّعى صدق «النصف» على حصته، فيحكم بوقوع البيع لنفسه.

وَأَمَّا الحكم بكون المبيع النصف المشاع بين الشريكين، فيتوقف على مئونة زائدة ثبوتاً وإثباتاً.

أما ثبوتاً فلتوقفه على ملاحظة «النصف» مضافاً إلى حصّتين، أي قصد تمليك ربع الدار من حصته، وربعها من حصة صاحبه، و المفروض عدم هذا اللحاظ، إذ المقصود مفهوم النصف، لا شيء آخر.

وَأَمَّا إثباتاً فلتوقفه على أن يكون إطلاق «النصف» مقتضياً لإضافته إليهما معاً، ليقع البيع لهما، وهذا الاقتضاء ممنوع، لأنّ مفاد الإطلاق عدم إضافة النصف إلى كل منهما بالخصوص، وهذا لا يستلزم إضافته إليهما معاً، فعدم التقييد بما يدلّ على أحدهما لا يكون دالاً على التقييد بهما.

(1) أي: في النصف المشاع في مجموع العين، لا في النصف المشاع من الحصّتين.

(2) غرضه أنّ استناد القول بالاشتراك إلى ملاحظة حَقِّي المالكين ممنوع، لتوقف هذه الملاحظة على مئونة زائدة على الإشاعة المحضنة الثابتة للعين بما هي هي. وقد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «إن قلت .. قلت».

(3) يعني: حتى يقع البيع في ربع الدار من البائع، وربعها من الشريك.

(4) جواب الشرط في «وَأَمَّا ملاحظة».

(5) إذ المفروض إرادة البائع مفهوم نصف الدار، لا خصوص فرد من أفراد كلّي النصف المشاع، فعدم لحاظ النصف المشاع بين الحصّتين للبائع معلوم، و معه كيف يمكن الحكم بكون المبيع النصف المشاع في الحصّتين؟

و لا يخفى أن المصنف قدس سرّه اقتصر على بيان فقد المقتضي الثبوتي، و معه لا حاجة إلى قصور مقام الإثبات. و لكن ذكرنا في «قلت» عدم المقتضي للإشاعة بين الحصّتين ثبوتاً وإثباتاً.



و من المعلوم (1) أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور (2) يصدق على نصفه المختصّ، فقد (3) ملّك كلياً يملك مصداقه. فهو كما (4) لوباع كلياً سلفاً، مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من غيره أيضاً، لكنّه (5) لم يقصد إلاّ مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه

---

(1) هذا متمم الرد على القول باشتراك الوكيل أو الولي في البيع.

(2) وهو النصف المشاع في المجموع، لا- النصف المشاع في الحصتين. وصدق كلي النصف المشاع على النصف المختص بالبائع و قابليته للانطباق عليه كاف في كون المبيع تمام حصته، لصدق نصف الدار عليه. وقد مرّ سابقاً أنّه الحقّ.

(3) هذا تفريع على صدق الكلّي- وهو النصف المشاع- على النصف المختص به، يعني: أنّ مجرد الصدق و القابليّة كاف في تمليك الكلّي المنطبق على حصة البائع، فإنّ مالك الكلّي مالك لمصداقه، و تعيينه فيه.

(4) غرضه الاستشهاد للمقام، بما يقال في السلف، و محصله: أنّه لو أراد بيع عشرين منّا من الحنطة سلماً بمائة دينار لنفسه، و وگله شخص في بيع هذا المقدار بنفس العوض، ثم أنشأ البيع من دون إضافة المبيع إلى ذمة نفسه أو عهدة موگله. كما أنّه لم يقصد أحد الأمرين، بل اقتصر على قوله للمشتري: «أسلمت إليك عشرين منّا من الحنطة بكذا» فالمبيع الكلّي قابل للانطباق على ما في عهدة نفسه و ما في عهدة موگله. فيحكم بوقوع البيع لنفسه، لكونه مالكا لما في ذمته، و أنّ وقوعه للموگل متوقف على مئونة زائدة و هي إضافة العقد في الإنشاء إليه أو قصده.

و قد نبّه صاحب المقابس على هذا في مسألة اعتبار القصد من لزوم تعيين من يقع له البيع أو الشراء، و أنّه ينعقد لنفسه أو لغيره من موگل أو موّلى عليه، فراجع «1».

و كيف كان فهذا الفرع شاهد على كفاية انطباق كليّ «النصف» على خصوص حصة البائع في العين الخارجية المشتركة.

(5) أي: بائع الكلّي سلفاً لم يقصد إلاّ مدلول بيع الكلّي- كعشرين منّا من الحنطة- من دون إضافته إلى نفسه أو موگله، فإنّ الظاهر الناشئ من الانصراف و غيره وقوعه لنفسه، فإنّ البيع عن الغير في غير العين الشخصية الخارجية منوط بقصد الغير.

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 104-107.

ص: 24

عنه أو عن غيره، فإنّ (1) الظاهر وقوعه لنفسه، لأنّه [1] عقد (2) على ما يملكه [2]

---

(1) تعليل لقوله: «فهو كما لو باع» أي: فإنّ وقوع البيع لنفس البائع.

(2) أي: لأنّ البائع عقد على ما قبل الانطباق على ما يملكه، فقوله قدّس سرّه: «لأنّه عقد على ما يملكه» لا يخلو من مسامحة، فإنّه لو عقد على ما يملكه بأن قال للمشتري: «بعتك عشرين متّاً من الحنطة في ذمتي» لم يكن إشكال، و كان خارجاً عن مورد البحث، للقطع بكون البيع لنفسه، ولا وجه لإثبات كون البيع له بالتشبه بما يوجب الظهور الذي لا يفيد إلا الظن.

---

[1] ظاهر هذا التعليل قطعية وقوع العقد على ما يملكه، وهو لا يناسب قوله: «فان الظاهر وقوعه» بل المناسب أن يقال: «فان المقطوع به وقوعه لنفسه».

[2] ويمكن توجيه الحمل على النصف المختص بالبائع بما ذكره «1» من وجوه:

أولها: أنّ الأصل والغالب إرادة المملوك عند دوران الأمر بين إرادته وإرادة غيره.

ثانيها: تبادر ذلك إلى الفهم.

ثالثها: كون التمليك ظاهراً في وقوعه في ماله.

رابعها: أنّ مقام التصرف يجعله ظاهراً في ماله. وهذه قرينة مقامية.

خامسها: أنّ خصوص التصرف البيعي يوجب هذا الظهور.

سادسها: أنّ الأصل في العقود اللزوم على ما يقتضيه قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وعقد نصف الدار من العقود، فيحكم بلزومه، فتأمل.

سابعها: ظهور مطلق الإنشاء في كون متعلّقه مملوكاً.

وقد استندوا لصحة القول بالحمل على النصف المملوك للبائع إلى هذه الوجوه السبعة، وإن كان إنكار أصل الظهور في بعضها وإنكار اعتبار بعضها لمحكوميته بغيره في محله. لكن مجموعها ربما يوجب الظن المتآخم بالعلم بإرادة النصف المختص بالبائع.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 317.

ص: 25

فصرفه (1) إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

### [لو وهبت المرأة نصف صداقها المعين]

ولعلّه (2) لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين (3) و الشهيدين

(1) أي: فصرف البيع إلى غيره من دون صارف لا وجه له.

(2) الضمير للشأن، والمراد بالموصول في قوله: «لما ذكرنا» هو حمل نصف الدار على النصف المختص بالبائع، لا النصف المشاع في الحصتين، لما قلنا من عدم منافاة حمل النصف على المختص بالبائع لظهور النصف في الإشاعة، فتمليكه تملكه للكلي الذي كان البائع مالكا لمصداقه، فالواجب دفعه إلى المشتري.

و الغرض من قوله: «ولعلّه لما ذكرنا» بيان نظير لحمل نصف الدار على النصف المشاع المختص، دون المشاع بين الحصتين. وذلك النظير هو ما ذكره جماعة من «أنه لو أصدق المرأة عينا، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي» فإنّهم حملوا النصف الموهوب على النصف المختص بها الذي استقرّ للزوجة بمجرد العقد، كحمل النصف المبيع من الدار على النصف المختص بالبائع. و النصف الآخر الذي هو النصف المشاع للعين بما هي ملك متزلزل لها، واستقرار ملكيته لها منوط بالدخول.

و هذا النصف المشاع استحقه الزوج بسبب الطلاق.

و الظاهر أنّ التنظير إنّما يكون في مجرد كون الإشاعة مضافة إلى نفس العين المملوكة للزوجة، غاية الأمر ملكية نصفها بنحو الاستقرار، و نصفها الآخر بنحو التزلزل، و هذا المتزلزل المشاع بوصف الإشاعة انتقل بالطلاق قبل المواقعة إلى الزوج، و النصف الموهوب انطبق على النصف المختص بها المستقرّ بالعقد.

(3) قال المحقق قدّس سرّه: «العاشرة: لو وهبت نصف مهرها مشاعا، ثم طلقها قبل الدخول، فله الباقي، و لم يرجع عليها بشيء، سواء كان المهر دينا أو عينا، صرفا للهبه إلى حقّها منه» «1».

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 330، و يستفاد من كلام العلامة في إرشاد الأذهان، ج 2، ص 17، و جعله في القواعد أحد الاحتمالين. كما في ج 3، ص 86، اللعة الدمشقية، ص 197، الروضة البهية، ج 5، ص 367، مسالك الأفهام، ج 8، ص 255.

وغيرهم (1): أنه لو أصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقَّ الزوج بالطلاق النصف الباقي (2)، لا نصف الباقي وقيمة (3) نصف الموهوب، وإن ذكروا ذلك (4) احتمالاً. وليس (5) إلا من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل في قوله تعالى «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ».

---

(1) كفخر المحققين والفاضل السبزواري، وصاحب الرياض و الجواهر «1».

(2) الذي هو نصف العين، لا- نصف الحصتين، إذ لو كان هو نصف النصيبين لزم أن يكون المردود إلى الزوج بالطلاق نصف الباقي، وقيمة نصف النصف الموهوب، حيث إنه تلف بالهبة، فينتقل إلى القيمة.

(3) معطوف على «نصف» ويمكن كون «الواو» للمعية، أي: مع قيمة النصف.

(4) أي: استحقاق الزوج لنصف الباقي وقيمة ربع العين الذي هو نصف الموهوب.

لكن فتواهم على الأوّل. فذكرهم لاستحقاق الزوج لنصف الباقي وقيمة ربع العين يكون بطور الاحتمال.

(5) يعني: وليس إفتاؤهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي من العين إلا لأجل صدق «النصف» على الباقي، كصدقه على نصف الدار كما تقدم، فيشملة «النصف» المذكور في الآية الشريفة فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ «2».

فكما يكون قوله: «أعطوا زيدا نصف أموالي» ظاهراً في المشاع، فكذا في الآية، وحيث إنها وهبت نصفاً مشاعاً من العين، و كان الباقي نصفاً مشاعاً أيضاً، صدق عليه «أنه نصف ما فرضتم» «3».

---

(1) لاحظ: إيضاح الفوائد، ج 3، ص 233، كفاية الأحكام، ص 182، رياض المسائل، ج 2، ص 146، جواهر الكلام، ج 31، ص 104 و 105.

(2) سورة البقرة، الآية 337.

(3) الذاهر لهذا الاحتمال جماعة، منهم العلامة في القواعد، ج 3، ص 86، والسيد العميد في كنز الفوائد، ج 2، ص 509، والشهيد الثاني في المسالك، ج 8، ص 255، وفي الروضة البهية، ج 5، ص 368.

ص: 27

و إن (1) كان يمكن توجيه هذا الحكم (2) منهم بأنّه (3) لَمَّا كان الربع الباقي للمرأة من الموجود (4) مثلا- للربع التالف من الزوج و مساويا له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار (5)، فلا (6) وجه لاعتبار القيمة (7)،

(1) غرضه من هذه العبارة إخراج هذا الفرع عن كونه نظيرا لما نحن فيه من بيع نصف الدار. توضيحه: أنّه يمكن توجيه إفتائهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي لا لأجل إرادة الإشاعة في العين حتى يستحق النصف الباقي، بل للإشاعة في حصّتي المرأة و الزوج، بأن يقال في وجه كون النصف الباقي للزوج المطلق: إن ملكيته لنصف هذا النصف تستند إلى أنّ للزوج ربع العين الموجود عند المرأة، و له أيضا ربع آخر، و هو نصف النصف الموهوب الذي هو عند الموهوب له. و الربع الموجود للمرأة مثل الربع الذي أتلفته بسبب هبتها نصف العين، و مساو له من جميع الجهات. و هذا الربع يدفع إلى الزوج، و لا تصل النوبة إلى دفع قيمة الربع الموهوب إليه.

و بالجملة: فالنصف المعطى إلى الزوج المطلق يكون نصفه- و هو ربع العين- حقّه، و نصفه الآخر بدلا عن حقّه، و هو الربع التالف بالهبة.

(2) و هو حكم الفقهاء باستحقاق الزوج للنصف الباقي.

(3) متعلق ب «توجيه» و بيان للتوجيه الذي اتّضح بقولنا: «توضيحه أنّه يمكن ..

إلخ».

(4) أي: من النصف الباقي عندها بعد هبة النصف، فإنّ هذا الربع مثل الربع التالف.

(5) و هو اعتبار كون هذا الربع للمرأة، و ذلك الربع للرجل المطلق.

(6) جواب الشرط في قوله: «لَمَّا كان».

(7) يعني: مع المماثلة في جميع الجهات إلا في الأمر الاعتباري- و هو المالكية- لا وجه لاعتبار قيمة الربع التالف بسبب الهبة و إن كان ذلك من القيميات، لأنّ مثل التالف من جميع الجهات أقرب إليه من القيمة التي هي أقرب إليه في جهة واحدة و هي المالية فقط.

نظير دفع المديون نفس العين المقترضة إلى الدائن، فإنّ دفعها إليه يوجب براءة ذمة المديون، و لا تتوقف براءتها على بذل قيمتها و إن كانت قيمة.

و هذه المسألة تعرّض لها المصنف في ضمان المثلي بالمثل، فقال في جملة كلامه:

نظير (1) ما لو دفع المقرض نفس العين المقرضة مع كونها قيمية.

لكن (2) الظاهر أنهم لم يريدوا

---

«نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان إلى جواز ردّ العين المقرضة إذا كانت قيمية» فراجع «1».

(1) هذا نظير للمقام في مجرد براءة الذمة بدفع العين المقرضة إلى المقرض، لا- في إلزام المدين بدفع العين، لصيرورة العين ملكا للمقرض، ولا يستحق المقرض إلا بدلها من المثل أو القيمة.

و هذا بخلاف المقام، فإنهم يلزمون الزوجة بدفع ما بقي من عين الصداق إن كان الصداق عينا خارجية.

(2) هذا إضراب على قوله: «و لعلّه لما ذكرنا» توضيحه: أنّ الظاهر عدم كون حكم الفقهاء «باستحقاق الزوج للنصف الباقي من الصداق» مبنياً على أنّ المراد بالنصف هو المشاع في العين- لا- المشاع بين الحصتين- بل أرادوا أنّ استحقاقه للنصف الباقي ينشأ من كون الربع الباقي للمرأة مماثلاً للربع من الزوج، الذي أتلفته الزوجة بالهبة. وذلك بقرينة تعليلهم استحقاق الزوج للنصف الباقي ب «بقاء مقدار حصته» فإنّ هذا التعليل يناسب الكلّي في المعين، إذ لو أرادوا المشاع في العين- دون الإشاعة في الحصتين، و دون الكلّي في المعين- لكان الصواب أن يعللوا ذلك ببقاء حقه، لا «مقدار حقه» لأنّه بناء على الإشاعة في العين بما هي يكون النصف الموجود عين حقه، لأنّه مصداقه، لا مقدار حقه. كما أنّ النصف الموهوب عين حق الزوجة.

وبعبارة أخرى: كان الغرض من نقل فتوى الفقهاء باستحقاق الزوج للنصف الباقي من الصداق هو الاستشهاد للمقام من ظهور «النصف» في المشاع في تمام العين، لا المشاع بين الحصّتين. و الوجه في الاستشهاد: ظهور كلمة «النصف» في الآية المباركة «فنصف ما فرضتم» في النصف المشاع من الصداق، و حيث إنّها وهبت نصفاً مشاعاً و هي ملكها المستقرّ لها بالعقد، كان النصف الباقي بتمامه ملكاً للزوج بالطلاق.

---

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 349

ص: 29

هذا الوجه (1)، وإثما عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام (2) [1].

ولكن يشكل هذا الاستشهاد بأنّ حكم الفقهاء باستحقاق النصف الباقي يمكن أن يستند إلى ما ذكر من ظهور «النصف» في المشاع في تمام العين، فيصدق على الباقي بعد الهبة «أنّه نصف ما فرضتم» ويتم الاستشهاد المزبور.

ويمكن أن يستند إلى أمر آخر، وهو كون حقّ الزوج نصفًا مشاعًا بين الحصتين، أو كليًا في المعين كصاع من صبرة.

ويترجّح هذا الاحتمال الثاني على الاحتمال الأول، لمناسبة تعليلهم استحقاق الزوج للنصف الباقي «بأنّه مقدار حقّه» وبيانه: أنّ «النصف الباقي» لو كان متعينًا بنفسه للزوج - من جهة أنّ الزوجة وهبت حقّها وهو النصف المشاع من تمام الصداق - لكان الباقي نفس حقّ الزوج، لا مقدار حقّه. فالتعليل ببقاء المقدار يلائم أحد احتمالين آخرين:

الأول: أنّ الزوجة وهبت نصف حصّتها من الصداق - أي ربعه - وربعًا من حصّة الزوج، فبقي نصف الصداق مشاعًا بينهما إلى حين الطلاق، فيكون الباقي مقدار حقّ الزوج، لكونه مشاعًا بين الزوجين.

الثاني: أنّ الزوج يستحق النصف بنحو الكلي في المعين، أي: نصف هذا الصداق المعين خارجًا، فيكون الباقي بعد الهبة مقدار حقّ الزوج، فيتعين فيه قهرا.

وبناء على هذين الاحتمالين لا يبقى مجال للاستشهاد للمقام بما ذكره في هبة الزوجة نصف المهر قبل الطلاق.

(1) وهو استحقاق الزوج للنصف الباقي على الإشاعة في العين، وكون النصف الباقي هو حقّه، لانطباق النصف المشاع عليه.

(2) أي: مقام بيع نصف الدار، غرضه أنّ حمل الفقهاء بيع نصف الدار على النصف المختص بالبائع - بناء على الإشاعة في العين، لا الإشاعة في الحصتين - ينافي حملهم نصف

[1] لا يخفى أن الوجوه المحتملة ثبوتًا في النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ثلاثة:

أحدها: النصف الباقي بناء على الإشاعة في العين لا في الحصتين، فإنّ النصف المشاع

و نظيره (1) في ظهور المنافاة

الصداق للزوج على الإشاعة بين الحصتين أو على الكلّي في المعيّن.

(1) يعني: و نظير حكمهم في هبة نصف الصداق- في ظهور المنافاة لكلامهم في

في العين ينطبق على النصف الباقي. فهذا النصف نفس حقه كما أفتى به الفقهاء، لا نصف حقه، و نصفه الآخر- و هو ربع العين- بدل حقه الفائت بالهبة كما هو مقتضى الإشاعة بين الحصتين.

ثانيها: النصف من الباقي و التالف، و هو الذي حكاه المصنف قدّس سرّه احتمالاً عن جماعة.

ثالثها: النصف بنحو الكلّي في المعيّن، و هو يتعين بالمقدار الباقي، لا أنّه مقدار حقه، بل هو نفس حقه، بناء على الكلّي في المعيّن، و على الإشاعة في العين، لا الإشاعة بين الحصتين. و قد تقدم أنّ الظاهر في مقام الإثبات هو الإشاعة في العين كما هو ظاهر فتوى جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم قدّس سرّهم مع الغض عن تعليلهم لها ببقاء مقدار حقه، إذ مع النظر إليه يحتمل كل من الإشاعة بين الحصتين و الكلّي في المعيّن.

إذ على الأوّل لما كان الربع التالف بالهبة مثل الربع الباقي في جميع الجهات ذهبوا إلى تعيّن النصف الباقي، معلّين ذلك ببقاء مقدار حقه، لا ببقاء نفس حقه.

و على الثاني يتعيّن حقه بالمقدار الباقي فهراً، كما في سائر موارد الكلّي في المعيّن مع تلف ما عدا المقدار الذي أنشأ عليه العقد كصاع من الصبرة إذا تلفت الصبعان إلا واحداً. و هو المناسب للتعليل ببقاء مقدار حقه.

و الفرق بينه و بين المشاع بين الحصتين هو: أنّ النصف الباقي متعيّن في حقيته للزوج بناء على الكلّي في المعيّن. بخلاف الإشاعة بين الحصتين، فإنّه لا يتعيّن حق الزوج في النصف الباقي بناء على هذا المبنى، إذ يجوز للزوجة دفع قيمة الربع التالف بالهبة، و لا يتعيّن عليها دفع نفس الربع الباقي، و إن كان أقرب إلى التالف من جميع الجهات.

و بالجملة: يدور حكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي- مع تعليله ببقاء مقدار حقه- بين ابتناؤه على الإشاعة بين الحصتين و الكلّي في المعيّن. و على التقديرين يتحقق التنافي بين حكمهم في بيع نصف الدار بكون المبيع حصّة البائع، و بين حكمهم بكون حصّة الزوج النصف الباقي، لكونه بمقدار حقه.



لما هنا (1) ما (2) ذكره في باب الصلح (3) من «أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدّعين

مسألة بيع نصف الدار- حكمهم في باب الصلح بأن المراد بصلح النصف هو النصف المشاع، وأن المراد بالنصف في بيع نصف الدار هو النصف المختص بالبائع كما تقدم تفصيله، فحكمهم في باب الصلح ينافي أيضا حكمهم في باب البيع.

(1) أي: في باب بيع نصف الدار. والمراد بالموصول حكمهم ببيع النصف المختص في بيع نصف الدار.

(2) هذا خبر «نظيره» وبيان له، توضيحه: أنه إذا كان مال كدار بيد زيد مثلا، وادّعاها شخصان كعمرو و بكر، وقد أقر زيد لأحد المدّعين بسبب موجب للشركة، ككون الدار ملكا لأبيهما المتوفى، وانتقالها إلى المدّعين إرثا بالمنصفة، مع فرض انحصار الورثة بهما. فإذا صالح المقر له حينئذ مع المقر على ذلك النصف المقر به كان ذلك النصف مشاعا بين نصيبهما، وكان الصلح بالنسبة إلى الربع الذي هو نصيب المقر له لازما، وبالنسبة إلى ربع شريكه موقوفا على إجازته.

وهذا الحكم- أي الإشاعة بين الحصتين- مناف لما أفتوا به في بيع نصف الدار من كون المبيع خصوص حصة البائع.

(3) هذا الفرع المذكور في صلح الشرائع بقوله: «ولو ادّعى اثنان دارا في يد ثالث، بسبب موجب للشركة كالميراث، فصدّق المدّعى عليه أحدهما، وصالحه على ذلك النصف بعوض. فإن كان بإذن صاحبه صحّ الصلح في النصف أجمع، وكان العوض بينهما.

وإن كان بغير إذنه صحّ في حقه، وهو الربع، وبطل في حصة أو حصته الشريك، وهو الربع الآخر» «1». وقريب منه عبارة القواعد.

وظاهر المتن من قوله: «ما ذكره» كون الحكم مشهورا أو متفقاً عليه، وهو كذلك كما يظهر من السيد العاملي وصاحب الجواهر قدس سرهما، قال في مفتاح الكرامة: «وفي الأخير- أي كفاية الأحكام- أنه المشهور. وكأنه أشار بذلك إلى ما استسمعه من

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 122، قواعد الأحكام، ج 2، ص 176.

للمال بسبب (1) موجب للشركة كالإرث، فصالحه (2) المقر له على ذلك النصف، كان (3) النصف (4) مشاعا في نصبيهما. فإن أجاز شريكه (5) نفذ في المجموع (6)، وإلا (7) نفذ في الربع» فإن (8) مقتضى ما ذكره هنا (9)

---

المسالك، وإلا فلا خلاف في ذلك» (1).

(1) متعلق ب «المدعين» ويحكم بهذا الإقرار بملكية النصف ظاهرا للمقر له، وبملكية النصف الآخر ظاهرا أيضا لذي اليد. وأما ملكيته واقعا فهي مرددة بينه وبين المدعي الآخر.

(2) أي: فصالح المقر له من كان بيده المال - كالدار - على ذلك النصف المقر به.

(3) جواب الشرط في قوله: «إذا أقر».

(4) أي: كان النصف المقر به مشاعا في نصيب المدعين للمال إرثا من أبيهما.

(5) أي: شريك المقر له الذي ثبتت ملكيته لنصف الدار مع المقر له، لاعترافه بالإرث الموجب للشركة.

(6) أي: في مجموع النصف الذي وقع عليه الصلح.

(7) أي: وإن لم يجز شريكه الصلح الواقع على نصف حصته - وهو الربع - نفذ الصلح في خصوص الربع الذي هو نصف نصيب المصالح دون غيره.

(8) هذا بيان وجه المنافاة التي أشار إليها بقوله: «و نظيره في ظهور المنافاة» توضيحه: أن حمل «النصف» في الإقرار على الإشاعة بين النصيبين - السارية إلى صلح النصف أيضا - ينافي ما ذكره في بيع نصف الدار من كون المبيع خصوص النصف المختص بالبائع، فإن «للنصف» في البيع و الصلح و الإقرار معنى واحدا، و لا وجه للتفكيك بينها بإرادة النصيب المختص بالبائع في مسألة بيع نصف الدار، و إرادة المشاع بين الحصتين في مسألتني الإقرار و الصلح.

(9) أي: في بيع نصف الدار. و المراد بالموصول في «ما ذكره» كون النصف مشاعا في نصبيهما.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 492، و لاحظ جواهر الكلام، ج 26، ص 238.

اختصاص (1) المصالح بنصف المقر له، لأنه (2) إن أوقع الصلح على نصفه الذي أقر له به، فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه. وإن أوقعه (3) على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه (4) بينه وبين شريكه، ولذا (5) اختار سيّد (6) مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه (7) بالمقر له.

---

(1) خبر «إن مقتضى».

(2) أي: لأن المصالح، وهذا تعليل لقوله: «إن مقتضى» وملخصه: أنه يحمل «النصف» على النصف المختص به إذا أوقع الصلح على نصفه المقر به، كما لو صالح قبل الإقرار مع غير المقر، أو معه. وإذا أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته المختصة به، بقرينة التصرف الصلحي الذي هو كالتصرف البيعي.

(3) أي: وإن أوقع المصالح الصلح على مطلق النصف انصرف الصلح إلى حصة المصالح، كما لو أوقع الصلح على خصوص النصف المقر به.

(4) أي: فلا وجه لاشتراك النصف الذي وقع عليه الصلح، فإن هذه الشركة مبنية على الإشاعة بين النصيبين، لا الإشاعة في العين كما هي مبنى بيع نصف الدار.

(5) أي: ولأجل الانصراف وعدم وجه لاشتراك النصف بين حصتي الشريكين المدعين - اختار .. إلخ.

(6) الظاهر أنه السيد المجاهد قدس سره، حيث قال - في المناقشة في ما أورده المحقق الأردبيلي على الشهيد الثاني قدس سرهم - ما لفظه: «بل الأقرب أن يفصل، فيقال .. وإن وقع الصلح على النصف المشاع الذي هو كلي، وليس بمتشخص في الخارج بوجه من الوجوه، ويستحقه المقر له باعتقاد المقر - وهو المدعى عليه - واعتقاد صاحبه المشارك له في السبب، فيختص المقر له بما وقع الصلح عليه، ولا يشاركه أحد في شيء. وذلك لأنه مقتضى الأصول والقواعد الشرعية كما لا يخفى، وليس لها هنا معارض من شيء من الأدلة الأربعة .. إلخ» «1» فراجع.

(7) أي: اختار اختصاص النصف المصالح عليه بالمقر له وهو المصالح، كاختصاص النصف بالبائع في بيع نصف الدار.

---

(1) المناهل، ص 358.

ص: 34

وفصل في المسالك (1) بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقرّ به ذو اليد. فاختار مذهب المشهور في

(1) محصل تفصيل الشهيد قدّس سرّه في المسالك هو: أنّ الصلح تارة يقع على نصفه، كأن يقول المقرّ له: «صالحت على نصفي الذي هو ملكي من الدار» وأخرى يقع على النصف بنحو الإطلاق، كأن يقول: «صالحت على نصف الدار» وثالثة يقع على النصف الذي أقرّ به ذو اليد، كأن يقول: «صالحت على النصف الذي أقرّ لي ذو اليد به».

فإن وقع الصلح على الوجه الثالث- وهو النصف الذي أقرّ به ذو اليد- فاختار فيه الشهيد مذهب المشهور، وهو حمل النصف المصالح عليه على النصف المشاع بين النصيين، فيكون النصف المصالح عليه مشتركا بين المقرّ له وشريكه.

وإن وقع الصلح على أحد الوجهين الأولين اختصّ بنصفه، لا- المشاع بين النصيين، وهذا مخالف لمذهب المشهور. وأمّا وجه الاختصاص في هذين الوجهين فسيأتي قريباً.

ولا بأس بنقل جملة من كلامه قدّس سرّه، فإنه بعد الاستدلال للمشهور- من أنّ إقرار ذي اليد مقتضى لشركة المدعين، لوحدة السبب المملّك لهما- قال: «و فيه بحث، لأنّ هذا لا- يتمّ إلا على القول بتنزّل البيع و الصلح على الإشاعة، كالإقرار. وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع و المصالح .. بخلاف الإقرار، فإنّه إخبار عن ملك الغير بشيء، فيستوي فيه ما هو ملكه و ملك غيره. و حينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرّ له خاصة، فيصحّ في جميع الحصّة بجميع العوض، و تبقى المنازعة بين الآخر و المتشبّث.

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقاً، أو النصف الذي هو ملك المقرّ له. أمّا لو وقع على النصف الذي أقرّ به المتشبّث توجّه قول الجماعة، لأنّ الإقرار منزل على الإشاعة، و الصلح وقع على المقرّ به، فيكون تابعاً له فيها. و على هذا ينبغي حمل كلامهم، لأنّ ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها .. إلخ» (1).

(1) مسالك الأفهام، ج 4، ص 272

ص: 35

الثالث (1)، لأن (2) الإقرار منزّل على الإشاعة، و حكم (3) بالاختصاص في الأولين (4)، لاختصاص (5) النصف وضعا في الأول

---

(1) وهو وقوع الصلح على النصف الذي أقرّ به ذو اليد.

(2) هذا كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه، وهو تعليل لمذهب المشهور، و محصله: أنّه لما كان المقرّ له معترفا بكون العين ملكا له و لشريكه بنحو الإشاعة، كان إقرار المقرّ لأحد المدّعين منزّلا على الإشاعة، لأنّ الإقرار حقيقة إخبار عن صدق دعوى أحد المدّعين، و المفروض أنّ الدعوى كانت على الإشاعة النصف، فالإقرار يتعلّق بما ادّعه المقرّ له من إشاعة النصف.

فحكم المشهور هنا بالإشاعة لا ينافي حكمهم في بيع نصف الدار بالاختصاص بحصّة البائع، لأنّ حكمهم هنا بالإشاعة بين الحصّتين يكون مع القرينة، و هي كون الإقرار إخبارا عن دعوى أحد المدّعين للنصف المشاع. فلا منافاة بين هذه المسألة و بين مسألة بيع نصف الدار، لأنّ الحمل على إشاعة العين هناك كان بلا قرينة، و الحمل على إشاعة الحصّتين هنا يكون مع القرينة، هذا [1].

(3) يعني: و حكم الشهيد قدّس سرّه بالاختصاص.

(4) و هما: وقوع الصلح على نصفه، و وقوعه على النصف المطلق.

(5) تعليل لحكم الشهيد قدّس سرّه باختصاص النصف - في الفرضين الأولين - بالمقرّ

---

[1] لم يظهر وجه قرينية دعوى أحد المدّعين على الإشاعة بين الحصّتين بعد ما مرّ من ظهور الإشاعة في الإشاعة في العين، لا في انقسام العين إلى نصفين سواء أكان مالك العين متحدا أم متعددا.

و أمّا الإشاعة بين النصيبين، فهي خلاف الظاهر إن لم يكن خلاف الوضع، فتحتاج إرادتها إلى القرينة، فبدونها تحمل الإشاعة على ظاهرها من الإشاعة في العين دون النصيبين.

و لا قرينية في شيء من دعوى المدّعين و لا في إقرار المقرّ على إرادة الإشاعة بين الحصّتين، لأنّ المدّعى و المقرّ به هو المعنى الظاهر العرفي، بل اللغوي. و لا وجه للعدول عنه إلّا بالقرينة، و هي مفقودة هنا، لعدم صلاحية ما ذكره للقرينة.

و انصرفا (1) في الثاني إلى النصف المختصّ.

و اعترضه (2) في مجمع الفائدة «بأنّ (3) هذا ليس تفصيلا، بل مورد كلام المشهور هو الثالث (4)، لفرضهم (5)

و منشأ هذا الاختصاص في الفرض الأوّل- أعني به وقوع الصلح على نصفه- هو: أن إضافة «النصف» إلى «ياء» المتكلم قرينة على وضع «النصف» لإشاعة نصف العين، أي حصّته من العين، لا للإشاعة بين النصيين. و منشأ الاختصاص في الفرض الثاني هو: أن التصرف الاعتباري في نصف العين منشأ للانصراف إلى النصف المختصّ به، لا المشاع بين النصيين.

(1) معطوف على «وضعا» و غرضه بيان منشأ الاختصاص بالمقرّ في الفرض الثاني.

(2) الضمير المستتر راجع إلى المحقق الأردبيلي قدّس سرّه، و الضمير البارز إلى تفصيل الشهيد الثاني المستفاد من قوله: «و فصل في المسالك».

و لا يخفى أنّ ما في مجمع الفائدة وجوه ثلاثة من الاعتراض، و ما أشار إليه المصنف قدّس سرّه هو الوجه الثالث، قال المحقق الأردبيلي: «و أمّا ثالثا فلائنه لا يحتاج هنا إلى بحث و توجيه، فإنّ كلامهم ظاهر- بل صريح- في أن المصالح عليه إنّما هو النصف المقرّ به، إذ لم يصلح المقرّ إلا عليه، و ما ثبت بحسب ظاهر الشرع للشريك المصالح إلا ذلك ..

إلخ» (1).

(3) متعلق ب «اعترضه» و هذا تقريب الاعتراض، و محصله: أنّ كلام المشهور ليس مجملا حتى يفصل بين الوجوه التي ذكرها الشهيد قدّس سرّه، بل مورد كلامهم هو وقوع الصلح على المقرّ به الذي لا بدّ من الحكم بالإشاعة فيه.

(4) و هو وقوع المصالحة على ما أقرّ به ذو اليد.

(5) أي: لفرض المشهور المصالحة على النصف المقرّ به، و هو مورد البحث و النزاع.

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 6، ص 349

ص: 37

(1) يعني: في كتاب الصلح.

[1] ينبغي أن يقال: إنّ الكسر المشاع كالنصف يقع تارة: في كلام أحد المالكين في مقام التصرف الاعتباري كالبيع و الصلح و الهبة و غيرها.

و أخرى: في كلام الأجنبي عن المالكين، كبيع الفضولي نصف العين المشتركة بين شخصين على الإشاعة.

و الثالثة: في كلام المقر، كما إذا أقرّ أحد الشريكين في عين كدار أو دكان «بأن نصف هذه العين لزيد مثلاً».

فإن وقع في كلام أحد المالكين في مقام التصرف الاعتباري حمل على النصف المختص به، لا على الإشاعة بين الحصتين، لأنّ الحمل على الإشاعة في الحصتين يكون للإطلاق و عدم القرينة. و أمّا معها- كما في المقام- فيحمل النصف على حصّة، لا الإشاعة بين الحصتين، حيث إنّ إنشاء البيع و نحوه قرينة عرفاً على بيع أو صلح ما يملكه و يختص به، إذ بيع مال غيره و إن كان موكّله أو من للعاقد ولاية عليه محتاج إلى مؤونة زائدة.

و الأصل يجري في عدم قصد البيع عن الغير، و ليس بمثبت، لعدم إناطة صحة البيع لنفسه بقصد البيع لنفسه حتى يكون الأصل عدمه كي يلزم إثبات أحد الضدين بنفي الآخر، أو تعارض الأصلين و تساقطهما.

و الحاصل: أنّه لا يجري أصل عدم قصد البيع لنفسه حتى يلزم الإثبات و التعارض.

و عليه فما لم يقصد الغير يحمل على الحصة المختصة به، لوجود المقتضي، و هو وقوع العقد من مالك المال على عنوان صالح للانطباق على ماله، مع وجود شرائط فعلية تأثير العقد، و عدم مانع عن تأثيره. إذ المانع- و هو وقوع العقد عن الغير- محكوم بالعدم، فيشملة عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و إن وقع «النصف» في كلام الفضولي، فلا- بدّ من حمله على الإشاعة بين الحصتين، لعدم قرينة على حمله على تمام حصة أحد الشريكين. فالإطلاق الموجب للحمل على إحدى الحصتين بالخصوص مفقود هنا، و مقتضاه الحمل على الإشاعة في كلتا الحصتين.

فالحمل على خصوص إحداهما ترجيح بلا مرجح.

ويمكن إجازة كل منهما هذا العقد الفضولي. فإن أجازا صحَّ العقد في تمام النصف للشريكين، لكلّ منهما ربع العين. وإن أجاز أحدهما صحَّ في الربع، وهو نصف حصته.

وإن وقع في كلام المقرّ، فيحمل على الإشاعة بين الحصتين أيضا، للإطلاق الموجب للحمل على الإشاعة بين الحصتين، وعدم كون الإقرار كالبيع أو الصلح قرينة على الاختصاص بتمام حصة المقرّ. وذلك لأنّ الإقرار ليس تصرفا في المقرّ به، بل هو أمانة كاشفة عن ضيق دائرة ملك الشريكين بمقدار تعلق به الإقرار، وكون ذلك خارجا من أول الأمر عن ملكهما، وأنّ شركتهما تختص بما عدا النصف المشاع.

وهذا بخلاف البيع الذي هو إزالة الملك، فإنّ هذا التصرف قرينة عرفية على التصرف في ملكه دون ملك غيره، فيختص بملكه.

لكن الكلام في نفوذ الإقرار، لعدم نفوذه في حصة غيره، لكونه إقرارا على الغير.

وقد يقال كما عن كاشف الغطاء قدّس سرّه: بأنّ المقرّ لو قال: «أنا مقرّ بأن نصف هذه الدار لزيد» يحمل على نصفه المختص، بخلاف ما لو قال: «نصف هذه الدار لزيد» فإنّه يحمل على الإشاعة بين النصيبين، هذا.

وفيه إشكال، لعدم الفرق بينهما، إلّا إذا كان قوله: «أنا مقرّ» ظاهرا فيما يكون نافذا، وهو الحصة المختصة به. وذلك مشكل جدا، لعدم ظهور الإقرار في ذلك. وإلّا إذا حمل قوله: «نصف هذه الدار لزيد» على الشهادة التي لا تقبل إلّا مع شرائطها. بل في كلتا الصورتين يحمل على الإقرار في نصف حصته، وعلى الشهادة في نصف حصة شريكه.

نعم قوله: «أنا مقرّ» نصّ في الإقرار. لكنه ليس نصّا في كيفية المقرّ به، وأنه النصف المختص به أو نصف النصيبين، فإنّ الألفاظ الدالة على الإقرار مختلفة وضوحا وخفاء في الدلالة على نفس الإقرار، مع عدم دلالتها على كيفية المقرّ به، كما في قوله: «يجب إكرام زيد» فإنّه صريح أو أظهر في الوجوب من قوله: «أكرم زيدا» مع عدم دلالة شيء منهما على نوع متعلق الأمر، وأنّ المراد بالإكرام إضافة زيد أو تقبيل يده أو إعطاء الفلوس أو غيرها.

ومحل الكلام هو المراد من المقرّ به، لا ما يدل على نفس الإقرار. وليس شيء من العبارتين المزبورتين ما يبيّن المراد من النصف المقرّ به، فيحمل في كلتا الصورتين على المشاع في الحصتين.



## [اقتضاء القاعدة حمل النصف على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه]

و على كلّ حال (1) فلا إشكال في أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع- مجرداً عن حال أو مقال يقتضي (2) صرفه إلى نصفه- يحمل (3) على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه (4)، و لذا (5) أفتوا ظاهراً على أنّه

(1) أي: سواء حمل النصف «في بيع نصف الدار» على المشاع في العين، أم على النصف المختص بالبائع- كما هو المنسوب إلى المشهور- فلا إشكال في أنّ لفظ النصف الواقع في كلام المالك للنصف المشاع إن كان محفوظاً بقريضة حالية أو مقالية توجب صرف لفظ «النصف» إلى نصفه المختص به، كأن يقول: «صالحتك على نصفي» يحمل على النصف المختص به.

و إن كان مجرداً عن القريضة يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه.

(2) صفة ل «حال أو مقال» و ضمير «صرفه» راجع إلى النصف.

(3) جواب الشرط في قوله: «إذا وقع» و جملة الشرط و الجواب خبر لقوله: «ان لفظ».

(4) هذا الضمير و ضميراً «نصيبه، نصفه» راجعة إلى المالك.

(5) أي: و لأجل حمل لفظ «النصف» المقرّ به- إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع- على النصف المشاع في نصيبه و نصيب شريكه، أفتوا ظاهراً- في مسألة إقرار أحد الرجلين الشريكين اللذين لكلّ منهما يد على نصف عين كدار أو دكان أو غيرهما من الأعيان بكون ثلث هذه العين لزيد مثلاً- بأنّه يحمل الثلث المقرّ به على «الثلث المشاع بين النصيبين» كما سيوضح.

و لا- يخفى ظهور قول الماتن: «أفتوا ظاهراً» في الإجماع على حمل الثلث المقرّ به على المشاع بين حصتي الشريكين. ففرق بين بيع «النصف» المنصرف إلى حصة البائع بقريضة التصرف، و بين الإقرار الذي هو إخبار عن ملك الغير لشيء، و لا يعتبر فيه وقوعه في ملك المقرّ، لجواز الإخبار بما في يد الغير، فيكون شهادة عليه، فإن اجتمعت شروط الشهادة نفذ، و إلا فلا.

و هذه المسألة تعرّضوا لها في مقام الفرق بين فرعين.

أحدهما: ما سيأتي الإشارة إليه في المتن من الإقرار بالنسب، كما لو أقرّ أحد الأخوين بأخت، و كذّبه الآخر. فقالوا باستحقاقها لخمس حصة المقرّ، و ليس لها في حصة المنكر نصيب. و هذا الخمس هو الفاضل عمّا يستحقه المقرّ من التركة لو كانت الأخت وارثة مع الأخوين.

ثانيهما: ما لو أقر أحد الشريكين - المتصرفين في المال المشاع بينهما نصفين - بأن شخصا آخر يستحق ثلث المال، و لكل واحد من المتصرفين ثلثه لا نصفه. حيث إنهم حكموا بأن النصف الذي يستحقه المقر يشترك فيه هو و المقر له على السواء، فنصفه له، و نصفه للمقر له.

وقد بيّن صاحب الجواهر الفرق بين المسألتين في مواضع.

فمنها: ما أفاده في مسألة بيع نصف الدار بقوله: «إنّ الموافق للضابطة ما في باب الإقرار، بدعوى: تنزيل المنكر تنزيل الغاصب القاصد غصب خصوص حصة الشريك المخصوص، بناء على قيامه حينئذ مقام المالك في القسمة مع الشريك، لحديث الضرار و السيرة وغيرها. على معنى: أن المالك في هذا الحال له إفراز ملكه عن ملك شريكه، كما كان له ذلك في المال الزكوي و نحوه .. إلخ» (1).

و منها ما أفاده في كتابي الصلح و الإقرار فراجع (2).

و توضيح أصل المسألة: أنّه لو فرض اشتراك زيد و عمرو في دار، و لكلّ منهما يد على نصف مشاع منها، فأقر زيد بأنّ ثلث الدار لـ بكر، و أنّ لكل من زيد و عمرو ثلث الدار لا نصفها.

و لا يخلو الأمر حينئذ من أنّ عمرو و إما أن يصدّق زيدا، و لا كلام في صيرورة الحصص أثلاثا. و إمّا أن يكذّبه - كما هو مفروض البحث - و لا يحكم على المنكر بشيء، بل له النصف المشاع من الدار، لما تقرّر من تقدم قول المنكر. و أمّا المقرّ فيؤاخذ بمقتضى إقراره «لأنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و نافذ» فيصير المقرّ له شريكا مع المقرّ في النصف المختص به.

لكن الكلام في تعيين ما يستحقه المقرّ له، و أنّ حصّته ثلث ما للمقرّ، بدعوى:

اعترافه بأنّ له ثلث المجموع، و ما زاد على هذا الثلث هو سدس المجموع، و هو للمقرّ له.

فإذا كانت الدار اثني عشر سهما، كان حصة المقرّ قبل الإقرار ستة أسهم، و ينقص بالإقرار إلى أربعة أسهم هي ثلث المجموع، و يبقى سهمان فاضلان عن هذا الثلث - و هما سدس الدار - للمقرّ له.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 318.

(2) المصدر، ج 26، ص 239 و في ج 35، ص 165.

لو أقرَّ أحد الرجلين الشريكين - الثابت يد كلَّ منهما على نصف العين - بأنَّ (1) ثلث العين لفلان، حمل (2) على الثلث المشاع في النصيين، فلو (3) كذَّبه [1] الشريك الآخر،

أم أنَّ حصة المقرَّ له نصف حصة المقرَّ، ثلاثة أسهم، وهي لا سهمان.

وهذا الاحتمال هو مبنى الاستشهاد بهذا الفرع على أنَّ الكسور - كالنصف و الربع و الثلث - تنصرف عند الإطلاق إلى المشاع بين النصيين. و ظاهرهم الإجماع عليه. و هو يبتني على أمور مسلَّمة.

الأول: ما تقرر في كتاب الشركة من توزيع الربح و الخسران على الشريكين أو الشركاء بنسبة الحصص.

الثاني: أنَّ إنكار أحد الشريكين - و هو عمرو و في المثال - إتلاف لمقدار من الثلث الذي استحقه المقرَّ له بإقرار المقرَّ، فحرمان المقرَّ له من بعض ما يستحقه مسبَّب عن تكذيب أحد الشريكين للآخر.

الثالث: ظهور الكسر في المشاع بين النصيين.

و بناء على هذه يستحق المقرَّ له نصف ما للمقرَّ. و سيتضح في مطاوي شرح المتن.

(1) متعلق ب «أقرَّ» في قوله: «لو أقرَّ أحد الرجلين».

(2) جواب «لو» يعني: أنَّه يحمل «الثلث» المقرَّ به على الثلث المشاع في النصيين.

(3) هذا متفرع على حمل الثلث المقرَّ به على الثلث المشاع في النصيين، توضيحه:

أنَّه إذا كذَّب الشريك الآخر و أنكر صدق إقرار المقرَّ، دفع المقرَّ إلى المقرَّ له نصف ما بيده.

فإذا فرض أنَّ العين المتنازع فيها اثنا عشر سهماً، و كانت ستة أسهم منها تحت يد المقرَّ، و مثلها تحت يد شريكه، دفع المقرَّ إلى المقرَّ له ثلاثة أسهم التي هي نصف الستة التي بيده، إذ مقتضى الإشاعة في الحصتين توزيع الثلث المقرَّ به - و هو أربعة أسهم - على الستة التي هي نصيب المقرَّ به، و الستة التي هي سهم الشريك المنكر. فثلث المقرَّ به - و هو أربعة - يخرج من هاتين الستتين حتى يكون ثلث كلَّ من الشركاء الثلاثة أربعة أسهم.

[1] لم يظهر وجه لهذا التفرع، ضرورة أنَّ الإقرار بالنسبة إلى نفس المقرَّ لا يقتضي إلاَّ دفع ما زاد على النصف الذي بيده، لأنَّ نفوذ إقراره على نفسه يوجب دفع ما لا يستحقه - و هو ثلث ما بيده أعني الواحد من الثلاثة - لا نصف ما بيده، و هو الواحد و النصف، فإنَّه

دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده، لأنّ (1) المنكر يزعم المقرّ ظالم للسّدس بتصرّفه (2) في النصف، لأنّه (3) باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسّدس (4) الفاضل في

(1) تعليل لدفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده، و محصّله: أنّه بعد أن دفع المقرّ إلى المقرّ له سهمين يعني: سدس الاثني عشر، و هذا السّدس نصف الثلث المقرّ به، يتلف من سهم المقرّ له سهمان- و هما: سدس الاثني عشر- بسبب تكذيب الشريك و إنكاره لإقرار المقرّ، فهو باعتقاد المقرّ ظالم و غاصب لهذا السّدس. و مقتضى ما في الشركة من «أنّ ما حصل حصل لهما و ما توى توى عليهما» هو احتساب التالف و هو السّدس- أعني السهمين- على المقرّ و المقرّ له، حسب استحقاقهما أي على كل منهما سهم.

و بالجملة: فسهمان- و هو السّدس- يخرج من ستة أسهم متعلّقة بالمقرّ، و سهم أيضا يخرج من سهمه، لكون التالف- و هو سهمان- على المقرّ و المقرّ له.

(2) أي: بسبب تصرف المنكر في النصف أي نصف ثلث المقرّ له، و هو سدس الكل.

(3) أي: لأنّ المقرّ باعتقاده يستحق المقرّ له ثلثا من العين.

(4) يعني: فالسّدس في يد المنكر- و هو سهمان من اثني عشر سهما- نسبته إلى المقرّ و المقرّ له على حد سواء.

خارج عن حيطّة الإقرار على النفس. فاللازم على المقرّ دفع ما زاد عن حقه- و هو السّدس- إلى المقرّ له. كما أنّ اللازم على المنكر دفع السّدس الآخر الذي عنده إليه. و ليس شيء من هذا السّدس على المقرّ أصلا.

و دعوى «أن قاعدة الشركة تقتضي ورود الضرر على كلّ من المقرّ و المقرّ له، فيوزّع السّدس الذي هو عند المنكر عليهما بالمناصفة» غير مسموعة، إذ فيه أولا: أنّ مورد الضرر على الشريكين في النصوص هو الدّين.

و ثانيا: أنّ التعدّي من الدّين إلى العين إنّما يكون في مال أقرّ اثنان بأنّه مشترك بينهما و تلف، أو غصب بعضه، فإنّ مقتضى إقرارهما بشركة المال بينهما كون الضرر عليهما.

فإن تمّ إجماع- كما ادّعاه صاحب الجواهر قدّس سرّه- فهو، و إلا فيشكل استحقاق النصف.

يد المنكر نسبتته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء (1)، فإنّه (2) قدر تالف من العين المشتركة، فيوزّع على الاستحقاق.

ودعوى (3): أنّ مقتضى الإشاعة تنزيل المقرّ به (4) على ما في يد كلّ منهما، فيكون في يد المقرّ سدس (5)، وفي يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك (6)، وقال:

(1) أي: نصفه، وهو سهم واحد من اثني عشر للمقر، ومثله للمقرّ له، حتى يكون مجموع حصة كل منهما ثلثا، وهو أربعة أسهم من اثني عشر.

(2) أي: السدس الباقي عند المنكر هو القدر التالف من العين، فيوزّع على المقرّ والمقرّ له بمقدار استحقاقهما، وهو التنصيف.

(3) الغرض من هذه الدعوى جعل مسألة إقرار أحد الشريكين نظير مسألة إقرار بعض الورثة بوارث آخر، في أنّ القاعدة في الجميع تقتضي صيرورة المقرّ له مستحقا لما يفضل من حصة المقرّ. ففي المقام يلزم دفع السدس - وهو نصف الثلث فقط - إلى المقر له، وعدم لزوم دفع أزيد منه إليه.

توضيحه: أنّ مقتضى الإشاعة في النصيبين هو تنزيل المقرّ به على ما في يد كلّ من الشريكين، فإذا كان الثلث المقرّ به أربعة أسهم - كما هو المفروض - وزّع على سهمي المقرّ والمقرّ له على السوية، فيخرج سهمان وهو نصف الثلث من ستة أسهم المقرّ للمقرّ له، ولا يخرج منها شيء زائد عليه، وهو سهم واحد من السهمين التالفين بسبب تصرف المنكر في السدس الزائد على الثلث.

(4) وهو ثلث المجموع الذي أقرّ به أحد الشريكين.

(5) وهو نصف الثلث، وكذا في يد المنكر، فالخارج من سهم المقرّ سدس فقط.

(6) أي: كما لو صرّح المقرّ بالسدسين، وغرضه من هذا التشبيه إثبات أنّه ليس في ذمة المقرّ إلا السدس، وكذا على المنكر.

تقريبه: أنّ المقرّ إذا صرّح بالسدسين، وقال: «انّ للمقرّ له في يد كل من المقرّ والمنكر سدسا» كواحد من الستة - والمفروض أنّ إقرار المقرّ بالنسبة إلى الغير غير مسموع، لعدم كونه إقرارا على النفس - لم يجب على المقرّ إلا دفع السدس - وهو نصف الثلث - إلى المقرّ له.

«إنّ له في يد كلّ منهما سدسًا» وإقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير (1) غير (2) مسموع، فلا يجب إلّا أن يدفع (3) إليه ثلث ما في يده، و هو (4) السدس المقرّ به، وقد تلف السدس الآخر (5) بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

مدفوعة (6) بأنّ

(1) وهو الشريك المنكر، وضمير «له» راجع إلى المقر له، وضمير «منهما» إلى المقر والمنكر، وضمير «إقراره» إلى المقرّ.

(2) خبر «وإقراره»، ووجه عدم سماعه عدم كونه إقرارا على نفس المقرّ، كما مرّ.

(3) يعني: فلا يجب إلّا أن يدفع المقرّ إلى المقرّ له ثلث ما في يده، وهو واحد من الثلاثة التي بيده فيما إذا كانت العين ستة أسهم.

(4) أي: ثلث ما بيده هو السدس المقرّ به أعني به الواحد من ستة أسهم.

(5) وهو نصف الثلث أيضا قد تلف بزعم المقرّ على المقرّ له بسبب تكذيب المنكر، وعدم تصديق المقرّ في مقاله.

فنتيجة هذه الدعوى: عدم وجوب شيء على المقرّ إلّا دفع نصف الثلث وهو سدس الستة أسهم إلى المقرّ له، وعدم لزوم دفع نصف ما بيده وهو الواحد ونصفه، لأنّه نصف الثلاثة التي بيده، وربع الستة.

(6) خبر قوله: «و دعوى» ودفع لها، وملخص الدفع: أنّ قياس المقام على ما لو صرح المقرّ «بأنّ للمقر له في يد كل من المقرّ والمنكر سدسًا» مع الفارق، لأنّ ما في يد الغير فيما نحن فيه ليس مفروزا و متميّا عمّا في يد المقر حتى يكون كما لو صرح المقرّ «بأنّ سدس دار و سدس دار غيري لزيد» في قبول إقراره في داره، وعدم قبوله في دار غيره. بل ما في يد الغير - وهو المنكر - حصة مشاعة كحصتي المقر و المقرّ له باعتقاد المقرّ، فيانكار المنكر يتلف سدس مشاع، وهو واحد من الستة، و يوزّع على المقرّ و المقرّ له بالمناصفة.

و عليه فاللازم على المقرّ أن يدفع إلى المقرّ له نصف ما في يده، وهو واحد ونصف من الستة، لا ثلث ما في يده، وهو الواحد من الثلاثة.

ص: 45

ما في يد الغير (1) ليس عين ماله [1]، فيكون (2) كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره و دار غيره، و هو (3) مقدار حصّته المشاعة، كحصّة المقرّ و حصّة المقرّ له بزعم المقرّ، إلّا أنّه (4) لما لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا في يده، فقد تلف سدس مشاع (5) يوزّع على المقرّ و المقرّ له، فلا- معنى لحسابه (6) على المقرّ له وحده، إلّا على احتمال ضعيف (7)، و هو تعلق الغصب بالمشاع، و صحّة تقسيم الغاصب مع الشريك،

---

(1) المراد بالغير هو المنكر و المكذب لمقالة المقرّ.

(2) أي: ليكون. و لعلّ الأولى أن يقال: «حتى يكون كما لو أقرّ.. إلخ».

(3) أي: ما في يد الغير، و لعلّ الأولى أن يقال: «بل هو مقدار» ليكون إضرابا عن قوله: «ليس عين ماله».

(4) الضمير للشأن، و الغرض من قوله: «إلّا أنّه لما لم يجبر المكذب» إثبات كون السدس موزّعا على المقرّ و المقرّ له، بتقريب: أنّ السدس لما صار تالفا من العين المشاعة- إذ لا موجب لدفعه على المنكر، لعدم نفوذ إقرار المقرّ في حقه، و لكونه ذا يد على العين، و اليد أمانة الملكية ظاهرا- فالتالف يوزّع على كلّ من المقرّ و المقرّ له، فالسدس التالف و هو الواحد من الستة ينصف عليهما.

(5) هذا هو السدس الذي عند المنكر، و قد عرفت أنّه لا يجبر على دفع شيء ممّا في يده، لكونه ذا اليد، و لعدم نفوذ إقرار المقرّ في حقه.

(6) أي: لحساب السدس الذي يكون عند المنكر على المقرّ له وحده.

(7) المذكور في كتاب الغصب، و هو تعلق الغصب بالمشاع، و صحّة تقسيم الغاصب مع الشريك، فإنّه بناء على هذا الاحتمال يكون التالف على المقرّ له فقط، و ليس على المقرّ إلّا دفع ثلث ما بيده إلى المقرّ له.

و ينبغي أوّلا توضيح ما ذكروه في باب الغصب، ثم وجه ابتناء ما نحن فيه عليه.

فنقول و به نستعين: أنّه إذا كانت دار مثلا مشتركة بين شخصين على وجه الإشاعة،

---

[1] بل هو محكوم ظاهرا بمقتضى اليد بكون ما في يده ملكا له، فإقرار المقرّ لا يكون نافذا في حق المنكر، فالسدس الذي عند المنكر يحسب تالفا على المقرّ له فقط، فلا وجه لاحتسابه عليه و على المقرّ معا.

وأخرج ظالم أحدهما من الدار و تصرف فيها بانيا على غضب حصته منها، ثم بنى على تقسيم الدار، وقسمها. ففي مثله يتجه مسألتان.

إحدهما: أنه هل يعتبر في صدق الغضب والاستيلاء على مال الغير كون المال مقسوما معينا؟ أم لا يعتبر ذلك، فيتحقق غضب المال المشترك المشاع بين اثنين أو أزيد.

ثانيتها: أنه بعد صدق الغضب بالنسبة إلى المشاع هل ينفذ تقسيم المال من قبل الغاصب، فيستقل هو بحصة المغصوب منه، ويستقل الشريك الآخر بحصته؟ أم أن أمر التقسيم بيد الحاكم لورجع إليه الطرف لدفع الحرج عن نفسه.

وهذا- كما أفاده الفقيه المامقاني قدس سره- «أمر يعم البلوى به، لكثرة ما يتفق من غضب المتجاهرين بالظلم وغيرهم حصّة أحد المشاركين في القرى والعيون والعقار والأعيان. بل قد يتفق غضب ثلث الميت من وصيه، وأن الزكاة يأخذها السلطان، وإن كان أخذه لها- إن كان مسلما مقدّما للشيخين- لا يوجب الإشكال في حصة المالك» (1).

أمّا المسألة الأولى فالأكثر- كما في المسالك (2)، بل في الجواهر «لا نجد فيه خلافا محققا» (3)- على صدق «الغضب» عرفا على الاستيلاء على المال المشترك كالمقسوم، ويكون الغاصب ضامنا، إلا بناء على اعتبار الاستقلال باليد في الغضب كما ربّما يظهر من المحقق قدس سره حيث تردّد في حكم شيخ الطائفة بضمان النصف (4). قال في المبسوط: «غضب المشاع يصح، كما يصحّ غضب المقسوم، وذلك أن يأخذ عبدا بين شريكين، ويمنع أحد الشريكين من استخدامه، ولا يمنع الآخر، فيكون قد غضب حصّة الذي منعه منه.

وكذلك إذا كان شريكان في دار، فدخل غاصب إليها، فأخرج أحدهما، وقعد مع شريكه، فيكون غاصبا لحصّة الشريك الذي أخرجه. فإذا ثبت هذا وحصل المال المشترك في يد الغاصب وأحد الشريكين، ثم إنهما باعا ذلك المال، مضى البيع في نصيب

(1) غاية الآمال، ص 411.

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 152.

(3) جواهر الكلام، ج 37، ص 23

(4) شرائع الإسلام، ج 3، ص 235



البائع، ولا يمضي بيع الغاصب، كما نقول في تفريق الصفقة» (1). و حكم قدس سره في كتاب الغصب بضمان النصف كما هنا لو هجم الغاصب على دار غيره و كان صاحبها فيها (2).

و أما المسألة الثانية فلها صورتان، الأولى: أن يطلب الشريك الآخر من المغصوب منه قسمة المال. بأن يعيّننا برضاها نصفاً معيّننا للغاصب، و نصفاً للشريك، فيفرز المشاع بينهما.

و الظاهر جواز طلب القسمة، فإن أجابه المغصوب منه فهو، و إلا رفع الشريك أمره إلى الحاكم، ليجبره على الإفراز.

الثانية: أن يقتسم الغاصب و الشريك العين المغصوبة، بلا مراجعة إلى المغصوب منه و لا الحاكم، فهل يتعيّن النصف المفروض للشريك بحيث تصح تصرفاته فيه كما لو لم يكن مشاعاً أصلاً، أم أنه يجب على الشريك الاستئذان من المغصوب منه في التصرف، كما يضمن له نصف المنافع المستوفاة؟ مقتضى القاعدة بطلان هذه المقاسمة، لتوقفها على رضا الشريكين أو الولي عليهما أو على أحدهما، و لا تكون إرادة الغاصب بنفسها معيّنّة لحصة الشريك.

لكن حكى قول بنفوذ القسمة عن الشيخ الفقيه الشيخ حسن كاشف الغطاء قدس سره في كتابه أنوار الفقاهة. حيث قال: «و لو أراد غاصب غصب حصّة الشريك فقط، فلا يبعد جواز مقاصة الشريك الآخر مع الغاصب، و لا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه و إن كان غائباً» (3). و حكاه عنه صاحب الجواهر في كتاب الشركة، قائلاً: «لكنه كما ترى، و قد تقدّم لنا بحث في ذلك» (4) و أشار إليه في مسألة جواز شراء ما يأخذه الجائر باسم الزكاة، فراجع (5). و ذكره في مسألة بيع نصف الدار تاركاً لتضعيفه، و قد تقدم كلامه في (ص 41) فراجع.

إذا اتضح ما ذكره في كتاب الغصب وغيره، فاعلم: أنّ كلام المصنف: «إلا على

(1) المبسوط، ج 2، ص 355

(2) المبسوط، ج 3، ص 73

(3) أنوار الفقاهة، مخطوط، و العبارة منقولة عن غاية الآمال، ص 411 و 412

(4) جواهر الكلام، ج 26، ص 315

(5) جواهر الكلام، ج 22، ص 202

فيتمحصن ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه، و ما يأخذه الشريك لنفسه. لكنّه احتمال مضعّف في محلّه (1)،

احتمال مضعّف» إشارة إلى قول صاحب أنوار الفقاهة- في المسألة الثانية- بنفوذ هذه القسمة، وأنّه يصير نصف المال ملكا محصنا للشريك. و محصله: أنه لو بني على صحة التقسيم، ففي ما نحن فيه- وهو إقرار أحد الشريكين بكون ثلث المال للغير- يكون السدس الباقي عند المالك المنكر لصحة إقرار المقرّ محسوبا على المقرّ له فقط، لأنّ ثلث المقرّ له صار بسبب التقسيم عند المالكيين الآخرين الغاصبين، و أحدهما- وهو المقرّ- دفع السدس الذي كان عنده إلى المقرّ له، و بقي السدس الآخر عند المنكر الغاصب، فالسدس التالف محسوب على المقرّ له فقط، إذ المفروض صحة التقسيم، و سيرورة ثلث المقرّ له عند المقرّ و المنكر. و المقرّ دفع السدس الذي عنده، و بقي السدس الآخر عند المنكر.

(1) من كتاب الغصب. و الوجه في ضعفه ضعف ما استند إليه صاحب أنوار الفقاهة من وجهين.

أحدهما: قاعدة نفي الحرج، بتقريب: أنّ منع الشريك من التصرف في حصّته حرج عليه، مع كثرة الغاصبين للأملاك، و هذا المنع مرفوع عنه، فيسوغ التقسيم مع الغاصب، و يستقلّ الشريك بالحصّة المفترزة له.

ثانيهما: السيرة المستمرة إلى عصر المعصوم عليه السّلام الكاشفة عن إمضاء عمل العرف.

أما ضعف الوجه الأول فلائّه- لو سلّم الحرج في المنع- لا تصلح القاعدة لتشريع جواز القسمة المزبورة، لكونها نافية للحكم لا مثبتة له.

و أما ضعف الوجه الثاني فلعدم إحرازها، بل يحتمل الردع عنها بفتوى الأكثر. بل المتفق عليها كما حكى.

و بهذا ظهر أنّ قول المصنف «إلا على احتمال مضعّف» لا يراد به ضعف تعلق الغصب بالمشاع، كما قد يلوح من العبارة بدوا. لما عرفت من عدم ضعفه، بل المراد بالاحتمال ما تقدّم من صاحب أنوار الفقاهة في صحة تقسيم المغصوب المشاع.

و الشاهد على إرادة هذا الاحتمال قوله: «لكنه احتمال مضعّف في محلّه» فإنّ

وإن قال به (1) أو مال (2) إليه بعض على ما حكى (3) للخرج أو السيرة.

نعم (4) يمكن أن يقال: بأن التلف في هذا المقام (5) حاصل (6) بإذن الشارع للمنكر الغاصب (7) لحق المقر له باعتقاد (8) المقر، و  
الشارع إنما أذن له (9) في أخذ

---

المضعف هو نفوذ هذه القسمة، لا ضمان الغاصب للمشاع.

(1) أي: باحتمال صحة تقسيم الغاصب مع الشريك.

(2) التردد بين القول والميل نشأ من تعبير صاحب الجواهر «بل ربما احتمل أو قيل ..» «1» وإلا فظاهر عبارة أنوار الفقاهة هو الفتوى، لا مجرد الاحتمال. بل حكى الفقيه المامقاني قدس سره عن بعض مشايخه: أنه سمع من صاحب الأنوار مشافهة نفي البعد عن صحة القسمة المزبورة «2».

(3) الحاكي لكلامه صاحب الجواهر، وردّه في بعض المقامات، وسكت عنه في مقام آخر.

(4) بعد أن ضعّف المصنّف قدّس سرّه الاحتمال المذكور- المقتضى لكون السدس الذي عند المنكر محسوبا على المقر له وحده- تمسك بوجه آخر لاحتساب السدس عليه.

و محصل هذا الوجه: أنّ المنكر- الذي هو غاصب باعتقاد المقر- قد أخذ المال بانيا على أنّه من المقر له، دون المقر، إذ المفروض أنّه يدفع بمقتضى إقراره السدس الذي عنده، و الشارع قرره ظاهرا بمقتضى اليد على ذلك، و لازم هذا التقرير كون التلف على المقر له وحده.

(5) أي: في مقام إقرار أحد الشريكين بكون ثلث الدار لزيد.

(6) خبر «ان» في قوله: «بأن» وقد مرّ تقريبه آنفا بقولنا: «و محصل هذا الوجه».

(7) أي: الغاصب بزعم المقر، لا واقعا، إذ لا يتصور الإذن له من الشارع.

(8) متعلّق بالغاصب، أي: كون المنكر غاصبا إنما هو باعتقاد المقر، و ليس ثابتا في الواقع، لاحتمال كذب المقر.

(9) أي: للمنكر الغاصب، و إذن الشارع ظاهرا إنما هو لأجل أمارية اليد.

---

(1) جواهر الكلام، ج 26، ص 315.

(2) غاية الآمال، ص 412.

ما يأخذه على أنه من مال المقر له (1)، فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له (2)، فلا يحسب منه (3) على المقر شي  
ع.

وليس (4) هذا كأخذ الغاصب جزءا معيناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين.

والحاصل (5): أن أخذ الجزء [لما] (6) كان بإذن الشارع، وإنما [فإنما] أذن له

---

(1) دون المقر، لما عرفت أننا من أنه لأجل إقراره يدفع السدس الذي عنده إلى المقر له.

(2) الوجه في احتسابه على المقر له فقط هو: أن يد المنكر داخلية، وهي حجة على اليد الخارجية التي هي يد المقر له، وليست حجة على اليد الداخلية التي هي يد المقر.

وعليه فلا وجه لضمان المقر شيئاً من السدس الذي يكون عند المنكر.

(3) أي: من السدس الذي يكون عند المنكر، لما مرّ من أنه يدفع السدس الذي لديه إلى المقر له، ولا يدفع أزيد منه.

(4) هذا دفع توهم. أمّا التوهم فهو: أنه إذا أخذ الغاصب جزءاً معيناً من مال يحسب على كلا الشريكين لا على واحد منهما، كما إذا غصب غاصب جزءاً من دار مشتركة بين شخصين، فإنه يحسب الجزء المغصوب على كليهما، لا على واحد منهما.

فليكن السدس المغصوب هنا محسوباً أيضاً على المقر والمقر له معاً.

وأمّا الدفع فهو: أن أخذ الغاصب هنا للسدس المقر به لما كان بإذن الشارع، لا يكون كالأخذ الذي ليس بإذنه. ففي الأخذ المقرون بإذن الشارع لا ضمان، بخلاف غير المأذون فيه، الذي فيه الضمان.

(5) يعني: وحاصل ما ذكرناه في مسألة الإقرار بثلاث الدار وإنكار أحد الشريكين لذلك هو: أن أخذ المنكر للسدس كان بإذن الشارع له على أن يكون من مال المقر له، وأنه لا يجب على المقر إلا دفع ثلث ما بيده، لا نصفه.

(6) في بعض النسخ زيادة هذه الكلمة، والمناسب حينئذ «فإنما» كما في النسخة المصححة لتكون جواباً للشرط، والأولى ما أثبتناه.

على أن يكون من مال المقر له.

## [لو أقر أحد الأخوين بأخ ثالث]

ولعله لذا (1) ذكر الأكثر بل نسبه (2) في الإيضاح إلى

(1) يعني: ولأجل كون أخذ المنكر للسدس بإذن الشارع على أن يكون من مال المقر له- وعدم لزوم دفع المقرّ أزيد من الواحد الذي هو ثلث ما بيده، وعدم وجوب دفع الواحد والنصف الذي هو ربع ستة أسهم، ونصف ما بيده أيضا- ذكر أكثر الأصحاب: أن أحد الأخوين إذا أقر بأخ ثالث لهما وأنكره الآخر، دفع المقرّ إلى الأخ المقرّ له الواحد الذي هو ثلث ما بيده، لأنّ المقر باعتقاده لا يستحق إلا اثنين من ستة أسهم، فالزائد على الاثنين خارج عن حیطة استحقاقه، وهو نصف حق أخيه المقرّ له، فيجب على المقرّ دفع الواحد الذي هو ثلث ما بيده، لأنّه بمقتضى إقراره لا يستحقّ إلا ثلث ما بيده من الثلاثة التي هي نصف الستة، لأنّ العين تكون أثلاثا بين الإخوة الثلاثة، لكل واحد منهم اثنان، فثلث ما بيده- وهو الواحد- مال المقرّ له.

ولا يخفى أنّ الفرع المزبور ونظائره شاهد على أنّ الإشاعة في باب الإقرار بالنسب يكون بالنسبة إلى مجموع الحصتين أو الحصص، ولا يكون في مجموع المال ليختص بحصة المقرّ، كما كان بيع نصف الدار منصرفا إلى الحصة المختصة بالبائع. ولذا تصدّوا لبيان الفارق بين البابين بإجماع أو غيره، فراجع «1».

(2) قاله فخر المحققين في شرح الفرع السابع ممّا عنونه العلامة في فروع الإقرار بالنسب، وهو إقرار أخ الميت بأخ له من الأمّ، وأقرّ الأخ الأمّي بأخوين آخرين، وأنّ حصة الأخوين هل تكون في خصوص حصة الأخ الأمّي، أو توزّع على حصة الأخ الأمّي أيضا؟ فقال الفخر: «وجه الأول: أنّ الوارث إذا أقرّ بأخّ دفع الزائد عمّا في يده عن حقه. هكذا نصّ الأصحاب» «2».

والفرع المذكور يختلف عمّا أثبته المصنّف قدّس سرّه في المتن، من كون الوارث أخوين، ويكون التركة بينهما، ثم أقرّ أحدهما بأخ ثالث ليكون المال أثلاثا بينهم، وأنكره الآخر كما أوضحناه.

لكن الجهة المشتركة بين هذين الفرعين ونظيرهما موجودة، وهي إقرار بعض

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 318.

(2) لاحظ: قواعد الأحكام، ج 2، ص 429، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 468

الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب: أن (1) أحد الأخوين إذا أقر بثالث، دفع (2) إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده و هو (3) الثلث، و لا يدفع (4) إليه نصف ما في يده.

نظرا (5) إلى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورث، و كلّ ما حصل كان لهما،

---

الورثة بوارث آخر في طبقته، كما في إقرار أحد الأخوين بأخ ثالث، أو إقرار أحد الولدين بولد ثالث، أو إقراره بوارث في طبقة سابقة، كما لو أقرّ أحد الأخوين بولد، و هكذا.

و لعل الأصل في دعوى الإجماع شيخ الطائفة، حيث قال في الخلاف: «إذا مات رجل، و له ابنان، فأقرّ أحدهما بأخ ثالث، فأنكره الآخر، لا خلاف أنه لا يثبت نسبه.

و إنّما الخلاف في أنه - أي المقرّ له - يشاركه في المال أم لا؟ فعندنا أنّه يشاركه، و يلزمه أن يرّد عليه ثلث ما في يده. و قال مالك و ابن أبي ليلى. و قال أبو حنيفة يشاركه بالنصف ممّا في يده، لأنّه يقرّ أنّه يستحق من المال مثل ما يستحقه، فيجب أن يقاسمه المال .. و قال الشافعي: لا يشاركه في شيء ممّا في يده .. دليلنا: إجماع الفرقة. و أيضا: فإنّه يقرّ بأنّه يستحق من التركة ثلثها، و هو ثلث ما في يده، و ما زاد عليه فللذّي أقرّ له به، فوجب تسليمه إليه، لأنّ الإقرار قائم مقام البيّنة، و لو قامت البيّنة لم يلزمه أكثر من ثلث ما في يده» (1).

(1) متعلق بقوله: «ذكر الأكثر».

(2) أي: دفع الأخ المقرّ إلى الأخ الثالث ثلث ما بيده، و هو الواحد من الثلاثة.

(3) بيان ل «الزائد» و هذا الثلث سدس الكل الذي هو ستة أسهم.

(4) يعني: و لا - يدفع المقرّ إلى أخيه المقرّ له نصف ما بيده، و هو الواحد و النصف أي ربع الستة، و إلّا لزم أن يكون استحقاقه حال الاجتماع أزيد من حقه - و هو الثلث - حال التفريق، و هو كما ترى.

(5) الظاهر أنه بقرينة قوله: «و كل ما توى كان كذلك» تعليل للمنفّي، و هو لزوم

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 378، المسألة 29، و نقل السيد العاملي الإجماع عن الحلّي و العلامة و المحقق الثاني قدّس سرّهم أيضا، فراجع مفتاح الكرامة، ج 9، ص 347.

وكل ما توى كان كذلك (1). هذا.

ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال (2)، من (3) جهة أنّ الشارع ألزم بمقتضى

دفع نصف ما في يد المقرّ إلى المقرّ له، وعدم كفاية دفع ثلث ما بيده إليه.

و محصله: أنّ إقرار المقرّ يقتضي تساوي المقرّ والمقرّ له في متروكات الميّت، والمفروض أنّ الورثة إخوة ثلاثة، فالمال يقسم بينهم أثلاثاً، لكلّ منهم ثلث، وهو سدسان من الستة، فأحد سدسي الأخ المقرّ له عند أخيه المقرّ، و سدسه الآخر عند المنكر. و حيث إنّ ذو اليد- و يده حجة شرعية على ملكية هذا السدس له- فلا موجب لانتزاعه عن يده، فيعدّ هذا السدس محسوباً على المقرّ والمقرّ له، لكون الضرر بمقتضى قاعدة الشركة عليهما.

وبالجملة: فليس على المقرّ دفع السدس فقط، بل عليه دفع نصف ما بيده إلى المقرّ له، وذلك النصف ربع الستة أسهم.

(1) أي: يكون التلف عليهما، فالسدس الذي يكون عند المنكر- و هو ملكه ظاهراً لأجل اليد- يعدّ تلفاً، فيحسب عليهما، لأنّه مقتضى «كل ما توى توى عليهما» لا على المقرّ له فقط.

(2) و هو ما أفاده بقوله: «نعم يمكن أن يقال» الذي محصله: احتساب السدس الذي بيد المنكر على المقرّ له فقط.

و ملخص وجه ضعف هذا الاحتمال: أنّ الإقرار الذي هو إخبار عن الواقع إن كان صدقاً فهو بمنزلة العلم بالواقع، و من المعلوم أنّ مقتضى الواقع هو كون ما في يد المقرّ على حسب إقراره بالمنافسة بينه و بين المقرّ له، إذ المفروض عدم تقسيم المال بعد، و لا ريب في أنّ الإشاعة تقتضي ورود الربح و الخسارة على الشركاء بنسبة حصصهم.

و عليه فلا وجه لدفع سدس ما بيد المقرّ إلى المقرّ له، بل اللازم دفع النصف.

هذا حال المقرّ. و أمّا الأخ المنكر العالم فيكون المال الذي بيده مشتركاً، و لا يحلّ له إلا بمقدار حصته، و هو اثنان من الستة، و الزائد و هو السدس حقّ للمقرّ و المقرّ له.

(3) تعليلية متعلقة ب «ضعف» و بيان لضعف الاحتمال، و هو مؤلف من أمرين:

أحدهما: أنّ نفوذ الإقرار شرعاً يقتضي ترتيب آثار الواقع على المقرّ به.

الإقرار معاملة المقرّ مع المقرّ له بما (1) يقتضيه الواقع الذي أقرّ به (2)، و من المعلوم أنّ مقتضى الواقع - لو فرض العلم بصدق المقرّ - هو كون ما في يده على حسب إقراره بالمنصفة [1]. و أمّا المنكر عالماً (3) فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحلّ له منه إلا ما قابل حصّته عمّا في يدهما، و الزائد (4) حقّ لهما عليه.

---

ثانيهما: أنّ مقتضى هذا الواقع المقرّ به كون ما بيده مشاعا بينه و بين المقرّ، فيلزم ترتيب أثره.

(1) متعلق ب «معاملة».

(2) من كون ثلث المال للمقرّ له.

(3) و أمّا المنكر جاهلا بالحال فكذا يكون ما بيده مشتركا، لكنه لا يخاطب بالتكليف و إن خوطب بالوضع.

(4) أي: الزائد عن حصة المنكر - و هو السدس - حقّ للمقرّ و المقرّ له على المنكر.

فالنتيجة من تضعيف احتمال احتساب السدس الذي عند المنكر على المقرّ له وحده - و عدم وجوب دفع المقرّ نصف ما بيده إلى المقرّ له، و كفاية دفع ثلث ما بيده إليه - هي: لزوم دفع نصف ما في يده إليه، و هو ربع الستة.

---

[1] لم يظهر مراده قدّس سرّه، فإنّ مرجع إقراره إلى كون العين أثلاثا بنحو الإشاعة بين الثلاثة، و مقتضاه كون الزائد على ما يستحقّه - و هو سهم واحد من الثلاثة التي بيده - للمقرّ له، لا نصف ما بيده، فإن الإقرار بالثلث ينفذ في نصف الثلث و هو السدس، و السدس الآخر في سهم الشريك المنكر.

و كونه كالتالف لعدم انتزاعه عنه - لعدم نفوذ إقرار المقرّ في حقه، و لأماريّة يده على الملكية - لا يوجب أن يكون ضمانه على المقرّ و المقرّ له، بل يرد الضرر على خصوص المقرّ له، لأنّه جزء حقه على تقدير صدق الإقرار و لو على الإشاعة، فإنّ إذن الشارع في تصرف الشريك المنكر إفراز لنصيبه، و لذا لا ينتزع السدس الفاضل الذي عنده عنه، و أخذ السدس عن المقرّ إنّما هو لأجل إقراره النافذ عليه.



و أمّا مسألة الإقرار بالنسب (1)، فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر (2)، و حكاه الكليني عن الفضل (3) بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلا أنه (4) صرّح جماعة ممّن تأخّر عنهم بمخالفته،

(1) هذه المسألة هي التي جعلها المصنف قدّس سرّه مؤيّدَةً احتمالية- لضمان المقرّ للمقرّ له ثلث ما بيده- بقوله: «و لعلّه لذا ذكر الأكثر بل نسبه في الإيضاح .. إلخ».

و محصل ما أفاده في تضعيفه: أنّ المشهور وإن ذهبوا إلى أنّه إذا أقرّ أحد الأخوين بأخ ثالث دفع إلى الأخ الثالث السدس الزائد عما يستحقّه، و هو الواحد أعني ثلث ما بيده لا- نصف ما بيده، و حكاه الكليني عن الفضل على وجه الاعتماد لا مجرد النقل. لكنه صرّح جماعة من المتأخّرين بمخالفة هذا الحكم المشهور للقاعدة، أي قاعدة الإقرار المقتضية لإعطاء المقرّ نصف ما بيده- و هو ربع ستة أسهم- لا ثلثه أعني الواحد الذي هو سدس الستة.

(2) من إعطاء المقرّ ثلث ما بيده لا نصفه.

(3) هو من أصحاب أبي جعفر الثاني، و قيل الرضا عليهما السّلام أيضا، و كان ثقة، و من الفقهاء والمحدثين.

قال ثقة الإسلام قدّس سرّه في باب الإقرار بوارث آخر- ما لفظه: «قال الفضل بن شاذان: إن مات رجل و ترك ابنتين و ابنين .. و إن ترك ابنتين، فادّعى أحدهما أخوا، و أنكر الآخر، فإنّه يردّ هذا المقرّ على الذي ادّعاه ثلث ما في يديه» «1».

(4) الضمير للشأن، حاصله: أنّ المشهور و إن ذهبوا إلى إعطاء المقرّ ثلث ما بيده لا نصفه، إلا أنّ جماعة من متأخري عصر هذين المحدثين الجليلين خالفوا المشهور، و ذهبوا إلى إعطاء المقرّ نصف ما بيده. قال السيد العاملي قدّس سرّه- بعد حكاية قرب الاختصاص بنصيب المقرّ كالبيع عن التحرير- ما لفظه: «و قوّاه في الكفاية تبعا لنهاية المرام، تبعا للمسالك في آخر الباب، حيث قال: لعلّه أجود. و قد رجّح قبل ما عليه الأصحاب. و في الرياض: انه لا يخلو عن قوة» «2».

(1) الكافي، ج 7، ص 166 و 167

(2) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 348

(1) أي: قاعدة الإقرار القاضية بلزوم إعطاء نصف ما بيده إلى المقرّ له، لا ثلث ما بيده.

(2) هذا ترقّ، يعني: أنّ الشهيد الثاني قدّس سرّه قوى إعطاء المقرّ نصف ما بيده إلى المقرّ له، فإنّ الإشاعة تقتضي أن يكون النصف الذي يكون بيد المقرّ- وهو الثلاثة من الستة- منصفًا بينه وبين المقرّ له، فإنّ الموجود من التركة بمقتضى إقرار المقرّ مشاع بينهما، فتأمل.

و هذا المطلب قد أفاده في شرح قول المحقق: «لو أقرّ بزواج للميّتة، ولها ولد، أعطاه ربع نصيبه، وإن لم يكن لها ولد أعطاه نصفه» فقال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «فلو كان المقرّ أحد الأبوين مع البنت، دفع إليه نصف الثمن، لأنّ نصيبه على تقدير عدم الزوج الربع اثنا عشر من ثمانية وأربعين، وعلى تقدير وجوده تسعة، فالتفاوت بينهما ثلاثة هي نصف الثمن. ويمكن تنزيل كلام الجماعة هنا على حمل الإقرار على الإشاعة، فيقتضي الإقرار بالزوج أن يكون له في كلّ شيء ربعه أو نصفه.. وهذا حسن، إلا أنه لا يطابق ما سلف من الفروض، فإنّهم لا ينزلوها على الإشاعة، فلا بدّ من تنقيح الحكم في أحد الجانبين. ولعلّ ما ذكروه هنا أجود ممّا سلف، لأنّ الوارث يستحق في كل جزء من أجزاء التركة سهمه، فلا يختصّ بفرضه في بعض دون بعض» (1).

و المحقق الثاني تبه على الإشكال أيضا، لكنه رجّح الالتزام بما قاله الأصحاب، فراجع (2).

(3) و هو السيّد الفقيه السيّد محمّد العاملي صاحب المدارك قدّس سرّه، حيث قال: «وقيل:

انّ النصف يقسّم بين المقرّ والثالث بالسوية، لاعتراف المقرّ بأنّه لا يستحق زيادة عن الثالث.. و إلى هذا القول ذهب جدّي قدّس سرّه في المسالك في آخر هذا البحث، مع أنّه رجّح المشهور أوّلا، وقوة هذا القول ظاهرة» (3).

(1) مسالك الأفهام، ج 11، ص 144، شرائع الإسلام، ج 3، ص 159.

(2) جامع المقاصد، ج 9، ص 356 و 369

(3) نهاية المرام (مخطوط)، ص 430، لم يطبع كتاب الإقرار من هذا الكتاب- مع الأسف- اعتمادا على اشتمال مجمع الفائدة على باب الإقرار، كما صرّح به لجنة التحقيق، فلاحظ مقدمة نهاية المرام، ج 1، المقدمة ص 6

وسيد (1) الرياض في شرحي النافع (2).

و الظاهر أنّ مستند المشهور (3) بعض الروايات الضعيفة المنجبر (4) بعمل أصحاب الحديث، كالفضل و الكليني، وغيرهما (5)، فروى الصدوق مرسلًا و الشيخ مسندا (6) عن أبي البخترى «1» و هب بن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات و ترك و رثة فأقرّ أحد الورثة بدين على أبيه: أنّه (7) يلزم ذلك (8) في حصّته بقدر (9) ما ورت،

---

(1) و هو الفقيه العظيم السيد علي الطباطبائي قدس سرّه.

(2) هما شرحان للمختصر النافع، أحدهما لصاحب المدارك، و الآخر لصاحب الرياض «2».

(3) القائلين بإعطاء الثلث للمقرّ له دون نصف ما بيد المقرّ.

(4) صفة ل «بعض» و انجبار ضعف السند بعمل المشهور هو المشهور المنصور.

(5) كالصدوق و شيخ الطائفة و الحميري.

(6) قال في الوسائل: «محمّد بن الحسن بإسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله عن السندي بن محمّد عن أبي البخترى و هب بن وهب».

(7) مفعول به ل «قضى» فهو مأوّل بالمصدر، و ضمير «أنّه» للشأن.

(8) أي: يلزم الدين المقرّ به في حصة المقرّ بمقدار ما ورت، فإذا أقرّ أحد الورثة بدين على المورث - كأربعين دينارًا - و كان الوارث أخوين، فحصة المقرّ من التركة نصفها، فيلزم عليه أن يدفع نصف الدين إلى الدائن.

فيستفاد من هذه الجملة من الرواية و ورود الضرر - في مسألة الإقرار بالدين - على خصوص المقرّ بالدين، بنسبة سهمه من التركة من النصف أو الثلث أو غيرهما.

(9) أي: بنسبة حصّته من الكسور كالثلث و غيره من التركة.

---

(1) كذا في الوسائل، و بعض نسخ الكتاب، و في النسخة المصححة «عن و هب بن وهب أبي البخترى».

(2) رياض المسائل، ج 2، ص 246، و كذلك لاحظ كفاية الأحكام للفاضل السبزواري، ص 232

و لا يكون ذلك (1) في ماله كلّ. و إن أقرّ اثنان من الورثة، و كانا عدلين أجزى ذلك (2) على الورثة، و إن لم يكونا عدلين ألزما في حصّتهما «(1) بقدر ما ورثا. و كذلك (3) إن أقرّ بعض الورثة بأخ أو أخت إنّما يلزمه في حصّته» (2).

(1) أي: لا يكون الدّين - الذي أقرّ به أحد الورثة على أبيه - في جميع مال الميت.

(2) أي: ذلك الدين كلّ على جميع الورثة، لقيام البيّنة على الدّين، لا على خصوص المقر.

(3) يعني: و كذلك في إلزام المقرّين بالدفع - بقدر ما ورثا - إقرار بعض الورثة بأخ أو أخت، فإنّه يلزمه في حصّته لا في جميع مال الميت.

و محلّ الشاهد قوله: «و كذلك إن أقرّ بعض الورثة بأخ أو أخت» فإنّ مقتضى تشبيهه بالدين هو: أنّ للمقرّ له ثلث التركة، لكون الورثة بمقتضى إقرار المقرّ إخوة ثلاثة، و لكل منهم ثلث التركة و هو اثنان من الستة، و المقرّ يدفع ثلث ما بيده من الثلاثة، و هو الواحد من الستة، فإنّ نسبة هذا الواحد - الذي هو سدس الستة - إلى الثلاثة التي بيده نسبة نصيبه إلى التركة و هو الثلث. و على الأخ الآخر دفع ثلث ما بيده من الثلاثة و هو الواحد أيضا إلى المقرّ له حتى يكمل نصيبه و هو ثلث التركة.

و بالجملة: فتشبيه الإقرار بالأخ والأخت بالإقرار بالدّين على الميت يقتضي أن يكون ذلك في حصّة المقرّ بقدر ما ورث، فلا ينبغي الإشكال في الاستشهاد بقوله عليه السّلام:

«و كذلك إن أقرّ بعض الورثة بأخ أو أخت» على مذهب المشهور من دفع المقرّ ثلث ما بيده، لا دفع نصف ما بيده، و هو الواحد و النصف الذي هو ربع الكل.

فالمناقشة في الاستدلال به في حاشية السيد قدّس سرّه بما حاصله: «سكوت الرواية عن مقدار الضرر الوارد على المقرّ في قوله عليه السّلام: إنّما يلزمه ذلك في حصّته، و عدم دلالتها إلّا

(1) كذا في وسائل الشيعة، و بعض نسخ الكتاب، و ما في كثير منها من «حقهما» لعلّه من سهو الناسخ.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 402، الباب 26، ح 5

ص: 59

و بالإسناد (1): قال: قال علي عليه السلام: «من أقر لأخيه فهو شريك في المال، و لا يثبت نسبه. فإن أقر اثنان (2) فكذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه، و يضرب في الميراث معهم» (1).

و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد، و تمام الكلام في محلّه من كتاب الإقرار و الميراث إن شاء الله تعالى.

---

على أنّ الضرر في حصته بدون تعيين مقداره» (2) مندفعة بعدم قصور التشبيه بالدين عن الدلالة على مقدار الضرر الوارد على المقرّ، و هو كون الضرر في حصته بقدر ما ورث.

نعم دعوى قصور الدلالة على مقدار الضرر الوارد على المقرّ في الرواية الثانية في محلها، لعدم دلالة قوله عليه السلام: «فهو شريك في المال» على مقدار الشركة في المال.

لكن الرواية الأولى صالحة لرفع إجماله، و تعيين مقدار الشركة في المال.

(1) أي: الإسناد السابق الذي كان مسندا عن أبي البختری.

(2) يعني: إن أقر اثنان بأخ، فالمقرّ له شريك في حصة المقرّين بمقدار ما ورثه كلّ واحد منهما، من دون أن يثبت نسبه.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 402، الباب 26، ح 6

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 196

ص: 60

مسألة (1) لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله- كالخمر و الخنزير [1]- صفقة (2) بثمن

(1) بيع ما يملك و ما لا يملك هذه المسألة ذكرت استطرادا، و ليست مرتبطة بمسائل العقد الفضولي إلا بناء على شمولها لبيع ملكه مع ملك الغير.

(2) أي: في عقد واحد، لا يبيع كل منهما بعقد مستقل و ثمن واحد لكليهما أعني المملوك و غيره.

[1] هذان مثالان لما لا يكون مالا شرعا و يكون مالا عرفا. و الظاهر أنّ العنوان أعمّ من ذلك، فكلّ ما لا يقبل التملك سواء أ كان لعدم ماليته شرعا مع كونه مالا عرفا كالخمر و الخنزير، أم لعدم ماليته عرفا أيضا كالخنافس، فإنّه لا إشكال في عدم صحة البيع في كلتا الصورتين في ما لا يقبل التملك مطلقا.

و إن شئت فقل: إنّ عدم التملك تارة يكون لعدم قابليته ذاتا للتملك، سواء أ كان مالا عرفا كالخمر و الخنزير أم لم يكن كالخنافس. و اخرى لعارض كالوقف، فإنّه يسقط العين الموقوفة عن صلاحية التملك، مع صلاحية الموقوفة للأرض ذاتا للتملك، إلا أنّ عروض عنوان الوقف عليها أسقطها عن هذه الصلاحية فعلا.

و كيف كان فقد استدلّ على صحة بيع المملوك و عدم صحته في غير المملوك بإطلاق المكاتبة الشامل لبيع المملوك و غيره.

وقد أورد على الاستدلال به بوجوه:

أحدها: انصراف الإطلاق إلى بيع ماله مع مال غيره، لا مع غير المملوك، فهو دليل على مسألة بيع ماله مع مال غيره.

واحد، صحَّ (1) في المملوك «عندنا» كما في جامع المقاصد، و «إجماعاً» كما عن الغنية (2).

---

(1) هذا جواب «لو» و حاصله: أنّ البيع صحيح «عندنا» في ما يقبل التملك، كما في جامع المقاصد. لكن لم أظفر به - بعد الفحص في مواضع منه - كما لم أجد نسبته إليه في مفتاح الكرامة و الجواهر.

ولعلّ المصنف ظفر به في غير هذه المسألة، و هي بيع ما يملك و ما لا يملك. أو استفاد الحكم من كلام المحقق الثاني قدّس سرّه في بيع المملوك و غير المملوك، و هو: «فلا سبيل إلى القول بالبطان في الأخير عندنا» فراجع «1».

(2) يعني: ادّعى السيد ابن زهرة الإجماع صريحا على بيع ما يجوز بيعه إذا بيع معه - في صفقة واحدة - ما لا يجوز بيعه. فقال: «و يدل على ذلك بعد إجماع الطائفة ظاهر قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» «2».

---

ثانيها: كون البيع غوريا، لعدم العلم بمقدار الثمن المقابل للجزء المملوك.

ثالثها: تخلف القصد، لأنّ ما قصد - و هو بيع المجموع - لم يقع، و ما وقع و هو بيع المملوك لم يقصد.

رابعها: أنّ اللفظ الواحد لا يقبل التبعيض. و فساد الجزء غير المملوك يسري إلى الجزء المملوك، فيبطل البيع في الجميع.

خامسها: أنّ الجمع بين بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالجمع بين الأختين في عقد واحد.

و الكلّ كما ترى. إذ في الأول ما مرّ في التوضيح.

و في الثاني: أنّ الغرر المبطل للبيع هو ما إذا كان ذاتا لا عرضا، كحكم الشارع بعدم وقوع بعض الثمن بإزاء المبيع.

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 432

(2) الجوامع الفقهية، ص 523، الغنية، ص 209

(1) في أدلة بطلان بيع الفضولي، و هي: روى الشيخ بإسناده عن محمّد بن الحسن الصّفار «أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن علي العسكري عليهما السّلام: في رجل باع قرية، و إنّما له فيها قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، و قد أقرّ له بكلّها. فوَقَّع عليه السّلام: لا يجوز

مضافا إلى ما قيل من: أنّ الغرر القادح في صحّة البيع هو الغرر في حال التسليم و التسلم، لا حال العقد كما فيما نحن فيه، لارتقاع الغرر بالتقسيط.

لكنه مشكل، إذ لازمه صحة بيع كل مجهول يؤول إلى العلم به بعد ذلك. مع القطع بفساده.

و في الثالث: أنّ قصد بيع المملوك موجود، لكنه ضمنا لا مستقلا، و لا دليل على اعتبار استقلال القصد في العقود. فالانحلال هنا كانحلال التكاليف.

نعم تخلف وصف الانضمام يوجب الخيار في تبعض الصفقة الناشئ من تخلف الشرط الضمني.

و في الرابع: أنّ اللفظ الواحد إذا أنشأ به أمور متعددة فلا مانع من تبعضها، إذ المدار في الانحلال على تعدد متعلق الإنشاء، كقوله: «أكرم العلماء» فإنّ الأمر ينحل بتعدد العلماء.

«فبعت المملوك و غيره» ينحلّ الى بيعين: أحدهما يتعلق بالمملوك، فيصح، و الآخر: بغير المملوك، فيبطل.

و يكفي دليلا- على الانحلال في مقام الإثبات قوله عليه السّلام في المكاتبة المزبورة: «وقد وجب الشراء على ما يملك» و إن لم يحتج ذلك إلى مثل هذه المكاتبة، لكونه من الأمور الارتكازية العقلانية الدائرة بينهم.

و في الخامس: أنّ فساد عقد الأختين جمعا يستلزم بطلان عقد إحداهما أيضا، لعدم ترجيح إحداهما على الأخرى. بخلاف ما نحن فيه، فإنّ بطلان عقد المجموع لا يقتضي بطلان عقد خصوص المملوك الجامع لشرائط الصحة، الأجنبي عن الترجيح بلا مرجح.

و إن شئت فقل: إنّ الجمع بين الأختين لمّا كان من تقارن السببين المتزاحمين في التأثير- مع تساويهما في اقتضائه- فلا محالة يسقطان عن التأثير. و معه يكون المانع عنه ثبوتيا، فلا مجال لاختيار أحد العقدين بالقرعة كما قيل.



و دعوى (1) انصرافه (2) إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة (3) [1]،

بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء على ما يملك» (1)».

فإن إطلاق «ما ليس يملك»- الناشئ من ترك الاستفصال- يشمل ما لا يكون قابلاً في نفسه للتملك كالوقف، و ما لا يكون قابلاً له لكونه مملوكاً للغير. وقوله عليه السلام:

«وقد وجب الشراء على ما يملك» يدل على صحة البيع فيما يملكه البائع.

(1) هذا إشكال على إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» و حاصله: أن هذا الإطلاق منصرف إلى خصوص بيع مال الغير مع مال نفسه، فلا- يشمل بيع ما يملكه مع ما لا- يقبل التملك. و ذلك خلاف فرض المسألة، و هو بيع ما يملكه مع ما لا يصلح للتملك.

(2) أي: انصراف إطلاق المكاتبه إلى صورة .. إلخ.

(3) خبر «دعوى» و دفع لها، و محصل الدفع: أنه لا وجه للانصراف المزبور، حيث إن منشأ غلبة وجود الملك على الوقف، و مثل هذا الانصراف لا يصلح لتقييد الإطلاق.

هذا.

مضافاً إلى: أنه يحتمل أن يكون «يملك» في قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس

[1] بل الظاهر أن السؤال عن بيع ما يملكه من القرية منضمًا إلى ملك الغير. فالمراد من قوله عليه السلام: «ليس يملك»- بناء على قراءة «يملك» مبنياً للفاعل كما هو الظاهر- مال الغير الذي لا يملكه البائع، فتكون المكاتبه دليلاً على صحة بيع مال نفسه مع مال الغير، لا بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله الذي هو مفروض مسألتنا.

و بالجملة: فلا إطلاق في البين حتى يتجه دعوى انصرافه إلى كون بعض القرية مال الغير، بل هو ظاهر الكلام.

(1) وسائل الشريعة، ج 12، ص 252، الباب 2، ح 1. و الصفار من أصحاب أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليهما السلام، و تقدمت الرواية في ج 4 من هذا الشرح، ص 488.

بل (1) لا مانع من جريان قاعدة الصحة- بل اللزوم- في العقود، عدا ما يقال (2) من:

أن التراضي والتعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا، فالحكم بالإمضاء (3) في البعض

---

يملك» بصيغة المجهول. فإن كان كذلك كانت دلالته أظهر، ولا يبقى موضوع لدعوى الانصراف.

(1) لم يظهر وجه لهذا الإضراب. فلعل الأولى إبداله ب «فلا مانع» متفرعا على شمول إطلاق المكاتبه للمسألة، يعني: بعد أن صار بيع الجزء المملوك مشمولاً لإطلاق المكاتبه لم يكن مانع من التمسك بالأدلة العامة أيضا على صحته ولزومه، من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» وغيرها.

(2) هذا أحد موانع الصحة في بيع مال نفسه مع ما لا يقبل التملك، و محصله: أن شرط صحة التجارة بالنسبة إلى بيع المملوك- وهو التراضي - مفقود، ضرورة أن التراضي وقع على المجموع من بيع المملوك وغيره، و لم يقع على خصوص بيع البعض المملوك حتى يصح.

و ليعلم أن هذا الاشكال هو الذي أشير إليه في بيع الفضولي «1» مال نفسه منضمًا إلى مال غيره. وقد ذكره في جامع المقاصد وجهًا لتقوية العلامة بطلان البيع بالشرط الفاسد حتى إذا لم يستلزم الجهل بأحد العوضين. ثم نقض المحقق الثاني عليه باستلزامه بطلان البيع في موردين آخرين، أحدهما: بيع المملوك و غير المملوك، و الآخر: بيع موصوف عند تخلف الوصف ككتابة العبد. مع أنهم لم يلتزموا بفساد البيع فيهما، ثم قال: «مع أن التراضي لم يتحقق إلا على الوجه الذي ليس بواقع. وفي الفرق بينهما عسر» «2».

(3) يعني: فحكم الشارع بإمضاء بيع البعض المملوك و صحته- مع عدم كونه مقصودا إلا في ضمن المركب من المملوك وغيره- يحتاج إلى دليل خاص غير الأدلة العامة الدالة على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض. و ذلك الدليل الخاص هو الإجماع أو النص.

---

(1) لاحظ: هدى الطالب، ج 5، ص 602

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 431 و 432

- مع عدم كونه (1) مقصودا إلا في ضمن المركب - يحتاج إلى دليل آخر [1] غير ما دلّ على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراض، ولذا (2) حكموا بفساد العقد بفساد شرطه. وقد تَبَّه عليه (3) في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و ذكر (4) «أنّ في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا» (5).

(1) يعني: مع عدم كون البعض المملوك مقصودا بالاستقلال، بل هو مقصود في ضمن المجموع المركب من المملوك وغيره، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

(2) أي: و لاحتياج الحكم بامضاء البيع في البعض المملوك إلى دليل آخر - غير الأدلة العامة الدالة على صحة العقود والشروط - حكم الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم بفساد العقد بفساد شرطه، كما تَبَّه على ذلك في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و قال: «انّ في الفرق بين الشرط و الجزء - كالمقام، لعدم جواز بيع غير المملوك الذي هو جزء المبيع - عسرا».

(3) أي: تَبَّه على فساد العقد بفساد الشرط المحقق الثاني قدس سرّه في جامع المقاصد.

(4) أي: ذكر صاحب جامع المقاصد رفع مقامه: أنّ في الفرق .. إلخ.

(5) لأنّ الشرط مع خروجه عن حقيقة العقد إن كان فساد مفسدا للعقد كان فساد الجزء كالمقام مفسدا للعقد بطريق أولى، مع أنّهم يقولون بصحة البيع في الجزء المملوك.

[1] نعم، لكن يكفي إطلاق المكاتبة في كونه دليلا على ذلك، حيث إنّها - بعد البناء على حجيتها و تسليم إطلاقها - واضحة الدلالة على صحة بيع البعض المملوك، و انحلال بيع المجموع إلى بيعين بيع المملوك و بيع غيره. بل مع هذا الإطلاق لا حاجة إلى التمسك بعمومات الصحة.

فالإشكال على صحة بيع المملوك «بانتفاء شرط الصحة، و هو وجود الرضا ببيع البعض بالخصوص، بل عدم المقتضي لعدم تحقق عقد و بيع بالنسبة إلى المملوك» مندفع بقوله عليه السّلام في المكاتبة المتقدمة: «و قد وجب الشراء على ما يملك» فإنّه يثبت البيع و العقد بالنسبة إلى المملوك و إن لم يقصد بيعه مستقلا.

و تمام الكلام في باب الشروط [1].

ويكفي هنا (1) الفرق بالنصّ والإجماع.

### **[دعوى تقييد الحكم بصورة جهل المشتري و دفعها]**

نعم (2) ربما يقيّد

(1) يعني: ويكفي النصّ والإجماع في الفرق بين الجزء الفاسد الذي لا يفسد البيع في هذه المسألة التي يكون أحد جزئي المبيع فيها ما لا يقبل التملك، وبين الشرط الفاسد الذي يفسد العقد.

أما النصّ فهو صحيح الصغار المتقدم. وأمّا الإجماع فهو ما أشار إليه المصنف قدّس سرّه بقوله في صدر المسألة: «صحّ في المملوك عندنا .. وإجماعا كما عن الغنية».

وبالجملة: فعدم مفسدية الجزء الفاسد للعقد في هذه المسألة مستند الى النصّ والإجماع.

(2) استدراك على إطلاق صحة بيع المملوك، وحاصله: أنّه قيّد بعض الفقهاء صحة البيع في المملوك وبطلانه في غير المملوك بصورة جهل المشتري بعدم كون الجزء الآخر

[1] وإجماله أولاً: أنّ مفسدية الشرط الفاسد للعقد ممنوعة، لعدم كون الشرط قيّدا لأصل البيع حتى ينتهي المنشأ بانتفائه، كتعليق الملكية والتدبير على الموت. بل التزام في ضمن الالتزام العقدي. ففساد الشرط لا يفسد الالتزام العقدي، بل يوجب الخيار. فمفسدية الشرط الفاسد للعقد غير ثابتة حتى يقاس عليه فساد الجزء.

و ثانياً: أنّه- بعد تسليم مفسدية الشرط الفاسد للعقد- لا يقاس عليه الجزء الفاسد، لكونه مع الفارق، حيث إنّ الشرط لا يقع بإزاء شيء من الثمن وإن أوجب زيادة في مالية المشروط، ككتابة العبد، والعقد إنّما وقع على المشروط به. ففاقد الشرط لم يقع عليه العقد، فيبطل بيع العبد المشروط بالكتابة مع انتفائها.

وهذا بخلاف الجزء الفاسد، فإنّه يقع بإزائه الثمن، فإذا فسد بطل البيع بالنسبة إلى الجزء الفاسد- وهو الجزء غير المملوك- بماله من الثمن الذي يخصّه، سواء أكان بيع الجزء المملوك صحيحاً أم فاسداً، لعدم ارتباط بينهما عينا و ثمنا.

و ثالثاً: أنّ الفارق بين الجزء والشرط هو النصّ والإجماع كما أشار إليه في المتن.

من المبيع قابلا للتملك. مستدلاً على ذلك بما حاصله: أنه مع علم المشتري بعدم كون بعض المبيع مملوكا للبائع يلزم فقدان شرط من شروط صحة البيع، وهو العلم بمقدار الثمن الواقع في مقابل الجزء المملوك من المبيع، فيصير البيع حينئذ غررياً، وهو منهي عنه.

(1) أي: يقيد الحكم بصحة البيع - في الجزء المملوك - بصورة جهل المشتري بعدم كون بعض المبيع غير قابل للتملك.

(2) أي: جهله بعدم مملوكية جزء من المبيع.

(3) تعليل لتقييد الحكم بصورة جهل المشتري، وقد مرّ آنفاً محصل هذا التعليل بقولنا: «مستدلاً على ذلك بما حاصله».

قال العلامة قدّس سرّه: «لو كان المشتري جاهلاً بأن المضموم ملك الغير أو حرّاً أو مكاتباً أو أمّ ولد، ثم ظهر له، فقد قلنا: إنّ البيع يصحّ في ما هو ملكه، ويطل في الآخر إن لم يجز المالك. ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء فيما يصحّ بيعه بقسطه من الثمن، لأنّه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الفسخ. ولو كان عالماً صحّ البيع أيضاً ولا خيار له. وقطع الشافعي بالبطلان في ما إذا كان عالماً.. وليس بعيداً عندي البطلان..»

إلخ» ما في المتن.

وواقفه في هذا التقييد جماعة كالفاضل الآبي والسيوري والشهيدين. بل قال السيد العاملي قدّس سرّه: «وقد يظهر ذلك من الباقيين أو يلوح منهم..» (2).

[1] اعتبار الجهل بمملوكية بعض العوضين لا يختص بالمشتري، بل لا بدّ من اعتباره في كلا المتبايعين حتى يكون اعتقاد مملوكية كلا الجزئين موجبا لحصول الإنشاء بثمن معلوم، إذ مع العلم بعدم مملوكية بعض المبيع لا يعلم الثمن حين الإنشاء، فالتقييد بالمشتري غير ظاهر.

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 163 و 164

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 209 و 210

التذكرة «1» عن الشافعي «2» من (1) جهة إفضائه إلى الجهل بثمان المبيع [1]. قال في التذكرة بعد ذلك (2) «و ليس عندي بعيدا من الصواب الحكم (3) بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر (4)،

---

(1) بيان ل «ما» الموصول في قوله: «لما ذكر في المسالك» و ضمير «إفضائه» راجع إلى العلم المستفاد من المقام.

(2) أي: بعد حكايته عن الشافعي الحكم بالصحة في صورة جهل المشتري.

(3) اسم «ليس»، و «بعيدا» خبره، يعني: و ليس الحكم بالبطلان عندي بعيدا عن الصواب.

(4) أي: حرمة الجزء الآخر من المبيع كالخمر إذا بيع مع الخلّ.

---

[1] يمكن أن يقال: إنّ الجهل المطلق بالثمن يختص بما إذا لم يكن لغير المملوك مالية عرفا و لا شرعا، و مع هذا الجهل يكون إنشاء البيع العرفي متمسّيا.

و اما إذا كان عالما بعدم كونه مالا عرفا و شرعا فلا يتمشى البيع إلا صوريا.

بخلاف ما إذا كان «ما لا يملك» غير مال شرعا لا عرفا كالخمر و الخنزير، فإنّ بيعهما مع «ما يملك» بيع عرفي و إن لم يعلم المشتري ما يقابل المملوك من الثمن، بناء على أنّ الشرط هو العلم بالعوّضين في المعاملة، دون العوّضين الواقعيّين اللذين نفذت معاملتهما.

فإطلاق حكم المشهور بصحة بيع المملوك مع غير المملوك يقيّد بما إذا كان المشتري جاهلا بعدم كون غير المملوك مالا لا عرفا و لا شرعا، حتى يعتقد مملوكية كلا جزئي المبيع و ينشأ العقد على الثمن المعلوم.

كما يقيّد إطلاق تقييد الحكم بصحة بيع المملوك بما إذا كان المشتري جاهلا بما لا يملك عرفا و شرعا. فإذا كان عالما بعدم مملوكيته شرعا لا عرفا، فلا ضمير في صحة بيع المملوك، لحصول إنشاء البيع العرفي حينئذ، و إن كان النافذ خصوص الإنشاء المتعلق بالجزء المملوك بما يخصّه من الثمن.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 565، ج 11، ص

(2) راجع المجموع، ج 9، ص 469 و 473

ص: 69

أو كونه (1) ممّا لا ينقل إليه (2) بالبيع» انتهى.

ويمكن دفعه (3) بأنّ اللازم هو العلم بثمن المجموع (4) الذي قصد (5) إلى نقله

(1) معطوف على «حرمة» يعني: إذا علم المشتري كون الجزء الآخر من المبيع ممّا لا ينقل إليه شرعا، كما إذا كان وقفا و باعه مع ماله.

(2) أي: إلى المشتري.

(3) يعني: دفع إشكال العلامة، وهو: أنّ علم المشتري بعدم قابلية بعض المبيع للتملك يفضي إلى الجهل بمقدار الثمن الواقع في مقابل ما يقبل التملك.

و محصل هذا الدفع هو: أنّ الجهل الموجب للغرر المفسد للبيع - للإجماع والنبوي، وهو نهى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم عن الغرر أو عن بيع الغرر - هو الجهل بتمام الثمن.

و أمّا إذا كان تمام الثمن معلوماً وهو ما وقع بإزاء جميع المبيع - وإن كان مقدار كل جزء منه يقع في مقابل جزء من المبيع مجهولاً - لم يكن ذلك غرراً، كما في جَلّ البيوع بل كلها. فلا يقدح في المقام الجهل بمقدار ما يقع من الثمن بإزاء الجزء المملوك، بعد حكم الشارع ببطلان البيع في الجزء غير المملوك، فإنّ هذا الجهل الطارئ بحكم الشارع ببطلان البيع في بعض المبيع لا ينافي قصد المتعاقدين وقوع تمام الثمن بإزاء مجموع المبيع، كما في بيع ماله مع مال غيره، فإنّ البيع صحيح، مع عدم العلم بما يقابل مال نفسه من الثمن.

ثم إنّ الجواب المزبور يستفاد أيضاً من كلام صاحب الجواهر في ردّ تقييد الصحة بالجهل، حيث قال: «وفيه: أنّ الغرر مدفوع بالعلم بالجملة كما عرفته في ضمّ المملوك إلى مملوك غيره، الذي لا فرق فيه نصّاً وفتوى بين رجاء الإجازة وعدمها، والنهي إنما يفيد الفساد في الجهة التي تعلق بها، لا مطلقاً» فراجع «1».

(4) أي: مجموع المبيع من المملوك وغير المملوك، فإنّه مقصود و معلوم للمتعاقدين.

(5) أي: قصد المشتري إلى نقل ثمن المجموع وإن علم المشتري الناقل بعدم إمضاء الشارع لبيع المجموع، إذ المفروض عدم إمضاء الجزء غير المملوك.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 320

ص: 70

عرفا، وإن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ (1) هذا العلم غير مناف لقصد النقل [البيع] حقيقة. فبيع (2) الغرر المتعلّق لنهي الشارع (3)- و حكمه عليه بالفساد- هو ما كان غررا في نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من الشارع.

مع (4) أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان (5)، لأنّ (6) المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن (7)- مع علمه بعدم سلامة البعض له-

---

(1) هذا إشارة إلى دفع ما ذكره من التناهي بين العلم بعدم إمضاء الشارع لبيع الجزء غير المملوك- الموجب للجهل بثمن المملوك الذي هو الغرر- وبين قصد النقل حقيقة.

و محصل الدفع: أنّ بيع الغرر المنهي عنه شرعا هو الغرر الذي حكم به العرف مع الغض عن حكم الشارع، و من المعلوم أنّ بيع الخلّ و الخمر بثمن واحد ليس بيعا غرريا عرفا، فيصح بيع الخلّ الذي هو المملوك.

(2) هذا متفرّع على أنّ علم المشتري بعدم إمضاء الشارع لبيع مجموع المبيع- من المملوك وغيره- لا يوجب كون البيع غرريا.

(3) و هو نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، و ضمير «عليه» راجع إلى بيع الغرر.

(4) هذا جواب آخر عن إشكال العلامة قدّس سرّه، و هو: أنّه لو لم يقيد الحكم بصحة بيع المملوك بالجهل لأفضى إلى الجهل بالثمن.

توضيح هذا الجواب: أنّ مقتضى ما أفاده العلامة قدّس سرّه هو صحة بيع الجزء المملوك و جعل تمام الثمن بإزائه، لا بطلان البيع رأسا، و ذلك لإقدام المشتري- العالم بعدم مملوكية بعض المبيع- على ضمان المملوك وحده بتمام الثمن، إذ المفروض علم المشتري بذلك، فقاعدة الإقدام تقتضي عدم ضمان البائع لشيء من الثمن، و كون جميعه بإزاء الجزء المملوك.

(5) معطوف على «صرف» بالمفعولية ل «اقتضى».

(6) تعليل لصرف مجموع الثمن إلى الجزء المملوك، لا البطلان، و قد مرّ توضيحه بقولنا: «و ذلك لإقدام المشتري».

(7) أي: بتمام الثمن مع علم المشتري بعدم سلامة بعض المبيع، و هو الجزء غير المملوك له.



قادم (1) على [1] ضمان المملوك وحده بالثمن كما صرح به (2) الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: «إنّ هذا الحكم (3) مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و حكمه (4)، و إلا (5) لكان البذل بإزاء المملوك، ضرورة (6) أنّ القصد إلى الممتنع كالا قصد» انتهى «(1)» (7).

لكن ما ذكره (8) رحمه الله مخالف لظاهر

---

(1) خير «أن» في «لأنّ المشتري القادم».

(2) أي: بضمان المملوك وحده بالثمن.

(3) أي: الحكم بصحة البيع في المملوك، و بطلانه في غير المملوك، و تقسيط الثمن عليهما.

(4) أي: جهل المشتري بالمبيع موضوعا و حكما.

(5) أي: و إن لم يكن المشتري جاهلا- بأن كان عالما بالمبيع موضوعا و حكما- لكان الثمن كلّه بإزاء المملوك، كالشاة المنضمة إلى الخنزير مثلا، كما حكى عن حواشي الشهيد رحمه الله.

(6) تعليل لكون تمام الثمن بإزاء الجزء المملوك مع علم المشتري بعدم مملوكية بعض المبيع، و حاصله: أنّ قصد الشيء الممتنع- و هو امتناع تملك بعض المبيع أعني به غير المملوك- كالا قصد.

(7) و الحاصل: أنّ الشهيد قدس سرّه قائل باختصاص الحكم بصحة البيع في المملوك، و بطلانه في غيره- و تقسيط الثمن عليهما- بالجاهل بالمبيع موضوعا و حكما.

(8) يعني: لكن ما ذكره العلامة قدس سرّه- من اختصاص الحكم بالجاهل - مخالف لما ذهب

---

[1] بل يمكن أن يقال: إنّه قادم على ضمان الجزء المملوك من المبيع بجزء من الثمن، و دافع لجزئه الآخر بلا ضمان. لكن جهالة الجزء المدفوع على وجه الضمان تقسد البيع بالنسبة إلى الجزء المملوك أيضا.

---

(1) الحاكي لكلام الشهيد هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 209 و 210

المشهور (1)، حيث حكموا بالتقسيط، وإن كان (2) مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم (3) «من (4) عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه (5)

إليه المشهور من إطلاق الحكم بصحة بيع المملوك - المنضم إلى غير المملوك - لصورتى العلم والجهل بعدم مملوكية بعض المبيع، حيث إن حكمهم بتقسيط الثمن المدفوع إلى البائع - بجعل مقدار منه إزاء المملوك و مقدار منه إزاء غير المملوك - يشهد بصحة بيع الجزء المملوك، إذ مع فرض بطلانه لا معنى لجعل جزء من الثمن في مقابله، بل لا بدّ من ردّ عينه إلى مالكه.

(1) قال في الجواهر: «و على كل حال فظاهر الأصحاب عدم الفرق في الصحة بين حالي العلم والجهل. كما أنه لا فرق بين ما يصلح للمقابلة عند العصاة والكفار كالخمر والخنزير ونحوهما، وبين ما لا يكون كذلك، ولكن له نظير يقابل بالثمن كالحزّ» (1).

وظاهر العبارة الإجماع، لكن المصنف اقتصر على الشهرة، ولعله لأجل تصريح الشهيد وغيره بتقيّد الصحة في ما يملك بجهل المشتري.

(2) يعني: وإن كان ما أفاده الشهيد قدس سرّه - من الفرق بين العلم والجهل، بالبطلان في الأول، و الصحة في الثاني - مناسباً لما ذهب إليه المشهور في بيع مال الغير فضولاً، على ما تقدّم تفصيله في أحكام الرد من عدم رجوع المشتري - العالم بالغصبية - بالثمن على البائع، معللاً ذلك بأنّ المشتري سلّطه على إتلاف الثمن، وهذا يناسب بطلان بيع مال الغير، كبطلان بيع المملوك على ما أفاده العلامة قدس سرّه (2).

(3) أي: من المشتري العالم بكون المبيع لغير البائع، و مع ذلك يشتريه، و يدفع الثمن إلى البائع.

(4) بيان ل «ما» الموصول في قوله: «لما ذكره».

(5) هذا تعليل لعدم رجوع المشتري على البائع، فإنّ المشتري سلّط البائع على

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 320

(2) لاحظ: هدى الطالب، ج 5، ص 516

سلّطه عليه مجاناً (1)» فإنّ (2) مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك.

إمّا (3) لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي. وإمّا (4) لبقاء ذلك القسط له (5) مجاناً، كما قد يلوح من جامع المقاصد و المسالك «1».

إلا أنّك قد عرفت (6) أنّ الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد.

الثمن مجاناً، و مع التسليط المجاني ليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن.

(1) ظاهر العبارة التزام المشهور بعدم رجوع المشتري العالم بغصيبة المبيع مطلقاً، سواء أ كان الثمن تالفاً أم باقياً، و لكن المراد صورة تلف الثمن بيد البائع، و أمّا في صورة بقاء الثمن فله استرداده. قال المصنف في أحكام الرد: «وإن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً استردّه.. و أمّا لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكي عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه» فراجع «2».

(2) يعني: فإنّ مقتضى ما ذكره المشهور في بيع مال الغير مع علم المشتري بكونه مال الغير - من عدم رجوع المشتري على البائع، للتسليط المجاني - هو عدم رجوع المشتري على البائع بجزء من الثمن إزاء غير المملوك في فرض علمه بعدم مملوكية بعض المبيع.

(3) هذا أحد فردي التعليل و هو كون الثمن في مقابل المملوك كما عن حواشي الشهيد المتقدمة آنفاً.

(4) هذا ثاني فردي التعليل.

(5) أي: للبائع مجاناً، لتسليط المشتري إياه على ما يقابل الجزء غير المملوك مجاناً.

(6) في مسألة حكم المشتري مع الفضولي، حيث قال في فرض تلف الثمن:

«و بالجمله: فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، و لذا لم يصرّح أحد بعدم الضمان في بعثك بلا ثمن. مع اتفاقهم عليه هنا...» «3».

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 82-83. مسالك الأفهام، ج 3، ص 164

(2) هدى الطالب، ج 5، ص 478-483

(3) المصدر، ص 506

## [طريق تقويم المملوك و غير المملوك]

ثم إنَّ طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف ممَّا تقدّم (1) في بيع ماله مع مال الغير من (2): أنّ العبرة بتقويم كلّ منهما منفردا، و نسبة قيمة المملوك (3) إلى مجموع القيمتين (4).

لكنّ الكلام هنا (5) في طريق معرفة قيمة غير المملوك [1]

### طريق تقويم المملوك و غير المملوك

(1) هذا إشارة إلى جهة أخرى من جهات البحث في هذه المسألة، و هي: أنّه- بعد الفراغ من صحة بيع المملوك منضمّا إلى ما لا يملك- يقع الكلام في كيفية تقسيط الثمن المسمّى على المبيع كالخل و الخمر، فأفاد المصنف قدّس سرّه: أنّ ما ذكرناه من طريقي التقسيط- في مسألة بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره- يجري هنا، و المختار هو أنّ يقوم كلّ منهما منفردا، و تلاحظ نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين.

و تختص هذه المسألة بإشكال، محصّ له: أنّ أحد المبيعين غير متموّل كالحرّ و الخنزير و الخمر، فلا سبيل لتقويم كلّ من المالين منفردا حتى تلاحظ نسبته إلى مجموع القيمتين. و سيأتي بيان حلّ الاشكال.

(2) بيان ل «ما» الموصول في قوله: «ممّا تقدم» فإذا كانت قيمة مال البائع ستة دانير، و قيمة مال غيره ثلاثة دانير، فنسبة قيمة ماله إلى مجموع القيمتين- أعني التسعة- ثلثان، فإن كان الثمن ستة دانير يؤخذ ثلثاه، و هما أربعة دانير للبائع.

(3) المراد به مال البائع، لا المملوك في مقابل غير المملوك كما هو المراد في مسألتنا و هي بيع المملوك كالخل مع غير المملوك كالخمر، لأنّه في مقام تفسير ما تقدّم في مسألة بيع ماله مع مال غيره، إلى قوله: «مجموع القيمتين».

فلعلّ الأولى إبدال «المملوك» ب «ماله».

(4) كالتسعة- في المثال المذكور- التي هي مجموع قيمتي مال البائع و مال غيره.

(5) أي: في بيع المملوك كالخل و غير المملوك كالخمر، و كالشاة و الخنزير.

[1] فإنّ غير المملوك على أقسام:

أحدها: ما فيه اقتضاء المالية عرفا، مع عدم مانع عرفي يمنع ماليّته، كالخمر و الخنزير و السموك التي لا فلس لها.

ثانيها: ما ليس فيه اقتضاء المالية أصلا كالخنافس و الديدان.



## [طريق معرفة قيمة غير المملوك]

وقد ذكروا (1) «1» أنّ الحرّ يفرض عبداً بصفاته (2) و يقوم، و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتيهما عند من يراهما (3) مالا، و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين (4) مّطلعين على

---

و الإشكال إنّما هو في تقويم غير المملوك، إذ المفروض أنّه لا مالية له شرعا، فكيف يقوم؟

(1) يعني: وقد ذكروا طريقا لمعرفة قيمة غير المملوك، و هو: أن يفرض غير المملوك مملوكا، فإذا باع عبدا و حرّا يفرض الحرّ عبدا بماله من الصفات من الكتابة و الخياطة و غيرهما و يقوم.

فإن كان قيمة كلّ منهما عشرة دنانير، فقيمة مجموعهما عشرون دينارا. فلو كان الثمن عشرة دنانير استردّ المشتري من البائع نصف الثمن و هو خمسة دنانير، لأنّ نسبة العشرة التي هي قيمة الحرّ - المفروض عبدا- إلى العشرين التي هي مجموع القيمتين هي النصف، فيستردّ المشتري من البائع نصف الثمن و هو الخمسة إزاء الجزء غير المملوك من المبيع.

و كذا الحال في تقويم الخمر و الخنزير.

(2) أي: يفرض الحرّ المتّصف بالصفات الكمالية عبدا، و يقوم.

(3) أي: مستحلّيهما.

(4) لكون التقويم من الموضوعات التي لا بدّ من ثبوتها بالبينة، و هي شهادة عدلين خبيرين بالقيم و الأسعار حتى تجوز لهما الشهادة.

---

ثالثها: ما فيه اقتضاء المالية عرفا، مع اقترانه بالمانع العرفي أيضا كالحرّ، فإنّه بنظر العرف- كالعبد- مال، لكن الحرّية مانعة عندهم عن ماليته فعلا.

و هذا هو الفارق بين هذا القسم و القسم الأوّل، حيث إنّهما يشتركان في وجود المقتضي للمالية، و يفترقان في وجود المانع عرفا عن المالية في هذا القسم، و عدمه في القسم الأوّل. و كلام الشهيد قدّس سرّه في كون الثمن بتمامه بإزاء الجزء المملوك متّجه في القسم الثاني الذي ليس فيه اقتضاء المالية أصلا، دون ما فيه اقتضاء المالية كالقسم الأوّل و الثالث.

---

(1) الذّاكر جماعة، فلاحظ: جامع المقاصد، ج 4، ص 83، مسالك الأفهام، ج 3، ص 162، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 163، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 210، جواهر الكلام، ج 22، ص 321



ذلك، لكونهما (1) مسبوقين بالكفر، أو مجاورين للكفار.

ويشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتها (2) إذا باع الخنزير بعنوان أنه شاة، و الخمر بعنوان أنها خلّ، فبان الخلاف،

(1) تعليل لأطلاع العدلين على قيمة غير المملوك كالخمر مع كونه مسلما عادلا، و السبب في اطلاعهما على قيمة الخمر مثلا هو كون إسلامهما مسبوقا بالكفر، أو كونهما مجاورين لبلاد الكفار، فإن سبق الكفر أو المجاورة يوجب الاطلاع على قيم الخمر و الخنزير، و نظائرهما من المحرّمات.

(2) أي: قيمة الخمر و الخنزير. وقوله: «يشكل» إشارة إلى الخلاف في كيفية تقويمهما، بعد نفي الاشكال عن تقويمهما عند مستحليهما فيما إذا بيعا بعنوان الخمر و الخنزير. بخلاف ما إذا بيعا بعنوان الخلّ و الشاة، فإن في تقويمهما حينئذ خمرًا و خنزيرًا عند مستحليهما إشكالا، بل جزم بعض بوجوب تقويمهما قيمة المملوك و هو الخلّ و الشاة، كتقويم الحرّ بعد فرض كونه عبدا.

وجه الاشكال: أنّ لعنوان المبيع - و هو الخلّ و الشاة - دخلا في القيمة الملحوظة حال الإنشاء، فيقومان بعنوان المبيع، لا بعنوان واقعهما و هو الخمر و الخنزير بتقويمهما عند مستحليهما. لكن الصحيح تقويمهما بعنوانهما الذاتي، و هو الشاة و الخلّ، لتقدم الإشارة و هي قول البائع: «بعتك هذين بعنوان الخنزير و الخمر» على العنوان الذي هو من قبيل الدواعي التي لا يضرّ تخلفها بتقويم العنوان الذاتي المشار إليه، ضرورة أنّ العنوان الذكري لا يغيّر العنوان الواقعي.

فالمتحصل: أنّه لا بدّ من تقويم الخمر و الخنزير عند مستحليهما، لا تقويمهما بعنوان الخلّ و الشاة، وإن قصد هذان العنوانان حين إنشاء البيع، فإنّ العناوين الجنسية و إن كانت مناطا للمالية، و تخلفها موجبا لبطلان البيع، إلّا أنّها في باب التقويم دواع، و تخلفها لا يقدر في تقويم ما هو واقعه. فالشاة و الخنزير و إن بيعا بعنوان الشاة، لكن الخنزير يقوم بعنوانه الذاتي عند مستحليها، لا بعنوان الشاة، فإنّ المدار في التقويم على واقع الشيء، لا على العنوان الذي لا يغيّر الواقع كعنوان الشاة.



بل جزم بعض هنا (1) بوجوب تقويمهما قيمة الخلّ و الشاة كالحزّ (2).

---

(1) أي: في صورة بيعهما بعنوان الشاة و الخلّ، و الظاهر أنّ الجازم بالبطلان هو الفاضل النراقي قدّس سرّه كما نسبه اليه السيّد قدّس سرّه في الحاشية- قال في المستند: «و لا يخفى أنّ تقويم الخمر و الخنزير عند مستحليهما إنّما هو عند علم المتبايعين بكونه خمرا أو خنزيرا.

أمّا مع ظنّ كونهما خلّا أو شاة فيقوم مثله لو كان شاة أو خلّا على ما هو من الأوصاف.

و يقع الاشكال فيما لم يكن اتحاد الأوصاف» (1).

(2) في فرض كونه عبدا مع ما له من الصفات.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 197، مستند الشيعة، ج 14، ص 300

[1- ولاية الأب و الجدّ]

إشارة

مسألة (1) يجوز للأب و الجدّ أن يتصرّفا في مال الطفل بالبيع و الشراء.

(1) أولياء التصرف 1- ولاية الأب و الجدّ هذه المسألة من فروع مسألة شروط المتعاقدين، حيث قال: «و من شروطهما أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع، فعقد الفضولي لا يصحّ» (1) و تقدم هناك ما يترتب على بيع غير المالك بدون إذنه من كونه فضوليا متوقفا على الإجازة. و المراد بالمأذون من قبل المالك هو الوكيل، و المراد بالمأذون من قبل الشارع هو الولي كالأب و الجدّ و الحاكم الشرعي و منصوبه و عدول المؤمنين.

و ولاية كل واحد منهم جعلية، بمعنى أنّه لو لم يعتبر الشارع جواز التصرف للأب كان كالأجنبي في كونه فضوليا. و ليست ولايته قهرية إجباريّة و إن كانت إضافة النبوة و الأبوة تكوينية.

و كيف كان فقد عقد المصنف قدّس سرّه مسائل ثلاث للبحث عن ولاية الأولياء و مضيّ تصرّفهم في أموال من يتولّون أمره. فاستدلّ في المسألة الأولى بوجوه ثلاثة على ثبوت ولاية الأب و الجدّ- للأب لا للامّ- على مال الصغير في الجملة، ثم تعرّض لفروع المسألة، و هي اعتبار العدالة، و رعاية المصلحة، و تقديم أحدهما عند المزاخمة، و شمول الأدلة لأب الجد و جدّ الجدّ، و هكذا. و سيأتي الكلام في كلّ منها إن شاء الله تعالى.

(1) لاحظ هدى الطالب، ج 4، ص 344

ص: 79

و يدلّ عليه (1)- قبل الإجماع- الأخبار المستفيضة (2) المصرّحة في موارد

(1) أي: على جواز تصرف الأب و الجدّ في مال الطفل بالبيع و الشراء. و الوجه الأوّل هو الإجماع المتكرر في كلماتهم.

قال المحقق الثاني قدّس سرّه: «و الذي يقتضيه النظر أنّ ولايته- أي الأب- ثابتة بالنصّ و الإجماع» (1).

و قال المحقق الأردبيلي قدّس سرّه: «الظاهر أنّه لا خلاف و لا نزاع في جواز البيع و الشراء و سائر التصرفات للأطفال .. من الأب و الجدّ للأب، لا للأُم» (2). بل في بعض الكلمات: «كون ولايتهما من ضروريات الفقه» أو «من واضحات الفقه» كما في بعضها الآخر.

و عليه فالإجماع متحقق صغرى، إنّما الكلام في حجّيته و كشفه عن رأي المعصوم عليه السّلام مع فرض احتمال استناد المجمعين إلى النصوص المستفيضة الآتية. و لعلّ تعبير المصنّف ب «قبل الإجماع» إشارة إلى شبهة كونه مدركيّاً.

(2) هذا ثاني الوجوه، أعني به الأخبار المستفيضة الدالة على مضيّ تصرف الأب و الجد، و هي على مضامين مختلفة:

منها: نصوص تقويم الأب جارية الابن على نفسه، فإنّ ظاهر التقويم هو نقل الجارية إلى نفسه بالبيع ليقع الوطاء في ملك الواطئ. كصحيحة أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في الرّجل يكون لبعض ولده جارية، و ولده صغار، هل يصلح أن يطأها؟ فقال عليه السّلام: يقومها قيمة عدل، ثم يأخذها، و يكون لولده عليه ثمنها» (3).

و قريب منها غيرها.

(1) جامع المقاصد، ج 11، ص 276

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 157، و لاحظ «عدم الخلاف» أيضاً في الرياض، ج 1، ص 592، و مفتاح الكرامة، ج 4، ص 184 و 213، و ج 5، ص 256، و الحدائق، ج 18، ص 404، و الجواهر، ج 22، ص 322، و في المناهل، ص 105 «ظهور الاتفاق على ذلك» فلاحظ.

(3) وسائل الشيعة، ج 14، ص 543، الباب 40 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1

فإنّ تقويم مال الغير من لوازم الولاية، لانتفاء غيرها من الملك و الوكالة و شبههما.

فتدلّ الصحيحة بالدلالة الالتزامية على نفوذ تملك الأب لمال ولده الصغير بإزاء قيمته.

و منها: أخبار الوصية الدالة على جواز تصرفات الوصي، مثل ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده، و بمال لهم، و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم. فقال عليه السلام: لا بأس به، من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك، و هو حيّ» (1).

بتقريب: أنّ جواز تصرف الوصي في مال الصغير - بإذن الموصى - يكون من شؤون ولاية الأب الموصى على مال ولده الصغير.

و منها: أخبار الاتجار بمال اليتيم، كرواية أبي الربيع، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم، و هو وصيّ، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال:

نعم، كما يعمل بمال غيره، و الربح بينهما. قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظراً له» (2). و تقريب الاستدلال كما في الطائفة السابقة.

و منها: روايات حلّ مال الولد للوالد، و كونه له، و سيأتي بعضها في (ص 90).

فهذه النصوص - بطوائفها و مضامينها المتعددة - تدلّ على نفوذ تصرف الأب في مال ولده الصغير.

(1) معطوف على «الأخبار» و هذا ثالث الوجوه المستدل بها على ولاية الأب و الجدّ، و هي أولوية جواز التصرف في المال من تسلّطه على بضع بنته الصغيرة، كما دلّ عليه مثل ما رواه محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية يزوّجها أبوها، ثم يموت و هي صغيرة، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 478، الباب 92 من كتاب الوصايا، الحديث: 1

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 57، الباب 2 من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث: 1. و تقدّم بعض الكلام في بيع الفضولي حول ما يدلّ على جواز اتّجار الولي بمال اليتيم، فراجع هدى الطالب، ج 4، ص 443

و المشهور (1) عدم اعتبار العدالة،

التزويج، أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها» (1).

بتقريب: أن تسلط الأب على البضع مع أهميته يدل على تسلطه على ماله بالأولوية.

وبالجملة: الأخبار المشار إليها قد استدلت بها لولاية الأب على ولده الصغير من الذكر والأنثى. لكن نوقش في دلالتها على المدعى بوجوده تذكر في التعليقة إن شاء الله تعالى.

ولا يخفى أن الجدّ لم يذكر في النصوص، والدليل عليه هو الإجماع كما ادعاه العلامة وغيره (2).

(1) عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب والجدّ بعد وفاء الدليل بإثبات نفوذ تصرف الأب والجدّ- في مال الصغير- في الجملة، تعرّض قدّس سرّه لفروع المسألة، أولها: أن العدالة معتبرة فيهما، أم يمضي تصرفهما مطلقا و ان كانا فاسقين؟ فيه قولان.

ثم إن نسبة الحكم- بعدم الاشتراط- إلى المشهور إنّما هي لإطلاق كلمات كثير من الأصحاب وعدم تقييد ولايتهما بالعدالة، وصرّح المتأخرون بعدم اعتبارها. قال السيد المجاهد قدّس سرّه- بعد التعرض لكون المسألة ذات قولين- ما لفظه: «يظهر من إطلاق النافع و الشرائع و التبصرة و الإرشاد و التذكرة و الدروس و اللمعة و كنز العرفان و المسالك و التروضة و الكفاية: الثاني- أي عدم اعتبار العدالة- بل الأخير كالصريح فيه، بل صرّح به في جامع المقاصد و مجمع الفائدة. و صرّح فيه وفي الكفاية بأنّ أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة فيهما، بل صرّح بعض هؤلاء بأنه اعتبار جلة من محققي متأخري

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 207، الباب 6 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث: 1.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 80، كفاية الأحكام، ص 113

المتأخرين، وبأنه الظاهر من كلام الأصحاب أيضا .. إلخ» (1).

واستدل المصنف قدس سره على عدم اشتراط ولايتهما بالعدالة بالأصل والإطلاق والفحوى وسيأتي.

(1) هذا أول ما استدل به على عدم اعتبار العدالة في نفوذ تصرف الأب والجد في مال الصغير، وهو المذكور في كلمات جمع كالمحقق الأردبيلي والفاضل السبزواري والسيد المجاهد قدس سرهم (2).

وفي الجواهر: «و لعل التحقيق عدم اشتراط العدالة، للأصل والإطلاق» (3).

ويحتمل في ما يراد بالأصل في مثل هذه المسألة وجهان:

الأول: الأصل اللفظي، وهو إطلاق الأدلة الاجتهادية، إمّا ما دلّ على الأمر بالوفاء بالعقود و حلّ البيع والتجارة عن تراض، فإنّ إطلاقها ينفي دخل العدالة في ترتب الأثر، كما احتمله السيد المجاهد. وإمّا ما دلّ من النصوص على ولايتهما من دون تقييدها بالعدالة، كما صرح بهذا الاحتمال بعض الأجلة على ما حكاه السيد المجاهد عنه.

وعلى كلّ من تقرير أصالة الإطلاق يكون عطف «الإطلاقات» على «الأصل» تفسيرياً، وهو مقتضى حكومة الدليل الاجتهادي على الأصل العملي حتى مع وحدة المفاد.

الثاني: الأصل العملي، أعني به استصحاب عدم الاشتراط، أو البراءة عن شرطية العدالة بناء على جريانها في مثل الشرطية. وهذا الاحتمال مقتضى مغايرة المعطوف للمعطوف عليه. وعليه يكون الغرض الإشارة إلى دليلين أحدهما الأصل العملي، والآخر الإطلاق اللفظي.

(1) المناهل، ص 105.

(2) مجمع الفائدة والبرهان، ج 9، ص 233، كفاية الأحكام، ص 113، المناهل، ص 105

(3) جواهر الكلام، ج 26، ص 102

لكن لما كان الأصل اللفظي حاكما على العملي تعين توجيه كلام المصنف بابتناؤه إما على المماثلة مع القوم كما تقدم في عبارة الجواهر. وإما على مجرد الفرض، بالتشكيك في إطلاق الأدلة الاجتهادية، وإن كان هذا في غاية البعد بعد تمسكه بالإطلاق.

(1) الظاهر أن المراد إطلاق النصوص المتقدمة- ونحوها- الدالة على ولاية الأب، لعدم التفصيل فيها بين كون المتصرف عادلا أو فاسقا، خصوصا مع توفر الدواعي لبيان الاشتراط لو كانت العدالة معتبرة شرعا في نفوذ التصرف. فلاحظ قول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة أبي الصباح الكناني: «يقومها قيمة عدل ثم يأخذها» حيث أناط عليه السلام جواز تصرف الأب بتقويم الجارية قيمة عادلة فحسب.

وكذا قوله عليه السلام في رواية محمد بن مسلم الواردة في تصرف الوصي في مال اليتيم:

«من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك، وهو حي» حيث إن إذن الأب تمام الموضوع لنفوذ تصرف الوصي بلا دخل قيد العدالة فيه.

(2) هذه إشارة إلى دليل آخر على عدم اشتراط ولاية الأب و الجد بالعدالة، و تقريره: أن ولاية الأب الفاسق على تزويج البنت الصغيرة- مع اهتمام الشارع بالنكاح- تستلزم ولايته في العقود المالية بالأولوية.

أما ثبوت ولاية الفاسق على التزويج فللإجماع المدعى في التذكرة من قوله:

«الفسق لا يسلب ولاية النكاح عند علمائنا. فللفاسق أن يزوجه ابنته الصالحة البالغة بإذنها، و الصغيرة و المجنونة مطلقا» (1).

و أما أولوية نفوذ تصرفه في أموال الصغير فلاهتمام الشارع بالأعراض أشد منه في الأموال، و قد سبق تفصيله في البيع الفضولي، كما تقدم هناك المناقشة في الفحوى، بخبر العلاء بن سيابة، فراجع (2).

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 5، ص 257، راجع تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 599

(2) هدى الطالب، ج 4، ص 407-414

خلافًا للمحكّي عن الوسيلة و الإيضاح، فاعتبراها (1) فيهما، مستدلًا في الأخير (2) «بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه

(1) يعني: فاعتبر صاحبا الوسيلة و الإيضاح قدّس سرّهما العدالة في الأب و الجدّ له.

و الحاكي عنهما هو السيد العاملي قدّس سرّه، حيث قال- بعد اقتضاء كثير من العبارات عدم اعتبار العدالة- ما لفظه: «قلت: قد تردّد المصنف- أي العلامة- في ذلك في وصايا الكتاب- أي القواعد- و في الوسيلة: اشتراطها فيه. و في الإيضاح: أنّ الأصحّ أنه لا ولاية للأب أو الجد ما دام فاسقا (1)».

(2) و هو الإيضاح، و عبارته المحكية في مفتاح الكرامة أيضا هي- بعد نقل وجهي المسألة-: «و الأصحّ عندي أنّه لا ولاية له ما دام فاسقا» (2).

و محصل استدلاله هو: أنّ الولاية على الصغير عبارة عن إصلاح أموره بالدفاع عن نفسه و التصرف في أمواله، إذ لا يتمكن الصغير على شيء من ذلك. فلا بدّ من كون المتصدي لتلك الأمور أمينا قادرا على إنفاذها بالنحو اللائق الموافق للصواب، لاستحالة تولية الفاسق في حكّمته تعالى شأنه.

و بعبارة اخرى: أنّ الصغير مسلوب العبارة و محجور عن التصرف في أمواله، و لا يستطيع دفع الضرر عن نفسه. و هذا القصور يستدعي جعل من يتصدّى لإصلاح أمره، بأن يكون أمينا و ثقة، حتى تمنعه أمانته عن تضييع أموال الصبي، و توجب قبول إخباره في تصرفاته، و من المعلوم أنّ الفاسق لا يقبل إخباره بشيء، لأنّه تعالى أمر بالتبين عن نأ الفاسق. و عليه فلا بدّ من كون الولي- سواء أ كان هو الأب أم الجد أم غيرهما كالوصي- عادلا حتى يقبل إخباره بما تصرف فيه من أموال الصبي، هذا.

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 257، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 628. و لم نعثر على اشتراط ولاية الأب بالعدالة في الوسيلة صريحا. نعم اعتبرها في الوصي، كما اعتبر الوثيقة فيه على ما حكاه عنه في الإيضاح، ثم قال ولاية التصرف في مال اليتيم: «ثم الحاكم إذا لم يكن له جدّ و لا وصي، أو كانا غير ثقة» و المراد بالوثيقة هي الثقة في الدين كما في إمام الجماعة، فتكون مساوقة للعدالة. و لعلّ السيد العاملي استظهر اعتبار العدالة في الأب و الجدّ من موضع آخر لم نقف عليه. فراجع الوسيلة ص 749 و 771 من الجوامع الفقهية.

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 628



و لا يصرف عن ماله (1)، و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته (2) و إخباراته (3) عن (4) غيره مع نصّ القرآن على خلافه» (5) انتهى «1».

و لعلّه (6) أراد بنصّ القرآن آية الركون

---

(1) كذا في نسخ الكتاب، و هو نقل بالمعنى، و إلا فنصّ عبارة الإيضاح المحكية في مفتاح الكرامة أيضا هي: «و لا يعرب عن حاله». و هذا أنسب بما اشتهر عندهم من كون الصبيّ مسلوب العبارة.

(2) كإقرار الولي بأنّه استوفى دين الصغير من مديونه.

(3) كإخباره بأنّ الطفل أتلف مال الغير بنحو يوجب الضمان.

(4) كذا في نسخ الكتاب، و الصحيح كما في الإيضاح: «على غيره» و هو متعلق ب «إقراراته».

(5) غرضه أن جعل الفاسق أميناً- مضافا إلى استحالته في حكمة الصانع تعالى- يكون على خلاف نصّ القرآن الكريم، و هو آية الركون إلى الظالم، حيث يقول عزّ من قائل وَ لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ «2».

هذا بناء على كون قول الإيضاح: «مع نصّ القرآن» إشارة إلى إقامة دليل نقلي على اعتبار العدالة في الأب و الجدّ، كما أنّ المنافاة لحكمه الصانع دليل عقلي على اعتبارها.

(6) أي: و لعلّ فخر المحققين قدس سرّه أراد بنصّ القرآن الآية الشريفة الناهية عن الركون الى الظالم.

و لا يخفى أنّ الفخر استدل على اعتبار العدالة في الوصي - حتى يقبل إقراره- بأيتين:

إحدهما: كون الفاسق ظالما، و لا شيء من الظالم يركن إليه.

و ثانيتهما: آية النبا، بتقريب: أنّ الوصي يعتبر إقراره بالاتفاق، مع أنّه لا عبرة بإقرار الفاسق، لقوله تعالى إِنَّ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا «3».

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 628

(2) سورة هود، الآية 114

(3) الحجرات، الآية 6

ص: 86

إلى الظالم (1) التي أشار إليها في جامع المقاصد (2). وفي دلالة الآية (3) نظر.

وأضعف منها (4) ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة

و الظاهر أنّ نظره في اشتراط ولاية الأب بالعدالة إلى كلتا الآيتين، أو إلى خصوص آية النبي، لقوله قدّس سرّه: «وأمّا الأب فهل ينعزل بفسقه؟  
يحتمل ذلك، لأنّ الولاية تتضمّن الأمانة، والفاسق ليس أهلا لها. ويحتمل عدمه، لأنّ المقتضى لثبوت الولاية الأبوة. ولأنّ شفقة الأب  
تمنعه عن ضياع مال الابن عليه، بخلاف الوصي الفاسق.

و الأصحّ عندي أنّه لا ولاية له ما دام فاسقا، لأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ..»

إلى آخر ما في المتن. و عليه فمقصوده قدّس سرّه اتّحاد الوصي و الأب الفاسقين في عدم قبول إقرارهما و أخبارهما، فراجع الإيضاح.

(1) تقدّم أنّ الاستدلال بها، من أنّ ولاية الفاسق على الطفل ركون إلى الظالم، و هو منهي عنه بمقتضى الآية الشريفة، فكيف يجعل وليّا  
على الطفل و أمواله؟

(2) حيث قال في وجه منع ولاية الأب الفاسق: «و من حيث إنّ الفاسق لا يركن إليه، و ليس أهلا للاستئمان ..». لكن قد عرفت في ما  
تقلناه من عبارة الإيضاح احتمال أن يريد بنصّ القرآن آية النبي النافية لاعتبار قول الفاسق و نبأه، فكيف يقبل إقرار الولي غير العدل - و  
إخباره - في حقّ ولده الصغير؟

(3) يعني: و في دلالة الآية على كون ولاية الفاسق على الطفل ركونا إلى الظالم نظر.

و لعلّ وجه النظر إرادة حكّام الجور و الظلم من «الظالم».

أو وجه النظر - مع الغضّ عن هذا المعنى - عدم صدق الركون إلى الظالم على بيع و شراء الولي بمال الطفل، و إلا كانت المعاملة مع  
الفاسق ركونا إلى الظالم.

بل يمكن أن يقال: إن معاملة الأب بمال الطفل بمقتضى قوله عليه السّلام: «أنت و مالك لأبيك» معاملة بمال نفسه، فهو كأنّه يتعامل بمال  
نفسه.

(4) يعني: و أضعف من آية الركون - في الاستدلال بها على اعتبار العدالة في الأب

إذ المحذور (1) يندفع كما في جامع المقاصد: «بأنّ (2) الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل (3) عزله (4) و منعه من التصرف في ماله وإثبات اليد عليه. وإن (5) لم يظهر (6) خلافه فولايته ثابتة. وإن لم يعلم (7) استعلم حاله بالاجتهاد وتبّع سلوكه و شواهد أحواله» انتهى (1).

و الجدد للأب- الاستدلال باعتبارها فيهما بالاستحالة العقلية التي أشار إليها في الإيضاح بقوله: «و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً» و حاصله: أنّ حكمة الصانع تعالى شأنه تقتضي استحالة جعل الفاسق الخائن أميناً و ولياً على غيره، فلا بدّ أن يكون الولي عادلاً.

(1) حاصل وجه اندفاع هذا المحذور: أنّه إذا ظهر من الولي خيانتة عزله الحاكم الشرعي، و منعه من التصرف في مال الطفل وإثبات يده على مال الطفل. وإن لم يظهر اختلال حال أبي الطفل و خيانتة فولايته ثابتة بحالها.

(2) متعلق ب «يندفع» و قد مرّ توضيح وجه الاندفاع بقولنا: «حاصل وجه الاندفاع».

(3) سقط من عبارة جامع المقاصد قوله: «إذا كان للأب ولاية عليه عزله...».

(4) جواب: «متى ظهر» أي: عزله الحاكم، و منعه من التصرف في مال الطفل.

(5) معطوف على «متى ظهر» يعني: وإن لم يظهر اختلال حال الطفل.

(6) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في جامع المقاصد: «وإن ظهر خلافه». أي: وإن بان عدم اختلال حال الطفل فولاية الأب ثابتة.

(7) يعني: وإن لم يعلم الحاكم اختلال حال أبي الطفل استعلم حال الأب بالاجتهاد و التفحص.

(1) جامع المقاصد، ج 11، ص 276

ص: 88

## [اشتراط جواز تصرف الأب و الجد برعاية المصلحة و عدمه]

و هل (1) يشترط في تصرفه المصلحة، أو يكفي عدم المفسدة، أم لا يعتبر شيء؟

(1) اشتراط جواز تصرف الأب و الجد برعاية المصلحة و عدمه هذا شروع في ثاني الفروع المترتبة على ثبوت ولاية الأب و الجد في الجملة، و محصّ له: أنّه هل يشترط نفوذ تصرفهما بكونه مصلحة للطفل، أم يكفي عدم المفسدة فيه، و لا يعتبر الغبطة، أم لا يعتبر شيء منهنّما، فلهما الولاية المطلقة على مال الصغير كما قيل بها في تصرف المولى في مال مملوكه، لسلطنته عليه؟ فيه وجوه ثلاثة.

و القائل بالاحتمال الأوّل هو المشهور، بل ادّعى غير واحد الإجماع عليه «1».

و القائل بالاحتمال الثاني جمع، منهم كاشف الغطاء قدّس سرّه و إن احتاط في شرح القواعد برعاية المصلحة، قال في العناوين: «ان تصرف الولي مشروط بالمصلحة بالإجماع و ظواهر الأدلة، و لأنّ المتيقن من أدلة الولايات إنّما هو ذلك. و قيل: في الأب و الجد باشتراط عدم المفسدة، و عدم اعتبار المصلحة. و يرشد إلى ذلك إطلاق أدلة ولايتهما، غايته خروج المفسدة بالدليل، و لا دليل على اعتبار المصلحة» «2».

و لم أجد في الكلمات قائلاً بالاحتمال الثالث. نعم يتراءى ذلك من كلمات المحقق قدّس سرّه في البيع و الحجر، كقوله: «و الأب و الجد يمضي تصرفهما ما دام الولد غير رشيد» «3» لعدم تقييد جواز التصرف برعاية المصلحة، أو عدم المفسدة.

لكن قيل: إنّ الظاهر سوق العبارة لبيان أصل ولايتهما في الجملة، و ليس في مقام بيان الخصوصيات حتى يكون إهمال شرطية المصلحة أو عدم المفسدة بيانا لعدم الدخل.

و لذلك حمل صاحب الجواهر عبارة الشرائع على أحد القولين الأوّلين، حيث قال بعدها:

«المقرون بالمصلحة أو عدم المفسدة، على اختلاف القولين في مال الطفل...» «4» فلاحظ.

(1) شرح القواعد للشيخ الفقيه كاشف الغطاء (مخطوط) الورقة: 71، العناوين، ج 2، ص 559، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 217 و ج 5، ص 256، و استظهر الإجماع من عبارة التذكرة في ص 260، فلاحظ.

(2) شرح القواعد، الورقة 71، و حكاها صاحب الجواهر عنه في ج 22، ص 332

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 15 و 102، المختصر النافع، ص 118 و 141

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 322



وجوه، يشهد للأخير (1) إطلاق ما دلّ على «أنّ مال الولد للوالد» كما في رواية سعيد بن يسار (2)، و«أنّه (3) و ماله لأبيه» كما في النبويّ المشهور (4)، وصحيحة ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء»، و ما (5) في العلل عن محمّد بن

---

و يشهد للتقييد بالغبطة قوله في رهن الشرائع: «و لا يجوز له- أي لولي اليتيم- إقراض ماله، إذ لا غبطة» (1). وقوله: «و يجوز لولي الطفل رهن ماله- إذا افتقر إلى الاستدانة- مع مراعاة المصلحة ..» (2).

وكيف كان فاستدل المصنف قدّس سرّه للاحتمال الثالث بوجوه، أولها: إطلاق النصوص كالنبوي المشهور «أنت و مالك لأبيك» بتقريب: أنه كما لا ريب في جواز تصرف الأب في مال نفسه مطلقا و إن لم ينتفع به، بل حتى مع الإفساد و الإقدام على الضرر، فكذا لا يشترط جواز التصرف في مال ابنه بشيء منهما، لظهور النصّ في تنزيل مال الابن منزلة مال الأب، هذا.

(1) و هو عدم اعتبار شيء - من المصلحة و عدم المفسدة- في تصرف الولي.

(2) قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أ يحجّ الرجل من مال ابنه و هو صغير؟

قال عليه السّلام: نعم. قلت: يحجّ حجّة الإسلام، و ينفق منه؟ قال: نعم، بالمعروف. ثم قال: يحجّ منه و ينفق منه، إنّ مال الولد للوالد، و ليس للولد أن يأخذ من مال والده إلا بإذنه» (3).

(3) معطوف على «أن» أي: إطلاق ما دلّ على أنّ الولد و ماله لأبيه.

(4) الوارد في جملة من النصوص، منها: صحيحة محمّد بن مسلم المشار إليها في المتن، كقول أبي عبد الله عليه السّلام فيها: «ان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال لرجل: أنت و مالك لأبيك» (4).

(5) معطوف على «ما» أي: إطلاق صحيحة محمّد بن مسلم.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 79

(2) المصدر، ص 78

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 195، الباب 78 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 4

(4) المصدر، الحديث: 1، و كذا ورد كلام النبي (ص) في الحديث: 2 و 8 و 9

سنان عن الرضا عليه السلام من (1) «أن علة تحليل مال الولد لوالده أن الولد موهوب للوالد في (2) قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ.

و يؤيده (3)

(1) مفسر ل «ما» الموصول في قوله: «و ما» و الموجود في المتن يختلف يسيرا عن نص الحديث، و هو «أن الرضا عليه السلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله و علة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه- و ليس ذلك للولد- لأن الولد موهوب للوالد في قوله عزّ و جلّ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ، مع أنه المأخوذ بمؤنته صغيرا و كبيرا، و المنسوب إليه و المدعو له، لقوله عزّ و جلّ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ. و لقول النبي صلى الله عليه و آله و سلم: أنت و مالك لأبيك. و ليس للوالدة مثل ذلك، لا تأخذ من ماله شيئا إلا بإذنه أو بإذن الأب. و لأنّ الوالد مأخوذ بنفقة الولد، و لا تؤخذ المرأة بنفقة ولدها» (1).

(2) متعلق ب «موهوب» و قوله: «ان الولد» خبر قوله: «ان علة».

(3) أي: و يؤيد الأخير- و هو عدم اشتراط شيء من المصلحة أو عدم المفسدة في تصرف الولي- أخبار جواز تقويم الجارية، فإن إطلاقها ينفي اعتبار شيء منها فيه، فيجوز للأب أن يملك جارية ابنه ببيع أو صلح لتقع المباشرة في ملكه، و لا فرق في جواز هذا التقويم بين أن يكون بصلاح الابن، أم بضرره، أم بتساوي الطرفين بأن لا يترتب شيء من الصلاح و الفساد عليه.

و استدلل صاحب الجواهر قدس سرّه بهذه الطائفة من النصوص على عدم اعتبار المصلحة في جواز تصرف الأب و الجدّ، فقال: «فإنّ النصوص واضحة الدلالة في جواز الاقتراض لهما، و المعاملة، و تقويم الجارية، و نحو ذلك، من غير اعتبارها» (2).

و لكن المصنف قدس سرّه جعل هذه الأخبار مؤيدة لإطلاق نفوذ تصرف الأب و الجدّ، و لم يجعلها دليلا على المدعى. و لعل وجه التأييد أنها و إن دلت على نفوذ شراء جارية الابن سواء أ كان بصلاح الولد أم بضرره أم بعدم شيء منها، لكنها أخص من المدعى، و هو ولاية الأب على التصرف في جميع أموال الابن، لاحتمال كون الجواز هنا حكما خاصا لخصوصية في البضع تقتضي حلية تملك الجارية، و هذه الخصوصية مفقودة في

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 197، الباب 78 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 9

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 332

أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه (1).

لكن (2) الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب، كما يشهد له (3) قوله عليه السلام في

سائر الموارد.

و دعوى إلغاء خصوصية المورد، ممنوعة بعدم إحراز المناط. كما لا وجه لدعوى أولوية غير البضع بجواز التصرف.

(1) كما في صحيح أبي الصباح المتقدم في (ص 180) و خبر الحسن بن محبوب، قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: أتني كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجتها، فلم تزل عندها وفي بيت زوجها، فرجعت إليّ هي و الجارية، أفیحلّ لي أن أطأ الجارية؟

قال عليه السلام: قومها قيمة عادلة و أشهد على ذلك، ثم إن شئت فطأها» (1). فليس في هذا الحديث اعتبار شيء من المصلحة أو عدم المفسدة.

(2) هذا استدراك على ما استشهد به لعدم اشتراط تصرف الأب بشيء من المصلحة و عدم المفسدة، من إطلاق ما دلّ على «أن مال الولد للوالد» كما في رواية سعد ابن يسار.

و محصل الاستدراك: أنّ إطلاق تلك الروايات مقيّد بما يفيد صحة الوجه الثاني، و هو اعتبار عدم المفسدة في تصرف الأب في أموال الطفل، حيث إنّ الزائد على قوته سرف، و هو فساد في مال الطفل، لكونه خارجا عن مورد اضطرار الأب. و عليه فلا تصلح الإطلاقات المزبورة لأن تكون دليلا على عدم اشتراط تصرف الأب- في مال الطفل- بشيء من المصلحة و عدم المفسدة.

فقوله قدس سرّه: «لكن الظاهر» تضعيف للوجه الأخير، و تقوية للوجه الثاني، و هو اعتبار عدم المفسدة في تصرف الأب.

(3) أي: يشهد لتقييد الإطلاقات قول أبي عبد الله عليه السلام في ما رواه الحسين بن أبي العلاء .. إلخ. و وجه الشهادة: أنّ الأب حينما تصرف في ما ورثه الولد من أمّه كان محتاجا إلى هذا المال للإئفاق به على نفسه و ولده. و في مثله حكم النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم على

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 198، الباب 79 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 1

ص: 92



رواية الحسين بن أبي العلاء «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال (1) قوته بغير سرف إذا اضطرَّ إليه. قال (2) فقلت له: فقول (3) [قول] رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للرجل الذي أتاه فقدهم أباه، فقال (4) له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال (5) إنّما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله، هذا أبي [وقد] (6) ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه وعلى نفسه، فقال النبي (7) صلى الله عليه وآله وسلم: أنت و مالك لأبيك، و لم يكن عند الرجل شيء، أو كان (8) رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يحبس الأب للابن؟» «1».

الولد «بأنك و مالك لأبيك». و لو كان الرجل غنياً متمكناً من سدّ خلته من مال نفسه لم يجز له صرف ما ورثه الولد من أمه، و كان ضامناً له.

و عليه فهذه الرواية و ما بمضمونها تقيّد ان إطلاق جواز التصرف -المستفاد من روايتي ابن مسلم و ابن يسار و غيرهما- بصورة حاجة الأب، هذا.

(1) يعني: قال أبو عبد الله عليه السلام.

(2) يعني: قال السائل و هو الحسين بن علاء.

(3) كذا في الوسائل و في بعض نسخ الكتاب. و في نسختنا: «قول رسول الله».

(4) أي: فقال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم للرجل الذي شكّا أباه إلى الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: أنت و مالك لأبيك.

(5) أي: فقال أبو عبد الله عليه السلام، يعني فصار الامام عليه السلام بصدد بيان خصوصية حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم على الولد ب «أنت و مالك لأبيك» و هي احتياج الأب إلى المال للإتفاق على نفسه و عائلته.

(6) كلمة «قد» غير موجودة في نسختنا، و إنّما أثبتناها لموافقته للمصدر و لما في بعض النسخ.

(7) كذا في نسختنا، و لم تذكر كلمة «النبي» في الوسائل.

(8) كذا في نسختنا، و في الوسائل «أفكان».

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 196-197، الباب 78 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 8

و نحوها (1) صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: لرجل (2) أنت و مالك لأبيك، ثم قال عليه السلام: لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه، إنّ الله لا يُحبُّ الفسَادَ» (1).

فإنّ الاستشهاد بالآية يدلّ على إرادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، وأنه (3) لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل.

هذا كلّهُ، مضافاً إلى عموم قوله (4) تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\*،

(1) أي: و نحو رواية الحسين صحيحة أبي حمزة الثمالي، فإنّها- خصوصاً بقرينة الاستشهاد بالآية المباركة- ظاهرة في الحرمة، و في اعتبار عدم المفسدة في جواز تصرف الأب في مال الطفل. فإرادة الكراهة من «عدم الحبّ» و إن كان صحيحاً في موارد آخر، إلا أن استشهاده صَلَّى الله عليه وآله وسلم بالآية لا يلائم الكراهة، و يتعيّن في الحرمة.

(2) كذا في الوسائل و في بعض النسخ، و ليست كلمة «لرجل» في نسختنا.

(3) معطوف على «إرادة» أي: أنّ الاستشهاد بالآية الشريفة يدلّ على أنه لا يجوز للأب .. إلخ.

(4) هذا دليل آخر على الاحتمال الثاني، و هو اعتبار عدم المفسدة في تصرف الأب و الجدّ في مال الصغير. و تقريبه يتمّ ببيان أمرين:

أحدهما: أنّ المراد باليتيم من فقد أباه قبل بلوغه، كما عرّفه بذلك غير واحد من أهل اللغة، قال الراغب: «اليتيم انقطاع الصبي عن أبيه قبل بلوغه» (2) فالصغير الفاقداً لأبيه يتيم و إن كان جدّه حيّاً متمكناً من التصدي لأموال الطفل.

ثانيهما: أنّ المراد بـ «الأحسن» إمّا ظاهره، و هو التفضيل، و التصرف الجائز في مال

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 195، الباب 78 من أبواب ما يكتسب به الحديث: 2، و الحديث هكذا:

«قال: ان رسول الله (ص) قال لرجل: أنت و مالك لأبيك، ثم قال أبو جعفر (ع): ما أحبّ [لا تحبّ] أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه .. إلخ». و الآية في سورة البقرة: 205 و ليس فيها «إنّ».

(2) مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص 550، لسان العرب، ج 12، ص 645

اليتم هو خصوص ما كان أصلح بحاله، و أنفع له. فلا يجوز بيع شيء من أموال اليتيم إلا إذا عاد نفع اليه، فلو لم ينتفع بالبيع حرم ذلك على الولي. وإما خصوص الحسن، بانسلاخ صيغة التفضيل عن معناه.

و المراد بالحسن إما مطلق الخير و الصلاح- لا- خصوص الأ-حسن كما كان في الاحتمال الأول- فلو كان في بيع مال اليتيم من زيد مصلحة له جاز و إن كان بيعه من عمر و أنفع. وإما ما يقابل المفسدة و النقص، فإن كان التصرف موجبا لتضرر الصبي لم يحز، و إن لم يوجبه جاز و إن لم تعد فائدة إلى الطفل. هذا إجمال محتملات الآية، و سيأتي تفصيلها في ولاية عدول المؤمنين، فلاحظ (ص 252).

و هذا الاحتمال الأخير هو مبنى الاستدلال بالآية المباركة على جواز تصرف الولي في مال الصغير- و ان لم ينتفع به المولى عليه- ما لم يستلزم الفساد، و احتمله صاحب الجواهر قدس سره في الاتجار بمال الطفل، فراجع «1».

و بناء على هذين الأمرين يقال في دلالة الآية المباركة على اشتراط جواز التصرف في أموال اليتامى بعدم الإفساد: إن المخاطب بحرمة القرب إلى مال اليتيم بما يكون مفسدة فيه عامة المكلفين، حتى الجد، لما عرفت من صدق «اليتيم» مع حياة جدّه، فيشترط جواز التصرف في أموال اليتيم برعاية ما هو أحسن أي بخلوه عن الفساد و النقص المالي.

و عليه فإطلاق صحة التصرف حتى مع الإفساد- المستفاد من إطلاق مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «أنت و مالك لأبيك»- يقيد بهذه الآية، بعد عدم دلالتها على اشتراط رعاية الأصلح أو ما هو الصلاح.

فإن قلت: إن مفاد الآية الشريفة أخص من المدعى و هو اعتبار جواز تصرف الأب و الجد بعدم المفسدة، و الوجه في الأخصية خروج الأب عن موضوع النهي، لكون المخاطب من يتصرف في مال اليتيم، و هو فاقد الأب. فالآية تثبت الشرط المزبور بالنسبة إلى الجد، دون الأب.

فإنّ (1) إطلاقه يشمل الجدّ، ويتمّ في الأب بعدم الفصل (2).

و مضافا (3) إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسدة. بل (4) في مفتاح الكرامة استظهر الإجماع- تبعا لشيخه في شرح القواعد- على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة.

---

قلت: نعم وإن كان الأب خارجا عن الآية موضوعا، لكن يعمّه الحكم ببركة عدم الفصل بينه وبين الجدّ، لأن عدم المفسدة إن كان شرطا في نفوذ التصرف في مال الصغير لم يختلف حكم الأب والجدّ فيه. وإن لم يكن معتبرا فكذلك. وعليه فالنهي عن القرب بما فيه الفساد يشمل الجدّ بالإطلاق المستفاد من «لا تقربوا» ويلحق به الأب للإجماع المركّب.

(1) يعني: فإنّ إطلاق النهي يشمل جدّ الطفل، بناء على صدق «اليتيم» على من له الجدّ، وعدم انصراف الآية عن الجدّ. فهي تدلّ على حرمة التصرف في مال اليتيم مع المفسدة، سواء أكان «الأحسن» بمعناه التفضيلي، أم منسلخا عنه و لمحض معنى ثبوت الوصف.

(2) لعدم صدق «اليتيم» مع وجود الأب، فلا تشمله الآية، فلا بدّ من الإجماع على إلحاق الأب بالجدّ حكما، وقد تقدم توضيحه آنفا بقولنا: «ان قلت .. قلت».

(3) هذا دليل آخر على اعتبار عدم المفسدة في تصرف الأب والجدّ في مال الطفل، وهو الإجماع و ظاهره كونه محصّلا لا منقولاً وإن كان قد ادعاه صاحب العناوين بقوله:

«و ظاهر الوفاق على جوازهما- أي: جواز الاقتراض من مال الطفل و جواز تقويم جاريته على نفسه- من دون مصلحة بشرط عدم المفسدة» (1).

(4) غرضه التّرقّي- من دعوى الإجماع على كفاية عدم المفسدة- إلى ما تضافر نقله من الاتفاق على اشتراط تصرف الأولياء بما فيه صلاح المولّى عليهم، و عدم كفاية خلوه عن الفساد المالي، فالسيد الفقيه العاملي تبعا لشيخه كاشف الغطاء قدّس سرهما استظهر

---

(1) العناوين، ج 2، ص 560

ص: 96

و ليس (1) ببعيد، فقد صرّح به في محكيّ المبسوط، حيث قال: «و من يلي أمر الصغير و المجنون خمسة، الأب و الجدّ للأب و وصيّ الأب و الجدّ و الحاكم (2) و من (3) يأمره. ثمّ قال (4) «و كلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظّ (5) للصغير (6)، لأنّهم (7) إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرّف (8) فيه على

---

الإجماع على توقف جواز تصرف الولي على المصلحة، لا مجرد عدم المفسدة «1».

وعليه فيقوى الوجه الأوّل، و هو القول بإنابة نفوذ تصرف الأب و الجدّ برعاية المصلحة أو ما هو الأصلح.

(1) يعني: و ليس استظهار الإجماع- على إنابة جواز التصرف بالمصلحة- بعيد، كما يظهر بملاحظة كلمات الفقهاء، و عدم تعرّضهم لمخالف في المسألة، و قد نقل المصنف قدّس سرّه عبارة شيخ الطائفة و ابن إدريس قدّس سرّهما، و أشار إلى أنظار جمع كالمحقق و العلّامة و الشهيدين و غيرهم.

(2) هذه العبارة تختلف عمّا في المبسوط بما لا يغيّر المعنى، كقوله بدل- الحاكم:-

«و الامام أو من يأمره الإمام».

(3) يعني: و من يأمره الحاكم الشرعي للتصدي لأمر الصغير و المجنون.

(4) أي: قال الشيخ في المبسوط: و كلّ هؤلاء .. إلخ.

(5) معطوف على «الاحتياط» و المقصود من الحظّ هو المصلحة و الغبطة للصغير، بأن ينتفع بتصرّف الولي في ماله.

(6) في المبسوط زيادة كلمة «المولّى عليه» هنا.

(7) أي: لأنّ هؤلاء الخمسة نصبهم الشارع للتصرف على وجه الاحتياط و الحظّ للصغير.

(8) عبارة المبسوط هكذا: «فإذا تصرّف على وجه لا حظّ له فيه كان باطلا، لأنّه خالف ما نصب له».

---

(1) شرح القواعد (مخطوط) الورقة: 71، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 217

وجه لا حظّ فيه كان باطلا، لأنّه (1) خلاف ما نصبوا له» انتهى «(1)».

وقال الحلّي في السرائر: «لا يجوز (2) للوليّ (3) التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه (4) إلى الطفل، دون المتصرف فيه. وهذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب» (5) انتهى «(2)».

---

وقد صرّح بذلك (6) أيضا (7) المحقّق (8).

---

(1) أي: لأن التصرف لا على وجه الاحتياط مخالفة للغرض الذي نصبهم الشارع له. ولا يخفى صراحة عبارة المبسوط في اشتراط تصرف الأولياء برعاية مصلحة الصغير.

(2) أي: لا يصحّ ولا ينفذ، إذ مقتضى شرطية المصلحة في تصرف الولي في مال الطفل هو بطلان التصرف الفاقد لمصلحة الطفل المولّى عليه، فصارت النتيجة اعتبار المصلحة في تصرف الأب و الجدّ في مال اليتيم.

(3) عبارة السرائر هكذا: «لا يجوز للولي و الوصي أن يتصرّف في المال المذكور إلا ..».

(4) أي: يعود نفع المال إلى الطفل، لا إلى المتصرف في المال و هو الولي.

(5) في السرائر: «أصل المذهب».

(6) أي: باعتبار المصلحة في تصرف الولي في مال الطفل.

(7) يعني: كما صرّح شيخ الطائفة و ابن إدريس قدّس سرّهما باشتراط نفوذ تصرف الولي بعود نفع إلى الطفل.

(8) كقوله في كتاب الرهن: «و يجوز لوليّ الطفل رهن ماله، إذا افتقر إلى الاستدانة، مع مراعاة المصلحة» (3)».

---

(1) المبسوط، ج 2، ص 200، و نقل بعض العبارة السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 5، ص 111، و صاحب الجواهر في ج 15، ص 20.

(2) السرائر، ج 1، ص 441

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 78، و نحوه في ص 171، و في المختصر النافع، ص 137

و العلامة (1) و الشهيدان (2) و المحقق الثاني «1» و غيرهم (3)، بل في شرح الروضة للفضال الهندي: «أن المتقدمين عمّموا الحكم (4) باعتبار المصلحة من غير استثناء» (2). و استظهر (5) في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة في باب الحجر نفي

---

(1) كقوله: «الضابط في تصرف المتولي لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة، و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة ..» (3).

(2) كقول الشهيد قدّس سرّه: «و يصحّ رهن مال الطفل مع المصلحة» (4).

(3) كالمحقق الأردبيلي و الفاضل السبزواري و السيد الطباطبائي قدّس سرّهم، و قد نقل السيد العاملي الكلمات في باب الرهن «5»، فراجع.

(4) أي: الحكم باعتبار المصلحة في التصرف في مال الطفل. و وجه تعميم هذا الحكم هو: أنّهم اشترطوا المصلحة في تصرف الناس في مال اليتيم، و لم يستثنوا الأب و الجدّ من هذا الحكم، حتى لا يكون تصرفهما فيه مشروطا بالمصلحة.

و الظاهر أنّ غرض المصنف من الإتيان بكلمة «بل» التنبيه على إطباق الفقهاء على اعتبار غبطة الصغير، و هذا الإجماع لم يستفد من الكلمات المشار إليها في المتن، فأراد الفاضل الهندي دعوى اتفاق المتقدمين على هذا الحكم.

(5) حيث قال بعد نقل عبارة التذكرة المتقدمة آنفا: «و ظاهره أنه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين .. إلخ» (6).

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 87، و ج 5، ص 72

(2) المناهج السوية (مخطوط)، ص 6

(3) تذكرة الفقهاء، (الطبعة الحجرية) ج 2، ص 80، و تكرر أيضا في ص 14 و 81 و 82 و 83، قواعد الأحكام، ج 2، ص 21 و 112 و ص 135، إرشاد الأذهان، ج 1، ص 360 و 392

(4) اللمعة الدمشقية، ص 118 (كتاب الرهن)، الدروس الشرعية، ج 3، ص 318 و 403، و لاحظ كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه في الروضة، ج 4، ص 73، و في المسالك، ج 3، ص 166 و ج 4، ص 35

(5) مجمع الفائدة و البرهان، ج 4، ص 14 و ج 6، ص 77 و ج 8، ص 153 و ج 9، ص 151، كفاية الأحكام، ص 89 و 108، رياض المسائل، ج 9، ص 209 (الطبعة الحديثة)، مفتاح الكرامة، ج 5، ص 111

(6) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 260

الخلافة في ذلك (1) بين المسلمين.

وقد حكى (2) «1» عن الشهيد في حواشي القواعد: «أنّ قطب الدين قدّس سرّه نقل عن العلامة رحمه الله: أنّه (3) لو باع الوليّ بدون ثمن المثل لم لا ينزّل (4) منزلة الإتلاف بالاقتراض؟ لأنّ قائلون بجواز اقتراض ماله، وهو (5) يستلزم جواز إتلافه. قال: (6)

---

(1) أي: في اشتراط تصرف الولي في مال اليتيم بالمصلحة.

(2) الظاهر أنّ الغرض من بيان ما حكاه الشهيد قدّس سرّه: الإشارة إلى مناقشة العلامة قدّس سرّه في اعتبار المصلحة في تصرف الأب و الجدّ في مال الطفل، وهي: أنّ الأصحاب القائلين باعتبار المصلحة قائلون بجواز اقتراض مال الطفل، مع كونه في معرض التلف، لاحتمال عدم الوفاء. وهذا يقتضي تنزيل البيع بدون ثمن المثل منزلة إتلاف مال الصغير بالاقتراض.

وعليه فلا يعتبر المصلحة في تصرف الأب و الجدّ في مال الطفل. ولكن العلامة قدّس سرّه توقف في الذهاب إلى عدم اعتبار المصلحة- في تصرفهما في ماله- حذرا عن مخالفة الأصحاب.

(3) مفعول «نقل»، و ضمير «أنه» للشأن.

(4) يعني: لم لا ينزّل بيع الولي بأقلّ من ثمن المثل منزلة الإتلاف بسبب الاقتراض؟

(5) يعني: والحال أنّ جواز الاقتراض يستلزم جواز إتلاف مال الطفل.

(6) يعني: قال قطب الدين: وتوقف العلامة زاعما أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب.

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 217

ص: 100



«و توقّف زاعما أنّه لا يقدر على مخالفة الأصحاب» هذا [1].

## [الأقوى كفاية عدم المفسدة]

ولكن الأقوى (1) كفاية عدم المفسدة، وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم (2)،

(1) هذا مختار المصنف قدّس سرّه، و محصله: أنّ الأقوى من الوجوه الثلاثة وسطها، و هو كفاية عدم المفسدة في صحة تصرفات الأب و الجدّ، و عدم إناطتها بالمصلحة، فضلا عن الأصلح.

(2) كالشيخ الفقيه كاشف الغطاء و نجله صاحب أنوار الفقاهة و المحقق القمي. ففي كشف الغطاء: «و لولاية الإيجاب كولاية الأب و الجدّ ما ليس لغيرها، فلا يعتبر فيها سوى عدم الفساد .. إلخ» و نحوه في شرح القواعد.

لكنّه قال- بعد ترجيح هذا القول على مراعاة المصلحة- ما لفظه: «و الاقتصار على ما ذكره الفقهاء و تنزيل الروايات أوفق في النظر، و أسلم من الخطر ..» (1).

وقال في أنوار الفقاهة: «و بحكم المالك: الأب النسبي .. و الجدّ للأب .. فإنّ لهما معا .. ولاية إجبارية لا تراعى بالمصلحة. نعم لو أفسدا بطل تصرفهما فيما أفسدا به ..» (2).

وقال المحقق القمي: «نصب الولي إنما هو لأجل دفع الفساد و حفظ المال .. و في خصوص الأب و الجد دائرة الرخصة أوسع، إذ لم يشترط فيه الملاءة كما بيّناه في المناهج

[1] الظاهر أنّ منشأ مناقشة العلامة قدّس سرّه المقتضية للذهاب إلى ولاية الأب و الجدّ- حتى مع المفسدة- هو الروايات الدالة على أنّ مال الولد للوالد. فكلّ تصرف و لو مع المفسدة من الأب و الجدّ في مال الصغير جائز، و لا يشترط فيه المصلحة.

لكن فيه: أنّه يقيّد بما إذا كانت المفسدة من جهة نفقة الأب و الجدّ، لا مطلقا، فلا يعمّ جميع موارد المفسدة كالبيع بما دون ثمن المثل.

(1) كشف الغطاء (الطبعة الحجرية) البحث الثاني و الأربعون من المقدمة، شرح القواعد (مخطوط) الورقة 71

(2) أنوار الفقاهة، مجلّد المتاجر، ص 100 (مخطوط).

لمنع (1) دلالة الروايات (2) على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة (3) الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد و ماله.

و أمّا الآية الشريفة، فلو سلّم دلالتها (4)

---

في كتاب المكاسب، و الغنائم في كتاب الزكاة ..» فراجع (1).

وقال صاحب الجواهر قدّس سرّه- بعد المناقشة في الإجماع على اعتبار المصلحة- ما لفظه: «فإنّ النصوص واضحة الدلالة في جواز الاقتراض لهما- أي للأبوين- و المعاملة، و تقويم الجارية، و نحو ذلك من غير اعتبارها- أي المصلحة-» إلى أن قال:

«نعم قد يفهم في خصوص الأبوين التوسعة لهما، مع أن الأحوط فيهما و في غيرهما مراعاة المصلحة، كما اعترف به الأستاذ في شرحه» (2).

و على هذا فلم يظهر ترجيح القول بكفاية عدم المفسدة من صاحب الجواهر (3).

(1) تعليل لقوله: «لكن الأقوى» و محصله: أنّ الروايات لا تدلّ على أكثر من النهي عن الفساد أي التصرف المقرون بالفساد، فالمنهي عنه هو التصرف الفاسد. فعدم المفسدة كاف في صحة تصرف الأب و الجد في مال الطفل، و ليس صحته مشروطة بالمصلحة فضلا عن الأصلح.

(2) و هي: رواية الحسين بن أبي العلاء، و صحيحة أبي حمزة الثمالي المتقدمتان.

(3) و هي رواية سعيد بن يسار و صحيحة محمد بن مسلم و رواية محمد بن سنان.

و هذه الأخبار مطلقة شاملة للوجوه الثلاثة من الأصلح و المصلحة و عدم المفسدة، و لم يخرج منها إلا صورة المفسدة، فيجوز التصرف مع عدم المفسدة و إن لم يكن مصلحة.

(4) أي: دلالة الآية على اعتبار المصلحة. غرضه من قوله: «فلو سلم» ما قيل أولا:

من أنّه لا نسلم دلالة الآية على اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، إمّا

---

(1) جامع الشتات (الطبعة الحجرية) ج 1، ص 192 و 193

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 332

(3) لاحظ ج 15، ص 22، و ج 25، ص 165 و ج 28، ص 297



فهي (1) مخصّصة بما دلّ على ولاية الجدّ وسلطنته الظاهرة (2) في أنّ له أن يتصرّف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له، فإنّ (3) ما دلّ على ولاية الجدّ في النكاح معللاً بأنّ

لانصرافها إلى الأجنبي، وعدم شمولها للأجداد. وإمّا لاحتمال عدم صدق اليتيم على الطفل مع حياة جدّه.

مع أنّ كلمة «أحسن» في الآية الشريفة ليست مسوقة لبيان معناها التفضيلي، بل سيقت لبيان غيره وهو الحسن المراد به عدم الحرج، و التصرف غير المفسد حسن.

وهذا يلائم عدم المفسدة.

وعليه فلا تدلّ الآية على اعتبار المصلحة في نفوذ تصرّف الولي في مال اليتيم.

وثانياً:- بعد تسليم دلالتها على اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم- أنّها مخصّصة بأدلة جواز تصرف الجدّ في مال الطفل مع عدم المفسدة. و مقتضى هذا التخصيص كفاية عدم المفسدة في جواز تصرف الجد في مال الطفل، وعدم اعتبار المصلحة في جوازه.

(1) يعني: فالآية مخصّصة، هذا هو الجواب الثاني المذكور آنفاً بقولنا: «و ثانياً بعد تسليم دلالتها .. إلخ».

(2) الظاهر أنه نعت ل «ما الموصول» المراد به الأدلة، وهي الإطلاقات الدالة على ثبوت الولاية. وليست «الظاهرة» صفة ل «سلطنته» لعدم ذكرها في الأدلة، وإن كانت محتملة، لاستفادة السلطنة من تلك الأدلة وإن لم تشمل هي على لفظ السلطنة.

(3) تعليل للظهور في أنّ للجدّ التصرف في مال الطفل بما ليس فيه مفسدة لمال الطفل، وظهور الأدلة في جواز تصرف الجدّ في مال ولد ولده- بما ليس فيه مفسدة- إنّما هو بعد تقييدها بما دلّ على عدم جواز الإسراف، ضرورة أنّها مع الغصّ عن هذا التقييد تعمّ جميع الصور حتى صورة وجود المفسدة.

ثم إنّ المصنف قدّس سرّه استظهر ولاية الجدّ- بما ليس فيه مفسدة- من طوائف ثلاث من النصوص.

الاولى: ما دلّ على ولاية الجدّ في التزويج، وتقدّم ما يختاره على ما يختاره الأب،

كرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: «سألت عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته، فهوي أن يزوجه أحدهما، و هوي أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟

قال: الذي هوي الجدّ أحقّ بالجارية، لأنّها و أباهما للجدّ» «1» بتقريب: أنّ مورد السؤال دوران أمر تزويج البنت بين من يهواه الجدّ، و من يهواه الأب مع فرض عدم سبق عقد أحدهما عليها. و أجاب عليه السّلام بتقديم رأي الجدّ، معلّلاً بأنّ البنت و أباهما يتعلقان بالجدّ.

و من المعلوم أنّ أولوية الجدّ بأمر النكاح تقتضي أولويته من الأب في الأموال. نعم لا بدّ من تقييد إطلاق ولاية كل منهما، بما لا يترتب عليه مفسدة كما لا يخفى.

الثانية: ما دلّ على أنّ الولد و ماله للأب، و هو النبوي المشهور المتقدم في عدة من النصوص: «أنت و مالك لأبيك».

و هذه الجملة تارة تدلّ بالمطابقة على جواز تصرف الوالد في مال ولده، كما في الأخبار التي استند الأئمة عليهم الصلاة و السلام إلى النبوي لإثبات مشروعية أخذ الوالد من أموال ولده، كقول أبي عبد الله عليه السّلام في رواية محمّد بن مسلم: «و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء .. و ذكر ان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال لرجل: أنت و مالك لأبيك» فيجوز تصرف الأب في مال ابنه مطلقاً و إن لم يكن فيه مصلحة، نعم يقيّد الجواز بالتصرف المفسد.

و اخرى بالفحوى، بتقريب: أنّ سلطنة الجدّ على تزويج بنت ابنه تقتضي - بالأولوية القطعية - سلطنته على التصرف في الأموال. و هذه الولاية غير مقيدة بالغبطة و المصلحة، فهي ثابتة مطلقاً و إن لم تكن بصلاح المولّى عليه، نعم يقيّد بما لا فساد فيه.

و تستفاد هذه الفحوى من رواية عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه، فقال: أصلح .. الأمير، إنّ أبي زوج ابنتي بغير إذني. فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون في ما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل. قال: ثمّ أقبل عليّ، فقال: ما تقول يا أبا عبد الله، فلمّا سألتني

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 219، الباب 11 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح 8

البنّت و أباهما للجدّ (1). و قوله (2) صلّى الله عليه وآله وسلّم: «أنت و مالك لأبيك»

أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أليس في ما تروون أنتم عن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: إن رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى. فقلت لهم: فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه، و لا يجوز نكاحه؟

قال: فأخذ بقولهم، و ترك قولي «(1)».

و استشهاد الامام عليه السلام بكلام النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم ظاهر في كون «مالك» بفتح اللام، لكونه عليه السلام بصدد إثبات ولاية الجدّ على تزويج البنّت، و هو فعل متعلق بالبضع، لا المال المعهود.

الثالثة: ما دلّ على ثبوت الولاية للجدّ على تزويج بنت ابنه، و لم يعلّل بما علّل به في معتبرة علي بن جعفر المتقدمة، و يتم ولايته في أموال الصغير بالفحوى، كمعتبرة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «إذا تزوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه. و لابنه أيضا أن يزوّجها. فقلت: فإن هوى أبوها رجلا، و جدّها رجلا؟ فقال: الجدّ أولى بنكاحها» (2).

و الحاصل: أنّ النصوص المتقدمة بطوائفها الثلاث تثبت ولاية الجدّ على التصرف في أموال الطفل مطلقا و إن لم يكن أحسن بحال المولّى عليه. فالآية الشريفة الناهية عن القرب بمال اليتيم إلّا بالتّي هي أحسن تخصّص بهذه الأخبار الظاهرة في نفوذ التصرف ما لم يستلزم النقص و الفساد، و أما الصّلاح و الأصلح فغير معتبر، هذا.

(1) هذا إشارة إلى الطائفة الأولى ممّا يصلح للتصرف في ظاهر الآية، و اختصاص القرب المنهي عنه بما يستلزم الفساد.

(2) معطوف على الموصول في «ما دلّ» أي: فإنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم ..، و هذا إشارة إلى الطائفة الثانية، و هي استشهاد الأئمّة الأطهار عليهم السلام بالحديث النبوي على نفوذ تصرف الأب في مال ولده.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 218، الباب 11 من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث: 5

(2) المصدر، ص 217، الحديث: 1

خصوصاً (1) مع استشهاد الإمام عليه السلام به (2) في مضيّ نكاح الجدّ بدون إذن الأب، ردّاً على من أنكر ذلك (3)، و حكم (4) ببطلان ذلك من (5) العامة في مجلس بعض الأمراء (6)، وغير ذلك (7)، يدلّ (8) على ذلك (9).

مع (10) أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص وجب الاقتصار عليه في حكم الجدّ،

---

(1) وجه الخصوصية ما عرفته آنفاً من أنّ ولاية الجدّ على البضع - المدلول عليها بالنبوي - تقتضي ولايته على المال بالفحوى.

(2) أي بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «أنت و مالك لأبيك».

(3) أي: أنكر مضيّ نكاح الجدّ بدون إذن الأب، والمنكر علماء العامة المجالسون للوالي.

(4) معطوف على «أنكر» يعني: و حكم ذلك المنكر ببطلان نكاح الجدّ بدون إذن الأب.

(5) هذا بيان ل «من» الموصول في قوله: «من أنكر».

(6) هو زياد بن عبد الله المذكور في رواية عبيد بن زرارة المتقدمة.

(7) أي: غير ما دلّ على ولاية الجدّ معللاً، وغير قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «أنت و مالك لأبيك» وهذا الغير إشارة إلى الطائفة الثالثة ممّا يقتضي تخصيص الآية الشريفة.

(8) هذا خبر «إنّ» في قوله: «فإنّ ما دلّ» المتقدم في (ص 103).

(9) أي: على كفاية عدم المفسدة في تصرفات الجدّ في مال الطفل.

(10) هذا جواب ثالث عن الاستدلال بالآية على رعاية مصلحة الصغير.

و حاصله: أنّه لو سلّمنا عدم تخصيص آية «و لا تقربوا» بما دلّ على جواز تصرف الجدّ في مال الطفل مع عدم المفسدة، وقلنا بشمول إطلاق النهي في الآية المباركة مع دلالتها على اعتبار المصلحة للجدّ أيضاً، وجب الاقتصار على التصرف ذي المصلحة في الجدّ دون الأب، إذ لا - تشمله الآية، لعدم اليتيم مع وجود الأب، فحينئذ يجوز للأب التصرف في مال طفله و لو بدون المصلحة. فلزوم مراعاة المصلحة ثابت في الجدّ دون الأب.

دون الأب. و دعوى (1) عدم القول بالفصل ممنوعة (2)، فقد حكي عن بعض (3)

(1) الغرض من هذه الدعوى إثبات التساوي بين الأب و الجدّ في عدم جواز التصرف في مال الطفل إلا مع المصلحة استنادا إلى عدم القول بالفصل، بدعوى: أنه لم يفصل بين تصرف الأب و الجد في مال الطفل، فلزوم مراعاة المصلحة ثابت في حقّ كلّ من الأب و الجدّ، و لا يختص بالجد.

(2) خبر «دعوى» و دفع لها، و حاصله: وجود القول بالفصل بينهما عن بعض متأخري المتأخرين، حيث قال ذلك البعض بجواز اقتراض الأب المعسر- المحتاج- من مال الصغير، دون الجدّ، فإنّه لا يجوز له ذلك.

(3) و هو المحقق الثاني قدّس سرّه، أفاد ذلك في شرح قول العلامة: «و لو ضمن- أي الولي- و اتّجر لنفسه و كان مليّا ملك الربح، و استحَب له الزكاة. و لو انتفى أحدهما ضمن، و الربح لليتيم و لا زكاة» «1» فإنّ مقتضى إطلاق «الولي» عدم الفرق بين الأب و الجدّ في الضمان على تقدير الإعسار، كما يضمن غير الولي لو اتّجر بمال الطفل مع الملاءة. و علّق عليه المحقق الثاني بقوله: «يستثنى من ذلك الأب و إن كان معسرا» «2».

و ظاهره اختصاص الأب- من سائر الأولياء- بحكم، و هو جواز الاقتراض من مال ولده و الاتّجار به و عدم ضمانه. و مقتضى هذه العبارة القول بالفصل بين الأب و الجدّ، فلا يجوز للجدّ المعسر أن يقترض من مال الطفل ليتّجر به، بل يضمنه لو تلف.

و كيف كان فيكفي في منع دعوى الإجماع المركّب وجود القول بالفصل بين تصرف الأب و الجدّ. و عليه فلا وجه لما تقدم في (ص 96) في الاستدلال بالآية الشريفة من دعوى عدم القول بالفصل.

(1) قواعد الأحكام، ج 1، ص 329

(2) جامع المقاصد، ج 3، ص 5، و لاحظ أيضا مفتاح الكرامة، ج 3، ص 7، في اشتراط الملاءة، لكنّه سوى بين الأب و الجدّ، كما نسبه صاحب المدارك أيضا إلى المتأخرين، فراجع ج 5، ص 19، مع اقتصار المحقق الكركي على الأب خاصة.

ص: 107



متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما (1) في الافتراض مع عدم اليسر.

## [مشاركة الجدّ و إن علا للأب]

ثمّ (2) لا خلاف ظاهراً- كما ادّعي (3)- في أنّ الجدّ و إن علا يشارك الأب في الحكم (4).

(1) أي: بين الأب و الجدّ. هذا تمام الكلام في الفرع الثاني و هو اشتراط صحة التصرف بالمصلحة أو بعدم المفسدة.

(2) مشاركة الجدّ و إن علا للأب هذا إشارة إلى فرع ثالث ممّا يتعلق بولاية الأب و الجد على التصرف في أموال الصغير، و هو تعدّي الحكم إلى أب الجدّ و جدّ الجد، كما إذا كان للطفل أب و هو زيد، و جدّ و هو عمرو، و أب جدّ و هو بكر، و جدّ جدّ و هو بشر، فإنّه لا ريب- كما تقدم- في ثبوت الولاية لزيد و عمرو، و هل يشارك بكر و بشر زيدا في الولاية و جواز المزاحمة كما جاز للجدّ و هو عمرو؟ أم أنّها مختصة بالجدّ الداني أعني عمراً؟

اختار المصنف وفاقا لغيره مشاركة أب الجدّ و جدّ الجد لوالد الطفل في ثبوت الولاية لهما على الصغير، و استدللّ عليه- بعد حكاية الإجماع- بطائفتين من الأخبار، و سيأتي بيانهما.

قال في الجواهر: «ثم إن الظاهر ثبوت جميع ما عرفت من الأحكام للجدّ- و إن علا- مع الأب، للصدق، فيندرج في جميع ما عرفته من الأدلة» (1).

(3) المدّعي لعدم الخلاف هو السيّد المجاهد قدّس سرّه، لقوله: «المراد بالجدّ هنا أب الأب و إن علا، كما صرّح به في التذكرة و الروضة و المسالك و الكفاية و الرياض، بل الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه» (2).

(4) و هو جواز التصرف في مال الصغير مع عدم المفسدة.

(1) جواهر الكلام، ج 29، ص 210، ولكنه تنظر فيه في كتاب الحجر، فراجع ج 26، ص 102

(2) المناهل، ص 105

ويدل عليه (1) ما دل على أن الشخص و ماله- الذي منه مال ابنه- لأبيه، و ما دل (2) على أن الولد و والده لجدّه.

## [لو فقد الأب و بقي الجد الأدنى و الأعلى]

و لو فقد (3) الأب و بقي الجدّ،

(1) أي: و يدل على أن الجدّ- و إن علا- يشارك الأب في الحكم ما دل .. إلخ.

و هذا إشارة إلى الطائفة الاولى، و هي رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام:

«فقلت لهم: فكيف يكون هذا هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟» فإنه عليه السلام استظهر من قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «أنت و مالك لأبيك» أمرين:

أحدهما: كون مال الولد للوالد.

و ثانيهما: كون نفس الإنسان و ما بيده من المال ملكا لوالده، أي لجدّ المولّى عليه.

و كذا يقال بالنسبة إلى أب الجدّ، فإن جدّ الصغير و ما بيده من أموال نفسه و ولده و حفيده كلّها لأب الجدّ. و لو كان جدّ الجدّ حيّا كانت له الولاية على أب الجدّ و أولاده.

(2) معطوف على «ما دلّ» و هذا إشارة إلى الطائفة الثانية، و هي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام المعلّلة بأن «الجارية و أباهما لجدّ». فكذا يقال بمقتضى معمّية التعليل: إن الجدّ و ولده و بنت و ولده يكونون لأب الجدّ، و هكذا بالنسبة إلى جدّ الجدّ.

و على هذا فلو هوى أب الجارية أن يزوّجها من رجل، و هوى جدّ جدّها تزويجها من رجل آخر لم يكن عبرة بقول الأب. هذا في النكاح. و تثبت الولاية على الأموال بالفحوى، كما تقدم في (ص 104).

(3) لو فقد الأب و بقي الجدّ الأدنى و الأعلى هذا فرع رابع ممّا يتعلق بولاية الأب و الجدّ، و هو حكم ولاية الأجداد عند فقد الأب، كما إذا كان لزيد ولد و أب و جدّ- و هو والد أبيه- و مات زيد، فهل تكون ولاية ولد زيد لوالد زيد الذي هو جدّ الولد، أم لوالد والد زيد، الذي هو جدّ زيد؟ فيه قولان، قال السيد المجاهد: «و هل الأجداد في مرتبة واحدة، فكّلهم أولياء بالاستقلال، أولا؟ بل الأقرب إلى الأب يمنع الأبعد. صرّح بالثاني في جامع المقاصد و المسالك

فهل أبوه و جدّه [أو جدّه (1)] يقوم مقامه (2) في المشاركة أو يخصّ هو (3) بالولاية؟

قولان: من (4) ظاهر أنّ الولد و والده لجدّه، و هو المحكي عن ظاهر جماعة،

---

و الكفاية. و يظهر الأوّل من إطلاق الشرائع و النافع و التبصرة و الإرشاد و التحرير و القواعد و التذكرة و الدروس و اللمة و كنز العرفان و الروضة و الرياض «(1)».

و مورد كلامه قدّس سرّه و إن كان تراحم الأجداد من دون تعرّض لموت الأب، إلّا أنّ المقصود بيان من يقدم قوله من الأجداد، و لا فرق فيه بين وجود الأب و فقده بعد ثبوت أولوية الجدّ من الأب.

(1) اختلفت النسخ في عطف الجدّ على الأب بالواو، و ب «أو» ففي النسخة المصححة المعتمد عليها العطف ب «أو» و يكون مقصود المصنف قدّس سرّه بيان أنّ أب المفقود تثبت له الولاية بالأصالة على ما تقدّم من كون الجدّ كالأب وليّاً على الصغير، و لكن هل تختص الولاية به؟ لفرض فقد الأب فيستقل بالتصرف، أم يشاركه غيره، و هذا الغير إمّا أب الجدّ و إمّا جدّ الجدّ.

و على هذا فالأنسب بسياق العبارة إرجاع ضميري «أبوه، جدّه» إلى «الجدّ» ليكون الغرض تحديد من يشارك جدّ الطفل. و لو أرجعنا الضميرين إلى الأب المفقود لزم كون أحد المشاركين هو أب الأب، من دون ذكر للمشارك، مع أنّ أب الأب- و هو جدّ الطفل- له شركة في الولاية لو لم يختصّ بها. و عليك بالتأمل في العبارة.

(2) أي: مقام الأب المفقود.

(3) أي: أب المفقود- أعني به جدّ الصغير- يختصّ بالولاية.

(4) هذا دليل ولاية أبي الميت و جدّه على الطفل، و حاصله: أنّ مقتضى ما دلّ على أنّ «الولد و والده لجدّه» هو كون ولاية الطفل لأبي الميت و جدّه، كما حكى عن جماعة.

قال في الجواهر: «لكن قد يظهر من خبر عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السّلام أولوية

---

(1) المناهل، ص 105، و هو المراد من الحاكي في قول الماتن: «المحكي عن جماعة».

و من (1) أن مقتضى قوله تعالى وَ أَوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ \* «1» كون القريب أولى بقريبه من البعيد. فنفي (2) ولاية البعيد، و خرج منه (3) الجدّ (4) مع الأب، و بقي الباقي (5).

---

الجدّ، باعتبار ولايته على الأب الذي هو ابنه بلا واسطة أو بوسائط» (2).

(1) هذا دليل القول الثاني، و هو: اختصاص الولاية بأبي الميت الذي هو الجدّ الأدنى للطفل، و محصل هذا الدليل: أن مقتضى قوله تعالى وَ أَوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ \* أولوية القريب من البعيد، و القريب هنا هو أبو الميت الذي هو الجدّ الأوّل للطفل، فإنّه أقرب إلى الطفل من جدّ الميت الذي هو الجدّ الثاني للطفل.

فإن قلت: الآية الشريفة- بمقتضى كون الأولوية فيها تعيينية لا تفضيلية- تنفي ولاية البعيد مع وجود القريب، و لازمه عدم مشاركة الجدّ أصلاً للأب، لظهور الآية في اختصاص القريب بالولاية، و من المعلوم أن القريب إلى الطفل هو الأب، و معه لا وجه لولاية الجدّ أصلاً، سواء أكان هو الأدنى أم الأعلى.

قلت: نعم، الأولوية التعيينية تنفي ولاية ما عدا الأب، حتى الجدّ القريب، لكن النصوص أخرجت هذا الجدّ من العموم، و حكمت بولايته على الحفيد، و أمّا سائر الجدود فلا ولاية لهم بمقتضى الآية.

(2) يعني: فنفي قوله تعالى ولاية البعيد، أي: الجدّ العالي، و هو جدّ الأب المتوفى.

(3) أي: خرج من عموم قوله تعالى وَ أَوْلُوا الْأَرْحَامِ \* و قد عرفت توضيح هذا الخروج بقولنا: «ان قلت .. قلت».

(4) أي: جدّ الصغير، إذ له الولاية المشتركة مع أب الطفل لو كان الأب حيّاً.

(5) و هو أبو الجدّ و جدّ الجدّ، فإنّه لا ولاية لهم، لأنّ القريب إلى المولى عليه هو الجدّ الأدنى لا سائر الجدود.

---

(1) الأنفال، الآية 75، الأحزاب، الآية 6

(2) جواهر الكلام، ج 29، ص 211

و ليس (1) المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك في المبدء، بل هو نظير قولك: «هو أحقُّ بالأمر من فلان» ونحوه (2). و هذا (3) محكي عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية.

(1) هذا دفع توهم، و هو: أن الآية تدلّ على ولاية اولي الأرحام، الذين منهم جدّ الأب، مع أحقيّة بعضهم- و هو أب الأب- و هذا ضدّ المقصود، أعني به نفي الولاية عن جدّ الأب، و إثباته لأبيه.

و محصل الدفع: أن هذا التوهم ناش من إرادة المعنى التفضيلي من كلمة «أولى» لكنه ليس كذلك، لإرادة التعيين منها، كما في آية الإرث، و كما في قولك: «فلان أحقُّ بالخلافة من فلان» و كقوله عليه السّلام: «فإنّ الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكات» و كما في الزوجة المتوفى عنها زوجها بعد العدة من قوله عليه السّلام: «هي أملك بنفسها» فإنّ صيغة التفضيل يراد منها أصل الوصف، من دون النظر إلى زيادته بالنسبة إلى فرد آخر.

(2) نظير قوله تعالى حكاية عن يوسف على نبينا و آله و عليه السلام «رَبِّ السَّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ» فإنّ «الأحبّ» منسلخ عن المعنى التفضيلي، و إلّا يلزم حبه عليه السّلام بما أرادت تلك المرأة منه، و يوسف عليه السّلام منزّه عن ذلك.

(3) يعني: و هذا القول الثاني حكاية السيد المجاهد قدّس سرّه- في عبارته المنقولة آنفا- عن المحقق و الشهيد الثانيين و الفاضل السبزواري. قال في المسالك: «و أمّا إقامة الجدّ مع أبيه مقام الأب مع الجدّ فعدمه أقوى».

و لم أجد تصريح المحقق الثاني بالعدم، و إنما قال: «و هل يكون للجدّ الأعلى مع الجدّ الأدنى ولاية؟ فيه نظر» (1). و لعل السيد المجاهد ظفر بكلام آخر في جامع المقاصد أو فوائده على الشرائع أو غيره، فنسب القول بالعدم إليه. كما لم أجد في الكفاية- بعد التتبع في البيع و الحجر و الوصية و النكاح- ما يدلّ على المطلب، فراجع.

(1) مسالك الأفهام، ج 7، ص 171، جامع المقاصد، ج 5، ص 187

ص: 112

(1) أي: و لمسألة ولاية الأب و الجدّ على الطفل مواضع أخر كالزكاة و الحجر و النكاح، فما تقدّم من الأبحاث ليس استقصاء لجميع أطراف المسألة، فلاحظ.

[1] ينبغي قبل التعرض لأدلة ولاية الأب على الصغير بيان ما هو الأصل في المسألة، فنقول و به نستعين:

لا إشكال في أنّ مقتضى الأصل عدم سلطنة أحد على غيره، لا في نفسه و لا في ماله.

و أمّا بعد أن ثبتت بإطلاق أدلتها، فلو شك في اعتبار شيء في ولاية الأب و الجدّ فمقتضى الإطلاقات عدم اعتباره.

فالمراد بالأصل هو الإطلاق اللفظي، لا الأصل العملي كما هو ظاهر المتن، و ذلك لأنّ الأصل العملي يقتضي عدم نفوذ التصرف في مال أحد بلا وجه شرعي. فالأصل يثبت اعتبار العدالة في الولي، لأنّ المتيقّن من التصرف هو تصرف العادل، و لا يثبت عدم اعتبارها بالأصل. و عطف «الإطلاقات» على الأصل كالنص في أنّ المراد بالأصل هو الأصل العملي.

لكن لم يظهر المراد منه، إذ لو أريد به أصالة عدم اشتراط الولاية بالعدالة، فإن رجعت إلى إطلاق أدلة الولاية فليست دليلاً على حدة في مقابل الإطلاق. و إن رجعت إلى غيره فلا أصل له، لحكومة ما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه.

و بالجملة: فالدليل على عدم اعتبار العدالة هو إطلاق أدلة الولاية. و مع الغض عنه يقتضي الأصل العملي اعتبارها.

ثم إنّه قد استدل على الولاية بأخبار مستفيضة مشتملة على طوائف أشير إليها في التوضيح.

و نوقش في الاستدلال بها. أمّا في الطائفة الأولى و هي نصوص تقويم الأب جارية الابن على نفسه فأخصّيّتها من المدّعى، و عدم المجال لدعوى عدم الفرق بين موردها و بين غيره. و ذلك لاحتمال كون جواز التقويم لأجل احتياجه إلى الجارية، كما في الإنفاق على نفسه، هذا.

لكن هذه المناقشة مندفة، إذ في أخصّيّتها أولاً: أنّ تقويمها قيمة عدل يدلّ على لزوم

حفظ مالية مال الصغير عادلة على الولي، وهو الأب. وهذا هو الضابط والمعياري في جواز تصرفه في مال الطفل، فلا خصوصية في المورد.

وثانياً: أنه لا وجه للحمل على الحاجة أولاً، لكونه خلاف الظاهر، بل السؤال عن حكم العنوان الأولي دون الثانوي الاضطراري.

وبعبارة أخرى: وقع السؤال عن جواز وطئها بالعنوان الأولي.

وثانياً: أنه لا دليل على كون حاجته مجوزة للتقويم المزبور.

هذا كله مضافاً إلى: أنه بعد تسليم الأخصية لا مانع من التعدي عن مورده بالأولية، لأهمية البضع من المال. فالتمسك بنصوص تقويم الأب جارية الابن على نفسه لإثبات ولاية الأب على الطفل في محله، هذا.

وأما في الطائفة الثانية- وهي أخبار الوصية- فبعدم دلالتها على جواز تصرف الوصي في مال كان للصغير في حال حياة الأب- كإرثه من أمه، لأنها إنما تدل على جواز تصرفه في مال يملكه الطفل من تركة أبيه، هذا.

لكن فيه: أن ظاهر قول السائل: «و بمال لهم» هو التوصيف الفعلي، وكون الظرف مستقراً، يعني: و بمال ثابت لهم، لا بمال يحصل لهم بموت أبيه. فتدل هذه الطائفة على جواز تصرف الوصي في مال الطفل في حال حياة الموصى، لا بعد موته حتى يقال: إن تصرف الوصي في مال الطفل هو تصرف الوصي بالتسيب.

وأما الطائفة الثالثة- وهي أخبار التجارة بماله- فبما مرّ في الطائفة الثانية من عدم دلالتها على التجارة بمال الطفل زمان حياة أبيه، وإنما تدل على جواز التجارة بماله بعد موت أبيه، وهذا تصرف من أبيه، للوصية الموجبة لاتصال تصرفات حياته بتصرفاته بعد موته.

لكن قد عرفت ما فيه.

وأما الطائفة الرابعة- التي لا بدّ من البحث في مفادها حتى يتضح صحة الاستدلال بها على ثبوت ولاية الأب و الجد على الطفل و عدم ثبوتها- فهي على صنفين:

أحدهما: ما يدلّ على حلية مال الولد للوالد مثل معتبرة محمد بن مسلم عن

---

الصادق عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء بغير سرف.

وقال في كتاب على عليه السلام: إنَّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء...» (1) الحديث، وغير ذلك من الروايات.

وثانيهما: ما يدل على: أنَّ مال الولد للوالد بدون ذكر الولد، كرواية يسار، قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام أ يحجَّ الرجل من مال ابنه وهو صغير؟ قال: نعم. قلت: يحجَّ حجة الإسلام وينفق منه؟ قال: نعم بالمعروف. ثم قال: نعم يحج منه وينفق منه، إنَّ مال الولد للوالد» (2).

أو مع ذكر الولد، كما في النبوي المعروف في رجل استعدى أباه: «أنت ومالك لأبيك» وقد وقع في جملة من الأخبار (3).

أمَّا الصَّنْفُ الأوَّلُ فالظاهر أنَّه ليس في مقام إثبات الولاية للأب على ابنه، بل سيق لبيان جواز أخذ الأب مقدار نفقته من مال ولده، لأنَّه مع فقره ممَّن تجب نفقته على الولد الغني.

فهو أجنبي عن مسألة ولاية الأب عليه.

وأمَّا الصَّنْفُ الثاني فلا بد من التكلم فيه حتى يظهر حقيقة الحال، فنقول وبه نستعين:

إنَّ اللام في نفسها في «لأبيك» تصلح للملك والولاية والسلطنة على الانتفاع بالولد وبماله، لكن لا يمكن إرادة الملك منها هنا، إذ المفروض حرّية الولد وعدم صيرورته ملكاً لأحد. وكذا ماله المضاف إليه، فإنَّه لا يعقل كون مال واحد في زمان واحد مضافاً بهذه الإضافة بنحو الاستقلال إلى شخصين.

وحمل اللام على الولاية ينفيه ورود «لأبيك» تارة في خصوص الولد الكبير، لعدم ولاية الأب على ولده الكبير ولا على ماله شرعاً قطعاً، وإخراج المورد قبيح. وإخرى في

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 195، الباب 78 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 1 ونحوه الحديث: 2

(2) المصدر، الحديث: 4

(3) المصدر، ص 197، الحديث 8 و 9



الأعم منه و من الصغير.

و حمل اللام على السلطنة على الانتفاع به و بماله لا يثبت الولاية، و ينافيه تقويم الجارية على نفسه بمعنى بيعها من نفسه، لأن مجرد الانتفاع بالولد و ماله لا يوجب سلطنته على بيع ماله، بل صحة بيعه منوطة بولايته، إذ يعتبر في المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالكين أو مأذونين من الشارع، كالأب و الجد و الفقيه الجامع للشرائط.

و لأجل الإشكال على حمل اللام على المعاني المذكورة التجأ بعض إلى حمل اللام على معنى يناسب جميع الموارد من الولد الكبير الرشيد، و وجوب الإعطاء على الولد مقدار حاجة الوالد، و عدم حبس الأب بإتلافه مال الولد و إن كان كبيرا، و ولاية الأب على جميع التصرفات الراجعة إلى الولد و ماله إذا كان صغيرا. و ذلك المعنى المناسب هو جعل اللام للتعليل، و الغرض منه الإشارة إلى كون الولد موهوبا للأب، و أنّ الأب من معدّات تكوّن الولد و وجوده، فلأب دخل إعدادي في تكوين الولد.

فكلّ ما للولد- كنفسه- من آثار وجود الأب و تكوّن الولد من الأب، و كونه من آثار وجوده يوجب ترتب آثار شرعية عليه، من جواز الانتفاع بماله إذا كان فقيرا، و من عدم جواز حبسه بإتلاف ماله ولده و إن كان كبيرا، و من ولايته على جميع التصرفات الراجعة إلى ولده و ماله إذا كان صغيرا.

كما يدلّ عليه مكاتبة محمد بن سنان: «انّ الرضا عليه السّلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسأله: و علّة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه- و ليس ذلك للولد- لأنّ الولد موهوب للوالد في قوله عزّ و جلّ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِاثًا وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ، مع أنّه المأخوذ بمؤنته صغيرا و كبيرا، و المنسوب إليه و المدعوّ له، لقوله عزّ و جلّ اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ. و لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: أنت و مالك لأبيك. و ليس للوالدة مثل ذلك، لا تأخذ من ماله شيئا إلا بإذنه أو بإذن الأب. و لأنّ الوالد مأخوذ بنفقة الولد، و لا تؤخذ المرأة بنفقة ولدها» (1).

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 197، الباب 78 من أبواب ما يكتسب به، الحديث: 9

ولو نوقش في هذا المعنى لكلمة اللام «بأنّ الحمل على أمر تكويني إخبار عن أمر خارجي، لا إنشاء حكم شرعي كما هو وظيفة الشارع» فغايته أنّه يصير هذا الكلام مجملا، وهو لا يقدر في الاستدلال بسائر جمل الروايات الظاهرة في الولاية المشتملة على «أنت و مالك لأبيك».

مضافا إلى: ما تقدم في الطائفة الاولى والثانية من إنّها ظاهرة في ثبوت الولاية للأب، فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الولاية للأب على ولده الصغير.

ثم إن هنا أمور ينبغي التنبيه عليها:

التنبيه الأول: أنّه هل يعتبر العدالة في ولاية الأب على التصرف في مال الطفل أم لا؟

المنسوب إلى المشهور عدم، لوجه:

الأول: الأصل. وقد تقدم أنّ الأصل يقتضي اعتبار العدالة، اقتصارا في مخالفة الأصل على القدر المتيقن، وهو كون الولي عادلا.

وقد يقرر الأصل بوجه:

منها: أنّ الأصل عدم تعلق الجعل الشرعي بقيد الولاية المجعولة شرعا قطعا. نظير الشك في جعل قيد في المركبات الارتباطية كالصلاة، فكما يجري الأصل هناك، فكذلك هنا.

وفيه: أنّ أصالة عدم تعلق الجعل الشرعي بقيد الولاية لا يثبت كون الأب وليا مطلقا وإن لم يكن عادلا إلا على القول بالأصل المثبت.

إلا أن يقال: إنّ إثبات شرط للمركّب أو نفيه عنه بالبراءة ليس مثبتا، كاستصحاب الطهارة، فإنّ من يستصحبها يصير واجدا للشرط، وأثره جواز الصلاة مع هذه الطهارة المستصحبة. وليس عنوان «المتطهر» موضوعا للحكم حتى يقال: إنّ لا يثبت باستصحاب الطهارة إلا على القول بالأصل المثبت.

لا يقال: إنّ أصالة عدم شرطية العدالة في الولاية تعارض بأصالة عدم جواز التصرف في مال الطفل. فالمرجع حينئذ أصالة عدم الولاية، أو عدم نفوذ معاملة الأب في مال الطفل، كما هو مقتضى أصالة الفساد.

فإنّه يقال: الشك في نفوذ المعاملة وفسادها ناش من الشك في شرطية العدالة وعدمها في الولاية. ومع جريان أصالة عدم الشرطية فيها يرتفع الشك في صحة المعاملة وفسادها. ومن الواضح حكومة الأصل السببي على المسببي.

ومنها: استصحاب عدم شرطية العدالة أزلا.

وفيه: عدم اعتبار الاستصحاب في الأعدام الأزلية، لما فيه من الإشكالات المذكورة في محلها.

ومنها: غير ذلك من الوجوه المقررة في الأصل غير الخالية عن الإشكال.

ثم إنّ التشبّث بالأصل إنّما يصحّ بعد فرض عدم الدليل الاجتهادي، إذ معه لا تصل النوبة إلى الأصل العملي كما لا يخفى.

الوجه الثاني: الإطلاقات التي تقدّمت جملة منها.

قيل: ويمكن أن يراد بها الأعم الشامل لإطلاقات العقود، لشمول «العقد» لما إذا صدر من الأب والجّد غير العادلين في مال الطفل.

لكن الظاهر أنّ إطلاقات العقود سيقّت لبيان حكم آخر، وهو نفوذ العقود ولزومها، وليست في مقام بيان ما يعتبر في المتعاقدين حتى يكون لها إطلاق من هذه الجهة.

الوجه الثالث: نفي الخلاف كما عن المفاتيح من قوله: «ويشترط فيهما الإسلام والعقل لا العدالة، بلا خلاف. وقيل: بل يجوز ولاية الكافر إذا كان المولّي عليه كافرا ولم يكن له وليّ مسلم. وهو حسن».

لكن يشكل الاعتماد على ما ادعى عليه من نفي الخلاف مع وجود المخالف، والقول باعتبار العدالة في الأب و الجدّ كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الرابع: السيرة القطعية المستمرة من زمن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إلى زماننا على عدم التفتيش عن كيفية تصرفات آباء الأطفال و الأجداد في أموالهم، و عدم معاملة الأجنبي معهم حتى يثبت عدالتهم هذا.

وقيل: باعتبار العدالة فيهما كما عن الوسيلة و الإيضاح، فاستدل في الأخير بما حاصله: أنه يستحيل من الحكيم تعالى شأنه أن يجعل فاسقا خائنا وليًا على القاصر الذي لا يستطيع على إصلاح أمره، فلا بدّ أن يكون الولي عادلا ليكون أمينًا صائنا لنفس الطفل و ماله.

وفيه: أنّ مقتضى هذا الوجه اعتبار الأمانة في الولي، لا اعتبار العدالة فيه إلّا على نحو الموضوعية كإمام الجمعة و الجماعة. و ذلك غير ثابت.

و استدل له أيضا بآية الركون الى الظالم.

وفيه: أنّ الظاهر إرادة حكّام الجور من الظالم أوّلا. و عدم صدق الركون الى الظالم على ولي الطفل ثانيا. و عدم كون المعاملة بمال الطفل معاملة بمال الغير، بل معاملة بمال نفسه بمقتضى «أنت و مالك لأبيك» ثالثا.

فتلخص ممّا ذكرنا: عدم نهوض دليل معتدّ به على اعتبار العدالة، في الأب و الجد، هذا.

التنبيه الثاني: هل يعتبر في تصرف الأب و الجد في مال الطفل المصلحة؟ أو عدم المفسدة، أم لا يعتبر شي ء منهما، فيصح التصرف حتى مع المفسدة، وجوه.

قد يوجه الأخير بإطلاق الأدلة، كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «أنت و مالك لأبيك» و «أَنَّ الْوَلَدَ وَ مَالَهُ مَوْهَبَةٌ مِنَ اللَّهِ سَبْحَانَهُ لِأَبِيهِ» كما ورد في التعليل المروي عن مولانا الامام الرضا صلوات الله و سلامه عليه: أنّ علة تحليل مال الولد لوالده هي كون الولد موهوبا للوالد، كما في قوله

تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ وَمِثْلَ هَذَا الْإِطْلَاقِ يَنْفِي اعْتِبَارَ وُجُودِ الْمَصْلُحَةِ وَعَدَمِ الْمَفْسُودَةِ.

كما يوجّه اعتبار عدم المفسدة بما يقيد إطلاق أدلة الولاية، كصححة أبي حمزة الشمالي ورواية أبي الحسين بن أبي العلاء المذكورتين في المتن، فإنهما ظاهرتان في تحديد التصرف في مال الطفل، وأنه لا بد أن لا يكون موجبا للفساد، بقرينة الاستشهاد بالآية المباركة. فالتصرف في مال الطفل إن كان مقرونا بالفساد لا ينفذ ولا يصح، هذا.

ويوجّه اعتبار المصلحة في صحة تصرف الأب و الجد في مال الطفل بوجوه:

الأول: الأصل، إذ المتيقن من جواز التصرف في مال الغير هو التصرف الذي يكون مصلحة للطفل.

الثاني: قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* فَإِنَّ الْأَحْسَنَ إِن أُرِيدَ بِهِ مَعْنَاهُ التَّفْضِيلِيُّ فَيَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ الْأَصْلَحِ فَضْلًا عَنِ الْمَصْلُحَةِ وَإِن أُرِيدَ بِهِ غَيْرَ مَعْنَاهُ التَّفْضِيلِيُّ فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَسَنِ هُوَ الْمَصْلُحَةُ.

الثالث: أن دليل ولاية عدول المؤمنين يدل على اعتبار المصلحة في ولايتهم. و الظاهر أن المناط فيها- وهو قصور الطفل عن إدارة شؤونه و حفظ مصالحه- موجود في ولاية الأب و الجد، مع عدم دليل يدل في المقام على خلافه. و لا بد من الإشارة إلى روايات الباب حتى يظهر ما هو الحق و الصواب، فنقول و به نستعين:

إن الأخبار على طوائف:

منها: ما تشتمل على قوله صلى الله عليه وآله و سلم: «أنت و مالك لأبيك» الوارد في كل من التصرف الاعتباري كالتزويج، كروايته عبيد بن زرارة و علي بن جعفر تعليلا لنفوذ تزويج الجد، و تقدمه على الأب «بأن الأب و ماله لوالده» أو «أن الابنة و والدها لجدّها»، و التصرف الخارجي في مال الطفل، كرواية العلل المتقدمة في (ص 91) ورواية سعيد بن يسار المتقدمة في (ص 90) الدالتين على جواز الأخذ من مال الولد للوالد، ورواية محمد بن مسلم المتقدمة في (ص 81) المتضمنة لإذن الأب في المضاربة، و مقتضى عموم التعليل

بكون إذن الأب نافذا هو نفوذ الإذن في مطلق تصرفات الأب في مال الابن، وإن كان مضرًا، فضلا عن عدم كونه مصلحة. فمن هذه الطائفة يستفاد إطلاق تصرفات الأب و الجدّ في مال الصغير.

و من طوائف الأخبار ما تدل على تقيد التصرف بالضرورة و الاحتياج، كرواية الحسين بن أبي العلاء المتقدم في (ص 93) و صحيحة أبي حمزة الثمالي المذكورة في (ص 94). و الظاهر أنّهما ليستا من أدلة ولاية الأب و الجد على مال الصغير، بل هما في مقام بيان جواز أخذ النفقة من مال الطفل، إذ نفقة الأب الفقير على ولده الغني. فموردهما التصرف الخارجي، لا الاعتباري، حتى يثبت لهما ولاية التصرف في المعاملات المتعلقة بأموال الطفل. هذا.

و من تلك الطوائف ما تدل على اعتبار مراعاة عدم الضرر في التصرف في مال الطفل، كصحيحة الكناني المتقدمة في (ص 80) الدالة على تقويم الجارية قيمة عدل.

و يستفاد منها اعتبار عدم الضرر في تصرف الأب في مال الطفل، و عدم النقص المالي في ماله.

و بتقيد الإطلاقات بمثل هذه الصحيحة يستفاد اعتبار عدم لزوم الضرر في تصرفات الأب، و كفاية عدم المفسدة في نفوذ تصرفاته في مال الطفل.

لكن رفع اليد عن ظاهر الآية الشريفة- و هو مراعاة الأحسن- مشكل.

التنبيه الثالث: في ولاية الجد، و الكلام فيها يقع في جهات. و قبل التعرض لها ينبغي التكلم فيما يقتضيه الأصل العملي إن فقد الدليل الاجتهادي، و وصلت النوبة إلى الأصل، فنقول:

إن مقتضى الأصل العملي عدم ولاية الجد الأعلى إذ المتيقن من الجدّ هو أبو الأب، فولاية الجدّ العالي خالية عن الدليل. إلا إذا ثبت إجماع على مساواة الأب مع آبائه في الولاية على الطفل كما ادّعي.

لكنه غير ثابت، لاحتمال استناد المجمعين إلى بعض الروايات، فلا بدّ حينئذ من الرجوع إليها، لسقوط الإجماع عن الاعتبار.

---

نعم أصل ثبوت ولاية الجدّ مشهور بين الأصحاب كما قيل.

ويمكن الاستدلال على ولايته بصحيفة عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته، فهوي أن يزوّج أحدهما، وهوي أبوه الآخر، أيهما أحقّ أن ينكح؟ قال: الذي هوي الجدّ أحقّ بالجارية، لأنّها وأباها للجد» (1).

لكنه مختص بالنكاح، ويشكل التعدي عنه الى التصرفات المالية، لمنع الأولوية لولاية الأب و الجدّ على نكاح البكر البالغة الرشيدة مع عدم ولايتهما على التصرف في مالها.

وأما ذكر قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلم في رواية عبيد بن زرارة فهو في مقام إلزام من حضر في مجلس بعض الأمراء، لا في مقام إثبات ولاية الجد حتى تثبت ولايته في المال والنكاح معا.

لكن هنا روايات سبع تدل على ولاية الجد للأب على تزويج الصغيرة (2).

الآن موردها النكاح الذي هو أخصّ من المدعى، إذ المقصود إثبات الولاية للجد في التصرفات المالية أيضا.

نعم يمكن إثباتها بالسيرة، كما يمكن إثباتها بقوله عليه السّلام في صحيفة ابن جعفر المتقدمة آنفا: «لأنّها وأباها للجد» بتقريب: أنّه تعليل لثبوت ولايته في النكاح وفي غيره، فإنّ هذا التعليل صالح لأن يكون علّة لجعل الولاية المطلقة للجدّ، فليتأمل.

وبالجملة: فلا ينبغي الإشكال في ولاية الجد، فإن لم يمكن إثباتها بنحو الإطلاق من الروايات، فلا مانع من إثبات إطلاقها بالسيرة القطعية الثابتة، لولاية الجد في جميع شؤون الطفل من النكاح والتصرفات المالية من صدر الإسلام من غير نكير إلى زماننا هذا.

وأما الجهات المتعلقة بهذا التنبيه:

فمنها: أنّ ولاية الجدّ هل هي عرضية أم طولية؟ المحكي عن كثير من القدماء إناطة ولاية الجد بحياة الأب في عقد النكاح، استنادا إلى رواية الفضل بن عبد الملك عن

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 219، الباب 11 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح 8.

(2) المصدر، ص 218-219.

أبي عبد الله عليه السلام: «إنَّ الجدَّ إذا زوّج ابنة ابنه و كان أبوها حيًّا و كان الجدُّ مرضياً جاز، قلنا: فإن هوي أبو الجارية هوى، و هوى الجد هوى، و هما سواء في العدل و الرضا؟ قال: أحبُّ إليَّ أن ترضى بقول الجد» (1).

ولكن لا مفهوم لهذه القضية الشرطية، بل هي سبقت لتحقيق الموضوع.

مضافاً إلى ضعف سندها وإعراض الأصحاب عنها، لما تقدّم عن العلامة من دعوى الإجماع على ولاية الفاسق في التزويج.

فإن قلت: نصوص ولاية الجد على نكاح الطفل دلّت على ولايته في حال حياة أبي الطفل، و لا دليل على ولايته بعد موته، فيرجع إلى أصالة عدم الولاية. فما عن كثير من القدماء من اختصاص ولاية الجد بحال حياة ابنه متين.

قلت: لا مانع من استصحاب ولايته الثابتة حال حياة ابنه، و لا مجال لأصالة عدم الولاية، لأنّ الشك ليس في حدوثها، بل الشك في بقائها، و هو مجرى الاستصحاب، و الشك هنا من مصاديق الشك في رافعية الموجود، و هو الموت.

نعم تجري أصالة عدم الولاية إن لم تثبت ولايته سابقاً، كما إذا كان الولد نطفة حين موت والده، فإنّ الجدّ ليس وليّاً على الطفل الذي هو نطفة حين وفاة أبيه. و هذا شك في حدوث الولاية، فالجاري فيه أصالة عدم الولاية.

هذا مع الغصّ عن السيرة، وإلا فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي.

فتلخص: أنّ ولاية الجد عرضيّة و مستقلة، و لا تناط بحياة ابنه و لا بموته.

و من تلك الجهات: أنّ مقتضى الروايات الثمانية الدالة على ولاية الأب و الجدّ في تزويج الطفل هو كون ولاية الجد في عرض ولاية الأب.

لكن ظاهر العلامة في وصايا التذكرة خلاف ذلك، حيث قال: «ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجد، و ولاية الجدّ مقدّمة على ولاية الوصي للأب، و الوصي للأب أو الجد أولى

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 218، الباب 11 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح 4



من الحاكم» (1). فإن ظاهره طولية ولاية الجد وتأخرها رتبة عن ولاية الأب. وهو خلاف ظهور تلك الروايات في عرضية ولاية الجد للأب، لا طوليتها.

ومن تلك الجهات: أنّ الجدّ إذا تعدّد، فهل الولاية تثبت للجميع أم تختص بالجد القريب؟ فإن كان المستند في ولاية الجد الأخبار تثبت الولاية لجميعهم، وإن كان هو السيرة فالمتيقن هو أقرب الأجداد.

ومن تلك الجهات: أنّ الظاهر اختصاص الولاية بالأب والجدّ النسبيين دون الرضاعيين، لأنّهما - على فرض صدق الأب و الجد عليهما حقيقة - تنصرف الأدلة عنهما، ولم نقف على تعرض أحد للحقوق الرضاعيين بالنسبيين. و دليل تنزيل الرضاع منزلة النسب ناظر إلى الأوصاف والأحكام الظاهرة. وعلى فرض الشك في شمول دليل الولاية لهما فمقتضى الأصل عدمها.

وأما ولاية الأب و الجدّ على من ولد منهما بالزنا، فالظاهر ثبوتها لهما، لصدق الأب و الجد عليهما حقيقة بالنسبة إلى هذا الولد. وهذه المعاني الحقيقية العرفية موضوعات للأحكام الشرعية.

وأولى بثبوت الولاية للأب و الجد ما إذا كان تولد الولد منهما على الوجه المحرّم غير الزنا، كالتولد من وطئ محرّم بالعرض كالوطئ في حال الحيض والإحرام والصوم، أو من تلقيح ماء أجنبي في جوف المرأة، فإنّ الولد في جميع هذه الصور لصاحب الماء، ومقتضى موضوعية المعاني العرفية للأحكام الشرعية ثبوت الولاية وغيرها من الأحكام الشرعية للأب و الجدّ إلا ما خرج كالإرث، فإنّ الزنا مانع عنه.

وهل للولي من الأب و الجدّ ولاية على الطلاق، وهبة مدة المتعة، وفسخ عقد النكاح بأحد موجباته أم لا؟ المسألة مبنية على وجود الإطلاق أو العموم في أدلة الولاية و عدمه.

فعلى الأوّل تثبت ولايته في جميع أمور الطفل. وعلى الثاني لا تثبت لأنّ السيرة دليل لبّي لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 510، السطر 22

إشارة

مسألة (1) من جملة أولياء التصرف في مال من (2) لا يستقل [1] بالتصرف في ماله الحاكم (3).

---

(1) 2- ولاية الفقيه ذكرنا في (ص 79) أن المأذون شرعا في التصرف في مال القاصر هو الأب والجد، والحاكم الشرعي والعدول، و تقدّم الكلام في ولاية الأب والجد ولم يتعرض المصنف لحكم الوصي من قبل أحدهما لكونه موكولا إلى باب الوصية، و شرع في حكم ولاية الفقيه، و بسط الكلام فيه بعد تحديد الموضوع، و هو المجتهد الجامع لشرائط التقليد و الفتوى.

(2) يعني: أنّ للحاكم الشرعي التصرف في مال من لا يكون أهلا شرعا للتصرف في ماله مستقلا، كاليتيم الذي لا جد له، و لم يعين أبوه أو جدّه وصيا عليه. و كذا السفية و المجنون في الجملة، و المفلس.

(3) مبتدء لقوله: «من جملة» و المراد بالتصرف أعم من الخارجي و الاعتباري.

---

[1] لعلّ إبداله ب «من لا سلطنة له على التصرف في ماله» أولى، لكونه أشمل، لشموله لمن ليس له اقتضاء التصرف في ماله أصلا حتى مع الإذن أو الإجازة من ولي الأمر كالمجنون و الصبي غير المميز. بخلاف عنوان المتن، فإنّ ظاهره خصوص من لا ينفذ تصرفه بالاستقلال، و يكون شرط نفوذه إذن الولي، و لا يشمل من لا ينفذ تصرفه حتى مع الإذن أو الإجازة، فتدبر.

و المراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى (1).

وقد رأينا هنا (2) ذكر مناصب الفقيه امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعينا بالله:

### **للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:**

للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الإفتاء [1] فيما يحتاج إليه العامي (3) في عمله. و مورده (4) المسائل الفرعية (5) و الموضوعات الاستنباطية (6) من حيث ترتب حكم فرعي عليها.

و لا إشكال و لا خلاف في ثبوت هذا المنصب (7) للفقيه، إلا ممن (8) لا يرى

---

(1) التي عمدتها الاجتهاد و العدالة، و أكثر ما عدهما من الشرائط مبني على الاحتياط كما قرّر في محلّه.

(2) أي: مبحث ولاية الفقيه الذي هو من مباحث أولياء التصرف.

(3) و هو من لم يبلغ رتبة الاجتهاد و إن كان له حظّ من العلم.

(4) أي: و مورد الإفتاء- الذي هو أحد المناصب الثلاثة للفقيه- المسائل الفرعية.

(5) و هي الأحكام الخمسة التكليفية، و كذا الأحكام الوضعية.

(6) كالغناء و الآنية و المفازة، فإنّها- لترتب الأحكام الفرعية عليها- تكون مورداً لإفتاء الحاكم الشرعي. و أمّا الماهيات المخترعة الشرعية كالصلاة و الصوم و نحوهما فهي بأنفسها مورد للإفتاء كنفس الأحكام الشرعية، لأنّ ماهياتها مأخوذة من الشارع كأحكامها.

(7) و هو الإفتاء، حيث إنّ الفقيه هو العالم بالأحكام، فهو المرجع فيها.

(8) و هو بعض الأخباريين المانع عن التقليد، و بعض الأصوليين القائل بوجوب الاجتهاد عينا «1».

---

[1] ليس نفس الإفتاء و الإخبار عمّا اعتقده من الفتوى- كما هو ظاهر العنوان «الأحكام»- مراداً، بل المقصود حجية الفتوى، و جواز أو وجوب العمل بها.

---

(1) نقلنا بعض كلماتهم في شرحنا على الكفاية، فراجع منتهى الدراية، ج 8، ص 526

ص: 126

جواز التقليد للعامي.

و تفصيل الكلام في هذا المقام (1) موكول إلى مباحث الاجتهاد والتقليد.

الثاني: (2) الحكومة، فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها في الجملة (3).

و هذا المنصب (4) أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوى و نصاً. و تفصيل الكلام فيه (5) من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث (6) ولاية (7) التصرف في الأموال و الأنفس،

### **ولاية التصرف في الأموال و الأنفس تتصور على وجهين]**

و هو (8) المقصود بالتفصيل هنا، فنقول: الولاية تتصور على وجهين:

الأول: استقلال (9) الولي بالتصرف

---

(1) أي: مقام إفتاء المجتهد، أي: جواز العمل بفتواه، لا مجرد جواز الإفتاء و إظهار فتواه، فإنه ليس منصباً، و لا يتوقف جوازه على جواز تقليده.

(2) أي: المنصب الثاني. و المراد بالحكومة هو الحكم بين الناس بالحق و العدل.

سواء أكان في الخصومات و المرافعات أم غيرها كثبوت الهلال و الحجر للفلس.

(3) إشارة إلى الخلاف الواقع في بعض الموارد كحكم الحاكم بثبوت الهلال.

(4) أي: منصب الحكومة كمنصب الإفتاء ثابت للفقيه بلا خلاف نصاً و فتوى.

(5) أي: في منصب الحكومة من حيث شرائط الحاكم كالعادلة و الفقاهاة و غيرهما، و من حيث شرائط المحكوم به كالزوجة و الملكية و الرقية و غيرها، و من حيث شرائط المحكوم عليه من كون حكمه نافذاً على الكل حتى على مجتهد آخر، أو نافذاً على خصوص المتخاصمين.

(6) أي: المنصب الثالث للفقيه- الذي هو المقصود الأصلي من البحث هنا- هو ولاية التصرف في النفوس و الأموال بحيث يكون الفقيه أولى من الناس بالتصرف في أموالهم و أنفسهم.

(7) خبر قوله: «الثالث».

(8) أي: و المنصب الثالث هو المقصود بالتفصيل هنا أي مبحث ولاية الفقيه.

(9) بمعنى عدم توقف نفوذ تصرفه على إذن الغير أو إجازته، بل هو تام الاختيار

ص: 127

مع قطع النظر (1) عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، و مرجع هذا (2) إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني (3) عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون (4) تصرف الغير منوطاً بإذنه و إن لم يكن هو (5) مستقلاً بالتصرف. و مرجع هذا (6) إلى كون نظره شرطاً في جواز

---

في تصرفه، كولاية على الأوقاف التي لا ولي لها، و على القصر كالصبيان و المجانين، فإن الفقيه ولي في هذه الموارد، فله التصدي لها مطلقاً، سواء أ كان مباشرة أم تسبباً بالإذن لغيره، أو بنصبه ولياً.

و ليس لازم هذا الاستقلال إناطة جواز تصرف الغير بإذن الفقيه. فليس كل مورد يستقل الفقيه فيه بالتصرف لا يجوز تصرف غيره، إلا بالإذن، بل يجوز لغيره التصرف بدون إذنه، كالزكاة، حيث إن للمالك تزكية ماله بدون إذن الفقيه، فهو كالحاكم مستقل في إخراج الزكاة، و ليس جواز فعله منوطاً بنظر الحاكم.

(1) وجه عدم النظر هو اجتماع استقلال الحاكم بالتصرف مع كون تصرف الغير منوطاً بإذنه، و مع عدم إناطة تصرفه بإذن الحاكم، كما إذا كان له أيضاً ولاية التصرف بالاستقلال كالزكاة على ما مرّ آنفاً.

(2) أي: الوجه الأول من وجهي الولاية، و محصله: أن نظر الفقيه سبب تام لجواز تصرفه، و ليس لشيء آخر دخل في سببية نظره.

و بيان آخر: ليس جواز تصرفه مشروطاً بشيء آخر غير إرادته، فهي علة تامة لجوازه.

(3) أي: الوجه الثاني من وجهي الولاية عدم استقلال غير الفقيه بالتصرف، بأن يكون جواز تصرفه منوطاً بإذن الفقيه و إن لم يكن الفقيه مستقلاً بالتصرف، كالتقاص، فإنه على ما قيل: يجوز لغير الحاكم بإذنه و إن لم يجز ذلك للحاكم بالاستقلال.

(4) معطوف على «عدم» عطفاً تفسيرياً، و مرجع ضمير «بإذنه» هو الفقيه.

(5) أي: و إن لم يكن الفقيه مستقلاً بالتصرف كالتقاص على قول كما مرّ آنفاً.

(6) أي: الوجه الثاني، و هو عدم استقلال غير الفقيه بالتصرف، و حاصله: أن نظر

تصرف غيره (1).

وبين موارد الوجهين (2) عموم من وجه.

ثم إذنه (3) المعتبر في تصرف الغير: إما أن يكون على وجه الاستنابة، كوكيل الحاكم.

الفقيه شرط في صحة تصرف غيره كصلاة الميت الذي لا ولي له، فإن صحة صلاة غيره منوطة بإذنه، دون وجوبها، لأنها واجبة كفايًا على الجميع.

(1) هذا الضمير وضمير «نظره» راجعان إلى الفقيه.

(2) وهما وجهها ولاية الفقيه من استقلاله بالتصرف، و من عدم استقلال غيره بالتصرف. و الأولى إسقاط كلمة «موارد» بأن يقال: «وبين الوجهين عموم من وجه».

و كيف كان فمادة اجتماعهما هي التصرف في سهم الإمام عليه السلام، فإن الفقيه مستقل في التصرف فيه على الأظهر، و تصرف غيره فيه منوط بإذنه. وكذا التصرف في مجهول المالك على الأقوى.

و مادة الوجه الأول استقلال الحاكم في التصرف في الزكاة، و عدم اشتراط تصرف غيره بإذنه.

و مادة الوجه الثاني هي التقاص، فإن تصرف غير الفقيه فيه منوط بإذنه، مع عدم استقلال الحاكم بالتصرف فيه على ما قيل.

(3) مبتدء، و خبره جملة «إما أن يكون ..» و غرضه بيان كيفية إذن الحاكم لغيره في التصرف على كلا الوجهين: من استقلال الفقيه في التصرف، و من إناطة تصرف الغير بإذنه. توضيحه: أن استقلال الحاكم بالتصرف يقتضي أن يكون هو المتصرف سواء أ كان تصرفه بالمباشرة كتصديده بنفسه لأموال الأوقاف، أم بالتسبيب كتوكيل غيره في التصدي لها، فإن التوكيل تفويض سلطنة الموكل، ففعل الوكيل يضاف إلى الموكل. و كمنصبه متوليًا على الوقف.

و الفرق بين الوكيل و المتولي هو: أن الوكيل ينزل بموت الموكل، لأنه مقتضى العقود الإذنية التي منها الوكالة. و المتولي ينزل بموت من نصبه على ما قيل،



وإما (1) أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولّي الأوقاف من قبل الحاكم.

وإما (2) أن يكون على وجه الرضا، كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له.

### **[مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشي ء]**

إذا عرفت هذا فنقول: مقتضى الأصل (3) عدم ثبوت الولاية لأحد بشي ء من

لكنه لا يخلو من تأمل.

و كيف كان ففعل المتولّي و الوكيل يضاف إلى الحاكم نحو إضافة في مقابل فعله المباشري.

و الحاصل: أنّ التولية و التوكيل من شؤون استقلال الحاكم بالتصرف، بخلاف كون الإذن على وجه الرضا، فإنّ مورده فعل الغير المشروط صحته بإذن الحاكم.

و من المعلوم أنّ مجرد الإذن لا يجعل الفعل من أفعال الآذن، كصلاة الميت الفاقد للولي، فإنّ الصلاة فعل المصلّي، و لا تصير فعل الحاكم بمجرد إذنه له فيها. نعم صحته منوطة بإذنه.

(1) معطوف على «إمّا» و هذا و ما قبله من شؤون استقلال الفقيه بالتصرف، لا من شؤون توقف تصرف الغير على إذن الحاكم كما مرّ مفصّلاً.

(2) معطوف على «إمّا» و هذا هو الشق الثالث الذي يكون من شؤون إناطة صحة فعل الغير بإذن الفقيه، فإنّ الحاكم على وجه الرضا يكون في صورة اشتراط جواز تصرف الغير بإذنه.

(3) غرضه بيان الأصل في مسألة الشك في ثبوت الولاية للفقيه مع قطع النظر عن الأدلة الاجتهادية، أو فرض قصورها و وصول النوبة إلى الأصول العملية.

و المصنف قدّس سرّه أجرى الأصل الموضوعي، و هو أصل عدم ثبوت الولاية لأحد في شي ء من الأمور المذكورة، حيث إنّ الولاية على الغير نحو استيلاء عليه، و الأصل عدمه.

و مقتضاه عدم نفوذ شي ء من التصرفات العقدية و الإيقاعية المترتبة على الولاية. و لو لم يجر هذا الأصل الموضوعي لجرى الأصل الحكمي، و هو أصالة الفساد أي عدم ترتب الأثر.

## [الكلام في ثبوت الولاية للنبي و الأئمة عليهم السلام]

### [الولاية لهم بمعنى استقلالهم بالتصرف]

خرجنا عن هذا الأصل (1) في خصوص النبي و الأئمة «صلوات الله عليهم أجمعين» بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ «1»، و مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ

(1) الكلام في ثبوت الولاية للنبي و الأئمة عليهم السلام أي: خرجنا عن أصل عدم ثبوت الولاية في خصوص النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و الأئمة المعصومين «صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين» بالأدلة الأربعة من الكتاب و السنة و الإجماع و العقل.

ثم إنَّ المصنّف قدّس سرّه جعل البحث في مقامين:

أحدهما: الولاية بمعنى الاستقلال بالتصرف، و الآخر: الولاية بمعنى توقف تصرف الغير على إذن الفقيه.

أمّا المقام الأوّل، فقد استدل عليه بالأدلة الأربعة:

الأوّل: الكتاب، و قد ذكر جملة من الآيات في المتن.

و الانصاف أنّ أكثرها تدلّ على المطلوب، و دعوى «أنّ الأولوية من الأنفس لا تدلّ على الأولوية من الأموال» مدفوعة أولاً: بالأولوية، لأنّ الولاية في الأموال أهون من الولاية في النفوس.

و ثانياً: أنّ الامتنان على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقتضي إرادة العموم.

و كذا إطلاق نفي الاختيار في الآية الثانية يقتضي العموم للتصرفات المالية.

و كذا إطلاق «أمره» في الآية الثالثة- الذي هو مفرد مضاف- يقتضي العموم للأمر المتعلقة بالأموال.

و الاشكال عليها و على مثلها ممّا يدل على لزوم الإطاعة «بأنّ دلالتها على المدعى

«(1)، فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ (1) أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (2)، وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ  
«(3)، وَإِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ..» (4) الآية،

منوطة بدعوى الملازمة بين وجوب الإطاعة والولاية. وهي ممنوعة، لانفكاكهما كما في وجوب إطاعة الامّ على الولد، مع وضوح عدم ولايتها عليه. وكذا وجوب إطاعة الولد الكبير الرشيد لوالده، مع عدم ولايته عليه» مندفع بأن ذلك في غير أمره سبحانه وتعالى والنبى وآله المعصومين «عليهم الصلاة والسلام» الذين هم علل التكوين، ومبدأ الموجودات الإمكانية، ومجاري الفيض على جميع ما اكتسى ثوب الوجود.

فالملازمة بين إطاعة الله عزّ وجلّ والنبى والأئمة الطاهرين عليهم أفضل صلوات المصلين وبين ولايتهم عليهم السلام في غاية الوضوح، فلا ينبغي أن يقال: إنّ ما دلّ على وجوب إطاعتهم عليهم السلام أجنبى عن مسألة الولاية.

(1) بناء على رجوع الضمير إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم. قال في المجمع: «حذّروهم سبحانه وتعالى عن مخالفة نبيّه صلى الله عليه وآله وسلم» (5) ونقل في البحار عن تفسير فرات: «قيل: يا با جعفر حدّثني في من نزلت؟ قال: نزلت في رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وجرى مثلها من النبى صلى الله عليه وآله وسلم في الأوصياء في طاعتهم» (6).

وأما بناء على رجوع الضمير في «أمره» إليه تعالى كان الخطاب للمعرضين عن أوامره ونواهيّه عزّ وجلّ، ولا تكون الآية حينئذ دليلاً على لزوم إطاعة أولياءه في غير جهة التبليغ.

(1) الأحزاب، الآية 36

(2) النور، الآية 63

(3) النساء، الآية: 59

(4) المائدة، الآية: 55

(5) مجمع البيان، ج 7، ص 249

(6) بحار الأنوار، ج 24، ص 301 و 302، الحديث: 58

(1) مثل ما استدلل به في برهان الفقه على ذلك بقوله تعالى فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ وَقوله تعالى فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ «1».

و يدل عليه أيضا قوله تعالى وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا «2» بضميمة ما ورد في تفسير الملك العظيم بفرض الطاعة وأن «من أطاعهم أطاع الله و من عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم» «3».

وقوله تعالى وَ اعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا «4» و غير ذلك من الآيات الكثيرة

[1] لا يخفى أن غرض المصنف قدس سره الخروج عن أصل عدم الولاية بكلا معنيها- وهما الاستقلال بالتصرف و توقف تصرف الغير على إذنه- في خصوص النبي و الأئمة المعصومين «صلى الله عليه و عليهم أجمعين». و على هذا فالأولى كما في بعض الحواشي سوق العبارة هكذا: «خرجنا عن هذا الأصل في الولاية بكلا معنيها في خصوص النبي و آله أوصيائه المعصومين «صلوات الله عليهم أجمعين إلى يوم الدين». أما بالمعنى الأول فبالأدلة الأربعة .. و أما بالمعنى الثاني فبأخبار خاصة تدل على وجوب الرجوع إليهم .. إلخ».

و كيف كان فالداعي إلى البحث عن ولايتهم «عليهم الصلاة و السلام» مع خروج ذلك عن وظيفتنا، و وضوح نفوذ كل تصرف يصدر منهم «عليهم الصلاة و السلام» في الأموال و الأنفس، كما إذا باع احد منهم «صلوات الله عليهم» مال زيد من عمرو، فإنه نافذ سواء رضي

(1) برهان الفقه، كتاب الصوم، بحث ثبوت الهلال بحكم الحاكم، و الآيتان في سورة النساء: 65 و 59

(2) النساء، الآية 54

(3) بحار الأنوار، ج 23، ص 290، ح 17، و ص 285، ح 1، و ص 287، ح 7-11 و ص 291-292 ح 21 الى 25، و ص 301، ح

57

(4) آل عمران، الآية 103.

ص: 133

وقال النبي (1) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ كما في رواية أُيُوب بن عطية (2) «أنا أولى بكلِّ مؤمن من نفسه». وقال في يوم غدِير خم: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى، قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه» (1).

والأخبار في افتراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك (3) منها مقبولة (4) عمر بن حنظلة

---

والأخبار المتواترة الدالة على وجوب إطاعتهم ومتابعتهم، والمحدّثة عن مخالفتهم، فراجع غاية المرام والبحار.

(1) هذا شروع في الاستدلال بالسنة.

(2) وهو الحدّاء، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقول:

أنا أولى .. إلخ» (2).

(3) أي: في ولايتهم عليهم السلام وافتراض طاعتهم، وضمير «منها» راجع إلى الأخبار.

(4) فاعل «يكفي» أي: يكفي في ثبوت ولايتهم عليهم السلام من الأخبار مقبولة عمر بن حنظلة، التي ورد فيها- بعد بيان صفات القاضي الإمامي-: «فإني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم الله، وعلينا ردّ، والرّادّ علينا الرّادّ على الله» (3).

---

زيد بذلك أم لا. وكما إذا زوّج هو «سلام الله عليه» بنت زيد، فإنّ تزويجه عليه السلام نافذ، سواء أكانت صغيرة أم كبيرة، مع البناء على ولاية أبيها عليها، وسواء رضي الأب أم لا، فإنّ نفس تصرفهم كاشف عن ولايتهم مع عصمتهم «عليهم أفضل الصلاة والسلام» وعدم صدور مثل

---

(1) الحديث من المتواترات بين الفريقين، انظر كتاب الغدير للوقوف على مصادره ج 1، ص 14-158

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 551، الباب 3 من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة، ح 4

(3) وسائل الشيعة، ج 18، ص 98-99، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 1

و مشهورة أبي خديجة (1)، و التوقيع الآتي «1» [1]، حيث علل فيها حكومة الفقيه و تسلطه على الناس «بأني (2) قد جعلته كذلك (3) و أنه (4) حجتي عليكم» [2].

و أمّا الإجماع (5) فغير خفي.

---

(1) وفيها: «فإني قد جعلته عليكم قاضيا» (2).

(2) متعلق بقوله: «علل» و قوله: «حيث» تقرب لولايتهم عليهم السلام، حيث إن الفقيه جعل حاكما من قبله عليه السلام، و أنه حجة عنه عليه السلام، و لا يمكن هذا الجعل إلا مع كونه عليه السلام واجدا لهذا المنصب العظيم الشامخ.

(3) أي: مسلطا على الناس.

(4) معطوف على «أني» و الضمير راجع إلى الفقيه.

(5) بل هو من الضروريات، لكن لا مسرح للاستدلال بالإجماع هنا، لعدم كونه دليلا مستقلا حينئذ.

---

هذه الأفعال منهم «صلوات الله عليهم» لا يدل على عدم ولايتهم على الأموال و الأنفس هو إثبات ولايتهم عليهم السلام لإثباتها للفقيه لو دل دليل على ولايته.

[1] لم يظهر وجه المناسبة لذكر هذه الروايات الثلاث هنا، إذ المبحوث عنه هو إثبات الولاية المطلقة للمعصومين «عليهم الصلاة و السلام». و هذه الروايات قد استدل بها على ولاية الفقيه. إلا أن يراد بها إثبات ولايتهم عليهم السلام بالبرهان الإتي، حيث إن ولاية الفقيه تدل على ولايتهم عليهم السلام إنّا، لأنّ الفاقد لا يعطي. و لعلّه أشار إليه بقوله: «حيث علل فيها حكومة الفقيه .. إلخ».

[2] لكن الظاهر أنّ هذه الروايات الثلاث في مقام جعل منصب القضاء و الإفتاء للفقيه، دون الولاية المطلقة. نعم تثبت الولاية الثابتة لقضاة العامة في زمان صدور

---

(1) الآتي في ص 172

(2) وسائل الشريعة، ج 18، ص 100، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 6

وأما العقل القطعي، فالمستقل (1) منه حكمه بوجوب شكر المنعم [1] بعد معرفة أنهم أولياء النعم، والغير المستقل حكمه بأن الأبوّة إذا اقتضت وجوب إطاعة

---

(1) المراد بالعقل المستقل هو حكمه مع الغض عن حكم الشرع. بخلاف العقل غير المستقل، فإنه تابع لحكم الشرع، فإن وجوب إطاعة الأب شرعا على الابن اقتضى وجوب إطاعة الإمام عليه السلام على الرعية بالأولية.

وتقريب حكم العقل المستقل بإطاعتهم والالتقياد لهم هو: أنه لا ريب في كون ذواتهم المقدسة وسائط الفيض الإلهي، فهم أولياء النعم، كما لا ريب في أنهم عليهم السلام أمناء الله على حلاله وحرامه. والعقل مستقل بلزوم شكر المنعم، ولا يتحقق إلا بإطاعتهم والتسليم لهم، هذا.

---

الروايات لقضائنا، دون الولاية المطلقة. فهذه الروايات لا تدلّ إلا على إعطاء هذين المنصبين للفقهاء، ولا تدلّ على ولاية الإمام عليه السلام كما هو مقصود المصنف قدس سره فضلا عن ولاية الفقيه، فتدبر.

[1] لم يظهر معنى لكون ولايتهم «صلوات الله عليهم» - بمعنى نفوذ تصرفاتهم - مصداقا للشكر الواجب عقلا على المكلف، بل مصداقه أعني فعل المكلف هو إطاعته لهم عليهم السلام، لا فعلهم وهو تصرفهم عليهم السلام.

إلا أن يقال: إن الشكر الواجب عقلا على المكلف هو تنفيذ تصرفاتهم عليهم السلام، وعدمه كفران النعمة القبيح عقلا.

مضافا إلى: أنه إن أريد بالشكر الواجب عقلا إطاعة المنعم بما هو منعم اختص ذلك بإطاعة الأوامر والنواهي الإلزامية التكليفية، لأن في ترك إطاعتها خطر العقاب، ومن المعلوم أنّ همّ العقل تحصيل المؤمن منه. ولا يشمل حينئذ الوضعيات، كالعقود والإيقاعات الصادرة منهم عليهم السلام في أموال الناس وغيرها، فإن نفوذها خارج عن حكم العقل بلزوم الإطاعة.

الأب على الابن في الجملة، كانت (1) الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى، لأن (2) الحق

---

(1) جواب الشرط في «إذا اقتضت».

(2) تعليل لحكم العقل غير المستقل، و محصله: أن حق الأب على الابن - وهو مجرد كونه مقدّمة إعدادية لوجود الابن و تكونه - إذا كان مقتضياً لوجوب إطاعة أوامره الشخصية شرعاً، كان اقتضاؤه لوجوب إطاعتهم عليهم السّلام شرعاً لأوامرهم الشخصية بالأولوية، لأقوائيّة مقدّميتهم في مجاري الفيض التكويني و التشريعي من الأب، كما يتضح ذلك بملاحظة بعض الأدعية المأثورة [1].

---

وإن أريد بالشكر الخضوع التام للمنعم في جميع الأمور، فلا بأس بشموله للوضعيات أيضاً. لكن لا يعهد هذا الحكم من العقل.

فالاستدلال بوجوب شكر المنعم على الولاية المطلقة للمعصومين عليهم السّلام حتى تثبت للفقيه بأدلة الولاية مشكل، وإن كان في غيره من سائر الأدلة غنى و كفاية.

[1] الظاهر أن مراد المصنف قدّس سرّه بالأولوية ما ذكرناه من كون أقوائية مقدمة الإمام عليه السّلام في علل التكوين من مقدّمية الأب للولد في التكوّن و الوجود - التي هي بنحو الإعداد - موجبة لأولوية وجوب إطاعة الإمام عليه السّلام في أوامره الشخصية من وجوب إطاعة الولد لأبيه. و يشهد لإرادة المصنف لما ذكرناه قوله قبيل ذلك: «بعد معرفة أنهم أولياء النعم» فإنّ حكم العقل المستقل و غير المستقل مبني على كونهم أولياء النعم و وسائط الفيض على الخلق كله.

فكأنّه قال: «كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام الذي هو من أولياء النعم على الرعية بطريق أولى».

وبالجملة: فظاهر عبارة المتن كون مناط الأولوية هو أقوائية مقدمة الإمام عليه السّلام في مرحلة التكوين من مقدّمية الأب في تكوين الولد، و التعبير عن الخلق بالرعيّة للتنبية على تفوقهم على جميع الخلق، و سلطنتهم على جميع شؤونهم.



هنا (1) أعظم (2) بمراتب، فتأمل (3).

والمقصود من جميع ذلك (4)

(1) أي: في مسألة النبوة والإمامة.

(2) إذ ليس الأب إلا كونه معدًا من معدّات وجود الابن وتكوّنه كما عرفت، بخلافهم «صلوات الله عليهم»، فإنّهم علل التكوين و مجاري الفيوضات و النعم بأسرها.

فلا بد أن تكون إطاعتهم عليهم السّلام أولى من إطاعة الابن لأبيه، وبيمنه عليه السّلام رزق الوري ووجوده عليه السّلام ثبتت الأرض و السماء.

(3) لعله إشارة إلى: أنّ لزوم الإطاعة- الذي هو مفاد الأدلة- لا يثبت الولاية المقتضية لنفوذ التصرف في الأنفس و الأموال، لعدم التلازم بينهما.

أو إشارة إلى: أنّ وجوب إطاعة الأب على الابن لعلّه تعبد محض، و ليس بمناط ثبوت حقّ له حتى يتعدّى منه إلى الامام عليه السّلام بالأولوية. نظير وجوب إطاعة المملوك لمالكة مع عدم ثبوت حقّ له عليه في تكونه أو غيره.

أو إشارة إلى: عدم صحة قياس لزوم إطاعة الإمام عليه السّلام بإطاعة الأب، لعدم الدليل على وجوب إطاعته حتى يقاس عليه وجوب طاعة الإمام عليه السّلام بالأولوية، إذ الثابت هناك هو حرمة الإيذاء، فلا مانع من ترك إطاعة الأب إن لم يكن تركها إيذاء له.

(4) أي: و المقصود من الاستدلال بالأدلة الأربعة دفع توهم اختصاص وجوب

لا أنّ مناط الأولوية كون حقّ الامام على الرعية أعظم، كما استظهره من المتن بعض مدققي المحشين قدّس سرّه بقوله: «و هذا التقريب أولى ممّا ذكره قدّس سرّه من كون حق الامام على الرعية أعظم، فإنّ حيثية الإمامة و الرعية حيثية التربية الرّوحانية بإخراجهم من ظلمة الجهل إلى نور العلم، فهو ملاك آخر غير ملاك الأبوة و المقدمية للتكوين. فاقْتضاء حقّ لوجوب الإطاعة لا يلازم اقتضاء حقّ آخر لوجوب الإطاعة شرعا بالمساواة فضلا عن الأولوية» «1» قوله: «فاقتضاء حق- و هو الأبوة مثلا- لوجوب الإطاعة لا يلازم اقتضاء حق آخر- و هو حق الإمامة و الرعية- لوجوب الإطاعة شرعا بالمساواة فضلا عن الأولوية» فلاحظ و تدبّر.

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 213

دفع ما يتوهم من (1) أنّ وجوب إطاعة الإمام مختصّ بالأوامر الشرعية، وأنّه (2) لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطنته (3) على الأموال و الأنفس.

و بالجملة (4) فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التتبع و التأمل أنّ للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، وأنّ تصرفهم نافذ على الرعية ماض مطلقا (5) [1].

هذا كلّه في ولايتهم (6) بالمعنى الأوّل (7).

---

إطاعة الإمام عليه السلام بالأوامر الشرعية، و عدم الدليل على وجوب إطاعته في الأوامر العرفية أو سلطنته على الأموال و الأنفس.

و بالجملة: الغرض من الاستدلال بالأدلة الأربعة إثبات الولاية المطلقة للإمام عليه السلام على الرعية من الله سبحانه و تعالى، وأنّ كل تصرف منهم عليهم السلام نافذ في الأموال و الأنفس.

(1) بيان ل «ما» الموصول في «ما يتوهم».

(2) معطوف على «ان» و الضمير (أنّه) للشأن.

(3) معطوف على «وجوب» و ضمائر «طاعته، أوامره، سلطنته» راجعة الى الإمام.

(4) يعني: و حاصل كلام المصنف قدّس سرّه هو: أنّ المستفاد من الأدلة الأربعة المتقدمة- بعد التتبع و التأمل - الولاية العامة و السلطنة المطلقة للإمام على الرعية من قبل الله سبحانه و تعالى، و نفوذ تصرفاته في الأموال و الأنفس، و ينبغي أن يكون ذلك من الواضحات و إن كان استظهاره من بعض الأدلة مشكلا و مخدوشا.

(5) أي: في الأنفس و الأموال. و قوله: «و أنّ» معطوف على «أنّ».

(6) أي: ولاية النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم و الأئمة المعصومين عليهم السلام.

(7) و هو: استقلال المولى بالتصرف.

---

[1] قد عرفت في التعليقة عدم تمامية دلالة بعض تلك الأدلة على مدعاه قدّس سرّه، و العمدة ما دلّ على أولوية النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم بالمؤمنين من أنفسهم، و يتمّ في الأئمة عليهم السلام بعدم الفصل، و في الأموال بالأولوية و عدم الفصل.

و أمّا بالمعنى الثاني - أعني اشتراط تصرف الغير بإذنهم (1) - فهو (2) وإن كان مخالفا للأصل (3)، إلا أنه قد ورد أخبار (4) خاصة بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع غير المأخوذة على شخص معيّن [1] من الرعية، كالحدود و التعزيرات، و التصرف في أموال

---

(1) أي: بإذن المعصومين عليهم السلام.

هذا تمام الكلام في المقام الأول، أما المقام الثاني - وهو إثبات ولايتهم بمعنى دخل إذنهم في فعل الغير - فسيأتي.

(2) أي: المعنى الثاني من الولاية وهو اشتراط تصرف الغير بإذنهم.

(3) وهو أصل عدم اشتراط تصرف الغير بإذنهم «صلوات الله عليهم» و الأولى أن يقال: «و إن كان مخالفا للأصل أيضا».

(4) وهي بين ما يدل على وجوب طاعة الأئمة «عليهم الصلاة والسلام» مثل ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: ذروة الأمر و سنامه و مفتاحه و باب الأشياء و رضا الرحمن تبارك و تعالى: الطاعة للإمام بعد معرفته، ثم قال: إن الله تبارك و تعالى يقول:

مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ، وَ مَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا «1»» «2» و غير ذلك ممّا ورد بهذا المضمون «3».

---

[1] بل المأخوذة أيضا على أشخاص معيّنين، كصلاة الميت التي هي واجبة كفاية على جميع المكلفين، غاية الأمر أنّها تسقط بفعل بعضهم، فلا تختص الولاية بمعناها الثاني بالمصالح المطلوبة للشارع غير المأخوذة على شخص معيّن. و ليس هذا جامعا لما يشترط صحته بإذنهم عليهم السلام.

و لعلّ مراد المصنف قدّس سرّه بقوله: «غير المأخوذة على شخص معيّن» ما يشمل الواجب الكفائي، لصدقه على عدم أخذه على شخص معيّن، في مقابل أخذه على الجميع، فتدبر.

---

(1) النساء، الآية 8

(2) الكافي، ج 1، ص 185 و 186 باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام، ح 1

(3) المصدر، ح 3

وبعضها كرواية الحسين بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام تضمنت آيتي الإطاعة وولاية الأمر، قال: «ذكرت له عليه السلام قولنا في الأوصياء: أن طاعتهم مفترضة. قال: فقال:

نعم هم الذين قال الله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (1) و هم الذين قال الله عزّ وجلّ إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا» (2) «(3).

وقريب من ذلك سائر روايات الباب «(4).

وبين ما يدلّ على أنّ الأئمة عليهم السلام هم أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم، كرواية عبد الله بن عجلان عن أبي جعفر عليه السلام «في قول الله عزّ وجلّ فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ\*» (5) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الذكر أنا، والأئمة أهل الذكر.

وقوله عزّ وجلّ وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَكَ وَلِقَوْمِكَ وَسَوْفَ تُسْأَلُونَ» (6). قال أبو جعفر عليه السلام:

نحن قومه، ونحن المسؤولون» (7).

وكرواية عبد الرحمن بن كثير، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون، قال: الذكر محمد صلى الله عليه وآله وسلم ونحن أهله المسؤولون. قال: قلت: قوله:

وإنه لذكر لك ولقومك وسوف تسألون، قال: إيانا عني، ونحن أهل الذكر ونحن المسؤولون» (8).

وقريب منهما سائر روايات الباب «(9).

ومحصل ما يستفاد من مجموع روايات الباين: أمران:

(1) النساء، الآية 59

(2) المائدة، الآية 91

(3) الكافي، ج 1، ص 187، باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام، ح 7

(4) المصدر، الحديث: 8 و 10 و 12 و ص 188، ح 12

(5) النحل، الآية 45

(6) الزخرف، الآية 43

(7) الكافي، ج 1، ص 210، باب أن أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم هم الأئمة عليهم السلام، ح 1

(8) المصدر، ح 2

(9) المصدر، ص 211، ح 3 و 4 و 7

ص: 141

القاصرين، وإلزام الناس بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك (1).

ويكفي في ذلك (2) ما (3) دلّ على أنّهم أولوا الأمر وولّاه، فإنّ الظاهر من

---

أحدهما: أنّ أهل الذكر في الكتاب العزيز هم الأئمة المعصومون «صلوات الله عليهم أجمعين».

والآخر: وجوب إطاعتهم على الخلق، لأنّ الأمر بالسؤال عنهم عليهم السّلام يستلزم وجوب قبول جوابهم. ولا يستفاد منها إلّا وجوب الإطاعة. ولا تدل على موضوع وجوبها، وأنّه ممّا يستقل به الإمام عليه السّلام أو ممّا يشترط في صحته إذنه عليه السّلام.

ولعل مراد المصنف قدّس سرّه بالأخبار الخاصة روايات أخرى.

ولعلّ ما يكون منها بكلمة «اللام» - نظير ما ورد في الحدود والتعزيرات من «أنّها لإمام المسلمين» - ظاهراً في الولاية بالمعنى الأول، وهو الاستقلال بالتصرف، لظهور اللام في الاختصاص. وما يكون منها بلفظ الأولوية أو الأحقية ونحوهما - نظير ما ورد في صلاة الجنائز من «أن سلطان الله أحقّ بها من كل أحد» - ظاهراً في الولاية بالمعنى الثاني، وهو اشتراط تصرف الغير بإذنه، لكون صلاة الميت واجبة كفاً على الجميع، وصحّتها من الغير مشروطة بإذن السلطان.

(1) كالتصرف فيما هو ملك المسلمين قاطبة كالأراضي الخراجية، وغير ذلك ممّا علم بوجوب التصرف فيه أو بمشروعيته، إذ مع العلم بمشروعيته والشك في إطلاقها أو اختصاصها بالإمام عليه السّلام يكون مقتضى الأصل اعتبار إذنه عليه السّلام، لكون الشك في سقوط التكليف بعد العلم بثبوته، وأصالة التعيينية تقتضيها، فليتأمل [1].

(2) أي: في عدم جواز الاستقلال لغيرهم عليهم السّلام بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع التي لا يرضى الشارع بتعطيلها.

(3) فاعل «يكفي» وقد ورد ذلك في نصوص كثيرة، مثل ما رواه جابر الجعفي في

---

[1] وجهه: أنّه إن كان ذلك في زمان الحضور فلا بدّ من الرجوع إليه عليه السّلام، للتمكن من رفع الجهل بالرجوع إليه، وإن كان ذلك في زمان الغيبة، فيرجع إلى إطلاق الدليل إن كان. والآ فلا مانع من أصالة عدم اشتراط الإذن الحاكمة على أصالة الاشتغال، لتسبّب الشك في الاشتغال عن الشك في الاشتراط الذي يرجع فيه إلى أصالة عدمه.

تفسيره عن جابر الأنصاري، قال: «سألت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنْ قَوْلِهِ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ\* عرفنا الله ورسوله، فمن أولي الأمر؟ قال: هم خلفائي يا جابر وأئمة المسلمين بعدي، أولهم علي بن أبي طالب عليه السلام، ثم الحسن، ثم الحسين، ثم علي بن الحسين، ثم محمد بن علي المعروف في التوراة بالباقر، وستدركه يا جابر، فإذا لقيته فاقرأه مني السلام. ثم الصادق جعفر بن محمد، ثم موسى بن جعفر، ثم علي بن موسى، ثم محمد بن علي، ثم علي بن محمد، ثم الحسن بن علي، ثم سمِّي وكنِّي [و ذو كنيته] حجة الله في أرضه، وبقية في عباده ابن الحسن بن علي، الذي يفتح الله على يده مشارق الأرض ومغاربها، ذاك الذي يغيب عن شيعته [و أوليائه] غيبة لا يثبت [فيها] على القول في إمامته، إلا من امتحن .. قلبه بالإيمان» (1).

و تقريب الاستدلال: أن إطاعة أولي الأمر خصوصاً مع اقترانه بطاعة الله سبحانه وتعالى وطاعة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ تقتضي لزوم الرجوع إليهم في الأمور العامة التي يرجع فيها إلى من بيده أزمة الأمور.

وليس المراد ما قيل: من خصوص الأمور الراجعة إلى السلطنة والخلافة، بدعوى «ظهور الأمر في - أولي الأمر - في الخلافة حتى يختص ذلك بما يتعلق بشؤون السلطنة، كأخذ الخراج من الأراضي الخراجية، وجمع العسكر، وحفظ الثغور، وتجهيز الجيوش، وغير ذلك مما يتعلق بأمر السلطنة والخلافة، ولا يشمل كثيراً من الأمور غير المرتبطة بشؤون السلطنة، كالتصرف في أموال القصر والتصدي للأوقاف العامة التي ليس لها متولٍ منصوص من قبل واقفيها، وغير ذلك من الأمور الحسبية التي ليست هي من شؤون السلطنة، وعليه فالدليل أخص من المدعى، لخروج هذه الأمور الحسبية عن مفاد آية أولي الأمر».

وذلك لما عرفت من ظهور إطاعة أولي الأمر في جميع الأمور سواء أكانت متعلقة بأمر الخلافة والسلطنة أم غيره. ولا تكون الإضافة إلى الأمر قرينة على إرادة خصوص

(1) بحار الأنوار، ج 23، ص 289، الباب 17 من كتاب الإمامة، ح 16، رواه عن اعلام الورى و المناقب، و لاحظ الحديث 2 و 3 و 13 و 17 و 28 و 29 و 30 و 41 و 48 و 49 و 53 و 60، و لاحظ الكافي أيضاً، ج 1، ص 205 باب أن الأئمة عليهم السلام ولاة الأمر.

هذا العنوان (1) عرفاً من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص.

وكذا (2) ما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواية الحديث معللاً «بأنهم حجّتي عليكم وأنا حجة الله» [1] «1» [1]

الأمور القائمة بالخلافة والسلطنة، إذ مع الشك في قرينتها يتمسك بأصالة العموم أو الإطلاق الدافعة للشك في وجود القرينة وقرينة الموجود، من دون فرق بينهما، لحجية العام فيهما. وعدم رفع اليد عن الحجة إلا بالحجة، نظير حجية العام في المخصص المجمل المفهومي المرّد بين الأقل والأكثر، كمفهوم «الفاسق» المرّد بين مرتكب مطلق المعصية، ومرتكب الكبيرة، فإنه مع احتمال قرينة الفاسق بمعناه المطلق على التخصيص يتمسك بالعام، ولا يعبأ بهذا الاحتمال. فلا وجه لدعوى حجية العام في خصوص الشك في وجود القرينة.

(1) أي: عنوان أولى الأمر، فإن الرجوع إلى هذا العنوان ظاهر في الرجوع إلى أولى الأمر في الأمور العامة التي لم تحمل على شخص خاص. وهذا يشمل الواجب الكفائي وغيره، ولا يشمل الواجب العيني الذي حمل على كل شخص بعينه.

(2) معطوف على «ما دلّ على أنهم أولو الأمر» وهذا هو الدليل الثاني على الولاية بالمعنى الثاني، وحاصله: أن التعليل في التوقيع الرفيع «بأن رواية الحديث- المراد بهم الفقهاء- حجّتي عليكم وأنا حجة الله» يدلّ على أن الامام عليه السلام هو المرجع الأصلي في

[1] قد يقال: «الحجّية تكون في تبليغ أمر، فيختص مدلولها في المقام بتبليغ الأحكام الشرعية، ولا يشمل التصرفات الشخصية في الأموال والنفوس، أو تصدّي المصالح العامة من الحكومة وفصل الخصومة، أو إجراء الحدود، فإنّ كلّ ذلك أجنبي عن مفهوم الحجّية التي هي من الاحتجاج.. إلى أن قال: فالتوقيع الشريف أجنبي عن المدعى» (2).

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 101، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 9، رواه عن الصدوق في إكمال الدين وعن الشيخ في الغيبة.

(2) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني قدّس سرّه، ج 1، ص 156



الحوادث، وأنّ الفقهاء- وهم الرواة المذكورون في التوقيع الشريف- منصوبون من قبله عليه السّلام. والمراد بالحوادث هي الأمور التي تحتاج إلى الرأي والنظر، كامور القاصرين، وتصدّي الأوقاف التي لا متولّي لها. وليس المراد بها المسائل الشرعية، بأن يكون الرواة أي الفقهاء مراجع في أحكامها.

إذ فيه أولاً: أنّ المناسب حينئذ أن يقول عليه السّلام: «فإنهم حجج الله» كما يقال: الامناء على أحكامه، أو على حلاله وحرّامه».

أقول: لازم ما أفاده قدّس سرّه الالتزام بكون «الحجة» في قوله عليه السّلام: «و أنا حجة الله» بمعنى التبليغ فقط، مع شيوع إطلاق الحجة عليه وعلى كل واحد من الأئمة المعصومين «عليهم الصلاة والسلام». ولا- وجه للتفكيك في معنى كلمة «الحجة» في التوقيع بين إطلاقها على الإمام عليه السّلام وعلى الرواة. فهل يمكن أن يقال: إنّ المراد بقوله عليه السّلام: «و أنا حجة الله» خصوص تبليغ الأحكام؟

فليس المراد بالحجة معناها اللغوي، بل معناها العرفي العام الموجب لإرادة معنى واحد من الحجة فيه عليه السّلام وفي سائر الأئمة عليهم السّلام وفي الرواة. والفرق إنّما هو في الإضافة، حيث إنّ حجّية الإمام عليه السّلام مضافة إلى الله سبحانه وتعالى، كما قال عبّجّل الله تعالى فرجه الشريف: «و أنا حجة الله» وحجّية الرواة مضافة إلى نفسه المقدسة، لقوله صلوات الله عليه:

«فإنّهم حجّتي عليكم» ومن وحدة مفهوم الحجة عرفاً في حجّية الامام والرواة يفتح باب بحث ولاية الفقيه، ويثبت له ما للإمام عليه السّلام من الولاية العامة، إلا ما خرج بالدليل، فتأمّل جيّداً.

[1] لكن قد يدعى إجمال «الحوادث» بتقريب: أنّ اللّام للعهد، فهو إشارة إلى الحوادث المذكورة في السؤال، وتلك الحوادث مجهولة لنا، لعدم وصول الأسئلة إلينا، فالتوقيع لإجماله يسقط عن الاعتبار.

وفيه: أنّ توصيف الحوادث ب «الواقعة» يدفع هذه الدعوى، إذ المراد بالواقعة ما يقع

و ما (1) عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علل حاجة الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال بعد ذكر جملة من العلل:

و ثانيا: أن رجوع الجاهل الى العالم أمر ارتكازي عقلائي لا- يحتاج إلى السؤال خصوصا من مثل إسحاق بن يعقوب حتى يجعله من المسائل التي أشكلت عليه. بخلاف الرجوع في المصالح العامة، إذ يمكن أن لا يكون كل أحد مرجعا فيها، بأن يوكل شخصا معيناً من ثقاته للنظر في تلك الوقائع. ولذا سأله عن ذلك، فأجاب عليه السلام بالرجوع إلى الرواة وهم الفقهاء، لا الرواة من حيث هم رواة، و إلا كان المناسب أن يقول عليه السلام:

«فارجعوا فيها إلى رواياتنا»، لأنها المرجع الأصلي حينئذ. والنظر إلى الرواة طريقي.

(1) معطول على «ما دلّ على أنهم أولوا الأمر» وهذه الرواية كغير واحدة من الروايات تدلّ على الولاية التشريعية للإمام عليه السلام بكلام معنيها، من ولايته عليه السلام بالاستقلال كالأمر القائمة بالسلطنة والخلافة، و من ولايته عليه السلام على الاستيذان منه في بعض الأفعال، مع أنّ المصنف جعل هذه الرواية من أدلة الولاية بالمعنى الثاني، فلاحظ قوله قدس سرّه: «و أمّا بالمعنى الثاني أعني اشتراط تصرف الغير بإذنتهم .. إلخ».

في المستقبل، فليس اللام للعهد، بل للاستغراق، هذا.

مضافا إلى: أنه يمكن أن يقال: إنّ أصالة العموم تدفع الشك في وجود القرينة و قرينية الموجود، و ترفع الإجمال، فيكون المراد كلّ حادثة، سواء أ كانت ممّا يرجع فيه إلى الامام عليه السلام بالاستقلال، أم ممّا يرجع فيه إليه للاستيذان منه، لتوقف صحة العمل على إذنه.

فلا يختص التوقيع بالولاية بمعناها الثاني، كما هو ظاهر كلام المصنف قدس سرّه، بل يشملها بكلا معنيها، لأنّ الرجوع إلى الفقيه أعمّ ممّا يكون له الولاية عليه بالاستقلال، أو يكون إذنه شرطا في صحة عمل الغير.

و بالجملة: عموم «الحوادث» المحلّي باللام، و إطلاق الرجوع يقتضيان إرادة الولاية بكلا معنيها.

«و منها: أنّ لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل عاشوا و بقوا «1» إلا بقيم و رئيس، لما لا بدّ لهم منه في أمر الدين و الدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما «2» يعلم أنّه (1) لا بدّ لهم منه، و لا قوام لهم إلا به» «3».

هذا، مضافا (2) إلى ما ورد في خصوص الحدود (3) و التعزيرات (4) و الحكومات (5)،

---

(1) الضمير للشأن، و ضميرا «منه، به» راجعان إلى القيم.

(2) هذا دليل آخر على الولاية بالمعنى الثاني، و هو: اشتراط صحة عمل الغير بإذنه عليه السلام.

لكن الولاية في الحدود و التعزيرات و نحوهما إنّما هي بمعنى الاستقلال بالتصرف، لا بالمعنى الثاني المزبور. نعم تكون ولايته على صلاة الجنّاة بالمعنى الثاني.

(3) كقوله عليه السلام في معتبرة بريد بن معاوية الواردة في حدّ المحارب: «ذلك إلى الإمام يفعل ما يشاء». الحديث «4».

(4) مثل ما رواه سماعة في تعزيز شهود الزور: «يجلدون حدّا ليس له وقت، فذلك إلى الإمام» «5».

(5) كقول أبي عبد الله عليه السلام: «اتّقوا الحكومة، فإنّ الحكومة إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبيّ [كنبيّ] أو وصيّ نبيّ» «6».

---

(1) كذا في النسخة، وفي العلل: «بقوا و عاشوا».

(2) كذا في النسخة، وفي المصدر «مما يعلم».

(3) علل الشرائع، ص 253، الباب 182، ذيل الحديث: 9، و رواه في البحار عنه و عن عيون أخبار الرضا، فراجع، ج 23، ص 32، باب الاضطرار إلى الحجّة، ح 52

(4) وسائل الشيعة، ج 18، ص 533، الباب 1 من أبواب حدّ المحارب، ح 2

(5) المصدر، ص 584، الباب 11، الحديث: 1

(6) وسائل الشيعة، ج 18، ص 6، الباب 3 من أبواب صفات القاضي.

و«أنها لإمام المسلمين [1]». وفي (1) الصلاة على الجنائز من (2) «أن سلطان الله أحقّ بها (3) من كلّ أحد» وغير ذلك (4)

(1) معطوف على «في» في قوله: «في خصوص الحدود» يعني: وما ورد في الصلاة على الجنائز.

(2) بيان ل «ما ورد في الصلاة».

(3) أي: بالصلاة، وكلمة «من كل أحد» غير موجودة في النصوص وإن كانت مستفادة من حذف المفصل عليه في ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا حضر سلطان من سلطان الله فهو أحقّ بالصلاة عليها إن قدمه وليّ الميت، وإلا فهو غاصب» (1).

ودلالة هذه الرواية على ما رامه المصنف قدس سرّه من اشتراط صحة الصلاة على الجنائز بإذن الإمام عليه السلام - ولو في خصوص فرض تقديم وليّ الميت - واضحة.

وفي رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا حضر الإمام الجنائز فهو أحقّ الناس بالصلاة عليها» (2). و ظاهر إطلاق «الأحقّ» عدم اشتراطها بتقديم وليّ الميت وإذنه. والتفصيل موكول إلى محلّه.

(4) من الأمور الحسبية التي يتوقف جواز تصديّها على إذنها «صلوات الله عليهم».

وأمّا الأمور الراجعة إلى السلطنة فهي من الولاية بمعنى الاستقلال.

[1] قد مرّ في بعض الحواشي المتعلقة بالمقام: أنّ أدلة الولاية إن كانت مشتملة على كلمة (اللام) نظير «أنها لإمام المسلمين» فهو ظاهر في الولاية بمعناها الأول.

وإن كانت بكلمة «الأولى والأحق» ونحوهما ممّا يدلّ على الاشتراك في المبدء فهو ظاهر في الولاية بالمعنى الثاني.

ومنّه يظهر: أنّ ما أفاده المصنف قدس سرّه - من أدلة الولاية بالمعنى الثاني - لا يختصّ بها، بل يعمّ الولاية بكلا معنيها، فتأمل في عباراته.

(1) وسائل الشيعة، ج 2، ص 801، الباب 23 من أبواب صلاة الجنائز، ح 4

(2) المصدر، ح 3

ص: 148

(1) مثل ما ورد في حكم الزوجة المفقود زوجها- مع انقطاع خبره و عدم إنفاق وليّ الزوج عليها- من: أنّها ترفع أمرها إلى الامام. ففي موثق سماعة: «وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلّها، ولم يأتيها منه كتاب ولا خبر، فإنّها تأتي الإمام، فيأمرها أن تنتظر أربع سنين .. فإن لم تجد له أثرا حتى تمضي أربع سنين أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر وعشرا، ثم تحلّ للأزواج ..» «1».

وقال في الجواهر: «إنّ ظاهر هذه النصوص انحصار تدبير أمرها في زمان انبساط يد الإمام عليه السّلام لا حال قصورها ..» «2».

وفي بعض النصوص التعبير «بالوالي و السلطان» بدل «الامام» لكنه غير قادح في المقصود، لورود نظير ذلك في ما يتعلق بالحدود و التعزيرات أيضا، مع أنّ المصنف جعلها من أدلة ولاية الإمام العامة.

وما ورد في تقسيم الخمس بين الأصناف، كقوله عليه السّلام في معتبرة البنظي: «أرأيت رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم كيف يصنع؟ أليس إنّما كان يعطي على ما يرى؟ كذلك الامام» «3».

وما ورد في الأنفال من قوله عليه السّلام: «وكل أرض خربة و بطون الأودية فهو لرسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء» «4».

وما ورد في إيجاب المولى على أحد الأمرين- من الرجوع أو الطلاق- مثل ما عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: كان أمير المؤمنين عليه السّلام يجعل له حظيرة من قصب، و يجعله [ويحبسه] فيها، و يمنعه من الطعام و الشراب حتى يطلق» «5».

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 390، الباب 44 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح 2 و بمضمونه نصوص اخرى وردت في ج 15، ص 389 الباب 23 من أبواب أقسام الطلاق.

(2) الجواهر، ج 32، ص 290

(3) وسائل الشيعة، ج 6، ص 362، الباب 2 من أبواب قسمة الخمس، ح: 1

(4) وسائل الشيعة، ج 6، ص 364، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 1

(5) وسائل الشيعة، ج 15، ص 545، الباب 11 من أبواب الإيلاء، ح 1، و نحوه سائر أخبار الباب، فراجع.

و الخطيرة «الموضع الذي يحاط بالقصب و الخشب .. تعمل للإبل من شجر لتقيها البرد و الريح» لسان العرب، ج 4، ص 203 و قريب منه في مجمع البحرين، ج 3، ص 273

و كيف (1) كان فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامة (2) بدون إذنتهم و رضاهم (3). لكن لا عموم (4) يقتضي أصالة توقف كل تصرف على الإذن.

نعم (5) الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الاطراد

---

و كقوله عليه السلام في الحكم بالهلال: «ذاك إلى الإمام، إن صمت صمنا» (1) بعد وضوح كون التقية في تطبيق العنوان على مثل الدوانيقي اللعين، وليس التقية في ثبوت أصل المنصب للإمام الحق، كما قرر في محلّه.

(1) يعني: سواء أكان الدليل وإثبات ولاية الإمام عليه السلام في بعض الموارد الخاصة أم غير واف به، فإنه لا إشكال في ثبوت ولايته عليه السلام في كثير من الأمور العامة، و حرمة تصدّي الغير بدون إذنه.

(2) دون الأمور الشخصية الراجعة إلى العباد بأشخاصهم كواجباتهم العينية، و معاملاتهم من عقودهم وإيقاعاتهم.

(3) أي: بدون إذن الأئمة عليهم السلام و رضاهم. و الوجه في عدم جواز التصرف بدون إذنتهم «صلوات الله عليهم» هو امتناع الرجوع- في عدم اعتبار الإذن- إلى أصالة عدم الاشتراط، إذ المفروض إمكان إزالة الشبهة بالرجوع إلى الإمام عليه السلام، كعدم الرجوع إلى إطلاق دليل لو كان للزوم الفحص عن المقيّد.

و بالجملة: فاللازم حينئذ الاحتياط، و عدم الرجوع إلى أصالة عدم الاشتراط.

(4) يعني: لا عموم في شيء من أدلة تلك الأمور العامة يقتضي أصالة توقف كل تصرف على الإذن حتى يرجع إليها عند الشك في اعتبار الإذن.

(5) استدراك على قوله: «لكن لا- عموم» و حاصله: أنه وإن لم يكن هنا دليل يقتضي عموم توقف كل تصرف على الإذن. إلا أنه تمكن دعوى اطراد الإذن في كل أمر يرجع فيه كل قوم إلى الرئيس، بأن يكون ذلك الأمر من وظائف و خصائص اولي الأمر،

---

(1) وسائل الشيعة، ج 7، ص 95، الباب 57 من أبواب ما يمسك عنه الصائم، ح 5

فيها (1) بمقتضى كونهم (2) أولى الأمر وولاته، والمرجع (3) الأصلي في الحوادث الواقعة، والمرجع في غير ذلك (4) من موارد الشك (5) إلى (6) إطلاقات تلك التصرفات إن وجدت على الجواز (7) أو المنع، وإلا (8) فإلى الأصول العملية.

لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه (9)

دون الرعية، فإن مقتضى اختصاصه بولي الأمر عدم جواز تصرف غيره بدون إذنه «سلام الله عليه».

(1) هذا الضمير وضمير «فيها» المتقدم راجعان إلى: الأمور.

(2) أي: الأئمة عليهم السلام، فإنهم رؤساء، لكونهم أولى الأمر وولاته.

(3) معطوف على «أولى الأمر» يعني: بمقتضى كون الأئمة المرجع الأصلي.

(4) أي: في غير تلك الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم. والأولى أن يقال: «تلك» بدل «ذلك».

(5) أي: الشك في اعتبار إذن الإمام عليه السلام في صحة تصرف الغير وعدمه.

(6) خبر «والمراجع» توضيحه: أنّ الأمور إن كانت مما يرجع فيه كل قوم إلى رئيسهم توقّف صحتها على الإذن. وإن لم تكن من تلك الأمور، وشكّ في اعتبار الإذن فيها، فيرجع فيها إلى أدلة تلك التصرفات. فإن وجد فيها إطلاق يدل على جواز تصرف الغير بدون الإذن، أو يدلّ على عدم جواز تصرف الغير بدون إذنه عليه السلام فهو المتّبع.

وإن لم يوجد فيها إطلاق، وشكّ في اعتبار الإذن فيها فالمرجع الأصل العملي.

وهو أصالة عدم اعتبار الإذن.

لكن المفروض في المقام هو التمكن من الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص، وإزالة الشبهة، فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي الذي لا يرجع إليه مع وجود الدليل.

فلا بد في إحراز صحة العمل من الاحتياط.

(7) أي: جواز تصرف الغير بدون إذنه عليه السلام، أو منع التصرف بدون الإذن.

(8) أي: وإن لم توجد إطلاقات على الجواز أو المنع، فيرجع إلى الأصول العملية.

(9) أي: من الرجوع إلى كل واحد من الإمام أو نائبه الخاص.

لم يجز إجراء الأصول، لأنّها (1) لا تنفع مع التمكّن من الرجوع إلى الحجّة، وإنّما تنفع (2) مع عدم التمكّن من الرجوع إليها (3) لبعض العوارض.

### [ما استدل به على ولاية الفقيه بمعنى الاستقلال في التصرف]

#### إشارة

وبالجملة: فلا يهّمنا التعرّض لذلك (4)، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين (5)، فنقول:

أمّا الولاية (6) على الوجه الأوّل - أعني استقلاله في التصرف - فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيّل (7) من أخبار واردة في شأن العلماء،

(1) أي: لأنّ الأصول لا تجري مع التمكّن من الرجوع إلى الحجّة ورفع الشبهة بها.

(2) يعني: وإنّما تنفع الأصول العملية مع عدم التمكّن من الرجوع إلى الحجّة.

(3) أي: إلى الحجّة لبعض العوارض كالتقية، أو الحبس الموجب لحرمان الشيعة عن التشرف بمحضره الشريف.

(4) أي: لثبوت ولاية الإمام عليه السّلام بل لا ينبغي لنا التعرّض لذلك.

(5) وهما: الاستقلال في التصرف، واشتراط تصرف الغير بإذنه.

(6) المراد بالولاية التي يبحث عن ثبوتها للفقيه وعدمه هو الاعتبارية التشريعية دون التكوينية التي هي من لوازم ذواتهم النورية، وليست من المناصب المجعولة الشرعية، ولا ملازمة بينهما، ولذا لا تكون الولاية التكوينية للفقيه، وليس لأحد ادّعاء ذلك، وإن قلنا بثبوت الولاية المجعولة شرعاً له.

كما أنّه لا سنخية بينهما، لكون التكوينية حقيقية، والتشريعية اعتبارية، فهما متباينتان. فلا يقال: إنّ الولاية التكوينية التي هي أشدّ تستلزم الولاية التشريعية التي هي أضعف بالأولية. بل ثبوتها محتاج إلى الدليل، ولا تثبت بالأولية المذكورة، لتوقفها على اندراجها تحت حقيقة واحدة ليجري فيها التشكيك بالشدة والضعف.

(7) ما استدل به على ولاية الفقيه بمعنى الاستقلال في التصرف المتخيّل هو الفاضل النراقي قدّس سرّه، حيث إنّ جعل وظيفة الحاكم الشرعي في مقامين: «أحدهما: أنّ كلّ ما كان للنبي صلّى الله عليه وآله وسلّم والامام عليه السّلام فهو للفقيه، إلّا ما أخرجه الدليل.

وثانيهما: أنّ كلّ فعل متعلّق بأمور العباد في دينهم أو دنياهم، ولا بدّ من الإتيان به



ولا مفرّ منه، إمّا عقلا، أو عاد من جهة توقف أمور المعاد أو المعاش لواحد أو جماعة عليه، وإناطة انتظام أمور الدين أو الدنيا به. أو شرعا من جهة ورود أمر به، أو إجماع، أو نفي ضرر أو إضرار ولم يجعل وظيفته لمعيّن واحد أو جماعة، ولا لغير معيّن - أي واحد - لا بعينه بل علم لابتديّة الإتيان به أو الإذن فيه، ولم يعلم المأمور به ولا المأذون فيه فهو وظيفة الفقيه، وله التصرف فيه والإتيان به» «1».

ثم استدللّ على ثبوت المنصب الأوّل للفقيه بالإجماع الذي نصّ به كثير من الأصحاب، بحيث يظهر منهم كونه من المسلّمات. و بالتصريح به في الأخبار من كونه وارث الأنبياء أو أمين الرسل .. وغيرهما ممّا سيذكره المصنّف عنه.

وواقفه صاحب العناوين قدّس سرّه في أصل الدعوى، اعتمادا على الإجماع وعلى بعض النصوص التي استند إليها في العوائد، وسيأتي ذكرها في المتن وإن ناقش في جملة منها بقصور الدلالة.

واستظهر صاحب العناوين هذه الولاية العامة من كلمات الأصحاب بالتتبع في أبواب متفرقة، لا بأس بالإشارة إلى جملة منها، كدفع ما بقي من الزكاة في يد ابن السبيل بعد الوصول إلى بلده إلى الحاكم.

ووجوب دفع الزكاة ابتداء أو بعد الطلب إليه.

وولاية في مال الامام عليه السّلام.

وتوقف إخراج الودعي الحقوق على إذنه.

وتوقف حلف الغريم على إذنه.

وولاية في أداء دين الممتنع من ماله.

وفي القبض في الوقف على جهات عامّة.

وفي بيع الوقف حيث يجوز ولا وليّ له.

وفي بيع الرهن المتسارع إليه الفساد بإذنه.

وفي إجبار الوصيّين على الاجتماع.

وفي ضمّ المعين إلى الوصي العاجز.



مثل (1) «أنّ (2) العلماء ورثة الأنبياء، وأنّ الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما ولكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم [1]»،

---

وفي فرض المهر لمفوضة البضع، وغيرها من الفروع. فراجع «1».

وإن كان قدس سرّه قد جمع فيها بين ولاية الفقيه بمعنى استقلاله في التصرف وبين توقف تصدّي الغير على إذنه، وكان ينبغي الفرق بين المقامين، فراجع العوائد والعناوين متأملا فيهما.

(1) بيان ل «ما» و حاصله: أنّه لا-عموم في البين يثبت الولاية بمعناه الأوّل بنحو الضابط الكلي إلا ما يتخيل من أخبار واردة في شأن العلماء، استدلال بها بعض على ولاية الفقيه، وقد نقل المصنف قدس سرّه جملة من تلك الأخبار.

(2) وهو ما رواه في الكافي وأمالى الصدوق بأسانيد عديدة عن أبي عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة، وأنّ الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، وأنّه يستغفر لطالب العلم من في السماء» إلى أن قال: «وأنّ العلماء ورثة الأنبياء، أنّ الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما، ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظّ وافر».

تقريب الاستدلال به هو: أنّ قاعدة الإرث تقتضي انتقال كل ما للمورث من مال

---

[1] لا- يخفى أنّ إطلاق الوراثة وإن كان مقتضيا لانتقال جميع ما للمورث إلى الوارث، إلا أنّ الإطلاق هنا غير مراد قطعا، للتصريح بأنّ الموروث ليس هو الدينار والدرهم، بل ميراث الأنبياء هو العلم، فلا يدلّ هذا الحديث على ثبوت شيء من الولاية بمعنيها للفقيه أصلا.

وليس عدم دلالة على ولاية الفقيه لأجل إرادة الأئمة عليهم السلام من العلماء، وذلك لما في نفس الحديث من «أنّ الملائكة لتضع أجنحتها..» فإنّ هذه الجملة وما بعدها قرينة قطعية على عدم إرادة الأئمة الأطهار عليهم السلام من العلماء. وتبيّن أيضا المراد من الوراثة، وأنّها هي العلم دون غيره من الولاية على الأنفس والأموال التي هي مورد البحث.

---

(1) العناوين، ج 2، ص 562 و 563

ص: 154

فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظّ وافر» (1).

و«أنّ (1) العلماء أمناء الرسل».

أو حقّ أو غيرهما إلى الوارث. فالولاية المطلقة التي هي للأنبياء تنتقل إلى العلماء الذين هم ورثتهم هذا.

لكن فيه: أنّ الحديث يبيّن موضوع الوارثة وهو خصوص العلم، فلا إطلاق في الوارثة حتى يشمل الولاية، فهو أجنبيّ عن ثبوت الولاية في الأنفس والأموال.

(1) معطوف على قوله: «ان العلماء ورثة الأنبياء» ولم أجد في عدة من كتب الأخبار رواية باللفظ المذكور في المتن، وإن روي ذلك في بعض كتب العامة.

ولعلّ المصنّف قدس سرّه جمع بين روايتين أوردهما الفاضل التراقي، إحداهما: رواية إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «العلماء أمناء» (2).

والأخرى رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا. قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال:

اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم» (3).

تقريب الاستدلال به: أنّ الأمين هو الحافظ لما أودع عنده، والودائع التي أودعت عند العلماء من الرعية هو جميع الشؤون المتعلقة بالرعية، فالعلماء أمناء على جميع أمورهم وحفظ مصالحهم ودفع مفسادهم، والولاية من أعظم تلك الشؤون، هذا.

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 53، الباب 8 من أبواب صفات القاضي، الحديث: 2، لكن الموجود في الوسائل عن الكافي: «وذلك أنّ الأنبياء» نعم ورد في رواية القداح عن الصادق عن رسول الله أنه قال: «وأن العلماء ورثة الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا.. ديناراً ولا درهماً، ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظّ وافر» البحار، ج 1، ص 164، الباب 2 من أبواب العلم وآدابه، فراجع. واقتصر الفاضل في العوائد على الجملة الأولى وهي: «العلماء ورثة الأنبياء..» والظاهر أنّ المصنّف جمع بين الروايتين، فلاحظ.

(2) أصول الكافي، ج 1، ص 33 باب صفة العلم وفصله وفضل العلماء، ح 5

(3) المصدر، ص 46، باب المستأكل بعلمه والمباهي به، ح 5، ورواه في مستدرک الوسائل عن نوادر الراوندي، فراجع، ج 13، ص 124، الباب 35 من أبواب ما يكتسب به، ح 8

وقوله (1) عليه السّلام: «مجارى الأمور بيد العلماء باللّه، الأمناء على حلاله و حرامه» (1).

وفيه: أنّ الظاهر كون المراد بالأمانة هو الدين أعني به الأحكام، و العلماء أمناء الرسل في تبليغ الأحكام إلى الرعية، و اتّباع السلطان يوجب الخيانة، و لذا قال صلّى الله عليه وآله و سلّم:

«فاحذروهم على دينكم» أي: أحكامكم، لصيرورتهم خائنين.

(1) معطوف على «أن» فهو مجرور بإضافة «مثل» إليه، و هو ما روي عن مولانا الامام الشهيد أبي عبد الله الحسين صلوات الله عليه: «مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء باللّه و الأمناء على حلاله و حرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، و ما سلبتم ذلك إلا بتفركم عن الحق، و اختلافكم في السنة بعد البيّنة الواضحة. و لو صبرتم على الأذى و تحمّلت المئونة في ذات الله كانت أمور الله عليكم ترد، و عنكم تصدر، و إليكم ترجع.

و لكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، و أسلمتم أمور الله في أيديهم ..» الحديث.

تقريب الاستدلال به: أنّ عطف «الأحكام» على «الأمر» ظاهر في المغايرة. كما أنّ المراد بالعلماء هم الفقهاء دون الأئمة المعصومين «صلوات الله عليهم أجمعين» لشهادة أكثر الجمل المذكورة فيه بذلك كما هو واضح لا يحتاج إلى البيان. فاحتمال إرادة الأئمة عليهم السّلام من العلماء - كما قيل - ضعيف غاية.

فيدلّ الحديث على أنّ مجارى الأمور المتعلقة بالحكومة الإسلامية - و كذا الأحكام الشرعية - يلزم أن تكون بيد العلماء، حيث إنّ الظاهر وقوع الجملة الخبرية في مقام الإنشاء.

و بالجملة: فظهور الحديث في ولاية الفقيه ممّا لا ينبغي إنكاره. نعم ضعف سند الرواية يمنع الاعتماد عليها.

(1) تحف العقول طباعة طهران عام 1377، ص 238 من كلام سيد الشهداء صلوات الله و سلامه عليه أو أمير المؤمنين في الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و رواه عنه في البحار، ج 10، ص 80، ح 27

وقوله (1) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «علماء أمتي كأنبياء بني إسرائيل» (1).

وفي المرسلة (2) المروية في الفقه الرضوي: «إن منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل» (2).

وقوله (3) عليه السلام في نهج البلاغة: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به، إنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ الْآيَةَ» (3).

---

(1) عدّ من أدلة ولاية الفقيه هذا النبوي، و الظاهر أنّ وجه الشبه فيه ليس هو الولاية على الأموال و الأنفس، لعدم ثبوتها في حق أنبياء بني إسرائيل، فإنّهم كما قيل كانوا مبلّغين لشريعة موسى عليه السلام. و عليه فوجه الشبه هو الفضيلة و علو الدرجات.

و يؤيّد ما روي من: «أنّ العلماء أفضل من أنبياء بني إسرائيل».

(2) يعني: وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في المرسلة المروية في الفقه الرضوي. و دلالة هذا الرضوي على ولاية الفقيه في زمان عدم بسط يد الامام عليه السلام ظاهرة. لكنها منوطة بثبوت الولاية على الأنفس و الأموال لأنبياء بني إسرائيل، و ذلك غير ثابت. مضافا إلى ضعف السند.

ثم إنَّ الأولى بمقتضى السياق أن يقال: «وقوله في المرسلة» و لعلّ حذف كلمة «قوله» لكون المرسلة من كلام النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أيضا.

(3) هذا أيضا معطوف على «أنّ العلماء» أي: مثل قول أمير المؤمنين «صلوات الله عليه» و تقريب دلالة: أنّ مقتضى أولوية الأعلام بالأنبياء هو ثبوت جميع ما للأنبياء عليهم السلام من الشؤون المتعلقة برسالتهم- التي منها الولاية على الأمة- لأعلم الناس بما جاؤوا به، فإنّ الولاية التشريعية المجعولة من الشارع التي هي المبحوث عنها تكون من جملة ما جاء به

---

(1) عوالي اللئالي، ج 4، ص 77، ح 67، و عنه في البحار، ج 2، ص 22، ح 67، و عنه و نقله المحدث النوري في المستدرک ج 17، ص 320، ح 30 عن العلامة في التحرير، ج 1، ص 3. و لكن ما في العوائد يختلف عمّا في المتن يسيرا، لقوله: «ما رواه في جامع الأخبار عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال: أفتخر يوم القيامة بعلماء أمتي فأقول: علماء أمتي كسائر الأنبياء قبلي» عوائد الأيام، ص 532

(2) الفقه المنسوب الى الامام الرضا عليه الصلاة و السلام، ص 338، و عنه في البحار، ج 78، ص 346

(3) نهج البلاغة، ص 484، باب المختار من حكم أمير المؤمنين عليه السلام الحكمة 96، و الآية من سورة آل عمران: 68

وقوله (1) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ثلاثاً: «اللَّهُمَّ ارحم خلفائي». قيل: و من خلفاؤك يا رسول الله؟ قال: الَّذِينَ يَأْتُونَ بَعْدِي وَيُرُونَ حَدِيثِي وَسُنَّتِي» (1).

وقوله (2) عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مَقْبُولَةِ ابْنِ حَنْظَلَةَ: «قَدْ جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» (2).

الأنبياء عليهم السَّلَامُ، فجميع ما جاؤوا به من عند الله تعالى ثابت لأعلم الناس. فدعوى ظهور هذا الكلام في ثبوت الولاية قريبة جدًا. لكن فيه: أنه راجع إلى ولاية الأئمة عليهم السَّلَامُ لا- الفقيه، لأنَّ أعلم الناس بما جاء به الأنبياء عليهم السَّلَامُ ليس إلا الأئمة الأطهار (عليهم صلوات الله الملك الغفار). فينبغي أنَّ يعدَّ هذا من أدلة ولايتهم عليهم السَّلَامُ لا ولاية الفقيه.

(1) تقريب الاستدلال به: أنَّ الخلافة وإن كانت من الكليات المشكَّكة، إلَّا أنَّ مقتضى إطلاقها وعدم تقييدها بشأن خاص - كالقضاء بين الناس في قطع الدعاوي والخصومات - هو ثبوت الولاية المطلقة الشرعية التي كانت للنبي الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لخلفائه عليهم السَّلَامُ. والمراد بالخليفة كان واضحًا، ولذا لم يسأل الراوي عن مفهومها، وسأل عن أوصاف الخليفة وعلائمها.

فلا يرد عليه: «أنَّه في مقام بيان أنَّ الخلفاء هم الرواة، وليس في مقام بيان ما فيه الخلافة، فيؤخذ القدر المتيقن وهو تبليغ الأحكام ونقل الأحاديث». وذلك لما عرفت من وضوح معنى الخليفة عرفًا. وأما توصيفهم بأنهم يروون حديثي فلاجل إخراج العلماء الذين لا يستندون في علمهم إلى أحاديثهم عليهم السَّلَامُ، بل يستندون إلى الأقيسة والاستحسانات.

وبالجملة: فدلالة هذا الحديث على ولاية الفقيه مطلقًا إلَّا ما خرج لا بأس بها، والله العالم.

(2) هذا أيضًا معطوف على «أنَّ العلماء» والاستدلال بالمقبولة على ولاية الفقيه منوط بعدم إرادة القاضي من الحاكم، وإلَّا كان مساوقًا لقوله عليه السَّلَامُ: «قاضيًا» في مشهورة أبي خديجة. ومن المعلوم إطلاق الحاكم على القاضي كثيرًا، كما يظهر من الوسائل في كتاب القضاء، ومن تفسير الحكام في الآية الشريفة وَتَدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكْمِ بما في

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 100، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 7

(2) وسائل الشيعة، ج 18، ص 98-99، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 1

وفي مشهورة أبي خديجة: «جعلته عليكم قاضيا» (1).

وقوله (1) عَجَّلَ اللهُ فرجه: «هم حجّتي عليكم، وأنا حجّة الله» (2).

---

المكاتبة من أنّه عليه السّلام كتب بخطّه: «الحكام القضاة». فالمستفاد المتيقن من المقبولة والمشهورة هو منصب القضاء، دون الولاية المطلقة للفقهاء [1].

(1) يدل هذا التوقيع الشريف على أنّ الراوي- المراد به الفقيه- هو المرجع والحاكم في كلّ حادثة يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم. ومن المعلوم أنّ في «الحوادث» السياسيات والشرعيات. ولا فرق فيها بين ما يرتبط بشخص خاصّ أو بنظام المجتمع كالمعاهدة مع الأجانب في إخراج المعادن وإجراء عقد الذمة وأخذ الجزية من أهل الذمة، وغير ذلك ممّا يرجع فيه إلى الحكومة. وهذا معنى كون الفقيه حاكما مطلقا من ناحية من هو حجة من الله تعالى ومسوّط على عوالم الوجود كلّها، أرواحنا فداه وعجّل

---

[1] إلّا أن يقال: إنّ لفظ «الحاكم» في صدر المقبولة ظاهر في السلطان الذي يحكم بين الناس بالسيف والسوط، وليس ذلك شأن القاضي. فالحاكم وإن أطلق أحيانا على القاضي، إلّا أنّ المراد به هنا هو السلطان بقريضة العطف الظاهر في المغايرة في كلام السائل، حيث قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجلين من أصحابنا تنازعا في دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان، أو إلى القضاة أ يحلّ ذلك؟» و الامام عليه السّلام قرّره على ذلك.

والحاصل: أنّ مغايرة المعطوف والمعطوف عليه قريضة على عدم إرادة القاضي من السلطان، فإذا اجتمعا افترقا، وإذا افترقا اجتمعا. وجعل السلطان حاكما ظاهرا في الولاية العامة الموجبة لإقامة الجمعة وإجراء الحدود، وأخذ الزكاة قهرا، ونظم البلاد، وغير ذلك ممّا هو شأن الحكومة، دون القاضي.

وعليه فما ذكرناه في (ص 135) من قولنا: «لكن الظاهر أنّ هذه الروايات الثلاث في مقام جعل منصب القضاء والإفتاء للفقهاء دون الولاية المطلقة.. إلخ» لا يخلو من شيء، فإنّ الأوفق بالقواعد العربية ما ذكرناه هنا، فتأمّل جيّدا.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 100، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 6

(2) إكمال الدين، ص 484، الباب 45، ح 4، وسائل الشيعة، ج 18، ص 101، ح 9، رواه عن إكمال الدين والغيبة.



إلى غير ذلك ممّا يظفر به المتتبع (1).

### [المناقشة في الأدلة على المدعى]

لكنّ الإنصاف بعد ملاحظة سياقها- أو صدرها أو ذيلها- يقتضي الجزم بأنّها (2) [1] في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية،

اللّه عزّ وجلّ فرجه الشريف. وإشكال إجمال الحوادث قد تقدم مع دفعه في التعاليق السابقة، فلاحظ (ص 145-146).

فالمتحصل: أنّ كل ما ثبت لحجة الله تعالى ثبت للفقهاء الآذنين هم حجج حجة الله، و التفاوت بينه أرواحنا فداه وبين الفقهاء إنّما هو في إضافة الحجية، لأنّها بالنسبة إليه عليه السّلام مضافة إلى الله تعالى، لقوله صلوات الله عليه: «و أنا حجة الله». و بالنسبة إلى الفقهاء مضافة إلى نفسه المقدسة، لقوله عليه السّلام: «فإنّهم حجّتي عليكم». و الظاهر بحسب الفهم العرفي أنّه لا- تفاوت بينهما بحسب الحكم، فلا يوجب اختلاف الإضافة اختلافا في مفهومها و لا في حكمها.

(1) ممّا جعله الفاضل النراقي قدّس سرّه في عداد الأدلة.

مثل ما رواه الكراچكي عن مولانا الصادق عليه السّلام أنه قال: «الملوك حكام على الناس، و العلماء حكام على الملوك» (1).

و ما رواه الشهيد قدّس سرّه في المنية «أنه تعالى قال لعيسى: عظم العلماء، و اعرف فضلهم، فإنّي فضلتهم على جميع خلقي إلاّ النبيين و المرسلين، كفضل الشمس على الكواكب، و كفضل الآخرة على الدنيا، و كفضلي على كل شيء» (2). و غيرهما، فراجع العوائد (3).

(2) أي: بأنّ الروايات المذكورة. و غرض المصنّف قدّس سرّه بيان ما استفاده من تلك الروايات، و تضعيف ما تخيّل البعض من دلالتها على ولاية الفقيه المطلقة.

[1] لكن ظاهر بعضها كالتوقيع الرفيع ثبوت الولاية المطلقة للفقيه كما أشرنا إليه في التوضيح، حيث إنّ التفاوت في إضافة الحجية، و ذلك لا- يوجب تفاوتاً في مفهومها و لا- في حكمها، فكل ما يثبت للحجة «صلوات الله عليه» من التبليغ و الولاية يثبت للفقيه إلاّ ما خرج بالدليل.

(1) كنز الفوائد، ج 2، ص 33.

(2) منية المرید، ص 121

(3) عوائد الأيام، ص 531-533



لا كونهم (1) كالنبيّ والأئمة «صلوات الله عليهم» في كونهم أولى الناس في أموالهم.

فلو (2) طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعا.

نعم (3) لو ثبت شرعا اشتراط صحّة أدائهما بدفعه إلى الفقيه

و حاصله: أنّ المستفاد منها- بعد ملاحظتها سياقاً أو صدراً أو ذيلاً- هو الجزم بأنّ تلك الروايات في مقام بيان وظيفة الفقهاء من حيث تبليغهم للأحكام الشرعية، وعدم كونها في مقام بيان أنّ الفقهاء كالنبيّ والأئمة الأطهار عليهم الصلاة والسلام في كونهم أولى الناس بأنفسهم وأموالهم كما هو المطلوب من ولاية الفقيه.

أمّا ما يدلّ سياقاً من تلك الروايات على كون وظيفة الفقهاء تبليغ الأحكام الشرعية- ولا يدلّ على ولاية الفقيه- فهو كرواية الكافي و أمالي الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم: «من سلك طريقاً يطلب فيه علماً .. إلخ» فإنّ سياقاً يشهد بأنّ المراد به العلماء المبلّغون للأحكام الشرعية، دون الأئمة عليهم السلام. ونظيره غيره.

وإمّا ما يدلّ على ذلك صدراً فهو كالتوقيع ومقبولة ابن حنظلة ومشهورة أبي خديجة.

وأمّا ما يدلّ عليه ذيلاً فهو ما ورد في تعيين ما ورثه العلماء من الأنبياء من العلم، لا الدرهم والدينار.

(1) عطف على «بيان» أي: لا في مقام كونهم .. إلخ.

(2) هذا متفرع على كون وظيفة الفقهاء تبليغ الأحكام الشرعية فقط، وعدم ولايتهم، لأنّ وجوب الدفع إلى الفقيه- مع طلبه الخمس و الزكاة ممّن وجبا عليه- منوط بدليل آخر كالولاية، غير الدليل الأولي الدال على وجوبهما على المكلف، بل مقتضى إطلاق وجوبهما عليه هو اعتبار المباشرة، إلّا إذا قام الدليل على عدم اعتبارها.

(3) استدراك على قوله: «فلا دليل» و حاصله: أنّه يمكن أن يكون وجوب الدفع إلى الفقيه من جهة أخرى غير ولاية الفقيه، وهي فتوى الفقيه باشتراط صحّة أدائهما بالدفع إلى الفقيه، فإنّه حينئذ يجب على المكلف اتباعه إن كان أعلم بناء على وجوب تقليد الأعلّم، فإنّه يجب تقليده ابتداءً، أو يجب تقليده بعد الاختيار، كما إذا تعدّد الفقهاء ولم يثبت أعلمية أحدهم، أو ثبتت ولكن لم يثبت وجوب تقليد الأعلّم، فإنّه بعد الاختيار يجب تقليده تعييناً، بناء على كون التخيير ابتدائياً لا استمرارياً.

مطلقا (1) أو بعد (2) المطالبة، و أفتى بذلك الفقيه، و جب (3) اتّباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداء أو بعد الاختيار (4)، فيخرج (5) عن محلّ الكلام (6).

هذا، مع (7) أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، و جب حملها على إرادة

(1) يعني: سواء طلب الفقيه، أم لا، فاشتراط صحة أدائهما بالدفع الى الفقيه مطلق، و لا يتوقف على طلبه.

(2) يعني: أو كان اشتراط صحة أدائهما بالدفع الى الفقيه بعد المطالبة.

(3) جواب الشرط في قوله: «لو ثبت».

(4) قد عرفت المراد بهما فلا نعيد.

(5) أي: فيخرج اشتراط صحة أدائهما- بدفعه الى الفقيه- عن محلّ الكلام.

(6) إذ محلّ الكلام هو ثبوت الولاية للمجتهد حتى يجب دفع الخمس و الزكاة إليه مطلقا سواء طلبهما الفقيه أم لا، و سواء قلّده المكلف أم لا.

و لعلّ الأولى بسوق العبارة أن يقال: «أو بعد الاختيار، لكنه خارج عن محلّ الكلام».

(7) هذا وجه آخر لعدم استفادة كون الفقهاء كالنبي و الأئمة «صلوات الله عليهم أجمعين». و محصل هذا الوجه مع الغصّ عن الوجه الأول- من أنّ تلك الروايات تدل بملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها على أنّها في مقام بيان وظيفة الفقهاء من حيث الأحكام الشرعية- هو: أنّه لو فرض دلالة الأخبار المذكورة على كون الفقهاء كالنبي و الأئمة الطاهرين «عليهم الصلاة و السلام» في عموم الآثار، و أنّهم كالمعصومين حتى في الولاية على الأنفس و الأموال، و جب حمل تلك الأخبار على خلاف ظاهرها، و هو أظهر الآثار أعنى وظيفته صلّى الله عليه و آله و سلّم من حيث الرسالة و التبليغ، إذ لو لم تحمل على هذا الأثر الخاص لزم تخصيص أكثر أفراد العام، و هو الولاية على الأموال و الأنفس، لوضوح عدم سلطنة الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلّا في موارد قليلة كالتصرف في أموال القصّر. و هذا المحذور يوجب صرف الكلام عن هذا الظهور، و حمله على إرادة الأثر الأظهر و هو تبليغ الأحكام، لأنّه يناسب الرسالة.

العام من الجهة [على إرادة الجهة] المعهودة المتعارفة من وظيفته صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم من حيث كونه رسولا مبلّغا، وإلا (1) لزم تخصيص أكثر أفراد العام، لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس وأنفسهم إلا في موارد قليلة (2) بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته (3).

وبالجملة (4) فأقامه الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام - إلا ما خرج بالدليل - دونه خرط (5) القناد [1].

---

(1) أي: وإن لم تحمل تلك الأخبار على الجهة المعهودة المتعارفة لزم تخصيص الأكثر، لعدم سلطنة الفقيه على الأنفس والأموال، فليس له الأمر بسكنى شخص في محل خاص، أو النهي عنها، وأمره بتزويج بنته بشخص خاص، أو نهيه عنه، ونحو ذلك من الموارد التي لا تحصى.

(2) كالتصرف في أموال القاصرين والأموال المجهول ملاكها ونحو ذلك، وهذه الموارد في غاية القلة بالنسبة إلى الموارد التي لا سلطنة للفقيه عليها كما لا يخفى.

(3) أي: سلطنة الفقيه.

(4) غرضه أنّ الأخبار المذكورة قاصرة عن إثبات الولاية ووجوب طاعة الفقيه كإطاعة النبي والإمام «صلوات الله وسلامه عليهما»، و ليس فيها دليل عام يدل على ولاية الفقيه بحيث يرجع إليه عند الشك في ولايته في مورد.

فصار المتحصل إلى هنا: أنّ المصنف قدس سرّه لا يقول بولاية الفقيه بمعناها الأوّل.

وعليه فمآر امه الفاضل النراقي وغيره - من إثبات ولاية الحاكم الشرعي مطلقا - قد عرفت عدم وفاء الدليل به.

(5) خبر قوله: «فأقامه» وهذا إشارة إلى صعوبة إثبات ولاية الفقيه، لعدم دليل تامّ عليها، لا من الأخبار المتقدمة ولا غيرها.

---

[1] قدم تقدم في بعض التعليقات: أنّ بعض الروايات التي ذكرت في المتن تدلّ على ولاية الفقيه كال توقيع الرفيع بعد دفع إشكال إجمال الحوادث.

نعم يبقى إشكال ضعف السند، لعدم ذكر محمّد بن إسحاق في كتب الرجال بمدح.

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعني توقّف تصرف الغير على إذنه فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السّلام (1). وحيث إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السّلام غير مضبوطة، فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها (2)، فنقول:

كلّ (3) معروف علم من الشارع إرادة وجوده (4) [1].

(1) ولاية الفقيه بمعنى إناطة تصرف الغير بإذنه بحيث يكون جواز تصدّي الغير له مشروطاً بإذن الفقيه في الموارد التي يشترط فيها إذن الإمام «عليه الصلاة والسلام»، ولا يكون الغير مستقلاً بالتصرف فيه.

(2) أي: لتلك الموارد التي تكون الولاية فيها على الوجه الثاني ثابتة له عليه السّلام.

(3) مبتدأ، خبره جملة الشرط والجزاء، وهي «إن علم كونه...».

(4) أي: وجود المعروف، وجملة «علم من الشارع» صفة ل «معروف».

وإن تكلف بعض لإثبات وثاقته ببيان بعض الوجوه، من نقل محمّد بن يعقوب الكليني الذي هو أخو إسحاق بن يعقوب الكليني في كتابه الكافي المرسل بادّعائه إلى الناحية المقدسة بواسطة أحد نواب الناحية. ولو كان إسحاق مجهولاً عنده كان من البعيد جدّاً نقل التوقيع عنه بلا إشارة إلى حاله.

و من نقل الشيخ الصدوق الرجالي المولود بدعاء صاحب الأمر أرواحنا فداه عن الكليني هذه الواقعة في إكمال الدين. ولذا نقل شيخ الطائفة هذا التوقيع في كتاب الغيبة.

وكذا الطبرسي في الاحتجاج، مع عدم إشارة هؤلاء الأجلاء على حاله.

وبالجملة: هذه الوجوه وغيرها ممّا ذكره إن أوجبنا الاطمئنان بوثاقة الرجل فهو، وإلا فضعف السند باق على حاله.

[1] ظاهر العبارة أنّ المقسم هو كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج بحيث لا يرضى بتركه. فإن كان كذلك فلا يكون قوله: «وإن لم يعلم ذلك واحتمل... إلخ» قسماً من هذا المقسم، بل يكون قسيماً له، إذ المفروض عدم العلم بإرادة الشارع إيجاداً في الخارج. واحتمال اشتراط جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه.

وعليه فلا تخلو العبارة من اضطراب، لأنّ قوله: «وإن لم يعلم ذلك» بمقتضى السياق

في الخارج (1) إن علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالإفتاء والقضاء، أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف

(1) بحيث لا يرضى بتركه، بل لا بد من إيجاده في الخارج، سواء أكان إيجاده وظيفة شخص خاص كالأب، حيث إن وظيفته النظر في مال ولده الصغير. أم كان إيجاده وظيفة صنف خاص كالإفتاء والقضاء اللذين هما وظيفتا الفقيه الجامع للشرائط. أم كان إيجاده وظيفة كل مكلف قادر عليه، كالأمر بالمعروف مع شرائطه.

عدل لقوله: إن علم كونه وظيفة شخص خاص» مع أنه ليس بسديد، لأنه لو كان كذلك لزم أن يكون لقوله: «كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج» فردان:

أحدهما: أن يكون وجوده في الخارج وظيفة شخص أو صنف، أو كل قادر على القيام به.

وثانيهما: أن لا يعلم إرادة الشارع وجوده في الخارج.

وهذا بمكان من الفساد، لاستلزامه فردية كلا المتناقضين لشيء واحد، وهو ما علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، فلا محالة يكون قوله: «وإن لم يعلم ذلك» عدلا لمعروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج. وليس عدلا لما علم كونه وظيفة شخص خاص .. إلخ.

فالأولى إنشاء العبارة هكذا «كل معروف إن علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج من شخص خاص كالأب .. أو صنف خاص كالفقيه، أو كل من يقدر على القيام به، فلا إشكال في شيء من ذلك. وإن لم يعلم ذلك أي: لم يعلم إرادة الشارع وجوده في الخارج واحتمل .. إلخ.

فيكون قوله: «وإن لم يعلم ذلك» عدلا لقوله: «إن علم من الشارع .. إلخ» و معطوفا عليه حتى لا يلزم خلل في المطلب، فلا بد من دخول إن الشرطية على قوله: «علم من الشارع» حتى يكون: «وإن لم يعلم» عدلا له.

فلا إشكال (1) في شيء من ذلك (2). وإن لم يعلم ذلك (3) واحتمل كونه مشروطاً في جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب (4) الرجوع فيه إليه.

ثم (5) إن علم الفقيه من الأدلة جواز تولّيه، لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص، تولّاه (6) مباشرة أو استنابة [1] إن كان ممّن يرى الاستنابة فيه.

---

(1) يعني: لا إشكال في عدم توقف هذه الأمور على إذن الفقيه، وعدم احتياج جواز تصديّها إلى إذنه.

(2) أي: في تلك الأمور.

(3) أي: وإن لم يعلم إرادة الشارع وجود معروف في الخارج مطلقاً، واحتمل كون ذلك المعروف مشروطاً جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع إليه في ذلك المعروف المحتمل اشتراط وجوبه أو جوازه بنظر الفقيه. وذلك لعدم العلم بإرادة الشارع وجوده في الخارج، فلو تصدّى لفعله بدون الرجوع إلى الفقيه كان ذلك تشريعاً محرّماً.

و دليل مشروعية «كل معروف حسن» لا يشملها، لكون الشبهة موضوعية.

(4) جواب «إن لم يعلم» وقد مرّ وجه وجوب الرجوع فيه إلى الفقيه.

(5) بعد عدم جواز التصدي لما يحتمل اشتراط وجوبه أو جوازه بنظر الفقيه و وجوب الرجوع إليه، فإذا رجع إلى الفقيه في ذلك، فإن استنبط من الأدلة عدم إناطته بنظر الامام عليه السلام أو نائبه الخاص تصدّاه الفقيه بنفسه، أو بالاستنابة إن كان ممّن يجوز الاستنابة فيه.

(6) جواب الشرط في «إن علم» و ضميره البارز و ضمير «تولّيه» راجعان إلى كلّ معروف.

---

[1] هذا صحيح، لكنه يلائم الولاية بالمعنى الأول و هو الاستقلال بالتصرف، لا بمعناها الثاني أعني به توقف تصرف الغير على إذن الفقيه الذي هو مورد البحث. ولعلّ مراده من جواز تولّي الفقيه له مباشرة أو استنابة هو أنّ هذا المورد من موارد توقف تصدّي الغير على إذن الفقيه، فتدبّر.



(1) أي: وإن لم يعلم الفقيه جواز تولّيه وتصديّيه من الأدلّة، واحتمل إناطته بنظر الامام عليه السّلام أو نائبه الخاص و عدم كفاية إذن نائبه العام، عطله، لفقدان شرطه.

(2) إشارة إلى إشكال و دفعه. أمّا الإشكال فهو: أنّه مع فرض كون المورد معروفا كيف يجوز تعطيله؟ كما إذا كان الأمر بالمعروف موجبا لجرح تارك المعروف، فإنّ كونه

[1] التعتيل قرينة على كون قوله: «وإن لم يعلم ذلك .. إلخ» عدلا لقوله: «كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج» كما تقدّم آنفا، إذ لو كان عدلا لقوله: «إن علم كونه وظيفة شخص خاص ..» لم يلائم قوله: «عطله» إذ لا معنى للتعتيل، مع كون المورد ممّا علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، فيكون قوله: «وإن لم يعلم ذلك» قسيما لقوله: «كل معروف» لا قسما له، لا امتناع كونه قسما له كما مرّ آنفا.

وبالجملة: لو كان قوله: «وإن لم يعلم» قسما لمعروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، لم يكن وجه لتعتيل الواقعة، بل كان على الفقهاء أو عموم المسلمين إنفاذ حكمها، لتوجه التكليف إليهم، إذ المفروض العلم بإرادة الشارع وجوده في الخارج مطلقا وإن كان الإمام عليه السّلام غائبا أو متعذر الوصول إليه.

وبما ذكرنا- من كون قوله: «وإن لم يعلم ذلك» قسيما لما علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج- يظهر عدم توجه إشكال العلامة الإيرواني قدّس سرّه على ما أفاده المصنف قدّس سرّه من تعطيل الواقعة بتعذر الوصول إلى الامام عليه السّلام. و حاصل الاشكال: أنّه مع فرض إرادة الشارع وجود الواقعة في الخارج لا وجه للتعتيل، بل لا بدّ من إيجادها الواجب على كافة المسلمين، أو خصوص الفقهاء (1).

نعم يرد هذا الإشكال بناء على كون قول المصنف: «وإن لم يعلم» قسما لمعروف علم من الشارع إرادة وجوده، لا قسيما له. وقد عرفت أنّه قسيم له، لا قسم له.

لا ينافي (1) إناطته بنظر الإمام عليه السّلام و الحرمان (2) عنه عند فقده (3)، كسائر (4) البركات التي حرمانها بفقده عجل الله تعالى فرجه.

و مرجع هذا (5) إلى الشكّ في كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاصّ (6).

أمّا (7) وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة، فيدلّ عليه - مضافا إلى

---

معروفا ينافي تعطيله.

(1) و أمّا دفع الإشكال فهو ما أشار إليه بقوله: «لا ينافي» و حاصله: أنّه لا ينافي معروفة المعروف إناطته بنظر الامام عليه السّلام، كما إذا كان الإذن شرطا لصحته كصلاة الميت التي هي من المعروف، و مع ذلك تكون صحتها مشروطة بإذن الولي. فمجرد كونه معروفا لا يسوّغ تصديه.

(2) مبتدء خبره «كسائر» و هذا إشارة إلى إشكال و دفعه.

أمّا الإشكال فهو: أنّه مع كون الفعل معروفا كيف يجوز للفقيه ترك التصدي له؟

فإنّ تركه حرمان. و ضمير «عنه» راجع الى المعروف.

(3) أي: فقد الامام عليه السّلام.

(4) و أمّا دفعه فهو ما أشار إليه بقوله «كسائر البركات» و حاصله: أنّ هذا الحرمان كالحرمان عن سائر البركات التي حرمانها بسبب غيبته «عجل الله تعالى فرجه الشريف»، فلا يختص الحرمان بهذا الأمر المعروف المشروط بإذنه عليه الصلاة و السلام.

(5) أي: يكون مرجع علم الفقيه من الأدلة بجواز تولّي الحكم - و عدم علمه به - إلى الشكّ في مطلوبية وجوده من أيّ شخص حصل، أو من شخص خاصّ و هو الإمام عليه السّلام حتى لا يجوز لغيره التصدي له.

(6) و هو الامام صلوات الله عليه أو نائبه الخاص.

(7) غرضه إقامة الدليل على وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور التي لا تناط بنظر الإمام أو نائبه الخاص. و أشار إليها بقوله: «ثم ان علم الفقيه من الأدلة جواز تولّيّه لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ .. إلخ».

ما يستفاد من جعله (1) حاكما، كما في مقبولة ابن حنظلة «1» الظاهرة في كونه (2) كسائر الحكّام المنصوبة في زمان النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم و الصحابة في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة (3) إليه، والانتهاى فيها (4) إلى نظره (5). بل (6) المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع في الأمور العامّة المطلوبة للسلطان إليه (7). وإلى (8) ما تقدّم

---

(1) أي: من جعل الفقيه حاكما.

(2) أي: كون الفقيه في قوله عليه السّلام: «قد جعلته عليكم حاكما» و حاصل ما أفاده قدّس سرّه: أنّ جعل الفقيه حاكما في مقبولة ابن حنظلة ظاهر- بمعونة نصب الحكّام في زمان النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم- في إلزام الناس بإرجاع الأمور العامّة المطلوبة للسلطان إلى الحاكم، في وجوب الرجوع في تلك الأمور إلى الفقيه، كوجوب الرجوع فيها إلى الحكّام المنصوبين في زمانه صلّى الله عليه وآله وسلّم.

(3) أي: الأمور التي يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم.

(4) أي: في الأمور المذكورة، و ضمير «إليه» راجع إلى الحاكم.

(5) أي: نظر الحاكم، و بالجملة: فيكون الفقيه المنصوب من قبل الامام عليه السّلام كالحاكم المنصوب في زمانه صلّى الله عليه وآله وسلّم في وجوب الرجوع إليه في جميع الأمور المذكورة.

(6) توضيحه: أنّ نفس نصب السلطان حاكما- مع قطع النظر عن نصب الحكّام في زمانه صلّى الله عليه وآله وسلّم- ظاهر عرفا في ذلك، و هذا هو الفارق بين هذا التقريب و سابقه، فإنّ دعوى الظهور في التقريب الأوّل مستندة إلى لحاظ كيفية نصب الحكّام في زمان الرسول الأعظم صلّى الله عليه وآله وسلّم بخلاف دعوى الظهور في التقريب الثاني، فإنّها مستندة إلى ظهور نفس النصب عرفا في ذلك.

(7) أي: إلى الحاكم المنصوب من السلطان.

(8) معطوف على قوله: «إلى ما يستفاد» يعني: و مضافا إلى ما تقدم من قوله .. إلخ.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 99، الباب 11، ح 1

ص: 169

من (1) قوله عليه السّلام: «مجاري الأمور بيد العلماء باللّه الامناء على حلاله و حرامه» «1» (2) - التوقيع (3) [1] المرويّ في إكمال الدين و كتاب الغيبة و احتجاج «2» الطبرسي الوارد (4) في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب،

---

(1) مفسّر ل «ما» الموصول.

(2) قد تقدم ما يستفاد من هذه الأدلة في (ص 154 الى 160).

(3) فاعل قوله في (ص 168): «فيدل» يعني: فيدلّ على وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة التوقيع الرفيع.

(4) صفة ل «التوقيع».

---

[1] لا يخفى أنّه قد أورد على الاستدلال بهذا التوقيع الشريف بوجه:

الأوّل: ضعف السند، لعدم ذكر محمّد بن إسحاق في كتب الرجال بمدح. وقد تقدم في (ص 164) بعض ما يتعلق بترجمته.

الثاني: إجمال الحوادث الواقعة، لاحتمال إرادة حوادث خاصة مذكورة في الأسئلة التي لم تصل إلينا. قال سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه: «و أما التوقيع الرفيع فإجمال الحوادث المسؤول عنها مانع من التمسك به .. إلخ» «3». وقد تقدم في (ص 145) هذا الاشكال و دفعه، فلاحظ.

الثالث: أنّ الثابت بهذا التوقيع وجوب الرجوع إلى الفقهاء في تعلّم الأحكام الشرعية، لأنّه المناسب للحجة التي هي بمعنى الاحتجاج كما أشير إليه سابقاً.

وفيه: أنّ الثابت به كلّ ما يرجع فيه إلى الامام عليه السّلام من الأحكام التكليفية و الوضعية و غيرها، فيندرج فيها جميع المسائل المستحدثة من إحداث الشوارع في أملاك الناس كالدور و الخانات و الدكاكين، و في الموقوفات العامة و الخاصة، و توسعة المساجد

---

(1) تقدم مصدره في ص 156

(2) إكمال الدين، ص 484، الباب 45، ح 4، كتاب الغيبة، ص 29، الفصل 4، ح 247، الاحتجاج، ج 2، ص 283، و نقله عنها صاحب الوسائل في ج 18، ص 101، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 9

(3) نهج الفقاهة، ص 300 و 301

ص: 170

التي ذكر «إني سألت العمري (1) رضى الله عنه أن يوصل إلى صاحب عجل الله فرجه الشريف كتابا فيه (2) تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فورد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام

---

(1) هو ثاني النّوَاب الأربعة، وهم: أبو عمرو عثمان بن سعيد الأسدي، وأبو جعفر محمد بن عثمان بن سعيد العمري، وأبو القاسم حسين بن روح النوبختي، وأبو الحسن علي بن محمد السّمري «رضوان الله تعالى عليهم».

(2) أي: في ذلك الكتاب.

---

والمشاهد و البلاد التي تترتب عليها أحكام خاصة. فهل يترتب على ما الحق بها تلك الأحكام أم لا؟

وكذا يندرج فيها مسائل التشريح والتأمين والسرقلية، والمعاهدة مع الأجنب في استخراج المعادن من النفط والذهب والفضة وغيرها ممّا لا يحصى كثرة، فإنّ عموم الجمع المحلّي باللام- وهي الحوادث- يشمل الجميع بلا عناية. كشمول سائر ألفاظ العموم لجميع مصاديق معانيها، هذا.

ثم إنّ هنا احتمالين:

أحدهما: أنه يبعد سؤال مثل إسحاق عن الأحكام الشرعية، مع كون السؤال عنها مركزا عند العقلاء، فلا ينبغي أن يقال: إنّ إسحاق سأل عن الأحكام الشرعية الثابتة للحوادث الواقعة.

وفيه: أنّ احتمال إرجاع الإمام عليه السلام في أحكام تلك الحوادث إلى شخص معيّن من ثقاته كاف في صحة السؤال. هذا مضافا إلى سؤال غير واحد من فقهاء الرواة عن الأئمة الأطهار عليهم السلام، كما لا يخفى على من راجع تراجم الرواة. كسؤال أحمد بن إسحاق- الذي هو من الأجلة- وإرجاعه إلى العمري وابنه.

وثانيهما: ما في المتن من: «أنّ الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها .. إلخ» وسيأتي ما فيه عند شرح المتن إن شاء الله تعالى.

في أجوبتها، وفيها (1) «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا، فَإِنَّهُمْ حَبَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حَبَّةُ اللَّهِ».

فإنَّ (2) المراد «بالحوادث» ظاهراً مطلقاً الأمر التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل (3) النظر في أموال القاصرين لغيبه (4) أو موت أو صغر أو سفه.

---

(1) أي: وفي الأجوبة قوله عليه السلام: «وَأَمَّا»، وضمير «أجوبتها» راجع إلى المسائل.

(2) هذا تقريب الاستدلال، وحاصله: أنّ المراد بالحوادث ليس خصوص الأحكام الشرعية، بل مطلق الأمور التي لا محيص عن الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، فالرجوع إلى الفقيه في الحوادث الواقعة - بما لها من الشؤون - مأمور به، من دون خصوصية لأحكامها الشرعية.

وبالجملة: الرجوع إلى الفقيه في الحوادث الواقعة لا - يراد به الرجوع إليه في إيجادها، إذ المفروض وقوعها خارجاً، فالأمر بإيجادها أمر بتحصيل الحاصل، فلا بدّ أن يراد بالرجوع إليه الرجوع في شؤون الحوادث الواقعة. وحيث إنّه لم يعيّن شيء من تلك الشؤون، فلا محيص عن إرادة جميعها ممّا يرجع فيها إلى الإمام «عجل الله تعالى فرجه الشريف» من الأحكام الشرعية وغيرها من العرفية، كتأمين الطرق و البلاد، والعقلية كالمعاهدات الدولية، ونحو ذلك ممّا يرجع فيه إلى الرئيس.

ولا وجه لرمي الحوادث بالإجمال مع كون الامام عليه السلام في مقام بيان الوظيفة.

ومنّه يظهر غموض ما أفاده سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه من قوله: «فالمراد إمّا إيكال حلّها، أو إيكال الشأن اللازم فيها إليه. وتعيّن الثاني غير ظاهر» (1).

(3) هذا مثال الحكم الشرعي.

(4) متعلق ب «القاصرين» و مبيّن لمنشأ القصور.

---

(1) نهج الفقاهة، ص 301

ص: 172

وأما تخصيصها (1) بخصوص المسائل الشرعية، فبعيد من وجوه:

منها (2) أنّ الظاهر [1] وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرة أو استنابة، لا الرجوع (3) في حكمها (4) إليه.

و منها (5) التعليل «بكونهم حجّتي عليكم و أنا حجّة الله» فإنّه (6) إنّما يناسب

---

(1) أي: تخصيص «الحوادث» بخصوص المسائل الشرعية كما قيل - و عدم شمولها لسائر شؤونها، حتى يدلّ التوقيع على الولاية- بعيد من وجوه.

(2) أي: من تلك الوجوه المبعّدة: أنّ الظاهر وكول نفس الحادثة إلى الفقيه. و قد مر في التعليقة امتناعه.

(3) معطوف على «نفس» أي: لا وكول الرجوع في حكم الحادثة إلى راوي الحديث المراد به الفقيه الجامع للشرائط.

(4) أي: حكم الحادثة إلى الفقيه، كما ذهب إليه بعض كسيدنا الأستاذ قدّس سرّه، كما تقدم في (ص 172).

(5) أي: و من الوجوه- المبعّدة لإرادة المسائل الشرعية من «الحوادث»- هذا التعليل، و هو قوله عليه الصلاة و السلام: «فإنّهم حجّتي عليكم».

(6) أي: فإنّ التعليل. و هذا تقريب الاستدلال به على عدم إرادة المسائل الشرعية من «الحوادث» و حاصله: أنّ إضافة الرواة إلى نفسه المقدسة بقوله عليه السلام: «فإنّهم حجّتي عليكم» ظاهرة في أنّ المرجوع إليهم هو النظر و الرأي دون الأحكام الشرعية، و إنّ كان المناسب إضافتهم إلى الله تعالى، بأن يقول عليه السلام: «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا في أحكامها الشرعية إلى رواة حديثنا، لأنّهم حجج الله».

---

[1] كيف يكون هذا ظاهر الكلام مع ما أشير إليه في التوضيح من أنّ إيكال نفس الحادثة إلى الفقيه عبارة أخرى عن الأمر بتحصيل الحاصل؟ فلا بدّ من إرادة شؤون الحادثة، كما مرّ في التوضيح. مع أنّ العبارة الوافية يراجع نفس الحادثة إلى الفقيه هي كلمة «فأرجعوها» بصيغة باب الإفعال.

الأمر التي يكون المرجع فيها هو الرأي والنظر [1]، فكان هذا (1) منصب ولاية الإمام من قبل نفسه. لا أنه (2) واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام، وإلا كان المناسب أن يقول: «إنهم حجج الله عليكم» كما وصفهم في مقام آخر (3) بأنهم أمناء الله على الحلال والحرام.

---

(1) أي: كون المرجع في تلك الأمور هو الرأي والنظر منصب ولاية الامام عليه السلام من قبل نفسه المقدسة.

(2) يعني: لا أن هذا المنصب واجب من قبله سبحانه وتعالى على الفقيه بعد غيبة الإمام عليه السلام، وإلا كان المناسب أن يقول: «إنهم حجج الله» كما وصفهم الامام بذلك في حديث آخر.

(3) وهو ما تقدم في (ص 156) عن تحف العقول مما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أو عن السبط الشهيد عليه السلام فراجع.

---

[1] التعليل بكونهم «حجتي عليكم» يدل على استناد حجية الفقهاء إلى نفسه المقدسة، وأنهم وسائط بينه عليه الصلاة والسلام وبين الخلق، كما أنه «عجل الله تعالى فرجه الشريف» واسطة بين الله تعالى شأنه وبين عوالم الوجود كلها. ولا يستفاد من إضافة حجية الفقهاء إلى نفسه المقدسة أزيد من ذلك.

وأما الأمور التي يرجع فيها إلى الفقهاء فهي تستفاد من عموم الحوادث، وإطلاق الأمر بالرجوع إليهم. وقد مرّ في بعض التعاليق أن الأمور التي يرجع فيها إلى الفقيه هي جميع شؤون الحوادث، كما أفاده المصنف قدس سرّه في (ص 172) بقوله: «بل مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس».

ثم إنه لم يظهر منشأ لقوله قدس سرّه: «فإنه إنما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأي والنظر». فإن كان منشؤه نفس لفظ «الحجة» ففيه: أن التفكيك في معناها بين إطلاقها عليه عليه السلام وإطلاقها على الفقهاء منوط بدليل مفقود، بل وحدة السياق تقتضي اتحاد المراد منها في كلا الإطلاقين. وإن كان منشؤه إضافة الحجة إلى نفسه المقدسة، بقوله: «فإنهم حجتي عليكم» ففيه: أنه يكفي في صحة الإضافة كون الفقهاء وسائط بينه عليه السلام وبين الخلق، من دون حاجة إلى التصرف في معنى الحجة.



ومنها (1) أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء الذي (2) هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف ممّا (3) لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب حتّى يكتبه (4) في عداد مسائل أشكلت عليه. بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى رأي أحد ونظره، فإنّه (5) يحتمل أن يكون الإمام عليه السّلام قد وكله (6) في غيبته إلى (7) شخص أو أشخاص من ثقاته في ذلك الزمان (8).

(1) أي: ومن الوجوه الدالة على بعد إرادة خصوص المسائل الشرعية من «الحوادث»: أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء ممّا لا يحتاج إلى البيان، لكونه من بديهيات الإسلام، ولا ممّا يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتى يكتبه في جملة المسائل التي أشكلت عليه. وهذا بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى شخص ونظره، إذ من المحتمل أن يكمل عليه السّلام وجوب الرجوع فيها إلى البعض المعيّن من ثقاته عليه السّلام في زمان الغيبة. وهذا الاحتمال يصلح أن يكون داعياً إلى السؤال.

والحاصل: أنّ هذا الوجه يقتضي أن يكون الرجوع إلى الرواة الفقهاء في المصالح العامة التي يرجع كل قوم فيها إلى رئيسهم، دون المسائل الشرعية.

(2) صفة ل «وجوب الرجوع».

(3) خبر قوله: «أن وجوب» والمراد بالموصول المسائل الشرعية.

(4) الضمير المستتر راجع إلى إسحاق، والضمير البارز إلى وجوب الرجوع.

(5) الضمير للشأن.

(6) أي: وكل الإمام عليه السّلام وجوب الرجوع في المصالح العامة- في عصر غيبته- إلى شخص أو أشخاص من ثقاته.

(7) هذا وكذا «في غيبته» متعلقان ب «وكله».

(8) أي: في زمان غيبته عبّّل الله تعالى فرجه الشريف.

و الحاصل [1]: أنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصاً بما اشتبه حكمه (1)، و لا بالمنازعات (2).

ثمّ (3) إنّ النسبة بين مثل هذا التوقيع (4) و بين العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كلّ معروف لكلّ أحد (5)

---

(1) حتى يكون التوقيع مختصاً بباب رجوع الجاهل إلى العالم، و هو التقليد.

(2) حتى يختصّ بباب القضاء و فصل الخصومة.

(3) الغرض من بيان هذا المطلب دفع توهم، و هو: أنّ أدلة ولاية الفقيه و إن دلّت على ولاية الفقيه في الأمور المذكورة، لكنها تسقط بمعارضتها بالعمومات الظاهرة في إذن الشارع في كلّ معروف، و عدم توقفه على الرجوع إلى الفقيه و الاستيذان منه، و سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى.

(4) و هو التوقيع الصادر لإسحاق بن يعقوب، و المراد بمثل هذا التوقيع سائر أدلة الولاية المتقدمة.

(5) الظاهر في العموم الاستغرافي الشامل لموارد ولاية الفقيه.

---

[1] مقتضى السياق هو كون «الحاصل» خلاصة الوجه الثالث من الوجوه المبعدة لإرادة المسائل الشرعية من الحوادث. و عليه فحاصل ما يقتضيه السياق هو أنّ ما يرجع فيه إلى الفقيه هو خصوص الأمور العامة. و هذا غير الحاصل الذي ذكره في المتن.

نعم ما أفاده فيه بقوله: «ان الظاهر أنّ لفظ الحوادث ليس مختصاً بما اشتبه حكمه ..»

هو الحق الموافق لما أفاده في (ص 172) بقوله: «فان المراد بالحوادث ظاهراً مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها .. إلخ».

و لا- يبعد أن يكون مراده بقوله: «و الحاصل» ما استظهره بقوله: «فإن المراد بالحوادث ظاهراً مطلق الأمور .. إلخ» و إن كان ذلك خلاف السياق، خصوصاً مع عدم رد هذا الوجه المبعد.

مثل قوله عليه السّلام: «كلّ معروف صدقة» «1» وقوله عليه السّلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة» «2» وأمثال ذلك (1) وإن كانت (2) عموماً من وجه،

---

(1) لعلّ المقصود منه ما سيأتي في ولاية عدول المؤمنين (ص 195) من كلام الشهيد قدّس سرّه، من جواز أن يتولّى المؤمنون التصرف عند تعذر الحكّام، لما دلّ على الأمر بالتعاون بالبرّ والتقوى «3»، وللنبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» «4». إذ المستفاد منها كون إعانة الضعيف من أفضل الصدقة، فيجوز لكلّ أحد التصدّي لذلك، فراجع «5».

(2) خبر قوله: «إن النسبة» وبيان كون النسبة عموماً من وجه هو: أنّ للدليلي الولاية والإحسان والإعانة مورد اجتماع وموردي افتراق، كما هو شأن العامّين من وجه في سائر الموارد.

أمّا مورد اجتماعهما فكبيع أموال الفاصرين ونحوه من الأمور الحسبية التي هي إحسان وإعانة، فإنّ دليل ولاية الفقيه يقتضي جواز تصدّيها لخصوص الفقيه دون غيره، ودليل الإحسان والإعانة يقتضي جواز التصدي لكلّ أحد، وعدم توقفه على إذن الفقيه.

وأمّا مورد الافتراق من طرف دليل الإحسان، فكالمتحبات من الصدقات، وإصلاح ذات البين، وزيارة الأموات، وغيرها، فإنّها إحسان لا يتوقف جواز فعلها على إذن الفقيه.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 522، الباب 1 من أبواب فعل المعروف، ح 5 و ص 522، ح 10، و ج 6، ص 323، الباب 42 من أبواب الصدقة، ح 4، و ص 321، ح 1 و 2.

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 108، الباب 59 من أبواب جهاد العدو، ح 2، وفيه: قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: عونك الضعيف.. فلاحظ.

(3) المائدة، الآية 2.

(4) نقل عن سنن ابن ماجه، ج 1، ص 82، الباب 17 من أبواب المقدمة، ح 225

(5) القواعد والفوائد، ج 1، ص 406 و 407

ص: 177

إلا (1) أنّ الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها (2)، وكونها (3) بمنزلة المفسّر الدالّ على وجوب الرجوع (4) إلى الإمام عليه السّلام أو نائبه في الأمور العامّة التي يفهم عرفاً دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر (5) في قوله أوّلي الأمر.

وأما من طرف دليل الولاية فكمنصبي الإفتاء والقضاء، فإنّه ليس لغير الفقيه التصدي لهما.

والتعارض في مورد الاجتماع يوجب سقوط الدليلين، فلا يبقى لولاية الفقيه دليل، هذا حاصل التوهم.

(1) هذا إشارة إلى دفع التوهم المذكور، و حاصله: منع التعارض، وإثبات حكومة توقيع إسحاق على أدلة الإحسان والإعانة.

(2) أي: على العمومات الدالة على الإحسان والإعانة ونحوهما.

(3) معطوف على «حكومة» وضميره راجع إلى التوقيع، والأولى تذكيره وإرجاعه إلى «حكومة» - كما قيل - غير مناسب كما لا يخفى.

وكيف كان فتقريب حكومة التوقيع - ومثله من أدلة ولاية الفقيه - هو: أنّ التوقيع ونظائره تضيّق دائرة موضوع تلك العمومات وتقيده بأنّ للإمام عليه السّلام أو نائبه حقّاً في تلك الأمور، بحيث لا تكون إحساناً وإعانة بدون الرجوع إليه عليه السّلام أو نائبه، لأنّهما بدون رعاية هذا الحق ليسا بإحسان ولا إعانة. فنتيجة هذه الحكومة هي خروجهما عن عنوانهما بدون إذن الامام عليه السّلام أو نائبه.

وبالجملة: الإحسان والإعانة لا - يحسنان مع مزاحمة حقّ الغير، فمع المزاحمة لا - تشملهما عمومات الإحسان والإعانة حتى يقع التعارض بينها وبين أدلة ولاية الفقيه حتى تتساقطا ولا يبقى لولاية الفقيه دليل.

(4) بحيث يكون هذا الرجوع قيّداً مقوّماً لموضوعات عمومات الإحسان والإعانة.

(5) كما في قوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ وقد تقدم في (ص 132 و 141).

و على تسليم التنزّل (1) عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع (2) عدم وقوعه عن رأي وليّ الأمر، هذا.

لكن المسألة (3) لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به (4) مشهورياً.

و على أيّ تقدير (5) فقد ظهر ممّا (6) ذكرنا: أنّ ما دلّت عليه

---

(1) يعني: وبناء على التنزل عن حكومة التوقيع على عمومات أدلة الإحسان والإعانة- و تسليم التعارض بين التوقيع و تلك العمومات- يكون المرجح بعد التساقط أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف، لا أصالة عدم اعتبار إذن الإمام عليه السّلام، لأنّه إنّما يكون فيما إذا علم بإرادة الشارع إيجاداه في الخارج، و كان الشك في اعتبار إذن الامام عليه السّلام فيه.

ثم إنّ نتيجة أصالة المشروعية اعتبار إذن الإمام عليه السّلام أو نائبه في ذلك المعروف.

(2) متعلق بأصالة عدم مشروعية ذلك المعروف، فكأنه قال: «فالمرجع إلى أصالة ..

حين عدم وقوع ذلك المعروف عن رأي وليّ الأمر».

(3) أي: مسألة الولاية المطلقة للفقهاء لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم بثبوت الولاية للفقهاء مشهوراً بين الأصحاب. بل يظهر من الفاضل النراقي قدس سرّه كون المسألة إجماعية، حيث قال «حيث نصّ به كثير من الأصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلّمات» (1).

(4) أي: بوجوب الرجوع في الأمور المذكورة إلى الفقيه الذي هو مقتضى الولاية.

(5) أي: سواء قلنا بحكومة التوقيع أم بتعارض العمومين، و الرجوع إلى أصالة عدم مشروعية المعروف بدون إذن الفقيه، فقد ظهر .. إلخ.

(6) الموصول إشارة إلى ما ذكره في (ص 169) بقوله: «في مقبولة ابن حنظلة الظاهرة في كونه كسائر الحكّام المنصوبة في زمان النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم و الصحابة في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة إليه .. إلخ».

---

(1) عوائد الأيام، ص 536

ص: 179

## [ثبوت الولاية للفقهاء في الأمور التي تكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغا عنها]

هذه الأدلة (1) هو ثبوت الولاية للفقهاء في الأمور التي تكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغا عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية.

و أما (2) ما يشك في مشروعيته- كالحدود لغير الإمام، وتزويج الصغيرة لغير الأب والجد، و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، و فسخ العقد الخياري عنه (3)، و غير ذلك-، فلا يثبت من تلك الأدلة (4) مشروعيتها للفقهاء، بل لا بد للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر (5).

نعم (6)،

(1) وهي أدلة الولاية، و حاصله: أن مدلول أدلة ولاية الفقهاء هو ولايته في الأمور التي ثبتت مشروعية إيجادها في الخارج، كتجهيز الأموات التي لا ولي لها، و حفظ أموال القاصرين، و الموقوفات التي ليس لها متول منصوص من قبل واقفيها، و نحو ذلك مما علم بمشروعية إيجادها في الخارج، و عدم جواز تعطيلها و إهمالها، بحيث لو فرض عدم فقيه و جب على الناس القيام بها كفاية. هذا إذا علم بمشروعية إيجادها في الخارج.

(2) و أما إذا شك في مشروعية إيجادها في الخارج بدون إذن الإمام عليه السلام- كالحدود و التعزيرات، و تزويج الصغيرة بدون إذن الأب و الجد، و معاملة مال الغائب ببيعه و نحوه، و فسخ العقد الخياري عن الغائب، إذا كان له خيار في عقد- فلا يثبت من أدلة ولاية الفقهاء مشروعيتها للفقهاء، بل لا بد من استنباط مشروعيتها له من دليل آخر غير أدلة الولاية.

(3) أي: عن الغائب، و قوله: «فلا يثبت» جواب قوله: «و أما ما يشك».

(4) أي: أدلة ولاية الفقهاء، و ضمير «مشروعيتها» راجع إلى الأمور المذكورة من الحدود و تزويج الصغيرة، إلى آخر ما هناك.

(5) أي: غير أدلة ولاية الفقهاء.

(6) استدراك على عدم ثبوت مشروعية الحدود و غيرها مما ذكر للفقهاء من أدلة ولاية الفقهاء. و حاصل الاستدراك: أن تلك الأمور تثبت الولاية عليها و على غيرها- كالولاية على الأنفس و الأموال- للإمام عليه السلام.

الولاية على هذه (1) وغيرها ثابتة للإمام عليه السّلام بالأدلة المتقدمة (2) المختصة به، مثل آية أولى بالتّاس من أنفسهم (1). وقد تقدّم (3) أنّ إثبات عموم نيابة الفقيه عنه في هذا النحو (4) من الولاية على الناس - ليقصر في الخروج عنه (5) على ما خرج بالدليل - دونه خرق القتاد.

وبالجمله (6) فهاهنا مقامان:

---

(1) أي: الأمور المذكورة من الحدود و تزويج الصغيرة وغيرها.

(2) وهي الكتاب والسنة والإجماع والعقل. وهذه الولاية هي الولاية المطلقة الثابتة للإمام عليه السّلام بالخصوص دون غيره، فإنّها ثابتة له، ومختصة به عليه السّلام بمثل قوله تعالى النّبيّ أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ.

(3) في (ص 163) بقوله: «وبالجمله فأقامه الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام إلا ما خرج بالدليل دونه خرق القتاد».

لا يقال: إنّ الآية المذكورة تثبت ولاية النبي صلّى الله عليه وآله وسلم، ومفروض الكلام هو ولاية الإمام عليه السّلام.

فإنّه يقال: قد ثبت بالأدلة أنّ الامام كالنبيّ عليهما السّلام في الولاية المطلقة بلا كلام ولا إشكال.

(4) وهو الولاية العامّة كولاية الإمام عليه السّلام على الناس حتى يكون الخروج عن عمومها محتاجا إلى الدليل الخاصّ، كغيره من العمومات.

(5) أي: عن عموم ولاية الفقيه الجامع للشرائط.

(6) وحاصل الكلام: أنّ في ولاية الفقيه بالمعنى الثاني - وهو توقف تصرف الغير على إذنه - مقامين ثبوتا:

أحدهما: وجوب إكمال المعروف المأذون فيه - أي المعروف الذي ثبت إيجاد مشروعيته في الخارج - إلى الفقيه، على ما مرّ منه في (ص 164).

---

(1) الأحزاب، الآية 6، وهي: «النبي أولى بالمؤمنين» لا «بالناس» كما في المتن.

أحدهما: وجوب إيكال المعروف المأذون [1] فيه إليه (1) لتقع (2) خصوصياته (3) عن نظره ورأيه (4) كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه يجب (5) أن تقع خصوصياته (6) - من (7) تعيين الغاسل والمغسل، وتعيين شيء من تركته للكفن، وتعيين المدفن - عن (8) رأي الفقيه.

الثاني (9): مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض.

---

(1) متعلق ب«إيكال» والضمير راجع إلى الفقيه.

(2) تعليل لوجوب إيكال المعروف إلى الفقيه.

(3) هذا الضمير وضمير «فيه» راجعان إلى المعروف.

(4) هذا الضمير وضمير «نظره» راجعان إلى الفقيه.

(5) أي: يجب بمقتضى ولايته - أي: توقف المعروف على إذنه - أن تقع عن إذنه خصوصيات التجهيز الذي هو من المعروف الذي ثبتت مشروعية إيجاده في الخارج.

(6) أي: خصوصيات التجهيز.

(7) بيان ل«خصوصياته».

(8) متعلق ب«تقع».

(9) أي: المقام الثاني من مقامي ولاية الفقيه ثبوتاً هو: استقلاله بتصرف خاص في نفس، كإجراء حدّ أو في مال كبيع مال غائب، أو في عرض كتزويج صغيره لا ولي لها. والأنسب بالسياق أن يقول: «ثانيهما» في مقابل «أحدهما».

---

[1] لعلّ الأولى تبديله ب«المعروف المحتاج إلى إذن الفقيه» أو ب«المعروف الذي ثبتت مشروعية إيجاده في الخارج» حيث إنّه مورد ولاية الفقيه، إذ لو كان المراد بالمأذون فيه مشروعية إيجاد المعروف لغير الفقيه لم يصحّ جعله بنحو الإطلاق مورداً لولاية الفقيه، كالمستحبات من الصدقات وغيرها ممّا ليس مورداً لولايته حتى يجب إيكاله إلى الفقيه، لما مرّ مراراً من أنّ مورد ولاية الفقيه الجامع للشرائط هو كلّ معروف ثبتت مشروعية إيجاده في الخارج بحيث لا - يرضى الشارع بتركه، حتى لو لم يكن فقيه وجب على المؤمنين إيجاده.



و الثابت (1) بالتوقيع وشبهه هو الأوّل دون الثاني، وإن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعية وعدمها أيضا من وظيفته (2)، إلا أنّ المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة (3) على المشروعية.

نعم (4) لو ثبتت أدلة النيابة عموما تمّ (5) ما ذكر (6).

ثمّ إنّّه قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب رواية (7) «أنّ السلطان وليّ من لا وليّ له».

(1) هذا مقام الإثبات، و حاصله: أنّ الثابت بأدلة ولاية الفقيه من توقيع إسحاق بن يعقوب المتقدم في (ص 172) وغيره من أدلتها هو المقام الأوّل الذي ثبتت مشروعية إيجاده في الخارج، دون المقام الثاني الذي لم تثبت مشروعيته كذلك، وإن كان الحكم بمشروعيته و عدمها أيضا من وظائف الفقيه، إلا أنّ أدلة الولاية التي هي من أدلة الأحكام الثانوية تقصر عن الدلالة على الأحكام الأولية، فلا بدّ من استنباط المشروعية و عدمها من أدلة أخرى.

(2) أي: وظيفة الفقيه.

(3) أي: أدلة ولاية الفقيه من التوقيع الرفيع وغيره.

(4) استدراك على قوله: «إلا أنّ المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة». و حاصل الاستدراك: أنّ أدلة النيابة إن كان لها عموم بأن تدلّ على عموم النيابة للفقيه - بمعنى دلالتها على أنّ كلّ ما ثبت من الولاية للإمام عليه السّلام ثابت للفقيه - جاز للفقيه أن يتصرف في الأنفس و الأموال و الأعراض، و لا نحتاج في إثبات مشروعيته إلى أدلة أخرى، بل نفس عموم أدلة النيابة كاف في إثباتها.

(5) جواب «لو ثبتت» و «عموما» تمييز ل «ثبتت» أي: من جهة عمومها.

(6) من مشروعية المقام الثاني من الولاية - وهي استقلال الفقيه بالتصرف في الأنفس و الأعراض و الأموال - بسبب عمومات أدلة الولاية.

وبالجملة: فمشروعية المقام الثاني من الولاية منوطة بعموم دليل الولاية.

(7) فاعل «اشتهر و تداول» و هذه الرواية عدّها الفاضل التراقي قدّس سرّه من أدلة ولاية الفقيه، لقوله: «السابعة عشر ما روي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم في كتب الخاصة و العامة أنّه قال:

السلطان وليّ من لا وليّ له».

واستدلّ به في المستند على ولاية الحاكم على تزويج فاسد العقل، فقال: «و المراد من له السلطنة، و النائب العام كذلك» (1).

و ذكره العلامة و الشهيد الثاني و غيرهما قدّس سرّهم، و اعتمد عليه في الجواهر، فراجع (2). قال العلامة في أولياء العقد: «و لا نعلم خلافا بين العلماء في أنّ للسلطان ولاية تزويج فاسد العقل، و به قال مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيده و أصحاب الرأي.

لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: السلطان وليّ من لا وليّ له» ثم قال: «قد بيّنا أنّ المراد بالسلطان هو الإمام أو حاكم الشرع، أو من فوّضا إليه. و ليس لوليّ البلد ولاية النكاح، لأنّ الولاية عندنا مشروطة بإذن الإمام أو نائبه».

و قال السيد العلامة المراغي قدّس سرّه قدّس سرّه في العناوين: «و منها- أي من أدلة ولاية الفقيه- ما دلّ على أنّ العلماء أولياء من لا وليّ له..» (3). و لكن لم أظفر في الكتب الفقهية و لا في إرشاد الديلمي على هذا المتن، و لعلّه قدّس سرّه ظفر بذلك أو نقله بالمعنى.

و كيف كان فلا ريب في أنّ المراد بالسلطان هو من له السلطنة الحقّة على غيره، لبديلية «اللام» عن المضاف إليه المحذوف، و هو الله عزّ و جلّ، فهو نظير ما تقدم في (ص 148) من التصريح بالمضاف إليه كما في رواية السكوني: «إذا حضر سلطان من سلطان الله فهو أحقّ بالصلاة عليه». و من المعلوم أنّ جعل السلطنة للوليّ الجائر لا يلائم هذه الإضافة.

(1) عوائد الأيام، ص 534، مستند الشيعة، ج 16، ص 143، و وردت هذه الجملة في إرشاد القلوب للديلمي قدّس سرّه في ما يراد من كلمة «الولي» فقال: «كقولهم: لا- نكاح إلّا بولي، و السلطان وليّ من لا- وليّ له» و ظاهر العطف صدور الجملتين من المعصوم عليه السلام، فلاحظ: إرشاد القلوب، ج 2، ص 252. و نقل عن جملة من كتب العامة كمسند احمد و سنن أبي داود و البيهقي و غيرها، فراجع هامش المسالك و العوائد.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 592 (الحجرية)، مسالك الأفهام، ج 7، ص 147، كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 10 (الحجرية)، جواهر الكلام، ج 29، ص 188.

(3) العناوين، ج 2، ص 570

ولكن اختلف الفقهاء قدس سرهم في أنّ من له الولاية على غيره هل هو خصوص الإمام الأصل أي المعصوم عليه السلام، أم عموم من له السلطنة الحقة، فيشمل الفقيه المأمون؟ مقتضى كلام غير واحد- من توقف ولاية الفقيه في بعض الموارد كقبض سهم الامام عليه السلام من الخمس، و تزويج البالغ غير الرشيد و نحوهما- هو الاختصاص. قال السيد الطباطبائي قدس سره: «و يزوجهما مع فقدهما- أي: فقد الأب و الجدّ- مع الغبطة إجماعا، لأنّه- أي الحاكم- وليهما في المال، فيتولّى نكاحهما». ثم استدل بالنبوي، و قال: «و يلحق به- أي بالسلطان- نوابه لعموم أدلة النيابة» (1).

و مقتضى كلام جماعة- ممّن عدّ هذا الحديث دليلا على ولاية الحاكم الشرعي- هو الثاني، كما استفيد من عبارة التذكرة، و المسالك و العوائد و العناوين. و عليه فيكون للسلطان فردان:

أحدهما: الإمام المعصوم عليه السلام، لكونه المصدق الأتم لمن جعلت له الولاية و السلطنة على غيره.

و ثانيهما: الفقيه العادل. و من المعلوم أنّ الاستدلال به على ولاية الفقيه- في ما كان للإمام المعصوم عليه السلام ولاية عليه- منوط بظهوره في الاحتمال الثاني، هذا.

(1) ناقش المصنف قدس سره في الاستدلال بها الحديث بوجهين، الأول: و هنها سندا و مضمونا. و الثاني ظهور لفظ «السلطان» في الإمام المعصوم عليه السلام.

أمّا الوجه الأول فتوضيحه: أنّ سند الحديث ضعيف بالإرسال، و من المعلوم أنّ الاعتماد عليه منوط بانجبار ضعفه بعمل المشهور، و هو لا يخلو من تكلف، لعدم انحصار ما يدلّ على ولاية الإمام عليه السلام في الموارد الخاصة في هذا المرسل. و معه لا سبيل لإحراز استنادهم إليه ليندرج في موارد الجبر بالعمل، كما استندوا إلى مثل حديث «على اليد» و «الناس مسلّتون» و نحوهما من المراسيل المعمول بها.

هذا مضافا إلى احتمال عدم كون جملة «السلطان وليّ من لا وليّ له» نصّ كلامه صلّى الله عليه و آله و سلّم، و أنّه منقول بالمعنى كعبض القواعد الفقهية المتصيّدة من النصوص، مثل

«من حاز ملك» و لعلّ الأصل فيها «العلماء أولياء من لا وليّ له» كما عبّر به في العناوين، ثم نقل رواية تحف العقول، و هي قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله».

و كلمة «العلماء» وإن كانت شاملة للفقهاء، بل هي ظاهرة فيهم بدوا، إلا أنّه يحتمل قويا اختصاصها في هذه الرواية بالمعصوم عليه السلام، لما تفتّن له المحقق الخراساني قدّس سرّه، بشهادة سائر فقرات الرواية «التي سيقّت في مقام توبيخ الناس على تفرقهم عنهم عليهم السلام، حيث إنّ تفرقهم عنهم صار سببا لغضب الخلافة، و زوالها عن أيدي من كانت مجارى الأمور بأيديهم» «1» فلاحظ تمام الخبر في تحف العقول، و ما فيه من القرينة المتصلة على إرادة أئمة الهدى عليهم السلام، دون الفقهاء و تقدّم بعضه في (ص 156).

و الغرض من ذلك كله: أنّه لا سبيل لإحراز صدور نفس كلمة «السلطان» منه صلّى الله عليه و آله و سلّم ليقال بصدقه على كلّ من الامام المعصوم و الفقيه العادل.

و أمّا الوجه الثاني، فتوضيحه: أنّه- بعد تسليم جبر ضعف السند و المضمون، و أنّ الصادر هو «السلطان»- يمنع من صدقه على الفقيه، إذ المتبادر منه هو الإمام الأصل، كما اعترف به غير واحد منهم صاحب الحدائق «2»، و لذا تمسك صاحب الرياض لإثبات ولاية الفقيه على النكاح بما دلّ على نيابته عنه عليه السلام، لا بشمول لفظ «السلطان» للحاكم.

و لا أقلّ من الشك في الصدق، و معه لا مجال للاستدلال.

و عليه فالولاية للإمام عليه السلام، و إثباتها للفقيه محتاج إلى أدلة عموم النيابة كالمقبولة و غيرها ممّا تقدم في (ص 169-170) و صرح المصنف هناك بأنّ استفادة عموم ولاية الحاكم الشرعي منها دونها خرط القتاد.

(1) هذا إشارة إلى أوّل وجهي الإشكال في الاستدلال بالمرسلة، و هو الوهن سندا و مضمونا.

(2) منشأ التردد هو الشك في كون متن الحديث نفس العبارة المذكورة، فالحديث منقول باللفظ، أو مضمونها، فالحديث منقول بالمعنى.

(1) حاشية المكاسب، ص 94

(2) الحدائق الناضرة، ج 23، ص 239

يحتاج (1) إلى أدلة عموم النيابة. وقد عرفت (2) ما يصلح أن يكون دليلا عليه، وأنه (3) لا يخلو عن وهن في دلالته، مع (4) قطع النظر عن السند، كما اعترف به (5) جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام.

و عن بعض نسخ المتن العطف بالواو بدل «أو» فإن كان هذا صحيحا فالرواية موهونة من جهتين سندا و مضمونا. أمّا الأوّل فلأنّها مرسلة. و أمّا الثاني فلكونها منقولة بالمعنى.

(1) خبر «و هذا» و هو إشارة إلى ثاني وجهي المناقشة. و قد عرفت أنّها وجه الحاجة إلى أدلة عموم النيابة، و أنّ الحديث على فرض اعتباره لا يدلّ على ولاية الفقيه أصلا، بل على ولاية الإمام عليه السلام.

(2) يعني: و قد عرفت في بيان أدلة ولاية الفقيه ما يصلح أن يكون دليلا على عموم ولايته و ما لا يصلح لذلك.

(3) معطوف على «ما» الموصول، يعني: و قد عرفت أنّ ما استدللّ به على عموم نيابة الفقيه لا يخلو عن وهن في دلالته، و استشهد المصنف قدس سرّه لهذا الوهن بكلام جمال المحققين و المحقق الكركي قدس سرّهما.

(4) يعني: مضافا إلى ضعف سند ما استدللّ به على الولاية العامة للفقيه.

(5) أي: كما اعترف بما ذكر - من وهن الدلالة و ضعف السند - جمال المحققين و استادهم الآقا جمال الخوانساري قدس سرّه في باب الخمس، حيث إنّه جعل مستند المشهور من كون الفقهاء نوابا للإمام عليه السلام مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة أبي خديجة، و ناقش فيهما سندا، لكنه جبر ضعف السند بعمل المشهور بهما، فقال في المقبولة: «و بالجملة: فهذه الرواية مع ما فيها من ضعف السند قد تلقّاها الأصحاب بالقبول.. فاعتقدوا أنّ ضعفها منجبر بذلك» و كذلك جبر ضعف سند رواية أبي خديجة بعمل الأصحاب.

ثم ناقش في دلالتهما على نيابة الفقهاء عنه عليه السلام بقوله: «ثم إنّ غاية ما يدلّ عليه

و يظهر ذلك (1) من المحقق الثاني أيضا في رسالته الموسومة بقاطع اللجاج «1» في مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضي الأنفال (2) من المخالفين كما يكون ذلك (3) للإمام عليه السلام إذا ظهر (4)، للشك (5) في عموم النيابة.  
و هو (6) في محله.

---

الروايتان وجوب العمل بحكم الفقهاء من أصحابنا في المنازعات والخصومات. وأما كونهم وكلاء لهم في ضبط أموالهم و حقوقهم - كما توهمه عبارة الشارح - فلا دلالة لهما عليه ..» الى أن قال: «و للمناقشة فيها مجال، والله يعلم» فراجع «(2)».

(1) أي: يظهر من المحقق الثاني قدس سره أيضا الوهن في دليل عموم نيابة الفقيه عن الامام عليه السلام، قال قدس سره: «فإن قيل: فهل يجوز لمن استجمع صفات النيابة حال الغيبة جباية شيء من ذلك - أي الخراج - قلنا: إن ثبت أن جهة نيابته عامة احتمل ذلك. و إلى الآن لم نظفر بشيء فيه، و كلام الأصحاب قد يشعر بالعدم، لأن هذا خاصة الامام ..».

(2) التي هي مال الإمام عليه السلام. فإن ثبت نيابة الفقيه عن الامام عليه السلام في كل ما له عليه السلام جاز للفقيه إيجار أرض الأنفال - المختصة بالإمام عليه السلام - من المخالف.

(3) أي: جواز أخذ أجره أراضي الأنفال - من المخالفين - للإمام عليه السلام.

(4) يعني: إذا ظهر الحجة المنتظر «عجل الله تعالى فرجه الشريف و جعلنا فداه».

(5) تعليل لوهن ما استدلل به على ولاية الفقيه، فإن هذا الوهن يوجب الشك في عموم ولايته، الموجب للشك في جواز أخذه لاجرة أراضي الأنفال من المخالفين.

(6) أي: الشك في عموم نيابة الفقيه المذكور في كلام المحقق الثاني في محله. و هذا أحد المواضع التي ذكر المصنف قدس سره فيها تردده في الولاية العامة.

---

(1) كذا في نسخ الكتاب، و المعروف تسميتها ب «قاطعة اللجاج» كما عبّر عنها المصنف غير مرة في مسألة جوائز السلطان، طبعت ضمن رسائل المحقق الكركي، ج 1، ص 257

(2) حاشية الروضة، ص 320، الروضة البهية، ج 1، ص 183، طبعة عبد الرحيم.

ثم (1) إن قوله عليه السلام: «من لا ولي له» في المرسلة المذكورة ليس مطلق من

فتحصّل: أنّ الاستدلال بالمرسلة المتقدمة على ولاية الفقيه- كما ذهب إليه جمع من الأصحاب- ممنوع.

(1) غرضه قدّس سرّه بيان التفاوت بين مدلولي التوقيع الرفيع وهذه المرسلة- لو سلّم دلالتها على ولاية التصرف للمعصوم عليه السلام، و بركة أدلة خلافة الفقيه عنه عليه السلام تثبت له أيضا- و محصّله: أن «من لا ولي له» الذي يكون السلطان وليّا له، هل هو الفاقد للولي على نحو السلب المقابل للإيجاب، و إن لم يكن من شأنه جعل ولي له؟ أم هو المولّى عليه الذي له قابلية نصب ولي له شرعا، فعدم الولي يكون في قبال الملكة.

فبناء على الأوّل تشمل ولاية السلطان للبالغ العاقل الذي له سلطنة تامّة على أموره، و ليس لأحد ولاية عليه. و الوجه في ثبوت ولاية السلطان بالنسبة إلى هذا البالغ هو صدق «أنّه لا ولي له» فيكون السلطان وليّه.

و بناء على الاحتمال الثاني تختص الولاية و السلطنة بمن له شأنية نصب ولي له.

و من المعلوم أنّ البالغ المزبور غير قابل لجعل ولي له، فتختص المرسلة بمورد الشأنية لأن يكون له ولي.

و هذا المطلب صرّح به الفاضل النراقي أيضا في نفي ولاية الحاكم- بالاستقلال- على نكاح الكبير، حيث قال: «إن معناه أنه- أي السلطان- ولي من لا ولي له و يحتاج إلى الولي، لا أنه ولي من لا ولي له سواء كان محتاجا إلى الولي أم لا» (1).

و كيف كان فهذه الشأنية على أنحاء، فتارة تكون بحسب الشخص. و هذا لا يفرض فيما نحن فيه، لعدم مورد للولاية على شخص بخصوصه بحيث لا يتعدّى عنه إلى غيره.

نعم يكون ذلك في غير المقام، كعدم اللحية في زيد الكوسج، فإنّه يتعدّى إلى غيره ممّن هو مثله.

(1) عوائد الأيام، ص 576

ص: 189

لا وليّ له، بل المراد عدم الملكة، يعني: أنّه وليّ من من شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه (1). فيشمل (2) الصغير الذي مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ (3)، والغائب (4) والممتنع (5) والمريض (6) والمغمى عليه، والميت الذي لا وليّ له، وقاطبة (7) المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة،

---

و اخرى تكون بحسب الصنف كعدم السواد في الزنجي.

و ثلاثة تكون بحسب النوع كالعَمى، فإنّه عدم البصر فيمن من شأنه أن يكون بصيرا بحسب النوع.

ورابعة تكون بحسب الجنس، كعمى العقرب، فإنّ شأن العقرب أن يكون بصيرا بحسب الجنس.

(1) هذه الضمائر الستة من «شأنه» إلى «جنسه» راجعة إلى الموصول في «من من».

(2) يعني: فيشمل من من شأنه أن يكون له وليّ الصغير الذي مات أبوه، فإنّ له شأنية أن يكون له وليّ يحفظ مصالحه. وهذا مثال للصنف.

(3) هذا مثال للنوع، والتقييد بـ «بعد البلوغ» لأجل عدم ولاية الفقيه على المجنون المتصل جنونه بالبلوغ، وإنّما ولايته للأب و الجدّ.

(4) هذا أيضا مثال للنوع، والمراد به الغائب عن ماله بحيث لا يقدر على التصرف فيه.

(5) هذا أيضا مثال للنوع، والمراد به من يمتنع عن أداء دين الغير أو حقّه مع التمكن منه.

(6) الذي لا يقدر على إدارة شؤونه. وهذا والمغمى عليه أيضا مثالان للنوع.

ويمكن أن يكونا مثالين للصنف. وكذا الميت الذي لا وليّ له، إذ لو كان له وليّ خاصّ لا تصل النوبة إلى السلطان الذي هو الولي العام.

(7) معطوف على «الصغير» يعني: فيشمل «من شأنه أن يكون له وليّ» الصغير وقاطبة المسلمين إذا كان لعمومهم ملك كالأرض المفتوحة عنوة المعمورة حال الفتح.

و هذا مثال للجنس.



والموقوف (1) عليهم في الأوقاف العامة (2)، ونحو ذلك.

لكن (3) يستفاد

(1) معطوف على المفتوح عنوة.

(2) كالوقف على الفقهاء أو الفقراء ونحوهما.

والحاصل: أن «السلطان» إن كان مختصاً بالمعصوم فتثبت له الولاية بهذه المرسلة، وبأدلة النيابة تثبت للفقهاء. وإن كان شاملاً للفقهاء من أول الأمر ثبتت له الولاية بها بلا حاجة إلى أدلة النيابة.

(3) غرضه قدس سره إبداء الفرق بين ما يستفاد من التوقيع الرفيع الأمر بإرجاع الحوادث إلى الرواة وبين هذه المرسلة - مع كون مدلولها ثبوت ولاية التصرف للسلطان على من له شأنية نصب ولي له - بعد اشتراكهما في دلالتهما على ولاية الفقهاء.

ومحصل الفرق أمران، أحدهما: أن إضافة كلمة «ولي» إلى «من لا ولي له» ظاهرة في كونها لامية أي: «ولي لمن لا ولي له» و«اللام» هنا للانتفاع، فتدل المرسلة على مشروعية كل شيء فيه مصلحة المولى عليه ومنفعته. وهذا بخلاف التوقيع، إذ ليس فيه إضافة حتى يستفاد منه هذا العموم، بل تختص ولاية رواية الأحاديث بالواقعة التي يجب إرجاعها إليهم.

ثانيهما: أن مقتضى المرسلة استقلال السلطان بالتصرف في ما يتعلق بالمولى عليه، سواء أرجع إليه شيء من أمور المولى عليه أم لا، والوجه في استقلاله هو كفاية قابلية نصب ولي للشخص في ثبوت المنصب للسلطان، ولم يشترط ولايته بكون ذلك التصرف من الأمور الحسبية التي لا بد من تحققه والقيام به، بل يجوز للولي التصدي وإن لم تكن هناك ضرورة للمولى عليه تقتضي التصرف، كما إذا لم يترتب ضرر على تركه.

وهذا بخلاف التوقيع الرفيع الظاهر في جواز تصدي الفقهاء للأمر بعد الرجوع إليه في خصوص ما أنيط بأذن الإمام عليه السلام، ولا يدل على استقلاله في التصرف.

وبناء على ما ذكر - من أعمية مدلول المرسلة من التوقيع - فيجوز للفقهاء تزويج الصغيرة الفاقدة للأب والجد والوصي من قبل أحدهما، مع اقتضاء مصلحتها له. وكذا يجوز له بيع مال الغائب إن كان فيه مصلحته وإن لم يتضرر بترك البيع. وهكذا سائر

منه (1) ما لم يكن [لم يمكن] يستفاد من التوقيع المذكور [1]، و هو (2) الإذن في فعل

التصرفات المشروعة التي لم يدلّ التوقيع على استقلال الحاكم فيها بدون سبق إرجاعها إليه.

(1) أي: من حديث «السلطان ولي من لا ولي له» أو من المرسلة بناء على تأنيث الضمير كما في بعض النسخ.

(2) أي: و ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور هو الإذن في فعل كل مصلحة لهم.

[1] أورد المحقق الايرواني قدّس سرّه عليه بالتهافت بين ملاحظة نسبة المرسلة مع التوقيع و بين ما تقدم في المناقشة من استظهار اختصاص «السلطان» بالمعصوم عليه السّلام.

وجه التنافي: أنه بناء على الاختصاص به عليه السّلام تكون النسبة بين الروايتين التباين، لا الأعمية، لأنّ الولاية في المرسلة للسلطان، وفي التوقيع لرواة الحديث، و مع تعدد الموضوع لا وجه لملاحظة النسبة. و بناء على أعمية السلطان من الفقيه يتجه بيان النسبة ولكنه عدول عمّا ناقش به في الاستدلال من اختصاص المرسلة بالمعصوم عليه السّلام «1».

أقول: الأمر كما أفاده قدّس سرّه من التهافت ظاهرا لكن لا يبعد أن يكون كلام المصنف بعد المناقشة: «ثم إن قوله: من لا وليّ في المرسلة المذكورة .. إلخ» ناظرا إلى الإغماض عن الخدشة، و تسليم دلالتها على ولاية الفقيه مما شاة لمن استدّل به.

نعم إشكال التهافت وارد على مثل الفاضل النراقي قدّس سرّه في العوائد، حيث انه- كما عرفت في التوضيح- عدّها من أدلة ولاية الفقيه، المستلزم لجعل «السلطان» أعم من المعصوم عليه السّلام و الفقيه، إذ الغرض من عدّ الأدلة وفاء كلّ منها بالمطلوب. و لكنه في ذكر بعض موارد ولايته- و هو النكاح- قال: «و ما يمكن أن يستدلّ به للثبوت .. النبوي المشهور بضميمة عموم النيابة المتقدم ثبوته» «2» فإنه كالصريح في اختصاص السلطان بالمعصوم عليه السّلام. و على تقدير الاختصاص يشكل عدّ المرسلة من أدلة الولاية، لاحتياجها حينئذ إلى ضمّ أدلة عموم النيابة.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 158

(2) عوائد الأيام، ص 567

كلّ مصلحة لهم، فثبت به (1) مشروعية ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز (2) له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم [1] ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الولي» يوهم ذلك (3)، إذ (4) بعد ما ذكرنا

---

(1) أي: بما روي من قوله عليه السلام: «السلطان وليّ من لا وليّ له».

(2) هذا متفرع على جواز تصدي السلطان لكل شيء فيه مصلحة للموّلّى عليه من الصغير والمجنون والغائب، و سائر الطوائف المذكورين.

(3) أي: يوهم كون الولي وليّاً على الموّلّى عليه- من الصغير والمجنون وغيرهما- في كل عمل وإن لم يكن فيه مصلحة للموّلّى عليه.

(4) تعليل لقوله: «نعم ليس له فعل شيء» و حاصل التعليل: أنّه- بعد أن تبين المراد بالولي، وهو القائم بمصالح من يحتاج إلى الولي- لا بدّ أن يكون حافظاً لمصالح الموّلّى عليه، وغير متجاوز عنها، وليس وليّاً إجبارياً حتى يكون أمره نافذاً عليه مطلقاً وإن لم يكن ذا مصلحة.

وبالجملة: فيستفاد من هذه المرسلة أمران:

أحدهما: جواز تصدي الولي لكلّ أمر فيه مصلحة للموّلّى عليه.

والآخر: عدم توقف جواز تصديه على الرجوع إليه، بل يجوز له ذلك وإن لم يرجع الموّلّى عليه- أو غيره- إلى الولي.

---

[1] الأولى إبدال «نعم» بالواو أو الفاء، بأن يقال: «و ليس- أو فليس- له فعل شيء ..»

إلخ» إذ مقتضى ما أفاده من دلالة المرسلة على اعتبار وجود المصلحة في ما تصدّاه من أمور الموّلّى عليه هو عدم جواز تصدي الولي لما ليس فيه مصلحة للموّلّى عليه. و من المعلوم أنّ المناسب حينئذ هو «فاء» التفرّيع، أو «الواو» عطفاً على «فيجوز» دون الاستدراك بكلمة «نعم».

و الأولى من ذلك أيضاً أن يقال: «و لا يجوز له فعل شيء ..».

- من (1) أنّ المراد ب «من لا وليّ له» من من شأنه أن يكون له وليّ - يراد به (2) كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له (3) عليه ولاية الإجماع بحيث يكون تصرفه ماضيا عليه (4).

و الحاصل (5) أنّ الوليّ المنفّي هو الوليّ للشخص لا- عليه، فيكون المراد بالولّي المثبت ذلك (6) أيضا. فمحصّله: أنّ الله جعل الوليّ- الذي يحتاج إليه الشخص و ينبغي أن يكون له- هو السلطان (7)، فافهم (8).

(1) بيان ل «ما» الموصول.

(2) يعني: بعد ما ذكرنا من .. إلخ يراد ب «من لا- وليّ له» كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه. لا- أنّه ينبغي أن يكون على المولّي عليه وليّ يكون لذلك الولي على المولّي عليه ولاية الإجماع، بحيث يكون تصرفه ماضيا مطلقا و إن لم يكن مصلحة لمن يلي أمره.

(3) أي: للولي، و هو متعلق بمحذوف، نعت ل «ولي» و ضمير «عليه» راجع إلى «من» المراد به المولّي عليه، يعني: أن يوصف هذا الولي بأن يكون له على المولّي عليه ولاية الإجماع، بأن يمضي تصرفه مطلقا و إن لم يكن هذا مصلحة له.

(4) أي: على المولّي عليه مطلقا.

(5) يعني: و حاصل البحث في حديث «السلطان وليّ من لا وليّ له» أنّ المراد بالولي إثباتا و نفيًا هو الولي للشخص أي لحفظ مصالحه و جلب منافعه، لا على الشخص أي على ضرره. و الولي الذي جعله الله تعالى و نصبه لمصالح من يحتاج إلى الولي هو السلطان.

فهذا الحديث حاكم على أصالة عدم الولاية التي تقدّمت في أوائل بحث الولاية، و مبين للموضوع، و هو الولاية لمصالح الشخص لا لمضارّه.

(6) أي: الولي للشخص، لا عليه.

(7) مفعول «جعل» كأنه قيل: جعل الله الوليّ الكذائي هو السلطان. و الضمير للفصل، مثل: جعلت زيدا هو الحاكم.

(8) يحتمل أن يكون إشارة إلى أنّ جعل الولي للشخص - لا عليه- مبني على كون

اللام في حديث «من لا وليّ له» للنفع، في مقابل الضرر. وأمّا إذا كان اللام للصلة كقوله:

«الام وارث من لا وارث له» فلا يستفاد منه اختصاص الولاية بخصوص مصالح المولّى عليه، ولا قرينة على كون اللام للنفع، كوقوعه في مقابل «على» المستعمل في الضرر.

مع أنّ لازمه عدم ثبوته ولاية الفقيه في موارد كون التصرف موجبا لتضرر المولّى عليه ونقص ماله، منها: أداء دين في ذمة الصغير والمجنون والمغمى عليه والمريض والممتنع، واستيفاء حقوق الناس من أموالهم.

ومنها: الحجر على المفلس ومنعه من التصرف في ماله.

ومنها: التصرف في مال الغائب بالإتفاق على زوجته، ونحوها ممّا يكون ولاية التصرف مستلزما للضرر، ولم ينتفع به، مع وضوح عدم الالتزام بهذا اللازم.

وعليه فاستفادة الاختصاص المزبور من هذا الحديث مشكّلة. كإشكال استفادته من الأدلة السابقة، بل مقتضى إطلاقها ثبوت الولاية مطلقا- من غير فرق بين المصالح وغيرها- ما لم يشمل دليل نفي الضرر. إلّا أن يمنع الإطلاق ويدّعى انصراف الأدلة إلى خصوص منافع المولّى عليه، أو إلى ما لا ضرر فيه، كبيع ماله بثمان مساو له في المالية.

إشارة

مسألة:

في ولاية (1) عدول المؤمنين

(1) 3- ولاية عدول المؤمنين التي هي متأخرة عن ولاية الفقيه التي تقدمت في المسألة السابقة، ولم يشر المصنف قدس سره هنا إلى كون المسألة خلافاً أم اتفاقية، ولكن ظاهر صاحب العناوين تعدد الأقوال، لقوله: «إذا تعذر الأولياء أو فقدت حتى الحاكم، فهل الولاية للعدول مطلقاً، أو ليس لهم مطلقاً، أو في ما لا يمكن التأخير فيه لهم ولاية، دون غيره..؟ وجوه، بل أقوال». ثم جعل البحث في مقامين:

أحدهما: في جواز تصرف العدول في ما هو وظيفة الحاكم لو كان موجوداً مع ضيق الوقت وعدم إمكان التفصي.

وثانيهما: في وجوب مباشرة العدول في الفرض المزبور، فراجع «1».

ونقل السيد الفقيه العاملي قدس سره قولين في المسألة:

أحدهما: المشهور، بل عن الحدائق الإجماع عليه.

والآخر: عدم ولاية ما عدا الفقيه، نقله عن ابن إدريس وغيره «2».

و كيف كان فقد استقصى المصنف قدس سره البحث في هذه المسألة بالنظر في جهات سيأتي بيانها بالترتيب ان شاء الله تعالى.

(1) العناوين، ج 2، ص 580 و 581

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 257 و 258

ص: 196

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه، وهو (1) ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه (2) لآحاد المؤمنين، لأنّ (3) المفروض كونه مطلوباً

الاولى: في متعلق الولاية.

الثانية: في الدليل على ثبوت هذا الحكم الوضعي المجعول للمؤمن العدل.

الثالثة: في اعتبار العدالة في المؤمن المتولّي للمعروف.

الرابعة: في أنّ جواز تصرف المؤمن تكليف وجوبي أو نديبي، وليس على وجه النيابة عن الفقيه.

و يتفرّع عليه جواز مزاحمة مؤمن لمثله في التصدي للمعروف.

الخامسة: في اشتراط ولاية المؤمن برعاية مصلحة المولّي عليه، وعدمه.

ثم تعرّض بالتفصيل لما يراد من آية *وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\**، وكان مقتضى الترتيب تقديم البحث عمّن هو موضوع للولاية- والخصوصيات الدخيلة فيه كالعدالة- على بيان الدليل على الحكم. والأمر سهل.

(1) يعني: وما ذكرناه هو التصرف الذي يكون مطلوباً للشارع بحيث لا يرضى بتركه، كالتصرف في أموال القصر والأوقاف العامة الفاقدة لمتولّ خاصّ وعمّ، وهو الفقيه الجامع للشرائط، وغيرهما من الأمور المعبّر عنها بالأمر الحسينية.

(2) أي: تولّي ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع، وحاصله: أنّ الظاهر جواز تولّي آحاد المؤمنين للتصرف المطلوب للشارع إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، إذ مع إمكان الوصول إليه لا تصل النوبة إلى المؤمنين. وكذا مع إمكان الوصول إلى وكيله والمأذون من قبله.

(3) تعليل لجواز تولّي المؤمنين، وحاصله: أنّ المفروض كون ذلك التصرف مطلوباً للشارع، بحيث لا يرضى بتعطيله. ومقتضى مطلوبيته للشارع وعدم رضاه بتركه هو لزوم فعله على كل حال. فإن كان الفقيه موجوداً فهو المتصدّي له، وإلا فعدول المؤمنين.

للشارع غير مضاف إلى شخص (1). و اعتبار (2) نظارة الفقيه فيه ساقط (3) بفرض التعذر. و كونه (4) شرطاً مطلقاً له- لا شرطاً اختيارياً- مخالف (5) لفرض العلم

و يدلّ على مطلوبية وجوده شرعاً قوله تعالى وَ لَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ، وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ (1) وغيره من الآيات الشريفة. وكذا النصوص المتضاربة، مثل ما روي عن القمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أيها الناس مروا بالمعروف وانها عن المنكر، فإن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لم يقرباً أجلاً، ولم يباعداً رزقاً» الحديث (2).

(1) كالأمر التي علم من الشارع مطلوبيتها له في جميع الأزمان، ولم يدلّ دليلها على صدورها من شخص خاص. فإن كان الفقيه موجوداً تعيّن هو للقيام بها، إمّا لولايته عليها بأدلتها العامة، وإمّا لتعيّنه من بين المسلمين، وإمّا لعدم لزوم الهرج والمرج.

وإن لم يكن الفقيه موجوداً جاز لغيره من المؤمنين القيام به.

(2) إشارة إلى وهم ودفعه. أمّا الوهم فهو: أنه مع فرض اعتبار نظر الفقيه في ذلك التصرف كيف يجوز لغيره التصرف في ذلك الأمر؟ هذا.

وأمّا دفعه فهو: أنّ تعذر الوصول إلى الفقيه أسقط اعتبار نظره في ذلك التصرف، و سوّغ تصرف غيره.

(3) خبر «اعتبار» و «الباء» في «بفرض» للسببية، و دفع للتوهم.

(4) أي: و كون اعتبار نظارة الفقيه شرطاً مطلقاً للتصرف مخالف .. إلخ. و هذا إشكال على سقوط اعتبار نظر الفقيه بالتعذر.

و محصل الإشكال: أنه على فرض كون نظر الفقيه شرطاً مطلقاً- غير مقيد بحال الاختيار حتى يسقط اعتباره في حال التعذر- لم يجز لأحد التصدي لذلك التصرف.

(5) خبر «و كونه» و دفع للإشكال، و حاصله: أنّ إطلاق شرطية نظر الفقيه حتى مع تعذره مخالف للعلم بكون ذلك التصرف مطلوب الوجود مطلقاً حتى مع تعذر

(1) آل عمران، الآية 104

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 399، الباب 1 من أبواب الأمر والنهي و ما يناسبهما، ح 24

ص: 198



بكونه (1) مطلوب الوجود مع تعذر الشرط (2)، لكونه (3) من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة.

نعم (4) لو احتمال كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام، صحّ الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر، حيث إن إطلاقاته (5) لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح.

قال الشهيد رحمه الله في قواعده (6) «يجوز للأحاد مع تعذر الحكّام تولية آحاد التصرفات الحكمية (7)

الشرط، وذلك لأجل كون ذلك التصرف من المعروف الذي أمر الشارع بإقامته في الشريعة. و مع هذا العلم كيف تصح دعوى إطلاق شرطية نظارة الفقيه؟

(1) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: «ما كان تصرفاً».

(2) وهو نظارة الفقيه.

(3) أي: لكون «ما كان تصرفاً» من المعروف. وهذا تعليل لقوله: «لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود» و محصله - كما أشرنا إليه -: أنه مع العلم بكون ذلك التصرف كحفظ مال القصر مطلوب الوجود للشارع حتى مع تعذر الفقيه، لا بدّ من جواز تصدّي آحاد المؤمنين له.

(4) استدراك على قوله: «لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود» و حاصله: أنه لو لم يحصل العلم بكون ذلك التصرف مطلوباً للشارع مطلقاً، و احتمال اختصاص مطلوبيته بالإمام أو الفقيه، صحّ الرجوع حينئذ إلى أصالة عدم المشروعية.

(5) أي: إطلاقات النهي عن المنكر.

(6) الظاهر أنّ الغرض من بيان كلام الشهيد رحمه الله هو كون ولاية عدول المؤمنين ثابتة عند الأصحاب مع تعذر الفقهاء، بمعنى ترتب ولايتهم و تأخرها عن ولاية الحكّام، لا عرضيتها لها.

و تعرّض الشهيد قدس سرّه لمتعلق ولاية آحاد المؤمنين أيضاً، كما سيأتي التنبيه عليه.

(7) بكسر «الحاء» أي: التصرفات المقرونة بالحكمة و المصلحة.

على الأصح (1)، كدفع ضرورة اليتيم (2)، لعموم (3) وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى «1»، وقوله (4) عليه السلام: «و الله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» (2)، وقوله (5) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «كُلُّ معروف صدقة» (3).

### [هل يجوز أخذ الزكوات و الأخماس من الممتنع]

و هل (6)

(1) و مقابل الأصح هو: عدم جواز تولي آحاد المؤمنين لتلك التصرفات.

(2) نظير بيع ما يحتاج إليه اليتيم من أمواله.

(3) استدلل الشهيد قدس سره على ولاية عدول المؤمنين بوجوه:

الأول: قوله تعالى شأنه وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى، بتقريب: أن دفع ضرورة اليتيم إعانة على البر، فهو ممّا ندب الشارع إليه، و المخاطب بالتعاون عامة المكلفين بلا خصوصية للفقير.

(4) هذا هو الوجه الثاني، و الحديث في المصدر هكذا: «و الله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه».

و في المستدرک: «و عن القطب الراوندي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال: ان الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» (4).

و على كل فظهور الحديث في الحثّ و الترغيب على إعانة المؤمن ممّا لا ينكر.

(5) معطوف على «عموم» أو على «تعاونوا» و هذا هو الوجه الثالث ممّا استدلل به الشهيد قدس سره. و تقرّبه: ترتب أثر الصدقة- و هو الأجر- على فعل المعروف كدفع ضرورة اليتيم. و بما أنّ الصدقة متمشية من العالم و العامي، فكذلك ما جعله الشارع بمنزلة في الأجر.

(6) أي: لعدول المؤمنين. هذا راجع إلى متعلق ولاية عدول المؤمنين، و حاصله: أنّ

(1) المائدة، الآية 3

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 586، الباب 29 من أبواب فعل المعروف، ح 2

(3) وسائل الشيعة، ج 11، ص 521، الباب 1، من أبواب فعل المعروف، ح 2

(4) مستدرک الوسائل، ج 12، ص 429، الباب 34 من أبواب فعل المعروف، ح 10



يجوز أخذ (1) الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها (2).

وكذا (3) بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوي؟ فيه وجهان. وجه (4) الجواز ما ذكرنا (5)، ولأنه (6) لو منع من (7) ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال (8)، وهي مطلوبة لله تعالى.

وقال بعض متأخري العامة «1»: إن (9) القيام بهذه المصالح (10)

---

ولا يتهم هل تعم أخذ الزكوات والأخماس ممن يمنعها ولا يؤديها إلى أهلها بلا عذر شرعي؟ أم تختص هذه الولاية بالفقيه.

(1) الموجود في نسخة القواعد المطبوعة «قبض» بدل «أخذ».

ثم إن في بعض نسخ القواعد «و صرفها» بدل «و تفريقها».

(2) أي: أرباب الزكوات والأخماس، وهم مستحقوها من السادة والفقراء.

(3) يعني: وهل يجوز لعدول المؤمنين سائر وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوي؟

(4) في القواعد: «و وجه الجواز».

(5) من قوله تعالى «و تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى» وقوله عليه السلام: «و الله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه» وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «كل معروف صدقة».

(6) هذا دليل ثان للجواز، وحاصله: أنه لو منع عدول المؤمنين من أخذ الزكوات والأخماس لفاتت مصالح صرفها، وهي انتظام أمور معاشهم الموجب لقدرتهم على أداء وظائفهم الفردية والاجتماعية.

(7) كلمة «من» غير موجودة في القواعد.

(8) وهي الزكوات والأخماس، والحال أن تلك المصالح مطلوبة لله تعالى شأنه.

(9) في القواعد: «لا شك أن».

(10) وهي: انتظام أمور السادة والفقراء، وتمكّنهم من أداء ما عليهم من الوظائف من تسديد حوائجهم المادية، والإنفاق على من يعولونه، وغيرهما.



أهمّ (1) من ترك (2) تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقّها، ويصرفونها إلى غير مستحقّها.

فإن تَوَقَّع (3) إمام يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكّن (4) تلك الأموال (5) إلى حين تمكّنه من صرفها إليه (6). وإن يئس (7) من ذلك كما في هذا الزمان (8)، تعيّن صرفه على الفور في مصارفه، لما في إبقائه (9)

---

(1) في بعض نسخ القواعد «أتم» بدل «أهم».

(2) أي: من إبقاء الزكوات والأخماس بأيدي الظلمة، وهم أرباب الأموال التي تعلّق بها الأخماس والزكوات، فإنّ منعهما عن مستحقيهما ظلم وجور منهم على السادة والفقراء.

ثم إنّ التعبير بالأهمّ مسامحة، لأنّ إبقاء تلك الأموال بأيدي المالكين ظلم، لا أنّه مهمّ حتى يكون صرفها في مصارفها أهمّ. فالأولى التعبير بالمهمّ.

(3) الظاهر - كما سيأتي من المصنف قدّس سرّه - أن هذه الجملة إلى آخر العبارة كلام الشهيد لا بعض العامة.

(4) أي: المتمكّن من حفظ الأموال يحفظها إلى زمان تمكّنه من صرفها إلى الإمام عليه السّلام، ومع اليأس من الوصول إليه عليه السّلام - كما في زمان الغيبة الكبرى - وجب فوراً صرفها في مصارفها الشرعية.

(5) وهي الأخماس والزكوات، وضمير «صرفها» راجع إلى الأخماس والزكوات.

(6) أي: إلى «إمام» وضمير «تمكّنه» راجع إلى المتمكّن، فالمصدر مضاف إلى الفاعل.

(7) معطوف على «فإن تَوَقَّع» يعني: وإن يئس ولم يتوقّع الوصول إلى الإمام عليه السّلام تعيّن .. إلخ.

(8) وهو زمان الغيبة الكبرى، عَجَّلَ اللهُ تعالى فرج صاحبها وجعلنا فداه.

(9) أي: لما في إبقاء المال - وهو الخمس والزكاة - من التغيرير أي: التعريض للهلاك والتلف.

من (1) التغرير و حرمان مستحقّيه (2) [مستحقّه] من (3) تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه.

و لو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتّى يصل إليهم، و مع اليأس يتصدق بها (4) عنهم (5)، و عند العامّة تصرف في المصارف العامّة (6) « انتهى » (1).

و الظاهر أنّ قوله: «فإن توقع إلى آخره» من كلام الشهيد رحمه الله (7).

و لقد أجاد (8) فيما أفاد، إلاّ أنّه لم يبيّن وجه عدم الجواز (9).

و لعلّ وجهه (10) أنّ مجرد كون هذه الأمور من «المعروف» لا ينافي اشتراطها

---

(1) هذا تفسير «ما» الموصول، وقوله: «و حرمان» معطوف على التغرير.

(2) كذا في نسختنا، و لكن في القواعد و في بعض نسخ الكتاب «مستحقّه» بالإنفراد.

(3) متعلق ب «حرمان» يعني: و حرمان مستحقّي الخمس و الزكاة من أخذهما فوراً مع إلجاء حاجتهم إلى أخذهما فوراً.

(4) هذا الضمير و ضميراً «حفظها، لأربابها» راجعة إلى أموال.

(5) أي: عن أربابها و مالكيها. و في القواعد زيادة كلمة «و يضمن».

(6) كبناء المساجد و المدارس و القناطر و نحوها من المصالح العامة.

(7) يعني: لا- من كلام بعض متأخري العامة، فقوله: «فإن توقع» من تتمّة قول الشهيد: «و هل يجوز أخذ الزكوات و الأخماس» و وجه الظهور: أنّ توقّع إمام يصرف الحقوق الشرعية في موارد بعيد عن مذهب العامة في الخلافة و الزعامة.

(8) يعني: أجاد الشهيد فيما أفاده من وجوب حفظ الأموال إلى زمان يمكن إيصالها إلى الإمام عليه السّلام، و مع عدم إمكانه- كما في هذا الزمان لغيبته عليه السّلام عن أعيننا- تصرف في مطلق الأمور الخيرية و المصالح العامة.

(9) أي: وجه عدم جواز أخذ الزكوات و الأخماس من الممتنع، و تقريقهما في أربابهما.

(10) يعني: و لعلّ وجه عدم الجواز- الذي لم يذكره الشهيد قدّس سرّه- هو: أنّ مجرد كون

بوجود الإمام أو نائبه، كما في قطع الدعاوي، وإقامة (1) الحدود. و كما في التجارة بمال الصغير الذي له أب و جدّ، فإنّ كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاصّ (2).

نعم (3) لو فرض «المعروف» على وجه يستقلّ العقل بحسنه

---

الأمر المزبورة من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام عليه السّلام أو نائبه- و لو العامّ- و هو الفقيه الجامع للشرائط. لإمكان الجمع بين كون فعل معروف في نفسه و بين إيكاله إلى نظر الإمام عليه السّلام أو نائبه.

و عليه فيكون جمع الزكاة و الحقوق الشرعية نظير فصل الخصومة و إقامة الحدود و التجارة بمال الصغير، فإنّ هذه الأمور الثلاثة ممّا لا ريب في مطلوبيّتها شرعا، مع اعتبار كون المتصدّي لها هو الامام عليه السّلام أو الفقيه الجامع للشرائط. و يشك في صدق «المعروف» عليها لو صدرت من غيرهما.

و معه لا وجه للتمسك بالدليل مع عدم إحراز الموضوع من الخارج، لعدم تكفل الدليل الوارد بلسان القضية الحقيقية لتعيين موضوع نفسه، و هو واضح.

(1) معطوف على «قطع» و قوله: «و كما في» معطوف على قوله: «كما في».

(2) و هو الإمام عليه السّلام، و الأولى تأنيث ضمير «وكوله» لرجوعه الى ما ذكره من الأمور الثلاثة من قطع الدعاوي و ما بعده، كتأنيث الضمير في «كونها، اشتراطها» إلّا أن يرجع ضمير «وكوله» إلى المعروف و الأمر سهل.

(3) استدراك على عدم منافاة مجرد معرفة هذه الأمور لاشتراطها بوجود الامام عليه السّلام، و غرضه من هذا الاستدراك استثناء صورتين- من موارد المعروف- يجوز لغير الحاكم الشرعي التصدي لهما.

الاولى: أن يكون «المعروف» من المستقلّات العقلية، كحفظ اليتيم نفسا و مالا، بحيث يكون رجحانه و مصلحته أهمّ من مفسدة التصرف في مال اليتيم، ففي مثله لا يناط جواز التصدّي بإذن شخص خاصّ.

و بالجملة: إن كان المعروف من المستقلّات العقلية لا تحتاج مباشرته إلى إذن الامام عليه السّلام، لفرض استقلال العقل بحسنه.



مطلقا (1) كحفظ اليتيم من الهلاك الذي (2) يعلم رجحانه (3) على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه، صح (4) المباشرة بمقدار (5) يندفع به الضرورة.

أو فرض (6) على وجه يفهم من دليله جواز تصديده لكل أحد. إلا (7) أنه خرج

(1) يعني: سواء أكان الإمام حاضرا أم غائبا، و أمكن الاستيذان منه أم لا.

(2) صفة ل «حفظ».

(3) أي: رجحان حفظ اليتيم- من الهلاك- على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه. يعني: إذا كان حفظ اليتيم عن الهلاك منوطا ببذل ماله، فيجوز هذا التصرف المالي، لرجحان حفظه عن التلف على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه.

(4) جواب «لو» في قوله: «لو فرض» غرضه: أنه تصح المباشرة بمقدار دفع الضرورة بلا إذن أحد.

(5) التقييد بهذا المقدار للتنبيه على أنه مورد حكم العقل المستقل، دون غيره.

(6) معطوف على قوله: «لو فرض» وهذا استدراك آخر على أن مجرد معروفة هذه الأمور لا ينافي اشتراطها بوجود الامام عليه السلام.

و محصل هذه الصورة الثانية: أن «المعروف» وإن لم يكن من المستقلات العقلية، لورود مطلوبيته في الخطاب الشرعي، إلا أنه يجوز لكل أحد مباشرته، إذ يستفاد من الدليل جواز ذلك، سواء أمكن إرجاع الواقعة إلى الإمام عليه السلام أو الفقيه أم لا. نعم إطلاق هذا الدليل النقلي يقيّد بما دلّ على ولاية الفقيه مع إمكان الرجوع إليه والاستيذان منه.

وبالجملة: إن معروفة الشيء المعروف لا تنافي توقفها على مباشرة شخص خاص أو إذنه. كما أنه لا تتوقف معروفة على إذن أحد في الصورتين المتقدمتين، وهما استقلال العقل بحسن فعل مطلقا، ودلالة دليل المعروف على جواز تصديده لكل أحد من غير إذن شخص خاص.

(7) استدراك على عدم الاحتياج إلى مباشرة شخص خاص أو إذنه، و محصله: أن ولاية غير الحاكم من المؤمنين لما كانت مرتبة على ولاية الحاكم، فمع التمكن منه لا بدّ من الرجوع إليه حتى يباشر ذلك المعروف، أو يأذن لغيره في التصدي له.

ما لو تمكّن من الحاكم، حيث دلت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه [1] وهذا (1) كتجهيز الميّت [2] وإلا (2) فمجرّد كون التصرف معروفا لا ينهض في تقييد ما دلّ على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه.

ولهذا (3) لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له

---

(1) أي: المعروف الذي يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ أحد، كتجهيز الميّت.

ولعل الأولى ذكر قوله: «وهذا كتجهيز الميّت» قبل قوله: «إلا انه خرج ما لو تمكّن».

(2) أي: وإن لم يكن المعروف ممّا يستقلّ بحسنه العقل مطلقا، أو لم يكن دليل المعروف دالّا على جواز تصديّه لكلّ أحد، لم يصلح مجرد كون التصرف معروفا لتقييد إطلاق ما دلّ على عدم ولاية أحد على مال الغير أو على نفسه. فلا بدّ في تقييد الإطلاق المزبور من كون المعروف على أحد هذين الفرضين: من استقلال العقل بالحسن مطلقا، أو دلالة دليل المعروف على جواز تصديّه لكلّ أحد.

(3) يعني: ولأجل عدم كون مجرد المعروف مقيّدا لإطلاق ما دلّ على عدم ولاية أحد على أموال الناس، لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له، وهو مالك المبيع فضولا، مع

---

[1] يمكن أن يدعى تخصيص هذه الأدلة بدليل المعروف الدال على جواز تصديّه لكلّ أحد، لأخصّيته من تلك الأدلة، فيجب الرجوع إلى الحاكم في كل معروف إلا المعروف الذي دلّ دليله على جواز تصديّه لكلّ أحد.

إلا أن يقال: بحكومة تلك الأدلة على دليل ذلك المعروف، فلا تلاحظ النسبة حينئذ بينهما.

[2] كون هذا مثلا- للمعروف الذي يدلّ دليله على جواز تصديّه لكلّ أحد مبني على عدم ولاية الوارث على تجهيز الميّت، وكونه كالأجانب في هذا التكليف.

لكن هذا الاحتمال في غاية الوهن.

إلا أن يراد بجواز تصديّه لكلّ أحد صورة فقدان الولي، أو تعذر الاستيذان منه، فإنّ جميع المؤمنين حينئذ في تجهيز الميّت سواء، من غير فرق بين الفقيه وغيره.

بمجرد كونه (1) معروفاً ومصالحاً، ولا يفهم (2) من أدلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه (3)، لأن (4) المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل (5) أو الشارع (6) من (7) غير جهة نفس أدلة المعروف.

كون البيع من المعروف ومصالحاً للمالك. فلو كان صرف كون البيع مصالحاً للمالك كافياً في صحته ونفوذه - لكونه معروفاً - لزم القول باستغناء مثل هذا البيع عن الإجازة، بدعوى: أن الشارع ندب إلى كل ما هو معروف، الصادق على هذا العقد الفضولي. مع أنه لا سبيل للالتزام به أصلاً.

(1) أي: كون عقد الفضولي.

(2) يعني: ولا يفهم أيضاً من أدلة المعروف: ولاية للعاقدة الفضولي على المعقود عليه.

(3) وهو المال الذي عقد عليه الفضولي.

(4) تعليل لعدم نهوض مجرد كون التصرف معروفاً على تقييد إطلاق ما دلّ على عدم ولاية أحد على مال غيره أو نفسه. ولعدم انفهام ولاية الفضولي على المال المعقود عليه فضولاً من أدلة المعروف.

ومحصل التعليل: أن مجرد التصرف ليس معروفاً، ولا دليلاً دالاً على جواز تصديده لكل أحد حتى يصلح لتقييد إطلاق ما دلّ على عدم ولاية أحد على مال غيره أو نفسه. وذلك لأن المعروف ليس مجرد التصرف في المال أو النفس، بل هو التصرف المأذون فيه من قبل أحد الثلاثة: المالك أو العقل أو الشرع. فالمأذون فيه من ناحية المالك كما في عقد الفضولي، فإن معرفيته منوطة بإجازة مالك المال الذي وقع عليه العقد.

(5) كاستقلال العقل بنجاة اليتيم من الهلاك المنوطة بالتصرف في ماله أو مال غيره.

(6) كقوله تعالى وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَقوله عليه السلام: «كل معروف صدقة» وغيرهما.

(7) متعلق بمحذوف وهو المأذون، غرضه: أن إذن الشارع في المعروف لا بد أن يكون من غير أدلة المعروف، لما مرّ أنفاً من عدم دلالة دليل المعروف على ولاية التصرف لأحد على غيره.

وبالجملة (1) تصرّف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقليّ، أو عموم شرعيّ، أو خصوص في مورد جزئيّ (2)، فافهم (3).

## [اعتبار العدالة في المؤمن المتصدّي]

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولّى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو (4) ظاهر أكثر الفتاوى، حيث يعبرون بعدول المؤمنين.

(1) يعني: و ملخص الكلام في ولاية عدول المؤمنين: أنّ تصرف غير الحاكم الشرعي في أموال الناس منوط بنصّ عقليّ كما في المستقلات العقلية، أو عموم شرعي كآية التعاون على البرّ والتقوى، و «عون المؤمن» و غيرهما ممّا تقدّم في (ص 195) أو دليل خاص شرعي في مورد جزئي كتجهيز الميت.

(2) كدليل تجهيز الميت الدالّ على جواز التصدي لتجهيز الميت لكلّ أحد من دون توقفه على إذن شخصي.

(3) لعله إشارة إلى: أنّ ما تقدّم في الاستدراك من قوله: «و إلا فمجرد كون التصرف معروفا .. إلخ» منوط بكون «المعروف» هو التصرف المأذون عقلا أو شرعا. إذ يشكل التمسك بما دلّ على فعل المعروف، من جهة الشك في الصدق. و أما بناء على إرادة ما يراه العرف العام معروفا و حسنا عندهم- في قبال المنكر و القبيح بنظرهم- لم تتجه شبهة صدق «المعروف» على بعض الأفعال حتى مع عدم إدراك العقل حسنه، و عدم ورود دليل شرعي خاص عليه.

(4) اعتبار العدالة في المؤمن المتصدّي أي: اشتراط العدالة في ولاية المؤمنين ظاهر أكثر الفتاوى، لتعبيرهم بعدول المؤمنين. و هذا شروع في ثلاثة جهات البحث في المسألة.

ولا يخفى أنّ في بعض العبارات «من يوثق به» كما في كلام المحقق «1»، أو «من يوثق بدينه و أمانته» كما عبّر به المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه «2»، و في بعضها «عدول المؤمنين» كما في كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه- في مسألة ظهور عجز الوصي عن العمل بالوصية و فقد الحاكم المتمكن من الضمّ إليه- حيث قال: «فيجب على عدول المؤمنين الانضمام إليه

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 257

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 9، ص 232

و مساعدته» (1). و عبّر في موضع آخر ب «من يوثق به» مع إرادة العادل منه، لقوله بعده:

«و تطرّق محذور التصرف في مال الطفل يندفع بوصف العدالة في المتولّي المانع له من الإقدام على ما يخالف مصلحته» (2) و نحوه كلام جمع آخر، فراجع (3).

(1) أي: اعتبار العدالة مقتضى الأصل الأوّلي، و هو عدم صحة تصرفات الفاسق في مال أحد، إذ الجاري في الشك في صحة تصرف في المال هو أصالة الفساد.

فالمراد بالأصل هو العملي، و التمسك به منوط بعدم وفاء الأدلة الاجتهادية بشيء من الاشتراط و عدمه.

و يحتمل - كما قيل - إرادة الأصل اللفظي، مثل ما ورد بلسان العموم على حرمة التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، سواء أكان المالك شخصا أم جهة كالسادة و الفقراء مما يتوقف على ولاية المتصرّف على تلك الجهة.

و بناء على هذا الاحتمال يكون الفارق بين الأصل و ما سيأتي من صحيحة ابن بزيع هو أنّها دليل بالخصوص على عدالة المؤمن المتصرف، بخلاف الأصل المستفاد من عموم «لا يحل».

[1] و قد يقال: إنّه مقتضى عموم قوله عليه السّلام: «لا يحلّ مال امرء إلّا بطيب نفسه» و «لا يجوز لأحد التصرف في مال الغير إلّا بإذنه».

لكن الظاهر أنّ مورد التشبث بهما هو ما إذا كان الشك في الاذن و طيب النفس ممّن يكون إذنه و طيب نفسه دخيلين في صحة التصرف و نفوذه. و أمّا من لا يكون كذلك، بأن كان وجود إذنه كعدمه - كالطفل و نحوه من القاصرين - فالتمسك بالخبرين لبطلان التصرف محل التأمل.

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 259

(2) المصدر، ص 265

(3) الحدائق ج 18، ص 323 و 403 و 444، رياض المسائل، ج 2، ص 59، ج 10، ص 348 الطبعة الحديثة، مفتاح الكرامة، ج 5، ص 257، جواهر الكلام، ج 22، ص 272 و ج 28، ص 430

و يمكن أن يستدلّ عليه (1) ببعض الأخبار أيضا (2).

ففي صحيحة محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصية (3)، فرغ أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد (4) القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى. فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ، إذ لم يكن الميّت صير إليه وصية، و كان قيامه فيها بأمر القاضي، لأنهنّ فروج. قال (5) [فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لا- يوصي إلى أحد، و يخلف جوارى، فيقيم القاضي رجلا متا فيبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل متا-، فيضعف قلبه، لأنهنّ فروج] (6)، فما ترى في ذلك؟ قال: فقال عليه السلام: إذا كان القيم [به] (7) مثلك أو [و] مثل عبد الحميد فلا بأس» (8)

و على كلّ فينبغي الإمعان فيما أفاده المصنف قدس سرّه هنا و في مسألة ولاية الأب و الجد، حيث تمسك هناك بالأصل لنفي اعتبار العدالة، و جعل مقتضاه هنا الاشتراط.

(1) أي: على اشتراط العدالة في ولاية المؤمنين كما هو مقتضى بعض الأخبار.

(2) أي: كما اقتضى الأصل اشتراط العدالة.

(3) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في الوسائل: «إن رجلا من أصحابنا مات و لم يوص».

(4) كذا في الوسائل نقلا عن الكافي و التهذيب، و لكن الموجود في زيادات التهذيب «عبد الحميد بن سالم» «1». و كذا فيه «و كان رجلا» بدل «و كان الرجل».

(5) في التهذيب «قال محمّد» يعني ابن بزيع، و كذا فيه «و لم يكن» بدل «إذ لم يكن».

(6) هذه الجملة لم ترد في عدة من نسخ الكتاب. و في التهذيب بعد قوله: فقلت:

«جعلت فداك». و فيه أيضا «فلا يوصي» بدل «و لا يوصي».

(7) نقلا من الوسائل و من بعض نسخ الكتاب.

(8) أي: فلا- بأس ببيع الجوارى. و المستفاد من جوابه عليه السلام- لأجل مفهوم الجملة الشرطية- وجود البأس لو كان المتصدّي غير مماثل لابن بزيع أو لعبد الحميد، بناء على

(1) تهذيب الأحكام، ج 9، ص 240، باب من الزيادات في الوصية، ح 25

بناء (2) [1] على أنّ المراد من المماثلة أمّا المماثلة في التشيع، أو في الوثاقة

كون المماثلة المعبرة هي المماثلة في مجرد العدالة، أو الوثاقة، فلو اعتبرت المماثلة في الفقاهة والنيابة العامة عن المعصوم عليه السّلام كانت الصحيحة نافية لولاية المؤمن العامي العدل، وسيأتي بيان الاحتمالات.

(1) كذا في نسختنا المعوّلة عليها، ولا حاجة إلى هذه الكلمة، إذ المنقول تمام الخبر لا بعضه.

(2) قيد لقوله: «ويمكن أن يستدل عليه ببعض الأخبار» يعني: أنّ الاستدلال بهذه الصحيحة مبنيّ على المماثلة بين القيمّ وبين محمّد بن إسماعيل أو عبد الحميد، فلا بدّ من بيان المراد بهذه المماثلة، فنقول: إنّ احتمالات المماثلة أربعة:

أحدها: التشيع.

ثانيها: الوثاقة الموجبة لرعاية غبطة اليتيم وإن لم يكن القيمّ شيعيّاً.

ثالثها: الفقاهة.

رابعها: العدالة.

و الوجه في تطرّق هذه الاحتمالات إجمال المماثلة والمشابهة، من جهة اجتماعها في محمّد بن إسماعيل بن بزيع.

[1] هذا التعبير لا يخلو من مسامحة، إذ المقصود إثبات شرطية عدالة المؤمن - المتصدي للأموال الحسينية - بقوله عليه السّلام: «إن كان القيمّ مثلك .. فلا بأس» وهذا مبني على كون المشابهة والمماثلة في خصوص العدالة، لأجنية سائر الاحتمالات عن المدّعى.

فلعلّ الأولى أن يقال: «إنّ المماثلة تحتمل وجوهاً أربعة، وبناء على إرادة العدالة يتم الاستدلال ..» والأمر سهل.

(1) وسائل الشريعة، ج 12، ص 270، الباب 16 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 2

ولا يخفى أنّ الاستدلال منوط بكون الامام عليه السّلام في مقام بيان الحكم الكلّي، لا في مقام الإذن لمثل عبد الحميد في القيمومة كما هو محتمل أيضا، لكونه من شؤون الإمامة أيضا، إلّا أنّ المصنّف أهمل هذه الجهة اتكالا على ظهور الكلام في بيان الحكم الإلهي.

ثم إن الظاهر أنّ عبد الحميد المنسوب قيّما هو ابن سالم العطار كما في وصايا التهذيب، وهذا لا يعارض عدم تصريح ثقة الإسلام قدّس سرّه في الكافي باسم أبيه. فلا يدور الأمر بينه وبين عبد الحميد بن سعد البجلي الكوفي الذي نقل النجاشي أنّ له كتابا ولكنه لم يوثق و ذلك لتعيّنه هنا بتصريح شيخ الطائفة باسم أبيه كما تقدم في (ص 210).

ثم إنّ عبد الحميد بن سالم العطار، عدّ من أصحاب الصادق و الكاظم و الرضا و الجواد عليهم الصلاة و السلام، و هو كوفي ثقة، على ما يستفاد من كلام النجاشي في ترجمة ابنه محمّد، حيث قال: «محمّد بن عبد الحميد بن سالم العطار أبو جعفر، روى عبد الحميد عن أبي الحسن موسى عليه السّلام و كان ثقة من أصحابنا الكوفيين، له كتاب النوادر .. إلخ» بناء على ما يقتضيه عطف «و كان» على «روى عبد الحميد» خلافا لما يظهر من بعض من جعل التوثيق راجعا إلى محمّد (1).

و كيف كان فيكفي في إثبات وثاقته و جلالته صحيحة ابن بزيع التي جوّز الإمام الجواد عليه الصلاة و السلام فيها قيمومته، و جعله قرينا و عدلا لابن بزيع الذي هو من الفقهاء الثقات، و من مشايخ الفضل بن شاذان، و ممّن له كتاب (2).

و أمّا استبعاد بقاء عبد الحميد إلى زمان إمامة الجواد عليه السّلام فلا وجه له، أمّا أولا:

فلأنّه لم يثبت روايته عن الامام الصادق عليه السّلام، بل الظاهر كما تقدم في كلام النجاشي أنّه من أصحاب الكاظم عليه السّلام.

(1) لاحظ ترجمته في معجم رجال الحديث، ج 15، ص 95-96 و 100

(2) معجم رجال الحديث، ج 9، ص 274 و 275



و ملاحظة مصلحة اليتيم وإن لم يكن شيعيًا، أو في الفقه (1) بأن يكون من نواب الإمام عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة (2).

و الاحتمال الثالث (3) مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعدّره. وهذا (4) بخلاف الاحتمالات الأخر،

---

(1) معطوف على قوله: «في التشيع» كعطف «في الوثاقة» عليه.

(2) معطوف على «في التشيع».

(3) وهو الفقهية. ووجه تضعيف الاحتمال الثالث هو: أنّ مفهومه وهو «إن لم يكن القيم مثلك أو مثل عبد الحميد في الفقهية ففيه بأس» يشمل بإطلاقه عدم وجود الفقيه.

مع أنّه لا بأس حينئذ بتصدي غير الفقيه. فلا يراد هذا الاحتمال الثالث المستلزم لتقييد إطلاق المفهوم، بأن يقال: إنّ البأس مقيد بوجود فقيه أمكن الوصول إليه.

(4) أي: احتمال المعنى الثالث - المستلزم لتقييد إطلاق المفهوم. وهو البأس بصورة التمكن من الوصول الى الفقيه - يكون بخلاف الاحتمالات الثلاثة الأخر، حيث إنّ مفهومها

---

و ثانياً: أنه لو كان عمره عند وفاة الصادق عليه السلام خمسا وعشرين سنة مثلاً، و كان الفاصل بين وفاة الصادق عليه السلام و ابتداء إمامة الجواد عليه السلام ستاً أو سبعا أو ثمانياً و خمسين سنة، و أدرك شيئاً من زمان إمامة الجواد عليه السلام، صحّ عدّه من أصحاب الجواد عليه السلام، لبلوغ عمره يومئذ حدود تسعين سنة. و هذا عمر عادي.

هذا مضافاً إلى ما أفاده بعض الأعظم قدّس سرّه من أن السائل - و هو محمّد بن إسماعيل بن بزيح - سأل الإمام عليه السلام عن كبرى المسألة التي ابتلي بها عبد الحميد بن سالم. و من الممكن أن السؤال كان بعد وفاة عبد الحميد بزمان (1).

و عليه فالظاهر وثاقة الرجل، و أمّا فقاهته فلم أظفر بها في ترجمته فالمماثلة في الفقهية غير ثابتة.

---

(1) معجم رجال الحديث، ج 9، ص 275

ص: 213

فإنّ (1) البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف (2) وإن تعدّر غيرهم (3)، فتعيّن أحدها الدائر (4) بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل (5)

سليم من التقييد.

والحاصل: أنّه إذا دار الأمر بين تقييد مفهوم ورفع اليد عن إطلاقه- كما في المعنى الثالث- وبين إبقاء مفهوم على إطلاقه وعدم تقييده- كما في الاحتمال الأوّل والثاني والرابع لمعنى المماثلة- تعيّن الثاني، وهو عدم التقييد، وإبقاء المفهوم على إطلاقه، كما في الاحتمالات الثلاثة الأخر.

(1) هذا تعليل لبقاء المفهوم في الاحتمالات الثلاثة على إطلاقه وعدم تقييده، وذلك لثبوت البأس في المفهوم عند فقد المماثلة. فإن كان القيم فاسقا في قبال العادل- الذي هو مثل ابن بزيع أو مثل عبد الحميد- ففي ولايته بأس.

وإن كان خائنا في قبال كونه ثقة فكذلك، أي في ولايته لأمر القاصرين بأس.

وإن كان مخالفا في قبال كونه شيعيا ففي ولايته بأس.

فالبأس موجود في المفهوم على الاحتمالات الثلاثة من دون لزوم تقييده بشيء.

بخلاف المفهوم بناء على إرادة الفقاهة من المماثلة كما مرّ آنفا.

(2) هذا في مقابل الشيعي، والخائن في مقابل الثقة، والفاسق في مقابل العادل.

(3) أي: غير الشيعي والثقة والعادل، وهو الفقيه. غرضه أنّه مع تعذر إرادة الفقيه من المماثلة يتعيّن أحد الثلاثة، وهي الشيعي والثقة والعادل، لسلامة مفهومها عن التقييد. بخلاف إرادة الفقاهة من المماثلة، فإنّ مفهومها يقيّد بالتمكن من الفقيه، يعني: فيه بأس مع التمكن من الفقيه، وعدم البأس مع عدم التمكن من الفقيه.

(4) صفة لقوله: «أحدها» وضميرا «أحدها، بينها» راجعان إلى الاحتمالات الأخر، وهي الثلاثة التي هي غير الفقاهة من وجوه المماثلة.

(5) اللفظي، والعملية إن وصلت النوبة إليه. أمّا الأوّل فهو المستفاد من مثل قوله «عجلّ الله تعالى فرجه الشريف وجعلنا فداه»: «لا يحلّ مال امرء مسلم إلّا بطيب نفسه».

وأمّا الثاني فهو أصالة عدم ولاية أحد على غيره. أو أصالة الفساد وعدم ترتب

بالأخص (1) منها وهو العدل.

### [الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظة مصلحة اليتيم]

لكن (2) الظاهر من بعض الروايات (3) كفاية الأمانة و ملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون (4) مفسّراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة (5).

ففي صحيحة علي بن رثاب (6) «رجل مات و بيني و بينه قرابة، و ترك أولادا صغاراً، و مماليك (7) [غلماناً] و جوارى، و لم يوص، فما ترى (8) فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها (9) أمّ ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟»

أثر على تصرفه الاعتباري من عقد أو إيقاع إن لم تجر أصالة عدم ولاية أحد على غيره.

(1) و الأخصّ من تلك الاحتمالات الثلاثة الآخر هو العدل، لأنّه شيعي و ثقة، بخلافهما، فإنّهما أعم منه للثقة غير العادل كبعض العامة، و الشيعي غير العادل كفسّاق الشيعة.

(2) هذا عدول من المصنّف قدس سرّه عمّا أفاده- من اعتبار العدالة في المؤمنين المتصدّين لأموال القاصرين- إلى الإكتفاء بالأمانة، و عدم اعتبار العدالة.

(3) و هو صحيحة علي بن رثاب و موثقة زرعة المذكورتان في المتن.

(4) يعني: فيكون بعض الروايات مفسّراً للاحتمال الثاني و هو المماثلة في الوثاقة.

(5) و هي صحيحة محمّد بن إسماعيل المذكورة في (ص 205).

(6) في الوسائل هكذا: «سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام عن رجل ..».

(7) هذه الكلمة غير موجودة في النسخة التي بأيدينا، و لكن أثبتناها لوجودها في الوسائل، بل في وصاياها زيادة كلمة «له» بعد «ممالك» و اختلاف في بعض ألفاظ الرواية، و لكن ما في المتن أقرب إلى ما نقله صاحب الوسائل في كتاب البيع.

(8) هذا سؤال عن حكم شراء الجارية للاستيلاد، لا للتجارة كما أنّ قوله:

«و ما ترى في بيعهم» سؤال عن حكم البيع من المتصدّين له.

(9) كذا في نسختنا، و لكن في بيع الوسائل و وصاياها «فيتخذها» بمعنى: يجعلها أمّ ولد.

قال (1) [فقال:] «إن كان لهم وليّ [1] يقوم بأمرهم، باع عليهم و نظر لهم و كان (2) مأجورا [فيهم]. قلت: فما ترى (3) فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها (4) أم ولد؟

فقال (5) لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم (6) الناظر فيما يصلحهم (7)، و ليس (8) لهم (9) أن يرجعوا

(1) يعني: قال علي بن رثاب: فقال الامام عليه السلام. و لم ترد كلمة «فقال» في نسختنا، كما لم ترد «قال» في وصايا الوسائل. و إنما ورد «قال فقال» في بيع الوسائل.

(2) هذا مطابق لما في الوسائل، و في وصاياه «كان» بدون «الواو»، و في نسختنا «كان مأجورا» بحذف العاطف، و كذا كلمة «فيهم».

(3) كذا في نسختنا، بالفاء و هو موافق لما في بيع الوسائل، و لكن في الوصايا «ما ترى».

(4) كذا في نسختنا، و لكن في موضعين من الوسائل «فيتخذها».

(5) هذا مطابق لما في بيع الوسائل، و في الوصايا «قال».

(6) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في الموضعين من الوسائل «القيم لهم» بدل «القيم بأمرهم». و على كلّ فالظرف متعلق ب «القيم».

(7) المستفاد منه اعتبار المصلحة في متعلق ولايته، و أنّ عدم المفسدة غير كافية.

و هذه الجملة هي المقصودة من نقل الصحيحة للاستشهاد بها على كفاية وثاقة المؤمن المتصدّي للأمر الحسبي، و عدم خيانه.

(8) هذا مطابق لما في وصايا الوسائل، و إلا ففي البيع «فليس».

(9) يعني: و ليس للصغار - بعد صيرورتهم كبارا - أن يرجعوا، بأن يعترضوا على القيم فيما فعله، و أن يبطلوا عقودهم و تصرفاته.

[1] إلا أن المراد بالوليّ فيه ظاهرا هو الولي الشرعي، بقرينة صحة عمله مع الأجر، إذ ليس لعمل الوليّ غير الشرعي صحة، و من المعلوم أنّ الولي الشرعي هو المأذون من الفقيه الشيعي. و معه لا تصل النوبة إلى ولاية المؤمنين المتأخرة عن ولاية الفقيه، فيخرج عمّا نحن فيه، و يصير أجنبيّا عنه.

فيما فعله (1) القِيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم» «1» الخبر (2).

و موثقة (3) زرعة عن سماعة» (في (4) رجل مات وله بنون و بنات صغار و كبار، من (5) غير وصية، و له خدم و مماليك (6) كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك (7)؟

قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم (8) ذلك

(1) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في بيع الوسائل «فيما صنع» و في وصيته «عمّا صنع» فالموجود في المتن مخالف لما نقله صاحب الوسائل في البيع و الوصايا.

(2) لا حاجة إلى هذه الكلمة، إذ المذكور تمام الحديث لا بعضه.

(3) عطف على: صحيحة علي بن رئاب.

(4) كذا في النسخ، و في الوسائل «سألته عن رجل» و جملتا «وله بنون، و له خدم» حاليّتان للرجل الميّت.

(5) متعلق بقوله: «مات» و يستفاد من هذه الموثقة الإكتفاء بالأمانة، لقوله عليه السّلام في الجواب: «إن قام رجل ثقة».

(6) في بعض نسخ الكتاب زيادة «و عقر» - بفتح العين - المراد به المنزل و القصر.

و لكن الموجود في الوسائل «و عقد». و الظاهر أنه - كصرد - جمع «عقدة» بمعنى الضيعة كما في بعض كتب اللغة، ففي اللسان: «و قال ابن الأنباري: قولهم: لفلان عقدة، العقدة عند العرب الحائط الكثير النخل، و يقال للقرية الكثيرة النخل: عقدة..» «2».

و عليه فالمراد بالسؤال: أنّ الميّت ورث عقارا و قرى معمورة.

(7) كذا في أكثر النسخ، و لكن في الوسائل و الكافي و غيرهما زيادة كلمة «الميراث».

(8) فالمنطوق يدل على اعتبار وثاقة من يقوم بأمر التقسيم لتلاّ يجحف، كما أن

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 269، الباب 15 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 1، و ج 13، ص 474، الباب 88 من أبواب الوصايا، ح

(2) لسان العرب، ج 3، ص 299، و نحوه في مجمع البحرين، ج 3، ص 104

كله فلا بأس» «1» بناء على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفا وإن لم يكن فيه ملكة العدالة (1) [1].

### [صحيحة إسماعيل بن سعد على اشتراط تحقق عنوان العدالة]

لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة (2)، قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية، وله ولد صغار

---

مفهوم الشرط يدل على وجود البأس في تصدّي غير الثقة والأمين.

(1) وذلك مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «ثقة» لأعمية الثقة من العادل. فالمستفاد من هذه الموثقة كفاية الوثاقة في المتصدّي لأمر القاصرين.

وأما بناء على اعتبار الوثاقة في الدين - كما ورد في الصلاة خلف من تثق بدينه - فهي بمعنى العدالة، لا أعم منها.

(2) بعد أن أثبت كفاية الوثاقة في المؤمنين المتصدّين لأمر القاصرين، استدرك

---

[1] لكن مورد الموثقة قسمة الميراث، لا التصرفات الأخر التي هي مورد البحث.

ولعل للقسمة التي هي تمييز سهام المالكين خصوصية ليست في انتقال سهامهم، فلا قطع بعدم الخصوصية حتى يصحّ التعدي عن القسمة إلى المعاملات الناقلة للسهام.

والحاصل: أنه أخصّ من المدعى، للاختصاص بالقسمة.

وأما صحيحة علي بن رثاب فموردها وإن كان هو التصرف الاعتباري، لكن ظاهرها كون الولي القائم بأمرهم شرعيا. فإن كان كذلك فهو أجنبي عما نحن فيه، لكون الولي المنصوب من الفقيه الإمامي مقدّما على المؤمنين، لتقدم ولاية الحاكم والمنصوب من قبله عليهم.

وعلى هذا فتخرج هذه الصحيحة عن مورد البحث، وهو ولاية المؤمنين، وتكون أجنبية عنه. فلا يناسب ترجيح الاحتمال الثاني - وهو الوثاقة - بهذه الصحيحة و موثقة زرعة.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 474، الباب 88 من أحكام الوصايا، ح 2، الكافي، ج 7، ص 67، باب من مات بغير وصية وله وارث، ح



و كبار، أيحلّ شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك؟

فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه (1) الخليفة (2)، أ يطيب الشراء منه (3) أم لا؟ قال (4) عليه السّلام: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع و قام عدل في ذلك» (5) «1».

---

وقال: لكنّه يظهر من بعض النصوص اعتبار العدالة في ولاية المؤمنين، كصحيح إسماعيل بن سعد عن مولانا الرضا عليه الصلاة و السلام المذكور في المتن.

و لا يخفى أنّ هذه الصحيحة تتضمن أحكاماً ثلاثة سألتها إسماعيل بن سعد عن الامام الرضا صلوات الله و سلامه عليه، فقال: «سألت الرضا عليه السّلام عن رجل مات بغير وصية ..

و عن الرجل يموت ..» الى آخر ما في المتن، و اقتصر المصنف على نقل السؤال الثالث المتكفل بجوابه عليه السّلام لاعتبار العدالة.

(1) كذا في النسخ، و لكن في الكافي «و لم يستأمره» و في الوسائل و التهذيب «و لم يستعمله» و معناه لم يجعله خليفة أو أميراً أو عاملاً.

(2) أي: الخليفة بالحقّ، فاللام للعهد الذهني. و كذا المراد من القاضي في قول السائل «من غير أن يتولّى القاضي».

(3) أي: من القاضي الذي لم يستخلفه الخليفة بالحقّ، بل تراضى الورثة بالقاضي المزبور.

(4) كذا في النسخ، و في الوسائل «فقال»، و هو الأنسب بالسؤال أولاً و الجواب ثانياً.

(5) أي: في البيع. و هذا مورد الاستشهاد، فإنّ هذه الصحيحة تدلّ على اعتبار العدالة في القيمّ على أموال اليتيم، و عدم كفاية مجرد الوثيقة و الأمانة فيه، خلافاً لما مرّ من الكفاية.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 269، الباب 16 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 1، الكافي، ج 7، ص 67، باب من مات على غير وصية و له وارث صغير، ح 1، تهذيب الأحكام، ج 9، ص 239، باب الزيادات من الوصية، ح 20



هذا، والذي ينبغي أن يقال (1)

(1) هذا رأي المصنف قدس سره حول اعتبار العدالة وعدمه في ولاية المؤمن في الأمر الحسيني عند تعذر الفقيه الجامع للشرائط، وأنه هل يجوز للفاسق التصدي له أم لا؟ وقد عرفت إلى هنا الاستدلال على اعتبار العدالة بوجهين، وهما الأصل والنصوص بعد الجمع بينها.

وحاصل ما أفاده: أنه قد ظهر مما تقدم أن ولاية المؤمن ثابتة في موردين:

أحدهما: أن يدل دليل على تصدي المؤمن لمورد خاص من موارد المعروف، كدليل تجهيز الميت، الشامل للعدل والفساق. ولا ريب في صحة عمل الفاسق حينئذ.

وهذا بخلاف ما لو اقتضى الدليل تصدي خصوص العدل للأمر الحسيني، مثل ما تقدم في صحيحة سعد من قول مولانا الامام الرضا عليه السلام: «فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل بذلك» لظهور مفهوم الجملة الشرطية في البأس عن نفوذ البيع لو كان البائع فاسقا. و عليه ففي مورد قيام الدليل الخاص على التصدي يكون هو المعول في عموم الولاية للفاسق، أو اختصاصها بالعدل.

ثانيهما: أن يدل دليل عام على جواز قيام كل واحد من المكلفين بالأمر، سواء العدل والفساق. وهذا العموم قد يكون شرعيا كآية المباركة الآمرة بالإعانة على البر والتقوى، وما روي من أن «كل معروف صدقة» بالإعانة على البر وفعل المعروف مطلوبة من الكل، و يكون تصدي غير الفقيه للموارد لأجل دخولها في هذه العمومات الشاملة للفاسق أيضا.

وقد يكون عقليا، كلزوم إنجاء الطفل من الهلاك حتى لو توقف على التصرف في مال الغير بدون رضاه، لاستقلال العقل به بالنسبة إلى كل من العدل والفساق.

أمّا المورد الأول- وهو نهوض دليل بالنسبة إلى مورد خاص- فالمتبع نفس الدليل، فإن كان مقتضاه مطلوبة الفعل من كل أحد صحّ من الفاسق أيضا. وإن كان مفاده قيام العدل به لم يصحّ من غيره.

و أمّا المورد الثاني- وهو العموم الدال على جواز العمل من الجميع حتى الفاسق-

إنّك قد عرفت (1) أنّ ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم (2) عقلي (3) أو نقلي (4) يدلّ (5) على رجحان التصديّ لذلك المعروف. أو يكون (6) هناك دليل خاصّ يدلّ عليه (7).

فما ورد (8) فيه نصّ خاصّ اتّبع ذلك النصّ عموماً (9) أو خصوصاً (10)، فقد يشمل الفاسق، وقد لا يشمل.

ففيه بحثان: الأوّل في تكليف الفاسق في عمل نفسه، وأنّه هل يكون مأذوناً من الشارع في التصديّ أم لا؟

و الثاني: في حكم فعل الغير المترتب على فعل الفاسق. وسيأتي بيانهما إن شاء الله تعالى.

(1) في قوله في (ص 204): «نعم لو فرض المعروف» إلى قوله في (ص 208):

«و بالجملّة: تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي أو عموم شرعي، أو خصوص في مورد جزئي».

(2) هذا إشارة إلى ما تقدّم توضيحه بقولنا: «ثانيهما أن يدلّ ..».

(3) كلزوم حفظ النفس المحترمة من الهلاك، كبيراً كان أو صغيراً، توقّف على التصرف في مال الغير أم لا، عادلاً كان الحافظ أم فاسقاً.

(4) كالأية الشريفة، و ما روي من: أنّ كل معروف صدقة.

(5) خبر قوله: «يكون» أي: يكون العموم دالاً على رجحان التصديّ .. إلخ.

(6) معطوف على قوله: «يكون» وهذا إشارة إلى ما تقدم بقولنا: «أحدهما: أن يدلّ دليل خاص ..» وإنّما قدّمناه في التوضيح - مع تأخر

ذكره في المتن - لأجل وضوح حكمه، وعدم بسط المقال فيه، كما سيظهر في المتن.

(7) الضمير راجع إلى «ولاية» فالأولى تأنيثه، أو إرجاعه إلى: تولّي غير الحاكم.

(8) هذا بيان حكم ما إذا ورد دليل - في واقعة خاصة - على التولية.

(9) المراد به عمومه للعدل وغيره، بقرينة قوله: «فقد يشمل الفاسق».

(10) أي: اختصاص الدليل الوارد بالعدل، بقرينة قوله: «وقد لا يشمل».

و أما (1) ما ورد فيه العموم (2) فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق (3) و تكليفه (4) بالنسبة إلى نفسه، و أنه (5) هل يكون مأذونا من الشرع في المباشرة أم لا؟ وقد (6) يكون بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله (7) بفعل غيره إذا لم يعلم (8) وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء (9) منه مثلاً.

أما الأول (10)، فالظاهر جوازه، و أنّ العدالة ليست معتبرة في منصب

(1) معطوف على «فما ورد». و ضمير «فيه» في الموضعين راجع الى الموصول المراد به «المعروف».

(2) كآية التعاون، و «كل معروف صدقة» و «عون الضعيف من أفضل الصدقة».

(3) هذا إشارة إلى البحث الأول، و هو تكليف الفاسق بالنسبة إلى عمل نفسه، كجواز أن يصلّي على الميت.

(4) هذا الضمير و ضميرا «نفسه، يكون» راجعة إلى الفاسق.

(5) معطوف على «جواز» و مفسّر له، و الضمير للشأن، و يمكن رجوعه الى الفاسق.

(6) معطوف على «قد يقع» و الأولى بالنظر إلى سوق البيان إبدال «يكون» ب «يقع».

و كيف كان فهذا إشارة إلى البحث الثاني، و هو ترتب فعل الغير على فعل الفاسق الذي لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء من الفاسق.

(7) أي: فعل الفاسق كالبيع المتعلّق بفعل غيره، و هو الشراء.

(8) أي: لم يعلم الغير وقوع فعل الفاسق على وجه المصلحة.

(9) هذا مثال لفعل غيره، كأنه قيل: «بفعل غيره كالشراء منه».

(10) أي: البحث الأول، و هو مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة إلى نفسه، و حاصل ما أفاده: جواز مباشرة الفاسق بالنسبة إلى تكليف نفسه، و عدم اعتبار عدالته في فعله المباشري، و ذلك لعموم أدلة ذلك المعروف الشامل للفاسق.

المباشرة، لعموم أدلة فعل ذلك المعروف (1)، ولو (2) مثل قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة» (1)، وعموم (3) قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\*» (2)، ونحو (4) ذلك.

وصحيحة (5) محمد بن إسماعيل السابقة، قد عرفت (6) أنها محمولة على صحيحة علي بن رثاب المتقدمة، بل (7) موثقة زرعة وغير ذلك

---

(1) كالصلاة على الميت، التي لا تعتبر العدالة فيمن يصلّيها.

(2) وصلية، أي: ولو كان الدليل مثل قوله عليه السلام .. إلخ.

(3) معطوف على «قوله» في: «مثل قوله».

(4) كقوله تعالى تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ فَإِنَّ هَذِهِ الْعُمُومَاتُ ظَاهِرَةٌ فِي عَدَمِ اعْتِبَارِ الْعَدَالَةِ فِي الْمُبَاشَرِ، فيجوز للفاسق مباشرة الفعل.

(5) مبتدء، خبره «قد عرفت» وهذا دفع وهم. أمّا الوهم فحاصله: أنه كيف يجوز للفاسق التصدي للأمر التي لا تحتاج إلى إذن الفقيه؟ مع دلالة صحيحة محمد بن إسماعيل المتقدمة في (ص 210) على اعتبار العدالة، بناء على إرادة العدالة من الوجوه الأربعة المذكورة للمماثلة.

(6) وأمّا دفع الوهم، فحاصله: أن صحيحة محمد بن إسماعيل - بناء على إرادة العدالة من وجوه المماثلة محمولة على صحيحة علي بن رثاب. المتقدمة في (ص 215) التي أريد فيها الأمانة من العدالة.

(7) معطوف على «صحيحة» يعني: بل يحمل صحيحة محمد بن إسماعيل أيضا على موثقة زرعة المذكورة في (ص 217) بناء على إرادة الأمانة من كلمة «ثقة» لا إرادة الاحتمال الآخر، وهي العدالة التي هي من وجوه المماثلة في صحيحة محمد بن إسماعيل

---

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 108، الباب 59 من أبواب جهاد العدو، ح 2، و متن الحديث فيه «عونك للضعيف ..».

(2) سورة الانعام، الآية 152، الإسراء، الآية 34

مما سيأتي (1).

ولو ترتب حكم الغير (2) على الفعل الصحيح منه- كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولي له (3)-

المتقدمة.

فالنتيجة: أن الشرط في تصدّي المؤمنين لأموال القاصرين هو الأمانة لا العدالة.

(1) كحسنة الكابلي الآتية.

(2) أي: غير الفاسق المتصدّي للفعل كصلاة الميت، وحاصله: أنه لو ترتب حكم الغير كسقوط التكليف عنه على الفعل الصحيح الصادر عن الفاسق، وشك ذلك الغير في صحة الفعل الصادر عن الفاسق، فالظاهر سقوط الصلاة عن الغير، لجريان أصل الصحة في فعل الفاسق، لأنه مسلم.

وبيانه: أن مثل الصلاة على الميت واجب كفاي على المكلفين، ويسقط بإتيان بعضهم لو صدر منه صحيحا، فإن أحرزت الصحة بالعلم أو الاطمئنان أو بأمانة شرعية، فلا شبهة في سقوط التكليف عن الآخرين بما أتى به الفاسق.

وإن شك في صحة فعله- مع العلم بصدوره- أمكن الحكم بتحقيق الامتثال استنادا إلى أصالة الصحة في فعل المسلم. فيكون المقام نظير الموضوعات المركبة التي يحرز بعض أجزائها بالوجدان، وبعضها بالتعبد، كالضمان المترتب على وضع اليد على مال الغير بدون رضاه، و كان الاستيلاء معلوما، وشك في طيب نفس المالك، فيستصحب عدم رضاه وعدم طيب نفسه، ويترتب عليه الحكم بالضمان.

وكذا الحال في المقام، لفرض أن الفاسق صلى على الميت، وشك في صحته وفساده، ومقتضى أصل الصحة الحكم بصحته، ويترتب عليه سقوط التكليف الكفائي عن الآخرين.

هذا كله لو أحرز صدور الفعل، وكان الشك متمحضا في صحته. وأما لو شك في أصل الفعل وأخبر الفاسق بالصلاة على الميت فقبول إخباره مشكل.

(3) أي: للميت، وضمير «منه» راجع إلى الفاسق.

فالظاهر (1) سقوطها (2) عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك في صحته.

و لو شك (3) في حدوث الفعل منه و أخبر به، ففي قبوله إشكال (4).

### [مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة إلى فعل غيره]

و أما الثاني (5) فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه و إن ادعى كون البيع مصلحة، بل يجب أخذ المال من يده.

(1) جواب «لو» في قوله: «و لو ترتب».

(2) أي: سقوط صلاة الميت عن غير الفاسق إذا علم الغير صدور الفعل من الفاسق، و شك في صحة الفعل الصادر من الفاسق، فإنه يبني على صحته، حملاً لفعل المسلم على الصحيح.

و الحاصل: أنه لا يعتبر عدالة المباشرة بالنسبة إلى فعل نفسه.

(3) يعني: و لو شك الغير في صدور الفعل من الفاسق، و أخبر الفاسق بصدور الفعل منه، ففي قبول إخباره إشكال.

(4) هذا الإشكال ناش من: أن إخباره فعل من أفعاله، و عند الشك في الصحة- التي هي صدقة- يجب حملة على الصحة، أي البناء على مشروعية خبره و صدقه.

و من: أن إخباره نبأ، فتشمله آية النبا الآمرة بالتبين فيه. و بعد إحراز صدقة- أي مطابقتها للواقع- يقبل، و يترتب عليه أثره.

(5) هذا إشارة إلى البحث الثاني. و هو: حكم فعل الفاسق إن كان متعلقاً بفعل غيره، كما إذا تصدّى للأمر الحسيني كبيع مال اليتيم مع رعاية مصلحته، فمثل هذا التصرف يتعلق بالغير، لأن تمليك مال اليتيم بعوض منوط بتملك الغير له حتى يحلّ له التصرف فيه.

و حاصل ما أفاده في هذا البحث هو: أن الظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز شراء مال الطفل و سائر القاصرين من الفاسق و إن ادعى كون البيع مصلحة للقاصر.

و ذلك لوجهين:

أحدهما: صحيحة إسماعيل بن سعد المتقدمة في (ص 218) المتضمنة لقوله: «و قام عدل في ذلك». بل و موثقة زرعة المتقدمة في (ص 217) بناء على إرادة العدالة من الوثيقة.

و يدلّ عليه (1)- بعد صحيحة إسماعيل بن سعد المتقدمة، بل (2) و موثقة زرعة، بناء على إرادة العدالة من الوثيقة:- أن (3) عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنه بمجرد تصرف الفاسق، فإنّ وجوب إصلاح مال اليتيم (4) و مراعاة غبطته لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق.

و لا يجدي هنا (5) حمل فعل المسلم على الصحيح،

---

(1) أي: على اشتراط العدالة في المتصدّي لأمر القاصرين.

(2) أشار به إلى: أن في موثقة زرعة احتمالاً آخر، و هو: إرادة الوثيقة و الاطمئنان لا العدالة. فالموثقة دليل على اعتبار العدالة في المؤمن المتصدّي لأمر القاصرين بناء على إرادة العدل من الثقة.

و الظاهر أنّ «بل» هنا إمّا لمجرد العطف، و إمّا للانتقال من دلالة الصحيحة إلى دلالة الموثقة، فإنّ الانتقال من غرض إلى غرض آخر- لا الإبطال- عدّ معنى لهذا الحرف «1».

(3) جملة «ان» مع اسمها و خبرها مرفوعة محلاً، لكونها فاعلاً لقوله: «و يدل عليه».

و هذا ثاني وجهي اعتبار العدالة في المتصدّي لأمر القاصرين بالنسبة إلى ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح الصادر من العامل، كسقوط صلاة الميّت عن غير المصلّي.

و محصل هذا الوجه الثاني: أنّ الفاسق و إن جاز له التصرف بمقتضى عموم أدلة القيام بذلك المعروف- كبيع مال اليتيم- إلاّ أنّه لا يسقط تكليف السائرين بإصلاح مال اليتيم بمجرد تصرف الفاسق، مع الشك في كون تصرفه إصلاحاً لمال المولّي عليه القاصر.

و أصالة الصحة لا تثبت كون التصرف إصلاحاً لمال الطفل حتى يجوز للمشتري الشراء، لأنّ الشك هنا في أصل الوجود، لا في صحة الموجود، حيث إنّ المأمور به هو الإصلاح الذي يكون مشكوك الوجود، و الأصل المصحح لا يثبت أصل الوجود.

فالنّتيجة: أنّ مجرد تصرف الفاسق لا يرفع التكليف عن الغير.

(4) أو غيره من القاصرين، فإنّ وجوب إصلاح ما لهم ثابت على الكل كفاية.

(5) أي: بيع الفاسق و شراء الغير منه. و هذا إشارة إلى وهم و دفع.





كما في مثال الصلاة المتقدم (1) لأن (2) الواجب هناك هي صلاة صحيحة، وقد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، وإذا شك في صحتها أحرزت (3) بأصالة الصحة.

وأما الحكم فيما نحن فيه (4)، فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما حمل على موضوع هو إصلاح المال، ومراعاة الحال، والشك في أصل تحقق ذلك (5)، فهو (6) كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها.

---

أما الوهم فهو: أن الفاسق بمقتضى إسلامه يحمل فعله على الصحيح، كما في المثال المتقدم وهو الصلاة. وحينئذ إذا حمل بيعه على الصحيح سقط وجوب القيام بالمعروف عن العادل.

(1) في (ص 224) بقوله: «ولو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولي له» فقوله: «كما» مثال للمنفى وهو إجداء أصالة الصحة.

(2) هذا دفع التوهم المزبور، ومحصّ له: أنه فرق بين الصلاة وبين إصلاح مال اليتيم، وهو ما أشرنا إليه من: أن الشك في المثال المتقدم شك في صحة الموجود، والمفروض أن الأثر - وهو السقوط عن غير الفاسق - منوط بصحة الصلاة. أي صلاة الميت. وصحتها تحرز بأصل الصحة في فعل المسلم، فتسقط عن غير الفاسق.

وهذا بخلاف المقام، فإن الواجب - وهو إصلاح مال القاصرين - مشكوك الوجود، وأصالة الصحة لا تثبت الوجود، بل تثبت وصفه وهو صحته، ولا تثبت شيئا خارجا كإصلاح مال القاصرين إلا بناء على القول بالأصل المثبت.

(3) يعني: أحرزت صحتها بأصالة الصحة الجارية في فعل المسلم.

(4) وهو ارتفاع وجوب إصلاح مال اليتيم عن غير الفاسق، فلم يحمل على التصرف الصحيح حتى تجري فيه أصالة الصحة، بل حمل على موضوع وهو إصلاح المال، والشك فيه شك في أصل وجوده، فهو نظير إخبار الفاسق بأصل الصلاة مع شك الغير في صدقه. وقد تقدم في (ص 225) الإشكال في قبوله.

(5) أي: في تحقق الموضوع أعني به إصلاح المال الذي هو المعروف الواجب على الكل.

(6) أي: فالشك في تحقق الموضوع، وهو إصلاح المال، كإخبار الفاسق بأصل

وإن شئت قلت (1) إنَّ شراء مال اليتيم لا بدّ أن يكون مصلحة له (2)، ولا يجوز (3) [ولا يحرز] ذلك (4) بأصالة صحّة البيع من البائع، كما لو شكّ

الصلاة أي بوجودها مع شكّ الغير في وجودها في عدم حمل خبره على الصحة، فلا يقال:

إنَّ ما أخبر به من وقوع الصلاة صحيح.

(1) ظاهر العبارة تقريب منع أصالة الصحة في المقام ممّا يكون حكم الغير معلقاً على موضوع الإصلاح. و توضيحه: أنّ من يشتري من الفاسق ما بيده من مال اليتيم - مثلاً - يتصرّف في هذا المال بقبوله لإنشاء البائع، ولا بدّ من إحراز وقوع القبول على وجه يكون أصلح بحال اليتيم، فلو شك هذا المشتري في كون هذه المعاملة أحسن بحال اليتيم لم يجده إجراء أصالة الصحة في إيجاب البائع، لأنّها لا تثبت إلاّ صحة الإيجاب صحّة تأهليّة بحيث لو لحقه القبول لترتّب عليه النقل والانتقال. وبما أن المشتري شكّ في تحقق المصلحة في هذا العقد - المؤلّف من الإيجاب والقبول - لم يكن له سبيل إلى إحراز كون قبوله واقعا على وجه أحسن حتى يترتب عليه أثره، وهو الحكم بحصول النقل.

هذا ما أفاده المحقق الايرواني قدّس سرّه في توضيح العبارة، وجعلها وجهاً آخر للمنع من التمسك بأصالة الصحة هنا، وقال: إنّه يمنع من ترتيب الأثر في كل مقام اشترك الشرط بين اثنين، كالنقل المنوط بصحة الإيجاب والقبول، المفروض اشتراطهما - في العقد على مال اليتيم - برعاية المصلحة «1».

(2) أي: لليتيم، ولا يحرز كون شراء المال ذا مصلحة لليتيم بإجراء أصل الصحة في إيجاب البائع، كما أنّه لا يحرز بلوغ البائع - عند شك المشتري فيه - بأصالة الصحة، بل يجري فيه استصحاب عدم البلوغ.

(3) كذا في نسختنا، والظاهر كما في بعض النسخ المصححة «و لا يحرز».

(4) أي: كون شراء مال اليتيم ذا مصلحة.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 159

المشتري في بلوغ (1) البائع؛ فتأمل (2).

نعم (3) [1] لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير،

(1) حيث إنّ المشكوك فيه شرط صحة البيع، وهو بلوغ البائع، و من المعلوم قصور أصل الصحة عن إثباته.

(2) لعلّه إشارة إلى الفرق بين ما نحن فيه- وهو الشراء من الفاسق- وبين الشك في بلوغ البائع. و محصل الفرق بينهما: أنّ مجرى أصالة الصحة هو العمل الذي يشك في أنّ عامله هل أتى به ناقصا بمعنى أنّه ترك شيئا نسيانا من أجزائه و شرائطه أم أتى به تامّا؟

فالشك يكون في أمر اختياري له من الفعل و الترك.

و أمّا إذا كان المشكوك فيه أمرا غير اختياري كالبلوغ، فلا تجري فيه أصالة الصحة.

و عليه فلا- يجري أصل الصحة في الشك في البلوغ، بل يجري فيه استصحاب عدم البلوغ. و يجري فيما نحن فيه، و هو البيع مع مراعاة إصلاح مال اليتيم، فإنّه أمر اختياري للبائع، فتجري فيه أصالة الصحة.

و يحتمل أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى ما قيل: من جريان أصل الصحة في البلوغ وغيره، كما اختاره المصنف قدّس سرّه في الأصول (1).

(3) هذا استدراك على عدم جريان أصالة الصحة في مسألة شراء مال اليتيم من

[1] لا يخفى أنّ مقتضى قوله قدّس سرّه: «و الشك في أصل تحقق ذلك» إلى قوله:

«و لا يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع» عدم جريان أصالة الصحة فيما أفاده بقوله:

«نعم..» لأنّ كلّ من الإيجاب و القبول لا بدّ أن يكون إصلاحا للمال. فالشك في الإصلاح بالنسبة إلى كلّ من الإيجاب و القبول شك في وجود الموضوع، فلا تجري أصالة الصحة في شيء منهما.

(1) راجع فرائد الأصول، ج 3، ص 360، تحقيق مجمع الفكر الإسلامي، 1419

لم يلزم الفسخ (1) مع المشتري وأخذ (2) الثمن من الفاسق، لأن (3) مال اليتيم الذي يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنه (4) الثمن أو المثلن، وأصالة صحّة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول (5)، فتدبر (6).

الفاسق، والغرض جريان أصل الصحة في مسألة أخرى، وهي: وجدان ثمن مال الصغير في يد الفاسق، فإن مقتضى أصالة الصحة- الجارية في بيع الفاسق مال الصغير و شرائه- كون مال الصغير هو الثمن، و مال المشتري هو المثلن. فليس لشخص ثالث- أي ما عدا المتبايعين- إلزام البائع الفاسق على الفسخ مع المشتري، وأخذ الثمن من البائع الفاسق، و استرداد المبيع من المشتري، و دفع الثمن إليه.

(1) لعل الأولى التعبير عن «الفسخ» بالاسترداد من المشتري، لاختصاص الفسخ بحلّ العقد الصحيح، إلا أن يراد نتيجة الفسخ، وهي استرداد المثلن من المشتري، و الأمر سهل.

(2) معطوف على «الفسخ» يعني: لم يلزم الفسخ، و لم يلزم أخذ الثمن من الفاسق حفظا لمال الصغير. و الوجه في عدم لزوم الفسخ و أخذ الثمن من البائع الفاسق هو: أنه لا يعلم أن مال اليتيم الذي يجب على الكل إصلاحه و حفظه من التلف هو المبيع الذي عند المشتري حتى يجب استرداده، فالشبهة موضوعية لدليل وجوب إصلاح مال اليتيم.

و معه لا وجه للاستدلال به لوجوب استرداد المبيع من المشتري، بل مقتضى أصالة الصحة في المعاملة هو كون الثمن مال اليتيم.

(3) تعليل لقوله: «لم يلزم الفسخ» و قد مرّ توضيحه آنفا بقولنا: «و الوجه في عدم لزوم .. إلخ»، و قوله: «لا يعلم» خبر «لأن».

(4) أي: مال اليتيم. و هذا إشارة إلى كون الشبهة مصداقية، فلا يصح الاستدلال بدليل وجوب حفظ مال اليتيم على لزوم استرداد المبيع من المشتري و دفع الثمن إليه.

(5) و هو كون الثمن مال اليتيم.

(6) لعله إشارة إلى الفرق بين هذه الصورة الجارية فيها أصالة الصحة، و الصورة السابقة التي لا تجري فيها أصالة الصحة.

و حاصل الفرق بينهما هو: أن إصلاح مال اليتيم شرط في صحة كلّ من الإيجاب و القبول ابتداء، إذ كل منهما يتصرف في مال اليتيم بإعطاء البائع و أخذ المشتري، و لذا

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر (1) أنه على وجه التكليف

لو وقعت المبايعة بين شخصين، وشكَّ شخص ثالث في صحتها فله إجراء أصالة الصحة في فعلهما، بخلاف ما نحن فيه، لعدم وقوع قبول بعد حتى يجري فيه أصل الصحة.

وجريانه في الإيجاب لا يجدي، لأن أثره الصحة التأهيلية أي الصالحة لانضمام القبول الصحيح إليه، لا الصحة الفعلية.

(1) هل يجوز لبعض المؤمنين مزاحمة غيره أم لا؟ هذه الجهة الرابعة من جهات البحث في مسألة ولاية عدول المؤمنين، وهي:

أنه لو أقدم بعضهم على إنجاز فعل - ممّا يصدق عليه عنوان «المعروف» - فهل يجوز لمؤمن آخر مزاحمته و منعه من الإقدام أم لا؟

و محصل ما أفاده قدس سرّه: أنّ منع المزاحمة مبني على كون جواز تصدّي المؤمنين لأمر القاصرين حكماً وضعياً أعني به الولاية المفوّضة من الامام عليه السلام أو من الفقيه. كما أن مبنى جواز المزاحمة هو ظهور الدليل في التكليف بمعنى أنه يجب على المؤمنين القيام بالمعروف أو يستحب.

فهنا احتمالان، واختار المصنف الثاني، وأنّه ليس لعدول المؤمنين ولاية أصلاً، لا بعنوان النيابة ولا بعنوان آخر، وإتّما هو تكليف محض، فلا وجه لمنع المزاحمة أصلاً.

ولعل وجه تيقّنه ممّا دلّ على جواز تصدّي المؤمنين لأمر القاصرين، فإنّ الولاية خلاف الأصل، والدليل قاصر عن إثباتها لهم. فالمتيقن هو جواز التصدّي، إمّا وجوباً كما في الصلاة على ميت لا وليّ له، ونحوه ممّا وجب كفاية. وإمّا ندباً كما في التصرف في مال اليتيم بقصد الاسترباح والاستمناة له استناداً إلى كونه إعانة على البرّ، إذ الآية - كما قيل - لا تدل على الوجوب، بل على الجواز أو الاستحباب، لو صدق على ذلك عنوان «الإعانة على البرّ».

وعلى هذا فجواز تصدّي عدول المؤمنين يكون في الأثر نظير ولاية الأب و الجد على الصغير، في أنّه يجوز لكلّ منهما التصرف بما يكون صلاحاً له، فلو أراد الأب مثلاً بيع

الوجوبيّ أو النديبيّ، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلا (1) عن كونه على وجه النصب من الإمام، فمجرد (2) [1] وضع العدل يده على مال اليتيم

شيء من أمواله جاز للجدّ مزاحمته قبل تصدّي الأب. فكذا لو أقدم المؤمن العدل على إنجاز واقعة جاز للعدل الآخر منعه، و تصدّي الأمر بنفسه بزعم كون فعله أصلح من فعل الغير. لما عرفت من أن دليل جواز تصدّي المؤمنين - تكليفا - يعمّ الجميع على نهج واحد، ولا مرجح لسبق بعضهم، هذا.

وقد فرّع المصنف قدّس سرّه فرعين على جواز المزاحمة، وسيأتي بيانهما.

(1) يعني لا ولاية هناك بالنسبة إلى المؤمن العدل، لا من جهة النيابة العامة عن الفقيه الجامع للشرائط الذي له الولاية - بناء على ولايته على الأمور الحسينية كما تقدم - ولا على وجه الولاية المستقلة بالنصب من قبل المعصوم عليه السّلام.

فإن كان جواز تصدّي العدول على وجه النيابة عن الفقيه الذي هن الولي الشرعي فحكمها زوالها بموت الفقيه. وإن كان على وجه النصب من قبل الامام عليه السّلام كان ولاية مستقلة ناشئة من النصب، وهي باقية بعد موت الامام عليه السّلام.

وبهذا ظهر الوجه في التعبير ب «فضلا» لأن عدم كون المؤمن العدل نائبا عن الفقيه الذي هو الولي يقتضي هنا - بالأولية - انتفاء ولايته المستقلة من جهة كونه منصوبا من قبله عليه السّلام.

(2) هذا متفرع على كون تصدّيهم على وجه التكليف، لا على وجه النيابة، إذ

[1] الظاهر أن جواز تصدّي مؤمن آخر للواقعة مع تصدّي مؤمن لها قبل ذلك وعدم جواز التصدي لها - بناء على كون جواز تصدي المؤمنين لأمر القصّر على وجه التكليف لا على وجه النيابة - مبني على إطلاق دليل جواز التصدي وعدمه.

فعلى الأوّل يجوز التصدي للواقعة مع تصدّي مؤمن آخر لها قبله.

وعلى الثاني لا يجوز ذلك.

فمجرد كون جواز تصدّي المؤمنين من باب التكليف - لا من باب الولاية - لا يوجب منع المؤمن الآخر عن التصدي للواقعة التي وضع قبله مؤمن يده عليها.

لا يوجب (1) منع الآخر و مزاحمته (2) بالبيع و نحوه.

و لو (3) نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع (4)، أو يجعلهما (5) مع جعله لليتيم [للصغير] أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعقد.

لو كان على وجه الولاية و النيابة أمكن أن يقال: إنه بمجرد وضع يد مؤمن على الواقعة يخرج المولى عليه عن عنوان «من لا ولي له» فلا يبقى موضوع لتصدّي مؤمن آخر للواقعة.

(1) خبر «فمجرد».

(2) معطوف على «منع» و الضمير راجع الى الآخر.

(3) هذا أول الفرعين، و الأولى إبدال «الواو» بالفاء، بأن يقال: «فلو نقله» لأنه من فروع جواز منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه. يعني: و لو نقل العدل مال اليتيم بعقد جائز، فوجد مؤمن آخر المصلحة في استرداده، ففي جواز الفسخ و عدمه تفصيل بين صور المسألة، و هي:

الأولى: أن يكون تزلزل العقد لأجل الخيار المجمعول بحكم الشارع كخيار المجلس و الحيوان و العيب و الغبن.

الثانية: أن يكون تزلزل العقد لأجل خيار الشرط الثابت بجعل المتبايعين للصغير، أو لمطلق الولي عليه.

ففي هاتين صورتين يجوز للعدل الآخر الفسخ، لصدق «الولي» عليه.

الثالثة: أن يكون تزلزل البيع لأجل خيار الشرط المجمعول لخصوص العاقد، لا لمطلق الولي، فلا يمضي فسخ العدل الآخر، و لا يجوز استرداد مال اليتيم ممن انتقل إليه.

(4) كخيارات: المجلس و الحيوان و العيب و الغبن.

(5) معطوف على «بأصل» يعني: أو كان الخيار ثابتاً بجعل المتبايعين، مع جعل الخيار للصغير أو لوليّه مطلقاً من غير خصوصية للعاقد، إذ مع اختصاص الخيار بالمتعاقدين أو أحدهما - و عدم الخيار للصغير و لا لمطلق وليه حتى يجوز لمؤمن آخر

ولو (1) [وأما لو] أراد بيعه من شخص وعرضه لذلك، جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة، وإن كان في يد الأول (2).

و بالجمله (3) فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا- يزيد على حكم الأب و الجد من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

### [حكم مزاحمة فقيه لفقيه آخر]

و أما حكام (4) الشرع، فهل هم كذلك (5)؟ فلو عيّن فقيه من يصلي على الميت الذي لا ولي له، أو من (6) يلي أمواله، أو وضع (7) اليد على مال يتيم، فهل يجوز للأخر مزاحمته أم لا؟

فسخه- لا وجه لجواز فسخ غيرهما ممن لا خيار له، ولا للصغير المولى عليه.

(1) معطوف على قوله: «و لو نقله» وهذا ثاني الفرعين المترتين على كون تصدّي المؤمنين من باب التكليف لا- النيابة والولاية، و محصله: أنه لو أراد مؤمن بيع مال يتيم، وعرضه لذلك، جاز لمؤمن آخر بيع ذلك المال من شخص آخر إذا اقتضت المصلحة ذلك وإن كان المال في يد المؤمن الأول.

(2) أي: المؤمن الأول الذي أراد بيع مال يتيم وعرضه لذلك.

(3) يعني: و خلاصة البحث- في مزاحمة عدول المؤمنين:- أنه يجوز التصرف لكل واحد من المؤمنين ما لم يتصرف الآخر فحكم عدول المؤمنين حكم الأب و الجد في عرضة الولاية.

(4) حكم مزاحمة فقيه لفقيه آخر و هم الفقهاء العدول، فهل هم كعدول المؤمنين في جواز التصرف لكلّ منهم ما لم يتصرف الآخر؟ فتجوز المزاحمة بينهم، أم لا؟

(5) أي: مثل عدول المؤمنين في جواز المزاحمة، فعليه لو عيّن فقيه مؤمناً يصلي على ميت لا ولي له، أو عيّن من يلي أموال ميت لا ولي له، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز لفقيه آخر مزاحمة هذا الفقيه أم لا؟

(6) معطوف على الموصول في «من يصلي».

(7) معطوف على «عيّن» أي: فلو وضع فقيه يده على مال يتيم .. إلخ.



الذي (1) ينبغي أن يقال: إنه إن استندنا في ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم (2)، جاز المزاخمة قبل وقوع التصرف اللازم (3)، لأن (4) المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هم العوام، فالنهي (5) عن المزاخمة يختص بهم.

(1) هذا مختار المصنف قدس سره في المقام، وهو التفصيل بلحاظ دليل الولاية. و محصله:

أنه إن كان مستند ولاية الفقيه هو صدر التوقيع - أي مع الغض عن التعليل - وهو قوله عليه السلام: «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا» جازت المزاخمة قبل تحقق العقد الذي لا يمكن فسخه وحله كالبيع اللازم، إذ مع وقوعه ينتفي الموضوع لتصرف غيره. ولا يدلّ التوقيع على حرمة مزاخمة فقيه لمثله، لأنّ المخاطب بوجوب الرجوع إلى الرواة هم العوام، فلا يجوز لهم مزاخمة الفقهاء، بل يجب عليهم تفويض الأمر إلى الفقهاء.

و الحاصل: أن التوقيع يدلّ على أن كلّ واحد من الفقهاء حجة على العوام، ولا يدلّ على حكم مزاخمة فقيه لفقهاء آخر نفياً وإثباتاً أصلاً. و عليه فكل واحد من الفقهاء حجة على العوام في عرض واحد، كولاية الأب و الجدّ.

(2) في (ص 172) المتضمن لقوله: «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا».

(3) التقييد ب «اللازم» لأجل انتفاء الموضوع، كالبيع اللازم الموجب لانتقال مال الطفل إلى المشتري، بخلاف ما لو كان التصرف جائزاً كالبيع الخياري، لبقاء موضوع المزاخمة كما تقدم في مزاخمة عدول المؤمنين بعضهم بعضاً.

(4) تعليل لجواز المزاخمة، و حاصله: أن المزاخمة المنهي عنها - بمقتضى التوقيع - مختصة بالعوام، و لا تشمل الحكام.

(5) أي: النهي عن المزاخمة للفقيه - كالأمر بإرجاع الوقائع إلى الفقيه - مختص بالعوام المخاطبين بقوله «عجل الله تعالى فرجه الشريف»: «ارجعوا» فيختص النهي عن المزاخمة بهم، فلا يجوز للعوام أن يزاخمو الفقهاء في الحوادث الواقعة، بل يجب عليهم إرجاعها إليهم. و أما الحكام فمقتضى التوقيع المتقدم كون كلّ منهم حجة من الإمام عليه السلام على الخلق. نظير ولاية كلّ من الأب و الجدّ على الطفل. و حيث إنّ التوقيع لا يدلّ على

وأما الحكّام فكلّ منهم حجة من الإمام عليه السّلام، فلا يجب (1) [1] على كلّ واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له (2) مباشرته وإن كان الآخر دخل فيه (3)، و وضع يده عليه (4). فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب و الجدّ في أنّ النافذ تصرّف السابق [2].

---

حكم المزاحمة جوازا و منعاً اقتضت حجية كلّ منهم جواز المزاحمة بينهم، كجوازها للأب و الجدّ.

(1) لما مرّ أنّنا من أنّ المخاطب بالإرجاع هم العوامّ، فيجوز لكلّ واحد من الفقهاء مباشرة الحادثة الواقعة، لأنّهم المراجع في الحوادث الواقعة. و جواز المزاحمة مبنى على إطلاق دليل تصديهم للوقائع و عدمه. فيجوز التصدي لكلّ منهم سواء تصدّى غيره للواقعة أم لا. و مع إهمال الدليل مقتضى الأصل عدم النفوذ.

(2) أي: لكلّ واحد من الحكّام مباشرة الأمر الحادث.

(3) أي: دخل الحكّام الآخر في الأمر الحادث قبل هذا الحكّام، و لم يأت بالعمل تماما و أتى به الحكّام الثاني، فالمتّبع هو حكم الحكّام الثاني. فحكم حكّام الشرع حكم الأب و الجدّ في جواز المزاحمة.

و الحاصل: أنّ التصرف النافذ هو التصرف التام سواء سبقه غيره بإيجاد المقدمات أم لا.

(4) أي: على الأمر الحادث، و لكن لم يتم العمل، إذ مع الإتمام لا يبقى موضوع لإقدام الغير.

---

[1] لم يظهر وجه هذا التفريع على حجية كلّ واحد في ولاية عدول المؤمنين من الحكّام منه صلوات الله عليه. و إنّما المتفرع عليه هو قوله: «فيجوز له مباشرته» لأنّ أثر حجية كلّ منهم جواز تصدّي كلّ واحد منهم للواقعة، لا عدم وجوب إرجاع كلّ واحد منهم الواقعة إلى الآخر. نعم لازم هذا الجواز عدم وجوب إرجاع كلّ منهم الحادثة إلى آخر.

[2] لعلّ الأولى إبدال العبارة هكذا: «تصرف الآتي بتمام الواقعة، سواء سبقه غيره أم لحقه بإيجاد المقدمات أم لا» إذ لو لم يكن تصرف السابق تاماً- أي: لم يأت بتمام الواقعة،

ولا عبارة (1) بدخول الآخر في مقدمات ذلك وبنائه (2) على ما يغير تصريف الآخر.

كما يجوز (3) لأحد الحاكمين تصدّي المرافعة قبل حكم الآخر، وإن حضر المترافعان عنده، وأحضر الشهود، وبنى على الحكم (4).

وأما (5) لو استندنا في ذلك إلى عمومات النيابة، وأن فعل الفقيه كفعل

---

(1) لأنه بعد إتمام الواقعة ينتفي موضوع الولاية لغيره، فلا أثر لما أتى به من المقدمات.

(2) معطوف على «دخول» وضميره راجع إلى «الآخر».

(3) هذا معادل قوله: «فيجوز له مباشرته» ولكن لم يظهر مغايرته لما قبله، لأنّ المستفاد من كليهما واحد، وهو تصدّي أحد الحاكمين للحكم وإن شرع الآخر في مقدمات الحكم من إحضار المترافعين والشهود. ولا بدّ من التأمل في العبارتين حتى يظهر مراده قدّس سرّه منهما.

(4) ولم يحكم بعد، وحينئذ حكم الحاكم الآخر، وهذا الحكم نافذ.

(5) هذا معادل قوله: «إن استندنا في ولاية الفقيه إلخ» وحاصله: أنّ الظاهر حرمة المزاحمة إن استندنا في ولاية الفقيه إلى عمومات النيابة (1) نظير «العلماء ورثة الأنبياء» و«العلماء أمناء الرسل» و«مجاري الأمور بيد العلماء» وغيرها، وأنّ فعل الفقيه كفعل الإمام ونظره كنظره، في عدم جواز التعدي عنه، لكونه مرجعا في الأمور الحادثة. وذلك بشهادة جعل رواية الحديث حججا من قبله، لا من قبله تعالى، إذ لم يقل: «فإنهم حجج الله» بإضافة حجية الفقهاء إلى نفسه المقدسة تقتضي كون الفقيه كالإمام في حرمة

---

وأتى بتمامها غيره- كان النافذ عمل المؤمن الآتي بتمامه، ولا أثر للمقدمات التي أتى بها غيره، ولم يتم الواقعة.

---

(1) المتقدمة مع مصادرها في ص 154 - 159

ص: 237

مزاحمة أحد له.

وعليه فلا تجوز مزاحمة الفقيه الذي دخل في مقدمات التصرف ولكن لم يتصرف بعد، لأنّ دخوله في المقدمات- كدخول الامام عليه السلام فيها- في عدم جواز المزاحمة. فأدلة النيابة لا تشمل التصرف المزاحم لتصرفه عليه السلام، بل يعدّ ردّاً له عليه السلام، وهو حرام، لأنّ الرّاد عليه كالرّاد على الله، وهو على حدّ الشرك بالله.

(1) معطوف على «فعل الفقيه» يعني: وأنّ نظر الفقيه كنظر الإمام عليه السلام الذي لا يجوز التعدي عنه.

(2) يعني: ليس منشأ عدم جواز مزاحمة الحكام هو ثبوت ولاية الفقيه على الأنفس والأموال حتى يقال بعدم ثبوتها له، ونتيجة عدم ثبوتها جواز المزاحمة.

و توضيح ما أفاده: أن مستند ولاية الفقيه إن كان عمومات النيابة عن المعصوم عليه السلام و تنزيل فعله منزلة فعله عليه السلام فقيه احتمالان:

أحدهما: نيابة الفقيه عن الامام عليه السلام في ولايته على الأموال و الأنفس، يعني: أن مثل قوله عليه السلام «مجارى الأمور بيد العلماء» يدلّ على نيابة العالم عن المعصوم في ولايته المطلقة إلّا ما أخرجه الدليل. وهذا الاحتمال قد تقدم في بحث ولاية الفقيه منعه؛ لقوله هناك: «لكن الانصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها الجزم بأنّها في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية، لا كونهم كالنبي و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين في كونهم أولى الناس في أموالهم» فلاحظ (ص 160).

ثانيهما: نيابة الفقيه عن الامام عليه السلام بمعنى لزوم إرجاع الأمور العامة و الحوادث إلى الفقيه على ما يستفاد من التعليل بقوله عليه السلام: «فإنّهم حجتي عليكم، و أنا حجة الله» و ليس معنى حجّية الفقهاء من قبله عليه السلام ولا يتهم على الأموال و الأنفس. و بناء على هذا الاحتمال يقال بمنع المزاحمة.

و المتحصل: أنّ الاستناد هنا إلى عمومات النيابة ليس عدولاً عمّا تقدم في بحث

له (1) على الأنفس و الأموال حتّى يقال: إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك (2). بل (3) من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه المستفاد (4) من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجة منه عليه السّلام على الناس -

ولاية الفقيه من منع الولاية المطلقة. ووجه عدم كونه عدولاً: أنّ لعموم النيابة احتمالين، و الممنوع هو الاحتمال الأوّل، دون الثاني.

و عليه نقول: إنّ عمومات النيابة تقتضي منع مزاحمة فقيه لمثله.

(1) أي: للفقيه.

(2) أي: في المذكور من الأنفس و الأموال.

(3) معطوف على «لا» فكأنّه قال: «و نظره كنظره عليه السّلام الذي لا يجوز التعدي عنه، و ذلك لوجوب إرجاع الحوادث .. إلخ».

(4) نعت ل «وجوب» و حاصله: أنّ وجوب إرجاع الوقائع الحادثة إلى الفقيه يستفاد من التعليل له بقوله عليه السّلام: «فإنّهم حجّتي عليكم» حيث إنّه يدلّ على وجوب الإرجاع إليه عليه السّلام ابتداءً، ثم إلى من جعله حجة من قبله للمرجعية، و هم الفقهاء الإمامية أيّدهم الله تعالى، و شكر مساعيهم.

فإن قلت: إنّ استناد المصنف قدّس سرّه إلى التوقيع على كلّ واحد من التقديرين - و هما استفادة عموم النيابة من التوقيع، و استفادته من سائر أدلة ولاية الفقيه التي من جملتها التعليل الوارد في التوقيع - لا يخلو من تناف، فإنّ مدلول التوقيع واحد لا تعدد فيه، فإمّا أن يستند إليه في الفرض الأوّل الذي جوّز مزاحمة الفقهاء فيه، و إمّا في الفرض الثاني الذي منع من تراحمهم.

قلت: لا تنافي في كلام المصنف ظاهراً، و ذلك لأنّ غرضه من قوله: «ان استندنا الى مثل التوقيع المتقدم» هو صدر التوقيع الأمر للعوام بإرجاع الحوادث إلى رواية الحديث. كما أنّ غرضه من قوله: «و أمّا لو استندنا» هو التعليل. و لا مانع من اشتمال كل جملة من التوقيع على أمر غير ما يتكفله الجملة الأخرى.

فالظاهر (1) عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر، و وضع يده عليه، و بنى فيه (2) بحسب نظره على (3) تصرّف وإن لم يفعل نفس ذلك التصرّف،

---

هذا ما أفاده الفقيه المامقاني قدّس سرّه لدفع التنافي «1» [1]. و يرتفع به شبهة المنافاة بين قوله: «ان استندنا في ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم» و بين قوله: «المستفاد من تعليل الرجوع فيها الى الفقيه بكونه حجّة منه عليه السّلام على الناس».

فما في حاشية العلامة الشهيدي قدّس سرّه من «أن نظر المصنف في عمومات النيابة ليس إلى التوقيع كما قد يتوهم» «2». غير ظاهر جدّا، لعدم ذكر التعليل في ما عدا التوقيع، فلا بدّ من حلّ التنافي بما أفاده في غاية الآمال، فلاحظ و تدبّر.

(1) جواب «أمّا» في قوله: «و أمّا لو استندنا» و حاصله: أنّه مع استناد ولاية الفقيه إلى عمومات النيابة يكون الظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي وضع يده على أمر و بنى على إنفاذه بما يقتضيه نظره.

و الدليل على منع المزاحمة أمران. أحدهما: أنّ دخول الفقيه في أمر كدخول الامام عليه السّلام في عدم جواز المزاحمة معه. فالمستفاد من العمومات بنظر المصنف أنّ الفقهاء نواب الامام عليه السّلام في الوقائع الحادثة، و حكم النائب حكم المنوب عنه في عدم جواز المزاحمة. و الأمر الثاني اختلال النظام، و سيأتي تقريره في (ص 244).

(2) هذا الضمير و ضمير «عليه» راجعان إلى «أمر».

(3) متعلق بقوله: «بنى» و الضمائر المستترة في «دخل، وضع، بنى» راجعة إلى الفقيه.

---

[1] إلّا أن يقال: إنّ هذا وإن تمّ بحسب الكبرى، لكن تطبيقه على المقام مشكل، من جهة أن الذيل تعليل لنفس الأمر بالرجوع إلى رواية الحديث، المذكور في الصدر. فاستفادة حرمة المزاحمة من التعليل و سكوت الإرجاع عنها خفيّة، و لا بدّ من مزيد التأمل.

---

(1) غاية الآمال، ص 422

(2) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 335

ص: 240

لأنّ (1) دخوله فيه كدخول الإمام عليه السّلام، فدخول الثاني (2) فيه و بناؤه على تصرف آخر مزاحمة (3) له، فهو (4) كمزاحمة الإمام عليه السّلام، فأدلة (5) النيابة عن الإمام عليه السّلام لا تشمل (6) ما كان فيه مزاحمة الإمام عليه السّلام.

فقد ظهر ممّا ذكرنا (7): الفرق (8) بين الحكّام وبين الأب و الجدّ، لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّة (9)،

---

(1) أي: لأنّ دخول الفقيه في أمر .. إلخ، وهذا تعليل لقوله: «فالظاهر».

(2) أي: دخول الفقيه الثاني في أمر و بناؤه على تصرف آخر مزاحمة للفقيه الأوّل الذي دخل في الأمر.

(3) خبر قوله: «فدخول الثاني» و ضمير «له» راجع الى الفقيه الأوّل.

(4) أي: مزاحمة الفقيه الثاني للفقيه الأوّل تكون كمزاحمة الإمام عليه السّلام. و الأولى تأنيث الضمير.

(5) مبتدأ خبره «لا تشمل» و هذا إشارة إلى وهم و دفع. أمّا الأوّل فهو: أنّ إطلاق أدلة النيابة كاف في جواز المزاحمة، لأنّ مقتضى إطلاقها ولاية كل فقيه، سواء دخل غيره في إنفاذ الواقعة أم لا، و لازم ذلك جواز المزاحمة.

(6) و أمّا الثاني - وهو الدفع - فحاصله: أنّ أدلة النيابة لا تشمل صورة المزاحمة، لأنّ مقتضى النيابة كون النائب كالمنوب عنه في الحكم. و من المعلوم عدم جواز مزاحمة المنوب عنه و هو الامام عليه السّلام، فكذا نائبه، فلا يجوز مزاحمة الفقيه إذا دخل في إنفاذ الواقعة.

(7) من جواز المزاحمة بناء على الاستناد في ولاية الفقيه إلى مثل صدر التوقيع المتقدم، و عدم جوازها بناء على الاستناد في ولايته إلى عموم أدلة النيابة.

(8) فاعل «ظهر» و ملخص الفرق بينهما هو: أنه بناء على استناد ولاية الفقيه الى صدر التوقيع تكون ولايته كولاية الأب و الجدّ في جواز المزاحمة، و بناء على استنادها إلى عمومات أدلة النيابة لا تجوز المزاحمة.

(9) كما هو مقتضى التوقيع، فتجوز المزاحمة كولاية الأب و الجد. و هذا هو الحكم

و بين كون كل واحد منهم (1) نائبا.

## [الفرق بين الأولياء و الوكلاء]

و ربما يتوهم (2) كونهم حينئذ (3) كالوكلاء المتعددين في أن بناء واحد منهم (4) على أمر مأذون فيه لا يمنع (5) الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول.

و يندفع (6) بأن الوكلاء إذا فرضوا (7) وكلاء في نفس التصرف - لا في

الثاني أعني به كون الفقيه حجة.

(1) أي: من الفقهاء نائبا، فإن مقتضى النيابة عدم جواز المزاحمة. وهذا هو الحكم الأول، وهما من اللّف و النشر المشوّش، فالأول للثاني، و الثاني للأول.

(2) بعد أن رجّح المصنف قدّس سرّه منع مزاحمة حاكم لآخر، تعرّض لبيان توهمين ربما يظهر منهما جواز المزاحمة، ثم ردّهما.

و محصل التوهم الأول: أنّ حكم الحكّام حكم الوكلاء المتعددين في أنّ أحد الوكلاء إذا أقدم على أمر مأذون فيه من ناحية الموكلّ جاز غيره من الوكلاء أن يقدم على أمر مغاير لما أقدم عليه الوكيل الأول.

(3) أي: حين كون الحكام نوابا كالوكلاء المتعددين.

(4) أي: من الوكلاء، و ضمير «كونهم» راجع الى الحكّام.

(5) خبر «أنّ» يعني: أنّ بناء أحد الوكلاء على أمر - مأذون فيه من ناحية الموكلّ - لا يمنع الوكيل الآخر عن تصرف مغاير للتصرف الذي بنى عليه الوكيل الأول.

(6) يعني: و يندفع هذا التوهم بما محصّله: أنّ الوكلاء على قسمين:

أحدهما: أن يكونوا وكلاء عن شخص في نفس التصرف دون مقدماته، كما لو كانوا وكلاء عن شخص في بيع داره فقط، لا في مقدماته من المقاولّة و غيرها.

فما لم يتحقق البيع لا مانع من إقدام أحد الوكلاء على ذلك التصرف. فيحصل التعارض بينه و بين من أقدم قبله، و يكون النفوذ لأسبق التصرفين. و مع فرض التقارن يسقط كلاهما عن الاعتبار، لمقارنة السببين في التأثير.

و بالجملة: ففي هذا القسم الأول لا مانع من التزاحم.



(7) هذا إشارة إلى القسم الأول من قسمي الوكلاء.

ص: 242

مقدماته- فما (1) لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذونا في تصرف مغاير (2) وإن بنى عليه الأول ودخل فيه.

أمّا (3) إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه ودخولهم في الأمر كدخوله، وفرضنا (4) أيضا عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل، والتعدّي عمّا بنى هو (5) عليه مباشرة أو استتابة، كان (6) حكمه حكم ما نحن فيه (7) من غير زيادة ولا تقيصة.

---

(1) الجملة جواب «إذا فرضوا» وضمير «أحدهم» راجع إلى الوكلاء.

(2) أي: مغاير لتصرف الوكيل السابق، وإن بنى الأول على التصرف ودخل فيه.

(3) هذا ثاني قسمي الوكلاء، وهو: أنهم إذا كانوا وكلاء عن شخص واحد في التصرف ومقدماته أيضا كبيع داره مع مقدماته كالمقابلة- بحيث يكون فعلهم كفعله وإلزامهم كإلزامه ودخولهم في الأمر كدخوله فيه، ولم يدلّ دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل، والتعدّي عما بنى هو عليه مباشرة أو استتابة في إنفاذ الواقعة- كان حكم هؤلاء الوكلاء حكم ما نحن فيه في عدم جواز المزاحمة.

(4) معطوف على «فرضوا» والغرض من قوله: «فرضنا» بيان حكم ما نحن فيه، وهو: أنه بناء على كون الحكام وكلاء عن المعصوم عليه السلام في نفس التصرف- لا في خصوص مقدماته- فإنما تكون وكالتهم محدودة بعدم المخالفة للإمام عليه السلام الذي وكلهم.

وحيث إن كل واحد منهم وكيل عنه عليه السلام لم تجز المزاحمة، لكونها ممنوعة، لمزاحمته عليه السلام.

(5) أي: الموكل، وضمير «عليه» راجع إلى الموصول في «ما بنى» المراد به التصرف.

(6) جواب قوله: «إذا فرضوا» ومرجع ضمير «حكمه» حكمي، أي: حكم فرض تنزيل الوكلاء بمنزلة الموكل- في كون دخولهم في الأمر كدخول الموكل فيه- يكون حكم ما نحن فيه.

(7) يعني: كان حكم كل واحد من الوكلاء حكم كل واحد من الفقهاء النائبين عن

و الوهم (1) إنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعددين المتعلقة (2) بنفس ذي المقدمة، فتأمل (3).

هذا كلّ، مضافا (4) إلى لزوم اختلال نظام المصالح [1] المنوطة (5) إلى الحكام،

---

الامام عليه السلام في عدم جواز المزاحمة بلا زيادة ولا نقيصة.

(1) يعني: و الوهم المذكور- و هو قياس الحكام بالوكلاء المتعددين- إنّما نشأ من لحاظ التوكيلات المتعارفة المتعلقة بنفس ذي المقدمة، المستلزم لجواز المزاحمة في المقدمات، و كون النفوذ للعقد السابق.

(2) نعت لقوله: «التوكيلات».

(3) لعله إشارة إلى: أنّ أدلة النيابة كأدلة الوكالة لا تدلّ أيضا إلا على النيابة في نفس ذي المقدمة، فحال الحكام حال الوكلاء المتعددين في التوكيلات المتعارفة في تعلق توكيلهم بنفس ذي المقدمة، فيقع التعارض بينهم، و يكون النفوذ للسابق منهم.

(4) هذا دليل آخر على عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في واقعة لإنفاذها كما أشرنا إليه في (ص 240) و خلاصة هذا الدليل: لزوم اختلال نظام المصالح، الراجع تشخيصها ورعايتها في الوقائع الحادثة إلى الفقهاء العدول، لاختلاف أنظارهم في تشخيصها الموجب لاختلال نظام المصالح، و لا يناط نظامها إلا بعدم المزاحمة، و كون ولاية الفقيه من باب النيابة حتى لا تجوز المزاحمة، لا من باب الحجية حتى تجوز المزاحمة.

(5) صفة للمصالح، فإنّ تشخيص المصالح يكون منوطا بنظر الحكام، و لعلّ الأولى تبديل «الى الحكام» ب «بالحكام».

---

[1] لا يخفى أنّ هذا الدليل لو تمّ اقتضى أن تكون ولاية المؤمنين كولاية الفقهاء في عدم جواز المزاحمة. مع أنّهم قالوا بجوازها، و يكون ولايتهم كولاية الأب و الجدّ في جواز المزاحمة، و أنّ النافذ هو التصرف السابق.

إلا أن يقال: بعدم الولاية للمؤمنين، و أنه ليس لهم إلا الوجوب التكليفي. لكن محذور اختلال نظام المصالح لا يندفع بالوجوب التكليفي، بل يندفع بعدم جواز المزاحمة.

سيما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعي الحكومة.

### [حرمة مزاحمة الفقيه لمثله]

و كيف كان فقد تبين ممّا ذكرنا (1) [1] عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كلّ إلزام قوليّ (2) أو فعليّ (3) يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا (4) قبض مال اليتيم من شخص أو عيّن شخصا لقبضه، أو جعله ناظرا عليه (5)، فليس (6) لغيره من الحكام مخالفة نظره، لأنّ (7) نظره كنظر الإمام عليه السّلام.

(1) من كون ولاية الفقيه من باب النيابة، فلا تجوز مزاحمته، لكونها مزاحمة للإمام عليه السّلام. لا من باب الحجية حتى تجوز المزاحمة لحجية كل واحد من الفقهاء حينئذ.

(2) كحكمه في المرافعات بأنّ هذا المال لزيد، أو كون الحبة أربعة أشياء، أو بأن هذا اليوم أوّل الشهر.

(3) كشروع فقيه في تجهيز ميّت لا وليّ له، فلا تجوز لحاكم آخر مزاحمته.

(4) هذا مثال لحرمة المزاحمة، فإذا قبض حاكم مال القاصر - كاليتيم والمجنون - من شخص، أو عيّن شخصا لقبض مال القاصر، أو جعله ناظرا على مال اليتيم مثلا، فليس لحاكم آخر مخالفة نظره.

(5) أي: على مال اليتيم.

(6) جواب «إذا قبض» و ضميرا «لغيره، نظره» راجعان إلى الحاكم الذي قبض مال اليتيم.

(7) تعليل لعدم جواز مخالفة نظر الحاكم الذي قبض مال اليتيم، أو عيّن شخصا لقبضه. و محصل التعليل هو كون نظر هذا الحاكم نظر الإمام عليه السّلام، إذ المفروض أنّ الحاكم نائبه عليه الصلاة و السلام.

[1] لم يختر سابقا عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر .. إلخ بل ذكره بنحو الفرض و التقدير، حيث قال في (ص 240): «فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر و وضع يده عليه» جوابا لقوله في (ص 237): «و أمّا لو استندنا في ذلك على عمومات النيابة ..» فلاحظ.

و أمّا (1) جواز تصدّي مجتهد لمرافعة تصدّاهما مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض (2) عنها- بل بنى على الحكم فيها (3)- فلأنّ (4) وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

### [اشتراط المصلحة في غير الأب و الجد و عدمه]

ثمّ إنّه (5) هل يشترط في ولاية غير الأب و الجدّ ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟

(1) هذا إشارة إلى التوهم الثاني المشار إليه (ص 242) و هو: أنّ ما اخترتم- من عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله- ينافي ما اختاره الفقهاء «رضوان الله تعالى عليهم» من جواز تصدّي مجتهد للحكم في مرافعة تصدّاهما مجتهد آخر، ولكنه لم يحكم فيها بعد. فجواز الحكم من المجتهد الآخر حق مزاحمة للمجتهد السابق الذي دخل في الواقعة بانبا على الحكم فيها، و عدم الإعراض عنها، إذ مع الإعراض تنفي المزاحمة.

(2) يعني: لم يعرض المجتهد الأوّل الذي بنى على الحكم في المرافعة.

(3) هذا الضمير و ضميرا «عنها، فيها» راجعة إلى المرافعة.

(4) جواب «و أمّا» و دفع للتوهم المذكور، و حاصله: أنّه لا يلزم التزام في مورد التوهم المزبور، لأنّ التزام فرع تعدد الحكم بتعدد الحكّام، و المفروض أنّ وجوب الحكم على الحاكم في المرافعات مشروط بسؤال من له الحكم. و لما عدل من له الحكم عن الحاكم الأوّل إلى الحاكم الثاني، فلا- وجوب على الحاكم الأوّل حتى يلزم تعدد الحكم الموجب للتراحم، بل وجوب الحكم مختص حينئذ بالحاكم الثاني، لاختصاص سؤال الحكم به.

فالنتيجة: عدم لزوم التزام في مورد الإشكال.

(5) اشتراط المصلحة في غير الأب و الجد و عدمه الضمير للشأن، و هذا إشارة إلى الجهة الخامسة من جهات البحث في مسألة ولاية المؤمنين. و هي: أنّه هل يعتبر في ولاية غير الأب و الجد- وهم الفقهاء و عدول المؤمنين- ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟

و أما مراعاة غبطة الصغير في الأب و الجدّ فقد سبق الكلام فيه مبسوطاً، فراجع (ص 89).

ذكر الشهيد في قواعده: أن فيه وجهين (1)

(1) أي: أن في ولاية غير الأب والجدّ وجهين. وهذا نقل كلام الشهيد بالمعنى، وسيأتي نصّ عبارته في (ص 268) فلاحظ.

وكيف كان فعللّ وجه الاشتراط أن المتقين من ولاية غير الأب والجدّ هو صورة ملاحظة غبطة المولّى عليه.

ووجه العدم هو إطلاق دليل الولاية، وتقييده محتاج إلى الدليل.

ولا يخفى أن مورد كلام الشهيد قدّس سرّه الآتي هو مطلق الولي الشامل للأب والجدّ أيضاً، إذ مقصوده من الولي هو من يقوم مقام المالك، كما تعرّض له قبل هذه القاعدة بقوله: «و حكم المالك: الأب والجد، والوكيل، والوصي، والحاكم، والأمين .. وبعض المؤمنين في مال الطفل عند تعذر الولي ..» (1).

وعليه يكون مورد الوجهين - من اعتبار مراعاة المصلحة وعدمه - جميع الأولياء حتى الأب والجدّ. ولكن شيخنا الأعظم قدّس سرّه لما تعرّض في ولاية الأب والجد لهذا البحث مفصّلاً، فلذا خصّ الكلام هنا بما عداهما، لا للفرق بين ولايتهما وبين سائر الأولياء من الفقهاء والعدول.

ولعلّ المصنّف استظهر عدم شمول «الولي» في عبارة القواعد للأب والجد، بقرينة التعليل بقوله: «لأنه منصوب لها - أي لرعاية مصلحة المولّى عليه» (2) بأن يقال: إنّ ولاية الأب والجد قهرية لا تتوقف على النصب، بخلاف الوصي والفقهاء و عدول المؤمنين.

وهذا المعنى ذكره السيد العلامة في العناوين جازماً به، حيث قال: «لكن كلام الأصحاب في اشتراط المصلحة في تصرف الولي مطلق. نعم ذكر عدم اشتراطها في الإجماع في الإجماع في الإجماع رحمه الله في قواعده» (3).

والظاهر أنّ منشأ النسبة هو ما سيأتي نقله من القواعد، إذ لم جد تعرّضه لهذا

(1) القواعد والفوائد، ج 1، ص 351

(2) المصدر، ص 352

(3) العناوين، ج 2، ص 560

ولكن ظاهر كثير من كلماتهم أنه (1) لا يصحّ إلا مع المصلحة، بل في مفتاح الكرامة:

«أنّه إجماعي» (1).

وأنّ (2) الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين (3).

وعن شيخه (4) في شرح القواعد: «أنّه (5) ظاهر الأصحاب».

وقد عرفت (6) تصريح الشيخ والحليّ بذلك حتّى في الأب والجدّ (2).

---

البحث في موضع آخر منه. ولكن قد عرفت في أول بحث الولاية أنّ نفوذ تصرف الأب والجدّ - كغيرهما - منوط بالجعل، ولا يكفي تكوّن الولد منهما في ولايتهما عليه قهراً وإجباراً.

(1) أي: تصرف غير الأب والجدّ - من الفقهاء وعدول المؤمنين في مال اليتيم - لا يصحّ إلا مع المصلحة، بل ذكر السيد في مفتاح الكرامة: أنّ اعتبار ملاحظة المصلحة إجماعي.

(2) معطوف على قوله: «إنّه إجماعي».

(3) يعني: بين جميع المسلمين، لا خصوص الشيعة.

(4) أي: شيخ السيد صاحب مفتاح الكرامة، وهو الفقيه الجليل الشيخ جعفر النجفي كاشف الغطاء قدّس سرّه (3).

(5) أي: اشتراط ملاحظة المصلحة ظاهر الأصحاب.

(6) يعني: في بحث ولاية الأب والجدّ. أمّا تصريح الشيخ فهو ما نقل عنه المصنف في (ص 97) بقوله: «فقد صرّح به في محكي المبسوط، حيث قال: و من يلي أمر الطفل و المجنون خمسة .. إلخ».

و أمّا تصريح ابن إدريس فعند نقله عنه في (ص 98): «و قال الحلّي في السرائر:

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 217

(2) تقدمت المصادر في ص 96 و 99 و 100 فراجع.

(3) شرح القواعد، ص 71 (مخطوط).

و يدلّ عليه (1)- بعد ما عرفت (2) من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد- عموم (3) قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* (1)».

و حيث إنّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده (4) في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا (5) بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام (6)، فنقول:

### [معنى القرب في الآية]

إنّ القرب في الآية يحتمل معاني أربعة:

الأول: مطلق (7) التقليل و التحريك حتّى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد.

---

لا يجوز للوليّ التصرف في مال الطفل» الى آخر عبارته.

(1) أي: و يدلّ على اشتراط ملاحظة الغبطة لليتم بعد الأصل- و هو أصالة عدم الولاية لأحد على أحد- عموم قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* على ما سيأتي من توضيح الاستدلال به إن شاء الله تعالى.

(2) يعني في قوله في (ص 130): «مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء من الوجوه...».

(3) فاعل قوله: «يدل» و هذا دليل اشتراط ملاحظة المصلحة لليتم.

(4) خبر «أنّ توضيح».

(5) جواب الشرط في «و حيث إنّ».

(6) أي: مقام الاستدلال بالآية المباركة على اشتراط ملاحظة الغبطة في مال اليتيم.

وقد فصل المصنف قدس سره البحث حول الآية الشريفة بالنظر في مقامين: أحدهما:

مقام الثبوت و ما يتطرق من الاحتمالات فيها، و هي ستة عشر احتمالاً، و ثانيهما: مقام الإثبات و الاستظهار.

و البحث في المقام الأوّل يتم بالنظر في كلمتين، و هما: القرب و «الأحسن» كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(7) المراد به- بعد عدم إرادة القرب المكاني- مطلق الأمر الوجودي المتعلّق بمال

---



(1) سورة الإسراء الآية 34

ص: 249

الثاني (1) وضع اليد عليه (2) بعد أن كان بعيدا عنه و مجتبا، فالمعنى: تجنّبوا عنه و لا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل (3) حكم ما بعد الوضع.

الثالث (4) ما يعدّ تصرفا عرفا- كالاقتراض و البيع و الإجارة و ما أشبه ذلك (5)- فلا يدلّ (6) على تحريم إبقائه بحاله تحت يده

اليتيم، و إن كان مجرد نقله من مكان الى آخر، فيندرج فيه كل تصرف خارجي كالأكل و الشرب و اللبس و غيرها، و اعتباري كالبيع و الإجارة و نحوهما. و لا يشمل التقليل الأمر العدمي كإبقاء المال على ما هو عليه و صفا و مكانا، و عدم تعلق فعل به، إذ التقليل أمر وجودي، و لا يشمل العدمي، و هو ترك القرب حتى لو ترتب تضرر اليتيم على هذا الترك، لفرض اختصاص المدلول بالتقليل و التصرف.

(1) توضيحه: أنّ الأقرب إلى القرب المكاني- الذي لا يراد قطعا- هو مسّه و وضع اليد عليه. و يراد التصرف العرفي المحرّم بالأولوية، إذ حرمة ما لا يعدّ تصرفا عرفا تستلزم حرمة ما يعدّ تصرفا عرفا بطريق أولى.

(2) هذا الضمير و ضمائر «لا تقربوه، عنه» في الموضوعين راجعة إلى مال اليتيم.

(3) يعني: فلا يشمل قوله تعالى «وَلَا تَقْرُبُوا» \* حكم ما بعد الوضع. و جه عدم شموله له: أنّ المنهي عنه هو الوضع، و استفادة حكم ما بعد الوضع محتاجة إلى دليل آخر.

هذا لكنك قد عرفت إمكان استفادته بالأولوية.

ثم إنّ المعنى الأوّل أعمّ من الثاني، لأنّ التقليل أعمّ من التصرف العرفي و غيره.

بخلاف مجرد وضع اليد عليه، فإنّه ليس تصرفا عرفا.

(4) حاصل هذا الاحتمال: أنّ المراد بالقرب المنهي عنه هو التصرف العرفي، و الظاهر أنّه أعمّ من الاعتباري كالمثلة المذكورة في المتن- من الاقتراض و البيع و الإجارة- و الخارجي كالأكل و الشرب و اللبس و الافتراض.

(5) كالمضاربة و المزارعة و المساقاة.

(6) يعني: فلا يدلّ قوله تعالى «وَلَا تَقْرُبُوا» \* على تحريم إبقائه بحاله، لأنّ الإبقاء

- إذا كان التصرف فيه (1) أحسن منه- إلا بتفويض المناط.

الرابع (2) مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم، أعم (3) من الفعل (4) و الترك (5)، و المعنى: لا تختاروا في مال اليتيم- فعلا أو تركا- إلا ما كان أحسن من غيره. فيدل (6) على حرمة الإبقاء

- و هو ترك التصرف- أمر عدمي، و ليس أمرا وجوديًا. كما أنه لا يدل على وجوب القرب إليه بوجه أحسن، لأن مدلوله عدم جواز القرب إلى مال اليتيم بوجه غير أحسن.

و الحاصل: أن الآية الشريفة لا تدل على وجوب التصرف في مال اليتيم- إذا كان أحسن من تركه- إلا بتفويض المناط، بأن يقال: إن مناط التصرف في مال اليتيم هو ملاحظة المصلحة، فإن كان بيعه أحسن من الإجارة مثلا وجب بيعه، و إن كان بيعه أحسن من إبقائه بحاله تحت يده وجب البيع أيضا.

(1) أي: التصرف في مال اليتيم أحسن من الإبقاء بحاله تحت يده.

(2) محصل هذا الاحتمال الرابع هو: أن المراد بالقرب المنهي عنه مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم سواء أ كان فعلا اعتباريًا كالبيع و الإجارة، أم خارجيا كالأكل و الشرب و اللبس، أم أمرا عدميا كإبقاء مال اليتيم بحاله تحت يده.

و الحاصل: أن المراد بالقرب في الاحتمال الرابع هو كل أمر اختياري وجودي أو عدمي متعلق بمال اليتيم. و المراد بالعدمي ما يرجع إلى الوجودي كالإبقاء و الاستمرار، إذ لا جامع بين الوجود و العدم.

ثم إن هذا المعنى الرابع أعم من جميع المعاني الثلاثة المتقدمة، لشموله لكل من الوجودي و العدمي، و التصرف الخارجي و الاعتباري.

(3) حال من «الأمر الاختياري».

(4) سواء أ كان خارجيا كالأكل و الشرب أم اعتباريا كالبيع كما تقدم آنفا.

(5) كإبقاء مال اليتيم بحاله تحت يده.

(6) يعني: فيدل النهي في «لا تقربوا» بالدلالة اللفظية على حرمة الإبقاء في الفرض المزبور، و ليست دلالة بتفويض المناط الذي هو جهة الدلالة في المعنى الثالث.

في الفرض المذكور (1)، لأنّ (2) إبقاءه قرب له بما ليس أحسن.

وأما لفظ «الأحسن» (3) في الآية، فيحتمل (4) أن يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل (5) أن يراد به الحسن.

وعلى الأوّل (6)

(1) وهو كون التصرف في مال اليتيم أحسن من إبقائه بحاله.

(2) تعليل للنهي عن الإبقاء تحت اليد، وحاصله: أنّ الإبقاء قرب للمال بما ليس أحسن، وهو حرام.

(3) بعد أن بيّن محتملات القرب أراد أن يذكر محتملات «الأحسن» حتى يظهر تقريب الاستدلال بالآية المباركة، و محتملاته أربعة أيضا كما سيظهر.

(4) هذا أحد المعاني المحتملة في كلمة «الأحسن» و حاصله: أن يراد ما هو ظاهره من التفضيل.

(5) هذا ثاني معاني «الأحسن» وهو إرادة معناه منسلا عن التفضيل، وهو الحسن. فكأنه قيل: «و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالكيفية التي هي حسنة». وهذا التجريد هو ما أفاده المحقق نجم الأئمة الشارح الرضي الأسترابادي قدس سرّه بقوله: «و اعلم أنّه يجوز استعمال- أفعال- عاريا عن اللام و الإضافة و من، مجردا عن معنى التفضيل، مؤولا باسم الفاعل و الصفة المشبهة، قياسا عند المبرّد و سماعا عند غيره، وهو الأصح .. و تقول:

الأحسن و الأفضل بمعنى الحسن و الفاضل» «1».

(6) وهو إرادة التفضيل من كلمة «أحسن» و محصله: أنّه بناء على إرادة معنى التفضيل من كلمة «أحسن» يحتمل وجهان في المفصّل عليه:

أحدهما: أن يكون ذلك تركّ الأحسن، بمعنى كون بيع مال اليتيم أحسن من تركه.

ثانيهما: أن يكون المفصّل عليه أعم من تركه و غيره من التصرفات، كما إذا كان بيع

(1) شرح الكافية في النحو، ج 2، ص 217، المطبوعة بطهران بالاولفست على طبعة عام 1316

ص: 252

فيحتمل (1) التصرف الأحسن من تركه، كما يظهر من بعض، ويحتمل (2) أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرفات.

مال اليتيم أحسن بقول مطلق، بأن يكون أحسن من تركه و من كل تصرف غير البيع.

(1) هذا إشارة إلى الوجه الأول الذي تقدّم بقولنا: «أحدهما أن يكون ذلك ترك الأحسن».

و هذا الاحتمال حكاه الفاضل النراقي قدس سره بقوله: «(قيل) «1»».

و يظهر من صاحب الجواهر قدس سره اختياره، حيث إنّه بعد نفي إرادة ما هو الأحسن بقول مطلق - أي الفرد الأعلى من التصرف الذي لا أحسن منه، ضرورة اقتضاء ذلك تعطيل مال الطفل، إذ ما من حسن إلّا و هناك أحسن منه - قال: «بل المراد مطلق الأحسن من عدم القرب». ثم جعل لازمه التخيير بين أفراد التصرف و إن تفاوتت من حيث كون بعضها صالحاً و بعضها أصلح، فراجع «2».

(2) معطوف على قوله: «(فيحتمل)» في قوله: «(فيحتمل التصرف)» و هذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدم آنفاً بقولنا: «ثانيهما أن يكون المفضّل عليه أعم من ..».

و يظهر من الفاضل النراقي قدس سره اختيار هذا الاحتمال، من باب الجمع بين الآية الشريفة و ما دلّ على جواز بيع الحاكم، حيث إنّ الآية خصّصت بالمخصص المجمل المنفصل - و هو دليل ولاية الحاكم - و لم يعلم أنّ الخارج من الآية هو الأكثر أعني به التصرف الأولي من الترك حتى يكتفى بأصل وجود المصلحة في التصرف، أم أنّ الخارج هو الأقل و هو التصرف الأحسن مطلقاً أي: من الترك و من سائر أفراد التصرف، فراجع العوائد متأملاً في العبارة «3».

(1) عوائد الأيام، ص 560، و الظاهر أن القائل هو المحقق الأردبيلي في زبدة البيان، ص 394

(2) جواهر الكلام، ج 25، ص 161

(3) عوائد الأيام، ص 561

ص: 253

وعلى الثاني (1)، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة، ويحتمل (2) أن يراد به ما لا مفسدة فيه، على ما قيل (3) من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله.

ثم (4) إن الظاهر من احتمالات «القرب»

(1) معطوف على «و على الأول» توضيحه: أنه بناء على الاحتمال الثاني - وهو تجريد الأحسن عن معنى التفضيل - يحتمل أيضا فيه وجهان:

أحدهما: أن يراد به ما فيه مصلحة وإن كان هناك ما هو أصلح منه، كما إذا بيع مال اليتيم بثمن رابح، مع إمكان بيعه بثمن أزيد منه.

وثانيهما: أن يراد به ما لا مفسدة فيه، كما إذا كان في بيع مال اليتيم مصلحة، وفي إجارتها عدم المفسدة. فعلى الاحتمال الثاني - وهو عدم المفسدة - تجوز إجارتها ولا يجب البيع. وعلى الاحتمال الأول يجب البيع ولا تجوز الإجارة.

(2) معطوف على «فيحتمل» وإشارة إلى الوجه الثاني الذي تقدم بقولنا: «وثانيهما:

أن يراد به ما لا مفسدة فيه...»، هذا.

ثم إن الاحتمالات الحاصلة من ضرب أربعة «القرب» في أربعة «الأحسن» ستة عشر احتمالا.

(3) لعل مقصوده ما حكاه الشهيد الثاني قدس سرّه عن الجمهور في معنى الحسن والقبيح، من قوله: «أو أن ما نهى الشارع عنه فهو قبيح، وإن لم ينه عنه فهو حسن، سواء أمر به كالواجب والمندوب، أم لا كالمباح» (1).

وعلى هذا فلو انسلخ «الأحسن» في الآية المباركة عن التفضيل، ولم يعتبر في صدقه النفع والمصلحة، كفى فيه عدم استلزام التصرف في مال اليتيم للمفسدة، فيجوز القرب فيما يخلو من النفع والضّر. هذا كله ما يتعلق بالمقام الأول وهو بيان احتمالات الآية المباركة.

(4) بعد بيان الاحتمالات الراجعة إلى كلمة القرب والأحسن ثبوتا أراد أن يبين مقام الإثبات والاستظهار، ومحصل ما أفاده هو: أن الظاهر من الاحتمالات المذكورة للقرب هو المعنى الثالث أعني به التصرف عرفا. ومن احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال

(1) تمهيد القواعد، ص 41، القاعدة: 5

ص: 254

هو الثالث (1)، و من احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثاني (2)، أعني التفضيل المطلق (3).

و حينئذ فإذا (4) فرضنا أنّ المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشرة دراهم، ثمّ فرضنا أنه لا يتفاوت لليتم إبقاء الدراهم أو جعلها دينارا، فأراد الوليّ جعلها دينارا، فلا يجوز، لأنّ هذا التصرف (5) ليس أصلح من تركه، وإن (6) كان

الثاني أعني به التفضيل المطلق. فالمعنى حينئذ: «لا تتصرفوا في مال اليتيم بالبيع ونحوه إلا إذا كان ذلك التصرف أحسن من غيره. سواء أ كان ذلك الغير الذي هو المفضّل عليه تركه أم تصرفا آخر» فإذا فرض كون التصرف البيعي أحسن من إبقاء مال اليتيم الذي هو ترك البيع كان إبقاؤه حراما، إذ المفروض كون بيعه أحسن من غيره، سواء أ كان ذلك الغير إبقاء أم تصرفا كالإجارة و القرض و المضاربة وغيرها.

(1) و هو الذي أفاده في (ص 250) بقوله: «الثالث: ما يعدّ تصرفا عرفيا كالاقتراض».

(2) أي: الاحتمال الثاني من الاحتمالين المتطرفين في الاحتمال الأوّل، و هو قوله:

«و يحتمل أن يراد ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه و من غيره من التصرفات».

(3) و هو أن يكون المفضّل عليه أعم من تركه و من غيره من الأضداد الوجودية.

(4) أي: و حين كون القرب بمعنى التصرف و كون الأحسن بمعنى التفضيل المطلق، فإذا .. إلخ. و غرضه بيان ما يتفرع على الاستظهار من الكلمتين، و حاصله: أنّه إذا اقتضت المصلحة بيع مال اليتيم، فبيع بعشرة دراهم، و فرض عدم التفاوت بحال اليتيم بين إبقاء الدراهم و بين تبديلها بدينار، و أراد الوليّ إبدالها بدينار، لم يجز هذا التبديل، لأنّه تصرف ليس أصلح من تركه. إذ المفروض عدم التفاوت لليتم بين الدراهم و الدينار.

(5) و هو جعل الدراهم العشرة دينارا، و قوله: «لأنّ» تعليل لعدم جواز تبديل الدراهم بدينار، و قد مرّ تقريبه بقولنا: «لأنّه تصرف و ليس أصلح من تركه .. إلخ».

(6) و صلية، و كأنّه دفع توهم، و هو: أنّه إذا كان بيع مال اليتيم بالدينار من أوّل الأمر جائزا، فلا مانع من جعل مال اليتيم دينارا في المعاملة الثانية أيضا. هذا

يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار، لفرض (1) عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلّق المصلحة بجعل المال نقداً.

أمّا (2) لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه (3)، فيجوز.

وكذا (4) لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع، لأنّنا إذا فرضنا أنّ القرب يعمّ إبقاء

---

هذا تقريب التوهم.

وأمّا دفعه فهو: أنّ المصلحة اقتضت تبديل مال اليتيم الذي كان عروضاً بالدراهم.

وأمّا تبديل الدراهم بالدينار فليس فيه مصلحة، فلا- يجوز، لأنّه أيضا معاملة جارية في مال اليتيم يتوقف صحتها على المصلحة، و المفروض عدمها، لما مرّ من مساواة الدينار و الدراهم. و عدم التفاوت بينهما لليتيم.

(1) تعليل لجواز بيع المال ابتداء بالدينار، و حاصله: وجود المصلحة في تبديل العروض بالنقد، و هو الجامع بين الدرهم و الدينار فيجوز. و بعد حصول التبديل بأحد الفردين- و هي الدراهم- و عدم المصلحة في تبديل هذا الفرد من جامع النقد بفرده الآخر و هو الدينار لا يجوز هذا التبديل الثاني الذي هو معاملة جديدة، لتوقف صحتها على المصلحة المفقودة بالفرض.

(2) غرضه أنّه يجوز تبديل الدراهم بالدينار بناء على جعل «الحسن» بمعنى ما لا مفسدة فيه، بداهة أنّه يجوز تبديل الدراهم بالدينار في المثال المذكور، فيجوز التبديل حينئذ.

(3) و هو ما أفاده بقوله في (ص 254): «و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه».

(4) يعني: و كذا يجوز تبديل الدراهم العشرة بالدينار بناء على جعل «القرب» بالمعنى الرابع، و هو مطلق الأمر الاختياري المتعلّق بمال اليتيم. و الوجه في ذلك تعليله بقوله: «لأنّنا إذا فرضنا...».

و حاصله: أن القرب حسب الفرض يعمّ إبقاء مال اليتيم على حاله، كما هو مقتضى الاحتمال الرابع من محتملات القرب، فيجوز تبديل الدراهم بالدينار، إذ المفروض كون «الأحسن» جعل المال العروض نقداً، من غير فرق بين فرديه و هما الدينار



مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع (1)، فيجوز (2) التصرف المذكور (3)، إذ (4) بعد كون «الأحسن» هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير في الابتداء (5) بين جعله دراهم أو ديناراً، لأنّ (6) القدر المشترك (7) أحسن من غيره، وأحد الفردين فيه (8) لا مزية لأحدهما (9) على الآخر، فيخير، فكذلك (10) بعد جعله دراهم إذا كان كلّ من

---

و الدرهم. ولذا كان الولي من أول الأمر مخيراً بين بيع مال اليتيم بالدرهم أو الدينار.

و هذا التخيير باق بعد التبديل بالدرهم، فيجوز حينئذ بيع الدراهم بالدينار، لعدم تفاوت في تبديل مال اليتيم بين الدراهم والدينار.

(1) و هو كل أمر اختياري متعلق بمال اليتيم، سواء أكان فعلاً أم تركاً، و هو إبقاء المال على حاله من دون تعلق فعل اختياري منه بالمال، فالتبديل بالدينار إبقاء مال اليتيم- و هو النقد المشترك بين الدراهم والدينار- بحاله.

(2) جواب الشرط في «إذا فرضنا».

(3) و هو تبديل الدراهم بالدينار.

(4) تعليل لجواز التصرف المذكور، و قد اتضح بقولنا: إذ المفروض كون الأحسن .. إلخ.

(5) و هو بيع المال العروض بالدراهم.

(6) تعليل لقوله: «فكما أنه مخير في الابتداء».

(7) المراد به النقد الجامع بين الدرهم والدينار، فإنّ هذا القدر المشترك أحسن من غيره، أي من غير القدر المشترك أعني به بيع العروض بمثله لا بالنقد.

(8) أي: في القدر المشترك، و هو عنوان النقد، فإنّه لا مزية لأحد فرديه- و هما الدرهم والدينار- على الآخر.

(9) كذا في النسخ، و الأولى تبديله ب «له».

(10) هذا معادل قوله: «فكما أنه مخير» يعني: فكما أنّ الولي مخير في الابتداء، فكذلك بعد جعل المال العروض دراهم، إذا كان كلّ من إبقاء الدراهم و إبدالها بالدينار مصداقاً للقرب بمعناه الرابع المتقدم.

إبقاء الدراهم على حالها و جعلها دينارا قريبا (1)، و القدر (2) المشترك أحسن من غيره، فأحد (3) [و أحد] الفردين لا مزية فيه على الآخر، فهو مخير بينهما (4).

و الحاصل (5) أنه كلما يفرض التخيير بين تصريّفين في الابتداء، لكون القدر المشترك (6) بينهما أحسن، و عدم (7) مزية لأحد الفردين، تحقّق (8) التخيير لأجل ذلك

(1) أي: قريبا بالمعنى الرابع، و هو تعلق كل أمر اختياري بمال اليتيم و إن كان تركا كإبقاء مال اليتيم بحاله.

(2) معطوف على «كل» يعني: و كان القدر المشترك بين الدراهم و الدينار أحسن من غيره.

(3) كذا في نسختنا، و في بعض النسخ «و أحد» و هو أولى، لكونه تنمة لأحسنية القدر المشترك، لا نتيجة له، و إنما نتيجته قوله: «فهو مخير».

(4) أي: بين الفردين من طبيعة النقد، و هما الدراهم و الدينار.

(5) هذا خلاصة ما تقدم من استظهار الاحتمال الثالث أو الرابع في القرب، و استظهار التفضيل المطلق في «الأحسن».

يعني: و حاصل الكلام في مثل بيع الدراهم بالدينار هو: أن أحسنية الجامع بين الفردين مع تساويهما - و عدم مزية لأحد فرديه على الآخر - كما توجب التخيير ابتداء بين الفردين، كذلك توجبه استدامة.

فعلى هذا يجوز بيع الدراهم - التي كانت ثمننا لبيع المال العروض - بالدينار، لكون الدينار فردا لطبيعة النقد التي كانت أحسن في بيع العروض بالدراهم. فأحسنية الجامع توجب استمرار التخيير و بقاءه. حتى بعد بيع العروض بالدراهم.

(6) و هو جامع النقد المشترك بين الدراهم و الدينار الذي كان بيع المال العروض به أحسن من بيعه بغير النقد.

(7) معطوف على «لكون» يعني: لأحسنية القدر المشترك، و لعدم مزية أحد فردي الجامع حتى يمنع ذلك عن التخيير.

(8) جواب «كلما» يعني: تحقّق التخيير لأجل عدم المزية لأحد الفردين استدامة.

استدامة (1)، فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله (2) إلى الآخر إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم، وإن كان فيه (3) نفع يعود إلى المتصرف.

لكن (4) الإنصاف أنّ المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، وإن (5) كان الذي يقتضيه التدبر [1] في غرض الشارع ومقصوده

---

(1) أي: من حيث الاستدامة، فهو تمييز ل «التخيير».

(2) أي: بعد فعل أحدهما. و الأولى أن يقال: بعد البيع به إلى الآخر إذا كان العدول من أحد الفردين كالدراهم إلى الفرد الآخر كالدينار مساويا لبقاء مال اليتيم، بمعنى عدم تفاوت حال اليتيم بين تبادل ماله بالدراهم أو الدينار.

(3) يعني: وإن كان في العدول عن أحد الفردين نفع يعود إلى المتصرف، وهو المشتري للدراهم. كما إذا كان اشتراء متاع بالدراهم ذا ربح كثير.

(4) استدراك على قوله: «و كذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع» و حاصله: أنّ المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث الذي يقتضيه مناسبة الحكم للموضوع.

و عليه فالظاهر من احتمالات القرب هو المعنى الثالث أعني به التصرف العرفي.

(5) وصلية، وقوله: «الذي» اسم «كان» و خبره جملة: «أن لا يختاروا» و غرضه:

أنّ المعنى الرابع للقرب وإن كان مرجوحا في نظر العرف، لكنّه قريب بالنظر إلى غرض الشارع و مقصوده في التصرف في مال اليتيم، فغرض الشارع أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم شيئا من الفعل و الترك إلا ما كان أحسن من غيره.

فيستفاد من قول المصنف قدس سرّه «و ان كان الذي يقتضيه التدبر .. إلخ» ميله إلى المعنى الرابع من معاني القرب، لموافقته لغرض الشارع بعد أن جعله مرجوحا في نظر العرف.

---

[1] لكن مجرد هذا التدبر لا يوجب المصير إلى المعنى الرابع ما لم يكن اللفظ ظاهرا فيه عرفا، إلا إذا قام دليل على ذلك، و لو كان ذلك قرينة عقلية حافّة بالكلام.

من مثل هذا الكلام (1) أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره.

نعم (2)، ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر، لا أن مناط الجواز هو النفع.

ففي حسنة الكاهلي، قال (3) لأبي عبد الله عليه السلام: «إنا لندخل (4) على أخ لنا في بيت أيتام، و معه خادم لهم، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم، و يخدمنا خادمهم (5)، و ربما طعمنا فيه (6) الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال عليه السلام (7): إن كان في دخولكم عليهم (8) منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه

---

(1) و هو قوله سبحانه وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* فعلى هذا يكون غرض الشارع و مقصوده المعنى الرابع للقرب.

(2) استدراك على ما مال إليه من اعتبار المصلحة- و هي التفضيل المطلق- في مال اليتيم، و عدول عنه، و اختيار للمعنى الثاني من معاني القرب، و هو اعتبار عدم المفسدة.

و الوجه في هذا الاستدراك هو ما يظهر من بعض الروايات كحسنة الكاهلي و رواية ابن المغيرة من كون مناط حرمة التصرف في مال اليتيم هو الضرر، فجواز التصرف منوط بعدم المفسدة لا وجود المصلحة.

(3) كذا في نسختنا، و لكن في الوسائل: «قال: قيل لأبي عبد الله عليه السلام».

(4) كذا في نسختنا، و في الوسائل: «ندخل».

(5) هذا الضمير و ضمائر «لهم، بساطهم، مائهم» راجعة إلى «أيتام».

(6) أي: في بيت الأيتام، و ضمير «وفيه» راجع الى الطعام، يعني: و في طعام صاحبنا شيء من طعام الأيتام.

(7) كذا في النسخة، و في الوسائل: «فقال».

(8) أي: إن كان في دخولكم على الأيتام منفعة لهم فلا بأس، و إن كان في دخولكم على الأيتام ضرر عليهم ففيه بأس.

(1) وتتمّة الحديث: «وقال عليه السّلام: بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ، فَأَنْتُمْ لَا يَخْفَى عَلَيْكُمْ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ.»

(2) غرضه أنّ الاستدلال بهذه الحسنة على كون مناهج حرمة التصرف هو الضرر أي المفسدة- دون أن يكون مناهج الجواز وجود النفع- مبني على أن يراد من منفعة الدخول على الأيتام ما يساوي عوض ما يتصرفونه من مال اليتيم، إذ لو أريد بها ما هو أزيد ممّا يساويه لكان دليلاً على اعتبار المصلحة، لا على كفاية عدم المفسدة كما هو المقصود. فيراد بالذيل «وإن كان فيه ضرر فلا» عم مساواة المال الذي يبذله المتصرفون للمال الذي تصرفوه من الأيتام.

فالمراد بالصدر المساواة لمال الأيتام، وبالذيل عدم المساواة له. فلا تنافي بين الصدر والذيل، إذ التنافي بينهما مبني على إرادة المنفعة من الصدر، وعدم كفاية عدم الضرر، وإرادة الضرر من الذيل، وإناطة حرمة التصرف بالضرر، فيتعارض الصدر والذيل في تصرف لا يضّر ولا ينفع، إذ مقتضى حرمة التصرف عدم جوازه، لعدم المنفعة، ومقتضى الذيل جوازه، لعدم الضرر، فلا يصح الاستدلال بهذه الرواية على هذا المورد.

وبعبارة أخرى: أنّ جوابه عليه السّلام مؤلف من جملتين شرطيتين:

إحدهما: قوله عليه السّلام: «ان كان في دخولكم منفعة لهم فلا بأس» وهي ظاهرة في إناطة جواز الأكل من مال اليتيم بوصول نفع إليه. و مفهومها وجود البأس عند عدم عود النفع و الزيادة في المال، سواء أ كان العائد إلى اليتيم مساوياً لما أكله القيم أم أقل.

(1) وسائل الشيعة، ج 12، 7 ص 184، الباب 71 من أبواب ما يكتسب به، ح 1 رواه ثقة الإسلام في الكافي عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم، عن عبد الله بن يحيى الكاهلي، قال: «قيل لأبي عبد الله عليه السّلام .. إلخ» و لا ريب في صحة السند إلى عبد الله. و التعبير بالحسنة لأجل كونه إمامياً ممدوحاً بما لم يبلغ حدّ الوثاقة، كقول النجاشي: «كان عبد الله وجهاً عند أبي الحسن موسى عليه السّلام، و وصّى به علي بن يقطين .. إلخ» مضافاً إلى رواية بعض أصحاب الإجماع عنه، فلاحظ ترجمته في معجم رجال الحديث، ج 10، ص 379

و ثانيتهما: قوله عليه السّلام: «و إن كان فيه ضرر فلا» و هذه الشرطية ظاهرة في وجود البأس و المنع عن الأكل الموجب للنقص في مال اليتيم، و مفهومها جواز الأكل غير المضرّ بحاله، سواء أ كان ما يعود إلى اليتيم من البدل مساويا لذلك الطعام أم أزيد.

ثم إن في قوله عليه السّلام في الصدر- و هو أولى الشرطيتين- «ان كان في دخولكم عليهم منفعة» احتمالين:

الاحتمال الأوّل: أن يكون المنفعة الواردة ما يقابل النقص و الضرر، سواء أ كان هناك زيادة أم لا، فكأنّه عليه السّلام قال: «إن كان ما تبذونه لليتيم بدل الطعام و خدمة خادمهم لا يقلّ ماليّته عمّا طعمتوه فلا بأس» و على هذا يكون مفهوم الجملة الشرطية:

وجود البأس في مورد واحد، و هو كون البدل الواصل الى اليتامى أقلّ ممّا صرفه القيم من طعامهم. و هذا المفهوم مطابق لمنطوق الشرطية الثانية الحاكمة بالبأس في مورد تضرّر اليتيم.

و بناء على هذا الاحتمال يتّجه ما أراده المصنف قدّس سرّه من أن حسنة الكابلي تدل على كفاية عدم الإفساد في مال اليتيم في جواز التصرف، و توجب ترجيح الاحتمال الرابع في الحسن، و هو ما لا حرج و لا قبح فيه.

الاحتمال الثاني: أن يكون «النفع» بمعنى خصوص الزيادة، لا المساوي، فمعنى المنطوق: جواز الأكل من مال اليتيم بشرط أن يعود منفعة إليه، بأن يكون البدل أزيد ممّا استفادة القيم من الطعام و الخدمة.

و عليه يدلّ المفهوم على حرمة التصرف في صورتين:

إحداهما: كون المبدول مساويا لما انتفع به القيم.

و ثانيتهما: كونه أقلّ منه. و هذه الصورة الثانية موافقة لمنطوق الشرطية الثانية.

و لكن الصورة الأولى مخالفة له، فيقع التعارض بين إطلاق مفهوم الشرطية الأولى المانع عن التصرف لو لم ينتفع به اليتيم حتى في صورة المساواة. و بين مفهوم الشرطية الثانية الظاهر في جواز التصرف غير المضرّ و إن لم ينتفع به.

و هذا الاحتمال الثاني يوجب إجمال الرواية- لو لم يرجّح أحد الاحتمالين على الآخر- و يتعيّن الرجوع إلى دليل آخر كإطلاق «الأحسن» في الآية المباركة.

ما يوازي (1) عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل (2) أن لا- يصل (3) إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي (4) بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين (5) من أن الصدر دالّ على إناطة الجواز بالنتفع، و الذيل (6) دالّ على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضرّ.

و هذا (7) منه مبنيّ على أنّ المراد بمنفعة الدخول (8) النفع الملحوظ بعد وصول

---

(1) أي: يساوي عوض ما صرفوه من طعام الأيتام في المالية. فإن كانت منفعة دخولهم على الأيتام مساوية لمالية ما انتفعوا به من طعام الأيتام جاز الدخول معهم، وإلا فلا يجوز الدخول معهم.

(2) و هو «وإن كان فيه ضرر فلا».

(3) خبر «فيكون» و قوله «ما يوازي» فاعل «لا يصل».

(4) قد تقدّم تقريب المنافاة بقولنا: «إذ التنافي بينهما مبني على إرادة المنفعة».

(5) و هو- كما في حاشية العلامة السيد الاشكوري قدّس سرّه- صاحب الجواهر «1».

(6) معطوف على «الصدر».

(7) أي: التنافي بين الصدر و الذيل بمن بعض المعاصرين مبنيّ على أن يراد بالمنفعة:

الزائد على المال المساوي لمالية الطعام الذي تصرف فيه الداخلون على الأيتام. فمدلول الرواية حينئذ إناطة جواز التصرف في مال اليتيم بالمصلحة أي المنفعة، و هي ما زاد على مالية مال اليتيم. فإذا كانت مالية الطعام الذي تصرف فيه الداخلون على اليتيم درهما مثلاً، و بذل المتصرف فيه درهما و نصفاً جاز ذلك. و إن لم يكن كذلك، بأن كان مساوياً لماليته- فضلاً عن نقصان ماليته عنه- لم يجز ذلك.

(8) أي: منفعة الدخول على الأيتام هو النفع الملحوظ زائداً على ما يوازي مال

---

(1) بغية الطالب، ج 1، ص 130، لكن لم أظفر به في الجواهر في مظان التعرض له، كالزكاة و البيع و القرض و الرهن و الوصية و لا بد من مزيد التتبع.

ص: 263

ما بإزاء مال اليتيم إليه (1)، بمعنى (2) أن تكون المنفعة في معاوضة ما (3) يتصرف من مال اليتيم بما (4) يتوصل [1] إليهم من ماله، كأن يشرب ماء فيعطي فلسا بإزائه، وهكذا (5).

---

اليتيم، كالنفع الملحوظ في المعاملات، فإنّ المراد به ما يزيد على رأس المال.

(1) متعلق ب «وصول» وضميره راجع إلى اليتيم.

(2) هذا مفسّر لقوله: «ان المراد بمنفعة الدخول .. إلخ» و محصله: كون المعاملة الواقعة بين ما يتصرفون فيه من مال اليتيم- وبين المال الذي يبذله المتصرفون عوضا عنه- معاملات ذات منفعة، كالمثال المتقدم آنفا، وهو الدرهم و الدرهم و نصفه.

(3) أي: مال اليتيم كالماء في مثال المتن، فإنه يتصرف فيه بالشرب، و حاصله: أن تكون المعاوضة بين ما يتصرفونه من مال اليتيم- وبين المال الذي يبذله المتصرفون بإزائه- معاملة نافعة كسائر المعاملات الربحية.

(4) متعلق ب «معاوضة» فكأنه قيل بمعاوضة الماء بالفلس، يعني: مع فرض أكثرية مالية الفلس من مالية الماء.

(5) يعني: وهكذا بقية أموال اليتيم من المأكل و المشروب و الملبوس و غيرها.

---

[1] لا تخلو العبارة من سوء التأدية، فإنّ المقصود منها هو لحاظ المنفعة في المعاوضة بين الماء الذي هو مال اليتيم و بين الفلس الذي هو مال الشارب. فحقّ العبارة أن تكون هكذا: في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم كالماء بالفلس الذي يصل إلى اليتيم من مال المتصرف و هو الشارب في المثال.

و بالجملته: فلا بدّ أن تكون هذه المعاوضة ذات منفعة أي زائدة على رأس المال، لا مساوية له.



و أنت خبير (1) بأنه لا ظهور (2) للرواية [1] حتى يحصل التنافي.

وفي رواية (3) ابن المغيرة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة، فربما اهدي لها الشيء فأكل منه، ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يارب هذا

---

(1) غرضه دفع التعارض الذي زعمه بعض معاصري المصنف بين صدر الرواية و ذيلها، وقد تقدم تقريب التعارض في (ص 261) بقولنا: «إذ التنافي بينهما مبني على إرادة المنفعة من الصدر .. إلخ».

(2) هذا دفع التعارض، و حاصله: أنه لا ظهور في قوله عليه السلام: «إن كان في دخولكم عليهم منفعة» في اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم.

ولعل وجه منع الظهور هو التصريح بأحد فردي مفهوم الشرطية- أعني قوله عليه السلام: «و ان كان فيه ضرر فلا» إذ لو أريد بالمنفعة المصلحة كان لمفهوم الشرطية فردان:

أحدهما: كون التصرف في مال اليتيم ضررا أي نقصا في ماله.

و الآخر: عدم كون التصرف نافعا و لا ضارا، كما إذا بيع برأس المال، فلا ربح و لا خسران.

و التصريح بالفرد الأول قرينة على إرادة عدم الضرر من المنفعة. فلا تهافت بين الصدر و الذيل. هذا كله ما يتعلق بدلالة حسنة الكاهلي على كفاية عدم المفسدة. و ستأتي الرواية الثانية.

(3) معطوف على قوله: «ففي حسنة الكاهلي».

---

[1] منع الظهور خلاف الإنصاف، فإن الاستعمالات المتعارفة تشهد بذلك، إذ لا يقال: «إن معاملاتنا في هذه السنة كانت رابحة أو نافعة» إلا إذا وقعت زائدة على رأس المال، فلا بدّ في رفع اليد عن هذا الظهور من قرينة على عدم حجيته، لا رفع اليد عن أصله، مع انفصال القرينة.

و يمكن أن يدعى كون غلبة النفع و الضرر في المعاملات، و ندرة المعاملات الواقعة على رؤوس الأموال من غير زيادة و نقصان موجبة لعدم انعقاد الإطلاق في القضية الشرطية،

بهذا (1)، قال عليه السّلام: لا بأس» (1).

فإنّ (2) ترك الاستفصال عن مساواة العوض وزيادته يدلّ على عدم اعتبار الزيادة [1].

---

(1) كذا في النسخة، وفي الوسائل: «بذا».

(2) هذا تقريب الاستدلال بالرواية على عدم اعتبار المصلحة، وكفاية عدم المفسدة في التصرف في مال اليتيم، و حاصله: أنّ ترك الاستفصال من مساواة عوض ما أكله- ممّا أهدي إلى اليتيمة- وزيادته يدلّ على عدم اعتبار الزيادة، وهو عدم المفسدة الذي أرادَه المصنّف قدّس سرّه من رواية أبي المغيرة.

---

حتى يشمل المعاملات التي لا تضرّ ولا تنفع كي يقع التعارض فيها بين الصدر والذّيل.

فاستظهر معاصر الشيخ من إرادة ظاهر المنفعة صحيح بدون لزوم التعارض المزبور، لأنّ الغلبة تمنع من إرادة الإطلاق الناشئ من التعارض. فالرواية متكفلة لحكم قسمين من المعاملة، وهما: المعاملة الربحة، والمعاملة الخاسرة، وأنّ الجائز هو الربحة، والباطل هو الخاسرة.

[1] بل يدلّ على عدم اعتبار المساواة أيضا، لشمول الإطلاق الناشئ عن ترك الاستفصال لجميع الصور، من المساواة والزيادة والنقيصة.

إلا أن يقال: إنّ ظهور «المعاوضة» المستفادة من قول السائل: «يا ربّ هذا بهذا» في صورة تساوي المالين، أو أكثرية العوض من المعوّض في المالية يمنع شمول الإطلاق لصورة النقصان.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 184، الباب 71، من أبواب ما يكتسب به، ح 2، رواه ثقة الإسلام عن محمد ابن يحيى عن محمد بن الحسين، عن ذبيان بن حكيم الأزدي، عن علي بن المغيرة، والتعبير بالرواية لضعفها من جهة ذبيان، لعدم التوثيق وإن روى الثقات عنه.

إلا (1) أن يحمل [1] على الغالب من (2) كون التصرف في الطعام المهدي إليها وإعطاء (3) العوض بعد ذلك أصلح (4)، إذ (5) الظاهر أن الطعام المهدي إليه (6) [إليها] هو المطبوخ وشبهه.

### [هل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟]

و هل يجب (7) مراعاة الأصلح أم لا؟ وجهان. قال الشهيد رحمه الله في القواعد:

(1) استدراك على قوله: «يدل» و حاصله: المنع عن دلالة ترك الاستفصال على عدم اعتبار الزيادة. و وجه المنع هو كون الغلبة مانعة عن الإطلاق الشامل لعدم الزيادة، وذلك لأن الغالب كون العوض عن الطعام المطبوخ المهدي إلى اليتيمة أصلح وأزيد ممّا أكله. و هذه الغلبة تمنع الإطلاق الشامل لعدم الزيادة، فترك الاستفصال لا يدلّ على عدم اعتبار الزيادة.

(2) بيان للغالب، و ضمير «إليها» راجع إلى اليتيمة.

(3) معطوف على «التصرف» و المشار إليه في «ذلك» هو التصرف.

(4) خبر «كون التصرف».

(5) تعليل للأصلحية، فإنّ تعويض الطعام وشبهه من الفواكه أحسن، لكونه في معرض الفساد.

(6) كذا في نسختنا، و الصواب كما في بعض النسخ المصححة «إليها» لرجوع الضمير إلى اليتيمة.

(7) هذا إغماض عن أمرين: أحدهما: ما استظهره من حسنة الكاهلي من كون المدار في حرمة التصرف هو الضرر، و في جوازه عدم الضرر.

ثانيهما: ما استظهره أولاً بقوله: «و من احتمالات الأحسن الاحتمال الثاني» و هو التفضيل المطلق المتقدم في (ص 255)، فبناء على اعتبار مصلحة المولّى عليه يتّجه الاستشهاد بذيل كلام الشهيد من وجوب مراعاة الأصلح و عدمه.

[1] لا يخفى أنّ الرواية - بناء على هذا الحمل - تكون على خلاف المطلوب أدلّ، لأنّ مورد الرواية حينئذ هو أصلحية التصرف، و عدم كفاية عدم المفسدة في جواز التصرف في مال اليتيم. و هو خلاف المقصود.

هل يجب على الوليِّ مراعاة المصلحة في مال المولَّى عليه، أو يكفي نفي المفسدة؟

يحتمل الأوَّل (1) لأنَّه [1] منصوب لها، ولأصالة (2) بقاء الملك على حاله، ولأنَّ (3) النقل والانتقال لا بدَّ لهما من غاية، والعدميات (4) لا تكاد [2] تقع غاية.

وعلى هذا (5) هل يتحرَّى الأصلح (6) أم يكفي بمطلق المصلحة؟

---

(1) وهو مراعاة المصلحة، لوجوه:

أحدها: أنَّ الولي منصوب لمراعاة مصلحة المولَّى عليه. فإنَّ المتيقن من ولايته المزعومة من قبل الشارع هو صورة كون تصرفه في مال المولَّى عليه مصلحة له.

(2) ثانيها: أنَّ مقتضى الأصل العملي - وهو أصالة الفساد الجارية في العقود - هو بقاء ملك كلِّ من العوضين على ملك مالكة في صورة عدم المصلحة، وأنَّ ملك المولَّى عليه لم ينتقل عنه.

(3) ثالثها: أنَّ عدم المفسدة من الأعدام غير القابلة لأن تكون غاية لشيء، فلا يصلح أن يكون عدم المفسدة غاية لبيع مال اليتيم، بل لا بدَّ أن تكون الغاية أمراً وجودياً.

(4) التي منها عدم المفسدة، فلا تقع غاية لشيء من بيع وغيره.

(5) أي: وبناء على اعتبار وجود المصلحة في التصرف في مال اليتيم هل تعتبر المرتبة العالية من المصلحة أم مرتبة ما منها؟

وبعبارة أخرى: هل تعتبر المصلحة المطلقة، أم مطلق المصلحة؟

(6) وهو المصلحة المطلقة، وهذا مورد الاستشهاد بكلام الشهيد قدس سره لقوله:

---

[1] فيه ما أفاده المحقق القمي قدس سره من أنَّه أوَّل الدعوى، وأنَّ المسلّم كونه منصوباً لدفع المفسدة وحفظ ماله عن التلف «1».

[2] هذا في الأعدام المطلقة. وأمَّا الأعدام المضافة - كعدم الخسارة في بيع مال

---

(1) جامع الشتات، ج 1، ص 193 (الطبعة الحجرية).

فيه (1) وجهان. نعم، لمثل (2) ما قلنا، لا (3) لأن (4) ذلك لا يتناهى [1].

وعلى كلّ تقدير (5) لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحة، لم يجز العدول عن الأصلح.

---

«و هل يجب مراعاة الأصلح؟».

(1) أي: في وجوب تحريّ الأصلح وجهان: أحدهما الوجوب، والآخر عدمه.

(2) هذا وجه وجوب تحريّ الأصلح المدلول عليه بقوله: «نعم» و محصل هذا الوجه- المشار إليه بقوله: «لمثل ما قلنا»- هو ما ذكره من الوجوه الثلاثة لاعتبار أصل المصلحة بقوله: «لأنه منصوب لها، ولأصالة بقاء الملك .. إلخ».

(3) هذا معادل قوله: «نعم» فكأنه قيل: «فيه وجهان، أحدهما: نعم يعني: يجب التحريّ- والآخر: لا، يعني: لا يجب التحريّ للأصلح».

(4) تعليل لقوله، «لا» و محصله: أنّ الأصلح من الكلّيات المشكّكة التي لا تتناهى أفرادها، إذ الأصلح في هذا المكان شيء، وفي غيره شيء آخر. وفي هذه المملكة شيء، وفي غيرها شيء آخر، وهكذا. فإنّ الأصلح يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة، فأفراد الأصلح غير متناهية عرفا.

(5) أي: سواء قلنا باعتبار الأصلحية أم بكفاية أصل المصلحة يترتب عليه: أنّه لو ظهر الأصلح والمصلحة- كما إذا فرض أنّ مال المولّى عليه يباع بدينارين في مكان، و بدينار في موضع آخر قريب منه- لم يجز العدول عن الأوّل إلى الثاني، لكونه إفسادا لمال المولّى عليه، أو لكون المعاملة سفهية.

---

يكون معرضا لتنزّل السعر- فتقع غاية، فإنّ هذا العدم يكون غرضا وداعيا عقلا نيا للبيع حتى لا يرد على المالك خسارة.

[1] مجرّد عدم التناهي العرفي- ما لم يصل إلى حدّ العسر والحرّج- لا يسقط وجوب التحريّ شرعا. فلعلّ التعليل بالعسر أولى من التعليل بعدم التناهي. ولا يبعد أن يكون هذا الذي ذكرناه مراده قدّس سرّه.

و يترتب على ذلك (1) أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة ولا مفسدة (2)، و تزويج (3) المجنون حيث لا مفسدة، و غير ذلك « انتهى » (1).

و الظاهر (4) أن فعل الأصلح- في مقابل ترك التصرف رأسا- غير لازم، لعدم الدليل عليه (5). فلو (6) كان مال اليتيم

---

(1) أي: على نزع كفاية عدم المفسدة أو اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، فعلى القول بكفاية عدم المفسدة يجوز للولي الأخذ بالشفعة فيما إذا باع شريك اليتيم في الدار مثلا نصيبه منها على أجنبي.

و على القول باعتبار وجود المصلحة فيه لا يجوز للولي الأخذ بالشفعة إن لم يكن مصلحة له في الأخذ بالشفعة.

(2) لصدق «عدم المفسدة» فيما لم يكن فيه صلاح وفساد.

(3) معطوف على «أخذ» يعني: و يترتب على النزاع المذكور أيضا جواز تزويج الولي المجنون إن لم يكن فيه مفسدة، بناء على كفاية عدم المفسدة. و عدم الجواز إن لم يكن فيه مصلحة بناء على اعتبار المصلحة فيه.

(4) غرض المصنف قدس سره أن المراد بالأصلح- بناء على وجوبه- هو فعله، في مقابل التصرفات الوجودية كالبيع و الإجارة و غيرهما. و أما فعله في مقابل ترك التصرف فيه رأسا- بأن يبقى مال اليتيم عنده، و لا يتصرف فيه- فغير لازم، لعدم الدليل على فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف فيه رأسا.

نعم يتجه ذلك بناء على المعنى الرابع للقرب، و هو عدم كل أمر اختياري- من فعل أو ترك- إلا أن يكون أحسن من غيره.

(5) أي: على فعل الأصلح، في مقابل ترك التصرف.

(6) هذا متفرع على عدم لزوم فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأسا، و حاصله: أنه لو كان مال اليتيم موضوعا عند الولي، و كان الاتجار به أصلح من ترك

---

(1) القواعد و الفوائد، ج 1، ص 352، القاعدة: 133

ص: 270

موضوعاً عنده (1)، و كان الاتّجار به أصلح منه، لا يجب (2) [لم يجب] إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية، بأن (3) يراد: لا تختاروا في مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلا أن يكون (4) أحسن من غيره.

وقد عرفت (5) الإشكال في استفادة هذا المعنى، بل (6) الظاهر التصرفات الوجودية، فهي (7) المنهي عن جميعها، لا- ما (8) كان أحسن من غيره (9) و من الترك،

---

التصرف، لم يجب الاتّجار به إلا بناء على القول بالمعنى الرابع من معاني القرب في آية وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* والمراد بالمعنى الرابع هو الذي تقدم في (ص 251).

(1) أي: عند الولي، و ضمير «به» راجع الى مال اليتيم.

(2) جواب «فلو كان» و ضمير «منه» راجع إلى ترك التصرف.

(3) هذا بيان المعنى الرابع للقرب، و قد تقدم توضيحه.

(4) يعني: إلا أن يكون ذلك الأمر المختار أحسن من غيره.

و المحاصل: أنه بناء على رابع معاني القرب يجب الاتّجار به، و لا يجوز ترك التصرف.

(5) يعني: و لكن قد عرفت الإشكال- في (ص 259) بقوله: «لكن الإنصاف أن المعنى الرابع للقرب مرجوح .. إلخ»- في استفادة هذا المعنى الرابع للقرب.

لكنّه أيده بقوله: «و إن كان الذي يقتضيه التدبر في غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام .. إلخ».

(6) يعني: بل الظاهر من المعاني الأربعة المتقدمة للقرب هو المعنى الثالث أعني التصرفات الوجودية، لا ما هو أعمّ منها و من الترك.

(7) يعني: فالتصرفات الوجودية هي المنهي عنها، لا كلّ أمر اختياري من فعل أو ترك.

(8) معطوف على التصرفات الوجودية.

(9) أي: من الأمر الوجودي و الترك، بل الظاهر هو خصوص الأمور الوجودية.

فلا (1) يشمل ما إذا كان فعل أحسن من الترك.

نعم (2) ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة.

و أمّا (3) إذا كان في الترك مفسدة، و دار الأمر بين أفعال- بعضها (4) أصلح من بعض- فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه، بل ربما يعدّ العدول (5) في بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشترى في موضع بعشرة، و في موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنّه يعدّ بيعه في الأوّل إفساداً للمال، [و] لو ارتكبه عاقل عدّ سفياً ليست فيه ملكة إصلاح المال.

(1) يعني: فلا يشمل ثالث معاني القرب- في قوله تعالى وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* وهي التصرفات الوجودية- ما إذا كان هناك فعل أحسن من الترك. فإذا كان بيع مال اليتيم أحسن من تركه، لم يجب حينئذ العدول، عن الترك إلى الفعل.

(2) إشارة إلى دفع ما يتوهم في المقام، و هو: أنّه إذا لم يشمل القرب الترك، و اختصّ بالتصرفات الوجودية، فلازم ذلك جواز الترك و إبقاء مال اليتيم بحاله، و لو كان في الترك مفسدة.

و حاصل دفع هذا التوهم: أنّ هذا الترك حرام بدليل آخر غير الآية الشريفة، فإنّ جواز الترك الموجب للفساد ينافي تشريع الولاية، إذ الغرض من تشريعها حفظ مال اليتيم و دفع المفسدة عنه.

(3) غرضه أنّه إذا دارت الأصلحية بين التصرفات الوجودية مع كون الترك مفسدة فظاهر الآية- بناء على كون القرب في الآية المباركة بمعناه الثاني، و هو التجنب و عدم القرب منه إلا إذا كان القرب أحسن- عدم جواز العدول عنه.

(4) الجملة مجرورة محلاً صفة ل «أفعال» و قوله: «فظاهر» جواب «و أمّا».

(5) أي: يعدّ العدول عن بعض الأفعال في بعض المقامات إفساداً كمثال المتن، و هو ما إذا اشترى مال اليتيم في موضع بعشرة دراهم، و في موضع آخر قريب منه بعشرين



وهذا (1) هو الذي أراده الشهيد بقوله: «و لو ظهر في الحال .. إلخ».

نعم (2) قد لا يعدّ العدول من (3) السفاهة، كما لو كان بيعه مصلحة (4)، و كان يبيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجرة منه (5) أن ينقله إليه، و العلم (6) بعدم الخسارة، فإنّه قد لا يعدّ ذلك (7) سفاهة.

درهما، فإنّ يبيعه بعشرة يعدّ إفسادا لمال اليتيم. و لو ارتكبه عاقل عدّ سفهيا، كما يعدّ البيع سفهيا. و هذا خلاف الغرض من تشريع الولاية على اليتيم.

(1) أي: عدّ العدول عن الأصلح إلى المصلحة في بعض المقامات إفسادا لمال اليتيم هو المقصود من كلام الشهيد قدّس سرّه في (ص 269) بقوله: «و على كل تقدير لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الأصلح».

(2) يعني: قد لا- يعدّ العدول عن الأصلح من السفاهة حتى لا- يجوز العدول، كما إذا كان بيع مال اليتيم في بلده مصلحة كبيعه فيه بدينارين، و في بلد آخر- إذا نقل المتاع إليه بأجرة من مال اليتيم- بأربعة دنانير. فإن كانت الأجرة ديناراً، و وضعت عن أربعة دنانير، زاد دينار واحد على دينارين، فأصلحية بيعه في غير بلد اليتيم من بيعه في بلده تكون بدينار. و لا يعدّ هذا العدول من السفاهة.

(3) متعلّق ب «يعدّ» لا ب «العدول».

(4) أي: مصلحة في بلد اليتيم، و كان يبيعه في بلد آخر غير بلد اليتيم أصلح.

(5) أي: مع إعطاء الأجرة من مال اليتيم إن كان في نقله اجرة، مع العلم بعدم الخسارة بسبب النقل كالمثال المزبور.

(6) معطوف على «إعطاء» يعني: مع إعطاء الأجرة، و مع العلم بعدم الخسارة.

(7) أي: لا يعدّ بيع مال اليتيم في البلد الأول سفاهة.

و بعبارة أخرى: ليس العدول- عن البلد الآخر- إلى بيعه في البلد الأول سفاهة.

(1) أي: وجوب البيع في البلد الآخر، وذلك لعدم كفاية مجرد عدم السفاهة في صحة البيع في هذا المقام، إذ المدار على كونه أصلح من غيره، فالأصلحية معتبرة في بيع مال اليتيم.

[1] ينبغي التكلم في جهات:

الأولى: في بيان الموضوع، وهو عدول المؤمنين.

الثانية: في دليل الحكم أعني به الولاية التي هي حكم مجعول شرعي وضعي.

الثالثة: في اعتبار العدالة في ولاية المؤمنين، وعدمه.

الرابعة: في متعلق الولاية.

الخامسة: في اعتبار المصلحة فيما يتصداه المؤمن وعدمه.

السادسة: في حكم تراحم الولاياتين.

أما الجهة الأولى: فنخبة الكلام فيها: أنه قال في مجمع البحرين: «و الايمان لغة هو التصديق المطلق اتفاقا من الكل، و منه قوله تعالى وَ مَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا، و شرعا على الأظهر هو التصديق بالله بأن يصدق بوجوده و بصفاته و برسله، بأن يصدق بأنهم صادقون فيما أخبروا به عن الله و بكتبه» إلى ان قال: «و في الحديث: و قد سئل عليه السلام عن أدنى ما يكون العبد مؤمنا؟ فقال: يشهد أن لا إله إلا الله و أنّ محمدا عبده و رسوله، و يقرّ بالطاعة، و يعرف إمام زمانه، فإذا فعل ذلك فهو مؤمن» إلى ان قال: «قال المحقق الشيخ علي رحمه الله: المؤمن من كان يعتقد اعتقاد الإمامية و إن لم يكن عنده دليل» «1».

و حيث إنّ الولاية حكم شرعي، فلا بدّ من إثباتها بالدليل، و مع الشك يجري أصل البراءة.

و عليه فإذا شكّ في ولاية غير الإمامي الاثني عشري - سواء أكان من المخالفين أم من

فرق الشيعة- جرت فيه أصالة عدم الولاية.

وبالجملة: فموضوع هذه الولاية هو المؤمن الاثني عشري.

و أمّا الجهة الثانية فهي: أنهم استدلوا على ولاية عدول المؤمنين بوجوه:

أحدها: قوله تعالى «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى».

ثانيها: قول مولانا الصادق عليه السلام: «والله في عون المؤمن» المذكور في المتن، وفي التوضيح.

ثالثها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «كل معروف صدقة».

ولا يرد على الاستدلال بها: أنها في مقام الترغيب في فعل المعروف، والتعاون على البرّ والتقوى، من دون بيان المصداق. فالتمسك بها فيما إذا شك في كونه معروفاً و صدقة غير صحيح عند الأصوليين، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، هذا.

وجه عدم الورود: أنّ ألفاظ العون والصدقة والبرّ والتقوى ليس لها حقائق شرعية، والمراد بها هي معانيها العرفية الواضحة، من دون أن يكون فيها إجمال، فلا شبهة في مفاهيمها حتى يتصوّر فيها شبهة كي يكون التمسك بتلك الأدلة تشبّثاً بها في الشبهة الموضوعية.

نعم هنا شبهة أخرى وهي: أنّ مقتضى هذه الأدلة مساواة المكلفين من الفقهاء و عدول المؤمنين في مباشرة أمور القاصرين، وعرضية ولاية المؤمنين لولاية الفقهاء، وعدم توقف ولايتهم على تعذر الفقهاء.

اللهم إلا أن يقال بتسالم الأصحاب على عدم نفوذ تصرفات عدول المؤمنين مع وجود الحاكم، وتقديمه عليهم.

فصار المتحصل: صحة الاستدلال بالوجوه الثلاثة المتقدمة مع هذا التسالم.

فالنتيجة: نفوذ مباشرة عدول المؤمنين لأمر القاصرين، إلا إذا كان هناك حاكم، فإنّه لا بد حينئذ من مباشرته، أو الاستيذان منه.

وأما الجهة الثالثة، فحاصل الكلام فيها: أنه قد استدلّ على اعتبار العدالة في ولاية المؤمنين بصحيفة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمة في المتن (ص 210) بتقريب: أنّ احتمالات المماثلة أربعة: أحدها: المماثلة في التشيع، ثانيها: المماثلة في الفقه، ثالثها:

المماثلة في الوثاقة، رابعها: المماثلة في العدالة. حيث إنّهما كانا من ثقات الشيعة وعدولهم.

والاحتمال الأول غير مراد قطعاً، لعدم كفاية مجرد التشيع في الولاية.

والاحتمال الثاني أيضاً غير مراد، لأنّ مفهومه ينفي ولاية المؤمنين مع تعذر الفقيه، ويسقطها، مع أنّه ليس كذلك، لولايتهم مع تعذر الفقيه.

فيدور الأمر بين الاحتمالين الأخيرين. والنسبة بينهما وإن كانت عموماً من وجه، إلا أنّ العدل أيضاً لا بدّ أن يراعي المصلحة. فالعدالة هنا أخصّ من الوثاقة. ففي الدوران بينهما تقدم العدالة، لتيقنهما في الخروج عن مقتضى أصالة عدم الولاية مع الغصّ عن التصريح باعتبار العدالة في صحيفة إسماعيل بن سعد المذكورة في المتن. وإلا فبها يقيد صحيفة علي بن رثاب و موثقة زرعة الظاهرتان في كفاية الوثاقة، لأنّهما قابلتان للتقييد بالعدالة.

ومنه يظهر أنّ العدالة شرط تعدي لولاية المؤمنين بمعنى موضوعيتها، كاعتبارها في إمام الجماعة.

والحاصل: أنّ الروايات بين ما يدلّ على كفاية الوثاقة، وما يدلّ على اعتبار العدالة. وإطلاق الوثاقة قابل للتقييد بالعدالة، فيقيد به، وإن كانت النسبة بين العدالة والوثاقة عموماً من وجه، وذلك لأنّ العدالة نصّ أو أظهر من الوثاقة، فتحمل الوثاقة الاستفادة من صحيفة علي بن رثاب و موثقة زرعة - المذكورتين في المتن - على العدالة.

ولو فرض التعارض بين الروايات، ووصلت النوبة إلى الأصل العملي، فمقتضى الأصل اعتبار العدالة في المؤمنين المباشرين لأمر القاصرين، لأنّه المتيقن في الخروج عمّا دلّ على عدم ولاية أحد على غيره.

فالمتحصل: اعتبار العدالة في المؤمن المباشرين لأمر القاصرين، وفاقاً للأكثر، وخلافاً للآخرين.

ثم إنّ المصنف قدس سرّه استظهر من صحيفة محمد بن إسماعيل بن بزيع - من الوجوه

الأربعة للمماثلة- العدالة، وأنّ المعترف في ولاية المؤمنين هي العدالة. ثم استظهر من بعض الروايات كفاية الأمانة في ولاية المؤمنين، و جعلها مفسّرة لاعتبار الوثيقة التي هي الاحتمال الثاني من الاحتمالات الأربعة في المماثلة. والمراد من بعض الروايات صحيحة علي بن رثاب و موثقة زرعة المذكورتان في المتن (ص 215-217) هذا.

لكن لا يخلو هذا الاستظهار من المناقشة. إذ في صحيحة علي بن رثاب: أنّ الظاهر من الولي المذكور فيها هو الولي الشرعي، بقرينة قوله عليه السلام: «باع عليهم و نظر لهم» حيث إنّ نفوذ البيع و ثبوت الأجر للبائع الولي لا- يناسب إلا الولي الشرعي، وهو المنصوب من الحاكم الشرعي، إذ المفروض أنّ المورث لم يوص. فحينئذ لا تكون هذه الصحيحة نحن فيه، لأنّ المنصوب أو المأذون من الحاكم كنفس الحاكم في تقدم رتبة ولايته على ولاية المؤمنين، و كلامنا في ولاية المؤمنين لا في ولاية الحاكم، فهذه الصحيحة أجنبية عما نحن فيه.

هذا مضافا إلى أنّ المصنف قدس سرّه يريد أن يجعل هذه الصحيحة مفسّرة لاحتمال الثاني من الوجوه الأربعة للمماثلة المذكورة في صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع أعني به الوثيقة، و المستفاد من الصحيحة هي الأمانة، و النسبة بينها و بين الوثيقة هي العموم من وجه، لاجتماعهما في من يكون ثقة في جميع أفعاله و أقواله، فإنّه أمين و ثقته. و افتراقهما في من يكون أمينا في أموال الناس فقط، فإنّه أمين غير ثقة، و في من يكون ثقة في الأقوال و غير أمين في الأموال، فإنّه ثقة غير أمين. فتفسير الوثيقة بالأمانة مع هذه النسبة لم يظهر له وجه.

بل يمكن أن يقال: إنّ الصحيحة في مقام بيان اعتبار كون تصرف الولي مصلحة للورثة من غير نظر إلى كون الولي عادلا أو ثقة أو أمينا، فينبغي عدّ هذه الصحيحة من أدلة اعتبار المصلحة في تصرفات الولي، لا في ما يعتبر في الولي من الوثيقة أو غيرها.

و بالجملة: فالمناقشة في صحيحة علي بن رثاب ترجع إلى وجوه ثلاثة:

أحدها: كون الولي شرعيا، و هو أجنبي عما نحن فيه من ولاية المؤمنين.

ثانيها: عدم مساواة الأمانة و الوثيقة حتى تفسّر الوثيقة بالأمانة.

ثالثها: أنّ الصحيحة في مقام بيان ما يعتبر في متعلق الولاية، لا ما يعتبر في نفس الولي من الوثيقة أو غيرها. هذا ما يتعلّق بصحیحة ابن رثاب.

وأما موثقة زرة فهي وإن اشتملت على كلمة «الثقة» إلا أنّ موردها هو القسمة التي هي تمييز الحصص وإفرازها، و من المعلوم مغايرة القسمة للمعاملات الناقلة. و مورد البحث جميع التصرفات المتعلقة بأموال القاصرين، فالموثقة أخص من المدعى.

فالمتحصل: أنّ شيئاً من صحیحة ابن رثاب و موثقة زرة لا يصلح لترجيح الاحتمال الثاني - وهو الوثيقة - من الاحتمالات الأربعة في المماثلة.

فالإنصاف: أنّ صحیحة محمد بن إسماعيل بن بزيع مجملة، لعدم اتضاح وجه المماثلة، وعدم صلاحية صحیحة ابن رثاب و موثقة زرة لرفع إجمالها كما مرّ آنفاً. فلا بدّ من الرجوع إلى دليل آخر في اعتبار العدالة أو غيرها في المؤمنين المتصدّين لأموال القاصرين، هذا.

و يمكن أن يستدلّ على اعتبار العدالة فيهم بصحیحة إسماعيل بن سعد المذكورة في المتن، إذ فيها قول مولانا الرضا عليه الصلاة و السلام: «فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع، و قام عدل في ذلك» و دلالتها على اعتبار العدالة في المتصدّي للبيع واضحة.

وقد يورد عليه بأنّ المراد بالعدل كون التصرف عدلاً لا جوراً، إذ لو كان المراد به كون المتصرف عدلاً فلا بدّ أن يقال: «عادل» بصيغة الفاعل، و تبديل «وقام» ب «كان» و تبديل «في ذلك» ب «بذلك» بأن يقال: «و كان عادلاً بذلك» فالعدل صفة التصرف لا المتصرّف.

و عليه فلا تدلّ هذه الصحیحة على اعتبار العدالة في المؤمن المتصدّي لأموال القاصرين.

لكن الحقّ صحة الاستدلال بها. أمّا استعمال العدل في الشخص فهو في غاية الكثرة في الإطلاقات المتعارفة، بحيث لا تحتاج إرادته من لفظ العدل إلى قرينة حتى يحمل بدونها على معناه المصدري.

و بيان آخر: ظهور لفظ «العدل» في الشخص العادل بمثابة يمنع إرادة معناه المبدئي

إلا بالقرينة.

وأما إبدال «في» بالباء، فليس بلازم، لمجيء «في» بعد مادة القيام كثيرا، فيصح أن يقال: إن فلانا قام في الحرب مع الكفار.

وبالجملة: فالاستدلال بهذه الصحيحة على اعتبار العدالة في المؤمن المتصدي لأمر القاصرين وجيه.

نعم يبقى هنا شيء، وهو: أن العدالة المعتمدة فيما نحن فيه هل هي على نحو الموضوعية كالعدالة المعتمدة في إمام الجماعة والشاهد، أم على نحو الطبقية؟ مقتضى القاعدة في كل ما يؤخذ في الخطابات هو الموضوعية، بمعنى كونه بذاته مطلوبا لا بعنوان كونه حاكيا عن الغير، ومرآة له، فإن ادته بهذا النحو محتاجة إلى القرينة.

ويمكن أن يقال: إن المراد بالعدالة هنا هي الطبقية، لقرائن موجودة في نفس الروايات: إحداها وثانيها: ما في صحيحة علي بن رثاب من قوله عليه السلام: «و نظر لهم» وقوله:

«الناظر فيما يصلحهم».

وثالثها: ما في موثقة زرعة من قوله: «ان قام رجل ثقة قاسمهم» إذ المراد من يوثق به ويطمئن بفعله. فالمدار في صحة تصرفات المؤمن في مال الصغير وغيره هو كونها مصلحة، فلا بد في ترتيب الأثر على تصرفاته من إحراز كون التصرف صلاحا للقاصر.

فاعتبار العدالة أو الوثاقة إنما هو لإحراز الصلاح. فالعدالة أخذت طريقا لإحراز كون التصرف صلاحا للقاصر.

ثم إن المصنف - بعد أن اختار كفاية الأمانة في المؤمن المتصدي لأمر القاصرين - قال: «و الذي ينبغي أن يقال .. إلخ» و حاصله: أن الموارد التي يجوز فيها التصرف لغير الفقيه إن كان دليلها خاصا به فهو المتبع، سواء أ كان عاما لكل من العادل و الفاسق، أم خاصا بالعادل، و إن كان عاما كآية التعاون و «كل معروف صدقة» و نحوهما، ففيه تفصيل، و هو: أن الفاسق لولايته كالعادل يكون تصرفه نافذا.

و لو ترتب حكم الغير كسقوط التكليف الكفائي عنه - كصلاة الميت إذا أتى بها الفاسق على الوجه الصحيح - سقط وجوبها الكفائي عن غيره.

وأما إذا تصرف الفاسق في مال اليتيم، فسقوط وجوب إصلاح ماله عن سائر المكلفين منوط بإحراز كون تصرف الفاسق إصلاحاً لمال اليتيم. فالشك في صحة إيجابه البيع شك في وجود الإصلاح، ولا تجري فيه أصالة الصحة، لجريانها في صحة الموجود لا في أصل الوجود. نظير شك المشتري في بلوغ البائع في عدم جريان أصالة الصحة. هذا ملخص ما أفاده في قوله: «والذي ينبغي أن يقال» إلى «فتأمل».

لكن يتوجه عليه: أن إصلاح مال اليتيم ليس مقوماً للبيع العرفي حتى يكون الشك فيه شكاً في وجود البيع، ولا تجري فيه أصالة الصحة، لأن البيع العرفي - وهو مبادلة مال بمال - موجود في بيع الفاسق مال اليتيم ولو بدون الإصلاح، فالإصلاح شرط شرعي كسائر الشروط الشرعية التي تجري فيها أصالة الصحة عند الشك فيها.

وعليه ففي شك المشتري في إصلاح البائع الفاسق مال الطفل في إيجاب البيع تجري أصالة الصحة، كجريانها في ما أفاده بقوله: «نعم لو وجد في يد الفاسق» وهو ما إذا شك ثالث في كون البيع - إيجاباً وقبولاً - إصلاحاً لمال الطفل، فإن مقتضى الإشكال المتقدم أعني به كون الشك في وجود المأمور به - وهو إصلاح المال، ولذا لا تجري فيه أصالة الصحة - هو عدم جريانها في كلتا المسألتين، لاشتراكهما في الإشكال، أي: كون الشك في وجود المأمور به الذي هو إصلاح المال، ضرورة توقف إصلاحه على كل من الإيجاب والقبول، وعدم حصوله بالإيجاب فقط.

فالحق جريان أصالة الصحة في كلا الفرعين بعد فرض ولاية الفاسق كالعادل على أمور القاصرين، لأن الشك في وجود الشرط الشرعي و هو الإصلاح.

وأما الشك في بلوغ البائع، فلو لم يجز فيه أصل الصحة، فذلك لأجل عدم كون البلوغ من الأمور الاختيارية المشكوكة التي تجري فيها أصل الصحة. هذا تمام الكلام في الجهة الثالثة المتعلقة بالعدالة.

وأما الجهة الرابعة الراجعة إلى جواز المزاحمة وعدمه، فحاصل الكلام فيها: أن المصنف قدس سره ابتنى الجواز وعدمه على كون التصدي على نحو التكليف أو الوضع وهو



الولاية. فعلى الأوّل يجوز، وعلى الثاني لا يجوز.

ولعلّ الأولى ابتناء الجواز وعدمه على إطلاق الدليل أحواليًا وعدمه، سواء أكان التصدي على وجه التكليف أم على وجه الوضع.

وإن لم يكن للدليل إطلاق أحوالي، بأن كان مهملاً من هذه الجهة أي المزاحمة، فهل يستصحب جواز التصدي الذي كان له قبل تصدي الآخر للواقعة؟ أو يقال بعدم الجواز اقتصاراً في تخصيص عموم ما دلّ على عدم ولاية أحد على غيره على ما هو المتيقن، وهو ولاية كل واحد من المؤمنين إن لم يسبقه غيره، فولاية كلّ منهم مقيدة بعدم سبق الآخر.

وهذا هو الأظهر، لقيام الدليل الاجتهادي على المورد. ومعه لا تصل النوبة إلى الأصل العملي، وهو الاستصحاب.

ومع الغصّ عن هذا البيان يمكن أن يقال: إنّه في الأمور الحسبية التي لا يرضى الشارع بإهمالها وتعطيلها إذا أقدم مؤمن على إنجاز الواقعة خرجت عن الإهمال، فلا يجوز لغيره الإقدام على إنفاذها، لعدم إحراز رضا الشارع بذلك، الذي هو الدليل على وجوب التصدي.

فالمتحصل: عدم جواز المزاحمة.

وهنا بيان آخر، وهو أنّ ولاية الفقيه تارة تستفاد من صدر التوقيع المتضمن لإرجاع الناس في الوقائع الحادثة إلى الرواة الفقهاء، وأخرى من ذيله، وهو قوله عليه السّلام: «فإنّهم حجّتي عليكم» وثالثة من سائر الأدلة.

أمّا الصدر فمقتضاه لزوم الرجوع إلى الفقهاء، وإيكال الحادثة الواقعة إليهم، وعدم مزاحمته. ولا دلالة فيه على حكم مزاحمة فقيه لفقيه آخر. لكن مقتضى مرجعية كل واحد من الفقهاء في عرض واحد جواز المزاحمة كالأب والجد.

وأمّا الذيل أعني به «فإنّهم حجّتي عليكم» المعلّل به الصدر- وهو الأمر برجوع الناس إلى الفقهاء الذين هم رواة حديثهم عليهم السّلام في الحوادث الواقعة- فيدلّ بلحاظ إضافتهم إلى نفسه المقدّسة على نيابتهم عنه عليه السّلام. فالذيل بلحاظ هذه الإضافة يصير وزانه وزان غيره

من أدلة النيابة. و يقتضي الذيل ما تقتضيه تلك الأدلة من أنّ نيابة الفقيه عن الامام عليه السلام و صيرورته بمنزلته توجب أن يكون الردّ عليه ردّا على الامام عليه السلام، و مزاحمته مزاحمة له عليه السلام. و هذا أثر نيابته، لا مجرد مرجعيته و ولايته المستفادة من صدر التوقيع.

و بالجملة: فالمستفاد من صدر التوقيع مرجعية الفقيه في الوقائع الحادثة، و من الذيل الذي هو علة للصدر كون الفقيه نائبا عنه «عجل الله تعالى فرجه الشريف و صلى عليه» و مقتضى النيابة عدم جواز المزاحمة، لأنّ المفروض أنّ كل واحد من الفقهاء نائب عنه عليه السلام، فمزاحمة فقيه لمثله كالمزاحمة مع الامام عليه السلام في عدم الجواز.

و لا بأس بهذا الاستظهار، كما لا بأس بهذا السند. و إن قيل: إنّ إسحاق بن يعقوب مجهول لا نعرفه في الرجال، و ذلك لإمكان استظهار وثاقته من رواية الكليني عنه، و من رواية المشايخ الثلاثة عنه، بل و من نفس متن التوقيع أيضا. و تقدّم في (ص 164) ما يتعلّق بالسند، فراجع.

فالمتحصل: اعتبار التوقيع الشريف سندا و دلالة. و المستفاد منه عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله. و لا يلاحظ مزاحمة إمام لمثله حتى يقال: إنّ حرمتها غير ثابتة، فكذلك مزاحمة أحد الفقهاء لمثله، و على هذا فحرمة المزاحمة بين نوابه عليه السلام أيضا غير ثابتة.

وجه عدم اللحاظ عدم تعدد الإمام في عصر واحد على مذهبا من أنّ في كل عصر إماما واحدا.

هذا مضافا إلى عدم علمنا بتكاليف الأئمة عليهم السلام، فلا وجه لأن يقال: إن حرمة مزاحمة إمام لمثله غير معلومة، و كذا مزاحمة الفقهاء الذين هم نوابه عليه السلام.

فالمتحصل: حرمة المزاحمة بين الحكّام.

ثمّ إنّ التمسك بالعمومات المشار إليها في التوضيح مثل «العلماء ورثة الأنبياء» على نيابة الفقهاء عن الامام عليه السلام كما صنعه المصنّف قدس سرّه غير ظاهر، لعدم إحراز كونها في مقام بيان هذه الجهة، بل سيقت لبيان علوّ مقام العلماء، و كونهم مراجع للأنام. و أمّا نيابتهم عن الأئمة عليهم الصلاة و السلام فلا تظهر من تلك العمومات.

فالنّيجة: عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله، لأنّه مقتضى النيابة عن الامام على ما هو ظاهر ذيل التوقيع.

فتلخص من جميع ما ذكرناه في مزاحمة الأولياء جوازها في ولاية الأب و الجدّ وفي ولاية عدول المؤمنين، وعدم جوازها في ولاية الفقهاء، والله العالم.

وأما الجهة الخامسة- وهي اشتراط ولاية غير الأب و الجد بملاحظة الغبطة لليتيم و عدمه- فحاصل الكلام فيها: أنّ فيه وجهين بل قولين: أحدهما: عدم الاعتبار، لإطلاق دليل الولاية.

و الآخر اعتبارها، لعدم الإطلاق، ولزوم الاقتصار على المتيقن، و هو ملاحظة الغبطة، ولأصالة عدم الولاية فيما عدا القدر المتيقن، و هو ملاحظة الغبطة.

وهذا القول منسوب إلى الأكثر، بل في مفتاح الكرامة «أنّه إجماعي» بل في التذكرة في كتاب الحجر «أنّه اتفاق بين المسلمين» يعني: لا خصوص الشيعة، بل قد تقدم في المتن تصريح الشيخ و الحلّي باعتبار ملاحظة الغبطة في الأب و الجدّ أيضا.

و كيف كان فقد استدللّ على اعتبار الغبطة في غير الأب و الجدّ بقوله سبحانه:

وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* و الاستدلال بها يتوقف على التكلّم في مقامين الأوّل في مرحلة الثبوت، و الثاني في مرحلة الإثبات.

أما المقام الأوّل، فملخصه: أنّ في «لا» الناهية احتمالين أحدهما: المولوية، و الآخر:

الإرشادية، و في كلمة «القرب» احتمالات أربعة، و كذا في معنى كلمة «أحسن» احتمالات أربعة، تعرّض لها المصنف قدّس سرّه و أوضحناها في التوضيح و لا نعيدها، و مجموع احتمالات القرب و الأحسن الحاصلة من ضرب أربعة «القرب» في أربعة «الأحسن» ستة عشر احتمالا.

## [الشرط السادس من شروط المتعاقدين كون من ينتقل إليه أهلاً لذلك المبيع]

### [نقل العبد المسلم إلى الكافر]

#### [يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ان يكون مسلماً]

مسألة (1) يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم

(1) نقل العبد المسلم إلى الكافر الغرض من عقد هذه المسألة في مباحث شروط المتعاقدين هو استناد بطلان «بيع العبد المسلم من الكافر» إلى فقدان شرط من شروطهما، وهو إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم من المتعاقدين. وإن كان من الممكن - كما قيل - جعله من شروط العوضين، بأن يقال: إنَّ شرط صحة بيع العبد المسلم هو إسلام من ينتقل إليه العبد، كشرطية معلومية العوضين و مقدرية تسليمهما.

لكن الأظهر كونه من شرائط المتعاقدين لا العوضين، لأنَّ الشرط الذي هو الإسلام قائم بمن ينتقل إليه العبد من المتعاقدين، فإنَّ الشرط يضاف إلى ما يقوم به قياماً صدورياً أو حلولياً كمعلومية العوضين، فيقال إنَّها من شرائط العوضين، أي من الشروط القائمة بالعوضين.

وعليه فإسلام من ينتقل إليه العبد المسلم يعدّ من شرائط المتعاقدين كما هو صريح قوله: «يشترط في من ..» لا العوضين.

و كيف كان فقد تعرّض المصنف قدّس سرّه تبعاً للقوم للبحث عن جهات:

الاولى: في العقد على العبد المسلم بنقل العين أو المنفعة، أو غيرها. و ما استدل به على المنع.

الثانية: في ما يراد بالكافر في هذه المسألة.

الثالثة: في الموارد المستثناة من تملك الكافر للعبد المسلم.

الرابعة: في جواز تملك الكافر للعبد المسلم ابتداءً بسبب قهري، و لكنّه يجبر على

- ثمنا (1) أو ثمنا (2) - أن يكون مسلما، فلا (3) يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكرة، بل عن الغنية «عليه (4) الإجماع»، خلافا للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا (5) «1».

---

بيعه. وسيأتي الكلام في كلّ منها بتبع المتن إن شاء الله تعالى.

والكلام فعلا في الجهة الأولى، وقد تعرّض فيها أولا لحكم تملك الكافر لرقبة العبد ابتداء بالشراء أو بالبيع، ثم بالانتهاب ونحوه، و ثانيا لتملك منفعتة بالإجارة، و ثالثا لجعله وثيقة عند الكافر على دين، و رابعا للانتفاع به عارية، و خامسا لجعله وديعة عند الكافر، و سادسا لحكم أن يوقف الكافر عبده على كافر أو على مسلم. هذا.

وبدا المصنف قدس سرّه بحكم نقل رقبة العبد المسلم إلى كافر بالشراء، كما سيظهر.

(1) بأن ينتقل العبد المسلم إلى الكافر بعنوان الثمن، كما إذا باع الكافر دكانه بإزاء العبد المسلم، فإنه انتقل إلى الكافر ثمنا أي عوضا عن مبيعه و هو دكانه.

(2) بأن ينتقل العبد المسلم إلى الكافر ثمنا، كما إذا اشترى العبد المسلم بمائة دينار، فإنه انتقل إلى الكافر ثمنا.

(3) هذا متفرّع على شرطية إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم، فبطلان بيع العبد المسلم من الكافر مستند إلى انتفاء شرط صحّته، و هو إسلام من ينتقل إليه.

(4) أي: على عدم صحة نقله إلى الكافر.

(5) لم أقف على القائل بعينه، و عبّر المحقق عنه ب «وقيل: يجوز و لو كان كافرا، و يجبر على بيعه من مسلم» (2). و الأصل في ذلك دعوى شيخ الطائفة الخلاف في المسألة بقوله: «و فيه خلاف» (3).

و يظهر من تعبير العلامة «و احتج الآخرون» (4) أن القائل بالجواز غير واحد من

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 463 (ج 10، ص 19) الطبعة الحديثة.

(2) الغنية، ص 210، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 175، قال: «و في الغنية الإجماع عليه».

(3) المبسوط، ج 2، ص 167، شرائع الإسلام، ج 2، ص 16.

(4) مختلف الشيعة، ج 5، ص 59.

وسياتي عبارة الإسكافي (1) في المصحف.

### [أدلة المشهور على بطلان النقل]

و استدلل المشهور (2) تارة بأن (3)

أصحابنا، و احتمل الصحة في النهاية (1).

و عليه فالمسألة ذات قولين: أحدهما- و هو المشهور- عدم الجواز، و الآخر:

الجواز و الإيجابار على البيع.

(1) المذكورة في مسألة بيع المصحف الآتية المشعرة بجواز رهن العبد الكبير، حيث إنّه خصّص عدم جواز الرهن عند الكافر بالصغير من الأطفال، فلاحظ (ص 378).

و كيف كان فلا يدل جواز رهن الكبير- بعد تسليم ظهور كلامه فيه- على جواز بيعه.

(2) أدلة المشهور على بطلان النقل أي: استدلل المشهور- و هو القول بعدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر- بوجوه:

الأول: الملازمة بين الاستدامة و الابتداء. توضيحه: أنّه منع من ملكية العبد المسلم للكافر استدامة، كما إذا أسلم عبد المولى الكافر، و لذلك يجبر مولاة على بيعه من المسلمين، لما ورد في خبر حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السّلام ان أمير المؤمنين عليه صلوات الله أتى بعبد ذميّ قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعهوه من المسلمين، و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه، و لا تقرّوه عنده» (2).

و كذلك منع عن إحداث ملكية العبد المسلم للكافر. فإنّ النهي عن إبقائه عند الكافر يدلّ على مبغوضية بقاءه عند الكافر. و لمّا لم يكن للبقاء خصوصية كان الحدوث كالبقاء مبغوضا أيضا. فنقله إلى الكافر منهي عنه، و النهي يوجب الفساد. فالنهي عن الإبقاء كالنهي عن إبقاء النجاسة في المسجد في الدلالة على النهي عن الإحداث.

(3) هذا أول الوجوه المستدلّ بها على قول المشهور، و قد مرّ تقريبه بقولنا:

«توضيحه: أنّه منع من ملكية العبد المسلم للكافر استدامة .. إلخ» و هو مذكور في

(1) نهاية الأحكام، ج 2، ص 456

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 282، الباب 28 من أبواب عقد البيع، ح 1، و ج 16، ص 69، الباب 73، ح 1

الكافر يمنع من استدامته (1)، لأنه (2) لو ملكه قهراً يارث، أو أسلم (3) في ملكه، بيع (4) عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح (5).

و اخرى (6) بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفي بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «(1)».

---

التذكرة بقوله: «و لأنه يمنع استدامة ملكه فيمنع من ابتدائه كالنكاح» «(2)».

(1) أي: من استدامة ملك العبد المسلم للكافر.

(2) هذا بيان وجه منع الاستدامة، أي: لأن الكافر لو ملك العبد المسلم قهراً يارث- كما إذا ورثه كافر من كافر- كان على المسلمين إجباره على البيع، ولكن مات قبل تحقق البيع، فانقل إلى وارثه الكافر، لعدم وارث مسلم له، فحينئذ يجبر الوارث الكافر على بيع العبد المسلم الذي انتقل إليه بالإرث.

(3) معطوف على «ملكه» يعني: أو أسلم العبد في ملك الكافر، فإن العبد المسلم في هاتين الصورتين- اللتين هما من صغريات كون العبد المسلم ملكاً للكافر استدامة- يباع على مالكة.

(4) جواب الشرط في قوله: «لو ملكه» يعني: بيع العبد المسلم على الكافر.

(5) أي: كحرمة نكاح الكافر بالمسلمة ابتداء كما هو واضح، واستدامة كارتداد الزوج المسلم، فإنه يمنع بقاءها على الزوجية.

(6) هذا ثاني الوجوه التي استدلت بها المشهور على عدم صحة بيع العبد المسلم من الكافر، و تقرّبه: أن تملك الكافر للمسلم استرقاق له، و الاسترقاق سبيل للكافر على المؤمن و سلطنة له عليه، و هو منفي بالآية المباركة لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. و المستدل بهذه الآية هو شيخ الطائفة و العلامة و غيرهما، و في الجواهر بعد ذكر الآية الشريفة: «الذي هو معظم عمدة دليل الأصحاب على ذلك» «(3)».

---

(1) سورة النساء، الآية 140

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 19؛

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 335، راجع المبسوط، ج 2، ص 167، التذكرة، ج 10، ص 19، نهاية الاحكام، ج 2، ص 456، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 175

ص: 287

و بالنبوي (1) المرسل في كتب أصحابنا المنجبر بعملهم (2) - و استدلالهم (3) به

(1) معطوف على قوله: «بأن الاسترقاق» و هذا ثالث الوجوه التي استدلت بها على عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكافر، و المستدل هنا بهذا النبوي صاحب الجواهر وغيره.

(2) و شهرته بين الفريقين على ما شهد به الأعلام. و يظهر من تعبير الشيخ الصدوق قدس سره الجزم بنسبة الجملة إليه صلى الله عليه و آله و سلم، لأنه قال: و قال عليه السلام: «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» «1».

و على هذا فهو من المراسيل المعتبرة التي يصح الاستناد إليها.

و تقريب الاستدلال به: أنّ مالكية الكافر للمسلم علو على المسلم، و الإسلام ينفيه. بل هذا أولى من الاستدلال به على عدم جواز إعلاء بناء الكافر على بناء المسلم كما هو ظاهر، إذ ليس في مجرد علو دار الكافر على دار المسلمين سلطنة و استيلاء له عليهم. بخلاف مالكية الكافر لرقبة العبد المسلم، أو لمنافعه بالإجارة، أو للانتفاع به بالعارية، فإنها علو له على المسلم، لاستحقاقه الاستخدام و الأمر و النهي.

و عليه فالحديث بمقتضى حذف المتعلق يفيد نفي كافة أنحاء علو الكفر على الإسلام حتى لو كان علوه من جهة إباحة ارتفاع بناء دار الكافر الذمي على أبنية المسلمين. فهو ممنوع و محرّم.

و لما كان المعتبر علو الإسلام فلذا استدلو بالنبوي على حرمة المساواة أيضا.

و بهذا ظهر وجه تعبير المصنف قدس سره ب «بل».

(3) معطوف على «عملهم» و مبين له، و قوله: «المنجبر» صفة للنبوي.

و مقصوده قدس سره أن هذا النبوي و إن لم يذكر له سند في طرقنا، و إنما أرسله الصدوق قدس سره في الفقيه إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و لكن هذا الإرسال غير قادح في الوثوق بصدوره، و ذلك لأن جماعة من الفقهاء أسندوه إليه صلى الله عليه و آله و سلم في موارد متعددة بعنوان «لقوله» أو «قال» ممّا يكشف عن الاطمئنان بكونه كلامه صلى الله عليه و آله و سلم، و سننقل بعض عبارتهم.

نعم لو عبّروا عنه ب «لما روي عنه» أمكن التشكيك في إحراز الصدور.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 376، الباب 1 من أبواب موانع الإرث، ح 11



في موارد متعددة (1) حتّى (2) في عدم جواز علوّ بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم

(1) منها: ما لو دبر الكافر عبده، فأسلم العبد، فإنّه يباع عليه العبد سواء رجع السيد عن تدبيره، أم لا. و استدل شيخ الطائفة قدّس سرّه عليه بالإجماع والأخبار، ثم قال:

«وأيضا قوله عليه السّلام: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. ولو لم يبع عليه، وكان لمولاه عليه طاعة لكان قد علاه وهو كافر، وذلك ينافي الخير» (1).

وواقفه العلامة بقوله: «والمعتمد الأوّل، لما تقدم» (2).

وكذا استدلّ غيرهما على إلزام الكافر بالبيع بهذا النبوي، فراجع (3).

ومنها: عدم إرث الكافر من المسلم، قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «لا يرث الكافر المسلم بلا خلاف. وعندنا: أنّ المسلم يرث الكافر.. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضا قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه..» (4).

ومنها: عدم ولاية الكافر على المسلم في النكاح، سواء أكان أبا أو جدّا أو غيرهما، قال الشهيد الثاني قدّس سرّه في شرح قول المحقق: «إذا كان الولي كافرا فلا ولاية له» ما لفظه:

«وشمل إطلاق المصنف ما لو كان المولّى عليه مسلما وكافرا. والأمر في الأوّل واضح، والحكم به إجماعي. ويدل عليه - مضافا إلى ما سبق - قوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (5).

ومنها: غير ذلك من الفروع التي استندوا في نفي ولاية الكافر على المسلم - حتى مثل انتفاع المستعير بخدمة العبد المسلم - إلى هذا النبوي.

(2) هذا أيضا من الفروع التي استدلّوا عليها بالنبوي. قال شيخ الطائفة قدّس سرّه في حكم إحداث أهل الذمة دورا ما لفظه: «فأمّا المحدثه، فهو أن يشتري عرصة يستأنف فيها بناء، فليس له أن يعلو على بناء المسلمين، لقوله عليه السّلام: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. فإن

(1) الخلاف، ج 6، ص 418، المسألة: 20

(2) مختلف الشيعة، ج 8، ص 91

(3) الدروس الشرعية، ج 2، ص 230، مسالك الأفهام، ج 10، ص 386

(4) الخلاف، ج 6، ص 418، المسألة: 20 من كتاب الفرائض، وكذا استدل به هنا في المسالك ج 13، ص 20، وفي جواهر الكلام، ج

(5) مسالك الأفهام، ج 7، ص 167، جامع المقاصد، ج 12، ص 107، جواهر الكلام، ج 29، ص 206

ص: 289

جواز مساواته- وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، و من المعلوم أنّ ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه (1) به.

### [المناقشة في أدلة المشهور]

لكن الإنصاف (2) أنّه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضد بالشهرة (3) و اشتها (4) التمسك بالآية

ساوى بناء المسلمين و لم يعل عليه، فعليه أن يقصره عنه. و قيل يجوز ذلك. و الأول أقوى» (1).

و نحوه كلام العلامة في التذكرة. و قال أيضا في منع المساواة بعد الاستدلال بالخبر:

«و مع تسويغ المساواة لا يتحقق علو الإسلام» فراجع (2).

(1) أي: على ما نحن فيه- و هو بيع العبد المسلم من الكافر- به، أي بالنبوي المرسل المزبور.

(2) هذا شروع في تضعيف الوجوه المذكورة التي استدللّ بها المشهور على عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكافر. تقرّبه: أنّه لو أغمض عن دعوى الإجماع- المعتضد بالشهرة، و اشتها التمسك بآية نفي السبيل على عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكافر- لم تصلح الوجوه المذكورة لإثبات القول المشهور. فالعمدة في دليل هذا الحكم هو الإجماع المذكور. و سيأتي وجه الأشكال فيها.

(3) كما في الجواهر، لقوله- في مقام تخصيص العمومات الحاكمة بصحة بيع العبد المسلم من الكافر- «بالإجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة ..» (3).

(4) كذا في بعض النسخ، و في نسختنا العطف ب «أو» و الأولى ما أثبتناه، و هو معطوف على «الشهرة» يعني: المعتضد بالشهرة و باشتها التمسك بآية نفي السبيل على عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكافر.

و يمكن عطفه على «دعوى» و الغرض من العطف دعوى أمرين أحدهما: كون الإجماع معتضدا بالشهرة، و ثانيهما: شهرة التمسك بالآية على الحكم.

(1) المبسوط، ج 2، ص 46

(2) تذكرة الفقهاء، ج 9، ص 344، و نحوه في: مختلف الشيعة، ج 4، ص 444، جامع المقاصد، ج 3، ص 463، جواهر الكلام، ج 21، ص 284

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 234



- حتّى (1) أسند في كنز العرفان «1» إلى الفقهاء، وفي غيره إلى أصحابنا- لم يكن (2) ما ذكره من الأدلة خاليا عن الإشكال في الدلالة (3).

أما قياس (4) حكاية الابتداء على الاستدامة، فغاية توجيهه (5) أنّ المستفاد (6)

(1) يعني: أنّ اشتهاار التمسك بالآية على عدم الجواز يكون بمثابة أسند الفاضل المقداد قدّس سرّه هذا التمسك إلى الفقهاء، وأسند في غير كنز العرفان إلى أصحابنا، ففي زبدة البيان «و احتج به أصحابنا» «2». وفي الجواهر «الذي هو معظم عمدة دليل الأصحاب على ذلك» «3» أي على بطلان بيع العبد المسلم من الكافر.

(2) جواب «لو» في قوله: «لو أغمض»، والمراد بالأدلة هي الأدلة الثلاثة المتقدّمة للمنع.

(3) يعني: في الدلالة على المقصود، وهو عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكافر، وزيّف المصنف الوجوه التي احتجّ بها المشهور على عدم الجواز.

(4) هذا أوّل تلك الوجوه، ووجهه أوّلا بنحو يصحّ الاستدلال به على عدم الجواز، ثم ضعّفه.

أما التوجيه فتوضيحه: أنّ وجه دلالة المنع عن الاستدامة على عدم جواز النقل ابتداء هو: أنّ المنع عن الاستدامة يدلّ عرفا على عدم رضا الشارع بأصل وجوده مطلقا، من غير فرق بين الحدوث والبقاء، كدلالة أمر المولى بإخراج شخص من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد، فإنّه يدلّ عرفا على عدم جواز الإدخال، لمبغوضية وجوده للمولى، بلا فرق بين الحدوث والبقاء.

(5) أي: توجيه قياس حكاية الابتداء على الاستدامة.

(6) هذا تقريب كيفية منع الاستدامة، وقد مرّ أنّنا بقولنا: «أما التوجيه فتوضيحه .. إلخ».

(1) كنز العرفان، ج 2، ص 44

(2) زبدة البيان، ص 439

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 234

ص: 291

من منع الشارع عن استدامته عدم (1) رضاه بأصل وجوده (2) حدوثا وبقاء، من غير مدخلة لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار، أو بإزالة النجاسة عن المسجد، فإنه يفهم (3) من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن (4) يرد عليه: أن هذا (5) إنما يقتضي كون عدم الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا (6) بالبقاء. و من المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه،

---

(1) خبر «إن» يعني: أن المستفاد من منع الشارع عن الاستدامة هو عدم رضا الشارع بأصل وجود كون المسلم ملكا للكافر حدوثا وبقاء من دون دخل للبقاء فيه، لأن مقتضى مبغوضية أصل الوجود عدم خصوصية للبقاء في الحكم.

(2) أي: وجود كون المسلم ملكا للكافر.

(3) أي: يفهم عرفا من أمر المولى بإخراج أحد من الدار- أو بإزالة النجاسة عن المسجد- عدم جواز الإدخال.

(4) و أمّا تضعيف التوجيه المزبور فتوضيحه: أن قياس الابتداء على الاستدامة- الموجب لبطان النقل الابتدائي، و عدم مالكية الكافر للعبد المسلم- إنما يصح بناء على كون الإسلام في المقيس عليه رافعا لملكية المسلم للكافر، و مخرجا له عن ملكه، حتى يكون مانعا عن دخوله في ملك الكافر ابتداء، و موجبا لبطان نقله الابتدائي.

و أمّا بناء على كون الإسلام في المقيس عليه- و هو إسلام العبد بعد كفره- موجبا لوجوب إخرجه عن ملك الكافر تكليفا مع بقاء الحكم الوضعي- و هو ملكيته للكافر- فلا يصح، إذ غاية ما يدل عليه قياس الابتداء على الاستدامة هي النهي التكليفي عن النقل مع صحة العقد الناقل الموجب لحدوث الملكية للكافر. و المستفاد من النص هو الثاني، لعدم حكمهم بزوال ملك الكافر عن عبده المسلم بمجرد إسلامه. فالإستدلال بقياس الابتداء على الاستدامة- على بطلان النقل الابتدائي- في غير محله.

وقد اتضح بما ذكرناه أن قوله: «على نهج» بيان لكبرى مماثلة الحدوث و البقاء، وقوله: «من المعلوم» بيان لصغرى المماثلة و هي مجرد التكليف، مع أن كلامنا في الحكم الوضعي.

(5) أي: التوجيه المزبور لقياس الحدوث بالبقاء.

(6) أي: عدم رضا الشارع بالبقاء.

و بإخراجه عن ملكه (1). و ليس معناه (2) عدم إمضاء الشارع بقاءه (3) حتّى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه (4) شرعا عن (5) ملك الكافر، فيكون (6) عدم رضاه بالإدخال

(1) أي: ملك الكافر، و ضميرا «إبقائه، إخراجه» راجعان الى العبد المسلم.

(2) أي: معنى عدم رضا الشارع بالبقاء هو عدم إمضائه بقاءه، الموجب لزوال ملك الكافر.

(3) أي: بقاء العبد في ملك الكافر، و المراد بعدم إمضاء الشارع بقاءه هو خروجه بمجرد الإسلام عن ملك الكافر بدون الحاجة إلى بيع و نحوه من النواقل الشرعية. و هذا هو الحكم الوضعي.

لكنه ليس بمراد، لعدم ذهاب أحد إلى خروجه عن ملك الكافر بمجرد الإسلام، بل العبد الذي أسلم في ملك الكافر باق على ملكه، و لا يخرج عن ملكه إلا بأحد النواقل الشرعية.

(4) أي: بمجرد الإسلام بدون ناقل شرعي.

(5) متعلّق ب «خارجا».

(6) هذا متفرع على بقاء العبد- الذي أسلم- على ملك مولاه الكافر، و النهي عن إبقائه تحت يده مجرد حكم تكليفي لا يترتب عليه حكم وضعي، و هو خروج العبد عن ملك الكافر.

هذا حال النهي عن الإبقاء. و مثله عدم رضا الشارع بالإدخال، فإنّ النهي عن الإدخال نهى تكليفي محض، و ذلك لا ينافي الحكم الوضعي و هو صحة النقل الابتدائي.

فتلخص: أنّ قياس الابتداء بالاستدامة لا يجدي في إثبات الحكم الوضعي أعني به فساد نقل العبد المسلم إلى الكافر ابتداء، و إنّما يجدي في النهي عنه تكليفا و النهي لا يوجب الفساد الذي هو مذهب المشهور.

نعم لو دلّت روايات النهي عن البقاء على خروج العبد المسلم عن ملك الكافر بالانعتاق، لدلت أيضا على عدم حدوث الملك للكافر ابتداء. لكنّه ليس كذلك، لما عرفت من أنّها متعرضة للحكم التكليفي، و هو حرمة الإبقاء في ملك الكافر.

على هذا الوجه (1)، فلا يدلّ (2) على عدم إمضائه (3) لدخوله في ملكه (4) ليثبت بذلك (5) الفساد [1].

---

(1) خبر «فيكون» والمراد بهذا الوجه هو النهي التكليفي لا الوضعي.

فالنّتيجة: أنّ نقل العبد المسلم إلى الكافر حرام، لا باطل.

(2) يعني: فلا يدلّ عدم رضا الشارع بإدخال العبد المسلم كإبقائه على الحكم الوضعي - وهو عدم إمضائه لدخوله في ملك الكافر ابتداء - حتى يثبت به فساد المعاملة كما هو المشهور.

(3) أي: إمضاء الشارع، وضمير «لدخوله» راجع إلى العبد المسلم.

(4) أي: في ملك الكافر.

(5) أي: بعدم إمضاء الشارع فساد النقل إلى الكافر.

---

[1] وفيه: أنه يمكن أن يقال - كما قيل -: إنّ النهي عن الحدوث وإن كان تكليفياً كما أفاده قدّس سرّه، إلّا أنّه لرجوعه إلى ناحية المسبّب - وهو ملكية العبد المسلم للكافر - يدلّ لا محالة على الفساد كما ثبت في علم الأصول، وهو مختاره فيه أيضاً. وليس النهي عن المسبّب كالنهي عن السبب في عدم الدلالة على الفساد كالبيع وقت النداء. ومن المعلوم أنّ النهي عن إبقاء العبد المسلم بعد إسلامه عند الكافر ليس إلّا لأجل مبعوضيّة المسبّب وهو تملك الكافر له، وهذه المبعوضيّة توجب دلالة النهي على الفساد.

ويؤيّد: أنّ فساد البيع المنهي عنه حدوثاً ممّا تقتضيه شرطية إسلام من انتقل إليه العبد المسلم، وإلّا لم يكن شرطاً. وهذا خلف. بل هذه الشرطية تقتضي خروج العبد إذا أسلم عن ملك مولاه الكافر، كعدم دخوله في ملكه.

لكن هذا الاحتمال - وهو رجوع النهي إلى المسبّب الذي مقتضاه فساد البيع - وإن كان في نفسه صحيحاً، لكنه مخالف للنص والإجماع على بقاء العبد بعد إسلامه على ملك الكافر، غاية الأمر أنّه يجب على المسلمين إخراجهم عن ملكه بإجبار الكافر على نقله إلى المسلمين ببيع أو غيره من النواقل الشرعية.

فالحقّ ما أفاده المصنّف من كون النهي تكليفيّاً فقط من دون استتباعه للحكم



و الحاصل (1) أن دلالة النهي عن الإدخال في الملك تابعة لدلالة النهي عن الإبقاء في الدلالة (2) على إمضاء الشارع لآثار المنهي عنه، و عدمه (3)، و المفروض انتفاء الدلالة في المتبوع (4).

و ممّا ذكرنا (5) يندفع التمسك للمطلب بالنصّ الوارد في عبد كافر أسلم، فقال

(1) يعني: و حاصل الإشكال- الذي أوردوه على توجيه قياس الابتداء على الاستدامة- هو: تبعيّة دلالة النهي عن إدخال العبد المسلم في ملك الكافر لدلالة النهي عن الإبقاء، في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار البقاء الذي هو المنهي عنه و عدمه.

(2) متعلق ب «تابعة» و مبين للمراد من تبعية دلالة النهي عن الإدخال لدلالة النهي عن الإبقاء.

(3) معطوف على «إمضاء» يعني: و دلالة النهي عن الإدخال تابعة لدلالة النهي عن الإبقاء على عدم إمضاء الشارع آثار المنهي عنه- و هو البقاء- حتى يخرج العبد بإسلامه عن ملك الكافر، و يكون الدخول مثله في عدم حصول الملك الابتدائي.

و على تقدير إمضاء الشارع آثار البقاء يكون الإدخال في ملك الكافر مثله في تحقق الملك الابتدائي، و كون النهي عن الدخول نهيا تكليفيا فقط.

(4) و هو الإبقاء. فصار المتحصل: حرمة بيع العبد المسلم من الكافر لا بطلانه، كحرمة المتبوع و هو الإبقاء، و عدم زواله بمجرد إسلام العبد عند الكافر.

(5) من منع قياس الابتداء بالاستدامة. و المتمسك غير واحد، فراجع الحدائق و الجواهر «1».

الوضعي. فبيعه من كافر ابتداء صحيح، غاية الأمر أنه حرام.

و توهم «لغويّة جعل الملكية للكافر مع فرض وجوب الإخراج عن ملكه كما هو مقتضى كلام المصنف قدس سرّه، حيث إنّه جعل النهي عن إبقائه في ملك الكافر تكليفا محضا» فاسد، لأنّ اللغوية إنّما تلزم مع نفي جميع آثار الملكية، دون بقاء بعضها كانتقاله إلى ورثته، و أداء ديونه منه، و لا تلزم مع نفي بعض آثار الملكية كحجره عن التصرفات مباشرة.

فالمتحصل: أنّ ما أفاده في المتن- من كون النهي تكليفا محضا غير مستتبع للحكم الوضعي- متين.

(1) راجع الحدائق، ج 18، ص 426، و جواهر الكلام، ج 22، و 334

أمير المؤمنين عليه السلام: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه، ولا تقرّوه عنده» (1) [1] بناء (1) على أنّ تخصيص البيع بالمسلمين- في مقام البيان و الاحتراز (2)- يدلّ (3) على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع (4) أنّ تخصيص المسلمين إنّما هو من جهة أنّ الداعي

(1) هذا تقريب الاستدلال على البطلان، توضيحه: أنّ تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان يدلّ على فساد البيع من المشتري الكافر، وإلا لم يكن وجه للتقييد بالمسلمين و هذا التقييد يدلّ على المنع من بيعه من غير المسلمين، لفساده وعدم ترتب الملكية عليه، فيتم حينئذ الاستدلال بهذا النصّ على فساد بيع العبد المسلم من الكافر.

(2) معطوف على «البيان» يعني: وفي مقام الاحتراز عن بيع العبد المسلم من غير المسلمين.

(3) خبر «ان» في قوله قدّس سرّه: «ان تخصيص البيع».

(4) هذا توضيح قوله: «يندفع التمك» و محصل وجه الاندفاع هو: أنّ تخصيص المسلمين ليس لأجل اختصاص مورد الصحة ببيعه من المسلمين حتى يدلّ على شرطية إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم، ويكون بيعه من الكافر فاسداً، لفقدان الشرط و هو إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم. بل لأجل الإشارة إلى أنّ الداعي إلى الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر، غايته أنّها لا تحصل إلا ببيعه من المسلمين.

ثم إنّ على تقدير دلالة النصوص على فساد بيع العبد المسلم من الكافر تكون تلك النصوص منحصّصة للعمومات الدالة على صحة البيع، ومقيّدة لمطلقاتها، لأخصية النصوص منها كما لا يخفى.

[1] عدّ هذا النصّ دليلاً مستقلاً للمشهور غير ظاهر، بل هو دليل على أول أدلة المشهور، و هو قياس الحدوث بالبقاء، حيث إنّ هذا النصّ يدلّ على حرمة الإبقاء الذي هو المقيس عليه، فلاحظ.

و كيف كان فمورد الاستدلال جملتان، إحداها «فبيعوه من المسلمين» و ثانيتهما:

«و لا تقرّوه عنده» فإنّهما تدلّان على عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكافر.

(1) تقدم مصدره في ص 286

ص: 296

على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر، و النهي (1) عن إبقائه (2) عنده، و هي (3) لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به (4) لاختصاص مورد الصحة به (5)، بل لأن الغرض (6) من الأمر لا يحصل إلا به [1]، فافهم (7).

(1) الأولى تقديمه- على تقدير ثبوته في النسخة الأصلية- على قوله: «هي إزالة ملك الكافر» بأن يقال: «إنّ الداعي على الأمر بالبيع و النهي عن إبقائه عنده هي إزالة ملك الكافر» و المظنون أن التقديم من النسخ. و على هذا يكون «و النهي» معطوفا على «الأمر بالبيع» عطفا تفسيريا.

(2) أي: إبقاء العبد المسلم عند الكافر.

(3) أي: و إزالة ملك الكافر لا تحصل بنقل العبد المسلم إلى كافر آخر، بل لا بدّ من نقله إلى مسلم.

(4) و هو بيع العبد المسلم من المسلمين.

(5) أي: يكون مورد صحة البيع خصوص البيع من المسلمين، حتى يثبت مدعى المشهور، و هو شرطية إسلام من انتقل إليه العبد المسلم.

(6) و هو إزالة ملك الكافر لا يحصل إلا ببيع العبد المسلم من المسلمين.

(7) لعلّ إشارة إلى: أنّه لا- وجه لاستفادة الاختصاص بالمسلمين إلاّ التشبث بمفهوم الوصف حتى يدلّ على عدم صحة بيعه بغير المسلمين، و يصح الاستدلال به على اعتبار الإسلام في من ينتقل إليه العبد المسلم.

أو إشارة إلى: أنّ الأمر بإزالة الملك مستلزم لبطلان البيع، لصيرورته سفهياً. فالنهي و إن كان تكليفيًا، لكنه يوجب الفساد.

إلا أن يقال: إنّ المراد بالسفاهة ما يكون سفاهة عرفا مع الغض عن حكم

[1] بل يحصل الغرض- و هو إزالة ملك الكافر- بعقده أو وقفه، بناء على صحتهما من الكافر، فلا يتوقف حصول هذا الغرض على بيعه من المسلمين. فاستفادة الانحصار ببيعه من المسلمين- حتى يكون دليلا على قول المشهور- منوطة بمفهوم الوصف على القول به.

وأما الآية (1) فباب الخدشة فيها واسع: تارة من جهة دلالتها في نفسها (2) و لو (3) بقرينة

الشارع، لأنّ السفاهة من الألفاظ التي يرجع فيها إلى العرف، فلا بدّ أن تكون المعاملة سفهية مع الغض عن حكم الشارع بوجوب الإزالة.

(1) هذا شروع في الخدشة في الاستدلال بآية نفي السبيل لمذهب المشهور، ولا يخفى أن للمصنف قدّس سرّه خدشات ثلاث في الاستدلال بالآية الشريفة.

الخدشة الاولى: أنّ إرادة الملكية من السبيل - كما هو مبنى استدلال المشهور بالآية على اعتبار الإسلام في من ينتقل إليه العبد المسلم - تستلزم تخصيصها بموردين حكى الإجماع على مالكية الكافر للعبد المسلم فيهما.

أحدهما: الملك الابتدائيّ القهريّ، كانتقال العبد المسلم إلى الكافر بالإرث وإن أجبر على بيعه من الراغب في شرائه، ومع عدمه يحال بين العبد و مولاه الكافر الى أن يوجد الراغب.

وثانيهما: الملك الاستدائي، كما لو أسلم العبد عند مولاه الكافر، أو ارتدّ المولى بعد كونه هو وعبد مسلمين.

ففي هذين الموردين يملك الكافر العبد المسلم، ولا بدّ من تخصيص الآية، بأن يقال:

«لن يجعل الله الكافر مالكا للمسلم إلا في هذين الموردين» مع وضوح إباء الآية المباركة عن التخصيص. ووجه الإباء عنه ظهورها في كون الإيمان تمام العلة في الحكم بنفي السبيل، ويمتنع انفكاكه عنه.

وعلى هذا لا بدّ من إرادة معنى آخر من الآية المباركة حتى لا يلزم منه التخصيص أصلا، بأن تكون في مقام بيان شرف الإيمان ونفي السلطنة على المؤمن في الآخرة.

(2) يعني: مع الغضّ عن الرواية الواردة في تفسيرها، وهي رواية العيون الآتية.

(3) وصلية، يعني: و لو كانت دلالة نفس الآية بقرينة السياق.

وليس المراد من قوله: «ولو بقرينة سياقها» الإشارة إلى أنّ منع دلالة الآية على الملك - مع الغضّ عما ورد في تفسيرها - يستند إلى أمور ثلاثة. أحدها عدم دلالتها في نفسها، ثانيها: إباء سياقها. ثالثها: قرينة ما قبلها الدال على نفي السبيل في الآخرة.

سياقها [1] الآبي (1) عن التخصيص، فلا بدّ (2) من حملها على معنى لا يتحقّق فيه تخصيص، أو بقرينة (3) ما قبلها الدالّة على إرادة [أنّ] نفي الجعل في الآخرة.

و أخرى (4) من حيث تفسيرها (5) في بعض الأخبار بنفي الحجّة للكفار على

---

(1) المراد بالسياق الآبي عن التخصيص هو ما يذكره بعد أسطر بقوله: «في الآية الشريفة المسوقة لبيان أن الجعل شيء لم يكن ولن يكون .. إلخ» فإنّ كلمة «لن» لنفي التأييد الناشئ هنا عن احترام المؤمن و شرفه. وهذا لا يقيد بحال دون حال.

فالنتيجة: أنّ هذه الآية المباركة- بناء على إرادة الملك من السبيل - لا تدلّ على قول المشهور.

(2) هذه نتيجة إشكال التخصيص مع فرض إرادة الملك من السبيل وإبائه عن التخصيص، يعني: فلا بدّ من حمل الآية على معنى لا يرد فيه تخصيص.

(3) معطوف على «قرينة سياقها» يعني: أنّه لا يراد من السبيل المنفي الملكية، أمّا لسياقها الآبي عن التخصيص اللازم هنا، إذ المفروض ملك الكافر للمسلم في موردين تقدّمنا بقولنا: «فإنّ الكافر يملك العبد المسلم في هذين الموردين». وإما لقرينة ما قبل هذه الآية، وهو قوله تعالى فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَإِنَّ نَفِي السَّبِيلِ فِي الْآخِرَةِ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمَلِكِيَّةِ الْمَبْحُوثِ عَنْهَا فِي الْمَقَامِ.

(4) هذه هي الخدشة الثانية، وهذه الخدشة كالأولى راجعة إلى دلالة الآية.

(5) قال في مجمع البيان: «قيل فيه أقوال: أحدها: أنّ المراد لن يجعل الله لليهود على المؤمنين نصرا ولا ظهورا عن ابن عباس.

وقيل: لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا بِالْحِجَّةِ وَإِنْ جَازَ أَنْ يَغْلِبُوهُمْ

---

[1] لا يخفى أنّ سياقها يأبى عن التخصيص مطلقا سواء أريد من السبيل في الآية المباركة خصوص الملك أم مطلق تسلط الكافر على المؤمن ولو بغير الملك، كما إذا استقرض من الكافر، فإنّه يتسلط على المؤمن بالمطالبة، بل بالحبس إذا كان مماطلا مع يسره وقدرته على الأداء. فلا محيص عن حمل الآية على معنى يسلم من التخصيص الذي ياباه سياقها.

المؤمنين، وهو ما روي في العيون عن أبي الحسن عليه السلام ردًا على من زعم أن المراد بها (1) نفي تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العادية تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكة أن الحسين بن علي عليهما السلام لم يقتل، بل شبه لهم (2)،

---

بالقوة. لكن المؤمنين منصورون بالدلالة والحجة، عن السدي والزجاج والبلخي. قال الجبائي: ولو حملناه على الغلبة لكان ذلك صحيحا، لأن غلبة الكفار للمؤمنين ليس مما فعله الله، فإنه لا يفعل القبيح. وليس كذلك غلبة المؤمنين للكفار، فإنه يجوز أن ينسب إليه سبحانه.

وقيل: لن يجعل لهم في الآخرة عليهم سبيلا، لأنه مذكور عقيب قوله: فالله يحكم بينكم يوم القيامة. بين الله سبحانه أنه إن ثبت لهم سبيل على المؤمنين في الدنيا بالقتل والقهر والنهب والأسر وغير ذلك من وجوه الغلبة، فلن يجعل لهم يوم القيامة عليهم سبيلا بحال» (1).

(1) أي: بأية نفي السبيل، فإنهم جعلوا السبيل المنفي: القدرة التكوينية العادية، يعني: أن الكافرين ليس لهم قدرة و تسلط خارجي على المؤمنين.

و الشاهد لإرادة الحجة من الآية الشريفة قول مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في الرواية المزبورة: «و أمّا قوله عزّ و جلّ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا، فإنه يقول: لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة» وهذه الجملة ردّ على من زعم أن المراد بنفي السبيل نفي القدرة التكوينية.

(2) لكن يرد على من زعم ذلك المعنى الفاسد أن الشبيه الذي قتل في كربلاء- وهو حنظلة بن سعد الشامي - كان مؤمنا.

إلا أن يقال: أنهم لا يعتقدون بإيمان حنظلة الذي هو من شهداء كربلاء، لكنه كما ترى.

ورفع كعيسى «على نبينا وآله وعليه السلام» (1).

و تعميم (2) الحجّة

(1) لا بأس بنقل نصّ رواية العيون ممّا يتعلّق بالمقام، وهو أنّ الهروي- والظاهر أنّه عبد السلام بن صالح- قال: «قلت: يا ابن رسول الله و فيهم- أي في سواد الكوفة- قوم يزعمون أنّ الحسين بن علي عليه السّلام لم يقتل، وأنّه القي شبهه على حنظلة بن أسعد الشامي، وأنّه رفع إلى السماء، كما رفع عيسى بن مريم عليهما السّلام، ويحتجون بهذه الآية وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا.

فقال: كذبوا، عليهم غضب الله و لعنته، و كفروا بتكذيبهم لنبيّ الله في إخباره بأنّ الحسين بن علي عليهما السّلام سيقتل. و الله لقد قتل الحسين، و قتل من كان خيرا من الحسين، أمير المؤمنين و الحسن بن علي. و ما منّا إلّا مقتول، و أنا و الله لمقتول بالسّم باغتيال من يغتالني، أعرف ذلك بعهد معهود إليّ من رسول الله أخبره به جبرئيل عن ربّ العالمين.

و أما قول الله عزّ و جلّ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا فإنه يقول: و لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجّة. و لقد أخبر الله عزّ و جلّ من كفّار قتلوا النبيّين بغير الحقّ، و مع قتلهم إيّاهم لم يجعل الله لهم على أنبيائه سبيلا من طريق الحجّة» (1).

(2) مبتدء خبره قوله: «لا يخلو». و هذا إشارة إلى كلام صاحب العناوين و غيره ممّن أيّد استدلال المشهور بالآية الشريفة على منع بيع العبد المسلم من الكافر، و الغرض منه دفع الخدشة الثانية المتقدمة بقوله: «و اخرى».

و بيانه: أنّ صاحب الحدائق قدّس سرّه اعترض على المشهور المستدلّين بالآية الشريفة بوجوه ثلاثة، و ثالثها هو الاستشهاد بخبر العيون على أنّ السبيل المنفي في الآية المباركة ليس بمعنى السلطنة و الملك، فقال: «و الخبر كما ترى صريح في تفسير السبيل المنفي في الآية بالحجّة و الدليل» (2).

و أجاب صاحب العناوين قدّس سرّه عنه- انتصارا للمشهور- بوجوه عديدة أشار المصنّف قدّس سرّه إلى اثنين منها:

(1) عيون أخبار الرضا عليه السّلام، ج 2، ص 203، طبعة طهران عام 1377، عنه في البحار، ج 44، ص 271، ح 4

(2) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 424 و 425

الوجه الأول: أنّ تفسير «السبيل» بالحجة- كما في الخبر- لا ينافي التمسك بالآية، إذ للحجة معنى عام يشمل الملكية، ولا ينحصر معناها في البرهان و الدليل، فالحجة «ما تكون به الغلبة للكافر على المسلم» و من المعلوم أنّ الملكية إذا كانت سبيلا كانت ممّا به غلبة الكافر على المسلم في تصرفه كيف يشاء.

وعلى هذا فتملك الكافر للعبد المسلم و سلطنته على الاستخدام و الأمر و النهي حجة له على المسلم، فتكون منفيّة بمقتضى الآية. قال في العناوين: «مضافا إلى أنا نقول:

إنّ الكافر لو كان مالكا للمسلم و نحو ذلك من طرق السبيل الذي تنفيها القاعدة لكان ذلك أيضا من أعظم الحجج للكافر على المسلم، فإنّ حجة الملك و الولاية من أعظمها.

فالخبر الدال على نفي الحجة دال على ذلك- أي نفي الملك و الولاية- أيضا، فلا تذهل» (1).

وبهذا الوجه دفع صاحب الجواهر أيضا كلام صاحب الحدائق، فقال: «يدفعها- أي يدفع المناقشة- صحة الاستدلال بها على هذا التقدير، ضرورة كون الدخول في الملك أعظم حجة له عليه» (2).

الوجه الثاني: أن «السبيل» و إن فسّر بالحجة، و أنّها ليست مطلق ما يكون به الغلبة، بل هي الغلبة في مورد المخاصمة و المحاجة، فلا تشمل الملكية، و لكن نقول: ليس الخبر في مقام حصر السبيل المنفي في خصوص الحجة، بل الخبر- لخصوصية المورد- طبق السبيل العام على أحد أفرادها، و هو البرهان و الدليل، و من المعلوم أنّ المورد لا- يخصّص عموم الوارد. قال في العناوين: «و الجواب أولا: أن السبيل المنفي عام شامل للحجة و غيرها، و الخبر لم يدلّ على الانحصار، فنقول بدخوله في العموم، غايته أنّ ذلك هو المورد، و هو لا يخصّص .. فحمل الخبر على بيان أحد أفرادها أجود كما هو الغالب في أخبار التفاسير» (3).

و الفرق بين الوجهين: أن الأول مبني على ترادف «السبيل و الحجة» بمقتضى ظاهر الخبر، و لكن يدعى أنّ الحجة غير منحصرة في البرهان و الدليل، بل يشمل

(1) العناوين للعلامة السيد مير فتاح الحسيني المراغي، ج 2، ص 358

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 336

(3) العناوين للعلامة السيد مير فتاح الحسيني المراغي، ج 2، ص 358



على معنى (1) يشمل الملكية، أو [و] تعميم (2) السبيل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء، لا يخلو (3) عن تكلف.

و ثلاثة (4) من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دلّ على صحّة البيع «1» ووجوب الوفاء بالعقود «2»، و حلّ أكل المال بالتجارة «3»، و تسلّط الناس على أموالهم «4»،

الملكية والسلطنة أيضا. والوجه الثاني مبني على إنكار الترادف، و جعل الحجّة من أفراد معنى السبيل، و من المعلوم أنّ تفسير العام ببعض أفراد غير قادح في عموم ذلك العام، فللسبيل معنى عام يشمل الاحتجاج والاستيلاء الملكي معا. هذا كلّه في توضيح الوجهين، و سيأتي مناقشة المصنّف فيهما، و تثبيت قصور دلالة الآية على المقام.

(1) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل. و قد عرفت اختيار صاحب الجواهر له أيضا.

(2) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، و قد تقدم الفرق بينه و بين الوجه الأوّل.

(3) خبر قوله «و تعميم» و دفع للوجهين. أمّا الأوّل، ففيه: أنّ الملكية إضافة خاصّة بين المال و المالك، و هي تنشأ بالإنشاء. و «الحجّة» ظاهرا هي الغلبة على الخصم في مورد المخاصمة، لا مطلق ما يكون به الغلبة على أحد و لو لم تكن مخاصمة.

مضافا إلى: أنّ هذا المعنى العام للحجّة مستلزم لتخصيص نفي جعل الملكية للكافر بالملك الابتدائي القهري و الملك الاستدائي المتقدمين سابقا، و المفروض أنّ الآية آية عن التخصيص كما مرّ آنفا.

و أمّا الوجه الثاني ففيه أيضا: أنّ أصل معنى السبيل هو السلطنة، فتعميمه إلى ما ورد في الخبر من الاحتجاج و إقامة الدليل - حتى يتطابق المدعى و الدليل - غير ظاهر.

(4) هذه هي الخدشة الثالثة، توضيحها: أنّه - بعد الغضّ عن المناقشتين المتقدمتين الراجعتين إلى دلالة الآية الشريفة، و تسليم دلالتها على عدم جعل ملكية العبد المسلم

(1) سورة البقرة، الآية 275

(2) سورة المائدة، الآية 1

(3) سورة النساء، الآية 29

(4) عوالي اللثالي، ج 1، ص 222، ح 99

للكافر- يرد على الاستدلال بها: أنّها تعارض العمومات الدالة على صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر، و النسبة بينهما عموم من وجه، لاجتماعهما في بيع العبد المسلم من الكافر، فإنّ آية نفي السبيل تقتضي فساد، و العمومات تقتضي صحته. و افتراق العمومات في بيع العبد المسلم من المسلم. و افتراق الآية في الملك القهري، إذ العمومات ناظرة إلى الملك الاختياري. و المعارضة تسقط المتعارضين، و تصل النوبة إلى الأصل العملي الذي هو أصالة الفساد في العقود.

فالنّتيجة: بطلان نقل المسلم إلى الكافر كما هو المشهور، و هذا ضدّ مقصود المصنف قدّس سرّه من إثبات صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر.

(1) مبتدء، و خبره «غير معلومة» و الغرض من هذا الكلام دفع إشكال المعارضة، بتقريب: أنّ آية نفي السبيل حاكمة على عمومات الصحة، و تقدّم عليها، و لا تلاحظ نسبة العموم من وجه بينهما. و هذه الحكومة توجب صحة الاستدلال بالآية على مذهب المشهور، و هو عدم جواز نقل العبد المسلم إلى الكفار.

(2) لأنّ المصنف قدّس سرّه يعتبر في الحكومة تعرّض الحاكم بمدلوله اللفظي لما يراد من المحكوم، و هو مفقود هنا. و مع عدم الحكومة لا يصحّ الاستدلال بالآية على بطلان بيع العبد المسلم من الكافر، لمعارضتها مع عمومات الصحة.

(3) مبتدء، و خبره «يقرب» توضيح ما أفاده في المناقشة الثالثة هو: أنّ مجرد التعارض - و عدم الحكومة على عمومات الصحة - لا يكفي في سقوط المتعارضين حتى يرجع إلى أصالة الفساد التي هي المرجع في العقود و خيرة المشهور. بل مدار سقوطهما على إمكان تخصيص كلّ من المتعارضين بالمجمع، و إخراجهم عن كلّ منهما، و عدم رجحان

[1] لا ينبغي الإشكال في الحكومة، لما قرّر في محلّه من عدم اعتبار دلالة الحاكم لفظاً على ما يراد من المحكوم. لكنه مع ذلك لا يستقيم الاستدلال بالآية على عدم تملك الكافر للعبد المسلم، لأجل إباء الآية عن التخصيص، مع القطع بتخصيصها بموارد يكون الكافر مالكا فيها للعبد المسلم.

- مع وجوب الالتزام به (1) في طرف الاستدامة، وفي (2) كثير من الفروع في الابتداء- يقرب (3) [1] تفسير السبيل بما لا يشمل الملكية، بأن يراد من السبيل السلطنة،

لتخصيص أحدهما بالخصوص على الآخر. ك «أكرم العلماء و لا تكرم الأمراء» فإنّ مورد اجتماعهما- وهو العالم الأمير- يمكن إخراجه عن كلّ من هذين الدليلين من دون رجحان لأحدهما بالخصوص على الآخر.

والمفروض فقدان هذا الشرط- وهو عدم رجحان أحد التخصيصين على الآخر- هنا، وذلك لإبائه الآية المباركة عن التخصيص، مع وضوح تخصيصها بالملك الابتدائي القهري كالإرث، والاستدائي كإسلام العبد مع مولاه الكافر، أو ارتداد مولاه مع إسلام العبد.

وهذا الإباء مع هذين التخصيصين- بل وغيرهما من الفروع- يكشف إنّنا عن عدم إرادة الملك من السبيل، بل المراد من السبيل المنفي في الآية المباركة نفس السلطنة.

ومن المعلوم أنّ نفيها لا- ينفي الملكية، بل تجتمع الملكية مع عدم السلطنة كما في المحجورين، فإنّهم مع كونهم مالكيين لأموالهم محجورون عن التصرف فيها.

وعليه فالكافر يمكن أن يكون مالكا للعبد المسلم مع عدم سلطنته عليه. فالآية أجنبية عن نفي الملكية، و لا تعارضها عمومات صحة العقود، لأنّ الآية لا تنفي الملكية حتى تعارضها أدلة ترتب الملكية على العقود الصحيحة.

(1) أي: الالتزام بالتخصيص في طرف الاستدامة.

(2) معطوف على «في» يعني: مع وجوب الالتزام بالملك في طرف الابتداء، كالتملك القهري بالإرث، وكصحة بيعه على من ينعق عليه. وما لو قال الكافر للمسلم: «أعتق عبدك عنّي» لتملكه أنا، وما لو اشترط على الكافر عتقه حين البيع.

(3) خبر قوله: «وإباء» و التفسير بما لا يشمل الملكية يسقط الاستدلال بالآية

[1] نعم لا إشكال في كونه مقرّبا لتفسير «السبيل» بغير الملكية. لكنه لا يناسب ذكره هنا، أي في إشكال المعارضة، لأنّ فرض الإشكال إنّما هو بناء على إرادة نفي الملك من عدم السبيل حتى يعارض العمومات الدالة على تحقق الملك. و ما ذكره من قوله: «يقرب تفسير

فيحكم بتحقق الملك و عدم تحقق السلطنة، بل يكون محجورا عليه (1) مجبورا على بيعه (2).

و هذا (3) و إن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم، و عدم حجرهم بها (4).

لكنّه (5) مع ملاحظة وقوع

---

على عدم مالكية الكافر للعبد المسلم، و يخرج الآية المباركة عن موضوع التعارض، لتعدد الموضوع، لأنّ موضوع العمومات هو الملكية، و موضوع الآية هو السلطنة. و بينهما عموم من وجه.

(1) أي يكون المالك الكافر كسائر المحجورين المالكين لأموالهم.

(2) أي: يجبر الكافر على بيع العبد المسلم من مسلم.

(3) يعني: تحقق الملك للكافر بدون السلطنة له على العبد المسلم. و هذا إشارة إلى دفع وهم.

أمّا الوهم فهو: أنّ الآية و إن كانت سليمة من التخصيص مع إرادة الملك بدون السلطنة، إلّا أنّ لازمه تقييد إطلاق دليل السلطنة، و هو قوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «الناس مسيطون على أموالهم» الدال على عدم حجرهم و عدم جبرهم على بيعها.

و بالجملة: يلزم ارتكاب خلاف ظاهر دليل على كل حال، إمّا تخصيص الآية، و إمّا تقييد إطلاق دليل السلطنة، هذا. و أمّا دفع الوهم فسيأتي.

(4) مرجع الضمير حكمي، و هو ما يوجب الحجر من الصغر و الجنون و السفه و غيرها.

(5) أي: و لكنّ التقييد، و هذا دفع الوهم، و حاصله: تقديم التقييد على التخصيص فيما إذا دار الأمر بينهما، لكثرة تقييد إطلاق دليل السلطنة، كحجر المالك القاصر لصغر،

---

السبيل ..» إنكار لإرادة الملك من السبيل.

فالأولى ذكر قوله: «يقرب» و ما قبله في الخدشة الأولى الراجعة إلى دلالة الآية الشريفة، فلاحظ.

مثله (1) كثيرا في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة (2) لبيان أن جعل شيء لم يكن ولن يكون، وأن (3) نفي الجعل ناش عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال.

هذا، مضافا (4) إلى أن استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضي الصحة، كما (5) إذا كان الكافر مسبوقا بالإسلام- بناء على شمول الحكم (6) لمن كفر عن الإسلام- أو كان (7) العبد مسبوقا بالكفر، فيثبت (8) في غيره بعدم الفصل.

---

أو جنون، أو سفه، أو فلس، أو زمن.

فالنتيجة: أن التقييد أهون من التخصيص في الآية.

(1) أي: مثل هذا التقييد، و«أهون» خبر «لكنه».

(2) هذه قرينة السياق التي أشار إليها في الخدشة الأولى بقوله في (ص 299):

«ولو بقرينة سياقها الآبي عن التخصيص».

(3) معطوف على «أنّ الجعل» والمراد نفي جعل السبيل مؤبدا، و منشؤه احترام المؤمن الذي هو ثابت دائما، وليس مقيدا بحال دون حال، ولذا يكون عدم السبيل آبيا عن التخصيص.

(4) يعني: ويدلّ على صحة بيع العبد المسلم من المشتري الكافر- مضافا إلى الأدلة السابقة- استصحاب الصحة في بعض الموارد، وقد ذكر المصنف قدس سرّه لذلك موردين.

(5) هذا هو المورد الأوّل، وتقريبه: أنّ هذا الكافر المشتري المسبوق بالإسلام كان قبل كفره يصحّ بيع العبد المسلم منه، وبعد كفره كما كان، والاستصحاب هنا تعليلي.

(6) وهو عدم صحة بيع العبد المسلم من الكافر الذي يكون كفره بارتداده عن الإسلام.

(7) معطوف على «كان» في قوله «إذا كان الكافر.. إلخ» وهذا هو المورد الثاني، وتقريبه: أنّ عبدا كافرا إذا أسلم، فقبل إسلامه كان يبعه من الكافر صحيحا، ونشكّ في صحة بيعه منه بعد إسلامه، فنستصحب الصحة السابقة، وهذا الاستصحاب أيضا تعليلي.

(8) أي: فيثبت جواز بيع العبد المسلم من الكافر- في غير مورد استصحاب

و لا (1) يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد (2)، لأن (3) استصحاب الصحة مقدّم عليها [1] فتأمل (4) [2].

---

الصحة- بعدم القول بالفصل بين مورد الاستصحاب وغيره، فمن قال بالجواز في مورد الاستصحاب قال به في سائر الموارد.

(1) إشارة إلى وهم ودفعه. أمّا الوهم فهو: أنّ أصالة الفساد- أي: استصحابه- يعارض استصحاب الصحة، كما إذا كان الكافر أصلياً و العبد مسلماً، فيثبت الفساد في غيره بعدم الفصل. فاستصحاب الفساد يعارض استصحاب الصحة في مورد، وفي غيره بعدم الفصل.

(2) الظاهر كون العبارة «في غير هذين الموردين» لآتهما موردا الاستصحاب.

(3) و أمّا دفع الوهم الذي أشير إليه بقوله: «لأن استصحاب الصحة» فحاصله: أنّ أصالة الصحة حاکمة على أصالة الفساد، و إلاً تلزم لغوية جعلها، و ذلك لوجود أصالة الفساد أعني به بقاء كل مال على ملك مالكه في جميع موارد أصالة الصحة.

و يمكن أن يكون وجه تقدمها على أصالة الفساد كونها أصلاً موضوعياً، لجريانها في السبب الناقل لإثبات تماميته. بخلاف أصالة الفساد، فإنّها أصل حكمي مثبت لبقاء المالكين على ملك مالكيهما.

(4) لعلّه إشارة إلى منع الحكومة، لعدم تسبّب أحد الشكّين عن الآخر، كتسبّب

---

[1] لا يخفى أنّه يقع الكلام في أنّ الإسلام شرط أو الكفر مانع، و تظهر الثمرة في الشك. فعلى المانعية يمكن إحراز عدم المانع- أعني الكفر- بأصالة العدم، فإذا شكّ في كفر من يشتري العبد المسلم أمكن إحراز عدمه بالأصل المزبور. بل يكون هذا المورد من صغريات قاعدة المقتضي و المانع.

و بناء على شرطية إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم لا بدّ من إحرازه في صحة البيع، و بدونه لا يحكم بصحته.

[2] لم يتعرّض المصنف قدّس سرّه للخدشة في الاستدلال بالنبوي «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» و لعلّه اتكالا على ما تقدم من المناقشة في الاستدلال بآية نفي السبيل. أو لأنّ

الشك في طهارة الثوب المتنجس - المغسول بالماء المستصحب الطهارة - عن الشك في طهارة الماء الذي غسل به الثوب.

أو إلى عدم جريان استصحاب الصحة، لتبدّل الموضوع، حيث إنّ الكفر و الإيمان أخذًا في الأحكام بنحو الموضوعية، نظير المسافر و الحاضر، فإنّ جواز شراء العبد المسلم مختصّ بالمسلم، فإذا زال الإسلام فلا مجال لاستصحاب الصحة، لتبدل الموضوع، و هو إسلام المشتري بالكفر. و كذلك العبد الذي يجوز بيعه من الكافر فإنّما هو لأجل الكفر، فإذا زال و أسلم العبد فقد تبدّل الموضوع، فلا يجري استصحاب الصحة.

الجملة خبريّة، و لا موجب لحملها على الإنشاء و النهي عن علوّ الكافر على المسلم بشيء من الأسباب.

مع أنّ الحمل على الإنشاء لا يخلو من محذور، للزوم التخصيص مع إباء السياق عنه، أو لأنّه لا يجدي في إثبات بطلان نقل العبد المسلم الى الكافر. و بيانه على ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه: أن الجملة إن كانت مسوقة لنفي كلّ ما كان مصداقا للعلوّ من المجعولات الشرعية كالملكية و الزوجية و السلطنة فكأنه قيل: «ان المجعولات الشرعية الموجبة للعلوّ ثابتة في حق المسلم على الكافر، دون العكس» فالخبر و إن كان متكفلا لعدم تملك الكافر للعبد المسلم بالبيع و شبهه. و لكن يرد عليه أوّلا لزوم تخصيصه بموارد ثبوت الملكية للكافر على ما تقدم.

و ثانيا: أنّه لا يلتزم مع استدلال غير واحد من الفقهاء به في باب الجهاد على منع علوّ بناء دار الكافر على دار المسلم، و الوجه فيه: أن المفروض إرادة نفي العلو من حيث المجعول الشرعي. و أمّا إعلاء البناء خارجا فليس من مصاديق العلو المنفي شرعا. و جواز الإعلاء و إن كان قابلا للنفي، إلّا أنه ليس مصداقا للعلوّ. و سلطنة الكافر على إعلاء بنائه سلطنته على فعله لا على سلطنة المسلم ليكون مصداقا للعلو على المسلم.

و إن كانت الجملة مسوقة للحكم بعدم العلوّ على المسلم - بأنحاء العلوّ الاعتباري و التكويني - فتدل على عدم تملك الكافر للمسلم ابتداء، و على وجوب إزالته عند ثبوته يارث و شبهه. و على عدم سلطنة الكافر على المسلم، و على عدم جواز إعلاء بنائه على بناء المسلم، إلّا أنّه لا يجدي في إثبات فساد بيع العبد المسلم من الكافر، لعدم اقتضاء حرمة

ثم إن الظاهر (1) أنه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصية.

أو إلى: أن عدم القول بالفصل لا يكفي في التعدي من موردي استصحاب الصحة إلى سائر الموارد، إذ المجدي في التعدي هو قيام الحجة على التلازم بين الحكمين واقعا كالفصل والإتمام. وذلك مفقود هنا، لكون الأحكام في المقام ظاهرية، لا واقعية، والتفكيك فيها كثير، كالتوضؤ غفلة بماء مردد بين الماء والبول، فإن طهارة الأعضاء تلازم ارتفاع الحدث. مع أنهم يفتون ببقاء الحدث و طهارة الأعضاء، لاستصحابهما.

مضافا إلى: أن مرجع عدم القول بالفصل إلى إثبات حكم موضوع لموضوع آخر، وهو قياس باطل، كما قيل، فليتأمل.

هذا تمام الكلام في حكم نقل رقبة العبد المسلم إلى الكافر بالبيع أو الشراء، وسيأتي حكم نقلها بمثل الهبة والصلح والوصية.

(1) نقل العبد المسلم الى الكافر بغير البيع وجه هذا الظهور هو وجود ملاك جعل نفي السبيل - أعني به احترام المؤمن -

المولوية للفساد، سواء أكان تعلق النهي بعنوان المعاملة مثل «لا تبع العبد المسلم من الكافر» أم بعنوان عام وهو العلو المنطبق على التملك «1».

ولو كان النهي عن المسبب بالنقل - وهو التملك كما سيأتي في (ص 361) - لاقتضى الفساد. فالأولى منع كون اعتبار الملكية علوًا كما لو ورت الكافر المصحف، أو وضع عند مسلم إلى أن يوجد الراغب في الشراء منه.

هذا كله بناء على دلالة الجملة على الإنشاء، لو تعذر الأخذ بظاهره من الاخبار بعلو معالم الدين الحنيف و موافقتها للفطرة الإلهية، وقوة حجته. ولصاحب العناوين قدس سره بحث مفصل حول مدلول هذا الحديث، فراجع «2».

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 229

(2) العناوين، ج 2، ص 353-356



و أمّا تمليك المنافع (1) [1] ففي الجواز مطلقا [2] كما يظهر من التذكرة «1».

في جميع أنحاء التمليكات من الهبة و الوصية و الصلح و غيرها، فإنّ احترام المؤمن و كرامته ينافي المسبّب و هو التمليك، من غير فرق بين أسبابه كالبيع و غيره.

مضافا إلى دلالة قوله عليه السّلام: «لا تقروه عنده» و قوله عليه السّلام: «بيعه من المسلمين» على عدم جواز تملك الكافر للمسلم مطلقا، سواء أكان قراره عند الكافر بالشراء من مسلم أم بسائر نواقل الأعيان.

هذا كله في تمليك رقبة العبد للكافر، و سيأتي الأمر الثالث و هو حكم إجارته من الكافر.

(1) تمليك منافع المسلم للكافر هذا في قبال نقل رقبة العبد إلى الكافر، يعني: تمليك منافع المسلم من الكافر، بأن يؤجر الحرّ المسلم نفسه من الكافر، أو يؤجر السيد عبده المسلم من الكافر لإنفاذ أعماله و قضاء حوائجه، فهل يكون هذا التمليك جائزا أم لا؟ فيه أقوال أربعة كما ستأتي.

و المراد بقوله: «مطلقا» ما يقابل التفصيل الآتي بقوله: «أو مع وقوع الإجارة ..

إلخ».

[1] يعني: منافع العبد المسلم. و لا يخفى أنّ هذا العنوان لا يصلح أن يكون مصبّ الأقوال الأربعة التي ذكرها في المتن، لأنّ منها التفصيل بين كون الأجير المسلم حراّ و بين كونه عبدا، بجواز الإجارة في الأوّل دون الثاني. بل لا بدّ أن يكون المصّب عمل المسلم حتى يصحّ انقسامه إلى الأقسام المذكورة.

[2] لا يخفى أنّه بناء على إرادة السلطنة من «السييل» دون الملك، لا بدّ من صحة تمليك المنافع، لأنّه ليس بأولى من تمليك العين، إذ المفروض أنّ الملك بدون السلطنة ليس سييلا منقيا عنه فضلا عن تعلق الحق و عن تمليك المنافع.

فالبحت هنا ليس في الكبرى، بأن يقال: إن آية نفي السييل لا تشمل جميع أقسام

و مقرب النهاية «1» (1)، بل ظاهر المحكي عن الخلاف «2»، أو مع (2) وقوع الإجارة على الذمة كما عن الحواشي و جامع المقاصد و المسالك «3» (3).

و لا يخفى أنّ تملك العين بنفسه بدون السلطنة إن لم يكن سبيلا منفيًا شرعًا، فلا بدّ أن يكون تملك المنافع جائزًا مطلقًا.

(1) يعني: جعل العلامة قدس سره الجواز أقرب، حيث قال في النهاية: «يجوز أن يستأجر الكافر المسلم، على عمل في الذمة .. وإن وقعت على العين فالأقرب الجواز، حرًا كان الأجير أو عبداً، لأنّها لا تفيد ملك الرقبة، و لا تسلطاً تاماً، بل نفسه في يده أو يد مولاه.

وإنما يستوفى منفعتة بعوض. و يحتمل البطلان .. إلخ».

(2) هذا مقابل قوله: «مطلقاً» و حاصله: أنّ جواز تملك المنافع للكافر مشروط بوقوع الإجارة على الذمة، بأن يستأجر المسلم لعمل كالخياطة مطلقاً مباشرة أو تسيباً، بخلاف ما إذا استأجر لعمل مباشرة، فإنّ المستأجر في الأول ليس له سلطنة على الأجير، بخلاف الثاني، فإنّ للمستأجر سلطنة عليه لاستيفاء حقه منه مباشرة.

(3) قال الشهيد الثاني قدس سره: «وفي حكم البيع - أي في البطلان - الإجارة الواقعة

السبيل، و أنّ بعضها خارج عنها، بل يكون البحث صغورياً، و في تمييز السبيل عن غيرها.

و على هذا فلا بدّ من التأمل في أنحاء الإجازات حتى يتميّز السبيل عن غيرها. فنقول:

إنّ في إجارة الأموال قد تكون العين تحت يد المستأجر كالدكان و الدار، و قد لا تكون تحت يده كالسفينة و السيارة و الطائرة، و السبيل في الأول صادق دون الثاني.

و كذا الحال في إجارة الأعمال، فإنّها تارة تقتضي كون العامل تحت استيلاء الكافر المستأجر سواء أكان الأجير حرًا أم عبداً كالإجارة المطلقة الشاملة لجميع منافع الأجير حرًا كان أم عبداً. و اخرى لا تقتضيه، فينبغي التفصيل بين موارد الإجارة كما سيأتي في (ص 318).

(1) نهاية الأحكام، ج 2، ص 457

(2) الخلاف، ج 3، ص 190، كتاب البيوع، المسألة: 319، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 178

(3) الحاكي عن حواشي الشهيد و عن جامع المقاصد و المسالك هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 178، و لاحظ جامع المقاصد، ج 4، ص 63، مسالك الأفهام، ج 3، ص 167



أو مع (1) كون المسلم الأجير حرًا [كما عن ظاهر الدروس] (2)، أو المنع (3) مطلقًا [كما (4) هو ظاهر القواعد (5) و محكيّ الإيضاح] أقوال (6).

أظهرها الثاني (7)،

---

على عينه. أمّا على ذمّته فالأجود الصحة».

(1) معطوف على «أو مع» وهذا إشارة إلى قول ثالث في المسألة و حاصله: جواز تمليك منافع المسلم للكافر إذا كان الأجير حرًا، وأمّا إذا كان عبدًا فلا يجوز.

و حكى هذا القول عن الدروس، و لعلّه استفيد من قوله- بعد منع إجارة العبد المسلم من الكافر مطلقًا- «و جوّزها- أي الإجارة- الفاضل في الذمة. و الظاهر أنّه أراد إجارة الحرّ المسلم» و قال السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه بعد حكاية العبارة: «و يلوح منه الفرق بين إجارة الحرّ و العبد» «1».

(2) هذه الجملة شطب عليها في نسختنا، و أثبتناها لذكرها في نسخ أخرى، و لا بأس به، لتعرض الشهيد قدّس سرّه له في الدروس.

(3) معطوف على «الجواز» في قوله: «ففي الجواز مطلقًا». و الحاصل: أنّ الأقوال في تمليك منافع المسلم للكافر أربعة، أولها الجواز مطلقًا، و ثانيها: المنع مطلقًا، و ثالثها:

الجواز مع وقوع الإجارة على الذمة، دون العين. و رابعها: الجواز مع كون الأجير حرًا.

(4) هذه الجملة أيضا شطب عليها في نسختنا، و لا بأس بذكرها كما في الجملة السابقة.

(5) قال في القواعد: «و هل يصحّ له استئجار المسلم أو ارتهانه؟ الأقرب المنع» و قال السيد العاملي في شرحه: «و مقتضى العبارة في الاستئجار المنع مطلقًا سواء كانت في الذمة أو على عين كما هو خيرة الإيضاح و الدروس» «2».

(6) مبتدء مؤخّر لقوله: «ففي الجواز مطلقًا».

(7) و هو وقوع الإجارة على الذمة، كما إذا أجر مسلم نفسه لخياطة ثوب لكافر، أو أجر السيد عبده المسلم كذلك.

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 199، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 179

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 17، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 413، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 178

فإنّه (1) كالدين ليس ذلك سبيلا، فيجوز.

ولا- فرق (2) بين الحرّ والعبد، كما هو (3) ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة وحواشي الشهيد وجامع المقاصد، بل ظاهر المحكي عن الخلاف نفي الخلاف فيه، حيث قال فيه: «إذا استأجر كافر مسلما (4) ليعمل في الذمة صحّ، بلا خلاف. وإذا استأجره مدّة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل عملا (5) صحّ أيضا عندنا» انتهى «1».

و الوجه في الجواز: أنّ مجرد اشتغال ذمة مسلم لكافر ليس سبيلا له على مسلم، وإنّما تكون هذه الإجارة كاقتراض المسلم من الكافر في عدم كونه سبيلا للكافر عليه كاقتراض مسلم من مثله.

(1) يعني: فإنّ وقوع الإجارة على الذمة يكون كالدين في عدم كونه سبيلا للكافر على المسلم.

(2) يعني: ولا فرق في صحة الإجارة من الكافر بين كون الأجير المسلم حرّا وعبدًا، إذ بعد فرض عدم كون الإجارة على الذمة سبيلا منفيًا لا وجه للتفصيل بين كون الأجير حرّا وعبدًا، ولا لتخصيص الجواز بالحرّ كما كان ظاهر الدروس.

(3) يعني: كما أنّ عدم الفرق بين الحرّ والعبد ظاهر إطلاق كثير من الفقهاء. بل في خلاف الشيخ قدّس سرّه نفي الخلاف في هذا الإطلاق. لا أنّ الإطلاق ظاهر كثير كالتذكرة.

وعليه فقوله: «كالتذكرة و..» بيان للكثير. قال العلامة: «يجوز أن يستأجر الكافر مسلما في ذمته ..» والشاهد في إطلاق «مسلمًا» وشموله للحرّ والعبد.

(4) فإنّ إطلاق قوله: «مسلمًا» يشمل الحرّ والعبد، فهو منشأ قوله: «ظاهر إطلاق كثير كالتذكرة .. إلخ».

(5) هذا هو العمل المباشر المقابل لوقوع الإجارة في الذمة الذي قال فيه في الخلاف: «صح بلا خلاف» لظهور قوله: «ليعمل عملا» في العمل مباشرة. فالإجارة على

(1) تقدمت المصادر آنفا.

و ادعى (1) في الإيضاح «أنه لم ينقل من الأمة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمة بالاستيجار».

خلافًا للقواعد و ظاهر الإيضاح، فالمنع مطلقًا (2)، لكونه سبيلًا.

و ظاهر الدروس التفصيل بين العبد و الحرّ، فيجوز في الثاني دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم للكافر مطلقًا (3)، قال (4) «و جوّزها الفاضل، و الظاهر (5) أنه أراد إجارة الحرّ المسلم» انتهى «1».

---

عمل مباشرٍ صحيحه أيضا عند الأصحاب كما في الخلاف، لظهور قوله: «عندنا» في الإجماع لكن لا إجماع مع كون المسألة خلافية.

(1) الغرض من نقل كلام الإيضاح تأييد ما اختاره من القول الثاني، و هو وقوع الإجارة في ذمة المسلم، لا وقوعها على المسلم مباشرة. و حاصله: أنّ اشتغال ذمة المسلم للكافر بسبب الإجارة يكون كاشتغال ذمته للكافر بسبب الاقتراض منه في الجواز و عدم الاشكال، لعدم كون مجرد اشتغال ذمة المسلم للكافر سبيلًا له عليه.

هذا ما استدل به فخر الدين قدّس سرّه للقول بالجواز، و لكنه لم يرتضه، لذهابه إلى المنع في الإجارة و الرهن معا، فلاحظ.

(2) يعني: سواء أوقعت الإجارة على الذمة أم على وجه المباشرة، لكون الإجارة مطلقًا سبيلًا. و سواء أكان الأجير حرًا أم عبداً، و هذا الإطلاق يكون في قبال تفصيل الدروس بين العبد و الحرّ بالجواز في الثاني دون الأوّل.

(3) سواء أوقعت الإجارة على العين أم على الذمة.

(4) يعني قال الشهيد قدّس سرّه في الدروس: «و جوّز الفاضل الإجارة». و العبارة لا تخلو من سماجة، و كان الأولى بسلاستها أن يقول المصنف: «حيث قال بعد أن منع ..»

و جوّزها ..» إذ لا حاجة إلى الجمع بين الذكر و القول.

(5) هذا أيضا كلام الشهيد، و غرضه توجيه كلام الفاضل - و هو العلامة قدّس سرّه - بأنّه أراد إجارة الحرّ المسلم دون العبد المسلم، فحينئذ يتفق الفاضل و الشهيد بناء على ما استظهره الشهيد من عبارته في جواز استيجار الحرّ المسلم.

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 199

ص: 315

وفيه (1) نظر، لأنّ ظاهر الفاضل في التذكرة جواز إجارة العبد المسلم مطلقا [1] ولو كان على العين.

نعم (2) يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك (3) الذي ملك منفعته.

بخلاف الحرّ، فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه ولا على منفعته، خصوصا (4) لو قلنا

---

(1) يعني: وفي استظهار الدروس جواز استيجار الحرّ المسلم من كلام الفاضل - دون العبد المسلم - نظر وإشكال. وجه النظر: أنّ الفاضل في كتاب التذكرة ذكر ما ظاهره جواز إجارة العبد المسلم من الكافر، ومع هذا الظهور كيف يستظهر من عبارته جواز إجارة الحرّ المسلم دون العبد المسلم؟

(2) استدراك على ما أورده على الشهيد بقوله: «وفيه نظر، لأنّ ظاهر الفاضل...».

وحاصله: أنّه يمكن توجيه الفرق - بين جواز إجارة الحرّ المسلم وعدمه في العبد المسلم - بأنّ يد المستأجر ثابتة على الملك الذي ملك منفعته، ويترتب عليه آثار اليد. وهذا يكون في العبد المسلم، وهو سبيل منفي بالآية المباركة. بخلاف الحرّ، فإنّه لا يدخل تحت اليد لا نفسا ولا منفعة حتى يثبت للمستأجر سبيل على الأجير، ولذا يجوز للكافر استيجار الحرّ المسلم دون العبد المسلم.

(3) خبر قوله: «أن يد» أي: أن يد المستأجر الكافر ثابت على العبد المسلم.

(4) وجه الخصوصية: أنّه لا ملكية للمنفعة حينئذ حتى يقال: إنّ الكافر لا يملك منفعة الحرّ.

---

[1] قد يقال: إنّ لا مورد لبيان هذا الإطلاق، لأنّ محلّ البحث هو التعميم والتخصيص من حيث الحرّية والعبودية، لا من حيث وقوع الإجارة على العين أو الذمة، لتقدم بحثه سابقا، هذا (1).

لكنّه لا ضير في بيان هذا الإطلاق بعد وضوح كون التعميم والتخصيص من حيث مورد الإجارة أيضا محلّ البحث والخلاف، وإن كان خارجا عن جهة البحث، وهي التعميم والتخصيص من حيث الحرية والعبودية.

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني قدّس سرّه، ج 1، ص 162

بأن إجارة الحرّ تملك الانتفاع لا المنفعة [1]، فتأمل (1).

(1) لعلّه إشارة إلى عدم الفرق في ثبوت السلطنة- التي هي السبيل - بين تملك المنفعة و تملك الانتفاع.

أو إشارة إلى: أنّه لا يبقى حينئذ فرق بين الإجارة والإعارة.

إلا أن يقال: إنّ في الإعارة ليس إلا مجرد الإذن والإباحة في الانتفاع من دون تملك. بخلاف الإجارة، فإنّها تملك المنفعة أو الانتفاع.

أو إشارة إلى: أنّ الاستيلاء المقصود في المقام غير اليد التي يكون إخبار ذبيها حجة، فإنّ تلك اليد مختصة بالمملوك. و أمّا الاستيلاء الذي يكون مقدمة لاستيفاء المال فهو ثابت على كلّ من الحرّ والعبد.

هذا ما يتعلق بإجارة العبد، وسيأتي الكلام في الأمر الرابع، وهو حكم جعله رهنا بيد الكافر.

[1] لا يخفى أنّه بناء على إرادة السلطنة من السبيل المنفي في الآية المباركة- و البناء على إبانها عن التخصيص - لا بدّ أن يكون النزاع في جواز إجارة العبد المسلم وإعارته وغيرهما من الكافر صغروياً، إذ المفروض إباء السبيل عن التخصيص ببعض أفراده حتى يكون النزاع كبروياً. فاللازم تنقيح الصغرى، و تعيين ضابط لها حتى يظهر حال الأقوال فيها، فنقول وبه نستعين:

إنّ السبب الموجب لارتباط الكافر اعتباراً بالمسلم تارة يكون مقتضياً لاستيلائه على المسلم، فلا يصح. و اخرى: لا يكون مقتضياً لذلك، فيصح بلا إشكال.

و يتطرّق هذان النحوان في باب الإجارة، فإجارة الأعيان قد تقتضي استيلاء المستأجر عليها كإجارة الدار و الدكان و نحوهما من الأعيان التي يستوفي المستأجر منفعتها إذا كانت تحت يده، و قد لا تقتضي الإجارة استيلاء المستأجر عليها، كإجارة السيارة و السفينة للحمل.

و كذلك إجارة الأعمال، فإنّها قد تقتضي استيلاء المستأجر الكافر على الأجير المسلم كإجارة المتعلقة بجميع منافع المسلم حرّاً كان أو عبداً، بحيث يملك الكافر جميع منافع



المسلم، فإنّ هذه الإجارة سبيل له على الأجير المسلم حرّاً كان أو عبداً، فلا تصح.

وكذا الأجير الخاص، كما لو استأجر الكافر مسلماً لعمل خاص كخياطة ثوب بمباشرته، بحيث لا يكون للأجير أن يعمل في مدة الإجارة لغير المستأجر الكافر، فإنّه سبيل له على المسلم، فلا تصح هذه الإجارة.

وقد لا تقتضي إجارة الأعمال استيلاء المستأجر الكافر على المسلم، كما إذا استأجر الكافر مسلماً لعمل في ذمّته كخياطة و نجارة. أو أجر السيد عبده كذلك، فإنّ هذه الإجارة لا توجب سبيلاً للكافر على المسلم، بل هي نظير الاقتراض من الكافر في أنّ مجرد مطالبة دينه من المسلم المقترض منه لا يكون سبيلاً له على المسلم.

وبالجملة: فلا محيص عن مراعاة هذا الضابط في غير الإجارة من العقود أيضاً. فكلّ عقد يقتضي استيلاء الكافر على المسلم لا يصحّ، لكونه سبيلاً له على المسلم. وكلّ عقد لا يقتضي ذلك- ولو بمعونة الشرط كارتهان العبد المسلم عند الكافر بشرط أن يكون عند مسلم- يصح، لعدم كونه سبيلاً على المؤمن.

وعليه فإطلاق عقد الرهانة يقتضي أن تكون العين المرهونة عند المرتهن وثيقة لدينه، فلا يصح هذا الرهن. وأمّا مع شرط كون المرهونة عند المسلم فيصح الرهن.

و المراد باقتضاء العقد دلالة العقد بذاته أو بمعونة الشرط على معنى يستلزم سلطنة الكافر على المؤمن أو عدمها، كإقتضاء إطلاق عقد الرهن لكون العين المرهونة عند المرتهن وثيقة لدينه. وهذا يقتضي سلطنة الكافر على المسلم، وهي سبيل منفي بالآية الشريفة. كما أنّ شرط كون الرهينة عند مسلم لا عند المرتهن الكافر يوجب انتفاء سلطنة الكافر عليه.

فالنتيجة: أنّ الارتهان عند الكافر غير صحيح على الأوّل، لكونه سبيلاً له على المؤمن، وصحيح على الثاني، لانتهاء السبيل فيه.

ولو شكّ في تحقق السبيل في بعض العقود، كإجارة الأموال فيما إذا توقف استيفاء المستأجر منفعة العين كالدكان على أن تكون بيده، لاحتمال كون هذه اليد سلطنة منفية بالآية الشريفة، و كونها وسيلة لأخذ حقّه، نظير مطالبة الدائن دينه من المديون في عدم كون ذلك سلطنة له على المديون، فالمرجع- بعد عدم أصل موضوعي- هو أصالة عدم مانعية هذه اليد

و أمّا (1) الارتهان عند الكافر، ففي جوازه مطلقاً (2) كما عن ظاهر نهاية الأحكام (3)،

(1) رهن العبد المسلم عند الكافر أي: جعل العبد المسلم عند الكافر وثيقة للدين. وهذا رابع الأمور المتعلقة بالعبد المسلم من حيث العقد عليه مع الكافر، وهو جعله رهناً للدين. وفيه وجوه- بل أقوال- أربعة كما نقله المصنف قدس سرّه عن الأصحاب.

(2) هذا الإطلاق في قبال التفصيل الآتي بين وضع العبد تحت يد الكافر، فلا يجوز الرهن، وبين وضعه عند مسلم إلى أداء الدين، فيجوز.

(3) قال العلامة قدس سرّه فيه: «يصحّ للكافر أن يرتهن العبد المسلم، إذ لا تسلط فيه عليه» «1».

[1] التي يتوقف عليها استيفاء منفعة الدار أو الدكان.

و مثل إيداع العبد المسلم عند الكافر في الجواز وعدم المنع- لعدم كونه سبيلاً للكافر على المسلم- توكيل مسلم كافراً في بيع العبد المسلم من مسلم، أو شرائه له. وكذا في غيره من سائر التجارات. وكذا في استيفاء الديون والحقوق للدينان وذوي الحقوق، فإنّ ذمة المسلم إذا اشتغلت بمال للكافر بسبب بيع السلف أو النسبة أو الاقتراض أو غيرها يجوز للكافر استيفاء ما في ذمة المسلم مباشرة و تسبياً و لو بتوكيل كافر مثله.

و ليست هذه التسليطات سبيلاً منفيّاً، لعدم كونها سلطنة على التصرف في رقبة العبد، بل ليس له إلاّ حقّ المطالبة بتفريغ ذمته عن مال الغير، كمطالبة مسلم من مثله، فلا مانع من تفويض هذا الحق إلى كافر مثله، هذا في الديون.

و أمّا الحقوق كالخيار و الشفعة و غيرهما، فلا مانع أيضاً من أن يوكل المسلم أو الكافر المستحق لها كافراً مثله في استيفائها.

و بالجملة: فكل ما يجوز للكافر مباشرة يجوز له تسبياً. فإذا كان لكافر حقّ الشفعة على مسلم جاز له أن يوكل كافراً في استيفائه منه. و إذا كان حق الشفعة لمسلم و وكل كافراً في استيفائه، فأولى بالجواز، لأنّ السبيل لمسلم على مسلم.

(1) نهاية الأحكام، ج 2، ص 458، و الحاكي عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 179

أو المنع (1) كما في القواعد و الإيضاح، أو التفصيل (2) بين ما لم يكن تحت يد الكافر، كما إذا وضعه (3) عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح في كتاب الرهن (4)، و الدروس و جامع المقاصد و المسالك «1»، أو التردّد (5) كما عن التذكرة،

---

(1) معطوف على «جوازه» و ظاهره المنع مطلقا أيضا، كما تقدم نقل عبارة بيع القواعد في (ص 313) «2».

(2) معطوف أيضا على «جوازه» و هذا قول ثالث في المسألة.

(3) يعني: كما إذا وضع المولى و الكافر المقرض العبد المسلم عند مسلم، حتى لا يكون للكافر الدائن يد على العبد المسلم.

(4) التقييد بكتاب الرهن للتبنيه على تعدد رأي العلامة و فخر المحققين في جواز رهن العبد المسلم عند الكافر، ففي كتاب البيع من القواعد رجّح المنع مطلقا، كما تقدم آنفا، و في كتاب الرهن منه يستفاد التفصيل المذكور في المتن. قال: «ولا- أي: و لا يصح رهن- العبد المسلم أو المصحف عند الكافر، فإن وضعه على يد مسلم فالأقرب الجواز» «3». و رجّحه المحقق الثاني، و منع ما تقدم في بيع القواعد، فراجع.

(5) معطوف أيضا على «جوازه» يعني: أو التردد في جواز ارتهان العبد المسلم عند الكافر و عدمه، و التوقف في حكم المسألة.

و لم أقف على تردّد العلامة في التذكرة بعد ملاحظة البيع و الرهن، و لا في مفتاح الكرامة. و لعلّ المصنف استظهر ذلك من عدم ترجيح أحد الوجهين، حيث قال:

«في صحة ارتهان الكافر المسلم و جهان للشافعي، و سيأتي» «4». و لكنه منع ذلك في باب

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 5، ص 83، و لاحظ: المبسوط، ج 2، ص 232، الدروس الشرعية، ج 3، ص 390، جامع المقاصد، ج 4، ص 63، و ج 5، ص 51، مسالك الأفهام، ج 4، ص 24

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 17، إيضاح الفوائد، ج 1، ص 413

(3) قواعد الأحكام، ج 2، ص 110، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 11

---

(4) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 21 (الطبعة الحديثة) ج 1، ص 463 (الطبعة الحجرية) و كذلك ج 2، ص 19

وجوه (1). أفتواها الثالث (2)، لأنّ (3) استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيل، بخلاف استحقيقه لأخذ حقه من ثمنه (4).

### إعارة العبد المسلم من كافر

و أمّا إعارته (5) من كافر، فلا يبعد المنع وفاقا لعارية القواعد (6)

---

الرهن فقال: «فالأقرب المنع، لما فيه من تعظيم شأن الإسلام...».

(1) مبتدء مؤخر لقوله: «ففي جوازه».

(2) وهو التفصيل بين كون العبد المسلم المرهون عند المسلم، فيجوز، وبين كونه عند الكافر فلا يجوز. والوجه في ذلك ثبوت السبيل للكافر على المسلم في الصورة الثانية، وهي كون المسلم عند الكافر، لأنّ استحقيقه لكون المسلم عنده سبيل له على المسلم. بخلاف الصورة الأولى، فإنّ مجرد استحقيق الكافر لأخذ حقه من ثمن العبد المسلم ليس سبيلا للكافر عليه، كاستحقيقه لمطالبته دينه من المسلم الذي اقترض منه في عدم كونه سبيلا للكافر على المسلم.

(3) تعليل لما اختاره من الوجه الثالث، وقد اتضح بقولنا: «والوجه في ذلك ثبوت السبيل للكافر على المسلم». وهذا بخلاف استحقيق الكافر لأخذ دينه من ثمن العبد المسلم، لأنه ليس سبيلا للكافر على المسلم، نظير استحقيقه لمطالبته دينه من المسلم الذي اقترض منه.

(4) أي: من ثمن العبد المسلم.

إعارة العبد المسلم من كافر

(5) يعني: إعارة العبد المسلم من كافر. وهذا خامس الأمور المتعلقة بالتصرف في العبد المسلم، وهو جعله عارية عند كافر.

و المصنف قدّس سرّه تبعاً لجماعة نفى البعد عن منعها، لأنّ الإعارة تسليط للكافر على الانتفاع بالمسلم، وهو سبيل منفيّ بالآية الشريفة.

(6) قال فيها: «و يحرم إعارة العبد المسلم من الكافر» «1».

و التقييد ب «عارية القواعد» للتنبية على إجمال ما في بيع القواعد، لقوله:

---

(1) قواعد الاحكام، ج 2، ص 193، جامع المقاصد، ج 4، ص 65

ص: 321

و جامع المقاصد و المسالك، بل (1) عن حواشي الشهيد رحمه الله «أن الإعارة و الإيداع أقوى من الارتهان» (1).

و هو (2) حسن في العارية، لأنها تسليط على الانتفاع، فيكون سبيلا و علواً.

و محلّ (3) نظر في الوديعة؛

---

«و الأقرب جواز الإيداع له و الإعارة عنده» (2). فهل المراد جواز جعل العبد المسلم عارية عند الكافر كما استفاده السيد العميد (3)، فيكون مخالفا لما في عارية القواعد، و لذا قال المحقق الثاني قدس سرّه في كتاب العارية: «هذا عدول عمّا ذكره في التجارة، إلّا على بعض المحامل التي نزلنا عليها العبارة هناك» (4). أم جواز جعل المسلم عبده الذمّي عارية عند المسلم أو عند الكافر، و حينئذ فلا تدلّ العبارة على صحة إعارة العبد المسلم للكافر؟ كما حكى عن حواشي الشهيد قدس سرّه، فلا يكون هناك عدول- عمّا في بيع القواعد- إلى المنع الذي هو صريح عاريته. أم أنّ المراد شيء آخر، فراجع جامع المقاصد و مفتاح الكرامة (5).

(1) الوجه في الإتيان ب «بل» هو ظهور كلام العلامة و المحقق الثاني قدس سرّهما في استواء الرهن و العارية في المنع. و لكن الشهيد قدس سرّه جعل المنع في العارية و الوديعة أقوى في الرهن، لأنّ المرتهن ممنوع من التصرف و استخدام العبد، فقد يخفى صدق «السبيل» فيه.

بخلاف العارية التي يثبت بها التسلط على الانتفاع، و هو سبيل بلا ريب، و المفروض كون مطلق السبيل منفيًا بالآية الشريفة.

(2) يعني: و كون المنع أقوى حسن في العارية دون الوديعة، لتحقق السبيل و العلوي في الإعارة كما مرّ آنفاً، و عدم تحقق السلطنة و الاستيلاء في الوديعة حتى تشملها الآية المباركة.

(3) معطوف على «حسن» يعني: و كون المنع أقوى محل نظر في الوديعة.

---

(1) حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 180

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 17

(3) كنز الفوائد، ج 1، ص 383

(4) جامع المقاصد، ج 6، ص 62

(5) جامع المقاصد، ج 4، ص 62-65، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 179 و 180

لأنّ التسليط (1) على الحفظ، وجعل (2) نظره إليه مشترك بين الرهن والوديعة، مع زيادة (3) في الرهن

(1) هذا بيان لوجه النظر، وتوضيحه: أنّ وجه المنع مشترك بين الرهن والوديعة.

لكون كلّ من المرتهن والودعي مسلّطين على العين المرهونة والوديعة، ويكون نظر كلّ منهما متّبعاً في حفظهما. إلا أنّ الفارق بين الأمرين - حيث قالوا بمنع رهن العبد المسلم من الكافر دون إيداعه عنده - هو: أنّ في الرهن زيادة لم تتحقق في الوديعة، وهي: أنّ المرتهن منع الراهن المالك للعبد من التصرف فيه إلا بإذنه، وكذا له إلزام السيد ببيع العبد لاستيفاء الدين، وهذه الزيادة أوجبت بطلان رهن العبد المسلم عند الكافر، لكونه سبيلاً له عليه.

بخلاف تسلط الودعي على الحفظ، لكونه محض استئمان ويرجع إلى نفع المسلم، لا إلى ضرره كي يكون سبيلاً عليه، فلذا يسهل الأمر في جواز إيداع العبد المسلم عند الكافر.

(2) معطوف على «التسليط» وضمير «نظره» راجع إلى العبد المسلم، وضمير «إليه» راجع إلى الكافر. وقوله: «مشترك» خبر «لأنّ».

(3) تظهر هذه الزيادة من كلمات القائلين بصحة رهن العبد المسلم من الكافر لو وضع عند مسلم، وقد ذكرها السيد العاملي قدّس سرّه في مقام الاحتجاج لصحة هذا الرهن.

إلا أنّ صاحبي الرياض والحدائق تشبّتا بهذه الزيادة في مقام الإيراد على من قال بجواز رهن العبد المسلم عند الكافر إذا وضع عند مسلم، و بطلان جعل الخمر رهناً عند المسلم إذا وضعها الراهن عند ذمّي.

قال سيّد الرياض: «و من هنا ينقدح الوجه في المنع عن رهن العبد المسلم والمصحف عند كافر ولو وضع عند مسلم، فإنّ رهنهما عنده نوع تسليط له عليهما منفيّ آية و اتفاقاً. وقيل بالجواز فيهما بعد الوضع في يد المسلم، لانتفاء السبيل بذلك .. وفيه نظر، مع غموض الفرق بينه وبين الخمر التي قد منع عن رهنها القائل المزبور» (1).

ونحوه كلام المحدث البحراني في النقض على الأكثر القائلين ببطلان جعل الخمر رهناً عند مسلم ولو بالوضع عند ذمّي، فراجع (2).

(1) رياض المسائل، ج 9، ص 196 (ج 1، ص 582) الحجرية.

(2) الحدائق الناضرة، ج 20، ص 250

- التي قيل من أجلها بالمنع (1)- وهي (2) التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه، و تسلّطه (3) على إلزام المالك ببيعه.

وقد صرّح في التذكرة «1» بالجواز في كليهما (4).

### [وقف الكافر عبده المسلم]

و ممّا ذكرنا (5) يظهر عدم صحّة وقف الكافر عبده المسلم

و المتحصل من كلامهما: أنّ يد الودعي يد المودع، فكما أنّ جعل الخمر وديعة عند الذمي لا تنفي سلطنة المسلم عليها، فكذا سلطنة الكافر المرتهن للعبد المسلم على البيع باقية و لو كان العبد في المدّة عند مسلم، فما الفارق بين المسألتين؟

و الظاهر أنّ تعبير المصنف ب «قيل» إشارة إلى ضعفه، و أنّ مجرد منع المالك عن التصرف في العين المرهونة و تسلّط الراهن على إلزام المالك بالبيع، لا يقتضي بطلان الرهن. قال السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه: «و لا يستلزم- أي الرهن- استحقاق تملك، و إنّما يستلزم منع المالك عن التصرف. و ذلك لا يستلزم سبيلا للغير، لأنّه ممنوع أيضا، و يستلزم إيفاء دينه من ثمنه .. و البائع هو الوكيل أو الحاكم. و على كلا التقديرين هو ليس بسبيل» «2».

(1) أي: منع رهن العبد المسلم من الكافر.

(2) أي: الزيادة التي تكون في الرهن عبارة عن منع المالك عن التصرف في العين المرهونة إلا بإذن المرتهن، و هو الكافر هنا.

(3) معطوف على «التسلط» و الضمير راجع إلى المرتهن.

(4) الضمير راجع إلى العارية و الوديعة، و الأولى أن يقال: «كليهما».

هذا تمام الكلام في حكم وضع العبد المسلم- عند الكافر- عارية أو وديعة.

و سيأتي الكلام في الوقف.

(5) وقف الكافر عبده المسلم أي: من عدم جواز إعاره المسلم من الكافر لكونه تسليطا على الانتفاع- و هو

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 22

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 83

على أهل ملّته (1).

### [المقصود من الكافر هنا]

ثم إنّ (2) الظاهر من الكافر [1]

سبيل له على المسلم، وذلك منفي بالآية المباركة- يظهر عدم صحة وقف الكافر العبد المسلم على أهل ملّته، وهم الكفار. وذلك لأنّ الوقف عليهم تسليط منهم على المسلم، وهو السبيل المنفي في الشريعة.

(1) أي: ملّة الكافر، و الملّة هي الشريعة أو الدّين.

وقيل في الفرق بين الملّة و الدين: إنّ الملّة هو المنزل من الله تعالى إلى أنبيائه، و الدّين هو العمل بذلك المنزل. هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

(2) المقصود من الكافر هنا هذا شروع في ثانية جهات البحث في هذه المسألة، والغرض من التعرض له تنقيح الموضوع، وهو الكافر و المسلم المجعولان لأحكام، فيقع الكلام في مقامين.

و حاصل ما أفاده المصنف قدّس سرّه في المقام الأوّل: أنّ الظاهر من الكافر هو كلّ من حكم بنجاسته و إن انتسب إلى الإسلام كالنواصب، و هم المتدينون ببغض مولانا أمير المؤمنين صلوات الله عليه. و ليس المراد من الكافر هنا خصوص المنكر للتوحيد أو الرسالة كما قيل: إنّ الظاهر من الكافر.

[1] لا يخفى أنّ الكفر لغة هو الجحود، ففي المجمع: «وَلَا تَكُونُوا أَوَّلَ كَافِرٍ بِهِ، أَي:

أوّل من كفر به و جحد» إلى أن قال: «فقد كفر بالله جحد، فالكافر الجاحد للخالق .. و الكفور الجحود، يجحد الخالق مع هذه الأدلة الواضحة» (1).

و على هذا فاستعمال الكفر في الجحود مطلقاً- من جحود الخالق و الرّسول و إنكار الضروري- استعمال في معناه اللغوي، لكونه استعمالاً في أفراد المعنى الكلّي اللغوي، و لم يثبت له حقيقة ثانوية تخصّصية أو تخصيصية، و إن كان جحود خاص موضوعاً لأحكام شرعية كالسفر و الحضر. لكنه لا يوجب وضعاً ثانوياً له.

(1) مجمع البحرين، ج 3، ص 474



كلّ من حكم بنجاسته [1] ولو انتحل الإسلام، كالتواصب و الغلاة و المرتدّ، غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية (1)، و لذا (2) استدلل الحنفيّة- على ما حكى عنهم- ب «لن يجعل» على حصول [لحصول] البيونة بارتداد الزوج «1».

و هل يلحق بذلك (3) أطفال الكفّار؟

---

(1) لا ضير في عدم وجود هذه الأفراد- في عصر النزول- بعد كون القضية حقيقية.

(2) أي: و لأجل كون الظاهر من الكافر كلّ من حكم بنجاسته- لا خصوص المنكر للتوحيد أو الرسالة- استدلل الحنفيّة بالآية على حصول البيونة و انقطاع علقة الزوجية بسبب ارتداد الزوج مطلقا و لو بإنكار ضروريّ من ضروريّات الدين.

فلو كان المراد من الكافر في آية نفي السبيل خصوص المنكر للتوحيد أو الرسالة لم يصح الاستدلال المذكور، لعدم كون المنكر لضروريّ مطلقا منكرا للتوحيد أو الرسالة.

و تعرض المصنف لاستدلال الحنفيّة إنّما هو لأجل كونهم من أهل اللسان كغيرهم ممّن هو فاسد المذهب إذا كان من أهل اللسان، فلا يرد عليه ما في بعض الحواشي من عدم حجية فهم الحنفيّة.

(3) أي: هل يلحق بالكفّار أطفالهم في الأحكام، كعدم جواز تملك العبد المسلم و عدم تملك منفعتة، و ارتهانه، و إعارته من الكافر؟ أم لا يلحق أطفالهم بكبارهم.

و فرض المسألة هو: أن يكون المتصدّي لشراء العبد المسلم لطفل الكافر مسلما، كما إذا كان وصيّا له من قبل أبيه أو جدّه الكافرين، فإنّه يتجه البحث عن حكم هذا

---

و عليه فتعريف الكافر بما في المتن تعريف باللازم، لا بالذاتي، بل ليس تعريفا باللازم أيضا، لعدم تسلّم نجاسة الكافر مع اختلافهم في نجاسة الكتابي.

[1] لا- يخفى أنّ مقتضى عكس نقيضه هو «كلّ من لا يحكم بنجاسته ليس بكافر» مع أنّه يمكن أن يكون كافرا و لا يكون نجسا، كما قيل بطهارة الكتابي.

---

(1) راجع الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ص 223، و فيه «لأنه لا يحل للكافر أن يستولي على المسلمة بحال من الأحوال، و يفرّق بينهما عاجلا بدون قضاء».

الشراء صحة وفسادا. و أمّا لو كان المتصدي لشراء العبد المسلم- بمال الطفل الكافر- كافرا، فهو مشمول للبحث السابق من منع سبيل الولي الكافر على العبد المسلم.

(1) من عدم صدق «الكافر» حقيقة على أطفالهم، سواء أكان الكفر وصفا وجوديًا مضافًا للإيمان، أم عدميًا.

أمّا على الأوّل فواضح. و أمّا على الثاني فلأنّ الكفر بمعنى عدم الإسلام، و من المعلوم أنّ التقابل بين الإسلام و الكفر تقابل العدم و الملكة، لا تقابل السلب و الإيجاب.

و عدم الملكة منتف في أطفال الكفار، فلا يلحق الأطفال بالبالغين.

و من كون المراد بالكافر أعمّ من الحقيقي و الحكمي، فيلحقون بكبارهم، لأنّ هذه الأعمية مقتضى حكومة [1] ما دلّ على كون أطفالهم بمنزلة كبارهم في الأحكام و الآثار.

و لو شك في شمول أدلة المنع لأطفالهم فمقتضى عمومات الصحة صحة انتقال المسلم إلى طفل الكافر، لمرجعية العام في المخصص المجمل المفهومي الدائر بين الأقل و الأكثر، و للاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن و هو الكافر البالغ.

(2) هذا هو المقام الثاني ممّا تعرّض له في الجهة الثانية- أي المراد بالمسلم في هذه المسألة- و محصله: أنّ المراد بالمؤمنين في آية نفي السبيل ما يعم السبّي الفاقد للولاية، و لا يختص بالشيوعي، و ذلك لأنّه مسلم، فيعلو و لا يعلى عليه. و اختصاص إطلاق «المؤمن» على الشيوعي صار من زمان الصادقين عليهما السلام. فالمؤمن الذي يطلق على الشيوعي إمّا منقول، و إمّا مشترك لفظي، و إمّا مجاز مشهور، و الثاني غير بعيد.

[1] هذه الحكومة غير ظاهرة، لتوقفها على عموم دليل تنزيل الأطفال منزلة البالغين.

و لم نعثر- إلى الآن- على هذا الدليل. و المتيقن هو ثبوت بعض الأحكام للأطفال كالنجاسة، و التبعية في السبّي. فأية نفي السبيل لا تشمل أطفال الكفار، فنقل العبد المسلم إلى طفل الكافر بتوسط وليّه المسلم لا بأس به. نعم يشكل ذلك إذا كان بتوسط وليّه الكافر، لتحقق السبيل حينئذ للكافر على المؤمن.

لأنه مسلم (1)، فيعلو ولا يعلى عليه.

والمؤمن (2) في زمان نزول آية «نفي السبيل» لم يرد به (3) إلا المقرّ بالشهادتين.

ونفيه (4) عن الأعراب «الذين قالوا آمنا» بقوله (5) تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ «1» إنما (6) كان لعدم اعتقادهم بما أقرّوا (7).  
فالمراد بالإسلام

---

وعليه فالعبد المسلم - سواء أكان إماميًا أم عاميًا - يحرم بيعه من الكافر.

(1) حيث إنّه مقرّ بالشهادتين، وهو المناط في إسلام شخص.

(2) مبتدء خبره جملة «لم يرد» وهذا إشارة إلى إشكال ودفع. أمّا الإشكال فهو:

أنّ المذكور في آية نفي السبيل هو المؤمن المغاير للمخالف، فبأيّ وجه يشمل المخالف، ويقال: بعدم جواز انتقال العبد السّنيّ إلى الكافر؟

وأمّا الدفع فهو: أنّ المراد بالمؤمن في زمان نزول الآية هو المقرّ بالشهادتين، فالمسلم أعمّ مطلقاً من المؤمن المصطلح الحادث، إذ كلّ مؤمن مسلم، ولا عكس.

(3) أي: بالمؤمن في آية نفي السبيل. وهذا إشارة إلى الدفع الذي اتضح بقولنا:

«و اما الدفع فهو ان المراد .. إلخ».

(4) مبتدء خبره جملة «إنما كان» أي: ونفي الإيمان عن الأعراب. ثم إنّ هذا إشارة إلى وهم ودفع. ومحصل الوهم هو: أنّ إرادة المقرّ بالشهادتين فقط من المؤمن في آية نفي السبيل - بدون زيادة الاعتراف بالإمامة على ذلك - تنافي نفي الإيمان عن الأعراب الذين قالوا: آمنا و اعترفنا بالشهادتين، بقوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ.

(5) متعلق ب «نفيه».

(6) هذا دفع الوهم المذكور، وحاصله: أنّ نفي الإيمان عن الأعراب ليس لبيان الفرق بين الإيمان والإسلام، بل نفيه عنهم إنّما هو لأجل عدم اعتقادهم بما أقرّوا به، فالمنفي هو الاعتقاد بالشهادتين، والمثبت هو التلقظ بهما.

(7) كذا في النسخ، والمناسب إضافة «به» إليه حتى يتحقق العائد إلى الموصول في «بما».



هنا (1) أن يسلم نفسه لله ورسوله في الظاهر لا- الباطن. بل (2) قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دَلَّ عَلَى أَنَّ مَا جَرَى عَلَى أَلْسِنَتِهِمْ مِنَ الْإِقْرَارِ بِالشَّهَادَتَيْنِ كَانَ إِيمَانًا فِي خَارِجِ الْقَلْبِ.

و الحاصل: أَنَّ الْإِسْلَامَ وَالْإِيمَانَ فِي زَمَانِ الْآيَةِ كَانَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ (3).

وَأَمَّا (4) مَا دَلَّ عَلَى كُفْرِ الْمُخَالَفِ بِوِاسْطَةِ انْكَارِ الْوَلَايَةِ، فَهُوَ (5) لَا يَقَاوِمُ

---

(1) أي: في آية نفي السبيل، فالإسلام مع عدم اعتقادهم بما أقرّوا به من الشهادتين ظاهري لا باطني، بأن يسلموا أنفسهم لله ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم في الظاهر وعند الناس، لا الباطن.

(2) يعني: بل يطلق الإيمان أيضا على الإسلام الصوري على ما يستفاد من قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ حَيْثُ إِنَّ الْجَارِي عَلَى أَلْسِنَتِهِمْ مِنَ الشَّهَادَتَيْنِ إِيمَانٌ فِي خَارِجِ الْقَلْبِ، كَمَا أَنَّ الْاِعْتِقَادَ بِالشَّهَادَتَيْنِ إِيمَانٌ فِي دَاخِلِ الْقَلْبِ. فكل من المتلبس بالإيمان اللساني والقلبي موضوع لنفي السبيل المذكور في الآية الشريفة، لكون كل منهما مؤمنا. فالمؤمن في الآية هو المقرّ بالشهادتين سواء أكان إيمانه قلبيا أم لسانيا.

(3) وهو الإقرار بالشهادتين مطلقا سواء أكان مع الاعتقاد بهما أم بدونه.

(4) إشارة إلى إشكال، وهو: أن تعميم المسلم للمخالف لكونه مقرّا بالشهادتين ينافي ما دلّ من الروايات على كفر المخالف بسبب إنكاره للولاية كما ذهب إليه جمع (1) استنادا إلى النصوص المستفيضة، مثل ما رواه ثقة الإسلام بسنده عن مولانا الإمام أبي جعفر الباقر عليه السلام. قال: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ نَصَبَ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامَ عِلْمًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَلْقِهِ، فَمَنْ عَرَفَهُ كَانَ مُؤْمِنًا، وَ مَنْ أَنْكَرَهُ كَانَ كَافِرًا، وَ مَنْ جَهِلَهُ كَانَ ضَالًّا، وَ مَنْ نَصَبَ مَعَهُ شَيْئًا كَانَ مُشْرِكًا، وَ مَنْ جَاءَ بِوَلَايَتِهِ دَخَلَ الْجَنَّةَ» (2) لظهور كفر المنكر - بقرينة مقابله لضلالة الجاهل - في جحود الحقّ عنادا واستكبارا بعد قيام الأدلة عليه في ذلك.

(5) هذا جواب «أمّا» و جواب الإشكال المذكور، و حاصله: أن تلك الروايات الدالة على كفر المخالفين لا تصلح للمعارضة و لا تقاوم مع ما دلّ على إسلام المخالف

---

(1) راجع الحدائق الناضرة، ج 5، ص 175-188

(2) الكافي، ج 1، ص 437، كتاب الحجّة، باب فيه تنف و جوامع من الرواية في الولاية، ح 7

بظاهرة لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم (1)، من (2) التناكح و التوارث، و حقن الدماء، و عصمة الأموال، و أنّ (3) الإسلام ما عليه جمهور الناس.

لكونه مقرًا بالشهادتين، و جريان جميع أحكام الإسلام عليه، و أنّ الإسلام ما عليه جمهور الناس، و هم المخالفون.

وجه عدم المقاومة: أنّ الكفر مقابل للإسلام، و لهما بحسب الآيات و الروايات معان متعددة. فقد يطلق الإسلام على مجرد إظهار الشهادتين، و الكفر المقابل له- الموضوع لآثار شرعية كالنجاسة و عدم التوارث و غير ذلك- هو الشرك و التهود و التنصّر.

و قد يطلق على ما يرادف الإيمان- و هو التصديق القلبي- مضافا إلى الإقرار باللسان. و الكفر المقابل له شامل لمن يظهر الشهادتين.

و قد يطلق على غير ذلك، كما أنّ للإيمان إطلاقا.

و من المعلوم أنّ الآثار المترتبة على الكفر بالمعنى الأول- و هو المقابل للإسلام بالإقرار اللساني- لا تترتب على الكفر بالمعنى الثاني، لتعدد الموضوع حسب الفرض.

و عليه فتكفير منكر مطلق الامام عليه السّلام لا يكفي بنفسه للحكم بترتب أحكام الكافر بالمعنى الأول- عليه «1».

هذا مع الغض عمّا قيل من: أنّ لسان ما دلّ على كفر المخالف لسان التنزيل في الآثار الأخروية، كما تدلّ عليه رواية حمران الآتية، فيكون أجنبًا عن الأحكام الشرعية الدنيوية «2»، و لا- حاجة حينئذ إلى الجمع الدلالي بين النصوص، أو تضعيف أخبار النجاسة بإعراض الأصحاب عنها، و نحوه.

(1) أي: على المخالفين، و كان الأولى أفراد الضمير، لرجوعه إلى المخالف.

(2) بيان لأحكام الإسلام.

(3) معطوف على «جريان».

(1) راجع جواهر الكلام، ج 6، ص 60

(2) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1، ص 163

ص: 330

ففي رواية حمران بن أعين: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الإيمان ما استقرّ في القلب [1] و أفضى به (1) إلى الله تعالى، و صدّقه (2) العمل بالطاعة لله، و التسليم.

لأمر الله. و الإسلام (3) ما ظهر من قول أو (4) فعل، و هو (5) الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلّها، و به حقنت الدماء، و عليه (6) جرت المواريث، و جاز (7) النكاح، و اجتمعوا (8) على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحجّ فخرجوا بذلك (9) من الكفر، و أضيفوا إلى الإيمان .. إلى أن قال (10) فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من

---

(1) أي: بلغ و انتهى به إلى الله تعالى.

(2) أي: و صدّق الايمان العمل، فالإيمان اعتقاد بالجنان و عمل بالأركان.

(3) معطوف على «الايمن» و حاصله: أنّ الإسلام هو العمل الجوارحي من قول، و هو الإقرار بالشهادتين، و فعل و هو الإتيان بالصلاة و سائر العبادات.

(4) كذا في المصدر و بعض النسخ، و في نسختنا العطف بالواو، و هو غير موافق لما في الكافي.

(5) أي: و الإسلام، فإنّه هو الإسلام الذي عليه جميع فرق المسلمين.

(6) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان إلى الإسلام.

(7) كذا في الكافي، و بعض النسخ المصححة، و ما في نسختنا «من جازت» خطأ.

(8) معطوف على «حقنت» يعني: و بالإسلام حقنت الدماء و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة.

(9) أي: بالإسلام خرجوا من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان.

(10) أي: قال الراوي: فهل للمؤمن .. إلخ. و المراد بالفضائل ظاهراً المستحبات،

---

[1] فالإيمان على هذا من صفات النفس، بخلاف الإسلام، فإنّه من صفات الجوارح، لكونه من السّلم و الانقياد، كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «و الإسلام ما ظهر من قول و فعل» فليس الإسلام و الايمان بمعنى واحد، و من الألفاظ المترادفة كما هو صريح قوله:

«و الحاصل أن الإسلام و الايمان في زمان الآية كانا بمعنى واحد».

الفضائل والأحكام والحدود وغير ذلك؟ قال: (1) لا- [بل] (2) هما يجريان في ذلك (3) مجرى واحد، ولكن للمؤمن فضل على المسلم في إعمالهما، و ما يتقرَّبان به إلى الله تعالى» «1».

و من جميع ما ذكرنا (4) ظهر أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان

---

وبالأحكام التكليف الإلزامية.

(1) يعني: قال الامام عليه الصلاة والسلام: هما- أي المؤمن والمسلم- يجريان ..

الخ.

(2) كذا في نسختنا، وليس في الكافي كلمة «بل».

(3) حاصله: أنه لا فضل للمؤمن على المسلم في الخطابات الإلهية، وإنما الفضل له في آثار الأعمال في الآخرة.

(4) أي: ظهر من جميع ما ذكرنا- من أن الإسلام ما عليه جمهور الناس، وأن الإسلام ما ظهر من قول وفعل- أن العبد المسلم السني لا يصح نقله إلى الكافر ببيع وغيره، كعدم صحة نقل العبد المسلم الشيعي إلى الكافر، من دون تفاوت بينهما.

وهذا الذي ذكرناه يظهر من عبارة المصنف قدس سره وإن لم يصرح به هنا، والذي صرح به هنا هو: أن مقتضى ما ذكره من معنى الإسلام، وأنه الإقرار بالشهادتين هو كون المخالف مسلماً، فيجوز بيع المملوك الشيعي من مسلم مخالف وإن كان المبيع جارية، إذ المفروض إسلام كليهما.

نعم إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف لروايات تأتي الإشارة إليها اقتضت فحواها حرمة بيع الجارية المؤمنة من الكافر.

توضيح الفحوى: أن تزويج المخالف بالمؤمنة تسليط منه على بضعها فقط، فإذا حرم التسليط على بضعها كذلك بالزواج حرم تسليط المخالف عليها بالشراء بالأولية، لأنه بالشراء يصير مالكا لها مسلطاً على جميع شؤونها الحياتية، وتقع هي تحت سيطرة تمام أوامره و نواهيها. وهذا أعظم سبيل للمخالف على المؤمنة، فتكون هذه الفحوى دليلاً على حرمة نقل المملوك الشيعي إلى السني بعد عدم الفصل بين العبد والأمة.

---

(1) أصول الكافي، ج 2، ص 26، ح 5

ص: 332



جارية (1)، إلا (2) إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف، لأخبار دلت على ذلك (3)، فإن فحواها (4) [1]

(1) يعني: ولو كان المبيع المسلم جارية مؤمنة، فإنه يجوز بيعها من المخالف، وهو المسلم السني.

(2) استثناء من قوله: «لا بأس ببيع المسلم من المخالف». أي: إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة الشيعية من المسلم المخالف، كما نقله في الجواهر عن أستاذه كاشف الغطاء من «أنه لا يبعد اشتراطه- أي اشتراط الإيمان بالمعنى الأخص وهو الاعتقاد بالولاية- في الإمام، لظاهر بعض النصوص» ثم أشار صاحب الجواهر إلى نصوص النكاح. وهو وإن لم يلتزم به لكنه جعله موافقا للاحتياط الذي لا ينبغي تركه «1».

نعم اختار السيد العاملي المنع استنادا إلى العلة المنصوصة، فقال: «و العلة المنصوصة في عدم تزويج المؤمنة من المخالف تدل على ذلك» «2» ويحتمل إرادة كل من المساواة والأولوية.

(3) أي: على حرمة التزويج المزبور و بطلانه. فمن تلك الأحاديث رواية الفضيل بن يسار: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب، فقال: لا والله ما يحل. قال فضيل: ثم سألته مرة أخرى، فقلت: جعلت فداك ما تقول في نكاحهم؟ قال: والمرأة عارفة؟ قلت: عارفة، قال: إن العارفة لا توضع إلا عند عارف» «3». ودلالة ذيل هذا الحديث على حرمة تزويج المؤمنة بالمخالف- أي السني - ظاهرة.

(4) أي: فحوى تلك الأخبار تدل على المنع عن بيع الجارية المؤمنة من المخالف

[1] قد يورد على هذه الفحوى بأن المحرم إن كان هو السلطنة على الوطي في الزواج كانت الفحوى في محلها، لأن السلطنة على الوطي في المورد أقوى، لكونها بزيادة

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 338

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 178

(3) وسائل الشيعة، ج 14، ص 424، الباب 10 من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه، الحديث 5، ونحوه الحديث 3، وفيه «ولا- يتزوج المستضعف مؤمنة».

ص: 333

تدلّ على المنع من بيع الجارية المؤمنة (1).

لكن (2) الأقوى عدم التحريم.

## [موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]

### إشارة

ثمّ إنّه قد أستثنى [1] من عدم جواز تملك الكافر (3) للعبد المسلم مواضع:

وقد مرّ تقريب الفحوى بقولنا: «توضيح الفحوى: أنّ تزويج المخالف .. إلخ».

ويمكن أن يكون وجه الأولوية أنّ المملوكة تأخذ من دين سيّدها أكثر مما تأخذه الزوجة من دين زوجها، فحرمة تملك المخالف لها أولى من تزويجها، فتأمل.

(1) أي: بيع الجارية المؤمنة من المخالف.

(2) هذا مختار المصنف المنسوب إلى المشهور. و عليه فلا مجال للفحوى المزبورة.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية، و سيأتي البحث في مستثنيات حرمة تملك الكافر للعبد المسلم.

(3) موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم يعني: بناء على مذهب المشهور من عدم جواز تملك الكافر للمسلم، يستثنى من عدم الجواز مواضع. وهذا بيان لثلاثة جهات البحث في هذه المسألة.

ملك الرقبة. وأمّا إن كان المحرّم عنوان الزّواج لا حكمه- و هو جواز الوطي- و المفروض أن حقيقة الزواج مغايرة للمملوكيّة و غير موجودة فيها، فلا مساواة فضلًا عن الأولوية، هذا (1).

ويمكن أن يقال: إنّ الزّواج و إن كان حقيقة غير المملوكية، لكنّ لَمّا كان أظهر آثاره جواز الوطي، فمنصرف الدليل هو الوطي، فتصحّ حينئذ دعوى الفحوى، بأن يقال: إن لم يكن وطؤها بالزواج جائزاً فعدم جوازه بالملك أولى، فليتأمل.

[1] التعبير بالاستثناء لا يخلو من المسامحة، لأنّه إخراج حكمي، كإخراج «زيد» من «القوم» في قوله: «جاء القوم إلا زيدا» فإنّ «زيداً» خارج عن حكم القوم وهو المجيء، لا عن أصل الموضوع وهو القوم. فلو كان الملك الآنيّ التطرفي غير الملك المستقر الذي هو موضوع عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم كان الإخراج موضوعياً لا حكماً حتى يكون من باب الاستثناء.

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدّس سرّه، ج 1، ص 234

ص: 334

منها (1) ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعتاق، بأن يكون ممنّ يعتق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب (2)، أو ظاهرا (3) كمن أقرّ بحرّية مسلم ثمّ اشتراه، أو بأن (4) يقول الكافر للمسلم: «أعتق عبدك عني بكذا» فأعتقه. ذكر ذلك العلامة

(1) أي: من تلك المواضع المستثناة- من عدم جواز تملك الكافر للمسلم- ما إذا كان شراؤه مستعقبا لانعتاقه، والمذكور في الموضوع الأول موارد ثلاثة:

أولها: من يعتق على المشتري قهرا واقعا كالعمودين، فإذا اشترى الكافر أباه المسلم أو ولده، ملكه بالشراء، ولكن يعتق عليه. وحيث إنّ العتق متوقف على الملك، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا عتق إلا بعد ملك» «1» فلا بدّ من دخول العبد المسلم في ملك أبيه أو ولده حتى يعتق فهذا من موارد تملك الكافر للعبد المسلم أو الأمة المسلمة.

(2) كالعمودين: الآباء والأولاد. وهذا الانعتاق قهري واقعي ليس باختيار مالكة الذي اشتراه.

(3) معطوف على «واقعا» يعني: أنّ انعتاق الأقارب حكم واقعي. وهذا مورد ثان من الموضوع الأول ممّا استثنى من عدم تملك الكافر للمسلم، وهو: ما إذا أقرّ كافر بحرّية عبد مسلم، ثم اشتراه من مولاه ليستنقذه من ذلّ العبودية، ويستخرجه من سجن الرقية.

وهذا البيع صحيح للاستنقاذ، بمعنى: أنّ الكافر المشتري يملك هذا المسلم الذي أقرّ بحرّيته، لاستنقاذه على حسب إقراره بالحرية.

وهذا الانعتاق حكم ظاهري مستند إلى إقرار المشتري بحرّية المسلم الذي اشتراه من مولاه.

(4) معطوف على قوله: «بأن يكون» وهذا مورد ثالث من الموضوع الأول ممّا استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم، وحاصله: أنّه إذا قال الكافر لمسلم:

«أعتق عبدك المسلم عني بدينار» مثلا، فأعتقه، صحّ بيعه، لو كالتة في بيع العبد من الكافر، ثم وكالتة عن الكافر في عتقه. كلّ ذلك بدلالة الاقتضاء كما قرّر في محلّه.

وبالجملة: فصار العبد ملكا للكافر، ولذا صحّ عتقه عنه أيضا، فالكافر يصير

(1) وسائل الشريعة، ج 16، ص 7، الباب 5 من أبواب العتق، ح 2

في التذكرة «1»، و تبعه جامع المقاصد و المسالك.

و الوجه في الأوّل (1) واضح، وفاقا للمحكي «2» عن (2) الفقيه و النهاية و السرائر مدّعيًا (3) عليه الإجماع، و المتأخرين كافة، فإنّ (4) مجرد الملكية غير

---

مالكا للعبد المسلم، ثم يعتق. فهذا أيضا من الموارد المستثناة من عدم جواز تملك الكافر للمسلم، و الملكية في هذه الموارد الثلاثة استطراقية.

(1) و هو كون العبد المسلم ممّن يعتق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب. وجه الوضوح: أنّ العتق منوط بالملك، فلا بدّ أن يصير الكافر مالكا للعبد حتى يعتق.

فالوجه في تملك الكافر للعبد المسلم في الفرض الأوّل- و هو الانعتاق القهري على الكافر- واضح.

(2) قال في مفتاح الكرامة: «و في المقنعة و النهاية و السرائر و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام: أنه يملك من يعتق عليه. فإذا اشتراه انعتق عليه في الحال».

(3) حال من صاحب السرائر، و قوله: «و المتأخرين» معطوف على «للمحكي» يعني: وفاقا للمتأخرين كافة.

(4) هذا بيان لوجه وضوح صحة الشراء، تقريبه: أنّ الملكية التطرقية التي لا استقرار لها ليست منهيّا عنها، لعدم كونها سبيلا منفيّا بالآية المباركة، فلا وجه لعدم جوازها.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 20 و 21، جامع المقاصد، ج 4، ص 62 و 63، مسالك الأفهام، ج 3، ص 167

(2) الحاكي عن هذه الكتب- ما عدا الفقيه- هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 177، و لعلّ الفقيه تصحيف «المقنعة».

و على كلّ فلاحظ المقنعة، ص 599، النهاية، ص 408 و 540، السرائر، ج 2، ص 343، وفيه دعوى الإجماع، و ج 3، ص 7، شرائع الإسلام، ج 2، ص 16، مختلف الشيعة، ج 5، ص 59، إرشاد الأذهان، ج 1، ص 360، الدروس الشرعية، ج 3، ص 199، جامع المقاصد، ج 4، ص 62، مسالك الأفهام، ج 3، ص 167، الروضة البهية، ج 3، ص 244

ص: 336

المستقرة لا يعدّ سبيلا، بل (1) لم يعتبر الملكية إلا مقدّمة للانعتاق.

خلافًا للمحكّي «1» عن المبسوط والقاضي، فمنعاه (2)، لأنّ الكافر لا يملك حتّى ينعق، لأنّ التملك بمجرد سبيل [1]، و السيادة علوّ.

(1) غرضه من هذا الإضراب إخراج الملكية التطرقية عن موضوع آية نفي السبيل، بتقريب: أنّ المراد بالسبيل هي الملكية المستقرة التي تترتب عليها السلطنة الاعتبارية والخارجية. وهذه الملكية مفقودة في تملك الكافر للمسلم المتعقب بالانعتاق.

لكن على هذا لا ينبغي أن تعدّ هذه الملكية التطرقية الآنية من المواضع المستثناة من عدم جواز تملك الكافر للمسلم، لأنّها ليست تلك الملكية التي أريدت من السبيل المنفي في الآية المباركة.

(2) يعني: أنّهما قدّس سرّهما منعاً شراء الكافر العبد المسلم الذي ينعق عليه، معلّين له:

بأنّ الكافر لا يملك المسلم حتّى ينعق، لأنّ التملك بنفسه أي إضافة الملكية بمجرد سبيل منفي بالآية. و سيادة الكافر على المسلم علوّ منفي بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

[1] بل السبيل عليه، لا له على المسلم، ضرورة أنّه بمجرد دخوله في ملك الكافر يخرج عن ملكه، فلا يشمل ما استدلّ به على بطلان بيع العبد المسلم من الكافر من آية نفي السبيل، و الرواية المرويّة عن المولى أمير المؤمنين عليه و على أولاده المعصومين أفضل صلوات المصلّين.

أمّا الآية فالأنّ المراد بالملكية فيها هو الملكية المستقرة التي يترتب عليها الآثار، و السلطنة الاعتبارية و الخارجية. و أمّا الملكية التي تزول بمجرد حدوثها و لا تبقى، فلا توجب سبيلا للكافر على المسلم، بل توجب سبيلا عليه، لا له.

و أمّا الرواية المتقدمة (في ص 296) المشتملة على قوله عليه السّلام: «و لا تقرّوه عنده»

(1) الحاكي هو العلامة في المختلف ج 5، ص 59، و لاحظ: المبسوط، ج 2، ص 168، جواهر الفقه، ص 60، المسألة: 222

ص: 337

إلا (1) أن الإنصاف أن السلطنة غير متحققة في الخارج، و مجرد (2) الإقدام على شرائه لينعتق من الكافر على المسلم، لكنّها (3) غير منفيّة.

و أما الثاني (4)، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديري الصدق و الكذب (5)،

---

(1) هذا إشكال على التعليل المزبور «لأن الكافر لا يملك» و حاصل الاشكال: أن السلطنة المنفيّة في الآية غير متحققة في الملك التطرقي إذ لا- أثر له إلا الانعتاق، و لا يترتب عليه سلطنة أصلا، و المفروض أن المنهي عنه هي الملكية التي يترتب عليها السلطنة، فلا تشملها الآية المباركة.

(2) مبتدء خبره «منّة» و هذا اعتراض من الخصم، و حاصله: أن السلطنة و إن لم تكن متحققة، إلا أن منّة الكافر على العبد المسلم- بسبب شرائه لينعتق- متحققة، و هي كالسلطنة منفيّة و مانعة عن تملك الكافر.

(3) هذا دفع الاعتراض المزبور، و محصله: أن المنّة متحققة، لكنها ليست كالسلطنة منفيّة حتى تمنع تملك الكافر.

(4) و هو كون الشراء مستعقبا للانعتاق ظاهرا- كالكافر الذي أقرّ بحرّية مسلم ثم اشتراه- فيشكل خروجه عن عدم جواز تملك الكافر للمسلم، لأنّ خروجه عنه منوط بصحة البيع حتى يصير الكافر مالكا للمسلم، ثم ينعتق عليه. و المفروض وجود العلم التفصيلي بفساد البيع، إمّا لخلل في أحد العوضين و هو المبيع، لحرّيته على تقدير صدق إقراره بحرّيته، و الحرّ ليس قابلا- للبيع. و إمّا لخلل في أحد المتعاقدين، و هو المشتري، لكونه كافرا، و الكافر لا يملك المسلم، فلا يتصور صورة صحيحة لهذا البيع.

(5) أي: تقديري صدق إقرار الكافر بحرّية المسلم الذي يشتريه، و كذبه.

---

فلأنّ المنهي عنه فيها هو استقرار العبد المسلم تحت يد الكافر، و المفروض أنّه لا استقرار لملكية المسلم للكافر، بل بمجرد حدوثها تزول.

و لو شكّ في شمول الآية و الرواية للمورد فالمرجع عمومات صحة البيع، دون الآية و الرواية، لكون الشبهة فيهما في تخصيصهما لتلك العمومات زائدا على المتيقن.

لثبوت (1) الخلل: إمّا في المبيع، لكونه حرّاً، أو في المشتري، لكونه كافراً (2)، فلا يتصوّر صورة صحيحة لشراء من أقرّ بانعاقه (3). إلا أن يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي (4) [1]

(1) تعليل للعلم بفساد البيع، وقد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «إمّا لخلل في المبيع لحرّيته».

(2) والكافر لا يملك المسلم.

(3) يعني: فلا يتصوّر خروج شراء «من أقرّ الكافر بحرّيته» من عدم جواز تملك الكافر للمسلم.

(4) وهو العلم الإجمالي بخلل في المبيع، أو في المشتري.

والمراد بقوله: «مثل هذا العلم الإجمالي» هو: ما إذا علم إجمالاً بخطاب مردّد بين خطابين، كما إذا علم أنّ هذا المانع إمّا خمر وإمّا خلّ مملوك للغير، فيعلم حينئذ بخطاب مردّد بين «اجتناب عن الخمر، و لا- تغصب» فهذا العلم الإجمالي غير منجّز على مذهب بعض كصاحب الحدائق (1).

وإنّما المنجّز عنده هو العلم التفصيلي بخطاب و متعلقة، و تردّد مورده بين شيئين.

كما إذا علم بنجاسة أحد الإنائين، فإنّ العلم بخطاب «وجوب الاجتناب عن النجس» تفصيلي، و موضوعه مردّد بين إنائين. فالإجمال يكون في مورد الخطاب لا في نفسه و لا في متعلقة.

والمقام نظير القسم الأول، إذ الخطاب فيه مردّد بين خطابين، وهما: «لا يجوز شراء الحرّ، و لا يجوز تملك الكافر العبد المسلم» و مثل هذا العلم الإجمالي لا أثر له.

[1] قد يقال في وجه منع هذا العلم الإجمالي بأنّه لا علم بفساد البيع على كل تقدير، بل على تقدير خاصّ، و هو تقدير الحرية واقعا، لأنّه على هذا الفرض لا يصلح للملكية.

وأمّا على تقدير كذب الإقرار و رقيّة المبيع، فهو صالح للملكية بدون مانع، إذ المانع - وهو السبيل - مفقود، حيث إنّ الملكية الواقعية المحكومة ظاهراً بعدمها للمقرّ ليست سبيلاً

(1) الحدائق الناضرة، ج 1، ص 517



(1) الظاهر أنه إشارة إلى عدم الفرق في تنجيز العلم الإجمالي بين العلم التفصيلي بالخطاب و تردد موضوعه بين شيئين، و بين تردد الخطاب بين خطابين، كما تعرض له

له على المسلم، فلا مانع من بيعه، فيصحّ بيعه من البائع، لحجية يده على الملكية ظاهرا، و عدم قدح إقرار المقرّ بالحرية في ذلك، لكونه إقرارا في مال الغير ظاهرا على ما تقتضيه اليد، و يصحّ الشراء أيضا من المشتري، لعدم مانع و هو السيل، فيخرج الثمن من كيسه واقعا و ظاهرا، و يدخل في ملكه المبيع واقعا لا ظاهرا، لأنه مقتضى إقراره الذي أثره عدم صيرورته مالكا للمقرّ به ظاهرا.

و هذا التقريب غاية ما يمكن أن يقال في وجه استثناء المورد الثاني من موارد عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم «1».

لكن يشكل ما ذكر- من صحة البيع و صيرورة الثمن ملكا للبائع و خروجه عن ملك المشتري واقعا و ظاهرا- بما حاصله: أنّ ملكية الثمن واقعا و ظاهرا للبائع مترتبة على البيع المنوط بالقصد، كغيره من العقود التابعة للقصد، و من المعلوم فقدان قصد البيع مع إقرار المشتري بعدم قابلية المقرّ به للبيع، فلا يتحقق البيع الناقل. و بدون البيع لا ينتقل الثمن إلى البائع، فيكون إعطاء الثمن إلى البائع لاستنقاذ الشخص عن الرقية الصورية، لا بعنوان كونه ثمنا.

نعم يد البائع لكونها أمانة على الملكية- إن لم يكن عالما بخلافه- توجب تمسّي قصد إيجاب البيع منه. إلا أنّه لا يتمشى قصد الشراء من المشتري لاعترافه. و من المعلوم اعتبار حصول القصد من كلا المتعاقدين، لتقوم العقد عرفا بقصد هما معا.

فالمتحصل: أنّه لم يثبت كون المورد الثاني- و هو إقرار المشتري الكافر بحرّية المسلم المحكوم ظاهرا بالرقية- من المواضيع المستثناة من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم، لعدم البيع الموجب للملكية مطلقا من الاستطراقية و الاستقرارية.

فما في تقرير المحقق النائيني «من أنّ الحكم فيه- أي في المورد الثالث- أيضا هو الصحة» «2» غير ظاهر.

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 234

(2) المكاسب و البيع، بقلم العلامة الأملي قدّس سرّه، ج 2، ص 353

وأما الثالث (1)، فالمحكّي «1» عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع، لما (2) ذكر في الأوّل [1].

---

المصنف قدّس سرّه في فرائده في الشبهة المحصورة «2».

(1) و هو قول الكافر للمسلم: «أعتق عبدك عني» فقبل كما في المبسوط و الخلاف:

بمنع تملك الكافر للمسلم أنا ما حتى يصحّ عتقه عنه، لتوقف العتق على الملك، فبدونه لا يصح العتق، و المفروض عدم تملك الكافر له. قال في المبسوط: «إذا قال كافر لمسلم:

أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه، صحّ إن كان العبد كافرا. و إن كان مسلما لم يصحّ، لأنّه لا يملك مسلما..».

(2) تعليل لمنع صحة البيع في المورد الثالث، و هذا التعليل هو الذي ذكر في الوجه الأوّل، من: أنّ التملك بمجرد سبيل، و السيادة علوّ. و هذه العلة هي التي حكاها المصنف عن المبسوط و القاضي اللّذين منعوا شراء الكافر العبد المسلم الذي ينعق عليه.

---

[1] إلّا أن يقال: إنّ قوله عليه السّلام: «لا عتق إلّا في ملك» لا يقتضي إلّا كون المعتق مالكا، و لا يقتضي كون المعتق عنه مالكا. و عليه فلا يقتضي استدعاء العتق تمليكاً و تملكا ضمنيا ليكون سبيلا منفيّا. فتعليل المتن للمنع بذلك منوط باقتضاء الاستدعاء المذكور.

و على فرض اقتضائه لذلك و حصول التمليك الضمني لا ينبغي الإشكال في صحة تملك الكافر المترتب عليه العتق، لعدم كونه سبيلا منفيّا، فيكون هذا المورد الثالث كالأوّل مستثنى من عدم جواز تملك الكافر للمسلم، خلافا للشيخ و القاضي، كما تقدم في (ص 337).

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 177، المبسوط، ج 2، ص 168، الخلاف، ج 3، ص 190، كتاب البيوع، المسألة 317.

(2) فرائد الأصول، ج 2، ص 209، نشر مجمع الفكر الإسلامي، عام 1419.

ص: 341

و منها (1) ما لو اشترط البائع عتقه، فإنّ الجواز هنا محكيّ «1» عن الدروس و الروضة.

و فيه (2) نظر، فإنّ ملكيّته قبل الانعتاق سبيل و علوّ،

---

(1) معطوف على قوله: «منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعتاق» يعني: و من مواضع الاستثناء- من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم- ما لو اشترط بائع العبد المسلم على مشتريه الكافر عتقه، فإنّ جواز تملك الكافر له مع هذا الشرط محكي عن الدروس و الروضة. و الظاهر عدم الفرق بين شرط النتيجة، بأن يقول للكافر: «بعتك هذا العبد المسلم بكذا بشرط أن ينعتق» و بين شرط الفعل- أي الإعتاق- كأن يقول له: «بشرط أن تعتقه».

فبناء على صحة شرط النتيجة يحصل الانعتاق قهرا، و لم تكن ملكية الكافر آنا سبيلا على العبد المسلم، و المفروض صحة الشرط، لكونه سائغا في نفسه.

و بناء على بطلان اشتراط النتائج لا بدّ أن يكون المشروط على المشتري الكافر هو الإعتاق بعد العقد. و الظاهر من كلام الشهيدين هو هذا، و لذا فرّعوا عليه كما في الجواهر- بأنّ الكافر إن و في بالشرط فهو، و إن لم يف به فإمّا أن يجبر على الإعتاق، و إمّا أن يفسخ البائع.

(2) أي: و في جواز تملك الكافر للعبد المسلم هنا قبل العتق نظر، لوضوح توقف العتق على الملك بمقتضى قوله عليه السّلام: «لا عتق إلاّ في ملك» و المفروض امتناع تملك الكافر للعبد المسلم قبل انعتاقه، لكونه سبيلا و علوّا له على المسلم، و ذلك منفي شرعا.

و عليه فلا يملكه الكافر حتى يصحّ شرط عتقه، إذ لا مورد لهذا الشرط مع فرض عدم تحقق الملكية للكافر.

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي و صاحب الجواهر، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 177، جواهر الكلام، ج 22، ص 341، و لاحظ الدروس الشرعية، ج 3، ص 199، الروضة البهية، ج 3، ص 244

بل (1) التحقيق أنّه لا فرق بين هذا (2) وبين إجباره (3) على بيعه في (4) عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك (5).

والمحصل (6) أنّ السبيل فيه ثلاثة احتمالات - كما عن حواشي الشهيد - مجرد

(1) غرض المصنف منع كلام الشهيدين بالنقض عليهما بما لا يلتزمان به، وبيانه:

أنّه لو كان اشتراط البائع عتق العبد المسلم على مشتره الكافر كافيًا في صحة بيعه من الكافر، لكان إجبار الكافر على بيع العبد المسلم من مسلم كافيًا في صحة بيعه من الكافر أيضًا، إذ لا فرق بين الاشتراط وبين الإجبار بعد اشتراكهما في حصول الملك الذي هو السبيل في الآية المباركة للكافر على المسلم. وفي عدم استقرار ملك الكافر في كلّ من الاشتراط والإجبار.

(2) وهو اشتراط البائع عتق العبد المسلم على الكافر الذي يشتره.

(3) أي: إجبار الكافر على بيع العبد المسلم.

(4) متعلق ب: «لا فرق» وجه عدم الفرق بينهما هو: أنّ الاشتراط لا يفيد إلا جواز الإجبار على البيع، ومن المعلوم وجود هذا الجواز من الشارع، لقوله عليه السلام: «لا تقروا عنده وبيعوه من المسلمين» فإن لم يكف الإجبار الشرعي في صحة تملك الكافر، فالإجبار الناشئ من ناحية الشرط أيضًا كذلك.

(5) أي: بمجرد اشتراط البائع عتقه على الكافر، يعني: أنّ مجرد اشتراط العتق على الكافر لا ينفي سبيل الكافر على المسلم حتى يجوز بيعه من الكافر.

(6) الغرض من بيان هذا الحاصل الإيراد على الشهيد في حكمه بالجواز هنا - مع ملاحظة كلامه في محتملات السبيل - ولكن رتب المصنف عليها غير ما صرح الشهيد به، فيكون مقصود المصنف بيان أصل الاحتمالات الثلاثة، وما يقتضيها كل منها بنظره مع الغصّ عمّا رتبّه الشهيد عليها.

والأولى نقل نصّ عبارة الحواشي المنقولة في مفتاح الكرامة، وهي: «أن السبيل المنفي بالآية الشريفة قد فسّر بثلاثة تفاسير، بمجرد الملك وبالملك القارّ وبقابليته. فعلى الأوّل يمتنع شراء من ينعق عليه. وعلى الثاني والثالث يصح. ومشروط العتق يبطل على الأوّل والثاني، و يصحّ على الثالث» (1).

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 178

ص: 343

الملك (1)، و يترتب عليه (2) عدم استثناء ما عدا (3) صورة الإقرار بالحرية.

و الملك (4) المستقر و لو بالقابلية- كمشروط العتق- و يترتب عليه (5) استثناء

و هي صريحة في أن صحة البيع بشرط العتق متوقفة على كون السبيل المنفي بقاء الملك أو القابلية و إن لم يكن ملك فعلا. و أما بناء على كون السبيل المنفي أصل التملك- و لو أنا- فيبطل البيع المزبور.

(1) هذا أول احتمالات السبيل في الآية المباركة، و المراد به إضافة الملكية مجردة عن الاستقرار و عدمه، فنفس الملكية سبيل للكافر على المسلم، فلا يملكه الكافر و لو مع اشتراط العتق، لأنه لا يسوغ تملك الكافر للعبد المسلم.

(2) أي: على الاحتمال الأول، و هو مجرد إضافة الملكية، و حاصل ما يترتب على هذا الاحتمال: عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرية، و هو الصورة الأولى أعني بها اعتناق من يعتق على الكافر قهرا.

و الصورة الثالثة أعني بها: قول الكافر للمسلم «أعتق عبدك عني».

توضيح وجه عدم الاستثناء من الاحتمال الأول- و هو مجرد إضافة الملكية-: أن الملكية المجردة ثابتة في هاتين الصورتين، لتوقف الاعتناق على الملك و لو أنا ما، فلا يستثنى شيء منهما من السبيل المنفي في الآية المباركة.

فالمستثنى من هذا الاحتمال هي الصورة الثانية أعني بها صورة إقرار الكافر المشتري بالحرية، حيث إنه لا يملك العبد، لاعترافه بحرّيته، فلا تشملها الآية المباركة، لانقضاء السبيل له على المسلم بسبب اعترافه بحرّيته. و المراد بالاستثناء الخروج الموضوعي لا الحكمي- كما هو ظاهر الاستثناء- لإباء آية السبيل عن التخصيص الذي هو إخراج حكمي.

(3) قد عرفت أن ما عدا صورة الإقرار بالحرية: الصورتان الأولى و الثالثة.

(4) معطوف على: «مجرد الملكية» و هذا هو الاحتمال الثاني من احتمالات السبيل المذكور في الآية المباركة، و المراد به هو الملكية المستقرة و لو بالقابلية، لا الفعلية كمشروط العتق، فإنه بالشرط لا يخرج عن قابليته للاستقرار، و إنما تخرج عن فعلية الاستقرار، على ما أفاده المصنف قدس سره.

(5) يعني: و يترتب على هذا الاحتمال الثاني خروج و استثناء الصور الثلاث

ما عدا صورة اشتراط العتق.

والمستقرّ (1) فعلا، و يترتب عليه (2) استثناء الجميع [1].

و خير الأمور أوسطها (3).

---

المذكورة عن السبيل، وهي صورة الانعتاق القهري كالأقارب، و صورة الاعتراف بحرّيّة مسلم، ثم شراؤه، و صورة قول الكافر للمسلم: «أعتق عبدك عني» حيث إنّ الملكية المستقرة- و لو بالقابلية- غير ثابتة في هذه الصور، فلا تشملها آية نفي السبيل، لخروجها عن مدلول الآية الشريفة.

و أما صورة اشتراط العتق فتشملها الآية المباركة، لأنّ الشرط لا يخرج الملكية عرفا عن قابلية الاستقرار.

(1) معطوف أيضا على «مجرد الملكية» و هذا هو الاحتمال الثالث، و المراد به الملكية المستقرة فعلا، يعني: أنّ المنفي للكافر هو الملكية المستقرة الفعلية.

(2) يعني: و يترتب على الاحتمال الثالث: استثناء جميع الصور الأربع، و خروجها عن السبيل المذكور في آية نفي السبيل، لعدم استقرار الملكية الفعلية في شيء منها.

(3) و هو الملكية المستقرّة و لو بالقابلية. و هذا مختار المصنف قدّس سرّه من المعاني الثلاثة المحتملة في السبيل المنفي في الآية الشريفة. فالآية تنفي الملكية المستقرّة و لو بالقابلية، و لا تنفي الملكية الفعلية المستقرة غير الدائمة، و لا مجرد الملكية، فإنّ هاتين الملكيتين ليستا سبيلا حتى تنفيا بالآية المباركة. و بهذا ينتهي الكلام في الجهة الثالثة.

---

[1] كيف يترتب على المستقرّ الفعلي استثناء الجميع؟ مع أنّ الظاهر عدم رافعية العتق لفعلية الملكية و استقرارها، إذ قبل حصول البيع من الكافر المشروط عليه العتق يكون ملكه باقيا على الفعلية و الاستقرار. فتشمل آية نفي السبيل اشتراط العتق، و لا يستثنى منها، فلا يملك الكافر العبد المسلم المشروط عتقه، لكون ملكه مستقرّا و لو بالقابلية على ما صرّح به المصنف قدّس سرّه.

ثم (1) إن ما ذكرنا (2) كله حكم ابتداء تملك الكافر المسلم اختيارا.

### [حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]

أما التملك القهري فيجوز ابتداء، كما لو ورثه الكافر من كافر أجبر (3) على البيع، فمات قبله، فإنه (4) لا ينعق عليه ولا على الكافر الميت، لأصالة (5) بقاء رقيته

(1) حكم تملك الكافر للمسلم قهرا هذا شروع في الجهة الرابعة في هذه المسألة، وهي حكم دخول العبد المسلم في ملك الكافر ابتداء بسبب قهري كالإرث.

(2) أي: ما ذكرناه- من عدم تملك الكافر للعبد المسلم بجميع أنحاء الملكية- إنما هو حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختيارا. أما التملك القهري فيجوز ابتداء، كما إذا ورث العبد المسلم كافر من كافر أجبر على بيعه و مات قبل تحقق البيع، فإن هذا العبد ينتقل إلى الوارث الكافر، ولا ينعق عليه ولا على الكافر الميت الذي أجبر على بيعه.

(3) نعت ل «كافر» يعني: مات الكافر الذي أجبر على البيع قبل تحقق البيع منه، فانتقل عبده المسلم إلى وارثه الكافر.

(4) أي: فإن العبد المسلم لا ينعق على الوارث الكافر ولا على الكافر الميت الذي انتقل عنه العبد المسلم إلى وارثه الكافر.

أما عدم انعاقه على الميت فللبقين به، لعدم الوجه في انعاقه عليه.

وأما عدم انعاقه على الوارث فلعدم كونه ملكا للوارث حتى ينعق عليه.

ولو شك في انقلاب هذا العدم جرى استصحاب عدمه.

و كيف كان فانتقال العبد المسلم إلى الوارث الكافر ملك ابتدائي قهري.

(5) أي: استصحاب بقاء رقيته، وإنما يرجع إلى هذا الأصل العملي لعدم الدليل الاجتهادي، حيث إن دليل نفي السبيل يقتضي عدم تملك الكافر العبد المسلم، وعموم دليل الإرث يقتضي تملك الوارث لما تركه الميت وإن كان الوارث كافرا، وكان ما تركه الميت عبدا مسلما، فيتعارض الدليلان وهما متكافئان، وبعد تساقطهما يرجع إلى استصحاب رقيته.

وهذا الاستصحاب هو القسم الثالث من استصحاب الكلّي، حيث إن رقيته للمورث زالت بالموت قطعا، وحدوثها للوارث مقارنا لزوالها مشكوك فيه. وهذا

بعد تعارض (1) [1] دليل نفي السبيل وعموم أدلة الإرث، لكن لا يثبت بهذا الأصل تملك الكافر (2).

---

الاستصحاب ليس حجة عند المصنف وغيره من المحققين.

(1) المقصود منه تنافي المتكافئين، وأنه بعد تساقطهما يرجع الى الأصل العملي.

وهذا لا يخلو من تعريض بصاحب الجواهر الذي رجّح دليل الإرث على دليل نفي السبيل، وحكم بتملك الكافر للعبد المسلم به، وخصّ دليل نفي السبيل بالملك الاختياري الابتدائي لا المستدامي، فلاحظ قوله: «وبذلك افترق عن الملك المستدام الذي كان مقتضى الاستصحاب بقاءه، والموروث الذي أدلته في غاية القوة» [1]. ولكن يجبر على بيعه إن كان المشتري موجودا، وإلا حيل بين العبد وبين مولاه إلى أن يوجد الراغب.

وعلى هذا يكون قول الماتن: «بعد تعارض» إيرادا عليه بأن الآية وأدلة الإرث متكافئان دلالة، فيسقطان في المجمع، وهو العبد المسلم الذي كان ملكا لمولى كافر، فانتقل إلى وارثه الكافر، وليس الدليلان متفاضلين حتى يؤخذ بالراجح منهما.

(2) أي: الوارث الكافر. ووجه عدم ثبوته بهذا الأصل عدم حجّيته كما مرّت الإشارة إليه.

مضافا إلى: أنه على فرض حجّيته لا يثبت به تملك الكافر الوارث إلا على القول بالأصل المثبت.

---

[1] الظاهر أنّ التعارض مبني على إرادة الملك من «السبيل» في الآية الشريفة حتى يتحد موضوع المتعارضين ومورد النفي والإثبات. و أمّا إذا كان المراد بالسبيل السلطنة دون الملك فلا تعارض، إذ أدلة الإرث لا تدلّ إلا على انتقال ملك التركة- على النحو الذي كان الميّت مالكا لها- إلى وارثه. ومن المعلوم أنّ العبد المسلم كان ملكا للميت الكافر الذي أجبر على بيعه، والآية الشريفة لا تنفي هذه الملكية. و دليل الإرث يثبتها بذلك النحو، فيجبر

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 335 ونحوه في ص 337

ص: 347



فيحتمل (1) أن ينتقل إلى الإمام عليه السّلام، بل هو (2) مقتضى الجمع بين الأدلّة، ضرورة (3) أنّه إذا نفي إرث الكافر

---

(1) هذا متفرع على تعارض آية نفي السبيل وأدلة الإرث و تساقطهما، و حاصله:

أنّه بعد التساقط يحتمل أن ينتقل هذا العبد المسلم إلى الامام عليه السّلام، لأنّه عليه السّلام وارث من لا وارث له، و المفروض أنّ الميّت هنا بالنسبة إلى هذا العبد ممّن لا وارث له، بمقتضى منع آية السبيل مالكية الوارث الكافر لهذا العبد المسلم.

(2) أي: بل الانتقال إلى الامام عليه السّلام مقتضى الجمع بين طوائف ثلاث.

أولها: عدم جعل سبيل للكافر على المسلم.

وثانيها: عموم «ما تركه الميت من مال أو حقّ فهو لوارثه» سواء أ كان المال عبدا مسلما أم شيئا آخر.

وثالثها: أنّ الامام عليه السّلام وارث من لا وارث له.

(3) تعليل للانتقال إلى الإمام عليه السّلام، وقد تقدم تقرّبه آنفا.

ثم إنّ قوله: «إذا نفي إرث الكافر بآية نفي السبيل» لا يخلو من منافاة لقوله قبل قليل: «بعد تعارض دليل نفي السبيل و عموم أدلة الإرث».

وجه المنافاة: أنّه قدّس سرّه فرض في العبارة السابقة تكافؤ آية نفي السبيل و أدلة الإرث، و جعل التعارض بينهما في المجمع - و هو العبد المسلم الذي مات مولاه - موجبا

---

الوارث على بيعه كإجبار مورّثه.

و أمّا بناء على التعارض و التساقط، فيمكن استصحاب رقيّة هذا العبد أو عدم حرّيته إلى زهوق روح سيّده، و عدم صيرورته حرّاً، فيشمّله عموم «ما تركه الميت فلوارثه» بدون إشكال الإثبات، إذ لا تضاف رقيّة العبد إلى شخص حتى يقال: إنّ خروجه عن ملك سيّده حين موته قطعي، و دخوله في ملك غيره مشكوك فيه. بل يقال: إنّ هذا العبد باق على رقيّته، و استصحاب رقيّته أو عدم حرّيته من استصحاب الشخص، لا من استصحاب الكلّي.

فلا يكون من استصحاب القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي. فموت السيّد من قبيل الشك في رافعية الموجود، و لا شك في حجية الاستصحاب فيه.

لتساقطهما، والرجوع إلى الأصل العملي. وكلامه هنا من نفي إرث الكافر للعبد المسلم تمسكاً بآية نفي السبيل ظاهر في عدم تساقط المتعارضين، وإنما يقدّم دليل نفي السبيل على دليل الإرث، ومقتضى هذا التقديم عدم بقاء الموضوع للتمسك باستصحاب مملوكية العبد المسلم، هذا.

ويمكن دفع المنافاة بوجهين:

أحدهما: أن قوله: «بعد تعارض دليل نفي السبيل وعموم أدلة الإرث» مبني على ما أفاده في أول المسألة من المناقشة في دلالة آية نفي السبيل على عدم جواز تمليك العبد المسلم للكافر، حيث قال بعدها: «و حكمة الآية عليها- أي على عمومات صحة العقود- غير معلومة» فتكون الآية مكافئة دلالة لأدلة الإرث، فيتساقتان.

كما أن قوله هنا: «إذا نفي إرث الكافر» مبني على الالتزام بتحكيم الآية على أدلة أسباب التملك من البيع وغيره، ونتيجة هذه الحكومة تخصيص عمومات أدلة العقود.

ومن المعلوم عدم ملاحظة قوة الدلالة وضعفها بين الحاكم والمحكوم، ولا يبقى وجه لما تقدم من صاحب الجواهر من قوة أدلة الإرث، ولذا رجّح كلام الشهيدين.

ثانيهما: أن التعارض ناظر إلى لحاظ الآية من حيث هي مع الغصّ عن شهرة الاستدلال بها على اشتراط إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم عينا أو منفعة. كما أن كلامه هنا من نفي الإرث ناظر إلى شهرة تقدمها على غيرها.

والظاهر من قوله: «بل» هو الالتزام بتقديم الآية الشريفة على أدلة الإرث بالحكومة، ويكون قوله قبله: «بعد تعارض دليل نفي السبيل» لمجرد نفي ما ادّعاه بعض من تقديم أدلة الإرث على الآية.

[1] لا- يخفى أن آية نفي السبيل لا- تنفي الوارث بقول مطلق حتى يرثه الامام عليه السلام، بل تنفي وراثته الكافر فقط، فلو كان في بعض الطبقات مسلم لكان هو الوارث للعبد المسلم، فلا يصدق حينئذ على الكافر الميِّت: «أنه ممّن لا وارث له، حتى يرثه الامام عليه السلام».

إلى هذا المال (1) ممّن لا وارث [1] له، فيرثه الإمام عليه السّلام.

وبهذا التقرير (2) يندفع (3) ما يقال «1»: إنّ إرث الإمام مناف لعموم أدلّة ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنّه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقّق نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام عليه السّلام، فإنّ (4) الممنوع من الإرث كغير الوارث.

---

(1) وهو العبد المسلم الذي مات عنه مولاه الكافر.

(2) وهو نفي واثية الكافر للعبد المسلم بأية نفي السبيل و صيرورته كالعدم. وقد يستشكل في إرث الإمام عليه السّلام بأنّه مناف لترتيب طبقات الإرث. حيث إنّ إرث الإمام عليه السّلام متأخر عن موجبات الإرث من النسب و السبب و الولاء، فكل طبقة سابقه منها متقدمة على المتأخرة عنها، و لا تكون واثية مع وجود السابقة.

(3) اندفاعه منوط بدلالة آية نفي السبيل على أنّ الميّت الذي لا وارث له مسلم في جميع طبقات الوارث. و هذه الدلالة غير ظاهرة، بل مدلولها عدم إرث وارث كافر له.

فإن كان في طبقات الإرث مسلم ينتقل إليه العبد المسلم، و لا ينتقل إلى الإمام عليه السّلام، فلا بدّ من تقييد إرثه عليه السّلام بعدم مسلم في جميع الطبقات.

(4) تعليل لقوله: «يتحقّق نفي الوارث» و حاصله: أنّ نفي الوارث أعّم من عدمه

---

[1] بناء على صدق عنوان تركة الميت على العبد، و عنوان «التركة» لا يصدق عليه إلّا ببقائه على الرقيّة، و عدم خروجه عنها بالموت، لعدم صدق «ما تركه الميت» حينئذ عليه، لحرثته. و استصحاب الرقية لا يثبت هذا العنوان.

نعم بناء على تركّب التركة- من الموت و بقاء المالية في مال الميت- لا مانع من استصحاب رقيته، فيقال: إنّ هذا الموضوع المركّب يحرز أحد جزئية- وهو الموت- بالوجدان، و الآخر- وهو بقاء العبد على الرقية التي هي ماليته- بالأصل، فلا يلزم إشكال المثبتة. و حينئذ إن كان في طبقات الوارث مسلم كان هو الوارث، و إلّا فيرثه الامام عليه السّلام.

---

(1) لم أعثر على القائل.

فالعقدة (1) في المسألة ظهور الاتفاق المدعى صريحا في جامع المقاصد.

ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري (2)، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان

و من محجوبيته شرعا، فإذا كان للميت ولد، ولم يكن أحد من طبقات الإرث إلا الإمام عليه السلام، و كان الولد قاتلا لأبيه، ورثه الإمام عليه السلام، لأن حجج الولد عن الإرث - بسبب القتل - يكون كعدم الولد خارجا، في وصول نوبة الإرث إلى الامام عليه السلام.

و الحاصل: أن مقتضى هذا التقريب انتقال العبد المسلم في مفروض مسألتنا إليه عليه السلام. لكن قد مرّ أنفا لزوم تقييده بما إذا لم يكن في طبقات الإرث مسلم، وإلا كان هو الوارث.

(1) يعني: فالعقدة في دليل إرث الكافر العبد المسلم من كافر ظهور الاتفاق المدعى صريحا في جامع المقاصد. قال المحقق الثاني قدس سره في أثناء شرح قول العلامة قدس سره: «إلا أباه و من ينعق عليه» ما لفظه: «لأن الله تعالى نفى جعل السبيل للكافر على المسلمين فلو أراد به مطلق ما يترتب على الملك لا تمتنع إرث الكافر العبد المسلم من كافر آخر، و التالي باطل اتفاقا» «1».

و المراد بالتالي امتناع إرث الكافر العبد المسلم من كافر آخر، و قد اتفق الفقهاء على بطلان التالي، و على أن العبد المسلم ينتقل إرثا من كافر إلى كافر آخر.

(2) بعد ما تقدم من اقتضاء الإجماع دخول العبد المسلم - قهرا بالإرث - في ملك الكافر، يتجه البحث عن اختصاصه بالإرث و عدمه، و الوجوه المحتملة في المسألة ثلاثة.

الوجه الأول إلحاق كل ملك قهري بالإرث، فيختص نفى السبيل بالأسباب الاختيارية من البيع و الهبة و نحوهما ممّا تقدّم في المقام الأول.

الوجه الثاني: عدم إلحاق شيء من الأسباب القهرية بالإرث، فحكمها حكم الأسباب الاختيارية، فيمنع من تملك الكافر للعبد الإسلام في ما عدا الإرث.

الوجه الثالث: التفصيل بين كون مقدمة الملك القهري اختيارية، و كان حصول الملك محتاجا إلى سبب قهري، فلا يلحق، و بين كونها غير اختيارية فيلحق بالإرث.

و قد ذكروا أمثلة لكل واحد من القسمين، فمن أمثلة السبب الاختياري، ما حكى عن الشيخ الفقيه الأعظم قدس سره من: أنه لو كان للكافر عبد و أمة كافران، فزوج أمته من



سببه اختياريًا (1) أو غيره (2)؟ وجوه (3)، خيرها أوسطها (4) ثم أخيرها (5).

عبده، وأسلمًا، فيجبر مولاها على بيعهما من مسلم، ولكن حملت الأمة قبل بيعهما، فإن الولد لكونه نماء لملكه يتملكه المولى قهرا، و المفروض أن مقدمة هذا التملك فعله الاختياري أعني به التزويج الذي هو أول مقدمة معدة لدخول الولد في ملكه.

ومنها: ما لو أسلم عبد الكافر، فباعه من مسلم ببيع خيارى، وفسخ المشتري، فإن الفسخ فعل اختياري يترتب عليه تملك الكافر للعبد قهرا.

ومن أمثلة التملك القهري بالسبب غير الاختياري ما لو وطأ العبد المسلم أمة مولاة الكافر شبهة، فحملت منه، فإن الولد ملك قهري للمولى بسبب غير اختياري، فإن الوطى وان كان فعلا اختياريًا لكن تعنونه بكونه شبهة غير اختياري.

وكذا لو باع المولى الكافر عبده المسلم، ومات قبل تسليمه للمشتري، فإن التلف قبل القبض يوجب انفساخ العقد وعود المبيع إلى ملك بائعه أنا ما قبل التلف كما هو المشهور. وهذا التملك ملك جديد قهري لا بسبب اختياري، لعدم كون البيع مقدمة للتلف الذي هو سبب رجوع الملك إلى البائع.

وكذا الحال لو كان في البيع المزبور خيار للمشتري، فتلف العبد في زمان الخيار.

(1) كالمثالين المذكورين أولا بقولنا: «فمن أمثلة السبب الاختياري ..».

(2) أي: غير الاختياري، فيلحق بالإرث ما يكون سببه غير اختياري، دون ما يكون سببه اختياريًا.

(3) مبتدء مؤخر، وخبره مقدر، وهو: «فيه» أي: في الإلحاق وعدمه وجوه.

(4) وهو عدم الإلحاق مطلقا، سواء أكان سببه اختياريًا أم غيره، إذ لا وجه للإلحاق بعد كون الدليل في التملك بالإرث هو الإجماع الذي لا بد من الاقتصار على مورده، وهو الإرث.

فدليل نفي السبيل كما يكون مقدما على دليل التملك الاختياري ببيع وشبهه، فكذا يتقدم على أدلة الملك القهري. ويختص الإجماع بالتملك القهري بالإرث.

(5) وهو التفصيل بين كون سببه اختياريًا وغيره، بالإلحاق في الثاني دون الأول، بدعوى أن السبب غير الاختياري - كما في مثل تلف المبيع قبل القبض - يكون بحكم

ثمّ (1) إنّه لا خلاف ولا إشكال في أنّه لا يقرّ المسلم على ملك الكافر (2)، بل يجب بيعه عليه (3)، لقوله عليه السّلام في عبد كافر أسلم: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا إليه ثمنه ولا تقروه عنده» (4).

و منه (5) يعلم أنّه لو لم يبعه [1].

---

الإرث، لعدم استناد التملك الحادث إلى فعل الكافر، وهذا بخلاف السبب الاختياري.

(1) هذا ناظر إلى حكم ما تقدم في (ص 346) بقوله: «أما التملك القهري فيجوز ابتداء .. كما لو ورثه الكافر من كافر ..» وغرضه أنّ التملك القهري الابتدائي لا يقتضي بقاء العبد على ملك مولاه الكافر، بل يجب إزالة ملكه، وذلك لدليلين: الأوّل نفي الخلاف، والثاني المرفوعة المروية عن أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلّين.

(2) لأنّ ملكه المستقرّ سبيل له على المسلم، وهو منفيّ.

(3) الظرف متعلق ب «يجب» و الضمير راجع إلى الكافر، يعني: أنّ المخاطب يبيع العبد المسلم اثنان، ففي المرتبة الأولى يجب على المولى الكافر. فإن باع فهو، وإن أبى وجب على الحاكم الذي هو وليّ الممتنع.

وهذا الترتيب يستفاد من قوله: «و منه يعلم أنّه لو لم يبعه باعه الحاكم» لظهوره في إناطة ولاية الحاكم - على البيع - بامتناع نفس المولى الكافر عن البيع. وقال في التذكرة في ما لو أسلم العبد دون مولاه: «أمره الحاكم بإزالة الملك عنه ..» ثم قال: «لو امتنع الكافر من إزالة الملك حيث يؤمر باعه الحاكم بثمن المثل» (1).

(4) هذا الضمير و ضمير «إليه» راجعان إلى «كافر».

(5) أي: و من قول الإمام عليه السّلام: «أذهبوا فبيعوه» فإن أمر المسلمين ببيع ظاهر في توجّه الخطاب إلى عامّة المسلمين، وأنّ يبعه واجب عليهم، ولا يرضى الشارع بإهماله.

وفي مثل هذه الواجبات لا بدّ من تصدّي الحاكم لها، لأنّه القدر المتيقن.

---

[1] قد يستشكل في جواز تصدّي المولى الكافر لبيع عبده المسلم من المسلمين

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 22 و 23

ص: 353

باعه الحاكم (1). و يحتمل (2) أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا (3)، لكون (4) المالك

---

(1) لولايته في الأمور العامة التي لا يرضى الشارع بإهمالها وتعطيلها.

(2) هذا الاحتمال في قبال تأخر ولاية الحاكم عن ولاية نفس الكافر، حيث قال:

«و منه يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم» و منشأ هذا الاحتمال وجهان:

أحدهما: أن يبعه استيلاء على المسلم، و سبيل له عليه، و ذلك منفي بالآية المباركة.

و ثانيهما: كون المأمور ببيعه- في الحديث المذكور- المسلمين، لا مولاه الكافر، فلا ولاية له على بيعه. هذا.

لكن كلا الوجهين ممنوع، لما ذكر في التعليقة، فلاحظ.

(3) يعني: من غير فرق بين امتناع الكافر عن بيع عبده المسلم و عدم امتناعه عنه، فإنّ للحاكم الشرعي ولاية على البيع مطلقا، و هذا الاحتمال هو الأظهر.

(4) هذا تعليل لإطلاق ولاية الحاكم على البيع في كلتا صورتى امتناع الكافر عن البيع و عدمه، و حاصله: أنّ المالك الكافر لا سلطنة له على هذا المال و هو العبد المسلم، لأنّها سبيل منفي بالآية المباركة. و تملكه للمسلم إنّما هو لأجل النص و الفتوى.

و يمكن تأييد إطلاق ولاية الحاكم بإطلاق الأمر ببيعه في الحديث المزبور، حيث إنّ إطلاقه يشمل صورتى امتناع الكافر عن البيع و عدمه. و هذا الإطلاق يكشف عن

---

بما حاصله: أنّ سلطنة مالكة على بيعه سبيل و سلطنة للكافر على المسلم، و ذلك منفي شرعا، و لذا خوطب المسلمون ببيعه، هذا.

لكنه مندفع بأنّ السبيل المنفي هو السلطنة على المؤمن و الاستيلاء عليه، و من المعلوم أن بيع السيد عبده من المسلمين إزالة للملك و رفع لسلطنته عليه. و هذا ضدّ السبيل.

و أمّا أمر المسلمين ببيعه على مولاه الكافر، فلاّته لعدم اعتقاده بوجوب إخراجه عن ملكه في شرع الإسلام لا ببيع عبده، هذا.

لكن الأظهر أنّ ولاية البيع للحاكم، لظهور قوله: «اذهبوا فبيعوه من المسلمين» في عدم ولاية المالك الكافر على البيع كما تقدمت الإشارة إليه في التوضيح آنفا، و ثبوت الولاية لغيره.



غير قابل للسلطنة على هذا المال، غاية الأمر أنه دلّ النص (1) و الفتوى (2) على تملكه له (3)، ولذا (4) ذكر فيها (5)

عدم قابلية الكافر للبيع.

(1) وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المذكور: «فبيعوه» حيث إن البيع منوط بالملك.

(2) هي فتوى فقهاءنا الإمامية (شكر الله مساعيهم الجميلة) بمالكية الكافر للعبد المسلم بالملك القهري كالإرث.

(3) أي: للعبد المسلم، و ضمير «تملكه» راجع إلى الكافر.

(4) هذا تعليل لعدم قابلية الكافر للاستيلاء و العلوّ على العبد المسلم. توضيحه: أنه لأجل عدم قابلية الكافر للسلطنة على المسلم لم يذكر الفقهاء «رضوان الله عليهم» مباشرة الكافر لبيع العبد المسلم، بل ذكروا في فتاواهم «أنه يباع عليه قهراً» وهذه الفتوى كقوله عليه السلام: «اذهبوا فبيعوه من المسلمين» - ولم يقل: «ألزموه بالبيع» - تكشف عن عدم قابلية المالك لبيع عبده المسلم.

(5) أي: في الفتوى، و مقصوده مطابقة فتوى الأصحاب هنا لما ورد في النص من إلزام الكافر بإزالة الملك. و الظاهر أنه نقل بالمعنى، إذ الموجود في الفتاوى «اجبر على بيعه من مسلم» كما في الشرائع «1».

أو «طولب ببيعه» كما في القواعد «2»، أو «ولو امتنع الكافر من البيع حيث يؤمر، باع الحاكم» «3» كما في موضع آخر منه. و في الدروس «بيع عليه قهراً» «4».

نعم نقل السيد العاملي عن حواشي الشهيد: «أنه يباع» «5». و تقدمت عبارة التذكرة من أنه بعد الأمر و الامتناع «باعه الحاكم».

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 56

(2) قواعد الاحكام، ج 2، ص 17

(3) المصدر، ص 18

(4) الدروس الشرعية، ج 3، ص 199

(5) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 180

ص: 355

«أنه (1) يباع عليه» بل (2) صرّح فخر الدين رحمه الله في الإيضاح «1» بزوال ملك السيد عنه (3)، و يبقى له حقّ استيفاء الثمن منه. و هو (4) مخالف لظاهر النصّ و الفتوى، كما عرفت.

### [حكم ثبوت الخيار في إخراج العبد المسلم بالبيع]

و كيف كان (5) [1] فإذا تولّاه المالك

و المقصود أنّ فتاوى الأصحاب تدل على أمرين: أحدهما: بقاء العبد المسلم على ملك مولاه الكافر، و ثانيهما: بيعه عليه قهراً، إمّا في خصوص مورد الامتناع، أو مطلقاً.

(1) أي: أن العبد يباع على الكافر.

(2) يعني: بل زاد فخر المحققين قدّس سرّه - على عدم قابلية الكافر لبيع عبده المسلم و انقطاع سلطنة البيع - زوال ملكه عن المسلم أيضاً، و أنّه لا يبقى له إلّا حقّ استيفاء ثمنه من المسلم الذي يشتريه.

و هذا نظير إرث الزوجة من قيمة الأبنية، و حرمانها عن أعيانها.

و الوجه في التعبير ب «بل» هو أنّ مقتضى كلام المشهور بقاء ملك الكافر و بيعه عليه. و لكن صريح كلام الفخر قدّس سرّه زوال إضافة الملكية، و انتقال الحق إلى البدل و هو الثمن، و من المعلوم أن سلطنة البيع حينئذ لا تكون إلّا للحاكم. قال قدّس سرّه: «الأقوى عندي أن الكافر إذا أسلم يباع على سيده من مسلم، لأنه قد زال ملك السيد عنه...».

(3) أي: عن العبد المسلم.

(4) أي: زوال ملك السيد الكافر عن العبد المسلم مخالف للنص المتقدم من قول أمير المؤمنين «صلوات الله عليه»: «فبيعه» و مخالف للفتوى المتقدمة، و هي فتوى علماء الإمامية: بأن الكافر يملك العبد المسلم بالملك القهري كالإرث، و قد تقدّم كلّ من النصّ و الفتوى آنفاً.

(5) يعني: سواء أقلنا بتملك الكافر للعبد المسلم، و قلنا بأنّه المخاطب أولاً بالبيع،

[1] هذا لا يخلو من شيء، و هو: أنّه بناء على عدم ولاية المالك الكافر على بيع عبده



لا الحاكم، أم قلنا بعدم تملكه له- كما اختاره فخر المحققين قدس سره من زوال ملكه عنه- فإذا تولّى المولى البيع فهل يثبت له حق إعادة العبد المسلم في ملكه بفسخ ذلك البيع أم لا؟

فالغرض من هذا الكلام إلى آخر المسألة تحقيق الجهة الخامسة، وهي حكم الخيار في بيع العبد المسلم، وقد ذكر المصنف قدس سره وجوها- وجملة منها أقوال- نشير إليها، وسيأتي التفصيل في شرح العبارة.

الأول: أنه لا يثبت شيء من الخيارات، سواء أكان ثابتاً بجعل الشارع تعبدًا كخيار المجلس، أم بجعل المتبايعين كخيار الشرط. وسواء أكان مستند الخيار قاعدة نفي الضرر كخيار الغبن أم الأدلة الخاصة.

الثاني: الثبوت مطلقاً.

الثالث: التفصيل المبتني على ما حكى عن بعض العامة من: أنّ الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل، فيثبت الخيار، أم أنه كالذي لم يعد، فلا يثبت؟

الرابع: التفصيل بين الخيار المستند إلى قاعدة نفي الضرر مع كون المتضرر هو المسلم المشتري للعبد، فيثبت له الخيار، وبين الخيارات الأصلية غير المستندة إلى قاعدة نفي الضرر، أو استندت إليه، ولكن كان المتضرر هو المولى الكافر، فلا يثبت.

الخامس: التفصيل في ثبوت خيار العيب خاصة بين القيمة دون العين. هذه وجوه المسألة، وسيأتي تفصيل كل منها.

(1) لعل تقييد تولّي البيع بنفسه- مع أنه لا خيار في هذا البيع للمشتري ولا للحاكم إذا كان هو المتصدّي للبيع- لأجل أنّ جعل الخيار للمولى الكافر سبيل فعليّ

المسلم- كما هو أحد الأمرين المشار إليهما بقوله: «و كيف كان ..»- يكون البيع فضوليّاً وغير صحيح، فليس مورداً للخيار قطعاً. إلا أن يراد بيعه بإذن الحاكم. لكنه غير فرض ولاية المالك على بيع العبد كما لا يخفى.

فينبغي أن تكون العبارة بهذا النحو: «ثم إنّه بناء على ولاية الكافر على البيع إذا باع المولى الكافر عبده المسلم فالظاهر .. إلخ».

[1] لكن قد يورد عليه تارة بمنافاة هذا التقييد للتعليل الآتي بقوله: «لأنه إحداث ملك فينتفي بعموم نفي السبيل» لظهوره في أنّ المنفي شرعاً هو المسبب أعني به تملك

العبد المسلم حتى إذا لم يؤل إلى الفسخ وإعادة العبد في ملكه، و المفروض نفي السبيل بقول مطلق.

ولا فرق في عدم ثبوت الخيار بين كون الخيار متعلقا بالعقد، ويلزمه حينئذ جواز استرداد العين، أم كان متعلقة العين، أي: حق استرداد العين وانتزاعها ابتداء، وانفساخ العقد قهرا.

(1) جواب «فإذا تولّاه» وهذا إشارة إلى الوجه الأول، وهو نفي مطلق الخيارات في بيع العبد المسلم، فلا يستحق البائع ولا المشتري فسخ هذا البيع، ليعود العبد في ملك مولاه الكافر.

الكافر للمسلم، سواء أكان بسبب إعمال الخيار أم بغيره. ومن المعلوم ترتب هذا اللازم على ما إذا كان الخيار للمشتري أو للحاكم إن كان هو البائع، ضرورة عود العبد إلى ملك الكافر لو فسخ كلّ منهما. مع أنّ السلطنة على الفسخ أو الاسترداد للمسلم لا للكافر.

و عليه فلا وجه لتقييد منع الخيار بما إذا كان المتولّي هو الكافر «1».

وأخرى بأنّ الخيار بنفسه ليس سبيلا، ولا هو مستلزم للسبيل، فلا يعارض دليله دليله، لعدم استلزام الخيار استرداد العوضين، وإنّما هو حلّ العقد ابتداء، فإن صادف هذا الحل حال قيام العوضين مع عدم المانع من استردادهما استردا، وإن صادف تعذره بالتلف، أو حصل المانع الشرعي منه انتقل الحق إلى القيمة. والمقام من هذا القبيل، لأنّ دليل نفي السبيل يمنع عن قابلية عين العبد المسلم للرجوع إلى ملك الكافر، ولا يمنع استرداد قيمته، فيأخذها جمعا بين الدليلين «2».

إلا أن يقال بما في تقرير شيخ مشايخنا الميرزا النائيني قدس سرّه من عدم ثبوت الخيار هنا من جهة امتناع رجوع العين إلى الكافر، سواء قلنا بتعلّق الخيار بالعقد ابتداء أم باسترداد

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 236

(2) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج 1، ص 164

عن الحواشي (1) في خيار المجلس و الشرط، لأنّه (2) إحداث ملك فينتفي (3) بعموم (4) [لعموم] نفي السبيل، لتقديمه على أدلة الخيار، كما يقدّم على أدلة البيع.

و الوجه فيه: أنّ المولى الكافر لا ولاية له على البيع، وإنّما يباع العبد عليه قهرا كما قيل. و على فرض ولايته عليه تختصّ ولايته بإخراج العبد من ملكه إخراجا قطعيا لا يبقى معه علاقة و تزلزل، و من المعلوم أنّ ثبوت الخيار في هذا البيع يوجب تزلزل العقد، فيعود سبيل الكافر على المسلم، و هو منفي حسب الفرض.

(1) قال السيد العاملي قدّس سرّه: «و في حواشي الشهيد: أنّه يباع، و لا يثبت له خيار المجلس و الشرط» «1».

(2) تعليل لعدم خيار الكافر إذا باشر البيع بنفسه، و حاصله: أنّ جعل الخيار للكافر ليتمكّن من الفسخ يوجب جواز رجوع الملك إليه، و هو إيجاد ملك جديد له، و المفروض انتفاء هذه الملكية الجديدة بعموم نفي السبيل، حيث إنّ عامّ يشمل الملكية مطلقا من المستقرّة و المستحدثة.

(3) أي: إحداث الملك، و ضميرا «لتقدمه» و المستتر في «يقدم» راجعان إلى نفي السبيل.

(4) تعليل لانتفاء الملك، و حاصله: أنّ عموم نفي السبيل مقدّم حكومة على أدلة الخيار، كما يقدّم على أدلة البيع. فكما لا يجوز تملك العبد المسلم للكافر بالبيع، فكذا لا يجوز تملكه إيّاه بفسخ البيع.

العين. و ذلك لأنّ مورد الرجوع إلى البدل هو إمكان استرداد العين بالفسخ أوّلا حتى ينتهي الأمر - بعد تعذر تسليمه - إلى البدل، و المفروض في المقام امتناع الرجوع إلى العين، لما ورد من الأمر بالبيع و عدم إقراره في يد الكافر، فلا موقع للرجوع إلى البدل، هذا «2».

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 180

(2) المكاسب و البيع، ج 2، ص 362

ص: 359

و يمكن أن يبتني (1) على أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد (2) [1]. فإن قلنا بالأول (3) ثبت الخيار، لأن (4) فسخ العقد يجعل الملكية

(1) هذا إشارة إلى وجه ثان في حكم الخيار، أي: يبتني وجود الخيار وعدمه- للبائع الكافر أو المشتري- على: أن الزائل العائد كالذي لم يزل أي كأنه باق ولم ينعدم، أو كالذي انعدم وتجدد، ولم يعد ذلك الوجود السابق.

فعلى الأول يثبت الخيار، لأن الملكية بعد الفسخ هي الملكية السابقة الممضاة شرعا، والتي أمر المسلمون بإزالتها.

وعلى الثاني لا يثبت الخيار، لأن الملكية المتجددة الحاصلة بالفسخ غير الملكية السابقة الممضاة شرعا، والملكية المتجددة سبيل منفي بآية نفي السبيل.

ثم إن هذه القاعدة وما يتفرع عليها من فروع- كالفسخ بالخيار- نقلها الشهيد قدس سره في القواعد، ولم يظهر منه ترجيح أحد الاحتمالين، فقال: «طريان الراجع للشيء هل هو مبطل له، أو بيان لنهايته؟.. وقد يعبر عنها بأن الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل؟ أو كالذي لم يعد، فإن القائل بأنها كالذي لم يزل يجعل العود بيانا لاستمرار الحكم الأول، والقائل بأنها كالذي لم يعد يقول برفع الحكم الأول بالزوال، فلا يرجع حكمه بالعود» [1].

(2) يعني: بل هو ملك متجدد غير الملك الأول.

(3) وهو كون الزائل العائد كالذي لم يزل.

(4) تعليل لثبوت الخيار، وقد مرّ توضيحه بقولنا: «لأن الملكية بعد الفسخ هي الملكية.. إلخ».

[1] لا يخفى أن هذه الجملة وإن كانت كلاما معجبا جميلا، لكن لا عبرة بها، لعدم كونها آية ولا رواية ولا معقد إجماع.

مضافا إلى: أنها لا تطبق على المقام، لأن موردها هو ما إذا كان هناك زوال وعود، حتى يصح أن يقال: إن هذا الذي زال وعاد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ كما إذا

(1) القواعد والفوائد، ج 1، ص 268، القاعدة 85

ص: 360

السابقة كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها، بخلاف (1) ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة، فإن الشارع لم يمضها (2).

(1) يعني: بخلاف ما لو كانت الملكية المتجددة مغايرة للملكية السابقة، فلا يثبت فيها الخيار، حيث إن الشارع لم يمضها، لأنها سبيل منفي كما تقدم آنفاً.

(2) لكونها من السبيل المنفي شرعاً.

باع زيد دكانه مثلاً من عمرو بشرط أن يكون له إلى سنة خيار فسخ هذا البيع، ثم باع المشتري عمرو في مدة الخيار - قبل وقوع الفسخ من البائع ذي الخيار - ذلك الدكان من بكر.

فزال ملك الدكان من عمرو المشتري، حتى إذا فسخ زيد حينئذ بيع الدكان لم يكن له مطالبة عين الدكان من عمرو، بل يستحق بدله. فإذا فرض عود الدكان إلى ملك عمرو بسبب ناقل فهل لزيد مطالبة عين الدكان من عمرو، بدعوى: أنّ الزائل العائد كأنه لم يزل؟ أم ليس له مطالبة العين، لأنّ الزائل كأنه لم يعد. ففي هذا المثال يوجد كلّ من الزوال والعود، فيكون من موارد هذه الجملة وصاديقها.

وأما مقامنا فليس كذلك، لأنه ليس فيه عود مسلم حتى يبحث في كونه كأن لم يزل، أو كأن لم يعد حتى يكون كالمثال المذكور، حيث إنّ ثبوت الخيار للبائع الكافر حتى يترتب على فسخ البيع بذلك الخيار عود المبيع وهو العبد المسلم إلى بائعه الكافر - حتى يقال: إنّ هذا العود هو الوجود السابق أو وجود حادث - غير مسلم. بل قد تقدّم أنّ ولاية المالك الكافر على بيع عبده المسلم غير ثابتة، بل عدمها ثابت.

فعلى هذا يكون المقام أجنبياً عن مفاد هذه الجملة: «الزائل العائد كالذي لم يزل..»

إلخ».

والحق أنّ الخيارات لكلّ من البائع الكافر والحاكم ساقطة، من غير فرق بين الخيارات المجعولة شرعاً كخيارات المجلس والحيوان، و المجعولة بجعل المتعاقدين، و من غير فرق بين الخيارات الناشئة من قاعدة الضرر، و من تخلف الشرط الضمني كخيار الغبن على الخلاف من كونه لأجل قاعدة الضرر، أو تخلف الشرط الضمني.

وذلك لحكومة قاعدة نفي السبيل على أدلة الخيار مطلقاً، وإبائه نفي السبيل عن



## التخصيص.

مضافا إلى أنّ المستفاد من قوله عليه السلام: «لا تقروه» هو النهي عن المسبّب أعني الملكية بقاء، وبعد إلغاء خصوصية البقاء- التي هي مورد الحديث- يفهم العرف بأنّ المبعوض المنهي عنه هو نفس الملكية من غير فرق بين حدوثها وبقائها. و النهي الدال على الفساد يدلّ على فساد كلّ سبب يتسبب به إلى ذلك المسبّب، سواء أكان يبيعا أم صلحا أم فسحا أم غيرها.

والحاصل: أنّ كلّ ما يوجب ملكية العبد المسلم للكافر حدوثا وبقاء فاسد.

ولا يترتب عليه الملكية أصلا. وبذلك تسقط التفاصيل التي ذكروها من الخيارات الأصلية كخيارى المجلس و الحيوان، و الخيارات الناشئة من أدلة نفي الضرر، بالسقوط في الأوّل، لحكومة دليل نفي السبيل على أدلة الخيارات الأصلية، و الثبوت في الثاني، بتوهم: تقدم دليل نفي الضرر لقوّته على دليل نفي السبيل.

وكذا يسقط التفصيل بين ضرر المشتري المسلم و بين ضرر البائع الكافر، بثبوت الخيار للأوّل، لقاعدة الضرر، و عدم ثبوته في الثاني أي الكافر، لأنّه لكفره بسوء اختياره أقدم على ضرره، فلا تشمله قاعدة الضرر.

وجه سقوط هذا التفصيل: عدم جريان قاعدة نفي الضرر في كليهما، لحكومة نفي السبيل على قاعدة الضرر بعد وضوح عدم تخصيص نفي السبيل بها، لإبائها عن التخصيص، هذا.

وأما ما ذكروه من خروج الإقدام عن قاعدة الضرر، و عدم شمولها لمورد الإقدام بالحاصل باختيار الكفر، ففيه: أنّ الخارج عن قاعدة الضرر إنّما هو الإقدام على نفس الضرر، كالإقدام على المعاملات الغبنية مع العلم بالغبن. و أمّا الإقدام على شيء يترتب عليه الضرر أحيانا و قد لا يترتب- كالإقدام على الكفر فيما نحن فيه- فهو أجنبي عن قاعدة الإقدام.

فالمتحصل: أنّ جميع الخيارات ساقطة، و لا يترتب شيء منها على بيع العبد المسلم من المسلم، سواء أكان المباشر للبيع نفس المولى الكافر أم حاكم الشرع.

لكن هذا المبني (1) ليس بشيء، لوجوب (2) الاقتصار [1] في تخصيص نفي السبيل على المتيقن (3).

نعم (4) يحكم بالأرش (5) لو كان العبد

---

(1) أي: جملة «الزائل العائد .. إلخ» ليس بشيء.

(2) تعليل لعدم صحة جملة «الزائل العائد .. إلخ» و محصّ له: أنّ عموم نفي السبيل يشمل الملكية مطلقاً، حتى الملكية التي لا تزول، و هذا العموم ليس قابلاً للتخصيص.

و المتيقن من تخصيصه هو ثبوت الملكية القهرية الابتدائية للكافر كالإرث.

و بالجملة: فالملكية الزائلة العائدة مشمولة لعموم نفي السبيل، و لا مخرج لها منه، لعدم دليل على اعتبار هذه الجملة حتى يخرج بها عن عموم دليل نفي السبيل.

و بهذا ظهر أنّ نظر المصنف هو منع الكبرى التي هي مبنى التفصيل، لا منع صغروية المقام - و هو الفسخ بالخيار - لها.

(3) و هو ثبوت الملكية القهرية الابتدائية فقط للكافر كالإرث، دون الملكية الحاصلة بالفسخ، فإنّها مغايرة للملكية القهرية. فخرجها عن عموم آية نفي السبيل مشكوك، فالعموم يشملها.

(4) بعد منع الخيار المجوّز للرد، استدرك عليه بأنّه في خصوص خيار العيب الموجب للرد أو الأرش يحكم بالأرش، لتعذر الرد، كسائر الواجبات التخيرية التي تعذر أحد عدليها. كما إذا باع الكافر عبده المسلم بثوب، و كان أحد العوضين معيباً حال العقد، فإن كان المعيب هو العبد جاز للمشتري المسلم مطالبة الأرش من الكافر. و إن كان المعيب هو الثوب جاز للكافر أخذ الأرش من المشتري.

و على كلّ فالبيع من حيث حقّ الرد و الفسخ لازم، لا سلطنة لأحدهما على حلّه.

بل يثبت ما يختص بخيار العيب و هو الأرش.

(5) هو جزء من الثمن - لو كان العيب في المبيع - يكون نسبته إلى الثمن كنسبة

---

[1] لعلّ الأولى التعليل بعدم اعتباره أولاً، و عدم انطباقه على المقام ثانياً، لعدم العلم بالموضوع و هو الزوال و العود كما أوضحناه في التعليقة، فلاحظ.

التفاوت بين الصحيح والمعيب، كما إذا فرض أنه اشترى المبيع بخمسة دنانير، وكانت قيمته السوقية صحيحا عشرة دنانير، وقيمته كذلك معييا ثمانية دنانير، فالتفاوت بين الصحيح والمعيب اثنان، وهما خمس العشرة، فيؤخذ خمس الثمن، وهو الواحد من الخمسة.

هذا كله في الوجه الأول، وهو نفي الخيار بقول مطلق، إلا خيار العيب بالنسبة إلى الأرش. كما تقدّم التفصيل المبني على قاعدة «الزائل العائد»، وسيأتي الكلام في تفصيل آخر.

(1) المراد به الثمن المعين، لا ما هو فرد من الثمن الكلي، إذ في الثمن الكلي لا بدّ من تسليم الثمن الصحيح، ولا مورد للخيار.

(2) يعني: ويشكل الحكم - بعدم ثبوت شيء من الخيارات - في الخيارات الناشئة عن الضرر.

وهذا إشارة إلى التفصيل بين الخيارات بلحاظ أدلتها، فيقال: بعدم ثبوت الخيار المستفاد من دليل خاص، كخيار المجلس والحيوان والشرط، وبتبوت الخيار المستند إلى قاعدة نفي الضرر بشرط كون المتضرر هو المسلم.

أمّا عدم ثبوته في القسم الأول فلأنّ دليل خيار المجلس - مثلا - لا يقاوم ما دلّ على نفي السبيل، ويكون محكوما به، ونتيجة هذه الحكومة اختصاص خيار المجلس بما إذا لم يكن المبيع عبدا مسلما باعه مولاه الكافر، فكأنه قيل: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا إذا باع الكافر عبده المسلم من مسلم، فإنه لا خيار للمتبايعين» إذ لو كان لأحدهما الخيار لزم جواز تملك الكافر للعبد المسلم، وهو سبيل منفيّ شرعا.

وأمّا ثبوت الخيار في القسم الثاني كخيار العبن، فلأنّ قاعدة نفي الضرر وإن تعارضت مع قاعدة نفي السبيل، في ما لو تضرّر أحد المتبايعين في بيع العبد المسلم - لاقتضاء قاعدة نفي السبيل انتفاء الخيار ولزوم العقد، واقتضاء قاعدة نفي الضرر التزلزل - إلا أنّ الترجيح لدليل نفي الضرر، لقوة الدلالة وإن استفيدت من الشهرة العملية

من (1) جهة قوّة أدلّة نفي الضرر، فلا يبعد (2) الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرّر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرّر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره (3) الموجب لعدم قابليّته لتملّك المسلم إلّا فيما خرج بالنص.

على ثبوت الخيار.

واللازم من تقديم قاعدة نفي الضرر وإن كان ثبوت الخيار لمن تضرّر - سواء أ كان المتضرر هو الكافر كما إذا باع العبد بأقلّ من قيمته السوقية، أم المشتري كما إذا اشتراه بأزيد من ثمن المثل - إلّا أنّ القاعدة مختصّة بعدم إقدام المتضرر على ضرر نفسه.

وبما إنّ الكافر بسوء اختياره للكفر أقدم على الإضرار بنفسه لعلمه بعدم قابليّته لتملّك العبد المسلم، فلم يكن هذا الضرر مستندا إلى الشارع حتى ينفي بالقاعدة، إذ الضرر عنوان للحكم المجعول شرعا، كلزوم العقد، ولا يشمل ما استند إلى المقدم على إزالة ملكه عن العبد.

هذا توضيح نظر المصنف قدّس سرّه في هذا التفصيل. وإن أمكن التأمل فيه كما تقدم في التعليقة، ولا أقلّ من منع كون قاعدة نفي الضرر أقوى من قاعدة نفي السبيل، وحاكمة عليها، بعد اعترافه في أوّل المسألة بإبائها عن التخصيص، مع أن لازم تقديم «لا ضرر» ثبوت حقّ الفسخ وإثبات السبيل مرّة أخرى للكافر، هذا.

(1) متعلق ب «يشكل» وقوله: «من جهة قوّة أدلّة .. إلخ» ناظر إلى حكومة القاعدة على نفي السبيل.

(2) هذه نتيجة قوة أدلّة الضرر، فإنّ تقديم قاعدة الضرر على نفي السبيل يقتضي ثبوت الخيار للمسلم المتضرر من ناحية لزوم البيع. بخلاف تضرر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من اختياره الكفر الذي أوجب عدم قابليّته لتملّك المسلم إلّا فيما خرج بالنص، وهو ما تقدم من قول مولانا أمير المؤمنين «صلوات الله عليه»: «اذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه، ولا تقرّوه عنده».

(3) يعني: أنّ الضرر نشأ بسوء اختياره الكفر الذي أوجب عدم قابليّته لتملّك المسلم، إلّا فيما خرج بالنص المتقدم آنفا، ولم ينشأ الضرر بجعل الشارع.

و يظهر ممّا ذكرنا (1) حكم الرجوع في العقد الجائز، كالهبة.

و خالف في ذلك (2) كلّ جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار و الردّ بالعيب تبعاً للدروس (3)، قال (4) «لأنّ العقد لا يخرج

---

(1) أي: يظهر من عدم الخيار- للكافر و للمشتري- حكم الرجوع في العقد الجائز، و هو عدم جواز الرجوع. فإذا وهب الكافر عبده المسلم لمسلم، ثم رجع عن الهبة. لم يصحّ له الرجوع، لا لعدم قابلية الهبة للرجوع، بل لعدم قابلية الكافر لأن يرجع العبد المسلم إلى ملكه.

(2) أي: في عدم الخيار للكافر و المشتري، و في عدم جواز رجوع الكافر إلى عبده المسلم إذا وهبه لمسلم هبة جائزة.

و هذا في قبال ما تقدّم أولاً من المصنف من سقوط جميع الخيارات، سواء أ كان الخيار أصليّاً كخيارى المجلس و الحيوان، أم جعليّاً بجعل المتعاقدين كخيار الشرط، و سواء نشأ من دليل نفي الضرر، أم من تخلف الشرط الضمني.

و في قبال ما تقدم من التفصيلين.

فالغرض هنا التعرض لقولين آخرين:

أحدهما: مختار الشهيد و المحقق الثاني قدّس سرّهما من جريان كافة الخيارات، و جواز الرجوع في الهبة.

و ثانيهما: سقوط الخيارات بالنسبة إلى العين، فلا يجوز للكافر استرداد العبد المسلم بالفسخ في العقد اللازم، و بالرجوع في العقد الجائز، و بقاء حقه الفسخ في القيمة، كما سيظهر.

(3) قال الشهيد قدّس سرّه: «و لو أسلم عبد الكافر بيع عليه قهراً بثمن المثل .. و يجري فيه أحكام العقد من الخيار و الردّ بالعيب فيه أو في ثمنه المعين، فيقهر على بيعه ثانياً» «1».

(4) أي: قال المحقق الثاني في جامع المقاصد، و محصل ما أفاده من التعليل لثبوت الخيار: أنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه، و هو جواز الردّ بالعيب، و لا نرفع اليد عن هذا

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 199

ص: 366

عن مقتضاه [1] بكون (1) المبيع عبدا مسلما لكافر، لانتفاء (2) المقتضي، لأن (3)

المقتضي لأجل كون المبيع عبدا مسلما لكافر، فلا بأس بأن يرده المشتري العبد المسلم المبيع المعيب إلى بئعه الكافر. لا أن يأخذ الأرش منه بإزاء العيب و النقيصة.

(1) الباء للسببية، يعني: لا يخرج عن مقتضى العقد بسبب كون المبيع عبدا مسلما لكافر.

(2) تعليل لعدم خروج العقد عن مقتضاه، يعني: لا مقتضي للخروج عن مقتضى العقد، وهو الخيار الموجب لجواز الرد.

(3) تعليل لانتفاء المقتضي، و محصله: أن نفي السبيل لو كان مقتضيا لخروج العقد عن مقتضاه- وهو جواز الرد بالعيب، و رجوع المبيع إلى بئعه- لكان مقتضيا لخروج العبد عن ملك الكافر أيضا، لعدم التفاوت بينهما مع وجود السبيل في كليهما. و من المعلوم بطلان التالي، و هو خروج العبد عن ملك الكافر، فإن بيع العبد عليه- و دفع ثمنه إليه كما هو مقتضى النص- دليل على بقاء ملكه.

و كذا الملزوم- و هو خروج العقد عن مقتضاه أعني به جواز الرد بالعيب- فإنه

[1] لا يبعد أن يكون مراد صاحب جامع المقاصد عينية الملكية المترتبة على فسخ العقد مع الملكية السابقة على العقد، حيث إن العرف يحكم بذلك بسبب الفسخ الذي هو حل العقد، و إن لم يحكم العقل بالعينية، لاختلاف المشخصات. و المفروض أن الملكية السابقة الإرثية لم تكن مشمولة لآية نفي السبيل. فلا بد أن تكون الملكية الآتية من فسخ العقد أيضا كذلك، لأنها عينها عرفا. فإذا لم تكن منفية بآية نفي السبيل لم يكن مانع من ترتب مقتضى العقد عليها، لفرض عينية الملكية الفسخية مع الملكية الإرثية. فترتب الخيار حينئذ ليس لاقتضاء العقد له اقتضاء عقليا غير منفك عنه، و لا لأقوائية دليله من آية نفي السبيل، هذا.

لكن العينية العرفية غير كافية بعد كون الموضوع الملك الإرثي، و هذا العنوان لا يصدق على الملك المترتب على الفسخ، لأنه ملك جديد لم ينتقل إليه بالإرث، فيشمله عموم آية نفي السبيل.

نفي السبيل لو اقتضى ذلك (1) لاقتضى خروجه عن ملكه (2).

فعلى هذا (3) لو كان البيع معاطاة فهي على حكمها (4).

ولو أخرجه (5) عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

نعم (6) لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس، أو مطالبته (7) بسبب ناقل يمنع الرجوع

---

باطل أيضا، كبطلان خروج العبد عن ملك الكافر.

(1) أي: لو اقتضى رفع اليد عن مقتضى العقد لاقتضى .. إلخ، وفي جامع المقاصد زيادة «بمجرّده».

(2) كذا في النسخ، وفي جامع المقاصد: «عن الملك بالإسلام».

(3) يعني: فبناء على ثبوت الخيار- والرد بالعيب- لو كان البيع واقعا بنحو المعاطاة لجرى فيه أحكام البيع المعاطاتي، كجواز تراّد العينين ما دامتا باقيتين، لكونها عند المحقق الثاني قدّس سرّه تفيد الملك الجائر «1»، وتقدّم تفصيله في بحث المعاطاة، فراجع.

(4) أي: حكم المعاطاة كجواز التراد كما مرّ آنفا، سواء قلنا بما هو المشهور عند القدماء من إفادتها للإباحة، أم بما اختاره المحقق الثاني من الملك المتزلزل.

(5) أي: ولو أخرج الكافر العبد المسلم عن ملكه بعنوان الهبة جرت عليه أحكام الهبة من عدم جواز الرجوع فيها إن كانت لذي رحم، و جواز الرجوع إن كانت لغير ذي رحم.

وقوله: «ولو أخرجه» وكذا قوله: «لو كان البيع معاطاة» متفرعان على ما في جامع المقاصد من ثبوت الخيار في بيع العبد المسلم، إذا تولّاه مولاه الكافر بنفسه.

(6) هذا من كلام جامع المقاصد، وهو استدراك على ما أفاده من ثبوت الخيار والرد للكافر. وحاصل الاستدراك: أنّ للحاكم الشرعي إسقاط حق الخيار للكافر في خيار المجلس.

(7) معطوف على «الإلزامه» يعني: للحاكم مطالبة الكافر بأن ينقل ثمن العبد إلى غيره بسبب ناقل لازم من النواقل الشرعية حتى لا يرجع المشتري بسبب خياره إلى الثمن،

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 58

إذا لم يلزم (1) منه تخسير للمال» انتهى «1».

وفيما ذكره (2) نظر، لأن (3) نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي (4)، و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه (5) بالفسخ. واستلزام (6) البيع للخيارات

---

فينفسخ البيع، و تعود ملكية العبد إلى بائعه الكافر.

(1) يعني: إذا لم يلزم منه- أي: من كل واحد من إلزام الحاكم بإسقاط الخيار أو مطالبته- خسارة مالية على الكافر، كما إذا كانت قيمة العبد مائة دينار، و باعه بستين ديناراً، فإن إلزامه بإسقاط الخيار أو مطالبته بنقل الثمن يوجب الخسارة على الكافر، فيقيّد الإلزام و المطالبة بعدم الخسارة.

(2) يعني: وفيما ذكره المحقق الثاني قدس سرّه من أن العقد لا يخرج عن مقتضاه- وهو جواز الرد و الفسخ بالخيار- نظر. و قد ناقش المصنف قدس سرّه في مواضع من كلام جامع المقاصد.

منها: قوله: «لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه.. إلى قوله لاقتضى خروجه عن ملكه» تقريب المناقشة فيه: أن تخصيص عموم نفي السبيل بالملك الابتدائي القهري لا يلازم تخصيصه بالملك الحاصل للكافر بالفسخ، حيث إن العام المخصّص حجة في الباقي.

و عليه فعموم نفي السبيل ينفي ملكية العبد المسلم للكافر بسبب الفسخ، لأنّه تخصيص زائد ينفيه العموم.

(3) تعليل للنظر و المناقشة. و قد مرّ توضيحه آنفاً بقولنا: «تقريب المناقشة فيه».

(4) القهري كالإرث، و ضمير «و خروجه» راجع إلى الملك الابتدائي.

(5) أي: إلى الكافر، و حاصله: أن خروج الملك الابتدائي القهريّ كالإرث عن عموم نفي السبيل لا يستلزم خروج عود ملك العبد المسلم إلى الكافر عنه بسبب الفسخ، لكونه تخصيصاً زائداً.

(6) هذا إشارة إلى المناقشة في موضع آخر من كلام المحقق الثاني، و هو قوله: «ان العقد لا يخرج عن مقتضاه و هو الخيار حتى إذا كان المبيع عبداً مسلماً و البائع كافراً، فإنّ

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 65

ص: 369



ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد (1) الذي خصّ بنفي السبيل. فهذا (2) [فهذه] أولى بالتخصيص به.

مع (3) أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك، وعدم (4) زواله بالفسخ و الرجوع (5)، فتأمل (6).

الخيار ثابت له وعليه».

و محصل المناقشة هو: أن اقتضاء العقد للخيار ليس عقلياً حتى يكون الخيار لازماً غير مفارق للعقد، بل يكون الخيار بجعل الشارع و تابعا لدليله، و من المعلوم أن دليل الخيار أضعف من دليل صحة نفس العقد الذي خصّ بدليل نفي السبيل. فتخصيص دليل الخيار بأية نفي السبيل لضعفه أولى بالتخصيص بالآية من دليل الصحة.

(1) كأوفوا بالعقود، و أحل الله البيع، و تجارة عن تراض، و غيرها.

(2) يعني: فدليل الخيار أولى بالتخصيص - بنفي السبيل - من دليل صحة أصل البيع.

فالنتيجة: أنه لا تعارض بين دليل نفي الخيار و دليل نفي السبيل، بل دليل نفي السبيل حاكم عليه، فلا تخرج الملكية المستحدثة بالخيار من عموم نفي السبيل، و إنما الخارج منه خصوص الملك القهري الابتدائي كالإرث.

(3) غرضه منع الخيار رأساً للكافر - و إن لم نقل بتقديم آية نفي السبيل على دليل الخيار، و سلّمنا المعارضة بين دليلي الخيار و نفي السبيل و تساقطهما - حيث إنه بناء على التساقط لا وجه للخيار، بل المرجح حينئذ الأصل العملي، و هو أصالة بقاء الملك على ملك المشتري، و عدم زواله بفسخ الكافر و رجوعه.

و لا يرجع إلى أصالة الفساد، لأنّ الشك ليس في الصحة و الفساد، بل في انفساخ العقد الصحيح و زواله. فالمرجع استصحاب بقاء العقد و أثره و هو الملك.

(4) معطوف على «الملك» أي: يرجع إلى أصالة عدم زوال الملك بالفسخ و الرجوع.

(5) معطوف على الفسخ.

(6) لعلّه إشارة إلى: أن تسليم المعارضة - و الغصّ عن حكومة نفي السبيل على دليل صحة البيع - يقتضي الرجوع إلى أصالة الفساد، لأنّ الشك حينئذ في أصل صحة عقد البيع، لا في بقائه حتى يستصحب ملكية العبد المسلم لمشتريه المسلم.

و بالجملة: فلا يرجع حينئذ إلى أصالة بقاء ملك المشتري بعد فسخ البائع الكافر.

و أمّا (1) ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أن إلزامه (2) بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع (3) [1]، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة (4)

أو إشارة إلى: ما سيذكره من قوله: «إلا أن يقال: أن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار ونفي السبيل .. إلخ» و حاصله: أن الجمع بين دليلي نفي السبيل و الخيار يقتضي ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة، لأن نفي السبيل مانع شرعي من استرداد المثلثن أعني به العبد. أو إشارة إلى غير ما ذكر.

و الحقّ جريان أصالة بقاء ملك المشتري، و عدم تأثير فسخ البائع الكافر في انحلال العقد، و رجوع ملك العبد المسلم إلى بائعه الكافر.

(1) هذا إشارة إلى المناقشة في موضع ثالث من كلام المحقق الثاني، و هو قوله:

«لا يبعد أن يقال للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس .. إلخ».

و حاصل مناقشة الشيخ قدّس سرّه فيه هو: أن إلزام البائع الكافر بإسقاط الخيار و نحوه ليس بأولى من الحكم بنفي الخيار و عدم جواز الرجوع، لتعذر الرجوع من جهة المانع، و هو أن خروج العبد المسلم عن ملك الكافر إلى ملك المسلم من التصرف المانع من الفسخ.

(2) أي: أن إلزام الحاكم للكافر بإسقاط الخيار أو بالمطالبة ليس بأولى .. إلخ.

(3) أي: بعدم الخيار الموجب لجواز الفسخ و الرجوع من أول الأمر حتى نحتاج إلى الاستدراك بإلزام الكافر بإسقاط نحو خيار المجلس.

و يمكن أن يقال بأولويته، لكونه جمعا بين دليل نفي السبيل و أدلة الخيارات.

(4) خبر قوله: «فيكون» و الظرف في «من ملك، إلى ملك» متعلق ب «خروج».

[1] ظاهره الإشارة إلى ما ذكره سابقا في (ص 356) من قوله: «فإذا تولاّه المالك بنفسه فالظاهر أنّه لا خيار له و لا عليه». و هذه العبارة كالصريح في عدم جعل الخيار أصلا للبائع الكافر. فيفهم منها دفع الخيار بمعنى عدم تشريعه و عدم حدوثه. و لا يلائم هذا المعنى ما فرّعه عليه بقوله: «فيكون خروج المسلم» لأنّ هذا التفريع يناسب وجود الخيار،

و ممّا ذكرنا (1) يظهر أنّ ما ذكره في القواعد- من قوله: «و لو باعه من مسلم بثوب، ثمّ وجد في الثوب [الثلث] عيبا جاز ردّ الثمن [الثوب]. و هل يستردّ (2) العبد

---

(1) من قولنا في (ص 356): «فإذا تولّاه المالك بنفسه فالظاهر أنّه لا خيار له و لا عليه» مع تأييده بقوله في (ص 371): «ففيه: أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر .. إلخ» و غرضه التعرض لآخر الأقوال و الوجوه الموجودة في المسألة، و هو تفصيل العلامة قدّس سرّه في القواعد.

و محصله: أنّه لو باع الكافر العبد المسلم من مسلم بثوب، ثمّ وجد في الثوب عيبا، جاز للبائع ردّ الثوب. و هل يستردّ البائع الكافر نفس المبيع- و هو العبد المسلم- أم يستردّ بدله أعني القيمة؟ فيه نظر، ينشأ من كون استرداد العبد تملكا للمسلم اختيارا، فلا يجوز استرداده. و من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالإرث، حيث إنّ من حكم الشارع، و ليس باختيار البائع، فيجوز استرداد العبد بعينه.

(2) يعني: و هل يستردّ البائع الكافر العبد أم القيمة؟ فيه نظر.

---

ضرورة أنّ التصرف المانع من الفسخ مسقط للخيار و رافع له، لا مانع من حدوثه. و قد تقدم أنّ المانع من حدوث الخيار للبائع الكافر قوله عليه السّلام: «أذهبوا فيبعوه من المسلمين».

مضافا إلى كون الخيار موجبا للسلطنة على حلّ العقد، و هذه السلطنة منقبة بآية نفي السبيل.

[1] لم يظهر مراده قدّس سرّه من مانعية هذا الخروج للخيار، و كونه بمنزلة التصرف المانع من الفسخ، فإنّ الخروج من ملك الكافر إلى ملك المسلم موضوع الخيار، فكيف يكون رافعا للخيار، فإنّ الموضوع مقتض لحكمه و كالعلة له، و لا يعقل أن يكون مقتضى الشيء رافعا له، فلا بدّ أن يكون التصرف المانع عن الفسخ غير التصرف البيعي الذي هو موضوع للخيار. فتعليل عدم جواز الرجوع و الفسخ بلزوم السبيل المنفيّ أولى.

أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من (1) كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، و من (2) كون الردّ بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث» انتهى  
(1) - محلّ (3) تأمل (4).

إلا (5) أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّة الخيار و نفي السبيل ثبوت الخيار، و الحكم بالقيمة، فيكون [1] نفي السبيل مانعاً شرعياً من  
استرداد المثلث (6)، كنقل المبيع (7) في زمان الخيار،

---

(1) هذا وجه عموم جواز استرداد العبد، و قد تقدم آنفاً توضيحه.

(2) هذا وجه الجواز، و قد مرّ بيانه.

(3) خبر «ان» في قوله: «ان ما ذكره في القواعد».

(4) وجه التأمل: أنّ جواز ردّ الثمن يدلّ على ثبوت الخيار للكافر، و قد تقدم في (ص 371) عدم ثبوته له، حيث قال: «انّ إزمه بما ذكر  
ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع .. إلخ».

(5) استثناء من عدم ثبوت الخيار للكافر، و إثبات للخيار له، ببيان: أنّ مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و دليل نفي السبيل ثبوت الخيار  
للكافر، لكن لا باسترداد شخص العبد، بل بأخذ قيمته، لأن نفي السبيل مانع شرعي من استرداد شخصه، و موجب للحكم بأخذ قيمته.

(6) و هو العبد المسلم، حيث إنّ رجوعه إلى ملك الكافر البائع - بسبب الفسخ بالخيار - سبيل للكافر على المؤمن، و هو منفي بالآية  
المباركة.

(7) هذا تنظير لمانعية السبيل من استرداد نفس المبيع، فإنّ نقل المثلث في زمان الخيار بأحد النواقل الشرعية مانع عن استرداد عين المبيع  
بالخيار، بل لا بدّ من الأخذ

---

[1] لعلّ الأولى أن تكون العبارة هكذا: «و الحكم بأخذ القيمة دون العين، لكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد المثلث» و «ذلك  
لأنّ «الفاء» في «فيكون» ظاهر في تفرع ما بعده على ما قبله، مع وضوح أنّه ليس كذلك، ضرورة أنّ الحكم بالقيمة دون استرداد عين المبيع  
مبنيّ على مانعية نفي السبيل من استرداد العين. فنفي السبيل علّة للحكم بالقيمة

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 18

ص: 373

و كالتلف (1) الذي هو مانع عقليّ.

و هو (2) حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف (3) باستحقاق بدله [1]. و لذا (4) حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري،

ببدله من المثل أو القيمة. فإذا باع متاعه بشرط الخيار، ونقل المشتري- الذي عليه الخيار- ذلك المتاع في زمن الخيار الى غيره، وأخذ البائع بالخيار، وفسخ، لم يكن له مطالبة عين المبيع، بل له البدل، لأنّ نقل من عليه الخيار للمبيع مانع عن الرجوع إلى العين.

(1) هذا تنظير ثانٍ لمانعية السبيل من استرداد عين المبيع، فإنّ التلف السماوي يوجب الانتقال إلى البدل.

(2) أي: الاستثناء المزبور- وهو قوله: «الا ان يقال ان مقتضى الجمع بين أدلة الخيار .. إلخ»- حسن إن لم يرد عليه إشكال نفي السبيل، حيث إنّ استحقاق البدل كاشف عن استحقاق المبدل أي العبد، وهو علوّ و سبيل للكافر على المسلم، و ذلك منفي بالآية.

(3) نعت ل «استحقاق» يعني: المنكشف هذا الاستحقاق بسبب استحقاق بدل العبد، و هو الثمن- أو الثوب- في مثال العلامة رحمه الله في القواعد الذي مرّ آنفاً.

(4) أي: و لأجل كشف البدل عن استحقاق المبدل- و تفرّع استحقاق البدل عليه- حكم الفقهاء بسقوط خيار المجلس مطلقاً حتى بالنسبة إلى البدل في من ينعق على المشتري كالعמודين، حيث إنّ الحكم بثبوت الخيار بالنسبة إلى البدل يستلزم استحقاقه للمبدل كما هو مقتضى الكشف و التفرّع، و ذلك ينافي عدم ملكية العبد لمن ينعق عليه إلاّ للانعقاد.

لا معلول له، و متفرّع عليه كما هو ظاهر الفاء.

[1] لا يخفى أنّه بناء على هذا الجمع لا يكشف استحقاق البدل عن استحقاق المبدل، حيث إنّ دليل نفي السبيل ينفي استحقاق المبدل، إذ هو مقتضى الجمع بينه و بين أدلة الخيار. و مع الدليل على نفي الاستحقاق كيف يكشف استحقاق البدل عن استحقاق المبدل. و مع الغصّ عن ذلك و تسليم كشف استحقاق البدل عن استحقاق المبدل لا ضير في هذا الاستحقاق، لأنّه كنفس إضافة الملكية مجردة عن السلطنة في عدم كونها سبيلاً منفيّاً.

و بالجملة: فمجرد استحقاق المبدل لا يكون سبيلاً.

و بالجمله: مقتضى الكشف و التفرع امتناع استحقاق البدل بدون استحقاق المبدل. قال المحقق الشوشتری قدس سره: «أسقط العلامة في التذكرة و القواعد هذا الخيار- أي خيار المجلس- في شراء القريب. و تبعه الصيمري و المحقق الكركي و الشهيد الثاني و الأردبيلي. و ظاهر المسالك: أنه محل وفاق ..» «1».

(1) لعله إشارة إلى: أن دليل خيار المجلس قاصر عن شموله لهذا المورد، حيث إنه ظاهر في اعتبار بقاء الملكية إلى زمان اللزوم، و هو زمان الافتراق، و المفروض أنه ليس كذلك، ضرورة أنه بمجرد حصول الملكية بعقد البيع يعتق العبد المبيع على المشتري، فلا تبقى الملكية إلى زمان الافتراق حتى يحصل الخيار للبائع الكافر، هذا.

أو إشارة إلى عدم صدق السبيل للكافر على المؤمن بمجرد استحقاق المبدل، المنكشف باستحقاق البدل، فإن هذا الاستحقاق كنفس إضافة الملكية- المجردة عن السلطنة- في عدم السبيل.

أو إشارة إلى: أن سقوط الخيار بالنسبة إلى العين و ثبوته بالنسبة إلى القيمة إنما هو مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و الدليل الدال على أن الحر لا يعود رقاً، فإن المعتق كالتالف. فعلى المشتري الذي انتقل إليه العبد أن يدفع قيمته يوم الانعتاق إلى البائع، و يسترد الثمن منه.

و لعل أقرب هذه الوجوه المحتملة هو الوجه الأول، لأنه ظاهر نفس دليل خيار المجلس، حيث إن جعل الافتراق سبباً للزوم البيع يتوقف على بقاء الملكية الجائزة الخيارية إلى حصول الافتراق الذي هو سبب لزوم الملكية، فلا بد من بقاء الملكية إلى زمان الافتراق في ثبوت الخيار.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 176 و لاحظ مفتاح الكرامة، ج 4، ص 548، جواهر الكلام، ج 23، ص 18 و 19

مسألة:

المشهور عدم جواز نقل (1) المصحف إلى الكافر،

(1) حرمة نقل المصحف الى الكافر عنوان المسألة «عدم جواز تملك الكافر للمصحف الشريف بشيء من النواقل الاختيارية من البيع وغيره، والقهرية كالإرث» فلوارتد المسلم وكان مالكا للمصحف خرج عن ملكه بمجرد الارتداد. وهل يدخل في ملك الإمام عليه السلام أو المسلمين أم يصير مباحا كالمباحات الأصلية؟ كل من هذه الوجوه محتمل ثبوتا، وإثبات بعضها منوط بدلالة الدليل عليه.

والحاصل: أن عنوان المسألة من النقل الاختياري- كما هو ظاهر المتن- أخص من العنوان المبحوث عنه في كلمات الأصحاب هذا.

ثم إن المصنف قدس سره تعرض لهذه المسألة في خاتمة بحث الأجرة على الواجبات، فإنه قدس سره ذكر في الخاتمة مسألتين، إحداهما: مسألة بيع المصحف، والأخرى: مسألة جوائز السلطان. وقد اختار المصنف في المسألة الأولى عدم الجواز، وقال في صدر المسألة:

«صرح جماعة كما عن النهاية والسرائر والتذكرة والدروس وجامع المقاصد بحرمة بيع المصحف».

والظاهر أن غرضه من تعرض هذه المسألة في الخاتمة هو بيان أن بيع المصحف هل هو كبيع مشاعر العبادة- كالمشعر وعرفات ومني- في عدم قابليته للبيع ونحوه من النواقل الشرعية؟ أم هو مما يقبل البيع في نفسه، إلا أن يكون هناك مانع كالكفر.

ولهذه الجهة ذكر هذه المسألة في مباحث شرائط المتعاقدين، على أن يكون عدم جواز بيع المصحف مستندا إلى كفر من ينتقل إليه المصحف، كاستناد عدم جواز نقل العبد

ذكره الشيخ «1» و المحقق «2» في الجهاد، و العلامة في كتبه (1)، و جمهور من تأخر عنه (2).

المسلم إلى الكافر إلى كفره، و لذا استدلل على عدم جواز بيع المصحف من الكافر هنا بغير ما استدلل به على عدم جواز بيعه في الخاتمة، فلاحظ و تدبر [1].

(1) عنوانه العلامة قدس سره في كتاب البيع، و قال في جهاد التذكرة أيضا: «و نمنع المشرك من شراء المصاحف إعزازا للقرآن، فإن اشترى لم يصح البيع» (3). و التعليل بالإعزاز و الإعظام جار في غير المسلم مطلقا سواء أ كان مشركا أم كتابيا.

(2) أي: عن العلامة، كفخر المحققين في الإيضاح و شرح الإرشاد، و الشهيد في الدروس و اللمعة، و الشهيد الثاني في المسالك و الروضة، و المحقق الكركي، كما في مفتاح الكرامة، فراجع «4».

[1] ثم إنَّ محصل ما ينبغي أن يقال في بيع المصحف- المذكور في الخاتمة- هو حرمة بيع المصحف بمعنى النقوش، و جواز بيع الورق بدون النقوش، بحيث لا يكون كلامه تعالى جزءا و لا قيذا، بأن يكون المبيع الورق و الغلاف و الحديد مجردة عن النقوش.

و هذا الكلام هو ما يستفاد من النصوص بلا تعارض بينها حتى يجمع بينها بحمل النصوص المانعة على الكراهة الذي هو جمع حكمي، فإنَّ نفس النصوص ظاهرة في جواز بيع ما عدا كلامه سبحانه و تعالى. و حرمة بيع نفس كلامه تعالى شأنه، و لا تدل على جواز بيع ذلك أصلا.

و احتمال تلك النصوص على كتابة القرآن بترتيب خاص لا يدل على جواز تملك القرآن بتلك الكيفية. و تفصيل البحث في هذا المقام يطلب مما ذكره في الخاتمة.

(1) المبسوط، ج 2، ص 62

(2) الشرائع، ج 1، ص 334

(3) تذكرة الفقهاء، ج 9، ص 389 و ج 10، ص 23، قواعد الاحكام، ج 2، ص 17، نهاية الاحكام، ج 2، ص 456، إرشاد الأذهان، ج 1، ص 360

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 176، و لاحظ الدروس، ج 3، ص 199، الروضة البهية، ج 3، ص 243، مسالك الافهام، ج 3، ص 88، و ص 166، جامع المقاصد، ج 4، ص 33

ص: 377



و عن الإسكافي (1) أنه قال: «ولا- اختار أن يرهن الكافر مصحفا، و [أو] ما يجب على المسلم تعظيمه، و لا (2) صغيرا من الأطفال». انتهى «(1)» [1].

(1) حكاه عنه العلامة في المختلف، وفيه «و لا ما يجب» بدل «و ما يجب» و المؤدّى واحد.

(2) هذا و قوله: «و ما يجب» معطوفان على «مصحفا» و المراد بالأطفال أطفال العبيد المسلمين، لا أطفال المسلمين الأحرار، كما لا يخفى. و مقصود ابن الجنيد قدس سرّه بيان حرمة البيع بالفحوى، إذ لو كان رهن المصحف و غيره ممّا يجب على المسلم تعظيمه حراما، كان تملك الكافر غير جائز بالأولية.

[1] لا يخفى أنّ في المسألة جهات من البحث.

الأولى: أنّ المراد بالنقل هل هو خصوص النقل الاختياري كالبيع كما هو ظاهر العنوان؟ أم أعم منه حتى غير الاختياري كالإرث.

الثانية: أنّ المراد بالمصحف هل هو خصوص الخطوط؟ أم ما بين الدفتين.

الثالثة: أنّ المراد بحرمة النقل هل هي الحرمة التكليفية أم الوضعية أم كلتاها؟

أما الجهة الأولى فالظاهر أنّها هي المقصودة من البيع الوارد في النصوص، بقرينة ما في بعضها من قوله عليه السلام: «لا تشتري كلام الله» فإنّ قوله عليه السلام: «كلام الله» مشعر بالتعظيم، و المناسب للتعظيم عدم نقل كلامه تعالى كقول سائر الأمتعة. فدعوى كون موضوع الحكم مطلق النقل، لا- خصوص النقل البيعي، قريبة جدّا. بل دعوى كون موضوع الحكم مطلق الانتقال- و لو غير الاختياري- ليست بعيدة.

فالمراد التملك بالسبب الاختياري و غيره كما صرح به في أنوار الفقاهة بقوله:

«و لا فرق بين البيع و جميع النواقل معاوضية أو مجانية. و لو باع على الكافر كتابا و فيه آيات من القرآن بطل البيع أو تبعضت الصفقة...» و قال أيضا: «و لو كفر المسلم زال حكم الملك عنه على الأظهر. و لا يجري عليه حكم العبد المسلم في قهر الكافر على بيعه، لثبوت ملكه له» فراجع «(2)».

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 422

(2) أنوار الفقاهة (مخطوط)، مجلد التجارة، ص 47

و استدلوا عليه (1) بوجوب (2) احترام المصحف، و فحوى (3) المنع من بيع العبد

(1) أي: استدلوا على عدم جواز نقل المصحف الشريف إلى الكافر بوجهين.

(2) متعلق ب «استدلوا» توضيح هذا الدليل: أنّ وجوب احترام المصحف الشريف يقتضي حرمة إهائه شرعا، و قبحها عقلا. و حرمة الإهانة توجب فساد البيع، و المفروض أن بيع المصحف من الكافر إهانة منهية عنها، إمّا لكون الإهانة و الاحترام من الضدين اللذين لا ثالث لهما. و إمّا لكون الإهانة نقيضا للاحترام، فيبطل البيع.

ثم إنّ هذا الوجه ورد الاستدلال به في كلام شيخ الطائفة و جلّ من تأخر عنه كالمحقق و العلامة و فخر المحققين و غيرهم «1».

(3) معطوف على «وجوب» و هذا دليل ثان على حرمة نقل المصحف إلى الكافر، تمسك به في أنوار الفقاهة بقوله: «لفحوى ما تقدم من الأدلة ان لم تكن هي القرآن أولى» «2».

و أمّا الجهة الثانية فالمراد بها هي الخطوط كما عن الدروس التصريح بها، لا مطلق ما بين الدفتين. و لا بدّ أن يكون كذلك، لأنّ قوله عليه السلام: «لا تشتروا كلام الله» لا ينطبق على غير الخطوط، فإنّ الورق ليس كلام الله تعالى. بل هو ظرف له، و إطلاق المصحف على الورق إنّما هو بعلاقة الظرفية.

و أمّا الجهة الثالثة فحاصلها: أنّ مناسبة الحكم و الموضوع تقتضي كون النهي هنا دالّا على الفساد، لأنّ المناسب للنهي عن بيع كلام الله تعالى هو عدم انتقال إضافة ملكيته إلى أحد، بل نفس قولهم عليهم السلام: «لا تشتروا كلام الله» يشعر بل يدلّ على فساد بيعه، فإنّ قوله عليه السلام: «لا تشتروا كلام الله» كقوله: «لا تشتروا بيت الله» في انفعال عدم القابلية للبيع و الشراء، هذا.

مضافا إلى: أنّ النهي عن أحد ركني العقد كالنهي عن بيع الخمر و الخنزير يدلّ على الفساد، كما قرّر في محلّه. و في بعض النصوص «لن تشتري المصاحف» فإنّ النهي المزبور يدلّ على عدم قابلية المصاحف للشراء، كسائر الأموال القابلة للبيع و الشراء.

(1) تقدمت الإشارة إلى المصادر آنفا.

(2) أنوار الفقاهة (مخطوط) مجلد التجارة، ص 98

وما ذكروه (1) حسن، وإن كان وجهه (2) لا يخلو من تأمل أو منع [1].

وذكره صاحب الجواهر في مناقشة ما ذهب إليه المحقق في كتاب الجهاد من جواز بيع الأحاديث النبوية- على كراهة- على الكافر، فقال: «وفيه: أنه مناف للدليل المشترك بين الجميع، وهو وجوب التعظيم وحرمة الإهانة، وأن ملك الكافر للمحترم مناف لذلك، كما يومي إليه ما تقدم من عدم تملكه للعبد المسلم الذي ما نحن فيه أولى منه من وجوه، .. إلخ» [1]. لكنه تأمل فيه في آخر كلامه، فراجع.

وكيف كان فتقريب الفحوى: أن حرمة بيع العبد المسلم من الكافر تقتضي حرمة نقل المصحف إلى الكافر بالأولية، لأن مجرد الإضافة إلى الإسلام إن كان موجبا لحرمة النقل إلى الكافر، فالقرآن المجيد الذي هو أقوى من العبد في هذه الإضافة- بل قيل: إنه حقيقة الإسلام- يكون أولى منه بعدم جواز النقل إلى الكافر، فإن القرآن مصدر الإسلام، و العبد المسلم مورده.

(1) من عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر.

(2) يعني: وجه ما ذكروه لا يخلو من تأمل أو منع، لأن تعظيم المصحف الشريف

[1] لأن وجوب الاحترام حكم تكليفي محض، ومخالفته لا تقتضي فساد البيع، فتأمل.

مضافا إلى: أنه أخص من المدعى، لأننا نفرض كون المصحف تحت يد المسلم وفي مكتبته، لا- تحت يد الكافر حتى يلزم هتك المصحف، إذ ليس مجرد الملكية الاعتبارية إهانة وهتكا للاحترام. قال في الجواهر: «بل لا يخلو أصل المسألة- وهو منع بيع المصحف من الكافر- من ذلك- أي من بحث لا مكان منع منافاة ملكية الكافر للاحترام، خصوصا إذا اتخذته على جهة التبجيل والتبرك والاحترام، كما يصنعه بعض النصارى في تراب الحسين عليه السلام عند الطوفان ..» [2].

وإلى: أنه لم يثبت وجوب الاحترام زائدا على حرمة الإهانة بحيث ينافي صحة المعاملة.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 238 و 239

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 340

وفي إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف - كما صرّح به (1) في المبسوط «1» -

وغيره من المقدّسات الإلهية وإن كان حسنا عقلا بلا شبهة، إلا أنّ قبح ترك التعظيم ما لم ينطبق عنوان قبيح عليه - كالإهانة - غير ثابت. و مجرد إضافة الملكية إلى الكافر بدون ترتيب أثر خارجي واعتباري ليس إهانة حتى يكون قبيحا.

(1) أي: بالإلحاق، فيحرم تملك الكافر للأحاديث النبوية كالمصحف الشريف و حكي أيضا عن المحقق الثاني «2».

هذا ما يرجع إلى الدليل الأوّل، وهو وجوب احترام المصحف.

و أما الدليل الثاني، ففيه: أنّ الأولوية متوقفة على دلالة آية نفي السبيل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر. وقد ذكر المصنف قدّس سرّه منع دلالة الآية على حرمة بيع العبد المسلم من الكافر، وقال في (ص 298): «و أما الآية فباب الخدشة فيها واسع». و مع الخدشة في الاستدلال بالآية على الأصل لا يبقى مجال لدعوى الفحوى.

وبالجملة: فلا يتم الاستدلال بآية نفي السبيل على حرمة نقل المصحف الى الكافر، لا من جهة السبيل، لما مر سابقا من عدم كون مجرد إضافة الملكية سبيلا منهيا عنه.

ولا - من جهة العلّة المستنبطة، لاحتمال كون المحترم المنفي عنه السبيل هو إيمان المسلم، أي: تصديقه بالعقائد الحقّة القائم بنفس المؤمن. لا ما آمن به خصوصا مع تعميمه لوجوده العلمي الموجود في صدر المؤمن، ولوجوده الخارجي الذي هو بين الدفتين. و مع عدم العلم بالعلّة لا يصحّ الاستدلال بها ولو كانت مظنونة، لكونه من القياس الممنوع استشمام رائحته، هذا.

ولا من جهة الفحوى، للإشكال في دلالة آية نفي السبيل على عدم جواز الأصل، وهو تملك الكافر للعبد المسلم. و مع هذا الاشكال لا مجال لدعوى الفحوى كما تقدم آنفا.

و أما الاستدلال بالنبوي «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» فهو مبني على كون مجرد الملكية علواً للكافر على المصحف. وقد مرّ غير مرّة عدم كون ذلك سبيلا وعلواً، فلا يتم الاستدلال به أيضا.

(1) المبسوط، ج 2، ص 62

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 176

(1) معطوف على «إلحاق الأحاديث» ولعلّ الأولى أن تكون العبارة هكذا: «وفي إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف فالحرمة- كما في المبسوط التصريح به. وعدمه فالكراهة كما هو صريح الشرائع، بل نسبه الصيمري إلى المشهور قولان».

و مع الشك في صدق السبيل والعلوّ على ملكية المصحف الشريف للكافر لا يمكن التمسك بالآية والنبوي، لكون الشك في الموضوع، و من المعلوم عدم حجية الدليل مع الشك في موضوعه.

فالنتيجة: أنّه لم ينهض دليل تامّ على عدم جواز تملك الكافر للمصحف الشريف.

و لو كان مجرد إضافة الملكية علوًّا وسببًا كان تعليم المصحف للكافر ووضعه في مكتبته- مع مراعاة آداب الاحترام والتعظيم- علوًّا منهياً عنه. و هو كما ترى.

فلم يبق في البين إلا المرتكزات التشريعية إن كانت بمثابة تصلح لتقييد الإطلاقات و تخصيص عمومات صحة البيع ببيع المصحف من الكافر، وإلا فلا دليل على بطلان بيع المصحف منه. و الوجوه الاستحسانية لا عبرة بها، هذا.

و لا يخفى أنّ مقتضى بعض الروايات التي ذكرها المصنف قدّس سرّه في الخاتمة- التي أشرنا إليها آنفاً مثل «لن تشتري المصاحف» و نظيره مما يدلّ عليه النفي المؤبّد- هو عدم قابلية المصحف في نفسه للبيع مع الغصّ عمّن ينتقل إليه المصحف من حيث الإسلام و الكفر. و المعتمد إجمالاً هو تلك الروايات.

فالنتيجة: أنّ المصحف- و هو نفس الخطوط والنقوش- غير قابل للنقل والانتقال.

[1] لا يخفى أن القول بالكراهة مشكل، لأنّه بناء على تمامية الحكم في الأصل بالوجوه المتقدمة و صحة الإلحاق لا محيص عن الحكم بالحرمة. و بناء على عدم تماميته و عدم صحة الإلحاق لا بدّ من الحكم بالجواز بلا كراهة، لكون المقام مشمولاً لأدلة صحة البيع، كسائر الموارد، و عدم نصّ خاصّ يدلّ على الكراهة هنا، هذا.

ثمّ إنّ بناء على الجمود على ظاهر لفظ «كلام الله» في النصوص لا دليل على الإلحاق

ونسبه الصيمري (1) إلى المشهور، قولان (2)، تردّد بينهما العلامة في التذكرة (3).

ولا يبعد (4) أن تكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من طرق الآحاد

---

(1) قال في غاية المرام- بعد نقل المنع عن الشيخ-: «والمشهور الكراهية، لأصالة الجواز، ولأنّ حرمتها- أي احترامها- أقل من حرمة المصاحف..» (1).

(2) مبتدء مؤخر لقوله: «وفي إلحاق».

(3) لقوله قدّس سرّه: «وفي أخبار الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عندي تردد» (2).

(4) ظاهر إطلاق النسبة إليه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أعمّ ممّا يشمله دليل الحجية، بأن يدعى أنّ مجرد النسبة يوجب احترام الحديث وحرمة هتكه.

لكن قد تقدم الإشكال في أصل المسألة، أي عدم نهوض دليل تامّ على حرمة نقل المصحف إلى الكافر. فالإلحاق مشكل.

ثم إنّه بناء على الإلحاق يكون معلوم الصدور منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ملحقاً بالمصحف، وكذا ما يشمله دليل حجية الخبر الواحد، فإنّه- مع شمول دليل الحجية له- بمنزلة معلوم الحجية في ترتيب جميع آثار الحجية التي منها حرمة نقله إلى الكافر، لأنّ العلم طريقي يقوم مقامه الأمارات والأصول التنزيلية كما ثبت في محلّه، إن لم يكن دليل الحجية ناظراً

---

إلا دعوى كون العلة في عدم جواز تملك الكافر للمصحف هو الاحترام الموجود في الأحاديث النبوية والولوية.

لكن هذه الدعوى غير تامة، لاحتمال دخل لخصوصية كلام الله تعالى في الحكم، فتكون هذه العلة من العلة المستنبطة الظنيّة التي لا تخرج عن القياس المسدود بابه.

نعم بناء على إرادة الأعم من ظاهر القرآن وباطنه كانت الأحاديث النبوية والولوية ملحقة بالمصحف، بل هي نفسه، لكونها مفسّرة للقرآن حقيقة. لكن إرادة ذلك محتاجة إلى القرينة.

---

(1) غاية المرام، مخطوط، ص 268

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 23

حكمتها حكم ما علم صدور منه صلى الله عليه وآله وسلم. وإن كان ظاهر (1) ما أحقوه بالمصحف هو أقوال النبي المعلوم صدورها عنه صلى الله عليه وآله وسلم.

و كيف كان (2) فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

---

إلى ترتيب آثار المؤدّي، كما هو مورد آية النبا، لا مطلق الآثار حتى آثار العبارة الصادرة من المعصوم من حرمة نقلها، وذلك لأنّ دليل حجية الخبر ناظر إلى طريقته للمؤدّي وإثباته بما له من الأحكام ولذا يقال: إنّ دليل حجيته إمضاء لما في الطريقة العقلانية.

(1) لعلّ منشأ الظهور هو تعبيرهم بكتب الأحاديث. وفي المبسوط: «وهكذا حكم الدفاتر التي فيها أحاديث الرسول صلى الله عليه وآله وسلم» لظهور إضافة الأحاديث إليه صلى الله عليه وآله وسلم في العلم بصدورها منه صلى الله عليه وآله وسلم.

(2) يعني سواء قلنا بأنّ المراد من أحاديث النبي الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم هو الأقوال المعلوم صدورها عنه صلى الله عليه وآله وسلم، أم الأحاديث المروية عنه من طرق الآحاد، فحكم أحاديث الأئمة الأطهار «صلوات الله عليهم أجمعين» حكم أحاديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حرمة نقلها إلى الكفار على الأحوط، مراعاة لاحتمال لحوق الأحاديث مطلقا بالمصحف.

هذا، وقد حكى صاحب الجواهر عن شيخه كاشف الغطاء قدس سرهما إلحاق ما هو أعم من نصوص أقوال الأئمة «عليهم الصلاة والسلام» بالمصحف في حرمة البيع، فقال: «انه يقوى إلحاق كتب الحديث و التفسير و المزارات و الخطب و المواعظ و الدعوات و التربة الحسينية، و تراب الصرائح المقدسة، و رضاض الصناديق الشريفة و ثوب الكعبة» (1).

هذا تمام الكلام في هذه المسألة وبذلك تم البحث في شرائط المتعاقدين.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 339

ص: 384

**[الأول: التمول]**

يشترط [1] في كلّ منهما (1)

(1) الكلام في شرائط العوضين الأول: التمول أي: في كلّ من العوضين في البيع، و هما المثلن و الثمن.

ثم إنّ شروط العقد المؤثر على أقسام:

أحدها: الشرط العرفي المقوم للعقد العرفي كمالية العوضين، فإنّها معتبرة عرفا في البيع.

ثانيها: الشرط الشرعي كبلوغ المتعاقدين.

ثالثها: الشرط في الجملة.

و الثمرة بين الشرط العرفي و الشرعي تظهر في الشك. فإذا شكّ في أنّ الشيء الفلاني شرط عرفا في العقد العرفي أو لا، لم يجوز التمسك في نفيه بالعمومات المقتضية للصحة، لأنّ موضوع أدلة الصحة هو الشك في شرطية شيء للعقد بعد إحراز صدقه عرفا، فمع الشك في صدق العقد العرفي لا وجه للتمسك بالعمومات لدفعه، بل لا بدّ من

[1] لا يخفى أنّه بناء على كون ماهية البيع «مبادلة مال بمال» تكون مالية العوضين من مقومات البيع العرفي، و مقوم الماهية أجنبي عن الشرط الخارج عن الماهية. فالتعبير عن مقوم الماهية بالشرط لا يخلو من المسامحة. نعم يصحّ تعبير الشرط بالمال الشرعي بعد كونه مالا عرفا. فلو أبدل قوله: «يشترط» ب «يعتبر» كان أولى، لشمول لفظ الاعتبار لكلّ من مقوم الماهية و الشرط الخارج عنها.



كونه متممًا (1)، لأنّ (2) البيع لغة «مبادلة مال بمال» (1).

إجراء أصالة الفساد.

وأما إذا شك في شرطية شيء شرعا في العقد بعد إحراز عرفيته فلا مانع من التمسك بالعمومات لدفعه، وإثبات عدم اعتباره.

(1) المراد بالمال ما تنافس عليه العقلاء، لاحتياجهم إليه في أمور الدنيا أو العقبى.

ويعتبر في تحقق مفهومه أمران، الأول: احتياج الناس إليه. الثاني: توقف الوصول إليه على عمل. ومن هنا لا يعدّ الماء على الشطّ مالا.

والتعريف المزبور - وهو «ما تنافس عليه الناس» - تعريف باللازم. وأما حقيقة المال وماهيته فهي الخصوصية التكوينية الثابتة في العين المتنافس عليها العقلاء. وتسمّى تلك الخصوصية بالخاصية إن توقف وجودها على ذهاب العين كالإشباع، فإنّ استيفاء منوط بإتلاف المأكول من الخبز ونحوه.

وتسمّى بالمنفعة إن لم يتوقف وجودها على ذهاب العين، كاستيفاء منافع المساكن والدواب ونحوهما، فإنّ استيفاء منافعها من السكنى والركوب والحمل لا يتلف أعيانها، بل ينتفع بها مع بقاء أعيانها.

ولا فرق في استيفاء الخصوصية بين كونه أمرا عاديا، كإقتناء المأكول من الحنطة وغيرها للاقتيات، وبين كونه نادرا مختصا ببعض الحالات كالأدوية التي لا تستعمل إلا في حال المرض.

والتعريف المذكور تعريف للمال عرفا، وأما المال الذي يترتب عليه الآثار الشرعية من النقل والانتقال وجواز الاستعمال، فيشترط فيه أن لا يقع موردا لنهي الشارع، وإلا فوجود ما فيه من الخصوصية كالعدم كالخمر والخنزير.

(2) تعليل لشرطية المالية في العوضين، وأنّ وجه شرطيتها فيهما هو مفهوم البيع لغة.

(1) المصباح المنير، ص 69، وتقدم الكلام في اعتبار المالية في الجزء الأول من هذا الشرح، فراجع ج 1، ص 17 و 23

ص: 386

وقد احترزوا بهذا الشرط (1) عمّا لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، محلّلة (2) في الشرع، لأنّ (3) الأوّل (4) ليس بمال عرفا كالخنافس و الديدان، فإنّه (5) يصحّ عرفا سلب المصرف لها، ونفي الفائدة عنها. و الثاني (6) ليس بمال شرعا كالخمر و الخنزير.

ثمّ قسّموا عدم الانتفاع (7) إلى ما يستند

(1) أي: شرطية مالية العوضين.

(2) نعت ل «منفعة» و هذا القيد لإخراج المالية العرفية فقط، حيث إنّها لا تكفي في ترتيب الآثار الشرعية و إن كان فيه الخصوصية الموجبة للمالية العرفية، فإنّ وجودها مع النهي الشرعي كعدمها في عدم المالية شرعا، فهو في ترتب الأثر كعدم المال عرفا.

(3) تعليل للاحتراز- بشرطية المالية في العوضين- عمّا لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، و حاصل التعليل: أنّ ما لا ينتفع به كذلك ليس بمال عرفا كالخنافس و الديدان، و المفروض اعتبار المالية في العوضين.

(4) و هو ما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء.

(5) الضمير للشأن، و غرضه إثبات مجازيّة استعمال «المال»- فيما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء- بصحة السلب التي هي من علامات المجاز، لوضوح صحة سلب المال عن الخنافس و الديدان، حيث إنّ سلب المصرف عنه- أي سلب الحاجة عنه الذي هو ممّا يتوقف تحقق مفهوم المال عليه- يكشف عن عدم كونه مالا عرفا.

(6) معطوف على «الأوّل» و المراد بالثاني قوله: «محلّلة في الشرع» فإنّ الخمر و الخنزير و إن كانا مالا عرفا، لكنهما ليسا مالا شرعا، و لذا لا تصحّ المعاملة بهما.

(7) هذا التقسيم ناظر إلى منشأ عدم الانتفاع، فإنّ منشأه إمّا خسة الشيء كالحشرات، و هي هوامّ الأرض و صغار دوابّها. و إمّا قلته كحبة حنطة و شعير و عدس و نحوها، فإنّ الحبة منها ملك و ليست مالا، إذ النسبة بين المال و الملك عموم من وجه، لاجتماعهما في الدور و الدكاكين و نحوهما، فإنّها مال و ملك، و افتراقهما في المباحات الأصليّة كالحيّتان و المعادن قبل حيازتها، فإنّها أموال و ليست أملاكا. و في الحبة من الحنطة و نحوها، فإنّها ملك و ليست مالا، فيفترقان.

ثمّ إنّ هذا التقسيم يستفاد ممّا قرعوه على اشتراط المنفعة و الملك، ففي التذكرة:

إلى خسة الشيء [1] كالحشرات، وإلى ما يستند إلى قلته كحبة حنطة (1)، وذكروا أنه (2) ليس مالا وإن كان يصدق عليه الملك (3)، و لذا (4) يحرم غصبه إجماعا.

---

«لا- يجوز بيع مالا- منفعة فيه، فلا- يؤخذ في مقابلته المال، كالحبة و الحبتين من الحنطة». وقال أيضا: «لا يجوز بيع ما لا ينتفع به من الحيوانات، كالخفاش .. لخستها» (1).

وقال السيد العاملي قدس سره: «و لخلو الشيء عن المنفعة سببان: القلة و الخسة، فالقلة كالحبة و الحبتين من الحنطة، و الزبيبة الواحدة .. و أما ما لا منفعة فيه لخسته فكالحشار ..» (2).

(1) قال السيد العاملي قدس سره في الحبة من الحنطة: «و ليس المراد أنها لا تملك أصلا لأنه خلاف الإجماع، لأنه لا يجوز أخذها غصبا إجماعا، نقله هو- أي المحقق الثاني- في جامع المقاصد .. بل الإجماع على الملكية لا ريب فيه» (3).

(2) أي: أن ما يستند إلى قلته ليس مالا وإن كان مصداقا للملك، فيفترق الملك عن المال.

(3) ظاهر نقل هذا الكلام عن الفقهاء و عدم ردّه ارتضاؤه عدم ترادف المال و الملك.

(4) يعني: و لأجل صدق «الملك» على القليل كالحبة يحرم غصبه إجماعا، كما تقدم

---

[1] لعلّ استناد عدم الانتفاع إلى عدم المقتضي في الحشرات أولى من استناده إلى خستها، فإنّ الدود المسمى في الفارسية ب «زالو» مع خسته يكون مالا، لإخراجه الدم الفاسد من الإنسان بالامتصاص. و هذا هو الخصوصية التي خلقت فيه، و تجلب رغبات الناس إليه، و بذل المال لشرائه. فمجرد الخسة لا يوجب عدم الانتفاع، بل عدم الانتفاع إنّما هو لأجل عدم تلك الخصوصية فيه المقتضية لرغبات الناس إليه.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 35.

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 220

(3) نفس المصدر.

ص: 388

و عن (1) التذكرة أنه لو تلف لم يضمن أصلا.

و اعترضه (2) غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب ردّ المثل.

و الأولى (3) أن يقال: إن ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفا،

---

دعواه أنفا من السيد العاملي، لأنّ حدّ الغصب- وهو الاستيلاء على ما للغير من مال أو حقّ عدوانا- صادق عليه. فالحبّة من الحنطة مثلا تضمن، لكن لا تباع، لعدم ماليتها.

و لا تنافي بين الضمان وعدم جواز البيع، لأنّ موضوع الضمان الاستيلاء على مال الغير أو حقّه. و من المعلوم أنّ الحبّة لو لم تكن مالا و ملكا لكن تكون متعلّقة للحق، و هو حقّ الاختصاص، و ذلك كاف في ثبوت الضمان. بخلاف البيع، لاعتبار المالية في العوضين، و المفروض عدم مالية الحبّة، فلا يجوز بيعها.

(1) الغرض من نقل كلام التذكرة بيان منافاته للإجماع المدّعى على حرمة غصب حبة حنطة أو زبيبة، و ضمان الغاصب، فالعلامة يظهر منه التفصيل، فيقول بحرمة أخذ الحبّة و وجوب ردّها، لكن لا ضمان لعدم تمّولها. قال في التذكرة: «و مع هذا فلا يجوز أخذ حبة من صبرة الغير، فإن أخذت و جب الرد، فإن تلفت فلا ضمان، لأنّه لا مالية لها» (1).

(2) يعني: و اعترض على العلامة قدّس سرّه غير واحد ممن تأخر عنه: بوجوب ردّ مثل الحبّة، فالضمان في غصب الشيء القليل الذي لا مالية له ثابت، خلافا للعلامة قدّس سرّه (2).

(3) هذا تحقيق المصنف في اشتراط التّمول، يعني: و الأولى أن يقال- في اعتبار مالية كلّ واحد من العوضين-: إنّ هنا وجوها ثلاثة:

أحدها: أن يحرز عدم مالية شيء عرفا كالخنافس و الديدان. و حكمه عدم جواز جعله أحد العوضين في البيع بلا إشكال و لا خلاف.

ثانيها: أن لا يحرز عدم ماليته، بأن كانت مشكوكة، و هو يتصور على وجهين:

أحدهما: حكم العرف فيه بكون بذل المال في مقابله و عوضا منه أكلا للمال

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 35

(2) كما في الدروس، ج 3، ص 201، جامع المقاصد، ج 4، ص 90، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 167، جواهر الكلام، ج 22، ص 347، و في مفتاح الكرامة كما تقدم أنفا.

ص: 389

فلا إشكال (1) و لا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين، إذ (2) لا يبيع إلا في ملك [1].

---

بالباطل، فالظاهر فساد المقابلة و عدم صحة المعاملة، نظير العقرب الذي يعالج بلسعه بعض الأمراض الناشئة من الحرارة، فإنّ ماليته العرفية بحيث يصحّ بذل المال في مقابله مشكوكة.

ثانيهما: أنّ لا يثبت كون بذل المال - بإزاء ما لم يحرز ماليته عرفاً - أكلاً للمال بالباطل. و حينئذ فإن قام دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو المتّبع كالميتة، فإنّ النصّ كرواية السكوني «1» و إجماع المنتهى و التنقيح «2» - على عدم صحة المعاوضة على الميتة - يدلّان على عدم جواز بيع الميتة، وإن لم يتم دليل على عدم جواز بيعه، فيرجع فيه إلى عمومات صحة البيع و التجارة ك «أحلّ الله البيع» و «تجارة عن تراض» و غيرهما.

(1) خبر قوله: «انّ ما تحقق» و لا حاجة إلى الفاء، لعدم دخولها على الخبر عند مشهور النحاة.

(2) هذا تعليل لعدم جواز جعل ما ليس مالا عرفاً أحد العوضين، و لا يستقيم هذا التعليل إلا بتساوي الملك و المال. و ليس الأمر كذلك، لوضوح أنّ النسبة بينهما عموم من وجه.

فالأولى التعليل بهذه العبارة «لا يبيع إلا في ملك» - التي هي متن الحديث - لاعتبار الملكية في العوضين، لا لاعتبار المالية فيهما. و لم يظهر وجه نظر المصنف قدّس سرّه إلى تعليل اعتبار المالية في العوضين بهذه العلة.

---

[1] هذا ظاهر في ترادف المال و الملك، لتوقّف حسن التعليل عليه. و هو ينافي ارتضاءه عدم الترادف بقوله: «و ذكروا أنه ليس مالا و إن كان يصدق عليه الملك».

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 62، الباب 5 من أبواب ما يكتسب به، ح 5

(2) منتهى المطلب، ج 2، ص 1009، التنقيح الرائع، ج 2، ص 5

ص: 390

و ما (1) لم يتحقق فيه ذلك (2)، فإن كان أكل المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا، فالظاهر فساد المقابلة. و ما لم يتحقق فيه (3) ذلك (4)، فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا (5) فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع و التجارة [1]،

---

و كيف كان فهذا التعليل راجع إلى الصورة الأولى، و هي ما ثبت عدم مالية شيء.

(1) منصوب محلاً بالعطف على «ما تحقق» و هذا إشارة إلى الصورة الثانية، و هي ما لم يتحقق فيه المالية، و لم تحرز.

(2) أي: عدم ماليته عرفا، أي الجهل بماليته و عدمها.

(3) هذه هي الصورة الثالثة أعني بها عدم إحراز كون أكل المال في مقابله أكلا للمال بالباطل، و قد تقدّمت بقولنا: «ثانيهما أن لا يثبت كون بذل المال بإزاء .. إلخ».

(4) أي: كون أكل المال في مقابله أكلا له بالباطل. و الأنسب بالمقابلة أن يقال:

«و إن لم يكن أكل المال في مقابله أكلا بالباطل، فإن ثبت .. إلخ».

(5) أي: و إن لم يثبت دليل على عدم جواز بيعه، و جب الرجوع إلى أدلة صحّة البيع و التجارة، لكن فيه إشكال نبهنا عليه في التعليقة.

---

[1] بل الأوفق بالقواعد هو الحكم ببطلان البيع في صورة عدم إحراز كون أكل المال في مقابله أكلا له بالباطل، لعدم إحرازها ماليته، سواء أكان هناك دليل خاصّ على البطلان أم لم يكن. و مع عدم الدليل الخاصّ على البطلان لا وجه للرجوع إلى أدلة صحّة المعاملة بعد البناء على اعتبار المالية في العوضين عرفا و شرعا، فإنّه مع الشك في المالية كيف يصح التمسك بأدلة صحّة البيع؟

بل نفس دليل شرطية المالية يقتضي اعتبار إحرازها في صحّة البيع.

بل لو كانت المالية شرطا عرفيا- كما هو كذلك- كان التمسك بأدلة صحّة البيع تشبثا بالدليل في الشبهة الموضوعية، لعدم إحراز البيع العرفي الذي هو موضوع أدلة الصحّة شرعا.

و الحاصل: أنّه مع الشك في مالية شيء لا يمكن التمسك فيه بأدلة صحّة البيع.

و العرف إذا شك في مالية شيء فلا محالة يشك في كون بذل المال بإزائه أكلا بالباطل.

و لا يتصور حكمه بكون بذل المال بإزائه حلالا مع شكّه في المالية. فالضابط في حكمه

و خصوص (1) [1] قوله عليه السّلام في المروي عن تحف العقول: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهة من الجهات، فكلّ ذلك حلال بيعه» إلى آخر الرواية «1». وقد تقدّمت (2) في أوّل الكتاب.

## [الثاني الملك]

### [لا يجوز بيع ما يشترك فيه الناس]

ثمّ إنهم احترازوا باعتبار الملكيّة [2] في العوضين من (3) بيع

(1) معطوف على «عمومات» يعني: فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات الصحة، وإلى خصوص قوله عليه السّلام في تحف العقول.. الخ، الدال على أنّ كلّ ما كان فيه الصّلاح من جهة ما حلال، وإن شكّ في كونه مالا، وفي حلية أكل المال في مقابله.

(2) حيث نقل المصنف قدّس سرّه هذا الحديث بطوله- بعد الحمد والصلاة- عن كتاب تحف العقول للحسن بن علي بن شعبة، وذكر أكثر الحديث هنا في نسختنا، لكن كتب عليها «زائد» فلذا تركنا إيرادها في المتن.

(3) متعلق ب «احترازوا».

بالبطلان هو إحراز عدم المالية أو الشك فيها، لأنّه مقتضى شرطية المالية.

و من هنا يظهر ضعف ما أفاده بقوله: «فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع والتجارة» بل المرجع حينئذ أصالة الفساد.

[1] لا يخفى أنّ الاستدلال به- بعد البناء على اعتباره وشمول دليل حجية الخبر له- مبني على عدم تقيد إطلاق قوله: «الصّلاح» بما دلّ على اعتبار المالية في ما فيه الصّلاح من جهة من الجهات، إذ مع تقييده بالمالية لا يصحّ التمسك به مع الشك فيها، و من المعلوم لزوم تقييده بما دلّ على اعتبار المالية في عوضي البيع كما لا يخفى.

[2] لم يذكر اعتبار الملكية قبل ذلك حتى يحتراز بها عن المباحات قبل حيازتها، والمفروض أنّ الاحتراز عنها مترتب على اعتبار الملكية في العوضين، ولم يظهر وجه الاحتراز عن المباحات مع عدم ذكر اعتبار الملكية قبله.

وإن أراد قدّس سرّه بقوله «الملكية» المالية فالاحتراز غير ظاهر، لوضوح كون المباحات قبل حيازتها أموالا.





ما يشترك (1) فيه الناس كالماء والكلاء، والسموك والوحوش قبل اصطياها (2)، لكون هذه كلها غير مملوكة (3)

(1) الاحتراز بقيد «الملك» عن بيع ما يشترك فيه الكل أي: اشتراكا إباحيًا لا ملكيًا، وإلا لا يصح الاحتراز باعتبار الملكية عن المباحات الأصلية.

(2) هذا الضمير راجع إلى الماء والكلاء والسموك والوحوش، لكن المظنون قويًا أنّ العبارة «اصطيادهما» بالضمير المشي، لعدم صحة رجوع الضمير إلى الكل.

فالأولى أن تكون العبارة هكذا «قبل الحيازة والاصطياد» بل يكفي لفظ الحيازة من دون حاجة إلى الاصطياد، لكفاية الحيازة في تحقق الملك في الجميع.

(3) تعليل للاحتراز عن بيع ما يشترك فيه الناس، كأنه قيل: احترزوا بقيد الملكية عن بيع المباحات قبل حيازتها، لأنّ المباحات الأصلية وإن كانت أموالاً، لكنها غير مملوكة بالفعل لأحد، والمفروض اعتبار ملكية العوضين كاعتبار ماليتهما.

ثمّ إنّه قيل في توضيح حال هذا القيد ما محصله: إن اعتبار ملكية العوضين يوجب خروج بعض أفراد البيع عن حقيقة البيع، كخروج بيع الكلي مثنى ومثنا، لجواز بيع الكلي الذمي بمثله، مع تسالم الجل بل الكل على فرديته وصحته، حيث إنّ الكلي قبل إضافته إلى ذمة ليس ملكاً. وهذه الإضافة تحصل بنفس البيع، فلا يقع البيع على المبيع المملوك قبل إنشائه. وهذا يكشف عن عدم تقوم ماهية البيع بالملكية وإن أفادها، لكنه لا ينبعث عنها، فلا يعتبر فعلية للملكية في المبيع للبائع، ولا فعلية الملكية في الثمن للمشتري، بل المعتبر قابلية المثلث لملكيته للمشتري، وقابلية الثمن لملكيته للبائع. فبيع الكلي غير المضاف إلى ذمة، وبيع المباحات قبل حيازتها مشتركان في جهة، و يختص الأول بجهة.

أمّا الجهة المشتركة فهي عدم جواز بيع الكلي غير المضاف إلى ذمة، لعدم سلطانه عليه، لعدم تعهده في ذمته، فلا سلطنة له على بيعه. وكذا المباحات قبل حيازتها، فإنّها متساوية النسبة إلى الناس من البائع وغيره، فلا سلطنة لأحد على بيعه، فليس لأحد أن يبيع أو يشتري شيئاً من المباحات قبل حيازتها، كعدم جواز بيع الكلي بلا إضافته إلى ذمة، فلا ينفذ البيع في شيء منهما، لعدم سلطانه عليهما، وعدم كونه مالكا لأمرهما. فليس أمر بيعها بيد أحد، إذ نفوذ التمليك من البائع متوقف على مالكية البائع لإنشاء البيع وإن لم يكن

## مالكا لرقبة المبيع.

و الحاصل: أن بيع الكلي غير المضاف إلى ذمة، و المباحات الأصلية قبل حيازتها سيّان في عدم الجواز. و المراد بقولهم عليهم السلام: «لا يبيع إلا في ملك» هو مالكية أمر البيع، لا مالكية الرقبة.

و أمّا الجهة المختصة بالكلي غير المضاف فهي: أنّ المبيع لا بدّ أن يكون له نحو تعيين ذمّي أو خارجي، و من المعلوم أنّه لا تعيّن للكلي غير المضاف، لا خارجيا و لا ذميا. بخلاف الكليّ المضاف إلى ذمة، فإنّ له نحو تعيّن في الذمة، فيصحّ بيعه، لسلطنته على نفسه بأن يملك شيئا في ذمته لغيره. و بخلاف المباحات الأصلية، فإنّ لها تعينا خارجيا، إلاّ أنّه لا يجوز بيعها، لعدم السلطنة عليها مع تساوي البائع و المشتري بالنسبة إلى المباحات كما تقدم آنفا «1».

و الحاصل: أنّ غرض هذا المحقق أنّه لا دليل على اعتبار الملكية في عوضي البيع، هذا.

أقول: الظاهر أنّه لا دليل على اعتبار الملكية في العوضين إلاّ الحديث المعروف «لا يبيع في ما لا يملك» «2». و يحتمل أن يكون المراد به الملك المقابل للوقف بأقسامه من المساجد و الحسينيات و المدارس العلمية. فغير الأوقاف بأنحائها يجوز بيعه.

لكنه بعيد جدًا، إذ لازمه جواز بيع المباحات قبل حيازتها.

إلاّ أن يقال: إنّ عدم جوازه إنّما هو لأجل عدم الولاية مع فرض عدم الحيازة و تساوي الناس بالنسبة إلى المباحات، فتدبّر.

و يحتمل أن يراد بالملك في الحديث المزبور الملك الاعتباري. لكنه بعيد أيضا، لاستلزامه تخصيص الأكثر، لخروج البيوع الواقعة على الكليات الذمّية عن البيع، لما مرّ من عدم وقوعها على ملك المتعاقدين، و إن أفاد بيعها ملكية المعوّض للمشتري، و ملكية العوض للبائع.

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدّس سرّه، ج 1، ص 240.

(2) مستدرک الوسائل، ج 15، ص 293، الباب 12 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح 15، رواه عن عوالي اللثالي، وفيه «و لا يبيع إلاّ في ما تملك» فراجع ج 2، ص 247، ح 16

## [لا يجوز بيع الأرض المفتوحة عنوة]

### إشارة

و احترازوا به (2) أيضا عن الأرض المفتوحة عنوة [1]، و وجه (3) الاحتراز

---

(1) أي: قبل الحيابة، و لا تصير مملوكة بالفعل إلا بالحيابة.

(2) الاحتراز بالملك عن بيع الأرض المفتوحة عنوة أي: احترازوا باعتبار ملكية العوضين أيضا- يعني: كالاحتراز به عن المباحات الأصلية قبل حيازتها- عن الأرض المفتوحة عنوة أي قهرا و غلبة على أهلها.

(3) يعني: و تقريب الاحتراز باعتبار الملكية عن الأرض المفتوحة عنوة هو: أن تلك الأرض ليست ملكا لملاكها على حد سائر الأملاك، بأن يكون لكل واحد منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل ذلك الجزء.

---

أو استلزامه خروجها عن ماهية البيع تخصصا، و هو خلاف قول الجلل بل الكلّ من كونها من أفراد البيع. فمصادقتها لمفهوم البيع قرينة على إرادة سلطنة البيع من قولهم عليهم السلام:

«لا بيع إلا في ملك». فعليه لا يمكن إرادة الملكية الاعتبارية من هذا الحديث.

فالنتيجة: عدم إمكان الالتزام باعتبار ملكية العوضين للبائع و المشتري قبل البيع كما هو ظاهر المتن.

و لا- يخفى أنه بناء على اعتبار الملك في العوضين لا يلزم إلا الخروج الموضوعي دون الخروج الحكمي، ضرورة أن التخصيص خروج حكمي، و مع فرض اعتبار الملك يكون خروج بيع الكليات الذمّية عن حريم البيع موضوعيًا أي تخصيصيًا، لا تخصيصيًا.

[1] الاحتراز باعتبار الملك في العوضين لا يصحّ إلا عن غير الملك، الذي هو نقيض الملك، فإن الاحتراز بوجود شيء يكون عن نقيضه، فالاحتراز المزبور لا بدّ أن يكون عن عدم ملكية الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين بجميع أنحاء الملكية حتى يصحّ الاحتراز المزبور، بأن تكون المفتوحة عنوة من باب التحرير كالمسجد، غاية الأمر أنّ لوليّ الأمر صرف منافعها في مصالح المسلمين. و المفروض عدم كون المفتوحة عنوة من فكّ الملك،

عنها أنّها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون لكلّ منهم جزء

بل هي ملك للمسلمين، بشهادة أنّه عند الحاجة يجوز لوليّ الأمر بيعها و صرف ثمنها في مصالحهم. إلا أنّه ليس لغير وليّ الأمر هذا التصرف.

فلاحتراز بالملك المعترف في العوضين لا بدّ أن يكون عن غير الملك كالمباحات الأصلية قبل حيازتها، والأوقاف العامة من المدارس و الخانات الموقوفة على المسافرين، ونحوهما مما يكون من فكّ الملك.

فالأولى تفريع خروج الأراضي المفتوحة عنوة على اعتبار الطلق في ملكية العوضين، لأنّ المفقود في الأرض المفتوحة عنوة هو الطلقة لا الملكية.

ثمّ إنّّه يمكن أن يكون مقتضى الجمع بين الروايات ملكية الأرض المفتوحة عنوة وقهرا لطبيعيّ المسلمين، لا لأحاديهم. وهذا الملك لا يختص بزمان دون زمان، بل يعمّ جميع الأزمنة، ولذا يصحّ أن يقال: إنّ ملك لجميع المسلمين ممّن وجد و ممّن لم يخلق بعد.

ويفترق عن الخمس و الزكاة- اللّذين هما ملكان لطبيعيّ السيّد و الفقير، و يصيران ملكا شخصيّا بالقبض- في أنّ المتولّي لإخراجهما مختار في صرفهما إلى أفراد السّادة و الفقراء. و في كونهما من الملك النوعي الذي يصير ملكا شخصيّا بالقبض، فإنّ السيّد و الفقير يملكان الخمس و الزكاة بالقبض ملكا شخصيّا، و يضمنان بالغصب، لأنّهما مالان مملوكان للسيّد و الفقير، فيصدق عليه حدّ الغصب. بخلاف الأرض المفتوحة عنوة، فإنّ منافعها تصرف في مصالح المسلمين العامة دون غيرها، و لا يملك آحاد المسلمين شيئا من منافعها بالقبض.

ويفترق أيضا ملك الأرض المفتوحة عنوة عن الوقف الخاص- الذي هو من الملك النوعي أيضا- في أنّ الموقوف عليهم يملكون منافعها ملكا شخصيا من دون توقف الملكية على قبضهم، لأنّهم ملكوا المنافع بنفس الوقف، و لذا يصحّ للموقوف عليهم المعاوضة عليها، و تجب عليهم الزكاة لو كانت جنسا زكويّا، و بلغت حصة كلّ منهم النصاب، و يضمناها من غصبها.

معين من عين الأرض وإن قل، ولذا (1) لا تورث.

بل (2) ولا من قبيل الوقف الخاص على معينين، لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا.

ولا (3) كالوقف على غير معينين، كالعلماء والمؤمنين.

ولا (4) من قبيل تملك الفقراء للزكاة، والسادة للخمس،

---

(1) أي: ولكون الأراضي المفتوحة عنوة غير مملوكة لملاكها- على نحو سائر الأملاك- لا تورث ولا تباع ولا توهب.

(2) يعني: وليست الأراضي المفتوحة عنوة كالوقف الخاص على معينين، كالوقف على الذرية، فإن الموقوف عليهم يملكون منافع الوقف الخاص، بخلاف الأراضي المفتوحة عنوة، لأن المسلمين لا يملكون منافع تلك الأراضي بنحو الإشاعة، ولذا لا تنتقل إلى الورثة، بل تصرف في مصالح المسلمين.

(3) يعني: وليست الأراضي المفتوحة عنوة كالأوقاف العامة، حيث إن الموقوف عليهم يملكون منافعها بالقبض، بخلاف الأراضي المفتوحة عنوة، فإن المسلمين لا يملكون منافعها به.

(4) يعني وليست الأراضي المفتوحة عنوة من قبيل تملك السادة للخمس، والفقراء للزكاة، فإن الخمس والزكاة ملك لطبيعي السيد و الفقير، و يصير كل من الخمس والزكاة بالقبض ملكا شخصيا لأفراد الطبيعة. بخلاف الأراضي المفتوحة عنوة، فإن المسلمين لا يملكون منافعها بالقبض، بل لا بد من صرفها في مصالح المسلمين العامة، كبناء المدارس الدينية والقناطر والمستشفيات وغيرها مما يحتاج إليه المسلمون.

---

والحاصل: أن الملك النوعي تارة يكون شخصيا كالخمس والزكاة بالقبض.

و اخرى لا يصير شخصيا كالوقف على الذرية بنحو تملك المنفعة، كوقف البستان على الذرية على أن يكون منفعتها ملكا لهم، فإن أفراد الذرية يملكون- شخصا- منافع البستان بنفس الوقف، لكنهم لا يملكون نفس البستان شخصيا، بل ملكهم له نوعي، و لكن منفعه ملك لهم شخصيا.

بمعنى كونهم (1) مصارف له (2)، لعدم (3) تملكهم منافعه بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين، فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم.

فهذه الملكية (4) نحو مستقلّ من الملكية قد دلّ عليها الدليل، ومعناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك [1].

---

(1) أي: كون السادة والفقراء مصارف للخمس والزكاة.

(2) الأولى تثنية الضمير، لرجوعه إلى الخمس والزكاة.

(3) تعليل لعدم كون الأراضي المفتوحة عنوة كالأوقاف العامة والخمس والزكاة.

وحاصل التعليل: أنّ الأوقاف العامة والخمس والزكاة تملك ملكا شخصيا بالقبض، بخلاف الأراضي المفتوحة عنوة، فإنّ منافعها لا تملك ملكا شخصيا بالقبض، بل تصرف في المصالح العامة للمسلمين كما مرّ آنفا.

والاحتراز باعتبار الملكية في العوضين عن الأراضي المفتوحة عنوة - مع كونها ملكا للمسلمين - إنّما هو باعتبار كون الملكية المعترفة في العوضين هي الملكية الشخصية التي تترتب عليها السلطنة الاعتبارية والخارجية. وهذه الملكية منفية في الأراضي المفتوحة عنوة، ولذا احترزوا عنها.

وأما بناء على إرادة مجرد إضافة الملكية من اعتبار الملك في عوضي البيع، فيتعيّن الاحتراز عن الأراضي المفتوحة عنوة بقيد الطلقة، و سيأتي في (ص 483).

(4) أي: ملكية الأراضي المفتوحة عنوة نحو خاصّ من الملكية قد قام عليها الدليل، ومعناها: صرف حاصل الملك و منافعه في مصالح المالكين.

---

[1] وهل يعتبر في كون الأرض المفتوحة عنوة من الأراضي الخراجية إذن الإمام عليه السّلام أو نائبه الخاص في مشروعية الجهاد أم لا؟ قد استدلل للاعتبار بوجهين:

أحدهما: الإجماع. وفيه: عدم ثبوته، لعدم تعرض جماعة للمسألة، ولذا استشكل السبزواري في الكفاية في الحكم بقوله: ((و يشترط في وجوب الجهاد وجود الامام عليه السّلام أو من نصبه، على المشهور بين الأصحاب. ولعلّ مستنده أخبار لم تبلغ درجة الصحة، مع

معارضتها بعموم الآيات ففي الحكم به إشكال» (1).

نعم الجهاد في عصر الحضور يعتبر فيه إذن وليّ الأمر من النبي أو الوصي عليهما الصلاة والسلام.

ثانيهما: الروايات، و العمدة فيها روايتان.

إحدهما: رواية سويد القلاء عن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قلت له: إنّي رأيت في المنام أنّي قلت لك: إنّ القتال مع غير الامام المفترض طاعته حرام، مثل الميتة والدم ولحم الخنزير. فقلت لي: نعم هو كذلك، فقال أبو عبد الله عليه السلام هو كذلك، هو كذلك» (2).

وفيه: مناقشة سنداً ودلالة. أمّا السند فلأنّ البشير الواقع فيه لم يظهر أنّه هو بشير الدهان أو غيره، مع تعدد المسمى بهذا الاسم، ووحدة الطبقة، وعدم المائز.

مع أنّه إن كان هو الدهان - كما صرّح به في سند آخر لهذا الحديث - لم يجد أيضاً، لعدم إحراز وثاقته إلّا بالاعتماد على عموم شهادة ابن قولويه قدّس سرّه، وهو لا يخلو من بحث أو منع.

وأمّا الدلالة، فلأنّ ظاهره هو حرمة القتال بأمر غير الامام المفترض الطاعة من الأعداء المدّعين للخلافة الباطلة، ولا تدل هذه الرواية على حرمة القتال على المسلمين مع الكفار إذا رأى المسلمون ذوي العقول والآراء في الجهاد مع الكفار مصلحة مهمة عامة للإسلام، ورفع أعلامه وإعلاء كلمة الحقّ.

لكن يمكن أن يقال: إنّه لو كان المراد ذلك لكان الأولى أن يقال: «القتال مع الجائر أو مع الامام غير المفترض الطاعة حرام» إذ كلمة «غير» تشمل مطلق غير الامام العادل، ولو كان جمعا من المسلمين ذوي العقول والعدل.

إلّا أن يدعى: أنّ كلمة «مع غير الامام» تدلّ على أنّ المعية ظاهرة في نشؤ القتال والأمر به من غير الامام، وهذا لا يشمل قتال جماعة من المسلمين، بحيث ينشأ القتال من رأيهم واعتقادهم كون القتال صلاحاً للإسلام والمسلمين، لا من شخص واحد.

(1) كفاية الأحكام، ص 75

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 32 الباب 12 من أبواب جهاد العدو، ح 1

و عليه فلا تشمل الرواية قتال المسلمين إذا رأوا كون القتال صلاحا للمسلمين.

ثانيتها: رواية عبد الله بن مغيرة: «قال محمد بن عبد الله للرضا عليه السلام وأنا أسمع:

حدّثني أبي عن أهل بيته عن آبائه: أنّه قال له بعضهم: إنّ في بلادنا موضع رباط يقال له قزوين، وعدوا يقال له الديلم، فهل من جهاد أو هل من رباط؟ فقال: عليكم بهذا البيت فحجّوه. فأعاد عليه الحديث، فقال: عليكم بهذا البيت فحجّوه. أما يرضى أحدكم أن يكون في بيته وينفق على عياله من طوله ينتظر أمرنا، فإن أدركه كان كمن شهد مع رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بدرا. وإن مات منتظرا لأمرنا كان كمن كان مع قائمنا صلوات الله عليه» (1).

وقد أورد على دلالة: بأنّ الظاهر أنّها في مقام بيان الحكم المؤقت، لا الحكم الدائم، بمعنى أنّه لم يكن في الجهاد أو الرباط صلاح في ذلك الوقت الخاص. ويشهد على ذلك ذكر الرباط تلو الجهاد، مع أنّه لا شبهة في عدم توقفه على إذن الامام عليه السلام و ثبوته في زمان الغيبة.

أقول: حمله على وقت خاصّ - حتى يكون عدم الجواز لأجل عدم المصلحة في وقت خاص، لا لأجل عدم إذن الإمام عليه السلام كما يقول المستدلّ به على اعتبار إذن الامام عليه السلام في مشروعية الجهاد - خلاف الظاهر وبلا قرينة. وما ذكره من ذكر الرباط لا يشهد بذلك، حيث إنّ من توابع القتال وإن كان في نفسه جائزا.

نعم لا بأس بأن تكون الرواية ناظرة إلى عدم الجواز، لكون القتال في ذلك الزمان بأمر خلفاء الجور، فلا تدلّ على عدم جواز قتال المسلمين المعتقدين بكون الجهاد صلاحا للإسلام والمسلمين حتى يكون عدم الجواز لأجل اعتبار إذن الامام عليه السلام في مشروعية الجهاد. وهذا الحكم - أعني به عدم الجواز لا يدلّ على اعتبار إذن الامام عليه السلام في جواز القتال.

فالمتحصل: أنّه لم يظهر دليل واضح على اعتبار إذنه عليه السلام في جواز القتال حتى لا يكون قتال المؤمنين في عصر الغيبة جائزا. فإذا شك في اعتباره يتمسك في دفع اعتباره بالعمومات القرآنية.

وإن نوقش في العمومات بأنّها في مقام تشريع أصل الجهاد، وليست في مقام بيان الخصوصيات الدخيلة فيه، فالمرجع أصالة عدم شرطية إذنه عليه السلام في مشروعية الجهاد، هذا.

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 33 الباب 12 من أبواب جهاد العدو، ح 5



لكن لما كان المورد من الموارد الثلاثة التي انقلبت فيها أصالة البراءة إلى أصالة الاحتياط، فلا بدّ من الرجوع إليها، ومقتضاها اعتبار إذنه عليه السّلام في وجوب الجهاد.

ثم انه على تقدير شرطية إذن الامام عليه السّلام في مشروعية الجهاد حال حضوره، فهل المراد بالاذن مجرد الرضا الباطني كما في التصرفات الخارجية كالأكل والشرب واللبس ونحوها؟ أم إنشاء الإذن، كما في التصرفات الاعتبارية كالإجازة في العقود كبيع الفضولي، حيث إنّ المعتر فيه هو إنشاء الإجازة فيه، وعدم الاكتفاء بمجرد الرضا الباطني كما قرر في محلّه، حتى يعدّ ولاية الجهاد والغزاة منصوبين من قبل الإمام عليه السّلام.

مقتضى بعض النصوص هو الأوّل، كما في رواية الخصال عن أبي جعفر عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام: «إنّ القائم بعد صاحبه- يعني عمر- كان يشاورني في موارد الأمور ومصادرها، فيصدرها عن أمري، ويناظرني في غوامضها، فيمضيها عن رأيي» (1).

فإنّ ظاهره- كما قيل- كفاية رضا الامام عليه السّلام في مشروعية الجهاد الذي يترتب عليه الآثار من كون الأرض المأخوذة بهذا القتال خراجية، وعدم توقف اتصافها بالخراجية على إنشاء الإذن والأمر بالجهاد، بحيث يكون هو وليّ أمر الجهاد و ناصبا لغزاته. ويشهد بذلك النصوص الدالة على «أنّ أرض السواد للمسلمين» مع بدهة أنّ فاتحها لم يكن منصوبا من ناحية المعصوم عليه السّلام، ولا مأمورا من قبله عليه السّلام، هذا.

لكن الإنصاف ظهور قوله عليه السّلام: «فيصدرها عن أمري» في الأمر الحقيقي، لا مجرد الاذن، حتى يقال بعدم كفاية مجرد الإذن في مشروعية الجهاد، وترتيب آثاره من صيرورة الأرض المغنومة بهذا الجهاد خراجية، هذا.

ثم إنّ وقع الكلام في اعتبار العمران حال الفتح في خراجية الأراضي المفتوحة عنوة بحيث لو كانت مواتا حال الفتح لم تكن خراجية و كانت من الأنفال المختصة بالإمام عليه السّلام يظهر من الشرائع أنّ الموات حال الفتح للإمام عليه السّلام خاصة، ولا يجوز إحياءه إلّا بإذنه إن كان موجودا. ولو تصرف فيها من غير إذنه كان على المتصرف طسقتها، ويملكها المحيي عند عدمه (2) أي غيبة الإمام عليه السّلام.

(1) الخصال، ج 2، ص 135، باب السبعة، ح 45

(2) شرائع الإسلام، ج 1، ص 322

وقال في الجواهر- بعد نقل كون الموات من الأرض وقت الفتح للإمام عليه السلام:-

«بلا- خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه. مضافا إلى المعتبرة المستفيضة الدالة على أنّ موات الأرض مطلقا من الأنفال للإمام عليه السلام» (1).

والحاصل: أنّ اعتبار العمران حال الفتح في ملكية الأرض المفتوحة عنوة لقاطبة المسلمين مشهور، بل المجمع عليه. ونصوص الباب على طوائف:

منها: ما تدل على أنّ الموات كلها للإمام عليه السلام، كمرسلة أحمد بن محمد (2).

و منها: ما تدل على «أنّ كل أرض لا رب لها للإمام عليه السلام» كموثقة إسحاق بن عمّار ورواية أبي بصير (3).

و منها: ما تدل على «أن كل أرض ميتة لا رب لها له عليه السلام» كمرسلة حمّاد (4).

و منها: غير ذلك.

و النسبة بين دليل ملكية الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين الشامل للموات حين الفتح، وبين دليل ملكية الموات مطلقا- وإن كان من المفتوحة عنوة للإمام عليه السلام- عموم من وجه، لأنّ ما دلّ على كون المفتوحة عنوة للمسلمين شامل لكلّ من الموات والعامر، وما دلّ على «أنّ الموات للإمام عليه السلام» شامل للمفتوحة عنوة وغيرها. وفي المجمع- وهو موات المفتوحة عنوة- يتعارضان، إذ مقتضى دليل المفتوحة عنوة هو كون مواتها كعامرها ملكا لقاطبة المسلمين، ومقتضى دليل الموات كونها من الأنفال المختصة بالإمام عليه السلام.

لكن يقمّ دليل الموات، لأنّ دلّالته على كون الموات للإمام عليه السلام بالوضع، ودلالة دليل المفتوحة عنوة بالإطلاق الناشئ عن مقدمات الحكمة، ومن المعلوم تقدم الظهور الوضعي على الإطلاقي. فما عن المشهور «من كون موات المفتوحة عنوة من الأنفال، واختصاص عامرها بالمسلمين» متين.

(1) جواهر الكلام، ج 21، ص 169

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 369، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 17

(3) المصدر، ص 371، ح 20 و ص 372، ح 28

(4) المصدر، ص 365، ح 4



فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّ ملكية الأرض المغنومة من الكفار لقاطبة المسلمين مشروطة بأمور ثلاثة:

الأول: أن يكون استيلاء المسلمين على الأراضي بالقهر والغلبة، أو بالصلح مع الكفار على أن تكون أراضيهم ملكاً لعامة المسلمين.

الثاني: أن يكون الاستيلاء المزبور بإذن الإمام عليه السلام.

الثالث: أن تكون الأراضي معمورة حال الفتح، إذ الموات منها من الأنفال التي هي ملك الإمام عليه السلام، سواء أكان موتانها أصلياً أم عارضياً، بأن كانت عامرة ثم ماتت، فمن أحيائها ملكها. وذلك لإطلاق النصوص الدالة على تملك محي الأرض بالإحياء، كصحيحتي الفضلاء عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أحيى أرضاً مواتاً فهي له» (1). فإذا ماتت الأرض المفتوحة عنوة، وأحيائها شخص، ملكها، إذ المفروض أنّ أرض المسلمين متقومة بالحياة، لما تقدم آنفاً من تقدم دليل ملكية الموات من الأرض المفتوحة عنوة للإمام عليه السلام على دليل ملكيته للمسلمين.

ومن هنا يسهل الأمر في من يكون بيده فعلاً أرض كانت معمورة حال الفتح، وشك في بقائها على حالة العمران، حيث إن استصحاب بقائها بوصف الحياة وإن كان جارياً في نفسه، إلا أنّ قاعدة اليد حاکمة عليه، وقاضية بأنها ملك المتصرف فعلاً، فإن احتمال خروجها عن ملك المسلمين بالشراء أو الهبة، أو عروض الموت عليها وقيام هذا الشخص بإحيائها موجود، وهو يحقق موضوع قاعدة اليد التي مقتضاها ملكية الأرض المذكورة فعلاً للمحيي، هذا.

ثم إنّه إذا أحرزت العناوين المذكورة فلا إشكال. لكنه لا يمكن إحرازها بالعلم الوجداني، ولا بالأمارات غير المعتبرة التي منها التواريخ، خصوصاً مع تعارضها.

ولا بالأصول العملية، لأنها نافية لوجود تلك العناوين الوجدانية لا مثبتة لها، فلا يمكن إحراز وجودها بالأصل أيضاً.

كما أنّ إحراز عدمها لنفي الحكم الشرعي المترتب على وجودها غير ممكن، لأنّ

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 327، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 5

ترتب عدم الحكم على نفي موضوعه عقلي لا شرعي، هذا.

مسألة: إذا أحيى شخص أرضاً مواتاً، وبنى فيها أبنية، ثم خربت وصارت ميتة، ثم أحيها محي آخر، فهل تكون الأرض ملكاً للمحيي الأول أم الثاني؟ فيه تفصيل.

فإن كان المحيي الأول وملك الأرض بشراء ونحوه لم يزل ملكه عنها إجماعاً، نقله الشهيد الثاني رحمه الله عن العلامة في التذكرة «عن جميع أهل العلم» (1).

وإن ملكه المالك الأول بالإحياء ففيه خلاف.

وقال المحقق التقي الشيرازي قدس سره: «تفصيله: أنه اختلف أقوال العلماء في أن الموات من الأرض بعد الإحياء الممك هل يجوز إحياءه ثانياً لغير المحيي الأول أم لا» (2). فالخلاف يكون فيما إذا كانت ملكية الأرض للمحيي الأول بسبب الإحياء، لا ببيع ونحوه، وإلا فلا تخرج الأرض عن ملك المحيي الأول بسبب الخراب ولا بإحياء المحيي الثاني.

فنصرف الكلام إلى ما إذا كانت ملكية الأرض للمحيي الأول بالإحياء لا بالبيع ونحوه، فنقول وبه نستعين:

إنه قد استدلل على صيرورة الأرض ملكاً للمحيي الثاني بروايات.

منها: رواية معاوية بن وهب «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة بائنة، فاستخرجها، وكرى أنهارها، وعمرها، فإن عليه فيها الصدقة. فإن كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله وللمن عمّرها» (3).

ومنها: عموم قولهم عليهم السلام: «من أحيى أرضاً مواتاً فهي له» (4) فإن عمومه يشمل المحيي الثاني. وإطلاق الأرض - إن لم نقل بعمومه المستفاد من وقوع النكرة في سياق الموصول الدالة على العموم - يشمل الأرض الموات المسبوق بالإحياء، فيدل على صيرورة الأرض المذكورة ملكاً للمحيي الثاني بسبب إحيائه، وهو المطلوب.

وأورد عليه بما حاصله: أن الأرض الميتة قيّدت بعدم المالك لها قطعاً، للنص الدال

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 59، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 401 (الطبعة الحجرية).

(2) حاشية المكاسب، ص 14

(3) وسائل الشيعة، ج 17، ص 328 الباب 3 من أبواب إحياء الموات، ح 1

(4) وسائل الشيعة، ج 17، ص 327، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 5

ص: 404

على «أن من أحيى أرضاً ميتة لا- رب لها فهي له» فالأرض المملوكة إذا كانت- أو صارت- خراباً لا تملك بإحياء غير المالك جزماً. ولا تخرج عن ملكه إلا بالنواقل الشرعية غير الأحياء. وكذا الأرض التي هي محل الكلام بناء على عدم خروجها عن ملك المحيي الأول بالموت والخراب، والمفروض أن القانونين بملك المحيي الثاني يدعون الخروج عن ملك المحيي الأول.

بل لعلّه لا خلاف بينهم في عدم صيرورته ملكاً للثاني لو لم يخرج عن ملك الأول بالخراب، بأن يكون الإحياء الثاني ناقلاً عن ملك الأول إلى ملك الثاني.

وحينئذ فالشك في بقائها بعد الموت على ملك مالكة الأول وعدمه كاف في عدم جواز التمسك بالعموم المزبور، لكونه تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية للمخصص. بل مقتضى استصحاب ملك المحيي الأول ذلك. بل إطلاق دليل ملكيته، حيث إنّ الظاهر من اللام في قوله عليه السلام: «فهي له» هو إطلاق الثبوت والاختصاص المقتضي للملكية الدائمة المنافي للملكية الموقته، هذا.

ويمكن أن يجاب عنه بعدم إرادة نفي المالك مطلقاً حتى ممن ملك الأرض بالإحياء، فيصير خروج من ملك بالإحياء مشكوكاً فيه، فيرجع فيه إلى عموم قوله عليه السلام: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له» لا إلى إطلاق دليل القيد، إذ المفروض عدم إطلاقه بعد خروج من ملك الأرض بالشراء ونحوه- بإجماع العلماء و تسالمهم- عن إطلاق دليل القيد، فيصير خروج من ملك الأرض بالإحياء عن عموم «من أحيى» مشكوكاً فيه، والعموم حجة في الشك في التخصيص الزائد كحجته في الشك في أصل التخصيص.

فالنتيجة: أن إحياء الأرض الميتة بعد الإحياء المملّك يوجب ملكيتها للمحّي الثاني.

لكن الأ- حوط الأولى مراعاة حقه إلى ثلاث سنين، لروايتي يونس «1» عن العبد الصالح وأبي عبد الله عليهما السلام. لكنهما ضعيفان سنداً، فراجع.

وأما إحيائها مع كون ملكيتها للمالك الأول بغير الإحياء- كالشراء والهبة ونحوهما- فمقتضى ما تقدم من الإجماع المحكي عن العلامة قدس سرّه ورواية معاوية بن وهب المتقدمة عدم صيرورتها ملكاً للثاني، وبقاؤها على ملك الأول.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 345، الباب 17 من أبواب إحياء الموات، ح 1 و 2

ثم (1) إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادّعي عليه الإجماع (2)، ودلّ عليه النصّ، كمرسلة حمّاد الطويلة (3) وغيرها (4).

---

(1) غرضه قدّس سرّه إقامة الدليل على ما هو المعروف من ملكية الأراضي المفتوحة عنوة للمسلمين.

(2) المدّعي للإجماع أو عدم الخلاف جماعة، كشيخ الطائفة «1» والعلامة «2» والفاضل السبزواري «3»، وأصحاب الرياض وفتح الكرامة والمستند والجواهر «4».

قال السيد العاملي قدّس سرّه في الأرض التي فتحت عنوة: «وهذه للمسلمين قاطبة بإجماع علمائنا قاطبة، وقد نقل الإجماع على ذلك في الخلاف والتذكرة والمنتهى».

وفي جهاد الجواهر: «بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا» «5». وفي البيع:

«إجماعاً محكياً عن الخلاف والتذكرة، وهي إن لم يكن محصّلاً» «6» فراجع.

(3) وفيها: «والأرضون التي أخذت عنوة بنخيل أو ركاب، فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها» «7»، فإنّها تدلّ على الكبرى، وهي أن الأرض المفتوحة عنوة ملك المسلمين، وأنها موقوفة وممنوعة عن التصرفات الاعتبارية كالبيع والهبة والصلح.

(4) كرواية أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «لا تشتتر من أرض السواد شيئاً، فإنّما هو فيء للمسلمين» «8». وظهرها في منع بيع جزئيّ ممّا هو مفتوح عنوة - أعني أرض العراق - ممّا لا ينكر.

---

(1) الخلاف، ج 2، ص 67-70، كتاب الزكاة، المسألة 80

(2) منتهى المطلب، ج 2، ص 934، وفي التذكرة: «ذهب إليه علماءنا أجمع» ج 9، ص 184

(3) كفاية الأحكام، ص 75

(4) رياض المسائل، ج 8، ص 114 (ج 1، ص 495 الحجرية)، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 239، مستند الشيعة، ج 14، ص 216

(5) جواهر الكلام، ج 21، ص 157

(6) المصدر، ج 22، ص 347

(7) وسائل الشيعة، ج 11، ص 85، الباب 41 من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، ح 2

(8) وسائل الشيعة، ج 12، ص 274، الباب 21 من أبواب عقد البيع، ح 5 وكذا الحديث 4 و 9





إشارة

و حيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين (1)، فلا بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين وأحكامها، فنقول و من الله الاستعانة:

الأرض إمّا موات، وإمّا عامرة، وكلّ منهما إمّا أن يكون كذلك أصليّة، أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لا خامس لها (2).

[الأول الموات بالأصالة]

الأول (3) ما يكون مواتاً بالأصالة، بأن لم تكن مسبقة بعمارة.

ولا إشكال ولا خلاف منّا في كونها للإمام عليه السّلام. والإجماع عليه محكيّ (4)

(1) أي: الموت والعمران، فلكلّ منهما قسمان: الموات بالأصالة والعرض، وكذا العامرة.

(2) لكون الحصر عقلياً، حيث إنّه دائر بين النفي والإثبات، لأنّ الأرض لا تخرج عقلاً عن هذه الحالات الأربع، وهي كونها مواتاً بالأصل أو بالعرض، أو عامرة كذلك، فلا يتصوّر قسم خامس.

(3) أقسام الأراضي وأحكامها القسم الأول: الموات بالأصالة يعني: أوّل هذه الأقسام الأربعة هو الموات بالأصالة، بمعنى عدم كونها مسبقة بعمارة معتمّر في زمان من الأزمنة. ولا إشكال ولا خلاف في كون هذا القسم من الأراضي للإمام عليه السّلام. ودعوى الإجماع على ذلك متكرّرة في كلامهم كما نقله المصنف.

(4) الحاكي للإجماع صريحاً وظاهراً هو السيد العاملي قدّس سرّه، قال في حكم الأرض الموات- وأنها للإمام عليه السّلام لا تملك بمجرد الإحياء- ما لفظه: «أمّا أنّ الميث للإمام فقد طفحت به عباراتهم في الباب وغيره، وحكى عليه الإجماع في الخلاف والغنية و جامع المقاصد والمسالك، و ظاهر المبسوط والتذكرة والتنقيح والكفاية» (1). وكذا نقله صاحب الجواهر عن جملة منها وعن محكيّ بعضها، فراجع (2).

(1) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 4، ولاحظ الخلاف، ج 3، ص 525، كتاب إحياء الموات، المسألة 3، الغنية، ص 293، جامع المقاصد، ج 7، ص 9، مسالك الافهام، ج 12، ص 391

(2) جواهر الكلام، ج 38، ص 11



عن الخلاف و الغنية و جامع المقاصد و المسالك، و ظاهر (1) جماعة أخرى، و النصوص بذلك مستفيضة (2) [1]،

(1) معطوف على «الخلاف» و يمكن عطفه على «محكي» و على كلّ فالتعبير بالظاهر لقولهم: «عندنا» كما في المبسوط و التذكرة، ففي المبسوط: «الأرضون الموات عندنا للإمام خاصة لا يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له» «1» و نحوه في التذكرة «2». و في الكفاية: «لا أعرف فيه خلافا» «3» و في الرياض «بلا خلاف» «4».

(2) كما في مفتاح الكرامة و الجواهر «5» و غيرهما، و منها: رواية حفص بن البخري عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الأنفال ما لم يوجف بخيل و لا-ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم. و كل أرض خربة و بطون الأودية فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و هو

[1] ظاهره استفاضة النصوص بذلك أي: بكون الموات بالأصالة للإمام عليه السلام. لكنها ممنوعة فضلا عن تواترها، فإن لسان النصوص مختلف، و لم ترد على عنوان واحد، إذ بعضها وارد في «أن الأرض الخربة للإمام عليه السلام».

و بعضها تضمن «أن الخربة التي باد أهلها للإمام عليه السلام» و من المعلوم أنّهما لا يشملان الموات بالأصل الذي هو مورد البحث، بل موردهما هو الموات بالعرض.

و بعضها تضمن «أن الأرض التي لا رب لها للإمام عليه السلام».

و بعضها تضمن «أن الأرض الميتة التي لا رب لها للإمام عليه السلام».

نعم دعوى استفاضة أو تواترها بالنسبة إلى الأنفال غير بعيدة.

و بالجملة: لم يظهر استفاضة النصوص فضلا عن تواترها بالنسبة إلى كون الموات بالأصالة- بما هي موات- للإمام عليه السلام.

و أمّا النبيّان المذكوران في المتن فهما مرويان من غير طريقنا. لكن الحكم- و هو

(1) المبسوط، ج 3، ص 270، و في ص 278 أيضا بالنسبة إلى الأرض المفتوحة عنوة.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 400 (الطبعة الحجرية).

(3) كفاية الأحكام، ص 238، السطر الأخير.

(4) رياض المسائل، ج 14، ص 107 ج 2، ص 318 (الحجرية).

(5) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 4، جواهر الكلام، ج 21، ص 169

ص: 408

بل قيل (1) إنها متواترة.

وهي (2) من الأنفال.

نعم (3) أبيح [1] التصرف فيها بالإحياء بلا عوض. وعليه (4) يحمل ما في

---

للإمام من بعده يضعه حيث يشاء» (1).

(1) القائل - ظاهرا - هو صاحب الجواهر، وفيه بعد دعوى الإجماع المحصّل:

«مضافا إلى النصوص التي يمكن دعوى تواترها» (2).

(2) أي: الأرض الموات بالأصالة تكون من الأنفال التي هي للإمام عليه السلام.

(3) يعني: أنّ الأرض الموات بالأصل وإن كانت ملكا للإمام عليه السلام، ومقتضى حكم العقل والنقل عدم جواز التصرف فيها. لكن أبيح التصرف فيها شرعا بالإحياء مجّانا، كما هو ظاهر ما في النبيين المذكورين في المتن، فإنّ ظاهر «ثمّ هي لكم منّي أيّها المسلمون» هو الإذن بالتصرف للمسلمين، أو تملكهم لها بلا عوض، فلا تجري هنا قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه.

(4) أي: وعلى كون إباحة التصرف فيها بالإحياء بلا عوض يحمل ما في النبيين.

وغرضه قدّس سرّه دفع توهم. وحاصل التوهم: التنافي بين ما دلّ على كون الأرض الميته ملكا

---

كون الموات بالأصل للإمام عليه السلام - متفق عليه.

[1] بل يستفاد من جملة من الروايات مملكية التصرف الإحيائي لرقبة الأرض مجّانا للمخالف والكافر، ففي مضمرة محمّد بن مسلم: «وأيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها، وهي لهم» (3).

وفي رواية أخرى عنه عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها» (4).

وفي رواية أخرى عنه عن أبي جعفر عليه السلام: قال: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها، وهي لهم» (5).

---

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 364، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 1

(2) جواهر الكلام، ج 38، ص 11

(3) وسائل الشيعة، ج 17، ص 326، الباب 1 من كتاب إحياء الموات، الحديث: 1

(4) وسائل الشيعة، ج 17، ص 327، الباب 1 من كتاب إحياء الموات، الحديث: 3

(5) وسائل الشيعة، ج 17، ص 327، الباب 1 من كتاب إحياء الموات، الحديث: 4

ص: 409

النبي [النبيين] (1) «موتان الأرض لله و لرسوله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم هي لكم مني أيها المسلمون» (1).

ونحوه الآخر: «عادي (2) الأرض لله و لرسوله، ثم هي لكم مني» (2).

وربما (3) يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في

---

للمعصوم عليه السلام، وأنهم عليهم السلام أباحوا التصرف فيها بالإحياء بلا عوض من اجرة ونحوها، وبين النبيين الظاهرين في أنه صلى الله عليه وآله وسلم جعل هذه الأرض ملكا للمسلمين من بعده، أو مباحة لهم، بلا دخل للإعمار في ذلك أصلا.

وحاصل الدفع: أن اللام في النبي «هي لكم مني» وإن كان ظاهرا في كون الأرض ملكا للمسلمين مطلقا سواء أحيوها أم لا، وسواء بذلوا العوض أم لا. إلا أن المراد الترخيص في التصرف بلا عوض، فتكون كالمالك في جواز الانتفاع، لا حصول الملك مطلقا ولو بدون الإحياء، فإنه مخالف للنص والإجماع. ولا منافاة حينئذ بين النبي وبين ما دل على «أن الأرض الميئة ملك المعصوم عليه السلام، وإنما أباح إحياءها».

نعم هناك منافاة بين إطلاق جواز الإحياء وبين اعتبار بذل الخراج، وسيأتي وجه الجمع.

(1) كذا في نسختنا، والأولى الأفراد كما في سائر النسخ، ليطم العطف عليه بقوله:

«ونحوه الآخر».

(2) قال العلامة الطريحي: «و العادي: القديم، والبئر العادية: القديمة، كأنها نسبة إلى عاد قوم هود، و كل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدر كههم» (3). و معنى الحديث: كل أرض لم تعمّر فهي لله تعالى و لرسوله صلى الله عليه وآله وسلم.

(3) غرضه أن ما ذكر - من الإباحة بلا عوض - معارض ببعض النصوص الظاهرة في وجوب أداء الخراج إلى الامام عليه السلام كما في صحيحة الكابلي، فإن ظاهر قوله عليه السلام:

---

(1) هذا النبي مروي بطرق العامة، كما قاله العلامة قدس سره: في التذكرة، ج 2، ص 400، سنن البيهقي، ج 6، ص 143، كنز العمال، ج 2، ص 185

(2) مجمع البحرين، ج 1، ص 287

(3) عوالي اللئالي، ج 3، ص 481، ح 5، ورواه عنه في المستدرک، ج 17، ص 112، الباب الأول من أبواب إحياء الموات، ح 5



صحيحه الكابلي، قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ، أنا (1) وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المتقون، والأرض كلها لنا، فمن أحبب أرضاً (2) من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها» (1) الخبر (3).

و مصححة (4) عمر بن يزيد

---

«وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي» هو وجوب أداء الخراج إلى الإمام عليه السلام، وكون إباحة التصرف مع العوض.

ولا بدّ من علاج هذا التعارض، وقد عالجه المصنف قدس سرّه بأحد وجهين آتيين.

(1) كذا في الوسائل، وفي نسختنا زيادة «قال: أنا..».

(2) كذا في الوسائل، وفي نسختنا «من الأرض».

(3) بقية الحديث: «فإن تركها وأخربها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده، فعمّرها وأحيّاها فهو أحقّ بها من الذي تركها فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها، ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم، ومنعها، إلّا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم».

(4) معطوف على «صحيحه». وهذه رواية ثانية دلّت على أنّ الترخيص في الإحياء مشروط بأداء العوض إلى الإمام عليه السلام. وقد عبّر عنها بالصحيحه كما في جملة من الكتب (2) ولعلّه لأجل انصراف عمر بن يزيد إلى عمر بن محمد بن يزيد بيّاع السابري، الثقة، لكثرة رواياته وشهرته، فلا يراد منه هنا عمر بن يزيد الصيقل الذي لم يرد فيه توثيق.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 329، الباب 3 من أبواب إحياء الموات، ح 2

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 243، مستند الشيعة، ج 10، ص 148، جواهر الكلام، ج 16، ص 137 و ج 38، ص 25، وكذا عبّر صاحب الحدائق عن الرواية الآتية بصحيحه عمر بن يزيد في حديث مسمع بن عبد الملك، فلاحظ الحدائق الناضرة، ج 12، ص 435

ص: 411

«أنه (1) سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها، فعمّرها، وأجرى (2) أنهارها، وبنى فيها بيوتاً، وغرس فيها نخلاً وشجراً. فقال (3) أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحبب أرضاً من المؤمنين فهي (4)

ولكن المصنف عبّر عنها بالمصححة لأجل أن الراوي عن عمر هو الحسن بن محبوب المعدود من الذين أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنهم. ولما كان سند الرواية صحيحاً إلى ابن محبوب فلذا عبّر عنها بالمصححة، حيث إن رواية ابن محبوب عنه كافية في حجية روايته هنا كما قيل.

و كيف كان فالغرض من الاستشهاد بهذه الرواية دلالة قوله عليه السلام: «و عليه طسقتها يؤتى به إلى الامام عليه السلام» على إناطة جواز التصرف و الإحياء ببذل العوض - و هو خراجها - إلى الإمام عليه السلام.

فإن قلت: السؤال في هذه المصححة عن حكم إحياء الأرض الموات بالعرض، لا بالأصل، لقول السائل: «تركها أهلها فعمّرها» فهي كانت محيية، ثم عرض عليها الموت. و جوابه عليه السلام: «هي له و عليه طسقتها» ناظر إلى حكم هذه الأرض. و من المعلوم أنه أجنبي عمّا نحن فيه، و هو الأرض الموات بالأصل. و عليه فلا وجه للاستشهاد بهذه المصححة على وجوب بذل العوض في قبالة إحياء الأرض الموات بالأصل.

قلت: نعم، و إن كان السؤال عن ذلك، إلا أن جوابه عليه السلام: «من أحبب أرضاً» مطلق شامل للموات بالأصل أيضاً. و المناط في استظهار الحكم الشرعي هو الجواب، لا ما ورد في خصوص السؤال.

(1) صدر الرواية كما في الوسائل هكذا: «قال - أي عمر بن يزيد - سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل .. إلخ».

(2) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في الوسائل: «و كرى أنهارها».

(3) في الوسائل: «قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام».

(4) جواب الموصول في «من أحبب» المتضمن للشرط.

له، وعليه طسقتها (1) يؤدّيه إلى الإمام عليه السّلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه» الخبر (1).

ويمكن (2) حملها [1] على بيان الاستحقاق ووجوب إيصال الطّسق إذا طلبه (3) الإمام عليه السّلام، لكنّ (4) الأئمة عليهم السّلام بعد أمير المؤمنين عليه السّلام حلّلوا شيعتهم، وأسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه (5) قوله عليه السّلام: «و ما كان لنا فهو لشيعتنا» (2)،

---

(1) الطّسق- بالفتح كفلس- ما يوضع من الوظيفة على الجربان من الخراج المقرّر على الأرض، وهي فارسي معرّب (3).

(2) هذا أوّل وجهي علاج التعارض بين الطائفتين الدالة إحداهما على كون التصرف في الموات بالأصل بلا عوض، والأخرى على كون التصرف فيها مع العوض.

و حاصل هذا الوجه: أنّ ما دلّ على وجوب أداء العوض مشروط بطلب الامام عليه السّلام، وبدون الطلب لا يجب أدائه.

(3) أي: طلب الإمام عليه السّلام ذلك الطّسق.

(4) يعني: أنّ وجوب إيصال الطّسق إلى الامام عليه السّلام قد أسقطه الأئمة الطاهرون بعد مولانا أمير المؤمنين «على جميعهم أفضل صلوات المصلين» وهذا الإسقاط حكم ولائي. ويمكن أن يكون ذلك في زمان بعض الأئمة عليهم السّلام دون بعض.

(5) أي: يدلّ على أنّهم عليهم السّلام حلّلوا شيعتهم من ذلك الطّسق وأسقطوه عنهم

---

[1] لكن يأتي هذا الحمل قوله عليه السّلام في رواية الكابلي: «و ليؤدّ خراجها إلى الامام» وقوله عليه السّلام في مصححة عمر بن يزيد «و عليه طسقتها يؤدّيه الى الامام» فإنّ ظاهرهما إطلاق وجوب أداء الخراج، وعدم إناطته بمطالبة الإمام. نعم هو صالح للتقييد، لكن لا دليل عليه، ومجرد الصلاحية له ثبوتها لا يكفي في مقام الإثبات.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 382، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 13، ولا وجه لكلمة «الخبر» إذ المنقول تمام الحديث.

(2) المصدر، ص 384، ح 17

(3) مجمع البحرين، ج 5، ص 206، لسان العرب، ج 10، ص 225

ص: 413

وقوله عليه السّلام: في رواية مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض، فهم فيه محلّلون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا، فيجيبهم (1) طسق ما (2) كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا ويأخذ الأرض من أيديهم، و يخرجهم عنها صغرة» (1)».

نعم (3) ذكر في التذكرة: «أنّه لو تصرّف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها» (2)».

ويحتمل (4) حمل هذه الأخبار المذكورة

---

قول مولانا أبي عبد الله عليه السّلام في خبرين، روى أحدهما معلّى بن خنيس عنه: «و ما كان لنا فهو لشيعتنا» و الآخر أبو سيّار مسمع بن عبد الملك.

(1) هو من جباية الخراج، يعني: يجمع الخراج ويأخذه منهم، ويترك الأرض في أيديهم. هذا بناء على ما في المتن من قوله: «فيجيبهم» و لكن في الوسائل: «فيجيبهم».

(2) كذا في نسختنا، وهو موافق لما رواه في الوسائل عن التهذيب. ولكنه نقل عن الكافي زيادة، وهي «فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم، وترك الأرض في أيديهم، وأما ما كان ..».

(3) هذا استدراك على قوله: «لكن الأئمة عليهم السّلام .. حلّلوا شيعتهم».

وحاصل الاستدراك: أنّ العلامة قدّس سرّه خالف مضمون هاتين الروايتين، و حكم بوجوب أداء الطسق على من تصرّف في هذه الأرض بدون إذن الامام عليه السّلام، هذا.

(4) معطوف على قوله قبل أسطر: «ويمكن حملها». وهذا ثاني وجهي علاج التعارض بين ما دلّ على كون التصرف في الموات بالأصل مجّانا، و ما دلّ على كونه بالعوض.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 382، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 12، و «الصغرة» جمع صاغر بمعنى الذليل.

و في بعض نسخ التهذيب بالفاء، فيكون بكسر الصاد على وزن «حبر» و معناه الخالي. لكن يبعده ما في المجمع من أنّ «الصفير» بمعنى الخالي لا يدخل عليه هاء التأنيث «بل يستعملونه على صيغته هذه في المذكر و المؤنث و التثنية و الجمع» فراجع مجمع البحرين، ج 3، ص 367

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 402

ص: 414

على حال الحضور [1]، وإلا (1) فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال الإمام (2) [مال للإمام] في الأراضي في حال الغيبة، بل (3) الأخبار متفقة على أنها لمن أحيها (4). وستأتي (5) حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها

---

و حاصل هذا الوجه: حمل الأخبار الدالة - على كون التصرف في الأرض الموات مع العوض - على حال الحضور، و حمل الأخبار الدالة على كون التصرف فيها مجانا على حال الغيبة.

(1) أي: و لو لم تحمل الأخبار على حال الحضور، تعيّن رفع اليد عنها، لمخالفتها للإجماع على عدم وجوب شيء للإمام عليه السلام في عصر الغيبة في تلك الأراضي. و لعلّ الأولى أبدال «وإلا فالظاهر» ب «إذ الظاهر...».

(2) كذا في نسختنا، و الأولى ما في نسخة أخرى من قوله: «مال للإمام».

(3) يعني: بل الأخبار متفقة على خروج الأرض عن ملكه عليه السلام و دخولها في ملك المحيي في عصر الغيبة، كقوله عليه السلام في مصححة عمر بن يزيد المتقدمة في (ص 412):

«من أحيى أرضا من المؤمنين فهي له».

و عليه فلا يبقى موضوع لوجوب الطسق.

(4) هذا الضمير و ضمير «أنها» راجعان إلى الأراضي.

(5) أي: و ستأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورة تلك الأراضي ملكا

---

[1] لا- يخفى ما في هذا الحمل أيضا، لمنافاته لما في ذيل رواية الكابلي من قوله عليه السلام: «حتى يظهر القائم عجل الله تعالى فرجه الشريف» و لما في ذيل رواية مسمع:

«حتى يقوم قائمنا»، لأنهما يدلّان على أنّ زمان الأحياء مع الأجرة ينتهي إلى عصر الحضور فالأحياء في زمان الغيبة لا يكون مجانا.

و لعلّ الجمع بين الأخبار المزبورة يقتضي القول بجواز الأحياء لغير الكفار مع العوض. فإن كان شيعيا تشمله أخبار التحليل، و إلا فيجب عليه دفع الطسق في عصر الغيبة إلى نائبها، إن لم يكن إجماع على عدم وجوب دفعه في زمان الغيبة، و إلا كان الأحياء في عصرها مجانا، بل ادعي الإجماع على مالكية المحيي مطلقا و إن كان كافرا، كما دلّت عليه جملة من النصوص أيضا، فلا يبقى حينئذ مجال للعمل بروايات الطسق.

بالإحياء. و الظاهر أنّ غرضه من الإجماع ما نقله في القسم الثالث- وهو ما عرض له الحياة بعد الموت- بقوله: «ياجماع الأمة ..» فلاحظ (ص 436).

[1] ينبغي الكلام في أول أقسام الأراضي في مواضع:

الأول: في معنى الموات بالأصل، إذ فيه احتمالان، فبناء على تفسيره «بعدم كون الأرض مسبوقة بعمارة» يمكن إحرازه بالاستصحاب القهقري. وبناء على تفسيره بالأرض التي خلقت مواتا، وكانت باقية على هذه الحالة، ولم تعمّر إلى الآن، فإحرازه بالاستصحاب مشكل، لعدم العلم مع احتمال خلقتها معمورة كما لا يخفى.

نعم بناء على جريان الأصل في الأعدام الأزلية يجري استصحاب عدم عمرانها حين خلقتها. لكن في اعتباره بحث مذكور في محلّه.

لكن الظاهر عدم المجال لهذه الأبحاث، لعدم موضوع لها، إذ الموضوع في النصوص عنوان «الموات» بلا قيد الأصالة، والأرض التي لا ربّ لها.

وكذا لا مجال لهذه الأبحاث بناء على أن يراد من الموات بالأصالة الموت في صدر الإسلام حال استيلاء المسلمين على أراضي الكفار، وذلك لإمكان إحرار مواتها بالأصل إن كانت حالتها المعلومة قبل الإسلام عدم العمران.

الموضع الثاني: في كون الموات بالأصل ملكا للإمام عليه السلام، وهو ممّا لا إشكال فيه، فإنّه من الأنفال التي اتّفتت الكلمة على أنّها له عليه الصلاة والسلام، وإن لم تكن النصوص بعنوان «الموات بالأصل» متواترة ولا مستفيضة، ولكنها تدل عليها بعنوان آخر، وهو كاف في المسألة. ولا يناط حكم الموات بالأصل بتواتر النصوص أو استفاضتها بعنوانه.

الموضع الثالث: في أنّه هل يعتبر في صيرورة الموات ملكا أو مباحا للمحيي إذن الامام أم لا؟ لا ريب في أنّ القاعدة العقلية والنقلية تقتضي عدم جواز التصرف إلا بالإذن، سواء أكان عليه السلام مالكا للموات بالإمامة، أو ملكا شخصيا له يرثه الوارث، أم وليا على الموات، فإنّ اللازم الاستيذان منه في التصرف على كل تقدير، فإنّ الولي وإن لم يكن مالكا، لكن يلزم الاستيذان منه، كما في التصرف في أموال القصر من الأطفال والمجانين والغيّب.

و بدون الاستيذان يكون المتصرف آثما و غاصبا، فإنّ التصرف في مورد سلطان الغير حرام، لاقتضاء سلطنته ذلك، فيجب الاستيذان منه في حال الحضور و بسط اليد، و في حال الغيبة من نائبه العام، و هو الفقيه الجامع للشرائط بناء على ولايته العامة. فالإحياء بدون إذنه عليه السلام أو نائبه لا أثر له لا ملكا ولا إباحة.

و الحاصل: أنّ قاعدتي العقل و النقل تقتضيان اعتبار الإذن و لو من الفقيه الجامع للشرائط في عصر الغيبة، هذا.

و هنا قولان آخران:

أحدهما: اعتبار الاستيذان في حال الحضور دون الغيبة.

ثانيهما: سقوط اعتبار الإذن مطلقا، بل امتناعه في زمان الغيبة.

و لعلّ وجه الأوّل إمكان الاستيذان حال الحضور، فيجب للقاعدة، بخلاف زمان الغيبة، فيجوز بلا إذن بعد البناء على عدم ولاية نائب الغيبة على الاذن.

و وجه الثاني: إمّا كفاية إذن مالك الملوّك في جواز الإحياء، و عدم الحاجة الى إذن المالك الشرعي كما في حقّ المارة. و نظيره في التملك بالإحياء التملك بالالتقاط، فإنّ الملتقط بعد التعريف يتملكه بإذنه تعالى شأنه، لا بإذن مالكة الشرعي.

و إمّا عدم الفرق بين الحضور و الغيبة، مع البناء على امتناع الاذن، لعدم ولاية الفقيه على الإذن، هذا.

ثم إنّ القائل باعتبار الإذن مطلقا يدّعي صدور الإذن منه عليه السلام بحيث لا يصدر الإحياء بدون الإذن أصلا حتى في زمان الغيبة، أو عدم بسط اليد، رعاية لقاعدتي العقل و النقل القاضيتين بعدم جواز الإحياء بدونه، كسائر النواقل الشرعية المنوطة بالاذن.

و لإثبات الإذن طرق.

منها: نفس النص الدال على سببية الإحياء للملكية، كقولهم عليه السلام: «من أحيى أرضا ميتة فهي له» بتقريب: أنّ الإذن في تشريع الإحياء- لصدوره عن المالك- يكون إذنا مالكيًا أيضا، فيكون دالّا على تشريع الإحياء و الإذن فيه. نظير قوله: «من دخل داري أو مسجدي مثلا فله كذا» فإنّه كما يدلّ على سببية الدخول للجزاء، كذلك يدلّ على الإذن المالكى في

الدخول. وهذا هو الفارق بين دليل الإحياء وأدلة سائر الأسباب الناقلة.

ومنها: أنّ دلالة الاقتضاء تقتضي اقتران الإحياء بالإذن، وإلا يلزم لغوية تشريع الإحياء.

توضيحه: أنّ تشريع الإحياء المشروط بالإذن مع امتناع تحققه في زمان ممتدّ - وهو زمانا الغيبة الكبرى و عدم بسط اليد، مع مطلوبة إحياء الأرض في جميع الأزمنة، و تعميمها شرعا كذلك، و عدم إبقائها خربة كما دلّت عليه الآيات و النصوص - لغو. و لا تندفع اللغوية إلا بالالتزام باقتران كلّ إحياء بالإذن المالكيّ، و هو المطلوب.

ومنها: أخبار التحليل، خصوصا رواية مسمع بن عبد الملك، حيث قال عليه السلام: «وكلّ ما كان من الأرض في أيدي شيعتنا فهم فيه محلّلون يحلّ [و محلل] لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا» [1] الخبر. لأنّ ظهورها في حلية التصرف الكاشفة عن الاذن و الرضا به ممّا لا ينكر، فتكون الملكية أو الإباحة بالإحياء المأذون فيه. و أمّا مشروعية نفس الإحياء المملّك، فتستفاد من أدلة أخرى.

ومنها: النبويّان المذكوران في المتن، لكونهما كالصریح في التملك عن الرضا المالكي، غاية الأمر أنّه لا بدّ من تقييد الملكية بأدلة الإحياء، إذ التملك بدون الإحياء لا يندرج تحت أحد الأسباب المملّكة الشرعية. لكن هذين النبويّين ضعيفان، لعدم كونهما مروّين من طرقنا.

ومنها: ما عن كاشف الغطاء قدّس سرّه من دلالة شاهد الحال على رضاهم بالإحياء و طيب نفسهم بعمارة الأرض، و عدم رضاهم ببقائها على الخراب.

توضيحه: أنّ دليل تشريع الإحياء يكشف عن وجود مصلحة في عمارة الأرض، و حيث إنّها ملك الامام عليه السلام، و القاعدة تقتضي اعتبار إذنه، فلو لم يكن في الواقع إذن منه عليه السلام كان هذا التشريع لتلك المصلحة لغوا، لعدم ترتب تلك المصلحة على تشريع الإحياء، مع عدم إمكان الاستيذان منه عليه السلام في زمني الغيبة و عدم بسط اليد، فتبقى الأرض مخروبة غير محيية. و هذا خلاف ما أرادوه من إحياء الأرض و تعميمها.

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 382، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 12



ودعوى إمكان الاستيذان من نائبه العام غير مسموعة، لأنَّ المسلم من نيابة الفقيه هو كونه نائباً عنه عليه السَّلام فيما يرجع إلى أمور المسلمين التي تكون وظيفة الإمام عليه السَّلام بما هو رئيس أن يتصدَّى لها. وأمَّا ما يتعلق بأموره الشخصية كأمواله مثل الموات من الأرض وسهم الامام عليه السَّلام فليس من الأمور النظامية الراجعة إلى المجتمع حتى يجري فيها النيابة.

وبالجملة: فمجموع ما ذكر من القرائن كاف في الدلالة على الإذن، وإثبات أن إحياء الموات في الأراضي الميتة مأذون فيه.

ومع هذه الوجوه الظاهرة في اقتران الإحياء بالإذن المالكي لا يبقى مجال لدعوى سقوط اعتبار الإذن في الإحياء- مع كون السقوط على خلاف القاعدة- استناداً في ذلك تارة إلى امتناع اعتباره في زمان الغيبة، مع عدم نيابة الفقيه في مثل هذه الأمور.

وجه عدم المجال: أنه مع ظهور الوجوه المزبورة في صدور الاذن منهم عليهم السَّلام لا وجه لدعوى الامتناع وسقوط اعتبار الإذن.

وأخرى: إلى كفاية إذن مالك الملوك في جواز الإباحة أو التملك، نظير حق المارة و التملك بالالتقاط بعد التعريف في عدم اعتبار إذن المالك الشرعي، وكفاية إذن المالك الحقيقي، استناداً إلى ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السَّلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من غرس شجراً أو حفر وادياً بدتاً لم يسبقه إليه أحد، أو أحبى أرضاً ميتة، فهي له، قضاء من الله ورسوله» (1).

وذلك لأنه قياس لا يصلح الاستناد إليه في سقوط اعتبار الإذن في المقام، ومخالفة قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه.

وأما الرواية فبعد الغرض عن ضعف سندها يصلح إطلاقها للتقييد، لأنَّ ظهور قوله صلى الله عليه وآله وسلم في كفاية القضاء وعدم الحاجة إلى إذن الامام عليه السَّلام إنما يكون بالإطلاق الذي يقيد بما دلَّ على اعتبار إذن الامام عليه السَّلام. نظير قوله: «من اشترى شيئاً ملكه» في صحة تقييده بما إذا كان ذلك الشيء معلوماً أو بما إذا لم يكن خمراً وخنزيراً، وهكذا.

فالمتحصل: من جميع ما ذكرناه في الموضوع الثالث: افتقار الإحياء إلى إذن الامام عليه السَّلام

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 328، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 1

في كلا زمانى الحضور والغيبة، وتحقق الإذن منه عليه السلام في كلا الزمانين كما تقدم.

ثم إنّه وقع الكلام في أنّ الإذن في الإحياء هل يختصّ بالشيعة، أم يعمّ سائر المسلمين، أم يعمّ غير المسلمين؟ وينبغي قبل التعرّض للروايات التي هي دليل اجتهادي على حكم المسألة بيان الأصل العملي على فرض عدم تمامية الدليل الاجتهادي، فنقول وبه نستعين:

إنّ مرجع الشك في المقام إلى إطلاق الإذن لكلّ محي، سواء أكان شيعياً أم مخالفاً أم كافراً، وعدمه. فإن لم يكن لدليل الإذن إطلاق يشمل الجميع فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن، وهو خصوص الشيعة الاثني عشرية كترهم الله تعالى في البرية. وأمّا غيرهم فيشك في شمول دليل الإذن لهم، والمرجع حينئذ استصحاب عدم الإذن، حيث إنّ من الحوادث المسبوقة بالعدم، وبه يتم الموضوع المركّب من الاستيلاء الإحيائي المحرز بالوجدان، وعدم الاذن المحرز بالتعبد وهو الاستصحاب، كسائر الموضوعات المركبة التي يحرز بعض أجزائها بالوجدان، وبعضها بالأصل.

فالنّتيجة: عدم جواز إحياء غير الشيعي، وكونه غاصبا ومرتكبا للحرام.

إذا تقرّر هذا، فاعلم: أنّ روايات الباب على طائفتين:

إحدهما: ما تدل على اختصاص الإذن بالشيعة.

وثانيتهما: ما تدلّ على عموم الاذن لغير الشيعة من الكافرين فضلا عن المخالفين.

أمّا الطائفة الأولى، فهي بين ما يختلّ فيه كلتا أصالتي الصدور والظهور، أمّا الأوّل فلعدم المقتضى، وذلك لضعف السند. وأمّا الثاني فلوجود المانع، وهو الإعراض المانع عن حجّيته كما سيّجي ٤.

أما اختلال أصالة الصدور فكما في رواية عمر بن يزيد، فإنّ عمر بن يزيد مشترك بين الثقة وهو عمر بن يزيد بياع السابري، وبين من لم يرد فيه توثيق وهو عمر بن يزيد بن ذبيان الصيقل، فإنّ في تلك الرواية «كل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون، و محلّل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم، وترك الأرض في

أيديهم. وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم» (1).

وأما اختلال أصالة الظهور - بمعنى الإعراض عنه وعدم العمل به مع وجوده - فوجهه: أنّ الرواية تشتمل على الطسّق الذي هو خلاف الفتوى المعروفة بينهم، بل ادعي عدم الخلاف في عدم وجوب مال الإمام في الأراضي في حال الغيبة.

والحاصل: أنّ هذه الرواية وإن كان لها ظهور عرفي في اختصاص الإذن بالشيعة، إلا أنّ هذا الظهور ليس حجة، لما مرّ من اشتمالها على الطسّق الذي يكون مخالفاً للفتوى بعدمه.

وكرواية يونس بن زبيان أو المعلّى بن خنيس المتضمنة لأنّ «ما سقت أو استقت منها - أي من ثمانية أنهار فهو لنا، وما كان لنا فهو لشيعتنا، وليس لعدوّنا منه شيء» (2).

و كالمنقولة عن تفسير فرات بن إبراهيم (3). أمّا يونس بن زبيان فضعيف، وأبان بن مصعب البجلي لم يوثق.

وبين ضعيف السند الموجب لعدم جريان أصالة الصدور وعدم الدلالة، الموجب لعدم جريان أصالة الظهور فيه، كرواية الحرث بن المغيرة، قال: «دخلت على أبي جعفر عليه السّلام فجلست عنده، فإذا نجية قد استأذن عليه، فأذن له، فدخل، فجثى على ركبتيه، ثم قال:

جعلت فداك، إني أريد أن أسألك عن مسألة، والله ما أريد بها إلا فكاك رقبتي من النار. فكأنه رقّ له، فاستوى جالسا، فقال له: يا نجية سلني، فلا تسألني اليوم عن شيء إلا أخبرتك. قال:

جعلت فداك! ما تقول في فلان وفلان؟ قال: يا نجية! إنّ لنا الخمس في كتاب الله، ولنا الأنفال، ولنا صفو الأموال. وهما والله أوّل من ظلمنا حقنا في كتاب الله، وأوّل من حمل الناس على رقابنا، ودمأونا في أعناقهما إلى يوم القيامة بظلمنا أهل البيت، وإنّ الناس ليتقلبون في حرام إلى يوم القيامة بظلمنا أهل البيت.. إلى أن قال: اللهم إنّنا قد أحللتنا ذلك لشيعتنا. قال: ثم اقبل علينا بوجهه، فقال: يا نجية ما على فطرة إبراهيم غيرناه غير شيعتنا» (4).

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 382، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 12

(2) المصدر، ص 384، ح 17

(3) المستدرک، ج 7، ص 302، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 1

(4) تهذيب الأحكام، ج 4، ص 145، الباب 39 (الزيادات) ح 27 ورواه في الوسائل بإسقاط بعض الجمل في ج 6، ص 383، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 14



أما ضعف سنده فبجعفر بن محمد بن حكيم، لما روي في رجال الكشي من «أنه ليس بشيء» (1). فتأمل.

و أما عدم ظهور الدلالة، فلأن قوله عليه السلام: «إنّ الناس ليتقلبون في حرام» لم يظهر أنّه لأجل غضب الخمس فقط، أو لأجله مع صفو المال، أو لأجلهما مع الأنفال. لكنّه على جميع التقادير ظاهر في حصر الحلّ للشيعة، لظهور قوله عليه السلام: «اللّهم إنّنا قد أحللنا ذلك لشيعتنا» خصوصا مع قوله عليه السلام: «ما على فطرة إبراهيم غيرنا .. إلخ» بعد قوله عليه السلام: «إنّ الناس ليتقلبون في حرام» في اختصاص التحليل بالشيعة، وهو لا يقبل الإنكار. ومقتضى الحصر حرمة التصرف على غير الشيعة. إلا أن يكون هناك نص أو أظهر - في دلالة الحلّ لغيرهم - من هذا الحصر الظاهر في الاختصاص بهم، فيقدم عليه.

هذا بناء على اعتبار هذه الرواية سندا، لكن قد عرفت ضعفه، فلا تصل النوبة إلى اعتبارها، و تقديم غيرها عليها بالنصوصية أو الأظهرية.

و كرواية الشمالي عن أبي جعفر عليه السلام، وفيها: «انّ الله جعل لنا أهل البيت سهاما ثلاثة في جميع الفيء، فقال تعالى وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ .. الى أن قال: فنحن أصحاب الخمس و الفيء، وقد حرّمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا» (2).

و ضعف سنده إنّما هو بالحسن بن عبد الرحمن، حيث إنّه لم يرد فيه توثيق. و أما ضعف دلالة فلأنّ مورده الخمس بقرينة الاستشهاد بآية الخمس، و لا ربط له بما نحن فيه من الأرض الموات بالأصل. فهذه الرواية ضعيفة أيضا سندا و دلالة.

و كصحيحة الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام، وفيها: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لفاطمة عليها السلام: أحلي نصيبك من الفيء لأبائ شيعتنا» (3).

لكن الموضوع في هذا التحليل ظاهرا هو الفدك، و لم يكن ذلك مواتا، بل كان

(1) راجع ترجمته في معجم رجال الحديث، ج 4، ص 109

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 385، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 19

(3) المصدر، ص 381، ح 10

معمورا، فهذه الصحيحة أجنبية عن موضوع بحثنا.

و تحديد الفدك بما يشمل جملة من الموات كما في رواية علي بن أسباط «1» غير مجد، لضعف سندها بالسياري، أو لإرسالها، فلا وجه للاستدلال بها على اختصاص الإذن في إحياء الموات بالأصل بالشيعة.

و كرواية عمر بن يزيد، قال: «سمعت رجلا من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضا مواتا تركها أهلها، فعمّرها و كرى أنهارها، و بنى فيها بيوتا، و غرس فيها نخلا و شجرا. قال: فقال: أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيى أرضا من المؤمنين فهي له، و عليه طسقةا يؤذيه الى الامام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه» «2».

فإنّ قوله: «من المؤمنين» يدلّ على اعتبار الإيمان أي الاعتقاد بإمامة الأئمة المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين، فإحياء غير المؤمنين لا أثر له، هذا.

لكن دلالاته على الحصر كما هو المدعى في حيّز المنع، فتأمل.

مضافا إلى ما فيه من ضعف سنده، لاشتراك عمر بين الثقة و المجهول كما تقدّم في (ص 420).

و من: احتمال كون المراد من قوله: «أحيى أرضا» خصوص الأرض التي ورد السؤال عنها، و هي الأرض التي خربت بعد العمارة، لا الأرض الموات بالأصالة التي هو مورد البحث.

و من: اشتغالها على أداء الطسقة، و هو خلاف الفتوى.

و من: أنّ جملة «إذا ظهر القائم .. إلخ» مخالف لما دلّت عليه الروايات من أن الأرض متروكة في أيدي الشيعة حال الظهور.

فصار المتحصل: أنّ هذه الطائفة من الروايات لا تدلّ على اختصاص الإذن في إحياء الأرض الموات بالشيعة.

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 366، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 5

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 382، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 13

وكذا لا تدلّ رواية الكابلي على اختصاص الإذن بالمسلمين، وهي ما رواه الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام «1» المتقدمة في المتن (ص 411) فإنّ الكابلي الذي اسمه «وردان» وكنيته «أبو خالد» لا يظهر من ترجمته وثاقته، فراجع.

ومع الغض عنه لا يدلّ على الاختصاص بالمسلمين، لعدم المفهوم له حتى لا يجوز لغير المسلم إحياء الموات. ولو احتمل كون موردها الأرض الخراجية لخرجت عن موضوع البحث، وهو إحياء الموات بالأصالة، هذا.

وأما النويان المذكوران في المتن - المرويّان من غير طريقنا - الدالّان على «أنّها منّي للمسلمين» فلا عبرة بهما، لمنافاتهما لما دلّت عليه الروايات الكثيرة المعتمدة من: أنّ الأنفال بعد الرسول الأعظم صلّى الله عليه وآله وسلّم للأئمة المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين.

والحاصل: أنّ هذه الطائفة من الروايات لا تدلّ على اختصاص الإذن بالشيعة، هذا.

وأما الطائفة الثانية الدالة على الإذن لمطلق الناس ولو كان كافراً، فهي روايات:

منها: صحيحة محمد بن مسلم، قال: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟

قال: ليس به بأس، وقد ظهر رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم على أهل خيبر، فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملون بها ويعمّرونها، فلا أرى بها بأساً لو أنك اشتريت منها شيئاً.

وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها، وهي لهم» «2». فإنّ جواز الشراء من اليهود والنصارى يدلّ على ملكهم للأرض ولو بالإحياء والتعمير، وهذا يكشف عن الإذن في الإحياء لمطلق الناس وإن كان كافراً.

ومع الغض عن ذلك، ودعوى إهمال الصدر من جهة سبب تملكهم للأرض، ففي الكبرى المذكورة ذيلاً المتضمنة لكون إحياء كل قوم وإن كانوا كافراً موجبا للأحقية غنى وكفاية. فإحياء الكافر كإحياء المسلم مقرون بإذن مالك الأرض، لحرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه شرعاً وقبحه عقلاً. فلا يختصّ الإذن بالمسلم أو خصوص الشيعي.

فليس إحياء الموات كحيازة المباحات، فإنّ قولهم عليهم السلام: «من حاز ملك» ظاهر في

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 329، الباب 3 من أبواب إحياء الموات، ح 2

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 118، الباب 71 من أبواب الجهاد العدو، ح 2

السببية التامة لمملكية المباحات، من دون إناطة سببيتها بشيء، بخلاف إحياء الموات، فإنه مشروط بالإذن، لكون الموات ملكا للإمام عليه السلام. بخلاف المباحات، فإنها ليست ملكا له عليه السلام، فلا تحتاج سببية الحيابة إلى الإذن.

ومنها: رواية الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أحيى أرضا مواتا فهي له» (1).

ومنها: ما بمضمون هذا الخبر، فإن تشريع الإحياء من مالك الأرض إذن مالكي في الإحياء كما تقدم تقريره، وتنظيره بإذن المالك بالدخول في داره.

وبالجملة: لا تصور في دلالة هذه الطائفة على الإذن في الإحياء لمطلق الناس وإن كان كافرا، والله العالم.

الموضع الرابع: ما تعرض له المصنف بقوله: «وستأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالإحياء» وهذا الحكم وإن كان اتفاقا كما في المتن، إلا أن الروايات مختلفة، فإن جملة منها ظاهرة في ملكية الأرض المحيية للمحيي، كقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في رواية الفضلاء المتقدمة آنفا، وغيرها (2).

وكرواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من غرس شجرا أو حفر واديا بديا لم يسبقه إليه أحد، أو أحيى أرضا ميتة فهي له، قضاء من الله ورسوله» (3).

وكصحيحة محمد بن مسلم «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها، وهي لهم» (4).

وكصحيحته الأخرى (5) المتقدمة في صدر الطائفة الثانية المشتملة على الاشتراء

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 327، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 5

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 327، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 6

(3) وسائل الشيعة، ج 17، ص 328، الباب 2 من أبواب إحياء الموات، ح 1

(4) وسائل الشيعة، ج 17، ص 326، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 4

(5) وسائل الشيعة، ج 11، ص 118، الباب 71 من أبواب جهاد العدو، ح 2



من أرض اليهود والنصارى. فإنَّ ظاهرها اشتراء نفس الأرض، فلا بدَّ أن تكون الأرض ملكا لهم.

وظهور هذه الروايات في ملكية الأرض المحيية لمحييها مما لا يقبل الإنكار.

وجملة أخرى منها ظاهرة في إباحة المحيية للمحيي، كروايتي الكابلي وعمر بن يزيد المتقدمين - في روايات الطائفة الأولى - الدالتين بظهور قوي على عدم الملكية، وأنَّ الإحياء لا يفيد إلا إباحة التصرف. لكنهما لضعف السند وعدم العمل لا يصلحان للمعارضة.

وكذا خبر مسمع بن عبد الملك المذكور في المتن (ص 414) المشتتمل على قوله عليه السَّلام: «كلَّما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحلَّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم» الخبر. وذلك لإعراض المشهور عن هذه الرواية و نظائرها، فلا يشملها دليل الحجية حتى يقع التعارض بينهما، أو يمكن الجمع بينهما.

وعلى هذا فلا - وجه للجمع - بين ما دلَّ على كون التصرف بلا عوض، وما دلَّ على كونه مع العوض - بما في المتن تارة من حمل الثاني على الاستحقاق الطبيعي الاقتصائي غير المنافي للسقوط الفعلي بإسقاط مستحقه، إذ منع الاستحقاق الفعلي لا يجدي في الحكم بنفي الملك، بل يجدي في نفي فعلية وجوب دفع الخراج.

مضافا إلى: أنَّه ليس جمعا عرفيا، ولا ممَّا له شاهد.

وأخرى: من حملة على حال الحضور. أما في حال الغيبة فيكون التصرف بلا عوض، ففي عصر الحضور يجب دفع الطسق دون زمان الغيبة.

إذ فيه: أنَّ هذا الحمل ينافي ما في روايتي الكابلي وعمر بن يزيد من وجوب أداء الخراج إلى الامام عليه السَّلام كما في رواية الكابلي، و من «أنَّ عليه طسقتها يؤتى به الى الامام عليه السَّلام في حال الهدنة» كما في رواية عمر بن يزيد. وليس وجوب دفع الطسق مشروطا بمطالبة الإمام عليه السَّلام كما قيل، بل هو تكليف فعلي غير مشروط بشيء.

والحاصل: أنَّ نصوص الإباحة وإن كان ظهورها في الإباحة قويا جدًّا، إلا أنَّ

الثاني (1) ما كانت عامرة بالأصالة أي لا من معمر.

و الظاهر أنّها (2) أيضا للإمام عليه السلام و كونها (3) من الأنفال، و هو (4) ظاهر

---

(1) 2- ما كانت عامرة بالأصالة أي: القسم الثاني من الأقسام الأربعة- التي أشار إليها في (ص 407) بقوله:

«فالأقسام أربعة لا- خامس لها»- هو الأرض العامرة بالأصل أي: لا من معمر، كشواطئ الأنهار و بعض الجبال الملتفت بالأشجار. و قد تعرض في هذا القسم لجهتين:

إحدهما: كون هذه الأراضي العامرة ملكا للإمام عليه السلام.

و ثانيتهما: أنّ حيازتها مملّكة للحائز أم لا؟

(2) أي: أنّ الأرض العامرة بالأصل تكون للإمام عليه السلام كالقسم الأوّل، و هو الموات بالأصل، و أنّها من الأنفال، لانطباق عنوان «الأرض التي لا ربّ لها» عليها.

(3) معطوف على «أنّها» يعني: و الظاهر كونها- أي الأرض العامرة بالأصالة- من الأنفال.

(4) أي: و كون الأرض العامرة بالأصالة للإمام عليه السلام و من الأنفال هو ظاهر إطلاق قولهم: «و كلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام».

و وجه الإطلاق أنّ الفقهاء لم يقيّدوا مالكية الإمام- للأرض التي لم يجر عليها يد مسلم- بما إذا كانت مواتا. و مقتضى الإطلاق كون هذه الأرض من الأنفال المختصة بالإمام عليه السلام، سواء أ كانت مواتا أم عامرة.

---

إعراض المشهور عنها أسقطها عن الحجية. فلا موجب للجمع بينها، و لا لإجراء أحكام التعارض فيها.

فتلخص من جميع ما ذكرناه في الموضوع الرابع من مباحث الموات بالأصالة: أنّ المحيي و لو كان كافرا يملك الأرض المحيية مجانا. هذا تمام الكلام في القسم الأوّل و هو الموات بالأصالة.

إطلاق قولهم: «وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام عليه السلام» (1).

و عن التذكرة (2) الإجماع عليه، وفي غيرها «نفي الخلاف عنه (3)». لموثقة (4) أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكيّة عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، حيث عدّ من الأنفال: «كل أرض لا رب لها» (1).

ونحوها (5) المحكي عن تفسير العياشي عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (2).

---

(1) قال المحقق قدس سرّه: «و كذا- أي و للإمام عليه السلام- كل أرض لم يجر عليها يد مسلم» ونحوه كلام العلامة (3). و قال صاحب الجواهر في شرح العبارة: «بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: إنه طفحت به عباراتهم» و مراده بالقائل هو السيد العاملي المدّعي لعدم الخلاف من أحد، فراجع (4).

(2) حيث قال في عدّ الأنفال: «و كل أرض مملوكة من غير قتال، و انجلى أهلها عنها .. و هذه كلّها للإمام يتصرف فيها كيف شاء، عند علمائنا أجمع» (5).

(3) أي: عن كون هذه الأرض للإمام عليه السلام كما في الرياض، لقوله في عدّ الأنفال:

«أو مطلق الأرض- أي لا خصوص الموات- التي لم يكن لها أهل معروف .. بلا خلاف في شيء من ذلك أجده» (6).

(4) تعليل لكون الأرض العامرة بالأصل للإمام عليه السلام، لإطلاق «الأرض» و عدم اختصاصها بالموات.

(5) أي و نحو موثقة أبان ما حكى عن تفسير العياشي في كون الأراضي العامرة بالأصل و التي لا رب لها للإمام عليه السلام، و أنّها من الأنفال.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 371، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 20، تفسير القمي، ج 1، ص 254

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 372، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 28

(3) شرائع الإسلام، ج 3، ص 272، قواعد الأحكام، ج 2، ص 272

(4) جواهر الكلام، ج 38، ص 19، مفتاح الكرامة، ج 7، ص 9

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 402

(6) رياض المسائل، ج 5، ص 254 (ج 1، ص 297، الطبعة الحجرية).

وبالجملة: فالمستفاد من عموم هذه الأخبار هو كون الأرض العامرة بالأصل للإمام عليه السّلام و من الأنفال، كالموات بالأصل.

(1) إشارة إلى توهم، وهو: أنّ التمسك بعموم ما دلّ على «أنّ الأرض التي لا ربّ لها للإمام» لكون الأرض العامرة بالأصل للإمام عليه السّلام غير وجيه، لأنّ العموم المذكور مخصّص بما دلّ على كون الأرض الميتة التي لا ربّ لها للإمام عليه السّلام.

و مقتضى تخصيص الأرض بالميتة عدم كون الأرض المحيية للإمام عليه السّلام، و عدم كونها من الأنفال.

و الظاهر أنّ المدّعي لهذا التخصيص جمع، منهم صاحب الجواهر قدّس سرّه فقد تعرّض له في كتاب الخمس، و أشار إليه في إحياء الموات أيضا، قال- بعد نقل عموم الأنفال للموات بالأصل و بالعرض- ما لفظه: «لكن الإنصاف أنّه مع ذلك كله لا يخلو من إشكال، من حيث ظهور كلمات أكثر الأصحاب في اختصاص الأنفال بالموات .. أمّا غير الموات الذي لم يكن لأحد يد عليه، و منه ما نحن فيه- و هو سيف البحار- فلا دلالة في كلامهم على اندراجه في الأنفال، بل ظاهره العدم» (1).

و قد نقل المصنّف قدّس سرّه في كتاب الخمس تقييد الأصحاب إطلاق «كلّ أرض لا ربّ لها» بما ورد من «كل أرض ميتة أو خربة باد أهلها» أو «كل أرض ميتة لا ربّ لها» و لم يعترض عليهم، فراجع (2).

(2) متعلق ب «يخصّص» يعني: أنّ إطلاق رواية تفسير القمي- من «أن كل أرض ميتة لا ربّ لها للإمام عليه السّلام»- يقيّد بما ورد في مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السّلام في عدّ الأنفال: «و كل أرض ميتة لا ربّ لها». و عليه فالأرض العامرة بالأصل ليست من الأنفال المختصة بالإمام عليه السّلام.

(1) جواهر الكلام، ج 16، ص 120، و لاحظ ص 118 أيضا، و ج 38، ص 11

(2) كتاب الخمس، ص 353 و 354

حيث جعل فيها (1) من الأنفال «كلّ أرض ميتة لا ربّ لها» بناء (2) على ثبوت المفهوم للوصف (3) المسوق للاحتراز. لأنّ (4) الظاهر ورود الوصف مورد الغالب [1]، لأنّ الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتا.

---

(1) أي: في بعض الأخبار.

(2) هذا مبنى التخصيص المتوهم، و حاصله: أنّ «الميتة»- التي هي صفة الأرض و قيد احترازي لها- يكون مفهومها: أنّ الأرض غير الميتة- وهي المحياة- ليست للإمام عليه السّلام.

(3) و هو لفظ «الميتة» المسوق للاحتراز، لا للتوضيح الذي لا مفهوم له.

(4) هذا تعليل لقوله: «و لا يخصص» و دفع للتوهم المزبور، و محصله: أنّه يعتبر في مخصّصية الوصف أن لا يكون واردا مورد الغالب، نظير «حجوركم» في قوله تعالى وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فإذا ورد الوصف مورد الغالب فلا مفهوم له.

و لفظ «الميتة» في المقام كلفظ «حجوركم» و رد مورد الغالب، لأنّ الغالب في الأراضى غير المملوكة هو الموات، فلا يصلح لتخصيص العمومات المقتضية لكون

---

[1] كون غلبة القيد مانعة من احترازيته الموجبة للتقييد ممّا لم ينهض عليه دليل من عقل أو نقل، و لا بناء من أبناء المحاورّة على ذلك، و إلاّ كان اللازم البناء على عدم قيديّة الدخول في قوله تعالى مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ مع كون الدخول بالنساء من الوصف الغالبي. و أمّا قيد «حجوركم» فوجه عدم احترازيته دلالة النصّ على عدم قيديته.

و لو لا ذلك لقلنا باحترازيته. و ليس عدم قيديته لأجل وروده مورد الغالب.

فعلى هذا مقتضى القاعدة تخصيص عموم ما دلّ على «أنّ كلّ أرض لا ربّ لها للإمام عليه السّلام» بكونها ميتة.

فالنّتيجة: أنّ الأرض العامرة بالأصالة ليست من الأنفال، و ليست ملكا له عليه السّلام، هذا.

و هل تملك هذه (1) بالحياسة (2)؟ وجهان، من (3) كونه مال الإمام عليه السّلام، و من (4) عدم منافاته للتملك بالحياسة، كما يملك الأموات بالإحياء مع كونها مال الإمام، فدخل (5) في عموم النبوي «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به [1]» «1».

---

الأرض العامرة ملكا للإمام عليه السّلام.

فالنتيجة: أنّ كلاً من الأرض العامرة و الموات بالأصل ملك الامام عليه السّلام.

(1) يعني: و هل تملك الأرض العامرة بالأصل - التي هي ملك الامام عليه السّلام - بالحياسة التي هي من أسباب الملك أم لا؟ فيه وجهان.

(2) التعبير بالحياسة - دون الإحياء - لأجل عدم مورد للإحياء مع عمران الأرض، فالمقصود مملّكية وضع اليد على الأرض العامرة.

(3) هذا وجه عدم كون الحياسة مملّكة للأرض العامرة، و حاصله: عدم الدليل على مملّكية الحياسة لملك الغير المفروض عمرانه.

(4) هذا وجه مملّكية الحياسة للأرض العامرة بالأصل، و حاصله أولاً: أنّه لا منافاة ثبوتاً بين مملّكية الحياسة و بين كون المحوز ملك الغير، كما في تملك الأرض الموات بالإحياء مع كونها ملك الامام عليه السّلام.

و ثانياً: أنّه في مقام الإثبات قام عليه الدليل، و هو عموم النبوي «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحقّ به» بناء على أنّ المراد بالحق هو الملك، لا مجرد الأولوية و حرمة مزاحمة الغير له.

(5) هذا مقام الإثبات الذي مرّ آنفاً بقولنا: «و ثانياً: أنّه في مقام الإثبات .. إلخ».

---

[1] الظاهر أنّ القسم الثاني من أقسام الأرضين الأربعة - و هو العامرة بالأصالة أي لا من معمر، بل خلقت عامرة كالشواطي - لم يرد بهذا العنوان في النصوص، كالموات

---

(1) عوالي اللثالي، ج 3، ص 480، ح 4، و عنه في مستدرک الوسائل، ج 7، ص 112، الباب 1 من كتاب إحياء الموات، ح 4، سنن البيهقي، ج 6، ص 142

ص: 431

بالأصل، بل تتدرج في عناوين آخر، كالأرض التي لا رب لها، أو: الأرض التي لم يجر عليها ملك مسلم، ونحو ذلك.

و كيف كان يقع البحث فيه من جهات.

الاولى: أنّ الأرض العامرة بالأصل من الأنفال، لا من المباحات الأصلية، فهي كالموات بالأصل في كونها من أموال الإمام عليه السلام، و عدم جواز التصرف فيها إلا بإذنه عليه السلام.

و استدللّ عليه- بعد حكاية الإجماع عن التذكرة و عدم الخلاف عن غيرها- بروايات:

منها: قول مولانا الصادق عليه السلام في حديث إسحاق بن عمار في تعداد الأنفال: «و كل أرض لا رب لها» (1).

و قول مولانا أبي جعفر عليه السلام في حديث أبي بصير: «و كل أرض لا رب لها» (2).

و منها النبوي: «من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به» (3).

و ربّما يورد على الاستدلال بمثل عموم «كلّ أرض لا رب لها» بأنّه مخصّص بما في مرسلّة حمّاد من قوله عليه السلام: «و كل أرض ميتة لا رب لها» (4)، فالأرض العامرة مع هذا التخصيص ليست من الأنفال، بل من المباحات.

وقد أجاب المصنف قدّس سرّه عن هذا الإيراد بأنّه يعتبر في الوصف الذي له مفهوم أن لا يكون ذلك واردا مورد الغالب كالحجور في «ربائبكم اللّاتي في حجوركم» فلا ينثلم العموم بالميتة، و لا يخصّص بها. فكلّ أرض لا رب لها- سواء أ كانت عامرة أم ميتة- تكون من الأنفال التي هي مال الامام عليه السلام، هذا.

لكن أورد على هذا الجواب- كما تقدّم في (ص 430)- بأنّ غلبة الوصف لا تمنع المفهوم، و عدم المفهوم للحجور إنّما هو للنص الدالّ على حرمة الربيبة مطلقا، سواء أ كانت في الحجر أم لم تكن، هذا.

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 371، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 20

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 372، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 28

(3) تقدم مصدره آنفا، في ص 431

(4) وسائل الشيعة، ج 6، ص 365، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 4

ثم إنَّ المحقق النائيني قدّس سرّه منع المفهوم بنحو آخر، وهو: أنّ شرط التقييد في المثبتين وحدة التكليف المتعلّق بصرف الوجود كمثال الظاهر المعروف، فإنّ التكليف فيه تعلّق بصرف الوجود من العتق. فمقتضى إطلاق الأمر بعتق الرقبة هو إجزاء عتق رقبة وإن كانت كافرة، و مقتضى الأمر بعتق المؤمنة عدم إجزاء عتق الكافرة. و الإجزاء وعدمه متناقضان، فلا محيص من تقييد إطلاق الرقبة بالمؤمننة.

و أمّا في المقام فلم يتعلّق التكليف بصرف الوجود، بل تعلّق بالطبيعة السارية، فلا موجب للتقييد، فيحكم بأنّ الأرض مطلقاً سواء أ كانت عامرة أم ميتة من الأنفال المختصة بالإمام عليه السّلام «1».

أقول: يشكل ما أفاده الميرزا قدّس سرّه بأنّ المقام ليس من المثبتين حتى يعتبر في تقييد الإطلاق فيهما إحراز وحدة التكليف، بل هو من تعارض المثبت و النافي. أمّا النافي فهو مفهوم قوله عليه السّلام في مرسلة حماد: «كل أرض ميتة لا ربّ لها» فإنّ مفهومه «أنّ الأرض غير الميتة ليست من الأنفال».

و أمّا المثبت فهو سائر النصوص المثبتة منطوقاً لكون الأرض العامرة من الأنفال.

فلا بدّ من تقييد النافي للمثبت.

فالنتيجة: أنّ الأرض الميتة من الأنفال، دون العامرة، فإنّها من المباحات.

و الظاهر أنّه لا يمكن الفرار من هذا التقييد إلّا بالالتزام بأنّ جملة «كل أرض ميتة» من مرسلة حمّاد معرض عنها عند المشهور، لما مرّ في صدر البحث من إجماع التذكرة و نفي الخلاف عن غيرها على كون الأرض العامرة بالأصل من الأنفال المختصة بالإمام عليه السّلام.

فالنتيجة: أنّه لم تقيّد الأرض التي هي من الأنفال بكونها ميتة، بل هي مطلقاً مال الامام عليه السّلام، سواء أ كانت عامرة أم ميتة.

فتلخص مما ذكر في هذه الجهة الأولى: أنّ الأرض العامرة بالأصل من الأنفال.

الجهة الثانية: في أنّ هذه الأرض العامرة بالأصل هل تملك بالحيازة أم لا؟ ظاهر



جملة من النصوص التي منها النبوي «من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» ذلك.

والاشكال عليه تارة بما في حاشية المحقق صاحب الكفاية قدس سره «من كون الإطلاق مسوقا لبيان أحقية السابق، لا لبيان جواز السابق إلى ما لم يسبق إليه أحد، الذي هو المطلوب» (1).

و اخرى: بأنّ الأحقيّة لا تقتضي الملكية، بل ظاهرة في الأولوية.

و ثالثة: بأنّ هذا النبوي يقتضي جواز السابق إلى ملك كل أحد ولو غير الامام عليه السلام، وإن كان المسبوق غير الأرض أيضا، و لازم ذلك جواز السابق إلى سائر أمواله عليه السلام، و أموال سائر الخلق، لأنّه ليس كدليل الإحياء إذنا مالكيًا مختصًا بالأراضي، بل يعمّ جميع الأموال من الأراضي والمنقولات. و هو كما ترى (2).

مندفع، إذ في الإشكال الأول: أنّ أحقية السابق من غيره تستلزم عدم جواز مزاحمة له، و إلا لم يكن معنى للأحقية، فيكون مساوقا لقوله: «من أحبى أرضا ميتة فهو أحق بها، و هي له» فيستفاد من النبوي المزبور الترخيص الشرعي في الإحياء، و أنّه سبب للأحقيّة أو الملكيّة.

و في الاشكال الثاني: أنّ الارتكاز العرفي الناشئ من استقرار السيرة العقلائية الثابتة من صدر الإسلام- بل قبله- على إحياء الأراضي التي لا ربّ لها، و ترتيب آثار الملك عليها كما هو بناء الدول أيضا، و الشارع لم يردعهم عن ذلك، بل أمضى طريقتهم.

و بالجملة: فالإرتكاز المزبور يمنع احتمال غير الملك من الأحقيّة كالإباحة، بل المراد بها الأحقيّة في الملكية.

و في الاشكال الثالث: أنّه لا منشأ لاحتمال إرادة معنى عامّ يشمل غير الأراضي من سائر أموال الإمام عليه السلام فضلا عن أموال غيره عليه السلام، و ذلك للارتكاز المزبور، و لكون مورد الإحياء ملك الإمام بالإمامة، لا ملكه الشخصي الذي يرثه الوارث، و لا مال غيره. و السابق إلى

(1) حاشية المكاسب، ص 105

(2) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 242

مال الامام عليه السلام لا ينطبق إلا على الموات من الأرض والمحياة ذاتا، وعلى ما فيها من الأشجار والنبات.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في دلالة النبوي على تملك الأرض العامرة بالحياة.

لكن ضعف السند يمنعه عن الاعتبار.

و من تلك النصوص: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال فيها: «وأيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها وهي لهم» (1).

و منها: صحيحته الأخرى عنه عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها» (2). وقريب منهما غيرهما (3).

و منها: موثقة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من غرس شجرا، أو حفر واديا بديا لم يسبقه إليه أحد، أو أحيى أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله» (4) فإنّ التعمير والعمل في الأرض - بحفر بئر أو قناة أو غرس شجر ونحوها - يوجبان الملك، ويصدق الإحياء عليها وإن كانت في الأرض العامرة بالأصل، إذ للإحياء مراتب، فلا يختص الإحياء بالموات.

نعم يختص ملكية الموات بالإحياء، ولا يحصل ملكيته بمجرد الحيازة، لعدم صدق الإحياء عليها، والمفروض أنّ قولهم: «من أحيى أرضا فهي له» لا يصدق على مجرد الحيازة والاستيلاء، فلا يترتب على الحيازة إلا الأولوية.

الجهة الثالثة: الظاهر عدم اختصاص جواز الحيازة بالشيعة، وكونه عاما لجميع الناس ولو كان كافرا، لعموم «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم» وغيره، الشامل للكافر أيضا، فالأرض العامرة بالأصل يجوز لكل أحد حيازتها والتصرف الإحيائي فيها بحفر قناة وغرس شجر وغيرهما.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 326. الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 1

(2) المصدر، ح 3

(3) المصدر، ح 4

(4) وسائل الشيعة، ج 17، ص 328، الباب 2 من أبواب إحياء الموات، ح 1

## [الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت]

الثالث (1) ما عرض له الحياة بعد الموت.

و هو (2) ملك للمحيي، فيصير ملكا له بالشروط المذكورة في باب الإحياء (3) «ياجماع الأمة» (4)

(1) 3- ما عرض له الحياة بعد الموت أي: القسم الثالث من الأقسام الأربعة التي ذكرها المصنف قدس سره بقوله في (ص 407) «فالأقسام أربعة لا خامس لها». والمراد بهذا القسم الثالث هو الأرض التي عرض لها الحياة بعد الموت بالأصالة. وعبارة أخرى: العامرة بالعرض لا بالأصالة.

و حكمه أنه ملك للمحيي بالشروط المذكورة في باب الإحياء.

و أمّا إحياء الأرض التي طرء عليها الموات - أي ما كانت عامرة ثم ماتت - فسيأتي حكمها. كما أن صريح قوله: «ملك للمحيي» كون الإحياء بسبب الإنسان، لا بسبب سماوي، لكونه به ملك الامام عليه السلام.

(2) أي: ما عرض له الحياة بعد الموت ملك للمحيي.

(3) وهي خمسة: أحدها: أن لا يجري على الأرض المذكورة يد مسلم.

ثانيها: أن لا تكون حريما لأرض عامرة من بستان، أو دار أو قرية، أو مزرعة أو غيرها مما يتوقف الانتفاع بالعامرة على الحریم.

ثالثها: أن لا تكون ممّا سمّاها الشرع مشعرا للعبادة كعرفات و منى و مشعر.

رابعها: أن لا تكون ممّا أقطعه الإمام عليه السلام.

خامسها: أن لا يسبقه إليها سابق بالتحجير، حيث إنه يفيد الأولوية.

(4) يعني: أنّ الأرض العامرة بعد الموت ملك للمحيي «ياجماع الأمة إذا خلت من المانع» كما في المذهب و «ياجماع المسلمين» كما في التنقيح.

فتلخص من جميع ما ذكرناه في القسم الثاني من أقسام الأرضين الأربعة: أنّ الأرض العامرة بالأصل من الأنفال لا من المباحات، و أنّها تملك بالحيازة، و أنّ مملكية الحيازة لا تختص بالشيعة، بل تعمّ كل حائز و إن كان كافرا. و لفظ «المسلم» في النبوي المتقدم من قبيل «المسلم» الوارد في الرواية الدالة على عدم جواز تصرف أحد في مال مسلم إلا بطيب نفسه في عدم دوران الحكم مدار إسلام المالك. و الله العالم.



كما عن المهذب، و«إجماع المسلمين» كما عن التنقيح. و«عليه (1) عامة فقهاء الأمصار» كما عن التذكرة «1».

لكن بيالي من المبسوط (2) كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبة، فلا بدّ من الملاحظة (3) [1].

---

(1) أي: وعلى كون المحياة بعد الموت للمحيي عامة فقهاء الأمصار كما في التذكرة.

(2) لَمَّا كان معاقد الإجماع تملك المحيي بالإحياء، أراد التنبيه على وجود المخالف، وهو شيخ الطائفة، ويستفاد الأحقية وألوية التصرف- دون ملك الرقبة- من غير موضع من المبسوط، كقوله في كتاب الجهاد: «فأمّا الموات فإتّها لا تغنم، وهي للإمام خاصة، فإن أحيها أحد من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها، ويكون للإمام طسقتها» (2).

وقال في إحياء الموات: «إذا تحجّر أرضا وباعها لم يصحّ بيعها .. لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء، وإنّما يملك التصرف بشرط أن يؤدّي إلى الامام ما يلزمه عليها» (3).

و الشاهد في تعليقه بعدم مملّكية الإحياء، وإن كان التحجير مغايرا للإحياء، كما صرّح به قبله بأسطر، فراجع المبسوط.

(3) تقدّم أن عبارتي المبسوط غير مشعرتين بملك التصرف، بل هما ظاهرتان- لولا صراحتهما- في نفي ملك رقبة الأرض. لكنّه لمخالفته للإجماع يشكل القول به.

---

[1] تفصيل الكلام في القسم الثالث من الأقسام الأربعة- وهي الأرض التي عرض لها الحياة بعد موتها الأصلي- هو: أنّه تقدّم الكلام في القسم الأوّل أي الموات بالأصالة، وقلنا: إنّها لمحييها سواء أكان مسلما أم كافرا، وأنّ ملك المحيي لا يزول إلاّ بناقل شرعيّ، أو بتملك شخص لها بعد إعراض محييها عنها، لأنّ ذلك مقتضى القواعد.

فالكلام في الفروع المترتبة على المحيي لهذه الأرض الميئة بالأصل من حيث الكفر والإسلام.

---

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 7، ص 3، لاحظ المهذب البارع، ج 4، ص 285، التنقيح الرائع، ج 4، ص 98، تذكره الفقهاء، ج 2، ص 400

(2) المبسوط، ج 2، ص 29

(3) المبسوط، ج 3، ص 273، ونقله صاحب الجواهر في ج 38، ص 75

فإن كان المحيي مسلماً، فلا يزول ملكه إلا بناقل شرعي، أو بطرود الخراب بناء على القول به، سواء أكانت الأرض في بلاد الإسلام أم الكفر.

وإن كان كافراً و كانت الأرض في دار الإسلام، وقلنا بعدم اعتبار إسلام المحيي - كما تقدّم - فكذلك، أي لا يزول ملك المعمر إلا بالناقل أو بالخراب.

وأمّا بناء على اعتبار الإسلام في المحيي، فالأرض باقية على ملك الامام عليه السلام و لم تنتقل إلى المحيي. هذا إذا كانت الأرض في دار الإسلام.

وإن كانت في دار الكفر، فملك الكافر يزول عنها بما يزول به ملك المسلم من الناقل الشرعي، أو طرود الخراب، أو الاغتنام، لكونها من الغنائم التي يملكها المسلمون بالقتال كسائر الأموال التي يملكونها بالاغتنام.

ثم إن ما ملكه الكافر من الأرض بالإحياء، إمّا أن يسلم عليها طوعاً فتبقى الأرض المحيية على ملكه كسائر أملاكه، و ذلك كالمدينة و البحرين و بعض أطراف اليمن على ما قيل، فيجوز له أي تصرف شاء من بيع و نحوه. و ليس عليه إلا الزكاة مع الشرائط، فإن الإسلام يحقن الدم و المال.

و يدل على ذلك - بعد عدم وجدان الخلاف فيه كما في الجواهر «1» - ما في صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: «ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام الخراج و ما سار به أهل بيته، فقال: العشر و نصف العشر مما عمر منها، و ما لم يعمر منها أخذه الوالي يقبله ممن يعمره، و كان للمسلمين، و ليس فيما كان أقل من خمسة أوسق شيء» «2».

و الحاصل: أن كل أرض أسلم أهلها عليها طوعاً و رغبة فهي لهم يتصرفون فيها بما شاؤوا من بيع و غيره.

و إمّا أن يصلحوا على أن تكون الأرض للكافرين، و باقية على ملكهم، بأن لا يكون للمسلمين حقّ لا في العين و لا في المنفعة، فإنّ الأرض في هذه الصورة لملكها الكفار.

نعم لو صلحوا على أن تكون الأرض للمسلمين، و للكافرين السكنى، و على أعناقهم الجزية، كانت هذه الأرض محكومة بحكم الأرض المفتوحة عنوة، بأن يكون

(1) جواهر الكلام، ج 21، ص 175

(2) وسائل الشيعة، ج 11، ص 120، الباب 72 من أبواب جهاد العدو، ح 2



عامرها للمسلمين، و مواتها للإمام عليه السلام. قال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل ولا إشكال» (1).

هذا كله إذا كانت الأرض تحت يد الكافر.

و إن ارتفعت يده عنها، فإن كان بانجلائه عنها أو بموته و عدم الوارث له انتقلت الأرض إلى الامام عليه السلام، لصيرورتها حينئذ من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب.

و إن كان ارتفاع يده عن الأرض بالقتال و غلبة المسلمين عليها، فهي و ما فيها كالأشجار و الأبنية للمسلمين كافة، إجماعاً و نصاً. و هذه الأراضي هي الأراضي المفتوحة عنوة. و ينبغي البحث فيه في مقامات.

الأول: في كيفية هذا الملك. و لما كان الأصل في ذلك النصوص الواردة في هذا الباب، فالمعول على ما يستفاد منها، كصحيحة الحلبي، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد» الحديث (2).

و منها: ما يشتمل على «إنما أرض الخراج للمسلمين» (3)، و أنها «أرض المسلمين» (4).

و يحتمل في النصوص وجوه:

أحدها: أن الأرض ملك فعلاً لجميع المسلمين من الموجودين و ممن سيوجد و ممن يصير مسلماً من الكفار. و لا إشكال في بطلان هذا الاحتمال، لعدم ملكية الأرض للكفار حال كفرهم، و عدم ملكيتها فعلاً للمعدومين حال عدمهم. و لازمه وجود العرض و- هي إضافة الملكية- قبل وجود المعروض، و وجود الحكم قبل الموضوع، مع كون الموضوع بمنزلة العلة للحكم، فيتأخر العلة عن المعلول، كما لا يخفى.

لا يقال: إن الملكية أمر اعتباري يصح اعتبارها للمعدوم.

فإنه يقال: و إن كانت إضافة الملكية أمراً اعتبارياً، لكنّه لا يعقل تقوّم الأمر الموجود الاعتباري بالمعدوم الذي لا يعقل الإشارة إليه، فلا يصحّ أن يقال: هذا المسلم المعدوم مالك

(1) جواهر الكلام، ج 21، ص 174

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 274، الباب 21 من أبواب عقد البيع، ح 4

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 274، الباب 21 من أبواب عقد البيع، ح 9



(4) وسائل الشيعة، ج 11، ص 118، الباب 71 من أبواب جهاد العدو، ح 1

ص: 439

فعلا. وأمّا الوقف على الذرية أو الجهات العامة فيعتبر فيهما عنوان عام قابل للانطباق على الطبقات المتأخرة، وعلى أبناء الواقف في الوقف على الذرية.

ويرد على الملك الفعلي للموجودين والمعدومين- مضافا إلى ما ذكر من عدم تعقل قيام إضافة الملكية الاعتبارية بالمعدوم- أنّ لازم الملكية الفعلية انتقال حصص الموجودين إلى وارثهم بالإرث، وإلا لكان منافيا لقاعدة الإرث. مع أنّ الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم لا يلتزمون بالإرث، فيكشف عدم الإرث عن عدم كون ملكية الأرض المفتوحة عنوة من الملكيات المتعارفة، هذا.

ويرد عليه أيضا: أنّ مقتضى ملكيتها الفعلية سلطنة المسلمين على الأرض المفتوحة عنوة، لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم، وعدم ولاية أحد عليهم. مع أنّه ليس كذلك، لولاية اولي الأمر على التصرف في الأرض المفتوحة عنوة، وعدم جواز تصرفهم مباشرة فيها.

ثاني الوجوه المحتملة في النصوص: أن تكون الأرض ملكا لجميع المسلمين على نحو القضية الحقيقية، فالمعدوم بعد وجوده والكافر بعد إسلامه يملكان الأرض، وليس مالكين فعلا- حتى يلزم تقوم الموجود بالمعدوم، وتقديم الحكم على الموضوع. فلا يرد عليه إشكال الاحتمال الأوّل.

لكن يرد عليه: أنّ لازمه عدم مالكية المعدوم حال الفتح، إذ مقتضى القضية الحقيقية فعلية الملكية حين وجود المالك لا قبله، فغير الموجود حال الفتح لا ملكية له.

والحاصل: أنّ القضية الحقيقية لا تثبت الملكية الفعلية- التي هي ظاهر الرواية- لغير الموجود حين الفتح.

ثالث الوجوه المحتملة في النصوص، كون الأرض المفتوحة عنوة ملكا للجهة، بأن يكون المالك عنوان «جميع المسلمين» كالوقف على الجهات العامة كالفقهاء والفقراء.

وفيه: أنّه خلاف ظاهر الرواية «لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام» إذ ظاهرها الملكية الفعلية للمعدومين، و ظاهر موضوعية الجهة العامة عدم الحكم الفعلي بالملكية إلا بوجود مصاديق العنوان العام. فهذا الاحتمال أيضا خلاف ظاهر الرواية جدّا.

وهناك وجوه اخرى غير المحتملات المذكورة، لكنها خلاف ظاهر الروايات أيضا، فلا موجب للتعرض لها، هذا.

ويمكن أن يقال- جمعاً بين الروايات والآثار:- إنّ الأرض المفتوحة عنوة ملك

لطبيعي المسلمين لا- لأحاديثهم، والمراد بما ورد من «أنها ملك لجميع المسلمين من الموجودين والمعدومين» عدم اختصاص ملك الطبيعي بزمان دون زمان، وقابلية كل واحد من المسلمين لانطباق الطبيعي عليه.

لكنه مع الفرق بين تعلق الخمس والزكاة بطبيعي السيد والفقير، بأن المتولي لأمر الخمس والزكاة هو من وجبا عليه، فإنه يقبضهما إلى من شاء من السادة والفقراء. بخلاف مالكي الأرض المفتوحة عنوة، فإنه ليس لمالكيها حق التصرف لا عينا ولا منفعة، بل كل ذلك لولي الأمر. فإن اقتضت المصلحة بذل العين أو منفعتها لشخص جاز ذلك. وإن اقتضت بناء مسجد أو مدرسة في الأرض المفتوحة عنوة، وكان ذلك مصلحة عامة للمسلمين، جاز ذلك كله.

ومن هنا يسهل الخطب في الدور والخانات وغيرهما مما هو في تصرف المسلمين حتى مع العلم بكونها معمورة حال الفتح، فإن اليد مع العلم بعمرانها حين الفتح حجة مع الاحتمال المزبور، وهو جواز إعطاء ولي الأمر نفس الأرض أو منفعتها لشخص. وهذه اليد حجة على الملكية، ويجوز الاعتماد عليها في جميع التصرفات الخارجية والاعتبارية.

المقام الثاني: في اعتبار إذن الامام عليه السلام في صيرورة الأرض خراجية وعدمه.

وقد ظهر مما تقدم اعتباره، وثبت تحققه في زمان الإمام أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه. كما يدل عليه رسالة العباس الوراق عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا غزا قوم بغير إذن الامام فغنموا، كانت الغنيمة كلها للإمام. وإذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس» (1).

وإنما الإشكال في الأراضي المفتوحة عنوة بعد عصره عليه أفضل الصلاة والسلام، فإن الإذن فيها غير محرز. ومقتضى الأصل عدمه، وكونها من الأنفال المختصة بالإمام عليه السلام، وعدم جريان أحكام الأراضي المفتوحة عنوة عليها، وأن من أحيا شيئا منها ملكه.

فإن كان الموضوع لأثار المفتوحة عنوة وأحكامها مرگبا من الحرب مع الكفار مقرونا بإذن الإمام عليه السلام، أمكن إحراز عدم الإذن بالأصل، وإحراز الفتح بالوجدان، وهذا هو موضوع الأنفال.

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 369، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 16

و كذا إذا كان القيد الآخر- و هو كون الأرض محياة- مشكوكا فيه، فيثبت عدم كونها محياة- حال الفتح- بالاستصحاب.

و كذا في الشك في بعض العناوين الأخر مع سبق عدمها، كالشك في وقوع الصلح عليها على أن تكون الأرض للمسلمين، أو على أن تكون للكفار، و عليهم الجزية، فإن استصحاب عدم وقوع الصلح عليها و عدم كونها ممّا يوجب عليه بخيل و ركاب يقتضي كونها من الأنفال المختصة بالإمام عليه السلام.

و الحاصل: أنّ المعبر في الأرض الخراجية قيود ثلاثة:

أحدها: كونها مفتوحة عنوة.

ثانيها: كون الفتح بإذن الإمام.

ثالثها: كونها محياة حال الفتح. و هذا هو المشهور بين الأصحاب. و الأصل في جميعها يقتضي العدم، فتصير الأرض بناء على هذا من الأنفال المختصة بالإمام عليه السلام.

المقام الثالث: في طريق ثبوت الموضوع من الفتح عنوة، و إذن الامام، و حياة الأرض حال الفتح. لا إشكال في ثبوتها بما يثبت به سائر الموضوعات من العلم الحاصل من الشيع، و الاطمئنان الذي هو علم عقلائي، و البيئة المستندة إلى العلم. و أمّا الظن الحاصل من الشيع أو غيره فلا عبرة به.

و يشترط في الشيع المفيد للعلم أن يكون الشيع في كل طبقة إلى زمان وقوع القضية، فلو كانت قضية شائعة في عصر كمال الشيع، لكن كان الشيع مستندا إلى عدد قليل من أهل التاريخ مثلا، لم يحصل به العلم بنفس القضية، و إن حصل العلم بوجودها في كتب التاريخ، لكنه لا يفيد شيئا.

و أمّا البيئة فلا بدّ في اعتبارها من قيامها على بيئة سابقه عليها سماعا، و تلك السابقة على سابقتها سماعا أيضا، و هكذا إلى زمان وقوع القضية. و إلا كما إذا شهد عدلان في عصرنا بما حدث في صدر الإسلام، و استندت شهادتهم و علمهم إلى ما لا يوجب العلم بالقضية، كانت حجية هذه البيئة محل التأمل و المنع، إذ لا بدّ في حجية البيئة من استنادها إلى الحسن.

المقام الرابع: قد عرفت عدم طريق لإحراز الشروط الثلاثة المذكورة في الأراضي المفتوحة عنوة، كما عرفت مقتضى الأصول النافية فيها. لكن الشيخ الأعظم قدس سره قد تشبث لثبوت الاذن في أرض العراق بوجوه:

أحدها: ما دلّ على أنّها ملك المسلمين.

ثانيها: رواية الخصال المتقدمة (في ص 401).

ثالثها: ما اشتهر من حضور أبي محمد الحسن المجتبي عليه السلام في بعض الغزوات، ودخول بعض خواص أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه من الصحابة- كعمار رضوان الله عليه- في أمرهم.

رابعها: إمكان الإكتفاء عن الإذن- المنصوص في مرسلّة الورّاق المتقدمة في (ص 441)- بالعلم من شاهد الحال برضاهم صلوات الله عليهم بالفتوحات الإسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين وقوّته.

خامسها: حمل ما صدر من الغزاة من فتح البلاد الإسلامية على الوجه الصحيح، وهو كونه بأمر الإمام عليه السلام، هذا.

أمّا الوجه الأول، ففيه: أنّ ما استدللّ به الشيخ قدس سره من الروايات الدالة على أنّ العراق ملك المسلمين كصحيحة الحلبي «1» وفيء للمسلمين» كرواية أبي الربيع الشامي «2» على: أنّ أرض العراق مفتوحة بإذن الإمام عليه السلام غير ظاهر، لاحتمال عدم اعتبار إذنه في خصوص أرض السواد كما قيل، فتأمل. أو في الأرض مطلقاً. ولاحتمال عدم اعتباره إذنه في زمان عدم بسط يده عليه السلام. ولاحتمال إلحاقها بالأراضي الخراجية حكماً لا موضوعاً تقيّة أو لمصلحة المسلمين.

ومع هذه الاحتمالات كيف يدلّ النص على كون الحرب بإذن الإمام عليه السلام؟

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 274، الباب 21 من أبواب عقد البيع، ح 4

(2) المصدر، ح 5

وَأَمَّا الْوَجْهَ الثَّانِي - وَهُوَ رِوَايَةُ الْخِصَالِ - فَفِيهِ: أَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى كَوْنِ الْحَرْبِ بِإِذْنِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الثَّلَاثَ - وَهُوَ حُضُورُ الْإِمَامِ الْمَجْتَبَى عَلَيْهِ السَّلَامُ - فَفِيهِ أَوْلَا: عَدَمُ ثُبُوتِ حُضُورِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْحَرْبِ.

وِثَانِيًا - بَعْدَ تَسْلِيمِهِ - لَا يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ وَالرِّضَا، لِقِيَامِ احْتِمَالِ التَّقْيَةِ.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الرَّابِعَ: فَفِيهِ: أَنَّ مَقْتَضَى مَرْسَلَةِ الْوَرَاقِ الْمَتَقَدِّمَةِ فِي (ص 441) وَمَقْتَضَى صَحِيحَةِ مَعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ «1» اِعْتِبَارَ أَمِيرِ أَمْرِهِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ. وَالْعِلْمُ بِالرِّضَا عَلَى فَرْضِ تَحْقِيقِهِ لَا يَثْبِتُ شَيْئًا مِنَ الْإِذْنِ، وَأَمْرُ أَمِيرِ أَمْرِهِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، بَلْ مَقْتَضَاهُمَا عَدَمُ كِفَايَةِ الرِّضَا فِي خِرَاجِيَةِ الْأَرْضِ. بَلِ الرِّضَا يُوجِبُ كَوْنَ الْغَنِيمَةِ - مِنَ الْمُنْقُولِ وَغَيْرِهِ - مَلِكًا لِلْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الْخَامِسَ، فَفِيهِ أَوْلَا: أَنَّ الْحَرْبَ لَا تَتَصَفُّ بِالصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ، لِأَنَّ مَوْرِدَ الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ - بِمَعْنَى التَّمَامِيَّةِ وَالنَّقْصَانِ - هُوَ الْمَرْكَبَاتُ ذَوَاتُ الْأَجْزَاءِ، وَالْحَرْبُ لَيْسَتْ مِنَ الْمَرْكَبَاتِ.

وِثَانِيًا: أَنَّ كَلًّا مِنَ الْإِذْنِ وَعَدَمِهِ ذُو أَثَرٍ شَرْعِيٍّ، وَهُوَ مِلْكِيَّةُ الْأَرْضِ لِلْمُسْلِمِينَ بِنَاءً عَلَى ثُبُوتِ الْإِذْنِ، وَ مِلْكِيَّةُ الْأَرْضِ لِلْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ كَوْنِهَا مِنَ الْأَنْفَالِ بِنَاءً عَلَى عَدَمِ الْإِذْنِ، فَالْحَمْلُ عَلَى أَحَدِهِمَا لَا وَجْهَ لَهُ.

وَثَالِثًا: أَنَّ مَوْرِدَ الْحَمْلِ عَلَى الصَّحَّةِ هُوَ مَا إِذَا كَانَ الْفَاعِلُ مَعْتَقِدًا لِلشَّرْطِ، وَبِدُونِ اِعْتِقَادِهِ لِلشَّرْطِ لَا تَجْرِي قَاعِدَةُ الصَّحَّةِ. وَالْمَفْرُوضُ أَنَّ الْمُتَصَدِّقِينَ لِلْحَرْبِ لَا يَرُونَ إِذْنَ الْإِمَامِ شَرْطًا حَتَّى يَحْمَلَ فَعْلَهُمْ عَلَى الصَّحَّةِ، وَهُوَ كَوْنُ الْحَرْبِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، بَلْ هُمْ لَا يَعْتَقِدُونَ بِإِمَامَتِهِمْ فَضْلًا عَنِ اِعْتِبَارِ إِذْنِهِمْ.

وَكَيْفَ كَانَ فَلَا يَنْبَغِي الْإِشْكَالُ فِي تَصَرُّفَاتِ الْمُسْلِمِينَ فِي أَرْضِ السَّوَادِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَرْضِ الْمَفْتُوحَةِ عَنُودًا، سِوَاءَ عِلْمِ بَاجْتِمَاعِ الشَّرَائِطِ فِيهَا مِنَ الْحَرْبِ وَالْقِتَالِ وَإِذْنَ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَالْعَمْرَانَ حَالَ الْحَرْبِ، أَمْ لَمْ يَعْلَمْ بِوُجُودِهَا، أَمْ عِلْمُ بِوُجُودِ بَعْضِهَا دُونَ الْكُلِّ.

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 84، الباب 41 من أبواب جهاد العدو، ح 1

وجه عدم الاشكال هو: أنه مع العلم بوجود الشرائط من القتال و الإذن و الحياة تكون الأرض مفتوحة عنوة موضوعا، و هي وإن كانت ملكا لكافة المسلمين، إلا أنه يجوز لولي المسلمين بعض التصرفات فيها من الإقطاع و إخراج خمسها منها، بناء على تعلق الخمس بالأرض كتعلقه بالغنائم المنقولة. و مع هذا الاحتمال تكون اليد حجة.

و لا مجال معها لاستصحاب بقائها على ملك المسلمين، أو عدم انتقالها عنهم، لحكومة اليد عليه. فكلّ من جرت يده على قطعة من الأرض المفتوحة عنوة بحكم بملكيتها له، و صحة نقلها و انتقالها عنه يارث و غيره.

و مع العلم بفقدان الشرائط كلّا أو بعضا تكون الأرض من الأنفال المختصة بالإمام صلوات الله عليه، فمن أحيها ملكها، و تنتقل بالسبب الاختياري و القهري إلى غيره.

و لا يصغى إلى دعوى العلم الإجمالي بكون كثير من أرض العراق محياة حال الحرب، فلا بدّ من الاحتراز عن كلّ العراق. و ذلك لأنّه مع العلم التفصيلي بعمران أرض العراق لا مانع من التصرف، لجواز الإقطاع أو إخراج خمسها، فضلا عن العلم الإجمالي.

و مع الغضّ عنه لا- أثر للعلم الإجمالي هنا أيضا، لخروج بعض أطرافه عن مورد الابتلاء. و لاحتمال كونها من موات أرض العراق التي هي ملك الامام عليه السّلام، و يملكها من يحييها.

و الحاصل: أنّ التصرف في أرض العراق و لو فرض كلّها- فضلا عن معظمها- عامرة حين الفتح لا إشكال فيه. فيد كلّ من استولى على قطعة من قطعاتها حجة كسائر الأيدي المالكية.

هذا كله في الطبقة الأولى التي ملكت قطعات الأرض المفتوحة عنوة، ثم انتقلت إلى الطبقة الثانية بالناقل الاختياري أو القهري، و هكذا إلى هذه الطبقة المعاصرة، فجميع هذه التصرفات نافذة، و الله العالم.

الرابع (1) ما عرض له الموت بعد العمارة.

فإن كانت (2) العمارة أصلية، فهي مال الإمام عليه السلام. وإن كانت (3) العمارة من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه و صيرورتها ملكا لمن عمّرها ثانيا خلاف (4) معروف في كتاب إحياء الموات،

(1) 4- ما عرض له الموت بعد العمارة أي: القسم الرابع من الأقسام الأربعة التي ذكرها المصنف في (ص 407) هو الأرض التي عرض لها الموت بعد العمارة. وهذا القسم يتصور على نحوين:

أحدهما: أن تكون عمارة الأرض أصلية لا من معمر، ثم عرضها الموت.

والآخر: أن تكون عمارتها من معمر، ثم عرضها الموت.

فإن كانت عمارتها أصلية، فهي ملك الإمام عليه السلام، كما كانت ملكه عليه السلام في حال عمرانها. وقد تقدم في القسم الثاني دليل كون العمارة بالأصل ملك الإمام عليه السلام، فإنه يصدق عليها بعد الموتان «أنها أرض لا رب لها» وهذا العنوان من الأنفال.

(2) هذا هو النحو الأول الذي تقدم بقولنا: «أحدهما: أن تكون عمارة الأرض ..

إلخ».

(3) هذا إشارة إلى النحو الثاني، وهو كون العمارة من معمر لا أصلية، ففي بقائها على ملك معمرها، أو خروجها عن ملكه و صيرورتها ملكا للمعمر الثاني خلاف، منشؤه اختلاف الأخبار.

(4) مبتدئ مؤخر، وخبره «ففي بقائها» يعني: اختلف الفقهاء في حكم الأرض المعمورة التي خربت مع كون المعمر أو وارثه معلوما، فعمّرها شخص آخر، وأنها تبقى على ملك الأول أم يتملكها المحيي الثاني؟

وقد نقل السيد الفقيه العاملي قدس سره بعض كلماتهم، وأشار إلى آراء جماعة آخرين، فقال: «ففي المبسوط والمهذب: أنها في حكم العامر. وفي الجامع [الخلاف] أنها لا تملك.

وفي التحرير واللمعة: أنها لا تخرج بإحياء الغير عن ملك الأول. وبالثلاثة صرح في السرائر. وفي جامع المقاصد: أنه لا يجوز إحيائها مطلقا ولا تملك بالإحياء .. وبه- أي بعدم ملكية المحيي الثاني- صرح في النهاية و جهاد الشرائع و النافع و الكتاب



- أي القواعد- و التحرير و الإرشاد و المختلف. و نسبه في المسالك إلى الأكثر».

ثم قال: «قلت: لم نجد الخلاف نحن من أحد قبل المصنف في التذكرة، فإنه نقل عن مالك: أن المحيي الثاني يملك. وقال- أي العلامة- لا بأس بهذا القول عندي. و حكاه عنه في بعض فتاواه في المسالك، و اختاره هو في موضعين منه و الروضة. و في الكفاية: أنه أقرب. و في المفاتيح: أنه أوفق بالجمع بين الأخبار .. إلخ» فراجع «1».

(1) حيث إنها على طائفتين: إحداهما تدلّ على بقائها على ملك المعمر الأول، كرواية سليمان بن خالد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، و يستخرجها، و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها، ماذا عليه؟ قال عليه السلام: الصدقة. قلت:

فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقه» «2» و قريب منها غيرها «3».

ثانيتها: تدلّ على أنها للمعمر الثاني، كعموم الأخبار الدالة على أن «من أحى أرضاً ميتاً فهي له» «4» الشامل لإحياء ما عرضه الموت. و خصوص صحيحة الكابلي المتقدمة في (ص 411)، و المراد بالخراب الخراب العرضي، إذ يطلق على الخراب الأصلي كلمة «الميتة» و الميتة».

و اختلاف الأخبار صار منشأ للخلاف، و صيرورة المسألة ذات قولين، أحدهما:

أن الأرض لمعمرها الأول، و ثانيهما: أنها للمعمر الثاني.

[1] لا إشكال في كون القسم الرابع- وهو ما عرض له الموت بعد العمارة الأصلية له، و لم يملكه أحد قبل صيرورته مواتاً- مال الامام عليه السلام، لعدم حدوث سبب ملكيته لأحد حتى يخرج عن ملكه عليه السلام. و أمّا إذا تملكه أحد قبل الموات، و كذا الموات بالأصل إذا ملكه

(1) مفتاح الكرامة، ج 7، ص 9 و 10، و حكى هذه الأقوال في الجواهر بقوله: «فالمحكي عن ..» فلاحظ جواهر الكلام، ج 38، ص 22 و

23

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 326، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 2

(3) المصدر، ص 329، الباب 3، ح 3

(4) المصدر، الحديث: 1 و 3 و 4 و 5 و 6 و 7



شخص بالإحياء ثم عرضها الموت، ففي بقائها على ملكه مطلقا، فلا يجوز تصرف أحد إلا بإذنه؟ أو زوالها كذلك، وصيرورتها ملكا للإمام عليه السلام ولمن عمّرها، بناء على كون الخراب مزيلا للملكية، أو بقائها على ملك المحيي، لكن يجوز للغير إحيائها، وبه يصير أحقّ بها، وعليه أجرة الأرض أو زوالها إذا كان تملكها بالإحياء، وبقائها إذا كان تملكها بغير الإحياء كالشراء ونحوه. وجوه بل أقوال.

لعلّ الأوفق منها بالقواعد- الذي هو مقتضى الجمع العرفي بين شتات الروايات أيضا- أن يقال: بقاء الأرض على ملك المحيي، وعدم خروجها عنه بمجرد الخراب، وإنّما تخرج عنه بالإعراض، فإذا أحيها شخص بعد إعراض المحيي الأوّل ملكها.

فإنّ روايات الباب المشتملة على قيود وعناوين- «كالأرض الخربة التي هي لرسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم وللإمام عليه السلام» كصحيحة حفص بن البختري «1» وصحيحة محمد بن مسلم «2» وغيرهما «3». و«كالأرض التي جلا أهلها» «4» و«كلّ قرية يهلك أهلها أو يجلون عنها» «5» وكقوله عليه السلام: «كل أرض خربة باد أهلها» «6» وقوله عليه السلام: «وهي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها» «7» وغير ذلك «8» من قبيل هذه القيود التي هي في مقام تحديد الأراضي الأنفال، الظاهر في اعتبارها في الموضوع وفي ثبوت المفهوم لها- تقيّد المطلقات، ونتيجة التقيّد هي: أنّ الأرض التي لا مالك لها- كالتي هلك أهلها ولا وارث لهم، أو كان لها

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 364، الباب 1 من أبواب الأنفال، ح 1

(2) المصدر، ص 368، ح 12

(3) المصدر، ص 367، ح 10

(4) المصدر، ح 9

(5) المصدر، ح 7، و ص 372، ح 25

(6) المصدر، ص 365، ح 4

(7) المصدر، ص 371، ح 20

(8) المصدر، ص 367، ح 10 وغيره.

مالك و لكن أعرض عنها- تكون في كلتا الصورتين ملك الامام، فمن أحيائها ملكها. و هذا الإعراض يستفاد من روايتين:

إحدهما: صحيحة معاوية بن وهب «1» و الأخرى رواية الكابلي «2».

إذ في الأولى: «فإن كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها و تركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإنّ الأرض لله و لمن عمّرها».

و في الثانية: «فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها و يؤدّ خراجها إلى الامام من أهل بيتي، و له ما أكل منها. فإن تركها و أخبرها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده، فعمرها و أحيها، فهو أحق بها من الذي تركها».

فإنّ مورد هاتين الروايتين هو الترك، و من المعلوم أنّ المراد بهذا الترك هو رفع اليد عن الملك و الإعراض عنه، إذ من الواضح عدم صدق الترك على من ذهب إلى سفر مريدا للرجوع عنه إلى محله، و تعمير الخربة، و لا يقال: أنّه غاب عنها و تركها، بل يقال: إنّهُ سيشغل بتعمير هذه الخربة و إحيائها. و يستفاد الإعراض من ترك الأرض بقول مطلق، إذ لا يقال لمن ترك زرع أرض سنة أو سنتين- لإصلاح الأرض و إعدادها للزرع الأحسن:-

إنّهُ ترك الأرض.

و بالجملة: المستفاد من النصوص على اختلافها عنوانان:

أحدهما: الأرض التي لا ربّ لها.

و الآخر: الأرض التي أعرض عنها مالكها، و هذا أيضا راجع إلى سابقه، لأنّ رفع المانع عن تملك الغير كرفع اليد عن أصل الملكية، فمن أحيى أرضا لا ربّ لها أو أرضا أعرض عنها مالكها ملكها. فلو دلّ نص على الترك الأعمّ من الإعراض- كصحيح الحلبي و رواية الكابلي اللذين مفادهما أعمّ من الإعراض- فيقيّد بما ظاهره عدم الإعراض، كصحيحتي الحلبي و سليمان، فيقيّد بهما إطلاق صحيح الحلبي و رواية الكابلي.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 328، الباب 3 من أبواب إحياء الموات، ح 1

(2) المصدر، ص 329، ح 2

ثمّ القسم الثالث (1) إمّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين، أو من الكفّار، فإن كان (2) من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطرود الخراب، على أحد القولين (3).

وإن كان (4) من الكفّار

---

(1) أحكام القسم الثالث أعني به: ما عرض له الحياة بعد الموت الأصلي، وهذا الكلام تمهيد لبيان حكم الأرض المفتوحة عنوة.

لما كانت مملّكية إحياء الأرض الموات إجماعيا في الجملة، فلذا تصدّى للبحث عن فروع المسألة من اعتبار شرط في أصل التملك، ككون المعمر مسلما، وعدمه.

و من زوال الملك بطريان الخراب وعدمه.

و من كون الأرض المحيية في دار الكفر أو في دار الإسلام. وغير ذلك مما سيأتي بالتفصيل.

و حاصل ما أفاده المصنف قدّس سرّه هو: أنّه لا يخلو إمّا أن يكون معمر هذه الأرض مسلما و إمّا أن يكون كافرا. فإن كان مسلما فملكه لا يزول إلا بأحد أمرين:

الأول: الناقل الشرعي من بيع أو صلح أو غيرهما.

الثاني: طرود الخراب على الأرض، فإنّه مزيل للملك بناء على أحد القولين المتقدمين في القسم الرابع من صيرورتها بالموت من المباحات، فتكون ملكا لمن عمّرها ثانيا.

و أمّا بناء على بقائها على ملك المحيي الأول لم يكن طرود الخراب مزيلا للملك.

وإن كان المعمر كافرا فسيأتي حكمه.

(2) كذا في النسخ، و المناسب «كانت» لرجوع الضمير إلى العمارة، و كذا في «كان» الآتي.

(3) اللّذين أشار إليهما في (ص 446) بقوله: «وإن كانت العمارة من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها، أو خروجها عنه .. خلاف معروف ..» «1».

(4) معطوف على «إن كان من المسلمين» يعني: إن كان معمرها من الكفار، فحكمه

---

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 329، الباب 3 من أبواب إحياء الموات، الحديث: 3 و 1

ص: 450

فكذلك (1) إن كان في دار الإسلام، وقلنا بعدم اعتبار الإسلام، وإن اعتبرنا (2) الإسلام كانت باقية على ملك الإمام عليه السلام.

وإن (3) كان في دار الكفر فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم (4)، وبالاغتنام (5)، كسائر أموالهم.

ثم (6) ما ملكه الكافر من الأرض: إمّا أن يسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه

---

كالسابق من عدم زوال ملكه إلا بالناقل أو الخراب إن كان في دار الإسلام، وقلنا بعدم اعتبار الإسلام في المعمر. وإن قلنا باعتبار الإسلام في معمرها كان باقياً على ملك الامام عليه السلام.

(1) أي: لا يزول ملك المعمر إلا بالناقل أو بالخراب إن كان في دار الإسلام، وقلنا بعدم اعتبار الإسلام في المحيي.

وإن اعتبرنا الإسلام فيه- للنبي: «موتان الأرض لله ولرسوله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم هي لكم مني أيها المسلمون» وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «عادي الأرض لله ولرسوله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم هي لكم مني أيها المسلمون»- كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام.

(2) معطوف على «وقلنا» والترديد لأجل كون المسألة خلافية، فمنهم من اعتبر إسلام المحيي، ومنهم من لم يعتبره.

(3) معطوف على «إن كان في دار الإسلام» وحاصله: أنه إن كانت الأرض المحيية- بعد الموت- في دار الكفر التي يكون فيها الكفار، زال ملكها بمزيل ملك المسلم، وبالاغتنام.

(4) من زواله بناقل شرعي أو بطرود الخراب، على أحد القولين، كما مرّ آنفاً.

(5) معطوف على «بما» يعني: يزول ملك الكافر بما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام أيضاً، إذ تكون هذه الأرض العامرة بعد الموت من الغنائم التي يملكها المسلمون بالغنيمه، كسائر أموال الكفار التي تملك بالغنيمه.

(6) كان البحث المتقدم في حكم الأراضي باعتبار العمران والموتان، ويكون

كسائر أملاكه.

وإما أن لا يسلم عليه طوعا.

فإن بقي يده عليه كافرا (1) فهي (2) [فهو] أيضا كسائر أملاكه تحت يده.

وإن (3) ارتفعت يده عنها، فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها (4) و تخليتها للمسلمين، أو بموت (5) أهلها وعدم الوارث،

البحث فعلا في أحكامها باعتبار المالكين، و تفصيله: أن الأرض التي ملكها الكافر إن أسلم عليها طوعا، فتبقى على ملكه كسائر أملاكه. و إن لم يسلم عليها طوعا، و كانت تحت يده، فهي أيضا ملكه كسائر أملاكه.

وإن لم تكن الأرض تحت يده و ارتفعت عنها، ففيه صور:

إحداها: انجلاء المالك عنها.

ثانيتها: موت أهلها وعدم الوارث له. و الأرض في هاتين الصورتين ملك الامام عليه السلام، لأنها من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب.

ثالثتها: ارتفاع أيدي أهلها عنها قهرا و عنوة، و الأرض في هذه الصورة كغيرها مما لا ينقل - كالأشجار و الأبنية - ملك لكافة المسلمين بالإجماع و النص. و هذه الأراضي هي المسماة بالمفتوحة عنوة.

(1) و هو كما إذا استولى عليها المسلمون، و صالحوا الكفار على أن تكون الأرض ملكا لهم.

(2) كذا في نسختنا و الأولى بمرجع الضمير - و هو الموصول في «ما ملكه» - تذكير الضمير كما في بعض النسخ.

(3) معطوف على «فان بقي» و تأنيث الضمير في «عنها» باعتبار المرجع و هو الأرض.

(4) إشارة إلى الصورة الأولى التي تقدّمت بقولنا: «إحداها انجلاء المالك عنها» و الضمير المستتر في «يكون» راجع إلى الارتفاع. يعني: إما أن يكون ارتفاع يده بانجلاء المالك أي خروجه و إعراضه عنها، و إما بموت أهلها بدون وارث لهم.

(5) معطوف على «بانجلاء» و هذه إشارة إلى الصورة الثانية المتقدمة بقولنا:



فيصير (1) ملكا للإمام عليه السّلام، ويكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب.

وإن رفعت (2) يده عنها قهرا وعنوة، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة- كالنخل والأشجار والبنيان- للمسلمين كافة إجماعا (3)، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف والتذكرة وغيرهما. والنصوص به مستفيضة.

ففي رواية أبي بردة المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج، قال عليه السّلام: «من يبيعها؟ هي أرض المسلمين. قلت: يبيعها الذي هي في يده؟ قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس أن يشتري (4) حقه منها، ويحوّل حقّ المسلمين

---

«ثانيها موت أهلها .. إلخ».

(1) يعني: فتصير الأرض في هاتين الصورتين ملكا للإمام عليه السّلام. وينبغي تأنيث جميع الضمائر الراجعة إلى الأرض.

(2) معطوف على «وإن ارتفعت» ولعلّ الأولى أن تكون العبارة هكذا «أو بارتفاع يده عنها قهرا وعنوة» ليكون معطوفا على «بانجلاء»، كعطف «بموت» عليه.

(3) هذا هو الدليل الأوّل على كون الأرض المفتوحة عنوة ملكا لجميع المسلمين، وقد ادّعاه جماعة كشيخ الطائفة والسيد أبي المكارم والعلامة والسيد العاملي وغيرهم قدّس سرّهم (1).

لكن صحة الاستدلال به على المطلب منوطة بعدم استناد المجمعين إلى الروايات، وإلا كانت هي الحجة على المقصود. واحتمال استنادهم إلى النصوص كاف في عدم حجية الإجماع. فحينئذ لا بدّ من البحث فيما يستفاد من النصوص التي ادّعي أنّها مستفيضة. منها:

رواية أبي بردة المذكورة في المتن.

(4) كذا في النسخة، وفي الوسائل: «اشترى».

---

(1) الخلاف، ج 2، ص 67-70، كتاب الزكاة، المسألة: 80، غنية النزوع، ص 204-205، تذكرة الفقهاء، ج 9، ص 184، وادّعاه العلامة في المنتهى أيضا، ج 2، ص 934، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 239، جواهر الكلام، ج 21، ص 157

ص: 453

عليه، ولعلّه يكون أقوى عليها وأملى بخراجهم منه» (1).

وفي مرسله حمّاد الطويلة: «ليس لمن قاتل شيء من الأرضين، وما غلبوا عليه، إلا ما حوى العسكر (1) .. إلى أن قال: والأرض التي أخذت بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج، النصف (2) أو الثلث أو الثلثين، على قدر ما يكون لهم صالحا (3) ولا يضرّ بهم. فإذا أخرج منها ما أخرج، بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء أو سقي سيحا (4)، ونصف (5) العشر ممّا سقي بالدوالي (6) والنواضح (7) .. إلى أن قال: فيؤخذ ما (8) بقي بعد العشر، فيقسّم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض وأكرتها (9).

---

(1) في الوسائل: «و لا ما غلبوا عليه إلا ما احتوى عليه العسكر».

(2) هذا و«الثلث و الثلثين» عطف بيان أو بدل ل «الخراج» والمراد به نصف غلّة الأرض أو ثلثها أو ثلثيها.

(3) كذا في النسخة، وفي الوسائل: «صلاحا».

(4) أي: بالماء الجاري على وجه الأرض (2).

(5) معطوف على «العشر» أي: أخرج معمر الأرض نصف العشر إن كان سقيها بالدوالي والنواضح.

(6) جمع الدالية، وهي الناعورة.

(7) جمع «ناضح» وهو البعير الذي يحمل الماء من النهر أو البئر للسقي (3).

(8) في الوسائل: «يؤخذ بعد ما بقي العشر».

(9) معطوف على «عمال» وهو بفتح الألف والكاف والراء، جمع «أكر» ك «حفدة» جمع «حافد» مأخوذ من «أكر» بمعنى الحفر و الحرث و الزرع (4) فالمراد هنا الزارعون.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 118، الباب 71 من أبواب جهاد العدو، ح 1

(2) مجمع البحرين، ج 2، ص 377، لسان العرب، ج 2، ص 492

(3) المصدر، ص 419، و لسان العرب، ج 4، ص 619

(4) مجمع البحرين، ج 3، ص 308، لسان العرب، ج 4، ص 26

فيدفع عليهم أنصباؤهم (1) على قدر ما صالحهم عليه، و يأخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد، و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامّة، ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير» الخبر «1».

و في صحيحة الحلبي، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟

قال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، و لمن يدخل (2) [دخل] في الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعد (3). فقلنا: أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها.

قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يردّ عليه رأس ماله، و له ما أكل من غلتها بما عمل» (2).

و رواية ابن شريح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج؟ فكرهه، و قال (4) [قال] إنّما أرض الخراج للمسلمين. فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها. فقال: لا بأس، إلا أن يستحيي من عيب ذلك» (5) «3».

---

(1) بفتح الهمزة و سكون النون، جمع «نصيب».

(2) كذا في الوسائل و في بعض نسخ الكتاب، و في نسختنا «دخل».

(3) هذه الجملة صريحة في أنّ الأرض المفتوحة عنوة - كالعراق - ملك لجميع المسلمين، و أنّ شراءها من الدهاقين ليس بمعنى تملكها منهم، بل بمعنى جعلها للمسلمين و أن يكون الأمر مفوضاً إلى الوالي.

(4) كذا في الوسائل و بعض نسخ الكتاب، و في نسختنا «قال».

(5) يعني: أن يستحيي المشتري من عيب هذه الأرض. و المراد بالعيب صيرورة

---

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 84، الباب 41 من أبواب جهاد العدو، ح 2

(2) وسائل الشيعة، ج 12، ص 274، الباب 21 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 4

(3) المصدر، ص 275، ح 9

ص: 455

ورواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي، ففيها: «و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أراضي الخراج، فبنى بها أو لم يبن، غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجور البيوت إذا أدوا (1) جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال [أخذها] (2)» (1).

---

المشتري كالكفار في دفع الجزية، و من المعلوم أن في دفع الخراج نوع حقّة على المسلم.  
فإن ترك الشراء لأجل هذا العيب فهو، وإن تحمّله و اشتراها فلا بأس.

و على كلّ فالشاهد في قوله عليه السّلام: «إنّما أرض الخراج للمسلمين» الدال على عدم تملك آحاد المسلمين للأرض المفتوحة عنوة، و أنّ المقصود من الترخيص في الشراء هو تفويض حق الانتفاع، لا تمليك رقبة الأرض.

(1) يعني: إذا أدوا جزية رؤوسهم إلى وليّ أمر المسلمين.

(2) كذا في نسختنا، و لم ترد هذه الكلمة في الوسائل و في بعض نسخ الكتاب، و لعلّه الصواب، لرجوع ضمير «هو» إلى المأخوذ.

و توضيح دلالة الرواية على منع بيع الأرض المفتوحة عنوة هو: أنّ السؤال عن جواز أخذ الأجرة من أهل الذمة الذين نزلوا في بيوت مبنية في الأرض الخراجية لأجل الحرث و الزرع، و هم يؤدّون جزية رؤوسهم إلى وليّ المسلمين.

و لعلّ منشأ السؤال احتمال سقوط اجرة البيوت، لأنّ المسلم الذي بيده الأرض عند ما يبذل اجرة عمل الزارع يجعل شيئاً من الأجرة بدلا عن سكناهم في تلك الأبنية، فليس له أخذ اجرة السكّنى فيها.

فأجاب عليه السّلام: بأنّ جواز مطالبة الأجرة من أولئك العاملين في الأرض منوط بالاشتراط في عقد الإجارة بين المسلم الذي تكون الأرض بيده و بين أهل الذمة الزراعين فيها. فإن اتفق الطرفان على بذل بدل السكّنى فهو، و إلّا لم يجز أخذ شيء من العاملين.

و هذه الرواية سؤالاً و جواباً أجنبية ظاهراً عمّا رامه المصنف من نقل النصوص

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 275، الباب 21 من أبواب عقد البيع و شروطه، ح 10

ص: 456

وفي خبر أبي الربيع: «لا تشتتر من أرض السواد شيئا، إلا من كانت له ذمة (1)، فإنما هي فيء للمسلمين» (1).

إلى غير ذلك (2).

وظاهره (3) كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة

---

الدالة على كون الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين، ولا يجوز تملك رقبتها.

لكن يمكن توجيه الاستدلال بها بما أفاده بعض أجلة المحشدين من: أن مفهوم قوله عليه السلام: «يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال» هو حرمة أخذ الأجرة بدون الشرط، ولا وجه لحرمة الأخذ حينئذ إلا كون الأرض ملكا للمسلمين كافة لا لخصوص هذا المتصرف، والمفروض أن العمال الذميون قد أدوا جزية رؤوسهم إلى الوالي، وخرجوا عن الحق الثابت عليهم، فلا موجب لأخذ شيء آخر منهم. وأما حل الأخذ في ما اشترط، فلعله لكونه بإزاء إذنه لهم في التصرف في البيوت التي تعلق حقه بها، هذا ما أفيد (2).

(1) حاصله: أنه لا بد أن يكون البائع كافرا ذميا، فإن أمواله - التي منها هذه الأرض - محترمة، والمفروض قيامه بعهدة خراج الأرض، وهذا بخلاف المسلم، فإنه لا يصح أن يبيعها، لعدم كونها ملكا له.

(2) كمضمرة محمد بن مسلم، قال: «سألته عن شراء أرضهم، فقال: لا بأس أن تشتريها، فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم، تؤدي فيها كما يؤدون فيها» (3).

(3) كذا في النسخ، والأولى تأنيث الضمير، لرجوعه إلى النصوص في قوله:

«و النصوص به مستفيضة». أي: ظاهر النصوص المستفيضة - لإطلاق المنع فيها الشامل للأرض منفردة و منضمة مع الآثار - هو عدم جواز بيع أرض الخراج مطلقا حتى تبعا

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 274، الباب 21 من أبواب عقد البيع، ح 5

(2) حاشية المكاسب، للمحقق الايرواني، ج 1، ص 168، وأشار إليه العلامة السيد الاشكوري في بغية الطالب، ج 1، ص 144

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 275، الباب 21 من أبواب عقد البيع، ح 7

ص: 457

فيها (1) على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري.

نعم (2) يكون للمشتري على وجه كان (3) للبائع، أعني (4) مجرد الأولوية وعدم جواز مزاحمته (5) إذا (6) كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة، كما (7) إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر، أو بإذن الحاكم

---

للآثار المملوكة فيها من الأبنية والأشجار، على أن تكون الأرض جزءاً من المبيع حتى تدخل الأرض لهذه التبعية في ملك المشتري.

(1) هذا الضمير وضمير «بيعها» والمستتر في «تكون، فيدخل» راجعة إلى أرض الخراج. والأولى «فتدخل» بدل «فيدخل».

(2) استدراك على عدم جواز بيع رقبة أرض الخراج، بحيث يكون بيعها كبيع سائر الأموال المملوكة في ترتب ملكية الرقبة عليه.

وحاصل الاستدراك: أنه يترتب على هذا البيع أولوية المشتري بأرض الخراج، كأولوية البائع بها، وعدم جواز مزاحمته إن كان تصرفه وإحداث الآثار من الأبنية والأشجار بإذن الإمام عليه السلام حين التصرف، أو بإجازته بعد التصرف، ولو كان الإذن بلسان العموم، كقولهم عليهم السلام: «ما كان لنا فهو لشيعتنا» و«كل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيها محللون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيئهم .. إلخ».

(3) الضمير المستتر فيه وفي «يكون» راجعان إلى الأرض، فالأولى «تكون، كانت».

(4) هذا بيان لقوله: «على وجه» يعني: ذلك الوجه هو الأولوية، لا الملكية.

(5) أي: مزاحمة البائع، ولفظ «عدم» عطف تفسيري للأولوية، ويمكن عطفه على مجرد.

(6) قيد للأولوية وعدم جواز المزاحمة، يعني: أن أولوية البائع بأرض الخراج من غيره منوطة بأن يكون تصرفه وإحداث الآثار فيها- من البنين والأشجار- بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته و لو بنحو العموم للشيعة كما مرّ آنفاً.

(7) مثال للإذن والإجازة، يعني: أن التصرف بإذن الحاكم الشرعي أو تقبيل السلطان المخالف يكون من التصرف الجائر المأذون فيه.

الشرعي، بناء (1) على عموم ولايته لأموار المسلمين، ونيابته عن الإمام عليه السّلام.

لكن (2) ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها (3)، قال:

«لا يجوز التصرف فيها بيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة (4). ولا يصحّ (5) أن يبني فيها دورا و منازل و مساجد و سقايات (6) و لا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك.»

---

(1) هذا قيد لإذن الحاكم الشرعي، فإنّ نفوذ إذنه موقوف على ولايته لأموار المسلمين.

(2) استدراك على قوله: «نعم يكون للمشتري .. إلخ» و حاصل الاستدراك: أنّ ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف في الأرض المفتوحة عنوة بشيء من التصرفات الاعتبارية كالبيع والهبة ونحوهما، والخارجية كبناء الدور والدكاكين والمساجد وغير ذلك، فلا ينتقل شيء من البائع إلى المشتري حتى الأولوية.

وبالجملة: فكأنّ تصرف يتوقف على الملك حرام وباطل، ويكون حكم الشيء الذي بنى في الأرض المفتوحة عنوة حكم أصل الأرض، وهو كونه ملكا لعامة المسلمين.

ولا يخفى أن المصنف بقوله: «لكن ظاهر» شرع في نقل الأقوال في المسألة، وهي أربعة، وكلام المبسوط أولها.

(3) أي: في الأرض المفتوحة عنوة.

(4) هذا من عطف العام على الخاص، والعبارة منقولة بالمعنى، وإلا فنصّ المبسوط هو: «ولا يصحّ بيع شيء من هذه الأرضين ولا هبته ولا معاوضته ولا تملكه ولا وقفه ولا رهنه ولا إجارته ولا إرثه. ولا يصحّ .. إلخ».

(5) الأولى التعبير بعدم الجواز، فإنّ الصحة والفساد من أوصاف المركبات، لا البسائط كالملكية.

(6) جمع «سقاية» ولها معان، منها «الموضع الذي يتخذ فيها الشراب في المواسم وغيرها» «1» فالمراد هنا بناء مكان يوضع فيه الماء للشرب.

---

(1) لسان العرب، ج 14، ص 392

ص: 459

و متى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلا (1)، و هو (2) على حكم الأصل «1».

و يمكن حمل كلامه (3) على صورة عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره.

و يحتمل (4) إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك.

---

(1) الأولى أن يقال: «حراما» لكون المنهي عنه في عبارة المبسوط مطلق التصرف من الخارجي و الاعتباري، و من المعلوم عدم اتصاف بناء الدور و السقاية بالبطلان.

و على كل فالوجه في البطلان كون الأرض للمسلمين لا للمتصرف، فلا ينفذ شيء من تصرفاته فيها.

(2) هذه الجملة منقولة بالمعنى أيضا، ففي المبسوط: «و هو باق على الأصل» يعني:

أن الشيء الذي فعله المتصرف في هذه الأرض المفتوحة عنوة من الأبنية تابع لأصل الأرض في كونها فيئا للمسلمين.

(3) أي: حمل كلام صاحب المبسوط قدس سره المانع عن مطلق التصرف في الأرض المفتوحة عنوة. و حاصل هذا التوجيه: أن كلامه محمول على صورة عدم إذن الإمام عليه السلام في التصرف مع حضوره. و حينئذ يكون المنع عن مطلق التصرف في محله، إذ لا بد من إذن ولي الأمر في التصرف في الأرض.

و هذا الحمل المذكور في مفتاح الكرامة، لقوله- بعد نقل إجماع المسالك على المنع من التصرف-: «و يمكن حمل هذا الإجماع و ما ضاهاه على أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها بشيء قبل أن يسلمها إليه الامام .. و هذا ممّا لا ريب فيه، لأنّه إذا فتحها الامام عليه السلام كان أمرها إليه ..» (2).

(4) هذا توجيه ثان لكلام الشيخ في المبسوط، و محصله: أنه يمكن أن يكون مورد المنع عن التصرف هو التصرف الذي أريد به الحيازة و التملك، لا مجرد الأولوية.

---

(1) المبسوط، ج 2، ص 34، و حكي هذا المطلب عن جماعة آخرين، فلاحظ مفتاح الكرامة، ج 4، ص 240، جواهر الكلام، ج 22، ص 348 و 349

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 244

ص: 460



وقال في الدروس (1) «لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما (2)».

(1) غرضه أن الشهيد رحمه الله فصل بين زمني الحضور والغيبة، بنفوذ التصرفات في زمان الغيبة، وعدم نفوذها في عصر الحضور إلا بإذنه عليه السلام.

وعبارة الدروس تضمنت أقوالاً ثلاثة:

أحدها: المنع مطلقاً، وهو كلام الشيخ في المبسوط. وقد تقدم.

وثانيها: التفصيل بين الأرض وبين الآثار المحدثه فيها، بمنع التصرف في نفس الأرض، وبالجواز في الثاني، وهو مختار الحلّي قدس سرّه.

وثالثها: التفصيل بين زمني الحضور والغيبة، وهو مختار الشهيد، واختاره المحقق الثاني أيضاً.

وهل مرادهما من جواز البيع والوقف في زمن الغيبة جواز بيع رقبة الأرض على الاستقلال و مجردة عن الأبنية المحدثه فيها؟ أم أن المراد بيعها تبعاً للآثار بحيث لا يصح بيعها مستقلاً. فيه احتمالان، استظهر السيد العاملي قدس سرّه الأول، فنسب إلى الشهيد والمحقق الثاني التزامهما بالتفصيل بين عصر الحضور والغيبة، بمنع البيع والوقف في زمان حضوره عليه السلام، وبجوازهما في هذه الأزمنة.

قال قدس سرّه في مفتاح الكرامة: «وقضيّة ما في الدروس أنه يصح بيعها منفردة في زمن الغيبة، ونحوه ما في جامع المقاصد» ثم نقل عبارة الدروس المذكورة في المتن «1».

وعليه فاستظهر السيد قدس سرّه من عبارتيهما جواز التصرف في رقبة الأرض على نحو الاستقلال في عصر الغيبة، هذا.

ولكن المصنف ناقش في هذا الاستظهار، بأنّ غرض الشهيد قدس سرّه من جواز البيع في زمن الغيبة ليس بيع رقبة الأرض مجردة عن الآثار، بل مقصوده جعل الأرض جزءاً من المبيع أو الموقوفة، واستشهد لذلك بما أفاده الشهيد الثاني قدس سرّه وسيأتي.

(2) المراد من هذه الجملة بنظر المصنف هو جواز بيع الأرض ووقفها- في زمن

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 240، ونحوه في ص 243 وكذا نسبه الى الدروس صاحب الجواهر، فراجع، ج 22، ص 350

نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك (1).

وأطلق (2) [1] في المبسوط: أنّ التصرف فيها لا ينفذ.

وقال (3) ابن إدريس: إنّما نبيع ونوقف تحجيرنا وبناءنا (4) و تصرفنا، لا نفس الأرض» انتهى «(1).

وقد ينسب (5) إلى الدروس التفصيل بين زمني الغيبة والحضور، فيجوز التصرف في الأول (6) ولو بالبيع والوقف، لا في الثاني (7) إلا بإذن الإمام عليه السلام.

وكذا (8) إلى جامع المقاصد.

---

الغيبة- تبعا للآثار، لا مطلقا ولو بتمليك رقبة الأرض للمشتري بدون ما أحدثه فيها من بناء أو غرس أو زرع.

(1) يعني: ينفذ كلّ تصرف في حال الغيبة.

(2) هذا الإطلاق ناظر إلى زمني الحضور والغيبة، فلا ينفذ تصرفه في كلا الزمانين.

(3) حاصله: أنّ ابن إدريس قدس سرّه فصل بين الأرض وبين ما يتعلّق بها، بجواز التصرف فيما يتعلّق بها من حقّ التحجير والأبنية المبنية فيها، وعدم جوازه في نفس الأرض.

(4) هذه الجملة أقرب إلى ما في السرائر، ولكن المنقول عنه في الدروس هو «انما يباع ويوقف تحجيرنا و بناؤنا .. إلخ».

(5) المناسب هو السيد العاملي كما عرفت في عبارته المتقدمة.

(6) وهو زمان الغيبة، وقوله: «ولو بالبيع ..» إشارة إلى التصرفات المتوقفة على الملك.

(7) وهو زمان الحضور، فلا ينفذ التصرف فيها إلا بإذن الإمام عليه السلام.

(8) يعني: ونسب أيضا هذا التفصيل إلى المحقق الثاني قدس سرّه فيجوز التصرف

---

[1] لا يخفى أنّ مقتضى هذا الإطلاق رضا الشارع- بل أمره- بتعطيل الأراضي الخراجية. وهو كما ترى.



وفي النسبة نظر (1)، بل (2) الظاهر موافقتهما لفتوى جماعة (3) من جواز التصرف فيه (4) في زمان الغيبة بإحداث الآثار، و جواز (5) نقل الأرض تبعاً للآثار،

في زمان الغيبة دون زمان الحضور إلا بإذن الإمام عليه السلام، قال قدس سره معلقاً على قول العلامة قدس سره: «و لا يصح بيعها- أي الأرض المفتوحة عنوة و لا وقفها..» ما لفظه: «هذا في حال ظهور الامام عليه السلام. أما في حال الغيبة فينفذ ذلك كله، كما صرح به في الدروس، و صرح به غيره» (1).

(1) يعني: وفي نسبة التفصيل بين زمان الحضور و الغيبة إلى الشهيد و المحقق الثاني نظر. و وجه النظر ما سيأتي من الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني قدس سره.

(2) يعني: بل الظاهر موافقة الدروس و جامع المقاصد لفتوى جماعة من الفقهاء من جواز التصرف في الأرض المفتوحة عنوة في زمان الغيبة بإحداث الآثار من الأبنية و غرس الأشجار فيها، و جواز نقل نفس الأرض أيضاً تبعاً للآثار، لا مستقلاً. فالأرض تصير مملوكة أيضاً تبعاً لها، فإذا ذهب الآثار انقطع حق المشتري عن الأرض رأساً.

(3) قال السيد العاملي قدس سره- بعد نقل عبارة المبسوط و عدّ جماعة ممن منع من التصرف في رقبة الأرض ببيع و شبهه- ما لفظه: «و في موضع آخر من التذكرة و التحرير: أنه يجوز بيعها تبعاً لآثار المتصرف. و نحوه ما في السرائر في موضع منها، و المختلف و المنتهى و حواشي الكتاب- أي حواشي الشهيد على القواعد- و اللمعة و الروضة، و قواه في موضع من المسالك، و في آخر منه نسبتته إلى جمع من المتأخرين، و أنّ العمل عليه» (2).

و قال العلامة في بيع التذكرة: «نعم يصح بيعها- أي الأرض الخراجية- تبعاً لآثار التصرف» (3).

(4) أي: في الأرض، و الأولى تأنيث الضمير، و «بإحداث» متعلق بالتصرف.

(5) معطوف على «جواز التصرف» الذي هو جواز تكليفي، و جواز النقل جواز وضعي.

(1) جامع المقاصد، ج 3، ص 403، و نسب إلى حاشيته على الشرائع أيضاً، ص 301 كما في هامش المسالك. و يستفاد من كلامه في حكم بيع بيوت مكة المشرفة، فلاحظ ج 4، ص 97

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 240

(3) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 39

يفعل (1) ذلك بالأرض تبعاً للآثار، و المعنى (2) أنها مملوكة ما دامت الآثار موجودة. قال (3) في المسالك- في شرح قول المحقق: «و لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها»:- «إنّ (4) المراد لا يصحّ ذلك في رقة الأرض مستقلة. أمّا لو (5) فعل ذلك (6) بها (7) تبعاً لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على الأقوى».

قال (8): «فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل (9) في المبيع على سبيل التبع، وكذا الوقف وغيره (10). ويستمرّ كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً،

---

(1) أي: يفعل النقل بالأرض تبعاً للآثار. و الظاهر أنّ هذه الجملة مستدركة، للاستغناء عنها بقوله: «و جواز نقل الأرض تبعاً للآثار».

(2) يعني: و معنى التبعية أنّ الأرض مملوكة ما دامت الآثار موجودة، فتتعدم الملكية بانعدامها.

(3) الغرض من نقل عبارة المسالك الاستشهاد بها على ثبوت الفتوى التي نسبها إلى جماعة من جواز بيع أرض الخراج ونقلها تبعاً للآثار.

(4) هذا كلام المسالك، و حاصله: أنّ مراد المحقق من عدم جواز البيع وغيره هو عدم صحة البيع و شبهه في رقة الأرض بنحو الاستقلال، و أمّا بنحو التبعية للآثار فلا بأس به.

(5) كلمة «لو» لم تذكر في نسختنا، و إنّما ذكرت في المسالك و في بعض نسخ الكتاب.

(6) المراد بالمشار إليه هنا و في قوله: «لا يصح ذلك» هو بيع رقة الأرض.

(7) أي: برقة الأرض.

(8) أي: قال الشهيد الثاني في شرح عبارة الشرائع: فإذا باع الأرض المفتوحة عنوة بائع مع شيء من الآثار التي أنشئت فيها دخلت نفس الأرض في المبيع على سبيل التبعية.

(9) كذا في النسخ، و الصواب كما في المسالك «دخلت» لرجوع الضمير الفاعل المستتر إلى الأرض.

(10) كالهبة، فالوقف و الهبة ثابتان للأرض تبعاً، و تستمرّ هذه التبعية ما دام شيء

فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها. هكذا ذكره جمع (1)، وعليه العمل» انتهى (1).

نعم (2) ربما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبة، حيث قال (3) «إن قال قائل: إن (4) ما ذكرتموه إنما دلّ على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدلّ على صحّة تملكها (5) بالشراء والبيع، ومع عدم صحّته (6) لا يصحّ ما يتفرّع عليهما [عليها].

من الآثار باقيا، فإذا ذهبت الآثار أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه- وغيرهما كالمتهب- عن الأرض، لارتفاع التبعية بارتفاع موضوعها وهو الآثار.

(1) الظاهر أنّ هذه الجمع هي «الجماعة» المتقدمة في المتن (ص 463)، وعدّهم السيد العاملي في ما تقدم من كلامه.

(2) استدراك على الملك التبعية للأرض المفتوحة عنوة، وإشارة إلى قول رابع في المسألة، بأن يقال: إنّه ربما يظهر من عبارة التهذيب جواز البيع والشراء في نفس رقبة الأرض، لا جواز بيعها تبعا للآثار.

(3) يعني: قال الشيخ مستشكلا على نفسه بما حاصله: إنّ مقتضى ما ذكرتموه من أدلة أحكام الأرض المفتوحة عنوة هو إباحة التصرف فيها، لا ملكيتها بالبيع والشراء، وبدون تحقق ملكيتها كيف يصحّ تفريع ما يتوقف على الملكية- كالبيع والوقف- على الأرض المذكورة؟

ولا يخفى أنّ العبارة المنقولة في المتن تغاير ما في التهذيب يسيرا، كما سنذكره.

(4) في التهذيب: «ان جميع ما ذكرتموه إنما يدلّ على إباحة التصرف لكم ..».

(5) في التهذيب: «و لم يدلّ على أنّه يصحّ لكم تملكها بالشراء والبيع، فإذا لم يصحّ الشراء والبيع فما يكون فرعا عليه أيضا لا يصحّ مثل الوقف والنحلة والهبة وما يجري مجرى ذلك».

(6) أي: ومع عدم صحّة تملك هذه الأرض لا يصحّ ما يتفرّع على الملكية كالبيع

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 56

ص: 465

قلنا (1) إنّنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة أقسام، أرض أسلم أهلها عليها، فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض (2) تؤخذ عنوة، أو يصالح (3) أهلها عليها، فقد أبحنا شراءها (4) وبيعها،

ونحوه. هذا بناء على ما نقله المصنف في المتن. ولكن عرفت صراحة عبارة التهذيب في ما يتفرع على البيع والشراء، ولذا صححت نسختنا بـ«عليهما» بدلا عما في غالب النسخ من «عليها».

(1) هذا أيضا يغاير ما في التهذيب. من قوله: «قيل له: إنّنا قد قسمنا الأرضين في ما مضى على ثلاثة أقسام، أرض يسلم أهلها عليها، فهي تترك في أيديهم، وهي ملك لهم، فما يكون حكمه هذا الحكم صحّ لنا شراؤها وبيعها. وأما الأرضون التي تؤخذ عنوة..» إلى آخر ما في المتن.

و كيف كان فهذا جواب الإشكال الذي تعرّض له بقوله: «إن قال قائل» و محصل الجواب: أنّ الأرضين على ثلاثة أقسام:

أحدها: الأرض التي أسلم أهلها عليها طوعا، وهي ملك لهم يتصرفون فيها كتصرف سائر الملاك في أملاكهم.

ثانيها: الأرض التي تؤخذ من الكفار عنوة، وهذه الأرض ملك لكافة المسلمين، وقد أبيع لهم بيعها وشراؤها، لأنّها ملك لهم. والمتصدي لبيعها يكون من المسلمين.

ثالثها: أرض الصلح، وهي التي يصالح أهلها عليها مع المسلمين.

(2) معطوف على «أرض أسلم» وهذا هو القسم الثاني من أقسام الأرضين.

(3) معطوف على «تؤخذ» يعني: أو أرض يصالح أهلها عليها، وهذا هو ثالث أقسام الأرضين.

(4) يعني: شراء الأرض المأخوذة عنوة وبيعها. وهذه الجملة ظاهرة- بل صريحة- في جواز بيع وشراء الأرض المفتوحة عنوة.

و الوجه في إباحة بيعها وشراؤها هو: أنّ لنا في تلك الأراضي نصيبا، لأنّها أراضي المسلمين. والمتصدّي للبيع والشراء أيضا من المسلمين، فيتصرف فيما هو ملك له.

لأن [1] لنا في ذلك قسما، لأنها (1) أراضي المسلمين، وهذا القسم (2) أيضا يصحّ الشراء و البيع فيه على هذا الوجه (3).

وأما الأنفال (4) و ما يجري مجراها، فلا يصحّ تملكها بالشراء (5)، وإّما أبيع لنا التصرف فيها (6) حسب «1».

ثم استدلّ (7) على أراضي الخراج برواية أبي بردة السابقة «2» الدالّة على جواز

---

(1) الضمائر في «شرائها، بيعها، لأنها» راجعة إلى الأرض.

(2) يعني: الأرض المأخوذة عنوة أيضا كالأرض التي أسلم أهلها عليها طوعا في أنه يصحّ بيعها و شراؤها.

(3) أي: على وجه كون هذه الأراضي المفتوحة عنوة- أو التي صولح عليها- ملكا للمسلمين، فالتصرف في الأرض المفتوحة عنوة جائز بأيّ نحو كان، كالتصرف في الأرض التي أسلم أهلها عليها طوعا.

(4) هذا كلام التهذيب أيضا، و غرضه بيان حكم الأنفال و ما يجري مجراها كالأرض التي هلك أهلها، فلا يصحّ تملكها بالشراء، لأنها ملك خاص للإمام عليه السّلام. نعم أبيع لنا التصرف فيها فقط.

(5) في التهذيب: «بالشراء و البيع، وإّما أبيع لنا التصرف فحسب».

(6) هذا الضمير و ضميرا «مجراها، تملكها» راجعة إلى الأنفال.

(7) أي: استدلّ الشيخ في التهذيب- على حكم الأراضي الخراجية- برواية

---

[1] لا يخفى ما في هذا التعليل، إذ ليست ملكية الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين من الملكيات المتعارفة الموضوعة لتسلط الملاك على أملاكهم، بل هي نحو خاصّ من الملك دلّ عليه النص. و ليس هو موضوعا لقاعدة السلطنة، و لا يصحّ التعليل المزبور إلا إذا كان الملك موضوعا لقاعدة السلطنة، و من المعلوم أنّ ملك المسلمين للأرض المفتوحة عنوة ليس كذلك، فالتعليل المذكور عليل.

---

(1) تهذيب الأحكام، ج 4، ص 145-146، ذيل الحديث: 405

(2) تقدمت في ص 453

ص: 467



بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض. و دليله (1) قرينة على توجيه [1] كلامه.

و كيف كان (2) فما ذكروه من حصول الملك تبعا للآثار ممّا لا دليل عليه إن

---

أبي البردة، المذكورة في (ص 453) الدالة على جواز بيع آثار التصرف، المعبر عنه «بيع حقه منها» دون بيع رقبة الأرض. لكن الرواية مرمية بضعف السند، لجهالة أبي بردة.

(1) يعني: و دليل شيخ الطائفة قدّس سرّه قرينة على توجيه كلامه الظاهر في جواز بيع نفس أرض الخراج و شرائها مستقلة. توضيحه: أنّ ما يستفاد ما رواية أبي بردة شراء الحق، لقوله عليه السلام: «لا بأس أن يشتري حقه منها، و يحوّل حقّ المسلمين عليه» ضرورة أنّه لو كان المراد بيع نفس رقبة الأرض لم يكن للمسلمين حقّ حتى يحوّل على المشتري.

فالمراد باشتراء الحقّ بيع الآثار و شراؤها لا رقبة الأرض.

فمقصود شيخ الطائفة قدّس سرّه من قوله: «فقد أبحنا شراءها و بيعها» هو بيع آثار الأرض المفتوحة عنوة، لا بيع رقبته، حتى يوافق مدّعاه دليله الذي مفاده بيع الآثار، لا بيع نفس الرقبة.

(2) أي: سواء أ كانت الرواية مطابقة لكلام الشيخ في التهذيب أم لم تكن مطابقة له، فما ذكروه من حصول ملك الرقبة تبعا للآثار ممّا لم يتم عليه دليل إن أرادوا بالملك انتقال ملكية رقبة الأرض من شخص إلى غيره، بل دلّت النصوص السّت المتقدمة على عدم نفوذ بيع الأرض المفتوحة عنوة.

---

[1] لا- يخفى أنّ التوجيه- و هو إرادة خلاف الظاهر- لا بدّ من ارتكابه هنا، و دليله قرينة على التوجيه، فإنّ قوله: «أبحنا شراءها و بيعها» لرجوع الضميرين إلى نفس الأرض، و كذا تعليقه بقوله: «لأنّ لنا في ذلك قسما» كالصريح في إرادة بيع نفس الرقبة، و ذلك يلائم بيع و شراء نفس الرقبة، لأنّ نصيب كل مسلم من عين الأرض.

مضافا إلى جعل الأرض المفتوحة عنوة كالأرض التي أسلم أهلها عليها طوعا، في جواز كل تصرف- من بيع الرقبة و غيره- في أرض الإسلام الطوعي.

و عليه، فلا بدّ من توجيه بيع العين و شرائها، و صرفها إلى بيع الآثار و شرائها بما يصلح أن يكون قرينة عليه. و استدلاله بالرواية و اختياره لمضمونها قرينة على إرادة خلاف ظاهر كلامه.

أرادوا الانتقال. نعم (1) المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص (2) للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا.

فالذي (3) ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذي يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول:

أما في زمان الحضور و التمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال [1] في توقف التصرف على إذن الإمام، لأنه ولي المسلمين، فله نقلها عينا و منفعة. و من الظاهر أن كلام الشيخ- المطلق في المنع عن التصرف- محمول على صورة عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره.

---

(1) استدراك على عدم الدليل على حصول الملك لرقبة الأرض تبعا للآثار، و حاصل الاستدراك: أن المتيقن من الأدلة هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا، و هذا الحق قابل للانتقال إلى الغير.

(2) يعني: لا ملكية رقبة الأرض للمتصرف، و هذا الحق باق ببقاء الآثار، فمع ارتفاعها ينتفي الحق.

(3) بعد أن ضعف المصنف قدس سره بيع الأرض المفتوحة عنوة و لو تبعا للآثار، صار بصدد تحقيق المطلب بالنظر في جهتين:

الأولى: في التصرف في نفس الأرض.

الثانية: في حكم ما انفصل عنها كأثمار الأشجار و أخشاب الأبنية.

و الكلام فعلا في الجهة الأولى، و هي بيان الوجه المجرى للتصرف الموجب لحق الاختصاص، فنقول: أما في زمان الحضور و التمكن من الاستئذان فلا ينبغي الإشكال في توقف جواز التصرف في الأرض المفتوحة على إذن الامام عليه السلام، لأنه ولي المسلمين.

---

[1] بناء على عدم انصراف ما دلّ على «حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه أو إذن وليه» عن هذا السنخ من الملك الذي ليس لمالكه شيء من التصرف، وإنما التصرف لوليّه. لكن لا مطلقا، بل التصرف في منافعه بصرفها في خصوص المصلحة العامة لملاكه، إذ مع هذا الانصراف يرجع إلى الأصل العملي، و هو أصالة الإباحة.

وَأَمَّا فِي زَمَانِ الْغَيْبَةِ، فَفِي عَدَمِ جَوَازِ التَّصَرُّفِ إِلَّا فِيمَا أَعْطَاهُ السُّلْطَانُ الَّذِي حُلَّ قَبُولُ الْخِرَاجِ وَالْمَقَاسِمَةُ مِنْهُ.

---

وَمُقْتَضَى وَلَا يَتَّهَمُ عَدَمَ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ إِطْلَاقَ كَلَامِ الشَّيْخِ فِي التَّهْذِيبِ - فِي الْمَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ - مَحْمُولٌ عَلَى صُورَةِ عَدَمِ إِذْنِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَعَ حُضُورِهِ وَالتَّمَكُّنِ مِنْ اسْتِيزَانِهِ. وَأَمَّا فِي زَمَانِ الْغَيْبَةِ، فَفِي التَّصَرُّفِ فِيهِ وَجُوهٌ خَمْسَةٌ:

أَحَدُهَا: عَدَمُ جَوَازِهِ إِلَّا فِي الْأَرْضِ الَّتِي أَعْطَاهَا السُّلْطَانُ الَّذِي حُلَّ قَبُولُ الْخِرَاجِ وَالْمَقَاسِمَةُ مِنْهُ، وَهُوَ السُّلْطَانُ الْمُخَالَفُ الْمُدَّعِي لِلْخِلَافَةِ، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ - فِي مَسْأَلَةِ مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ الْمُسْتَحِلُّ لِأَخْذِ الْخِرَاجِ وَالْمَقَاسِمَةِ - بِقَوْلِهِ: «وَالْحَاصِلُ: أَنَّ أَخْذَ الْخِرَاجِ وَالْمَقَاسِمَةِ لِشِبْهِهِ الْإِسْتِحْقَاقِ فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ لَيْسَ إِلَّا الْجَائِرُ الْمُخَالَفُ» (1).

وَقَالَ فِي جَوَازِ أَخْذِ الْخِرَاجِ مِنْهُ بَعْدَ الْإِسْتِدْلَالِ بِصَحِيحَةِ الْحِذَاءِ: «وَالْمُرَادُ بِالْحِلَالِ هُوَ الْحِلَالُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ حَرَامًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَائِرِ الْآخِذِ لَهُ» (2).

وَكَيْفَ كَانَ فَهَذَا الْوَجْهَ الْأَوَّلَ حَكَاهُ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ عَنِ الْمُحَقِّقِ الثَّانِي، وَهُوَ قَوْلُهُ: «وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا - أَيِ عَلَى الْأَرْضِ - يَدٌ لِأَحَدٍ فَقَضِيَّةٌ كَلَامِ الْأَصْحَابِ تَوْقُفُ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهِمَا عَلَى إِذْنِهِ، حَيْثُ حَكَمُوا بِأَنَّ الْمَقَاسِمَةَ وَالْخِرَاجَ مَنْوُطٌ بِرَأْيِهِ، وَهُمَا كَالْعَوْضِ عَنِ التَّصَرُّفِ، وَإِذَا كَانَ الْعَوْضُ مَنْوُطًا بِرَأْيِهِ كَانَ الْمَعْوُضُ كَذَلِكَ» (3).

وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ النَّصُوصُ الْمُسْتَفِيضَةُ الْوَارِدَةُ فِي أَحْكَامِ تَقَبُّلِ الْأَرْضِ الْخِرَاجِيَّةِ، الَّتِي يَسْتَفَادُ مِنْهَا كَوْنُ أَصْلِ التَّقَبُّلِ مِنَ السُّلْطَانِ مَفْرُوعًا عَنْهُ وَمُسَلَّمٌ الْجَوَازَ عِنْدَهُمْ، كَصَحِيحَةِ الْحَلْبِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا بَأْسَ أَنْ يَتَقَبَّلَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ وَأَهْلِهَا مِنَ السُّلْطَانِ...» (4).

---

(1) كِتَابُ الْمَكَاسِبِ، ج 2، ص 230، طَبْعَةُ مَجْمَعِ الْفِكْرِ الْإِسْلَامِيِّ.

(2) الْمَصْدَرُ، ص 204

(3) جَوَاهِرُ الْكَلَامِ، ج 21، ص 164، نَقَلَهُ عَنِ فَوَائِدِ الشَّرَائِعِ لِلْمُحَقِّقِ الثَّانِي، وَحَكَاهُ عَنْهُ سَيِّدُنَا الْأُسْتَاذُ قَدَّسَ سِرَّهُ فِي نَهْجِ الْفَقَاهَةِ، ص

336

(4) وَسَائِلُ الشَّيْعَةِ، ج 13، ص 214، الْبَابُ 18 مِنْ أَبْوَابِ أَحْكَامِ الْمَزَارَعَةِ، ح 3

أو جوازه (1) مطلقا (2)، نظرا إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة (3)، لا خصوص (4) الموات التي هي مال الإمام عليه السلام.

ثانيها: جوازه مطلقا، لعموم دليل تحليل مطلق الأرض للشيعة، و خصوص الموات التي هي من الأنفال التي هي ملك الإمام عليه السلام. وقال بهذا غير واحد كشيخ الطائفة في التهذيب، حيث قال: «و أما أراضي الخراج و الأنفال و التي قد انجلى أهلها عنها فإنّا قد أبحنا أيضا التصرف فيها ما دام الامام عليه السلام مستترا» (1). و استدل عليه بالنصوص كصحيحة عمر بن يزيد.

و حكاه الفاضل النراقي عن ظاهر الكفاية (2)، و قوّاه صاحب الجواهر أيضا (3).

و نسب إلى المحقق القمي (4).

(1) معطوف على «عدم جواز» و هذا ثاني الوجوه المتقدم بقولنا: «ثانيها: جوازه مطلقا .. إلخ».

(2) أي: سواء أكانت الأرض ممّا أعطاه السلطان أم لا، و سواء أكان التصرف بإذن الحاكم أم لا.

(3) كقوله عليه السلام: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم ..» الحديث (5) فإنّ «الأرض» مطلق تشمل الأراضي الخراجية، و لا تختص بأرض الأنفال.

(4) معطوف على «مطلق الأرض» و غرضه دفع توهم اختصاص التحليل بأرض الموات التي هي من الأنفال، و هذا الاختصاص يظهر من بعض كلمات صاحب الجواهر قدّس سرّه، كقوله: «وربّما كان المراد منها- أي: من نصوص التحليل - خصوص الموات الذي هو من الأنفال، أو غير ذلك دون الأراضي الخراجية ..» (6).

(1) تهذيب الأحكام، ج 4، ص 144

(2) مستند الشيعة، ج 14، ص 222، كفاية الأحكام، ص 77

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 197

(4) جامع الشتات، ج 1، ص 124 (الحجرية).

(5) وسائل الشيعة، ج 6، ص 382، الباب 4 من أبواب الأنفال، ح 12

(6) جواهر الكلام، ج 22، ص 197

وربما يؤيده (1) جواز قبول الخراج الذي هو كاجرة الأرض، فيجوز التصرف في عينها (2) مجاناً.

أو عدم (3) جوازه إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام.

أو التفصيل (4) بين من يستحق اجرة

---

و ارتضاه المصنف في كتاب الخمس بقوله: «فالظاهر أنّ ما عدا الموات من الأنفال لم يحصل لنا اطمئنان بجواز التصرف فيه لأيّ شخص و بأيّ وجه» (1).

و عليه فكلامه هنا عدول عمّا استظهره هناك. كما أنّه تعريض بما في الجواهر.

(1) يعني: و يؤيد الاحتمال الثاني، و هو جواز التصرف مطلقاً في الأرض الخراجية.

و محصل وجه التأييد: أنّ النصوص دلّت على جواز تقبّل الشيعي خراج الأرض لنفسه من السلطان، و الخراج بالنظر الى الواقع يكون اجرة الأرض الخراجية، و التصرف في أجرتها يوجب جواز التصرف في عينها.

(2) أي: في عين الأرض الخراجية، و التعبير بالتأييد إنّما هو لأجل احتمال كون الخراج حكماً تعديداً.

(3) معطوف على «عدم جواز» و هذا هو الاحتمال الثالث، و حاصله: عدم جواز التصرف في الأرض المفتوحة عنوة في زمان الغيبة إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السّلام و جعل المصنف قدّس سرّه في (ص 476) هذا الاحتمال أوفق بالقواعد.

و هو ظاهر الشهيد الثاني قدّس سرّه، و قد نقل المصنف كلامه في بحث الخراج و المقاسمة، فراجع «(2)».

(4) معطوف أيضاً على «عدم» و هذا هو الاحتمال الرابع، و حاصله: التفصيل في جواز التصرف بين من يستحق اجرة الأرض الخراجية و بين غيره ممّن يجب عليه حقّ الأرض، بجواز التصرف في الأوّل، لأنّه على ما في رواية أبي بكر الحضرمي: «ذو نصيب في بيت المال» و هو يقتضي جواز تصرفه في الأرض. و بعدم جواز التصرف في الأرض لغير من يستحق اجرة الأرض.

و هذا التفصيل يظهر من المحقق الثاني و غيره، على ما نقله المصنف عنه في بحث

---

(1) كتاب الخمس، ص 373

(2) كتاب المكاسب، ج 2، ص 222، مسالك الأفهام، ج 3، ص 55

هذه الأرض (1)، فيجوز له التصرف فيها، كما (2) [لما] يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حلّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال» (1)، و بين (3) غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض. و لذا (4) أفتى غير واحد- على ما حكى (5)- بأنّه لا يجوز

---

الخراج و المقاسمة بقوله بعد نقل رواية الحضرمي المشار إليها هنا: «فلاستشهاد بالتعليل المذكور في الرواية المذكورة .. على اعتبار استحقاق الآخذ لشيء من بيت المال كما في الرسالة الخراجية محل نظر» (2).

و الفرق بين هذا الاحتمال و الاحتمال الأوّل: أن جواز التصرف في الأوّل منوط بإعطاء السلطان، سواء أكان المتصرف مستحقاً أم لا. بخلاف الاحتمال الرابع، فإنّ الجواز يدور مدار الاستحقاق، سواء أكان بإعطاء السلطان أم باستقلال المتصرف، و عدم استيذانه منه.

(1) أي: الأرض المفتوحة عنوة، و ضمير «فيها» راجع إلى الأرض.

(2) كذا في نسختنا، و في بعض النسخ «لما» و هذا تعليل لجواز التصرف في الأرض لمن يستحقّ أجرتها.

(3) معطوف على «بين من يستحق» و ضمير «غيره» راجع إلى «من يستحق».

(4) أي: و لأجل التفصيل بين مستحقّ اجرة هذه الأرض و بين غيره- بجواز التصرف في الأوّل، و عدمه في الثاني- أفتى غير واحد من الفقهاء «رضوان الله عليهم» بعدم جواز حبس الخراج، و عدم جواز سرقة عن السلطان المخالف. و هذا دليل على أنّ من لا حقّ له في الخراج يحرم عليه أن يتصرف في أرض الخراج بدون إذن الحاكم الشرعي، و من دون التقبل من السلطان.

و الحاصل: أنّ غير المستحق للخراج يحرم عليه التصرف في الأرض.

(5) الحاكي غير واحد، كالمحقق الكركي في الرسالة الخراجية، حيث قال: «ما زلنا

---

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 157، الباب 51 من أبواب ما يكتسب به، ح 6

(2) كتاب المكاسب، ج 2، ص 237، و لاحظ قاطعة اللجاج، ج 1، ص 283، و فيها: «فهل تكون- أي الخراج و المقاسمة و الزكاة- حلالاً- لآخذ مطلقاً، حتى لو لم يكن مستحقاً للزكاة، و لا- ذا نصيب في بيت المال حين وجود الإمام؟ أو إنّما يكون حلالاً بشرط الاستحقاق .. و تعليلهم لآخذ نصيباً في بيت المال، و أنّ هذا حقّ لله يشعر بالثاني. و للتوقف فيه مجال».

حبس الخراج و سرقة عن السلطان الجائر و الامتناع عنه (1). و استثنى (2) بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام.

أوبين (3) ما عرض له الموت من الأرض المحيية حال الفتح،

نسمع من كثير ممن عاصرناهم لا سيما شيخنا الأعظم الشيخ على بن هلال قدس سره أنه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقة، و لا جحوده، و لا منعه، و لا شيء منه، لأن ذلك حق واجب عليه» (1).

(1) أي: عن الخراج، أي عن أدائه إلى السلطان الجائر.

(2) يعني: و استثنى بعض الفقهاء- كأصحاب الرياض و المناهل و مفتاح الكرامة و الجواهر قدس سرهم- من عدم جواز منع الخراج عن السلطان الجائر: ما إذا دفعه إلى الحاكم الشرعي الذي هو نائب عن الإمام عليه السلام، قال في الجواهر: «فلو فرض عدمها- أي عدم التقية- في بعض الأحوال و الأمكنة و الأزمنة، و لو بالنسبة إلى بعض الخراج، دفعه إلى الحاكم المنصوب من قبلهم عليهم السلام في زمن الغيبة..» (2).

(3) معطوف على قوله: «بين مستحق الأجرة» و هذا إشارة إلى الاحتمال الخامس، و محصله: التفصيل في الأرض بين عروض الموت لها بعد أن كانت محيية حين الفتح، و بين بقائها على عمارتها، بجواز إحياء الأول، لعموم أدلة الإحياء، فإن قولهم عليهم السلام: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له» يشمل هذه الأرض التي عرض لها الموت إن لم تكن منصرفة إلى خصوص الأنفال التي هي مال الامام عليه السلام. و إن كانت الأرض تحت ولايته كالمفتوحة عنوة التي هي ملك قاطبة المسلمين.

و يستفاد هذا الاحتمال الخامس ممّا نقله صاحب الجواهر قدس سره عن المحقق الكركي من قوله: «ما يوجد من هذه الأرض - أي المفتوحة عنوة- مواتاً في هذه الأزمنة، إن

(1) قاطعة اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ج 1، ص 285، و الشهيد الثاني في المسالك، ج 3، ص 55 و 56 و تقدم أيضا في المكاسب المحرّمة، ج 2، ص 214

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 195، رياض المسائل، ج 8، ص 117، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 245، المناهل، ص 313

ص: 474

و بين (1) الباقية على عمارتها من حيث الفتح، فيجوز إحياء الأول (2)، لعموم (3) أدلة الإحياء، و خصوص رواية سليمان بن خالد (4) و نحوها «1».

دلت القرائن على أنه كان معمورا من القديم و مضروبا عليه الخراج ككثير من أرض العراق، يلحق بالمعمور وقت الفتح. و حيث إنه لا أولوية لأحد عليه، فمن أحياه كان أحق به، و عليه الخراج و المقاسمة» ثم قال في الجواهر: «بل ظاهره المفروغية من ذلك» فراجع «2».

(1) معطوف على «بين» في قوله: «أو بين ما عرض له الموت».

(2) و بالإحياء يصير أولى من غيره بهذه الأرض.

و أهمل المصنف قدس سره حكم ما لو كانت عمارة الأرض باقية، و ذلك اتكالا على وضوحه، من أنها ملك للمسلمين قاطبة، و ليس بعضهم أولى بها من بعض، لكونها معمورة حسب الفرض، و لا مورد لإحداث عمارة فيها توجب حق الاختصاص.

(3) مثل ما في معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها» «3».

و التعبير بالعموم من جهة إطلاق «شيئا من الأرض» لما كانت مواتا بالأصل، و لما طرأ عليها الخراب، بخلاف ما سيأتي في صحيحة سليمان بن خالد من كون موضوعها عمران الأرض الموات بالعرض.

(4) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض، فيستخرجها، و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها، ماذا عليه؟ قال عليه السلام: الصدقة. قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال عليه السلام: فليؤد إليه حقه» «4».

فإن تادية الحق إلى صاحبها تكشف عن بقاء ملك المالك الأول و عدم زواله بالموت. فصدرها دليل على مملكية الإحياء للمحيي، و ذيلها يدل على أن الأرض الميتة

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 326، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 2

(2) جواهر الكلام، ج 21، ص 165

(3) وسائل الشيعة، ج 17، ص 326، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 3

(4) وسائل الشيعة، ج 17، ص 329، الباب 3 من أبواب إحياء الموات، ح 3



وجوه (1)، أوقفها بالقواعد الاحتمال الثالث (2)، ثم الرابع (3)، ثم الخامس (4).

إن كان لها مالك لا تخرج عن ملكه بعروض الموت عليها.

ووجه الخصوصية: أنّ مورد الرواية خصوص الأرض الخربة المسبوقة بالعمارة التي هي موضوع البحث، ودالتها على المقام إنّما هي بالإطلاق الشامل لها ولغيرها.

(1) مبتدء مؤخر لخبر مقدّم، وهو قوله: «ففي عدم جواز التصرف».

(2) وهو عدم جواز التصرف إلا بإذن الحاكم، لأنّه وليّ أمور المسلمين في عصر الغيبة، كما هو شأن كل مال مملوك للنوع ك«المسلمين» فإنّ أمره بيد الولي، وهو الإمام عليه السّلام في زمان حضوره، وفي عصر الغيبة هو الفقيه الجامع لشرائط الحكم والفتوى. ولا وجه لسائر الأقوال.

(3) وهو التفصيل بين من يستحق اجرة هذه الأرض، فيجوز له التصرف، وبين غير المستحق فلا يجوز.

ووجه فيه - أنه بعد التنزل عن الاستئذان من الفقيه - يتجه الفرق بين الفقير فيحلّ له التصرف والانتفاع بالأرض، لقوله عليه السّلام: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال» فإذا حلّ أخذ شيء من بيت المال - المؤلّف من الخراج والمقاسمة اللذين هما نماء الأرض - جاز التصرف في رقبتهما. وبين الغنيّ فلا يحلّ، إذ لا نصيب له في بيت مال المسلمين.

(4) وهو التفصيل بين ما عرض له الموت - من الأرض المحياة حال الفتح - وبين الباقية على عمارتها.

ووجه فيه: أمّا بالنسبة إلى المنع - مع بقاء العمارة - فلكون الأرض ملكاً لجميع المسلمين. وأمّا بالنسبة إلى المحيي - مع فرض طرود الموت عليها - فلما دلّ على ثبوت الحقّ بالإحياء.

ولعلّ وجه كون هذا الاحتمال الخامس بعيداً - بالقياس إلى الاحتمال الثالث والرابع - هو ابتناؤه على استفادة الإذن من أدلة الإحياء حتى بالنسبة إلى الأراضي التي ليست رقبتهما للإمام عليه السّلام، وإنّما هو وليّ على ملاكها، فلا يبعد اختصاص أدلة الإحياء بغير مملوك الناس.

و ممّا ذكرنا (1) يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة، كأوراق الأشجار وأثمارها، وأخشاب الأبنية، و السقوف الواقعة، و الطين المأخوذ من سطح الأرض، و الجصّ و الحجارة و نحو ذلك، فإنّ مقتضى القاعدة (2) كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين، و لذا (3) صرّح جماعة كالعلامة و الشهيد

---

و على كلّ فلا وجه للاحتمال الأول و الثاني. أمّا الأول فلعدم ولاية السلطان الجائر حتى ينفذ في ما أعطاه إلى شخص.

و أمّا الثاني فلمنافاته لعموم ولاية الفقيه في زمان الغيبة.

(1) حكم ما ينفصل عن الأرض المفتوحة عنوة هذه هي الجهة الثانية التي أشرنا إليها في (ص 469). أي: و من ملكية الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين كافة- و عدم جواز التصرف فيها إلا بمراجعة الحاكم الشرعي أو السلطان الجائر- يعلم حال ما ينفصل عن تلك الأرض كأوراق الأشجار و أثمارها، إلى غير ذلك، و أنّ المنفصل عنها كأجزائها المتصلة في حرمة التصرف فيها إلا بمراجعة من عرفت.

وقد تعرض المصنف في الأجزاء المنفصلة لوجهين، هذا أحدهما، و سيأتي الوجه الثاني بقوله: «و يحتمل» و رجّحه بالسيرة.

(2) و هي: استصحاب ملكية المنفصلات للمسلمين، لكون الاتصال و الانفصال من الحالات المتبادلة، لا من مقومات الموضوع. فلا وجه للإشكال في هذا الاستصحاب بتبدل الموضوع.

و يمكن جريان الأقوال المذكورة- في نفس الأرض- فيما ينفصل عنها.

(3) أي: و لأجل القاعدة المذكورة صرّح جماعة بأنّ جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة مشروط بأن لا تكون آلات تلك الأبنية من تراب الأرض، إذ لو كانت من ترابها كانت بحكم نفس الأرض، و ملكاً لقاطبة المسلمين.

قال صاحب الجواهر- في رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة و أشجارها-

والمحقق الثاني وغيرهم - على ما حكى عنهم - بتقييد (1) جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما (2) إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض (3).

نعم (4)، الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين (5)، لأنها (6) ممّا ينقل.

ما لفظه: «وقد قيّد جماعة البناء بما إذا لم يكن معمولاً من ترابها، وإلا كان حكمه حكمها» (1) يعني في عدم الجواز.

(1) متعلّق بـ «صرّح».

(2) متعلّق بـ «تقييد».

(3) حكاه السيد العاملي عن هؤلاء صريحاً بقوله: «مع التقييد في الأربعة الأخيرة - وهي التذكرة والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان - بما إذا لم يكن البناء معمولاً من ترابها» (2).

وقد نسبه صاحب الجواهر أيضاً إلى جماعة كما تقدم آنفاً. ولكن لم أظفر بهذا التقييد في الدروس وجامع المقاصد بعد ملاحظة مواضع منهما. نعم هو مصرّح به عن العلامة والمحقق الأردبيلي قدس سرهما. ولا بدّ من مزيد التتبع.

(4) حاصله: أنّ ما تقدم من أوراق الأشجار وغيرها كان ممّا يحدث بعد فتح الأرض. وأمّا إذا كانت تلك الأشياء موجودة في الأرض حال الفتح، فهي لخصوص المقاتلين، لأنها من الغنائم المنقولة التي هي ملك المقاتلين فقط. وقاعدة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه تقتضي عدم جواز التصرف إلا بإذن الحاكم أو السلطان.

(5) خبر لقوله: «الموجودة» وضمير «فيها» راجع إلى الأرض».

(6) تعليل لكون الموجودة في الأرض المفتوحة للمقاتلين، وقد مرّ توضيحه آنفاً بقولنا: «لأنّها من الغنائم .. إلخ».

(1) جواهر الكلام، ج 25، ص 129

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 82، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 17 (الحجرية)؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج 9، ص 145

ص: 478

و حينئذ (1) مقتضى القاعدة (2) عدم صحّة أخذها إلا من السلطان الجائر، أو (3) من حاكم الشرع.

مع (4) إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأنّ القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض، لا أجزاءها، إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع

(1) يعني: و حين البناء على كون الموجودة في الأراضي الخراجية حال الفتح للمقاتلين كلّهم، فمن أراد من المسلمين غير المقاتلين أن يأخذ هذه الآثار الموجودة حال الفتح، فيعتبر أن يكون الأخذ بإجازة من السلطان الجائر، أو الحاكم الشرعي، لأنّ المفروض أنّ الموجودة في الأرض المفتوحة عنوة ملك للمقاتلين. فمقتضى قاعدة عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه لزوم كون التصرف بالإذن.

(2) و هي حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه.

(3) التريديد- مع أنه قدس سرّه رجّح الاحتمال الثالث، و هو: إناطة جواز التصرف بإذن خصوص الفقيه- إمّا لأجل بيان الحكم بناء على الاحتمال الأوّل أو الرابع، و إمّا لأجل عدم إمكان الاستيذان من الحاكم الشرعي.

(4) هذا وجه لعدم الحاجة في أخذ الأشياء- المذكورة في المتن- إلى إجازة الجائر أو حاكم الشرع. و محصل هذا الوجه: خروج الأمور المذكورة عن دائرة ما يتوقف جواز أخذه على إجازة الحاكم أو الجائر، بأن يقال: إنّ مورد التوقف على الإجازة هو منفعة الأرض، لا أجزاءها كالأشياء المذكورة. إلا أن يكون أخذها على وجه الانتفاع لا التملك، فحينئذ يجوز الأخذ بإجازة السلطان، مع فرض أنّ الشارع أمضى تصرفاته في عصر الغيبة.

و بعبارة أخرى: الغرض من قوله: «مع إمكان أن يقال» منع ما أفاده قبل أسطر من كون الأجزاء المنفصلة عن الأرض المفتوحة عنوة بحكم نفس الرقبة في توقف التصرف فيها على إذن السلطان الجائر.

و وجه المنع: أنّ مورد نفوذ إذن الجائر هو ما حلّ أخذه منه، على ما ذكرناه في توضيح قوله: «إلا فيما أعطاه السلطان الجائر الذي حلّ قبول الخراج منه».

و حيث إنّ الخراج كالمقاسمة أجرة الأرض، كان حكم الأجزاء المنفصلة عن الأرض أجنبيّا عما دلّ على اعتبار إذن السلطان في حلّ التصرف في الأرض المفتوحة

لا التملك، فيجوز (1) [1].

ويحتمل (2) [2] كون ذلك بحكم المباحات،

عنة. وذلك لعدم صدق «المنفعة والخراج» على ما ينفصل من الأرض حتى يلزم الرجوع إلى الجائر في تملك ما يكون فيها نعم من خشب البناء المهذوم، أو يتولد منها.

نعم لو قصد المتصرف مجرد الانتفاع بتلك الأجزاء لا تملكها جاز الاستيذان من الجائر الذي أمضى الشارع إعطاءه الأرض المفتوحة عنة للانتفاع بها.

ولا فرق في ما ذكر - من التفصيل بين قصد التملك وقصد الانتفاع - بين كون الأجزاء المنفصلة مقومة للأرض المعمورة بما هي معمورة، كأجزاء الدار من الجدران والأخشاب، وبين منافع الأرض وإن كانت هي أعياناً كالأشجار النابتة فيها والجص المطبوخ منها، والطين والآجر المعمولين منها.

ووجه عدم الفرق ما ذكر آنفاً من: أن مورد اعتبار إذن الجائر هو الانتفاع لا التملك.

(1) يعني: فيجوز الأخذ من السلطان للانتفاع دون التملك.

(2) هذا راجع إلى الاحتمال الآخر في المسألة، أعني به ما ينفصل عن الأرض

[1] يمكن القول بعدم الجواز أيضاً، لأن الانتفاع خارج عن المنفعة التي هي مورد إجازة السلطان، وداخل في المحرم الذي هو الركون إلى الظالم.

نعم يمكن أن تكون الأشياء المذكورة داخلة فيما أحله الأئمة الطاهرون عليهم أفضل الصلاة والسلام للشريعة إن لم يختص ذلك بالأنفال.

[2] هذا الاحتمال بعيد جداً، لأنه مخالف لقاعدة تبعية المنفعة للعين في الملكية، وذلك لأن منافع الأرض كنفستها مملوكة للمسلمين، لقاعدة التبعية، غاية الأمر أنه يجوز بيعها وصرف ثمنها في مصالح المسلمين، كصرف سائر منافعها في مصالحهم.

بخلاف نفس الأرض المفتوحة عنة، فإنها مملوكة للمسلمين، لكن لا يجوز بيعها وشراؤها.

لعموم [1] «من سبق إلى ما لم يسبق (1) [يسبقه] إليه مسلم فهو أحقّ به» (1).

و يؤيدّه (2)- بل يدلّ عليه- استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر والكوز والأواني [2] وما عمل من التربة الحسينية [3].

المفتوحة عنوة من الأجزاء. و حاصل هذا الاحتمال هو كون تلك الأجزاء بحكم المباحات الأصلية في عدم الحاجة في تملكها إلى إجازة أحد، بل من سبق إليه فهو أحقّ من غيره به.

(1) كذا في نسختنا، وفي المستدرک و بعض نسخ الكتاب «لم يسبقه».

(2) أي: و يؤيدّ احتمال كون الأجزاء المنفصلة عن الأرض المفتوحة عنوة بحكم

و لا سبيل إلى الخروج عن قاعدة التبعية بالنسبة إلى منافع الأرض المفتوحة عنوة، فلا وجه لتملكها بالحيازة كحيازة المباحات، لا اختصاص دليل الحيازة بغير أملاك الناس.

[1] لكنه لا يفيد الملكية، بل الأولوية. مع أنه سيق لبيان حكم آخر، وهو أولوية السابق من اللاحق، فلا إطلاق له بالنسبة إلى المفتوحة عنوة وغيرها.

[2] يمكن دعوى انصراف الأدلة عن مثل هذه التصرفات، فيرجع فيها إلى قاعدة الحل.

[3] يمكن أن يقال- بعد الغض عن دعوى الانصراف المتقدمة-: إنّ ما دلّ على الحثّ و الترغيب في أخذ التربة الحسينية و التبرک بها في الصلاة و غيرها إذن عامّ، و معه لا حاجة إلى إجازة الفقيه أو السلطان الجائر، هذا.

ثمّ إنّ التمسك بالسيرة إنّما يتجه فيما إذا أحرز كون موردها الأشياء المعمولة من أرض العراق المحيية في حال الفتح. و لا سبيل إلى إحرازه. فالمستند في جواز الأ-مور المذكورة هو قاعدة الحل الجارية في الشبهات الموضوعية التي منها مورد بحثنا، إذ لا يعلم أنّ تلك الأمور معمولة من قسم المعمور من المفتوحة عنوة، أو من قسم الموات منها.

(1) عوالي اللئالی، ج 3، ص 480، ح 4، و رواه عنه في مستدرک الوسائل، ج 17، ص 112، ح 4

و يقوّي هذا الاحتمال (1) بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض (2).

---

المباحات- بل يدلّ عليه- استمرار السيرة و استقرارها خلفا عن سلف على بيع ما يعمل من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأواني، و كذا بيع ما يعمل من التربة الحسينية على ساكنها أفضل الصلاة و التحية، فإنّ هذه السيرة المتصلة بزمان أصحاب الأئمة عليهم السّلام دليل على إباحة التصرف فيها، و عدم الحاجة إلى إجازة الحاكم أو الجائر.

و هذه السيرة ذكرها السيد العاملي قدّس سرّه بقوله: «و قد يقال بالجواز في ذلك- أي بجواز رهن بناء الأرض المفتوحة عنوة المأخوذ من ترابها- كما هو ظاهر إطلاق الباقيين، عملا بما استمرّت عليه السيرة من بيع الأباريق و الحجلات- وهي الزقاق للشرب- و الحبوب و السبح الحسينية على مشرفها السلام، و غير ذلك مما يعمل من ترابها» (1) لكنه قدّس سرّه أمر بالتأمل. و لعلّه لذا عبّر المصنف بالتأييد أولا، لكنه لقوة السيرة عدل إلى الدلالة.

(1) يعني: و يؤيّد احتمال كون الأجزاء المنفصلة عن الأرض بحكم المباحات بعد بقائها بعد انفصالها على جزئيتها من الأرض.

(2) العبارة لا تخلو من اضطراب، إذ لو كان انفصال هذه الأجزاء عن الأرض بعيدا لزم الحكم عليها بما يحكم على نفس الأرض من كونها ملكا للمسلمين، و لا وجه لتقوية الإباحة، مع أنّ مقصوده قدّس سرّه تأييد احتمال الإباحة.

فالأولى أن يقال: «بعد كون هذه الأجزاء من الأرض بعد انفصالها».

هذا تمام الكلام في حكم الأراضي، و بذلك تمّ البحث عن اشتراط البيع بالملك، و سيأتي الكلام في اشتراط الطلق إن شاء الله تعالى.

---

فإن كان من القسم الثاني صار الآخذ لها مالكا لها. و العلم الإجمالي بوجود قطعات معمورة حال الفتح في أرض العراق لا أثر له بعد خروج بعضها عن الابتلاء. فقاعدة الحلّ تجري فيها بلا مانع، كجريانها في الشبهات البدوية غير المقرونة بالعلم الإجمالي.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 82

ص: 482

إشارة

و اعلم أنه ذكر الفاضلان (1) و جمع (2) ممّن تأخّر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية: كونه (3) طلقاً. و فرّعوا عليه (4) عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثني، و لا الرهن (5) إلا بإذن المرتهن

(1) الثالث من شروط العوضين: كون الملك طلقاً و هما المحقق و العلامة قدّس سرهما، فإنّهما جعلاً الطّلقيّة شرطاً آخر من شرائط العوضين. قال المحقق: «الثاني: أن يكون طلقاً» (1).

و قال العلامة: «و يشترط في الملك التمامية» و لم نعثر على من اعتبر هذا الشرط قبلهما، و لذا قال المحقق الكبير التستري قدّس سرّه في المقابس: «و العبارتان- أي الطلق و التمامية- متداولتان بين متأخري الأصحاب» (2).

(2) كالشهيدين و المحقق الثاني و الفاضل السبزواري و المحدث البحراني و الفاضل التراقي قدّس سرهم (3).

(3) أي: كون كلّ من العوضين طلقاً.

(4) أي: فرّعوا على اعتبار طّلقيّة الملك في العوضين: عدم جواز بيع الوقف إلا في الموارد المستثناة التي سيأتي تفصيل البحث فيها.

(5) يعني: و فرّعوا أيضاً على اعتبار طّلقيّة الملك: عدم جواز بيع العين المرهونة إلا بإذن المرتهن أو إجازته، حيث إنّ الرهن يخرج المرهونة عن الطّلقيّة، و يوجب تعلق حق المرتهن بها بحيث لا يصحّ البيع إلا بإذنه أو إجازته.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17، قواعد الأحكام، ج 2، ص 23

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 42

(3) الروضة البهية (اللمعة و شرحها) ج 3، ص 253، جامع المقاصد، ج 4، ص 97، كفاية الأحكام، ص 89، الحدائق الناضرة، ج 18، ص 438، مستند الشيعة، ج 14، ص 307



أو إجازته (1)، ولا (2) أمّ الولد إلا في المواضع المستثناة.

## [المراد بالطلاق]

و المراد بالطلاق (3) [1] تمام السلطنة على الملك، بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، و يكون (4) مطلق العنان في ذلك (5).

لكن هذا المعنى (6) في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بنقله،

(1) الفرق بين الإذن و الإجازة هو السبق و اللحق، فإن أظهر المرتهن رضاه قبل أن يبيع الراهن كان إذنا له، و إن كان بعده كان إمضاء و إجازة، نظير إجازة بيع الفضولي.

(2) يعني: و فرّعوا على اعتبار طلقية الملك عدم جواز بيع أمّ الولد إلا في مواضع سيأتي التعرض لها إن شاء الله تعالى.

(3) بعد بيان آثار شرطية الطلاق - من الاحتراز عن البيع في موارد - أراد أن يبيّن مفهوم الشرط و هو الطلاق، و محصله: أنّ المراد بالطلاق هو السلطنة التامة للمالك على ملكه، بأن يفعل بملكه ما شاء و أراد، بلا توقف على إذن أحد أو إجازته.

و بعبارة أخرى: الطلاق هو الذي يكون ماله مطلق العنان في التصرف في ملكه، من غير فرق في ذلك بين التصرف الخارجي و الاعتباري.

(4) معطوف على «يكون» و الضمير المستتر فيه راجع إلى المالك.

(5) أي: في فعله بملكه ما شاء.

(6) أي: تمام السلطنة على الملك. و هذا تمهيد للإشكال على تفسير «الطلاق» بما ذكر،

[1] الأولى أن يقرّر هكذا: إن أريد بالطلاق السلطنة التامة على الملك بجميع أنحاء التصرفات الاعتبارية و الخارجية، فعدم اعتباره غني عن البيان، لوضوح عدم اعتباره في صحة البيع. فإذا حلف على عدم هبة ماله الخاصّ مطلقا أو من شخص خاصّ، فلا إشكال في جواز بيعه و صحته حينئذ، مع عدم السلطنة التامة على هذا المال، لمكان الحلف.

و إن أريد به السلطنة التامة على البيع و إن لم يكن له سلطنة على غير البيع من التصرفات، فمرجهه إلى اشتراط صحة البيع بصحة بيع متعلقة للمالك مستقلاً. و هذا لا معنى له، لأنه من قبيل جعل الشيء مشروطاً بنفسه.

فالطلاق بعنوانه ليس شرطاً، بل الشرط حقيقة هو انتفاء الحقوق الخاصة المانعة عن تصرف المالك في ملكه. و الطلاق منتزع عن انتفاء تلك الحقوق، فيصح أن يقال: يشترط في صحة البيع أن لا يكون المبيع وقفاً أو مرهوناً، و هكذا.



و يكون نقله (1) ماضيا فيه، لعدم (2) تعلّق حقّ به مانع (3) عن نقله بدون (4) إذن ذي الحقّ، فمرجعه (5) إلى أنّ من شرط البيع أن يكون (6) متعلّقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقّلاً. وهذا [ممّا] لا محصّل له.

فالظاهر (7) أنّ هذا العنوان

و حاصله: أنّ مرجع تفسير «الطلق»- بما مرّ- إلى استقلال المالك بنقل ملكه إلى غيره و مضيّه، لعدم تعلّق حقّ أحد به يكون مانعا عن نقله بدون إذنه.

فمآل هذا الشرط إلى اشتراط صحة البيع بأن يكون متعلّقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقّلاً، لأنّ وجود كل ممكن- حتى الموجود الاعتراري- منوط بعدم المانع، فلو تحقق المانع امتنع وجود الممنوع، كالرطوبة المانعة عن وجود الإحراق.

فهو نظير أن يقال: يشترط في صحة الصلاة أن تكون الصلاة صحيحة، و يشترط في جواز البيع جواز بيع المبيع.

(1) يعني: و يكون نقل المالك ماضيا في ملكه.

(2) تعليل لمضيّ الحق و نفوذه.

(3) صفة ل «حق» و ضمير «نقله» راجع الى الملك.

(4) متعلق ب «نقله».

(5) أي: مرجع قيدية «الطلق» إلى: أنّ من شرائط صحة البيع صحة بيع متعلّقه للمالك مستقّلاً، و هذا كما في المتن لا محصّل له، إذ لا معنى له إلا اعتبار صحة بيع المبيع في صحة البيع، نظير أن يقال: جواز البيع مشروط بجواز بيع المبيع.

(6) منصوب محلاً، لكونه اسم «ان» و خبره المقدم هو «من شرط».

(7) بعد أن استشكل المصنف قدّس سرّه بقوله: «لكن هذا المعنى في الحقيقة .. الخ» على اعتبار الطلق في البيع، استظهر عدم اعتبار عنوان الطلق بالمعنى المذكور في البيع، وقال:

إنّ عنوان الطلق في نفسه ليس شرطا في صحة البيع حتى يتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف و غيره، بل الشرط هو انتفاء كلّ حقّ يمنع المالك عن التصرف في ماله كالنذر و الشرط و الرهن و غيرها.

فليس الطلق شرطا وجوديّاً كالماليّة و غيرها من شرائط العوضين، بل «الطلق» منتزَع عن عدم تعلّق حقّ أحد بالعوضين يمنع المالك عن التصرف في ملكه.

فحينئذ يصحّ أن يقال: يشترط في صحة البيع أن لا يكون العوضان متعلّقين لحق شخص



ليس في نفسه شرطاً [1] ليتفرّج عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أمّ الولد، بل (1) الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصة (2) وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك، كالنذر و الخيار و نحوهما. و هذا العنوان (3) منتزِع من انتفاء تلك الحقوق.

---

مانع عن تصرف المالك في ملكه.

و هذا التوجيه أفاده صاحب المقابس أيضاً- بعد الاعتراض على جعل الطلق شرطاً- بقوله: «ويمكن أن يقال: إنهم قصدوا بذلك ما ذكروه مفصّلاً من عدم كونه وقفاً و لا رهناً و لا غير ذلك مما يأتي بيانه .. و وجه التعبير بالعنوان المشترك قصد الاختصار و الضبط» (1).

(1) استدراك على قوله: «فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً».

(2) و هي: بيع الوقف و المرهونة و أمّ الولد، يعني: ليس تعلق مطلق الحق مانعاً من صحة البيع، حتى ينتزع شرط كلي مطّرد بعنوان «الطلق» من عدم تعلق الحق.

و الوجه في انتزاعه من انتفاء بعض الحقوق هو التزامهم بصحة البيع في جملة من الموارد كالعين المنذورة لمصرف خاص، و كالمبيع بالبيع الخياري الذي تعلق به حقّ من له الخيار، و غير ذلك.

(3) أي: كون الملك طلقاً- بحيث لا يكون المالك محجوراً عن التصرف فيه- منتزِع من انتفاء الحقوق المانعة عن نفوذ التصرف فيه، فالطلق أمر عديمي أي عدم مانع من التصرف فيه، فيصح أن يقال: يشترط في البيع أن لا يكون العوض فيه متعلقاً لحق الغير.

---

[1] خلافاً للمحقق النائيني قدّس سرّه، حيث إنّه جعل الطلق شرطاً وجودياً، و هو مرسلية الملك بالنسبة إلى مالكة، بأن يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء من بيعه و إجارته و جميع تقلباته. و ليس مرجعه إلى جواز البيع حتى يردّ بأنّه لا معنى لاشتراط جواز البيع بأن يكون المبيع جائز البيع. الى آخر ما أفاده المقرر و هو العلامة الآملي قدّس سرّه (2).

و لا يخفى أنّ ما أفاده الميرزا قدّس سرّه من تفسير الطلق بمرسلية الملك بالنسبة إلى

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 42

(2) المكاسب و البيع، ج 2، ص 373

فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان في نقله، غير محبوس عليه (1) لأحد (2) الحقوق التي ثبت منعها (3) للمالك عن التصرف في ملكه. فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع (4) تمهيداً لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيساً لشرط (5)

---

(1) أي: على النقل.

(2) متعلق بـ «محبوس» وضميره راجع إلى الملك المستفاد من العبارة.

(3) هذا الضمير راجع إلى الحقوق، يعني: ثبتت مانعية تلك الحقوق عن تصرف المالك في ملكه.

(4) وهو الطلق، حيث إنه منتزع عن عدم تعلق حقوق بالملك مانعة عن تصرف المالك في ملكه، وليس عنواناً متأصلاً. فكأنه قيل: يعتبر في البيع أن لا يكون العوضان متعلقين لحقوق تمنع المالك عن التصرف في ملكه، فالمانع حقيقة عن صحة البيع هو تلك الحقوق التي عدمها منشأ انتزاع عنوان الطلق، فعدمها شرط صحته، لا أن الطلق المنتزع عن عدمها شرط.

(5) على حدّ سائر شرائط العوضين حتى يتفرع عليه ما بعده من الوقف والرهن

---

المالك، بأن يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء، وكذا تفسير «الطلق» بكون الملك مطلق العنان للمالك، وكون سلطنته عليه تامة في مقابل السلطنة الناقصة.

فيه أولاً: أنّ مرسلية الملك وتمام السلطنة ونظائرها من التعبيرات منتزعة عن عدم تعلق حق به يمنع عن تصرف المالك، إذ مع تعلق حق كذائي به لا يصحّ هذه التعبيرات.

فالمدار على منشأ الانتزاع، وهو عدم تعلق حق به يمنع المالك عن التصرف بدون إذن ذي الحق.

وثانياً- بعد الغرض عنه:- ليس الطلق بهذا المعنى الواسع شرطاً لصحة البيع، بل الشرط هو عدم تعلق حق به مانع عن بيع المالك، لا كلّ حقّ كحلف المالك على عدم هبة ماله، أو عدم بيعه من شخص خاص، أو غير ذلك من الحقوق غير المانعة عن بيعه.

فما أفاده المصنف قدّس سرّه من كون الشرط عدم تعلق حقّ مانع عن البيع متيناً جداً.

ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس (1).

### [الحقوق الثلاثة المانعة عن البيع]

ثم إن أكثر من تعرّض لهذا الشرط (2) لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة (3) المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ (4) الجاني، و اختلفوا في حكم بيعه (5).

وأمّ الولد.

(1) يعني: أنّ الأصل في الشرطية هي الأ-مور المذكورة، و «الطلق» فرع، لا- أنّه الأصل و تلك فروع. فالمراد بالعكس هو كون الوقف و أخواته أصلاً، و الطلق فرعاً.

(2) و هو كون الملك طلقاً، بحيث لا يكون المالك محجوراً عن التصرف في ماله.

(3) أحدها: حق الطبقات اللاحقة في العين الموقوفة.

و ثانيها: حقّ المرتهن المتعلق بالعين المرهونة.

و ثالثها: حقّ انتعاق الأمة بتشبيها بالحرية بصيرورتها أمّ ولد.

و ممّن اقتصر على مانعية هذه الحقوق الثلاثة المحقق و العلامه و صاحب الكفاية و المستند «(1)». و اقتصر الشهيدان في اللمعة و شرحها على حق الوقف و أمّ الولد «(2)».

(4) هذا من إضافة الحق إلى من عليه الحقّ، و إلاّ فالحقّ للمجني عليه لا للجاني، و لذا قال العلامه «و يجوز بيع الجاني .. و لا يسقط حق المجني عليه عن رقبتة في العمد» «(3)».

(5) فجوّزه العلامه و جماعة، كما في مفتاح الكرامة، مع توقفه على إجازة المجني عليه- في صورة العمد- و تردد فيه المحقق «(4)»، و تعرّض له صاحب الحدائق أيضاً «(5)».

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17، قواعد الأحكام، ج 2، ص 23، كفاية الأحكام، ص 89، السطر الأخير، مستند الشيعة، ج 14، ص

(3) قواعد الأحكام، ج 2، ص 23

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 265 و 266

(5) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 458

ص: 488



و الظاهر أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض (1) من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر- بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر (2)- النذر (3) المتعلّق بالعين قبل البيع،

---

(1) و هو المحقق الشوشتري في المقابس، وقد أنهاها إلى اثنين وعشرين سببا، و تكلم المصنف في الأربعة المعروفة مفصّلا، و أشار إلى أربعة عشر منها، و أهمل أربعة منها.

أولها: تعلق حق الغرماء بمال المفلس أو الميت.

ثانيها: تعلق حق المضمون له بالمال إذا شرط أداء الضمان منه.

ثالثها: عدم تمامية سبب الملك في المتبرعات، كالهبة و الهدية و الصدقة قبل القبض بناء على كون القبض شرط للزوم لا الصحة.

رابعها: عدم تمامية سبب الملك في المعاوزات كبيع الصرف قبل القبض بناء على كونه شرطا للزوم لا الصحة.

(2) يعني: أنّ صاحب المقابس زاد على الحقوق الأربعة المعروفة أمورا أخرى عدّها من أسباب نقص الملك. و ليس المراد أنّه قدّس سرّه قدّم هذه الأربعة في الذّكر، ثم تعرض لغيرها. إذ المبحوث عنه في المقابس مرتّبا هو الوقف و أمّ الولد و العبد الجاني و الارتداد و الرهن و النذر، و هكذا، فالنذر سبب سادس في المقابس، و خامس في المتن. كما أنّ الارتداد سبب رابع هناك و سابع في المتن.

فغرض المصنف قدّس سرّه الإشارة إلى نفس الحقوق المذكورة في المقابس مع الغصّ عن ترتيبها.

(3) مفعول قوله: «فذكر». قال في المقابس في عدّ أسباب نقص الملك: «السبب السادس: تعلق حق النذر و شبهه، كقوله: لله عليّ أو عليّ عهد لله أنّ هذا المال المعين أو ما في حكمه صدقة للفقراء، أو لفلان. أو الغنم أضحية أو هديا، أو هذا العبد حرّا. أو تكون- أي تكون صيغة النذر أو العهد- لله عليّ أو عليّ عهد الله أن أتصدّق بهذا المال على الفقراء...» «1».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 109

(1) معطوف على «النذر» قال في المقابس: «الثاني عشر: ثبوت الخيار للبائع أو للمشتري، أو كليهما، أو غيرهما. أمّا الأوّل - وهو ثبوت الخيار للبائع خاصة- فإنه يمنع من تصرّف المشتري في المبيع بنقله أو نقل منافعه أو تعريضه لذلك كالرهن، وإن كان ملكا له و جاز له الانتفاع بغير النقل كما هو الأصح، وإنّما منع من النقل، لمنافاته حقّ البائع من الخيار، فلا ينفذ كما نصّ عليه العلامة في القواعد» (1).

و توضيحه: أنّهم اختلفوا في كون متعلّق الخيار هو العقد، فلا أثر لبقاء العوضين و تلفهما في ثبوته، أم هو العوضين. و تفصيل هذا البحث موكول إلى أحكام الخيار إن شاء الله تعالى. لكن لا بدّ من بيان المطلب إجمالاً، و الوجه في عدّ حقّ الخيار من موانع الطلق، أو من أسباب نقص الملك، فنقول:

بناء على قيام حق الخيار ابتداء بنفس العوضين، فوجه منع من عليه الخيار من التصرف المنافي لحقّ ذي الخيار في المدة المضروبة واضح، لكون تصرفه تضييعاً لحقّ محترم، فلا ينفذ كما نقله صاحب المقابس عن العلامة.

و بناء على قيام حق الخيار بالعقد، كما لعلة المستفاد من تعريفه بأنّه «ملك فسخ العقد و إقراره» فلاّن من له الحق و إن جاز له الفسخ، سواء أ كانت العين باقية فيستردّها، أم تالفة فيستردّ بدلها، و لا يتوقف استيفاء الحق على بقاء العين، إلا أنّ العقد المتعلّق للخيار له تعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما إلى مالكيهما بحلّ العقد، فلا يجوز لمن عليه الخيار التصرف المنافي لحقّ ذي الخيار، و لا ينفذ.

هذا بالنسبة إلى كافة أقسام الخيار. و قد يجب على من عليه الخيار إبقاء العين في المدة المضروبة من باب وجوب الوفاء بالشرط الضمني، كما في بيع الخيار - المبحوث عنه في خيار الشرط - من أنّه لو شرط البائع على المشتري حفظ المبيع في المدة المعيّنة ليتمكّن من استرداده بعد ردّ الثمن إلى المشتري، لزمه الوفاء به و منع من التصرف فيه.

ثم إنّ صاحب المقابس بعد نقل كلمات القوم، قال: «و لا يبعد أنّ للمشتري نقله عن الملك و عتقه، و يصحّ، و لا يتوقف على إجازة ذي الخيار .. و لكنه لا يجوز الإتلاف،

المتعلّق به (1).

و الارتداد (2).

و الحلف (3) على عدم بيعه.

---

لمنافاته لحقّ ذي الخيار» (1).

(1) أي: بالعين، فالأولى تأنيث الضمير. و التقييد بالعين إمّا لتعلق كافة الخيارات بالعوضين ابتداء، أو بواسطة تعلّقها أولاً بالعقد، و ثانياً بهما. و إمّا للاحتراز عمّا لو جعل البائع الخيار لنفسه مطلقاً سواء بقي المبيع بحاله، أم أتلفه المشتري أو نقله إلى غيره، لبقاء الخيار بعد التلف و النقل، فيسترد البائع البدل. بخلاف ما لو اشترط بقاء العين، فإنّه لا يجوز للمشتري نقله إلى الغير صيانة لحقّ البائع.

(2) معطوف على «النذر» قال في المقابس: «السبب الرابع من أسباب النقص:

الارتداد، و كلّ ما حدّه القتل من المحاربة و اللواط و بعض أقسام الزنا. أمّا الارتداد ففي منعه عن البيع أقوال ..» (2).

و المراد به ارتداد المملوك. فإن كان عن فطرة فحكمه القتل. و إن كان عن مدّة فحكمه الاستتابة ثم القتل إن لم يتب. هذا حكم الرجل المرتدّ بقسميه [1]. و أمّا المرأة مطلقاً فحكمها الحبس و الضّرب أوقات الصلاة إلى أن تتوب أو تموت.

(3) معطوف أيضاً على «النذر» و مثل الحلف على عدم البيع هو الإيضاء به كما في المقابس، حيث قال: «السبب السابع من أسباب النقص: أن يكون منهياً عن بيعه لحلف

---

[1] إن كانت المعاملة سفهية أو ممّا يوجب أكل المال بالباطل، لسقوطه بسبب وجوب القتل عن المالية عرفاً، فلا إشكال في بطلان البيع، و إلا ففيه إشكال، بل منع، لإمكان خروج المعاملة عن السفهية و عن أكل المال بالباطل بأن يشتريه من عليه كفارة، فيعتقه، ثم يقتل، فتدبّر.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 121

(2) المصدر، ص 103

ص: 491

و تعيين (1) الهدى للذبح.

و اشتراط (2) عتق العبد في عقد لازم،

أو وصية. فالأول كما لو حلف أن لا يبيعه، أو لا يخرج عن ملكه. والأصح أنه يصح بيعه، وإن أثم بذلك، ووجب عليه الكفارة مع العمد والعلم. ويلزم على قول من أفسد البيع وقت النداء أن يحكم بفساده- أي بفساد البيع هنا- أيضا.

إلى أن قال: «و الثاني: كما لو أوصى بمال لشخص، و شرط في الوصية أن لا يخرج عن ملكه أو لا يبيعه، فإذا انتقل إلى الموصى له و جب عليه العمل بمقتضى الوصية، عملاً بالعمومات. و لو باع فسد بيعه، لكون التملك وقع على نحو خاص كما في الوقف، لا مطلقاً، ولأنّ حكمة النهي لا تتم إلا بإبطاله» (1).

ففرّق صاحب المقابس بين الحلف على عدم البيع، فرجّح صحة البيع لو باعه.

و بين الوصية بعدم البيع، فحكم بالبطلان لو باعه الموصى له.

و كيف كان ففي مورد الحلف يتوقف بطلان البيع على أمرين ممنوعين:

أحدهما: اقتضاء الأمر بالوفاء بالحلف- على عدم البيع- للنهي التكليفي عن ضده الخاص و هو البيع.

و ثانيهما: اقتضاء الحرمة التكليفية للوضع أعني به الفساد.

(1) معطوف أيضا على «النذر» و المقصود تعيين الهدى بالإشعار أو التقليد، لصحیحة الحلبي المعمولة بها (2).

قال في المقابس في السبب الثامن: «تعيين الهدى للذبح، و سياقه بإشعاره أو تقليده، فإنه لا يخرج بذلك عن ملك سائقه، لكنّه لا يجوز له إبطاله و نقله عن الملك، بل يجب ذبحه بمنى إن كان في إحرام الحج، و في مكة إن كان في إحرام العمرة» (3).

(2) هذا أيضا معطوف على «النذر» و المراد به أن يبيع عبدا و يشترط على المشتري عتقه، أو اشتراط عتقه في ضمن عقد لازم غير البيع، كالإجارة و الصّح، قال

(1) مقابس الأنوار، ص 119

(2) وسائل، ج 10، ص 126، الباب 27 من أبواب الذبح، ح 1

(3) مقابس الأنوار، ص 119

في المقابس: «و هذا- أي بطلان البيع لو باعه المشتري- بناء على صيرورة الشرط لازما يجب الوفاء به بعد أخذه في العقد مطلقا أو في خصوص هذا الشرط، لتعلق حقّ الله تعالى به والعبد، وعدم اختصاصه بالبائع- حتى يجوز البيع بإسقاط حقّه- أو عدم استحقاقه- أي البائع- لذلك. فعلى هذا لو باعه كان باطلا ..» [1] «1» [1].

وعلى هذا فالبطلان مبني على كون الشرط موجبا لحدوث حقّ للمشروط له، بحيث يكون العبد متعلّقا لحقّه، وإلا فلا.

(1) معطوف على «النذر» وهذا سابع الحقوق الموجبة لنقص الملك، قال في المقابس: «السبب العاشر: المكاتبه المشروطة أو المطلقة في غير ما تحرّر منه بالأداء، فإنّها تمنع المولى من التصرف فيه .. إلخ» (2).

وتوضيحه: أنّ الكتابة عقد لازم يقع بين المولى والمملوك، وهي معاملة مستقلة بينهما ثمرتها تحرّر المملوك بعد أداء مال الكتابة، وهي على قسمين مطلقة ومشروطة، فالمطلقة أن يقول المولى: «كاتبك على عوض كذا في مدة كذا، فإذا أديت فأنت حرّ» فإن أذى المملوك من مال الكتابة شيئا تحرّر منه بحسابه.

[1] واستدلّ على صحة البيع- بعد الأصل والعمومات- برواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الذي يحلف على المتاع أن لا يبيعه ولا يشتريه، ثم يبدو له، فيكفر عن يمينه» (3). فهي تدل على صحة البيع مع الكفارة. بل بدونها كما في رواية أخرى «يبيع ولا يكفر» (4) لكن لا مجال للعمل بها، لمخالفتها للقواعد، مع الإعراض عنها.

والضابط المطّرد في بطلان البيع في الموارد المذكورة في المقابس وغيرها هو كون المبيع متعلّق حق الغير، بحيث يتوقف صحة بيعه على إذن ذي الحق، أو دلالة دليل خاص على البطلان، وإلا فمجرد النهي التكليفي لا يكفي في إثبات البطلان.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 119

(2) مقابس الأنوار، ص 119 و 120

(3) وسائل الشيعة، ج 16، ص 147، الباب 18 من كتاب الايمان، ح 11

(4) المصدر، ح 10

بالنسبة (1) إلى ما لم يتحرّر منه، حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء.

والتدبير (2) المعلق على موت غير المولى،

والمشروطة هي أن يقول المولى لمملوكه- زيادة على ذلك: «فإن عجزت عن الأداء فأنت ردّ في العتق» (1).

وفي كلا القسمين يكون المولى- في مدة الكتابة- ممنوعا من إخراج المملوك عن ملكه. مع فرق بين القسمين، وهو: أنّ المنع في المشروطة يكون بالنسبة إلى تمام الرقبة، وفي المطلقة يكون بالنسبة إلى ما لم يتحرّر منه، كما إذا اتفقا على كون العوض مائة دينار، فأدى المملوك خمسين دينارا، فقد تحرر نصفه وبقي نصفه رقّا.

وفي كلا القسمين يستمرّ منع المولى من إخراج المكاتب عن ملكه إلى أن تنسخ الكتابة لأحد أمرين، إمّا لعدم الأداء، لعجز المملوك مثلا، وإمّا لاتفاقهما على التقايل وفسخ الكتابة بناء على صحته. فإن انسخت صار المكاتب رقّا يجوز للمولى نقله عن ملكه.

هذا توضيح ما أفاده صاحب المقابس. ثمّ تبّه على أمر، وهو: أنّ جعل الكتابة من أسباب نقص الملك مبني على أمرين، أحدهما: كون عقد الكتابة لازما حتى في المشروطة، خلافا لما عن بعض من جوازها في المشروطة.

و ثانيهما: كونه عقدا مستقلا، لا يبيعا ولا اعتقا بعوض، إذ لو كانت أحدهما كان عدم جواز بيع المكاتب لأجل انتفاء شرط أصل الملك، لا تماميته، فراجع (2).

(1) قد عرفت أنّ هذا القيد ملحوظ في المطلقة، إذ لم يتحرّر شيء في المشروطة قبل أداء جميع العوض.

(2) هذا أيضا معطوف على «النذر» وهو ثامن الموانع المذكورة في المتن، قال في المقابس: «السبب الحادي عشر: التدبير، وهو يوجب نقص الملك، والمنع من التصرف في مواضع.. الثاني: إذا علق عتقه على موت غير المولى كزوج الأمة، ومن جعل له

(1) راجع شرائع الإسلام، ج 3، ص 125

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 120

بناء (1) على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت (2) من علّق عليه العتق كان مملوكا للورثة (3) ممنوعا من التصرف فيه.

وتعلّق (4) حقّ الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى وقبل قبوله،

---

الخدمة مدّة حياته ..» (1).

و توضيحه: أنّ التدبير هو تعليق عتق المملوك على وفاة المولى، قال المحقق قدّس سرّه:

«و في صحة تدبيره بعد وفاة غيره- أي غير المولى- كزوج المملوكة، و وفاة من يجعل له خدمته تردد، و أظهره الجواز، و مستنده النقل» (2).

و على هذا فإن قال المولى للملوك: «أنت حرّ بعد وفاتي» جاز له الرجوع عنه، فإذا باعه صحّ. و إن قال: «أنت حرّ بعد وفاة زيد» بأن كان التحرّر متوقفا على موت زيد. فإن مات زيد فلا كلام في حصول الحرية.

و إن مات المولى و بقي زيد حيّا- و هو موضوع البحث- انتقل العبد المدبّر إلى ملك ورثة مولاه، و لكنّهم ممنوعون من التصرف فيه. و ذلك لأنّ للمدبّر حقّ التحرر- الحاصل بالتدبير- و هو موجب لنقص ملكية الورثة له.

(1) إذ لو قلنا ببطلان هذا التدبير و اختصاص مشروعيته بتعليق الحرية على موت المولى- لا الأجنبي- كان خارجا عن البحث، لكون المملوك رقّا، و لم يتشبّه بالحرية أصلا.

(2) إذ لو مات كلّ من المولى و من علّق التدبير عليه، فقد تحرّر المدبّر.

(3) أي: لورثة المولى المدبّر.

(4) معطوف أيضا على «النذر» و هذا تاسع الحقوق الموجبة لنقص الملك. قال في المقابس: «الثالث عشر من الأسباب: تعلق حقّ الموصى له بالموصى به قبل قبوله .. إلخ» (3).

و توضيحه: أنّ الوصية التمليكية تقتضي دخول المال في ملك الموصى له معلقا على موت الموصى، و لا يكفي إنشاء الوصية في حصول الملك المنجز. و الأمران- أعني بهما

---

(1) مقابس الأنوار، ص 120

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 117

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 125





الإيجاب و الموت - لا كلام فيهما. إنما الكلام في دخل قبول الموصى له في تملكه للموصى به. فإن كانت الوصية لجهة عامة كالفقراء و المساجد انتقل المال إليها بوفاة الموصى، و لم يفتقر إلى القبول بلا خلاف كما في المسالك (1).

وإن كانت الوصية لمعيّن - كزيد - اعتبر قبوله أو عدم ردّه.

و بناء على اعتبار القبول، اختلفوا في كيفية دخله على أوجه ثلاثة ذكرها صاحب المقابس. و عدّ الوصية من موجبات نقص الملك ناظر إلى بعضها.

الأوّل: كون القبول كالموت شرطاً في انتقال المال إلى الموصى له، فلو سبق قبوله موت الموصى أو قارنه تملكه، و إن تأخر القبول عن الموت دخل في ملك الوارث ملكية متزلزلة. فإن قبل الموصى له انتقل إليه، و إن ردّ الوصية صار ملكاً لازماً للوارث.

فإن باعه الوارث قبل قبول الموصى له احتل فساد رأساً، لتعلق حق الغير به.

و احتل صحة البيع، لكنّها موقوفة على أحد الأمرين: إمّا على إجازة الموصى له - لو قبل الوصية - فيقع البيع له. و إمّا على ردّه للوصية، فيقع البيع للوارث.

و يحتمل التفصيل بين ردّ الوصية، فيصح البيع، و يقع للوارث، لاستقرار الملك له حينئذ. و بين قبول الوصية، فيبطل البيع حتى لو أجازه، لعدم كون الموصى حال البيع مالاً للمبيع بعد فرض انتقال المال إلى الوارث بموت الموصى و عدم قبول الموصى له.

و قد تقدم في مسألة «من باع ثم ملك» اعتبار كون المجيز أهلاً للإجازة حين البيع، و عدم كفاية أهليته لها حال الإجازة (2).

الاحتمال الثاني: أنّ القبول شرط للزوم الملك لا الصحة الوصية، فالمال ينتقل بالموت إلى الموصى له قبل قبوله، كتملك الوارث قهراً بموت مورثه. فإن قبل الموصى له كان بيع الوارث فضولياً منوطاً بإجازة من أوصى له. و إن ردّ الوصية اندرج بيع الوارث في مسألة «من باع ثم ملك».

الاحتمال الثالث: أنّ القبول كاشف عن انتقال المال بموت الوصي إلى الموصى له،

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 121

(2) راجع هدى الطالب، ج 5، ص 244-336

بناء (1) على منع الوارث من التصرف قبله (2).

وتعلق (3) حق الشفعة بالمال، فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من

كما أنّ ردّ الوصية كاشف عن تملك الوارث له. وحينئذ فلو باعه الوارث بعد الموت- وقبل الردّ والقبول- كان صحته منوطا بتحقق القبول من الموصى له وإجازته للبيع.

أوردّه للوصية فيقع للوارث.

و كان فساد البيع في صورة واحدة، وهي إمضاء الوصية وردّ البيع.

ولو كان البائع غير الوارث كان فضوليًا على كلّ من تقديري قبول الوصية وردّها. هذا توضيح ما أفاده صاحب المقابس.

و هناك احتمال رابع في قبول الوصية يبتني على كون القبول جزء السبب الناقل للملك كما استظهره الشهيد الثاني من عبارة الشرائع «1»، أو شرطًا محضًا كالموت، كما استظهره شيخنا الأعظم قدّس سرّه منها «2»، والتفصيل موكول إلى محلّه.

(1) يعني: بناء على الاحتمال الأوّل، وهو انتقال المال إلى الوارث، ومنعه من بيعه لتعلق حقّ الوصية به. وأمّا بناء على ما عدا الاحتمال الأوّل فليس بيع الموصى به من صغريات نقص الملك كما عرفت.

(2) أي: قبل قبول الوصية.

(3) معطوف أيضًا على «النذر» وهذا عاشر الحقوق الموجبة لنقص الملك، قال في المقابس: «الثامن عشر: تعلق حقّ الشفعة بالمال، و التملك بها قبل الاستقرار. أمّا الأوّل فمانع من لزوم تصرفات من انتقل إليه المال مطلقا ما دام الحقّ ثابتا..» «3».

و توضيحه: أنّ المذكور في العبارة مما يتعلق بحق الشفعة أمران، أشار المصنف إلى الأوّل منهما، و تقتصر على توضيحه، وهو: أنه لو كانت دار مثلا مشتركة بين زيد وعمرو، فباع زيد حصّةته منها من بكر، ثبت حق الشفعة لعمرو، فلو بادر بكر الى التصرف في حصّته ببيع أو هبة أو صلح أو غيرها جاز لعمرو إبطال هذه التصرفات المنافية لحقه، فإنّها وإن وقعت في ملك المتصرف، لكنه ممنوع من التصرف فيه، لتعلق

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 117 و 118

(2) كتاب الوصايا و الموارث، ص 32، و لاحظ جواهر الكلام، ج 28، ص 250-252

(3) مقابس الأنوار، ص 131



المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها (1).

و تغذية (2) الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى، فوطأها،

---

حقّ الشفيع بالحصة المبيعة، فلو أخذ الشفيع بحقه بدفع الثمن إلى بكر و ضمّ المبيع إلى حصّته، بطل ما صنعه المشتري.

(1) أي: إبطال تصرفات المشتري في حصّته. وهو مبتدء مؤخّر، و خبره المقدم «للفشيع».

(2) معطوف أيضا على «النذر» و هذا حادي عشر موجبات النقص، قال في المقابس: «التاسع عشر: كونه مملوكا، له ولد من أمة قد اشتراها مولاهما و هي حبلى، فإنّه لا- يحلّ له وطئها حتى يمضي عليها أربعة أشهر، و يجب عليه العزل لو وطأ بعد ذلك. فإن وطأها قبل مضيّ الأربعة أشهر، أو بعد ذلك و لم يعزل عنها، فإنّه لا يحلّ له حينئذ بيع الولد، لأنّه قد غداه و أنماه بنطفته ..» (1).

و توضيح حقّ تغذيّ الحمل- المانع من بيعه- هو: أنّه لو كان لزيد أمة حبلى فأراد السيّد بيع أمته ثبت حقّ منع بيع الحمل لو اجتمعت أمور:

الأوّل: أن لا يكون الجنين متكوّنا من المولى حتى يكون حرّا، بل من مملوك، كما إذا كان للسيّد عبد، فزوّج أمته من عبده، فحملت منه، فإنّ الحمل مملوك- كوالديه- للسيّد.

الثاني: أن يشترط المشتري على البائع دخول الحمل في المبيع و كونه ملكا له، فباعها السيّد مع حملها، و لم يستثن الحمل.

الثالث: أن لا ينقضي من زمان الحمل أزيد من أربعة أشهر، كما إذا باعها في الشهر الثالث من مدة الحمل.

الرابع: أن يباشر المشتري هذه الأمة قبل مضيّ أربعة أشهر.

فبتحقق هذه الأمور يثبت حقّ للحمل يمنع من بيعه، و هو تغذيّ من نطفة

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 131

ص: 498

فأتت بالولد، بناء على عدم جواز بيعها (1).

المشتري، فيعتق به [1].

(1) كذا في نسختنا، ومعناه: أنّ هذه الأمة وإن جاز بيعها، لأنّها ولدت من مملوك، لا من حرّ، فليست هي بحكم أمّ الولد كي يمنع بيعها، إلا أنّ بيع الولد ممنوع، وأنّه يجب عتقه على المشتري.

ولكن الأنسب موافقا لما في المقابس من قوله: «فإنّه لا يحلّ له حينئذ بيع الولد» أن يقال: «بناء على عدم جواز بيعه» حتى يكون إشارة إلى الخلاف الذي أشار إليه في المقابس من القول بحرمة بيع الولد كما هو المشهور، والقول بكرهته كما ذهب إليه بعض المتأخرين.

[1] كما عن الديلمي في المراسم وأبي الصلاح في الكافي. هذا بدون العزل، وأمّا معه فلا بأس ببيع الولد، هذا.

وبعضهم قيّد الحكم بالوطي في الفرج مع الانزال قبل انقضاء أربعة أشهر وعشرة أيام كما عن الشيخ في النهاية. لكن النصوص خالية عن التقييد بالمدة بأحد الحدين المزبورين.

وكيف كان فقد علّل عدم جواز بيع الولد في النصوص بأنّ الواطي قد غدّاه وأنماه بنطفته، كما في صحيح إسحاق بن عمّار، قال: «سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل اشترى جارية حاملا، وقد استبان حملها، فوطأها؟ قال: بشّ ما صنع. إلى ان قال: إن كان عزل منها فليتنق الله، ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد، ولا يورثه، ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به، فإنّه قد غدّاه بنطفته» (1).

وفي رواية السكوني: «لأنّ نطفتك غدّت سمعه وبصره ولحمه ودمه» (2).

ولتنقيح المسألة مقام آخر، والغرض الإشارة إلى الأقوال والمدارك.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 507، الباب 9 من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح 1.

(2) المصدر، ح 3

ص: 499

و كونه (1) مملوكا ولد من حرّ شريك في أمة حال (2) الوطء،

(1) أي: و كون الولد مملوكا لشريك الواطئ، و هذا أيضا معطوف على «النذر» و أشار به إلى الحقّ الثاني عشر الموجب لنقص الملك، قال في المقابس: «العشرون: كونه مملوكا ولد من حرّ شريك في أمة حال الوطي، أو كان وطؤه لشبهة نكاح أو ملك .. إلخ» «1».

و توضيحه: أنّه لو اشترك اثنان- كزيد و عمرو- في شراء أمة، فباشرها زيد من دون أن يستأذن عمروا، فحملت الأمة منه و ولدت، ففي المسألة قولان:

أحدهما: انعقاد الولد حرّا تبعا لأبيه، و يضمن الواطئ للشريك قيمة ولد رقّ، لإتلافه عليه نماء الأمة بإيجاد الولد غير القابل للملك، يفرض الولد رقّا، و يقوّم على الواطئ، و تؤخذ قيمة الولد منه و تعطى الشريك الآخر و هو عمرو. و بناء على هذا القول تكون المسألة أجنبية عن موجبات نقص الملك، إذ لا ملك حتى يتمّ أو ينقص.

ثانيهما: انعقاد الولد رقّا تبعا لأمه، لعدم حلية البضع للواطئ، لا بالنكاح، و لا بالملك المستقل، و لا بالتحليل، فيحكم بأنّ الولد مملوك للشريك الآخر غير الواطئ، لكنه ممنوع عن بيعه من غير الواطئ، فعليه تقويمه و أخذ القيمة من الواطئ، و تسليم الولد إليه.

و بالجملة: فالولد و إن كان رقّا، لكن ليس لمولاه غير الواطئ شيء من التصرفات فيه، إلّا التقويم و أخذ قيمته من الشريك الذي وطأ الأمة المشتركة بلا استئذان من الآخر.

فبناء على هذا القول يكون ما نحن فيه- و هو الولد الرّق- من صغريات نقص الملك، لانعاقه بمجرد التقويم، أو بأداء قيمته إلى الشريك، و هو عمرو في المثال.

و ألحق صاحب المقابس بوطي أحد الشريكين ما لو وطأها أجنبي لشبهة حصلت له من نكاح أو ملك فحملت منه، فإنّ الولد لو قيل بحرّيته فلا موضوع للبحث.

و إن قيل برقيته يمنع السيد من بيعه، بل يقوّم الولد، و تؤدّى قيمته إلى السيد، و ينعقد.

(2) التقييد بالشركة حال الوطي، لأجل أنّ هذه الحالة هي حال تكوّن الولد المعدود نماء للأمة، و إلّا فالشركة السابقة على الوطء- بحيث كان الواطئ مالكا مستقلا حين المباشرة- لا توجب شبهة انعقاد الولد رقّا. كما أنّ الشركة اللاحقة للوطء كذلك.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 135

ص: 500

فإنه (1) مملوك له، لكن (2) ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته.

و تعارض (3) السبب المملك والمزيل للملك،

فالمناط هو الشركة في حال المباشرة ليكون من التصرف في ملك الغير بغير إذنه.

(1) أي: فإن الولد مملوك للشريك الآخر الذي لم يطأها.

(2) يعني: وإن كان الولد مملوكا للشريك الآخر، إلا أنه ممنوع من بيعه وهبته ووقفه، فليس له إلا التقويم وأخذ قيمة الولد.

(3) معطوف أيضا على «النذر» وهذا إشارة إلى الحق الثالث عشر الموجب لنقص الملك، قال في المقابس: «الحادي والعشرون: تدافع السبب المملك والمزيل له دائما.

و المسألة مفروضة فيما لو قهر حربي حربيا ينعق عليه وأراد بيعه، فأطلق ابن حمزة في كتاب العتق من الوسيلة: أنه يجوز تملك من سبي و من سرق و من اشترى من آبائهم و قراباتهم و أزواجهم و من سباهم [و] إن كان كافرا» (1).

توضيحه: أن الاستيلاء يوجب تملك الكافر الحربي الذي هو كالمباح الأصلي في صيرورته ملكا لكل من استولى عليه وإن كان المستولي كافرا حربيا مثله. فإذا قهر حربي أباه كان القهر سببا للملكية المقهور دائما، والقرابة الخاصة سببا لزوال الملكية.

و مع تعارض السبب المملك والمزيل يشكل البيع، إذ لا يبيع إلا في ملك، والمفروض هنا توارد السببين في جميع الآت على الكافر المقهور، ولا موجب لترجيح أحدهما على الآخر. ولذا قيل: إن جواز شرائه للمسلم بمعنى الاستنقاذ، ومعناه بذل عوض للكافر الحربي القاهر بإزاء رفع يده عن المقهور. كما يظهر من بعض الكلمات المنقولة في المقابس، كقول العلامة: «و التحقيق صرف الشراء إلى الاستنقاذ وثبوت الملك للمشتري بالتسلط. وفي لحوق أحكام البيع حينئذ نظر» (2).

و سيأتي في مستثنيات خيار المجلس بعض الكلام في كون شراء المسلم للكافر الحربي - من مثله - شراء حقيقة أو استنقذا، أو أنه استنقاذ من أحد الطرفين وهو كالباع من الطرف الآخر.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 135

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 29

كما لو قهر (1) حربيّ أباه.

و الغنيمة (2) قبل القسمة، بناء (3) على حصول الملك بمجرد الاستيلاء- دون

(1) حيث إنّ الغلبة على الحربي مملّكة، و القرابة بالأبوة موجبة للانعتاق، فيتعارضان.

(2) معطوف أيضا على «النذر» وهذا هو الرابع عشر من موجبات نقص الملك، قال في المقابس: «الثاني والعشرون: اشتراك يقتضي رجوع الأمر في القسمة إلى غير المالك، وعدم تمكنه من البيع قبله لا معينا ولا مشاعا، وذلك كالغنيمة قبل القسمة، فإنها مشتركة بين الغانمين، وقسمتها إلى الإمام. فإن قلنا بأنّ الملك موقوف على القسمة وتعيين السّهام فلا يجوز البيع قبله، لعدم الملك. وإن قلنا بحصوله بمجرد الاستيلاء لا متناع بقاء المال بلا مالك- وليس هو للحربي ولا للإمام- فتعيّن أن يكون للغانمين ..» (1).

و توضيحه: أنّ ما غنمه المسلمون- من الأموال المنقولة- من الكفار هل تدخل في ملكهم بمجرد حيازتهم لها و جمعها، أم يتوقف تملكهم لها على قسمة الامام عليه السّلام؟ فبناء على توقف التملك على القسمة تكون المسألة خارجة عن المقام- أي من موجبات نقص الملك- إذ لا ملك حقيقة قبل القسمة.

وبناء على الأوّل- وهو التملك بمجرد احتواء المسلمين عليها- تندرج في ما نحن فيه، فكلّ جزء من هذه الأموال المغنومة ملك مشاع بين المقاتلين، لكنه لجهالة حصّة كلّ منهم يمنع من التصرف فيه، بل يتوقف على قسمة الإمام لها.

و وجه كونها ملكا للجميع هو خروجها عن ملك الكفار بمجرد استيلاء المسلمين عليها، فلو بقيت بلا مالك إلى زمان القسمة لزم بقاء المال بلا مالك، وهو ممتنع، فلا بدّ من دخولها في ملك المجاهدين، ويستقرّ ملكهم لها بالقسمة.

(3) اتّضح وجه التقييد بحصول الملك بالاستيلاء، إذ بناء على القول الآخر- وهو إناطة الملك بالقسمة- يكون منع بيع الغنيمة قبل القسمة لأجل انتفاء الملك لا طلقته.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 137

ص: 502



القسمة- لاستحالة (1) بقاء الملك بلا مالك.

وغير (2) ذلك ممّا سيقف عليه المتتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب، من ذكر الوقف، ثمّ أمّ الولد، ثمّ الرهن، ثمّ الجناية، إن شاء الله.

---

(1) تعليل لترجيح القول بالتملك بالاغتنام على القول بتوقفه على القسمة، واصله: أنّ الغنائم أموال مملوكة للكفّار، ولا تصير من المباحات بحيازتها، فلو توقّف تملكها على القسمة المتأخّرة عن الاغتنام- للزوم جمعها و تبديل ما لا يقبل التقسيم منها- لزم بقاء الملك بلا مالك، وهو ممتنع.

(2) معطوف أيضا على «النذر» و ما بعده من الحقوق. و المراد بالغير أمور أربعة ذكرها المحقق الشوشتري و أشرنا إليها في (ص 489) فراجع.

ص: 503

إشارة

مسألة (1)

[الأدلة المانعة عن بيع الوقف]

إشارة

لا يجوز بيع الوقف [1]

(1) بيع الوقف الغرض من عقد هذه المسألة التعرض لإحدى موجبات نقص الملك مع بقاء أصله. وهذا مبني على القول بكون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليه، وتعلق حق الغير - كالبطن المعدوم - بها. وأما بناء على القول بانتقال العين إليه تعالى كان أصل الملك منتفيا، لا طليته، كما تبّه على ذلك صاحب المقابس قدّس سرّه «1»، ويظهر من كلام شيخه قدّس سرّه في وقف كشف الغطاء، كقوله: «و هو بقسميه - عامّة و خاصّة - مفيد للاختصاص دون الملك، فإنّه لله، والقول بانفصال الملك في القسم الثاني الموقوف عليه غير بعيد كما مال أعظم الفقهاء إليه، وإن كان الأقوى خلافه، و جريان الأحكام فيه على نحو جريانها في الوقف العام، و في متعلقات النذور، فإنّ الأقوى خروجها عن ملاكها، و رجوعها كباقي الكائنات إلى من بيده أزمة الأمور. و ملك الفوائد و المنافع ليس بمقتض لملك العين و لا مانع ..» (2).

[1] عرّف الوقف في كلمات الأصحاب تبعا لما في النبي صليّ الله عليه و آله و سلّم المروي في عوالي اللئالي «3» بأنّه «عقد ثمرته تحبب الأصل و إطلاق المنفعة» كما في

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 42

(2) كشف الغطاء (الطبعة الحجرية) كتاب العبادات الداخلة في العقود، الباب الأوّل، البحث الأوّل.

(3) عوالي اللئالي، ج 3، ص 261، ح 5، رواه عنه في مستدرک الوسائل، ج 14، ص 47، الباب 2 من أبواب الوقوف، ح 1

إجماعاً (1) محققاً في الجملة، و محكياً

(1) استدل المصنّف قدّس سرّه على حرمة بيع الوقف بوجوه:

الأول: الإجماع، محصّلاً و منقولاً. أمّا المحصّل فهو ثابت في الجملة، و غرضه من قيد «في الجملة» ما عدا الصور التي يجوز فيها البيع لطروء المسوّغ.

قال في المقابس: «و إيجابه- أي إيجاب الوقف- لفساد البيع في الجملة ثابت بالإجماع من الخاصة و العامة» «1».

و أما المنقول فقد ادّعي مطلقاً على حرمة البيع، و من دون التقييد ببعض الصور كما سيأتي في (ص 544). و في الجواهر: «و من هنا اتفق الأصحاب على أن الأصل فيه- أي في بيع الوقف- المنع، و إن اختلفوا فيما خرج عنه بالدليل، أو بزعمه. بل في السرائر:

نفى الخلاف عن عدم جواز بيعه إذا كان مؤبّداً، و نزل خلاف الأصحاب في المنقطع منه ..» «2».

و المقصود من نقله أنّ دعوى الإجماع على منع بيع الوقف موجود في بعض الكلمات، خصوصاً لوقيل بأنّ الوقف المنقطع حبس حقيقة، لاشتراط التأييد في الوقف

الشرائع «3» و بعض آخر، أو أنّه «عقد يفيد تحبّيس الأصل و إطلاق المنفعة» كما في القواعد «4». أو أنّه «تحبّيس الأصل و تسبيل الثمرة» كما حكى عن المبسوط و غيره «5» بحذف «العقد» و تبديل الإطلاق بالتسبيل، و لعلّه أولى كما في الجواهر «لإشعاره باعتبار القرية فيه، و أنّه من الصدقات» «6».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 42

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 358

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 211

(4) قواعد الأحكام، ج 2، ص 387

(5) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 2

(6) جواهر الكلام، ج 28، ص 2

ص: 505

فالمقطع إمّا باطل أصلا، وإمّا صحيح حسبنا لا وفقا لمصطلحا.

وقد تحصّل: أنّ الإجماع محقق في المسألة، إمّا الكلام في حجّيته مع احتمال استناد المجمعين إلى النصوص المعتبرة التي لم يستبعد صاحب الجواهر تواترها «1».

و على كلّ فالتعاريف المزبورة تناسب تفسير الوقف في اللغة بالحبس كما في اللسان وغيره «2»، فمعنى قوله: «وقفت داري على كذا» بعد تعذر إيقاف نفس الدار على الموقوف عليه هو حبسها عليهم. إمّا الكلام في ما يراد بالحبس، لما فيه من احتمالين.

أحدهما: الممنوعة من التصرفات الناقلة، بمعنى: أنّ الواقف ينشئ منع التقلب في العين و حركتها في وعاء الاعتبار من الموقوف عليه الى غيره. و مقتضاه بطلان الوقف بطروء ما يجوز بيعه شرعا وإن لم يتحقق البيع خارجا، كما سيأتي من الفقيه الكبير في شرح القواعد و جمع. قال السيد العاملي قدّس سرّه: «إذ المراد به- أي بالتحبّيس - المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا» «3» و نحوه في الرياض «4».

ثانيهما: إيقاف ملكية العين على الموقوف عليهم بحيث لا تتجاوزهم إلى غيرهم.

هذا في الوقف على الأشخاص أو العناوين القابلة للتملك، وإلا فالمراد إيقاف الاختصاص بالموقوف عليه.

قال المحقق التقي الشيرازي قدّس سرّه: «إن الظاهر من قول القائل:- وقفت داري مثلا بعد عدم صحة اعتبار معناه الحقيقي من إرادة إيقاف نفس العين- أن يكون الإيقاف باعتبار الملكية .. ثم إذا قامت قرينة أخرى على عدم اعتبار ذلك انتقلنا من ذلك إلى إرادة نوع خاص من الاختصاص يصحّ اعتباره في الأوقاف العامة و أمثاله» «5».

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 357، و نقل في غيره عن ابن إدريس أيضا، فلاحظ: مفتاح الكرامة، ج 4، ص 258، و ج 9، ص 84، مقابس الأنوار، ص 48

(2) لسان العرب، ج 9، ص 351، المصباح المنير، ص 669، مجمع البحرين، ج 5، ص 129

(3) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 2

(4) رياض المسائل، ج 10، ص 91

(5) تعليقة المكاسب (القسم الثاني) ص 22



و الملكية الحاصلة من أيّ سبب وإن كانت حقيقة واحدة، إلا أنّ حكمها يختلف في الوقف عمّا عداه من جهة حكم الشارع بعدم الانتقال عن موضوعها و هو الموقوف عليه.

ويترتب على هذا الاحتمال بقاء الوقف على ما كان عليه بعد عروض مسوّغ بيعه، إذ لا منافاة بين قصر ملكية العين أو اختصاصها، وبين جواز النقل، لعدم كون المنع من التصرف مأخوذاً في حقيقة الوقف.

نعم تتحقق المنافاة بين حكمين، وهما جواز البيع بعد طروء السبب، وبين حرمة التي كانت قبله. وهي توجب انقلاب لزوم الوقف إلى الجواز، لا الصحة إلى البطلان.

ولعلّ هذا مبني ما سيأتي من المصنف بقوله: «ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف ..» فانتظر.

وكيف كان فاختر المحقق الأصفهاني قدّس سرّه الاحتمال الثاني، لما في كون الحبس منعا من التصرف الناقل من محذور، سواء أريد به المنع المالكي أم الشرعي، تكليفياً أم وضعياً.

و حيث إنّ المناط ملاحظة إنشاء الواقف، لفرض كون الأدلة الشرعية إمضاء له بمعنى جعل المماثل، فالأولى الاقتصار على توضيح استدلاله بوجهين على عدم كون الحبس منعا عن التصرفات، و سلامة كلامه عمّا أورد عليه. فنقول و به نستعين:

الوجه الأول: أنّ منع الغير عن التصرف في العين وإن كان قابلاً للإشياء كإشياء الإباحة، إلا أنه لكونه من الإيقاعات القائمة بطرف واحد لا يعقل أن يتوقف وجوده في موطن الاعتبار على قبول الغير. مع أنّه لا- شبهة في قابلية إنشاء الوقف للقبول، بل المعروف اعتباره سيّما في الوقف الخاص.

ففي الجواهر بعد تقوية اعتبار القبول في الوقف مطلقاً: «فالوحدة المزبورة حينئذ تقتضي اعتباره أيضاً» (1). فالمقصود أن الوقف من سنخ المعاني القابلة للحقوق القبول به، سواء قيل بدخله فيه أم لا، فهو كالوصية القابلة للرد و الإمضاء. مع أنّ المنع المالكي إيقاع كترخيصه.

الوجه الثاني: أنّ المنع المالكي إن أريد به ممنوعية الموقوف عليه عن بيع الوقف ونقله إلى الغير، ففيه: أنّه لا يتصور هذا المنع إلا في ظرف بقاء العين على ملك المانع، إذ لا معنى

(1) جواهر الكلام، ج 28، ص 6 و 7

للمنع عمّا هو أجنبي عنه ولا مساس له به، مع أنّ خروج العين عن ملك الواقف مما لا كلام فيه.

وإن أريد به ممنوعية نفسه عن التصرف، ففيه: أنّ معناه التزامه بعدم تصرفه في العين بعد إنشاء الوقف، وأمّا ممنوعية الموقوف عليه فلا موجب لها، فإنّ نفوذ الوقف شرعا معناه أنّ للشارع اعتبارا مماثلا لما أنشأه الواقف.

هذا توضيح ما أفاده قدّس سرّه في منع كون الحبس منعا عن التصرف الناقل. ولا يتجه شيء مما ذكر على جعل الحبس بمعنى كون الملكية- في مورد قابلية الموقوف عليه للتملك- مقصورة على أشخاص أو عنوان، أو اختصاصها مقصورا على جهة أو فعل كما في وقف مال للتصرف في الإحجاج أو الإرسال إلى زيارة المشاهد المقدّسة. قال قدّس سرّه: «و مرجع قصر العين ملكا أو اختصاصا قصر ملكيتها على شخص، المساوق لعدم زوالها عنه، لا أنّ المنشأ والمتسبب إليه نفس اعتبار الملكية، فإنّه غير مناسب لمفهوم الوقف» (1).

إلا أن يناقش في الوجه الثاني بما أفيد من «أنّ إيقاع المنع وإنشاءه يكون في زمان مالكيته. فلو كان الحبس هي الممنوعية لكان حصول الممنوعية و خروج العين عن ملكه بإنشائها في زمان مالكيته. ولا يعتبر في جعل المالك و تصرفه في ملكه إلا كونه ملكا له حال التصرف. نظير الشرائط في ضمن العقد. فلو شرط على المشتري عدم بيعه أو شرط إجارته في رأس السنة الآتية صحّ وإن لم يكن ملكا له في رأسها، و هو واضح» (2). هذا.

فإن كان المنع المالكي نظير باب الشرط الضمني الذي يكفي فيه الملك حين الشرط وإن زالت العلقة بعده فالأمر كما أفيد. وإن كان المنع والترخيص المالكيّان دائرين مدار الملك حدوثا و بقاء- أي يلزم بقاء الإضافة حين التصرف- لم يتجه تنظير إنشاء الواقف- بناء كون الحبس منعا عن التصرف الناقل- بباب الشرط الضمني، والمسألة محتاجة إلى مزيد التأمل.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 253 و 254

(2) كتاب البيع، ج 3، ص 80



و لعموم (1) قوله عليه السّلام: «الوقوف على حسب

(1) معطوف على «إجماعاً» فكأنه قال: «لا- يجوز بيع الوقف للإجماع و لعموم» وهذا دليل ثان على منع بيع الوقف. و هو ما ورد في مكتبة الصفار- بألفاظ متقاربة- عن الإمام العسكري «صلوات الله و سلامه عليه»، فروى الشيخ بإسناده عن محمّد بن الحسن الصفار، قال: «كتبت إلى أبي محمّد عليه السّلام: أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي: أنّ الوقف إذا كان غير موقّت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقّتاً فهو صحيح ممضى.

قال قوم: إنّ الموقّت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين، إلى أن يرث الله الأرض و من عليها. قال: و قال آخرون: هذا موقّت إذا ذكر أنّه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر في آخره: للفقراء و المساكين إلى أن يرث .. الأرض و من عليها. و الذي هو غير موقّت أن يقول: هذا وقف، و لم يذكر أحداً. فما الذي يصحّ من ذلك؟ و ما الذي يبطل؟ فوَقَّع عليه السّلام: الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله» (1).

و استظهر العلامة المجلسي قدّس سرّه صحة جميع الشقوق (2). و لعلّه لإطلاق الجواب و عدم التفصيل بين الصور المفروضة في سؤال الصفار.

و روى الصدوق بإسناده إلى الصفار «أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن عليهما السّلام في الوقف و ما روى فيها عن آبائه عليهم السّلام، فوَقَّع: الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى» (3).

و روى ثقة الإسلام عن محمّد بن يحيى، قال: «كتب بعض أصحابنا إلى أبي محمّد عليه السّلام في الوقف و ما روي فيها، فوَقَّع عليه السّلام: الوقف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله» (4).

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 307-308، الباب 7 من أبواب أحكام الوقف و الصدقات، الحديث: 2، تهذيب الأحكام، ج 9، ص 132 و 133، الحديث 9 من أبواب الوقف و الصدقات.

(2) ملاذ الأخير، ج 14، ص 404-405، و لاحظ أيضا كلام والده في روضة المتقين، ج 11، ص 150

(3) الفقيه، ج 4، ص 179، ح 10، و رواه عنه في وسائل الشيعة، ج 13، ص 295، الباب 2 من أحكام الوقف، ح 1، لكنه لم يذكر فيه كلمة «تعالى».

(4) الكافي، ج 7، ص 37، باب ما يجوز من الوقف و الصدقة- من كتاب الوصايا- ح 34، و رواه عنه في الوسائل، ج 13، ص 295، ح 1



وهذه الرواية وإن كانت معتبرة سنداً، لصحة إسناد الصدوق والشيخ إلى الصغار، وكذا بطريق الكافي، إلا أن جواب الإمام عليه السلام المذكور في كل منها بلفظ. وإن كان الاختلاف يسيراً غير مؤثر في المعنى.

كما ظهر بما نقلناه من ألفاظ الرواية عدم موافقه ما نقله المصنف في المتن لشيء منها نعم هو أوفق بنقل الصدوق قدس سره.

(1) هذا الكلمة منقولة في الفقيه والتهذيب بصيغة باب الإفعال، لكنها في الكافي بصيغة الثلاثي المجرد، ولعل الأولى ما في الكافي، قال العلامة الطريحي قدس سره: «وقد تكرّر ذكر الوقف في الحديث، وهو تحبّس الأصل وإطلاق المنفعة. يقال: وقفت الدار للمساكين وقفاً. و: أوقفته لغة رديّة» (1).

وكيف كان فتقريب دلالة هذه المعبرة على عدم جواز بيع الوقف هو: أن الوقف - كما صرح به المصنف قدس سره في (ص 525) يوجب تعلق حق كل من الواقف والموقوف عليه بالعين الموقوفة، فحق الواقف هو حبس ماله عن النقل والانتقال، وحق الموقوف عليه هو الانتفاع بالعين واختصاصها به. وهذا الغرض ممضى شرعاً بالتوقيع الشريف، ومن المعلوم أن جواز بيع الوقف ينافي هذا المقصود، فلا يجوز.

والوجه في التعبير عن مكاتبه الصفار بالعموم هو عدم التصريح بحرمة البيع والشراء فيها، كما صرح بمنع الشراء بالخصوص في ما سيأتي من رواية ابن راشد، ورواية ربعي الحاكية لصورة وقف مولانا أمير المؤمنين «عليه أفضل صلوات المصلين» لداره الواقعة في بني زريق. فيستفاد - من هذه المكاتبه - منع البيع والصلح والهبة ونحوها، لأن الشارع أمضى قصد الواقف ونقده.

[1] الاستدلال به على عدم جواز بيع الوقف مشكل، لأنه في مقام إمضاء الكيفيات التي يجعلها الواقفون في الوقف من الجهات الراجعة إلى نفس العين الموقوفة من كيفية بنائها وعمارته، والموقوف عليه من الصفات الخاصة، إلى غير ذلك مما يتعلق بالوقف.

(1) مجمع البحرين، ج 5، ص 129، وكذا في لسان العرب، ج 9، ص 360

ورواية (1) أبي علي بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك،

(1) معطوف على «عموم» وهذا دليل ثالث على حرمة بيع الوقف، وهو ما رواه ثقة الإسلام عن محمد بن جعفر الرزاز عن محمد بن عيسى عن أبي علي بن راشد - وهو الحسن بن راشد - عن الإمام الهادي عليه السلام. و الظاهر اعتبار هذا السند، لوثاقة روايته،

وأما عدم جواز بيعها فليس في عداد تلك الجهات المجعولة من الواقف، إذ لو كان كذلك فلازمه جواز اشتراط بيعها أيضا، لأن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها. فإذا وقفها على أن تباع رأس خمسين سنة ينفذ هذا الشرط، مع أنه واضح البطلان، إذ المقصود إثبات عدم جواز البيع في نوع الوقف، لا في شخصه.

والحاصل: أن ظهور مثل قولهم عليهم السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» في إمضاء مجعولات الواقفين الخارجة عن حقيقة الوقف ومفهومه، وعن المجعولات التي جعلها الشارع، مما لا سبيل إلى إنكاره. فمثل هذا الدليل مساق لدليل إمضاء الشروط الذي هو أجنبى عن أدلة نفوذ أصل المعاملة، مثل أحلَّ اللهُ البَيْعَ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ وغيرهما.

وقد ظهر مما ذكرنا ضعف ما في بعض الحواشي من الاستدلال بعموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» بتقريب: أن حقيقة الوقف هي التحسيس والمنع عن خروج العين الموقوفة عن الحبس، وكونها غير قابلة للبيع وغيره من التصرفات الناقلة، والواقف لما أنشأ هذا المفهوم والتزم به وبنى عليه، فالشارع أمضى هذا البناء والالتزام بمثل الحديث المزبور، هذا.

وجه ضعفه: أن دليل إمضاء هذا البناء هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه مما يدلّ مطابقة على وجوب الوفاء بعقد الوقف، لا ما جعله الواقف في ضمن الوقف.

فالأولى جعل مثل هذا الحديث من أدلة إمضاء الكيفيات المجعولة من الواقفين، لا من أدلة إمضاء نفس عقد الوقف. والنصوص الخاصة الدالة على عدم جواز بيع الوقف - كرواية أبي علي بن راشد - كافية في المطلب.

ولذا عبّر في الحدائق عنه بـ «بالقوي» (1) و صاحب المقابس بـ «ما رواه الصدوق في الحسن كالصحيح، و الكليني و الشيخ في القوي» (2). و صاحب المستند بالصحيحة (3).

فالتعبير عنها بالرواية- الموهوم للخدشة في السند- لم يظهر وجهه. و لعلّ منشأ توصيف العلامة المجلسي قدس سرّه له بقوله: «مجهول هنا، و في الفقيه صحيح» (4) مع أنّ إسناد الشيخ إلى ثقة الإسلام الكليني، و إسناد الصدوق إلى محمّد بن عيسى معتبر، كما يظهر بمراجعة مشيخة الفقيه و التهذيب (5). هذا مع أنه لا حاجة إلى ملاحظة الإسناد بعد ذكر الرواية مسندة في الكافي.

و كيف كان، فمضمون الرواية: أنّ الحسن بن راشد سأل عن حكم أرض موقوفة اشتراها بألفي درهم جاهلا بوقفيّتها. فأجاب عليه الصلاة و السلام بالنهي عن الشراء و بوجوب صرف الغلّة في الموقوف عليه.

و تقريب الاستدلال- كما في المقابس - بوجهين:

أحدهما: أنّ قوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» يشمل مورد السؤال- و هو الأرض- و غيره، ضرورة إفادة نفي الجنس للشمول. هذا بناء على كون النسخة بلفظ المفرد. و أمّا بناء على ما نقله صاحب المقابس من «لا يجوز شراء الوقف» فالشمول وضعي، لدلالة الجمع المحلّي باللام على العموم.

ثانيهما: أنّ قوله عليه السّلام: «و لا تدخل الغلّة في ملكك» مطلق، حيث إنّ عليه السّلام لم يستفصل من السائل عن حال بائع الأرض الموقوفة، و أنّه كان هو الواقف أو هو الموقوف عليه أو المتولّي أو المأذون من قبل أحدهم، أم غير مأذون. كما أنه عليه السّلام لم يستفصل عن كون هذا البيع أنفع بحال الموقوف عليه أم لا. فحكمه عليه السّلام بعدم تملك

(1) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 444

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 49

(3) مستند الشيعة، ج 14، ص 307

(4) ملاذ الأخيار، ج 14، ص 397

(5) تهذيب الأحكام، ج 10، (المشيخة) ص 8، من لا يحضره الفقيه، ج 4، ص 492

إني (1) اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي، فلما عمّرتها خبّرت أنّها وقف، فقال:

لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلّة في ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه.

قلت: لا أعرف لها ربّاً. قال: تصدّق بعلّتها (2) «(1)».

### [الرابع ما ورد من حكاية وقف بعض الأئمة (ع)]

وما ورد (3) من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السّلام

الغلّة وبقائها على ملك الموقوف عليه- ووجوب إيصالها إليه إن كان معلوماً، أو التصدق به إن لم يعلم- ظاهر في أنّ حكم طبيعي الوقف بطلان بيعه وشرائه.

هذا توضيح ما في المقابس في بيان الاستدلال.

ثم تعرّض قدّس سرّه لكلام شيخ الطائفة في التهذيب والاستبصار من احتمال عدم كون البائع هو الموقوف عليه أو المأذون من قبله، فلا إطلاق حينئذ في الرواية، وأجاب عنه، فراجع (2)».

(1) هذه الجملة مغايرة لما في الكافي والتهذيب والوسائل من قول السائل:

«اشترت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفيت [وفّرت] خبّرت أنّ الأرض وقف» والمراد بتوفير الثمن إقباضه للبائع تاماً. هذا بناء على ما في التهذيب. وفي الكافي «وفيت المال» وهو واضح.

لكن يظهر من كلام العلامة المجلسي اختلاف نسخ الكافي في ضبط هذه الكلمة، لقوله: «وفي بعض نسخ الكافي: وفيت، وفي بعضها: وزنت. وهما أظهر» (3)».

(2) هذا الضمير وضمائر «عمّرتها، أنّها، ادفعها، لها» راجعة إلى الأرض.

(3) معطوف على «رواية» وهذا دليل رابع على حرمة بيع الوقف، وهو كرواية ابن راشد من الأدلة الخاصة، للتصريح فيها بعدم البيع، وإن ضمّ إليه الهبة، وكذا الإرث في بعضها.

قال المحقق الشوشتری- في عدّ حجة المانعين عن بيع الوقف مطلقاً- ما لفظه:

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 303، الباب 6 من أحكام الوقوف والصدقات، ح 1، الكافي، ج 7، ص 37 الفقيه، ج 4، ص 179، ح 10،

التهديب، ج 9، ص 130

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 49

(3) ملاذ الأخيار، ج 14، ص 398

ص: 513

وغيره (1) من الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين، مثل: ما عن ربي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حي سوي، تصدق بداره التي في بني زريق (2)، صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض،

«ومنها ما روي في كيفية أوقاف الأئمة عليهم السلام، كوقف علي لبعض الأراضين، ووقفه الآخر لبعض الدور، ووقف الكاظم عليه السلام لبعض الأراضين. وذكر في الأول- أي وقف أمير المؤمنين لبعض الأراضين- أنه صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين» إلى أن قال: «وهي أخبار متكررة صحيحة الأسانيد.. وهي تدل على بطلان بيع المؤبد مطلقاً من وجوه متقاربة».

وهي وجوه ثلاثة، قال في ثانيها: «ان الظاهر أن ما ذكر فيها من لعن البائع وعدم حلية البيع بمنزلة الأحكام للأوقاف المؤبدة، ولا خصوصية لها بتلك الأوقاف. والغرض الإشارة إلى ذلك القسم المعروف من الصدقة أي الوقف، وبيان لوازمه، وتأکید الأمر في ذلك.. إلخ» (1). وسيأتي تقريب الاستدلال.

(1) كحكاية وقف الإمام الكاظم عليه السلام كما في معتبرة ابن الحجاج، وفيها: «تصدق موسى بن جعفر عليه السلام بصدقته هذه، وهو حي صحيح صدقة حسباً بتلاً مبتوتة لا رجعة فيها ولا رد، ابتغاء وجه الله والدار الآخرة، لا يحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعه أو يبتاعها، ولا يهبها ولا ينحلها..» (2).

(2) قال الفقيه المامقاني قدس سره: «بضم الزاي المعجمة وفتح الراء المهملة: جماعة من الأنصار» (3). وعلى هذا فالمقصود كون الدار المتصدق بها واقعة في محللة سميت ب «بني زريق».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 48

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 314 و 315، الباب 10 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ح 5

(3) غاية الآمال، ص 438



وأسكن (1) فلانا هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين ..» الخبر (2).

فإنّ (3) الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة،

(1) كذا في نسخ الكتاب، وهو موافق لما في المقابس من رواية عجلان بن صالح، لا رواية ربعي المذكورة في المتن، إذ ذيلها في الوسائل: «وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن و ما عاش عقبهنّ، فإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة ..» (1).

نعم في الاستبصار: «وأنّه قد أسكن صدقته هذه فلانا وعقبه» (2).

(2) المذكور في المتن تمام خبر ربعي الموجود في الكافي و التهذيب و الوسائل.

فلا حاجة إلى كلمة «الخبر» إلا بناء على ما رواه الصدوق، إذ فيه بعد كلمة المسلمين «شهد ..» أي: شهد بذلك فلان و فلان كما أفاده المحدث المجلسي في شرحه (3).

(3) هذا تقريب الاستدلال برواية ربعي الحاكية لصورة وقف أمير المؤمنين «عليه أفضل صلوات المصلين» لداره التي كانت في بني زريق، و الشاهد في هذه الرواية على حرمة بيع الوقف هو قوله عليه السلام: «تصدّق .. صدقة لا تباع و لا توهب» و لم يرد فيها مثل ما تقدم في رواية ابن راشد من كون متعلق النهي شراء العين الموقوفة و عدم تملك منفعتها.

فلا بدّ من استفادة حكم الوقف من الجملة المزبورة، فنقول:

إن عنوان «الصدقة» يطلق على معان.

الأول: الزكاة، كما في قوله تعالى إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ (4).

الثاني: الصدقة المصطلحة، و هي تملك مال للغير تبرعا بقصد القرية، فتمتاز عن سائر أنحاء التملك المجاني - من الهبة و الهدية و العطية - باعتبار التطوع فيها دون أخواتها. و هي بهذا المعنى تشمل الوقف المفيد للملك بناء على اعتبار القرية فيه.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 304، الباب 6 من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، ح 4، الكافي، ج 7، ص 39، ح 40، التهذيب، ج 9، ص 131، ح 558

(2) الاستبصار، ج 4، ص 98، ح 380

(3) من لا يحضره الفقيه، ج 4، ص 248، ح 5588، روضة المتقين، ج 11، ص 171

(4) سورة التوبة، الآية 11



الثالث: ما يعمّ الوقف المصطلح- بجميع أقسامه- وأخواته من السكنى والعمرى والرقيى.

الرابع: خصوص الوقف الذي هو تحبب الأصل و تسبيل الثمرة، وإطلاق «الصدقة» على الوقف شائع في النصوص، كالحاكية لأوقاف الأئمة عليهم السّلام. وتوصف هذه الصدقة ب «الجارية».

الخامس: فعل الخير مطلقا وإن لم يتعلق بالأموال كما تقدم في بحث الولاية (ص 195) من مثل «كل معروف صدقه» و ما روي أيضا من قوله عليه السّلام: «إماطتك الأذى عن الطريق صدقة، وإرشادك الضال صدقة» (1).

و حيث أطلقت «الصدقة» على معان، قلنا في تقريب الاستدلال بالرواية: أنّ الإمام عليه السّلام وصف صدقته بأنّها «لا تباع ولا توهب»، و هي مقابلة للصدقة التي حقيقتها التمليك القربى التي يجوز للمتصدّق عليه بيعها وهبتها. و يحتمل في هذا التوصيف أمران:

أحدهما: كون الوصف صفة لشخص الصدقة التي تصدق بها عليه السّلام. فالمعنى: أنّه لا يجوز للمتصدّق عليه بيع الدار الواقعة في بني زريق. وبناء على هذا الاحتمال لا تقتضي ذات الصدقة و طبيعتها المنع من النقل إلى الغير بالبيع ونحوه، وإلا لما احتاج عدم البيع إلى الاشتراط. و عليه تكون الرواية أجنبية عن حكم بيع الوقف كآية، لفرض اختصاص موردها بالصدقة المشروط فيها عدم البيع، و لا يعمّ الصدقة التي لم يشترط فيها البيع.

ثانيهما: كون الوصف بيانا لما هو لازم ماهية هذه الصدقة و نوعها، يعني: أنّ من خواصّ طبيعّي هذه الصدقة عدم نقلها إلى الغير، و أنّ شأنها الدوام ليتحقق غرض المتصدّق. و على هذا يكون المنع من البيع لازما لا ينفك، و فضلا مميّزا للوقف عن الصدقة التي يجوز بيعها و هبتها.

و هذا الاحتمال هو المجدي في استظهار الحكم من الرواية، و قد رجّحه المصنف بوجه ثلاثة:

الأول: ظهور السياق، و بيانه: أنّ الأصل في القيود و إن كان هو الاحترازية.

(1) مستدرک الوسائل، ج 7، ص 242، الباب 7 من أبواب الصدقة، ح 1

لا لشخصها (1)، و يبعد كونها (2) شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص.

مع (3) أنّ سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد، أعني الموقوف

لا التوضيحية، وهذا الأصل متّبع في كلّ قيد ما لم يقدّم هناك ما يصرفه عن ظاهره. إلا أنّ المدعى وجود الصارف هنا، وهو ظهور المفعول المطلق النوعي - أعني به قوله عليه السّلام:

صدقة- في كون الوصف مقوّمًا للنوع، لا مشخّصًا للمورد، و خارجا عن طبيعيّ المفعول المطلق حتى يكون احترازيا.

وبعبارة أخرى: فرق بين أن يقال: «هذه الدار صدقة لا تباع ولا توهب» وبين أن يقال: «هذه الدار صدقة، و التزم فيها عدم بيعها». فالأول ظاهر في اقتضاء ذات هذا النوع من الصدقة لعدم قبول النقل، والثاني ظاهر في أنّ منشأ عدم البيع هو شرط الشارط. و من المعلوم أنّ الاشتراط منوط في مقام الإثبات بما يدلّ عليه.

(1) أي: لشخص الصدقة، والمراد بالشخص هو تصدّق أمير المؤمنين عليه السّلام بداره المعيّنة على خالاته و عقبهنّ. فلو كان قوله عليه السّلام: «لا تباع ولا توهب» وصفا لشخص هذه الصدقة تعيّن أن يؤخذ في مقام الإنشاء بلسان الشرط، لفرض عدم اقتضاء نفس الصدقة للمنع عن البيع، مع أنّ قوله عليه السّلام «لا تباع ولا توهب» بعيد عن سياق الاشتراط.

(2) أي: كون الصفة. وقد تقدم وجه البعد، وهو ظهور المفعول المطلق النوعي في كون القيد مقوّمًا للنوع.

(3) هذا وجه ثان لاستظهار كون القيد قيدا للنوع لا الشخص، و حاصله: أنّ سياق الشرط الخارج عن النوع يقتضي تأخره عن ركن العقد، لأنّ الشرط التزام في التزام، فلا بدّ أوّلا من تحقق الالتزام الظرفي - وهو العقد - حتى يتحقق الالتزام المظروفي. فالعبارة الوافية به هكذا: «وقفت هذه الدار على الفقهاء مثلا، و اشترطت عليهم أن لا يبيعوها» إذ الالتزام الوقفي متقوّم بالموقوف عليه، لكون الوقف حبسا على بطن أو على جهة أو شبههما. و لا ينبغي بيان الشرط قبل تمامية المشروط.

و ليس الأمر في المقام كذلك، ضرورة أن الشرط وقع قبل أحد ركني الوقف أعني به الموقوف عليهم. فالالتزام الشرطي وقع قبل تمامية الالتزام العقدي، وهذا يقتضي أنّ

عليهم، خصوصا مع كونه (1) اشتراطا عليهم.

مع أنه (2) لو جاز البيع في بعض الأحيان

يكون الشرط قيذا للنوع، لا للشخص، هذا.

و لا- فرق في اقتضاء الاشتراط تأخر ذكر الشرط عن ركن العقد بين كون المشروط عليه هو الواقف أو الموقوف عليه. ولكن يتأكد تأخير الشرط فيما لو كان المشروط عليه هو الموقوف عليه، لكونه الممنوع من البيع والهبة هنا، فيشكل إلزامه بشيء قبل تعيينه.

نعم لو كان الشرط على الواقف أمكن جواز تقديمه على ركن العقد أو الإيقاع، بأن يقول: «تصدقت بداري كذا، و شرطت على نفسي أن اعطي في كل شهر كذا من المال، و المتصدق عليه خالاتي و عقبهن».

(1) أي: مع كون الشرط شرطا على الموقوف عليهم لا على الواقف، و وجه الخصوصية واضح، فإن الشرط من قبيل الحكم على الموضوع، و توقف الحكم على الموضوع بديهي، فلا بد في جعل الشرط قيذا للشخص من ذكر الموقوف عليه قبل الشرط.

(2) الضمير للشأن، و هذا وجه ثالث لاستظهار كون القيد مقوما للنوع، و حاصله:

أنه لو كان قيذا للشخص لزم كون الشرط مخالفا للمشروع، فيبطل، بل يبطل الوقف أيضا، بناء على مفسديّة الشرط الفاسد، بداهة أن البيع في موارد طروء الطواري جائز بلا إشكال، و إطلاق الشرط- و هو قوله صلوات الله عليه: «صدقة لا تباع و لا توهب»- يخالف جواز البيع في تلك الموارد، فلا- بد من جعله شرطا و قيذا للنوع حتى لا- يكون فاسدا من جهة مخالفته للسنة، و هي جواز بيع الوقف في بعض الحالات. فيقال: إن نوع الوقف يحرم نقله- لا خصوص الدار الواقعة في بني زريق- و هذا التحريم لا ينافي جواز البيع بطروء المسوّغ.

و هذا الوجه الثالث أفاده المحقق الشوشتری أيضا بقوله: «أنه لو كان الوقف ممّا يصحّ بيعه في بعض الأحوال خصوصا .. لكان يلزم استثناء تلك الحالة أو الأحوال من

كان اشتراط عدمه (1) على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً، لمخالفته (2) للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد، كدفع (3) الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجة، أو صيرورته (4) ممّا لا ينتفع به أصلاً.

إلا أن يقال (5) إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد

---

ذلك العموم أو الإطلاق، و إذ لم يستثن منه أصلاً علم استحكام العموم» (1).

وبالجملة: فالمصنف قدّس سرّه أثبت كون الشرط قيّداً للنوع بهذه الوجوه الثلاثة، و سيأتي منه مناقشة الوجه الثالث.

(1) أي: اشتراط عدم البيع على الإطلاق، و هذا الاشتراط المطلق هو مدلول قوله عليه السّلام: «لا تباع و لا توهب» إذ لم يقيد بعدم طروء مسوّغ بيع الموقوفة. و لا-ريب في مخالفة هذا الإطلاق لما ثبت من جواز البيع في الجملة. كما لا ريب في فساد الشرط المأخوذ في شخص هذا الوقف.

(2) أي: مخالفة اشتراط عدم البيع لما هو المشروع من جواز بيع الوقف أحياناً.

(3) أي: المنع عن تحقق الفساد، في قبال رفعه الذي هو إعدامه بعد تحققه.

(4) أي: صيرورة الوقف ممّا لا ينتفع به أصلاً كما سيأتي تفصيله في الصورة الاولى و الثانية.

(5) ناقش المصنف قدّس سرّه بأمور ثلاثة في الوجه الثالث المتقدم آنفاً.

الأوّل: أنّه لا موضوع للتنافي بين جواز بيع الوقف في بعض الأحيان، و بين إطلاق قوله عليه السّلام: «لا تباع و لا توهب» حتى نلتجئ إلى جعل الوصف مقوّماً للنوع، دون الشخص. و ذلك لأنّ التنافي فرع بقاء الإطلاق على حاله، مع إمكان منع الإطلاق من جهة انصرافه إلى غير صورة العذر.

كما أنّ إطلاق قوله عليه السّلام في رواية ابن راشد: «لا يجوز شراء الوقف» منصرف إلى عدم طروء مسوّغ البيع.

و على هذا فيكون قوله عليه السّلام: «لا-تباع» قيّداً للشخص، لا النوع. و الإطلاق لصورة وجود العذر غير مقصود حتى يكون مخالفاً للمشروع، فلم يمنع عليه السّلام عن بيع الوقف مطلقاً- حتى مع عروض المسوّغ- حتى يكون مخالفاً للسنة، هذا.

في (1) انصرافه إلى البيع لا لعذر.

مع (2) أنّ هذا التقييد (3) ممّا لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيًا (4).

(1) متعلق ب «نظير» يعني: كما أنّ قوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» منصرف إلى مورد انتفاء العذر، فلا إطلاق حقيقة، فكأنه قال: «لا يجوز شراء الوقف ما لم يعرض المسوّغ للبيع» فكذا قوله عليه السّلام: «لا يباع» ناظر إلى عدم تحقق الحالات المجوّزة للبيع.

(2) هذا ثاني وجوه المناقشة، و حاصله: أنّه لا إطلاق في البين - حتى يكون دليلا على كون القيد قيذا للنوع - سواء أ كان الشرط قيذا للنوع أم الشخص، ضرورة جواز البيع مع طرؤ المسوّغ على كل حال، فيصير الكلام مجملا، لعدم ظهوره حينئذ في رجوعه إلى النوع أو الشخص.

وبعبارة أخرى: أراد صاحب المقابس قدّس سرّه استفادة كون «لا تباع و لا توهب» فصلا مميّزا للوقف عن غيره، من جهة أنّه لو كان وصفا لشخص ما تصدّق به عليه السّلام لزم تقييده بعدم عروض حالة مجوّزة للبيع، و حيث إنه لا مقيّد في الكلام فلا بدّ من جعل الوصف مقوّمًا لنوع الوقف ليتمّ الإطلاق.

و لكن يرد عليه: أنّ تقييد «لا تباع و لا توهب» لازم حتى لو جعلناه مقوّمًا للوقف و صفة للنوع. و الوجه في لا بدّيّة التقييد هو: أنّ طبيعي الوقف - الذي لا يباع - قد ثبت من الشرع صحة بيعه في مورد الخراب أو اختلاف الموقوف عليهم و غيرهما ممّا سيأتي مفصّلا. و لمّا كان إطلاق «لا تباع» مخالفا للسنة لزم تقييده بعدم عروض المجوّز.

و عليه فعدم الإطلاق مشترك بين كون الوصف مقوّمًا للنوع و بين كونه شرطا للشخص.

(3) أي: لا بدّ من تقييد إطلاق وصف «لا تباع و لا توهب» بعدم عروض المسوّغ حتى لو كان مقوّمًا لطبيعي الوقف.

(4) أي: خارجا عن حقيقة الوقف و مأخوذا في شخص هذا الوقف من باب الشرط، كما هو شأن مطلق الشروط المأخوذة في العقود من حيث كونها خارجة عن حقائق العقود.

مع احتمال (1) علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة (2). و حينئذ (3) يصحّ أن يستغني بذلك عن التقييد، على (4) تقدير كون الصفة شرطا. بخلاف

(1) هذا ثالث وجوه المناقشة، و غرضه أنه يمكن ترجيح الإطلاق، و كون القيد قيّدا للشخص، و عدم لزوم مخالفة الإطلاق للمشروع حتى يقال بفساد الشرط، بل و مفسديّته.

و بيانه: أنه من المحتمل بقاء الصدقة المزبورة على حالها، و عدم طروء مسوّغ عليها يجوز بيعها، مع علم الامام عليه السلام بذلك، لعلمه الواسع - بإذن الله - بما كان و بما يكون إلى يوم القيامة، فمن جهة علمه عليه السلام بالغيب لم يقيد عدم بيع هذه الدار الموقوفة بعدم عروض مجوّز البيع.

و عليه فإطلاق عدم جواز البيع حينئذ لا محذور فيه، لعدم كونه مخالفا للمشروع.

بخلاف ما إذا كان قيّدا للنوع، فإنّ مجرد العلم بعدم طروء مسوّغ البيع في شخص هذا الوقف لا يصحّح الإطلاق، لكون حكم نوع الوقف جواز بيعه بطروء المجوّز له، هذا [1].

(2) أي: المبيحة لبيع الوقف، كالخراب و ندرة المنفعة، و تشاجر الموقوف عليهم، و نحوها.

(3) أي: و حين احتمالنا اتكاله عليه السلام - في إبقاء «لا تباع» على إطلاقه - على علمه بعدم عروض ما يبيح بيع الدار الواقعة في بني زريق، صحّ أن يستغني الإمام بذلك العلم عن التقييد.

(4) متعلق ب «يصح» أي: صحة الاستغناء عن التقييد بناء على كون «لا تباع» خارجا عن حقيقة الوقف، و مأخوذا في شخص هذا الإنشاء من باب الشرط الذي هو التزام ضمن التزام آخر.

[1] أقول: بل الإطلاق في صورة كون الشرط قيّدا للشخص مع العلم بعدم طروء المسوّغ للبيع غير متجه أيضا، لأنّ الإطلاق عبارة عن عدم القيد. فالمعنى حينئذ يصير هكذا:

لا- يجوز بيع هذا الوقف مطلقا أي سواء عرض مسوغ للبيع أم لا، و من المعلوم عدم صحة هذا المعنى. نعم بناء على كون الإطلاق هو الدوام و الاستمرار لا بأس به.



ما لو جعل (1) وصفا داخلا في النوع، فإنّ (2) العلم بعدم طروء مسوّغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

فظهر (3) أنّ التمسك بإطلاق المنع عن البيع على (4) كون الوصف داخلا في أصل الوقف - كما صدر عن بعض من عاصرناه - لا يخلو (5) عن نظر. وإن كان (6) الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق (7) الأوصاف في كونها أوصافا للنوع [1].

---

(1) أي: جعل الوصف وصفا مميّزا للوقف عمّا عداه من الصدقات، فإنّه لا يصحّ الاستغناء عن التقييد.

(2) تعليل ل «لا يصحّ» المستفاد من قوله: «بخلاف ما لو جعل ..» يعني:

لو كان عليه السّلام في مقام بيان حكم الأوقاف من حرمة بيعها وشرائها، كان المناسب أن يجعل بطلان البيع مختصا بما إذا لم يتحقق المسوّغ، و لم يكن علمه عليه السّلام بعدم طرؤه في وقف خصوص الدار المعيّنة كافيا في بيان الحكم بنحو الإطلاق.

(3) هذا نتيجة ما أفاده بقوله: «الا أن يقال» من وجوه الخدشة في الوجه الثالث المتقدم عن صاحب المقابس، وهو ما ذكره المصنف بقوله: «مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان ..». فغرضه قدّس سرّه الاعتماد على الوجهين الأوّلين في تثبيت كون عدم بيع الوقف فصلا مقوّما لطبيعي الوقف، لا أمرا خارجا عنه مأخوذا شرطا في خصوص إنشائه عليه السّلام.

(4) متعلق ب «التمسك» و المراد بالدخول في أصل الوقف هو الفصل المنوّع كما عبّر به قبل أسطر بقوله: «كون الصفة فصلا للنوع».

(5) خبر قوله: «انّ التمسك» و المراد بالبعض كما عرفت هو المحقق الشوشتري في مقابسه.

(6) استدراك على قوله: «ان التمسك لا يخلو عن نظر» يعني: أنّ الإنصاف صحة المدّعى، لكن لا من ناحية الإطلاق، بل لظهور سياق الأوصاف.

(7) هذه الكلمة قرينة على أن مراده من قوله في (ص 515): «فإن الظاهر من الوصف» هو الظهور الإطلاقي الناشئ من سوق الإنشاء.

---

[1] و أمّا الوجه الثاني - وهو اقتضاء سياق الاشتراط تأخر الشرط عن الموقوف

عليه- فيمكن منعه، بقرينة ورود الوصف بعد ذكر الموقوف عليه مع كونه مقوماً لطبيعي الوقف لا للشخص، ففي رواية أيوب بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام في حكاية وقف أمير المؤمنين «عليه أفضل صلوات المصلين» لعين ينبع: «هي صدقة بتا بتلا في حجيج بيت الله و عابر سبيله لا تباع ولا توهب ولا تورث» «1» الحديث. حيث إن ذكر وصف عدم كونها مبيعة ولا مورثة متأخر عن الموقوف عليهم، مع أنه ليس شرطاً بمعنى الالتزام الخارج عن حقيقة الوقف.

و عليه فسبق الوصف على الموقوف عليه لا يقتضي التنوع، كما أن تأخيره عنه لا يساوق الاشتراط.

فالمهم في جعل الوصف دخيلاً في النوع هو الوجه الأول أعني به ظهور التوصيف.

نعم تعبير المصنف قدس سره تارة «بأن الصفة فصل للنوع»، و أخرى بأن «المنع من البيع تعبد شرعي خارج عن حقيقته» لا يخلو من تهافت، لوضوح كون الفصل مقوماً لماهية المتفصل، بخلاف التعبد الشرعي الذي هو حكم محمول على موضوع محقق.

وقد يوجه بأن المراد بوصف النوع هو الخارج عن حقيقة الوقف، ولكنه لازم لها، ويصح التريديد بين كون وصف عدم المبيعية لازماً للوقف، وأن المتسبب إليه بإنشاء الوقف هو حصة من طبيعي التمليك الملزوم شرعاً للمنع عن أنحاء الانتقالات، وبين كونه شرطاً التزم به الواقف في ضمن عقد التصديق بماله على البطون. وعلى هذا ينبغي حمل كلام المصنف لدفع التنافي. هذا ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره «2».

فإن أمكن حمل صريح المتن من «فصل النوع» على الخارج الملازم كالعرض الخاص فهو. وإلا فالتهافت بين التعبيرين باق، كما هو الظاهر. وليس أحد الكلامين مجملاً حتى يمكن رفع إجماله بقرينة غيره، بل كل منهما ظاهر - أو صريح - في مؤداه، وبه يشكل الأمر.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 303، الباب 6 من أبواب أحكام الوقوف، ح 2

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 254

و مما (1) ذكرنا ظهر: أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

(1) الظاهر أنّ المراد بالموصول رواية ربيعي الحاكية لوقف أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلّين، وإلا لم يتقدم من المصنف قدّس سرّه سوى عدم جواز بيع الوقف، ولم يذكر منشأ هذا المنع، وأنه تعلق حقّ الله تعالى وحقّ الآدمي بالعين الموقوفة.

وعلى كلّ فيستفاد الحقوق الثلاثة المذكورة في المتن من رواية ربيعي.

أمّا حقّ الواقف فلاّنه عليه السّلام جعل ماله صدقة جارية ينتفع بها دائما، وبيعه ينافي هذا الحق.

وأمّا حقّ البطون اللاحقة، فلقوله عليه الصلاة والسلام: «وعاش عقبه» فإنّه يدلّ على ثبوت الحقّ للبطون اللاحقة.

وأمّا كونه متعلق حقّ الله تعالى فلاعتبار القرية إنّ الوقف صدقة، و الصدقة يعتبر فيها قصد القرية. فهذه الحقوق الثلاثة تمنع عن البيع فيه.

ثم إنّ المحقق صاحب المقابس قدّس سرّه تبه على مانعيّة هذه الحقوق الثلاثة بقوله: «قد اجتمع في الوقف حقّ الواقف لدوام ثوابه بدوام الانتفاع بالعين، وحقّ الله، لأنّ الصدقات لله، وحقّ الموجودين وباقي الطبقات .. إلخ» (1).

وتوضيح تعلق هذه الحقوق بالوقف هو: أمّا حقّه تعالى فيمكن أن يراد به أنّ له تعالى حقّ أن يعبد، فكما أنّ جعل أرض مسجدا أو مكانا للعبادة يوجب حقّا للموقوف عليه بالعبادة فيه، فكذا يوجب حقّا له بأن يعبد فيه. وهذا واضح في وقف مشاعر العبادة.

وكذا الحال في الوقف على الذرية، فإنّ غرض الواقف التصديق على الذرية بنحو الاستمرار، وهذه الصدقة عبادة مستمرة من الواقف، فله تعالى حقّ أن يعبد به مستمرا ويثاب به الواقف.

وأن يراد به أنّ الآخذ للصدقات- ومنها الوقف بأقسامه- هو تعالى، بشهادة قوله عزّ من قائل وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ وما ورد من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «ما تقع صدقة المؤمن في يد السائل حتى تقع في يد الله. ثم تلا هذه الآية: أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ» (2). والمستفاد منه أنّ الصدقة تكون له تعالى أولا، ثم

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 303، الباب 29 من أبواب الصدقة، ح 3

حقّ الواقف، حيث جعلها (1) بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها. وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن (2) البائع. و التّعبد (3) الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله، حيث يعتبر فيه (4) التقرب، ويكون لله تعالى عمله

للمتصدق عليه ثانيا.

وعليه فالتصرف في الوقف تصرف في ما للغير، وهو ممنوع.

وأن يراد به ما ورد في بعض النصوص من قوله عليه السلام: «إنما الصدقة لله عزّ وجلّ، فما جعل لله عزّ وجلّ فلا رجعة له فيه» (1) إذ الاستفادة منه أنّ له تعالى حقّا في الصدقات، فما كان صدقة حدوثا فهي صدقة بقاء، ولا رجوع فيها. وكما لا معنى لرجوع المتصدق فكذا لا يجوز بيعها ولا هبتها، لمنافاة ذلك كله لتعلق حقّ الخالق به.

وأما حقّ الواقف فلأنّ غرضه من الوقف بقاء العين الموقوفة لينتفع بها الموقوف عليه مادّيّا لينتفع هو بالمشوبة المعنوية. ومن المعلوم أنّ بيع الوقف يوجب انقطاع الفيض الإلهي بانتفاء موضوعه.

وأما حقّ الموقوف عليه فلأنّ العين حسبت لتدرّ على البطن الموجود و البطون اللاحقة على السواء، فلو باعها البطن الموجود كان إزالة لحقّ الطبقات المتأخّرة، وهو غير جائز.

(1) أي: جعل العين الموقوفة صدقة جارية، فمرجع الضمير حكمي، أو معنوي باعتبار ذكر «الوقف».

(2) كذا في نسختنا و جملة من النسخ، والأولى تعريف «بطن» ليكون «البائع» صفة له، أي البطن الموجود البائع، فإنّ بيعه تضييع لحقّ البطون المعدومة فعلا.

(3) يعني: أنّ التعبد الشرعي يدلّ على تعلق حقّ الخالق بالعين الموقوفة- مع الغضّ عن حقّ المخلوق من الواقف والموقوف عليه- وهذا حقّ ثالث ينشأ من دلالة النص على اعتبار القرية في الوقف، لكونه من الصدقة المتقومة بابتغاء وجهه تعالى، ففي معتبرة حمّاد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عزّ وجلّ» (2).

(4) أي: يعتبر في الوقف التقرب، لكونه مندرجا في عنوان «الصدقة» المتقومة

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 316، الباب 11 من أحكام الوقوف والصدقات، ح 1

(2) المصدر، ص 319، الباب 13، ح 2

و عليه (1) عوضه.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع (2) فيبقى الباقي، وقد يرتفع كلّها، وسيجيء التفصيل [1].

بالقربة.

(1) أي: على الله تعالى، وضميرا «عمله، عوضه» راجعان إلى الوقف.

(2) كارتفاع حقّ الموقوف عليهم عن العين في موارد طرء المسوّغ للبيع، وسيأتي التفصيل في صور جوازه.

[1] حاصله: مانعية الحقوق الثلاثة عن البيع. لكن للمناقشة فيها مجال، كما تبّه عليه غير واحد من الأعلام من عدم ثبوت أصل الحق، أو عدم صلاحية شيء من هذه الحقوق عن البيع.

أمّا انتفاء حقّ الواقف، فلأنّ الوقف يوجب انقطاعه عن العين الموقوفة، وصورته أجنبيا عنها كغيره، وإنّما يستحقّ الأجر والثواب. وكونها صدقة جارية لا يقتضي تعلق حقّ له بها حتى يكون مانعا عن بيعها. غاية الأمر انتفاعه بها ما دامت باقية لأجل خصوصية عمله، مثل «من سنّ سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها» (1).

وأمّا قصد التقربّ المعتبر في الوقف فغير مانع عن البيع أيضا، لعدم اقتضاء إضافة الوقف إليه تعالى تعلق حقّ له بالعين مانع عن التصرف فيها، فإنّ الصدقة الواجبة والمستحبة تملك للغير بداع إلهي، مع أنّه يجوز للمتصدق عليه التصرف فيها بالبيع والهبة كسائر أمواله. وليس الوقف كالخمس والزكاة ممّا يتعلّق حقه تعالى بالعين أو بماليتها.

نعم التبعّد الشرعيّ أي النهي عن بيع الوقف أمر مسلّم، لكنه ليس بمعنى الحقّ القابل للإسقاط- المقابل للحكم- و مقتضاه وجوب صرف الوقف في ما عينه الواقف، فالتعبير عنه بالحق لا يخلو من مسامحة.

و أمّا حقّ الموقوف عليه- أي البطون اللاحقة- فلو سلّم كون العين فعلا متعلّقة

(1) عوالي اللئالي، ج 1، ص 265، ح 136، و بمضمونه في البحار، ج 71، ص 258، ح 5 و 6

ص: 526

لحقّها، فإنّما يكون مانعا عن بيعها على أن يكون الثمن ملكا طلقا للبطن الموجود، لا على أن يتعلّق حقّهم بالبدل كتعلّقه بالمبدل، كما إذا كان البيع صلاحا للوقف.

وعليه فالمانع عن بيع الوقف هو الإجماع والأخبار ومنافاته لمقتضاه، لكونه حيسا للأصل، الذي لا معنى له إلا الممنوعيّة من التصرفات الناقلة أو المتلفة له. هذا ما أفاده المحقق الخراساني قدّس سرّه «1» بتوضيح منّا.

وهو كذلك بالنسبة إلى حق الخالق والواقف. وأمّا بالنسبة إلى حقّ البطن فيمكن أن يقال: إنّ انتقال الحق إلى البدل منوط بعدم تعلّق حقّهم بنفس العين الموقوفة بما لها من الخصوصيّة، وقيامه بماليتها التي لا فرق فيها بين بقاء العين وبين بدلها. ولا تبعد دعوى تعلّق حقّ البطن بالعين بما لها من الخصوصيّة، ومن المعلوم منافاة هذا الحقّ للبيع الذي يوجب انتقال الحقّ إلى ماليتها وهو الثمن.

ولعلّه لهذا ذهب المحقق النائيني إلى تسلّم حق الموقوف عليه، وصلاحيته في نفسه للمنع عن البيع، لكنه قدّس سرّه قال بعدم وصول النوبة إلى مانعيّة هذا الحق، وذلك لقصور المقتضي. ومع لا مجال للتمسك بوجود المانع، لما تقرر في محله من أنّ عدم المعلول يستند إلى عدم المقتضي لا إلى وجود المانع.

و الوجه في قصور المقتضي أنّ الملك في الوقف على الطبقات محبوس عن الحركة في وعاء الاعتبار، فهو كمن قطعت رجلاه عاجز عن التحرك خارجا. ولذلك يختلف الوقف- في موارد إفادته الملك كالوقف الخاص- عن الرهن وأمّ الولد ممّا يستند عدم جواز البيع إلى وجود المانع. هذا «2».

و سيأتي في (ص 635) تقرير قدّس سرّه قصور المقتضي بوجه آخر، حاصله: أنّ الملكية المنشئة بالبيع ملكية مرسلّة غير محدودة بزمان أو زماني، لا موقّته، لعدم معهودية بيع مال الى وقت معيّن، والمفروض في المقام انتفاء إطلاق الملك وإرساله، فإنّ الطبقة الموجودة من الموقوف عليهم وإن كانت مالكة للعين فعلا، وليست هي مشاعة بينها وبين البطن

(1) حاشية المكاسب، ص 107

(2) المكاسب والبيع، ج 2، ص 376-377

المتأخرة، إلا أن ملكيتها لها محدودة و مؤقتة بالحياة، لفرض انتقال الوقف إلى الطبقة اللاحقة بانقراض السابقة. و حينئذ فإن نهض الدليل على كفاية إنشاء الملكية المحدودة قلنا بصحة البيع، و إلا فمقتضى اعتبار الملك المرسل بطلان بيع الوقف، هذا.

وقد يقال: إنه لا مانع من صحة البيع بناء على صحة البيع المحدود إلى انقراض الطبقة الحاضرة، بأن يقال: كما يصح التمليك المحدود في الوقف، كذلك يصح بيع الوقف و إن كان الملك مقيّداً.

و لو سلّم بطلان البيع، لكون الملك محدوداً غير مرسل، أو للغرر، للجهل بأمد البطن البائع، أمكن نقل الوقف بمثل الصلح أو البيع غير محدود، لكن بشرط الانفساخ عند انقراض الطبقة الموجودة، بأن ينشأ النقل هكذا: «بعت العين الموقوفة على أن يفسخ العقد عند انقراض هذه الطبقة» فالمنشأ تمليك مرسل، و لكنّه مشروط بشرط الانفساخ.

و لو سلّم بطلان هذا النقل لأدائه إلى الغرر، أمكن البيع مطلقاً مجرداً عن شرط الانفساخ، غاية أن صحته فعليّة ما دام البطن البائع موجوداً، و تأهلية بالنسبة إلى البطن المتأخرة، فإن أجازته صحّ بالفعل، و إلا بطل كما هو شأن البيع الفضولي مطلقاً. هذا ما أفيد.

لكنه غير ظاهر. أما الأوّل فلعدم كون المحذور ثبوتياً حتى يقاس البيع بالوقف في كونه تمليكا للبطن الموجود محدوداً بالانقراض، بل هو إثباتي، و المفروض وفاء الدليل بصحة التمليك المقيّد في الوقف على الطبقات، و قصوره في البيع، مع أن البائع للوقف يملك ما ليس له و هو الملكية المرسلّة.

و أما الثاني - فمع الغصّ عن إمكان اختصاص دليل نفوذ الشرط و وجوب الوفاء به بشرط الفعل - يشكل بأن نفوذ شرط النتيجة منوط بأخذه في عقد صحيح شرعاً حتى يجب الوفاء بالشرط تبعاً للوفاء بالعقد، و المفروض في المقام عدم إحراز صحة بيع الوقف كي يفسخ عند انقراض البطن البائع.

مع أن هذا الوجه مبتن على التنزل عن الوجه السابق، و تسليم عدم الدليل على صحة البيع، و لذا أريد تصحيحه من جهة شرط الانفساخ. و هو لا يخلو من شبهة الدور، لتوقف جواز البيع على صحة شرط الانفساخ، و توقف الشرط على المشروط به.

ثمّ (1) إنّ جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع،

(1) عدم التنافي بين الوقف و جواز بيعه بعد الفراغ من الأدلّة المانعة عن بيع الوقف تصل النوبة إلى ذكر الأقوال في المسألة، وأنّ عموم دليل المنع مخصّص ببعض الصور- على ما سيأتي تفصيله- أم لا.

ولا ريب في جواز البيع في الجملة.

ويتجه حينئذ البحث عن أمر قبل التعرّض للأقوال و الصور المستثناة من إطلاق دليل المنع، و هو: أنّه بعد التسالم على أمرين- و هما حرمة البيع قبل عروض المجوّز، و جواز البيع بعد عروضه- هل يبطل الوقف بمجرد طرؤ أسباب خاصة مجوّزة للبيع، أم أنّ صفة الوقفية تستمرّ إلى تحقق البيع خارجاً، و لا- يزول عنوان «الوقف» بعروض المسوّغ؟ فيه قولان، ذهب الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه و صاحب الجواهر إلى الأوّل، و سيأتي تقريب كلاميهما.

و اختار المصنّف قدّس سرّه الثاني مستدلاً عليه بما توضّحه: أنّ في الوقف- كسائر الأمور الإنشائية من العقود و الإيقاعات- مرحلتين:

الأولى: إنشاء الواقف، و مفاده اعتبار محبوسية العين عن التصرفات الناقلة أبداً.

و أمّا الثالث فالأنّ صحة العقد الفضولي بالإجازة منوطة بكون المجيز أهلاً لإمضاء ما أنشأه الفضول، كما هو الحال في البيوع الفضولية المتعارفة. و هذا غير متحقق في المقام، ضرورة أنّ البطن اللاحق المجيز لذلك البيع لم يكن مالكا بالملكية المرسلة حتى تتعلّق إجازته بنفس ما أنشأه البطن السابق المفروض كونه فضولياً بالنسبة إلى البطن المتأخّرة.

نعم لو قلنا بعدم اعتبار مطابقة الإجازة للمجاز في الخصوصيات كما تقدم في محلّه حتى مثل إرسال الملك و محدوديته، اتّجه صحة بيع الوقف بالإجازة.

و على هذا فالمحذور في بيع الوقف قصور المقتضي، و لا مانع من ناحية قصد القرية و الواقف و الموقوف عليه، و إن كان في الأخير تأمل كما سبق ذيل كلام المحقق الخراساني قدّس سرّه.



الثانية: إمضاء الشارع له بمثل «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» كإمضاء ما أنشأه المتبايعان بمثل آية حلّ البيع. فدلّل إمضاء الوقف- لولا المنافي- يقتضي لزومه وعدم جواز فسخه أصلا بطرء الأسباب والعوارض.

لكن لا ريب في تجويز بيع الوقف شرعا، وهذا الجواز ينافي بقاء العين على صفة الوقفية، لتضادّ ذلك المنع المالكى- الممضى شرعا- لجواز البيع.

وهذا التضادّ يوجب تخصيص دليل لزوم الوقف، ونتيجته الحكم ببقاء عنوان الوقف بعد عروض المجوّز، وإّما يبطل بالبيع خارجا.

وهذا نظير تقييد سلطنة المتهمب على ما انتقل إليه- المقتضية لحرمة انتزاع العين من يده إلا بإذنه- بما دلّ على جواز رجوع الواهب، فكما أنّ هذا الدليل غير مناف لحقيقة الهبة، فكذا دليل جواز بيع الوقف لا يضادّ صحّته.

فإن قلت: مقتضى تضادّ جواز البيع وحبس- عن النقل والانتقال- بطلان الوقف بنفس عروض المسوّغ، لا بقاؤه على الوقفية حتى يبطل بإيجاد البيع، لكون التنافي بين اعتبارين، وهما اعتبار محبوسية العين عن النقل وبين اعتبار جوازه.

قلت: نعم، لا ريب في التضادّ المزبور، إلا أنّه موقوف على كون المعجول الشرعي عند طرء المسوّغ هو جواز البيع بنفسه وبعنوان أنّه بيع مشروع حتى يبطل الوقف بمجرد ترخيص النقل. مع أنّ الأمر ليس كذلك، لكون المقصود من جواز البيع جواز إبطال الوقف إمّا إلى بدل بأن يتصف ذلك البديل بالوقفية ويحلّ محلّ المبدل، وإمّا لا إلى بدل كما في مورد شدّة الحاجة إلى صرف الثمن وإتلافه. و من المعلوم أنّ جواز الإبطال ليس مبطلا، بل المبطل هو ذلك التصرف والنقل الخارجى.

إلا أن يقال: إن إبطال الوقف يكون من جملة التصرفات التي حبس العين عنها حين إنشاء الوقف و أمضاه الشارع، فتجويز الإبطال ينافي حقيقة الوقف الذي هو حبس العين عن الحركة الاعتبارية.

لكنه يندفع بامتناع دخول الإبطال في جملة التصرفات المحبوسة عنها العين، ووجه

فالوقف يبطل بنفس البيع، لا بجوازه (1). فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز (2) إبطال وقفها إلى بدل (3) أو لا إليه، فإن (4) [1] مدلول صيغة الوقف وإن أخذ فيه

الامتناع: تأخر الإبطال عن المحبوسية، لعروضه على عنوان الحبس، و من المعلوم تأخر العرض عن معروضه، ويستحيل أخذ ما هو متأخر رتبة فيما هو متقدم رتبة.

ونتيجة هذا البيان: الحكم ببقاء الوقف في مورد عروض المسوّغ، وإناطة بطلانه بتحقيق البيع خارجا، هذا.

(1) كما اختاره الفقيهان كاشف الغطاء و صاحب الجواهر عليهما السّلام من بطلان الوقف بمجرد عروض المجوّز للبيع.

(2) هذا مختار المصنف قدّس سرّه من بقاء الوقف على ما كان عليه إلى أن يتحقق نقله خارجا.

(3) بطلان الوقف وزوال صفة الوقفية عن العين تارة يكون في الجملة: أي بقيام بدل العين مقام المبدل، كما إذا سقطت العين عن حيّز الانتفاع، و اخرى بالجملة أي انتفاء الوقف رأسا، كما إذا احتاج الموقوف عليه إلى ثمنها. و سيأتي التفصيل في مطاوي الصور المسوّغة للبيع.

(4) تعليل لتحقق التنافي بين الوقف - وهو الحبس المالكي الممضى شرعا- و بين البيع خارجا، لا بين الحكّمين، و هما حبس العين و الترخيص في بيعها، و قد تقدّم توضيحه

[1] هذا التعليل ربما ينافي قوله: «ان جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف ..» الظاهر في أنّ عدم جواز البيع ليس مقوّما لمفهوم الوقف، بل من أحكامه الشرعيّة. وقوله هنا: «فإنّ مدلول ..» ظاهر في كون عدم جواز البيع مقوّما لمفهوم الوقف، فكيف التوفيق بينهما؟

ولكن يمكن دفع التنافي بأنّ قوله: «فإنّ مدلول» ناظر إلى المنع المالكي، مع الغصّ عن إمضاء الشارع، و من المعلوم أنّ دخل ذلك بنظر الواقف - إمّا بكونه مقوّما لإنشائه أو ملازما له - لا يجدي ما لم يمضه الشارع بذلك النحو. و لا فرق في هذا بين التصريح بالتأييد، و بين كونه مقتضى إطلاق الإنشاء.

الدوام والمنع عن المعاوضة عليه (1)، إلا أنه (2) قد يعرض ما يجوّز مخالفة هذا الإنشاء. كما أنّ مقتضى العقد الجائز كالهبة (3) تملك المتهب المقتضى

---

أنفا بقولنا: «إنّ في الوقف كسائر الأمور الإنشائية».

(1) يعني: بلحاظ إنشاء الواقف. و غرض المصنف قدس سرّه تثبيت مختاره- من أنّ جواز البيع لا يبطل الوقف- حتى بملاحظة مبنى صاحب الجواهر من كون مفهوم الوقف «تحييس الأصل و تسهيل الثمرة» سواء أخذ قيد الدوام فيه مقام الإنشاء، بأن يقول:

«هذه الدار موقوفة دائما و أبدا» أم لم يؤخذ فيه ذلك. فعلى كلّ منهما يكون المنع من البيع ملحوظا في إنشاء الواقف. و أمّا إمضاء الشارع فقد يكون مماثلا له، و قد يكون مغايرا له.

(2) خبر «فإنّ مدلول» و الضمير للشأن، و هذا متعلّق ب «و إن أخذ» يعني: لا يلزم أن يكون المنع الشرعي عن التصرف مماثلا للمنع المالكى، بل يغايره عند طروء الحالة المجوّزة للبيع.

(3) غرضه بيان نظير للوقف الذي يجوز إبطاله بعروض بعض الأسباب، يعني: أنّ عقد الهبة لا يقتضى إلا مجرد التمليك الذي حكمه الشرعي التسلّط على العين الموهوبة. كما أنّ حكمه شرعا جواز انتزاع الموهوبة عن يد المتهب. فكما أنّ جواز الرجوع في الهبة حكم شرعيّ، فكذلك عدم جواز البيع في الوقف، فإنّه حكم شرعي للوقف لا مقوم لمفهومه.

---

و هذا بخلاف قوله في صدر العبارة: «لا ينافي بقاء» فإنّه ناظر إلى الحكم الشرعي، و أنّ تجويز البيع مخصّص لدليل لزوم الوقف، و عليه فلا تهافت بين العبارتين.

هذا مضافا إلى أنّ قوله: «فإنّ مدلول صيغة الوقف» ناظر إلى مبنى القائل بأنّ حقيقة الوقف هي الحبس عن التصرفات الاعتباريّة أبدا. و سيأتي من المصنف أنّ الوقف الخاص قسم من التمليك. و بناء عليه ليس المنع من البيع ملحوظا في الوقف أصلا، هذا. و يبقى الجمع بينه و بين ما تقدّم من كون الصفة فصلا للنوع.

لتسلّطه المنافي (1) لجواز انتزاعه (2) من يده، و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمّل (3).

إلاّ أنّه (4) ذكر بعض في هذا المقام: «أنّ الذي يقوى في النظر - بعد إمعانه - أنّ

---

(1) صفة للتسلط، و قوله: «المقتضي» صفة ل «تمليك المتّهب».

(2) أي: انتزاع الموهوب من يد المتّهب.

(3) لعلّه إشارة إلى الفرق بين الوقف و الهبة، بأنّ حقيقة الوقف هي الحبس عن التصرفات الاعتباريّة من البيع و غيره، و عن الحركة من ملك إلى ملك، إلاّ الحركة في ملك البطون على حسب ما أنشأه الواقف. و هذا بخلاف الهبة. فإنّ مفهومها كمفهوم البيع هو أصل التمليك، و يكون اللزوم و الجواز حكمين شرعيّين مترتبين عليهما، كما تقدّم في مسألة لزوم المعاطاة بقوله: «فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعيّة للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب ..» فراجع «1».

و عليه فليست الهبة - من حيث اللزوم و الجواز - نظيرا للوقف.

و أمّا ما أفاده المصنف في ما يقتضيه الوقف - بناء على كونه تحبّيس الأصل و إطلاق المنفعة - و عدم بطلانه بطروء المجوّز، فهو تامّ لا شبهة فيه.

(4) استدرّك على قوله: «إنّ جواز البيع لا - ينافي الوقف إلى أن يباع» و الضمير للشأن. و غرضه نقل كلام صاحب الجواهر تبعا لشيخه كاشف الغطاء ثم المناقشة فيه، و ينبغي الإشارة إلى أمور لتوضيح ما في الجواهر.

الأمر الأوّل: أنّ الوقف - كما في النبوي صلّى الله عليه و آله و سلّم - تحبّيس الأصل. و حيث إنّ «الحبس» من المعاني ذات التعلّق و الإضافة، فالمحبوس عنه هو التصرفات الناقلة، و الحركة من ملك شخص إلى ملك شخص آخر، إلاّ بالنسبة إلى البطون التي جعل الواقف حركة العين فيها. فالمنشأ بصيغة الوقف منع النقل و المعاوضة بالبيع و الصلح و نحوهما. و بما أنّ الشارع أمضى إنشاء الواقف كان إمضاءه له منعا اعتباريا عن

---

(1) هدى الطالب، ج 1، ص 492

ص: 533

الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه (1)، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من التضادّ (2).

نعم (3) إذا بطل الوقف أتجه حينئذ جواز بيعه».

---

المعاوضات.

الأمر الثاني: أنّ الأحكام الشرعية وإن كانت أمورا اعتبارية، وليست من سنخ الجواهر والأعراض، ولكن يمتنع اجتماع اثنين منها في فعل واحد، كالوجوب والحرمة، والجواز المنع، ومن المعلوم أنّ استحالة اجتماع الضدين لا تختص بالموجودات التكوينية، فيمتنع اعتبار الرخصة في فعل و ممنوعيته أيضا.

الأمر الثالث: أنّ من شروط العوضين تمامية الملك، فما ليس طلقا لم يكن قابلا للمعاوضة عليه.

وبناء على هذه الأمور الثلاثة يقال في تقريب كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه: إنّ تجويز الشارع- عند طروء أسباب خاصّة- بيع العين الموقوفة يكشف عن بطلان الوقف، ليتحقق شرط صحة البيع، وهو كونه طلقا. فلو قيل ببقاء الوقف إلى أن يتحقق البيع خارجا لزم اجتماع الضدين الفعليين، وهما: إمضاء الشارع لما أنشأه الواقف من الحبس عن البيع، وجواز البيع. ولا مناص من هذا المحذور إلاّ استكشاف زوال ذلك المنع بتجويزه للبيع في مورد طروء المسوّغ [1].

وبهذا يظهر أنّ المتنافيين هنا هما الاعتباران الشرعيّان، لا الحكم بالمنع والبيع خارجا حتى يقال ببقاء صفة الوقفية بعد عروض المجوّز و قبل تحقق النقل خارجا.

(1) لانتفاء شرط «الطلاق» لكون الوقف محبوسا عن التصرفات الناقلة.

(2) خبر «لعلّ جواز».

(3) استدراك على «لا يجوز بيعه» ومقصوده إناطة جواز البيع ببطلان الوقف.

---

[1] هذا ما قيل في تقريب كلام الجواهر، ويستظهر منه بدوا.

والأولى ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه من أن عبارة الجواهر- بقرينة كلمة «بل» الدالة على الترقّي- تتضمن وجهين، وإن كانت الجهة المشتركة بينهما التنافي بين جواز البيع

ثم ذكر (1) بعض مبطلات الوقف الموسّعة لبيعه.

---

(1) يعني: ذكر صاحب الجواهر بعض المبطلات، فمنها: ما لو اعتبر المنفعة في الوقف حدوثا وبقاء، وقد زالت المنفعة، فتنتفي حقيقة الوقف، لانتفاء شرط الصحة، كالحصير- الموقوف على مسجد- و الجذع البالي مما لا منفعة معتدا بها إلا بالإحراق مثلا. و كالحیوان بعد ذبحه.

و منها: ما لو انعدم العنوان المأخوذ في الوقف، كما لو وقف بستانا ملاحظا فيه عنوان البستانية، فخرّب البستان، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلا، لإمكان الانتفاع بها دارا، لكن عنوان الوقف- و هو البستان- قد زال.

و منها: ما لو أدّى بقاء الوقف بحاله إلى الخراب، فراجع «1».

و سيتعرض المصنف لكلامه في الصورة الثانية، فانتظر.

---

و الوقف.

الأول: أن موضوع جواز البيع مغاير لموضوع المنع، إذ لما كانت حقيقة الوقف حبس العين عن التصرفات الناقلة، فلا بدّ من حمل دليل جواز بيع الوقف على غير ظاهره، و هو ما ليس وقفا، بأن يكون دليل الجواز كاشفا عن بطلان الوقف بمجرد وجود أحد الموسّعات، ليتحقق شرط صحة البيع و هو كونه ملكا طلقا.

و بناء على هذا يكون دليل جواز البيع مخصّصا لدليل نفوذ الوقف من كونه حبسا أبدا، و ليس مخصّصا لدليل المنع عن البيع، لفرض انتفاء الموضوع بنفس عروض الموسّوع، و مع تعدد الموضوع لا مورد للتعارض حتى ينتهي الأمر إلى التخصيص.

الثاني: أن بيع الوقف- بعنوان أنه بيع الوقف- محال، لأنّ حقيقته محبوسية العين عن التصرفات، و هي لا تجتمع مع جواز التصرفات، لوضوح تضاد الممنوعية و الترخيص «2».

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 358 و 359

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 258

ص: 535

وقد سبقه إلى ذلك (1) بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف- بعد النصّ والإجماع، بل الضرورة- بأنّ (2) البيع وأضرابه ينافي حقيقة الوقف، لأخذ الدوام فيه، وأنّ نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء «1» [1].

---

(1) أي: إلى أنّ الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه. وضمير المفعول في «سبقه» راجع إلى «بعض» المراد به صاحب الجواهر، فالمراد بالسابق هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه. حيث استدلل بوجه أربعة على منع بيع الوقف، وهي النصّ كرواية ابن راشد، والإجماع المتكرر في الكلمات، والضرورة الفقهية، ورابعها منافاة البيع للحبس الذي هو مفهوم الوقف وحقيقته.

(2) متعلق ب «استدل» و محصله: أنّ البيع والوقف متنافيان، والدليل على أحد المتنافيين دليل على عدم الآخر، ولذلك تصحّ دعوى: أنّ صحة البيع تلازم بطلان الوقف.

كما تصحّ دعوى: أنّ صحة الوقف تلازم بطلان البيع.

---

[1] وقيل بترتب الثمرة على القولين، وهي: أنه لو لم ينقل الوقف بعد طروء المجوّز إلى أن ارتفع، كما إذا عرضت حاجة شديدة إلى ثمن الوقف، فارتفعت قبل البيع، فبناء على بطلان الوقف بعروض المسوّغ لا مانع من البيع، لزوال عنوان الوقف سابقا.

وبناء على مختار المصنّف قدّس سرّه يحتمل منع البيع، لكون المقام من موارد عموم الدليل المانع عن بيع الوقف في غير المتيقن خروجه منه، وهو إبطال الوقف بالبيع خارجا.

ويحتمل الجواز استصحابا لحكم المخصص، لليقين بصحة البيع بطروء المسوّغ، والشك في زواله وهو من الشك في رافعية الموجود أو وجود الرافع، فيستصحب الجواز.

وعموم «الوقوف على حسب ..» غير مانع، لكون المجعول حكما واحدا مستمرا، ولم تتكثر الأفراد بحسب الأزمنة والحالات، وبما أنّه جاز البيع فقد انقطع الدليل المانع، فيستصحب الجواز.

---

(1) شرح القواعد (مخطوط) الورقة 85

ص: 536

و فيه (1) أنّه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض (2) آثاره- و هو جواز البيع المسبّب (3) عن سقوط حقّ الموقوف عليهم عن (4) شخص العين، أو عنها وعن بدلها،

(1) أي: وفيما ذكره بعض. ناقش المصنف قدّس سرّه في كلامي العلمين بتحليل ما أراداه- من التضاد بين الوقف و جواز بيعه، و أن فعلية الجواز مبطل للوقف- و أنّه لا يخلو من وجهين:

الأوّل: أن يكون المراد من بطلان الوقف بطرؤه مجوّز البيع ارتفاع بعض أحكام الوقف، و هو منع نقل العين الموقوفة إلى الغير، فيجوز البيع مع كونها باقية على صفة الوقف.

و الوجه في حكم الشارع بجواز البيع انتفاء حقّ الموقوف عليهم، إمّا عن شخص العين الموقوفة، و انتقال حقّ البطلان إلى البدل، و إمّا سقوط الحقّ عن العين و بدلها، بأن صار الثمن ملكاً طلقاً للبطلان الموجود، كما في الحاجة الشديدة إلى صرف الثمن.

فبناء على هذا الاحتمال يكون معنى بطلان الوقف بطرؤه المسوّغ: ارتفاع منع البيع بجواز البيع، مع بقاء العين على الوقفية. و هذا أمر صحيح و مسلّم، لكنه لا يحتاج إلى الدقة فضلاً عن إمعان النظر، ضرورة أنّ وجود أحد المتنافيين رافع للآخر بدهاءة.

و لا ينبغي أن يكون هذا الاحتمال مراداً لهما، مع بعده عن ظاهر عبارة الجواهر.

الوجه الثاني: أن يكون المراد من بطلان الوقف ما ظاهره من انتفاء صفة الوقف و عنوانه، لا مجرد ارتفاع حكم تعدي من أحكام الوقف كما كان في الاحتمال الأوّل.

و الشاهد على إرادة هذا الوجه جعل المنع من البيع من مقوّمات مفهوم الوقف الذي هو الحبس عن التصرفات الناقلة، فجواز البيع مبطل له، لانتهاء الحقيقة بانتفاء الفصل المقوّم. فبناء عليه يرد على بطلان الوقف بطرؤه المسوّغ أمران، و سيأتي بيانهما إن شاء الله تعالى.

(2) المراد به حرمة البيع، و ضمير «هو» راجع إلى الانتفاء باعتبار تأويله بالمنفي، يعني: أنّ المنتفي هو جواز البيع.

(3) صفة ل «جواز» يعني: أنّ منشأ انتفاء الوقف و جواز البيع هو سقوط بعض الحقوق المانعة عن التصرفات الاعتبارية.

(4) متعلق ب «سقوط» يعني: أنّ سقوط حق الموقوف عليهم يختلف بحسب



حيث (1) قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع - فهذا (2) لا محصّل له، فضلا عن أن يحتاج إلى نظر، فضلا عن إمعانه.

وإن أريد به (3) انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه، حيث (4) جعل المنع من البيع من مقوّمات مفهوم الوقف، ففيه (5) - مع كونه (6) خلاف الإجماع، إذ

---

الطواري، فقد يسقط عن شخص العين دون ماليتها كما في تبديل الموقوفة بمثلها، وقد يسقط رأسا كما في الحاجة إلى البيع، و صرف الثمن في الطبقة الموجودة.

(1) متعلق بسقوط الحق عن العين و البديل، يعني بناء على كون الثمن للبطن الموجود، و عدم تعلق حق البطون المتأخرة به.

(2) جواب الشرط في «إن أريد» و الوجه في عدم المحصّل له كون معناه حينئذ: أنه متى جاز بيع الوقف جاز بيعه.

(3) أي: ببطلان الوقف.

(4) تعليل لكون ظاهر كلام الجواهر هو زوال عنوان الوقف بمجرد عروض المسوّغ، و منشأ الاستظهار أنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه جعل المنع من البيع مقوّمًا لمفهوم الوقف. و هو مقتضى تفسير الحبس بالمنع عن النقل كما تقدم في (ص 506) عن السيّدین صاحبی الرياض و المفتاح أيضا.

(5) جزاء الشرط في «وإن أريد». و قوله: «فيه» خبر مقدّم، و المبتدأ هو «أن المنع ..».

ثم إنّ المصنف أورد على القول ببطلان الوقف بطروء مجوّز البيع بوجهين، أحدهما:

ناظر إلى مخالفته للإجماع بعد تسليم المبنى من كون الوقف حسبا و منعا عن المعاوضة.

و ثانيهما: ناظر إلى منع المبنى، و أنّ الوقف الخاص تملك لا حس.

(6) أي: كون انتفاء أصل الوقف مخالفا للإجماع. توضيح هذا الوجه الأول: أنّ القول بزوال عنوان الوقف بنفس عروض المجوّز - وإن لم تتحقق المعاوضة خارجا - لا - سبيل للالتزام به، لكونه مخالفا للإجماع، بشهادة أنّ القائلين بجواز بيع الوقف في بعض الموارد لم يلتزموا ببطلان الوقف بالترخيص في بيعه، حتى يعود إلى ملك الواقف إن كان حيّا أو إلى ملك وارثه إن كان ميتا.

لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد ببطلان (1) الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف- أن (2) المنع عن البيع ليس

مع أن مقتضى بطلان الوقف إما صيرورة المال من المباحات، وإما عوده إلى ملك الواقف، وإما صيرورته ملكا طلقا للموقوف عليه. والكل ممنوع، للإجماع على بقاء صفة الوقفية ما لم يتحقق النقل خارجا، هذا.

(1) متعلق ب «لم يقل» يعني: أن المجوزين للبيع لم يقولوا ببطلان الوقف حتى تعود العين إلى ملك الواقف أو وارثه. توضيحه: أن الوقف- بناء على كونه حسبا عن التصرفات- يلزمه خروج العين عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليه، وهذا الملك يدور مدار الحبس. فلو انتفى الملزوم وهو الحبس بطرود أحد الأسباب- كما هو ظاهر الجواهر من بطلان الوقف به- انتفى اللازم وهو مالكية الموقوف عليه، ولا بد من دخول العين في ملك الواقف مرة أخرى، لأن خروجها عن ملكه كان منوطا بالحبس. مع أن عودها إلى ملك الواقف مخالف للإجماع، ويتعين حينئذ القول بعدم بطلان الوقف بمجرد طرود المجوز.

وهذا بخلاف القول ببطلان الوقف بالبيع وشبهه، لاستحالة عود الوقف إلى الواقف، وإلا لزم من وجود البيع عدمه.

كذا علل المحقق الأصفهاني قدس سره فتوهم بأن المبطل للوقف هو بيعه خارجا، لا عروض المسوخ للبيع، ثم ناقش فيه، فراجع «1».

(2) هذا هو الوجه الثاني الناظر إلى منع المبنى، وتوضيحه: أن كلام الفقيهين كاشف الغطاء وصاحب الجواهر قدس سرهما مبني على كون حقيقة الوقف حسب العين عن المعاوضة عليها، ورتبا عليه منافاته لترخيص الشارع في البيع، فيبطل بنفس الترخيص، للتضاد.

ولكن هذا المبنى ممنوع، وبيانه: أن الوقف- كما سيأتي تفصيله في (ص 573)- على قسمين:

الأول: الوقف والعام، وحقيقته فك الملك وتحريره من دون أن يتملكه شخص أو جهة، كالمساجد والمشاهد المشرفة والمدارس والرّبط، فإن وقفها نظير العتق الذي هو تحرير رقبة المملوك، وعدم قابليته لدخوله في ملك أحد.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 258

لكن لا بمعنى صيرورته من المباحات ليتصرف فيه من سبق إليه بما شاء، بل لا يجوز التصرف المنافي للوقف. وهذا القسم لا معنى لجواز بيعه، لانتفاء شرطه وهو الملك.

القسم الثاني: الوقف الخاص، كوقف دار أو بستان على الذرية أو على جهة معيّنة كعلماء البلد.

و محلّ البحث و النزاع في منع بيع الوقف- لانتفاء شرط الطلق- هو هذا القسم، لكونه ملكاً للموقوف عليهم دون القسم الأوّل.

و يقع الكلام في أنّ حقيقته حسب العين عن النقل و الانتقال، فيكون المنع عن البيع مقوّماً له، أم أنه تملك للبطن أو للجهة؟ ذهب إلى الأوّل صاحب الجواهر، و بنى عليه بطلان الوقف بنفس الترخيص في المعاوضة بطرء المسوّغ، و رجّح المصنف قدّس سرّه الاحتمال الثاني، و أنّه تملك خاصّ، إذ التملك على نحوين، فقد يكون مطلقاً كما في البيع و الهبة و الصلح. و قد يكون مقيداً، بأن يستمرّ و يدوم و لا ينقطع. و هذا حقيقة الوقف الخاص، و لم يؤخذ فيه منع البيع، و إنّما هو أثره الشرعي.

و الشاهد على أنّ الوقف الخاص تملك- لا حسب عن التصرف- أمران:

أحدهما: إطلاق «الصدقة» على الوقف في النصوص، كما تقدم في رواية ربعي الحاكية لوقف الدار التي كانت لأمر المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين.

ثانيهما: فتوى الأصحاب بجواز إنشاء الوقف ب «تصدّقت» وجه الشهادة: أنّه لا ريب في كون الصدقة من العقود المملّكة كالهبة و الهدية، فإدراج الوقف في عنوان «الصدقة» إنّما هو لإفادة الملك، لكنه ملك يقتضي بنفسه الاستمرار لو لم يطء مجوّز البيع.

و حيث كان الوقف تملكاً- لا- حسباً- فهو باق على ملك الموقوف عليه إلى أن يبطل الوقف بالبيع. هذا حاصل ما أفاده المصنف في المناقشة الثانية. و لكلامه تنمة في ولاية الموقوف عليه على البيع إلى بدل أو لا إلى بدل، و ستأتي.

(1) كالمشاهد المشرفة و المدارس و الرّبط، مما يكون الوقف فيها تحريراً، و معناه خروج العين عن ملك الواقف، و عدم دخولها في ملك الغير.

قسم (1) من التملك، و لذا (2) يطلق عليه الصدقة [1]، و يجوز إيجابه بلفظ «تصدقت» (3). إلا (4) أن المالك له (5) بطون متلاحقة،

---

(1) خبر «هو» أي: الوقف الخاص قسم من التملك، و هو الذي يكون المالك له بطونا متلاحقة. فالوقف الخاص جعل مال ملكا للغير بنحو يقتضي دوام ملكيته و عدم انقطاعها.

(2) أي: و لأجل أن الوقف الخاص تملك عليه «الصدقة الجارية» في النصوص، مع أنه لا ريب في مملكتها، كقول أبي عبد الله عليه السلام في معتبرة الحلبي:

«ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال: صدقة أجزاها في حياته فهي تجري بعد موته، و صدقة مبتولة لا تورث، أو سنة هدى يعمل بها بعد موته، أو ولد صالح يدعو له» (1).

(3) يعني: لا مطلقا، بل مع قصد الوقف. قال المحقق قدس سره: «أما حرمت و تصدقت فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينة، لاحتمالهما مع الانفراد غير الوقف. و لو نوى بذلك الوقف من دون القرينة دين بنيت» (2). و الظاهر أن الأخذ بنية الواقف إجماعي.

و في الجواهر بعد حكاية الفتوى عن محكي جماعة من القدماء و المتأخرين: «بل لا أجد فيه خلافا كما اعترف به بعض مشايخنا» (3).

(4) متعلق ب «قسم من التملك» و مبين للمراد من هذا القسم، و هو: أن المالك ليس شخصا واحدا و لا جماعة خاصة في عصر واحد- كما في الملك المشاع- بل المالك بطون متلاحقة، فالوطن الموجود مالك فعلا، و المعدوم مالك شأنًا.

(5) أي: للوقف.

---

[1] لا شهادة في ذلك، لصدق الصدقة الجارية على المساجد و الخانات و نحوهما من الأوقاف العامة أيضا. نعم إذا أطلق التصديق بالعين الموقوفة ربما يشهد بالملكية، فتأمل.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 292، الباب 1 من أبواب الوقوف و الصدقات، ح 2، و نحوه نصوص أخرى في نفس الباب و ما بعده.

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 211

(3) جواهر الكلام، ج 28، ص 3

ص: 541

فإذا (1) جاز بيعه مع الإبدال كان البائع (2) وليًا عن جميع الملاك في إبدال مالهم بمال آخر.

و إذا (3) جاز لا- معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود- على القول بجوازه (4)- فقد (5) جعل الشارع لهم حقّ إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم (6) [1]

(1) هذا من آثار كون المالك طبقات متلاحقة، يعني: أنّ البطن الموجود إمّا أن يجوز له بيع العين و تبديلها بأخرى تكون وقفًا بدلًا عن الأولى، فيكون البائع وليًا على تبديل مالهم بمال آخر. وإمّا أن يجوز له البيع بدون التبديل كما في الحاجة الشديدة إلى ثمن الوقف، فيكون للبائع حقّ إبطال الوقف.

فإن بيع بطل، وإن لم يبيع و ارتفعت حاجة البطن الموجود بقي الوقف على حاله.

و لا وجه لبطلانه- بمجرد عروض الحاجة- قبل أن يباع.

(2) سيأتي في (ص 662) أنّ المتولّي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم الولي على المعدومين.

(3) معطوف على «فإذا جاز» أي: و إذا جاز لا مع الإبدال، و غرضه بيان ولاية البطن الموجود على البيع الذي هو إبطال للوقف حقيقة، لفرض عدم وجوب الإبدال مع الحاجة إلى الثمن.

(4) إشارة إلى الخلاف في جواز بيع الوقف، و اختار المصنف المنع، و سيأتي التفصيل في الصورة الخامسة.

(5) جواب الشرط في «و إذا جاز» و الباء في «بيعه» للسببية.

(6) أي: بأن يكون الثمن ملكًا مطلقًا للبطن البائع، و لا حظّ للبطن اللاحقة فيه.

[1] يمكن أن يقال: إنّ ما استدللّ به على جواز البيع في فرض حاجة البطن الموجود هو قوله عليه السّلام في رواية جعفر بن حنّان- الآتية في الصورة الرابعة-: «نعم إذا رضوا كلّهم و كان البيع خيرا لهم باعوا» و هذا يدل على ولاية البطن الموجود على كل من يبيع الموقوفة و صرف الثمن في حوائجهم، و من المعلوم عدم ظهور كلامه عليه السّلام في ولاية البطن الموجود على جعل العين ملكًا مطلقًا لهم ليقع البيع في ملكهم، بحيث لو فرض فسخ العقد عاد المبيع إلى ملكهم مطلقًا حتى مع ارتفاع الحاجة إلى الثمن عند حصول الفسخ. لوضوح أعمية جواز

فإذا لم يبيعوا لم يبطل (1). ولذا (2) لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع، أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله. ولذا (3) صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حدًا يجوز بيعه، معلاً (4) باحتمال طرؤ اليسار للموقوف

---

(1) لما تقدّم في مناقشة كلام الجواهر من أنّ معنى جواز البيع جواز الإبطال، والمبطل للوقف هو البيع لا جوازه.

(2) أي: ولأجل عدم بطلان الوقف إذا لم يبيعه البطن الموجود- لو فرض ارتفاع الحاجة إلى ثمن الوقف، بأن حصل لهم مال آخر، أو ارتفعت الحاجة من دون توقّفها على بذل مال أصلاً- كان الوقف على حاله.

(3) أي: ولأجل عدم بطلان الوقف بطرؤ المسوّغ صرح المحقق الثاني، وغرضه إقامة الشاهد على عدم بطلان الوقف بنفس جواز البيع، إذ مع فرض البطلان به يمتنع عود الباطل صحيحاً.

و توضيحه: أنّ المحقق الثاني قدّس سرّه صرح بمنع جعل العين الموقوفة رهناً عند الدائن حتى إذا كانت حال الرهن قد جاز بيعها لشدة حاجة الموقوف عليهم إلى الثمن. والدليل على المنع أنّ الحاجة الشديدة المجوّزة للبيع وإن كانت حاصلة فعلاً، وهي تقتضي جواز جعلها رهناً كجواز بيعها، إلاّ أنّه لا يصحّ رهنها، وذلك لاحتمال طرؤ اليسار، فإذا طرأ اليسار ارتفع سبب جواز البيع، فيؤول الوقف إلى ما كان عليه من عدم جواز بيعه، فلا يمكن استيفاء الغرض المقصود من الرهن- وهو جعله وثيقة للدين، بحيث يمكن أداء الدين منه- من هذا الوقف المرهون.

(4) حال من المصرّح بمنع رهن الوقف، وهو المحقق الثاني قدّس سرّه، وقد عرفت التعليل الظاهر في بقاء الوقف على ما كان عليه بعد عروض المجوّز. ولو بطل بنفس تجويز الشارع للبيع- كما ادّعاه صاحب الجواهر قدّس سرّه- لم يكن لمنع الرهن وجه، ضرورة صيرورته طلقاً،

---

البيع و صرف الثمن من كون البطن البائع وليّاً على جميع الملاك في إبطال الوقف و جعله ملكاً له، كجواز صرف سهم الامام عليه السّلام في مورد إحراز رضاه صلوات الله و سلامه عليه، مع عدم كونه ملكاً لمن صرفه. فما أفاده المصنف قدّس سرّه من «أنّ الشارع جعل لهم حقّ إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم» لا يخلو من تأمل.

عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن (1).

## [الأقوال في بيع الوقف]

### إشارة

إذا عرفت أنّ مقتضى العمومات (2) في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أنّ لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة (3) أقوالاً:

### [أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً]

أحدها: عدم الخروج عنه (4) أصلاً، وهو الظاهر من كلام الحلّي، حيث قال في السرائر- بعد نقل كلام المفيد- قدّس سرّه-: «و الذي يقتضيه مذهبتنا: أنّه بعد وقفه

---

فتصح أنحاء التصرفات فيه، التي منها جعله وثيقة لدين، بحيث لو لم يؤدّ الدين استوفى المرتهن حقّه ببيع الرهن.

(1) الأولى نقل نصّ العبارة، قال في شرح كلام العلامة: «ولا رهن الوقف» ما لفظه: «وإن بلغ مرتبة يجوز بيعه، إمّا لخلف بين أربابه، أو لغير ذلك. لأنّ ما يباع للخلف يشتري بثمنه ما يوقف، و ما يباع للحاجة قد يتطرق إليه في وقت الاحتياج إلى بيعه للرهن عدمها- أي عدم الحاجة- فلا يكون مقصود الرهن حاصلًا» (1).

هذا تمام ما أفاده المصنف في مناقشة كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه. و سيأتي بيان الأقوال إن شاء الله تعالى.

(2) المتقدمة في (ص 510-513) مثل «لا يجوز شراء الوقف» و «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

(3) قيد ل «الخروج» أي: خروج بعض صور الوقف عن عموم منع البيع، فاختلف الأصحاب في هذا البعض المستثنى من عموم المنع.

(4) الأقوال في بيع الوقف أي: عن عموم المنع، و الظاهر أنّ المراد بكلمة «أصلاً» هو منع البيع مطلقاً، سواء أكان مؤبّداً أم منقطعاً، كما يستفاد من عبارة السرائر، حيث إنه نقل كلاماً عن الشيخ، و اعترض عليه بأنّه لا إجماع على جواز البيع بعد خراب الوقف و اختلاله، و هذا لا ينافي دعواه الإجماع على منع بيع المؤبّد، كما سيأتي في المتن.

---

(1) جامع المقاصد، ج 5، ص 51

ص: 544

وتقييضه (1) لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسبله، ولا بيعه، سواء كان بيعه أدرّ (2) عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف، ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره (3)، أو يحصل (4) بحيث لا يجدي نفعاً، أم لا (5) «(1)».

قال الشهيد رحمه الله (6) - بعد نقل أقوال المجوّزين -: «و ابن إدريس سدّ الباب، وهو نادر مع قوّته» (2)».

وقد ادّعى في السرائر عدم (7) الخلاف في المؤبد، قال: «إنّ (8) الخلاف الذي

---

(1) أي: تسليم المال للموقوف عليه أو للمتولّي.

(2) أي: كان البيع أنفع بحال الموقوف عليهم من بقاء العين الموقوفة والانتفاع بها.

(3) كعدول المؤمنين.

(4) أي: يصير الوقف عديم المنفعة.

(5) ليست كلمة «أم لا» في السرائر، وإنما قال: «لأنّنا قد اتفقنا جميعاً على أنه وقف، وأنّه لا يجوز حلّه ولا تغييره عن وجوهه وسبله. فمن ادّعى حكماً شرعياً، يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، لأنّه لا إجماع منّا على ذلك.. ولا يرجع في مثل هذا الإجماع والأصل إلى أخبار آحاد لا توجب علماً ولا عملاً».

(6) الظاهر أنّ نقل كلام الشهيد قدّس سرّه هنا لأجل ميله إلى منع بيع الوقف مطلقاً كما ذهب إليه ابن إدريس، بقرينة قوله: «مع قوّته» وإن كان قولاً نادراً.

(7) تقدم أنّها لا - منافية بين دعوى الإجماع على منع بيع الوقف المؤبد، وبين ما تقدم أولاً من منع بيع الوقف مطلقاً، فإنّ غير المؤبد مختلف فيه وإن كان رأيه فيه المنع كما في الدائم، ولذا ادّعى صاحب المقابس قدّس سرّه: «أنّ الحلّي وفخر الإسلام صرّحاً بتعميم المنع» (3)».

(8) في السرائر: «هذا» بدل «أنّ».

---

(1) السرائر، ج 3، ص 153

(2) الدروس، ج 2، ص 279

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 48

ص: 545



حكيناه بين أصحابنا إنّما (1) هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين، وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم، وأما (2) إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره (3) إلى أن يرث الله الأرض، لم يجز (4) بيعه على وجه (5)، بغير خلاف بين أصحابنا» انتهى.

وفيه نظر (6) يظهر ممّا سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوّزين في المؤبّد.

وحكي المنع مطلقاً عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً (7) إلّا في آلات الموقوف وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع.

---

(1) غرضه بيان الفرق بين الوقف المنقطع والدائم، فالدائم هو المشترط فيه رجوعه إلى غير الموقوف عليهم، بأن يقول: «فإن انقضوا فهي وقف على ذوي الحاجة من المسلمين مثلاً» فإذا كان الوقف متضمناً لهذا الشرط كان مؤبّداً، وإلّا كان منقطعاً.

(2) كذا في النسخ، وفي السرائر: «فأمّا إذا كان الوقف على قوم، وعلى من بعدهم».

(3) في السرائر «إلى غير ذلك» أي: غير الموقوف عليه أولاً.

(4) جواب الشرط في «وأمّا إذا كان» والأولى اقتران جواب «أمّا» بالفاء كما في الذكر الحكيم من النهي عن قهر اليتيم، وحاصل كلام الحلّي قدّس سرّه: منع بيع الوقف إجماعاً لو كان مشتملاً على شرط الوقف على آخرين غير من أوقف عليه أولاً، كما تقدم نظيره في وقف أمير المؤمنين داره في بني زريق على خالاته، ثم على ذوي الحاجة من المسلمين.

(5) في السرائر: «على وجه من الوجوه». وقال في موضع آخر في منع بيع النخلة المنقلعة أو المكسورة من بستان موقوف: «وقد بيّنا أن الوقف لا يجوز بيعه» (1).

(6) غرضه المناقشة في الإجماع صغريّاً، وذلك لذهاب كثير في الوقف المؤبّد إلى الجواز، كما سيأتي.

(7) يعني كما ذهب ابن إدريس إلى المنع مطلقاً بالنسبة إلى عين الموقوفة، وإن خالفاه في جواز بيع الآلات (2).

---

(1) السرائر، ج 3، ص 167

(2) حكاها في مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 48

قال الإسكافي - على ما [فيما] حكى عنه في المختلف: «إنَّ الموقوف عليه [عينه] رقيقاً أو غيره (1) لو بلغ حاله إلى زوال ما سبَّله من منفعتة، فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمنه إن أمكن (2)، أو صرفه فيما كان تصرف إليه منفعتة أو ردَّ ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح (3)» «1» انتهى.

وقال فخر الدِّين في الإيضاح في شرح قول والده قدس سرهما: «ولو خلق حصير المسجد، و خرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه» قال (4) - بعد احتمال المنع بعموم النصِّ في المنع -:

«و الأصحَّ عندي جواز بيعه (5) و صرف ثمنه في المماثل (6) إن أمكن، و إلا ففي غيره» «2».

---

(1) العبارة تغاير ما في المختلف لفظاً، كقوله: «و الموقوف رقيقاً أو ما يبلغ حاله إلى زوال ..».

(2) في المختلف: «إن أمكن ذلك».

(3) في المختلف «الصلاح» و الاستفادة من قوله: «من أصل ما حبس معه» أنّ العين الموقوفة تتضمَّن أجزاء و آلات كالنخلة المنقلعة أو المكسورة من بستان موقوف، فتباع هذه الآلة و يصرف ثمنها في نفس البستان إذا كان المتولِّي يرى الصلاح في بيع الآلات، التي لا ينتفع بها إلا بالبيع، و صرف الثمن في أصل العين الموقوفة.

و عليه فهذه الجملة تدلُّ على منع بيع الوقف كالبستان، و هو موافق لكلام الحلِّي، لكن تجوز بيع الآلات مخالف له.

(4) كذا في النسخ، و لا حاجة إليها بعد ورودها في قوله: «و قال فخر الدين».

(5) في الإيضاح: «جواز البيع».

(6) بأن يشتري به حصير آخر للمسجد إن احتاج إليه، و إلا ففي غير المماثل مما يحتاج إليه المسجد كالإضاءة.

---

(1) مختلف الشيعة، ج 6، ص 316

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 407

ص: 547

ونسبة (1) المنع إليهما على الإطلاق (2) لا بدّ (3) أن تبنى على خروج مثل هذا (4) عن محلّ الخلاف.

وسيطهر هذا (5) من عبارة الحلبي في الكافي أيضا، فلاحظ.

### **الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة**

الثاني (6) الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد،

(1) غرضه أنّ عبارتي الإسكافي وفخر الإسلام صريحتان في جواز بيع آلات الوقف، وإن منعنا عن بيع أصل الموقوفة، مع أنّ صاحب المقابس قدس سرّه نسب إليهما- في الصورة الأولى وهي كون البيع أنفع للموقوف عليهم من تركه- القول بمنع بيع الوقف.

وهذه النسبة إن قصد بها بيع نفس الموقوفة فهي تامة، وإن قصد بها المنع مطلقا حتى بالنسبة إلى الآلات فهي ممنوعة بعد تصريحهما بجواز بيع الآلات. قال في المقابس:

«القول الثالث: أنه لا- يصح البيع بذلك- أي بكونه أنفع من بقائه على حاله- وهؤلاء منهم من أنكر بيع الوقف من أصله كالإسكافي و أتباعه، إلا أن الإسكافي أطلق المنع ..

و الحلّي وفخر الإسلام صرّحا بتعميم المنع» (1).

وأراد المصنف قدس سرّه توجيه نسبة منع البيع إلى الإسكافي وفخر الإسلام بأنّ مقصود المناسب منع بيع نفس العين الموقوفة. وهي في محلها، وليست المقصود نسبة منع بيع الآلات إليهما، ضرورة وضوح جواز بيع الآلات، وإثما الكلام في بيع أصل الموقوفة. هذا.

(2) تقدم أنّ المراد بالإطلاق هو «منع بيع الوقف» الشامل للعين وللآلات.

(3) هذا توجيه المصنف لما نسبته صاحب المقابس إلى الإسكافي والفخر قدس سرّهما.

(4) أي: مثل بيع الآلات خارج عن محلّ الخلاف.

(5) المشار إليه هو منع بيع العين الموقوفة، ولم ينقل المصنف فيما سيأتي كلامه، ونقله صاحب المقابس، وقال: «وأما الحلبي فنصّ على بطلان ذلك، وخصّ بيع المنقطع بصورة الشرط، وأبطله فيما عداه» (2).

(6) أي: القول الثاني، والأولى بوحدة السياق أن يقال: «ثانيها» في مقابل

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 48، ولاحظ الكافي في الفقه، ص 325

ص: 548

و هو المحكي عن القاضي (1)، حيث قال في محكي المهذب: «إذا كان الشيء وقفاً على قوم، و من بعدهم على [إلى] غيرهم (2)، و كان (3) الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك، إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز (4) بيعه على وجه من الوجوه. فإن كان (5) وقفاً على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم (6) حسب ما قدمناه، و حصل الخوف من هلاكه (7) أو فساد، أو كان (8) بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم، أو يخاف (9) من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساد، فإنه (10) حينئذ (11) يجوز بيعه و صرف ثمنه في

---

«أحدها».

(1) قال السيد العاملي في عدّ من قال بجواز بيع الوقف إذا خيف وقوع فتنة و خلف بين أربابه موجب للفساد: «لكن القاضي في المهذب ذكر ذلك في المنقطع» (1).

(2) الظاهر إرادة الوقف على الطبقات.

(3) معطوف على «كان» و المقصود باشتراط الرجوع إلى غير الموقوف عليه لو انقرضوا هو الوقف المؤبد، و تقدم نظيره في كلام ابن إدريس قدس سرّه.

(4) جواب الشرط في «إذا كان».

(5) هذا عدل لقوله: «إذا كان الشيء وقفاً» و المقصود هو الوقف المنقطع.

(6) حيث إنّ شرط رجوع الوقف إلى غير الموقوف عليه يجعله مؤبداً، بخلاف ما لو قال: «هذا وقف على أولادي» فانقرضوا.

(7) أي: هلاك الوقف و خرابه، و هو إحدى الصور المجوّزة للبيع.

(8) معطوف على «حصل» و إشارة إلى مجوّز آخر للبيع.

(9) معطوف أيضاً على «حصل» و إشارة إلى صورة ثالثة.

(10) جواب الشرط في قوله: «فإن كان».

(11) أي: يجوز البيع حين حصول كلّ من خوف هلاك الوقف أو الحاجة إلى البيع، أو خوف النزاع المؤدّي إلى فساد الوقف.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 86

ص: 549

مصالحهم على حسب استحقاقهم. فإن لم يحصل (1) شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه. ولا يجوز هبة الوقف، ولا الصدقة به أيضا (2) «(1)».

و حكي (3) عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي.

لكنّ العبارة المحكيّة عن كافي لا تساعده (4)،

---

(1) المستفاد من هذه الجملة: التفصيل في خصوص الوقف المنقطع بين الصور الثلاث المجوّزة للبيع، وبين غيرها. وأمّا الوقف المؤبّد فلا يجوز بيعه. وبهذا يثبت ما رامه المصنف بقوله: «الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة».

(2) يعني: كما لا يجوز بيعه.

(3) الحاكي لهذا التفصيل عن العلامة و جماعة هو المحقق صاحب المقابس، قال قدّس سرّه:

«وأمّا الحلبي، ففي المختلف: أنّه فصلّ كما فصلّ القاضي. و كذلك نقل عن التذكرة و غاية المراد و التنقيح و المهذب البارع و غاية المرام و ظاهر جامع المقاصد» (2).

و قال في التذكرة بعد نقل جملة من الكلمات: «فقد اتفق هؤلاء العلماء من أصحابنا على جواز بيعه في الجملة» (3).

و كذلك نسب التفصيل بين المنقطع و المؤبّد إلى الحلبيين المحقق الثاني، فقال:

«و جعلها- أي: جعل العلامة رواية ابن حنّان- دليلاً لمن جوّز بيع الوقف الذي ليس بمؤبّد، و هو أبو الصلاح و ابن البرّاج» (4).

(4) أي: لا- تساعد التفصيل بين الوقف المنقطع بجواز البيع، و المؤبّد بمنعه- كما نسب إليه في كلام العلامة و جمع ممّن تأخر عنه. و الوجه في عدم مساعدة عبارة الكافي هو ما أفاده في المقابس- بعد العبارة المتقدمة- بقوله: «و الظاهر أنّ المأخذ- أي مأخذ نسبة التفصيل بين المنقطع و المؤبّد إلى الحلبي قدّس سرّه- كتاب الكافي، و هو على ما في النسخة

---

(1) المهذب، ج 2، ص 92

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 45، و لاحظ: مختلف الشيعة، ج 6، ص 287، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444، غاية المراد، ج 2، ص 25، التنقيح الرائع، ج 2، ص 329، المهذب البارع، ج 3، ص 65، جامع المقاصد، ج 9، ص 70

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444

(4) جامع المقاصد، ج 9، ص 70



بل ربما استظهر منه (1) المنع على الإطلاق، فراجع.

و حكي التفصيل المذكور (2) عن الصدوق. و المحكي عن الفقيه: أنه قال

الموجودة عندي يقتضي التفصيل بغير ما ذكره، فإنه قسّم الصدقة أولاً إلى ما يقتضي تمليك الرقبة، و ما يقتضي إباحة المنافع. ثم قال: و الثاني على ضربين: مشروط و مؤبد، و المشروط على ضرب « إلى أن قال: «و المؤبد: أن يحبس الرقبة و يجعل منافعتها لموجود معين من نسله، أو غيرهم من الأقارب أو الأجانب، و على من يتجدد من ولده، و ولد ولده أبدا ما تناسلوا. أو إلى غاية معلومة». إلى أن قال: «و يؤبدها، و يحرم بيعها و نقلها عن جهاتها. فإذا وقعت الصدقة على هذا الوجه و جب إمضاؤها على شروطها، و حرم تغيير شيء منها».

ثم قال صاحب المقابس: «و مقتضاها عدم جواز بيع المؤبد مطلقاً. و أما غيره، فإن وقع مطلقاً أو مشروطاً برجوعه إلى ملكه بعد الانقطاع فهذا يجب إرجاعه إليه.

و لا يجوز للموقوف عليه أن يبيعه أبداً. و إن كان مشروطاً بأن يكون له يبعه عند الحاجة أو خرابه جاز له ذلك».. إلى أن قال: «أما بعد الوقف ففي جواز الإذن في ذلك، و منعه قبل الانقطاع كلام آخر لم ينص عليه. و ظاهره المنع من ذلك إلى أن يحصل الانقطاع.

و بالجملة: فكلامه صريح في أن الموقوف عليه ليس له البيع بمجرد الوقف مطلقاً، فيكون مذهبه هو مذهب الإسكافي و أتباعه» (1).

(1) أي: من الكافي، و المستظهر كما عرفت صاحب المقابس قدس سره، فاستظهار المنع ترقى من عدم مساعدة التفصيل.

(2) و هو التفصيل بين الوقف المؤبد و المنقطع، بجواز بيع الثاني دون الأول.

و الحاكي جماعة كالفاضل المقداد و ابن فهد و الشهيد و المحقق الثاني، ففي جامع المقاصد:

«و جواز الصدوق بيع المنقطع الآخر، دون المؤبد» (2).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 45 و 45، و راجع الكافي في الفقه، ص 324 و 325

(2) لاحظ التنقيح الرائع، ج 2، ص 320، المهذب البارع، ج 3، ص 65، غاية المراد، ج 2، ص 23 جامع المقاصد، ج 9، ص 69



- بعد رواية علي بن مهزيار الآتية (1) -: «إنّ هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم. ولو كان عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا، و من بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم (1) يجوز بيعه أبدا (2)».

ثمّ (2) إنّ جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضي، كما لا يخفى.

ثمّ (3) إنّ هؤلاء إن كانوا ممّن يقول برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف

---

(1) جواب الشرط في «و لو كان» و العبارة ظاهرة في ما نسب إليه من التفصيل بين الوقف المؤبد و المنقطع.

(2) لمّا كان مختار الصدوق و القاضي جواز بيع الوقف المنقطع، فهل يختص ذلك بالبطن الأخير أم يجوز البيع لمن تقدّمهم أيضا؟ ظاهر كلاميهما كون المتصدّي هو البطن الأخير.

أمّا كلام الصدوق قدّس سرّه فهو «أن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم» و من المعلوم أنّه لا ينطبق إلّا على الطبقة الأخيرة، إذ لا يصدق «دومن من بعدهم» إلّا على الطبقة الأخيرة.

و أمّا كلام القاضي فهو «فإن كان وقفا على قوم مخصوصين .. إلخ» فإنّه - خصوصا بملاحظة قوله: «و ليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم» - ظاهر في كون المتصدّين للبيع هؤلاء المخصوصين الذين لا يكون الوقف راجعا إلى غيرهم.

(3) هذه العبارة - إلى الشروع في القول الثالث - تتضمّن أموراً ثلاثة ترتبط بمقالة أرباب القول الثاني، أعني به جواز بيع الوقف المنقطع دون المؤبد. و هم الصدوق و القاضي ابن البراج و أبو الصلاح الحلبي قدّس سرّهم.

---

(1) تأتي في الصورة العاشرة من صور بيع الوقف.

(2) من لا يحضره الفقيه، ج 4، ص 241، ذيل الحديث: 5575

ص: 552

عليه، فللقول بجواز بيعه وجه (1). أمّا إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا وجه (2) للحكم (3) بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم.

وقد حكى القول بهذين (4) عن القاضي.

الأمر الأوّل: ما يرد على بعضهم من الإشكال، وبيانه: أنّ الوقف المنقطع إمّا أن يبقى على ملك الواقف، و تكون المنفعة أو الانتفاع للموقوف عليهم، نظير حبس المال مدّة على طبقات معيّنة. و إمّا أن يكون الوقف تمليكاً للبطون.

فبناء على الثاني يتّجه جواز بيع البطن الأخير العين الموقوفة مطلقاً، أو في الجملة، لكون العين ملكاً لهم. و بناء على الأوّل يشكل ذلك، لفرض بقاء العين على ملك الواقف، و بانقراض الموقوف عليهم تعود إليه أو إلى ورثته.

و مع وجود هذين القولين - بين المجوّزين لبيع الوقف المنقطع - لا وجه للقول بمصير كلّهم إلى الجواز. و سيأتي بيان الأمرين الآخرين.

(1) لكون البطن الأخير مالكا بالفعل للعين الموقوفة، فله بيعها مطلقاً أو في الجملة.

(2) جواب «أمّا» الشرطية التفصيلية التي هي عدل قوله: «إن كانوا».

(3) توضيح وجه عدم الجواز هو: أنه بناء على عود الموقوف في الوقف المنقطع - بعد انقراض الموقوف عليهم - إلى ملك الواقف أو ورثته، ليس للموقوف عليهم بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم، بل لا بدّ من إبقائه رعاية لحقّ الواقف أو ورثته لينقل الوقف إليه.

(4) أي: بهذين الأمرين:

أوّلهما: رجوع الوقف في المنقطع بعد انقراض الموقوف عليهم إلى الواقف أو وارثه.

و ثانيهما: جواز بيع الموقوف عليهم له، و صرف ثمنه في مصالحهم.

و حكاية هذين الأمرين عن القاضي، و نسبتها إليه مذكورة في المقابس - في حكم الوقف المنقطع - بقوله: «وقد وافق القاضي على رجوعه بعد انقراض الموقوف عليهم إلى الواقف و ورثته، و حكم مع ذلك بصحة بيع الوقف في جملة من الصور المذكورة، و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم».

إلا أن يوجّه (1) بأنه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حبسا، بل هو (2) وقف حقيقي و تملك للموقوف عليهم مدة وجودهم. و حينئذ (3) فيبيعهم له

ثم اعترض المحقق الشوشتري على القاضي - في تجويز بيع الوقف المنقطع الموقوف عليه - بقوله: «و هذا عجيب منه، لأن الوقف المؤبد مملوك للموقوف عليه الموجود، و ما عداه معدوم، فلجواز البيع حينئذ وجه، لانحصار المالك الموجود في البائع. و أما المنقطع فليس ملكا له، و المالك الموجود غيره، فلا وجه لصحة البيع حينئذ..» (1).

(1) استثناء من قوله: «فلا وجه للحكم بجواز بيعه» و هذا إشارة إلى الأمر الثاني، و هو توجيه جواز بيع الوقف المنقطع.

و حاصل التوجيه: أن التهافت المزبور مبني على كون الوقف المنقطع حسبا لا- فكما للملك، إذ بناء على الحبس يكون باقيا على ملك الواقف، و مع بقاءه على ملكه لا وجه لجواز بيع الموقوف عليهم، و صرف ثمنه في مصالحهم، إذ ليس لهم إلا المنفعة أو الانتفاع بالعين، و لا سلطنة لهم على بيعها.

و أما بناء على خروجها عن ملك الواقف حين الوقف و صيرورتها ملكا مؤقتا للموقوف عليهم ما داموا موجودين، و رجوعها ملكا إلى الواقف أو وارثه، فلا- مانع حينئذ عن بيعهم لها، إذ المفروض كون الموقوف ملكا لهم، غاية الأمر أنه متعلق بحق الواقف، بحيث لو لم يبيعها الموقوف عليهم، و بقيت على حالها من الوقفية حتى انقرض الموقوف عليهم رجعت إلى ملك الوارث. فيكون تعلق حق الواقف نظير تعلق حق البطون اللاحقة بها في الوقف المؤبد، و هو لا يصلح للمنع عن البيع مع طروء المسوّغ له، هذا.

(2) أي: الوقف المنقطع تملك للبطون كالوقف المؤبد.

(3) أي: و حين كون الوقف المنقطع تملك للعين - لا حبسها للمنفعة أو الانتفاع - فبيع الموقوف عليهم للوقف يكون نظير بيع البطن الأول في الوقف المؤبد، في أن تعلق حق سائر البطون أو تعلق حق الواقف لا يمنع من صحة البيع.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64

ص: 554

- مع تعلق حقّ الواقف- نظير (1) بيع البطن الأوّل مع تعلق حقّ سائر البطون في الوقف المؤبّد.

لكن هذا (2) الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي المحكيّ عنه القول (3) المتقدّم، حيث إنّه يقول ببقاء الوقف مطلقاً (4) على ملك الواقف [1].

### [الثالث الخروج عن عموم المنع]

الثالث (5) الخروج عن عموم المنع، و الحكم بالجواز في المؤبّد في الجملة (6).

(1) خبر «فبيعهم» و «في الوقف» متعلق ب «تعلق حق».

(2) هذا هو الأمر الثالث، و غرضه عدم إجداء التوجيه المزبور لدفع الإشكال عن أبي الصلاح و إن كان دافعا له عن ابن البرّاج، وجه عدم الإجداء: التزام أبي الصلاح قدّس سرّه بعدم مالكية الموقوف عليهم للموقوفة حتى يصحّ لهم بيعها.

(3) نائب فاعل «المحكيّ» و المراد بالقول هو: جواز بيع الموقوف عليهم للوقف المنقطع، مع بنائه على بقائه على ملك الواقف مطلقاً سواء في المؤبّد و المنقطع.

(4) يستفاد هذا الإطلاق من جعل الصدقة تملك الرقبة، و جعل الوقف إباحة المنافع، سواء في المشترط و المؤبّد، فراجع «1».

(5) هذا القول الثالث تفصيل بين الوقف المؤبّد بجواز البيع في الجملة، مع اختلاف أرباب هذا القول في حكم الوقف المنقطع، فبعضهم سكت عنه، و يظهر من بعضهم عموم الجواز، و يظهر من ثالث المنع عن بيع المنقطع، لرجوعه إلى ورثة الواقف.

(6) عكس ما تقدّم في القول الثاني من جواز بيع المنقطع في الجملة. و سيأتي نقل

[1] لا- يخفى أنّ هذا التوجيه غير مرتبط بكلام القاضي، إذ المنسوب إليه هو رجوع الموقوف في الوقف المنقطع إلى الواقف، فلا بدّ من التزامه بخروجه بمجرد الوقف عن ملك الواقف، و دخوله في ملك الموقوف عليه. فالتهافت حينئذ يكون بين تعلق حق الواقف- و هو عود الموقوف بعد الانقراض إلى ملكه- و بين جواز بيع الموقوف عليه له، فهذا التوجيه أجنبي عنه كما لا يخفى.

وأما المنقطع فلم ينصوا عليه (1)، وإن ظهر من بعضهم التعميم (2)، و من بعضهم التخصيص (3)، بناء (4) على قوله (5) برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف، كالشيخ و سألار قدس سرهما. و من (6) حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البرّ - كالسيد أبي المكارم ابن زهرة «1» - فلازمه جعله كالمؤبد.

---

كلام جماعة من أرباب هذا القول كالشيخ و الديلمي و ابن سعيد و الشهيد قدس سرهم.

(1) يعني: لم ينص - القائلون بالجواز في المؤبد - على جواز البيع في المنقطع. و حقّ العبارة إضافة «فيه» إليه، بأن يقال: «لم ينصوا عليه فيه».

(2) أي: تعميم جواز البيع للمنقطع، و يستفاد التعميم من السيد أبي المكارم قدس سره. بل ادعى السيد العاملي قدس سره «أنّ كلام جماعة كثيرة عام شامل للمؤبد و غيره، و إن صرح بعضهم بجواز بيع المؤبد» فراجع «2».

(3) أي: اختصاص الجواز بالمؤبد.

(4) يعني: أنّ الاختصاص بالمؤبد عند هذا البعض مبني على التزامه برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف، فلا ملك للموقوف عليه حتى يباع.

و هذا البعض شيخ الطائفة و من تبعه، حيث قال: «و متى وقف الإنسان شيئاً في وجه من الوجوه، أو على قوم بأعيانهم، و لم يشترط بعد انقراضهم عوده على شيء بعينه، فمتى انقضى أرباب الوقف رجوع الوقف على ورثة الواقف» «3». و هذا صريح في عود الوقف المنقطع إلى الواقف أو ورثته.

(5) هذا وجه اختصاص الجواز بالمؤبد، و هو واضح.

(6) مبتدأ متضمن معنى الشرط، و قوله: «فلازمه» خبره. و مقصوده: أنّ مثل السيد أبي المكارم - القائل برجوع الوقف المنقطع إلى وجوه البرّ و صرفه فيها - لا بدّ أن

---

(1) الغنية، ص 299

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 258

(3) النهاية، ص 595، المراسم لسألار الديلمي، ص 197، الوسيلة لابن حمزة الطوسي، ص 770 من الجوامع الفقهية.

ص: 556

و كيف كان (1)، فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء، فنقول:

قال المفيد في المقنعة (2) «الوقوف في الأصل صدقات، لا يجوز الرجوع فيها، إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معاونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم (3)، أو يكون (4) تغيير الشروط في الموقوف أدراً عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله.

---

يلتزم بجواز بيع المنقطع كالمؤبد عند طروء المسوّغ.

(1) يعني: سواء أكان حكم السيد أبي المكارم بصرف الوقف في وجه البرّ - بعد انقراض الموقوف عليهم - مستلزماً لاتحاد حكم الوقف المؤبد و المنقطع في جواز البيع، أم لم يكن مستلزماً له، فالمناسب نقل عبارة أرباب القول الثالث للوقوف على مرادهم.

(2) محصل كلام الشيخ المفيد أعلى الله مقامه الشريف: أنّ الوقف صدقة جارية، فإن أراد الواقف الرجوع عن وقفه، فتارة يكون قبل إقباضها من الموقوف عليهم، و أخرى بعد الإقباض منهم.

فعلى الأول لا يجوز الرجوع إلا في صورتين:

الأولى: أن يرتكب الموقوف عليهم منكراً يمتنع معاونتهم شرعاً، كالارتداد و الإفساد في الأرض.

الثانية: أن يكون تغيير شرط من شرائط الوقف - كالدوام و عدم البيع - أنفع بحال الموقوف عليهم. ففي ما عدا هاتين الصورتين لا يجوز للواقف الرجوع عمّا أنشأه من الوقف، ليحلّ له بيعه.

و على الثاني لا يجوز الرجوع إلا في ثلاث صور، سيأتي بيانها.

(3) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، و هي تعذر التقرب إليه تعالى بالوقف عليهم لينتفعوا به، فيجوز رجوع الواقف قبل تسليم العين إلى الموقوف عليهم، لعدم استحقاقهم شرعاً للمعونة.

(4) هذا إشارة إلى الصورة الثانية المتقدمة آنفاً.

و إذا أخرج (1) الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شيء منه، و لا تغيير شرائطه، و لا نقله عن وجوهه و سبله (2). و متى (3) اشترط الواقف في الوقف: أنه (4) متى احتاج إليه في حياته- لفقر- كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه، جاز له فعل ذلك.

و ليس (5) لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلا أن (6) يخرب الوقف، و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره.

أو يحصل (7) بحيث لا يجدي نفعاً، فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه.

و كذلك (8) إن حصلت لهم [بهم] ضرورة إلى ثمنه كان لهم حلّه. و لا يجوز

---

(1) هذه الجملة قرينة على أن ما تقدم- من صورتين لجواز الرجوع عن الوقف- ناظر إلى قبل إقباض العين.

(2) محصل ما أفاده الشيخ المفيد قدس سره في الوقف بعد إقباضه من الموقوف عليهم: أنه تارة يشترط الواقف- في مقام إنشاء الوقف- جواز بيع الموقوفة لو احتاج إلى صرف ثمنها في مصالح نفسه، فيصح الوقف و الشرط، و للواقف البيع عند الحاجة. فإن باع فهو، و إن لم يبيع حتى مات صار وقفاً لازماً لم يجز للموقوف عليه بيعه إلا بطرء المسوّغ. و هذا خارج عن مورد البحث.

و اخرى لا يشترط ذلك، و لا يجوز له و لا لغيره البيع حينئذ، إلا في صور ثلاث:

الأولى: خراب الوقف، و عدم قيام أحد بعمارته.

الثانية: أن لا يكون نافعاً بحال الموقوف عليه و إن لم يخرب بعد.

الثالثة: الحاجة الشديدة إلى ثمنه، و أما ما عدا هذه الصور فلا يصح بيع الوقف.

(3) مبتدأ متضمن معنى الشرط، و «جاز» خبره.

(4) الجملة في موضع نصب مفعول ل «اشترط» و قوله: «كان» خبر «متى احتاج».

(5) هذا حكم الوقف الدائم، و هو حرمة بيعه إلا بطرء المجوّز.

(6) استثناء من «ليس» و غرضه بيان مستثنيات منع بيع الوقف، و أولها الخراب.

(7) معطوف على «أن يخرب» و الفرق بين الخراب و عدم إجداء النفع واضح.

(8) هذا إشارة إلى الصورة الثالثة.

ذلك (1) مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات» (1) انتهى كلامه رحمه الله.

وقد استفاد (2) من هذا الكلام في غاية المراد تجويز [جواز] بيع الوقف في خمسة مواضع. وضم (3) صورة جواز الرجوع و جواز تغيير [تغير] الشرط إلى (4) المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم، و وفاة الواقف، فلاحظ و تأمل (5).

---

(1) أي: لا يجوز التصرف- ببيع أو هبة- بدون إحدى الحالات الثلاث المتقدمة.

(2) الغرض من هذه العبارة التنبيه على الخلاف في ما يستظهر من عبارة المقنعة، فقد استفاد منها جواز العدول عن الوقف في صورتين، لو كانتا قبل إقباض العين للموقوف عليهم. و جواز أن يبيعه الموقوف عليهم في صور ثلاث لو تحققت بعد الإقباض.

وقد استفاد من عبارة المقنعة جواز البيع في صور خمس بضم ما كان قبل القبض إلى ما بعده. و المستفيد هو الشهيد و المحقق الثاني قدس سرهما. قال في غاية المراد: «قال المفيد:

يجوز بيع الوقف إذا خرب و لم يوجد له عامر، أو يكون غير مجد نفعاً، أو اضطرّ الموقوف عليه إلى ثمنه، أو كان يبيعه أعود عليهم، أو يحدثون ما يمنع الشرع من معونتهم، و التقرب إلى الله بصلتهم. فهذه خمسة مجوّزة للبيع، ليس بعضها مشروطاً ببعض» (2). و نحوه عبارة المحقق الثاني (3).

(3) هذا منشأ استفادة الشهيد قدس سره مواضع خمسة لجواز البيع من عبارة الشيخ المفيد، و هو ضم ما كان قبل القبض إلى ما بعده.

(4) متعلق ب «ضم» و قوله: «جواز تغيير» معطوف على «جواز الرجوع».

(5) لبعد ما استفاده الشهيد قدس سره من كلام المفيد- من جواز البيع في موارد خمسة- لخروج الصورتين المفروضتين قبل القبض، و هما: الرجوع عن الوقف، و تغيير الشرط.

إذ الوجه في خروجهما: إما عدم تمامية الوقف بناء على دخل القبض في الصحة. وإما

---

(1) المقنعة، ص 652-653

(2) غاية المراد، ج 2، ص 24 و نقله عنه في المقابس، ص 43

(3) جامع المقاصد، ج 9، ص 68 و 69

ص: 559



ثم إنَّ العلامة ذكر في التحرير: «إنَّ قول المفيد- بأنه: لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث .. إلى قوله: أنفع لهم من تركه على حاله- متأول» (1).

ولعله (1) من شدّة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد.

وقال في الانتصار- على ما حكى عنه-: «و ممّا انفردت الإماميّة به: القول بأنّ الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه، وأنّ أرباب الوقف متى دعيتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم

جواز الوقف و عدم لزومه بناء على دخل القبض في اللزوم، فليست هاتان الصورتان كالصور الثلاث المذكورة بعد القبض كما لا يخفى.

(1) أي: و لعلّ كونه متأولا هو مخالفته .. إلخ، و وجه مخالفته للقواعد ما عرفته من دخل القبض في اللزوم أو الصحة، و معه لا حاجة في جواز الرجوع إلى خروج الموقوف عليه عن قابلية المعونة شرعا. و لأجل هذا قال العلامة قدّس سرّه بلزوم تأويل كلام المفيد لئلا ينافي القواعد المسلّمة.

و عليه فالعلامة- كالشهيد- ادّعى ظهور عبارة المقنعة في جواز بيع الوقف في صور خمس، و لكنه في التحرير قال بعدم إرادة هذا الظاهر، و أنّه لا- بدّ من توجيهه بأن يراد من الجواز في قول المفيد: «لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث» هو الجواز بالمعنى الأخص أي الإباحة، فالمعنى: «أنه يكره الرجوع إلا أن يحدث، فالرجوع مباح حينئذ، و ليس بمكروه».

و الداعي لهذا التوجيه هو أنّ فقاهاة الشيخ المفيد و جلاله شأنه مانعتان عن الأخذ بظاهر كلامه من حرمة رجوع الواقف قبل القبض إلا في صورتين، لأنّ جواز الرجوع قبل القبض من المسلّمات، و لا يتوقف على إحدى الصورتين.

فتحصّل: أن الشيخ المفيد قدّس سرّه يقول بجواز بيع الوقف المؤبّد في الجملة أي في ثلاث صور، و كذا في مورد اشتراط الواقف جواز بيعه في صيغة الوقف. و أمّا المنقطع فيرجع بعد انقراض الموقوف عليه إلى ورثته كما صرّح به.

(1) تحرير الأحكام، ج 1، ص 284

ص: 560

بيعه. ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة» (1) ثم احتجّ باتّفاق الإمامية، ثم ذكر (2) خلاف ابن الجنيد، وردّه بكونه مسبوقاً وملحوقاً بالإجماع، وأنه «إنّما عوّل في ذلك على ظنون له (3)، وحسبان (4)، وأخبار شاذّة لا يلتفت إلى مثلها» انتهى (5).

ثم قال: «وأمّا إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً، أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدّة فقرهم، فالأحوط [1] ما ذكرناه: من جواز بيعه، لأنّه إنّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه، ولم يبق منفعة فيه إلّا من الوجه الذي ذكرناه (6)» انتهى «1».

---

(1) حاصل كلام السيد المرتضى قدّس سرّه: دعوى الإجماع على منع بيع الوقف الدائم، وجوازه في صورتين، وهما خراب الوقف، والحاجة الشديدة إلى ثمنه. ثم تعرّض لرأي الإسكافي المانع من البيع مطلقاً، وردّه السيد بتوهين مستنده، وبمخالفته للإجماع.

(2) قال في الانتصار: «فإن قيل: فقد خالف أبو علي بن الجنيد في ما ذكرتموه، وذكر: أنه لا يجوز للواقف أن يشترط لنفسه بيعه له على وجه من الوجوه. وكذلك في من هو وقف عليه: أنّه لا يجوز له أن يبيعه. قلنا: لا اعتبار بابن الجنيد، وقد تقدّمه إجماع الطائفة وتأخّر عنه أيضاً، وإنّما عوّل» إلى آخر ما في المتن.

(3) مع النهي عن متابعة الظن في الكتاب والسنة.

(4) المراد به الحدس المبتني على الاستحسان والاعتبارات التي لا تفيد إلّا الظن.

(5) لا حاجة إلى هذه الكلمة هنا، لبقاء بعض كلام السيد.

(6) وهو البيع والانتفاع ببدله أو بثمنه.

---

[1] لم يظهر وجه عدوله قدّس سرّه عن الفتوى إلى الاحتياط، مع قوله: «و مما انفردت الإمامية به .. إلخ» فلاحظ وتأمل.

مع أنّ الأحوط بناء على الوجه الذي ذكرناه وجها للاحتياط ليس في بيعه، بل في إجارته سنين، و صرف أجرته في تعميره، لأنّ غرض الواقف تعلّق بالانتفاع به مع بقاء عينه، لا مطلق الانتفاع ولو ببدله.

---

(1) الانتصار، ص 226 و 227

ص: 561

وقال في المبسوط: «وإنما يملك (1) الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو:

أنه (2) إذا خيف على الوقف الخراب، أو (3) كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه. ومع عدم ذلك (4) لا يجوز بيعه» انتهى «1»، ثم احتج (5) على ذلك بالأخبار.

وقال سلار- في ما حكى عنه-: «ولا يخلو الحال (6) في الوقف والموقوف

---

(1) المراد به السلطنة على البيع أي جوازه شرعا. والمقصود استثناء صورتين من منع البيع، إحداهما: خوف الخراب، وثانيتها: الحاجة الشديدة إلى الثمن، وعجزهم عن القيام بشؤون الوقف.

وكلمة «الموقوف عليه» غير مذكورة في المبسوط، لذكرها في الجملة المعطوف عليها.

(2) لم تذكر هذه الكلمة في المبسوط، ولا حاجة إليها.

(3) المنقول يختلف عما في المبسوط، من «وكان» بدل «أو كان» و«أو لا يقدر» بدل «ولا يقدر».

(4) أي: ومع عدم الخراب- أو حاجة الموقوف عليهم حاجة شديدة- لا يجوز بيع الوقف.

(5) يعني: احتج شيخ الطائفة قدس سره بالأخبار على منع بيع الوقف. ولكن هذه النسبة سهو من قلمه الشريف، إذ لم يستدل بالأخبار في المبسوط، وإنما ورد في كتاب الخلاف- في جواز بيع الوقف إذا خرب- ما لفظه: «دليلنا: الأخبار المروية عن الأئمة» (2).

وكذا نقله صاحب الجواهر من الخلاف، ثم قال: «واحتج على ذلك بالأخبار» (3).

(6) حاصله: أنه تارة: يتغير الموقوف عليه، كما إذا جعل داره أو ضيعته وقفًا على أولاده الفقراء، فاستغنوا، أو ما داموا مقيمين في هذا البلد، فهاجروا عنه.

وآخرى: يتغير الوقف، كما إذا كانت دارا، فخربت، أو قلّ الانتفاع بها لجهة أخرى.

---

(1) المبسوط، ج 3، ص 287

(2) الخلاف، ج 3، ص 551، المسألة 22 من كتاب الوقف.

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 362

ص: 562

عليهم: من أن يبقى و يبقىوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغير الحال.

فإن لم يتغير الحال (1) فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف ولا هبته ولا تغيير شيء من أحواله. وإن تغير (2) الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة، جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم» انتهى «1».

وقال في الغنية- على ما حكى عنه-: «و يجوز عندنا بيع الوقف (3) للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً و خيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه.

---

و ثالثة: لم يتغير الوقف و لا الموقوف عليه، و لكن احتاج الموقوف عليه إلى صرف ثمنها في ما هو أنفع له.

ورابعة: لم يتغير الوقف و لا الموقوف عليه، و لا حاجة إلى ثمنها.

ففي الصورة الرابعة لا يجوز تغيير ما اشترطه الواقف، و لا التصرف المنافي للوقف من بيع أو هبة.

و في الثالثة جاز البيع لرفع الضرورة اللاحقة بالموقوف عليهم.

و في الثانية يجوز البيع أيضاً. و لم يذكر في عبارة المراسم حكم تغيير الموقوف عليه، و لعلّه يعود إلى ورثة الواقف أو الموقوف عليه، على الخلاف في الوقف المنقطع.

(1) هذا إشارة إلى الصورة الرابعة المتقدمة آنفاً.

(2) معطوف على «فإن لم يتغير» و هذا يتضمن صورتين يجوز فيهما البيع، إحداهما:

تغيير الوقف بالخراب، و ثانيتهما: الحاجة إلى ثمنه.

و الحاصل: أن الشيخ الديلمي قدس سره قائل بجواز بيع الوقف في المؤبد في الجملة، و لم يظهر منه حكم المنقطع.

(3) مورد كلام السيد هو الوقف المؤبد، لما في المقابس من قوله: «و أمّا أبو المكارم فإنه عدّ من شرائط الوقف أن يكون مؤبداً غير منقطع» (2).

---

(1) المراسم، ص 197، و الحاكي عنه هو المحقق الشوشترى، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 46، و صاحب الجواهر، ج 22، ص 362

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 47

بدليل (1) إجماع الطائفة. ولأنَّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعة إلا على الوجه الذي ذكرنا جاز» انتهى (1).

وقال في الوسيلة: «ولا يجوز بيعه - يعني الوقف - إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به» انتهى (2).

وقال الراوندي في فقه القرآن - على ما حكى عنه - : «وإنما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو: إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة» (3) [انتهى].

وقال في الجامع - على ما حكى عنه: «فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجة شديدة، أو (2) خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه» (4) انتهى.

وعن النزهة: «لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه، أو تؤدّي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة، ويكون بيع

---

(1) استدلل السيد على جواز بيع الوقف المؤبد بوجهين، أحدهما: الإجماع، والآخر:

ملاحظة غرض الواقف من عود النفع إلى الموقوف عليهم، ومن المعلوم أنّ عدم انتفاعهم بالعين يوجب الانتقال إلى البدل، تحقيقاً لغرضه.

(2) زاد ابن سعيد الحلبي قدس سرّه في كتابيه على الصورتين المذكورتين في كلام من تقدّمه - من خوف الخراب والحاجة إلى الثمن - صورة ثالثة، وهي المنازعة المؤدّية إلى ضرر عظيم، يعني: الفتنة التي تستباح بها الأنفس.

---

(1) الغنية، ص 298، والحاكي عنه صاحب المقابس والجواهر، فلاحظ: مقابس الأنوار، ص 47، و جواهر الكلام، ج 22، ص 362 و 363

(2) الوسيلة، ص 370

(3) فقه القرآن، ج 2، ص 293، والحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 255

(4) الجامع للشرائع، ص 372، و حكاه عنه وعن النزهة في الجواهر، ج 22، ص 363

ص: 564

الوقف أصلح لهم» (1)».

وقال في الشرائع: «ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاؤه إلى خرابه، لخلف بين أربابه، ويكون البيع أعود» (2)».

وقال في كتاب الوقف: «ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه. ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل:

يجوز بيعه، والوجه المنع (1)» (3) انتهى.

ومثل عبارة الشرائع في كتابي البيع والوقف عبارة القواعد (4) في الكتابين (2).

وقال في التحرير: «لا يجوز بيع الوقف بحال. ولو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف، ولم يجز بيعها. ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا».

ثم ذكر كلام ابن إدريس، وفتواه على المنع مطلقا، وتنزيله (3) قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف على المنع في المؤبد.

---

(1) فالمحقق قدس سرّه اقتصر على الاختلاف المؤدّي إلى خراب الوقف. وأمّا مجرد كون البيع أعود وأصلح بحال الموقوف عليه فلا يجوز البيع، لعدم الدليل على الجواز. ومع الشك يستصحب المنع، بناء على إجمال دليل المنع، وعدم شموله لهذه الصورة، وإلا فالمرجع عموم المنع، لكون الشك في التخصيص الزائد.

(2) قال صاحب المقابس بعد نقل عبارة وقف الشرائع: «وتبعه العلامة في القواعد، وقال: - بدل: قيل .. إلخ- لم يجز بيعه أيضا على رأي» (5)».

(3) معطوف على «كلام» وقوله: «على المنقطع» متعلق بالتنزيل المراد به الحمل والتوجيه.

---

(1) نزهة الناظر، ص 74

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17، وفيه «فلا يصح» لتفريعه على اشتراط الطلق.

(3) المصدر، ص 220، وحاكاه في المقابس، ص 57

(4) قواعد الأحكام، ج 2، ص 23 و 395

(5) مقابس الأنوار، ص 57



ثم قال: «و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية- كدار انهدمت وعادت مواتا، و لم يتمكّن من عمارتها- و يشتري بثمنه ما يكون وقفا، كان وجها» (1) انتهى.

وقال في بيع التحرير: «و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا. و لو أدّى بقاؤه إلى خرابه جاز. و كذا يباع لو خشى وقوع فتنة بين أربابه مع بقائه على الوقف» (2) انتهى.

وعن بيع الإرشاد (1) «لا يصحّ بيع الوقف إلا أن يخرّب، أو يؤدّي إلى الخلف بين أربابه على رأي» (3).

وعنه في باب الوقف: «لا يصحّ بيع الوقف (2)، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف [و] يخشى به الخراب» (4).

وقال في التذكرة في كتاب الوقف- على ما حكى عنه «5»:- «و الوجه أن يقال:

---

(1) الحاكي لعبارتي الإرشاد هو صاحب المقابس، لكنه قدّس سرّه نقل «و يؤدّي إلى الخلف» بالعطف بالواو، كما في الإرشاد المطبوع، فلذا تصدى لتوجيهه، لمخالفته لرأي العلامة في سائر كتبه و لرأي سائر الأصحاب، و لأنه لا مستند له، و استقرب كون «الواو» بمعنى «أو» لو لم تكن النسخة الأصلية بلفظ «أو» فراجع «6».

و يشهد لكون العاطف «الواو» كلام المحقق الثاني من قوله: «و في الإرشاد اعتبر الخراب و الخلف معا» (7).

(2) في المقابس: «لا يجوز بيعه» و في الإرشاد: «و لا يجوز بيع الوقف».

- 
- (1) تحرير الأحكام، ج 1، ص 290  
(2) تحرير الأحكام، ج 1، ص 165  
(3) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 361  
(4) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 455  
(5) الحاكي غير واحد، منهم صاحب المقابس، ص 57، و فيه: «و الوجه أنه يجوز بيعه مع خرابه» و ما في المتن موافق لما في الأصل: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444، س 16  
(6) مقابس الأنوار، ص 57  
(7) جامع المقاصد، ج 4، ص 97



يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكن من عمارته، أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد» انتهى.

وقال في كتاب البيع: «لا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه، إذ القصد منه التأيد. نعم، لو كان يبيعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه و خشي تلفه، أو ظهور فتنة بسببه جوّز أكثر علمائنا بيعه» (1) انتهى.

وقال في غاية المراد: «يجوز (1) بيعه في موضعين: خوف الفساد بالاختلاف، وإذا كان البيع أعود مع الحاجة» (2).

وقال في الدروس: «لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه، أو خلف أربابه المؤدّي إلى فساد» (3).

وقال في اللمعة: «لو أدّى بقاءه إلى خرابه لخلف أربابه، فالمشهور الجواز» (4) انتهى.

وقال في تلخيص الخلاف- على ما حكى عنه-: «إنّ لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً متعدّدة، أشهرها: جوازه إذا وقع بين أربابه خلف و فتنة، و خشي خرابه، و لا يمكن سدّ الفتنة بدون بيعه. و هو (2) قول الشيخين، و اختاره نجم الدين و العلامة» (5) انتهى.

---

(1) لم أقف على هذه العبارة في البيع و الوقف، و لكنّها محصّل كلامه في البيع، حيث إنّه قدّس سرّه نقل مكاتبة ابن مهزيار، الظاهرة في جواز البيع لخوف الفساد بالاختلاف، و رواية جعفر بن حيّان المتضمنة لكون البيع أعود مع الحاجة، ثم قال في آخر كلامه: «و الأجدود العمل بما تضمّنه الحديثان السالفان أوّلاً» أي: الاقتصار في جواز بيع الوقف على الموردين المذكورين في المتن.

(2) يعني: أن جواز بيع الوقف في مورد اختلاف الموقوف عليهم و خوف الفتنة من

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 41

(2) غاية المراد، ج 2، ص 30 (ج 1، ص 465 الحجرية) و عبارة المتن منقولة في الجواهر، ج 22، ص 364

(3) الدروس الشرعية، ج 2، ص 279

(4) اللمعة الدمشقية، ص 94

(5) تلخيص الخلاف للفاضل الصيمري، ج 2، ص 221، و حكاه عنه في الجواهر، ج 22، ص 365

ص: 567

وقال في التنقيح- على ما حكى عنه-: «إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً، جاز بيعه» (1).

وعن تعليق الإرشاد: «يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس» (2).

وعن إيضاح النافع: أنه جَوِّز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً يخاف معه القتال، ونهب الأموال، ولم يندفع إلا بالبيع. قال: «فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز، ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه» انتهى.

ومثله كلامه المحكي عن تعليقه على الشرائع (3).

وقال في جامع المقاصد- بعد نسبة ما في عبارة القواعد (1) إلى موافقة الأكثر-: «إنَّ المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا (2) خرب و اضمحلَّ بحيث لا ينتفع به، كحصر [كحصير] المسجد إذا اندرست (3)، و جذوعه إذا انكسرت.

---

بقائه على حاله و خشية الخراب هو قول الشيخ المفيد و الشيخ الطوسي و المحقق و العلامة قدس سرهم.

(1) من جواز بيع الوقف إن أدى بقاءه إلى خرابه، لخلف أربابه، ويكون البيع أعود.

و المراد به كما في جامع المقاصد اندفاع الخلف بالبيع، وإلا فلا وجه لجوازه حينئذ.

(2) في جامع المقاصد: «ما إذا خرب» و كذا في ما بعده.

(3) في جامع المقاصد: «كحصر المسجد إذا رث، و جذعه إذا انكسرت».

---

(1) التنقيح الرائع، ج 2، ص 330، و الحاكي عنه هو السيد العاملي، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 256، و صاحب الجواهر، جواهر الكلام، ج 22، ص 365

(2) تعليق الإرشاد للمحقق الكركي، مخطوط، الورقة 220، و حكاه عنه في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 256، و في المقابس، ص 58

(3) الحاكي عنهما هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 256، و نسب ذلك إلى كتابيه في ج 9، ص 86، و إيضاح النافع و تعليقه الشرائع للفاضل القطيفي مخطوطان.

ص: 568

ثانيها: إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، و مستنده صحيحة علي بن مهزيار «1».

و يشتري بثمنه في الموضوعين (1) ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف، تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الإمكان، و يتولّى ذلك الناظر الخاصّ إن كان، و إلا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه (2) حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلّة وغيرها، لرواية «2» جعفر بن حنّان (3) عن الصادق عليه السّلام «3» انتهى كلامه رفع مقامه.

وقال في الروضة: «و الأقوى في المسألة ما دلّ (4) عليه صحيحة (5) عليّ بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السّلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد.

و علّله عليه السّلام بأنّه (6)

---

(1) في جامع المقاصد: «و يشتري في الموضوعين بثمنه .. إلخ».

(2) في جامع المقاصد: «ما إذا لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة».

(3) كذا في النسخ، و هو الموافق لما في الوسائل، و في الكافي «حيّان»، فما في جامع المقاصد من «حسّان» سهو من الناسخ. و سيأتي نقل الرواية في الصورة الرابعة، حيث استدلّ بها على جواز بيع الوقف لو كان ثمن الوقف أزيد نفعًا من المنفعة الحاصلة تدريجًا مدة وجود الموقوف عليه.

(4) كذا في النسخ، و في الروضة: «دلّت».

(5) سيأتي نقلها في الصورة العاشرة، و هي بيع الوقف من جهة استلزام بقائه فسادا يستباح به الأنفس.

(6) فيكون جواز البيع حينئذ للمزاحمة مع ما هو أهمّ من حرمة بيع الوقف،

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 305، الباب 6 من أبواب أحكام الوقوف، ح 6

(2) المصدر، ص 306، ح 8

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 97 و 98

ص: 569

ربّما جاء فيه (1) تلف الأموال و النفوس «1». و ظاهره (2) أنّ خوف أدائه إليهما و إلى (3) أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك». قال (4) «و لا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم تكفهم غلّته، أو كان أعود، أو غير ذلك ممّا قيل، لعدم دليل صالح عليه» (2) انتهى.

و نحوه (5) ما عن الكفاية «3».

---

فيندرج في باب التزاحم، مع أهمية أحد المتزاحمين.

(1) أي: في الاختلاف، كما هو المنصوص.

(2) غرض الشهيد الثاني قدّس سرّه: أنّ المناط- في جواز بيع الوقف لأجل اختلاف أربابه- ليس العلم بترتب تلف الأموال و النفوس على الاختلاف أو الاطمئنان به، لندرة حصول هذا العلم، بل المدار في الجواز هو الظن بتأدية الاختلاف إلى التلف. بحيث يخشى من حصوله. فتعبير بعض ب «خوف الأداء إلى تلف الأموال و النفوس» الظاهر في العلم بوقوع التلف أو الاطمئنان به غير متّجه.

(3) كذا في نسخ الكتاب، و الصحيح كما في الروضة و كذا فيما حكاه عنه السيد العاملي: «أو إلى» فيكون المراد ب «إليهما» خوف أداء بقاء الوقف إلى تلف الأموال و النفوس معا، في قبال خوف أدائه إلى تلف أحدهما.

(4) يعني: قال الشهيد الثاني قدّس سرّه باختصاص جواز البيع بظنّ التلف المترتب على الاختلاف، خلافا لمن جوّز بيع الوقف في حاجة أرباب الوقف إلى الثمن، أو كان يبيعه أنفع لهم من بقائه و الانتفاع بغلّته.

(5) أي: و نحو ما في الروضة- من الاقتصار في جواز بيع الوقف على ظنّ التلف بسبب اختلاف أرباب الوقف- ما حكي عن الفاضل السبزواري قدّس سرّه. و الحاكي هو السيد العاملي و المحقق الشوشتري، قال في الكفاية: «و المذكور في كلام الامام مجرّد

---

(1) تقدم مصدرها آنفا.

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 255

(3) كفاية الأحكام، ص 142، مفتاح الكرامة، ج 4، ص 256، و مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 58

ص: 570

هذه جملة من كلماتهم المرثية، أو المحكية.

و الظاهر (1) أنّ المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنّ بذلك،

---

الاختلاف، فلعلّ الوجه العمل به».

لكن في النسبة تأملا، لأنّ هذه الجملة أوردتها الفاضل في ردّ من قال من الأصحاب بإناطة جواز البيع بأمرين، أحدهما: حصول الاختلاف، والآخر خوف الخراب.

و أمّا جواز بيع الوقف في مورد الحاجة، أو كون البيع أنفع بحال الموقوف عليهم فلم ينكره الفاضل السبزواري، بل ظاهره اختياره له، لقوله: «ولو لم يقع خلف و كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، وقيل: لا، و الذي وصل إليّ في هذا الباب صحيحة علي ابن مهزيار ..» ثم ذكر نصوصا اخرى. و لم يتأمل فيها دلالة أو سندا.

و المتحصل: أنّ الجزم باتحاد رأي الشهيد الثاني و الفاضل السبزواري قدّس سرّهما مشكل، فراجع الكفاية متدبرا فيها.

(1) هذا الاستظهار موافق لعبارة الروضة المتقدمة من أنّ المراد بالتأدية هو الظنّ بذلك، غايته أنّ مورد كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه هو الظنّ بتلف الأموال و النفوس المترتب على بقاء الوقف الذي اختلف أربابه فيه. و مورد كلام المصنف هو الظنّ بخراب العين الموقوفة.

و مقصوده توجيه كلمات القوم المتقدمة، لتعبير بعضهم ب «الخراب» كما في المقنعة و الانتصار و بيع الإرشاد و وقف التذكرة. و بعضهم ب «خوف الخراب» كما في المبسوط و الغنية و الوسيلة و جامع الشرائع و النزهة و الدروس و جامع المقاصد. و بعضهم ب «بتأدية البقاء إلى الخراب» كما في بيع التحرير. و بعضهم ب «يخشى خرابه» كما في الشرائع و إيضاح النافع (1).

فالمراد بالخراب و التأدية إليه و خوفه و خشيته أمر واحد، و هو حصول الظنّ بالخراب. و يشهد لوحدة مفاد هذه التعابير - و عدم كون النزاع معنويا - تعبير فقيه واحد في كتاب تارة بتأدية البقاء إلى الخراب كما في بيع الشرائع و القواعد، و اخرى ب «يخشى خرابه» كما في وقفهما.

---

(1) تقدمت مصادر الأقوال في ص 556-568 فراجع.

ص: 571

الموجب لصدق الخوف، لا- التأدية على وجه القطع، فيكون (1) عنوان «التأدية» في بعض تلك العبارات متّحدا مع عنوان «خوفها» و «خشيتها» في بعضها الآخر [1].

و لذلك (2) [2] عبّر فقيه واحد تارة بهذا، و اخرى بذلك كما اتفق للفاضلين، و الشهيد. و نسب بعضهم عنوان «الخوف» إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة (3)، و إلى «الأشهر» كما عن إيضاح النافع، و آخر (4) عنوان «التأدية» إلى الأكثر كجامع المقاصد، أو إلى «المشهور» كاللمعة.

فظهر من ذلك (5) أنّ جواز البيع بظنّ تأدية بقائه إلى خرابه ممّا تحققت فيه الشهرة بين المجوّزين، لكن المتيقّن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه (6).

---

(1) هذا متفرّع على كون المراد بالتأدية إلى الخراب و خوفه و خشيته واحدا، و هو المظنون، لا التأدية الواقعية المعلومة بالوجدان.

(2) أي: و لاتّحاد العناوين الثلاثة عبّر فقيه واحد .. إلخ. فالشهيد في الدروس عبّر بخوف الخراب، و في اللمعة بتأدية بقائه إلى الخراب (1).

(3) حيث قال: «نعم لو كان يبيعه أعود .. و خشى تلفه .. جوّز أكثر علمائنا يبيعه».

(4) معطوف على «بعضهم» أي: نسب آخر عنوان التأدية .. إلخ.

(5) أي: من كون العناوين المذكورة متحدة معنى.

(6) لا ما كان لأجل تأدية بقاء الوقف إلى الخراب، فإنّ جواز بيعه مختلف فيه.

---

[1] مقتضى الجمع العرفي كون الخوف طريقا إلى الموضوع، لا أن يكون بنفسه موضوعا.

[2] هذا لا يشهد بإرادة فقيه واحد ذلك، لإمكان عدوله عمّا ذكره أولا. و على تقدير الشهادة يكون شاهدا على وحدة المراد من عبارتي هذا الفقيه، لا وحدة المراد من عبارة النصّ، بل مرجعه إلى استظهار الوحدة من النصّ، و من المعلوم عدم حجية هذا الاستظهار لغيره.

---

(1) مخطوط، و لم نقف عليه و لا على من حكاه عنه. نعم حكى صاحب الجواهر كون جواز البيع أشهر عن كتاب تلخيص الخلاف، و هو للصيمري لا للقطيفي، فراجع جواهر الكلام، ج 22، ص 365

اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم -إ- كون الاختلاف من باب المقدمة، وأن الغاية (1) المجوّزة هي مظنة الخراب.

## [أقسام الوقف]

### اشارة

إذا عرفت (2) ما ذكرنا، فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد (3)، و اخرى في المنقطع.

أما الأول، فالذي ينبغي أن يقال فيه:

### [أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم]

إن الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم (4)، فيملكون منفعتة، فلهم استيجاره،

(1) يعني: كما يستظهر من النص - كصحيحة ابن مهزيار- أنّ الغاية المجوّزة للبيع هي ظنّ الخراب، سواء أ كان منشؤه اختلاف الموقوف عليهم، أو فقدهم وعدم وجود عامر للموقوفة. هذا تمام الكلام في الأقوال الثلاثة في المسألة وأربابها.

(2) أقسام الوقف بعد الفراغ من بيان الأقوال الثلاثة في بيع الوقف، تصدّى المصنف قدس سرّه لبيان مختاره في المسألة، بذكر أقسام الوقف، وأنّ مورد المنع والجواز أيّ واحد منها.

ومحصله: أنّ للوقف أقساما ثلاثة، لأنّه إمّا منقطع وإمّا مؤبد. والمؤبد إمّا أن ينشأ فيه فكّ الملك و تحريره كالمسجد، لا جعله ملكا لشخص أو جهة، وإمّا أن ينشأ فيه تملك العين لجماعة طبقة بعد طبقة كالأولاد ما تعاقبوا.

أما القسم الأول- وهو المنقطع- فسيأتي الكلام فيه بعد بيان حكم المؤبد و الصور المستثناة من منع بيعه.

و أما القسم الثاني فلا يصح بيعه، لانتفاء شرط الملك في المبيع.

و أما الثالث فهو محلّ البحث في بيع الوقف منعا أصالة، و جوازا بالعرض، و سيأتي.

(3) تقدم الفرق بين المنقطع و المؤبد في مطاوي الأقوال، فلا حاجة إلى الإعادة.

(4) و هو الوقف الخاص، فهو ملك للموقوف عليهم، و كذلك المنفعة تكون ملكا لهم بالتبع، و يتفرع على تملك المنفعة أمران:

أحدهما: جواز إجازة العين الموقوفة، فتدخل الأجرة في ملك الموقوف عليهم.

ثانيهما: تملك اجرة المثل لو انتفع بها من ليس من الموقوف عليهم إن كان انتفاعه بها بغير رضاهم.





و أخذ أجرته ممّن انتفع به بغير حقّ (1).

## [و الثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد]

و الثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد (2)، بل يكون فكّ ملك نظير التحرير، كما في المساجد (3) و المدارس و الرّبط، بناء (4) على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين،

(1) يعني: أنّ الانتفاع به بغير حقّ يوجب الضمان الذي هو كاشف عن الملكية، وإلا لم يكن ضمان، كما في التصرف في المساجد و نحوها من الأوقاف التي تكون من التحرير.

(2) يعني: كما أنّ تحرير العبد و الأمة فكّ رقبتهما عن طوق الرقبة و المملوكية، فكذلك وقف المسجد معناه تحرير العرصه و البناء عن إضافتهما إلى المالك، و عدم انتقال الإضافة إلى غيره، فالمصلّون و العابدون في المساجد غير مالكين للعين و لا للمنفعة، بل لهم حقّ الانتفاع بالصلاة و العبادة فيه. و كذلك الحال في المشاعر المشرفة.

(3) الظاهر أنّ الخروج عن ملك الواقف و عدم دخوله في ملك غيره مجمع عليه في المسجد. قال العلامة قدّس سرّه: «أمّا إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة فهو فكّ عن الملك كتحرير الرقيق، فتقطع عنه اختصاصات الأدميين» (1).

و قال المحقق الشوشتري قدّس سرّه: «ان كل وقف عامّ كان الغرض من وقفه تمليك الانتفاع للموقوف عليهم - دون العين أو منافعها - فلا يصحّ بيعه ما دام وقفاً بوجه من الوجوه. و قد أجمع الأصحاب على ذلك في المسجد .. و كذلك المشهد و المقابر المبنية إذا خربت، و المدارس و الخانات و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، و الكتب الموقوفة على المنتفعين، و العبد المحبوس على خدمة الكعبة و نحوها، و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة، و البواري الموضوعة لصلاة المصلّين، و غير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم من غير المحصورين، لا تحصيل المنافع بالإجارة ..» (2).

(4) الظاهر أنّه قيد للمدارس و الرّبط، لا للمساجد، قال المحقق الثاني قدّس سرّه: «و يمكن أن يكون أفراد المصنف المسجد بحكم ليس لأنّ الملك فيه ليس على نهج ما اختاره في الوقف على الجهات العامة، لأنّ كلّاً منهما الملك فيه لله تعالى. بل لأنّ حكم المسجد و المقبرة متفق عليه. و أمّا الحكم في الجهات العامة فمختلف فيه» (3).

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 440، س 17

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 63 و 64

(3) جامع المقاصد، ج 9، ص 65



كما هو (1) مذهب جماعة «1»، فإنّ (2) الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حقّ فالظاهر أنّه ليس عليه اجرة المثل [1].

---

(1) أي: كما أنّ عدم دخول المدارس والرّبط في ملك المسلمين مذهب جماعة.

(2) تعليل لعدم دخول القسم الثاني من الوقف في ملك أحد عينا ومنفعة، وإنّما يحلّ للموقوف عليه الانتفاع، كالمستعير المتسلط على الانتفاع، وليس مالكا للمنفعة، فالموقوف عليه يجوز له السكنى في المدرسة والنزول في الخان الموقوف على عنوان «الزائر» لمشاهدتهم عليهم الصلاة والسلام، والعبور على القنطرة. والثمرة المترتبة على ملك الانتفاع دون المنفعة عدم ضمان المتصرف غير المستحق للانتفاع، هذا.

---

[1] صريح العبارة انقسام الوقف المؤبد إلى قسمين، أحدهما تمليكي، والآخر تحريري كما في المسجد وما الحق به.

لكن سيأتي في كلامه وجود قسم ثالث، وهو ما يكون وقفا على المسجد، وأنّ منافعه ملك تطلق للمسلمين وإن لم تكن الرقبة ملكا لهم، لوضوح عدم انطباق ضابط القسمين المذكورين عليه.

بل ربما ينافي هذا التقسيم الثنائي ما نسبه بعض الأجلة «2» إلى المصنف في كتاب الوقف من تثليث الأقسام، وهو ما لا يكون وقف منفعة ولا انتفاع، وجعل منه المسجد.

وفرق بينه وبين وقف الانتفاع- كما في القناطر والرّبط والخانات- بأنّ الانتفاع في هذه مدخول «لام» العاقبة إذ يقال: «وقفته لأن يسكن فيه أو ليمرّ عليه أو ليصلّي فيه».

وهذا بخلاف الانتفاع بالمسجد بالعبادة، فإنّه من الفوائد المترتبة عليه، ولذا لا يقال في وقف المسجد: «وقفته ليصلّي فيه» بل يقال: «وقفته مسجدا» فالغاية نفس المسجدية،

---

(1) منهم العلامة في التذكرة كما سبق، وفي قواعد الأحكام، ج 2، ص 394، وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج 2، ص 391، والشهيد في الدروس، ج 2، ص 272، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج 2، ص 311، والمحقق الثاني في جامع المقاصد، ج 9، ص 62 و 65، والشهيد الثاني في المسالك، ج 5، ص 377 ولاحظ تفصيل الأقوال في مفتاح الكرامة، ج 9، ص 79، 80

(2) وهو العلامة السيد أبو القاسم الاشكوري في تعليقه على الكتاب المسمّاة ببيعة الطالب، ج 1، ص 154

و الظاهر أنّ محلّ الكلام في بيع الوقف (1) إنّما هو القسم الأوّل. و أمّا الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه، لعدم الملك.

و بالجملة: فكلامهم هنا (2) فيما كان ملكا غير طلق، لا فيما لم يكن ملكا.

---

(1) يعني: ما تقدم من الأقوال في حكم بيع الوقف- لو أدّى بقاؤه أو خلف أربابه إلى الخراب- يكون موردها الوقف الخاص الذي هو ملك للموقوف عليهم. و أمّا الوقف التحريري فلا ريب في عدم جواز بيعه، لانتفاء شرط البيع، وهو الملك، إذ ليس هو ملكا لشخص معيّن، و لا لأشخاص معيّنين، و لا لعنوان كليّ، و لا لجهة معيّنة.

(2) أي: في باب البيع، إذ المفروض تفريع عدم جواز بيع الوقف على اعتبار الطلّقية، مضافا إلى اعتبار الملكية، و من المعلوم أنّ صحة هذا التفريع منوطه بانتفاء الطلّقية و بقاء الملكية، و إلاّ يكون عدم جواز بيع الوقف متفرعا على اعتبار الملكية.

ثمّ إنّ ما أفاده المصنف- من هنا إلى بيان صور جواز بيع الوقف- يرتبط بأحكام المسجد الذي عرض عليه الخراب من حيث البيع و الإجارة جوازا و منعا، و قد عقد الكلام في مواضع ثلاثة:

---

لكون موضوع الآثار الشرعية- من فضل العبادة فيه و حرمة تنجيسه و نحوهما- نفس عنوان «المسجد» و لذا لا يصح تخصيص وقف المسجد ببعض دون بعض، مع صحة تخصيص فائدة القنطرة- و هي المرور- بجماعة كالمسلمين أو الزوّار أو أهل بلد معيّن.

و لعلّ قوله في المتن: «بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين» إشارة إلى شبهة الفرق بين المسجد و ما عداه من الأوقاف العامة، و إن كان سكوته عن إلحاق جماعة المدارس و الرّيّط و القناطر بالمسجد مؤذّن بل ظاهر في الالتزام به، و لذا فرّج عليه عدم ضمان من سكن المدرسة ظلما.

و كيف كان فالظاهر أنّ للوقف بحسب لحاظ الواقف و ما يترتب عليه شرعا من ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع أو غير ذلك أقساما. هذا في ما قصد عود منافع الوقف إلى موقوف عليه من شخص أو عنوان أو جهة. و قد يكون المقصود إيجاد عنوان و حبس العين عليه من دون لحاظ موقوف عليه، ليتملّك العين أو المنفعة أو الانتفاع كما في المساجد و المشاهد المقدسة.

و حينئذ (1) فلو خرب المسجد و خربت القرية (2) و انقطعت المآزة عن الطريق الذي فيه المسجد (3)، لم يجز (4) بيعه و صرف ثمنه في إحداث مسجد آخر، أو تعميره.

و الظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به (5) غير واحد.

---

الأول: في أرضه بعد خراب البناء.

و الثاني: في ما يوقف للمسجد لانتفاع المصلين من الحصر و البواري، و الفرش، و الوسائد، و آنية الماء و نحوها.

الثالث: في أجزاء المسجد كالأجر و الجذع و الأخشاب الموضوعة في البناء، و نحوها.

و الكلام فعلا في الموضوع الأول، و هو حكم بيع أرض المسجد و المشهد و نحوهما من الأوقاف العامة. و اختار قدس سره عدم جواز بيعها و إجارتها، خلافا لما يظهر من الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره، و سيأتي.

(1) أي: و حين كون محلّ الكلام هنا هو الملك غير الطلق، لا عدم الملك رأسا، فيتفرّع عليه فساد بيع المسجد لو خرب.

(2) التي فيها مسجد، فالمقصود خراب المجموع.

(3) بأن تغيّرت طريق السفر، فبقي المسجد في الطريق الأولى عديم الفائدة، إذ لا مآز به حتى يصلّي فيه.

(4) جواب «فلو خرب».

(5) أي: بعدم الخلاف في منع بيع المسجد الخراب، و المعترف جماعة كالسيد العاملي و المحقق الشوشتري و السيد المجاهد و صاحب الجواهر قدس سره «1». ففي مفتاح الكرامة:

«بلا خلاف من أحد إلا من أحمد» و في المقابس: «وقد أجمع الأصحاب على ذلك في المسجد، و قالوا: بأنه إذا خرب لم يخرج عن كونه وقفا إذا لم تكن أرضه من الأراضي الخراجية، أو بقيت آثار المسجد..».

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 100، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 63، المناهل، ص 508، جواهر الكلام، ج 28، ص 107

ص: 577

نعم (1)، ذكر بعض الأساطين - بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الوقف العام، لا لعدم تمامية الملك، بل لعدم أصل الملك، لرجوعها إلى الله، ودخولها في مشاعره - أنه (2) مع اليأس عن الانتفاع به

(1) استدراك على عموم منع التصرفات في الأوقاف العامة من البيع والصلح والهبة والإجارة، وغرضه استثناء إجارة الأوقاف العامة من أنحاء التصرفات الممنوعة، كما ذهب إليه الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدس سرّه في شرح القواعد - عند اليأس من الانتفاع في الجهة المقصودة - من التفصيل بين العرصه بجواز إجارتها بشرطين سيأتي بيانهما، وبين آلات الموقوفة.

وأفاد نحو هذا بالنسبة إلى أرض الموقوفة في باب الوقف من كشف الغطاء، فقال:

«ان جميع الأوقاف العامة من مساجد ومدارس ومقابر وربط ونحوها إذا خربت وتعطلت جاز للحاكم إجارتها لوضع آخر، مع ضبط الحجج والإشهاد، ولئلا يغلب وضعها على أصلها «1».

(2) الجملة منصوبة محلاً على المفعولية ل «ذكر بعض الأساطين» و توضيح كلام الشيخ الكبير هو: أن الوقف العام كالمسجد والمشهد والمقبرة لا يجوز بيعه، لانتفاء الملك كما تقدم من كون الوقف في هذا القسم فك الملك و تحريره، و لكن يمكن الانتفاع به بعد الخراب، بأن توجر الأرض لزراعة و شبهها بشرطين:

أحدهما: رعاية الآداب اللازمة المختصة بتلك الموقوفة إن كانت مسجداً، كعدم تلويث العرصه، و مكث من يحرم المكث فيه، و نحوهما.

و ثانيهما: إحكام السجلات، و المقصود كتابة وثيقة على كونها مسجداً، و الإشهاد حين الإجارة على ذلك، حذراً من نسيان ذلك مرّ الأيام، فيقضى بكونها ملكاً للمستأجر أو لورثته بمقتضى اليد التي هي أمانة الملكية.

فإن تحققت الإجارة، فإما أن يوجد وقف مماثل، و إما أن لا يوجد المماثل.

فإن وجد لزم صرف الأجرة فيه، كما إذا كانت الموقوفة المستأجرة مسجداً، فيجب صرف الأجرة في مسجد آخر إن كان، مع رعاية أمور ثلاثة:

(1) كشف الغطاء، كتاب العبادات الداخلة في العقود، الباب الأول، البحث الثالث عشر، الأمر الأربعون (الحجرية).

في الجهة المقصودة (1) توجر للزراعة ونحوها (2)، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجدا مثلا، وإحكام (3) السجلات، لتلا يغلب اليد فيقضى بالملك.

و تصرف (4) فائدها فيما يماثلها من الأوقاف

أولها: كونه أقرب إلى مصرف الوقف، فلو تعددت المساجد وكانت حاجتها إلى الأجرة المزبورة على السواء لم يجز صرفها في ما عدا الأقرب.

وثانيها: كونه أشد حاجة، فلو تساوى مسجداً في القرب إلى المصرف، لزم صرف الأجرة في الأوج منهما إليها.

وثالثها: كونه أفضل ممّا عداه، فلو تساوى مسجداً في القرب والحاجة، ولكن كان أحدهما أفضل من الآخر - لكونه مسجداً جامعاً والآخر مسجداً للسوق أو للقبيلة - تعين صرف الأجرة في الجامع.

ولو تعارض القرب والحاجة، أو تعارض الحاجة والفضيلة، أو تعارض القرب والفضيلة، قدّم الراجح كما سيأتي توضيحه.

ولو كانت الموقوفة المستأجرة مقبرة درست آثارها لزم صرف الأجرة في مقبرة أخرى مع رعاية الأقرب والأوج والأفضل.

وإن فقد المماثل - كما إذا خرب مسجد القرية ولم يكن فيها مسجد آخر - لزم صرف الأجرة في موقوفة أخرى كالمقبرة والحسينية والمشهد. فإن تعدد صرف الأجرة في ذلك صرفت في مصالح المسلمين كبناء جسر أو قنطرة مما ينتفع به الجميع.

هذا كله بالنسبة إلى إيجار العرصة التي كانت مسجداً أو مقبرة. وأما الآلات فسيأتي كلام الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدس سرّه فيها.

(1) وهي الصلاة في المسجد، والدفن في المقبرة، وإقامة مجالس العزاء وتعظيم شعائر الله في الحسينيات، ونزول الحجاج والمسافرين في الخانات، وهكذا.

(2) كإجارته لدوس الزرع، أو دقّ الأرز، أو تشييد مصنع فيه، كلّ ذلك مع رعاية الآداب الشرعية.

(3) معطوف على «المحافظة» وهذا إشارة إلى الشرط الثاني المتقدم بقولنا: «ثانيهما إحكام السجلات...».

(4) معطوف على «توجر» يعني: بعد تحقق الإجارة - بشرطها - يجب صرف الأجرة

مقدّمًا للأقرب والأحوج (1) والأفضل احتياطًا. ومع التعارض (2) فالمدار على الراجح. وإن تعذّر (3) صرف إلى غير المماثل كذلك. فإن تعذّر (4) صرف في مصالح المسلمين.

وأما غير الأرض (5) من الآلات والفرش والحيوانات و ثياب الضرائح

---

في الوقف المماثل إن كان.

(1) يعني: يشترط في صرف الأجرة في المماثل تقديم الأقرب، والأحوج إلى الأجرة، والأفضل على سائر المساجد. وهذا التقديم مبني على الاحتياط.

(2) يعني: ومع تعارض كلّ من الثلاثة بعضها مع بعض قدّم الراجح، ولهذا التعارض صور:

الاولى: أن يكون أحد المسجدين أقرب إلى مصرف الوقف، والآخر أحوج إلى الأجرة وإن كان أبعد من حيث المصرف.

الثانية: أن يكون أحد المسجدين أحوج، والآخر أفضل.

الثالثة: أن يكون أحد المسجدين أقرب إلى المصرف والآخر أفضل.

وحكم هذه الصور ملاحظة الراجح، بأن كانت الأحوجية في إحدى المساجد غالبية على مقدار ما في ثانيها من الأقربية، وفي ثالثها من الأفضلية.

ومقتضى تقدم الأحوج أنّه مع التساوي في الحاجة يتخير في صرف أجرة أرض المسجد في أيّ واحد من المساجد الثلاثة المفروضة في كلامه من كون بعضها أقرب وبعضها أحوج وبعضها أفضل.

(3) أي: وإن تعذّر صرف الأجرة في المماثل - وهو المسجد - صرف في موقوفة أخرى كالمشهد والحسينية والمدرسة مع تقديم الأقرب والأحوج والأفضل على غيره كما روعي التقديم في نفس المساجد أيضا.

(4) أي: فإن تعذّر صرف الأجرة في غير المماثل تعيّن صرفه في المصالح العامة.

هذا كله حكم الأرض الموقوفة مسجداً أو مقبرة ونحوهما ممّا يكون حقيقته فكّ الملك. وسيأتي الكلام في حكم ما يتعلّق بها من آلات و أثاث.

(5) توضيح ما أفاده الشيخ الكبير قدّس سرّه في حكم آلات الوقف - كالجذع الباقي بعد



ونحوها، فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها في خصوص المحلّ الذي أعدت له، كانت (1) على حالها، وإلا (2) جعلت في المماثل، وإلا (3) ففي غيره، وإلا (4) ففي المصالح، على نحو ما مرّ (5).

انهدام بناء المسجد، أو البساط و الفرش الموضوعين فيه، و الحيوان الذي ينتفع به أو بأجرته، و ثياب الضرائح المشرفة إذا استغني عنها و نحو ذلك- هو: أنّ الانتفاع بها باقية على حالها إما أن يكون ممكنا، و إما متعدرا. فإن أمكن الانتفاع بنفس أعيانها فله صور:

الأولى: الانتفاع بها في المحلّ الذي أعدت له، و يجب إبقاؤها فيه لينتفع بها في الجهة المقصودة، كافتراش البساط الموقوف في مسجد انهدم.

الثانية: الانتفاع بأعيانها في مكان آخر مماثل لما أعدت له، كوضع الفرش في مسجد آخر، أو جعل ثوب ضريح ثوبا لضريح آخر، و يجب النقل مع مراعاة الأمور الثلاثة، و هي كون المنتقل إليه أقرب و أحوج و أفضل.

الثالثة: الانتفاع بأعيانها في مكان آخر غير مماثل، كافتراش بساط المسجد في مشهد أو حسينية، و يجب النقل مع مراعاة المراتب الثلاثة المتقدمة.

الرابعة: الانتفاع بأعيانها في مصالح المسلمين العامة بعد تعذر الانتفاع بها في الصور الثلاث المتقدمة، و هي الاستفادة منها في موضعها المعدّ لها أولا، و كذا في المماثل، و في غير المماثل.

وإن تعذر الانتفاع بالآلات و الأثاث فسيأتي.

(1) جواب «فإن بقيت» يعني: و جب إبقاؤها في المحلّ الذي أعدت له، و هذا إشارة إلى الصورة الأولى.

(2) أي: و إن امتنع الانتفاع بها في المحلّ الذي أعدت له جعلت في المماثل، كما تقدم في الصورة الثانية.

(3) أي: و إن امتنع جعلها في المماثل و جب جعلها في غير المماثل، كما تقدّم في الصورة الثالثة.

(4) أي: و إن امتنع جعلها في غير المماثل و الانتفاع بأعيانها لزم صرفها في مصالح المسلمين. كما تقدم في الصورة الرابعة.

(5) يعني: مع ما مرّ- في صرف أجرة الأرض- من تقدم الأقرب و الأحوج و الأفضل.

وإن تعذر (1) الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت (2) الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع (3) إلى حكم الإباحة، والعود (4) ملكا للمسلمين ليصرف في مصالحهم، والعود (5) إلى المالك.

ومع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك.

ويحتمل (6) بقاءه على الوقف وبيع، احترازا عن التلف والضرر، ولزوم

---

(1) معطوف على «أمكن الانتفاع بها» يعني: لوبقيت آلات الوقف ولم تضحل، ولكن تعذر الانتفاع بأعيانها- من آلات واثاث- مطلقا سواء في نفس الجهة المقصودة، أو في ما يقوم مقامها من الصرف في المصالح العامة، جرى في حكمها احتمالات:

الأول: تكون كالمباحات الأصلية، تملك بالحيازة.

الثاني: تصير ملكا للمسلمين، وتصرف في مصالحهم.

الثالث: تعود إلى ملك الواقف، فإن عرف شخصه أو وارثه فهو، وإن لم يعرف كانت من مجهول المالك، يتصدق به.

الرابع: تبقى وقفًا، كما أن أرض المسجد لم تخرج عن الوقفية بطرود الخراب، فتباع الآلات، ويصرف ثمنها في المماثل مقدما للأقرب فالأجوج فالأفضل.

وإن لم يوجد المماثل صرف في غير المماثل مع رعاية الأمور الثلاثة. وإن لم يوجد ففي مصالح المسلمين.

(2) جواب الشرط في «وإن تعذر».

(3) هذا هو الاحتمال الأول، فكما أن إعراض المالك يجعل ماله كالمباحات الأصلية، فيتملكه الحائر له، فكذا آلات الوقف بعد سقوطها عن الانتفاع بها تصير من المباح.

(4) معطوف على «الرجوع» وهذا ثاني الاحتمالات، ولعله أقرب إلى مقصود الواقف.

(5) معطوف على «الرجوع» وهذا هو الاحتمال الثالث، وقد تقدم توضيحه.

(6) معطوف على «فيقوم» وهذا في قبال الاحتمالات الثلاث المتقدمة المبنية على بطلان الوقف. والوجه في وجوب البيع هو الجمع بين دليلين.

أحدهما: الاحتراز عن ضياع المال وتلفه، الموجب لتضرر المسلمين.

الخرج، و تصرف (1) مرتباً على النحو السابق. وهذا (2) هو الأقوى، كما صرح به بعضهم «(1)» «(2)» انتهى.

وفيه: أن إجارة الأرض (3)

وثانيهما: لزوم الحرج على المتولّي من إبقاء هذه الآلات على حالها مع عدم الانتفاع بأعيانها مطلقاً، لا في محلها الأول ولا في محلّ آخر.

(1) معطوف على «بيع».

(2) أي: احتمال بقاء الآلات على الوقف- ووجوب بيعها و صرف ثمنها في المماثل، ثم في غيره، ثم في المصالح العامة، مع رعاية الترتيب في الكل - هو الأقوى.

هذا تمام ما أفاده الشيخ الكبير، و سيأتي إيراد المصنف عليه.

(3) ناقش المصنف قدّس سرّه في كلام بعض الأساطين - من إجارة أرض موقوفة طراً عليها الخراب كالمسجد المنهدم، و بيع الآلات - بما حاصله: أنّه لا- ريب في إناطة البيع و الإجارة بالملك. و ليس المراد به خصوص الملك المعين و المشاع، بل يعمّ ما إذا لم يتملك العين أصلاً، و لكن يصرف منفعته و ما يعود منه في مصلحة المالك، كما هو الحال في مالكية المسلمين للأراضي المفتوحة عنوة، إذ ليست هي ملكاً مشاعاً لأحدهم كي تتعين حصصهم بالتقسيم و الإفراز، و إنّما تصرف منافعها فيما يصلح لهم بإذن الولي و هو الحاكم الشرعي.

و حيث إنّ الكلام في الأوقاف العامة التي حقيقتها تحرير الملك - أي خروجها عن ملك الواقف، و عدم دليل على دخولها في ملك المسلمين - فجواز بيعها و إجارتها منوط بدليل خاص عليه، و المفروض عدمه. و لو شكّ فمقتضى الاستصحاب عدم دخولها في ملك الموقوف عليهم. و بانتفاء الملك لا وجه لصحة البيع و الإجارة. نعم القدر المتيقن من دليل الوقف إباحة انتفاع المسلمين بالأوقاف العامة في الجهة المقصودة، لا غير. و من المعلوم عدم اقتضاء حلية الانتفاع الخاص لجواز بيعها و إجارتها المتوقفين على الملك.

فالنتيجة: أنّ ما أفاده الشيخ الكبير قدّس سرّه - من جواز إجارة الأرض و بيع الآلات في الأوقاف العامة - لا يساعده دليل في مقام الإثبات و إن كان ممكناً ثبوتاً.

(1) لاحظ تفصيل البحث في الجواهر، ج 14، ص 94

(2) شرح القواعد، مخطوط، الورقة 84-85

و بيع الآلات حسن (1) لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين (2)، ولو على نحو الأرض المفتوحة عنوة (3). لكنّه (4) غير ثابت، و المتيقن (5) خروجه عن ملك مالكة، أمّا دخوله في ملك المسلمين فمفتي بالأصل (6).

نعم (7) يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين، لأصالة الإباحة [1].

(1) لكونه أقرب إلى نظر الواقف عند فوات استعماله في مورد الوقف.

(2) كون الوقف العام ملكا للمسلمين إمّا بأن تكون الرقبة مملوكة للمسلمين على نحو الإشاعة، كما في الوقف الخاص. وإمّا بأن يجب صرف منافعها في مصالحهم. و حيث إن الملكية بالمعنى الثاني أخفى من ملكية العين بنحو الإشاعة، فلذا أتى بكلمة «و لو» و يترتب على هذه الملكية ضمان المتصرف فيها بغير إذن الحاكم الشرعي.

و على كلّ، فالمفروض انتفاء كلا الفردين في الوقف العام.

(3) فإنّ معنى ملكية المسلمين لها وجوب صرف منافعها في مصالحهم، كما تقدم في بحث الأراضى بقوله: «فهذه الملكية نحو مستقلّ من الملكية قد دلّ عليه الدليل، ومعناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك» فراجع (ص 398).

(4) أي: لكن كون الوقف العام ملكا للمسلمين - بمعنييه - غير ثابت.

(5) أي: و المتيقن من دليل الوقف العام خروجه عن ملك مالكة.

(6) و هو الاستصحاب، لليقين بعدم كونه ملكا للمسلمين قبل إنشاء الوقف، و الشك في دخوله في ملكهم بعد الإنشاء، و الأصل يقتضي عدمه.

(7) استدراك على قوله: «أمّا دخوله في ملك المسلمين» و غرضه أنّ ملكية العين و المنفعة منتفية في مثل المسجد، و لكنّ حقّ الانتفاع ثابت للمسلمين، لأصالة إباحة كلّ فعل شكّ في حرمة و حليته.

[1] فيه: أنّ أصالة الإباحة هنا محكومة باستصحاب حرمة الانتفاع الثابتة حال عدم التعذر. و دعوى تبدل الموضوع مدفوعة بكون التعذر و عدمه من الحالات المتبادلة على الموضوع لا المقوّم له.

ثمّ إنّّه لا بأس بالتعرض هنا لبعض الفروع المبتلى بها، و هو حكم المساجد

(1) أي: لا يكون المنتفع ضامنا لاجرة ما استوفاه من المنفعة، لأنّ الضمان تابع للتصرف في مال الغير عينا أو منفعة، و المفروض أنّ الثابت في مثل وقف المسجد حلّيّة الانتفاع في الجهة المقصودة، لا ملك المنفعة حتى تضمن - بأجرة المثل - لسائر المسلمين. هذا تمام ما يتعلّق بكلام كاشف الغطاء قدّس سرّه.

و الأوقاف العامة الواقعة في الشوارع المستحدثة قهرا بأمر الحكومات الإسلامية وغيرها، فنقول و به نستعين:

ينبغي الكلام في مقامين، أحدهما في المساجد، و ثانيهما: في سائر الموقوفات.

أما المقام الأوّل، فملخص الكلام فيه: أنّ المعروف بين الأصحاب - بل الظاهر عدم الخلاف بينهم - في عدم بطلان المسجدية بالخراب، و إن حكي عن بعض العامة رجوعه بعد الخراب إلى ملك الواقف قياسا على كفن الميت الذي أخذه السّيل، لرجوع كفته حينئذ إلى ملك الوارث أو غيره ممّن بذله له.

لكنّه قياس مع الفارق، حيث إنّ بذل الكفن حكم تكليفي منوط ببقاء موضوعه أعني به الميت. فإذا ذهب الموضوع بالحرق أو الغرق أو غيرهما يسقط هذا التكليف. و هذا بخلاف المسجدية، فإنّها من الوضعيات الثابتة لنفس الأرض الباقية و إن زالت آثارها و أبنيتها، لأنّ المسجدية كالملكية من الأمور الاعتبارية القائمة بنفس الأرض، و لا تنفكّ عنها بالخراب، إذ المسجدية كالملكية من الاعتباريات التي لها في حدّ ذاتها بقاء و استمرار، فلا ترتفع إلّا برفع، إذ لا يكون الشك في بقائها لأجل الشك في مقتضيتها. فإذا شكّ فيها جرى فيها الاستصحاب بلا كلام.

ولكن لا تصل النوبة إلى الاستصحاب بعد كشف السيرة عن كون المسجدية كالحرية غير قابلة للزوال. فالشكّ في بقاء المسجدية من ناحية الشكّ في الرفع غير متصوّر أيضا.

و يدلّ على ذلك السيرة القطعية القائمة على بقاء أحكام المسجدية للمساجد الخربة التي لم يبق لها آثار أصلا، فإنّ هذه السيرة تكشف عن كون المسجدية من الاعتبارات و العناوين القائمة بنفس الأرض، و أنّ وقف أرض مسجدا غير وقفها مدرسة أو مكانا للزوّار

والمسافرين، أو معبدا للمتعبدين، أو مكانا للراكعين أو الساجدين، أو ما أشبه ذلك، فإنّ هذه العناوين جهات تبطل الوقفية بفواتها.

وليست المسجدية منها، إذ المقصود من وقف المسجد ليس حفظ جهة الصلاة أو مطلق العبادة، حتى يقال ببطلان المسجدية بفوات الجهة المقصودة، بل المقصود حفظ عنوان خاص، وهو ما يسمى مسجداً أو جامعاً أو بيتاً لله تعالى أو ما يؤدّي معناها من لغات شتى. فليس منه ما يصنع في البيوت في بعض البلدان من إعداد مكان للصلاة ويسمّى بالمصلّي، وبالفارسية بـ «نمازخانه» فإنّه ليس مسجداً.

ومما ذكرنا من بقاء عنوان المسجدية وعدم ذهابه بزوال الآثار يظهر ما في المسالك «من اختصاص بقاء المسجدية وأحكامها بالمساجد المبنية في غير الأراضي المفتوحة عنوة. وأمّا ما فيها حيث يجوز وقفها تبعاً لآثار المتصرف، فإنّه ينبغي حينئذ بطلان الوقف بزوال الآثار، لزوال المقتضي للاختصاص، وخروجه عن حكم الأصل» (1).

وجه الظهور: أنّ عنوان المسجدية من العناوين القائمة بنفس الأرض، ولا يبطل بذهاب الآثار أصلاً.

نعم إن كان نظره قدس سرّه إلى عدم صحة جعل المسجدية في الأراضي المفتوحة عنوة - لعدم صحة تملكها حتى تجعل مسجداً، بل المسجدية قائمة بالآثار، والأرض ليست حقيقة مسجداً، بل هي مسجد حكماً. وهذا الحكم منوط ببقاء الآثار - فهو متين كما تقدم في حكم الأراضي المفتوحة عنوة، فيصير النزاع مع المسالك على هذا التقدير صغروباً.

لكن هذا الكلام يجري في العامرة حال الفتح دون الموات حاله، فإنّ بقاء عنوان المسجدية في المساجد المبنية في مواتها مما لا ينبغي الإشكال فيه.

ودعوى السيرة القطعية على اتخاذ المساجد في العراق وغيره من المفتوحة عنوة كما في الجواهر «و العلم بترتيب آثار المسجدية عليها حتى بعد الخراب» (2) غير مسموعة في مطلق المساجد، بل في خصوص المبنية منها في مواتها، فإنّ المتيقن منها هي المساجد

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 397

(2) جواهر الكلام، ج 28، ص 107

المبنية في موات المفتوحة عنوة. وأمّا في المبنية منها في معمورتها فالسيرة فيها غير ثابتة.

فدعوى بطلان مسجديتها بذهاب الآثار في غاية القرب.

و ممّا ذكرنا من عدم زوال عنوان المسجدية باندراس الآثار يظهر بقاء جميع الأحكام الثابتة لعنوان المسجد حين وجود الأبنية، وعدم ارتفاعها باندراس الآثار، لما مرّ من أنّ عنوان المسجدية من الاعتبارات التي لا تزول بزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض، من دون دخل للآثار في مسجديتها. بل المسجد إمّا معمور وإما مغمور، بلا مساس للعمارة في طروء المسجدية للأرض، فليس العمران مقوماً لعنوان المسجدية ولا شرطاً له.

و من هنا يظهر أنّ نظر العرف في ذهاب عنوان المسجدية العرفية بذهاب الآثار ليس متّبعا في ترتيب الأحكام الشرعية الثابتة للمسجد، إذ الموضوع هو ما عرفت ممّا استفيد من السيرة القطعية القائمة على بقاء أحكام المسجدية على نفس الأرض ولو بعد زوال جميع الآثار والأبنية، إذ السيرة تكشف عن عدم إحالة الشارع تمييز مفهوم المسجد إلى العرف حتى يكون نظرهم في ذلك متّبعا شرعا.

فأتّضح من جميع ما ذكرنا عدم الوجه في التفكيك بين الآثار الشرعية، كما يظهر من العروة الوثقى، حيث قال: «مسألة: إذا تغيّر عنوان المسجد بأن غضب وجعل داراً، أو صار خراباً بحيث لا يمكن تعميره ولا الصلاة فيه، وقلنا بجواز جعله مكاناً للزرع، ففي جواز تنجيسه وعدم وجوب تطهيره كما قيل إشكال. والأظهر عدم جواز الأوّل، بل وجوب الثاني أيضاً» (1).

وقال شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه في حاشيته على هذه العبارة ما لفظه: «إذا خرج عنوان المسجدية وبطل رسمه بالكلية، فالأظهر عدم وجوب تطهيره، وإن كان جواز التنجيس لا يخلو عن إشكال» (2).

وعبارة العروة المتقدمة وإن كان ظهورها البدوي في التفكيك بين الحكمين لا ينكر،

(1) العروة الوثقى، كتاب الطهارة، أحكام النجاسات، فصل اشتراط الصلاة بإزالة النجاسة عن الثوب والبدن، المسألة 13

(2) تعليقة العروة، ص 9، طبعة عام 1340 (الحجرية).

إلا أن قوله قدس سره في المسألة العاشرة من ذلك الفصل: «لا يجوز تنجيس المسجد الذي صار خرابا وإن لم يصل فيه أحد، ويجب تطهيره إذا تنجيس» قرينة على عدم التفكيك بين وجود التطهير و حرمة التنجيس، هذا.

مضافا إلى: أن نفس العبارة ظاهرة بعد التأمل اليسير في الملازمة بين الحكمين، غاية الأمر أنه قدس سره تبه على أن في المسألة إشكالا عند بعض الأصحاب. فغرض صاحب العروة التنبيه على القول بالتفكيك، لا أنه يلتزم و يقول به.

فالحري حينئذ التعرض للمنشأ الاشكال. و لعله ملاحظة أن المسجدية وإن كانت من قبيل الملكات، إلا أن صدقها منوط بالإعداد للصلاة وغيرها من العبادات، كالمفتاح، فإن صدقه على حديد مثلا منوط بكونه معدا للفتح، وبدونه لا يصدق عنوان المفتاح عليه. نعم لا يتوقف صدقة على التلبس الفعلي الخارجي بالمبدء، كما هو الشأن في سائر المبادي التي تكون من الملكات، لكفاية إعدادها في الصدق المزبور. هذا.

وقد عرفت أن المسجدية الموضوعة للأحكام الخاصة الشرعية المستفادة من السيرة المتقدمة لا يعتبر فيها الإعداد للصلاة أو غيرها، وإن حكم العرف باعتبار إعداد الأرض للصلاة في المسجدية العرفية.

لكن الرجوع إلى العرف في تشخيص موضوع الحكم الشرعي على ما هو قضية الإطلاق المقامي منوط بعدم بيان الشارع صريحا أو التزاما لتحديد موضوع حكمه كما في المقام، إذ السيرة القائمة على ترتب أحكام المسجد على المعمورة و المغمورة تدلّ التزاما على كون المسجدية التي جعلت موضوعا لأحكام خاصة عبارة عمّا لا ينفك عن الأرض و لو بعد الخراب، و لذا تكون المسجدية من قبيل التحرير.

فالمتحصل: أن عبارة السيد قدس سره في كتاب الطهارة ظاهرة في بقاء حكم المسجد بعد خرابه أو غضبه. لكنه ذهب في كتاب الوقف إلى سقوط عنوان المسجد باندراس أثره، أو باستيلاء جائر عليه، و جعله دارا و نحوها. فإنه قدس سره وإن حكم بدوا بعدم خروج العرصة عن المسجدية إذا خرب البناء، و بحرمة بيعها و حرمة تنجيسها مع إمكان الصلاة فيها للمآزة



وغيرهم، إلا أنه نفى البعد عن زوال عنوان المسجد، بشهادة أنه لو خرب المسجد المبنى في الأرض المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين خرج عن كونه مسجداً. الى أن قال: «بل يمكن أن يقال بجواز بيعه وإخراجه عن المسجدية إذا غلب الكفار عليه، وجعلوه خاناً أو داراً أو دكاناً. بل الأولى أن يباع إذا جعلوه محلاً للكثافات، أو جعلوه بيت خمر مثلاً، صونا لحرمة بيت الله عن انتهاك. والحاصل: أنه لا دليل على أن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبداً» (1).

وكذلك صرح في (مسألة 38) بجواز بيع المساجد كسائر الموقوفات العامة والخاصة في موارد جواز بيع الوقف «(2)». وفي (مسألة 39) ببطلان الوقف بزوال العنوان، فيباع. فراجع «(3)».

ولكنه لا يخلو عن غموض، لأن مجرد الإمكان لا يكفي في الحكم بخروج العرصه عن المسجدية مع فرض كون المقصود جعلها مسجداً إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

بل السقوط منوط بالدليل. وما أفاده من زوال العنوان لو خرب المسجد المبنى في الأرض المفتوحة عنوة غير ظاهر أيضاً، إذ لو كان جعلها مسجداً من قبل وليّ المسلمين وهو الامام المعصوم عليه السلام أو نائبه العام- بناء على ثبوت عموم ولاية الفقيه- فما الوجه لاقتضاء الخراب أو غضب الظالم أو استيلاء الكفار على بلاد المسلمين لزوال عنوان المسجد؟ مع فرض عدم تحديد إنشاء المسجدية بزمان معيّن أو زماني كذلك. وكذا لا إهمال من حيث الدوام والتوقيت، والحالات الطارئة عليه، ولذا لا تعدد في المطلوب كما في الأوقاف الخاصة حتى ينتقل الوقف إلى البديل بعد عدم وفاء العين بغرض الواقف، فيتعيّن الإطلاق ثبوتاً وإثباتاً.

ومنه يظهر غموض ما فرّعه قدّس سرّه على بطلان وقف المسجد من جواز بيعه صونا لحرمة عن الهتك.

وما أفاده قدّس سرّه في (مسألة 38): في أول إشكالاته الأربعة على شيخنا الأعظم «من كون

(1) ملحقات العروة الوثقى، ج 2، ص 247

(2) المصدر، ص 257

(3) المصدر، ص 260

الوقف ملكا له تعالى على نحو ملكه لسدس الخمس في آية الخمس، فلا مانع من بيعه مع المسوِّغ، وأمره راجع إلى الحاكم الشرعي» (1) غير ظاهر أيضا، فإنَّ «اللام» بناء على ظهوره في الملك- لا في مطلق الاختصاص- دلَّ على ملكية هذا السدس له تعالى بالملكية الاعتبارية، ولم ينهض عليها في الوقف. والمقصود بقوله تعالى «الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ» هو التوحيد في العبادة، هذا مع الغض عمَّا ورد من إرادة مواضع السجود.

فتلخَّص: أنَّ أحكام المسجد تترتب على المساجد المعمورة والمغمورة على نسق واحد، فتتجسَّس أنقاض المساجد الباقية في الشوارع حرام، و تطهيرها على تقدير تنجسها واجب، لما مرَّ من السيرة على عدم الفرق في جريان أحكام المساجد بين عامرها و خرابها.

ومع هذه السيرة لا يبقى شك في بقاء أحكام المسجد بعد طروء الخراب حتى نحتاج إلى الاستصحاب، ويستشكل في جريان استصحاب وجوب التطهير بكونه تعليقا.

بل يمكن أن يقال: بعدم شكِّ هنا حتى نحتاج إلى الاستصحاب، إذ لو كان الموضوع ما ذكرناه من معنى المسجدية، فلا ريب في بقاء أحكام المسجد بعد الخراب، لعدم زوال عنوان المسجدية باندراس الآثار. و لو كان ما يراه العرف من إعدادة للصلاة، فلا شك في ارتفاعه حتى يجري فيه الاستصحاب.

ومع فرض الشكِّ في الموضوع وعدم تمييزه- وأنه هل المسجدية الشرعية التي تستفاد من السيرة المتقدمة؟ أم العرفية التي يعتبر فيها الإعداد للصلاة، وبدونه لا يعتبر العرف عنوان المسجدية للأرض، كما فيما جعل جزء من الشارع أو محلا للمكائن مثلا- لا مجال أيضا للاستصحاب، للشك في بقاء الموضوع، إذ لو كان الموضوع المسجدية الشرعية الأبدية فلا شك في بقاء الموضوع الموجب للعلم ببقاء الأحكام التنجزية والتعليقية. وإن كان الموضوع المسجدية العرفية، فلا إشكال في انتفائه الموجب للقطع بارتفاع الأحكام مطلقا.

إلا أن يقال: إنَّ الموضوع ذات الأرض، وعنوان المسجدية من الجهات التعليقية، فمنشأ الشك حينئذ هو كون هذه العلة محدثة ومبقية، أو محدثة فقط، هذا.

(1) ملحقات العروة الوثقى، ج 2، ص 257

لكنه خلاف ظاهر الأدلة المثبتة للأحكام لعنوان المساجد، فإنّ ظاهر الإسناد هو كون المسجدية جهة تقييدية لا تعليلية، فينسّد باب الاستصحاب من هذه الناحية أيضا.

هذا كلّه مضافا إلى: أنّه ليس وجوب التطهير من الأحكام التعليقية حتى يشكل جريان الاستصحاب فيها، لأنّ هذا الحكم يستفاد من مثل قولهم عليهم السّلام: «جنبوا مساجدكم النجاسة» (1) فإنّ المستفاد من مثل هذا الكلام هو وجوب تباعد النجاسة وحرمة تقريبها حدوثا وبقاء. وعصيان وجوب تباعد النجاسة عن المسجد تارة يتحقق بتنجيسه، و أخرى بترك تطهيره مع التمكن منه. فالتكليف المستفاد من الكلام المذكور واحد و منجّز، فالمقام أجنبي عن الحكم التعليقي الذي لا يجري فيه الاستصحاب على مذهب بعض.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّ الأقوى ترتب أحكام المسجد على المساجد الواقعة في الشوارع، سواء أكانت في الأراضي المفتوحة عنوة أم غيرها، و سواء وقعت في المعمورة حال الفتح أم في مواتها.

نعم أنّ الذي يسهّل الخطب في كثير ممّا يقع من المساجد في الشوارع: أنّ نفس أرض المسجد تقع تحت التراب و التبليط غالبا، بحيث لا تؤثر النجاسة في نفس الأرض، فالمتنجس غير أجزاء المسجد، كما إذا تنجّس آجر من خارج المسجد، ثم أدخل إلى المسجد، أو العكس. وإن كان الفضاء أيضا من المسجد. إلا أنّ معروض النجاسة هو الأرض، إذ لا معنى لنجاسة الفضاء.

إلا أن يقال: إنّ ما دلّ على حرمة إدخال النجاسة في المسجد يشمل إدخالها في الفضاء أيضا. فحينئذ تجب إزالة النجاسة عن المبلّط، كوجوب إزالتها عن نفس أرض المسجد، هذا.

لكن الإنصاف أنّ استفادة هذا المعنى منوطة بظهور أدلة حرمة إدخال النجاسة إلى المسجد في حرمة وإن لم تكن النجاسة متعدية، و هو محل بحث و كلام، لقوّة احتمال إرادة التلوّث من إدخال النجاسة. و المفروض فقدان التلوّث في المقام.

(1) وسائل الشيعة، ج 3، ص 504، الباب 24 من أبواب أحكام المساجد، ح 2، رواه عن الكتب الاستدلالية، وفي التذكرة: «و لقوله عليه السّلام: جنبوا...» ج 2، ص 433، الطبعة الحديثة.

وإذا شك في إرادة مطلق إدخال النجاسة وإن لم تكن متعدية، فالأصل يقتضي جوازه، إلا إذا استلزم هتك المسجد. ولا بدّ من التأمل و  
مراجعة أدلة إدخال النجاسة إلى المسجد ليتضح الحال، وفقنا الله تعالى لذلك عاجلا.

ولنختم الكلام في المساجد بما يتعلق بالبيع و الكنائس الواقعة في الشوارع، فنقول: إنّ البحث في البيع و الكنائس المبنية في غير بلاد  
المسلمين، إذ ما يبنى منهما في بلادهم لا يترتب عليهما أثر أصلا، لكون بنائهما فيها مخالفا لشرائط الذمّة، فيبطل وقفهما، فيكون بناؤهما  
كالعدم، فلا إشكال في جواز العبور فيما يقع منهما في الشوارع.

وأما فيما يبنى منهما في ممالك الكفار سواء أكان بناؤهما قبل تشريع الدين الإسلامي أم بعده، فإن كان حقيقتهما حفظ عنوان المسجدية و  
إن كان يسمّى عندهم بالبيع أو الكنائس، فيرجع هذا الكلام إلى اتحاد المسجد و البيعة و الكنيسة مفهوما وإن اختلفت اسما. لكن هذا  
الاختلاف لا- يقدر في حقيقتها، لكون الاسم عنوانا مشيرا لا يختلف المعنون باختلاف العناوين المشيرة، و يلزمه ترتب جميع أحكام  
المسجد عليهما بناء على صحة هذا الوقف من غير المؤمن، كما يظهر من صحة وقف الكافر على البيع و الكنائس، أو أحد الكتابين كما في  
الشرائع «1» و في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه كما عن المقتصر الاعتراف به، بل عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه» «2».

لكن في المسالك ما محصله: «هو يتم بناء على عدم اشتراط القرية، أمّا معه فمشكل، من حيث إنّ ذلك معصية في الواقع، فلا يتحقق معنى  
القرية» «3».

أقول: المراد بالقرية في الوقف هو جعله لله تعالى. فإن أراد الكافر هذا المعنى من القرية فلا بأس به، و اعتبار صلاحية الفاعل للتقرب بفعله  
لا دليل عليه، فوقف الكافر من ناحية قصد القرية صحيح.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 214

(2) جواهر الكلام، ج 28، ص 35

(3) مسالك الأفهام، ج 5، ص 336

و حينئذ نقول: إنَّ لوقف أرض من الكافر للعبادة احتمالات ثلاثة:

الأول: أن يقصد جعل مكان لله تعالى، لا بنحو يكون وقفا على عبادة أو متعبدين كما تقدم في وقف المسجد، فهذا الوقف ليس إلا وقف المسجد.

الثاني: أن يقصد وقفية المكان على العبادة الصحيحة عند الله تبارك و تعالى، غايته أنه يتخيَّل انطباقها على عباداتهم.

الثالث: أن يقصد وقفية على عباداتهم بتخيَّل أنها هي العبادة الصحيحة عنده تعالى شأنه.

و الوقف على النحويين الأوَّلين صحيح. أمَّا الأوَّل فلكونه من وقف المسجد حقيقة.

و أمَّا الثاني فالنَّ غاية الوقف- و هي العبادة الصحيحة الواقعية- غرض عقلائي محلَّل، فلا مانع من الوقف لها.

و على النحو الثالث باطل، لبطلان غايته، فإنَّ العبادة الباطلة حرام، و الوقف عليها وقف على جهة محرَّمة كالوقف على عبادة الأصنام مثلا. و لا إشكال في بطلان الوقف على الجهات المحرَّمة. هذا في مقام الثبوت.

و أمَّا مرحلة الإثبات، فإن أحرز كيفية الوقف فلا إشكال، و إن شك فيها فمقتضى الاستصحاب عدم صيرورة المكان مسجدا. و لا يعارض باستصحاب عدم جعل المكان وقفا على العبادة. و ذلك لعدم ترتب الأثر على هذا الاستصحاب، إذ وجوب التطهير و حرمة التنجيس مثلا من أحكام خصوص المسجد، لا كلَّ موقوفة.

فالمتحصل من جميع ما ذكرنا: جواز الاستطراق في الكنائس و البيع الواقعة في الشوارع المستحدثة، و عدم حرمة تنجيسها، كعدم وجوب تطهيرها.

و أمَّا المقام الثاني- أعني به سائر الموقوفات غير المساجد- فالظاهر أنَّ الأوقاف الموقوفة على جهات خاصة كالمدارس و الخانات و الحسينيات و الدور و البساتين التي وقفها أربابها على الطلبة و الزوار و المآتم و غيرها تبطل وقفيتها بتعذر الانتفاع بها في الجهة المقصودة من الوقف، سواء أكان السقوط عن الانتفاع في تلك الجهة بتخريب قاهر كما في المقام، أم بخرابها طبعاً، فإنَّ الوقف يبطل بخروج الموقوفة عن الانتفاع الخاص، و تصير

ثم إنه ربما ينافي (1) ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني

(1) التنافي مبني على توهم التلازم- في عدم جواز البيع- بين نفس العين الموقوفة وبين الآلات والفرش وغيرها مما يتعلق بها. وغرضه قدس سره بيان وهم ودفعه.

أمّا الوهم فهو: أنّ ما تقدم- من منع بيع الوقف التحريري كالمسجد وما بحكمه- ينافيه ورود الدليل في موردين على جواز بيع هذا القسم من الوقف:

أحدهما: الخبر الدال على جواز بيع ثوب الكعبة، مع أنه موقوف وليس ملكاً لأحد.

وثانيهما: ما ذكره الفقهاء من جواز بيع حصير المسجد إذا خلق، وكذا جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع.

وعليه لا وجه لمنع بيع المسجد وأجزائه، وما يتعلق به من أثاث.

وأمّا الدفع فسيأتي.

أرضها صدقة مطلقة تصرف في مطلق الوجوه البرية، أو في خصوص ما هو أقرب إلى غرض الواقف، فمقتضى القاعدة عدم المنع عن العبور في أرض تلك الموقوفات بعد هدمها وجعلها طرقاتاً وشوارع.

وأمّا المقابر، فإن كانت مملوكة، فالعبور فيها تصرف في ملك الغير منوط بإذن مالكة كما هو حكم المملوكات الواقعة في الشوارع، فحكمها حكم المملوكات. وإن لم تكن مملوكة- بل كانت مسبلة، بأن جعلها مالكة موقوفة على دفن المسلمين فيها- فالعبور فيها لا بأس به.

كما لا إشكال في جواز الاستطراق في المقابر الفعلية التي لم تقع في الشوارع، فإنّ الوقفية للدفن لا تمنع عن الاستطراق غير المزاحم لجهة الوقف.

نعم مع المزاحمة لا يجوز، لاقتضاء نفس دليل الوقف حرمة التصرفات المنافية له. إلا أنّها إن وقعت في الشوارع تصير ساقطة عن الانتفاع بها في الجهة المقصودة من الوقف، كسائر الموقوفات على جهات خاصة.

من الوقف ما ورد (1) في بيع ثوب الكعبة وهبته (2)، مثل (3) رواية مروان بن (4) عبد الملك، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته، وبقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال:

يبيع (5) ما أراد، ويهب (6) ما لم يرد،

---

(1) فاعل «ينافي» وقد تقدم وجه المنافاة أنفا بقولنا: «أما الوهم ..».

(2) أي: هبة ثوب الكعبة.

(3) بيان ل «ما ورد» والتعبير بالمثل لأجل ورود جواز بيع ثوب الكعبة في غير هذه الرواية أيضا، كما في معتبرة عبد الملك بن عتبة، فراجع (1).

(4) كذا في موضعين من الوسائل وفي المقابس أيضا، ولكن في التهذيب والكافي:

«مروان عن عبد الملك» (2).

(5) يحتمل في جواز بيع كسوة الكعبة ما قيل: من عدم كونها وقفا، بل تكون من قبيل الحبس، فهي مبدولة لأن يكتسى بها البيت سنة مثلا، ثم تباع ويصرف ثمنها في الخدمة. وعلى هذا تكون باقية على ملك البازل لها، مع إذنه في التصرف فيها وفي ثمنها على النهج المعهود من بيعها بعد مدة.

ويحتمل أن تكون مشترة من منافع الأملاك الموقوفة لمصالح البيت المكرّم، فتكون نظير ما سيأتي من حصير المسجد المشتري من منافع دكان موقوف لمصالحه، فإن أمر البيع بيد الناظر العام.

(6) ظاهر جوابه عليه السلام جعل ثوب الكعبة المعظمة قسمين، بأن يبيع قسما، ويهب قسما آخر منه.

ولكن يحتمل في جملة «ينتفع، يطلب» عطفهما على «يهب» فيكون المراد انتفاع المشتري - لكسوة الكعبة - بالهبة.

ويحتمل عطفهما على «يرد» فيكون المعنى: أنّ ما لا يريد الانتفاع

---

(1) وسائل الشيعة، ج 2، ص 752، الباب 22 من أبواب التكفين، ح 3، وكذا ح 2

(2) الكافي، ج 3، ص 148، باب ما يستحب من الثياب للكفن وما يكره، ح 5، التهذيب، ج 1، ص 434، ح 36 من باب 23

ص: 595

و ينتفع (1) به، و يطلب بركته. قلت: أَيْكفّن به الميت؟ قال: لا (2) «(1)».

قيل (3) وفي رواية أخرى: «يجوز استعماله، وبيع بقيّته [نفسه]».

و كذلك (4) ما ذكره في بيع حصر المسجد إذا خلقت، و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع.

اللهم إلا أن يقال (5) إنّ ثوب الكعبة و حصير المسجد ليسا من قبيل

---

به مباشرة و لا طلب بركته يهبه للغير لينتفع به. و لعلّ الأقرب هو الاحتمال الأوّل.

(1) كذا في نسخ الكتاب، و لكن في الوسائل و الكافي و التهذيب «و يستنفع به» أي: بالثوب.

(2) لعلّ النهي عن التكفين به لأجل كونه حريرا محضاً كما احتمله العلامة المجلسي قدّس سرّه (2).

(3) قال في الوسائل و المقابس: «و قال الكليني: وفي رواية أخرى: أنه يجوز استعماله و بيع بقيّته» (3).

(4) معطوف على الموصول في «ما ورد» و هذا إشارة إلى المورد الثاني، و هو فتوى الأصحاب. يعني: ينافي ما ذكرناه- من عدم جواز البيع- ما ذكره من بيع حصير المسجد .. إلخ. و هذا التنافي كسابقه أيضا مبني على التلازم المزبور.

(5) غرضه من هذا دفع توهم المنافاة المذكورة في المقامين. و فيه تعرّض للموضع الثاني المشار إليه في (ص 577)، و هو حكم آلات المسجد و الأثاث الموضوعة فيه.

و حاصل ما أفاده: أنّ ثوب الكعبة و حصير المسجد إن كانا كنفس الكعبة و المسجد لكان لما ذكر من التنافي وجه. لكنّه ليس كذلك، إذ الأموال الموقوفة للكعبة و المساجد تكون مملوكة للموقوف عليهم، فللمتولّي التصرف فيها بما يراه مصلحة.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 2، ص 752، الباب 22 من أبواب التكفين، ح 1، ج 9، ص 360، الباب 26 من أبواب مقدمات الطواف، ح 3، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64

(2) ملاذ الأخيار، ج 3، ص 234

(3) وسائل الشيعة، ج 9، ص 359، الباب 26 من أبواب مقدمات الطواف، ح 2، مقابس الأنوار، ص 64 و لم تظفر بها في الكافي المطبوع. و الظاهر اختلاف نسخ الكافي، بشهادة نقل هذين العلمين عنه.



المسجد (1)، بل هما مبدولان للبيت والمسجد، فيكون (2) كسائر أموالهما. و معلوم أنّ وقفية أموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول (3)، وليس (4) من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العامّ التصرف فيه [5] فيها بالبيع.

نعم (6)، فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد،

بخلاف نفس المسجد والكعبة، فإنّهما ليسا مملوكين لأحد، فلا يجوز بيعهما.

(1) في كون وقف المسجد تحرير الملك، لا تملكه للمصلين والعابدين.

(2) كذا في النسخ، والمناسب «فيكونان» ليطابق تثنية الضمير في «أموالهما».

(3) يعني: يكون تملكها للموقوف عليهم.

(4) الأولى: «و ليست» لأنّ اسمها ضمير راجع إلى الوقفية.

(5) كذا في نسختنا، والأولى «فيها» كما في نسخة أخرى.

(6) استدراك على قوله: «ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبدولان للبيت والمسجد..» و غرضه قدّس سرّه التفصيل في مثل ثوب البيت و حصير المسجد، و تقييد إطلاق جواز البيع، و بيانه: أنّ الحصير قد يشتري من منافع موقوفة وقفها صاحبها لصرف منافعها في ما يحتاج إليه المسجد، كما إذا أوقف شخص بستانا على مسجد، لتسدّ به ما يحتاجه من فرش وضوء و ماء و اجرة خادم، و هكذا.

و قد يشتريه شخص من ماله فيوقفه في المسجد.

و ما ذكرناه من أنّ حصير المسجد مبدول له و يجوز بيعه- و ليس وقفه فكّ الملك- ناظر إلى القسم الأول دون الثاني، و ذلك لأنّ منافع الأوقاف الموقوفة على المساجد كالدكاكين و البساتين و غيرها ليست أوقافا، و إنّما الموقوف نفس الدكاكين و البساتين و غيرها من الأصول، فالمنافع مملوكة للمسلمين، غايته أنّها تصرف في مصرف خاص و هو المساجد. فبيع المنافع و كذا تبادل أثمانها بما يراه المتولي مصلحة للمسجد جائز.

و هذا بخلاف الحصر التي يشتريها الرجل و يضعها في المسجد، و كذا الثوب الذي يلبس به البيت، فإنّهما مملوكان للمسلمين، و لا يجوز بيعهما إلا بطروء مسوّغ له.

و بعبارة أخرى: الفرق بين شراء شخص حصيرا و وقفه على المسجد، و بين شراء الحصير من عوائد بستان أوقف على المسجد هو: أنّ مقصود المشتري للحصير الانتفاع

فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة ولو لم يخرج عن حيّز الانتفاع، بل (1) كان جديدا غير مستعمل، و بين (2) ما يكون من الأموال وقفا (3) على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد. و الثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

بعينه في المسجد بالصلاة ونحوها من الأمور العبادية، فلا يجوز للمتولّي بيعه إلا بطرء المسوّغ. و هذا بخلاف شراء حصير من عوائد موقوفة كالبستان، فإنّ الحصر لم ينشأ وقيته من قبل واقف البستان، وإّما صار وقفا من جهة ابتياعه بغلّة الموقوفة.

و من المعلوم أنّ دليل المنع عن بيع الوقف و شرائه كقوله عليه السّلام: «لا تباع و لا توهب، و لا يجوز شراء الوقف» مختص بما ورد عليه الوقف، و ليس فيه دلالة على المنع عن بيع ما اشترى بعائدات الوقف. فحكم هذا الحصر حكم سائر ما يحصل من البستان من جواز صرف أعيانها في المسجد، و جواز تبديلها بما هو أصلح بحاله.

قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «و لو لم يكن أصله موقوفا، بل اشترى للمسجد مثلا، أو بذله له باذل صحّ للناظر بيعه مطلقا، مع المصلحة» (1).

(1) يعني: فلا يدور جواز بيعها مدار خروجها عن حيّز الانتفاع بها، بل المدار فيه نظر المتولّي، و كون البيع أكثر نفعاً للمسجد.

(2) معطوف على «بين» و هذا هو القسم الثاني الذي ينشأ فيه وقيته على الجهة، و لا يجوز تبديله.

(3) أي: ما يكون من الأموال وقفا على المسجد ابتداءً- لا باشرائه من مال المسجد- يكون ملكا للمسلمين محبوس بعينه عليهم، فلا يجوز بيعه إلا في موضع يسوغ فيه بيع الوقف كصيرورته خلقا، أو عدم الانتفاع به من جهة أخرى.

هذا كله ما يتعلق برّد التنافي بين منع بيع الوقف التحريري، و بين جواز بيع الحصر و ثوب البيت المعظم. و سيأتي بيان الفارق بينهما بعد اشتراك كليهما في جواز

(1) الروضة البهية، ج 3، ص 254، و لاحظ مقابس الأنوار أيضا، كتاب البيع، ص 63

ثمّ الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد (1) أنّ الحصر يتصوّر فيه كونه وقفا على المسلمين (2)، و لكن يضعه في المسجد، لأنّه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع في المسجد. فإذا خرب المسجد أو استغني عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به (3) في غيره و لو مع حاجته.

لكن يبقى الكلام في مورد الشكّ (4)، مثل ما إذا فرض حصرًا في المسجد، أو

البيع في الجملة.

(1) حاصله: أنّ الفرق بينهما في صورة وقفهما بأن يفهما شخص من ماله على الكعبة و المسجد - لا في صورة اشتراطهما من عائدات أوقاف المسجد، حيث إنّ الثوب و الحصر حينئذ ليسا موقوفين، بل الموقوف أصول تلك العائدات - هو: أنّ الحصر توقف على المسلمين بحيث ينتفعون بها في وجوه الانتفاع، و وضعها في المسجد لأجل كونه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع في المسجد. و هذا بخلاف ثوب الكعبة، فإنّه موقوف على جهة خاصة و انتفاع مخصوص، هذا.

و لا يخفى أنّ هذا بحسب المتعارف، و إلاّ فيمكن في ثوب الكعبة ما ذكرناه في حصر المسجد أيضا.

(2) فإذا كان وقفا على المسلمين جاز الانتفاع به في مطلق المسجد، فوضعه في مسجد خاص كالجامع أو السوق ليس لخصوصية بنظر الواقف، بل لانطباق الانتفاع في الجهة المقصودة عليه. و هذا نظير الماء المسبّل، فإنّ مقصود المسبّل سقيه للمؤمنين و المصلّين سواء أ كانوا في هذا المسجد أم في غيره. فوضع حبّ الماء مثلا - في مسجد ليس قرينة على أنّ تمام المطلوب هو تسبيل الماء لمن حضر في خصوص هذا المسجد دون غيره.

و عليه فإذا خرب المسجد، أو فرش فيه سجاد - بحيث لم يحتج إلى هذا الحصر الموقوف - لم نقله إلى مسجد آخر لينتفع به. بل يجوز نقله في الفرض إلى مسجد آخر حتى مع حاجة المسجد السابق، لعدم تقييد وقف الحصر بوضعه في مسجد خاص.

(3) أي: الانتفاع بالحصر في غير المسجد الأوّل حتى مع حاجته إليه.

(4) يعني: ما إذا لم يعلم تقييد وقف الحصر بمسجد خاص، و لا عدم تقييده به، بأن

وضع حبّ ماء فيه، وإن كان الظاهر في الأول (1) الاختصاص - وأوضح من ذلك التّرب الموضوعة فيه- وفي الثاني (2) العموم، فيجوز التوضؤ منه وإن لم يرد الصلاة في المسجد.

و الحاصل (3) أنّ الحصر (4) و شبهها- الموضوعة في المساجد و شبهها (5)- يتصوّر فيها أقسام كثيرة (6) يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس

---

كان مقصود الواقف انتفاع المصلّين سواء في هذا المسجد أو غيره.

وكذا لو شكّ- في وضع حبّ الماء في مكان خاص - أنّه مقيّد بما وضع فيه للشرب و التوضؤ أم أنّه لا خصوصية في موضع دون آخر. و يمكن التمسك بقاعدة الحلّ في المشكوك، لكونه شبهة موضوعية.

(1) و هو الحصر الموضوع في مسجد، فإنّ الغلبة توجب الظهور في الاختصاص به. و أوضح منه التّرب الحسينية- على مشرفها أفضل الصلاة و السلام- الموضوعة في مسجد، فلا يجوز نقلها منه إلى غيره وإن احتيج إليها.

(2) و هو حبّ الماء، ولو أحرز الاختصاص لم يجز التوضؤ منه، و الصلاة في مسجد آخر.

(3) هذا حاصل ما أفاده من قوله: «ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد ..

إلخ».

(4) كذا في النسخ، و المناسب «الحصر» بصيغة الجمع.

(5) كالمشاهد المشرفة و الحسينيات و نحوها من الأوقاف العامة.

(6) أحدها: أن تكون مشترة من منافع أوقاف المسجد، و قد عرفت جواز بيعها اختياراً مع المصلحة التي يراها ناظر الوقف.

ثانيها: أن يشتريها الناس من أموالهم للمسجد و نحوه، على أن تكون موقوفة على المسلمين في جميع وجوه الانتفاعات التي منها وضعها في المسجد للصلاة عليها.

ثالثها: أن تكون موقوفة على المسلمين في جهة خاصة كالصلاة فقط، و في مكان خاص كالمسجد الفلاني.

المسجد وأضرابه، فتعرض الأوصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرناه (1).

نعم (2) ما ذكرناه لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي (3) هي من

(1) من عدم جواز بيع الموقوف المؤبد غير المملوك. ووجه عدم المنافاة: أنّ ما لا يجوز بيعه هو نفس الموقوفة كالمسجد، لكون وقفه تحريراً، فلا ملك حتى يباع.

و ما يصحّ بيعه كالحصير ملك للمسلمين لو اشترى بعوائد موقوفة، ويجوز لمتولّي المسجد بيعه إن كان أصلح بحال المسجد. ومع تعدد الموضوع لا تنافي بين منع بيع أرض المسجد وبين جواز بيع الحصير في بعض الصور.

قال المحقق الثاني قدس سرّه في حكم بيع حصير المسجد إذا خلق، و جذعه إذا تكسّر ما لفظه: «و هل يفرّق بين ما كان من ذلك وقفاً، و بين ما اشترى من الوقف، أو قبل المتولّي بيعه حتى يجوز بيع الثاني عند الحاجة؟ فيه احتمال. و ذكر في التذكرة: أنّه لا خلاف بين العامة في جواز بيع هذا القسم، لأنّه ملك. و لم يفت هو بشي ء. و جواز البيع في هذا القسم لا يخلو من قوة. فإذا بيع لم يتعيّن شراء مثله، بل يصرف في مصالح المسجد من غير تعيين» (1).

(2) استدراك على جواز بيع مثل حصير المسجد لو اشترى بعوائد موقوفة عليه.

وهذا إشارة إلى الموضوع الثالث، و هو حكم أجزاء المسجد. يعني: أنّ ما ذكرناه- من جواز بيع الآلات كالحصر ونحوها ممّا يتعلق بالأوقاف المؤبّدة غير المملوكة- لا يجري في أنقاض المسجد من الأخشاب و الجذوع المنكسرة و الأجر ممّا لا ينتفع به فيه.

وجه عدم جريانه في مثل الجذع المنكسر هو كون الجذع و أمثاله أجزاء من الموقوفة، و من المعلوم أنّ الحكم الثابت للكلّ ثابت لأجزائه، لأنّه عينها، فيلزم الحكم بعدم جواز بيع أجزاءه كنفس العرصة، لكون وقفها فكاً للملك. مع أنّ العلامة وغيره حكموا بجواز بيع الجذع المنكسر ونحوه، و لا بدّ من توجيه تجويزهم لمثله بأن يقال:

بالفرق بين أرض المسجد وبين أجزاء البناء، بمنع بيع الأرض، و جواز بيع الأجزاء، كما سيأتي.

(3) وصف للجذوع، و المسجد هو العرصة و بناؤها، فالجذوع أجزاء للمسجد،

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 117

أجزاء البنيان. مع (1) أن المحكي «1» عن العلامة وولده والشهيد والمحقق الثاني:

جواز بيعه، وإن اختلفوا (2) في تقييد الحكم وإطلاقه كما سيجيء (3).

إلا أنه (4) [أن] نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها وجعلها مسجداً

---

فلا يجوز بيعها.

(1) متعلق بـ «لا يجزي» يعني: أن مقتضى القاعدة منع بيعها، ولكن خالف العلامة وجماعة فيه، وقالوا بجواز بيع الجذع المنكسر.

(2) يعني: أن العلامة ومن تبعه اختلفوا في أصل جواز بيع الجذع المنكسر، واختلفوا في إطلاقه وتقييده. فقال العلامة في الجذع المنكسر: «الأقرب بيعه و صرف ثمنه في مصالح المسجد» (2) و وافقه فخر المحققين (3).

وقيد الشهيد قدس سره جواز البيع بما إذا لم يكن الانتفاع بعينه في مسجد آخر (4).

وقيد المحقق الثاني قدس سره بتعذر أن يشتري بثمنه بدله، وإن تعذر شراء البدل صرف الثمن في مصالح المسجد (5).

وقيد الشهيد الثاني بما إذا لم يكن صرف العين في الوقود لمصالح المسجد كالأجر، فلو أمكن لم يجز البيع (6).

(3) سيأتي أصل جواز بيعه في الصورة الثالثة في حكم النخلة المنقلعة، ويستفاد من مفهوم قوله في (ص 604): «فبناء على ما تقدم من أن الوقف في المسجد وأضرابه فك ملك، لم يجز بيعه».

(4) كذا في نسختنا، والأولى ما في بعض النسخ مجرداً عن ضمير الشأن.

و كيف كان فهذا توجيه لفتوى الجماعة بجواز بيع مثل الجذع ولو في بعض

---

(1) حكاه عنهم في المقابس، كتاب البيع، ص 63، وكذلك حكاه السيد العاملي عن العلامة والفخر والشهيد والمحقق الثاني، في ج 9،

ص 127

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 401، ونحوه في تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 443

(3) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 407

(4) الدروس الشرعية، ج 2، ص 279 و 280

(5) جامع المقاصد، ج 4، ص 97 و ج 9، ص 116

(6) مسالك الأفهام، ج 3، ص 170، الروضة البهية، ج 3، ص 254

ص: 602

فكّ ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار، فإنّها تصير ملكا للمسلمين (1)، فتأمل (2).

وكيف كان (3)، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها (4) مع التصرف في منافعها- كما تقدّم عن بعض الأساطين-

الحالات، وقد تقدم توضيحه آنفا.

(1) فيجوز للمتولّي بيعها.

(2) لعلّه إشارة إلى إشكال التفكيك بين وقف الأرض و بين وقف البنيان مع وحدة إنشاء وقف الجميع بمثل: «وقفت هذا مسجدا» فإنّ صيغة الوقف ترد على مجموع العرصة و البنيان على نهج واحد.

(3) يعني: سواء تمّ توجيه التفكيك بين المسجد و بين أجزائه بما تقدم من قوله: «إلا ان نلتزم ..» أم لم يتم كما تأمل فيه، فالحكم .. إلخ، و هذا صفة الكلام في حكم الانتفاع بأرض المسجد و أجزائه، و محصله: أنّ أرض المسجد المنهدم إما أن ينتفع بها بإيجارها كما ذهب إليه الشيخ الكبير، و إمّا أن تبقى على حالها بدون الانتفاع كما هو المختار.

و أمّا أجزاء المسجد ففيها صور ثلاث:

الأولى: أن يرى المتولّي و الناظر المصلحة في صرف أعيان الأجزاء في نفس المسجد، بأن يستفاد منها في إعمار البناء مرّة أخرى، فيتعيّن ذلك، لأنّ مقصود الواقف الانتفاع بالعين الموقوفة مهما أمكن، و المفروض وجوب العمل بالوقف شرعا على حسب ما أوقفه. فإن توقف إبقاؤها على بذل مال صرف من مال المسجد إن كان له مال، و إلا فمن بيت المال، و إلا لم يجب على المتولّي صرف شيء من أموال نفسه لإبقاء تلك الأجزاء.

الثانية: أن لا يرى المتولّي المصلحة في ردّ مثل الجذع المنكسر جزءا للمسجد، و حينئذ فإن قلنا بجواز بيعها كما حكي عن العلامة و جمع فلا كلام، و إن قلنا بعدم الجواز- كما هو المختار- ففيه صورتان:

الأولى: القول بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف، فيجب صرفه في مصالح نفس هذا المسجد، كإحراقه لطبخ آجره.

الثانية: القول بعدم وجوب مراعاة الأقرب إلى نظر الواقف، و يجب حينئذ صرفه في سائر مصالح المسلمين.

(4) أي: أنّ الإبقاء يكون تارة مع التصرف في منافع الأرض كما ذهب إليه



و أما أجزاءه- كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم- فمع (2) المصلحة في صرف عينه (3) فيه (4) تعين، لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و أجزاءها [و إجراءاتها] على حسب (5) ما يوقفها أهلها و وجوب (6) إبقائه جزءا للمسجد. لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمثوته (7)، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال.

و إن لم يكن (8) مصلحة في ردّه جزءا للمسجد، فبناء (9) على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد و أضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

---

كاشف الغطاء، و يكون اخرى بدون الانتفاع بأجرة الأرض، لعدم الدليل على جواز الإجارة.

(1) أي: بدون التصرف في المنافع، فتبقى العرصه على حالها إلى أن يبعث الله من يجدد بناء المسجد.

(2) جواب الشرط في «و أما أجزاءه» و هذا إشارة إلى الصورة الأولى المتقدمة آنفا.

(3) كذا في النسخ، و لا بدّ من التأويل بإرجاع الضمير إلى «جزء» و الأولى تأنيث الضمائر الآتية الراجعة إلى «أجزاء».

(4) أي: تعين الانتفاع بذلك الجزء في نفس المسجد المنهدم حسب الفرض.

(5) متعلق ب «إبقاء» و بناء على ما في بعض النسخ من «إجراءاتها» فالظرف متعلق به، و «الإجراء» عطف تفسير للإبقاء.

(6) خبر «أن مقتضى» و ضمير «إبقائه» راجع إلى الجذع و نحوه ممّا كان جزءا للمسجد.

(7) أي: لمثوته الإبقاء، لأصالة براءة الذمة عن وجوب الصّرف.

(8) معطوف على «فمع المصلحة» و ضمير «ردّه» راجع إلى مثل الجذع ممّا كان جزءا للمسجد.

(9) و بناء على ما حكى عن جماعة- كالعلامة و من تبعه- جاز بيعه، و لا يبقى موضوع للمصورتين الأخيرتين.

و حينئذ (1) فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه في مصالح ذلك (2)، كإحراقه لآجر المسجد (3)، و نحو ذلك كما عن الروضة (4)، وإلا (5) صرف في مسجد آخر كما في الدروس «1»، وإلا صرف في سائر مصالح المسلمين.  
قيل (6) بل لكل أحد حيازته وتملكه.

---

(1) أي: و حين المنع من البيع و وجوب الانتفاع بعين الجذع، فإن قلنا .. إلخ.

و هذا إشارة إلى الصورة الثانية من الصور الثلاث.

(2) أي: ذلك المسجد المنهدم، وقوله: «تعين» جواب الشرط في «فإن قلنا».

(3) مقدمة لتشييد بناء المسجد مرة أخرى.

(4) قال الشهيد الثاني قدس سره في الحصر البالي و الجذع المنكسر- بحيث لا يمكن صرفهما بأعيانهما في الوقوف لمصالحه، كأجر المسجد- «فيجوز بيعه حينئذ، و صرفه في مصالحه، إن لم يمكن الاعتياض عنه بوقف» «2».

(5) أي: و إن لم نقل بوجوب مراعاة ما هو أقرب إلى نظر الواقف و جب صرف مثل الجذع و الأجر في المماثل إن احتاج مسجد آخر إليه. و إن لم يحتج مسجد إلى هذا الجذع المنكسر أصلا و جب صرفه في سائر مصالح المسلمين.

(6) أفاده المحقق الشوشتری قدس سره- في حكم أجزاء الأوقاف العامة و آلتها- بقوله:

«و أمّا إذا بلغت حدّا لا- ينتفع بها في تلك الجهة أصلا، فالوجه أنّها تصرف في سائر القرب. بل لكلّ أحد من الموقوف عليهم حيازته و تملكه كأجزاء جلود الكتاب التي لا ينتفع بها في الجلد. و أجزاء الورق الساقطة بعد التصحيف .. و أجزاء الصناديق و شبابيك المشاهد المشرفة بعد الاستغناء عنها .. و ذلك لأنّها قد جعلت لله سبحانه، و إنّما يجب على أرباب الوقف الانتفاع بها في تلك الجهة الخاصة، و عدم التعدي عنها مع التمكن،

---

(1) الدروس الشرعية، ج 2، ص 280، و الحاكي عنه و عن الروضة هو صاحب المقابس، ص 63

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 254

ص: 605

وفيه نظر (1).

### [حكم المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة]

وقد الحق (2) بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، و الكتب الموقوفة على المشتغلين، و العبد المحبوس في خدمة الكعبة و نحوها، و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة، و البواري الموضوعة لصلاة المصلين، و غير ذلك (3) مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين (4) و نحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل (5) المنافع بالإجارة و نحوها و صرفها في مصارفها كما في الحمامات و الدكاكين و نحوها (6)،

---

و الفرض تعذر ذلك، فجاز لهم الانتفاع بها مطلقاً «1».

(1) لعل وجه النظر أن الرجوع إلى الإباحة لا دليل عليه و إن قلنا ببطلان الوقف، لقوة احتمال صيرورته ملكاً للواقف أو ورثته. و معه فمقتضى أصالة الفساد عدم ترتب الملكية على الحيابة.

(2) الملحق هو المحقق الشوشترى قدس سره، و العبارة المنقولة في المتن تغاير - يسيراً - لما في المقابس، و قد تقدم كلامه في (ص 573).

و الوجه في الإلحاق - مع عدم كون المنشأ في هذه الأمور فك الملك و تحريره هو جعلها من المباحات التي يجب إبقاؤها على حالها.

(3) فكما لا يصح بيع أرض المسجد و إجارتها، فكذا في ما الحق به. و حكم الأجزاء و الآلات أيضا حكم أجزاء بناء المسجد و آلاته.

(4) فمثل البواري للصلاة عليها موقوفة للمسلمين، و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة - خصوصا في البلاد يكثر فيها أهل الذمة - موقوفة لانتفاع الناس سواء كانوا مسلمين أم من أهل الكتاب.

(5) فالفرق بين وقف المدارس و الحمامات هو: أن المدرسة توقف للانتفاع بالسكنى فيها، و الحمام يوقف ليؤجر، و تصرف إجارتها في الجهة التي عيّنها الواقف، و لذا يعبر عنه في بعض الكلمات بالوقف الصرفي.

(6) كالمخازن الموقوفة التي تستأجر لإيداع البضائع فيها.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64

ص: 606

لأن (1) جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامة والأسواق (1)». «

و هذا كله (2) حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تمليكا.

ولو أتلف (3) شيئا من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف، ففي الضمان وجهان:

---

(1) هذا مضمون تعليل صاحب المقابس لإلحاق المشاهد ونحوها بالمساجد حكما.

(2) أي: وهذا الإلحاق حسن بناء على كون معنى الوقف فيها فك الملك، لا تمليك العين أو المنفعة للموقوف عليه، وإثما يملك الانتفاع. وربما يشعر قوله: «على تقدير» بعدم كون وقف الأمور المذكورة فك الملك، فيكون مفاده التأمل في إلحاق صاحب المقابس.

ولكنه ليس كذلك، لما تقدم منه من التصريح بالتحريم، كقوله في (ص 540):

«بل هو في غير المساجد وشبهها قسم من التمليك» إذ ليس المراد بشبه المسجد إلا المقابر والمشاهد ونحوهما.

وكذا قوله في (ص 574) في أقسام الوقف: «بل يكون فك ملك نظير التحريم كما في المساجد والمدارس والربط بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة، فان الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة».

(3) عنون هذا الفرع صاحب المقابس قدس سره بعد إلحاق الأوقاف العامة على الجهات بالمساجد، فقال: «ولو أتلفها متلف على غير جهة الانتفاع المعلومه أثم قطعاً. وفي مطالبته بالقيمة أو المثل إشكال، من أن ما يطلب بقيمة عينه يطلب بمنافعها. و من المعلوم أنه لو منع شخص الناس من الانتفاع إلى أن فاتت جملة من منافعها، أو انتفع بها في غير الجهة الموضوعه له - كما لو جعل المسجد مسكناً له - أثم، و لكن لم يطلب بها، فكذا لو أتلف العين. و لعدم وضوح الدليل على الضمان إلا في الأملاك المنسوبة إلى الناس، و هذه صارت ملكاً لله، و إثما للناس الانتفاع خاصة. و من عموم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى. و تأدية المثل أو القيمة - مع تعذر الأصل - معدودة من التأدية» (2).

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 63 و 64

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64

ص: 607

و توضيح المطلب: أنّ الاعتداء على الوقف تارة يكون بإعدامه كهدم تمام بناء المسجد، و جعله قاعا صفصفا، و تغيير تراب أرضه، و أعدادهما لإحداث بناء آخر، أو للزرع فيها، أو هدم بعض بيوت المسجد، و إبقاء بعضها. و كذا الحال بالنسبة إلى الخان و المدرسة و القنطرة كلاً أو بعضاً.

و اخرى يكون بالتصرف فيه و استيفاء منفعته في غير الجهة المقصودة للواقف، كما إذا سكن الظالم بنفسه في المدرسة، أو أسكن عمّاله فيها بعد إخراج المشتغلين منها. و كذا الحال في التصرف العدواني على غيرها كالمسجد و الخان و الرباط.

و ثالثة يكون بتفويت منافع الوقف، كما إذا أغلق الظالم باب المسجد، و منع المؤمنين من الصلاة و العبادة فيه، و لم ينتفع هو أيضاً به. و كذا لو أخرج الطلاب من المدرسة و لم يسكن أحداً فيها، بل سدّ بابها.

و محلّ البحث هنا في الضمان و عدمه هو الأول أي: إتلاف عين الموقوفة كلاً أو بعضاً.

و أمّا الثاني - و هو استيفاء المنفعة - فقد تقدم في (ص 575) حكمه، و هو عدم الضمان، حيث قال: «فإنّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حقّ فالظاهر أنّه ليس عليه اجرة المثل».

و منه يظهر عدم الضمان في الفرض الثالث، و هو تفويت منفعة الموقوفة.

فالكلام فعلاً في الإتلاف، و في الضمان احتمالان.

أحدهما: ذلك، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» بتقريب: أنّ المناط في الضمان و اشتغال الذمة هو كون اليد عدوانية، و المال محترماً، و هما متحققان في المقام.

أما كون اليد معتدية، فلعدم جواز تغيير الموقوفة عن الكيفية التي أنشأها الواقف، و أمضاه الشارع بمثل قوله عليه السّلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» فضلاً عن الهدم و الإتلاف.

و أمّا كون المال محترماً فواضح، إذ ليس الوقف من المباحات الأصلية حتى لا يضمن، بل هو أكثر حرمة من جهة تعلق حقّه تعالى به.

و عليه فعهدة المتلف مشغولة ببذل ما أتلفه، و يجب عليه أداء قيمته ليصرف

من (1) عموم «على اليد» فيجب صرف قيمته في بدله. و من (2) أن ما يطلب (3) بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض (4) عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهما ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن، أو محرزا (5). و أن الظاهر (6) من التأدية في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك (7)، فيختص بأمالك الناس. و الأول أحوط (8)،

في بدله.

ثانيهما: عدم الضمان، و ذلك لمقدمتين.

الأولى: عدم ضمان منافع الوقف العام المستوفاة.

الثانية: الملازمة بين العين و المنفعة في الضمان، و حيث لا تضمن المنفعة مطلقا- استوفيت أو فاتت- فلا تضمن العين أيضا.

فإن قلت: حديث «على اليد» مثبت للضمان، فتنتفي الملازمة بين العين و المنفعة.

قلت: لا- موضوع للحديث في الوقف العام، لاختصاص مفاده بضمان الأملاك، أي وضع اليد على الأموال المضافة إلى الملاك، بقربنة و جوب أداء البديل إليهم. و حيث إن الوقف العام كالمسجد فك للملك- لا- تمليك للمصلين و العابدين- كان خارجا عن الحديث موضوعا.

هذا مبني الوجهين. و قوى صاحب المقابس الضمان، و جعله المصنف أحوط.

(1) هذا وجه الضمان، و قد تقدم توضيحه آنفا.

(2) هذا وجه عدم ضمان إتلاف الوقف العام، و قد تقدم أيضا بقولنا: «ثانيهما: عدم الضمان .. إلخ».

(3) هذا إشارة إلى الملازمة بين ضمان العين و منافعها، و هي المقدمة الثانية.

(4) هذا إشارة إلى نفي الصغرى، أي: عدم ضمان منافع الوقف لو استوفاهما من لا يستحقها.

(5) المراد به مكان خزن الأموال و البضائع فيه.

(6) هذا رد لما استدلل به للضمان، و قد تقدم بقولنا: «فإن قلت .. قلت».

(7) و لا مالك للعين الموقوفة حتى يردى البديل إليه، لتحرر هذه الأوقاف العامة عن الإضافة إلى مالك.

(8) الوجه في كون الضمان أحوط هو احتمال كفاية إضافة ما في الضمان، و هذه

## [صور جواز بيع الوقف]

### إشارة

إذا عرفت جميع ما ذكرناه (2)، فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الإضافة متحققة في الوقف العام، لثبوت حق الانتفاع للموقوف عليهم وإن لم يتملكوا العين و منافعها.

ولعله يمكن الاستشهاد لكفاية إباحة الانتفاع بما ورد من ضمان «من أضّر بطريق المسلمين» مع عدم كونها ملكا لهم، وإتّما يباح لهم الانتفاع بالاستطراق فيها. مضافا إلى السيرة القطعية على الضمان.

(1) وهو صاحب المقابس قدّس سرّه، حيث قال بعد بيان مستند الوجهين: «وهذا هو الأصحّ» (1).

(2) صور جواز بيع الوقف أي: ما ذكرناه من أوّل مسألة بيع الوقف إلى هنا، و محصّله أمور:

الأوّل: الاستدلال على منع البيع بالإجماع و النصوص.

الثاني: انقسام الوقف إلى مؤبّد و مؤقّت، و المؤبّد إلى ما يكون فكّا للملك و تحريرا له كالمسجد و ما الحق به، و ما يكون تمليكا للموقوف عليه، و أنّ البحث في جواز بيعه بطروء الأسباب مختصّ بالوقف التمليكي، لا التحريري.

الثالث: نقل كلمات الفقهاء، و ما يستفاد منها من أقوال ثلاثة.

فبعد الفراغ من حرمة بيع الوقف في الجملة تعرّض المصنّف قدّس سرّه للصور التي قيل بجواز البيع فيها، و جمعها صاحب المقابس قدّس سرّه في ثمان صور (2)، و جعلها في المتن عشرة.

و استفاد صاحب الجواهر قدّس سرّه من أقوال الفقهاء اثني عشر أمرا، و إن كان بعضها مختصّا بالوقف المنقطع، فراجع (3).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 43-63

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 366 و 367





الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه (1)،

(1) الصورة الأولى: أن يخرب بحيث لا ينتفع به ينبغي بيان أمرين قبل توضيح المتن.

الأول: أن المصنف قدس سره خصّ البحث عمّا يتعلق بخراب الوقف في صور أربع من الصور العشر، وهي الصور الثلاث الأول و الصورة الثامنة، إلا أن المبحوث عنه في الثامنة هو الأداء إلى الخراب لا الخراب الفعلي، بخلاف الصور الثلاث. والجامع بينها هو عدم الانتفاع أو ندرته بما يلحق بالمعدوم، وذكر «الخراب» لمقدميته لسقوط الوقف عن قابلية الانتفاع به في الجهة المقصودة.

ويستفاد هذا من الكلمات المنقولة، كقولهم: «متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع به» (1).

وسياتي كلام المصنف في الصورة الثانية من أن المناط هو عدم النفع حتى لو كان لعارض غير الخراب.

وقال في المقابس: «الصورة الرابعة: أن يباع بعد خرابه، وما في حكم ذلك، بأن يصير بحيث لا يجدي نفعا» (2).

وحيث كان الخراب الفعلي مشتركا بين الصور الثلاث الأول، فنقول في الفرق بينها: إن العين إما أن تسقط عن قابلية الانتفاع المقصود كلية، كما إذا نحرت الناقة الموقوفة، فلم يبق موضوع للانتفاع منها بالركوب ونحوه، فالباقي هو اللحم، و الانتفاع بإعدامه بالأكل أو بيعه، و إلا فيفسد وينتن، فتنتفي قابلية الأكل أيضا. وهذا مورد الكلام في الصورة الأولى.

وإما أن تسقط العين عن مقدار معتدّ به من المنفعة، فما بقي منها كالمعدوم عرفا

(1) هذا نصّ كلام السيد في الانتصار، كما تقدم في (ص 560) و بمضمونه كلمات جماعة، فراجع الأقوال المنقولة في المتن، في ص

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62

لا بالدقة، مع استعداد البقاء كالدار المنهدمة التي يقل الانتفاع بعرضتها. وهذا مورد الصورة الثانية، وسيأتي فيها التفصيل بين فرضين.

وإما أن يكون خراب الوقف بحيث تقل منفعته بالنسبة إلى ما كانت عليه قبل عروض الخراب. فما بقي من المنفعة لم يكن في القلّة كالمعدوم ليلحق بالصورة الثانية، ولم يكن مسلوباً بالمرّة ليلحق بالصورة الأولى.

الأمر الثاني: أن سقوط العين عن قابلية الانتفاع- في الصورة الأولى- يراد به تعذر انتفاع البطن اللاحقة لو ترك الوقف بحاله، كما مثل له بالحيوان المذبوح، فإنه على شرف الضياع لو لم يبيع، لا سقوطها عن إمكان الانتفاع حتى بالنسبة إلى البطن الموجود، إذ معه لا مالية لها، مع أن البيع مبادلة مال بمال. فالمراد صيرورة الوقف بحيث لو جاز للبطن الموجود الانتفاع بالعين لكان ذلك ياتلافها.

والمشاهد على أن المراد بالخراب هنا- بحيث لو انتفع البطن الموجود كان ياتلاف العين- هو قوله بعد أسطر: «والحاصل: أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف...».

إذا تمهد هذان الأمران، فنقول: إن المصنف قدس سره استدلل في الصورة الأولى أولاً على جواز البيع، وثانياً لما يترتب عليه من أمور:

منها: حكم الثمن من جهة اختصاصه بالبطن الموجود، وعدمه.

ومنها: توقف وقفية الثمن على إنشاء الوقف، وعدمه.

ومنها: وجوب إبدال الثمن بما هو أصلح للبطن.

ومنها: في المتولّي لبيع الموقوفة الخربة.

ومنها: ما لو تعدّر شراء بدل العين. وتعرض في آخر المسألة لحكم ما لو خرب بعض الوقف، وبقي بعضه. وسيأتي الكلام في كل منها بتبع المتن.

(1) كالناضح الموقوف على المسجد إذا اقتضت المصلحة نحره، أو الشاة الموقوفة عليه أيضاً إذا ذبحت، بحيث لو لم ينتفع البطن الموجود بلحم الحيوان ببيعه مثلاً، خرج عن

و الأقوى جواز بيعه (1)، وفاقا لمن عرفت ممّن تقدّم نقل كلماتهم (2)،

حيّز الانتفاع به حقيقة. وكذا الحال في الجذع البالي والحصير الخلق.

(1) هذا شروع في إقامة الدليل على الخروج من عموم منع بيع الوقف، وقد تقدم أنّ جواز بيع الوقف بنظر المصنف قدّس سرّه حكم تعبدي لا ينافي حقيقته، ولا يوجب بطلانه.

وتقدّم أيضا في جملة الأقوال المنقولة في المتن استثناء صورة خرابه من عموم المنع، فالقول بجواز البيع في هذه الصورة لا يخالف المشهور، وإن حكي المنع عن جماعة، قال في المقابس في عدّ الأقوال: «أحدها: المنع مطلقا، وهو قول المانعين مطلقا، والقاضي و الشيخ في النهاية و ابن سعيد و الطوسي» (1).

وأما الدليل على جواز البيع، فالظاهر عدم نهوض ما يجوز في خصوص حال الخراب، فالمقصود النظر في ما تقتضيه القاعدة، فنقول: اقتصر في المتن هنا على نفي المانع، أي: قصور ما احتجّوا به على عدم جواز بيع الوقف. وسيأتي تفصيله.

و حيث إنّ إثبات جواز البيع منوط بوجود المقتضي وفقد المانع، فلا بدّ من بيان المقتضي أولا، ثم إبطال وجوه المنع. ولم يظهر مراد الماتن قدّس سرّه من المقتضي لجواز البيع، وهو لا يخلو من أحد وجهين.

الأول: أن يكون مراده هو المقتضي في كلّ من مقام الثبوت والإثبات. أمّا المقتضي الثبوتي فهو الملك، لفرض كون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليهم، فصغرى «لا بيع إلا في ملك» محقّقة. وأمّا المقتضي الإثباتي فهو إطلاق حلّ البيع، والأمر بالوفاء بالعقود، والتجارة عن تراض.

الثاني: أن يكون مراده خصوص المقتضي الثبوتي، وهو ما سيأتي في (ص 619) بقوله: «و الحاصل: أن الأمر دائر بين تعطيله .. إلخ».

وكيف كان فالمقصود فعلا عدم شمول الأدلة المانعة- وهي ثلاثة- للمقام، كما سيظهر.

(2) كالمفيد والسيد والعلامة في التذكرة قدّس سرّهم، حيث عبّروا بالخراب، وكسلار القائل بأنّه «لو تغيّر الحال في الوقف حتى لا ينتفع به» وكالسيد أبي المكارم المجوّز للبيع

لعدم جريان أدلة المنع.

أمّا الإجماع فواضح (1).

و أمّا قوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» (1) فلانصرافه إلى غير هذه الحالة (2) [1].

---

في لو ما «صار بحيث لا يجدي نفعاً» وغيرهم، فراجع (ص 561-563-566).

(1) أمّا أوّلاً، فلمنع تحقّقه على عدم جواز بيع الوقف مطلقاً، مع ذهاب معظم المجمعين إلى جواز بيعه عند الخراب و سلب المنفعة، وقد تقدمت كلماتهم.

و لا- أقلّ من الشك في شمول الإجماع لما إذا خرب الوقف. و حيث إنّه دليل لبيّ الفالمتعين الاقتصار على المتيقن من مورده، و هو ما عدا صورة الخراب.

و أمّا ثانياً، فلاحتمال كونه مدركياً، فلا عبّرة به حينئذ، لعدم كشفه عن رأي المعصوم عليه السّلام و لا عن دليل معتبر.

(2) يعني: أنّ النهي عن بيع الوقف في رواية علي بن راشد و إن كان إطلاقه شاملاً لما إذا خربت الموقوفة، إلّا أنّه ينصرف إلى ما ينتفع به البطن الموجود فعلاً، و ما يكون قابلاً لانتفاع البطن اللاحق. فصيروته مسلوب المنفعة غير مندرج في منع بيع الوقف.

و قد سبق التنبيه على هذا الانصراف في (ص 520) بقوله: «ان هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر» و عدّ من موارد العذر عدم الانتفاع به أصلاً، فراجع.

فإن قلت: لا وجه للانصراف في رواية ابن راشد، لكون السؤال عن حكم أرض

---

[1] لكنّه ليس بمثابة تطمئنّ به النفس و يقيد الإطلاق، لعدم كون غلبة الوجود خارجاً صارفاً للطبيعة إلى فردها الغالب، و هو الوقف العامر، ما لم توجب الغلبة التشكيك في الصدق. بل يمكن منع ندرة الوجود هنا، فإنّ كل عين موقوفة مآلها إلى البوار و الخراب عادة، فليست حالة الخراب قليلة بالقياس إلى حالة العمران.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 303، الباب 6 من أبواب الوقوف، ح 10

ص: 614

وَأَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الْوَقُوفُ عَلَى حَسَبِ مَا يَوْقِفُهَا أَهْلُهَا» (1) فَلَا يَدُلُّ (1) عَلَى

خُرْبَةِ عَمَرِهَا الْمَشْتَرِي جَاهِلًا بِالْحَالِ. فَالْإِتِّزَامُ بِجَوَازِ بَيْعِ الْوَقْفِ بِطُرُوءِ الْخَرَابِ يَنَافِي النِّهْيَ عَنِ الشِّرَاءِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مُورِدِ السُّؤَالِ.

وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى: لَوْ كَانَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْوَقْفِ» غَيْرَ مُسَبِّقٍ بِالسُّؤَالِ اتَّجَهَ انْصِرَافُ النِّهْيِ إِلَى صُورَةٍ وَجُودِ الْمَنْفَعَةِ فِعْلًا، وَخُرُوجِ مُورِدِ عَدَمِ انْتِفَاعِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ عَنِ إِطْلَاقِ النِّهْيِ. لَكِنَّ سَبْقَ السُّؤَالِ - وَمُوَافَقَةَ الْجَوَابِ لَهُ - يَمْنَعُ الْانْصِرَافَ الْمَزْبُورَ.

وَعَلَيْهِ فَالْحُكْمُ بِمَنْعِ شِرَاءِ الْوَقْفِ إِذَا مَخْتَصَّ بِمُورِدِ السُّؤَالِ وَهُوَ الْأَرْضُ الْمَيْتَةُ، وَإِنَّمَا هُوَ حُكْمٌ طَبِيعِيُّ الْوَقْفِ، سِوَاهُ أَنْ كَانَ ذَا مَنْفَعَةٍ فِعْلًا أَمْ مَسْلُوبِ الْمَنْفَعَةِ كَذَلِكَ.

قُلْتُ: نَعَمْ، وَإِنْ كَانَ النِّهْيُ عَنِ شِرَاءِ الْوَقْفِ وَارِدًا فِي الْأَرْضِ الْمَيْتَةِ، إِلَّا أَنَّ الْمَقْصُودَ الْاسْتِدْلَالَ بِإِطْلَاقِ النِّهْيِ، وَالْمَدْعَى الْانْصِرَافَ عَمَّا إِذَا سَقَطَ عَنِ قَابِلِيَةِ الْانْتِفَاعِ رَأْسًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ غَرَضَ الْوَاقِفِ بَقَاءَ الْمَوْقُوفَةِ لِتَكُونَ صَدَقَةً جَارِيَةً يَنْتَفِعُ بِهَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ أَبَدًا، وَيَمْتَازُ الْوَقْفُ عَنِ أَقْسَامِ التَّصَدُّقِ بِالِدَوَامِ، فَلَا بَدَّ مِنْ قَابِلِيَةِ الْبَقَاءِ لِتَتَرْتَبَ عَلَيْهِ حُكْمُ الْوَقْفِ، وَالمَفْرُوضُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى سَقُوطُ الْعَيْنِ عَنِ الْانْتِفَاعِ.

وَعَلَيْهِ فَلَا مَانِعَ مِنْ انْصِرَافِ إِطْلَاقِ النِّهْيِ إِلَى مَا إِذَا كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ مَوْجُودَةً بِالْفِعْلِ كَالْأَرْضِ الْمَشْغُولَةَ بِالزَّرْعِ، أَوْ أَمَكْنَ الْانْتِفَاعَ بِهَا كَالْأَرْضِ الْبَائِرَةَ فِعْلًا مَعَ إِمْكَانِ الزَّرْعِ فِيهَا، كَمَا هُوَ مُورِدُ السُّؤَالِ. فَلَوْ لَمْ تَكُنْ مَزْرُوعَةً بِالْفِعْلِ وَلَمْ تَصْلِحْ لِلزَّرْعِ - كَمَا إِذَا انْقَطَعَ الْمَاءُ عَنْهَا - فَهِيَ مَيْتَةٌ، وَيَلْحَقُهَا حُكْمُهَا، هَذَا.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ النِّهْيَ عَنِ شِرَاءِ الْوَقْفِ لَيْسَ مُطْلَقًا، بَلْ مَا دَامَ الْانْتِفَاعُ بِهِ مُمْكِنًا، وَالمَفْرُوضُ انْتِفَاءُ الثَّمَرَةِ رَأْسًا، فَشُمُولُ النِّهْيِ لَهُ حِينَئِذٍ لَا يَخْلُو مِنْ قِصُورٍ.

(1) نَاقَشَ الْمُصَنِّفُ قَدَّسَ سِرَّهُ فِي دَلَالَةِ مَكَاتِبَةِ الصَّفَارِ عَلَى مَنْعِ بَيْعِ الْوَقْفِ - السَّاقِطِ عَنِ قَابِلِيَةِ الْانْتِفَاعِ بِهِ - بِوَجْهَيْنِ:

الأوَّلُ: أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْوَقُوفُ عَلَى حَسَبِ مَا يَوْقِفُهَا أَهْلُهَا» لَيْسَ دَلِيلًا تَعْبِيدِيًّا عَلَى مَنْعِ بَيْعِ الْوَقْفِ كِي يَتَمَسَّكَ بِإِطْلَاقِهِ لِحَرْمَةِ بَيْعِهِ حَتَّى فِي مُورِدِ سَلْبِ الْمَنْفَعَةِ تَمَامًا، بَلْ هَذَا الْحَدِيثُ - بِمُلَاحَظَةِ سَبْقِ السُّؤَالِ عَنِ خُصُوصِيَّاتِ مَأْخُودَةٍ فِي إِنْشَاءِ

(1) تَقَدَّمَتْ مَصَادِرُ الْحَدِيثِ وَأَلْفَاظُهُ فِي ص 510، فَرَاجِعْ.

المنع هنا (1)، لأنّه (2) مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف، وليس منها (3) عدم بيعه، بل (4) عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد، للاتفاق (5) على أنّه (6) لا فرق بين ذكره فيه (7) وتركه، وقد تقدّم ذلك (8)،

الواقفين - ناظر إلى إمضاء الوقف على حسب ما رسمه الواقف، من تعيين الموقوف عليهم عموماً وخصوصاً، وكيفية صرف المنفعة فيهم، وغير ذلك مما قرره من قيود وشروط.

و من المعلوم أنّ عدم جواز بيع الوقف حكم تعبدى سواء ذكر في الإنشاء، كما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «صدقة لا تباع ولا توهب» أم لم يذكر، كما لو اقتصر الواقف على قوله: «هذه الدار وقف على أولادي بطنا بعد بطن، فإن انقرضوا كانت للفقراء مثلاً».

وعليه فالإستدلال بإطلاق الحديث الشريف على حرمة بيع الوقف حتى لو سقط عن الانتفاع به، غير ظاهر، لعدم كونه متكفلاً لحكم منع أصل البيع فضلاً عن إطلاقه لمورد الخراب. هذا توضيح أول الوجهين، وسيأتي الوجه الثاني.

(1) أي: في الصورة الأولى، وهي خراب الوقف بحيث لا ينتفع بعينه إلا بالإتلاف أو البيع.

(2) أي: لأنّ قوله عليه السلام: «الوقف..» غير ناظر إلى منع بيع الوقف حتى يتشبه بإطلاقه للمقام، بل هو مسوق لإمضاء ما رسمه الواقف.

(3) أي: وليس من الكيفية المرسومة عدم بيعه، ضرورة عدم الفرق في كون منع البيع حكماً شرعياً - لا مقوّماً للوقف - بين أخذه في الإنشاء وعدمه.

(4) ظاهره العطف على قوله: «وليس منها عدم بيعه» وغرضه إثبات أنّ منع بيع الوقف وإن كان مسلماً، لكنه ليس لأجل لحاظه في الإنشاء، بل لأجل استفادته من أدلة أخرى حتى لو لم يصرح الواقف به.

(5) تعليل لكون منع البيع حكماً تعبدياً ولا ربط له بجعل الواقف.

(6) الضمير للشأن، ويمكن رجوعه إلى عدم البيع.

(7) أي: في متن العقد، وضميراً «ذكره، تركه» راجعان إلى عدم البيع.

(8) أي: تقدّم في (ص 539) كون عدم جواز البيع من أحكام الوقف، حيث قال في مناقشة الجواهر: «إنّ المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه».

و تضعيف (1) قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه [1].

و لو سلّم (2) أنّ المأخوذ في الوقف إبقاء العين، فإنّما (3) هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به (4) مع بقاء العين، و المفروض (5) تعذّره هنا.

(1) معطوف على «ذلك» أي: تقدّم تضعيف قول كاشف الغطاء و صاحب الجواهر قدّس سرّهما من منافاة جواز بيع الوقف لماهيته و حقيقته، حيث قال في (ص 538): «و إن أريد به انتفاء أصل الوقف- كما هو ظاهر كلامه- حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه ..».

(2) هذا ثاني وجهي المناقشة في المكاتبه، و توضيحه: أنّه لو أغمض عن كون منع بيع الوقف حكما تعديا- و التزم بكونه ملحوظا للواقف في مقام الإنشاء، لأنّ غرضه من حبس الأصل و تسبيل المنفعة إبقاء العين على حالها، بحيث لا تنتقل من الموقوف عليهم إلى الغير، و المفروض إمضاء الشارع له- قلنا في جوابه: إنّ اعتبار بقاء العين في متن العقد لا يمنع من بيع الوقف لو صار مسلوب المنفعة، لكون مقصود الواقف انتفاع البطون بالعين، فمع سقوطها عن قابلية الانتفاع بها لا غرض له في إبقائها. و عليه فلا مانع من بيعها من جهة رعاية نظر الواقف و شرطه في الإنشاء.

(3) جواب «لو سلّم» و ضمير «هو» راجع إلى إبقاء العين.

(4) هذا الضمير و ضمير «فيه» راجعان إلى الوقف.

(5) يعني: و مفروض كلامنا في الصورة الاولى هو تعذّر انتفاع البطون اللاحقة بالعين الموقوفة، كالحيوان المذبوح.

[1] لا يخفى منافاة كلامه هنا لما سبق في أوّل المسألة من الاستدلال بالمكاتبه على عدم جواز بيع الوقف كما نبه عليها جلّهم، سواء أ كان المنع مدلولاً مطابقاً للحديث بجعل الوقف متقوما بالمنع عن البيع، و هو الذي نفاه هنا، لكون حرمة التصرفات الناقلة من الأحكام الشرعية لا مقوماً لحقيقته. أم مدلولاً التزامياً له، بجعل إبقاء العين على حالها لازماً لحبس العين و تسبيل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض و من عليها. و هو- كما أفيد- مبنى الاستدلال به في صدر المسألة، لامتياز الوقف- عمّا عداه من التصدق- بكونه صدقة جارية.

وقد يوجّه التنافي المزبور بما في حاشية الفقيه المامقاني قدّس سرّه من: أنّ كلام المصنّف قدّس سرّه هنا متضمن لوجهين:

أحدهما: ما أفاده بقوله: «لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه» بأن يراد من الجملة الأخيرة أنّ عدم بيعه في حال الخراب- بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه- ليس من الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف، فلا مانع من ناحية إنشاء الواقف من البيع في حال الخراب. وهذا لا ينافي كون عدم جواز بيعه- مع قابلية الانتفاع به- مرسوماً في العقد.

ثانيهما: ما أفاده بقوله «بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف» إذ مقصوده من الإضراب و الترقّي أنّ أخذ عدم البيع غير دخيل أصلاً في المنع، لكونه حكماً تعديداً.

ولا يخفى أنّ المنافي لما في صدر المسألة هو هذا الوجه الثاني دون الأوّل، فإنّ مبنى الاستدلال بالحديث على عدم جواز البيع هو أخذه في أصل الوقف و موضوعه، وإن كان على خلاف مذهب المصنّف، فتأمل «1».

لكن يمكن أن يقال: إنّ حمل العبارة على إفادة وجهين خلاف الظاهر، لظهور كلمة «بل» في كون ما بعدها تنمة لما سبقها، لا أنّها وجه آخر. خصوصاً بملاحظة أنّ حمل قول المصنّف «و ليس منها عدم بيعه» على «عدم بيعه في حال الخراب» ربما ينافي ما سيأتي في الوجه الثاني من قوله: «و لو سلّم أنّ المأخوذ في الوقف إبقاء العين» لظهوره في ابتناء الوجه الأوّل على عدم أخذ بقاء العين في الوقف. و معه يشكل حمله على أخذ عدم البيع في الصيغة إلّا في حال الخراب. و لعلّ أمره قدّس سرّه بالتأمل إشارة إلى ما ذكرناه.

و يشكل كلام المصنّف قدّس سرّه هنا بأنّ الحديث لو كان إمضاء لما يرسمه الواقف كان مقتضى الإطلاق الحكم بعدم جواز البيع المدلول عليه مطابقة أو التزاماً، و لا موجب لاختصاص الإمضاء بما عدا المنع عن البيع، هذا.



و الحاصل (1) أنّ جواز بيعه هنا (2) غير مناف لما قصده الواقف في وقفه (3)، فهو ملك للبطون (4) يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم، أو المتولّي (5).

و الحاصل (6) أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن

---

(1) هذا حاصل ما أفاده بقوله: «و لو سلّم» و توضيحه: أنّ قوله عليه السّلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» لمّا كان مسوقاً لإمضاء ما قرّره الواقف، وليس ناظراً إلى تأسيس حكم تعبدى كمنع البيع، و كان غرض الواقف من تحبّيس الأصل و تسهيل الثمرة دوام المنفعة، و لم يتعلق قصده ببقاء العين التي انقطعت ثمرتها، فلا مانع من هذه الجهة عن البيع، إذا تصدّاه المالك، و هو صنفان: أحدهما: البطن الموجود المالك للموقوفة فعلاً، و ثانيهما: البطون اللاحقة المالكة شأناً حسب ما عيّنه الواقف من جعل العين ملكاً للبطون بترتيب خاص، و الوليّ عليهم إمّا المتولّي للوقف إن كان، و إمّا الحاكم الشرعي.

و قد تحصّل إلى هنا: انتفاء المانع عن بيع الوقف في صورة الخراب.

(2) أي: في الصورة الأولى، و هي سقوط العين عن حيّز الانتفاع كالحيوان المذبوح.

(3) حتّى يقال بلزوم رعاية الكيفية المرسومة في الوقف، و عدم جواز بيعه.

و الوجه في عدم المنافاة ما تقدم من أن الواقف لم يقصد حبس العين حتى حال خرابها، و لا إطلاق لإنشائه لهذه الحالة.

(4) أي: أعم من البطن الموجود و البطون المعدومة، فالوقف كسائر الأملاك المشتركة يبيعه المالك بأنفسهم أو أوليائهم، أو الجميع كما في المقام.

(5) كما سيأتي تفصيله في (ص 661) بقوله: «ثم إن المتولّي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم...».

(6) هذا الحاصل كما تبه عليه غير واحد - منهم المحقّقان الأصفهاني (1)

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 264

ص: 619

الموجود به بالإتلاف، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكلّ.

و الإيرواني (1) قدّس سرّهما- ليس متحصّلا من كلامه السابق، لكون ما تقدم متمحصّنا في دفع الموانع عن جواز بيع الوقف إذا خرب. مع أنّ المذكور بقوله: «و الحاصل» إثبات للمقتضي لجواز البيع أو للزومه.

نعم قال المحقق الايرواني: «إلا أن يكون غرضه التمسك بعموم أدلة المعاملات، مثل: أوفوا، و: أحلّ، بدفع مزاحماتها» فتأمّل في العبارة حقّه.

و كيف كان فتوضيح ما أفاده قدّس سرّه: أنّ المقتضي لجواز البيع- من جهة غرض الواقف عند عروض ما يسقطه عن الانتفاع- موجود، و ذلك لدوران أمر الوقف بين شقوق ثلاثة:

أولها: إبقاؤه معطّلا حتى يتلف بنفسه، كعدم الانتفاع بلحم الحيوان المذبوح حتى ينتن، و كترك الحصير الخلق حتى يتلاشى، و هكذا.

ثانيها: الحكم بجواز انتفاع البطن الموجود به بإتلافه، كأكل لحم الحيوان المذبوح، و جعل الحصير و الجذع البالي وقودا.

ثالثها: الحكم بجواز البيع و تبديله بما يبقى لينتفع به الكلّ، سواء البطن الموجود و البطون المتأخرة.

أمّا الشقّ الأوّل فبطلانه واضح، لأنّ تعطيل الوقف حتى يتلف تصبيع للمال الذي تعلّق به حقوق ثلاثة، و هي حقّ تبارك و تعالي، لنهيه عن فساد المال و الإسراف و التبذير. و حقّ الموقوف عليه بالانتفاع المادّي، و حقّ الواقف بأن يثاب معنوياً.

و أمّا الثاني- و هو اختصاص البطن الموجود بجواز الانتفاع به و إتلافه- فممنوع أيضا، لأنّه وإن كان مالكا بالفعل له، إلا أنّ المنشأ هو الملك الترتيبي لكافة الطبقات، فلها حقّ في العين، و من المعلوم منافاة جواز الإتلاف لذلك الحقّ. و لو جاز للبطن الموجود إتلافه لجاز بيعه و صرف ثمنه، لاشتراك البيع و الإتلاف في حرمان البطون المتأخرة من الوقف.

و أمّا الثالث- و هو جواز تبديله بالبيع- فهو المتعيّن، لما فيه من مراعاة الحقوق الثلاثة، لينتفع كافة البطون، فإنّ الواقف و إن قصد حبس العين دائما، و لذلك قد يقترن

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 174

الوقف بمثل قوله: «حتى يرث الله الأرض و من فيها» إلا أنّ العين لما كان مآلها إلى الخراب و الفناء عادة، فلا بد و أن يكون الملحوظ حال الإنشاء حسبها ما أمكن الانتفاع بها، و لو تعدّر فبديلها، و هكذا إلى أن ينتفي الموضوع بطروء التلف. و رعاية هذا الغرض لا تحصل إلا بجواز التبديل بمعناه الأعم الصادق على الوجوب أيضا.

(1) و هو تعطيل الوقف المشرف على التلف حتى يتلف بنفسه، فإنه تضييع للمال و إتلاف له، و هو من الإسراف المحرّم.

قال الفاضل النزاقى - بعد جعل الإسراف تضييعا للمال، أو صرفه في ما لا يليق بحاله، أو في ما لا يحتاج إليه - ما لفظه: «أما التضييع فمصادقه واضح، و هو إتلافه، كإهراق الماء، و طرح النواة، و إهراق اللبن و الدّبس، و نحو ذلك ممّا لا يعدّ خرّجا و صرفا للمال أيضا. بل يقال: إنه جعله بلا مصرف، أو صرفه على وجه لا تترتب عليه فائدة أصلا، لا دينية و لا دنيوية» (1).

فإن قلت: إنّ ما دلّ على حرمة التضييع مطلقا - وقفا كان أو غيره - معارض بالعموم من وجه بما دلّ على منع بيع الوقف، الشامل بإطلاقه لمثل المقام، و هو خرابه و سقوطه عن حيّز الانتفاع به. و في مثله لا مجال للتشبّث بعموم النهي عن إتلاف المال و إفساده، إلا بوجود مرجّح له على حرمة بيع الوقف، و لولاه لم يتجه التمسك بعموم حرمة التضييع على جواز البيع هنا، بل يمكن تخصيص عموم النهي، لكون الإتلاف مستندا إلى نهى الشارع عن البيع، فيكون كأمره بإتلاف المال في الهدي، و إعدام آلات اللّهُو، و غيرهما، هذا.

قلت: لا مورد للمعارضة في المقام فضلا عن تقديم الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

و ذلك لأنّ كلام المصنّف: «و الحاصل: أن الأمر دائر ..» إمّا أن يكون بيانا لوجود المقتضي لجواز بيع الوقف الخراب - كما لا يبعد وفاقا لمن أشرنا إليه - و إمّا أن يكون دليلا ثانيا على الجواز كما اختاره البعض. و لا معارضة على كلا الاحتمالين أصلا.

أمّا على الاحتمال الأوّل فلأنّ المصنّف قدس سرّه منع من شمول الأدلة الناهية عن بيع الوقف للمقام، فلم يبق إلا عموم حرمة التضييع و الإتلاف.

وأما على الاحتمال الثاني فلائّه لا مجال للمعارضة فضلا عن التخصيص، لوجود المرجح، وهو ثبوت حرمة الإسراف و التصنيع بضرورة الدين وبالآيات الكثيرة والأخبار المتضافرة، كقوله تعالى وَ لَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ\* «1» وَأَنَّ الْمُسْرِفِينَ هُمْ أَصْحَابُ النَّارِ «2» و لَا تُبَدِّزْ تَبْدِيرًا إِنَّ الْمُبَدِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ «3» وغيرها «4».

و كقول أبي عبد الله عليه السلام فيما رواه ابن أبي يعفور عنه: «قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ما من نفقة أحب إلى الله عزّ وجلّ من نفقة قصد، و يبغض الإسراف إلا في الحجّ و العمرة» «5». و عدّه من الكبائر في رواية العيون «6».

و من المعلوم أنّ النهي عن شراء الوقف- لو سلّم إطلاقه لصورة الخراب- قاصر عن معارضة الكتاب الصريح في حرمة الإسراف و مبعوضيته [1].

و بالجملة: إن المقتضي لحرمة تعطيل الوقف- حتى يتلف بنفسه- موجود، لكونه تضييعا محرّما، و منافيا للحقوق المتعلقة بالعين الموقوفة. و المانع مفقود، لما عرفت من قصور الدليل المانع من بيع الوقف عن شموله لفرض الخراب، و لو سلّم شموله له لم يصلح للمعارضة مع ما هو قطعي الدلالة و السند.

[1] هذا بناء على كون تصنيع المال و إفساده و تبذيره من المفاهيم الملقاة إلى العرف و إمكان تخصيص عموم النهي عنه، فيكون مثل الأمر بإتلاف آلات اللهو تضييعا

(1) الأنعام، الآية 141 و الأعراف، الآية 31

(2) الغافر، الآية 43

(3) الإسراء، الآية 26 و 27

(4) راجع عوائد الأيام، ص 615 و 616

(5) وسائل الشيعة، ج 8، ص 107، الباب 55 من أبواب وجوب الحج، ح 1، و ص 305، الباب 35 من أبواب آداب السفر إلى الحج، ح

1

(6) عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج 2، ص 127، وسائل الشيعة، ج 11، ص 261، الباب 46 من أبواب جهاد النفس، ح 33

ص: 622

(1) أي: ويكون تعطيل الوقف تضييعا محرّما منافيا للحقوق الثلاثة يندفع استصحاب المنع. و تقريب الاستصحاب: أنّه- بناء على عدم تمامية الإطلاق في مثل رواية ابن راشد- لا ريب في موضوعية الوقف لحرمة الشراء في الجملة، و يشكّ في زوال الحرمة بصيرورته مسلوب المنفعة، فيستصحب المنع، و من المعلوم عدم الفرق في منع بيع الوقف بين كون الدليل عليه أمانة كإطلاق قوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقوف» الشامل للعامر و الخراب، و بين كونه أصلا عمليًا.

و ناقش المصنف قدّس سرّه فيه بوجهين:

الأوّل: أنّ الأصل محكوم بالدليل الاجتهادي المجوّز للبيع، و هو حرمة تضييع المال و إتلافه، و بقيام الحجة على انتقاض الحرمة المتيقنة سابقا لا معنى للاستصحاب.

تشريعا، و إعدامها خارجا تضييعا تكوينيا.

و كذا بناء على إباء لسان الأدلة الناهية عن الإسراف و التبذير عن الاستثناء و التخصيص، فإنه مرجّح لأحد المتعارضين على الآخر.

و إن أمكن التأمل في هذا الوجه بأنّ استثناء صرف المال في الحج و العمرة و نحوه- ممّا ورد الترخيص شرعا في التجاوز عن الحدّ- ظاهر في وحدة الموضوع، لا تخطئة نظر العرف و الخروج الموضوعي، و للكلام موضع آخر.

ثمّ إنّّه قد يشكّل ما أفاده هنا- من جواز بيع الوقف لكونه تضييعا محرّما- بمنافاته لما سيأتي في حكم الصورة السابعة من منع صدق الإضاعة على ترك بيع الوقف، حيث قال: «ان المحرّم هو إضاعة المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان له عليه إلى أن يخرب».

لكن سيأتي هناك أنّ التضييع و الإضاعة و إن اتّحدا معنى لغة كما صرّح به في اللسان و غيره، إلّا أنّ الفارق بين الصورتين إناطة صدق الإضاعة بالإتيان بعمل و جودي يتسبب به الى تلف المال، فلا تصدق على مجرد الترك.

مضافا إلى: اعتبار كون المال تحت سلطنة الشخص، فلو انتفى الأمران- أي لم يتصرف، و كان المتروك خارجا عن السلطان- لم يصدق الإضاعة.

مضافا (1) إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعا، فلا يبقى ما كان في ضمنه (2).

وأما الثاني (3)

الثاني: أنّ الركن الثاني - وهو الشك في البقاء - مفقود هنا، لأنّ حرمة بيع الوقف كانت في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بالعين الموقوفة بناء على اقتضاء الأمر بشيء النهي عن ضده. ولما كانت حرمة بيع الوقف لأجل وجوب العمل بمقتضى الوقف - ومن المعلوم انتفاء هذا الوجوب، لعدم القدرة على العمل بمقتضى الوقف بعد خرابه - فهي مرتفعة أيضا. ومع القطع بارتفاعها لا معنى لاستصحابها.

نعم يحتمل تحريم البيع بجعل آخر، ولكن الأصل عدمه. كما تقرّر في القسم الثاني ثالث أقسام استصحاب الكلّي، وهو احتمال حدوث فرد من الكلّي مقارنة لزوال الفرد السابق.

(1) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من الخدشة في الاستصحاب.

(2) أي: في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف.

(3) معطوف على «و الأول» ولا حاجة إلى كلمة الشرط رعاية لوحدة سياقه مع ما سبقه و ما لحقه، وهما الأول والثالث.

وكيف كان، فالمراد بالثاني جواز الإتلاف بانتفاع البطن الموجود به خاصة كأكل اللحم و حرق الحصير الخلق، بحيث لا يبقى موضوع ليتعلّق به حق البطون المتأخرة.

و تمسك المصنف بوجهين لنفي هذا الاحتمال.

الأول: منافاته لحق سائر الطبقات، لما تقدّم من أنّ التمليك في الوقف نحو خاصّ، فهو ملك فعلي للبطن الموجود، و شأنه لغيره من المعدومين. و عليه فلو جاز الانتفاع بإعدام العين كان تضييعا لحق سائر البطون، و المفروض تعلق غرض الواقف برعاية حقهم، فلا يجوز اختصاص الطبقة الموجودة بالإتلاف.

الثاني: أنّ جواز اختصاص البطن الموجود بإتلاف العين يستلزم جواز بيعها و الاستقلال بالتصرف في ثمنها حتى في غير حال طروء الخراب عليها.

ووجه الاستلزام كون إتلاف الوقف و بيعه تصرفا في مال تعلق به حق الغير

- فمع منافاته (1) لحق سائر البطون [1]- يستلزم (2) جواز [2] بيع البطن الأول، إذ (3) لا فرق بين إتلافه ونقله.

أعني به البطون المتأخرة. ولا ريب في منع نقل الوقف إلى الغير مع قابليته لانتفاع كافة الطبقات به تحقيقاً لغرض الواقف، فيتعيّن منع الشقّ الثاني، وهو جواز إتلافه بانتفاع الطبقة الموجودة.

(1) أي: مع منافاة الثاني- وهو أن يجوز للبطن الموجود إتلاف الوقف واستقلاله بالانتفاع به- لحق سائر البطون. وهذا هو الوجه الأول المتقدم آنفاً.

(2) هذا ثاني الوجهين المتقدمين. ووجه الاستلزام ما عرفته من كون كل من البيع والإتلاف تصرفاً في مال متعلق لحق الغير.

(3) تعليل للاستلزام المزبور.

[1] يمكن أن يقال: إنّ حقّ البطون اللاحقة منوط ببقاء العين مع إمكان الانتفاع بها.

وأما إذا خرجت عن الانتفاع فلم يثبت حقّهم، هذا.

ثم إنّه كان المناسب التعليل بتضييع حقّ الله وحق الواقف في هذه الصورة، وعدم الاكتفاء بمنافاته لحق سائر البطون.

نعم تقدم الكلام في مانعية هذه الحقوق عن البيع، فراجع (ص 526).

[2] لم يظهر وجه هذا الاستلزام. فإن كان طرء الخراب على الوقف في زمان البطن الأول، كان حالهم حال البطن اللاحق في جواز بيع الوقف لهم. وإن لم يطرء الخراب في زمان البطن الأول، فما الموجب لجواز بيعهم للوقف؟

وبالجملة: الاستلزام المزبور في غاية الخفاء، هذا.

لكن يتضح وجه الاستلزام بما ذكر في التوضيح من أنّ الظاهر إرادة جواز البيع في حال عمران الوقف، ضرورة أنّه لو جاز التصرف بالإتلاف لجاز بالبيع، إذ لا فرق بينهما من جهة صدق التصرف. نعم لا ملازمة بينهما كلية، فإنّ المباحات الأصلية أو المالكية يجوز إتلافها دون بيعها.

و الثالث (1) هو المطلوب.

نعم، يمكن أن يقال (2) إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العاديّ (3) إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم (4) بتبديله بما يبقى لهم (5)، فينتهي (6) ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقاءه، فتأمّل (7).

(1) معطوف على «و الأوّل» و المراد بالثالث جواز بيع الوقف الخراب و تبديله بما يبقى لينتفع به الكلّ.

(2) استدراك على ما أفاده من اقتضاء حرمة تضييع المال- و منافاته للحقوق الثلاثة- لجواز البيع و التبديل. و حاصل الاستدراك: منع تعلق الحقّ مطلقاً و في جميع الموارد، لكون الدليل أخصّ من المدعى.

و بيانه: أنّ بعض الأوقاف يستعدّ البقاء إلى أمد معيّن، و ينتهي أمره إلى الخراب و البوار، و الواقف و إن اعتبر الدوام في إنشائه لينتفع به البطون المعدومة، إلّا أنّه لعلمه بعدم بقاء العين إلى الأبد يقصد حبسها إلى زمان قابليتها للبقاء عادة. فإذا كان بناء الدار الموقوفة ممّا يبقى مائة عام كان الموقوف عليهم بطوناً ثلاثة مثلاً لا أزيد، فإن خربت في عهد البطن الثالث فهي ملك لهم، و لا حقّ للطبقات المتأخرة فيها حتى يجب تبديلها بوقف آخر، بل يجوز للبطن البائع التصرف في الثمن بتمامه.

و كذا الحال في وقف الحيوان الذي يعيش عادة إلى أمد، و يفنى.

(3) لأنّ مصير الموجود المادّي إلى الفناء و البوار.

(4) أي: لمراعاة البطون التي اعتبر الواقف انتفاعها بالوقف، كقوله: «هذه الدار وقف لأولادي نسلاً بعد نسل، إلى أن يرث الله الأرض و من عليها» مع استعداد بقائها مائة عام مثلاً، فلا حقّ للبطن الرابع و الخامس حتى يجب رعايته بتبديل الدار الخربة بمثلها، أو بما يكون أقرب إلى غرض الواقف.

(5) أي: للبطون المتأخرة عن عمر الوقف بحسب العادة.

(6) يعني: فيصير الوقف الخاص ملكاً طلقاً للبطن الذي أدرك آخر أزمته بقاء الوقف، فيستقلّ به، و لا حقّ للبطن المعدوم- كالرابع و الخامس في المثال المتقدم- فيه.

(7) لعلّه إشارة إلى منع عدم تعلق حقّ البطون اللاحقة بما انتهى أمده، ضرورة أنّ ماليته باقية، و لا مانع من تعلق حقّهم بماليته، فيشترى بثمنه ما يبقى للبطون المعدومة.

و لو سلّم عدم تعلق حقّهم به بالنسبة إلى ما بعد زمان استعداد البقاء، لم يكن وجه



و كيف كان (1)، فمع فرض ثبوت الحقّ للبطون اللاحقة، لا وجه [فلا وجه] لترخيص البطن الموجود في إتلافه.

### [التمن لا يخصّ به البطن الموجود]

و ممّا ذكرنا (2) يظهر أنّ التمن على تقدير البيع (3) لا يخصّ به البطن الموجود،

لصيرورته ملكا للبطن الموجود، بل اللازم الحكم بعوده إلى الواقف أو وارثه، لانتفاء السبب المخرج للوقف عن ملك الواقف إلى ملك آخر من ينتفع بالوقف، فهو كالوقف المنقطع، و يعود إلى الواقف، إلا بقيام الدليل على عدم عوده إليه.

و على هذا فما تقدّم - من جواز البيع و التبديل رعاية للحقوق الثلاثة - هو المتعيّن.

(1) يعني: سواء قلنا بتعيّن بيع الوقف أم بجوازه، فلا - وجه لتجوز إتلافه للبطن الموجود، لفرض تعلق حق البطون اللاحقة به، بل يدور الأمر - بناء على عدم تعيّن النقل - بين جواز البيع و تركه بحاله حتى يتلف. هذا.

و العبارة لا تخلو من شيء، و لعلّ الأولى إسقاط: «و كيف كان».

هذا تمام الكلام في إثبات جواز بيع الوقف في الصورة الأولى، و سيأتي ما يتفرّع عليه.

(2) أي: و من كون العين الموقوفة متعلقة لحقّ البطون المعدومة يظهر أن التمن ..

إلخ. و هذا أول الفروع المترتبة على جواز البيع، و هو: أنّ العوض هل يختصّ بالبطن الموجود، أم هو ملك للبطون على حذو ملكيّة المعوّض؟ فيه قولان:

أحدهما: انتقال التمن إلى الطبقة الموجودة خاصة، و هو ظاهر عبارات جمع، كما سيأتي ذكره في المتن.

ثانيهما: أنّ التمن قائم مقام المبيع في كونه ملكا فعليا للموجودين من الموقوف عليهم، و شأنيا للمعدومين منهم، و هو ظاهر جماعة، و اختاره شيخنا الأعظم مستدلاً عليه بأنّه مقتضى بدلية التمن عن المثلين، و سيأتي توضيحه.

(3) كذا في النسخ، لكن في حاشية المحقق الإيرواني قدّس سرّه «على تقدير المنع» و فسّره بقوله: «يعني: على تقدير منع البطن الموجود من إتلاف العين الذي من مصاديقه بيعه و صرف ثمنه ..» «1» و المفاد واحد، و هو عدم استقلال الطبقة الموجودة بالتمن لو بيع الوقف.

وفاقا لمن تقدّم مّمن يظهر منه ذلك- كالإسكافي (1)، و العلامة (2)، و ولده (3)، و الشهيدين (4)، و المحقّق الثاني (5)، و حكي عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة (6)

(1) حيث قال في كلامه المتقدم في (ص 547): «.. لو بلغ حاله إلى زوال ما سبّله من منفعتة، فلا- بأس ببيعه، و إبدال مكانه بثمانه إن أمكن» لدلالة الجملة الأخيرة على إبدال العين الموقوفة بما يقوم مقامها ليسبّل منفعتها.

(2) كقوله في التحرير: «و لو قيل بجواز البيع .. و يشتري بثمانه ما يكون وقفا كان وجهها» فراجع (ص 565-566).

(3) كقوله: «.. و الأصحّ عندي جواز بيعه، و صرف ثمنه في المماثل» فراجع (ص 547).

(4) لم يتقدّم في ما نقله المصنف عن الشهيد قدّس سرّه في اللعنة و غاية المراد و الدروس ما يظهر منه حكم الثمن. و لكنته قدّس سرّه صرّح به في غاية المراد في مسألة الجناية على العبد الموقوف- بعد الاستدلال عليه بأنّ القيمة بدل من العين، و أنّ الإبدال أقرب إلى التأييد الذي هو مراد الواقف- بقوله: «و الأقرب أنّ البديل يجب كونه من جنس الموقوف، لأنّه أقرب إلى الوقف .. و حينئذ تجب المساواة في الذكورة و الأنوثة، و إن أمكن المساواة في باقي الصفات أو معظمها فهو أولى» (1).

و حكي السيد العاملي عن حواشيه و جوب شراء المماثل إن أمكن، فراجع «2».

و كذا صرّح الشهيد الثاني قدّس سرّه بوجوب صرف الثمن في شراء ما يكون وقفا على ذلك الوجه، فراجع «3».

(5) صرّح به في عبارته المتقدمة في (ص 569) فراجع.

(6) الحاكي عن الفاضل المقداد و أبي العباس ابن فهد و المحقّق الأردبيلي قدّس سرّهم هو السيد العاملي قدّس سرّه، في البيع و الوقف «4». و حكاها صاحب المقابس قدّس سرّه عن التنقيح

(1) غاية المراد، ج 2، ص 441 و 442

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 259

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 170، الروضة البهية، ج 3، ص 255، حاشية الإرشاد المطبوعة مع غاية المراد، ج 2، ص 442

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 259، و ج 9، ص 89، لاحظ التنقيح الرائع، ج 2، ص 330، المقتصر، ص 212، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 169

ص: 628

والمقتصر، فراجع «1».

(1) أي: عدم اختصاص الثمن بالبطن الموجود، وكونه مشتركا بين الكلّ.

ثم إنّ ظاهر كلام المصنف قدّس سرّه الاستدلال على الاشتراك في الثمن بوجه واحد، وهو قوله: «فإنّ المبيع .. إلخ» إلا أنّه يظهر بالتأمل فيه - كما نبّه عليه المحقق الأصفهاني قدّس سرّه «2» وجهان:

أحدهما: ناظر إلى عدم مقتضى للاختصاص، وهو ما سيأتي بقوله: «و فيه أن ما ينقل إلى المشتري ..».

وثانيهما: ناظر إلى وجود المانع عنه، أعني به تعلّق حق المعدومين بالعين. وهو قوله: «فإنّ المبيع ..» ثمّ أكّد المصنف الاشتراك بالأولوية من موردين، وسيأتي توضيح ذلك إن شاء الله تعالى.

(2) تعليل لكون مقتضى البدلية اشتراك الباطن في الثمن، لوجود المانع من الاختصاص، وتوضيحه ببيان أمرين:

أحدهما: أنّ ما أنشأه الواقف - في الوقف الخاص - من جعل العين ملكا ترتيبيا للطبقات ينحلّ إلى نحوين من الملكية.

الأول: كون الوقف ملكا فعليا للبطن الموجود.

الثاني: كونه ملكا شأنيا للطبقات المعدومة حال الإنشاء، وتتوقف فعليته على انقضاء البطن السابق.

والوجه في الالتزام بالملك الشأني هو امتناع فعلية الملكية مع كون المالك معدوما فعلا، فإنّ الملك نسبة بين المالك والمملوك. لكن الملك الشأني ممكن، وهو مقتضى جعل الواقف.

ثانيهما: أنّ البيع مبادلة مال بمال في جهة ما لكلّ من المالكين من إضافة إلى صاحبه.

فلا يتصوّر خروج المثلث عن ملك شخص وعدم دخول الثمن في ملكه، أو دخوله في

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 66

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 265

بالفعل (1) و للمعدومين بالقوة، كان (2) الثمن كذلك، فإن (3) الملكية اعتبار عرفي أو شرعي (4) يلاحظها المعترف عند تحقق أسبابها (5). فكما أن الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تمليك الواقف. و عدم تعقل (6) الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلي لا الشأني.

---

ملك شخص آخر، و لذا وجهوا مسألة من قال: «اشتر بهذا المال طعاما لنفسك» بالتوكيل و نحوه ممّا لا ينافي حقيقة المعاوضة، كما تقدم تفصيله في تنبيهات المعاوضة (1)».

و بناء على هذين الأمرين يتعيّن القول بصيرورة الثمن مشتركا بين الموجود و المعدوم من البطون، فهو ملك فعلي للموجود و شأني للمعدوم، فلا يجوز صرفه و إتلافه للطبقة الحاضرة، لمنافاته لما اعتبره الواقف، و المفروض أن الوقف على حسب ما يقفها أهلها، هذا.

(1) متعلق ب «ملكا» أي: ملكا فعليا للموجودين من الموقوف عليهم. و منشأ كون الوقف ملكا فعليا للموجود و شأني للمعدوم هو اعتبار الواقف و جعله العين ملكا للطبقات.

(2) جواب «إذا كان» و الوجه في الملازمة بين الشرط و جوابه هو اقتضاء حقيقة المعاوضة تعنون الثمن بما كان للمثمن من عنوان و إضافة.

(3) هذا تقريب انحلال إنشاء الواقف بمثل «هذا وقف على ذريتي» إلى ملكيتين فعلية و شأنية، و محصّ له: أن الملكية المبحوث عنها ليست من الأمور المقولية المتأصلة، بل هي أمر اعتباري، أمرها بيد المعترف. نعم قد تختلف الأنظار، فقد يعتبرها العرف دون الشرع، لكن في مثل المقام ورد الدليل على إمضاء ما عليه العرف، لكون الوقف من الاعتبارات المتداولة عند العقلاء و الممل.

(4) كاعتبار ملكية الوارث شرعا عند ارتداد المورث، و كاعتبار ملكية الخمر عرفا لا شرعا.

(5) من حيازة مباح، أو عقد بيع، أو موت مورث، و غيرها من الأسباب المملّكة عرفا أو شرعا، كالوقف.

(6) هذا دفع توهم استحالة كون البطون اللاحقة مالكة كمالكية البطن الموجود،

---

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 104

ص: 630

ودعوى (1) أنّ الملك الشأني ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها (2) إنشاء الواقف له (3) كإنشائه للملك الموجود.

فلو جاز (4) أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير

إذ الملكية نسبة قائمة بالمنتسبين، ولا ملك للمعدوم.

و محصل الدفع: أنّ الممتنع هو الملكية الفعلية، لا الشأنية، فإنها ممكنة بل واقعة خارجاً، و يترتب الأثر عليها شرعاً.

(1) غرض المدعي: أنه سلّمنا إمكان الملك الشأني للمعدوم، إلا أنه ليس شيئاً محققاً موجوداً، و الموجود في وعاء الاعتبار هو الملك الفعلي للطبقة الموجودة. و عليه فلو طرء مسوّغ البيع اختصت هي بالثمن، و لم يشاركها البطون المتأخرة حتى يجب التبديل.

و أجاب المصنف قدّس سرّه عن الدعوى بمخالفتها للوجدان، فإنّ الواقف يجعل العين ملكاً للموجود و المعدوم. و لو لم يكن مقصوده ملكيتها اقتضائياً للمعدومين- و المفروض استحالة ملكيتهم بالفعل- لزم اختصاص العين بالموجودين حال عمرانها و قبل طروء الخراب، مع أنّ تعلق ملك البطون بها إجماعي. و لو كانت الملكية الشأنية ممتنعة لم يعقل الفرق بين حالتي العمران و الخراب. و عليه فلا مجال لإنكار مالكية المعدوم شأنًا.

(2) خبر «دعوى» و الحاصل: أنّ تسلّم أمرين يلزمنا القول بالملك الشأني.

أحدهما: كون الملكية من اعتبارات العرف و الشرع، فقد يكون المعبر فعلياً، و قد يكون شأنياً، و قد يكون مؤلفاً منهما كما في المقام بحسب الطبقات.

ثانيهما: كون إنشاء الواقف متكفلاً لكلّ من الملك الفعلي و الشأني، و المفروض مطابقة الإمضاء للإنشاء.

(3) أي: للملك الشأني للمعدومين، كإنشائه للملك الفعلي للموجودين.

(4) هذا متفرع على كون تمليك العين للطبقات اعتباراً للملك الفعلي للموجود، و للشأني للمعدوم. و هو قياس اقتراضي مؤلف من ملزوم و لازم، و حيث إنّ اللازم- و هو التالي- باطل جزماً، فكذا المقدم، و يثبت المطلوب و هو اشتراك الثمن بين الكلّ.

و بيانه: أنّه لو قيل باختصاص الثمن بالموجود، و لم نقل بملكيتة الشأنية للمعدومين، لزم عدم تحقق مفهوم المعاوضة، و حيث لم تصدق المبادلة و المعاوضة فلا بدّ من الالتزام

بعوض لا يدخل (1) في ملك المعدوم على نهج (2) دخول المعوّض، جاز (3) أن تخرج بعوض لا يدخل (4) في ملك الموجود. وإليه (5) أشار الشهيد قدّس سرّه في الفرع الآتي، حيث قال: «إنّه- يعني الثمن- صار مملوكا على حدّ الملك الأوّل (6)، إذ يستحيل (7) أن يملك لا على حدّه» (1).

خلافا (8) لظاهر بعض العباثر المتقدّمة،

---

بخروج الوقف عن ملك الطبقة الحاضرة وعدم دخول الثمن في ملكها فعلا.

ووجه الملازمة: أنّه بعد تسلّم كون الوقف ملكا فعليا و شأنا، فإن قام البدل مقام المبدل في الفعلية و الشأنية فلا كلام. وإن لم يحلّ محلّه- أي لم يكن ملكا شأنا للمعدوم- لم يتحقق عنوان المعاوضة، فليكن الثمن باقيا على ملك المشتري و لم ينتقل إلى البطن الموجود فعلا، كما لم ينتقل إلى المعدوم شأنا، إذ المهم عدم صدق البيع و المبادلة بين المالين.

مع أنّه لا ريب في فساد هذا التالي، و أنّه لا بدّ من قيام الثمن مقام المثل في ما كان له من إضافة في ملك- فعلا أو شأنا- أو في حقّ، أو في غيرهما.

(1) صفة للعوض.

(2) متعلق ب «ملك» أي: دخول العوض في ملك المعدومين شأنا، كما كان شأن المعوّض قبل البيع.

(3) جواب الشرط في «فلو جاز» و قد تقدم وجه الملازمة آنفا.

(4) صفة للعوض، و ضمير «تخرج» راجع إلى العين الموقوفة.

(5) الظاهر رجوع الضمير إلى عدم اختصاص الثمن بالموجودين، و سيأتي كلام الشهيد قدّس سرّه في (ص 645).

(6) و حدّه كونه مشتركا بين الموجود و المعدوم.

(7) ووجه الاستحالة اقتضاء مفهوم المعاوضة قيام الثمن مقام المثل بما له من الخصوصية.

(8) هذا عدل لقوله: «وفاقا لمن تقدّم» و غرضه الإشارة إلى القول الثاني في

---

(1) غاية المراد، ج 2، ص 442

ص: 632

المسألة، و هو اختصاص الثمن بالبطن الموجود، كقول الشيخ المفيد قدّس سرّه في (ص 557):

«إلا أن يخرب الوقف .. فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه، و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حلّه». فإنّ ظاهره اختصاص الثمن بالموجودين، خصوصا مع اقترانه بجواز البيع عند الحاجة الشديدة إلى الثمن، الذي حكموا فيه بكون الثمن لهم.

و نحوه قول السيد قدّس سرّه في (ص 559): «و ممّا انفردت الإمامية به: القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً، جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه» و لا يبعد استفادته من كلام الديلمي، فراجع (ص 563).

(1) يعني: اختار المحقق اختصاص بدل الموقوفة بالبطن الموجود، كما تعرّض له في مستحقّ دية العبد الموقوف المقتول. و حيث إنّ لا خصوصية للعبد الموقوف كان اختصاص الثمن بالبطن الموجود حكم الوقف مطلقا عبدا كان أو دارا أو غيرهما.

قال قدّس سرّه في العبد الموقوف- إن لم يقتص من الجاني، و إنّما تجب عليه الدية كما إذا كان حرّاً- ما لفظه: «و إن أوجبت- أي الجناية- دية أخذت من الجاني. و هل يقام بها مقامه؟ قيل: نعم، لأنّ الدية عوض رقبته، و هي ملك للبطون. و قيل:

لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم. و هو أشبه، لأنّ الوقف لم يتناول القيمة» (1).

و قال السيد العاملي قدّس سرّه- في شرح ما احتمله العلامة قدّس سرّه من اختصاص الدية بالموجودين- ما لفظه: «كما جزم به في التبصرة، و قوّاه في المبسوط، و في الشرائع: أنه أشبه. و في التحرير: أقرب. و في الإيضاح: أنه قوي، لأنّ الوقف ابتداء متعلق بالعين، و قد بطلت بإتلافه، فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق، لأنّهم حال الجناية غير مستحقين، و إذا صاروا مستحقين يخرج التالف عن كونه وقفا ..» (2).

و قريب منه ما في الجواهر، فراجع (3).

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 219

(2) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 97

(3) جواهر الكلام، ج 28، ص 98

ولعل وجهه (1) أن الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلق حقّ البطون اللاحقة به، فإذا فرض جواز (2) بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، ولا يلزم (3) من تعلق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، ولا دليل عليه (4). و مجرد (5) البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظي يقتضي البدلية والتنزيل، بل هو بدل له في الملكيّة وما يتبعها (6) من حيث هو ملك.

وفيه (7): أن ما ينقل إلى المشتري

(1) أي: وجه اختصاص البدل بالموجودين، وهذا الوجه - كما تقدّم آنفاً - أشار إليه فخر المحققين قدّس سرّه، ومحصله: أن العين الموقوفة ملك فعلي للموجودين، وليس للمعدومين إلاّ حقّ في العين، وحيث إنّ المفروض جواز بيعها، فإن نهض دليل على قيام البدل مقام المبدل في جميع الخصوصيات التي منها استحقاق المعدومين له على حدّ استحقاقهم للمبدل فهو. وإن لم تقم حجة على إطلاق البدلية كما هو المفروض، وكذلك لم تقتض نفس البدلية لترتب جميع آثار المبدل، على البدل، لم يكن موجب للقول باشتراك جميع الطبقات في الثمن. هذا.

(2) لما عرفت من أن إبقاء الوقف إلى أن يتلف بنفسه تضييع محرّم.

(3) هذا دفع توهم اقتضاء نفس البدلية - ثبوتاً - لترتيب لوازم المبدل على البدل.

فإذا كان الثمن بدلاً عن الوقف كان كالثمن ملكاً للجميع.

ومحصل الدفع ما عرفته من منع اقتضاء البدلية الشركة في كافة الآثار، كما لا دليل عليه في مرحلة الإثبات.

(4) أي: على تعلق حقّ البطون بالثمن.

(5) هذا بيان لما أفاده من عدم استلزام تعلق الحق بالوقف تعلّقه بالثمن.

(6) أي: ما يتبع الملكيّة من ثبوت السلطنة على الثمن وجواز التصرف المشروعة فيه.

(7) غرضه المناقشة في ما وجّه به اختصاص الثمن - أو دية العبد المقتول - بالموجودين، وتوضيحها ببيان أمرين:

الأول: أن ملكية الوقف للموجودين من الموقوف عليهم وإن كانت فعلية، لكنها تختلف عن الملكيّة الحاصلة بأسباب أخرى كالحيازة والإرث والعقود الناقلة من البيع وشبهه.



و الفارق هو: كونها في الوقف محدودة ببقاء الطبقة الاولى، و بانقضائها يصير الوقف ملكا فعليا للطبقة الثانية، و هكذا، و الكلّ يتلقون الملك من الواقف، و ليس كالإرث بحيث ينتقل الوقف من السابق إلى اللاحق. و الموجب لكون ملكية الموقوف عليهم مؤقتة- من حيث المنتهى- بحال حياة الطبقة الحاضرة هو جعل الواقف و تمليك ماله لهم بهذا النحو، و لذا لا يجوز للبطن الفعلي التصرف في الوقف بما يزيد على زمان حياته، كما إذا أجر الدار الموقوفة لمدة خمسين عاما و قد انقضى الموجر بعد أربعين عاما، فإنّ الإجارة فضولية بالنسبة إلى عشرة أعوام، و للبطن المتأخر الإجازة و الرد.

قال المحقق قدّس سرّه: «إذا أجر البطن الأول الوقف مدّة، ثم انقضوا في أثنائها. فإن قلنا:

الموت يبطل الإجارة فلا كلام. و إن لم نقل، فهل يبطل هنا؟ فيه تردد، أظهره البطلان، لأنّنا أن هذه المدة ليست للموجودين، فيكون للبطن الثاني الخيار بين الإجازة في الباقي، و بين الفسخ فيه» «1».

وقوله: «فيكون .. بالخيار» قرينة على أنّ المراد بالبطلان في قوله: «أظهره البطلان» عدم اللزوم، لكون الإجارة فضولية، و ليس مراده الفساد المقابل للصحة فعلا و تأهلا.

الثاني: أنّهم اعتبروا في البيع إنشاء التمليك المرسل غير المحدود بزمان أو زماني، فلا يصح بيع المال إلى عشر سنين.

و بناء على هذين الأمرين نقول: إنّه لا- مقتضى للقول باختصاص الثمن بالموجودين، و ذلك لأنّ البطن البائع إمّا أن يملك الوقف- للمشتري- مقيّدا باختصاصه و هو ملكه الفعلي المختص بزمان حياته، و إمّا أن يملكه مرسلا و غير محدود، أي نقل العين بمالها من الاختصاص الفعلي به، و الشأني بالبطون اللاحقة. فينشئ البيع لنفسه بالأصالة لكونه مالكا بالفعل، و للمعدومين بالولاية الحاصلة من إذن الحاكم الشرعي مثلا.

فعلى الأوّل يلزم كون تملك المشتري مغيا ببقاء البطن البائع، لفرض اقتصاره على نقل ملكيته الفعلية، و تنتهي بالموت، و لا بد من عود المبيع إلى الطبقة اللاحقة، و صيرورته ملكا لها لكونها مالكة بالفعل. مع أنه لا سبيل للالتزام بهذا التالي الباطل.

إن كان هو الاختصاص المؤقت (1) الثابت للبطن الموجود، لزم (2) منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق [البائع] إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً (3). وإن كان (4) هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل (5)، فهو (6) لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاص الحاصلة للبطن له، فالثمن لهم على

وعلى الثاني - وهو نقل الوقف بجميع اختصاصاته إلى المشتري - يثبت المطلوب، وهو قيام الثمن مقام المثل، لكونه مقتضى المعاوضة. فيصير ملكاً فعلياً للموجودين وشأنياً لغيرهم، ولا موجب لاختصاصه بالبطن البائع. ويجب شراء شيء آخر بهذا الثمن ليكون وفقاً ينتفع به جميع الطبقات، هذا.

ومما ذكر ظهر أن المناقشة المزبورة ناظرة إلى نفي المقتضي لاختصاص الثمن بالموجودين، لكون ملكية كل طبقة محدودة بحياتها، كما أن ما تقدم من الوجه الأول في (ص 629) ناظر إلى وجود المانع عنه، فلاحظ.

(1) المراد بالاختصاص المؤقت هو ملك البطن الموجود فعلاً، والمفروض امتناع وقوع البيع عليه.

(2) جواب الشرط في «إن كان» ووجه اللزوم ما تقدم أنفاً من أن التمليك المحدود ينتهي ببلوغ أمده، وحيث كان الثمن مقابل هذا التمليك المؤقت، فلا بد من رجوع المبيع - بعد انقراض البطن البائع - إلى مالكة الفعلي وهو البطن اللاحق. مع أن بطلان هذا الرجوع من الواضحات.

هذا مضافاً إلى ما ينبه عليه الماتن هنا من أن التمليك في البيع مرسل لا مقيد بزمان أو زماني.

(3) مع أنه لا دليل على صحة تملك المشتري للمبيع في مده موقته.

(4) معطوف على «إن كان» وإشارة إلى الشق الثاني المتقدم آنفاً، ولازمه أن يسد الثمن مسد المبيع في كونه ملكاً فعلياً للموجودين وشأنياً للمعدومين.

(5) كالبيع والهبة والإرث، ولا يزول بانقراض البطن البائع، لكون ملك المشتري مرسل حسب الفرض.

(6) أي: فاخصاص المبيع بالمشتري اختصاصاً مستمراً مستقراً - لا ينقطع بموت البطن البائع - لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات .. إلخ.

نحو المثلث (1).

و مما ذكرنا (2) تعرف أنّ اشتراك البطون في الثمن أولى

(1) فهو ملك فعلي للموجودين و شأني للمعدومين.

هذا ما استدللّ به المصنف قدّس سرّه على اشتراك الثمن، و استشهد عليه بالأولوية من الاشتراك في موردين كما سيأتي، و هما دية العبد المقتول، و بدل الرهن.

(2) أي: من أنّ المنقول إلى المشتري لمّا كان مرسلًا غير محدود بحياة الطبقة الموجودة، فلا بدّ من كون الثمن مشتركًا بين الكل. و غرضه قدّس سرّه التمسك بالأولوية لإثبات شركة جميع الطبقات في ثمن الوقف. و بيانه: أنّ الفقهاء اختلفوا في حكم دية العبد الموقوف المقتول على قولين، فمنهم من خصّها بالموجودين كما تقدم في (ص 633) من المحقّق و جماعة، و منهم من جعلها للجميع، فهي ملك فعلي للموجودين و شأني للمعدومين كنفس العين الموقوفة.

قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «انّ الدية عوض رقبتة، و الرقبة ليست ملكًا تامًا للموجودين، بل للبطون فيها حقّ و إن لم يكن بالفعل، لكنّه بالقوة القريبة منه ..

فلا- سييل إلى إبطال حقّهم، و حينئذ فيجب أن يشتري به- أي بالعوض و هو الدية- عبد أو بعض عبد يكون وقفًا، إبقاء للوقف بحسب الإمكان، و صيانة له عن الإبطال ..

إلخ» «1». و محصّله: أنّ الدية بدل رقبة العبد الموقوف المقتول، فتقوم مقام العبد في الوقفية و اشتراك الكلّ فيها.

و وجه أولوية المقام- أعني به ثمن الوقف المبيع- من الدية هو: أنّ الدية بدل شرعي حكم بها بعد تلف العين، و نفس بدليتها لا تقتضي اتحادها مع الرقبة حكمًا.

فإن قامت الحجة على الاتحاد- كما ادّعاه الشهيد الثاني قدّس سرّه- قيل بالشركة تعبدًا.

و إن لم تقم- كما ذهب إليه جمع- قيل باختصاص البطن الموجود، و عدم سرية حكم العبد إلى ديتته. و هذا بخلاف ثمن الوقف، فإنّ مقتضى مفهوم المعاوضة وحدة حكم الثمن و المثلث، و لا يعقل اختصاص العوض بالموجودين مع عدم اختصاص المعوّض بهم.

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 385، و قواه في تعليقه على الإرشاد، لاحظ غاية المراد، ج 2، ص 441

من اشترأهم (1) في دية العبد المقتول، حيث إنّه (2) بدل شرعي يكون الحكم به متأخراً (3) عن تلف الوقف، فجاز (4) عقلاً منع سرآية حقّ البطون اللاحقة إليه [1].

---

و الحاصل: أن وجوب الدية أمر، و كونها بدلاً عن العبد في جميع خصوصياته أمر آخر، و الدليل على الأول قاصر عن إثبات الثاني. بخلاف عوض المبيع، لاقتضاء المعاوضة بدلية العوض في كل إضافة قائمة بالمعوض.

(1) يلوح من هذه الكلمة ابتناء أولوية ثمن الوقف من الدية على القول باشتراك البطون فيها. و أمّا بناء على اختصاصها بالموجودين فالوجه في الشركة في الثمن قضاء مفهوم المبادلة.

(2) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان إلى الدية، و تذكير الضمير باعتبار الخبر و هو «بدل».

(3) إذ لا معنى لدية النفس إلا بعد تلف العبد الموقوف، و هذا بخلاف الثمن، لعدم تأخر عوضية الثمن عن معوضية المبيع.

(4) هذا متفرع على كون الدية بدلاً شرعياً لا تقتضيه ذات الجناية على العبد الموقوف، بل تتوقف على الجعل و التعبد.

---

[1] لا يخفى ما فيه، إذ لم يدع أحد استحالة منع السرآية حتى لا يسمع بدعوى إمكان منع السرآية.

و بالجملة: لا امتناع عقلاً في شيء من السرآية و عدمها حتى يقال بإمكان عدم السرآية. لكن مجرد إمكان عدم السرآية عقلاً لا يكفي في عدم السرآية بعد اقتضاء قاعدة البدلية سرآية حق البطون اللاحقة إليه.

و دعوى كون الدية حكماً شرعياً لا عوضاً حقيقياً، كما ترى، لأن دية العبد هي قيمته إن لم تتجاوز دية الحرّ، و إلا ردت إليها. فدية العبد هي ماليته. نعم دية الحرّ مجرد حكم شرعي بالغرامة، لأنه ليس مالا مملوكاً حتى تكون الدية قيمته.

و الحاصل: أنه لا فرق في كون بدل الوقف كالمبدل متعلقاً لحق البطن الموجود و البطون المعدومة بين الثمن و بين قيمته المسماة بالدية.

بخلاف الثمن، فإنه يملكه من (1) يملكه (2) بنفس خروج الوقف عن ملكهم (3) على (4) وجه المعاوضة الحقيقية، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض (5).

و من هنا (6) اتضح

(1) فاعل «يملكه» و المراد بالموصول هو الموقوف عليهم مطلقا، الموجود منهم و المعدوم.

(2) الضمير البارز في «يملكه» في المعوضين راجع إلى الثمن. و ضمير «فإنه» للشأن.

(3) الضمير راجع إلى «من» و الجمع باعتبار المعنى أي الموقوف عليهم.

(4) متعلق ب «يملكه» يعني: أن المعاوضة الحقيقية تقتضي الشركة في الثمن.

(5) المراد بالموصول هو البطن الموجود الذي لم يختص بالمعوض و إن كان مالكا له بالفعل. و وجه عدم الاختصاص تعلق حق البطن به.

(6) أي: و من أولوية ثمن الوقف- في عدم الاختصاص بالموجودين- من دية العبد اتضح ..، و هذا بيان لمورد آخر حكموا فيه بقيام البديل مقام المبدل، و تكون الشركة في ثمن الوقف أولى منه.

توضيحه: أن أحكام الوثيقة كما ثبت في الرهن ثبت في عوضها، فحق الرهانة ينتقل إلى البديل.

قال المحقق قدس سره: «و لو أتلف الرهن متلف الزم بقيمته، و تكون رهنا، و لو أتلفه المرتهن» (1). و صرح الشهيد الثاني قدس سره بعدم الفرق بين كون المتلف هو الراهن أو المرتهن أو الأجنبي (2). و قال السيد الفقيه العاملي قدس سره: «و كأن الحكم إجماعي، إذ لا نجد فيه خلافا» (3).

و الوجه في تعلق حق الرهانة بالعوض: أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفى الدين من قيمتها. فإن بقيت العين على حالها استوفى المرتهن حقه منها. و إن تلفت- على نحو يوجب الضمان- كان البديل رهنا، لأنه و إن لم يجر عليه عقد الرهن، وإنما

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 84، و نحوه في قواعد الأحكام، ج 2، ص 120 و 125.

(2) مسالك الأفهام، ج 5، ص 68.

(3) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 196.

أيضا (1) أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه (2) رهنا، لأن (3) حق الرهنية متعلق بالعين من حيث (4) إنه ملك لمالكة الأول، فجاز أن يرتفع (5) - لا إلى بدل - بارتفاع (6) ملكية المالك الأول. بخلاف (7) الاختصاص الثابت للبطن المعدوم،

جرى على المبدل المتلف، إلا أن مجرد عوضيته عن الرهن يقتضي قيام البدل مقامه في كونه وثيقة.

ووجه كون المقام أولى ممّا حكموا به في الرهن هو: أن إنشاء الرهن قد تعلق بالمبدل بما أنه ملك للمديون، والمفروض زوال ملكه عنه بسبب التلف، فيمكن زوال حق الرهانة عنه، وأن لا يتعلق ببده الذي هو ملك حادث، وإنما أقيم مقامه حفظا لحق المرتهن. وهذا بخلاف الوقف، ضرورة استناد اختصاصه بكل واحد من البطون إلى الواقف، فهو المملك للموجودين فعلا، وللمعدومين شأنا، ولم يتفرّع حق الطبقات اللاحقة على ملكية الموجودين ليكون نظيرا للرهن، بل منشأ استحقاق الموقوف عليهم - الموجودين والمعدومين - هو جعل الواقف. وحينئذ فثبوت حق الطبقات بالثمن على نهج تعلقه بالمبيع أولى من تعلق حق الرهانة بالبدل.

(1) يعني: كما اتضح أولوية الشركة في ثمن الوقف من اشتراك البطون في دية العبد الموقوف المقتول.

(2) أي: يكون البدل رهنا بلا خلاف كما ادّعاه السيد العاملي قدس سرّه.

(3) تعليل لقوله: «أولى» وقد تقدّم توضيح الأولوية آنفا.

(4) يعني: أن هذه الحيثية تقييدية، فيدور الحق مدارها، فانتفاؤها يكون من انتفاء الموضوع، ومن المعلوم انتفاء الحق المتعلق به أيضا.

نعم إن لم يكن الأمر كذلك، بل كان موضوع الحق نفس العين - لا من حيث كونها ملكا لشخص خاص كحق الجناية - فانتقاله عن مالكة إلى غيره لا يوجب سقوط الحق.

(5) أي: جاز أن يرتفع حق الرهانة بانتفاء موضوعه، وعدم انتقاله إلى البدل.

(6) متعلق ب «يرتفع».

(7) وبعبارة أوضح: أن نسبة البطن المعدوم إلى الوقف كنسبة البطن الموجود إليه في أن كلا منهما يتلقى الملك من الواقف في رتبة واحدة وإنشاء واحد. فإذا تبدلت العين

فإنه (1) ليس قائما بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص مؤقت نظير (2) اختصاص البطن الموجود، منشأ بإنشائه (3)، مقارن له بحسب الجعل، متأخر (4) عنه في الوجود [1].

---

الموقوفة بعين اخرى كانت الثانية مثل الاولى في تعلق حقوق جميع البطون من الموجودة و المعدومة بها.

(1) أي: فإن الاختصاص الثابت للبطن المعدوم.

(2) هذا و «منشأ، مفارق، متأخر» صفات ل «اختصاص». و المقصود بكون اختصاص المعدومين نظيرا للموجودين ليس كونه ملكا فعليا للجميع، لاستحالته كما مرّ مرارا، بل المراد كون كل واحد من الاختصاصين مجعولا بجعل الواقف، و ملك المعدوم شأنًا مقارن- في مقام الإنشاء- لملك الموجود فعلا، و كلّ من الملكيتين موقفة.

(3) أي: بإنشاء اختصاص البطن الموجود.

(4) إذ اختصاص البطن المعدوم يكون في طول اختصاص البطن الموجود و متأخر عنه بحسب الوجود الخارجي. و حيث زال الاختصاصان يبيع العين الموقوفة تعين حدود اختصاصين في الثمن، بمقتضى مفهوم المبادلة.

هذا تمام الكلام في أول الفروع المترتبة على جواز البيع في الصورة الأولى، و هو شركة الجميع في البدل، و يقع الكلام في أمر آخر، و هو وجوب تبديل الثمن بالأصلح و عدمه.

---

[1] ظاهره لو لا صريحه أنّ المانع من التزام الملك الفعلي للمعدوم هو عدم اعتبار العرف و الشرع ذلك. و أمّا الملك الشأني فلا محذور فيه ثبوتا، و إنشاء الواقف كاف في تحقّقه إثباتا.

لكن لا ملكية للطبقة المتأخرة الموجودة ما لم تنقض الطبقة السابقة، فينبغي التنبيه على اختصاص الملك الفعلي بالبطن السابق، لا لكونها موجودة، بل رعاية لنظر الواقف.

هذا كلّ بناء على القول بالملك الشأني كما هو مقتضى القول بالاستصحاب التعليقي،

و نظيره ملكية الموصى له شأنًا وإن كان المالك بالفعل هو الموصى. و المناط في الجميع أنّ للأمر الاعتبارية مرتبتين- و هما الاقتضاء و الفعلية- يتعلق الجعل بكلّ منهما. هذا.

لكن قد يمنع من الملك الشأني تارة في خصوص المقام من أنّ الواقف و إن أنشأ ملكية البطون، إلا أنّ موردها بقاء العين إلى زمانهم، فلو لم تبق كذلك لم تكن ملكهم اقتضاء.

و أخرى مطلقا، بأن الملكية اعتبار بسيط يدور أمرها بين الوجود و العدم، و ليس الملك الشأني سنخا من الملك الاعتباري، و إنّما يراد به قابليته لأن يصير ملكا. و إنشاء الواقف إنّما يكون سببا لحصول الملكية للطبقات المتأخرة حين وجودها بلا حالة منتظرة، كما في الوجوب المعلق على أمر متأخر، و وجود الإنشاء لا يستلزم وجود المنشأ، هذا.

و مجرد القابلية ليست من الحقوق المتعلقة بالمبيع لتسري إلى بدله.

فالأولى لإثبات اشتراك البطون في الثمن إمّا الالتزام بتعدد المطلوب، و يكون الوقف بحسب حقيقته ذا مرتبتين. و أنّ ما قصده الواقف و أنشأه- بصيغة الوقف- حسب العين للانتفاع بها مهما أمكن، و ببدلها في ما لم يمكن. و إمّا الالتزام بقصور المقتضي للاختصاص، لأنّ ملك البطن الموجود ليس مطلقا، بل محدود بحياته، لعدم كون المنشأ ملكية مرسلّة لخصوص الطبقة الحاضرة.

و بعبارة أخرى: ملكية العين للواقف مرسلّة غير محدودة بشي ء، و لكنّه بسطها بالوقف على الطبقات، فلكلّ بطن ملكية محدودة ببقائه، و من المعلوم أنّ إعطاء هذه الملكية المحدودة للغير ليس بيعا.

مع أنّ لازم تقويض الملكية الموقّعة بحياة البطن البائع عود المبيع- بعد الانقراض- إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا. و إن أعطى الملكية المرسلّة المنبسطة على جميع الطبقات ولاية على المعدومين كان مقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك الجميع على نحو ملكيتهم للمثمن، هذا.

و دعوى كونه معاملة مستقلة فلا يقدح عدم صدق البيع عليها- كما أفيد- و إن كانت ممكنا ثبوتا، إلاّ أنّه لا دليل على صحتها إثباتا، لأنّ التجارة إمّا البيع خاصة أو مع الشراء، و لم يعلم كون نقل الوقف معاملة مستقلة غير البيع كي يشملها عموم «العقود».



وقد تبين مما ذكرنا (1) أن الثمن حكمه حكم الوقف في كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم (2). فإن كان ممّا يمكن أن يبقى وينتفع به البطون على نحو المبدل، وكانت مصلحة البطون في بقاءه (3) أبقى (4).

(1) من أن مقتضى المعاوضة ثبوت ما للوقف- من الاختصاص الفعلي بالموجود والشأن بالمعدوم- للثمن، فيكون ملكا فعليا للبطن الموجود وشأنيا للمعدومين.

وغرضه قدس سرّه من هذا الكلام التعرض لجهة أخرى ممّا يتعلّق بثمن الوقف على تقدير البيع، وبيانه: أن البديل حيث كان مشتركا بين جميع البطون، فلا يخلو من صورتين:

الأولى: أن يكون ممّا يبقى وينتفع به الطبقات، فيجب إبقاؤه كما وجب إبقاء المبدل قبل طروء المسوّغ، كما إذا أوقف دارا على علماء بلد لسكناهم، فخربت، وارتفعت قيمة العرصه- لقربها من الشارع العام مثلا- فأبدلت بدار أخرى، فإنه يجب إبقاء هذا البديل لينتفع الموقوف عليهم بسكنائها، لوفائها بالعرض المقصود من الوقف، واقتضاء مصلحة البطون بقاءها.

الثانية: أن يباع الوقف الخراب بعوض لا يقتضي البقاء مدّة مديدة كي ينتفع به الطبقات اللاحقة، وإنما ينتفع به البطن البائع خاصة، كما إذا بيعت الدار الخربة بمنفعة خان عشر سنين، لانتفاء الثمن بانقضاء زمان تملك المنفعة، فلا يبقى، فإنه يجب تبديل هذه المنافع بما يستعدّ البقاء كدار صغيرة.

وكذا لو كان الثمن ممّا يبقى، ولكن لم تكن مصلحة البطون المعدومة في خصوص هذا الثمن، كما لو بيعت الدار الموقوفة الخربة بالسجاد القابل للبقاء مدّة مديدة، إلا أن مصلحة البطون المعدومة تكون في تبديلها خوفا من السرقة والضياع. ففي مثله لم تبديل الثمن بما هو أصلح، رعاية لمقصود الواقف.

(2) لاقتضاء حقيقة المعاوضة ذلك كما تقدم مفصّلا.

(3) هذا الضمير وضمير «به» والمستتر في «كان» راجعة إلى الثمن.

(4) فوجوب إبقاء الثمن منوط بأمرين: أحدهما: قابليته للبقاء إلى زمان الطبقات المتأخرة.

وثانيهما: اقتضاء مصلحتهم بقاء هذا الثمن بشخصه، وهذا إشارة إلى الصورة الأولى المتقدمة.

وإلا (1) أبدال مكانه ما هو أصلح.

### [عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البديل]

و من هنا (2) ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البديل، بل نفس البدلية

(1) أي: وإن لم يمكن بقاء الثمن للانتفاع به، أو كان مستعدا للبقاء و لكن لم تكن مصلحة المعدومين في إبقاء شخص الثمن، فإنه يجب الإبدال بما هو أصلح، وهذا إشارة إلى الصورة الثانية المتضمنة لوجوب الإبدال في موردين.

(2) أي: و من اقتضاء مفهوم المعاوضة قيام البديل مقام المبدل، ظهر ..

و غرضه قدس سره: أنّ البديل وإن كان وقفا كالمبدل، لكنّه يفترق عنه من جهتين:

إحدهما: استغناء البديل عن صيغة الوقف. و الثانية جواز تبديله لو كان أصلح بحال الموقوف عليهم.

أمّا الجهة الأولى، فهي: أنّ البدلية قاضية بانتقال الإضافة- القائمة بالمبدل- إلى البديل، و ثبوت أثره له. و لما كانت الموقوفة متعلقة لحقّ البطون اللاحقة، فكذا بدلها. و لا موجب لتوقف صيرورة البديل وقفا على تجديد صيغة الوقف، بل ربما كان اعتباره من قبيل تحصيل ما حصل بالبيع.

هذا ما عليه جماعة، كما حكاها صاحب المقابس عن فخر المحققين و الشهيدين و المحقق الثاني و الفاضل الصيمري، خلافا لما يظهر من بعض كالفاضل المقداد «1» من لزوم تجديد الصيغة.

قال في الإيضاح في- شراء عبد بقيمة العبد المقتول-: «العبد المشتري هل يصير وقفا بالشراء، أم لا بدّ من عقد جديد؟ الأقوى الأوّل، لأنّه بالشراء للمصرف ينصرف إلى الوقف» «2».

و اقتصر العلامة في التذكرة على نقل الوجهين من غير ترجيح، فراجع «3».

و علّل الشهيد قدس سره «4» عدم الحاجة إلى تجديد الصيغة بأن مقتضى نفس المبادلة صيرورة البديل وقفا، هذا و أما الجهة الثانية فستأتي.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 67

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 396.

(3) تذكرة الفقهاء، ج 3، ص 443

(4) غاية المراد، ج 2، ص 442

ص: 644

تقتضي كونه كالمبدل. ولذا (1) علّله الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد بقوله: «لأنّه صار مملوكا على حدّ الملك الأوّل، إذ يستحيل أن يملك (2) لا على حدّه» [1] [1].

ثمّ (3) إنّ هذه

---

(1) أي: ولأجل اقتضاء البدلية وقفية البدل قهرا علّل الشهيد عدم الحاجة- إلى صيغة وقف البدل- بأنّ البدل صار مملوكا على حدّ مملوكية الموقوفة المبيعة، من كونها ملكا فعليا للموجودين وشأنيا للمعدومين.

(2) أي: أن يملك البدل لا على حدّ المبدل. ووجه الاستحالة عدم صدق المعاوضة والمبادلة لو لم يقيم البدل مقام المبدل في ماله من وجوه الاختصاص.

(3) هذا إشارة إلى الجهة الثانية، ومحصّ لها: أنّ البدل وإن كان كالمبدل ملكا فعليا للموجودين وشأنيا للمعدومين، لكنّه ليس كالوقف الابتدائي الذي لا يباع إلا لعذر.

و الفارق بينهما هو: أنّ للعين الموقوفة خصوصية تعلّق غرض الواقف ببقاء

---

[1] و بيانه: أنّ المبادلة إن اقتضت وقفية الثمن فاعتبار تجديد صيغة الوقف لغو، إذ لا معنى لإنشاء وقفية ما هو وقف بالفعل. وإن لم تقتض المبادلة ذلك، بل قيل بلزوم تجديد الإنشاء، فإمّا أن يكون البدل قبل إيقافه من المباحات الأصلية التي يملكها الحائز، وهو باطل قطعاً، مضافاً إلى امتناع وقف المباح، فإنه لا وقف إلا في ملك.

وإمّا من الأملاك، وهو إما ملك الواقف أو الموقوف عليهم.

ولكن دخوله في ملك الواقف بلا سبب مملّك ممنوع، مضافاً إلى عدم الدليل على جعل هذا الملك الحادث وفقاً.

ودخوله في ملك الموقوف عليهم إن كان على نحو الملكية المطلقة أي يختص بالموجودين كان منافياً للبدلية المقتضية لقيام البدل مقام المبدل، ولو فرض ذلك لم يكن وجه للزوم تجديد الإنشاء لكونه ملكاً لهم يتصرفون فيه بما شاءوا.

وإن كان ملكية الموقوف عليهم غير طلق على حدّ ملكية المبدل من كونه ملكاً فعلياً للموجودين و متعلّقاً لحقّ المعدومين فقد ثبت المطلوب، وهو استغناء البدل عن الصيغة، بل يصير وفقاً بنفس إنشاء وقفية المبدل.

شخصها للانتفاع بها، و المفروض سقوط الخصوصية بطرء الخراب عليها، و لزم تبديلها حذرا من تضييع المال و رعاية لحقّ الواقف و الموقوف عليه.

و الدليل المانع عن بيع الوقف كقوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» مختص بما تعلّق به إنشاء الواقف، و هو خصوصية العين الموقوفة. و لكن لا إطلاق فيه بالنسبة إلى كون البديل كالمبدل في خصوصياته و أحكامه حتى لا يجوز بيعه و نقله إلا بطرء الخراب.

بل الأمر موكول إلى وليّ البطون، فإن كان إبقاء هذا البديل أصلح للبطون أبقاه، و إن كان تبديله أصلح جاز له ذلك.

و بعبارة أخرى: النهي عن بيع الوقف حكم شرعي، و متعلقة و مورده- بحسب الانصراف- هو الوقف الابتدائي، و لا يعمّ ما كان وقفا بسبب المبادلة و المعاوضة.

و لا فرق في عدم سراية هذا الحكم من المبدل إلى البديل بين تصريح الواقف بمثل «أنها صدقة لا تباع و لا توهب ..» و بين عدم تصريحه به. و وجه عدم الفرق هو: أنّ الاشتراط المزبور مختص بنفس العين الموقوفة، و حيث خربت و جاز بيعها، فإن دلّ دليل على اشتراك البديل في هذا الحكم أيضا فهو، و إلا فمقتضى القاعدة جواز التبديل، هذا.

(1) ليس المراد بها العين الموقوفة، لأنّها بيعت حسب الفرض، بل المراد بدلها من عروض أو نقود.

(2) أي: إن كان الموجودون كاملين بالبلوغ و العقل جاز لهم التصرف في بدل العين الموقوفة بما يرونه مصلحة لجميع البطون، فإن كان الصلاح في إبقائه ابقى، و إلا أبدل.

و إن كان الموجودون قاصرين كان النظر في البديل إلى الوليّ عليهم من وصيّ أو متولّ عينه الواقف أو الحاكم الشرعي. هذا.

و المناسب ضمّ الوليّ على سائر البطون إلى البطن البائع أو الوليّ عليه. نعم لو كان وليّ الموجودين الحاكم الشرعي كفى في الإبدال لو كان أصلح. و هذا مقصوده- و إن لم تف العبارة به- بقرينة ظهور قوله قدّس سرّه: «بحسب مصلحة جميع البطون» و صريحه في (ص 661) من قوله: «ثم إن المتولي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون».

أن ينظر فيه (1)، و يتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالإبدال (2) بعين أخرى أصلح لهم (3). بل قد يجب (4) إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق. و ليس (5) مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه [1] إلا لعذر، لأنّ (6) ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي. و بدل (7) الوقف إنّما هو بدل له في كونه (8) ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي.

---

(1) أي: في البديل، و الأولى تأنيث الضمير لرجوعه إلى العين.

(2) هذا و «بحسب» متعلقان ب «يتصرف».

(3) أي: للبطون.

(4) أي: قد يجب الإبدال. و الوجه في وجوبه هو حرمة تضييع الحقوق، المترتب على ترك الإبدال حسب الفرض. و بهذا ظهر وجه الإضراب- عن ثبوت حقّ تغيير بدل الوقف- إلى وجوبه حذراً من تضييع المال.

(5) يعني: و ليس بدل الوقف مثل نفس العين الموقوفة في منع بيعها بدون طرء المسوّغ.

(6) تعليل لقوله: «و ليس مثل الأصل» أي: لأنّ منع بيع العين الموقوفة- بلا عذر- يكون من آثار الوقف الابتدائي، و لا يسري المنع إلى بدله.

(7) غرضه أنّ البدلية لا تقتضي إلاّ كون البديل كالمبديل مشتركاً بين البطون، و أمّا الآثار التعبدية الثابتة للوقف- كحرمة البيع- فلا تترتب على البديل، إذ لا إطلاق على: أنّ كل ما للمبديل ثابت للبديل، هذا.

(8) أي: كون البديل، و الظرف متعلق ب «بديل» و ضمير «له» راجع إلى الوقف.

---

[1] لم يظهر له وجه بعد بنائه قدّس سرّه على إطلاقه البدلية في جميع الآثار حتى في عدم احتياج وقفية البديل إلى الصيغة، و لا وجه لتقييده إلاّ دعوى انصراف مثل قوله عليه الصلاة و السلام: «لا يجوز شراء الوقف» إلى الوقف الابتدائي، لا مطلقاً حتى بدله. لكنّها كما ترى.

فالحقّ كون البديل كالمبديل في عدم جواز بيعه إلاّ مع العذر.

و ممّا (1) ذكرنا أيضا (2) يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف- كما هو (3)

(1) لعلّ مراده من الموصول قوله: «ثم إن هذه العين حيث صارت ملكا للبطون، فلهم أو لوليّهم أن ينظر فيه ..» و غرضه التعرض لجهة أخرى ممّا يتعلّق بالبدل، و هي:

أنّ البدل إن كان مماثلا للعين الموقوفة و كانت المصلحة في إبقائه فلا كلام. و إن لم يكن مماثلا- كما إذا بيعت الدار الخربة بالنقود الرائجة كالدرهم و الدنانير، أو بيعت بعوض آخر كالكتب و السجاد و نحوهما من الأعيان المتمولّة- ففيه أقوال ثلاثة:

الأول: وجوب صرف الثمن، و شراء دار مماثلة للموقوفة مطلقا كما صرّح به جماعة كما سيأتي.

الثاني: عدم الوجوب مطلقا، كما ذهب إليه المصنف و جماعة.

الثالث: التفصيل بين ما إذا عيّن الواقف جهة معيّنة كالسكنى في الدار، فيجب شراء المماثل، و بين ما إذا لم يعيّن ذلك و إنّما أوقفها للانتفاع بها كيف ما اتفق، فلا يجب حينئذ، بل يصرف الثمن في ما يراه المتولّي من المصلحة للبطون. كما قوّاه المحقق النائيني قدّس سرّه (1).

و استدللّ المصنف قدّس سرّه على مختاره بنحو ما تقدّم في البدل من جواز تبديله أو وجوبه، و محصله: أنّ ثمن الوقف ملك جميع البطون، و يجب ملاحظة مصلحتهم. فإن اقتضت الإبقاء ابقى، و إن اقتضت التبديل أبدل. و لا دليل على وجوب شراء المماثل للوقف، إلّا كونه أقرب إلى مقصود الواقف، و لكن لا ملزم لرعاية غرضه ما لم يؤخذ في إنشاء الوقف، هذا.

(2) يعني: كما ظهر عدم الحاجة إلى إنشاء وقفية البدل، و كذا جواز تبديله عند اقتضاء المصلحة، فكذلك يظهر عدم وجوب شراء المماثل.

(3) أي: عدم وجوب شراء المماثل ظاهر التذكرة. لكن لم أظفر فيها على كلام ظاهر في ذلك، و لا على من نسب ذلك إلى العلامة، فإنّه قدّس سرّه و إن عبّر «بأن شراء المماثل أولى» كما في المختلف و في عبارة التذكرة الآتية في (ص 655). لكن مراده من الأولوية هو الوجوب، لتصريحه به بقوله: «و إذا لم يمكن تأييده- أي تأييد الوقف- بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب» (2) و كذا في المختلف.

(1) المكاسب و البيع، ج 2، ص 391

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444، و نحوه كلامه في المختلف، ج 6، ص 289، و لاحظ مفتاح الكرامة، ج 4، ص 259 و ج 9، ص 88 و 89، و مقابس الأنوار، ص 66

و نحوه كلامه في بدل العبد الموقوف المقتول، حيث قال: «و الوجه عندي شراء عبد بالقيمة يكون وقفاً، لأنه ملك لا يختص به الأول أي البطن الأول- فلم يختصّ ببدله، كالعبد المشترك و المرهون .. إلخ» (1).

و لعلّ المصنف قدّس سرّه ظفر بكلام آخر في التذكرة دال على عدم وجوب شراء المماثل، فلا بدّ من مزيد التتبع.

(1) لعدم تقييد شراء البدل بكونه كالمبيع في الصفات، قال قدّس سرّه: «و لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المؤمن من قبل الظالم، و شراء غيره بثمنه، فالوجه الجواز» (2).

(2) لا يخفى أن المحقق الثاني تعرّض للمسألة في موضعين: أحدهما في كتاب البيع، و قد تقدم نقله في (ص 569) و الآخر في كتاب الوقف. و حكم في الموضوع الأول بوجوب شراء البدل إذا كان المسوّغ للبيع هو الخراب أو الخلف (3). و الظاهر اعتماد المصنف على إطلاق كلامه، و عدم تقييده باعتبار المماثلة.

و حكم في الموضوع الثاني بوجوب شراء البدل، و بوجوب التوصل إلى ما يكون أقرب إلى غرض الواقف (4). و استفاد السيّد الفقيه العاملي قدّس سرّه منه إرادة المماثل، فلذا قال: «و في جامع المقاصد الحكم بالوجوب في المقامين» (5). و مراده بالمقامين بقرينة وقوعه بعد كلام السيوري هو أصل شراء شيء بدلا عن الوقف، و وجوب المماثلة.

(3) قال الفاضل المقداد قدّس سرّه فيه: «إذا أمكن شراء غيره يكون وقفاً و جب، و إذا أمكن شراء مثله يكون أولى». و قال السيد العاملي قدّس سرّه بعد نقله: «فقد حكم في الأول

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 442، السطر: 39

(2) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 455

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 97

(4) جامع المقاصد، ج 9، ص 71

(5) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 89



و المقتصر (1) و مجمع الفائدة (2) «1»- بل (3) قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح، لأن (4) الثمن إذا صار ملكا (5) للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين، فاللازم ملاحظة مصلحتهم. خلافا (6) للعلامة و ولده (7)

بالجواب، دون الثاني» «2».

(1) قال ابن فهد قدس سره: «و مهما أمكن المماثلة كان أولى» «3» و دلالة على رجحان المماثلة و عدم تعيينها واضحة.

(2) دلالة كلام المحقق الأردبيلي قدس سره إنما هي لاقتصاره على وجوب شراء البديل إن أمكن، و إطلاقه ينفي اعتبار الشبابة و المساواة في الصفات.

و قال الفاضل السبزواري قدس سره- بعد نقل وجوب تحصيل الأقرب إلى الوقف عن بعض-: «و لا أعلم على ذلك حجة، و النص غير دالّ عليه» «4».

(3) غرضه الترقّي من عدم وجوب شراء المماثل- لعدم اتحاد البديل مع أصل الوقف في جميع الجهات- إلى عدم جوازه في بعض الموارد، إذ المناط في بدل الوقف رعاية ما هو الأصلح بحال الموقوف عليهم، لا نظر الواقف.

(4) هذا تعليل لعدم اعتبار المماثلة، لعدم مقتضي له، لفرض صيرورة البديل ملكا للبطون، فيلزم رعاية مصلحتهم فقد يلزم شراء المماثل، و قد يلزم شراء غير المماثل.

(5) بمقتضى المبادلة و المعاوضة.

(6) عدل لقوله: «كما هو ظاهر التذكرة .. إلخ» و قد تقدم أنّ كلام العلامة في التذكرة و المختلف صريح في اعتبار المماثلة.

(7) قال فخر الدين في شرح قول والده قدس سرهما في بيع الحصير الخلق و الجذع المتكسّر- ما لفظه: «و الأصحّ عندي جواز البيع، و صرف ثمنه في المماثل إن أمكن ..» «5».

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 169

(2) التنقيح الرائع، ج 2، ص 330، مفتاح الكرامة، ج 9، ص 89

(3) المقتصر، ص 212

(4) كفاية الأحكام، ص 142

(5) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 407



و الشهيد (1) و جماعة (2)، فأوجبوا المماثلة مع الإمكان، لكون (3) المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

وفيه (4)- مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون

---

و حكى السيد العاملي قدّس سرّه عن شرح الإرشاد تصريحه- في شراء عبد بقيمة العبد المقتول- بوجوب المساواة في الذكورة والأنوثة، فراجع «1».

(1) قال في غاية المراد: «و الأقرب أن البدل يجب كونه من جنس الموقوف، لأنّه أقرب إلى الوقف. و كلام المصنف هنا- يعني في كتاب الإرشاد- يشمل الجنس وغيره.

و حينئذ تجب المساواة في الذكورة والأنوثة. و إن أمكن المساواة في باقي الصفات أو معظمها فهو أولى» «2».

و نسب السيد العاملي ذلك إلى حواشيه على القواعد أيضا، كما نسبه إلى تعليق الإرشاد للمحقق الثاني، فراجع «3».

(2) كالفاضل الصيمري على ما في المقابس «4»، و الشهيد الثاني كما فيه أيضا «5».

(3) سيأتي هذا التعليل في عبارة التذكرة في (ص 657) و وجه القرب: أنّ غرض الواقف- لو وقف بستانا مثلا- هو الانتفاع بثمرته و التنزه فيه، فلو أبدل- بعد طروء مجوّز البيع- بدار لم يتحقق غرضه من الوقف.

و كذا لو أوقف عمارة لإقامة الزوّار فيها، فبيعت و أبدلت بدكاكين مثلا، لتصرف عواندها في الزوّار، فإنّه يلزم مخالفة غرضه من الوقف، مع أنّ حقّ الواقف يقتضي رعاية نظره مهما أمكن.

(4) ناقش المصنف قدّس سرّه في التعليل المتقدم بوجهين، أحدهما ناظر إلى منع الصغرى، و الآخر إلى منع الكبرى.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 98

(2) غاية المراد، ج 2، ص 442

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 159، و ج 9، ص 89

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 66

(5) مسالك الأفهام، ج 3، ص 170، الروضة البهية، ج 3، ص 255 و 256، وفي تعليقه على الإرشاد، لاحظ: غاية المراد، ج 2، ص

441

ص: 651

أمّا منع الصغرى- وهي كون المثل أقرب إلى مقصود الواقف- فيبانه: أنّه لم يظهر أقربيّة شراء المماثل إلى مقصوده، لاختلاف دواعي الواقفين في مقام إنشاء الوقف.

فقد يكون غرض الواقف من وقف داره على ذريّته بقاء شخص الدار بيدهم و الانتفاع بها، لكونها دار آباءه، ورثها منهم، وله عناية ببقاء خصوصية العين الموقوفة.

وكذا لو ورث كتابا كان بخطّ سلفه، فأراد بقاء عينه، فوقفه ليمنع ورثته من التصرفات الناقلة فيه ببيع أو صلح أو هبة.

وقد يكون غرضه إصلاح حال ذريّته و عدم وقوعهم في ذلّ الفقر و المسكنة، فيوقف الدار عليهم لينتفعوا باجرتها، و ليس مقصوده سكناهم فيها.

وقد يكون غرضه تسهيل خاص و إيصال نفع معيّن إلى الموقوف عليهم من دون تعلّق نظره بخصوصية العين، كما لو أوقف بستانا للانتفاع بثمرته، فبيع لغور مائه، أو لوقوعه في الطريق العام، و دار الأ-مر بين شراء المماثل أي بستان آخر في مكان يصعب الوصول إليه لاقتطاف ثمرته، و إن أمكن بيع الثمرة بأقل من قيمة ثمرة البستان الأوّل. و بين شراء دار أو خان أو أرض زراعية تصل منافعها و اجورها إلى الموقوف عليهم.

و لا- وجه للقول بأنّ شراء البستان أقرب إلى مقصود الواقف، خصوصا مع إحراز أنّ غرضه من الوقف إيصال النفع إليهم، و لا نظر له إلى خصوصية العين.

و على هذا فالنسبة بين المماثل و بين غرض الواقف عموم من وجه، فقد يجتمعان، كما لو وقف دارا لسكنى العلماء فخربت و أبدلت بدار اخرى فسكنها بعضهم. و قد يفترقان، فلا يكون المماثل موافقا للغرض في جميع الموارد، بل يكون غير المماثل و افياء به.

و من المعلوم أنّه لا- وجه- مع الشك في غرض الواقف و عدم إحرازه- للتمسك بلزوم رعاية نظره، لكونه من التشبث بالدليل في الشبهة الموضوعية، فإنّه يتجه في ما لو أحرز مقصود الواقف.

فالنتيجة: أنّ اللازم رعاية مصلحة الموقوف عليهم بعد بيع الموقوفة و سقوط خصوصية العين. هذا توضيح الوجه الأوّل، و أما الوجه الثاني- و هو منع الكبرى- فسيأتي.

(1) يعني: من دون عناية بمنفعة العين، فضلا عن النظر إلى مقدار معيّن من المنفعة، فالمقصود كلّ حبس العين عن التصرفات الناقلة، أو تغيير هيئتها الفعلية.

مقدارا معيّنًا (1) من دون تعلّق غرض بالعين (2)، وقد يكون (3) الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته، فبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستان في موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة (4)، وبين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم اجرة منفعته (5)، فإنّ الأوّل (6) وإن كان مماثلا، إلّا أنّه (7) ليس أقرب إلى غرض الواقف-: أنّه (8) لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى

(1) هذا نحو آخر من دواعي الوقف، وقد تقدم بقولنا: «وقد يكون غرضه إصلاح حال ذريته...».

(2) فلو حصل ما قصده من النفع المعين فقد تحقق غرضه، سواء أكان من مماثل الموقوفة أو من غيره.

(3) معطوف على «قد يتعلّق» وهذا نحو ثالث ممّا يمكن أن يكون غرضا للواقف.

(4) لبعد الطريق أو لخوف من ظالم، أو لغيرهما من الموانع، فيتعيّن بيع الثمرة و صرف الثمن في الموقوف عليهم.

(5) أي: منفعة الملك الآخر ولو كان دارا أو عمارة أو غيرهما.

(6) أي: البستان الثاني المفروض تعدّر وصول ثمرته إلى الموقوف عليهم.

(7) أي: أنّ الأوّل- وهو المماثل- ليس أقرب إلى الغرض.

(8) الضمير للشأن، و الجملة مبتدء مؤخّر لقوله: «و فيه» وهذا ثاني وجهي المناقشة في التعليل المتقدم، و محصله: أنّه لو سلّمنا كون المماثل أقرب إلى مقصود الواقف، إلّا أنّه لا دليل على وجوب مراعاة مقاصد الواقف و أغراضه الداعية إلى الوقف، فإنّها من قبيل الملاكات الخارجة عن حيّز الأحكام، و الواقعة فوقها لا- تحتها حتى تجب مراعاتها، فأغراض الواقف خارجة عن حيّز إنشاء الوقف. و كلّ ما كان كذلك لا يجب مراعاته.

نعم إذا وقع شيء من أغراضه في حيّز الإنشاء بحيث كان مدلولاً لصيغة الوقف و جب الوفاء به كسائر ما أنشأ في الوقف، بأن يقول: «هذا وقف، و إن طرء عليه ما يوجب بيعه، فليكن بدله مماثلا له».

مقصوده، إنّما اللازم ملاحظة مدلول كلامه (1) في إنشاء الوقف، ليجري الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

فالحاصل (2) أنّ الوقف ما دام موجودا بشخصه لا- يلاحظ فيه إلاّ مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلاّ مصلحتهم [1] هذا.

قال (3) العلامة في محكي التذكرة:

---

(1) هذا الضمير وضمير «مقصوده» راجعان إلى الواقف.

(2) هذا الحاصل محصّل قوله: «و ممّا ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل» إلى ما أفاده هنا.

(3) الغرض من نقل عبارة التذكرة التنبيه على أنّ العلامة قدّس سرّه حكم في موارد بيع الوقف بصرف الثمن في أمور ثلاثة مرتّبة، واستدلّ على رعاية هذا الترتيب بوجهين، وهذا كلّ مخالف لما تقدم من المصنف إلى هنا من قولين: أحدهما وجوب شراء المماثل، والآخر عدمه، و صرف الثمن في مصلحة الموقوف عليه.

ثم لا يخفى أنّ الماتن قدّس سرّه قد نسب في (ص 648) إلى التذكرة القول بعدم وجوب

---

[1] تقدّم أنّ البدل وإن كان ملكا للبطون، لكنّه على حدّ ملكية المبدل لهم، لا على نحو آخر. والخروج عن إطلاق البدلية بلا موجب.

فالحقّ وفاقا لجماعة كالعلامة و ولده و الشهيد وغيره وجوب شراء المماثل مع الإمكان. لكن لا لما نسب إليهم من كون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. وذلك لما فيه من المنع صغرى وكبرى، بل لأنّ العين الموقوفة توقف بما لها من المشخصات الفردية والأوصاف النوعية والجنسية، نظير الضمان الواقعي الذي يكون المضمون فيه جهاته الشخصية والنوعية والجنسية. وتعدّ الأوصاف الشخصية لا يوجب سقوط سائر الجهات.

و عليه فتعذر بقاء العين وفقا لا يوجب سقوط اعتبار الصفات النوعية، فيجب شراء المثل. وإن شئت فقل: إنّ المماثل يكون من مراتب الموقوفة، فنفس إنشاء الوقف يدلّ على وجوب شراء المماثل.

«كلّ مورد (1) جوّزنا بيع الوقف، فإنّه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف. فإن أمكن (2) شراء مثل تلك العين ممّا ينتفع به كان أولى (3). وإلا (4) جاز شراء كلّ ما يصحّ وقفه، وإلا (5) صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به [فيه] ما شاء، لأنّ (6) فيه (7)

شراء المماثل، وهو محتمل- أو ظاهر- أو كلام العلامة، ولكنه صرّح بالوجوب بعد ذلك، فمن العجب نسبة عدم الوجوب إليه.

كما لا يخفى أن ما في المتن منقول عن المقابس، وهو محصل كلام العلامة في التذكرة، وبعضه نصّ عبارة المختلف، كما سيظهر.

(1) في التذكرة: «كل صورة جاز بيع ..» وعنه في المقابس «كل صورة جوّزنا ..».

(2) هذا بيان كيفية صرف الثمن إلى جهة الوقف، فالمرتبة الأولى شراء المماثل.

(3) استفيد من هذه الكلمة مطلق الأولوية، وأنّه لا تدل على التعيين، فلذا نسب المصنف قدّس سرّه إلى التذكرة عدم وجوب تحصيل المماثل.

(4) أي: وإن لم يمكن شراء المثل جاز شراء غير المثل، فيكون وقفا بدل المبيع.

وهذه مرتبة ثانية.

ولا يخفى أنّه سقط هنا من عبارة التذكرة قوله: «و هل يكون- أي شراء مثل العين- واجبا؟ قال بعض العامة: لا يجب، بل أيّ شيء اشتري بقيمته ممّا يرد على أهل الوقف ..» إلى أن قال: «و ما قلناه أولى، لما فيه من متابعة شرط الواقف بحسب الإمكان.

إذا عرفت هذا، فإنّه إن أمكن شراء شيء بالثمن يكون وقفا على أربابه يكون أولى. فإن اتّفق مثل الوقف كان أولى، وإلا جاز ..» إلى آخر ما نقله المصنف.

(5) في التذكرة: «وإن لم يمكن صرف الثمن» وهذه مرتبة ثالثة.

(6) لم أجد هذه العبارة في التذكرة، وهي منقولة من المختلف، حيث علّل الترتيب المذكور- في التذكرة أيضا- بقوله: «و لأنّ فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف في نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النصّ على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأيد. وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص ..» «1» إلى آخر ما في المتن.

(7) أي: في الترتيب المزبور، وهذا أول الوجهين اللذين استدللّ العلامة بهما على

رعاية المراتب الثلاثة، و محصله: أنّ هذا الترتيب مقتضى الجمع بين أمرين:

أحدهما: مراعاة غرض الواقف من انتفاع البطن بالموقوفة مؤبداً، ولذا قد يؤخذ قيد الدوام في صيغة الوقف.

و ثانيهما: أنّ الشارع أمر بالعمل بما عيّنه الواقف من كيفية و شرط، لقوله صلوات الله و سلامه عليه: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها».

و على هذا، فإنّ أمكن إبقاء شخص الموقوفة و الانتفاع بها في الجهة التي عيّنها الواقف لم يجز بيعها. و إن امتنع و بيعت لزم صرف ثمنها في المماثل، لكونه إبقاء للعين بحسب نوعها، لفرض تساويهما في الصفات، و كون المنفعة العائدة من البذل و المبدل واحدة.

و إن تعدّد تحصيل المثل و جب صرف الثمن في عين أخرى لتدرّ منافعتها على الموقوف عليهم، فيكون البذل إبقاء لجنس الوقف و إن لم يكن إبقاء لنوعه.

و إن تعدّد شراء عين أخرى لقلّة الثمن - أو لجهة أخرى - و جب على المتولي للبيع دفع الثمن إلى البطن الموجود، فيتصرف فيه بما شاء، لكونه عملاً بالميسور من غرض الواقف و إن فات غرضه الأقصى، و هو الانتفاع بشخص الموقوفة.

فإن قلت: لا وجه للترتيب المزبور، فإنّ غرض الواقف الانتفاع بالعين على الدوام، و إمضاء الشارع لهذا المقصود يقتضي إبقاء العين على حالها، حتى تسقط بنفسها عن الانتفاع، و لم يتعلّق غرضه بالتبديل بالمماثل أو غيره، فلو فرض بيع الوقف لم يكن صرف الثمن في المماثل أولى من صرفه في غيره.

قلت: ما ذكر من الترتيب متعلّق غرض الواقف أيضاً، لأن أخذ قيد الدوام من جهة، و خراب شخص الموقوفة من جهة أخرى، يوجب الالتزام بإبقاء الوقف بحسب نوعه و إن تعدّد بقاء شخصه، لتعدد مطلوب الواقف.

و لو فرض إبقاء شخص الوقف حتى يضمحلّ بالمرّة - بحيث يمتنع حينئذ تبديله بشيء آخر مماثل أو غير مماثل - لزم فوات غرض الواقف بأجمعه. و من المعلوم أنّ حفظ بعض مطلوبه أولى من تركه كليّة.



جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من (1) نفع الموقوف عليه على الدوام، و بين النصّ (2) الدالّ على عدم جواز مخالفة الواقف، حيث شرط التأييد، فإذا لم يمكن (3) التأييد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب (4)، لأنّه (5) موافق لغرض الواقف، و داخل (6) تحت الأوّل الذي وقع العقد عليه. و مراعاة (7) الخصوصية

---

و عليه فحفظ الغرض يقتضي إلغاء الخصوصية، و رعاية التأييد في النوع، بل في ماليته أيضا. فإذا تعدّر شراء المماثل انتقل إلى غير المماثل مما يكون أصلح بحال الموقوف عليهم.

(1) بيان لغرض الواقف، و هو التأييد و دوام الوقف.

(2) و هو مكاتبة الصّفّار عن الإمام العسكري صلوات الله و سلامه عليه «1».

(3) هذا ناظر إلى تعدد المطلوب الواقف، و أنّ أحد مطلوبة بقاء شخص الوقف، و الآخر بقاء نوعه أو جنسه.

(4) أي: و جب التأييد بحسب النوع، و لا يخفى نصوصية قوله: «و جب» في وجوب شراء المماثل، و مع التصريح بالوجوب- المذكور في كلّ من التذكرة و المختلف- يلزم إرادة التعيين من قوله في أوّل العبارة: «أولى» لا مطلق الرجحان.

(5) أي: لأنّ النوع، و المراد به مصداق الطبيعي، المعبر عنه بالمثل.

(6) معطوف على «موافق» أي: أنّ الواقف حبس العين الموقوفة مؤبّدة، بأن تكون خصوصيّتها الشخصية محفوظة ما دامت ممكنة، و بانتفائها لا تنتفي الوقفية، بل يزول التأييد بالنسبة إلى الشخص، و يبقى بالنسبة إلى جهتها النوعية. فالتأييد منشأ بالإضافة إلى نوع العين الموقوفة بإنشاء الوقفية للشخص، فتأييد النوع هو تأييد الشخص الذي وقع عليه العقد، فتدبّر.

(7) يعني: و مراعاة التأييد بالنسبة إلى خصوص العين الموقوفة- من دون مراعاة جهتها النوعية- توجب فوات الغرض بأجمعه.

---

(1) تقدّمت مصادرها في ص 509، فلاحظ.

ص: 657

الكلية تقضي إلى فوات الغرض بأجمعه [1].

و لأنّ (1) قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنّه (2) يستحقّون من الوقف كما يستحقّ البطن الأوّل (3)،

---

(1) و العبارة دفع دخل مقدر، وقد تقدم توضيحهما في (ص 656) بقولنا: «فإن قلت .. قلت ..».

(2) معطوف على «لأنّ فيه جمعا» وهذا ثاني الوجهين المستدلّ بهما على وجوب صرف الثمن في المماثل، وبيانه: أنّه لا ريب في كون الوقف الخاصّ متعلّقا لحقّ المعدومين كالموجودين. فلو جاز للبطن الموجود- بعد طروء الحالة المسوّغة للبيع- التصرف في الثمن و إتلافه و عدم شراء شيء به بدلا عن المبيع، لزم منه تضييع حقّ المعدومين. مع أنّ الواقف جعلهم مستحقّين لمنفعة الموقوفة كاستحقاق الطبقة الموجودة لها، و من المعلوم توقف حفظ غرض الواقف و حقّ البطون المتأخّرة على صرف ثمن الوقف فيما يبقى لينتفع به الجميع، هذا.

و لا يخفى أنّ هذا الوجه ينفي المرتبة الثالثة، و هي صرف الثمن في الموجودين، و أنّه لا بدّ من شراء بدل للوقف، و لا يثبت تقدّم المماثل رتبة على غير المماثل.

و لعلّ المصنّف قدّس سرّه استظهر من هذا التعليل عدم وجوب شراء المماثل، و لكنه لا بدّ من رفع اليد عنه بعد تصريح العلامة قدّس سرّه بالوجوب في الوجه الأوّل.

(3) كذا في النسخ، و لكن في التذكرة و المقابس: «مع أنّهم» و هو الصحيح، لرجوع الضمير إلى البطون.

(4) لأنّ الواقف جعل العين الموقوفة لجميع البطون بإنشاء واحد، فلا موجب لاستقلال البطن الموجود بالثمن.

---

[1] لكن لم يظهر وجه فوات الغرض بأجمعه في صورة مراعاة الخصوصية بالكلية إذ لا يلزم من مراعاتها إلّا فوات الغرض بالنسبة إلى غير الموجود من البطون. و لعلّ مقصوده فوات الغرض بأجمعه بالنسبة إلى البطون اللاحقة، لا فوات الغرض بأجمعه من الوقف.

و لا بدّ من مزيد التأمل في استظهار مراده قدّس سرّه.

و يقدر [تعذر] وجودهم حال (1) الوقف.

وقال (2) بعض علمائنا و الشافعية (3) إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف، فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأي (4) «(1) انتهى.

و لا يخفى عليك (5)

---

(1) في التذكرة و المقابس «حالة الوقف». و مقصود العلامة: أن عدم وجود البطون المتأخرة لا يمنع من استحقاقهم للوقف، فإنهم وإن لم يتملكوه بالفعل، لكن الواقف فرض وجودهم، و جعلهم شركاء للموجودين.

(2) غرض العلامة قدس سره من نقله التنبيه على وجود المخالف في وجوب شراء بدل الوقف، قياسا لباب المعاوضة على باب الضمان، و قد تقدم بيان اختصاص البدل بالموجودين في (ص 633 و 637) و هو: أنه لو قتل حرّ عبدا موقوفا ضمن قيمته للموقوف عليهم، فذهب بعض الفقهاء كشيخ الطائفة قدس سره إلى أن القيمة للموجودين خاصة. و اختار العلامة: أنها مشتركة بين الجميع.

قال قدس سره: «و الوجه عندي: شراء عبد بالقيمة يكون وقفا، لأنه ملك لا يختص به الأول- أي البطن الموجود- فلم يختص ببده، كالعبد المشترك و المرهون. و عدم اختصاصه ظاهر، فإنه تعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله» (2).

(3) في التذكرة و كذا في المقابس: «و بعض الشافعية».

(4) متعلق ب «يصرف» و الرأي الآخر هو شراء بدل المتلف ليكون وقفا.

(5) لم يتعرض المصنف قدس سره بالتفصيل لتحقيق ما ورد في عبارة التذكرة من مواضع الصحة و التأمل، و لكنه أحال ذلك إلى ما أفاده من عدم وجوب شراء المماثل، و ما ناقش به في دليل القائل بوجوبه بمناط كونه أقرب إلى غرض الواقف، فلاحظ.

و سنذكر ما يتعلق بكلام العلامة من مواقع الرد و القبول.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444، و الحاكي عنه صاحب المقابس قدس سره، كتاب البيع، ص 66 و لكنّه قدس سره لفق كلام العلامة من التذكرة و المختلف.

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 422، و نظيره في المختلف، ج 6، ص 317 و 318، و لاحظ المبسوط، ج 3، ص 289

ص: 659

(1) فمنها: حكمه بوجوب شراء المثل على ما صرح به بقوله: «و أمكن بحسب النوع وجب» إذ فيه: ما تقدم مفصلاً من عدم وجوبه.

ومنها: قوله: «و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه في صورة تعذر شراء المثل» إذ فيه: أنّ اللازم حفظ الثمن ليشتري به المثل، إذ بناء على وجوب شراء المماثل - لما نسب إلى العلامة وغيره - لا وجه لسقوطه، و وجوب شراء كل ما يصح وقفه. هذا.

مضافاً إلى: أنه - على تقدير عدم إمكان شراء المماثل - لا بدّ من شراء ما يكون أقرب إلى مقصود الواقف، أو ما يكون أعود للموقوف عليهم، مراعاة لحق الواقف و الموقوف عليهم.

ومنها: قوله: «و إلا صرف الثمن في الموقوف عليهم» إذ فيه: أنّ الواجب حينئذ - كما سيذكره المصنف قدس سره - حفظ الثمن إلى زمان التمكن من شراء عين أخرى.

ومنها: قوله: «لأنّ فيه جمعا» إذ فيه: أنّ منافاة الدوام و التأييد لصرف الثمن في البطن الموجود - الموجب لحرمان المعدومة - من البديهيّات، فكيف يكون صرف الثمن في الموجودين وجه جمع بين نفع الموقوف عليه على الدوام، و بين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف؟

(2) منها: قوله: «فإنه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف» و وجه قبوله كون البيع حفظاً للحقوق، و لذا صرح المصنف في (ص 667) بوضع الثمن عند أمين حتى يتمكن من شراء بدل الوقف.

ومنها: قوله: «و مراعاة الخصوصية بالكلية يفضي الى فوات غرض الواقف بأجمعه» و هو متين أيضاً، لأنّ إبقاء الوقف بحاله تضييع محرّم.

ومنها: قوله: «و لأنّ قصر الثمن على البائعين يقتضي إلى فوات خروج البطون اللاحقة» و هو صحيح أيضاً، لأنّ الواقف جعل العين ملكاً للطبقات مرتّباً، فلا يختص بدله بالموجودين.

هذا بعض الكلام في حكم عوض الوقف لو بيع، و له تنمة ستأتي، و يقع البحث في المتولّي للبيع.

ثمّ (1) إنّ المتولّي للبيع

(1) تقدم في ص (612) أنّ في بيع الوقف- إذا خرب- أمورا، منها: أنّه بعد ثبوت جواز بيعه، هل يكون المتصدّي للبيع خصوص البطن الموجود، أو الحاكم أو غيرهما؟

وغرض المصنف قدّس سرّه تحقيق هذا الأمر، وأنّ ولاية البيع تكون للبطن الموجود بضميمة الحاكم الشرعي الذي يتولّى أمر البطن المتأخّرة. واحتمل أن يكون المتولّي هو الناظر الذي عينه الواقف إن كان، ثم تأمّل فيه.

ولا بأس بالإشارة إلى الأقوال في المسألة ثم توضيح المتن.

فمنها: التفصيل بين كون الوقف ملكا له تعالى، فالمتولّي للبيع و شراء البدل هو الحاكم، وبين كونه ملكا للموقوف عليه فالمتولّي هو الموقوف عليه. وبين كونه ملكا للواقف ففيه وجهان. هذا ما ذكره العلامة قدّس سرّه في شراء عبد بقيمة العبد الموقوف المقتول (1).

ومنها: أنّ المتولّي هو الحاكم مطلقا، سواء قلنا بأنّ الملك له تعالى أو للموقوف عليه أو للواقف، لأنّ الحاكم وليّ الكل. وإن تعذّر الحاكم فالولاية للموقوف عليه. قوّاه فخر الإسلام في الإيضاح (2).

ومنها: أنّه الناظر الخاص إن كان، وإن تعذّر فالناظر العام، وإن تعذّر فالموقوف عليه. استجوده الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد معلّلا له بقوله: «قضيّة للشرط في النظر، وعموم حكم الحاكم على البطن، وأولية الموقوف عليه» (3).

ومنها: أنّه الناظر الخاص إن كان، وإلا فالحاكم، اختاره المحقق الثاني قدّس سرّه (4).

وعليه فلا ولاية للموقوف عليهم. وحكى صاحب المقابس مثله عن الفاضل السيوري (5).

ومنها: أنّه الناظر الخاص إن كان، أو الموقوف عليه إن كان منحصرا، وإلا فالناظر العام، وهو صريح الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك، ولكنه في الروضة جعل ولاية الموقوف

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 443، السطر 2 و 3

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 396

(3) غاية المراد، ج 2، ص 442

(4) جامع المقاصد، ج 4، ص 97 و ج 9، ص 79

(5) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 67

ص: 661

عليه مترتبة على عدم الناظر الخاص «1».

و منها: أنه هو الموقوف عليه مطلقا- أي سواء أمكن تولّي الحاكم أم لا- لأنّ الملك للموقوف عليه، و حقّ الباقيّن تابع له، فإنّ تعذّر الموقوف عليه لحجر أو شبهه فالمتولي هو الواقف أو بعض المؤمنین حسبة. و هذا ما احتمله فخر المحققين، و حكى صاحب المقابس عن الفاضل الصيمري اختياره في كتابه الجواهر «2».

و منها: أنّ المباشر هو الحاكم برضاء الموقوف عليه، أو العكس. اختاره المحقق صاحب المقابس، و وافقه المصنف قدّس سرّه في العكس أي كون التولية للبطن الموجود بضميمة الحاكم، فلا يستقل كلّ منهما بالبيع.

و توضيحه: أنّ البيع منوط بكون البائع وليّا عليه إما بالملك غير المحجور عنه، و إمّا بالولاية من قبل الشارع كالأب و الجدّ له، و الحاكم الشرعي، و إمّا من قبل المالك كالمأذون في المعاملة. و الكلام في تعيين من له الولاية في الوقف الخاص الذي جاز بيعه للخراب.

و حيث إنّ ملك فعلي للبطن الموجود، و شأنه للمعدوم، فمقتضى سلطنة المالك على التصرف المشروع في ماله هو ثبوت هذا الحقّ للطبقة الحاضرة، إن لم يكن في البين حجر لصغر و نحوه من الموانع. و لكن لا يستقلّ البطن المالك بالبيع، لكون اختصاصه بالعين موقّتا بحياته، و تعلق حق المعدومين بالمبيع، مع أنّ البيع إعطاء الملكية المرسلّة للمشتري. فلا بدّ من ضمّ المتولّي على البطن المعدومة المالكة شأنًا للموقوفة، و هو الفقيه الجامع للشرائط المتولّي لأمر الغائب و القاصر و الممتنع، و المعدوم إمّا غائب كما ورد في تعبير العلامة قدّس سرّه «3»، و إمّا قاصر، و إن كان قصوره من باب السالبة بانتفاء الموضوع، و المناطق في ولاية الحاكم حسبة هو منعه عن ضياع حقّ.

فالنتيجة: أنّ المتولّي لتبديل الموقوفة هو البطن الموجود و الحاكم، بحيث يكون نظر كلّ منهما دخيلا في أمر البيع و الشراء، بلا فرق بين تعيين الناظر من قبل الواقف

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 170، الروضة البهية، ج 3، ص 256

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 67

(3) مختلف الشيعة، ج 6، ص 318.

هو البطن الموجود (1) [1] بضميمة الحاكم القيم (2) من قبل سائر البطون.

ويحتمل (3) أن يكون هذا (4) إلى الناظر إن كان (5)، لأنه (6) المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف.

وعدمه. هذا تقريب مختار المصنف قدس سره وسيأتي احتمال كون التولية للناظر إن كان.

(1) لكونه مالكا بالفعل وإن كانت الملكية محدودة بحياته.

(2) هذا وجه اعتبار ضم الحاكم إلى البطن الموجود.

(3) هذا الاحتمال مختار الشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم قدس سرهم كما سبق في الأقوال.

بل قال السيد العلامة الاشكوري قدس سره: «يستظهر الإجماع من كاشف الظلام على تقديم الناظر على غيره. وهو لا يخلو عن وجه»  
(1).

والوجه في هذا القول هو كون الناظر منصوبا من قبل الواقف لرعاية شؤون الوقف، وإطلاق النظارة يشمل كلاً من التصرف في نفس العين-  
من إجارة و ترميم و صرف المنافع في الجهة المعيّنة- و من تبديلها عند عروض المسوخ للبيع، هذا.

(4) أي: تولية البيع.

(5) هذا من الشرط المحقق للموضوع، إذ بدون نصبه يتعين كون المتولي للبيع هو الموقوف عليه أو الحاكم مستقلاً أو منضمًا، كما تقدّم في  
الأقوال.

(6) أي: لأن الناظر منصوب لمعظم شؤون الوقف، التي منها إيقاؤه بنوعه أي ببدله.

[1] إن كان هو المتولي، وإلا فذلك وظيفة من جعله الواقف متولياً، إن كان إطلاق كلام الواقف شاملاً لكل تصرف له حتى ولاية البيع و  
التبديل عند طرء المسوخ. وإن لم يكن شاملاً له لا- ظهوراً ولا- صراحة فيرجع إلى الحاكم، لأنه مع الشك في ولايته على مثل هذا  
التصرف يكون المرجع أصالة الفساد، فلا بدّ من مراجعة الحاكم.

وبالجملة: فالمدار في جواز التصدي للمتولي و عدمه هو ظهور كلام الواقف في تعميم دائرة ولايته و عدمه.

(1) بغية الطالب، ج 1، ص 161

ص: 663



إلا أن يقال (1) بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى (2) التصرف في نفس العين (3).

و الظاهر (4) سقوط نظارته عن بدل الوقف. و يحتمل بقاءه، لتعلق حقه

(1) هذا تضعيف لاحتمال المزبور، و محصّ له: أنّ سعة دائرة النظارة و ضيقها تابعة للجعل و قبول الناظر، و لا كلام لو قامت قرينة على اختصاصها بالعين، أو شمولها للبدل.

و محل البحث هو استفادة سعة دائرة النظارة من مجرد قول الواقف: «جعلتك ناظرا للوقف» و ظاهره جعل القيم على الوقف مع حفظ عنوانه، لا جعل من يتصدى إزالة الوقف و إبطاله، لفرض كون البيع مبطلا له.

و عليه فلا إطلاق في جعله ناظرا، خصوصا مع كون جواز البيع حكما شرعيّا يثبت للوقف قهرا، و ليس أمره بيد الواقف ليفوضه إلى الناظر.

(2) متعلق ب «انصراف» و مقصوده التشكيك في إطلاق حقّ النظارة بالنسبة إلى إعدام موضوع النظارة ببيع و شبهه. و هذا التشكيك أشار إليه في المقابس بقوله: «و أمّا في الوقف الخاص ففي شمول النظارة للبيع و الشراء نظر» «1».

(3) مقصوده قدّس سرّه حقّ التصرف في العين ببيعها و تبديلها، فإنّه مشكوك، و الأصل عدمه. و ليس المراد التصرف في شؤون العين كالإيجار و الترميم و إيصال العوائد إلى الموقوف عليهم، لثبوتها للناظر بلا ريب.

(4) هذا متفرع على ما تقدّم من أنّ ولاية البيع هل تكون للموقوف عليه بضميمة الحاكم، أم للناظر؟ و حاصله: أنّه بعد بيع الوقف الذي آل إلى الخراب و تبديله بالمماثل أو بغير المماثل، فهل تسقط نظارة الناظر عن البدل، لاختصاصها بالأصل؟ أم تبقى، فيه وجهان، استظهر المصنف قدّس سرّه السقوط، لأنّ ما أنشأ الواقف هو جعل عين خاصة وقفا، و جعل ناظر لها، و المفروض زوال العنوان بالبيع، و لا دليل على اقتضاء البدلية قيام البدل مقام المبدل في ما كان له من خصوصية.

و على هذا فيكون النظر إلى الموقوف عليه و الحاكم.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 67

ص: 664

بالعين الموقوفة، فيتعلّق ببذلها (1) [1].

## [لو لم يمكن شراء بدله]

ثمّ إنّه لو لم يمكن شراء بدله (2)

(1) يعني: فيتعلّق حقّ الناظر ببذل الموقوفة، وذلك لأنّ العين ملك للموقوف عليهم و متعلّق حقّ الناظر، و كما تصير البذل بالبيع ملكا لهم، فكذا ينتقل حقّ النظارة إلى البذل أيضا. كما يقال في نظيره من انتقال حقّ الوصاية إلى البذل لو أتلف الموصى به متلف، فإنّ أمره بيد الوصي، و لا يزول حقّه بإعدام العين الموصى بها.

قال المحقق - في الجنابة على ممالك أوصى المولى بأحدهم لشخص - ما لفظه: «فإن قتلوا لم تبطل - أي الوصية - و كان للورثة أن يعيّنوا له - أي للوصي - من شاءوا، أو يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، و إلّا أخذها - أي أخذ الوصي القيمة - من الجاني» (1) و علّله في الجواهر بانتقال حقّ الوصية إلى البذل، فراجع (2).

(2) هذا من جملة الأمور المتعلقة بالثمن، فكان المناسب التعرض له قبل تحقيق متولّي البيع.

و كيف كان فكلامه قدّس سرّه هنا يتضمّن فروعا:

الأوّل: أنّ الوقف الخراب إذا بيع بالنقود الرائجة، و تعدّر فعلا - شراء المماثل، أو مطلق البذل، فهل يجوز للمتولي دفع الثمن إلى البطن الموجود، أم يوضع عند أمين إلى زمان التمكن من تحصيل البذل؟

[1] فيه: أنّ مجرد الاحتمال غير كاف في جواز التصدي بعد كون مقتضى الأصل الفساد. و الفرق بين المقام و الوصية أن حق الوصاية و إن تعلّق بعين مشخصة، لكن لا من حيث تشخصها، بل لكونها مالا للموصي فيتعلّق الحقّ بالبذل أيضا، لأنّ ضمان المتلف اعتبار بقائه بما هو مال. بخلاف حقّ النظارة، فإنّه حق في العين بما هي وقف ابتدائي بجعل الواقف، لا بما هي مال، فلا وجه لقيام الحق بالبذل إلا إطلاق البدلية الممنوع.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 201

(2) جواهر الكلام، ج 28، ص 347، و لاحظ المسالك، ج 5، ص 302 و 303

الثاني: أنّ البطن الموجود لو طالب- في مدة الانتظار و التفحص عن البدل- شراء ما ينتفع به مؤقتا بالبيع الخيارى، فهل يجب إجابته؟ أم لا يجب، بل ينتظر وجود البدل الدائم.

الثالث: أنّ الاتّجار بالثمن جائز إن كان صلاحا لجميع البطون؟ أم يتعيّن شراء عين اخرى تكون وقفا بدلا عن المبيع.

و توضيح الفرع الأوّل: أنّ الوقف إذا آل إلى الخراب، فتارة يبذل بعين اخرى ذات منفعة مقصودة، كما إذا عوّضت الدار الخربة بدار عامرة ينتفع الموقوف عليه بسكنائها أو بإيجارها، وهذا خارج عن محلّ الكلام، و تقدّم في (ص 643) في قوله: «فإن كان مما يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون ابقى».

و اخرى يبذل- أي يباع- بالنقود من الذهب و الفضة المسكوكين، و الأنواط الرائجة. و حيث إن مقصود الواقف تسهيل منفعة العين أعمّ من شخصها و نوعها، و لا منفعة يعتدّ بها في مثل الذهب و الفضة- لندرة مثل التزّين- فإن أمكن تبديل الثمن بعين اخرى تعيّن ذلك إبقاء للوقف، إمّا لكونه أقرب إلى غرض الواقف كما قال به جمع، و إمّا لكونه أصلح بحال الموقوف عليهم كما تبه عليه المصنّف قدّس سرّه في (ص 644).

و إن لم يمكن شراء بدل، لعدم وجوده فعلا، و لكن توقّع حصوله بعد مدّة، و جب وضع الثمن عند أمين، و لم يجز دفعه إلى البطن الموجود، ليتصرّف فيه على حدّ تصرفه في نفس الموقوفة، و ذلك لكون الثمن مشتركا بين جميع البطون، لتعلق حق الطبقات اللاحقة به، و لا سلطنة للموجودين عليه، و إنّما كانت سلطنة الانتفاع بالمبدل، فدفع إليهم للانتفاع به بلا مزاحم، و كذلك لهم السلطنة على البدل. و لكن المفروض أن الثمن لا منفعة فيه ليثبت سلطنتهم عليه، و يجب دفعه إليهم لذلك.

[1] قد يتوهم وقيمة نفس النقدين بأن يتجر بهما، و يكون الربح للموقوف عليهم.

لكنه فاسد، لعدم صدق حدّ الوقف- و هو كون الموقوف عينا ينتفع بها مع بقائها- عليه، و من المعلوم أنّ النقدين ليس كذلك، بل يقعان في صراط الوقف.

فلا يجوز (1) دفعه (2) إلى البطن الموجود، لما (3) عرفت من كونه (4) كالمبيع مشتركا بين جميع البطون. وحينئذ (5) فيوضع عند أمين حتى يتمكن (6) من شراء ما ينتفع به

(1) جواب الشرط في «لو لم يكن» وقد تقدم أنّ حرمة دفع الثمن للبطن الموجود منوطة بأمرين:

أحدهما: عدم الانتفاع بنفسه ذهابا أو نوطا.

وثانيهما: رجاء حصول البديل أو الاطمئنان به، وهذا يستفاد من قوله: «حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به» لبعده شموله لمورد اليأس من حصوله.

(2) تقدم أنّ المراد من الدفع المحرّم هو وقوع الثمن تحت يده في مدّة الانتظار وإمساكه لينتفع به. ووجه عدم الجواز عدم سلطنته عليه.

وليس المراد من الدفع أن يكون الثمن للبطن الموجود خاصة. وذلك لوضوح بطلانه، لعدم كونه ملكا طلقا له حتى يجوز التصرف فيه كيف ما شاء.

والحاصل: أنّ الغرض حرمة إعطاء الثمن للبطن الموجود لينتفع بعوائده في مدة التفحص عن المماثل. أما لو لم يتصرف فيه وكان أمينا في حفظه فهو كسائر الأمناء.

(3) تعليل لعدم جواز الدفع، وقد أوضحناه آنفا.

(4) أي: كون الثمن. ولكن الفارق بينه وبين المبيع أنّ المبيع - كالدّار الموقوفة - وإن اشترك البطون فيه، لكن للبطن الموجود حقّ الانتفاع، فلا بدّ من تسلّطه على العين، بخلاف الثمن، إذ لم يسبّل منفعته ليستحق الانتفاع به والتسلّط عليه.

(5) أي: وحين عدم جواز دفع الثمن إلى البطن الموجود فيتعيّن على متولّي البيع وضع الثمن عند أمين.

(6) يعني: أنّ وضع الثمن عند أمين يعمّ صورتين: إحداهما: أن لا يحصل في مدة التفحص عن البديل مماثل للوقف ليشتري سواء وجد بدل موقت ببيع خيارى أم لا.

ثانيتها: أن يحصل في تلك المدة مماثل موقت، كما إذا بيعت الدار الخربة بخمسمائة دينار، ولم يف هذا الثمن بدار مماثلة تباع بالبيع اللّازم، ولكن وجد من يبيع داره بخمسمائة دينار بخيار إلى سنة مثلا، فيشتريها المتولّي وينتفع بها البطن الموجود. فإن فسح البائع ردّ الثمن ويوضع عند الأمين كما كان. وإن أمضى البيع قام البديل مقام المبدل،

ولو (1) مع الخيار إلى مدّة.

ولو طلب ذلك (2) البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابهته (3)، ولا يعطل (4) الثمن حتّى يوجد ما يشتري به من غير خيار (5).

نعم (6) لورضي الموجود بالتّجار به وكانت المصلحة في التجارة،

فينتفع به الموجودون والمعدومون.

(1) والفرد الآخر هو التمكن من الشراء اللازم لا الخياري، فيؤخذ الثمن من الأمين حينئذ.

(2) يعني: ولو طلب البطن الموجود- من المتولّي- شراء عين مع الخيار لم يبعد وجوب إجابهته. وهذا هو الفرع الثاني المتقدم في (ص) 666. والوجه في وجوب قبول الطلب أنّ الانتفاع بالبدل الموقّت- في مدة الخيار- حقّ له بالخصوص من غير مزاحم، فله اشتراء ما ينتفع به بالبيع الخياري. ولو خولف كان تعطيل الثمن تضييعا لحقّ البطن الموجود، وتقويت منفعة عليه بلا عذر.

فإن فسخ البائع فقد تحقق غرض الواقف من حبس العين- الشامل للشخص والنوع- وتسهيل الثمرة، وإن كان موقتا لا دائما. ويعود الثمن كما كان ينتفع به الكلّ.

وإن لم يفسخ كان البيع بالنسبة إلى البطن الموجود لازما. وإذا وصلت النوبة إلى البطن اللاحق جاز الإبقاء والتبديل، لأنّ حرمة بيع الوقف مختصة بالوقف الابتدائي، كما تقدم في (ص) 647 ولا تسري إلى الأبدال. وعليه فلا يلزم ضرر على البطون المتأخرة لو اشترى بثمان الوقف بدل بالبيع الخياري.

(3) أي: إجابة طلب البطن الموجود.

(4) لأنّ تعطيل الثمن عند الأمين تضييع لحقّ الموقوف عليهم.

(5) أي: بالبيع اللازم ليكون بدلا دائما عن الموقوفة.

(6) هذا هو الفرع الثالث ممّا يترتب على تعذّر البدل، وحاصله: أنّه لو وافق البطن الموجود في الاتّجار بثمان الوقف المبيع في مدّة الانتظار- إلى أن يتمكن المتولّي من شراء البدل- جاز ذلك بشرط كون الاتّجار صلاحا للموقوف عليهم، لأنّ الثمن- كالوقف- ملك لهم، ومقتضى قاعدة السلطنة هو الجواز برضاهم، بشرط رعاية مصالحهم.

جاز مع المصلحة (1) إلى أن يوجد البدل (2). و الربح تابع (3) للأصل، ولا يملكه (4)

و حينئذ فالربح العائد من التجارة هل يكون مختصاً بالبطن الموجود، كمنفعة الموقوفة قبل بيعها، أم مشتركاً بين جميع الطبقات كنفس الثمن غير المختص بالموجودين؟

وجهان، اختار المصنف الثاني، لوجود المقتضي للتعميم، وفقد المانع عنه.

أما وجود المقتضي، فلأن الثمن بدل الموقوفة المشتركة بين البطون، و مجموع ما اشترى بالثمن و بيع بأزيد منه وقع بإزاء الثمن الذي هو بدل الوقف، فلا محالة يعم جميع الطبقات. كما إذا بيع الوقف الخراب بمائة دينار، و أٌجر المتولي بالثمن، فاشترى به متاعاً فباعه بمائتين، فإن حال المجموع من الثمن و الربح - أعني المائتين - حال نفس الثمن المفروض كونه مائة، و كان للبطون، و كذا المتاع المشتري به، و كذا المائتان اللتان هما بدل المتاع، لاقتضاء البدلية ثبوت اختصاصات المبدل للبدل، على ما تقدم تفصيله في (ص 636) فيكون وقفاً.

و أما فقد المانع، فلأن ما يتوهم كونه مانعاً عن الاشتراك هو قياس هذا الربح بفوائد نفس الموقوفة، بأن يقال: إن البطن الموجود لو آجر الدار سنة بمائة دينار كانت الأجرة مختصة به، و لا حق لسائر البطون فيها. و كذا لو أوقف حيواناً على البطون، فأنج، فإن النتاج ملك لخصوص الطبقة الحاضرة.

و لكن القياس مع الفارق، لأن الواقف جعل منفعة العين الموقوفة مختصة بكل واحد من البطون مدة حياته، و لا وجه لشركة الجميع فيها. و هذا بخلاف الربح الحاصل بالتجارة بثمن الوقف، لعدم كون الزيادة منفعة لنفس الموقوفة، بل لبدلها، فيجري عليها حكم البدل من كونه ملكاً فعلياً للموجود و شأناً للمعدوم. بمقتضى البدلية، و لا وجه للتبعيض، بجعل ما يعادل أصل الثمن مشتركاً بين الكل، و ما زاد عليه مختصاً بالموجودين.

(1) الظاهر زيادة هذه الكلمة، للاستغناء عنها بقوله: «و كانت المصلحة».

و يحتمل بعيداً أن تكون «المصلحة» قيداً للتجارة بقاء إلى أن يوجد البدل.

فالمصلحة في قوله: «و كانت المصلحة» قيد للتجارة حدوثاً، و هنا قيد لها بقاء، فتدبر.

(2) فبمجرد التمكن من تحصيل البدل لا يجوز التجارة و إن كانت مربحة.

(3) لكونه ربحاً للثمن المشترك بين الجميع.

(4) يعني: و لا يملك الموجودون الربح ملكاً طلقاً، كما كانت منفعة نفس العين الموقوفة ملكاً طلقاً للموجودين.

الموجودون، لأنه (1) جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقي (2).

### [لا فرق في عروض الخراب للكل والبعض]

ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا (3) من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض

(1) أي: لأن الربح، توضيحه: أنّ النماء الحقيقي يكون من باب التوالد، فإنّ الثمرة تتولّد من الشجرة، بخلاف الربح، فإنّه أمر اعتباري، مثلاً: إذا اشترى بثمرن الوقف- الذي هو مائة دينار- عشرين طغارا من التمر، فإذا فرض ارتفاع قيمة التمر بحيث صارت مائة عشرين طغارا مأتي دينار، فالربح- وهو عشرة طغارات- أمر اعتباري محض، إذ المفروض أنّه جزء المبيع الذي هو بدل الثمن، وليس غيره و متولّداً منه. بخلاف الثمرة كما عرفت.

(2) في كونه ثمرة مسبّلة من قبل الواقف مختصة بمن وجد من البطون. هذا ما يتعلّق بالفروع الثلاثة المترتبة على تعذر شراء بذل الوقف فوراً.

(3) كان موضوع ما تقدّم من جهات البحث في الصورة الاولى- إلى هنا- هو خراب العين الموقوفة وسقوطها عن المنفعة المعتدّ بها. و يقع البحث في حكم خراب بعض الوقف وبقاء بعضه عامراً قابلاً لانتفاع البطن الموجود به، وله صورتان:

فتارة يكون عمارة النصف فالباقي بحيث يستعدّ البقاء لينتفع به البطن اللاحق.

و اخرى يكون بحيث يمكن انتفاع البطن الموجود به خاصة، و يخرب بعده.

و الكلام فعلاً في الصورة الأولى، كما لو انهدم نصف الدار الموقوفة، و بقي نصفه الآخر عامراً قابلاً للسكنى فيه فعلاً، من دون أن يتوقف استيفاء المنفعة- المقصودة للواقف- منه على صرف ثمن ذلك النصف فيه، و لا إشكال في جواز بيع الخراب، و شراء دار اخرى- و إن كانت صغيرة- لينتفع بها، تحقيقاً لغرض الواقف، كما كان جواز البيع و التبديل حكم سقوط كلّ الموقوفة عن المنفعة.

ولكن يفترق خراب البعض عن خراب الكلّ بجواز صرف ثمن البعض بأحد نحوين:

الأوّل: صرفه في إعمار ما بقي بإحداث غرفة أخرى أو طابق مستقل بحيث يكون موجبا لتوفير منفعة هذا النصف الباقي. كما إذا كانت أجرته قبل الصرف خمسين ديناراً، و بعده سبعين ديناراً، و كانت منفعة دار صغيرة اخرى- لو اشترت بثمرن النصف

الخراب لكّله أو بعضه، فيباع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفا (1).

ولو كان (2) صرف ثمنه في باقيه (3) بحيث (4) يوجب زيادة منفعة [منفعته] جاز (5) مع رضا الكلّ،

الخراب، - عشرة دنانير، إذ من المعلوم أنّ غرض الواقف من حبس الدار و تسبيل منفعتها و هي السكنى أو الانتفاع باجرتها يحصل بشراء دار مستقلة، و بصرف الثمن في مصلحة النصف الباقي، مع فرض زيادة المنفعة في الثاني.

نعم يشترط في جواز صرف الثمن في النصف الباقي أمران:

أحدهما: زيادة المنفعة على ما يحصل بشراء بدل للنصف الخراب.

و ثانيهما: رضا الموقوف عليهم بهذا النحو من الصرف، و عدم شراء بدل مستقلّ.

و الدليل على اعتبار رضاهم كون ثمن النصف الخراب ملكا لهم، فلهم التصرف فيه بما يرونه من المصلحة.

النحو الثاني: صرف الثمن في عين أخرى موقوفة على نفس هذه الطبقات بحيث تزداد نفعاً. و ذلك بشرطين:

أحدهما: كون جهة الوقف في كليهما واحدة، كما إذا كانت تلك دارا لسكنى البطن أو للانتفاع باجرتها. فلو كانت الموقوفة الأخرى دكانا أو خاناً أو حماماً لم يجز صرف ثمن نصف الدار فيها و إن اتّحد المنتفع بكلا الواقفين.

ثانيهما: رضا جميع أفراد البطن الموجود بالصرف المزبور.

(1) كما كان في خراب الكلّ. و ما تقدم فيه - من عدم حاجة و قفية البدل إلى تجديد صيغة الوقف، و من كونه كالمبدل ملكا فعليا للبطن الموجود و شأنيا للمعدوم، و من كون المتولّي للبيع هو الطبقة الحاضرة بضميمة الحاكم، و غير ذلك من الأحكام - جار في خراب البعض، لوحدة المناط.

(2) هذا إشارة إلى امتياز خراب البعض بجواز صرف الثمن بأحد نحوين، و عدم تعيّن التبديل بعين أخرى.

(3) أي: في باقي الوقف، كما تقدّم أنّها من انهدام نصف الدار، و بقاء نصفها الآخر.

(4) هذا إشارة إلى أوّل الشرطين.

(5) جواب الشرط في «ولو كان» و قوله: «مع رضا الكل» إشارة إلى الشرط



لما عرفت (1) من كون الثمن ملكا للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة.

و منه (2) يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على (3) نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم (4).

ولو خرب (5) بعض الوقف،

الثاني. والمراد من الكلّ الحاكم الشرعي الولي على المعدومين، و كبار البطن الموجود، فلو كان فيهم صغير كان الحاكم وليا عليه أيضا.

(1) تعليل لجواز صرف ثمن المبيع في إعمار ما بقي من الوقف بالشرطين المتقدمين، و محصله: أنّ الثمن كالثمن ملك البطون، فيجوز للبطن الموجود- بضميمة الحاكم- التصرف فيه بما هو صلاح له و للبطون اللاحقة.

(2) أي: و من جواز صرف ثمن البعض- المبيع- بالشرطين المزبورين يعلم جواز صرف الثمن في مورد آخر، و هو ما تقدم توضيحه بقولنا: «النحو الثاني: صرف الثمن في عين أخرى...».

(3) صفة ل «وقف آخر» و غرضه الإشارة إلى أوّل الشرطين، و أنّه لا يكفي في جواز صرف الثمن في وقف آخر كون كليهما موقوفين على هذه البطون، بل لا بدّ من اتحادهما نوعا، كدارين، أو خانين، و هكذا.

و لم يصرّح المصنف بالشرط الثاني- و هو رضا الموجودين و الحاكم- تعويلا على وضوحه، و استفادته من قوله: «و منه يعلم».

(4) أي: كان الموقوف عليه في الوقف الأوّل- الذي بيع نصفه الخراب- و في الوقف الثاني واحدا.

(5) هذا ما أشرنا إليه من الصورة الثانية، و هي خراب نصف الوقف، و كون النصف الباقي العامر فعلا ممّا لا يبقى إلى زمان البطن اللاحق، كما إذا كان اقتضاء بقاء عمارته عشرين سنة، و ينقض البطن الموجود في هذه المدة، فيسقط عن حيّز الانتفاع في زمان انتقاله إلى البطن اللاحق، فهل يجب فعلا صرف ثمن النصف الخراب في مصلحة النصف العامر و ترميمه، ليستمرّ عمراناه و تتمكن الطبقة المتأخرة من الانتفاع به،

و خرج (1) عن الانتفاع، وبقي بعضه محتاجا إلى عمارة لا يمكن (2) بدونها انتفاع البطن اللاحقة، فهل (3) يصرف ثمن المخروب (4) إلى (5) عمارة الباقي وإن لم يرض (6) البطن الموجود (7)؟ وجهان (8) [1]

أم لا يجب هذا الصرف، فلهم الانتفاع بالنصف العامر، وتبدل ثمن النصف الخراب بعين أخرى، ولا يجب حفظ الوقف للبطن اللاحقة لينتفعوا به؟ وجهان، ولم يرجح المصنف قدس سرّه هنا أحدهما، ولكنه قوى الثاني في الصورة العاشرة بزيادة قيد، وهو عدم اشتراط الواقف إصلاح الوقف من منفعة مقدّما على الموقوف عليه. فلو اشترط الواقف ذلك وجه صرف الثمن في مصلحة النصف العامر ليبقى إلى زمان البطن اللاحق. وهذا في الحقيقة وجه ثالث، وسيأتي في الصورة العاشرة التعرض له إن شاء الله تعالى.

(1) أي: خرج بعض الوقف - بسبب الخراب - عن انتفاع البطن الموجود.

(2) الجملة صفة ل «عمارة» أي: عمارة النصف الباقي تكون رعاية للبطن اللاحق، وإلا فانتفاع الموجودين غير متوقف على إعمارها.

(3) الجملة جواب الشرط في قوله: «ولو خرب».

(4) أي: ثمن البعض المخروب بعد بيعه.

(5) متعلق ب «يصرف» والمراد بالباقي هو البعض الباقي، كنصف الموقوفة أو ثلثها أو ربعها.

(6) أي: لم يرض بهذا الصرف، بأن أراد تبديل ثمن الخراب بعين أخرى ينتفع بها كما ينتفع بالبعض العامر من الوقف.

(7) لم يذكر المصنف عدلا لوجوب الصرف، اتكالا على وضوحه، والتقدير:

أم لا يصرف بدون رضی البطن الموجود.

(8) لدوران الأمر بين عدم انتفاع البطن الموجود بالجزء البائر بتبديله بما ينتفع به، والمفروض أنّ جواز بيع الخراب مبني على كونه ملكا للبطن الموجود فعلا، وإطلاق

[1] أوجهها وجوب الصرف، لعدم اختصاص الثمن بالموجودين، وعدم انتفاع البطن الموجود بالثمن حينئذ لا ضير فيه بعد أن كان ذلك لاحتياج نفس الموقوف إلى التعمير

آتيان (1) فيما إذا احتاج إصلاح الوقف- بحيث (2) لا- يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة- إلى (3) صرف منفعة الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود، إذا لم (4) يشترط الواقف [1]

«الناس مسلطون على أموالهم» يقتضي جواز صرف الثمن في مصالح نفسه، ولا ملزم له لصرف الثمن في عمارة ما بقي من الوقف رعاية لحال البطون المتأخرة. وعليه فلا يجب الصرف المزبور.

وبين عدم انتفاع البطن اللاحق بالعين، مع تعلق غرض الواقف بتسبيل منفعتها للطبقات على السواء. وعليه فيجب على الموجود إعمار الباقي.

(1) قال في الصورة العاشرة: «ولو دار الأمر بين بيعه والإبدال به، وبين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة، أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة، المتعلق بشخص الوقف؟ وجهان، لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدماً على الموقوف عليه».

(2) صفة للوقف المحتاج إلى الإصلاح.

(3) متعلق ب «احتاج» والمراد بالمنفعة الحاضرة ما يعود إلى البطن الموجود بتبديل الثمن بعين أخرى ينتفع بها.

(4) قيد ل «الوجهين الآتين» يعني: أن مورد احتمال الوجهين في تلك المسألة- وهي قسمة عوائد الوقف على الموقوف عليهم بعد إخراج المؤن من منافعه- هو عدم اشتراط الواقف. و أما مع شرطه فالمتعين صرف فوائد الوقف في مؤننه.

لزوم صرف المنفعة الحاضرة في إصلاح الوقف، فإن حفظ تأييد الوقف أهم من حق البطن الموجود الموجب مراعاته لذهاب حقوق البطون اللاحقة.

[1] يمكن أن يقال: إن حقوق البطون متأخرة عما يرجع إلى حفظ نفس الوقف، لأن بقاءه بمنزلة الموضوع لحقوقهم، و البقاء موقوف على صرف مؤنونه فيه، فتخرج المؤنونة أولاً، ثم تقسم عوائده على الموقوف عليهم ثانياً.

و على هذا فتصرف المنفعة الحاضرة في إصلاح الوقف، فتأمل.

إخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته (1) في الموقوف عليهم.

وهنا فروع آخر (2) يستخرجها الماهر بعد التأمل.

وهكذا في المقام، فيجب صرف ثمن بعض الوقف في إعمار بعضه الآخر.

(1) كذا في النسخ، والأولى «قسمتها» لرجوع الضمير إلى المنفعة.

(2) منها: أنه بناء على وجوب شراء المماثل إذا لم يكن الثمن وافيا بشراء مماثل تام، ودار بين شراء ناقص منه، وبين شراء تام من غيره، فهل يقدّم المماثل الناقص أم التام من غيره؟

ومنها: أنه إذا زاد الثمن عن المماثل، فهل يصرف الزائد في شراء مماثل ناقص، لعدم وفائه بمماثل تام؟ أم في شراء تام غير مماثل.

ومنها: أنه إذا كان شراء المثل صلاحا للموجودين، وشراء غيره صلاحا للمعدومين، فهل يرجح حق الموجودين أم حق المعدومين؟

ومنها: أنه إذا كان المثل صلاحا للمعدومين، ولكن كان صلاحا في الجملة للموجودين، كما إذا كانت عوائد المثل في جزء من الزمان- كسنتين مثلا- قليلة، وفيما بعده تصير كثيرة، بحيث ينتفع بها الموجودون انتفاعا معتدًا به، فهل يصرف الثمن في شراء هذا المثل؟ أم يصرف في شراء تام غير مماثل.

ومنها: ما إذا كان المماثل بعيدا عن محل الموقوف عليهم مع كون غير المماثل قريبا بمكانهم وأعود بحالهم، فالمصلحة في كل منهما موجودة، غايته أن غير المماثل أنفع وأصلح لهم، فهل يجب شراؤه أم شراء المماثل؟

إلى غير ذلك من الفروع المتصورة في هذا المقام.

هذا تمام الكلام في أولى صور بيع الوقف.



صورة

ص: 677

صورة

ص: 678

صورة

ص: 679



صورة

ص: 680

صورة

ص: 681

صورة

ص: 682

صورة

ص: 683

صورة

ص: 684

صورة

ص: 685

صورة

ص: 686

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416ق. = - 1375.

1250 : ISBN ريال (ج.1)؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان: العربية.

ملحوظة: الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة: ج. 5 (1421ق. = 1379) 10000 ريال: (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة: ج. 4 (چاپ اول: 1420ق. = 1378) 27500 ريال: ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة: كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: BP190/1/الف 8م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1



الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing - Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440-455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

ص: 2

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيما الإمام المبين وغيث  
المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

ص: 3



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لا يخفى على الأساتذة الكرام والإخوة الأفاضل أن كتاب « هدى الطالب » مجموعة محاضرات ألقاها سماحة السيد الوالد له حينما كان في مهد العلم مدينة النجف الأشرف و أثناء تواجده في مدينة الأهواز بعد هجرته إلى إيران.

و كانت طريقته كتابة ما يلقيه من المحاضرات فحصل من مجموع ذلك هذا الشرح الذي حاز إستقبلاً وافراً في الحوزات العلمية. وكان آخر ما كتبه بحث الأراضى، و حالة المنية دون أمنيته و هي إتمام الكتاب، فجزاه الله تعالى عن العلم و أهله خير الجزاء، و حشره مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

هذا و كان قد كتب تعليقاً آخر على المكاسب دونه أيام تدريسه إياه في ... السطح على غرار « قوله قوله تبه ... » و هو و إن تكفل شرح كثير من العبارات الغامضة، كما و تضمّن التعليق على بعض الأبحاث أيضاً، لكنه يختلف مع ما مضى من كتاب « هدى الطالب » من حيث التوضيح و التعليق فكان اللازم توحيد ما كتبه أولاً مع المطبوع من حيث المنهجية، و ذلك بإضافة بعض المطالب إليه.

وقد أمرني \_ قبيل وفاته - بمتابعة المشروع إتماماً للفائدة، فقامت بإمثال أمره مع الاعتراف بفقد الكفاءة العلمية - و اقتصرت غالباً على إكمال ما كان يختص بتوضيح الكتاب، معتمداً على ما دونه أعلام شراح المكاسب و محشيه، كالسيد الفقيه الطباطبائي و الشيخ الفقيه المامقاني و المحقق الخراساني و المحقق التقي الشيرازي و المحقق النائيني و المحقق الإصفهاني و المحقق الإيرواني و السيد العلامة الإشكوري و العلامة الشهيدي وغيرهم من الأجلة و أخص بالذكر ما إستفدته من محاضرات شيخنا الاستاذ العالم

العامل، الفقيه المحقق سماحة آية الله الكبرى الشيخ الوحيد الخراساني متعنا الله بدوام ظلّه.

هذا مضافاً إلى إستخراج ما تيسر لي إستخراجه من الأقوال المنقولة في المكاسب، خصوصاً ما عبر عنه شيخنا الأعظم لي بمثل وربما يستدل وقد تخيّل، كما توهم ولا ينتقض ودعوى، و تعميم الحجة، والإيراد عليه، وقد يقال، وربما قيد « ونحوه، وذلك بالتنبع في الكتب التي عاصر المصنّف مؤلّفها أو قارب عصرهم، كالمصابيح و شرح القواعد و مفتاح الكرامة و المقابس و كشف الظلام و المستند و العناوين و شرح خيارات اللمعة و الجواهر و غيرها و أوردت - غالباً - نص العبارة تسهيلاً للأمر.

ولذلك كله أرجو من الأساتذة الكرام أن يُحمّلوني مسؤولية ما يجدونه من خلل أو قصور في الأداء و تبين المراد، أو خطأ في التخريج.

وختاماً أسأله تعالى القبول و التوفيق لإكمالهِ و أن ينفع به إخواننا المحصلين، إنه خير موفق : و معين.

قم المقدسة - شعبان المعظم ١٤٢٤

أقل الطلبة محمد علي الموسوي المروج

ص: 6

الصورة الثانية (1): أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به، بحيث

الصورة الثانية: أن يخرب الوقف بحيث يقل نفعه

(1) تقدم في الصورة الاولى أن عنوان «خرب الوقف فعلاً» جامع بينها وبين الصورة الثانية والثالثة، وأن الفارق بينها عدم استعداد العين للبقاء في الاولى، واستعدادها له في الأخيرتين «1» [1].

ففي الصورة الأولى يكون الانتفاع بالموقوفة مساوقاً لإتلافها، كما في أكل لحم الحيوان المذبوح، ولذا دار الأمر فيها بين إبقاء العين حتى تلف، وينتهي أمد الوقف بتلفها، وهو تضييع محرّم، وبين تبديلها، لكون البدل بقاء لمالية نفس الموقوفة.

وفي الصورة الثانية- التي هي محلّ البحث- لا يوجب عدم التبديل تلف العين بالمرّة ولا تعذر الانتفاع بها كليّة، بل يبقى مقدار يسير من المنفعة، كالدار الموقوفة التي انهدمت فخرجت عن قابليّة السكنى فيها، ولكن أمكن إيجار العرصة- التي

[1] كما أنّه قدّس سرّه فرّق بين الصورة الثانية والثالثة بقلة المنفعة في الثانية بما يلحق بالمعدوم عرفاً، لقوله: «لا تبلغ شيئاً معتدّاً به» وقوله: «يصدق عليه أنّه لا- يجدي نفعاً» وقوله: «وإلاّ فمجرد حبس العين وإساکه و لو من دون المنفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الاولى». وقلّتها في الثالثة بما لا يلحق

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 611

ص: 7

هي جزء الموقوفة- بشيء قليل، كما لو كان اجرة الدار كل شهر عشرة دنانير، و اجرة العرصة- كذلك- درهمين.

ففي هذه الصورة يقع التزاحم بين أمرين تعلق غرض الواقف بكل منهما.

الأول: حفظ خصوصية العين، لكونها بخصوصيتها محبوسة للموقوف عليه.

و لازمه رفع اليد عن الانتفاع الخاص كالسكنى.

الثاني: حفظ خصوصية المنفعة المسبلة حتى إذا توقف على تبديل العرصة بدار اخرى. و سيأتي في (ص 21) ترجيح هذا على الأمر الأول.

بالمعدوم عرفا، كما هو صريح قوله فيها: «أن يخرب بحيث يقل منفعته، لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم» و لا بد أن يكون نظره إلى الصورة الثانية التي يلحق فيها ندرة المنفعة بالمعدوم، هذا.

و لكن يشكل الفرق المزبور بما أفيد: من أن المراد بقلة المنفعة في الصورة الثانية إن كان ما تقدم في كلامه من لحوقها بالمعدوم- كما في إجارة عرصة الدار بدرهمين شهرا- لم يصح الاستدراك عليه بقوله: «نعم لو كان قليلا في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز» لاتحاد الاستدراك مع ما قبله موضوعا، و هو ندرة المنفعة بحيث يكون بحكم عدم عرفا.

و إن كان مراده من القلة ندرة المنفعة بالنسبة إلى ما كان عليه العين قبل الخراب مع كونها شيئا معتادا به عرفا- كما إذا كان اجرة العرصة نصف اجرة الدار حال عمرائها- فلا استدراك المزبور و إن كان في محله، لتعدد الموضوع، إلا أنه يلزم اتحاد الصورة الثانية و الثالثة «1».

و الحاصل: أن عد الصورة الثانية مستقلة منوط بترك الاستدراك المزبور، ليتعدد موضوع البحث فيها و في الثالثة.



يصدق عرفاً (1) أنه لا منفعة فيه (2)، كدار انهدمت، فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها (3) باجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به.

فإن كان ثمنه (4) على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته (5) كمنفعة العرصه، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز.

---

لكن المصنف قدس سره فصل هنا بين فرضين، واختار عدم جواز البيع في أحدهما، واستشكل في الآخر.

ثم تعرض لأمرين آخرين:

أحدهما: حكم قلة المنفعة لموجب غير الخراب، كالاستغناء عن الخانات الموقوفة على المسافرين - في هذه الأزمنة - لاعتیاد السفر بالسيارات والطائرات ونحوهما.

ثانيهما: حكم وقف العنوان، وسيأتي البحث فيهما.

(1) وإن لم يصدق «عدم النفع» حقيقة، من جهة وجود نفع يسير فيه، كما مر في إجارة عرصه الدار بدر همين مثلاً.

(2) هذا الضمير وضمير «أنه» والمستتر في «يخرّب، يسقط» راجعة إلى الوقف.

(3) أي: بالعرصه، وقوله: «باجرة» متعلق ب «تؤجر».

(4) أي: ثمن الوقف، وهذا هو الفرض الأول، وهو: أن تكون قيمة العرصه بحيث يتعدّد شراء شيء بها يكون منفعته أزيد من اجرة العرصه، كما إذا كان قيمتها عشرة دنانير، واجرتها شهراً در همين، ولو بيعت لم يتيسّر شراء شيء - بالثمن - يكون نماؤه أزيد من در همين. و حكم هذا الفرض منع البيع، لأنّ الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، ولم يحرز مسوّغ البيع بعد.

(5) أي: منفعة المعطى بالثمن، والمراد بالمعطى هو البديل المشتري بثمان الوقف.

والمقصود مساواة عائدة البديل والمبديل.

وإن كان (1) يعطى بثمنه (2) ما يكون منفعته (3) أكثر من منفعة العرصة، بل يساوي منفعة الدار (4)، ففي جواز البيع و جهان:  
من عدم دليل على الجواز (5) مع قيام المقتضي للمنع.

(1) معطوف على «فإن كان» وهذا هو الفرض الثاني، وهو: أن يكون ثمن العرصة- على تقدير البيع- وافيا بشراء دكان مثلا يؤجر بدنانير، فتزيد منفعة البدل على منفعة العرصة فعلا، أعني بها الدر همين.

وفي جواز البيع في هذا الفرض و عدمه و جهان، سيأتي بيانهما إن شاء الله تعالى.

(2) أي: بثمان الوقف.

(3) أي: منفعة المعطى، و هو البدل، كما إذا كانت العرصة في سوق يتخذ فيه محلات للتجارة، أو كانت في شارع عام يبذل لها ثمن كثير، و نحوهما مما يعدّ أجرة نفس العرصة قليلا بالنسبة إلى منفعة البدل.

(4) أي: منفعة الدار قبل انهدامها، فإذا كانت اجرتها شهرا عشرة دنانير، كان منفعة ما يشتري بثمان العرصة عشرة دنانير أيضا. و الوجه في الإضراب واضح، لأنّ شبهة جواز البيع تتأكد عند مساواة البدل لمنفعة نفس الدار الموقوفة المنهدمة.

(5) هذا وجه منع البيع، و حاصله: وجود المقتضي و فقد المانع. أمّا وجود المقتضي فلتعلّق غرض الواقف بحبس العين الخاصّة كالدار التي تكون العرصة جزءها، و المفروض إمضاء الشارع هذا الإنشاء، بمثل «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها». و أمّا فقد المانع، فلأنّ مسوّغ البيع هو خراب الوقف بحيث لا يجدي نفعاً، فيجوز بيع الوقف الساقط عن النفع بالمرّة كما تقدّم في الصورة الأولى. و لكن لا ريب في عدم صدق هذا المانع على المقام، لفرض عود منفعة قليلة من العرصة إلى الموقوف عليهم. و يشهد لمنع جواز البيع تصريح العلامة قدس سرّه بعدم جواز بيع عرصة الدار المنهدمة، لبقائها على الوقف.

وهو (1) ظاهر المشهور، حيث قَيِّدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدي نفعا (2).

وقد تقدّم (3) التصريح من العلامة في التحرير بأنه «لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف، ولم يجز بيعها» (1).

اللهم إلا (4) أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتدّ به

---

(1) أي: عدم جواز البيع في هذا الفرض ظاهر فتوى المشهور بجواز البيع إذا لم يجد نفعا أصلا، فمورد بقاء شيء من النفع - كما في المقام - خارج عن جواز البيع.

(2) تكرر قيد «عدم إجداء النفع» في كثير من العبارات التي نقلها المصنف قدّس سرّه في أوّل المسألة، ففي المقنعة «أو يحصل بحيث لا يجدي نفعا» وفي الانتصار: «متى حصل له الخراب بحيث لا - يجدي نفعا» وفي المراسم: «حتّى لا ينتفع به على أيّ وجه كان» وفي جامع المقاصد: «إذا خرب و اضمحلّ بحيث لا ينتفع به» وغيرها فراجع (2).

(3) غرضه قدّس سرّه من الاستشهاد بعبارة التحرير أنّ منع البيع عند عود شيء من النفع يستفاد من مفهوم قولهم: «بجواز البيع بحيث لا يجدي نفعا». ومن المعلوم أنّ دلالة المفهوم بالظهور لا بالصراحة، ولكن العلامة صرّح بمنع بيع العرصة وبقاء و قفيتها.

(4) ظاهره الاستدراك على قوله: «من عدم دليل على الجواز» فيكون مقصوده بيان وجه جواز البيع، و كان الأنسب بسلاسة العبارة أن يقال: «و من أنّ النفع المنفي...».

و كيف كان فتوضيح ما أفاده: أنّ مراد المشهور - الذين قَيِّدوا جواز البيع بعدم

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 565

(2) المصدر، ص 558، 560، 563 و 568

ص: 11

إجداء النفع - ليس عدم ترتب المنفعة على الوقف بالدقّة العقلية حتى يكون حصول النفع القليل مانعا عن البيع، بل المراد سلب النفع المعتدّ به المناسب للعين الموقوفة، فلو خربت بحيث كان ما يصل إلى الموقوف عليه يسيرا ملحقا بالمعدوم جاز بيعها عند المشهور أيضا، ضرورة عدم كون البيع منافيا لغرض الواقف من حبس العين و تسبيل الثمرة، لأنّ مقصوده من حبس العين تسبيل منفعة خاصّة كالسكنى في الدار، فسقوطها عن تلك المرتبة يوجب خروج الوقف موضوعا عن قوله عليه السّلام:

«الوقف على حسب ما يقفها أهلها». و من المعلوم أنّ أدلّة حلّ البيع و الوفاء بالعقود تقتضي صحة تبديلها بشي ء آخر.

و يشهد لكون المراد من النفع المنفي هو النفع المعتدّ به كلام العلامة في وقف التحرير، من «جعل عرصّة الدار المنهدمة الساقطة عن المنفعة بالكليّة مواتا وجها في المسألة» وجه الشّهادة: أنّ العرصّة لا تصير مسلوبة المنفعة بالدقّة العقلية، بل قد يستفاد منها بإيجارها لبعض الأغراض كجعلها مزبلة أو محلاّ لبيع أنقاض الأبنية ونحوهما. و لكن لما كانت هذه الاجرة بحكم المعدوم بالنسبة إلى اجرة الدار العامرة اتّجه القول بخروجها عن الوقف، و صيرورتها مواتا يجوز للكل التصرف فيها.

(1) يعني: أنّ لكل عين موقوفة منفعة تناسبها، فإن كانت معتدّا بها لم يجز بيعها، و إن كانت قليلة غير معتنى بها جاز بيعها. مثلا إن كانت الدار تؤجر سنة بألف دينار، فالمقدار المعتدّ به خمسمائة دينار، فلو انهدمت و استؤجرت العرصّة بخمسة دنانير لم تكن هذه المنفعة القليلة مقصودة و لا مناسبة لمنفعة الدار، و لا يصدق على العرصّة «أنّها ذات منفعة» بل يصدق - عرفا - كونها مسلوبة المنفعة.

(2) غرضه التمثيل للنفع غير اللائق بالموقوفة، كما إذا كانت اجرة الحمام العامر مائة دينار أو تسعين، و استؤجر عرصتها بعشرة دراهم، ضرورة عدم صدق «وصول النفع إلى الموقوف عليه» على هذه الإجارة.

عرصة توجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي - كجمع الزبائل (1) و نحوه - يصدق (2) عليه: أنه لا يجدي نفعا (3). و كذا القرية (4) الموقوفة، فإنّ خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها، و لا تكون (5) بسلب [تسلب] منافع أراضيها رأسا. و يشهد لهذا (6) ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرصة الدار المنهدمة

(1) جمع «زبالة» بمعنى الفضولات و القاذورات. و لكن لم أظفر في اللّغة بهذا الجمع و لا بمفرده بلفظ «زبالة» التي هي اسم موضع. قال في اللّسان: «الزّبيل - بالكسر - السرّيقين و ما أشبهه» (1) و لعلّ القاعدة تقتضي جمعه على «أزبال» كنظائره من «حبر، و شبل». و الغرض إيجار العرصة لجعلها مزبلة، أو لعرض البضائع فيها.

(2) خبر «فإنّ الحمّام» و ضمير «عليه» راجع إلى الحمّام.

(3) و قد تقدّم عن المشهور جواز البيع عند صدق «لا يجدي نفعا» على الوقف.

(4) هذا مثال آخر لصدق «عدم النفع» عرفا على المنفعة النادرة، فلا يكون خراب القرية الموقوفة بامتناع الانتفاع بها مطلقا حتى بإجارة أراضيها باجرة قليلة، بل يكون بغور نهرها و هلاك أهلها ممّا يوجب سلب معظم منافعها كالزراع. فيصدق عليها مع ما فيها من النفع الجزئي الملحق بالمعدوم «أنّها لا تجدي نفعا» فيجوز بيعها حينئذ.

(5) الأولى «يكون» لرجوع الضمير المستتر إلى خراب القرية، و بناء على ما في نسختنا من قوله «و لا تكون تسلب» فالضمير المستتر راجع إلى القرية، أي:

و لا تكون القرية الخربة مسلوبة المنفعة بالمرّة. و الأولى سوق العبارة هكذا:

«لا بسلب...»، و يكون «لا» نافية عاطفة.

(6) أي: لحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتدّ به، المقصود من

(1) لسان العرب، ج 11، ص 300

ص: 13

مواتا لا ينتفع بها بالكلية (1)، مع أنها كثيرا ما تستأجر للأغراض الجزئية.

فالظاهر (2) دخول الصورة المذكورة (3) في إطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه، بحيث لا يجدي نفعا. ويشمله (4) الإجماع المدعى في الانتصار (5) والغنية.

---

العين الموقوفة.

(1) عبارة التحرير هي: «و لو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية- كدار انهدمت و عادت مواتا و لم يتمكن من عمارتها- كان وجهها» فموضوع الحكم بعود الأرض مواتا هو عدم الانتفاع بها كليّة، وإن بقي شيء يسير من فوائدها.

(2) هذا نتيجة حمل النفع المنفي- في كلام المشهور- على المعتدّ به، و حاصله:

أنّ حكمهم بجواز بيع الوقف- إذا صار بحيث لا يجدي نفعا- مطلق، يشمل صورتين، إحداهما: سلب تمام المنفعة، و الأخرى: سلب جلّ المنفعة. و لم يقيد هذا الإطلاق بسقوط العين عن تمام المنفعة، حتّى لا يجوز البيع عند بقاء شيء منها.

(3) و هي خروج العين عن النفع المعتدّ به.

(4) الأولى تأنيث الضمير، لرجوعه إلى الصورة المذكورة، يعني: أن دليل حكمهم بجواز البيع عند الخراب هو الإجماع، الشامل للصورتين المتقدمتين على حدّ سواء.

(5) قال السيد قدّس سرّه في كلامه المتقدم: «و ممّا انفردت الإمامية به القول بأنّ الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه» ثم قال المصنف قدّس سرّه: «ثمّ احتجّ باتفاق الإمامية».

و قال السيد أبو مكارم قدّس سرّه: «و يجوز عندنا بيع الوقف...» و كلمة «عندنا» ظاهرة في إجماع الإمامية، فراجع «1».

---

(1) الانتصار، ص 226؛ الغنية، ص 298، و تقدّم نقلهما في ج 6، ص 561 و 563

ص: 14

لكن (1) الخروج بذلك (2) عن (3) عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف، الذي هو حبس العين (4)، و عموم (5) قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» مشكل (6).

(1) غرضه قدس سره- بعد بيان وجه منع البيع و جوازه- ترجيح المنع، و حاصله:

وجود المقتضى لعدم جواز بيع الوقف المسلوب نفعه، و فقد المانع عنه. و تقدّم بيانهما في (ص 10).

(2) أي: بمجرد صيرورة جلاً منفعة الوقف مسلوبة، و بقاء شيء يسير منها.

(3) متعلق ب «الخروج» يعني: أن سلب المنفعة المعتدّ بها لا يجوز البيع مع ظهور دليلين في المنع.

أحدهما: عموم «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» الدال على إمضاء ما أنشأه الواقف من حبس العين أبداً، و منعها عن الحركة الاعتبارية، سواء بقيت العين على ما كانت عليه حال الوقف أم خربت بما يقلّ نفعها. و لا مخصّص للعموم المزبور حسب الفرض.

ثانيهما: عموم «لا- يجوز شراء الوقف» الظاهر في منع المعاملة تعبدًا، سواء أكان منع البيع مأخوذاً في إنشاء الوقف أم غير مأخوذ فيه، و تقريب الظهور: أن كلمتي «الشراء و الوقف» من قبيل الجنس الواقع في حيّز النفي، و من شأنه إفادة العموم.

و لا فرق في عدم الجواز بين كون الوقف عامراً و خراباً، كما لا فرق بين قلّة عوائده و كثرتها، و لم ينهض دليل على تخصيص عموم الحرمة حتى يجوز الشراء حال قلّة المنفعة.

(4) يعني: حبسها أبداً، سواء صرّح الواقف بالتأييد أم لم يصرّح به، فإنّ غرضه حال الإنشاء هو حبس العين دائماً على الموقوف عليه.

(5) معطوف على «عموم» أي: الخروج عن عموم نفي جواز البيع.

(6) خبر قوله: «لكن الخروج» و منشأ الإشكال: عدم المخصّص.

و يؤيد المنع (1) حكم أكثر (2) من تأخر عن الشيخ بالمنع (3) عن بيع النخلة

(1) بعد ترجيح منع البيع بالعمومين المزبورين، أيده بفتوى جماعة من الفقهاء- المتأخرين عن شيخ الطائفة- بمنع بيع النخلة المنقلعة، فإنّ المنفعة المقصودة المسبّلة حال الإنشاء هي ثمرتها، وهي منتفية بعد القلع، فإنّ أمكن الانتفاع بها لغرض آخر كالسقيف، وجعلها جسراً على جدول ونحوهما ممّا يكون أجنبيّاً عن جهة الوقف- ولا يكون منفعة معتدّاً بها- لم يجز بيعها، ويتعيّن الانتفاع المزبور من تسقيف و شبهه. وهذا يؤيد منع المصنّف قدّس سرّه من البيع.

و التعبير بالتأييد لأجل كونه مختار أكثر من تأخر عن شيخ الطائفة، و من المعلوم عدم كون حكم الأكثر- بل المشهور- من الحجج الشرعية، لكنه صالح للتأييد.

وإنّ تعذّر الانتفاع بالنخلة المنقلعة مطلقاً كانت الفتوى المزبورة أجنبية عمّا نحن فيه من بقاء منفعة قليلة، لتعدّد موضوع المسألتين.

(2) كالحلّي و المحقّق و العلامة و فخر المحقّقين و المحقّق و الشهيد الثانيين و غيرهم كما في مفتاح الكرامة و المقابس «1»، قال المحقّق قدّس سرّه: «و لو انقلعت نخلة من الوقف، قيل: يجوز بيعها، لتعذر الانتفاع إلاّ بالبيع. وقيل: لا يجوز، لإمكان الانتفاع بالإجارة للتسقيف و شبهه. و هو أشبهه» «2».

(3) متعلق ب «حكم».

(1) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 92، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 220 و 221. و لاحظ السرائر، ج 3، ص 167؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 443 (الحجّرية)؛ قواعد الأحكام، ج 2، ص 395؛ تحرير الأحكام، ج 1، ص 290 (ج 3، ص 317، الطبعة الحديثة)؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 393؛ الدروس الشرعية، ج 2، ص 279؛ جامع المقاصد، ج 9، ص 72؛ مسالك الأفهام، ج 5، ص 400؛ حاشية الإرشاد المطبوعة مع غاية المراد، ج 2، ص 451؛ كفاية الأحكام، ص 142

ص: 16



المنقلعة بناء (1) على جواز الانتفاع بها في وجوه آخر كالسقيف، وجعلها جسرا، ونحو ذلك (2).

بل (3) ظاهر المختلف- حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلي رحمه الله لفظيًا،

(1) قيد لكون حكم الأكثر مؤيدا للمنع عن البيع، وقد عرفت وجه البناء، إذ مع سقوط الوقف عن المنفعة بالمرّة يتعدّد موضوع مسألتنا- وهي بقاء المنفعة القليلة- مع موضوع حكمهم بمنع بيع النخلة المنقلعة.

(2) كأن تعمل زورقا.

(3) غرضه الترقّي- من كون منع البيع فتوى الأكثر- إلى كونه مجمعا عليه، وهو إن كان إجماعا تعبديا كان حجة على منع البيع، وإن كان محتمل المدركية كان مؤيدا أقوى من مؤيدية حكم الأكثر.

أمّا توضيح النزاع بين شيخ الطائفة وابن إدريس قدّس سرّهما فهو: أنه ذهب في كتاب الخلاف إلى جواز بيع النخلة المنقلعة مستدلاّ عليه «بأنّه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه» «1» أي على وجه البيع، فيتعيّن بيعها.

ورده الحلي بقوله: «يمكن الانتفاع بهذه النخلة من غير بيعها، وهو أن تعمل جسرا أو زورقا، إلى غير ذلك من المنافع مع بقاء عينها. وقد بيّنا أنّ الوقف لا يجوز بيعه. فعلى هذا التحرير: لا يجوز بيعها وينتفع بها من هي وقف عليه بغير البيع» «2».

و ادّعى في المختلف أنّ النزاع بينهما لفظي، لا- معنوي، قال قدّس سرّه: «لأنّ الشيخ فرض سلب منافعها، على ما ذكره في دليله، وابن إدريس فرض لها منافع غير الثمرة».

و حاصل توجيه العلامة لكلام الشيخ قدّس سرّه هو: أنه لو خرب الوقف، فإن سقط

(1) الخلاف، ج 3، ص 551، كتاب الوقف، المسألة: 23

(2) السرائر، ج 3، ص 167

حيث (1) نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به في منفعة اخرى (2)- الاتفاق (3) على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلا (4) كما يظهر (5) من التمثيل بجعله جسرا.

عن الانتفاع بالكلية جاز بيعه. وإن أمكن الانتفاع به في منفعة اخرى- غير ما عيّنه الواقف- كتقطيع النخلة للتسقيف أو لصنع زورق، لم يجز بيعها عند الكل.

وعلى هذا لم يجوز شيخ الطائفة البيع في صورة إمكان الانتفاع بالوقف في غير ما أراد الواقف، بل هو كأكثر من تأخر عنه من المانعين. ثم رجح العلامة جواز البيع في مورد سلب منافع العين و شراء بدل له أو صرف الثمن فيما كان تصرف فيه منفعة نفس الوقف، أو غير ذلك، فراجع «1».

وسياتي في الصورة الثالثة البحث عن كون النزاع معنويا أو لفظيا.

فلاحظ (ص 53).

(1) هذا تقريب جعل المنازعة بين العلمين لفظيا، وقد عرفته آنفا.

(2) يعني: غير المنفعة المقصودة التي سببها الواقف، كالثمر الذي هو ثمرة النخلة الموقوفة.

(3) خبر قوله: «ظاهر المختلف» ووجه الظهور ما عرفته من أن المخالف في المسألة هو الشيخ، وبعد حمل تجويز البيع على مورد سلب المنافع مطلقا لا يبقى مخالف لحكمهم بمنع البيع إن بقي شيء من المنفعة.

(4) فلا يكون النفع اليسير ملحقا بالمعدوم حتى يسوغ البيع، فلا تلحق هذه الصورة الثانية بالصورة الاولى.

(5) هذا مثال للانتفاع القليل بالنخلة الموقوفة، و منفعة الجسر وإن كان معتنى بها لكنها قليل بالقياس إلى ثمرة النخلة.

(1) مختلف الشيعة، ج 6، ص 316

ص: 18

هذا كله في ترجيح منع البيع، و سيأتي المناقشة في كلا الدليلين، وهما عموم «الوقوف» و عموم «لا يجوز شراء الوقف» فانتظر.

(1) ظاهره الاستدراك عما تقدم في أول الصورة الثانية من قوله: «أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به» فيكون مقصوده بالاستدراك تجويز البيع عند ندرة المنفعة بحيث يلحق بالمعدوم.

لكن تقدم في أول الصورة- كما تبه عليه المحقق الإيرواني قدس سره «1» أيضا- عدم تعدد الموضوع قبل قوله: «نعم» و بعده، لأنه قدس سره صرح «بأنه يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه» فلعل الأولى تبديل «نعم» ب «و الأولى أن يقال: لو كان الانتفاع قليلا ... الخ» و هو أعلم بما أثبتته في الكتاب، جزاه الله عن العلم و أهله خير الجزاء.

و كيف كان فتوضيح وجه جواز البيع هو عدم جريان دليل المنع مع فرض وجود المقتضي للصحة. إذ المانع إما قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» و إما كون حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة، و حيث إن هذا الإنشاء ممضى شرعا بمثل قوله عليه السلام: «الوقف بحسب ما يقفها أهلها» فلا يصح البيع حتى مع ندرة المنفعة.

و المفروض عدم مانعية شيء منهما.

أما الأول- و هو قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»- فلأن شموله للوقف المسلوب المنفعة يكون بالإطلاق الأحوالي، فلا يصح بيع الوقف في كلتا حالتي العمران و الخراب. لكن تقدم في الصورة الأولى منع الإطلاق «2»، لانصراف النهي إلى ما ينتفع به البطن الموجود فعلا، و ما يكون قابلا لانتفاع البطن اللاحق، فلا نهى

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 176

(2) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 614 و 615

لو كان قليلا في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن (1) الحكم بالجواز،

عمّا لا نفع فيه [1].

و أما الثاني - أعني به كون حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة، و هو ممّا يجب الوفاء به - فلأن غرض الواقف و إن كان حبس العين الخاصة كالدّار، و تسبيل الثمرة الخاصة كالسكنى فيها، إلا أن غرضه من حبس العين الخاصة يكون تابعا لغرضه الأصلي و هو التسبيل الخاصّ، فبانتفاء المنفعة لا - غرض للواقف في حبس العين أصلا. و لو فرض أن مقصوده حبس العين و إمساكها مطلقا حتى لو صارت مسلوبة المنفعة لزم القول بمنع بيعها في الصورة الاولى. مع أنّه تقدّم هناك كون التبديل رعاية لحقّ الواقف و الموقوف عليه، فكذا يجوز بيعها في الصورة الثانية التي سقطت العين عن المنفعة المعتدّ بها.

(1) جواب الشرط في «لو كان» و الوجه في الإمكان وجود المقتضي لصحة البيع و فقد المانع.

[1] و افيد في وجه الانصراف أيضا: أن قوله عليه السّلام - بعد هذه الفقرة:

و لا تدخل الغلّة في ملكك - ظاهر فيما كانت له منفعة معتدّ بها، فلا يشمل محلّ البحث «1».

لكن يمكن أن يقال: إن الحديث الشريف مشتمل على جملتين مستقلتين، و ليست الثانية تنمة للأولى حتى تكون قرينة على اختصاص النهي عن البيع بما إذا كان عامرا ينتفع به بمقدار معتدّ به، و تقدم في أول المسألة نقل وجهين عن صاحب المقابس قدّس سرّه في تقريب الاستدلال، أحدهما بجملة «لا يجوز شراء الوقف» و الآخر بجملة «و لا تدخل الغلّة في ملكك» فراجع «2».

(1) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني قدّس سرّه، ج 1، ص 176

(2) هدى الطالب، ج 6، ص 614 و 615

ص: 20

لانصراف (1) قوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» إلى غير هذه (2) الحالة.

و كذا (3) «حبس العين و تسهيل المنفعة» إنّما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتمد بها موجودة (4). و إلاّ (5) فمجرد حبس العين و إمساكه (6)- و لو من دون منفعة- لو وجب الوفاء به لمنع (7) عن البيع في الصورة الاولى.

(1) تعليل للإمكان، و غرضه نفي ما يتوهم كونه مانعا، و هو إمّا إطلاق النهي في رواية ابن راشد، و المفروض انصرافه إلى حالة وجود المنفعة. و إمّا وجوب الوفاء بإنشاء الواقف و العمل على طبقه من حبس العين أبدا، و قد عرفت أيضا عدم مانعيته.

(2) أي: غير حالة كون المنفعة في غاية القلّة بحيث تلحق بالمعدوم.

(3) هذا نفي المانع الثاني، و قد تقدم بيانه، و الأولى سوق العبارة هكذا:

«و لأنّ حبس...» فيكون معطوفا على «لانصراف».

(4) يعني: أن «حبس العين أبدا» مقدمة للتوصل إلى تسهيل المنفعة، فمع سلبها لم يكن حبس العين متعلق غرض الواقف حتى يجب الوفاء به بإبقاء الموقوفة على حالها.

(5) يعني: و إن وجب الوفاء بعقد الوقف مطلقا حتى مع سلب المنفعة المعتمد بها، لزم منع البيع في الصورة الاولى أيضا حفظا لغرض الواقف و هو حبس العين الخاصّة، مع أنّه لا ريب في جواز البيع هناك، كما عرفت.

و الأولى بسلاسة العبارة حذف «و إلاّ» أو جملة «فمجرد حبس العين...»

الوفاء به» بأن يقال: «و إلاّ لمنع وجوب الوفاء عن البيع في الصورة الاولى» و الأمر سهل.

(6) الأولى تأنيث الضمير، لكون «العين» مؤنثا سماعيًا.

(7) أي: لمنع وجوب حبس العين عن البيع حتى في الصورة الاولى، لوحدة المناط، و هو تعلق غرض الواقف بحبس عين خاصة. و وجوب الوفاء بالعقد مانع

ثم إن الحكم المذكور (1) جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض (2) آخر غير الخراب، لجريان (3) ما ذكرنا فيه.

ثم إنك (4) قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض: أن جواز بيع الوقف

---

عن البيع في كلتا صورتين، وحيث جاز التبديل هناك فكذا هنا.

هذا تمام الكلام في ما إذا كان منشأ ندره المنفعة خراب الوقف، وسيأتي حكم ما لو كان منشأ قلة المنفعة غير الخراب.

(1) وهو جواز بيع الوقف المسلوب معظم منفعته لأجل الخراب، مع الإشكال الذي ذكره بقوله: «لكن الخروج بذلك ... مشكل». فيقال بجواز البيع لو قلت المنفعة مع قابلية الموقوفة للانتفاع بها، كما إذا وقف بعيرا للسقي فاستغني عنه بعد وضع أنابيب الماء، أو وقف خانا لنزول الزوار والمسافرين فيه، فتعطل بعد قطع المسافات البعيدة بالطائرات والسيارات، وكذا لو وقف دارا على ذريته ليسكنوها بأنفسهم، ولم يمكنهم ذلك لوقوعها في محلة لا يقيم فيها- فعلا- ذوا المروآت، ونحو ذلك مما تكون العين فيه عامرة، ولكن لا ينتفع بها في الجهة المقصودة للواقف.

فما تقدم من وجه جواز البيع ومنعه يجري هنا أيضا، وبعد ترجيح جانب الجواز هناك- من جهة أن حبس العين مقدمة لتسييل الثمرة المعينة، وبانتفائها ينتفي حقيقة التسييل المأخوذ في الوقف، ولا يبقى مجال لحفظ خصوصية العين المسلوبة منفعتها- نقول بجواز البيع هنا، لوحة المناطق.

(2) المراد به ما يكون كاللازم غير المفارق بحسب العادة، كالأمثلة المتقدمة.

(3) تعليل لقوله: «جار» وضمير «فيه» راجع إلى الموصول في قوله:

«فيما» وهو مورد قلة المنفعة لعارض غير الخراب.

(4) ما أفاده المصنف قدس سره هنا إلى آخر الصورة الثانية تعريض بكلام صاحب الجواهر قدس سره من التزامه بفساد الوقف في موردين:

أحدهما: خراب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتد بها في إتلافه، كالحصير

لا يكون إلا مع بطلان الوقف، وعرفت وجه النظر فيه (1). ثم وجه (2) بطلان الوقف

والجذع ونحوهما مما يكون الانتفاع به بإتلاف العين كالإحراق.

ثانيهما: انعدام عنوان الوقف، كما إذا وقف بستانا ملاحظا في إنشائه عنوان «البستان» فخرّب، وسقط عن كونه بستانا.

وقد ذهب صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى بطلان الوقف في هذين الموردين بعد حكمه بأنّ تجويز بيع الوقف كاشف عن بطلانه، لامتناع اجتماع المتنافيين، كما تقدّم توضيحه في أوائل المسألة، فراجع «1».

وتوضيح ما أفاده في المورد الأوّل هو: أنّ الوقف مؤلّف من أمرين أحدهما حبس العين، والآخر تسبيل المنفعة، ومن المعلوم تفرع التسبيل على وجود الثمرة خارجا، ولا فرق في إناطة صحة الوقف بوجود كلّ من العين ومنفعتيها بين الابتداء والاستدامة، فكما يعتبر وجودهما حدوثا كذلك يعتبر بقاء، فلو خربت الموقوفة ولم ينتفع بها بطل وقفيّتها، ضرورة انتفاء المركّب بانتفاء أحد أجزائه كانتفائه بانعدام تمام الأجزاء.

والحاصل: أن الشرط الدخيل في صحة الوقف- وهو كون العين ذات ثمرة مسبّلة- يقتضي انتهاء أمد الوقف بانتفاء الثمرة.

(1) أي: في ما ذكره البعض من بطلان الوقف بجواز بيعه، وتقدم إيراد المصنّف عليه بقوله: «و فيه: أنّه إن اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره ... فهذا لا محصّل له.

وإن اريد به انتفاء أصل الوقف- كما هو ظاهر كلامه- ففيه: مع كونه خلاف الإجماع ... أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذا في مفهومه» فراجع «2».

(2) أي: جعل صاحب الجواهر قدّس سرّه الوجه في بطلان الوقف- في الصورة الاولى

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 533 إلى 535

(2) المصدر، ص 537 إلى 539

ص: 23

في الصورة الاولى بفوات شرط (1) الوقف المراعى في الابتداء والاستدامة، و هو (2) كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها.

وفيه (3): ما عرفت سابقا من أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا

---

المتقدمة- فوات شرط الوقف. قال قدّس سرّه: «و الظاهر تحقق البطلان فيما لو خرب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتبر بها منه في إتلافه، كالحصير و الجذع و نحوهما ... و وجه البطلان حينئذ فقدان شرط الصحة في الابتداء المراعى في الاستدامة بحسب الظاهر، و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقائها» (1).

(1) المراد بالشرط في عبارة الجواهر المتقدمة مقوم الوقف، ولذا عبّر عنه بشرط الصحة، و هذا الشرط ملحوظ في الوقف حدوثا و بقاء. فلو فرض بقاء العين على الوقفية- مع فرض انتفاء الثمرة- لم يكن حسبها مقدمة لتسبيلها كما هو واضح.

(2) أي: أن الشرط المراعى ابتداء و استدامة هو كون العين مما ينتفع بها مع بقائها.

(3) ناقش المصنّف قدّس سرّه في ما تقدم من الجواهر بوجوه أربعة:

الأوّل: أنّه لا- وجه لبطلان الوقف المؤبّد بمجرد انتفاء المنفعة. توضيحه: أن الكلام تارة في انتهاء الوقف المنقطع، و هو الموقّت بأمد محدود كجعل داره وقفا على قوم مخصوصين، فينتهي الوقف بانقراضهم، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في (ص 197).

و اخرى في انتهاء أمد الوقف المؤبّد بانتفاء الثمرة المسبّلة، و عدمه، و هو محلّ البحث.

فذهب صاحب الجواهر إلى أنّه كان وقفا صحيحا، و قد انتهى أمده بزوال المنفعة، و أورد عليه المصنّف بأنّه «لا وجه له» و ظاهره امتناعه ثبوتا، لاستلزام

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 358

ص: 24



البطلان انقلاب الشيء عمّا هو عليه، إذ مع وقوع الوقف المؤبّد صحيحاً يمتنع انقلابه و صيرورته باطلاً بنفاد المنفعة.

الثاني: أنّ القصور في جهة الإثبات، بمعنى أنّه لو سلّمنا إمكان انقلاب الوقف المؤبّد إلى المنقطع كان البطلان منوطاً بوفاء الدليل به، لأنّ يكون من القول بغير العلم، لعدم نهوض دليل بالخصوص على الخروج عن مقتضى قوله عليه السّلام: «الوقف على حسب ما يقفها أهلها». وعليه فلا حجة على بطلان الوقف بقوات المنفعة.

الثالث: أنّ الشرط المزبور- وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها- وإن كان دخيلاً في الوقف، لوضوح كون الغاية من حبس العين تسبيل ثمرتها، إلّا أنّه يكفي في انعقاد الوقف صحيحاً وجود المنفعة حال حدوث الوقفية وإنشائها، وأمّا اعتبار استمرارها فلم يقدّم عليه دليل.

و الشاهد على كفاية وجود هذا الشرط ابتداءً هو ملاحظة شروط سائر العقود الناقلة، كمالية العوضين في باب البيع، فهي معتبرة حين الإنشاء، لكون البيع مبادلة مال بمال. ولا يقدح في صحته و ترتب النقل عليه سقوط المبيع عن المالية بيد المشتري، كما إذا اشترى خلاً فتخمر، أو سقوط الثمن عن المالية بيد البائع إذا كان من الأنواع التي تنسخها الحكومات، فإنّ السقوط عن المالية لا يوجب الخروج عن الملك.

الرابع: أنّ جواز بيع الوقف في مورد طرء المسوّغ له لا يوجب انتهاء أمد الوقف، و بطلانه، بل يتبدّل لزوم الوقف بالجواز و التزلزل، فإن بيع بطل، وإن لم يبق وقفاً، لما تقدّم في أوائل المسألة من أن مفاد دليل جواز بيع الوقف هو جواز إبطاله، و من المعلوم أن جواز الإبطال ليس مبطلاً، بل المبطل هو إنشاء بيع الوقف.

و عليه فتجوز بيع شرعاً تخصيص في دليل لزوم الوقف، و صيرورته جائزاً بعد عروض المسوّغ.

لا وجه له (1) في الوقف المؤبد (2). مع أنه (3) لا دليل عليه. مضافا إلى أنه (4) لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإنّ (5) الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنّه (6) قد يخرج المبيع عن المائيّة، ولا يخرج بذلك (7)

هذا توضيح المناقشة- بوجه أربعة- في المورد الأوّل مما تقدم في كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه.

(1) إمّا لاستحالة انقلاب الشيء عمّا هو عليه. فمع فرض تحقق شرط الصحة- وهو تسبيل الثمرة ابتداء، ووقوع الوقف الصحيح- يمتنع بطلانه. نعم لا مانع من جواز إبطاله بالعقد الناقل.

وإمّا للزوم محذور الخلف لو قيل بصيرورة الوقف الدائم منقطعاً ينتهي أمده بنفسه بطروء الخراب. ولذا لم يقل أحد ممّن أجاز بيع الوقف بطلانه كما تقدّم آنفاً.

(2) كما هو محلّ الكلام، ويظهر منه عدم البأس في بطلان الوقف المنقطع- بمعنى انتهاء أمده- بسلب المنفعة.

(3) الضمير للشأن، وهذا هو الوجه الثاني، ومحصّله- كما عرفت- عدم قيام دليل على بطلان الوقف في محلّ البحث، فلا مخصّص لعموم «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» المقتضي لبقاء العين على صفة الوقفية بعد انتفاء الثمرة.

(4) الضمير للشأن، وهذا هو الوجه الثالث، وتقدّم تقرّبه آنفاً.

(5) تعليل لقوله: «لا دليل» يعني: أن أدلة شروط العقود ظاهرة في كفاية وجود الشرط حدوثاً، ولا دليل على اعتبار وجودها بقاء، سواء أ كانت معتبرة في المتعاقدين أم في العوضين.

(6) الضمير للشأن، وهذا بيان لكفاية وجود الشرط ابتداء.

(7) أي: بالسقوط عن المائيّة. وحيث إن النسبة بين المال والملك عموم من وجه، فلا بأس بانتفاء أحدهما وبقاء الآخر. والمراد بالملك ظاهراً ما هو أعم من النسبة الخاصة بين المالك والمملوك، ومن حقّ الاختصاص الثابت في مثل الخمر

عن ملك المشتري (1). مع أنّ (2) جواز بيعه لا- يوجب الحكم بالبطان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم (3) [1].

---

المنقلب عن الخلّ.

(1) بأن يدخل في ملك البائع مرّة أخرى من جهة فساد البيع، الناشئ من فقد شرط المالية بقاء.

(2) هذا هو الوجه الرابع المتقدم آنفاً.

(3) يعني في قوله: «إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع، لا بجوازه...» فلاحظ «1».

---

[1] ينبغي بيان أمرين:

أحدهما: وجه مناسبة التعرض لكلام صاحب الجواهر قدّس سرّه في هذه الصورة الثانية.

ثانيهما: في تمامية ما أورده المصنف عليه في المقطع الأوّل وهو انتفاء المنفعة.

أمّا الأمر الأوّل، فلعلّ المناسب نقل كلام الجواهر بتمامه في مسألة بطلان الوقف بطرء المسوّغ، وعدمه، إذ ليس في الموردين المذكورين هنا إلاّ تطبيق تلك الكبرى. وكذا البحث في ما يترتب على البطلان من انتقال الوقف إلى الواقف أو الموقوف عليه. ولو تعيّن اقتطاع هذين الموردين كان المناسب جداّ التعرض للمورد الأوّل منهما في الصورة الاولى، كما هو مقتضى صريح المصنف قدّس سرّه «ثمّ وجّه بطلان الوقف في الصورة الاولى».

نعم البحث عن زوال العنوان يناسب الصورة الثانية كما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه «2».

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 529 إلى 531

(2) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدّس سرّه، ج 1، ص 268

ص: 27

وأما الأمر الثاني، فقد اورد على مناقشة المصنف قدس سره بأجنيبتها عمّا في الجواهر، وذلك لأن حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة، و حيث إن مفهوم التسبيل متقوم ذاتا بالثمره فلا- يعقل بقاء الحبس و انتفاء الثمرة الموجب لانتفاء التسبيل، بلا فرق بين الابتداء و الاستدامة. فلا يعقل وقف مجرد عن المنفعة. و لو فرض بقاء العين- بلا ثمره- على الحبس كان وقفها بقاء بمعنى آخر أي حبسها من دون منفعة، و هذا مغاير لمعنى الوقف حال الإنشاء من حبس العين و تسبيل الثمرة.

و الحاصل: أن المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه. هذا بناء على تركيب ماهية الوقف.

و بناء على كون حقيقته حبسا للعين لتسبيل الثمرة، فانتفاء الحبس بانتفاء غايته أوضح، لفرض كون التحبيس مقدمة للتوصل إلى تسبيل المنفعة، و أنّ ما لا منفعة فيه لا تحبس للعين لأجل تلك المنفعة المعدومة. قال المحقق الأصفهاني قدس سره: «إذ الحبس لأجل التوصل إلى غاية لا يعقل بقاءه بعد عدم إمكان التوصل إلى الغاية» (1).

و بالجملة: لما كان تسبيل المنفعة دخيلا في حقيقة الوقف و مقوما لماهيته تعين بطلانه و انتهاؤه بانتفاء مقومه.

و حينئذ فاعتبار اشتمال العين على الثمرة ليس شرطا تعبديا خارجا عن حقيقة الوقف، ليتجه التفصيل بين الابتداء و الاستدامة بكفاية وجوده حدوثا و عدم اعتباره بقاء يقال تارة بأنه لا وجه له، و اخرى بأنه لا دليل على اعتباره في الاستدامة، و ثالثة بالاستشهاد بشرط المالية في البيع مما لا ريب في اعتباره حال العقد لا إلى الأبد.

إذ في الأول: ما تقدم من كون تسبيل الثمرة مقوما للوقف حدوثا و بقاء، و لا ريب في انتفاء الشيء بانتفاء مقومه. فعدم البطلان مما لا وجه له.

و في الثاني: أنّ الشرط المزبور ليس أمرا تعبديا خارجا عن حقيقة الوقف

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 268، و كذا حاشية المحقق التقي الشيرازي، القلم الثاني، ص 24 و 25

---

حتى يطلب الدليل عليه، بل هو المنشأ بإنشاء الواقف. فكما لا يعقل وقف ما لا نفع فيه حدوثاً، فكذا لا يعقل ذلك بقاء.

مضافاً إلى عدم كون هذا الوجه مغايراً للأول، إذ لو كان ممتنعاً لم يعقل قيام الدليل عليه، وإن قام الدليل على البطلان كان هو الوجه.

وفي الثالث: أنه ليس أمراً مغايراً لقوله في الوجه الثاني: «لا دليل عليه» و الدليل عليه تقوم حقيقة الوقف بتسبيل الثمرة، فتنتهي بانتفائها.

و أمّا تنظير المقام بشرائط العقود كمالية العوضين، فيشكل بأنّ الوقف ليس من هذا القبيل، إذ حقيقة الوقف هي تحسيس الأصل و تسبيل المنفعة. و من المعلوم أنّ هذا العنوان لا يتحقق إلا ببقاء العين مع الانتفاع بها، فمع عدم إمكان الانتفاع بها مع بقائها لا يصح وقفها. و هذا بخلاف شروط العقود الناقلة كمالية العوضين، فإذا زالت مالية أحدهما بعد تمامية العقد و القبض لا يبطل العقد، بل يبقى على ملكية من انتقل إليه و إن خرج عن المالية.

و عليه فالأولى تنظير الوقف بالإجارة المتوقفة على وجود المنفعة في المدة ليستوفيها المستأجر، و لا يكفي كون العين ذات منفعة حال العقد، و لذا يبطل بسقوطها عن قابلية الانتفاع بها بعده.

و الحاصل: أن دعوى كفاية وجود شرائط العقود في الابتداء دون الاستدامة تتّجه في ما يكون خارجاً عن ماهية العقد، لا فيما يتقوم به.

و لا يخفى أن المحقق الإيرواني قدّس سرّه - بعد إبطال وجوه المناقشة الثلاثة و إرجاعها إلى وجه واحد - احتمل تارة و استظهر أخرى أن شيخنا الأعظم قدّس سرّه استفاد من تعبير الجواهر ب «شرط الصحة» أنّ تسبيل الثمرة أمر زائد على حقيقة الوقف، و لذا أورد عليه بأنّه لا وجه له و لا - دليل عليه. مع أنّ مقصود صاحب الجواهر من شرط صحة الوقف هو الفصل المقوم للماهية، و معه لا يبقى موضوع للإيراد عليه «1».

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 177.

(1) يعني: ذكر ذلك البعض، وهو صاحب الجواهر قدس سره، وهذا بيان المورد الثاني الذي التزم قدس سره فيه بصحة وقف العنوان، و بطلانه- أي انتهاء أمده- بمجرد زواله وإن لم يكن من الوقف المنقطع المصطلح.

والفرق بينه وبين سابقه هو: أن الزائل- في السابق- الفصل المقوم للوقف بما هو وقف أعني تسبيل المنفعة المأخوذ في ماهية الوقف مهما كانت الموقوفة. والزائل في هذا المورد هو موضوع الوقف، من جهة انعدام الوصف والعنوان المجعول وقفا.

وكيف كان فينبغي الإشارة إلى ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره في باب الوقف من أنحاء أخذ عنوان في الإنشاء، ثم توضيح العبارة المنقولة منه في المتن، فنقول: إنه إذا وقف دارا أو بستانا على أولاده:

فتارة: يكون المقصود موضوعية العنوان المأخوذ في صيغة الوقف بنحو تمام الموضوع، كقوله: «هذه الدار وقف عليهم ما دامت دارا» فينتهي وقفها بانهدامها وتغيير الصورة الدارية سواء أمكن الانتفاع بها أم امتنع. وهذا وقف منقطع الآخر، لأن المجعول للموقوف عليهم هو الملكية المحدودة ببقاء العنوان. وفرقه مع الوقف المنقطع- المقابل للمؤبد- هو أن الانقطاع هنا بانقضاء الموقوف، وفي المنقطع المتعارف بانقضاء الموقوف عليهم.

لكن ظهر بما ذكرناه في التوضيح إمكان مغايرة مناط الإشكال الأول للآخرين، بجعله ناظرا إلى مقام الثبوت، وجعلهما ناظرين إلى مقام الإثبات.

وفي الرابع: أنه لم يتعرض صاحب الجواهر هنا لبطلان الوقف بطروء المسوغ حتى يقال: إن تجويز البيع ينافي لزوم الوقف لا حقيقته، فإن كلامه متمحض في انتهاء الوقف بسلب المنفعة. ولو فرض إرادة جواز البيع من البطلان كان إشكال المصنف عليه مبنائيا، وقد سبق البحث فيه.

و اخرى: يكون المقصود موضوعية العنوان لا بنحو التحديد ببقاء الدار عامرة، بل للانتفاع بها دارا، كما إذا قال: «وقفتها دارا» بمعنى أنه ينتفع بها دارا، فيستمر وقفها بعد انهدامها ما دامت صالحة للانتفاع بها. فإذا خرجت عن قابلية الانتفاع- على وجه لا يرجى عودها- أمكن القول ببطلان وقفها.

وثالثة: يكون المقصود من وقف الدار تسبيل منفعتها، سواء أكانت دارا- كما هي حال الوقف- أم غيرها، بأن تجعل خانا أو حماما، أو نحوهما، فيكون أخذ عنوان «الدار» في الإنشاء مشيرا إلى وقفية الذات- وهي العرصة المعنونة بعنوان الدار- ولذا يجوز تغيير هيئتها اختيارا.

ورابعة: يكون غرض الوقف- كما في الصورة الثالثة- تسبيل منفعة الدار، لكن علم إرادة الدوام منه، بأن يتعدد المطلوب الوقف، فما دام الانتفاع بها دارا ممكنا تعين ذلك، ولا يجوز تغييرها، ولو انهدمت جاز الانتفاع بها مطلقا إما بإحداث دار مثلها أو حمام أو غيرها. هذا ما أفاده في كتاب الوقف «1».

وأما كلامه هنا فمحصّ له: أنّ غرض الوقف من قوله: «وقفت البستان على أولادي» إن كان هو النحو الأوّل أي كان حبس البستان على الموقوف عليهم حبسا محدودا و مؤقتا ببقاء عنوان «البستان»- لكونه ملحوظا جهة تقييدية تدور الوقفية مداره- كان لازمه البطلان بالانهدام، و خروج العرصة عن الوقفية، و لا عبرة بإمكان الانتفاع بها بنحو آخر. و يتجه البحث حينئذ عن رجوعها إلى الوقف أو صيرورتها ملكا طلقا للموقوف عليهم.

فإن قلت: لا وجه لخروج العرصة عن الوقفية بعد زوال عنوان «البستان»

أيضا (1) بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا- مثلا- ملاحظا (2) في عنوان وقفه (3) البستانية، فخرت (4) [1] حتى خرجت عن قابلية ذلك (5)،

---

لكونها جزءا من الموقوفة، إذ «البستان» مرگب من العرصه والأشجار، و من المعلوم أن سقوط الأشجار عن الوقفية- لتبديلها بأخشاب- لا يوجب انتفاء وقفية العين.

قلت: إن العرصه وإن كانت جزءا من الموقوفة، إلا أن الواقف لم يجعلها وقفا لا بشرط الأشجار، بل بشرطها، فزوال عنوان «البستان» و انتهاء وقفيته يوجب سقوط وقفية العرصه من جهة فقد الشرط.

وإن كان غرض الواقف حبس العرصه على الموقوف عليهم على النحو الثالث أو الرابع، لم يقدح ذهاب عنوان «البستان» في استمرار وقف العرصه، هذا.

(1) يعني: كبطلان الوقف في صورة الخراب.

(2) حال من ضمير الفاعل المستتر في «وقف».

(3) أي: وقف البستان.

(4) كذا في الجواهر أيضا، و الأولى «فخرت، خرج» لرجوع الضمير المستتر إلى البستان.

(5) أي: عن قابلية كونه بستانا.

---

[1] الأولى تبديل قوله: «فخرت» بأن يقول: «فتبدلت» إذ الكلام في ذهاب العنوان الذي اخذ موضوعا في إنشاء الوقف، لا مشيرا. فالمدار على ذهاب العنوان سواء أ كان ذلك بالخراب أم بغيره، كما إذا وقف بنت مخاض فصارت بنت لبون، و هكذا، فإنّ العنوان قد تبدل بدون الخراب.

نعم لا بأس بذكر الخراب من باب المثال، لكونه في سياق سابقه من كون انعدام المنفعة المعتمد بها لأجل الخراب. و الأمر سهل.



فإنّه (1) وإن لم تبطل منفعتها أصلاً، لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً، لكن ليس (2) من عنوان الوقف. و احتمال (3) بقاء العرصة (4) على الوقف، باعتبار أنّها جزء من الوقف، وهي باقية (5). و خراب (6)

(1) مقصوده بقاء مقدار معتدّ به من المنفعة بعد انعدام الصورة البستانية، كتشبيد دور على الأرض، فينبغي الحكم ببقاء وقفها حينئذ، لكن لما كان المجعول وقفاً هو عنوان «البستان» كان مقتضاه بطلان وقف العرصة أيضاً كما تقدّم آنفاً.

(2) أي: ليس الانتفاع بالعرصة- ببناء دار فيها- مقصوداً من وقف عنوان «البستان».

(3) مبتدء، خبره «يدفعه» و غرض صاحب الجواهر قدّس سرّه من بيان الاحتمال دفع إمكان القول ببقاء العرصة على الوقفية بعد خراب البستان. و تقدم بقولنا:

«فإن قلت ...».

(4) بفتح العين و سكون الراء المهملة ك «سجدة» و هي «كل موضع واسع لا بناء فيه» (1).

(5) فينبغي بقاء وقفيتها، و عدم زوالها بانعدام وصفها، أي: كونها بستاناً.

(6) مبتدء، خبره «لا يقتضي» و هذا تنمة الاحتمال المزبور، يعني: أنّ خراب البستان يقتضي بطلان الوقف في خصوص البستان، و لا يقتضي بطلان الوقف في العرصة.

ثم إن ما في المتن من جملة «و خراب غيرها ... بطلانه فيها» موافق لما في الطبعة الحجرية من الجواهر (2)، و هو الصحيح. و الموجود في الطبعة الأخيرة «و خراب غيرها و إن اقتضى بطلانه فيها» خطأ قطعاً، و لم يشر إلى ما سقط من العبارة في جدول التصويب.

(1) لسان العرب، ج 7، ص 53

(2) جواهر الكلام، مجلد المتاجر، ص 77

ص: 33

غيرها (1) وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضي (2) بطلانه فيها، يدفعه (3): أنّ (4) العرصة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه (5) بستاناً (6)، لا مطلقاً (7). فهي (8) حينئذٍ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه. ولو فرض (9) إرادة وقفها لتكون (10)

(1) أي: غير العرصة، والمراد بالغير هو عنوان البستان.

(2) يعني: أنّ انتهاء أمد وقف البستان لا يستلزم انتهاء أمد وقف العرصة.

(3) أي: يدفع الاحتمال، وتقدم توضيح الدفع بقولنا: «قلت...».

(4) الجملة مرفوعة محلاً، لكونها فاعلاً لـ «يدفعه».

(5) أي: كون الموقوف.

(6) يعني: أن هذه الحيثية تقييدية، فبذهاب عنوان البستان تزول الوقفية عن العرصة أيضاً.

(7) هذا قرينة على كون وقفية العرصة بنحو وحدة المطلوب، إذ ملحوظ الواقف موضوعية العنوان بنحو وحدة المطلوب، لا بنحو تعدد المطلوب حتى يبقى حكم أحدهما بعد زوال حكم الآخر.

(8) يعني: فالعرصة حين كون الموقوف عنوان البستان - لا بذاتها - تكون جزءاً للعنوان الذي زال وقفيته بزوال البستان.

(9) هذا تقريب بقاء وقفية العرصة كما تقدم في الفرض الرابع.

(10) أي: سواء أكانت الموقوفة بستاناً كما هو كذلك فعلاً، أم داراً، كما لو خرب البستان وبنى دار فيها.

وعليه فالمراد بقوله: «لتكون» - بقرينة ما سيأتي من قوله: «وإن قارنت وقفه» - أنّ البستان موجود بالفعل، وجمعول الواقف وقف كل من الذات والعنوان بنحو تعدد المطلوب.

وليس المراد وقف خصوص الأرض بدون الأشجار الموجودة بالفعل، وإنّما يجب على الموقوف عليه جعلها بستاناً في المستقبل من جهة اشتراطه عليه. وذلك

بستانا أو غيره لم يكن (1) إشكال في بقائها، لعدم (2) ذهاب عنوان الوقف.

وربما يؤيد ذلك (3)

---

لأن لازم وقف هذه الأرض وجوب قلع الأشجار الفعلية- الباقية على ملك الواقف- مقدمة لغرس أشجار فيها.

(1) جواب الشرط، وضمير «بقائها» راجع إلى «وقفها» وتأييد الضمير باعتبار إضافة «وقف» إلى ضمير المؤنث الراجع إلى العرصة.

(2) يعني: لم يكن ملحوظ الواقف عنوان «البستان» كي ينتهي وقف العرصة، بل كان الملحوظ وقف الذات و العنوان بنحو تعدد المطلوب.

(3) المشار إليه هو بطلان وقفية العرصة فيما كان الموقوف عنوان البستان، وغرض صاحب الجواهر قدس سره تأييد انتهاء مدة وقف العرصة- بذهاب العنوان- بما ذكره في باب الوصية من أنه لو أوصى بدار لزيد، فانهدمت، ثم مات الموصي، بطلت الوصية، لكون الموصى به عنوان «الدار» الذي هو اسم مجموع العرصة و البناء، و المفروض فوات المركب بفوات أحد أجزائه، و لا تنتقل أرضها إلى الموصى له، بدعوى: تعلق الوصية بكل جزء جزء من الدار، سواء أكانت عامرة أم منهمة.

قال المحقق قدس سره: «لو أوصى له بدار فانهدمت وصارت براحا، ثم مات الموصي، بطلت الوصية، لأنها خرجت عن اسم الدار. وفيه تردّد» (1).

ويبين صاحب الجواهر وجه التردد و ردّه، فراجع «2».

وبالجملة: فالتزامهم ببطلان الوصية بانهدام الدار- من جهة زوال عنوان الموصى به و هو الدار- صالح لتأييد ما تقدم من سقوط العرصة عن الوقفية بزوال عنوان البستان.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 260

(2) جواهر الكلام، ج 28، ص 463

في الجملة (1) ما ذكره في باب الوصية من أنه لو أوصى بدار، فانهدمت (2) قبل موت الموصي، بطلت الوصية، لانتفاء موضوعها [1].

---

و الوجه في التأييد- دون الشهادة- وجود الفرق بين الوصية بالعنوان وبين وقف العنوان- بعد اشتراكهما في تقييدية الجهة والعنوان- وهو: أن تقييدية العنوان ملحوظة في الوصية حدوثاً فقط، بمعنى أن يكون المنقول بسبب الوصية إلى المنقول إليه عنوان «الدار».

و أما بعد الانتقال إليه وصيرورتها مالكا للموصى له فهو بالخيار بين إبقائها على العنوان الداري وبين إعدامها. وهذا بخلاف الوقف، فإنّ العنوان إذا لوحظ فيه على جهة التقييدية فهو ملحوظ كذلك حدوثاً وبقاءً.

(1) الظاهر كون هذه الكلمة قيّداً للمؤيد وهو فرع الوصية، و مراد صاحب الجواهر قدّس سرّه الإشارة إلى مورد حكمهم بالبطلان، وهو ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي، وإلا كان رجوعاً عن الوصية بلا ريب. قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «و موضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي، وإلا كان رجوعاً» (1).

ولعلّه أشار بقوله: «في الجملة» إلى تفصيل بعضهم بين كون الموصى به داراً معينة، فلا تبطل الوصية بها، وبين كون الموصى به داراً من دوره- على نحو الكلّي في المعين- فانهدمت جميع دوره، فالوصية باطلة. فراجع.

(2) لا بفعل الموصي، وإلا كان رجوعاً عن الوصية، لا من بطلان الوصية بانتفاء موضوعها.

---

[1] مقتضى اتحاد الوقف و الوصية في هذا الحكم جعله دليلاً لا مؤيداً، فلاحظ الجواهر.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 301

ص: 36

نعم (1) لو لم تكن الداربية و البستانية و نحو ذلك (2) مثلا- عنوانا للوقف و إن (3) قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به (4) في كل وقت على حسب ما يقبله (5)، لم يبطل (6) الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر (7) أن في عود الوقف

---

(1) استدراك على قوله: «قد يقال بالبطلان» و غرض صاحب الجواهر قدس سره الإشارة إلى بقاء وقفية العرصه إن كان الملحوظ وقف المعنون- لا البستان- لا بنحو تمام الموضوع و لا جزئه، وإنما اخذ في الإنشاء للإشارة إلى أن متعلق الوقف هو الذات.

و الوجه في جعله عنوان مشيرا هو مقارنة الوقفية و البستانية.

و الظاهر انطباق ما تقدم في الفرض الثالث على قوله: «نعم» و لم يظهر وجه للجزم بكونه تكرارا لقوله: «لو فرض» كما زعمه العلامة الشهيدي قدس سره (1).

(2) كعنوان «الحمام» إن كان المقصود وقف الذات الباقية بعد خرابه.

(3) وصلية، يعني: لا فرق في كون مقصود الواقف وقف العرصه بين اقترانها بكونها بستانا أو دارا، و بين عدم الاقتران، كما إذا لم يغرس فيها الأشجار بعد، أو لم يبن فيها دار كذلك.

(4) هذا الضمير و ضميرا «وقفه، به» راجعة إلى الوقف، المراد به الموقوف.

(5) الضمير المستتر راجع إلى الوقف، و البارز إلى الموصول المراد به الانتفاع.

(6) جواب الشرط في «لو لم تكن».

هذا تمام ما أفاده صاحب الجواهر في المورد الثاني أعني به بطلان وقف العنوان بمجرد تغير أحواله، ثم ذكر احتمالين بعد بطلان الوقف، سيأتي بيانهما.

(7) يعني: ذكر ذلك البعض، و هو صاحب الجواهر، قال قدس سره: «ثم على فرض

---

(1) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 351

إلى ملك الواقف (1) أو وارثه (2) - بعد البطلان - أو الموقوف عليه (3) وجهين (4).

بطلان الوقف بذلك - أي بانعدام العنوان - فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع؟ أو للموقوف عليه وورثته، وجهان ... الخ».

ووجه العود إلى الواقف أو ورثته هو: أنّ خروج الموقوفة عن ملكه ودخولها في ملك الموقوف عليه كان محدوداً ببقاء العنوان الملحوظ حين الإنشاء من بستان أو دار وإمكان الانتفاع الخاص به، ومع انتفاء ذلك الوجه يعود إلى ملك الواقف إن كان حيّاً، وإلى وارثه إن كان ميتاً.

ووجه صيرورته ملكاً طلقاً للموقوف عليه هو: خروج العين عن ملك الواقف ودخولها في ملك الموقوف عليه، ملكاً غير طلق بمعنى منعه عن التصرف فيها بالانتفاع المنافي لبقاء العين في الملك ما دامت قابلة لتلك المنفعة. ومع فرض ذهاب العنوان وبطلان الوقف به تصير ملكاً طلقاً له، لأن المنع من مطلق التصرف كان محدوداً بما رسمه الواقف من عنوان، فيرتفع المنع بانتفاء العنوان.

ثم رجّح صاحب الجواهر قدّس سرّه في كتاب البيع هذا الوجه، واستشهد له بالنص والفتوى المجوّزين للموقوف عليهم بيع الوقف، كما قوى في كتاب الوقف رجوعه إلى الواقف أو ورثته.

(1) إن كان حيّاً حين انعدام عنوان الوقف.

(2) إن مات الواقف قبل زوال العنوان.

(3) معطوف على «الواقف» والمراد بعود الوقف إلى الموقوف عليه صيرورته ملكاً طلقاً له، وإلا فالملكية المقيدة بالعنوان كانت ثابتة له إلى حال بقائه.

(4) اسم «إن» و الجملة منصوبة محلاً على المفعولية ل «ذكر».

هذا ما أفاده صاحب الجواهر، وناقش المصنف فيه وفي تأييده بفرع الوصية وفيما رتب عليه من وجهين في مآل الوقف بعد نفاذ العنوان، و سيأتي بيان الكلّ إن شاء الله تعالى.

(1) ناقش المصنف في ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه هما- من بطلان الوقف بزوال العنوان- بوجهين:

الأول: مخالفته للإجماع على أن زوال العنوان غير مبطل للوقف، وهذا الإجماع ادّعه صاحب الجواهر أيضا في مسألة بقاء وقف عرصة الدار المنهدمة، قال: «إذا انهدمت الدار... لم تخرج العرصة بذلك عن الوقف، ولم يجز بيعها. بلا خلاف أجده بين من تعرّض له...» لكنه قدّس سرّه جعل مورد البحث- أعني وقف عنوان الدار- غير مندرج في معقد الإجماع «1».

وعليه فاحتجاج المصنف قدّس سرّه باتفاق الأصحاب مبني على إطلاق حكمهم ببقاء وقف العرصة بعد انهدام الدار، سواء أ كان الملحوظ عنوان الدار أم لا، فراجع «2».

والحاصل: أنّ الفقهاء وإن اختلفوا في حكم بيع الوقف إذا خرب أو خشى خرابه، فمنهم من جوّز البيع، ومنهم من منعه، لكن هذا الاختلاف غير قادح في إطباقهم على بقاء الوقف بعد تغيير عنوانه، إذ لا ملازمة بينهما، لكون النسبة بين الخراب وسقوط العنوان عموما من وجه، لصدق «تغيّر العنوان» دون الخراب فيما إذا كانت العين الموقوفة حيوانا بسنّ خاص كبنت لبون أو بنت مخاض مثلا، فإذا تجاوز سنّهما عن هذا الحد، فقد تغيّر العنوان مع عدم صدق الخراب.

ولصدق «الخراب» بدون «تبدل العنوان» في الأرض الموقوفة للزراعة، فانقطع عنها الماء، فإنّه يصدق الخراب على هذه الأرض مع عدم تبدل عنوانها.

ولتصادقهما في الدار المنهدمة والبستان الذي خرب، وزال عنوان بستانيته.

(1) جواهر الكلام، ج 28، ص 108

(2) المصدر، ص 109

يرد على [ذلك] (1) ما قد يقال - بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل (2) ولا جواز البيع، وإن اختلفوا فيه (3) عند الخراب أو (4) خوفه، لكنّه (5) غير تغيّر العنوان،

---

فالنّتيجة: أنّ استمرار الوقف بعد نفاذ العنوان مجمع عليه. و معه لا وجه للالتزام بالبطلان كما صار إليه صاحب الجواهر قدّس سرّه. هذا توضيح الوجه الأوّل، و سيأتي الوجه الثاني.

(1) كذا في نسختنا، و الظاهر عدم الحاجة إلى هذه الكلمة، كما لم تذكر في بعض النسخ المصححة، فكأنّه قال: «إنّه: يرد- على ما أفاده في الجواهر من قوله:

قد يقال بالبطلان أيضا... - أوّلا مخالفته للإجماع... الخ».

(2) الوجه في الإتيان ب «بل» هو: أنّ موضوع جواز البيع هو الوقف أي ما كان باقيا على وقفيته، فلو لم يجز البيع بعد انعدام العنوان كان بقاء وقفية العين أوضح وجهها.

(3) أي: في جواز البيع، فمنعه ابن إدريس «1»، و جوّزه جماعة، فراجع الأقوال «2».

(4) الإتيان ب «أو» للتنبيه على اختلاف عبائر المجوّزين، فمنهم من جوّز البيع عند الخراب كسألار «3»، و منهم من جوّزه عند خوف الخراب و خشيته، كالشهيد في الدروس «4».

(5) أي: لكنّ «خراب الوقف» المختلف حكمه أمر، و «انعدام العنوان» أمر آخر، لكون النسبة بينهما عموما من وجه، كما تقدم آنفا.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 545

(2) المصدر، ص 547 و ما بعدها

(3) المصدر، ص 563

(4) المصدر، ص 567

ص: 40



(1) الجملة مرفوعة محلاً على أنها فاعل قوله: «يرد» وهذا ثاني وجهي المناقشة، وينبغي الإشارة إلى أمرين قبل توضيحه:

الأول: أن الفرق بين الأحكام التكليفية المتعلقة بالعناوين، وبين الأحكام الوضعية. هو: أن الحكم التكليفي يقف على نفس العنوان ولا يسري إلى المعنون، كالأمر بالصلاة، فإنّ مركب الوجوب هو عنوان «الصلاة» الفاني في المعنون، لا- نفس المعنون أعني به مصداقه الخارجي، لما تقرر من امتناع اتصافه بالوجوب، ضرورة أن الخارج ظرف سقوط الأمر لا ثبوته.

وهذا بخلاف الأحكام الوضعية، فيمكن تعلقها بالأشخاص وبالطبائع والعناوين، فلو قال: «الدار ملك زيد» كان متعلق الحكم هو الموجود الخارجي أعني المعنون بعنوان الدار، و لو قال: «الخمر نجس» كان المتعلق لبّات الجزئيات الخارجية، ويكون العنوان عبارة وطريقاً إلى ما في الخارج.

وعليه فمعنى مملوكية الدار لزيد كون كل جزء جزء منها ملكاً له، بلا دخل لعنوان «الدارية» فيه.

الثاني: أن حقيقة الوقف إمّا حبس العين على الموقوف عليه أو تملكها له أو غيرهما. ولا ريب في كون مجعول الواقف اعتباراً وضعياً، لا تكليفاً. ولا يقتضي تعلقه بعنوان الدار أو البستان تحديد حبس العين على الموقوف عليه بزمان استمرار الصورة البستانية أو الدارية حتى لا تكون الأجزاء الخارجية مملوكة للموقوف عليه أو محبوسة عليهم.

إذا تقرر هذان الأمران، قلنا في توضيح الوجه الثاني: إنّ منشأ المصير إلى بطلان الوقف بزوال العنوان هو أخذ عنوان خاصّ في صيغة الوقف، كقوله: «وقفت البستان على أولادي». ولكن يسأل من صاحب الجواهر قدّس سرّه عمّا أراده من كلمة «العنوان» فإمّا أن يكون مراده به ما يقع مفعولاً به في مقام الجعل كالمثال المزبور،

لأنه (1) إن اريد ب «العنوان» ما جعل مفعولا (2) في قوله: «وقفت هذا البستان» فلا شك [في] (3) أنه ليس إلا كقوله: «بعت هذا البستان» أو: «وهبته» فإن (4) التملك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك

وإما أن يكون مراده به أمرا آخر كالشرط المبني عليه الإنشاء أو المصرح به فيه، بأن يقول: «وقفت هذا البستان على ذريتي ما دام بستانا». و المفروض عدم اقتضاء شيء منهما بطلان الوقف بنفاد العنوان.

أما الأول فلأن وقفية البستان لا تكون مقصورة على هذا العنوان، بل تسري إلى كل جزء منه، و تقدم أنفا سرية الأحكام الوضعية من عناوينها إلى معنوياتها بلا فرق بين الملكية الحاصلة بالوقف أو بالبيع أو بالهبه.

و الشاهد على تعلق الملكية بالمعنون أنه لو قال: «بعتك هذا البستان» و تغيرت صورته البستانية بعد البيع لم ينحل العقد، بل تبقى العرصة و الأجزاء ملكا للمشتري. فكذا الحال في الوقف الذي يكون حقيقته إيقافا للعين عن النقل الاعتباري أو تملكها أو قصرا، سواء استمر العنوان أم تغير.

و أما الثاني فسيأتي.

(1) تعليل لقوله: «لا وجه» و تقدم بيان عدم الوجه بناء على أول شقي التردد.

(2) المفعول به هو كلمة «هذا» و «البستان» بدل أو عطف بيان له.

(3) هذه الكلمة لم توجد في نسختنا، و إنما أثبتناها تبعا لما في بعض النسخ، و مناسبة لكلمة الشك.

(4) تعليل لوحدة مدلول «وقفت هذا البستان، و: بعته، و: وهبته» في أنّ الدار مفعول به في الجميع. فكما أنّ البائع يملك البستان من المشتري على نحو ملكيته له من الذات و العنوان، و لا يكون تملكه مقصورا على عنوان «البستان»، فلو زال العنوان بقي ملكية المشتري للعرصة لكونها جزءا من المبيع. فكذا في الوقف يملك

مدار العنوان [1]. فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كلّ جزء خارجي وإن لم يكن (1) في ضمن عنوان «البستان». و ليس (2) التملك من قبيل الأحكام الجعلية (3) المتعلقة بالعنوانات.

وإن أريد (4) ب «العنوان» شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل

---

الموقوف عليه كلّ جزء من العين.

(1) أي: وإن لم يكن كلّ جزء منه جزءا لعنوان البستان، إذ بعد ذهاب العنوان لا تتعنون العرصة بجزئيتها له فعلا، بل كانت جزءا له قبل ذهابه.

(2) هذا دفع دخل مقدر، حاصله: مقايسة الملكية وحبس بالأحكام التكليفية الموقوفة على عناوينها كوجوب الصلاة. و تقدم الدفع بما ذكرناه في الأمر الأول في (ص 41) فراجع.

(3) يعني: المجعولة بالأصالة والاستقلال، وهي خصوص التكليفية، لوضوح عدم كون الوضعيات- عند المصنف- مجعولة كذلك كما تقدّم في أول البيع، فراجع «1».

(4) هذا هو الشق الثاني من المنفصلة، و حاصله: أن مراد صاحب الجواهر قدّس سرّه بالعنوان إن لم يكن وقوع الكلمة مفعولا به في مقام الإنشاء، بأن كان المراد شيئا آخر كالاشرط، قلنا: إن إرادة الشرط من العنوان غير معهودة عند العرف و أهل العلم.

---

[1] إلا أن يفرق بينهما بما أفاده السيد قدّس سرّه من كون البستان موردا في البيع و الهبة، و عنوانا في الوقف «2».

و لعلّه لأنّ غرض الواقف من حبس العنوان تسبيل منفعة خاصة، فكأنّ المنشأ تسبيل منفعة هذا العنوان، لا منفعة العرصة التي غرست الأشجار فيها. و المفروض أن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها. و هذا بخلاف البيع.

---

(1) هدى الطالب، ج 1، ص 122 إلى 128

(2) ملحقات العروة الوثقى، ج 2، ص 254

ص: 43

العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً أو قصداً في (1) الموضوع زيادة على عنوانه؟

وأمّا تأييد ما ذكر (2) بالوصية فالمناسب أن يقياس ما نحن فيه بالوصية

مع أنّ اشتراط التوقيت لا يجدي فيما رامه قدّس سرّه من بطلان الوقف بزوال العنوان، سواء أكان الشرط مصرّحاً به كما لو قال: «وقفت هذا على أن يكون بستانا أو: ما دام بستانا» أم منوّياً- من غير دلالة عليه في الإنشاء- كما لو اقتصر على جملة: «وقفت هذا البستان» بانياً على كونه موقّتا ببقاء البستان.

وجه عدم الإجداء: منافاة جعل الملكية المحدودة- للموقوف عليه- للتأييد الذي اعتبروه في الوقف. فيشكل نفوذ هذا الشرط بأدلة الشروط وبخصوص «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها».

(1) متعلق ب «ما اشترط» يعني: أنّ اشتراط العنوان في العين الموقوفة يكون تارة ملفوظاً به و اخرى مقصوداً.

و كان المناسب تتميم المطلب بأن يقال: «وصحته محل تأمل» ونحو ذلك، وإلا كان إطلاق العنوان على الشرط مجرد الخروج عن مصطلح القوم، وهو بحث لفظي، والمهم بيان حكم هذا الشرط صحة وفسادا وإفسادا.

هذا مناقشة المصنف في أصل ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه هما من بطلان الوقف بانعدام العنوان، وبقي الكلام في تأييده بفرع الوصية.

(2) من بطلان الوقف بزوال العنوان، وحاصل المناقشة: أنّ ما ذكره في باب الوصية لا- يؤيّد بطلان الوقف فيما نحن فيه، لافتراقهما موضوعاً، فإنّ مدّعى الجواهر تمامية الوقف هنا وكونه ملكاً فعلياً للموقوف عليه ما دام العنوان باقياً، والمناسب تأييده بكون الملك فعلياً للموصى له، وهو فيما إذا تمت الوصية بعنوان كالدّار، فزال العنوان، كما إذا أوصى بدار لزيد فمات الموصي ثم انهدمت الدار، فإنّها تبقى على ملك الموصى له، لصيرورة الملكية المنشأة بالوصية فعلية بالموت. فتكون هذه المسألة

## نظير الوقف على العنوان.

و حينئذ فإن التزم الفقهاء بخروج الدار المنهدمة عن ملك الموصى له إلى ورثة الموصي كانت متحدة مع المقام. وإن لم يلتزموا بدوران ملك الموصى له مدار العنوان، بل تبقى العرصة على ملكه، كان منافيا لما رامه صاحب الجواهر. و من المعلوم أنّ حكمهم بانتقال الملك إلى الموصى له بموت الموصي وقبول الموصى له (1) شاهد على أن الملكية المنشأة بالوصية وإن كانت متعلقة بعنوان الدار، إلا أنّ المتعلق حقيقة هو ذات المعنون، وأنّ العنوان معرّف محض.

وبعبارة أخرى: كان مقصود صاحب الجواهر من تأييد الوقف بالوصية هو تعلق كل منهما بعنوان الدار مثلا، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية، فكذا يبطل الوقف. و مقصود المصنف قدس سرّه إبطال التأييد، ثمّ التنظير بفرع آخر.

أمّا بطلان التأييد للفرق بين المسألتين، و هو: اقتضاء الوقف على العنوان صيرورة الموقوفة ملكا فعليًا للعنوان، بخلاف مسألة الوصية، لكون ملك الموصى له قبل موت الموصي شأنيا لا فعليًا.

مضافا إلى: أنّ الموصى به هو عنوان «البيستان» حال موت الموصي، بشهادة حكمهم بعدم اعتبار وجود الموصى به حال الوصية. فلو تغيّر عنوان البيستان لم يكن الموصى به موجودا حال الموت، و الموجود حاله- و هو العرصة- مغاير للموصى به، فتبطل الوصية من هذه الجهة، لا من جهة اعتبار بقاء العنوان في بقاء الوصية.

و أمّا التنظير فتقريبه: أنّ الفرع المماثل للوقف على العنوان هو الوصية بالدار التي صارت بعنوانها ملكا فعليًا للموصى له بقبوله و بموت الموصي، ثم زال العنوان، فإنّهم لم يلتزموا بزوال ملك الموصى له، و بعوده إلى ورثة الموصي. و هذا كاشف عن

(1) شرايع الإسلام، ج 2، ص 243

بالبستان بعد تمامها (1)، و خروج (2) البستان عن ملك الموصي بموته وقبول الموصى له. فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة (3)؟

نعم (4) الوصية قبل تمامها

---

عدم موضوعية العنوان، و كونه معرّفاً. فليكن الوقف مستمراً بعد ذهاب العنوان، لوحدة المناط.

(1) أي: تمام الوصية، و وجه المناسبة ما تقدم من فعلية ملك الموقوف عليه و الموصى له لو زال العنوان بعد الموت.

(2) معطوف على التمامية، و هو أثر لها.

(3) فينبغي أن لا يرضى صاحب الجواهر بطلان الوقف بصيرورة البستان عرصة.

(4) غرضه أنّ منشأ بطلان الوصية قبل تمامها ليس ما زعمه صاحب الجواهر من تغيّر العنوان، بل لعدم وجود الموصى به- و هو البستان- حال موت الموصي، فهو نظير بطلانها من جهات اخرى:

منها: رجوع الموصي عن وصيته قولاً أو فعلاً، إمّا بالتصرف الاعتباري في الموصى به ببيع أو هبة أو وقف أو غيرها. و إمّا بالتصرف الخارجي.

قال المحقق قدّس سرّه: «و كذا- أي يتحقق الرجوع- لو تصرّف فيه تصرّفًا أخرجه عن مسماه، كما إذا أوصى بطعام فطحنه، أو بدقيق فعجنه أو خبزه» (1).

و منها: تلف الموصى به، كما لو أوصى بعبده فمات قبل موت الموصي (2).

و منها: عدم بقاء الاسم لو كان بفعل غير الموصي.

و منها: رد الوصية بعد الموت و قبل قبوله (3).

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 244

(2) المصدر، ص 260

(3) المصدر، ص 243

ص: 46

يقع الكلام في بقائها و بطلانها من جهات (1) آخر.

ثم ما ذكره من الوجهين (2) ممّا لا يعرف له وجه، بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً [1].

---

(1) لا- يخفى أن الجهات المتقدمة لم يقع كلام- في بقاء الوصية و بطلانها- في جميعها، لعدم دعوى الخلاف في بعضها كالبطلان بالرجوع و فوات المتعلق، نعم عدم صدق الاسم- إن كان بفعل غير الموصي- يقع الكلام في مبطليته لها و عدمها.

(2) أحدهما: رجوع العين بعد زوال العنوان إلى ورثة الموقوف عليه كما قوّاه في كتاب البيع، و تقدم في (ص 38).

ثانيهما: رجوعه إلى الواقف أو ورثته كما قوّاه في كتاب الوقف، و استظهره من مكاتبة الصفار و غيرها، فراجع «1».

و حاصل مناقشة المصنف في هذا المقطع من كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه هما هو:

أنّ الوقف على العنوان يكون من الوقف المؤبّد، لا المنقطع. و قد أطبق الفقهاء- القائلين بخروج العين عن ملك الواقف- على عدم عودها إليه أو إلى ورثته.

و يستفاد هذا الإجماع من غير موضع من السرائر، كقوله في عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه: «لما بيناه و أجمعنا عليه من أنه لا يصحّ وقفه على نفسه، و أنّه بالوقف قد خرج عن ملكه و لا يجوز عوده إليه بحال» «2» فعدم دخوله في ملك الواقف متفق عليه.

---

[1] الظاهر أنّ المصنف قدّس سرّه اقتصر على ما أفاده صاحب الجواهر في كتاب البيع، فأورد عليه بأنّ عود الوقف المؤبّد إلى الواقف و ورثته مخالف للإجماع.

---

(1) جواهر الكلام، ج 28، ص 57

(2) السرائر، ج 3، ص 155

ص: 47

وعليه فلا ينبغي إبداء احتمال رجوع الوقف إلى الواقف، خصوصا مع تقويته في كتاب الوقف كما سيأتي نقل كلامه في التعليقة.

هذا تمام الكلام في الصورة الثانية.

لكن صريحه قدس سره في كتاب الوقف كونه من المنقطع، كقوله في تقوية رجوع العين إلى الواقف أو ورثته: «لأن عقد الوقف- بعد فرض مشروعيته على هذا الوجه- إنما اقتضى نقلها عن المالك ما دام الموقوف عليه غير منقرض. و متى صار غير موقت صار باطلا مردودا على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأول، فلا يحتاج حينئذ إلى سبب جديد، لأن الناقل عن مقتضى الملك إنما نقل هذا المقدار. و ليس هذا من التوقيت في الملك أو في الوقف، الذي حكينا الإجماع على عدم جوازه، ضرورة كون ذلك الذي فد اخذت فيه المدّة غاية، لا ما إذا جاءت تبعا لانقراض الموقوف عليه» (1).

و كقوله في صور وقف العنوان كالدار المنهدمة: «أحدها: وقفها ما دامت دارا، فانهدمت، و الظاهر كونها من منقطع الآخر» (2).

وبالجملة: فمناقشة المصنف مبنيّة على كون المقام من الوقف المؤبد حتى يتجه تمسكه بالإجماع على عود المال إلى الواقف.

إلا أن يقال: إنّ الغرض إبطال انقطاع الوقف هنا، ثم الإيراد على الجواهر بأنّه بعد تسليم كونه من المؤبد لا سبيل لإبداء احتمال رجوعه إلى الواقف. فتأمل.

و كيف كان فالظاهر أن الملكية المنشأة بالوقف على العنوان محدودة ببقائه.

بمعنى أنه أخرج الدار عن ملكه ما دامت دارا مثلا، و هي ممكنة ثبوتا، و اقتضاء

(1) جواهر الكلام، ج 28، ص 57

(2) المصدر، ص 109



---

«الوقوف» ونحوه صحتها شرعا، نظير ما نقله المحقق الشيرازي عن بعض الأعلام في ملكية الأرض المحيية من أنها تحدث بحدوث صفة الإحياء، و تدوم بدوامها.

و كملكية الخلل التابعة لبقاء عنوان خليته أو حليته، فإذا زال عنه ذلك خرج عن الملكية. و دعوى أنه راجع إلى مزيلية الخراب أو الخمرية أو الحلية عريّة عن البيّنة «1».

وقد يفصل في المقام بين تبدل الصورة النوعية عرفا- مع بقاء المادة الهيولائية المتصورة بصورة أخرى، كصيرورة النخلة خشبة، لمباينتهما، فيبطل الوقف، كما قال به صاحب الجواهر قدس سرّه و بين عدم تبدلها كذلك، و إن تبدلت بالدقة، فيستمر. و الوجه فيه كون قوام الوقف بالصورة النوعية العرفية «2».

و نوقش فيه: بأن شيئية الأشياء و إن كانت بصورها النوعية العرفية أو العقلية، إلا أنها لا تقابل بالمال في المعاوضة، وإنما توجب زيادة مالية المادة.

و عليه فإذا وقف دكانا أو دارا كان ظاهره وقف مادتهما، و لا تدور الوقفية مدار نفس الصور و العناوين، لعدم انفكاكها عن المواد، بل لا يبقى لوقف العنوان- بدون وقف المعنون- معنى محصل، لكونهما متحدين خارجا. فزوال الوقف بزوال المادة و صورتها، هذا «3».

مضافا إلى: أن الوقف لو كان متعلقا بالعنوان- لا بالعين الخارجية- فإن بقي في ملك الواقف شيء منها ليجوز له قلعها بعد يبسها لم يكن معنى لكونها للموقوف عليه، و إن لم يبق شيء منها في ملك الواقف كيف تصير ملكا له بعد زوال العنوان؟

لكن يمكن أن يقال: إنّ هذا تام في الأوصاف الدخيلة في الرغبات، كما إذا اشترى عبدا كاتباً، فتبين كونه أمياً، فيصح، و يثبت له خيار تخلف الوصف، بعد وحدة

---

(1) حاشية المكاسب، القسم الثاني، ص 26

(2) منية الطالب، ج 1، ص 350؛ المكاسب و البيع، ج 2، ص 394

(3) مصباح الفقاهة، ج 5، ص 209 إلى 212

---

حقيقة المبيع عرفا في الكاتب وغيره. وهذا بخلاف تعدد الصور المتحدة مادة لعدم كون المادة المشتركة مناطا لوحدة الحقيقة، لأن مورد المعاملة هو الصورة الخاصة.

ففرق بين كون المبيع غنما وبين كونه جسما مركبا من أعضاء. والمرجع في تعيين كون مورد المعاملة هو الصورة أو المادة العرف.

وأما ما أفاده في حكم النخلة الموقوفة فقد عرفت تصريح صاحب الجواهر قدس سره من خروج الوقف بتمامه عن ملك الواقف موقتا و محدودا ببقاء العنوان، فيعود إليه بعد زواله. والإشكال من ناحية اختصاص الملك بالمرسل أمر آخر. مضافا إلى النقض بعود الوقف إلى الواقف بعد انقراض البطون.

ص: 50

الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث يقلّ منفعته، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم (1). و الأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة،

---

الصورة الثالثة: إذا خرب الوقف بحيث تقلّ منفعته

(1) تقدّم توضيح الفرق بين هذه الصورة وسابقتها في (ص 7) و أنّ مورد الكلام هنا بقاء شيء من منفعة العين بعد خرابها.

ولا يخفى أن لقلّة المنفعة- كما نَبّه عليه المحقق الإيرواني قدّس سرّه «1»- فرضين:

أحدهما: أن تقلّ المنفعة التي لا حظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها، سواء أكان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاصّ منها.

ثانيهما: أن تزول المنفعة المقصودة بالمرّة، مع بقاء منفعة غير مقصودة، أو حدوث هذه مقارنا لزوال ما قصد.

و الظاهر أنّ النزاع بين مجوّز البيع و مانعه يكون في الفرض الثاني، بشهادة تعرضهم لحكم النخلة المنقلعة، ضرورة أنّه لم يبق شيء من الثمرة التي سبّلها الواقف، وإنما الكلام في مانعية الانتفاع الجزئي بالتسقيف و شبهه عن البيع، و عدمها. و أما لو كانت النخلة مثمرة و قلّ تمرها، لم يجز بيعها، هذا.

ثم إنّ المصنف قدّس سرّه قوّى منع البيع هنا وفاقا للأكثر، كما تقدّم نقله مؤيدا للمنع في الصورة الثانية، فراجع (ص 16).

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 178

حيث جَوَّز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجاً بأنه «لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه (1)، لأنَّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل (2)، ولا يرجح عوده» «1». ومنعه (3) الحلِّي قائلًا: «ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستندا إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع. وزوال بعض (4) المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه» (2).

---

(1) أي: على وجه البيع والانتفاع بثمنها.

(2) هذا التعليل - بظاهره - لا يلائم ما قبله من قوله: «إلا على هذا الوجه» الظاهر في انتفاء جميع وجوه الانتفاع بنحو السلب الكلي.

ووجه التنافي: دلالة قوله: «لأنَّ الوجه الذي...» على انتفاء خصوص المنفعة المقصودة للواقف، وأنَّه لا عبرة بسائر الانتفاعات.

لكن يرتفع التنافي بأنَّ قوله: «إلا على هذا الوجه» لا يدلُّ على حصر الانتفاع بالبيع، وسقوط جميع وجوه الانتفاع، بل المراد عدم العبارة بسائر الانتفاعات، لعدم كونها مقصودة للواقف، وإلا لو سقطت العين عن المنفعة بالمرَّة لم يجز بيعها، إذ كيف يباع ما لا منفعة له أصلا. و  
سيأتي في (ص 53) بيان ما أراده الشيخ من التعليلين.

(3) أي: ومنع ابن إدريس قدس سره البيع، استنادا إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله، لأنَّه تحييس الأصل و تسبيل الثمرة، فإن تيسرت الثمرة المسبلة فهو، وإلا فالصرف في منفعة أخرى.

(4) كعدم إثمار النخلة بسبب قلعها، فإنَّه لا يستلزم فوات منفعة أخرى، كأن يعمل منها زورق أو جسر، أو يسقف بها بيت مثلا.

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 551-552، كتاب الوقف، المسألة: 23

(2) السرائر، ج 3، ص 167

ص: 52

و حكي موافقته (1) عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و أكثر المتأخرين.

و حكي في الإيضاح عن والده قدّس سرّه: أنّ النزاع بين الشيخ و الحلّي لفظي.

و استحسّنه (2)، لأنّ في تعليل الشيخ (3) اعترافا بسلب جميع منافعها، و الحلّي فرض وجود منفعة، و منع لذلك بيعها «1».

قيل (4): و يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف، كما هو

---

(1) أي: موافقة الحلّي، و الموافق جماعة، و الحاكي صاحب المقابس قدّس سرّه «2».

(2) يعني: و استحسّن فخر المحققين كون النزاع لفظيا بين شيخ الطائفة و الحلّي، لمغايرة موضوع المنع و الجواز، و ذلك لأنّ الشيخ اعترف بسلب جميع المنافع فجوّز البيع، و الحلّي فرض بقاء بعضها فمنعه. فلو سلب جميع منافع الموقوفة يكون الحلّي مجوزا، كما أنه لو بقي شيء منها لكان الشيخ مانعا. و هذا هو معنى النزاع اللفظي.

(3) المقصود من تعليل الشيخ هو الجملة الاولى أعني قوله: «لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه» و إلا لم يتجه نسبة ذلك إلى الشيخ بملاحظة قوله: «لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف...».

(4) القائل صاحب المقابس قدّس سرّه «3»، و غرضه جعل النزاع بين العلمين معنويا بأن يتحد موضوع الجواز و المنع.

و حاصله: أن المدار على المنفعة التي اعدت العين الموقوفة لها كالثمرة المترتبة على البستان، أو على مطلق المنفعة العائدة من العين كالسكنى المترتبة على الدار، فإذا خرب البستان و بني دارا لم تخرج العين عن الوقفية، فيكون النزاع بين الشيخ و الحلّي معنويا، لأنّ مناط الجواز عند الشيخ انتفاء خصوص المنفعة المقصودة، و إن بقيت سائر المنافع، لقوله: «لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل»، و مناطه

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 393

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62، لكنه قال: «كما نقل»، و الحاكي لها عن الجماعة هو السيد العاملي قدّس سرّه، فراجع مفتاح الكرامة، ج 9، ص 92، و تقدمت المصادر في (ص 16)، فلاحظ.

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62، لكنه قال: «كما نقل»، و الحاكي لها عن الجماعة هو السيد العاملي قدّس سرّه، فراجع مفتاح الكرامة، ج 9، ص 92، و تقدمت المصادر في (ص 16)، فلاحظ.

الظاهر من تعليل الشيخ (1) [1]. ولا يخلو عن تأمل (2).

عند الحلّي هو انتفاء مطلق المنفعة، لا خصوص ما شرطه الواقف.

(1) غرض صاحب المقابس من تعليل الشيخ هو قوله: «لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل» فانه كالصريح في دوران البيع منعا و جوزا مدار ما سبّله الواقف من منفعة وجودا و عدما، و أنّه لا عبرة بوجود منفعة اخرى، قال في المقابس:

«و يمكن بناء الخلاف على رعاية المنفعة المعدّ ذلك الوقف لها، و عدمها، فالشيخ على الأوّل، و الحلّي على الثاني. و هذا هو الظاهر من التعليل كما لا يخفى» (1).

(2) لعلّ وجه التأمل عدم مساعدة كلاهما على هذا التوجيه، أمّا الشيخ قدّس سرّه فلأنّه علّل أوّلا جواز البيع بقوله: «لأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه» و معناه حصر المنفعة- بقول مطلق- في البيع، لا نفي المنفعة المعدّ لها الوقف. ثم علّل هذا الحصر بقوله: «لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل» و ليست هذه الجملة تعليلا لأصل جواز البيع حتى يقال بأنّ مناط الجواز بنظر الشيخ انتفاء المنفعة المقصودة للواقف.

[1] لكن تعليل الجواز في المبسوط يأبى احتمال إرادة مطلق الانتفاع، فلاحظ قوله: «إذا قطعت نخلة من أرض الوقف، أو انكسرت، جاز بيعها لأرباب الوقف، لأنّه تعدّر الانتفاع بها على هذا الوجه الذي شرطه، و هو أخذ ثمرتها». و هذا هو مفاد عبارة الخلاف «لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل».

و عليه فليس ما أفاده المحقق الشوشتري قدّس سرّه بعيدا عن التعليل. و يعود النزاع بينه و بين الحلّي معنويًا، كما يظهر أيضا من الفقيهين السيد العاملي و صاحب الجواهر قدّس سرّه، فلاحظ (2).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62

(2) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 92؛ جواهر الكلام، ج 28، ص 110

ص: 54

و كيف كان (1)، فالأقوى هنا المنع.

و أولى منه (2) بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب (3)، فلا يجوز بذلك (4) البيع، إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان (5) أعود، و سيحيي ء تفصيله (6).

و أما الحلّي فلدلالة قوله: «و زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها» على دوران منع البيع مدار وجود منفعة ما للوقف، و لا يجدي زوال خصوص المنفعة المعدّ لها الوقف. و عليه فبناء النزاع على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف بعيد عن مساق الكلامين.

(1) يعني: سواء أ كان النزاع بينهما لفظيا أم معنويا، فالمختار في المسألة هو منع بيع الوقف الذي بقي مقدار من منفعته. و الوجه في المنع وجود المقتضي و قد المانع، بالتقريب المتقدم في الصورة الثانية، فراجع (ص 8).

(2) الضمير راجع إلى «هنا» المراد به خراب الوقف بما يقلّ نفعه، و هذا هو الفرع الملحق بالصورة الثالثة. و وجه أولوية منع البيع فيه: أنّ الموضوع لجواز البيع - عند القائل به - هو «خراب الوقف» بأن يكون قلة المنفعة لأجل خراب العين، و من المعلوم عدم صدقه في فرض عمرانها.

نعم يمكن القول بجواز البيع هنا استنادا إلى ما سيأتي في الصورة الرابعة من جواز بيع الوقف لو كان أنفع بحال الموقوف عليه.

(3) كما إذا استغني عن مثل الحمّام الموقوف، و عن الخان الموقوف على الزوار و المسافرين، كما تقدم في الصورة الثانية، فراجع (ص 22).

(4) أي: فلا يجوز البيع بقلة المنفعة التي مشؤها خراب العين.

(5) أي: كان البيع أعود، و ضمير «بيعه» راجع إلى الوقف.

(6) في الصورة الرابعة، و لم يختر المصنف قدّس سرّه جواز البيع، لقوله في (ص 87):

«و الأقوى المنع مطلقا وفاقا للأكثر».

هذا ما يتعلق بالصورة الثالثة، و به تمّ الكلام في بيع الوقف لأجل الخراب، و سيأتي حكم بيعه لجهات اخرى كالحاجة إلى الثمن وغيرها.

## [الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه (1).

و ظاهر المراد منه (2): أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا

---

الصورة الرابعة: إذا كان بيع الوقف أصلح للموقوف عليه

(1) مورد البحث في هذه الصورة بقاء الوقف عامرا لم يطرأ عليه الخراب، خلافا لما سبق في الصور الثلاث، ولم تكن حاجة شديدة للموقوف عليه إلى البيع لصرف الثمن في المئونة كما سيأتي في الصورة الخامسة إن شاء الله تعالى.

فمحل الكلام هو البيع لمجرد كونه أصلح بحال الموقوف عليه. و تعرض المصنف قدس سره لجهتين:

إحدهما: راجعة إلى موضوع المسألة، أعني المقصود بأنفعية البيع.

و ثانيتهما: راجعة إلى الحكم، وهو المنع الذي ذهب إليه الجلل، أو الجواز المنسوب إلى الشيخ المفيد. و سيأتي الكلام في كل منهما إن شاء الله تعالى.

(2) أي: من كون البيع أنفع، وهذا إشارة إلى الجهة الأولى.

و توضيحها: أن المراد بقاء أصل الثمن و زيادة نفعه- أو نفع بدله- على ما يعود فعلا إلى الموقوف عليه. كما إذا كانت اجرة الدار الموقوفة مائة دينار شهرا، و لو بيعت بعشرة آلاف و ضورب بالثمن كان الربح الحاصل للموقوف عليه- في الشهر- مائتين. فتزيد حصة كل واحد من الموقوف عليهم على ما حصل بالإجارة.

---

و كذا لو ابدل الثمن بخان أو دكان، و كانت الاجرة مائتي دينار شهرا.

و ليس المراد بأنفعية البيع صرف أصل الثمن في البطن الموجود، ضرورة كون



مدّة وجود الموقوف عليه (1).

وقد نسب (2) جواز البيع هنا إلى المفيد (3).

البيع أنفع - بهذا المعنى - من إبقاء الوقف و الانتفاع به تدريجاً.

و الحاصل: أنّ المقصود بكون البيع أعود و أصلح للموقوف عليه زيادة المنفعة التدريجية - الحاصلة من الثمن أو البدل - على ما ينتفع فعلاً من نفس الموقوفة.

ثمّ إنّ الأنفعيّة تلاحظ تارة بالنسبة إلى خصوص البطن الموجود، مع الغضّ عن الطبقة اللاحقة، و اخرى مطلقاً أي بالنسبة إلى جميع البطن، بحيث لو قيل بجواز البيع اعتبر كونه أعود لجميع البطن، لا للطبقة الموجودة خاصة، و سيأتي في العبارة التنبية عليه.

(1) و هو كل بطن من البطن، يعني: أن النفع الواصل إلى كل طبقة - من ثمن الموقوفة أو بدلها - أزيد مما ينتفع به من نفس الوقف.

(2) المناسب جماعة كالفاضل الآبي «1» و الشهيد «2» و الفاضل الصيمري - على ما حكاه عنه في المقابس «3» - و المحقق الثاني «4» و غيرهم، ففي كشف الرموز: «فهل يجوز تغيير الوقف أو بيعه لمصلحة؟ قال الثلاثة و سألار: نعم، لو كان أنفع للموقوف عليهم و أصلح» و مراده بالثلاثة الشيخ المفيد و السيد المرتضى و الشيخ الطوسي.

و في الدروس: «و جوّز المفيد بيعه إذا كان أنفع من بقائه» «5».

(3) ظاهره انحصار القائل بالجواز في الشيخ المفيد قدّس سرّه. لكن عرفت نسبة جواز

---

(1) كشف الرموز، ج 2، ص 52 و 53، و نقله السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 256، و في ج 9، ص 86

(2) غاية المراد، ج 2، ص 24

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 43

(4) جامع المقاصد، ج 4، ص 68، و كذا السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 9، ص 88

(5) الدروس الشرعية، ج 2، ص 279

البيع إلى غيره أيضا وإن لم تخل عن تأمل. وكذا نسبه الشهيد الثاني قدس سرّه إلى الشهيد و المحقق الثاني، فراجع «1».

(1) غرضه التأمل في نسبة الجواز إلى الشيخ المفيد قدس سرّه، فإن العبارة التي استفيد منها تجويزه للبيع - إذا كان أنفع بحال الموقوف عليه - هي قوله: «الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم... أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدّر عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله «2»».

و محصله: جواز الرجوع في صورتين:

الأولى: امتناع التقرب إليه تعالى بمعونة الموقوف عليهم و صلتهم.

الثانية: كون تغيير الشرط أنفع للموقوف عليه، بناء على أن يكون مقصوده قدس سرّه من تغيير الشرط تبديل العين الموقوفة. و على هذا تتّجه نسبة جواز بيع الوقف - إن كان أعود - إلى الشيخ المفيد، هذا.

و لكن الظاهر عدم وفاء العبارة بذلك، لما في «تغيير الشرط» من احتمالين:

أحدهما: ما تقدم من إرادة تغيير شرط من شرائط الموقوفة مع إبقاء الوقف بحاله، فلو غير شرط عدم البيع أو شرط الدوام و كان أنفع بالموقوف عليه انتقلت الوقفية إلى الثمن أو البدل. كما إذا قال الواقف: «تصدقت بهذه الدار صدقة جارية مؤبدة لا تباع و لا توهب على أولادي بشرط أن يتهجّجوا» فالمراد تجويز تغيير شرط - كشرط عدم بيعها - إن كان أنفع بحال الموقوف عليه.

و بناء على هذا الاحتمال ينبغي أن يراد بكلمة «الرجوع عن الوقف» في

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 399

(2) المقنعة، ص 652، و تقدم كلامه في الأقوال، فراجع ج 6، ص 557

جملة المستثنى منها فسخ الشرط المأخوذ في صيغة الوقف، لا فسخ أصل الوقف و العدول عنه.

ثانيهما: أن يراد من «تغيير الشرط» الرجوع عن أصل الوقف وإبطاله رأساً وجعله كأن لم يكن. وبناء على هذا الاحتمال لا يكون جواز الرجوع أنفع للموقوف عليهم، بل هو أنفع للواقف المباشر للبيع.

إلا أن توجه الأنفعية لهم بإرادة صرف الثمن فيهم، أو التصديق على كل واحد منهم بما يستحقه، ولكن لا قرينة في عبارة الشيخ المفيد على هذا التوجيه.

ويمكن ترجيح الاحتمال الثاني على الأول بقرينة كلمة «الرجوع» وبيانه:

أن المراد بالرجوع في الصورة الاولى- وهي امتناع إعانة الموقوف عليهم شرعاً- ما هو ظاهره من فسخ أصل الوقف، وينبغي أن يكون هذا المعنى هو المراد- بمقتضى السياق- من الرجوع في الصورة الثانية. وحينئذ يتعين حمل قوله: «تغيير الشرط» على الاحتمال الثاني، أعني به تغيير ما اشترطه في الإنشاء من عدم بيع الوقف كليّة، وتغييره بتجوز البيع لا إلى بدل، هذا.

ولو قيل بعدم قرينة كلمة «الرجوع» على العدول عن أصل الوقف، فلا أقلّ من إجمال عبارة الشيخ المفيد قدّس سرّه وعدم ظهورها فيما نسب إليه من جواز البيع إن كان أعود للموقوف عليه، هذا.

(1) يعني: أن زيادة منفعة الثمن- أو البدل- على منفعة نفس العين الموقوفة قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، فاللازم على متولّي البيع رعاية مصلحة خصوص البطن الموجود، وعدم العبث بمنفعة المعدومين، وهذا مبني على ما تقدم

[1] هذه الجملة راجعة إلى موضوع المسألة من زيادة نفع البيع على بقاءه، لا إلى أصل جواز البيع والمنع، فلعلّ الاولى التعرض لها قبل قوله: «وقد نسب ... الخ».

بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل (1) بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

و الأقوى المنع مطلقا (2)،

في الصورة الاولى «1» من انتهاء أمد الوقف بالبيع و انتقال الثمن إلى البطن الموجود، بدعوى: أن الوقف على تقدير بقائه يصير ملكا للبطن اللاحق، و يبعه يبطل هذا التقدير، فلذا يختص الثمن بالموجود.

و أمّا بناء على كون الثمن ملكا فعليا للموجود و شأنيا للمعدوم- كما حققه المصنف قدّس سرّه هناك «2»- فلا بد من ملاحظة زيادة المنفعة للجميع، و لا يحلّ بيع الموقوفة لو اختصت زيادة منفعة البدل أو الثمن بالبطن الموجود.

(1) و أمّا إذا قيل بالاختصاص بالبطن الموجود- كما اختاره المحقق قدّس سرّه و غيره في دية العبد الموقوف المقتول «3»- كفى كون البيع أنفع بحال البطن الموجود من إبقاء نفس الموقوفة.

(2) هذا بيان المختار، و المراد بالإطلاق ما يقابل التفصيل بين حاجة الموقوف عليهم إلى البيع، و عدمه. كما نقله السيد الفقيه العاملي «4» عن النهاية و الجامع.

و عدّه المحقق الشوشتری قولاً ثانياً في المسألة، فقال: «إنّه يجوز البيع إذا كان أنفع بشرط الحاجة الضرورية إلى ذلك، و قد قال بذلك كثير من الأصحاب» «5».

و تقييد جواز البيع يظهر من الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد، كما نسبه إليه في الجواهر «6».

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 632

(2) هدى الطالب، ج 6، ص 627

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 219

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 257

(5) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 45

(6) غاية المراد، ج 2، ص 28 و 30؛ جواهر الكلام، ج 22، ص 364

(1) كما يظهر من المقابس، فإنه بعد نقل القول الثالث- وهو المنع مطلقا سواء أكانت حاجة أم لم تكن- أفاد: أنّ المانع عن البيع هنا إمّا يمنع بيع الوقف مطلقا كالإسكافي والحليّ قدّس سرّه هما، وإمّا يمنعه في الجملة ولم يجوّزه فيما كان البيع أنفع، قال قدّس سرّه:

«و منهم من لم يحكم ببطلان بيعه لبعض الأسباب، إلاّ أنّه أسقط منها صورة الحاجة، وكون البيع أنفع من هذه الجهة، وهم: الشيخ في المبسوط وظاهر الخلاف، ومحتمل كتابي الأخبار، والمحقق في بيع الشرائع ووقفه، وظاهر وقف النافع كما فهمه الشهيد أيضا، والعلاّمة في المختلف والتخليص وبيع القواعد والإرشاد والتذكرة والتحرير ووقفها، والشهيدان في الدروس واللمعة والروضة والمسالك، والفاضل السيوري في التنقيح، وأبو العباس في المقتصر وظاهر المهذّب، والصيمري في بيع غاية المرام ووقفه، وصاحب المفاتيح، وجملة ممّن تأخر عنه» (1).

وعليه فالشهرة محققة على منع البيع فيما كان أعود، وهي تجدي في تحقق الإعراض الموهن لمستند الجواز، وهما روايتا جعفر و الحميري.

(2) قيدل «بل الكلّ» غرضه دعوى الإجماع على المنع، وأن الشهرة المحضّة- دون الاتفاق- مبنية على وجود المخالف في المسألة، ولما كان المجوّز منحصرا في الشيخ المفيد ولم يكن لكلامه ظهور في تجويز البيع- إن كان أعود- لم يصحّ عدّه مخالفا، ولا استيحاش من دعوى الإجماع على المنع حينئذ.

ولو سلّم ظهور كلامه في جواز البيع لزم تأويله وحمله على ما لا يخالف القواعد، كما أفاده العلاّمة قدّس سرّه في التحرير.

(3) مراده مما تقدم إمّا ما أشار إليه من قوله قبل سطرين بقوله: «وقد تقدم عبارته». وإمّا ما نقله عن تحرير العلاّمة، من كونه متأولا، وعقبه المصنف بقوله

على ذلك (1)، وعلى تقديره (2) فقد تقدم عن التحرير: أن كلام المفيد متأول.

وكيف كان (3)، فلا إشكال في المنع، لوجود مقتضي المنع (4)، وهو (5) وجوب

---

هناك: «و لعلّه من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد...» «1»، و ظاهر السكوت ارتضاؤه لأصل الحمل والتأويل.

(1) أي: على جواز البيع إن كان أعود.

(2) أي: تقدير دلالة قول المفيد على جواز البيع.

(3) يعني: سواء أمكن توجيه كلام الشيخ المفيد ليتحقق الإجماع على المنع، أم لم يمكن وتحققت الشهرة عليه، فلا إشكال في عدم جواز بيع الوقف إن كان أصلح بحال الموقوف عليهم. والدليل على الدعوى وجود المقتضي وفقد المانع.

أمّا المقتضي فأمران:

أحدهما: عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود والعهود، وعدم نقضها، وهو شامل للوقف الذي حقيقته حسب الأصل عن النقل و الانتقال مطلقا، سواء أكان يبيعه أصلح بحال الموقوف عليه، أم لم يكن.

وثانيهما: خصوص ما ورد في الوقف، كقوله عليه السّلام: «الوقف على حسب ما يقفها أهلها» الدال على وجوب العمل على طبق ما رسمه الواقف من تحبب الأصل على الموقوف عليه. وكقوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» الظاهر في منع بيع الوقف وتغييره و تبديله.

و أمّا المانع - أي ما يجوز البيع إذا كان أنفع - فما يدعى كونه مانعا رواية ابن حنّان و مكاتبة الحميري، وسيأتي قصورهما عن إثبات جواز البيع.

(4) أي: منع البيع فيما كان أعود.

(5) يعني: و المقتضي للمنع هو ما دلّ - عموما و خصوصا - على وجوب العمل على طبق الإنشاء.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 560

العمل على طبق إنشاء الواقف، وقوله (1) عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» (1)، وغير ذلك (2). وعدم (3) ما يصلح للمنع (4)، عدا رواية ابن محبوب (5) عن علي بن رئاب عن جعفر بن حنّان [حيّان] (6)

---

(1) معطوف على «وجوب» يعني: وكذا يقتضي المنع عن البيع ما دلّ على النهي عن خصوص بيع الوقف وشرائه.

(2) كالإجماع المتقدم في أوّل المسألة على عدم جواز بيع الوقف، و كالنبوي صلّى الله عليه وآله وسلّم المرسل الدال على أن: الوقف تحييس الأصل و تسهيل الثمرة (2).

(3) معطوف على «وجود مقتضي المنع».

(4) يعني: المنع عن تأثير مقتضي المنع، فكأنه قال: «وعدم ما يصلح للجواز عدا...» فإن نفي النفي يؤول إلى الإثبات، نحو «زيد ليس بعديم المال» أي: هو ذو مال.

(5) استدل الشهيد بهذه الرواية على مدعاه من جواز البيع عند الحاجة إن كان أعود، قال قدّس سرّه: «وأما الذاكرون الحاجة- أي جواز البيع عند حاجة الموقوف عليهم- فيمكن تعويلهم على ما رواه جعفر بن حيّان... وهذه تتضمن قيد كون البيع أعود عند الحاجة» (3). ثم قال: «والأجود العمل بما يقتضيه الحديثان السالفان» (4) وأحد الحديثين في كلام الشهيد هو خبر جعفر.

(6) هذا الخبر لا يخلو من بحث سنداً ودلالة. أمّا السند فلجهالة جعفر. وعدم

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 303، الباب 6 من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث: 1

(2) عوالي اللئالي، ج 2، ص 261، الحديث: 5، رواه عنه في مستدرک الوسائل، ج 14، ص 47، الباب 2 من أبواب الوقف، ح 1

(3) غاية المراد، ج 2، ص 28

(4) المصدر، ص 30

ص: 63

إحراز وثاقته، و العمدة وقوع ابن محبوب في السند، و هو مجد عند من يرى كفاية صحة الطريق إلى من أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، مطلقا سواء روى عن مجهول بلا- واسطة أو معها كما في المقام، لأن ابن محبوب يروي عن علي بن رئاب، و هو عن جعفر. فيحكم باعتبار الخبر حينئذ. و لعلّه لهذا وصفه العلامة المجلسي التقي قدس سرّه بالقوي كالصحيح «(1)».

لكن المبنى محلّ تأمل، كما تعرضنا له في شرح الكفاية، فراجع «(2)». و لعلّه عدّه ولده العلامة من المجهول «(3)».

و أمّا الشهرة العملية الجابرة لضعف السند فغير محققة في المقام بناء على ذهاب الأكثر إلى المنع مطلقا.

و أمّا الدلالة فالرواية تشتمل على فقرات متعددة، و هي غير صافية من الإشكال كما سيأتي التعرض لجملة منها، و لا بد من توجيهها بما لا يخالف القواعد، كما تصدى غير واحد له، فراجع «(4)».

و الغرض من نقلها الاستدلال بالسؤال الأخير المتكفل لحكم بيع الوقف عند الحاجة، و تجويزه عليه السلام له بشرطين:

أحدهما: رضا الموقوف عليهم بأجمعهم.

و ثانيهما: كون البيع خيرا لهم من إبقائه، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) هذا هو السؤال الأوّل، و لعلّ مراد السائل: أنّ الواقف وقف أرضا مزروعة على قرابته من أبويه، و شرط في صيغة الوقف: أن يعطي الموقوف عليهم- بعد موت

(1) روضة المتقين، ج 11، ص 158

(2) منتهى الدراية، ج 8، ص 145

(3) ملاذ الأخيار، ج 14، ص 406

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 50 و 51



وقف غلّة (1) له على قرابته (2) من أبيه، و قرابته من أمّه،

الواقف- مقدار ثلاث مائة درهم من عوائد الموقوفة لرجل ما دام حيًا، و لعقبه بعد موته، بأن قال: «هذه الأرض وقف على قرابتي، و شرطت عليهم إعطاء ثلاث مائة درهم- بعد موتي- لزيد ثم لعقبه».

فالمراد بالوصية هنا الشرط على الموقوف عليهم بإعطاء شيء للرجل معلقا على موت الواقف، بحيث تكون نماءات الوقف بتمامها ملكا للموقوف عليهم قبل موت الواقف، و كذلك تكون لهم و لورثتهم بعد انقراض ذلك الرجل و عقبه.

و ليس المراد بالوصية هنا معناها المعهود من العقد المستقل ليشكل بأن الوصية إن كانت بعد اجتماع شرائط الوقف فهي باطلة، لعدم بقاء المال على ملك الموصي حتى يصح الإيضاء به. و إن كانت قبلها صحّت و بطل الوقف.

كما أن الظاهر عدم إرادة الاستثناء من الوقف، بأن يستثنى الواقف مقدارا من منفعة الوقف لنفسه ثم أوصى به لذلك الرجل، كأن يقول: «وقفت هذه الأرض على قرابتي و استثنيت من علّتها ثلاث مائة درهم» إذ لو كان كذلك لزم دخول الدراهم في ملك ورثة الواقف بعد انقراض الموصى له. مع أنه عليه السّلام جعلها للموقوف عليهم.

(1) قال الشهيد قدّس سرّه: «المراد بالغلّة هنا أرض الغلّة، فحذف المضاف للعلم به» (1).

و يشهد له قوله السائل في السؤال الثاني: «أرأيت إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها» لرجوع الضمير إلى الأرض لا إلى الغلّة.

و كذا قوله عليه السّلام في جواب السؤال الثالث: «يردّ إلى ما يخرج من الوقف» فيكون المراد بالموصول الغلّة، و بالوقف نفس الأرض.

(2) استفاد العلامة و غيره من اقتصار السائل- في مقام حكاية الوقف- على

(1) غاية المراد، ج 2، ص 28

ص: 65

و أوصى (1) لرجل و لعقبه (2) من تلك الغلّة- ليس (3) بينه و بينه قرابة- بثلاثمائة (4) درهم في كل سنة، و يقسّم الباقي (5) على قرابته من أبيه، و قرابته من امّه. فقال عليه السّلام: جاز للذّي أوصى له بذلك (6).

قلت: أ رأيت (7) إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلاّ خمسمائة درهم؟ فقال (8): أ ليس في وصيّته أن يعطى الذّي اوصى له من الغلّة

---

ذكر القرابة: أنّ مورد السؤال وقف منقطع، لا مؤبّد، فتكون الرواية أجنبية عن بيع المؤبّد إذا كان أنفع. و سيأتي في (ص 80).

(1) تقدّم أنفا بعض احتمالات الوصية، و أنّ الظاهر عدم إرادة وقف بعض الأرض و الإيضاء بمنافع بعضها الآخر. و ذلك لدلالة قوله عليه السّلام: «أ رأيت إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي وقفها» على أنّ تمام الأرض موقوفة.

(2) المراد بالعقب مطلق الوارث لا خصوص الأولاد، و ذلك بقريضة قوله عليه السّلام:

«لورثته يتوارثونها» أعم من أن يكون الوارث ولدا أو غيره.

(3) يعني: أنّ الرجل الموصى له ليس من القرابة التي وقفت عليهم الأرض.

(4) متعلق ب «أوصى» فالمال الموصى به ثلاثمائة درهم في كل سنة من منافع الأرض يجب إعطاؤها للرجل.

(5) يعني: ما بقي من الغلّة بعد إخراج ثلاثمائة درهم منها.

(6) أي: بثلاثمائة درهم، و جواب الإمام عليه السّلام إمضاء لإنشاء الواقف و تنفيذ لوصيته، و لعلّها كانت شرطا في الوقف كما تقدّم أنفا.

(7) كأنّ السائل تعجب من تنفيذ هذه الوصية من جهة أنّ استحقاق الموصى له للثلاثمائة درهم- على كل حال- قد يوجب النقص في حصة الموقوف عليهم، كما إذا كان تمام الغلّة خمسمائة درهم، فنصيب كل واحد منهم من المائتين الباقيتين قليل جدّا.

(8) يعني: فقال الإمام عليه السّلام- لإزالة تعجب السائل- بلزوم العمل بالوصية النافذة.

ثلاثمائة درهم، ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه و أمه؟ قلت: نعم (1). قال:

ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتى يوفى (2) الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم (3) ما يبقى بعد ذلك.

قلت: رأيت (4) إن مات الذي أوصى له (5)؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته (6) يتوارثونها ما بقي أحد منهم. فإن انقطع ورثته (7)، ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميّت،

(1) أي: نعم ورد في وصية الواقف إخراج ثلاثمائة درهم على كل حال، سواء بلغت الغلّة آلافاً من الدراهم أم كانت خمسمائة درهم.

(2) يعني: حتى يتم للموصى له ثلاثمائة درهم، و تصل إليه.

(3) أي: للقرابة بعد إيفاء الثلاثمائة للموصى له.

(4) هذا سؤال عن حكم الموصى به لو مات الموصى له، وأن الدراهم لورثته أو ترجع إلى الموقوف عليهم.

(5) كذا في نسخ الكتاب و الوسائل، و هو موافق لما في الكافي، و لكن في التهذيب «أوصى» و الأولى ما في المتن.

(6) أي: لعقب الموصى له الذين أوصى الواقف بإعطاء الثلاثمائة درهم لهم بعد موت الموصى له. و المراد بالتوارث ليس هو الإرث المصطلح ليجري عليه الأحكام المختصة به مثل كون حظّ الذكر ضعف الانثى، بل المراد به استحقاق الأعباب ما كان للموصى له بعد موته و إن كان تلقّيه للموصى به من الموصى لا من الموصى له، نظير استحقاق البطن اللاحق للعين الموقوفة بعد انقراض البطن السابق، فإنّه ليس من الإرث المصطلح. و وجه مشابهة هذين - أعني الوصية و الوقف - بالإرث هو توقف استحقاق اللاحق على فقد السابق.

(7) أي: فإن لم يبق أحد من ورثة الموصى له انقطع حكم الوصية، فالثلاثمائة درهم لقرابة الواقف من أبيه و أمه الذين أوقفت الأرض عليهم.

يردّ (1) إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسّم بينهم، يتوارثون ذلك (2) ما بقوا و بقيت الغلّة.

قلت (3): فللورثة من (4) قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا (5) ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال (6): نعم، إذا رضوا كلّهم، و كان البيع خيرا

(1) أي: يرجع الموصى به- وهو الثلاثمائة درهم- إلى الموقوف عليهم، و تنضمّ إلى سائر نماءات الموقوفة، فيقسّم الجميع بينهم.

(2) المشار إليه هو ما يخرج من الوقف. و التوارث هنا بمعنى استحقاق كل بطن بعد انقراض سابقه، لا بمعنى تلقّي الملك من السابق.

(3) هذا السؤال الأخير محلّ الاستشهاد بالرواية على جواز بيع الوقف إن كان أنفع، و السائل فرض حاجة الموقوف عليهم و عدم كفاية الغلّة لهم كما سيظهر.

(4) كذا في نسخ الكتاب و كذا في الوسائل و الكافي، و لكنّه في التهذيب «فللورثة قرابة الميّت» بدون حرف الجرّ. و المراد بالقرابة هم الموقوف عليهم في صدر الرواية أي أقرباء الواقف من أبيه و أمّه، و المراد بالورثة هم نفس القرابة بناء على خلوّ العبارة من حرف الجرّ. و كذا بناء على ذكر «من» لاحتمال كونها بيانية، فكأنه قال: لورثة الواقف الذين هم الموقوف عليهم.

نعم بناء على كونها تبعية، فالمراد بقرابة الواقف ما يعمّ البطن الموجود و البطون المتأخرة، و بالورثة ورثة الميّت شرعا كالبطن الحاضر.

(5) المراد من الحاجة ما ينطبق على الصورة الرابعة أعني بيع الموقوفة و تبديلها بشيء آخر يكون الانتفاع به أزيد مما يعودهم من أصل الوقف فعلا، لأنّ غرض السائل تكميل نفع الموقوفة إلى حدّ يفي بمؤوتتهم، و هذا الغرض يقتضي أن يكون جواز البيع لأجل التبديل بما هو خير للموقوف عليهم و أنفع لهم.

و سيأتي من المصنف إبداء احتمال آخر، فلاحظ (ص 77).

(6) هذا جواب الإمام عليه السّلام، و هو تجويز البيع، لكن لا كما فرضه السائل من

لهم، باعوا» (1)».

و الخبر (1) المروي عن الإحتجاج: أنّ الحميري كتب إلى صاحب الزمان

الحاجة، بل بشرطين:

أحدهما: رضى جميع الموقوف عليهم، فلا عبرة برضى بعض دون بعض.

وثانيهما: كون البيع خيرا لهم.

ويحتمل في جواب الإمام عليه السلام ب «نعم» تصديق السائل في جواز البيع عند الحاجة، لكن بشرطين آخرين، وعدم كفاية الحاجة التي فرضها السائل، فإن اجتمعت الحاجة والرضا والخير جاز البيع، وإلا فلا.

ويحتمل أن يكون تقريرا لأصل جواز البيع، فكأنه عليه السلام عدل في الجواب إلى أن شرط جواز البيع هو كونه خيرا لهم وأنفع بحالهم من إبقاء الأرض.

وهذا الاحتمال الثاني هو مبنى الاستدلال برواية جعفر بن حيّان على جواز بيع الوقف إن كان أعود من دون تقييده بالحاجة.

(1) معطوف على «رواية ابن محبوب» أي: «وعدا الخبر المروي...» وهذا الخبر لاشتماله على مضمون الخبر السابق يمكن أن يستدل به على جواز بيع الوقف إن كان أنفع. والبحث فيه سندنا ودلالة. أما السند فالرواية مكاتبة الحميري قدّس سرّه إلى الإمام الحجة عجل الله تعالى فرجه الشريف وجعلنا فداه، رواها أحمد بن علي ابن أبي طالب الطبرسي قدّس سرّه في الإحتجاج، وهو يروي عن الحميري بواسطة واحدة. ولو نوقش في ما روي في الإحتجاج مرسلًا أمكن التعويل على خصوص توقيعات الناحية المقدسة إلى الحميري بما نقله النجاشي رحمه الله - على ما حكاه عنه في المقابس - من قوله:

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 306، الباب 6 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث: 8، رواه عن الكافي، ج 7، ص 35، كتاب الوصايا، باب ما يجوز من الوقف والصدقة...، الحديث: 29، والفقيه، ج 4، ص 179، الحديث: 630، وتهذيب الأحكام، ج 9، ص 133، الحديث 565، ونقل جملة منه في الإستبصار، ج 4، ص 99، الباب 61، الحديث: 6

ص: 69

- جعلني الله فداه-: «أنه روي عن الصادق عليه السلام خبر مأثور (1) [1]: أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه، وكان

---

«وقال لنا أحمد بن الحسين: وقعت هذه المسائل إليّ في أصلها، والتوقيعات بين السطور» (1). و ظاهره الاطلاع على تمام ما كتبه الحميري إليه عليه الصلاة والسلام، هذا.

و أما الدلالة فالمكاتبة تشتمل على حكيمين سألهما الحميري منه عليه السلام:

الأول: حكم بيع الوقف الخاص لو لم يجتمع الموقوف عليهم على البيع، وبيانه: أن الحميري روى مرسلا عن الإمام الصادق عليه السلام جواز بيع الوقف بشرطين:

أحدهما: كونه أصلح من إيقائه، و ثانيهما: اتفاهم على البيع. فتردد الحميري في جواز البيع عند فقد شرط الاجتماع. فأجابته عليه السلام بجواز ذلك.

الثاني: حكم الوقف الذي لا يجوز بيعه أصلا، فأجاب عليه السلام بأن ما لا يجوز بيعه هو الوقف على الإمام عليه السلام.

(1) يحتمل أن يكون هذا الخبر المأثور هو خبر جعفر بن حيّان كما قيل، أو خبرا آخر مشتملا على نفس المضمون وإن لم يصل إلينا. و حينئذ لو تم سند المكاتبة كشف عن صدور الجملة الأخيرة من رواية ابن حنّان عن الإمام الصادق عليه السلام.

---

[1] كذا في الوسائل نقلا- عن الإحتجاج، لكن فيه «روي عن الفقيه في بيع الوقف خبر مأثور» و «الفقيه» يطلق غالبا على الإمام المظلوم المعصوم موسى الكاظم عليه الصلاة والسلام. فنفي البعد عن كون ذلك عين رواية جعفر بن حيّان- كما في المقابس وغير واحد من الحواشي (2)- ضعيف، لعدم رواية ابن حيان عن الإمام الكاظم عليه السلام، فلاحظ.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 52

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 51، حاشية المحقق الأصفهاني قدس سرّه، ج 1، ص 271، حاشية المحقق الإيرواني قدس سرّه، ج 1، ص 178

ص: 70

ذلك أصلح، لهم (1) أن يبيعه (2).

فهل (3) يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك (4)؟

وعن الوقف (5) الذي لا يجوز بيعه؟

فأجاب عليه السّلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه (6). وإذا كان (7) على قوم من المسلمين فليبيع كلّ قوم ما يقدرون (8)

(1) الجملة خبر قوله: «ان الوقف» و جملة «إذا كان ... أصلح» معترضة.

(2) بهذا يتمّ الخبر المأثور عن الإمام الصادق عليه الصلاة والسلام.

(3) هذا سؤال الحميري من الإمام عليه السّلام حول الخبر المأثور، وقد تقدم وجه تردده الداعي للسؤال منه عليه السّلام.

(4) أي: على البيع.

(5) هذا هو السؤال الثاني، وهو تحديد الوقف الممنوع بيعه، بلا دخل لاجتماع الموقوف عليهم في الجواز، ولعلّ مورد سؤاله الوقف العام، لكون متولّيه الإمام عليه السّلام، أو الوقف على الإمام الذي لا يحلّ لأحد أن يتصرف فيه ببيع وغيره، كما ورد النهي عنه في مكاتبة اخرى.

(6) هذا جواب السؤال الثّاني، و حاصله: أنّ الوقف على عنوان «إمام المسلمين»- المنطبق على الأئمّة المعصومين عليهم السّلام، أو شخصه المقدّس عليه السّلام- يحرم أن يتصدى الغير لبيعه من جهة عدم كونه مالكا لأمر هذا الوقف حتى ينفذ تصرفه فيه.

(7) هذا جواب السؤال الأوّل، و ظاهره تعميم جواز بيع الوقف الخاص لكنتا حالتي اجتماع أهل الوقف و تفرّقهم. فإن اجتمعوا فالمبيع تمام الموقوفة، وإن تفرّقوا فالمبيع خصوص حصّة الباعين.

(8) الظاهر إرادة القدرة الشرعية، يعني: بقدر ما يستحقه البائع من الوقف،

على بيعه مجتمعين (1) و متفرقين، إن شاء الله» (1).

دلت (2) على جواز البيع، إما في خصوص ما ذكره الراوي - وهو كون

---

فلا ينفذ بيع ما زاد على حصته.

(1) الاجتماع على البيع هو اتفاق كلمة أهل الوقف، سواء باعوه صفقة واحدة، أم باع كل منهم حصته. و الافتراق إختلاف أنظارهم في البيع، بأن يريد بعضهم دون بعض.

(2) غرض المصنف قدس سره تقريب دلالة هذه المكاتبة على جواز البيع، و محصله:

أن قوله عليه السلام: «فليبع كل قوم» يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون تجويز بيع البعض لخصته من الوقف مشروطا بكونه أعود و أنفع للموقوف عليه. و منشأ هذا الاحتمال كون جواب الإمام عليه السلام ناظر للسؤال، و صدوره في مورد فرض السائل أصلحية البيع، لقوله: «و كان ذلك أصلح».

و عليه فلا منافاة بين هذه المكاتبة و بين رواية جعفر المجوزة للبيع إذا كان أنفع و أصلح، فهما متوافقتان في الحكم.

ثانيهما: أن يكون تجويز بيع البعض مطلقا و غير مقيّد بكونه أنفع، لعدم ورود قيد «الأصلح» في جواب الإمام عليه السلام، و إنما ورد في سؤال السائل، و العبرة بإطلاق الجواب، لاحتمال عدم دخل «الأصلح» في جواز بيع كل واحد من أهل الوقف حصته.

و بناء على هذا الوجه يقع التنافي بين جواز البيع مطلقا - سواء أ كان أنفع أم لا - و بين مفهوم الجملة الشرطية في قوله عليه السلام في خبر جعفر «إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم» لظهوره في انتفاء الجواز بانتفاء رضا الكل، أو بانتفاء خيرية البيع.

و يرتفع التنافي بتقييد إطلاق البيع - في المكاتبة - بمفهوم رواية جعفر، و نتيجة

---

(1) الإحتجاج، ج 2، ص 312-313، الوسائل، ج 13، ص 306، 307، الباب 6 من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث: 9

ص: 72



البيع أصلح- وإما مطلقا، بناء (1) على عموم الجواب. لكنّه (2) مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر.

كما أنّه يمكن (3) حمل اعتبار رضا الكلّ في رواية جعفر على صورة بيع تمام

---

التقييد اختصاص جواز البيع بكونه أنفع.

(1) قيد ل «مطلقا» يعني: أن دلالة المكاتبه على إطلاق جواز البيع مبنية على عدم قرينية السؤال على ما يراد من الجواب. فلو قيل باختصاص الجواب بمورد السؤال لم يكن إطلاق في البين، كما تقدم آنفا.

(2) أي: لكنّ إطلاق جواز البيع مقيد بمفهوم الجملة الشرطية في قوله عليه السلام:

«إذا رضوا كلّهم، و كان البيع خيرا لهم» كما تقدم آنفا.

(3) الضمير للشأن، و غرضه قدس سرّه قرينية كل واحد من الخبرين على التصرف في الآخر، فكما أن مفهوم خبر جعفر مقيد لإطلاق جواز البيع بناء على الاحتمال الثاني في المكاتبه، فكذا تكون المكاتبه قرينة على التصرف في خبر جعفر.

و بيانه: أن قوله عليه السلام فيه: «نعم إذا رضوا كلّهم و كان البيع خيرا لهم» يدلّ بمفهوم الشرط على عدم نفوذ البيع بفقد كل واحد من الشرطين، و هما رضا الكل و كون البيع خيرا. و عليه فلا عبرة برضا بعض أهل الوقف في بيع حصّة نفسه منه.

و من المعلوم منافاة هذا المفهوم لقوله عليه السلام في منطوق المكاتبه: «فليبع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين و متفرقين» الصريح في صحة بيع كلّ صحة برضا أربابه.

و يرتفع هذا التنافي برفع اليد عن ظهور خبر جعفر في كون رضا الكلّ شرطا تعديداً لجواز البيع كشرطية الأعدوية، بل يقال: إن اريد بيع تمام الوقف لزم رضا الجميع، عملا بظاهر قوله عليه السلام: «إذا رضوا كلّهم»، كما هو الحال في التصرف في سائر الأملاك المشتركة و متعلقات الحقوق، و إن اريد بيع بعض أهل الوقف نصيبه منه كفى رضاه، و لا يكون رضا الجميع شرطا في البيع، على ما هو صريح المكاتبه.

الوقف، لا اعتباره (1) في بيع كل واحد، بقرينة (2) رواية الاحتجاج.

ويؤيد المطلب (3) صدر رواية ابن مهزيار الآتية (4) لبيع حصّة ضيعة الإمام عليه السلام من الوقف.

ويؤيد هذا الحمل ما ورد في صدر مكاتبة ابن مهزيار من قوله عليه السلام: «أعلم فلانا أنّي أمره ببيع حصّتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إليّ، إن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى» ضرورة أنّ أمره عليه الصلاة والسلام ببيع حصّته دليل على كفاية رضا كل واحد من أهل الوقف ببيع حصّته.

(1) أي: اعتبار رضا الكل، وعدم توقف صحته على اجتماعهم عليه.

(2) هذا وقوله: «على صورة» متعلقان ب «حمل».

(3) المراد من المطلب حمل خبر جعفر على صورة بيع تمام الوقف، ونتيجته جواز بيع كل قوم نصيبه منه.

وأما جعله مؤيّداً- لا دليلاً- فإمّا لاحتمال إرادة الهبة من قوله: «و جعل لك في الوقف الخمس» بأن يكون الوقف بالنسبة إلى أربعة أخماس الضيعة، فيكون خمسها هبة له عليه السلام.

وإن كان خلاف الظاهر، لأنّ قوله: «ابتاع ضيعة فأوقفها» ظاهر في كون الوقف شاملاً لتتمام الضيعة.

وإمّا لعدم ظهورها في حكم الوقف المؤيّد.

وإمّا لعدم تحقق القبض كما سيأتي التعرض له في الصورة العاشرة فراجع (ص 179).

(4) سيأتي في (ص 151) استدلال من جواز بيع الوقف- في الصور الأربع الأخيرة- بها، فانتظر.

هذا كلّ ما يتعلق بقوله في (ص 63): «و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية...» أي جواز البيع إن كان أعود، دليلاً و مؤيّداً.

و الجواب (1): أمّا عن رواية جعفر، فبأنّها (2) إنّما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا لمجرّد كون البيع أنفع [1].

(1) أجاب المصنف قدّس سرّه عن الاستدلال بالخبرين على الجواز، فعن الأوّل بوجه أربعة، وعن الثاني بوجهين منها، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(2) هذا هو الوجه الأوّل، و حاصله: أن الدليل أخص من المدعى.

توضيحه: أن الغرض من الاستدلال بخبر جعفر بن حيّان إثبات جواز بيع الوقف لمجرّد كونه أنفع، سواء انضمت جهة أخرى- من حاجة أو ضرورة شديدة- إليه، أم لا. مع أنّ الخبر يدلّ على إناطة الجواز بحاجة الموقوف عليهم أيضا، لأنّ قوله عليه السّلام: «نعم» ناظر إلى الجواز في مفروض السؤال و هو الحاجة، لكنه عليه السّلام قيده بكونه أصلح لهم. و مقتضاه توقف نفوذ البيع على اجتماع الأمرين، و بهذا يظهر عدم وفاء الخبر بإثبات المقصود.

نعم، لا بأس بالاستدلال به لمن يشترط الحاجة و الأعدوية كابن سعيد و الشهيد قدّس سرّه هما.

هذا مع الغضّ عن الشرط الآخر المذكور في جوابه عليه السّلام من اعتبار رضى

[1] هذا ينافي ما سيأتي في الصورة الخامسة، من قوله: «مع أنه قد يقال...»

الظاهر في إلغاء قيد الحاجة. و لم يتأمل فيه المصنف قدّس سرّه.

نعم، لا- بأس بالزام من يكتفى بكون البيع أعود بما ورد في خبر جعفر بن حيّان، بناء على كون «نعم» دالّا على تقرير جواز البيع عند الحاجة، فلو كان عدولا عنه إلى كفاية كونه خيرا لم يتجه ما في المتن.

كما أن الجواب الثالث أيضا مبني على اعتبار قيد الحاجة، حتى يقال بأنّها المراد من الخير. و أمّا الجواب الثاني فمبني على إلغاء الحاجة، و كون مناط جواز البيع الصلاح و النفع، فلاحظ.

فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر النزّهة (1). وسيجيء الكلام في هذا القول (2).

بل يمكن أن يقال (3): إن المراد بكون البيع خيرا لهم: مطلق النفع الذي

---

الجميع، وإلا فيكون جواز البيع دائرا مدار امور ثلاثة: الاحتياج ورضا الجميع والأعوديّة. وعلى كل حال فلا تدل الرواية على كون المناط في جواز البيع الأعوديّة بالاستقلال.

فإن قلت: يمكن إلغاء قيد «الحاجة» لكونه مأخوذا في السؤال، لا في جواب الإمام عليه السلام، كما تقدّم نظيره في الاستدلال بالمكاتبة من احتمال دلالتها على الجواز مطلقا لا مشروطا بالأصلحية، حيث قال: «وإنما مطلقا بناء على عموم الجواب».

فتمام المناط رضا الكل والأعوديّة، فيتجه الاستناد إلى الخبر لجواز البيع إن كان أصلح. وأمّا قيد «رضى الكل» فهو إما ظاهر في بيع تمام الوقف بمعنى رضا كل واحد ببيع نصيبه، فلا دلالة فيه على اعتبار الاجتماع حتى بالنسبة إلى بيع بعض الوقف. وإما لا يؤخذ به من جهة تقييده بالمكاتبة.

قلت: لا مجال لإلغاء القيد هنا، لظهور «نعم» في الجواز في موضوع الحاجة، غايته زيادة الشرطين، لا تخطئة السائل في أصل دخل الحاجة في نفوذ البيع.

(1) حيث قال فيها: «أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة ويكون بيع الوقف أصلح لهم» (1).

(2) أي: القول بجواز البيع لو احتاج الموقوف إليهم إلى البيع، وسيأتي في الصورة الخامسة.

(3) هذا هو الوجه الثاني ممّا أجاب به عن الاستدلال بالرواية، وحاصله: أنه يمكن إرادة مطلق النفع من «الخير» في قوله عليه السلام: «وكان البيع خيرا لهم» فالمراد

---

(1) نزّهة الناظر، ص 74، وتقدم في نقل الأقوال، فراجع هدى الطالب ج 6، ص 564

ص: 76

حينئذ: كون فعل البيع أرجح من تركه، كما هو ديدن العقلاء الذين لا يقدمون غالبا على فعل إلا إذا كان أرجح من تركه. و من المعلوم أنّ الأعدوية بهذا المعنى ممّا لم يقل به أحد، لعدم كونها حينئذ شرطا تعبديا، بل أمرا ارتكازيا عقلائيّا.

وبعبارة اخرى: المقصود من هذا الوجه إسقاط خبر جعفر عن الاعتبار بإبداء احتمال آخر في كلام الإمام عليه السّلام لم يقل به أحد، فيشكل العمل به من جهة مخالفته للإجماع.

و توضيحه: أنه عليه السّلام عدل عمّا فرضه السائل - من الحاجة إلى البيع - إلى قوله عليه السّلام: «إذا كان خيرا لهم». و هذه الجملة يحتمل كونها قيда لجواز البيع، فتدل بمفهوم الجملة الشرطية على انتفاء الجواز بانتفاء الخير، كما هو مبنى الاستدلال.

و يحتمل كونها مبيّنة للموضوع بمعنى أنه عليه السّلام جوّز بيع الوقف، و لم يعلّقه على كونه أصلح بحال الموقوف عليه، و إنّما أتى بجملة «إذا كان خيرا» تمهيدا لذكر الجواب، و هو «باعوا في مورد حاجتهم» و تنبيها على أن رعاية الخير و الصلاح يكون من قبيل الداعي الذي يلاحظه العقلاء في معاملاتهم و أفعالهم الاختيارية، حيث إن إقدامهم على المعاملة مطلقا - سواء أكان المبيع وقفا أو ملكا طلقا - و ترجيح الفعل على الترك منوط عادة برعاية النفع و المصلحة، و من المعلوم أنّ هذا الأمر الارتكازي العقلاني لا يتوقف على بيان الشارع.

و عليه تكون هذه الشرطية «إذا كان خيرا باعوا» نظير الجمل الشرطية المسوقة لبيان الموضوع، و قد تقرر عدم انعقاد المفهوم لها، لكون السلب فيها بانتفاء الموضوع، لا المحمول، فكأنّه عليه السّلام قال: «إذا كان في بيع الوقف نفع ليس في عدمه، فليبيعوا، لأنهم لا يقدمون على فعل اختياري إلا أن يكون فيه الصلاح و الخير».

و معناه عدم كون النفع شرطا تعبديا لجواز بيع الوقف، بل هو إرشاد إلى أمر ارتكازي.

يلاحظه الفاعل (1) ليكون منشأ لإرادته (2). فليس (3) مراد الإمام عليه السّلام بيان اعتبار ذلك (4) تعبّداً، بل المراد بيان الواقع (5) الذي فرضه السائل، يعني: إذا كان الأمر

وبناء على هذا الاحتمال يجوز بيع الوقف بمجرد اقترانه بالمنفعة. وهذا مخالف للإجماع، لعدم التزامهم بكفاية مطلق النفع في البيع، وإنّما يقع البحث في جواز البيع إن كان أنفع بعد وجود النفع فيه وعدمه، هذا.

فإن قلت: يمكن منع احتمال إرادة مطلق الخير و النفع من قوله عليه السّلام: «خيراً لهم» وذلك بقريضة سبق السؤال عما إذا كان البيع أصلح، فالمتحصل من الجواب إناطة الجواز بكون البيع أنفع من تركه، وعدم كفاية مطلق الخير الموجب لحدوث إرادة البيع واختياره على تركه.

وعليه ينطبق جوابه عليه السّلام على ما نحن فيه من جواز بيع الوقف إن كان أنفع.

قلت: لا سبيل لمنع الاحتمال المزبور، إذ كما يمكن جعل كلمة «الأصلح» قرينة على المراد من الخير، فكذا العكس أي قرينية «الخير و مطلق النفع» على ما يراد من «الأصلح» ويكون الجواب حينئذ وارداً مورد السؤال، وليس أجنبيّاً عنه.

وعليه فلا شاهد لسدّ باب الاحتمال المزبور، وهو موجب لطرح الخبر، لمخالفته للإجماع.

(1) يعني: أن فاعل الفعل الاختياري - من بيع وغيره - يلاحظ مطلق النفع، فيقدم على العمل.

(2) أي: لإرادة الفاعل و العامل، فالمصدر مضاف إلى الفاعل، أو إلى المفعول و هو «الفعل» المستفاد من كلمة «الفاعل».

(3) هذا نتيجة احتمال إرادة مطلق النفع.

(4) أي: اعتبار مطلق النفع الموجب لاختيار فعل شيء على تركه.

(5) يعني: مفروض السؤال هو كون بيع الوقف ذا مصلحة بالنسبة إلى تركه.

على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز. كما يقال: إذا أردت البيع ورأيت أنه أصلح من تركه فبيع. وهذا (1) ممّا لا يقول به أحد [1].

ويحتمل أيضا (2) أن يراد من «الخير» خصوص رفع الحاجة التي

---

(1) أي: جواز بيع الوقف- إن كان فيه مصلحة- لا يقول به أحد، فلا وجه للعمل بهذا الخبر المخالف للإجماع.

(2) يعني: كما يحتمل إرادة مطلق النفع- كما تقدم في الوجه الثاني- فكذا يحتمل ... الخ، وهذا هو الوجه الثالث، وحاصله: أن الخير- بقرينة السؤال- يمكن أن يراد به رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، فيكون المسوّغ للبيع حينئذ رفع حاجة الموقوف عليهم، لا كون البيع أعود لهم، فيكون ظاهر الرواية غير مطابق للدعوى، فلا يمكن الاستدلال بها عليه.

وبعبارة أخرى: يحتمل في قوله عليه السلام: «وكان خيرا باعوا»- من جهة كونه مسبوqa بالسؤال عن حكم حاجة الموقوف عليهم وعدم كفاية غلّة الموقوفة لمؤنتهم- إرادة رفع الحاجة المفروضة في كلام السائل، لا زيادة المنفعة. فكأنّه عليه السلام قال: «وكان البيع وافيا بالحاجة باعوا» وهذه الحاجة محتملة لأمرين:

أحدهما: أن يكون احتياج الموقوف عليهم إلى نفس ثمن الموقوفة ليصرف في شؤونهم، فيكون تجويز البيع ناظرا إلى كون التصرف في نفس الثمن أنفع- في رفع الحاجة- من إبقاء العين و الانتفاع بالغلّة غير الوافية لهم. وبناء على هذا الاحتمال تصلح الرواية للاستدلال بها في الصورة الخامسة الآتية، وهي البيع لرفع الحاجة.

---

[1] لا يخفى أن مخالفة الإجماع كافية في رفع اليد عن الظهور فضلا عن إسقاط الاحتمال. فحملها على معنى لا يقول به أحد ثم طرحها لأجله أمر غريب (1).

---

(1) حاشية المحقق الإيرواني قدّس سرّه، ج 1، ص 179، حاشية العلامة السيد الاشكوري قدّس سرّه، ص 163

وعن المختلف وجماعة: الجواب (2) عنه بعدم ظهوره في المؤبد،

ثانيهما: أن يكون احتياجهم إلى نفع زائد لتفي الغلّة بمؤونتهم، بأن يكون الباعث على البيع تكميل النفع حتى يفي بها، وهذا ينطبق على الصورة الرابعة من تبديل العين بما يكون الانتفاع به أزيد.

وليس الخبر ظاهرا في الاحتمال الثاني ليكون دليلا على جواز البيع في الصورة الرابعة، فيحتمل أن يراد به الاحتمال الأوّل، فيصير مدلوله أجنبيّا عمّا نحن فيه، هذا.

(1) بقوله: «فللورثة... أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة».

(2) غرضه الإشارة إلى جواب آخر عن خبر جعفر بن حيّان، وهو كونه أجنبيّا عمّا نحن فيه من جواز بيع الوقف المؤبد، وذلك لاقتصار الواقف - كما ذكره السائل - على قرابة الأب و الأمّ ممّا ظاهره انقطاع الوقف، وعدم تعرض الواقف لمثل قوله: «فإن انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين». فالإقتصار على ذكر الأعتاب يدل على كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً [1] فلا تكون الرواية دليلا على المدّعى، وهو بيع الوقف المؤبد.

قال العلامة في التذكرة والمختلف بعد نقل الخبر: «فإن مفهوم هذه الرواية عدم التأييد» [1].

[1] أو لقوله في آخر الخبر «و لورثة قرابة الميت» إذا لو كان الوقف مؤبداً

(1) مختلف الشيعة ج، 6، ص 289؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444 ونسبه صاحب المقابس إلى الفاضل المقداد وأبي العباس ابن فهد و الصيمري أيضا، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 50؛ التنقيح الرائع، ج 2، ص 329؛ المهذب البارع، ج 3، ص 67؛ غاية المرام (مخطوط)، ج 1، ص 487، واستظهره صاحب الجواهر أيضا وإن عبّر عن الرواية بالمكاتبة، فراجع جواهر الكلام، ج 22، ص 372 و



لاقتصاره (1) على ذكر الأعقاب (2).

وفيه (3) نظر،

ولعلّ الأولى تأخير هذه المناقشة عن الوجه الرابع الآتي بقوله: «مع عدم الظفر بالقائل به» لفرض أن شبهة انقطاع الوقف محلّ نظر عنده و إن أمر بالفهم بعده.

(1) هذا الضمير وضميرا «عنه، ظهوره» راجعة إلى خبر جعفر بن حيّان و الأولى تأنيثها بلحاظ رجوعها إلى «رواية جعفر».

(2) هذا من النقل بالمعنى، إذ الموجود في خبر جعفر «قربته من أبيه و قربته من أمّه»، و لفظ «الأعقاب» المذكور في ما رواه الحميري عن الإمام الصادق عليه السّلام.

(3) يعني: وفي الجواب المذكور في المختلف نظر، وجه النظر: أن اقتصار السائل - في مقام حكاية فعل الواقف - على ذكر خصوص قرابة الأب و قرابة الام، و عدم تعقيبه بمثل «فإن انقرضوا... لا يشهد بانقطاع الوقف، لأعميته منه، إذ قد يقتصر في المؤبّد على ذكر صنف من الموقوف عليهم كالأولاد من دون تعيين مآل الوقف لو انقرضوا.

كانوا من الموقوف عليهم، لشمول «قرابة الميّت» للقريب مع الوساطة أيضا. فالتعبير عنهم بالورثة كاشف عن كون الموقوف عليهم هم الطبقة الأولى خاصة، و تكون الطبقة الثانية ورثة للقرابة الموقوف عليهم، و ليست منهم.

و لكن اجيب عنه بعدم شهادة التعبير المتقدم بانقطاع الوقف، لوجود مثله في الوصية أيضا، إذ الموصى له ليس خصوص الرجل، بل هو و عقبه، و مع ذلك عبّر في ذيل الرواية عن العقب بالورثة، لقوله: «و إن انقطع ورثته».

و بالجملة: فالتعبير عن الطبقة اللاحقة - وقفا و وصية - بالورثة لا يدلّ على أن استحقاقهم للعين أو للمنفعة بالإرث دون الوقف و الوصية (1).

(1) حاشية المحقق الأصفهاني، ج 1، ص 270 و 271

لأنّ الاقتصار (1) في مقام الحكاية لا يدلّ على الاختصاص (2)، إذ يصحّ أن يقال في الوقف المؤبّد: إنّه وقف على الأولاد مثلا (3). و حينئذ (4) فعلى الإمام عليه السّلام

و حيث كان الاقتصار متعارفا في كلا- قسمي الوقف، أمكن التمسك بالإطلاق الناشي من ترك الاستفصال، إذ لو اختلف حكم الوقف المنقطع- في جواز البيع عند الحاجة- عن المؤبّد كان المناسب أن يكلف السائل تعيين كون الوقف المزبور موقتا أو مؤبّدا. ولّمّا لم يستفصل الإمام عليه السّلام و بيّن الحكم بقوله: «نعم إذا رضوا كلّهم و كان خيرا لهم باعوا» كشف عن اتّحاد قسمي الوقف في جواز البيع إن كان خيرا للموقوف عليهم.

و هذا الجواب أفاده المحقق الثاني، و ارتضاه جمع منهم صاحب المقابس، فقال:

«و يحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيرة العامة إحالة على ظهورها، أو لعدم تعلق غرض في أوّل السؤال بذكرها. و مثل ذلك شائع في الاستعمال. و لمّا كانت حكاية الحال محتملة، و ترك الاستفصال في الجواب، كان دليلا على العموم، كما تقدّم عن المحقق الكركي. و ليس ببعيد و إن كان ظاهر اللفظ يساعد الأوّل، و هو الانقطاع» «1».

(1) أي: اقتصار السائل- في مقام حكاية صورة الوقف- لا مقام جعل الوقف وإنشائه، إذ لو اقتصر الواقف على خصوص قرابة الأبوين في الإنشاء كان منقطعا.

(2) أي: اختصاص الوقف بالقرابة و أعقابهم حتى يكون وقفا منقطعا.

(3) من دون إضافة قوله: «فإذا انقضوا فهو للفقراء مثلا» فعدم التصريح بمن يوقف عليه بعد الأولاد غير قادح في كون الوقف مؤبّدا.

(4) يعني: فحين عدم دلالة حكاية صورة الوقف على الاختصاص، فلو كان جواز البيع مختصا بالمنقطع كان المناسب أن يستفصل الإمام من السائل: أن المسؤول

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 50؛ جامع المقاصد، ج 9، ص 70

أن يستفصل إذا كان بين المؤبّد وغيره فرق في الحكم، فافهم (1).

وكيف كان (2) ففي الاستدلال بالرواية- مع ما فيها من الإشكال (3)-

---

عنه موقت أو مؤبّد، مع أنّه عليه السّلام لم يستفصل.

(1) لعلّه إشارة إلى أنّه لا مورد في الخبر للاستفصال، لظهور قوله عليه السّلام:

«يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلّة» في كون السؤال عن الوقف المؤبّد.

ويمكن تأييده بأنّ السؤال مسوق لحكم ما جعله الواقف للموصى له، لا- لحكم الوقف، فلا- مجال لاستظهار تعيين المؤبّد من إطلاق الحكاية.

أو إشارة إلى عكس ما ذكر، بأن يقال: إن ظاهر الحكاية هو حكاية تمام الواقعة، وأنّ الموقوف عليهم هم القرابة، وبعد هذا الظهور في الاتقطاع لا محلّ للاستفصال ليكون تركه دالاً على عموم الجواب.

(2) يعني: سواء أمكن التفصّي من شبهة اختصاص الخبر بالوقف المنقطع، أم لم يمكن، فإنّ الاستدلال بها على الصورة الرابعة مشكل، لما عرفت من الوجوه الثلاثة، مضافاً إلى إشكاليين آخرين، وهما ما ذكره في المقابس من الجمع بين الوقف و الوصية، وإعراض الجبل أو الكل عنه.

(3) هذا إشارة إلى الإشكال المذكور في المقابس، وهذا لفظه:

«ثم الظاهر من الوقف هو الوقف المعروف، فقوله:- أوصى لرجل ... الخ- يدلّ على أنّ استحقاق ذلك الرجل بطريق الوصية الجارية بعد موت الواقف، و يلوح من قوله:- و يقسّم الباقي- في موضعين: أنّ استحقاق القرابة أيضاً على هذا الوجه.

فإن كان الوقف قد استكمل شرائطه فكيف حكم عليه السّلام بامضاء الوصية؟

وإن لم يستكمل شرائطه أصلاً امضيت الوصية و بطل الوقف، ورجع رقبة الأرض و منافعها الخارجة عن الوصية ميراثاً، و لم يثبت فيه حكم توارث القرابة لغلّتها دائماً.

وإن كان الوقف معلّقاً على الموت كان باطلاً أيضاً.

على (1) جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال (2)، مع عدم الظفر بالقائل به (3)، عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة (4).

وإن وقع مطلقاً ولم يحصل إقباض، فأوصى ثم أقبض لها القرابة، فإن كان الإقباض فسخاً للوصية مضى الوقف وبطلت الوصية. وإن لم يكن فسخاً فكيف يمكن الجمع بين الأمرين معاً؟ فالحديث موضع إعضال وإشكال.

ويخطر بالبال في حله وجوه:

الأول: أن يراد بالوقف الوصية، ولا يجب تقدير المضاف حينئذ، ولا حاجة إلى الحمل على الدوام، لتعلق الوصية بالمنفعة والمنقطع بلا إشكال. ولما أوصى بدوام انتفاع القرابة من منافع تلك الأرض - وظهره أنّ القسمة بالسوية لا على النص المعتبر في الإرث - سمي ذلك بالوقف، ولوّح بعد ذلك بما يقتضي كونه على وجه الوصية. وحينئذ يرتفع الإشكال المذكور) ثم أجاب قدس سرّه بوجه آخر، فلاحظ (1).

(1) متعلق ب «الاستدلال».

(2) مبتدء مؤخر لقوله: «ففي الاستدلال» فكأنه قال: «و كيف كان فإشكال في الاستدلال».

(3) أي: بالجواز، وهذا وجه رابع في الجواب عن الاستدلال بالرواية، وحاصله: أنّه بعد الغض عن الإشكالات المتقدمة - وتسليم ظهورها في جواز البيع بمجرد الأعدوية - تكون الرواية معرضاً عنها، لعدم الظفر بمن قال بمضمونها، فمن جهة الإعراض لا يمكن الاستناد إليها.

(4) تقدّمت عبارته في (ص 58) وتقدّم وجه عدم ظهورها في جواز بيع الوقف المؤبّد.

وقيل أيضاً بعدم دلالة عبارته على ذلك أصلاً، لأنّها ناظرة إلى حكم الوقف

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 50

ص: 84

و ممّا ذكرنا (1) يظهر الجواب عن رواية الحميري.

ثمّ لو قلنا (2) في هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأوّل البائع يتصرّف

---

قبل القبض، و من المعلوم أنّ القبض إمّا شرط في الصحة و إمّا شرط في اللزوم، و على التقديرين لا مانع عن الرجوع. فمفروض كلامه قبل القبض، كما أنّ مفروضه الرجوع عن الشرط لا جواز البيع.

لكن يمكن التأمل في هذا الوجه بعدم كون القبض شرطاً لصحة الوقف أو لزومه - إلا في بعض الصور - عند الشيخ المفيد قدّس سرّه كما ادعاه في المقابس و استشهد بكلماته، فراجع «1».

(1) يعني: يجري في المكاتبه ما ذكرناه من الوجه الثاني، و هو إرادة مطلق النفع من كلمة «الأصلح» الواردة في ما رواه الحميري عن الإمام الصادق عليه السّلام، كما تقدم توضيحه في (ص 77).

كما يجري الوجه الرابع في المكاتبه، و هو إعراض الأصحاب، المتقدم في (ص 84) فراجع [1].

(2) هذا الكلام إلى آخر الصورة جواب آخر عن القول «بجواز بيع الوقف إن كان أعود» كما ورد في كلام بعضهم. و محصله: إبطال الوقف و اختصاص الثمن

---

[1] و لعلّ الأولى في الجواب عن المكاتبه أن يقال: إنّها سيقّت لبيان جواز البيع فيما ثبت جوازه مع التفرّق و الاجتماع، فهي في مقام نفي اعتبار رضا الجميع في البيع. و أما جواز بيعه فلا - بد أن يثبت من تقريره - صلوات الله عليه و عجل الله تعالى فرجه الشريف - لما رواه السائل مرسلًا، و هو ذو احتمالات كثيرة، فيصير مجملًا لا يصح الاستدلال لا بالمكاتبه و لا برواية جعفر بن حيّان بناء على اعتبار سندها سواء أكانت هي عين ما رواه السائل مرسلًا أم غيرها.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 44 و 45

ص: 85

---

بالبطن الموجود، مع أنه لا يمكن الالتزام به.

و توضيحه: أن ما ذكر في عنوان الصورة الرابعة- من جواز البيع إن كان أعود أو أدرّ أو أنفع- و ما استدل به عليه و هو خبر جعفر بن حيّان و المكاتبه، يقتضيان اختصاص الثمن بالبطن الموجود. أمّا ظهور عنوان المسألة- كما مرّ في مثل عبارة النزّهة- فلأنّ العائده- كما قيل - هي المنفعة المالية التي تعود إلى الشخص، فمعنى «كون البيع أعود» كونه أكثر فائدة من المنفعة التدريجية بالغلّة و نماء الوقف.

و من المعلوم أن صدق «البيع أعود» منوط بما إذا جاز للبطن البائع صرف الثمن في مؤنة نفسه، لا بأن يبذل الوقف بما يكون فائدته أزيد من فائدة المبدل.

و أمّا ظهور الدليل في اختصاص الثمن بالبطن الموجود فللدلالة خبر جعفر على تجويز البيع- مع حاجة الموقوف عليهم- في رفع حاجتهم، بصرف نفس الثمن [1].

و كذا المكاتبه، فإنّه عليه السّلام جعل حقّ البيع لهم، و ظاهره تملكهم للثمن.

و لم يستفصل عليه السّلام- في ترخيص البيع- عن أن حصّة البعض مما يمكن بقاء بدله بعد البيع و انتفاع البطون اللاحقة به أم لا. و حيث إن الثمن في صورة تعذر انتفاع البطون يكون ملكا طلقا للبائع، فكذا في صورة إمكان انتفاعهم، لاتحاد حكم البيع.

و الحاصل: أن مقتضى عنوان المسألة و الدليل عليه اختصاص الثمن بالبطن الموجود. و هذا مخالف لما تقدم في الصورة الاولى من أن الموقوفة ملك فعلي للموجود،

---

[1] إلا أن يقال: إن الاحتياج- الذي هو ربما يكون قرينة على كون البيع لرفع حاجتهم المتوقف على صرف الثمن في مصالح البطن الموجود- مفقود في المكاتبه، بل هي مسوقة لبيان جواز البيع مجتمعين و متفرقين، و لا إطلاق لها بالنسبة إلى صرف الثمن في البطن الموجود.

و منه (1) يظهر وجه آخر (2) لمخالفة الروايتين للقواعد، فإن (3) مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك (4)، كما (5) تقدم (6) من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع، فيكون (7) تجويز البيع في هذه الصورة

---

و شأني للمعدوم، و مقتضى المعاوضة الشركة و تعلق حق المعدومين بالثمن على حدّ تعلقه بالثمن. و بهذا يظهر مخالفة الخبرين للقواعد المسلّمة، هذا.

(1) أي: و من كون الثمن مختصا بالبطن الأوّل يظهر ... الخ.

(2) يعني: غير الوجوه المتقدمة من إعراض الأصحاب عن العمل بهما و غير ذلك.

(3) هذا بيان المخالفة بوجه آخر، و هو اقتضاء البدلية قيام الثمن مقام الثمن في ما له من إضافة.

(4) أي: مشتركة بين البطون.

(5) كذا في النسخ، و الأولى «لما».

(6) حيث قال: «و مما ذكرنا يظهر: أن الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود ... لاقتضاء البدلية ذلك ...»، فراجع «1».

(7) غرضه توجيه اختصاص الثمن بالموجودين بما لا يلزم مخالفته لمفهوم المعاوضة و المبادلة.

و بيانه: أنّه لو سلّم دلالة الروايتين على جواز البيع و صرف الثمن في مؤنة الموجودين، كشف هذا التجويز عن ترخيص الشارع لهم في إسقاط حقّ الطبقات المتأخرة آنا قبل البيع، و بطلان الوقف، فيقع النقل على العين المختصة بالموجودين، و لازمه اختصاص الثمن بهم، لعدم ما يوجب شركة المعدومين فيه حينئذ.

و نظير إسقاط حقّ اللاحقين ما ذكره في التملك الآني في تصرف ذي الخيار

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 627-629

ص: 87

و التصرف (1) في الثمن رخصة (2) من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللاحقين أنا ما قبل البيع - نظير (3) الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب - لئلا (4) يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل (5) كون بدله مختصاً.

و الواهب فيما يتوقف على الملك، كما إذا باع الواهب ما وهبه للغير، فإن مقتضى توقف البيع على الملك عود المال إلى ملكه أنا- و تحقق الرجوع عن الهبة- ليقع البيع في ملكه.

(1) يعني: التصرف الاختصاصي في ثمن الوقف، كالتصرف في أموالهم المختصة بهم.

(2) خبر قوله: «فيكون».

(3) يعني: كما أن بيع الواهب كاشف عن رجوعه، وإلغاء ملكية المتهب.

(4) يعني: أن الداعي على هذا التوجيه هو عدم وقوع البيع على مشترك، مع كون بدله مختصاً.

(5) أي: حتى يستحيل، وهذا متفرع على المنفي- وهو وقوع البيع على المال المشترك- إذ لو كان المبدل مشتركاً بين جميع البطون امتنع- بمقتضى المعاوضة- كون البدل مختصاً بالبطن الموجود.

هذا تمام الكلام في الصورة الرابعة.



## [الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة]

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة (1).

وقد تقدّم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة، بل عن الانتصار (2)

---

الصورة الخامسة: حاجة الموقوف عليهم إلى الثمن

(1) تقدم الفرق بين موضوع الحكم في هذه الصورة وسابقتها في (ص 56) فالمقصود هنا الانتفاع بالثمن بصرفه في حاجة الموقوف عليهم. وفي المسألة قولان:

أحدهما: الجواز. قال به جماعة كالشيخ المفيد والسيد المرتضى وشيخ الطائفة وسأار وأبي المكارم وابن حمزة والراوندي وغيرهم. ففي المقنعة:

«و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله». وتكرّر هذا المضمون في كلماتهم المنقولة أوّل المسألة «1». واستدلّ عليه بوجهين وهما: الإجماع وخبر جعفر بن حيّان.

ثانيهما: المنع. وهو ظاهر من لم يستثن هذه الصورة من منع البيع كالمحقق والعلامة والصيمري وغيرهم، لقصور دليل الجواز.

(2) قال السيد: «و ممّا انفردت الإمامية به القول بأن ... وأن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه». وقال السيد أبو المكارم:

«و يجوز عندنا بيع الوقف ... أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه» و ظهور «مما انفردت به الإمامية» و «عندنا» في الإجماع لا ينكر.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 557-564

ص: 89

و الغنية: الإجماع عليه. ويدلّ عليه (1) رواية جعفر المتقدمة.

ويردّه (2): أنّ ظاهر الرواية

(1) أي: على الجواز، بتقريب: أنّه عليه الصلاة والسلام جوّز البيع في مفروض كلام السائل، وهو احتياج الموقوف عليهم وعدم كفاية الغلّة لمصارفهم، وذلك بعد تقييد مطلق الحاجة بالشدّيدة بالإجماع المدّعى على عدم جواز بيع الوقف لمطلق الحاجة.

ثمّ إن الغرض صرف نفس الثمن في مئونة الموقوف عليهم. وهذا ينطبق على المقام من جواز بيع الوقف إذا لحق حاجة بأهل الوقف، وليس المراد تبديل الموقوفة بما يزيد نفعه على منفعتها.

(2) ناقش المصنف قدّس سرّه في كلا وجهي الجواز، ففي الخبر بوجهين، وفي الإجماع بوجه أربعة، وقدّم الإيراد على الخبر.

أما الوجه الأوّل فمحصّله: عدم مطابقة الدليل والدعوى، لما بين عنوان «الضرورة الشديدة أو الحاجة الشديدة» وبين «الحاجة وعدم كفاية الغلّة»- الوارد في خبر جعفر- من العموم من وجه، ومن المعلوم أن الدليل المتكفل لحكم أحد العامين من وجه قاصر عن إثبات حكم العام الآخر.

وبيانه: أن موضوع سؤال الراوي ليس هو الضرورة الشديدة حتى يكون جوابه عليه السّلام تجويزا للبيع في الصورة الخامسة، بل هو «إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة» والمحتاج الذي لا يكفيه الغلّة والمنفعة هو الفقير الشرعي الذي عرفوه في كتاب الزكاة ب «من يقصر ماله عن مئونة سنته» كما في الشرائع «1».

والوجه في ظهور الرواية في الفقير الشرعي هو: أن قوله: «إذا احتاجوا» وإن كان بمقتضى حذف المتعلق شاملا لكل ما يحتاجون إليه في امور معيشتهم، لكن

(1) شرائع الإسلام، ج 1، ص 159

ضمّ قوله: «و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة» إليه يدلّ على وجدان ما يكفيهم لبعض معيشتهم، فحاجتهم إلى مال آخر غير الغلّة التي لا تفي بمؤونتهم يكون في بعض السنة، وهذا هو الفقير الشرعي. كما أن ظاهر السؤال تكرر عدم كفاية الغلّة في سنين عديدة، ولم يختص بعام واحد، إذ لم يقيّد عدم وفاء الغلّة ببعض السنين، فيكون ظاهر حكاية الحال عدم استغناء الموقوف عليهم بهذه الغلّة.

و الوجه في تقييد عدم كفاية الغلّة بالسنة هو كون المتعارف ملاحظة المعاش سنة كاملة.

وعلى هذا فكأنّ الراوي سأل عن حكم بيع الموقوفة بعد انطباق حدّ الفقير الشرعي على أهل الوقف، و انحصار علاج فقرهم في البيع. و من المعلوم أجنبية هذا عن جواز البيع للضرورة الشديدة، المعبر عنها بالاضطرار العرفي، لكون النسبة بينهما عموماً من وجه، فيجتمعان تارة، كما إذا كان فاقداً لمئونة السنة اللاتقة بشأته، و حصلت له حاجة شديدة إلى صرف مال في غير مئونته المتعارفة، كمرض أو حرق مثلاً، فيتصدق عليه عنواناً «الفقير و المحتاج بشدة».

و يفترقان أخرى، فقد يكون فقيراً غير واجد لمصرف سنته، فينفق على نفسه مما ينطبق عليه من الحقوق الشرعية، و لم يكن له حاجة شديدة لبيع شيئاً من أمواله.

وقد يكون محتاجاً- مع عدم صدق الفقير عليه لوجدانه مئونة سنته- كما إذا أصابه مرض أو حرق، فاضطرّ إلى صرف مال كثير ربما يكون أزيد من مئونة سنته.

و عليه فلمّا كان بين العنوانين عموم من وجه، و كان جواب الإمام عليه السّلام تجويزاً للبيع في مورد عدم الكفاية- أي الفقر- لم يمكن الاستدلال بالخبر على جواز البيع في مورد الضرورة و الاضطرار. هذا توضيح الوجه الأوّل. و أما الوجه الثاني، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) لقوله عليه السّلام: «نعم» الظاهر في وروده مورد السؤال، و هو عدم كفاية الغلّة.

لمئونة سنة (1) الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا (2) أقل (3) مراتب الفقر الشرعي. و المأخوذ (4) في عبارة من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة، و بينها و بين مطلق (5) الفقر عموم من وجه، إذ قد يكون فقيرا (6) و لا يتفق له حاجة شديدة، بل مطلق (7) الحاجة،

(1) تقييد عدم كفاية الغلّة ب «السنة» إمّا لأنّ المتعارف عند الناس ملاحظة فقرهم و غناهم بالنسبة إلى قصور المال عن مئونة السنة، و وفائه بها. و إمّا لأنّ سياق كلام السائل يعطي عدم كفاية غلّة الأرض إلى حصول غلّة اخرى من نفس تلك الموقوفة، و لعلّها لم تغل أكثر من مرة في كل سنة.

(2) أي: عدم كفاية غلّة الأرض لمئونة سنة أهل الوقف يجعلهم فقراء، فيجوز لهم بيع الوقف.

(3) التعبير بالأقل لأجل كون عدم وجدان مئونة سنة كاملة- فعلا أو قوة- موجبا للخروج من عنوان «الغنى» إلى عنوان «الفقر»، و حينئذ فأشدّ مراتب الفقر هو أن لا يملك مئونة يوم واحد.

(4) مبتدء، خبره «اعتبار» يعني: أن ظاهر الرواية لا ينطبق على العنوان الوارد في كلمات المجوزين، و هو الحاجة أو الضرورة الشديدة. و وجه عدم الانطباق ما سيذكره من كون النسبة بين الحاجة و الفقر عموما من وجه.

(5) التعبير ب «مطلق الفقر» لأجل أن الفقير وإن كان محتاجا، لكن بمطلق الحاجة لا بالحاجة المطلقة التي هي الشدة و الضرورة، و المفروض تجويز البيع لمطلق الفقر، لا للمرتبة الشديدة منه حتى يتّحد مع المضطرّ.

(6) هذا مورد افتراق الفقر عن الحاجة الشديدة، بصدق «الفقر» دون الحاجة الشديدة.

(7) معطوف على «حاجة شديدة» فلا يتفق للفقير مطلق الحاجة حتى يتحد مع مطلق الفقر و يجوز بيع الوقف حينئذ. و عليه فما جوّزه الفقهاء لم يدل عليه خبر

لوجدانه (1) من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه. وقد يتفق (2) الحاجة و الضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة سنته. فالرواية (3) بظاهاها غير معمول بها.

مع أنه قد يقال (4): إن ظاهر

---

جعفر، و ما دل على جواز بيعه لم يرد في تعبيرهم.

(1) أي: وجدان الفقير، و هذا من إضافة المصدر إلى فاعله.

(2) هذا مورد افتراق الحاجة عن الفقر، إذ قد يحتاج الغني إلى بيع شيء من أمواله لرفع الضرورة.

(3) هذا نتيجة كون النسبة عموما من وجه، يعني: أن خبر جعفر وإن دلّ على جواز بيع الوقف بمجرد انطباق حدّ الفقير الشرعي على الموقوف عليهم، لعدم كفاية الغلّة لمصارفهم، ولكن هذا الظاهر غير معمول به، فيسقط الخبر بإعراض الأصحاب عنه، لأن الفقهاء بين مانع عن البيع مطلقا، و بين مجوّز له عند الحاجة الشديدة، لا عند عدم وفاء الغلّة بمؤونة أهل الوقف.

(4) هذا ثاني وجهي المناقشة في رواية جعفر، و تقدم في الصورة الرابعة أيضا، و حاصله: أن «الحاجة و عدم كفاية الغلّة» و إن ورد في السؤال، لكن جواب الإمام عليه السلام ب «نعم» ليس تجويزا للبيع إن احتاج أهل الوقف إلى بيعه، بل تصديق لأصل الجواز، و لكن إذا توفّر شرطان، و هما رضا الكل و كون البيع أنفع.

و على هذا فتكون الحاجة موردا في الخبر لا قيذا حتى يستدل به على الصورة الخامسة من فرض لحوق ضرورة شديدة بالموقوف عليهم. فالرواية أجنبية عن المقام.

و القائل بهذا الوجه - ظاهرا - صاحبا المقابس و الجواهر. ففي المقابس:

«و أما الجواب بقوله: - نعم - فقد اعتبر فيه رضا الكل، و كون البيع أنفع لهم أي لجميعهم...» ثم ذكر استقلال الجواب عن السؤال و عدم العبرة بالحاجة «1».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 51

الجواب (1) جواز البيع بمجرّد رضا الكل، وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة.

و كيف كان (2)، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعة. وفي الخروج (3) بهما عن قاعدة عدم جواز البيع (4) وعن قاعدة وجوب (5) كون الثمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود

---

وفي الجواهر: «... على أن المذكور شرطا في السؤال لم يتعرض له في الجواب، الظاهر في الاكتفاء في جواز البيع بعد رضى الكل بكون البيع خيرا لهم...» (1).

(1) يعني: بعد إلغاء الحاجة المذكورة في السؤال، والعدول عنها إلى رضا الكل وكونه أنفع.

(2) يعني: سواء تمت المناقشة الثانية في رواية جعفر، أم لم تتم- بأن كانت الحاجة قيّدا أيضا لا موردا- فالرواية لأجل الإعراض الموهن لها لا تصلح حجة على جواز بيع الوقف عند الضرورة الشديدة إلى الثمن. و ينحصر الدليل في الإجماعين المنقولين المعتضدين بفتوى جماعة بالجواز.

ولكن يشكل الاستناد إليهما لوجه أربعة.

(3) خبر مقدم لقوله: «إشكال» فكأنه قال: وإشكال في الخروج بالإجماعين عن قاعدة... الخ.

(4) أي: عدم جواز بيع الوقف، للإجماع والنصوص الخاصة. وهذا هو الوجه الأول، وحاصله: أن الخروج عن هذه القاعدة المسلّمة منوط بحجة شرعية كما تحققت في الصورة الأولى. ولكن الإجماعين المنقولين قاصران عن تخصيص كبرى «لا يجوز بيع الوقف» ولا أقلّ من شبهة كونهما مدركيّين، لاحتمال استناد المجمعين- لو سلّم اتفاق الفقهاء على الجواز- إلى مثل رواية جعفر القاصرة دلالة.

(5) هذا هو الوجه الثاني، وحاصله: أنّ مجوّزي البيع للضرورة الشديدة

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 373

ص: 94

- مع وهنه (1) بمصير جمهور المتأخرين و جماعة من القدماء إلى الخلاف (2)، بل (3) معارضته (4) بالإجماع المدعى في السرائر- إشكال.

---

يخصّون الثمن بالبطن البائع، مع اقتضاء المعاوضة اشتراكه بين الموجود واللاحق.

فالخروج عمّا يقتضيه المبادلة- بالإجماعين المزبورين- مشكل.

(1) أي: وهن الإجماعين، وهذا هو الوجه الثالث. ومحصله: منع صغرى الإجماع، لعدم اتفاق الأصحاب على الجواز، ومعه كيف تتجه دعوى الإجماع عليه؟

(2) أي: إلى منع بيع الوقف عند الحاجة والضرورة، وهذا المنع مذهب جماعة من القدماء كالإسكافي، ونسب إلى الصدوق والقاضي والحلي (1)، وكذا المتأخرين كالمحقق والعلامة والشهيد وغيرهم (2).

(3) هذا هو الوجه الرابع، وغرضه أن المنع ليس فتوى جماعة معدودة حتى لا تقدر في إجماع السيدين قدّس سرّهما، بل هو فتوى الكلّ، على ما ادّعاه الحلي، وحينئذ يتعارض إجماع الجواز مع إجماع المنع، وحيث لا مرجّح لأحدهما فيتساقطان، ولا يبقى حجة على جواز البيع.

وعلى هذا فكلّمة «بل» هنا للترقي من الوهن إلى سقوطه بالتعارض.

(4) أي: معارضة إجماع السيدين. والمناسب تشية الضمير هنا وفي «وهنه» رعاية للمرجع، كما روعي في ضمير «بهما».

هذا تمام الكلام في الصورة الخامسة.

---

(1) تقدم نقل كلماتهم في الأقوال، فراجع ج 6، ص 547-553

(2) المصدر، ص 565-568

ص: 95

## [الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة]

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (1)،

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيع الوقف

(1) يعني: الحاجة إلى صرف ثمن الموقوفة في مؤنة الموقوف عليهم، كما تقدم في الصورة الخامسة. ثم إنه ينبغي تقديم أمرين قبل توضيح المتن:

الأول: أن المقصود من شرط البيع هو أن يشترط الواقف في صيغة الوقف سلطنة الموقوف عليهم على إبطال الوقف بالبيع عند حاجتهم الشديدة إلى ثمنه، أو إذا اقتضته مصلحة البطن الموجود خاصة أو مصلحة البطون، كأن يقول: «وقفت الدار على ذريتي وشرطت عليهم بيعها إن كان أعود لهم أو احتاجوا إلى ذلك، أو اقتضت مصلحتهم تبديل الوقف بعين أخرى. أو إذا آلت إلى الخراب» أو نحو ذلك مما يكون بنفسه- ومع الغض عن الشرط- مجوّزا للبيع.

وليس المقصود من الشرط جواز بيعها لنفس الواقف إذا احتاج إلى ثمنها.

وذلك لبطلان شرط الرجوع في الصدقة المتقرب بها إليه تعالى.

الثاني: الظاهر عدم تعرّض من سبق العلامة لحكم هذه الصورة، بشهادة عدم ورودها في الأقوال المنقولة أوائل المسألة، ولم ينسبها السيد العاملي قدس سرّه إلى من تقدّم على العلامة «1». نعم، نسب صاحب المقابس إلى الحلبي جواز اشتراطه في الوقف المنقطع لا المؤبد، فراجع «2».

(1) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 93

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 63، الكافي في الفقه، ص 325

ص: 96



أو إذا كان فيه (1) مصلحة البطن الموجود، أو جميع (2) البطون، أو عند (3) مصلحة خاصة (4)

---

و كيف كان فالأقوال في المسألة أربعة:

الأول: نفوذ الشرط و جواز البيع، ذهب إليه العلامة في الإرشاد «1»، و الشهيدان «2»، و هو مختار المصنف قدس سره و جماعة كأصحاب مفتاح الكرامة و المقابس و الجواهر قدس سره.

الثاني: الإشكال في صحة هذا الشرط كما هو صريح القواعد.

الثالث: تفصيل المحقق الثاني بين كون الشرط عروض المسوّغ للبيع فيجوز، و بين مطلق المصلحة فلا يجوز «3».

الرابع: فساد الشرط، و عدم جواز البيع بحال، كما هو مذهب المانع عن بيع الوقف مطلقاً أو في خصوص المقام، بزعم منافاة هذا الشرط لمقتضى الوقف و حقيقته، أو مخالفته للكتاب و السنة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) أي: في البيع، فقد يكون البيع و التبديل مصلحة لخصوص البطن الموجود، و قد يكون مصلحة لجميع البطون، كما إذا قال: «وقفت الدار على أن تباع إن كان بصالح الموجدين».

(2) كما إذا قال: «وقفت الدار و شرطت بيعها إن اقتضته مصلحة جميع البطون، فلا يجوز البيع لو كان خيراً للبطن الوجود خاصة».

(3) معطوف على قوله: «عند الحاجة».

(4) في قبال مطلق المصلحة المفروض في قوله: «إذا كان فيه مصلحة» و المراد بالمصلحة الخاصة ما ورد في كلمات العلامة و الشهيد قدس سرهما من تضرر الموقوف عليهم

---

(1) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 455

(2) الدروس الشرعية، ج 2، ص 279، غاية المراد، ج 2، ص 452

(3) جامع المقاصد، ج 9، ص 73

ص: 97

بالضريبة التي يجعلها الظالم، أو خراب الموقوفة، أو خروجها عن حيز الانتفاع، أو وقوع الفتنة بين أربابه، ونحو ذلك، فكلّ منها مصلحة خاصة مجوّزة للبيع بدون الشرط.

[1] لا يخفى أنّ المصنف قدّس سرّه جمع في عنوان هذه الصورة السادسة بين كلام العلامة والشهيد، ولذلك لم يقيد جواز الشرط ب «شراء غيره بثمنه».

وبيانه: أنّ المواضع التي وردت في عبارة القواعد- كزيادة الخراج و الخراب و قلة النفع- لو جاز اشتراط بيع الوقف فيها كان الغرض تبديل الوقف بعين اخرى، كما هو حال البيع بطروء هذه الحالات بدون الشرط.

ولكن الشهيد قدّس سرّه- في عبارته المذكورة في المتن- عنون هذه الصورة بشرط البيع عند الحاجة أو الفتنة، وأهمّل قيد «شراء البدل» لوضوح أن جواز البيع لسدّ حاجة أرباب الوقف غير مشروط بالتبديل على ما سبق في الصورة الخامسة، ولعلّه لهذا قال: «وفي شراء بدله في هذه المواضع نظر، من أنّه أقرب إلى التأييد، وهو خيرة ابن الجنيد، و من زوال المتعلّق، وهو قول الشيخ» [1].

والحاصل: أنّ المصنف لأجل تعميم العنوان للبيع عند الحاجة- أو لمصلحة اخرى كالفتنة و الخلف بين الموقوف عليهم- أسقط القيد المأخوذ في عبارتي الإرشاد و القواعد من وجوب تبديل الوقف بغيره. وهذا لا- ينافي وجوب صرف الثمن في شراء البدل في بعض المواضع، رعاية لحق البطون.

وعليه فما في كلام الفقيه المامقاني قدّس سرّه من «أنّ مراد المصنف ليس تجويز البيع بالشرط مطلقا، و لو بدون التبديل، بل المقيّد به، و ذلك بقرينة قوله بعد أسطر:

- ثمّ إنّّه لو سلّم المنافاة فإنّما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه، و أما تبديله بوقف

فقد اختلف كلمات العلامة و من تأخر (1) عنه في ذلك (2). فقال في الإرشاد: «و لو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر (3) - كالخراج و المؤمن من قبل الظالم - و شراء (4) غيره بثمانه،

---

(1) يلوح من هذه الكلمة أن من تقدّم العلامة لم يستثن هذه الصورة من عموم منع بيع الوقف.

(2) أي: في نفوذ الشرط، و عدمه.

(3) كذا في النسخ، و في الإرشاد: «عند حصول ضرر به» و المقصود تضرر الموقوف عليه بعدم عود منفعة الوقف إليه، لكثرة المؤمن التي يأخذها الجائر.

(4) تقدم في التعليقة وجه الحاجة إلى تقييد نفوذ الشرط المزبور بشراء البديل، في قبال صرف الثمن في مؤنة أهل الوقف للضرورة الشديدة إليه. كما ظهر وجه الاستغناء عنه في عنوان المصنف لهذه الصورة.

---

آخر فلا تنافي بينه و بين مفهوم الوقف - فالظاهر أنه اعتمد في إفادة هذا القيد على وروده في عبارتي الإرشاد و القواعد «1». لا يخلو من شيء، لما تقدم من عدم اقتصار الماتن على ما في العبارتين، كما اقتصر صاحب المقابس عليه «2»، لعدم ذكر الحاجة و مصلحة البطن الموجود أو جميع البطن فيهما حتى يكون إهمال القيد من جهة الاتكال على وروده فيهما.

و أما قول المصنف: «ثم إنّه لو سلم المنافاة...» فلا يتعين للقرينية على أنّ مراده التبديل في جميع مواضع الشرط، لاحتمال إرادة التفصيل بين كون شرط البيع هو الخراب و الضرر فيجب، و لا ينافي التأييد المعتبر في الوقف، و بين كونه الحاجة إلى صرف الثمن. فيتحقق التنافي في بادئ النظر، و يندفع بأن المنافاة للإطلاق لا لمقتضى الوقف. و عليك بالتأمل في العبارة.

---

(1) غاية الآمال، ص 452

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 62 و 63

ص: 99

فالوجه (1) الجواز» انتهى «1».

وفي القواعد: «ولو شرط بيعه عند الضرورة (2)- كزيادة خراج وشبهه- و شراء غيره بثمنه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حدّ الانتفاع، أو قلة (3) نفعه،

---

(1) جواب الشرط في قوله: «ولو شرط» وسيأتي دليل الجواز.

(2) كذا في نسخ الكتاب، ولكن في القواعد «عند التضرب» وكذا في متن الإيضاح «2» و جامع المقاصد «3» و مفتاح الكرامة «4»، و هو الأنسب بتمثيله بزيادة الخراج والمؤن كما عبّر به في الإرشاد أيضا. بل المتعين ذلك بقريضة وجوب شراء البديل، مع أنّ جواز البيع في مورد الضرورة والحاجة إلى الثمن غير مشروط بالتبديل كما سبق في الصورة الخامسة.

وكيف كان فالمذكور في القواعد اشتراط بيعه بطرء إحدى حالات أربع:

الاولى: التضرب الناشئ من زيادة الخراج.

الثانية: خراب الوقف و صيرورته عاطلا لا ينتفع به.

الثالثة: خروجه عن حدّ الانتفاع لجهة اخرى غير الخراب، كوقوع الدار الموقوفة في محلة لا يسكنها أرباب الوقف و لا يتيسّر لهم إيجارها.

الرابعة: قلة عوائد الوقف. و تقدم الكلام في حكم بيع الوقف في الصورة الاولى و الثانية و الثالثة- عند طرء إحدى الحالات الثلاث الأخيرة- فراجع.

(3) هذا وقوله: «أو عند خرابه، أو خروجه» معطوفة على قوله: «عند الضرورة».

---

(1) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 455

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 393

(3) جامع المقاصد، ج 9، ص 72

(4) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 93

ص: 100

ففي (1) صحة الشرط إشكال. ومع البطلان (2) في إبطال الوقف نظر (3) «انتهى» (1).

وذكر (4) في الإيضاح في وجه الجواز (5) رواية جعفر بن حنّان المتقدمة، قال: «إذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى» (6).

---

(1) جواب الشرط في قوله: «ولو شرط» وهذا هو القول الثاني في المسألة.

و سيأتي بيان منشأ الإشكال.

(2) أي: لو بنينا على بطلان شرط بيع الوقف عند طروء أحد المسوّغات، فهل يبطل نفس الوقف؟ لكون الشرط الفاسد مفسداً، أم يصحّ الوقف ويلغو الشرط، لعدم سرية فساد الشرط إلى الوقف.

(3) وجه النظر ما أفاده فخر المحققين قدّس سرّه بقوله: «جعل الشيخ العقود المتضمنة للشرط ليست معلقة عليها، بل هي عقود وشروط، وبطلان أحد الجزئين لا يستلزم بطلان الآخر. ويحتمل البطلان، لأنّه إنّما أوقعه على هذا التقدير، ولا يعلم رضاه بدونه...» ثمّ رجّح عدم مفسدية الشرط هنا، لكون الوقف تبرعاً محضاً، بخلاف العقود المعاوضية التي يكون للشرط مدخل في العوض، فراجع.

(4) مقصوده قدّس سرّه بيان منشأ الإشكال في نفوذ الشرط، لا منشأ النظر في بطلان الوقف و صحته.

(5) أي: جواز شرط البيع عند حصول مصلحة خاصة من تضرر أو خراب أو قلة منفعة.

(6) عبارة الإيضاح هي: «إذا جاز بيعه بغير شرط فمعه أولى».

و وجه الأولوية: ثبوت جواز البيع في مثل الخراب والحاجة الشديدة ونحوهما- عند من يرى ذلك- بأصل الشرع، وبدون اشتراط الواقف، فيكون الشرط مؤكّداً لجواز البيع.

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 395

ص: 101

وفي (1) وجه المنع: أن الوقف للتأييد، و البيع ينافيه. قال: و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال (2) « انتهى (1) ».

وقال الشهيد في الدروس: « و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم (3) أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز » انتهى (2) ».

---

(1) معطوف على « في وجه الجواز » يعني: وجّه فخر المحققين المنع بأنّ الوقف ... الخ. و محصل وجه المنع: منافاة اشتراط البيع - بطروء حالة - للتأييد المقوم للوقف، و قد تقرر في بحث الشرط المأخوذ في العقد اعتبار عدم مناقضته لحقيقة المنشأ، لامتناع القصد الجدّي إلى المتنافيين، كما إذا اشترط عدم العوض في العقود المعاوضية، كالبيع على أن لا يكون ثمن للمبيع، و الإجارة بلا اجرة.

و كذا الحال في الوقف الذي حقيقته حبس العين - دائما - عن التصرفات الناقلة، فيمتنع إنشاء هذا المعنى و شرط البيع المنافي للحبس، و لذلك يبطل الشرط، بل مقتضى انتفاء الإرادة الجديدة بطلان أصل الوقف. هذا.

و لا يخفى أن منافاة البيع للتأييد تكون من جهة أخذ الشرط المناقض لمقتضى الوقف كما هو ظاهر كلام الفخر بشهادة ما سيأتي من مناقشة المحقق الكركي فيه.

و يمكن أن تكون المنافاة لما علم من السنة، مثل ما دلّ على النهي عن شراء الوقف، فلا تتقوم ماهية الوقف بمنع البيع، و حينئذ فشرط البيع يخالف ما علم اعتباره في الوقف تعبداً، و هو عدم البيع.

(2) هذه الجملة هي منشأ نسبة منع بيع الوقف مطلقاً إلى فخر المحققين قدّس سرّه.

(3) تقدم في (ص 98) أنّ الشهيد قدّس سرّه لم يقيّد نفوذ شرط البيع بشراء بدل بالثمن - كما قيّده به العلامة قدّس سرّه - و وجهه: أنّه جعل الشرط بيع الوقف عند الحاجة إلى

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 393

(2) الدروس الشرعية، ج 2، ص 279

و يظهر منه (1) أنّ للشرط تأثيراً، و أنّه (2) يحتمل المنع من دون الشرط، و التجويز معه.

و عن المحقق الكركي أنّه قال: «التحقيق (3) أنّ

---

صرف الثمن في مئونة الموقوف عليهم، و معه لا مورد للتقييد المذكور في الإرشاد و القواعد.

(1) يعني: يظهر من قول الشهيد: «فأولى بالجواز» أنّ لشرط البيع عند الحاجة أو الفتنة تأثيراً في جواز البيع، إذ لو لا تأثير هذا الشرط لم يكن للأولوية معنى محصلاً.

(2) معطوف على «أنّ للشرط» و الظاهر كونه مفسّراً له، بقريئة قول فخر المحققين: «فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى» فالمراد من الأولوية كون الجواز مع الشرط أوضح وجهاً من الجواز بدون الشرط، كما في طرود الخراب و الفتنة و الحاجة إلى ثمنه.

و يحتمل أن يراد من الأولوية القدر المتيقن من جواز البيع، بحيث لو قيل بالمنع منه بعروض المسوّغات قيل بجوازه بالشرط.

و لكن يشكل هذا الاحتمال بأنّ دليل نفوذ الشرط مقيّد بعدم كونه محللاً للحرام، فلو لم يحرز جواز البيع بطرود حالة على الوقف امتنع إحرازه بالشرط.

و عليه فالأولى أن يراد بالأولوية ما ذكرناه أولاً. و يتعيّن حمل قوله: «يحتمل المنع» على الاحتمال غير المصادم للظهور، فكأنّه قال: «أن بيع الوقف بلا شرط و إن كان محتمل المنع، لكنه جائز لو خرب أو قل نفعه أو كان أعود للموقوف عليهم.

و هذا الجواز أظهر لو شرط الواقف البيع عند حصول المسوّغ».

(3) محصّل كلام المحقق الثاني قدّس سرّه هو التفصيل بين كون الشرط مسوّغاً للبيع بنفسه، و بين عدمه. و استدل على نفوذ الشرط في الشق الأوّل بوجود المقتضي و فقد المانع عنه.

أما وجود المقتضي فلأنّ شرط بيع الوقف بطرود بعض الحالات عليه جائز في

نفسه، فيجب الوفاء به بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». و الوجه في جوازه وفاء الأدلة الخاصة بجواز بيعه بحصول بعض الأسباب كالخراب و الحاجة و نحوهما.

و عليه يكون شرط البيع عند حصول تلك الحالات مؤكداً للجواز الثابت بأصل الشرع.

و أمّا فقد المانع فلاّن المانع المدعى في كلام الفخر قدس سرّه هو التأييد المأخوذ في إنشاء الوقف، ولكنه غير مانع، وذلك لأنّ حبس العين أبداً و منع بيعه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع، لفرض صحة بيعه بعروض مثل الخراب أو قلة المنفعة حتى لو أخذ التأييد في الصيغة.

و عليه فشرط البيع عند حصول السبب ليس إلا إظهاراً للقيد الدخيل في تأييد الوقف.

نعم يختص نفوذ الشرط بإحراز كون السبب مسوّغاً للبيع في نفسه. فلو شك في جواز بيع الوقف لمجرد كونه أعود و أصلح للموقوف عليهم لم ينفع جعله شرطاً، بل يوجب البطلان، فلا ينعقد وقفاً و لا حبساً كما سيأتي توضيحه.

(1) هذه العبارة ليست نصّ كلام المحقق الثاني قدس سرّه، لمغايرتها له كثيراً، و إنّما هي محصّلة و مضمونه، و اعتمد المصنف على نقل صاحب المقابس (1)، لقوله فيه:

«و قال المحقق الكركي: التحقيق...» إلى آخر ما في المتن.

و كيف كان فمراد المحقق الكركي قدس سرّه من المواضع التي يجوز فيها بيع الوقف هو المواضع الثلاثة المتقدمة في نقل الأقوال، حيث قال: «إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع: أحدها: إذا خرب و اضمحلّ... ثانيها: إذا حصل خلف بين أربابه.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليهم حاجة شديدة...» و استدللّ على كلّ منها في كتاب الوقف، فراجع (2).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 63

(2) جامع المقاصد، ج 9، ص 69 و 70



يجوز (1) اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة، لأنه (2) شرط مؤكّد، وليس (3) بمناف للتأييد المعتبر في الوقف، لأنه (4) مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب المنع (5) [البيع]. و ما لا (6) فلا، للمنافاة، فلا يصحّ (7) حينئذ حسبا،

(1) لعموم «المؤمنون عند شروطهم» وهذا بيان المقتضي لنفوذ شرط البيع.

(2) أي: لأنّ اشتراط البيع يكون شرطا مؤكّدا لما دلّ على جواز البيع عند عروض المسوّغ.

(3) أي: وليس اشتراط البيع بمناف لمقتضى الوقف. وهذا إبطال للمانع عن صحة الشرط المزبور.

(4) أي: لأنّ التأييد مقيد تحسب جعل الشارع- بعدم عروض المسوّغ.

(5) كذا في نسختنا. وهو موافق لما في المقابس، وفي بعض نسخ الكتاب «البيع» بدلا عن المنع، وهو أولى والمراد واضح.

(6) معطوف على «كل موضع» وهذا بيان الشق الثاني من التفصيل. يعني:

و كل موضع لم نقل بجواز بيع الوقف فيه لم نقل بجواز اشتراط البيع فيه، لكون اشتراط جواز بيعه حينئذ منافيا لحقيقة الوقف المتقومة بالتأييد، والشرط المخالف لمقتضى العقد فاسد و مفسد وإن لم نقل بمفسدية الشرط الفاسد في سائر الموارد، لأنّ الشرط المخالف لحقيقة العقد يخلّ بقصد مضمون العقد، و مع اختلال القصد لا عقد حتى يجب الوفاء به.

(7) سقط هنا أسطر من كلام المحقق الكركي، و جملة «فلا يصح ... الخ» ليست نصّ عبارته، و على كلّ فمقصوده من قوله: «فلا يصح» دفع دخل أورده المحقق على نفسه، و حاصل الدخل: قياس شرط البيع- في غير المواضع التي يجوز فيها البيع- بموارد اخرى كشرط رجوع الوقف إلى الواقف عند حاجته، فكما يصحّ الشرط المزبور و يحكم بكونه حسبا، فكذا في المقام. و لا وجه للحكم ببطالان الشرط من جهة منافاته للتأييد.

لأنّ (1) اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفا مناف لذلك (2)، لاقتضائه (3) الخروج عن المالك، فلا يكون (4) وقفا ولا حبسا» (1) انتهى.

أقول: [و] يمكن أن يقال (5)

---

و حاصل الدفع: أن القياس مع الفارق، ضرورة بقاء العين المحبوسة على ملك الحابس، بخلاف المقام، لأن شرط الواقف البيع و تبديل العين بما يكون وقفا ينافي بقاء العين على ملكه، و معه لا وجه لصحة شرط البيع. و مقتضاه فساد الإنشاء، و عدم كونه حبسا، لكون العين في الحبس باقية على ملك الحابس، فإذا بيعت كان ثمنها للحابس.

(1) تعليل لعدم تعنون الإنشاء المزبور بكونه حبسا، و تقدّم وجهه آنفا.

(2) أي: لكونه حبسا.

(3) تعليل للتنافي، يعني: لأن اشتراط شراء شيء بالثمن يكون وقفا يقتضي خروج الثمن عن ملك الحابس، مع وضوح بقائه عليه.

(4) هذا نتيجة بطلان اشتراط البيع في الإنشاء و مبطليته للوقف، و عدم وقوعه حبسا.

أمّا الأول فلعدم قصد التأييد المعتبر في حقيقة الوقف.

و أما الثاني فلما تقدم آنفا من بقاء العين المحبوسة على ملك الحابس، فلا يصحّ شراء شيء بثمنه و وقفه، لأنه يقتضي خروج الثمن عن ملك مالك العين المحبوسة، و المفروض بقاؤه على ملكه فلا يصحّ وقفه.

(5) غرضه المناقشة في الشق الثاني من تفصيل جامع المقاصد- و هو قوله:

«و ما لا فلا للمنافاة»- و حاصله: أنّ مجرد عدم جواز البيع بدون الشرط في بعض المواضع- كما إذا كان أعود و أصلح لأهل الوقف- لا يوجب عدم جوازه مع

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 97 و 98

ص: 106

الشرط بعد وجود المقتضى له وفقد المانع عنه.

أما المقتضى الذي اعترف المحقق الثاني قدس سره بوفائه بإثبات الجواز فامور:

أحدها: عموم مكاتبة الصفار، وثانيها: عموم «المؤمنون عند شروطهم» وثالثها:

نص خاص لم يتمسك به في جامع المقاصد.

أما تقريب دلالة المكاتبة فهو: أن قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يقفها أهلها» إمضاء للوقف على حسب الكيفية التي رسمها الواقف، بمعنى كون الإمضاء مطابقا للإنشاء، فإن جعله مطلقا فمطلقا، وإن جعله مشترطا بالسلطنة على البيع لمصلحة كان ممضى كذلك. وليس مدلول المكاتبة تأسيس حكم تعبدى كحرمة بيع الوقف حتى يكون أجنبيا عن تنفيذ الشرط المزبور.

وأما دلالة عموم «المؤمنون عند شروطهم» فلظهور كلامه صلى الله عليه وآله وسلم في جعل التزام المؤمن بشرطه، وعدم مفارقه له ولا التخلف عنه. ومقتضى إطلاق كونه عند شرطه وجوب الوفاء بالشرط تكليفا، وعدم نفوذ هدمه ومخالفته وضعا. وحيث إن إنشاء الواقف متضمن للسلطنة على بيع الوقف لمطلق المصلحة فهو شرط نافذ، ويصح للموقوف عليهم العمل به.

وأما النص الخاص، فهو صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الحاكية لما أوقفه أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين، وسيأتي تقريب الاستشهاد به. هذا بيان المقتضى.

وأما عدم المانع، فلأن المانع المتوهم منافاة شرط البيع للتأييد المقوم للوقف كما سبق في كلام فخر المحققين والمحقق الثاني قدس سره. ولكن الظاهر عدم تحقيق التنافي هنا، لأن شرط بيع الوقف ينافي إطلاق الوقف لا مقتضاه وماهيته.

وبيانه: أن الشرط المأخوذ في العقد تارة يكون مضادا لحقيقته، كما إذا كان مفهوم البيع «تمليك عين بعوض» فاشترط فيه أن يكون بلا ثمن، وهو في قوة أن لا يكون البيع بيعا، وبطلانه واضح، لا متناع قصد المتقابلين والمتضادين. واستحالة

- بعد التمسك (1) في الجواز بعموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» و (2) «المؤمنون عند شروطهم»-

إمضائهما شرعا حتى لو تحقق القصد من غير الملتفت.

و اخرى يكون منافيا لإطلاق العقد، بحيث لو لا الاشتراط كان الإطلاق مقتضيا لذلك الأمر، كانصراف إطلاق عقد البيع إلى كون الثمن من نقد البلد، فإن اشترط نقدا آخر كان منافيا لهذا الإطلاق لا لذات البيع. وهكذا الحال في سائر العقود.

و الظاهر أن التنافي بين الوقف و شرط البيع يكون من القسم الثاني، بمعنى: أن الوقف- على تقدير عدم تقييده بشيء- يقتضي التأيد، فلا تأيد مع شرط الواقف.

و هذا يؤكد ثبوت العقد لا أنه ينافيه. و هو نظير شرط الرجوع في الهبة، و شرط خيار الفسخ في المعاملة في كونه منافيا للزوم العقد لا لحقيقته.

و الشاهد على اجتماع الوقف مع جواز البيع هو بقاء وقفية العين عند التجرد عن الشرط و طروء حالة احراز كونها مسوغة للبيع، و أنّ المبطل لوقفيتها إنشاء البيع خارجا، لا تجوز بيعها شرعا.

نعم بناء على كون جواز البيع مضادا لحقيقة الوقف- كما اختاره صاحب الجواهر قدس سره- كان شرط البيع مضادا لحقيقة الوقف، لكن تقدم في أول المسألة منعه، فراجع.

و المتحصل: أن المقتضي لمشروعية شرط البيع موجود، و المانع عنه مفقود، من دون تفصيل بين القسمين.

(1) كما تمسك المحقق الثاني قدس سره و غيره بهذا العموم، و غرضه إثبات المقتضي لصحة الشرط.

(2) معطوف على «عموم» أي: و بعموم «المؤمنون». و التعبير بالعموم لأجل عدم ورودهما في خصوص شرط بيع الوقف.

(1) متعلق ب «يقال» وهذا ناظر إلى نفي المانع عن شمول العمومين المزبورين لشرط البيع، و المانع هو التنافي المذكور في جامع المقاصد.

و ليس قوله: «بعدم» مناقشة اخرى في تفصيل المحقق الثاني، بل هو متمم للمناقشة، لوضوح أنّ مجرد عموم «الوقف» و «المؤمنون» لا يصلح دليلا لنفوذ شرط البيع، ما لم يحرز عدم منافاة الشرط لمقتضى الوقف، إذ مع منافاته له يبطل عند الكلّ.

فإن قلت: إن التعبير ب «عدم ثبوت» لا يجدي في رفع المانع، فيشكل بأنّ المناط في التمسك بدليل الشروط هو إحراز عدم التنافي بين الشرط و مقتضى العقد لا احتمالاه.

و كما لا وجه للتمسك بأدلة الوقف و الشروط في فرض العلم بالمنافاة كما هو واضح، فكذلك في فرض الشك فيها. أما بالنسبة إلى عموم «الوقف» فللشك في عقديته، إذ لو كان الشرط منافيا واقعا لم يكن عقد حتى يمضى شرطه الضمني.

و أما بالنسبة إلى عموم «المؤمنون» فلتعنون الشرط بعدم كونه مخالفا لمقتضى العقد.

و عليه فلا- بد من إثبات عدم التنافي، ثم التمسك بدليلي الوقف و الشروط، إذ التمسك بهما حينئذ يكون تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية. و يتعيّن الرجوع إلى الاصول العملية، و مقتضاها في المقام عدم جواز البيع للاستصحاب.

قلت: نعم، مجرد عدم ثبوت التنافي لا يكفي في التمسك بالعمومين، إلا أن غرض المصنف قدس سره- بقرينة الاستشهاد بجواز بيع الوقف بطروء المسوّغ- هو ثبوت عدم التنافي، و إنّما عبّر بعدم الثبوت «تنزيلا على هو المتعارف في المخاصمات عند المتأدبين من عدم المسارعة إلى الإنكار» (1).

فلعلّه (1) مناف لإطلاقه (2)، ولذا (3) يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طروء مسوّغاته، فإنّ التحقيق - كما عرفت سابقا (4) - أنّ جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفا. ثمّ إنّه لو سلّم (5) المنافاة فإنّما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه.

---

(1) أي: فلعلّ شرط جواز البيع، وهذا أيضا لتعيين المنافاة للإطلاق، لا لمقتضى الوقف، وليس المراد مجرد احتمال التنافي للإطلاق، و تقدم في توضيح عدم المانع الفرق بين منافاة شرط البيع لماهية الوقف، فيبطل، و بين منافاته لإطلاقه فيصح.

(2) لاقتضاء إطلاق الوقف التأييد، و عدم سلطنة الموقوف عليهم على إبطاله بالبيع.

(3) أي: ولأجل منافاة جواز البيع للإطلاق - لا للحقيقة - يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طروء مسوّغاته، وهذا الاجتماع ظاهر قول المحقق الثاني قدّس سرّه: «إن كل موضع يجوز فيه بيع الوقف» «1»، فيمكن إلزامه بصحة شرط البيع أيضا، لنفوذ الشرط المخالف لإطلاق العقد.

(4) يعني: قبل التعرض لكلام الشيخ الكبير و صاحب الجواهر قدّس سرّهما، حيث قال: «ثم إنّ جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع، لا بجوازه...» فراجع «2».

(5) هذا وجه ثان للخدشة في المنافاة المتقدمة في كلام المحقق الثاني قدّس سرّه، و محصله: أن تعليل بطلان شرط البيع بالتنافي أخص من المدعى، توضيحه: أن المواضع التي جوّز الشارع فيها بيع الوقف - بنظر المحقق الثاني قدّس سرّه - على نحوين:

---

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 73

(2) هدى الطالب، ج 6، ص 529 - 531

ص: 110

و أمّا تبديله بوقف آخر (1) فلا تنافي بينه (2) و بين الوقف.

فمعنى كونه حسباً (3): كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات

فتارة يجب شراء البديل بالثمن، و هما موضعان، أحدهما: خراب الوقف و اضمحلاله. و ثانيهما: حصول خلف بين أربابه.

و اخرى لا- يجب التبديل، لكون الغرض من تجويز البيع صرف الثمن في حاجة أرباب الوقف، إذا لحقهم حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلّة و غيرها.

و على هذا، فإن لم يكن شرط سلطنة الموقوف عليهم على البيع منافياً لماهية الوقف- بأن كان منافياً لإطلاقه و عدم تقييده- فلا كلام كما مرّ في الوجه الأول.

و إن كان الشرط المزبور منافياً لمفهوم الوقف- و هو حبس العين أبداً و تسبيل الثمرة- كان لازمه التفصيل بين أنحاء شرط البيع، بأن يقال: إن كان الغرض من الشرط صيرورة الثمن ملكاً طلقاً للبطن الموجود- كما في مورد جواز البيع لرفع الحاجة و الضرورة- كان منافياً لمقتضى الإنشاء من التأييد و بقاء العين مهما أمكن لتدرّ منافعتها على البطن. و إن كان المقصود من الشرط تبديل الوقف و تعلق حق البطن بالبديل على حدّ تعلقه بالمبديل لم يكن الشرط مضاداً للتأييد.

و من المعلوم أنّ المواضع المعدودة في قواعد العلامة قدّس سرّه قد صرّح فيها بشراء بدل الوقف بالثمن، كالبيع فراراً من زيادة الخراج.

و عليه فلا- وجه لمنع شرط البيع في جميع الموارد بزعم المنافاة، بل ينبغي التفصيل بين المواضع، مع أنّ المحقق الثاني قدّس سرّه لم يفصل بينها.

(1) كما هو صريح كلام العلامة قدّس سرّه: «و لو شرط بيعه عند الضرر ... و شراء غيره بثمنه ...».

(2) أي: بين التبديل المستند إلى الشرط.

(3) هذه الجملة دفع دخل مقدّر يرد على قوله: «فلا تنافي بينه و بين الوقف» و تقريب الدخل: أنّ شرط بيع الوقف و تبديله بوقف آخر- كما إذا

شرط البيع عند الخراب أو الفتنة- ينافي مفهوم الوقف، كمنافاته له إذا شرط البيع بالحاجة إلى الثمن.

ووجه المنافاة: أن حقيقة الوقف عندهم «تحسيس الأصل- أي عين خاصة- و تسهيل المنفعة» و المراد من حبسها هو المنع عن النقل و الانتقال، و من المعلوم امتناع القصد إلى المتنافيين، و هما: إنشاء الحبس، و إنشاء السلطنة على عدم الحبس بالبيع.

و الحاصل: أنّ الشرط المزبور يضاد مفهوم الوقف، لا إطلاقه حتى يقال بجوازه و نفوذه بعموم أدلة الشروط.

و تقريب الدفع: أنّ معنى الوقف و إن كان تحسيس الأصل، إلا أن حبس عين خاصة على نحوين، فتارة يكون المراد حبس شخصها مطلقاً، فلا محالة يكون اشتراط جواز بيعها و التصرف فيها منافياً لوقفها بذاتها.

و اخرى يكون المراد حبسها مقيّداً، بمعنى منع تصرف بعض البطون في العين الموقوفة على وجه تصرف المالك في ملكه الطلق من بيعه متى شاء، و تصرفه في الثمن كيفما شاء. و لا منافاة حينئذ بين الوقف و بين شرط البيع عند عروض مصلحة، كما لا منافاة بينه و بين حصول مسوّغ شرعي للبيع كالخراب، فكأنّه قال:

«حبست هذه العين عن التصرفات المالكية كبيعها متى شاء أهل الوقف من دون استبدالها بعين اخرى، و شرطت بيعها عند عروض كذا و استبدالها. أي حبستها بنفسها أو بديلها».

و عليه فكون وقف العين بمعنى حبسها بشخصها هو مقتضى الإطلاق، و عدم اشتراط حبسها بما هي مال، بأن يقول: «وقفت هذه الدار على ذريتي» لظهور ترك التقييد بالتبديل - عند عروض مصلحة- في حبس نفس العين بخصوصيتها، فلو اشترط جواز التبديل كان قرينة على التوسعة في الحبس و تعلقه بماليتها لا بشخصها،



المالك على نحو الملك المطلق (1). و أما حبس شخص (2) الوقف فهو لازم لإطلاقه (3) و تجزّده عن مسوّغات الإبدال، شرعية كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالاشرط في متن العقد، فتأمل (4).

كما إذا قال: «حبستها بنفسها أو ببدلها».

فالمتحصل: عدم التنافي - في موارد اشترط التبديل - بين مفهوم الوقف و بين الشرط، هذا تمام ما أفاده المصنف في ردّ تفصيل المحقق الثاني قدّس سرّه بين أنحاء الشرط.

و منه ظهر مختار المصنف في المسألة، و سيأتي الاستدلال على نفوذ الشرط بالنص الخاص.

(1) لجواز التصرف في الملك المطلق بالبيع و الهبة و نحوهما متى شاء المالك، ثم التصرف في ثمن البيع كذلك. و لكن البطون ممنوعة من هذا النحو من التصرف في العين الموقوفة.

(2) أي: حبس شخص العين متفرع على إطلاق الحبس و تجرده عما يجوز البيع، إمّا بجعل الشارع كالخراب و شبهه، أو بجعل الواقف كمورد الاشرط في متن العقد.

و نظير الوقف في اللزوم و الجواز عقد البيع، فقد يكون جائزا فيما لو اشترط فيه الخيار لجهة، أو حكم الشارع بجواز الفسخ كما لو تبين كون المبيع معيبا. و قد يكون لازما كما إذا بقي على إطلاقه، و لم يحدث بعده أمر مسوّغ للفسخ شرعا، هذا.

(3) في قبال التصريح في الوقف بحبس العين أو بدلها عند طروء المسوّغات، فلا يكون شخص العين محبوسا حينئذ.

(4) لعلّه إشارة إلى عدم تعدد الوقف بالنسبة إلى العين الموقوفة و بدلها بعد البيع، بل الوقفية تنشأ بالنسبة إلى نفس العين. و عليه فإن كان حبس شخصها مقتضى إطلاق العقد صحّ اشترط البيع حتى مع أكل الثمن. و إن كان مقتضى مطلق الوقف لم يصح حتى لو شرط كون الثمن وقفا.

ثم إنه روى (1) صحيحا في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف

أو إلى: أن شرط جواز البيع بدون المسوّغات الشرعية قد ينافي ما أفاده المصنف قدس سرّه في الأمر الرابع مما يعتبر في صحة الشرط- وهو عدم مخالفته للكتاب والسنة- من أن حكم الموضوع قد يثبت من حيث الذات و مجردا عن العناوين الطارئة عليه كالمباحات، فينفذ الشرط، لكونه مغيّرا لموضوع الدليل، كتغيره بعروض عنوان عليه كالمقدمية أو النذر أو إطاعة الوالدين. وقد يثبت الحكم للموضوع على نحو لوازم الماهية بأن كان لدليله عموم أو إطلاق ناظر إلى العناوين الخارجية الطارئة عليه، كغالب المحرمات و الواجبات، فيكون اشتراط خلافه التزاما بما خالف الكتاب والسنة، لما تقدم في أوائل المسألة من أن منع البيع وصف لنوع الوقف، حيث قال قدس سرّه:

«وإن كان الإنصاف ما ذكرنا من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافا للنوع» (1) هذا.

(1) لا بأس بنقل جمل من صدر الرواية عن الكافي، وهي: أن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «بعث إليّ أبو الحسن موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام، وهي:

بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به وقضى به في ماله عبد الله عليّ ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة و يصرفني به عن النار، و يصرف النار عني، يوم تبيضّ وجوه و تسودّ وجوه: أن ما كان لي من مال بينبع- يعرف لي فيها و ما حولها- صدقة و رقيقها ... إلى أن قال عليه السلام: وإن الذي كتبت من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة، حيّا أنا أو ميتّا، ينفق في كلّ نفقة يبتغي بها وجه الله في سبيل الله و وجهه، و ذوي الرّحم من بني هاشم و بني المطّلب، و القريب و البعيد، فإنّه يقوم على ذلك الحسن بن عليّ، يأكل منه بالمعروف، و ينفقه حيث يراه الله عزّ و جلّ في حلّ محلّ لا حرج عليه فيه. فإن أراد ...» إلى آخر ما في المتن.

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 522

ص: 114

ماله في عين ينبع (1)، وفيه (2): «فإن أراد- يعني الحسن عليه السلام- أن يبيع نصيبا من (3) المال ليقضي (4) [فيقضي] به الدين فليفعل إن شاء،

---

و مورد الاستدلال بهذه الصحيحة فقرتان أو ثلاث.

(1) قال العلامة الطريحي قدس سره: «و ينبع- بالفتح فالسكون و ضم الموحدة- قرية كبيرة بها حصن، على سبع مراحل من المدينة، نقل: أنه لما قسم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الفيء أصاب علي عليه السلام أرضا، فاحتفر عينا، فخرج منها ماء ينبع في الماء، كهيئة عنق البعير، فسماها عين ينبع» (1).

وقال ابن منظور: «و بناحية الحجاز عين ماء يقال لها ينبع، تسقي نخيلا لآل علي بن أبي طالب» (2).

وقال الفيروزآبادي: «ينبع ك- ينصر- حصن له عيون و نخيل و زروع بطريق حاج مصر» (3).

(2) أي: وفي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية الوقف هو قوله عليه السلام: «فإن أراد ... الخ».

(3) أي: نصيبا من أعيان الوقف، و هذه الفقرة مما يستدل بها على ما نحن فيه من جواز الاشتراط في ضمن الوقف، بإعطاء السلطنة للموقوف عليه على البيع.

و سيأتي في آخر الكلام المحامل المذكورة في كلمات الفقهاء.

(4) كذا في نسختنا، و لكن في الكافي و التهذيب و الوسائل: «فيقضي».

و يمكن الاستدلال بهذه الجملة على جواز بيع الوقف لحاجة البطن الموجود، و صرف ثمنه في رفع تلك الحاجة، فتأمل.

---

(1) مجمع البحرين، ج 4، ص 394

(2) لسان العرب، ج 8، ص 345

(3) القاموس المحيط، ج 3، ص 87

لا حرج عليه (1) فيه. وإن شاء (2) جعله شروى (3) [سري] الملك. وإن (4) ولد عليّ و مواليهم و أموالهم إلى الحسن بن علي. وإن كانت (5) دار الحسن بن علي

(1) أي: لا حرج على الإمام المجتبي عليه الصلاة والسلام في بيع نصيب من أعيان الموقوفة لأجل أداء ما عليه من ديون.

(2) أي: وإن أحبّ الإمام المجتبي عليه السلام جعل نصيبا من الوقف ملكا خالصا لنفسه. وهذه فقرة ثانية تدل على جعل السلطنة على إبطال بعض الوقف.

(3) كذا في نسختنا، ولكن في الكافي «سري الملك» وفي الوسائل نقلا عن التهذيب «شروى الملك» و كذا في الوافي. ولكن الموجود في التهذيب «شراء الملك».

وكيف كان فمعنى «السري» النفيس «1» و الرفيع «2»، فالمراد ب «سري الملك» شريف الملك ورفيعه، وهذا كناية عن جعل الوقف ملكا طلقا، فإن رفعة الملك و شرافته بتمامية سلطنة المالك عليه، و هو يستلزم بطلان الوقف حينئذ، و هو أعلى من شرط البيع، فلاحظ.

و معنى «شروى الملك» مثله «3»، يعني: يجعل الوقف كالمملك الطلق يتصرف فيه بما شاء.

(4) الجملة مستأنفة أو معطوفة على «فإن أراد» يعني: ورد في هذه الصحيحة:

أنّ أمر ولد عليّ عليه السلام و أموالهم بيد الحسن عليه السلام، و ليس المقصود تعيين الناظر للوقف، لما تقدم بقوله عليه السلام: «و أنه يقوم على ذلك الحسن» فالمراد هنا جعل الولاية بمعنى آخر.

(5) يعني: وإن كان الإمام المجتبي عليه السلام ساكنا في غير دار الصدقة، و لم يكن محتاجا إلى سكنها، فإن أراد عليه السلام أن يبيع دار الصدقة و يقسم ثمنها أثلاثا فليفعّل.

(1) مجمع البحرين، ج 1، ص 216

(2) لسان العرب، ج 14، ص 378

(3) مجمع البحرين، ج 1، ص 245، لسان العرب، ج 14، ص 428

ص: 116

غير دار الصدقة، فبدا له أن يبيعه فليبعها إن شاء (1)، [و] (2) لا حرج عليه فيه. فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثا في سبيل الله، ويجعل ثلثا في بني هاشم وبني المطلب، وثلثا في آل أبي طالب، وإنه (3) يضعه فيهم حيث يراه الله».

ثم قال: «وإن حدث (4) في الحسن أوفي الحسين حدث، فإن الآخر منهما ينظر في بني علي».

وقد يستشهد بهذه الفقرة أيضا على جواز بيع الوقف بالشرط، بتقريب: أن المراد بدار الصدقة دار موقوفة، بأن كانت في جملة ما أوقفه أمير المؤمنين عليه السلام لسكنى الإمام المجتبي عليه السلام، وجعل سلطنة بيع هذه الدار له عليه السلام إن لم يتخذها مسكنا لنفسه.

ويحتمل بعيدا إرادة بيع غير دار الصدقة من الدار المملوكة للإمام المجتبي صلوات الله وسلامه عليه، ويكون تقسيم ثمنها حينئذ شرطا من الواقف على الموقوف عليه في ضمن عقد الوقف.

(1) فكأنه عليه السلام وقف الدار بهذه الكيفية: «هذه وقف على أبي محمد الحسن عليه السلام وإن استغنى عن سكنائها جاز له بيعها».

(2) كذا في النسخ، وليست «الواو» في الكافي والتهذيب والوسائل.

(3) يعني: وإن الإمام المجتبي عليه السلام القائم بالوقف يضع الحصص على حسب ما يراه، ومقتضاه عدم اعتبار المساواة في تقسيم ثلث بني هاشم، وثلث آل أبي طالب.

(4) كذا في نسخ الكتاب، ولكن في الكافي والتهذيب والوسائل: «وإن حدث بحسن و حسين». و حاصله: أن أمير المؤمنين عليه السلام جعل ولاية الوقف للسبطين عليهما السلام مقدما للأكبر منهما، ثم شرط على سيد الشهداء عليه السلام أن ينصب قيما على الوقف من سائر أولاد أمير المؤمنين عليه السلام من كان مرضيا في هداه وإسلامه وأمانته، وإلا ففي أولاد السبطين عليهما السلام كذلك، وإلا ففي رجل من آل أبي طالب وذوي آرائهم، وإلا ففي رجل من بني هاشم، مع الاشتراط على كل واحد من

إلى أن قال: «فإنّه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم، وإنّه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك [هذا] (1) المال (2) على أصوله، و ينفق الثمرة (3) حيث أمره به من سبيل الله ووجهه، وذوي الرّحم من بني هاشم و بني المطلب و القريب و البعيد، لا يباع شيء منه و لا يوهب و لا يورث...» الرواية (4) «1».

و ظاهرها (5) جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود،

---

الأولياء العمل بما رسمه عليه السّلام، و عدم بيعه، فيكون جواز البيع مختصّاً بالسبطين عليهما السّلام.

(1) كذا في نسختنا، وليست كلمة «هذا» في الكافي و التهذيب و الوسائل.

(2) أي: ترك الأعيان الموقوفة، و المراد بتركها عدم بيعها، بأن يقيها على حالها لينتفع البطنون بمنافعها، فيكون شرط البيع مختصّاً بالحسين صلوات الله عليهما.

(3) كذا في نسختنا و جملة من النسخ، و هو موافق لما في التهذيب و الوسائل، و لكن في الكافي «و ينفق ثمره حيث أمرته به».

(4) يعني: أن للصحيحة تنمة، و في آخرها تاريخ كتابة صورة الوقف و مكانها و الشهود عليها، و هي «هذا ما قضى به عليّ في ماله، الغد من يوم قدم مسكن، شهد أبو شمر بن أبرهة، و صعصعة بن صوحان، و سعيد بن قيس، و هياج ابن أبي الهياج. و كتب عليّ بن أبي طالب بيده عشر خلون من جمادى الاولى سنة سبع و ثلاثين».

(5) تقدم أنفا وجه ظهور فقرات ثلاث من هذه الصحيحة في جواز شرط البيع.

أولها: قوله عليه السّلام: «فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال فيقضي به الدين، فليفعل إن شاء».

ثانيتها: قوله عليه السّلام: «وإن شاء جعله سرّي الملك».

---

(1) الكافي، ج 7، ص 49-51، باب صدقات النبي و فاطمة و الأئمة عليهم السّلام، الحديث: 7؛ التهذيب، ج 9، ص 146، الحديث 55 من كتاب الوقوف و الصدقات؛ الوسائل، ج 13، ص 313، الباب 10 من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث: 4

فضلا (1) عن البيع لجميع البطون، و صرف ثمنه فيما ينتفعون به. و السند صحيح، و التأويل مشكل (2)،

ثالثها: قوله عليه السّلام: «وإن كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فليبعها إن شاء». و لكن أمير المؤمنين عليه السّلام شرط في هذه الفقرة توزيع الثمن على وجه خاص، و لم يجعله مختصا بالإمام المجتبي عليه السّلام.

(1) الوجه في الإتيان ب «فضلا» هو أن البيع لأجل صرف الثمن في منفعة جميع البطون أقرب إلى غرض الواقف من جواز بيعه و اختصاص الثمن بالبطن الموجود. و كيفية اجتماع البطون على البيع تكون بقيام وليّ البطون اللاحقة بالبيع بانضمام البطن الموجود.

(2) يعني: بعد تمامية أصالتي الصدور و الظهور يشكل تأويل الصحيحة حتى تكون أجنبية عن المقام، و هو شرط البيع في الوقف.

و قد قيل في توجيه قوله عليه السّلام: «فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال، فليبع» امور:

الأول: أنّ ما كتبه أمير المؤمنين عليه السّلام محمول على الوصية و أجنبي عن الوقف، بشهادة جملتين:

إحدهما: قوله عليه السّلام: «هذا ما أوصى به و قضى به في ماله عبد الله عليّ...».

و ثانيتهما: قوله في أواخرها: «و لا - يحلّ لامرء مسلم يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يغيّر شيئا مما أوصيت به في مالي...» و لا مانع من استثناء بعض المال للوصي. فغرضه عليه السّلام الإيضاء بالأموال المدرجة في كتابه لمن يقوم بالأمر بعده.

و فيه: أن كلمة «الوصية» وردت في أثناء الكتاب مقترنة بما يدل على الوقف المصطلح، و هو قوله عليه السّلام: «وإن الذي كتبت من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة، حيّا أنا أو ميّتا» فإنّ الصدقة الموصوفة بكونها بتلة- أي منقطعة عن المتصدق حال حياته و خارجه عن ملكه- لا تنطبق إلّا على الوقف، ضرورة جواز التصرف

و الرجوع في الوصية قبل الممات. فحملها على التأكيد في وصية ما كتبه عليه السلام ينافي قوله عليه السلام: «حيًا أنا أو ميتًا».

و عليه فلا بد من رفع اليد عن معنى «الوصية» في الفقرتين المتقدمتين، بأن لا يكون المراد بها ما استقر عليه اصطلاح الفقهاء من العهد بشيء بعد الموت، بل المراد ما بعم ذلك و تدبير شئون أمواله، سواء أكان تصرفه منجزاً أم معلقاً، فيكتبها بعنوان الإيضاء لمن يقوم بالأمر بعده، و معناه جعل كل واحد- مما كتبه- في موقعه، و هذا المعنى شائع في الاستعمال.

الثاني: أنه عليه السلام و هب الأموال لهما عليهما السلام، و كتب الوقف لنوع المصلحة، كذا احتمله العلامة المجلسي قدس سره، ولكنه خلاف الظاهر جداً، مع عدم قرينة عليه، فلا يصار إليه.

الثالث: أنه عليه السلام اشترط بيع الحاصل من الوقف و ثمرته لأداء الدين، لا يبيع الرقبة، كما احتمله العلامة المجلسي قدس سره أيضاً و غيره (1).

وفيه: أن المناسب لذلك التعبير ب «فإن أراد أن يقضي به الدين فلا حرج عليه» ليكون مناسباً لقوله قبله: «يقوم على ذلك الحسن بن علي، و يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد... في حل محل لا حرج عليه» و لا حاجة إلى التصريح بكلمة البيع مقدمة لقضاء الدين، إذ لما كان المال الموقوف من الضياع و المزارع كان أكله بالمعروف في كل وجه محلل، و كذا أداء الدين منوطاً ببيع بعض الحاصل، فذكر البيع و العدول عن الضمير إلى الاسم الظاهر- و هو نصيب من المال- يدلان على جواز بيع نفس الوقف.

الرابع: أن غاية ما يدل عليه هو جواز بيع الوقف عند الحاجة كأداء الدين،

(1) ملاذ الأخيار، ج 14، ص 435. مقابسات الأنوار، كتاب البيع، ص 56



لا مطلقا كما هو مورد البحث، فيكون الصحيح أخص من المدعى، وهو جواز شرط البيع لكل مصلحة «1».

ولكنه غير ظاهر أيضا، لما تقدّم في شرح فقرات الصحيحة من ظهور كلام أمير المؤمنين عليه السلام في إعطاء السلطنة على البيع، وهذا هو الاشتراط. وقرينة حصر التمكّن من وفاء الدين في بيع نصيب من الوقف مفقودة. ولو سلّم لم يجر هذا الاحتمال في تجويزه عليه السلام اتّخاذ نفس الوقف سري الملك، لعدم فرض الحاجة فيه إلى بيعه مقدّمة لرفع الضرورة.

الخامس: أنّ النصيب الذي جاز بيعه لهما عليهما السلام خارج من الوقف، بمعنى أنّ الأمير عليه السلام وقف أمواله بينه وبين نصيبها منها، وفوّض تعيين النصيب إلى السبطين عليهما السلام، فيتوقف تحديد مقدار الموقوف أيضا على تعيين ذلك النصيب، ولا مانع منه، فإن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها، كذا أفاده في المقابس «2».

ولكن مخالفته لظاهر الصحيحة من كون النصيب من جملة الأموال الموقوفة وعدم استثنائه منها مما لا تنكر.

هذا ما قيل في حمل بيع نصيب من المال.

وأما قوله عليه السلام: «وإن شاء جعله سري الملك» فاستقرب صاحب المقابس قدس سرّه أنّ الإذن في جعل الوقف مثل الملك وقع على وجه المبالغة في أمر التولية، وفي استحقاقهما عليهما السلام للمنافع. وكان أمير المؤمنين عليه السلام عالما بأنّهما لا يفعلان إلا ما هو الصحيح المشروع، ولا يقتطعان شيئا من الوقف، هذا.

ولكنك خبير ببعدها هذا الحمل، لعدم قرينة عليه، مع كونه في سياق قوله عليه السلام:

«فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال» وقد استبعد صاحب المقابس حمله على الإذن

(1) حاشية العلامة السيد الإشكوري على المكاسب، ص 170

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 56

في أداء الدين من الوقف، فراجع المقابس «1».

و أمّا قوله عليه السّلام: «و إن كان دار الحسن غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها» فقد يؤوّل- كما في المقابس أيضا- بأنّ دار الصدقة غير داخلّة في الأموال التي حكم عليها في أوّل هذا الخبر بأنّها صدقة واجبة بتلة، لأنّ الموقوف هو ماله يبيع و ما حولها و بوادي القرى و بديمة و بأذينة، و كلّها ضياع و مزارع، و لم تشتمل على دار يسكنها الإمام المجتبي عليه السّلام. و حينئذ فعللّ دار الصدقة التي فوّض أمرها إلى الإمام المجتبي عليه السّلام كانت دارا جعل له سكنها ما دامت الحاجة، و بعده عليه السّلام بعنوان الوصية يفعل ما أمره عليه السّلام به، و من المعلوم أن «الصدقة» كما تطلق على الوقف كذلك تطلق على السكنى و الرقبي و العمري، هذا.

و لكن يمكن ترجيح احتمال إرادة الموقوفة من «دار الصدقة» بما في ذيل الصحيحة من أمره عليه السّلام بأن يترك المال و لا يباع منه شيء و لا يوهب و لا يورث، فيكون شرط البيع توسعة للسبطين عليهما السّلام تشريفا لهما.

(1) لإعراض المشهور عنه، بل ادعى العلامة المجلسي قدّس سرّه مخالفة الصحيحة للمقطوع به عند الأصحاب «2»، و من المعلوم أن عدم الاعتناء بما قطعوا به في غاية الإشكال كما لا يخفى على أهله. خصوصا مع ورودها في بيع الوقف العام، و تقدم منع بيعه.

هذا تمام الكلام في حكم الصورة السادسة، و تحصيل أن الاشتراط مجوّز للبيع، عملا بأدلة الشروط و بعموم «الوقف».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 56

(2) ملاذ الأخيار، ج 14، ص 435

الصورة السابعة: أن يؤدّي بقاءه إلى خرابه علما أو ظلّا (1) [1]

الصورة السابعة: أداء بقاء الوقف إلى خوف الخراب

(1) تقدم في الصورة الاولى الفرق بينها وبين هذه الصورة، وأن مفروض الكلام هنا عدم الخراب فعلا، وإّما يخاف خراب الموقوفة لو بقيت على حالها.

وتقدم في نقل الأقوال ما استظهره المصنف من وحدة مضمون تعابير الفقهاء بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه تارة، وبخوفه اخرى، وبخشيته  
ثالثة، وقال: «فظهر من ذلك أنّ جواز البيع بظنّ تأدية بقاءه إلى خرابه ممّا تحققت فيه الشهرة بين المجوّزين» (1).

وعنوان هذه الصورة بنحو الإطلاق- في قبال من قيّد جواز البيع بكون منشئه خلف أرباب الوقف- موافق لما في المقابس من قوله: «الصورة  
الثالثة: أن يباع خوفاً من أن يؤول إلى الخراب أو التلف، وفيها أيضا أقوال .... ثالثها:

الجواز في المؤبّد أو مطلقا، وهو قول الشيخ وابن سعيد في كتابيه ... الخ» واختاره هو قدّس سرّه فراجع (2).

[1] لا- يخفى منافاة تفسير خوف الخراب هنا بالعلم أو الظن به لما سيذكره في الصورة الثامنة من تفسير الخوف بما هو أعم منهما و من  
الاحتمال، مع أن الوارد في كلمات الأصحاب إما خوف الخراب أو خشيته، وإّما خشية وقوع فتنة بين أربابه

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 572

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 61 و 62

ص: 123

و هو المعبر عنه ب «خوف الخراب» في كثير من العبارات المتقدمة (1).

والأداء إلى الخراب (2) قد يكون للخلف (3) بين أربابه، وقد يكون (4) لا له.

---

ثم إنَّ المصنف قدس سره قسم هذه الصورة تارة بالنظر إلى منشأ خوف خراب الوقف، و أخرى بالنظر إلى ما يبقى من المنفعة بعد الخراب.

أما التقسيم الأول فمنشأ الأداء إلى الخراب إما خلف الموقوف عليهم، و إما غيره كعدم تمكنهم من عمارة الوقف و ترميمه، فهنا فرضان.

و أما التقسيم الثاني فله فرضان أيضا، ضرورة أن الخراب المعلوم أو المظنون قد يبلغ حدّا تسقط العين به عن الانتفاع المعتدّ به، فالباقى كالمعدوم، و قد لا يبلغ هذا الحد، و إنما يوجب نقص المنفعة. فهذه فروض أربعة ستأتي أحكامها.

(1) ففي المبسوط: «إذا خيف على الوقف الخراب» و في الغنية «خيف خرابه» و قريب منهما ما في الوسيلة و فقه القرآن و جامع الشرائع و النزهة و وقف الشرائع، و القواعد، و التحرير و الإرشاد، و بيع التذكرة و الدروس «1».

(2) هذا هو المقسم الأول، و هو باعتبار منشأ الأول إلى الخراب.

(3) هذا أول الفرضين من المقسم الأول، كما تقدم. و إسناد الخراب إلى الخلف مبني على الغالب من كون الاختلاف موجبا لترك الإقدام على ترميم الوقف، فيؤول الأمر إلى الخراب، و إلا فلا ملازمة بين الخلف و الخراب كما هو واضح.

(4) أي: قد يكون الخراب لا للخلف بين الأرباب، بل لموجب آخر.

---

كما في التحرير، أو «يخاف منه تلف الأموال» كما في جامع المقاصد.

و عليه فاختصاص الخوف بالعلم و الظن في الصورة السابعة، و عمومه للاحتمال في الثامنة غير ظاهر الوجه.

---

(1) تقدمت مصادر الأقوال في ج 6، ص 562-567

ص: 124

و الخراب المعلوم (1) [1] أو المخوف قد يكون على حدّ سقوطه من الانتفاع نفعا معتداً به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة.

و أمّا (2) إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر، كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه، إلا على ما استظهره بعض من تقدّم كلامه سابقا (3): من أنّ تغيّر عنوان الوقف يسوّغ بيعه،

---

(1) هذا هو المقسم الثاني، وهو باعتبار خراب الوقف كليّة، أو بما يبقى مقدار معتد به من المنفعة.

(2) هذا فرض ثالث من المقسم الثاني، وغرضه قدّس سرّه استثناء هذا الفرض من موضوع البحث في الصورة السابعة، أعني به كون الخراب موجبا لنقص المنفعة أو لقلته بما لا يعتد به.

و محصل هذا الفرض: ما إذا أمكن الانتفاع بالوقف- بعد خرابه- بوجه آخر، كالبستان الذي يبست أشجاره فقطعت، فأجرت العرصة للزراعة مثلا، و كانت الاجرة أزيد من عوائد البستان أو مثلها. و حكم هذا الفرض عدم جواز بيع الوقف حينئذ، إلا على مبنى صاحب الجواهر قدّس سرّه من بطلان وقفية العين بانعدام عنوانها الملحوظ حين الوقف، وقد تقدم تفصيله في الصورة الثانية، فراجع.

و الحاصل: أن موضوع البحث في الصورة السابعة هو ندرة المنفعة بعد الخراب، أو مجرد نقصها وإن كانت معتنى بها.

(3) حيث قال: «ثم ذكر- يعني صاحب الجواهر- أنّه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف، فيما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانيّة» فراجع (ص 30).

---

[1] هذه الكلمة مستدركة، لفرض شمول «المخوف» للمعلوم والمظنون بمقتضى تفسير الخوف بالعلم أو الظن.

وقد عرفت (1) ضعفه.

وقد عرفت (2) من عبارة جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب ولو لغير الاختلاف، و من اخرى تقييدهم به.

### **[الصورة الثامنة أن يقع بين الموقوف عليهم إختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس]**

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم إختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس (3)،

(1) بقوله: «أقول: يرد على ما قد يقال بعد الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف ... الخ» فراجع (ص 39).

(2) غرضه قدّس سرّه الإشارة إلى ما ورد في كلمات الأصحاب حول هذه الصورة السابعة، و ظاهره وجود قولين في المسألة: أحدهما: إطلاق جواز البيع، مهما كان منشأ الأداء إلى الخراب، و هو المحكي عن النهاية.

ثانيهما: تقييد جواز البيع بكون المنشأ إختلاف أرباب الوقف، و هو للأكثر، كما يظهر بملاحظة كلماتهم المنقولة أوائل المسألة «1». و سيأتي تفصيل المصنف قدّس سرّه.

الصورة الثامنة: وقوع الاختلاف مع خوف تلف المال أو النفس

(3) نقل صاحب المقابس قدّس سرّه عنوان هذه الصورة قولا خامسا في حكم بيع الوقف لدفع الخلف أو لرفعه، فقال: «خامسها: أنه يجوز إذا حصل خلف بين أربابه بحيث يخاف منه الإفضاء إلى تلف الأموال و النفوس، و هو اختيار المحقق الكركي في تعليق الإرشاد ...» «2». و يستفاد أيضا من الشهيدين قدّس سرّهما و ممّن «3» أخذ بصحيفة ابن مهزيار الآتية التي ورد فيها جواز البيع إذا خيف تلف الأموال و النفوس.

و تقدم في الكلمات المنقولة أوائل المسألة «أو يخاف من وقوع خلف بينهم

(1) لاحظ: هدى الطالب، ج 6، ص 562-567

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 58

(3) غاية المراد، ج 2، ص 30. الروضة البهية، ج 3، ص 255

وإن (1) لم يعلم أو يظن ذلك (2).

فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك (3)، خصوصا (4) من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

---

يؤدّي إلى فساده- أي فساد الوقف- «1» كما في مهذب القاضي قدّس سرّه، من دون عطف «النفوس» على الأموال.

و كيف كان فهذه الصورة تشارك السابعة في جامع الخوف، و تفارقها بأمور:

الأول: أخذ خصوصية الخلف بين أهل الوقف في الثامنة دون السابعة.

الثاني: أخذ خصوصية العلم أو الظن بالخراب مستقلا، في السابعة، و لحاظ خوف أحد الأمرين من تلف المال أو النفس في الثامنة.

الثالث: تفسير الخوف في السابعة بالعلم أو الظن، و في الثامنة بما يعم الاحتمال.

(1) حرف الوصل ظاهر في شمول الخوف و عدم الأمن لما يعم العلم و الظنّ و الاحتمال.

(2) المشار إليه هو تلف المال أو النفس، و المراد بتلف المال هنا تلف الوقف كما استظهره الشهيد الثاني قدّس سرّه «(2)».

(3) أي: جواز البيع لخوف أداء الاختلاف إلى تلف المال أو النفس، كقول العلامة قدّس سرّه: «و كذا يباع لو خشى وقوع فتنة بين أربابه» «(3)».

(4) توضيحه: أنّ بعض الفقهاء جوّز البيع عند أداء بقاء الوقف على حاله- مع خلف أربابه- إلى الخراب، كالشهير الثاني قدّس سرّه، و المحقق و العلامة في بيع الشرائع

---

(1) المهذب، ج 2، ص 92

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 255

(3) تحرير الأحكام، ج 1، ص 165 (ج 2، ص 279، الطبعة الحديثة)

ص: 127

## [الصورة التاسعة أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم]

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم (1)، من غير تقييد بتلف المال (2)، فضلا عن خصوص الوقف.

و القواعد. و من المعلوم ظهور «الأداء» في العلم و الاطمئنان بترتب خراب الوقف على بقاءه مع ما بين الموقوف عليهم من المنازعة، فلا عبرة حينئذ بظن الأداء إليه و احتمالاه.

و هذا بخلاف من عبّر من الفقهاء- و هم الأكثر- بخوف الخراب أو خشيته أو «لا يؤمن...» فإن «خوف الخراب» يشمل العلم و الظن و الاحتمال الموهوم، إذ «الخوف» هو الحالة النفسانية الناشئة عن مجرد الاحتمال و إن كان موهوما جدّا.

الصورة التاسعة: اداء الخلف إلى ضرر عظيم

(1) هذه الصورة المذكورة في كلام ابن سعيد قدّس سرّه، لقوله: «أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم» (1) و لعله متحد مع ما في تهذيب شيخ الطائفة من تجويز البيع «لو أدى كونه وقفا إلى ضرر أو إلى إختلاف، و هرج و مرج، و خراب الوقف» (2).

و كيف كان فتختلف هذه الصورة مع سابقيتها بأمرين:

الأول: عدم أخذ الخوف فيها، بل المناط إفضاء بقاء الوقف إلى تلف الوقف أو تلف مال آخر أو فتنة عظيمة و فساد كبير مع أن عنوان الصورة السابعة و الثامنة «خوف الخراب» كما تقدم.

الثاني: أخذ خوف خصوص الخراب فيهما، بخلاف هذه، إذ لا خصوصية لتلف الوقف هنا.

(2) أي: تلف مال غير العين الموقوفة، لما سيأتي في مكاتبة ابن مهزيار من

(1) نزهة الناظر، ص 74

(2) تهذيب الأحكام، ج 9، ص 131

ص: 128



الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح به الأنفس (1).

و الأقوى (2): الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتدّ به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره.

تجوز البيع لتلف الأموال و النفوس، و لا خصوصية لتلف الوقف. و أمّا تعميم الضرر للنقص في العرض فلعدم اختصاص الضرر المنفي بالنقص المالي كما قرّر في محلّه.

الصورة العاشرة: أداء بقاء الوقف إلى فساد تستباح به الأنفس

(1) هذا العنوان قريب من كلام ابن سعيد أيضاً، حيث قال: «أو خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس» (1) و تقدم في الأقوال نقله عن تعليق الإرشاد للمحقق الكركي، و الحاكي له هو السيد العاملي قدّس سرّه، إلا أن المنقول عنه في المقابس كما تقدم في (ص 126) الأداء إلى تلف الأموال و النفوس.

و هذه الصورة كالتاسعة لم يؤخذ فيها الخوف، و ظاهر اللزوم هو العلم باستباحة الأنفس لوقفي بحاله، و انحصر سد الفتنة في بيعه، و لا يكفي مجرد الاحتمال حينئذ أو عدم الأمن من استباحة الأنفس.

و فرقتها مع الصور الثلاث المتقدمة توقف جواز البيع هنا على تلف النفوس خاصة، و لا عبرة بتلف الوقف أو سائر الأموال.

حكم الصّور الأربع

(2) فصلّ المصنّف قدّس سرّه في بيع الوقف- في الصور الأربع الأخيرة- فجوّزه في قسم من الصورة السابعة، و هو أداء بقاء الوقف- علماً أو ظناً- إلى سقوطه عن الانتفاع المعتد به، سواء أكان منشأ الخراب إختلاف أرباب الوقف أم غيره. و الشاهد على إرادة الجواز في خصوص هذا القسم هنا ما سيأتي في (ص 149) من قوله: «و أما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة».

(1) الجامع للشرائع، ص 372

ص: 129

و المنع (1) في غيره من جميع الصور.

أما الجواز في الأول (2)، فلما مرّ من الدليل (3) على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع (4)، فإنّ (5) الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه،

---

و منع البيع في نقص المنفعة كما منعه في الصور التالية لها، فهنا دعويان. ويقع الكلام فعلا في أول شقي التفصيل.

وقد استدل على الجواز بوجود المقتضي و دفع ما يحتمل كونه مانعا عن البيع، ثم نقل وجهين آخرين للجواز و ناقش فيها، و سيأتي بيان الكل إن شاء الله تعالى.

(1) معطوف على «الجواز» أي: أنّ الأقوى منع البيع في سائر الصور.

(2) و هو ما لو أدّى بقاء الوقف إلى الخراب علما أو ظنا. و قد استدل على جواز البيع فيه بوجه ثلاثة كما سيأتي، أولها: ما في المتن من وجود المقتضي و فقد المانع. ثانيها: ما ذكره في التنقيح. ثالثها: ما نقل عن العلامة و جماعة.

(3) ما استدل به المصنف على جواز البيع هنا- من وجود المقتضي و فقد المانع- تقدم مستوفى في الصورة الاولى. و ظاهر المتن دفع المانع، و أمّا المقتضي فغير مذكور في العبارة اتكالا على وضوحه.

و المراد بالمقتضي في مقام الإثبات هو العمومات المقتضية لصحة البيع، كقوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ.

و أما المانع فالمذكور في المتن هو الحقوق المتعلقة بالعين الموقوفة، أعني بها حق الشارع و الواقف و الموقوف عليهم.

(4) حيث قال في الصورة الاولى: «لعدم جريان أدلة المنع. أما الإجماع ...

الخ» (1).

(5) هذا دفع المانع من ناحية غرض الواقف، و تقريب الغرض: أنّ مقصود

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 614

ص: 130

الواقف من حبس عين خاصة أبدا هو بقاؤها بشخصها لتكون صدقة جارية ينتفع بها معنويا، كما ينتفع الموقوف عليهم بها ماديا. و من المعلوم أن تجويز بيعها- عند خوف خرابها و قلة منفعتها لو بقيت بحالها- ينافي هذا الغرض. و حيث إن الوقوف تكون على حسب ما يقفها أهلها لم يجز نقض غرض الواقف.

و المصنف دفع هذا المانع بما محصله: عدم لزوم نقض غرض الواقف، بل يلزم حفظ مقصوده لو بيع الوقف، و بيانه: أن غرض الواقف و إن كان حبس شخص ما وقفه، و عدم تبديله بشيء آخر، إلا أنه محدود بعدم العلم أو الظن بانقطاع هذا الشخص، لينتفع به الموقوف عليهم. و أما مع علمه بأوله إلى الخراب و تعذر الانتفاع به مستقبلا فيدور الأمر بين وجهين:

أحدهما: ترك الوقف حتى يهلك و يخرج عن كونه صدقة جارية، و حينئذ فكما تسقط العين عن حيز الانتفاع بها فكذا تنعدم ماليتها القائمة بها.

ثانيهما: تبديل الوقف، و هو و إن استلزم إسقاط حق الواقف من الانتفاع المختص بشخص الوقف، إلا أنه يوجب حفظ غرضه في الانتفاع بمالية العين القائمة بالبدل. فإن قيل بالوجه الأول استلزم عدم رعاية حق الواقف في نوع ماله ليكون صدقة جارية. و إن قيل بالوجه الثاني فقد روعي فيه حقه، فيكون نوع ماله صدقة.

و لا ريب في أن هذا الوجه أوفق بغرض الواقف، لما فيه من رعاية حقه في الوقف، بخلاف ترك البيع الموجب لسقوط حقه شخصا و نوعا.

و المتحصل: أن البيع غير مناف للتبديل.

فإن قلت: كلام المصنف هنا ينافي ما سيأتي في (ص 148)- في ردّ المستدلّ على الجواز بلزوم رعاية غرض الواقف- من عدم الدليل على وجوب متابعة أغراض الواقفين، فإنّ ما يجب الوفاء به هو العقد و الشرط فيه، دون الأغراض

فإذا فرض العلم أو الظنّ بانقطاع شخصه، فدار الأمر (1) بين انقطاع شخصه ونوعه، وبين انقطاع شخصه لا نوعه، كان (2) الثاني أولى،

---

الخارجة عن حاق الإنشاءات.

قلت: لا تهافت بين كلماته، وذلك لأنّ غرض الواقف قد يجعل مقتضيا للبيع، بأن يقال: انه كما تعلق غرضه بحبس شخص العين كذلك بنوعه، لتعدد المطلوب، وهذا سيأتي منعه هناك بما محصله: قصور مقام الإثبات، وعدم الدليل على لزوم مراعاة غرض الواقف، فلا مقتضى للبيع من هذه الجهة. وقد يجعل مانعا عن البيع، ولا بد من إبطال مانعيته عنه كما صنعه هنا، وتقدّم تقريب المانعية ودفعها.

نعم، عبارة المصنف قدس سرّه هنا لا تخلو من مسامحة من جهة تعبيره بالغرض، مع أن مقصوده تعلق حق الواقف، والشاهد على هذا التسامح أنه قدس سرّه أحال عدم مانعية الحقوق الثلاثة- عن البيع- على ما أفاده في الصورة الاولى، وهو قوله: «و الأول- أي ترك البيع حتى يتلف- تضييع منافع لحق الله وحقّ الواقف وحق الموقوف عليه» (1). وهذا التصريح قرينة على مراده من «غرض الواقف». وإن كان في العدول عن التعبير بالحق إلى «غرض» مسامحة، لوضوح كون الحق أمرا اعتباريا متعلقا بالعين، بخلاف الغرض الداعي إلى الإنشاء، والخارج عنه.

هذا كلّه بالنسبة إلى عدم المانع من جهة تعلق حق الواقف. و أما عدم مانعية حق الشارع والموقوف عليهم فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(1) هذا متفرع على خوف انقطاع الشخص، وهو دوران الأمر بين وجهين كما تقدّم آنفا.

(2) هذا جواب الشرط في قوله: «فإذا فرض» والمراد بالثاني هو رعاية حق الواقف في كون ماله صدقة جارية ولو بنوع الموقوفة، بأن تباع و تبدّل بعين اخرى.

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 621

ص: 132

فليس (1) فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً.

وأما الأدلة الشرعية (2) فغير ناهضة، لاختصاص الإجماع (3)، وانصراف النصوص إلى غير هذه الصورة (4).

وأما الموقوف عليهم (5)، فالمفروض إذن الموجود منهم،

(1) هذا نتيجة أولوية البيع والتبديل من إبقاء الوقف حتى يهلك، يعني: أن حفظ حق الواقف منحصر في البيع، فضلاً عن منافاته له.

(2) غرضه نفي المانع من ناحية الأدلة الشرعية الناهية عن بيع الوقف الشاملة لما يخاف خرابه، مثل الإجماع، ومعتبرة علي بن راشد، و فيها: «لا يجوز شراء الوقف». فإنهما من موانع التمسك بالعمومات القاضية بصحة البيع، وذلك لأن إمضاء الصدقة الجارية والحكم عليها بإبقائها ينافي ببيعها.

وحاصل ما أفاده قدس سره: أنه لا كاشف عن تعلق حقه تعالى بالوقف المشرف على الخراب حتى يجب رعايته. أمّا الإجماع فغير مانع، لما تقدم في الصورة الأولى من التأمل في تحققه على عدم جواز البيع حتى في ما نحن فيه. ولو شك فيه فمقتضى كونه لبياً الاقتصار على القدر المتيقن، وهو ما عدا صورة الخراب أو خوفه. مضافاً إلى احتمال كونه مدركياً.

وأما معتبرة ابن راشد فلانصرافها إلى غير صورة خشية الخراب، كانصرافها عن صورة فعلية الخراب، لوحدة مناط الانصراف وعدم دخل فعلية الخراب فيه.

وأما عموم «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» فلعدم تكفله حرمة البيع تعبدًا، بل هو إمضاء للكيفية التي رسمها الواقف. وقد تقدم أن تعلق حق الواقف بحبس شخص العين محدود بما دام الانتفاع بها ممكناً، لا ما إذا آلت إلى سقوط المنفعة.

(3) يعني: اختصاصه بحال عمارة الوقف وعدم خوف الخراب.

(4) وهي صورة خشية الخراب، كانصرافها عن صورة الخراب الفعلي.

(5) هذا نفي المانع الثالث عن جواز البيع، يعني: أن حق الموقوف عليهم هو

وقيام الناظر العام (1) أو الخاص (2) مقام غير الموجود.

نعم (3)، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه (4)، للزوم (5) تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل، أو كون (6) البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

كون العين صدقة جارية لهم ينتفعوا بها. وهذا الحق لا ينافي جواز البيع إذا آلت إلى الخراب، لينتفعوا ببدلها. وأما حقهم في البيع فقد روعي بكونهم متصلين له بضم ولي سائر البطون.

(1) وهو الفقيه الجامع للشرائط.

(2) وهو من عينه الواقف. هذا تمام ما استدل به المصنف قدس سره على جواز البيع لو أدى بقاء الوقف إلى خرابه. وسيأتي التعرض لبعض فروع المسألة.

(3) هذا استدراك على قوله: «أما الجواز في الأول» وغرضه استثناء صورتين من حكمه بجواز البيع، عند خشية الخراب وبيان حكمهما.

(4) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، وهي: أنه لو استلزم بيع الوقف تضرر البطن الموجود بعدم انتفاعهم، لكون الثمن غالبا من النقيدين أو الأنواط، وتوقف التبديل على التأخير ومضي برهة من الزمان، فإنه لا يخلو البيع حينئذ من إشكال، لحرمان الموجودين من الوقف رأسا. أما العين فلائها بيعت، وأما البدل فلعدم حصوله بعد، ومن المعلوم منافاة تعطيل الانتفاع لحق الموقوف عليهم. هذا.

(5) بيان لكيفية تضرر الموجودين، وقد تقدم آنفا.

(6) معطوف على «لزوم» أي: لكون البدل. وهذا إشارة إلى الصورة الثانية، وهي ما إذا أمكن التبديل ولم يلزم تعطيل انتفاع الموجودين، إلا أن منفعة البدل قليلة بالقياس إلى ما بقي من منفعة نفس الموقوفة إلى زمان خرابها، كما إذا فرض أن الزمان الباقي من أمانة بقاء الموقوفة عام واحد، ولو بيعت قبل مضي هذا العام واستبدلت بعين أخرى كانت منفعة البدل في هذا العام مائة دينار مثلا. ولو ابقيت

و مما ذكر (1) يظهر أنه يحب تأخير البيع إلى آخر أزمدة إمكان البقاء مع (2) عدم فوات الاستبدال فيه (3)، و مع فوته (4)

الموقوفة في هذا العام كانت منفعتها فيه مأتي دينار، فيتضرر البطن الموجود بهذه المائة.

و مقتضى قاعدة نفي الضرر عدم جواز بيعه، لأن جواز البيع حينئذ ضرري، فينفي بقاعدة الضرر.

(1) يعني: و من تضرر البطن الموجود ببيع الوقف في هاتين الصورتين يظهر ... الخ.

و محصله: أن هنا شقيين:

فتارة يمكن كل من البيع و شراء البدل في آخر أزمدة إمكان بقاء العين، فيجب الإبقاء، و لا يجوز البيع قبل آخر الأزمدة، إذ لا وجه لرفع اليد عن الغرض - في شخص الوقف - مع إمكان رعايته في برهة من الزمان. كما إذا فرض بقاء العين إلى سنة، و أمكن بيعها و استبدالها قبل مضى عام، و امتنع بعده.

و اخرى يمكن البيع في آخر أزمدة الإمكان، و لكن يتعذر شراء البدل في ذلك الوقت بذلك الثمن لقلته مثلا، ففي جواز تقديم البيع قبل خراب الوقف بسنة إشكال.

و لعل وجهه تعارض الغرض القائم بشخص الوقف و نوعه أي ماليته، فمن جهة رعاية الغرض من شخص الوقف لا يجوز تقديم البيع، لقابليته فعلا للانتفاع به.

و من جهة رعاية الغرض من وقف النوع يلزم تقديم البيع و الاستبدال و إن فات الغرض القائم بالشخص.

(2) قيد لقوله: «يجب» و هذا إشارة إلى الشق الأول المتقدم بقولنا: «فتارة يمكن ... الخ».

(3) أي: في آخر أزمدة إمكان بقاء شخص الوقف.

(4) أي: فوت الاستبدال، و هذا إشارة إلى الشق الثاني المتقدم بقولنا:

«و اخرى يمكن».

ففي تقديم البيع إشكال [1].

و لو دار الأمر (1) بين بيعه

---

(1) توضيح هذا الفرع: أنه قد تكون الموقوفة بحاجة إلى عمارة و ترميم، و لم يكن لأربابها مال للصرف فيها، فكان بقاؤها بحالها مؤدياً إلى الخراب، فيدور

---

[1] لا يخفى أنه مع الشك في انصراف الأدلة- المانعة لجواز البيع- عن هذه الصورة لا يجوز البيع، لكون الشك في تخصيص عموم المنع.

إلا أن يقال: إن عمومات نفوذ البيع محكمة ما لم يعلم بالتخصيص، و مع الشك في شمول الأدلة المانعة يتمسك بعمومات الصحة، فيجوز البيع.

ثم إنه يمكن أن يكون منشأ الإشكال تعارض ضرر البطن الموجود المقتضي للانتفاع بشخص العين إلى آخر أزمنة إمكان بقائها، و بين ضرر المعدومين المقتضي لتقديم البيع و التبديل رعاية لحقهم في الوقف و لو في نوعه لا في شخصه. و بعد تساقط قاعدتي الضرر في الجانبين يرجع إمّا إلى عموم منع بيع الوقف، و إمّا إلى العمومات المقتضية للصحة.

و هذا المطلب و إن كان صحيحاً في نفسه، إلا أن تعارض ضرر البطن الموجود و المعدوم غير مفروض في كلام المصنف، إذ لا قرينة فيه على أن مراده بالتأخير و فوات الاستبدال هو زمان انقراض الموجودين، فربّما يكون التأخير بمقدار سنة أو أقل - كما ذكرناه في التوضيح- مفوّتا للاستبدال، خصوصاً لو كان منشأ خوف الخراب الخلف بين الموقوف عليهم، لعدم اقتضاء المصلحة تأخير البيع و التبديل من طبقة إلى طبقة أخرى.

نعم تعارض حق البطون مفروض في الفرع الآتي. و عليه فلعلّ الأولى ما أثبتناه وفاقاً لما في بعض الشروح «1» و خلافاً لما في بعضها «2».

---

(1) بغية الطالب، ج 1، ص 170

(2) غاية الآمال، ص 453

ص: 136



الأمر بين تقديرين:

أحدهما: البيع و الاستبدال، رعاية لحق الموقوف عليهم بالانتفاع بالبدل، و لكن يفوت حق الواقف من وقف شخص المال.

ثانيهما: إجارة الموقوفة على ما هي عليها، و صرف عوائدها في العمارة و الترميم، حفظا لحق الواقف لتعلق غرضه بشخص العين، و لحق البطن اللاحق ليتلقّى الوقف قابلا للانتفاع به.

نعم يفوت حق البطن الموجود مدّة الإجارة، لحرمانه عمّا يملكه من المنفعة.

و اختيار أحد الوجهين منوط بملاحظة إنشاء الوقف. فإن شرط الواقف صرف منافعه في إصلاحه و عمارته، ثم صرف ما يفضل من العوائد في الموقوف عليهم، فالأقوى هو الوجه الثاني عملا بالشرط النافذ.

و إن لم يشترط ذلك، وقع التعارض بين حق البطن الموجود المقتضي للبيع و الإبدال، و بين حق الواقف- في إبقاء شخص المال المحبوس مهما أمكن- المقتضي لصرف المنفعة في الترميم، و سقوط حق البطن الموجود.

و الأقوى بنظر المصنف قدّس سرّه هو الوجه الأوّل، و منشأ ترجيحه- كما أفيد- إمّا حكومة قاعدة نفي الضرر الجارية في تضرر البطن الموجود على وجوب مراعاة غرض الواقف من وقف شخص المال. و إمّا تراحم الحقين، و ترجيح حق البطن الموجود على حق الواقف، لكونه مالكا فعليا للوقف، و الأهمية مرجحة لأحد المتزاحمين.

(1) أي: الإبدال بالبيع أي بالثمن، و ليس المراد تبديل الوقف بعين أخرى و لو من دون بيع، و ذلك لاستدراك كلمة «بيعه» حينئذ، فالمراد صرف الثمن في شراء البدل.

(2) معطوف على «بين» و هذا هو التقدير الثاني المتقدم آنفا.

لتعميره (1)، ففي ترجيح (2) حقّ البطن الذي يفوته المنفعة (3)، أو حقّ (4) الواقف و ساير البطون المتأخرة المتعلق (5) بشخص الوقف، و جهان، لا يخلو أولهما عن قوة [1] إذا لم يشترط (6) الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدّما على الموقوف عليه.

---

(1) متعلق ب «صرف منفعته» و لعلّ الأولى إبداله ب «عمارة» لما في كلام بعض أهل اللغة «من أن التعمير بمعنى إعطاء العمر فعلا أو قولا على سبيل الدعاء» لا إصلاح البناء، فراجع «1».

(2) خبر مقدّم لقوله: «و جهان» و الجملة جواب الشرط في «و لودار».

(3) فوات المنفعة على البطن الموجود إمّا في برهة من الزمان، كما إذا كانت مدة الإجارة خمس سنوات، و لا ينقرض البطن في مثلها، فينتفع بالوقف بعد عمارتها.

و إمّا في تمام زمان حياته إن كانت آخر مدة الإجارة و الترميم مقارنا لانقضاء البطن الموجود.

(4) معطوف على «حقّ البطن» أي: ففي ترجيح حق الواقف و ساير البطون، و هذا هو الوجه الثاني.

(5) صفة ل «حق الواقف...».

(6) فلو شرط الواقف ذلك كان الأقوى هو الوجه الثاني، لأن المؤمنين عند شروطهم.

---

[1] لا وجه للبيع مع عموم الأدلة المانعة، كما لا وجه لوجوب صرف المنفعة الحاضرة في عمارته، بل ينتفعون به إلى أن يخرب، فحينئذ يجوز بيعه.

---

(1) مفردات ألفاظ القرآن الكريم، للراغب، ص 347 و كذا نقل ابن منظور عن الأزهري «و لا يقال:

أعمر الرجل منزله بالألف» فلاحظ: لسان العرب، ج 4، ص 604. نعم في المنجد: أن التعمير كالأعمار جعل المنزل أهلا.

وقد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا (1) بما عن التّنقيح من: «أن بقاء الوقف على حاله- والحال هذه- إضاعة وإتلاف للمال، وهو منهي عنه شرعا، فيكون البيع جائزا» (1).

ولعلّه (2) أراد الجواز بالمعنى الأعم،

---

(1) هذا ثاني الوجوه المستدل بها على جواز بيع الوقف فيما إذا كان بقاءه مؤديا إلى الخراب والتلف على وجه لا ينتفع به، استدلال به الفاضل المقداد، وهو قياس مؤلف من صغرى وكبرى، فالصغرى: أنّ الإبقاء وعدم البيع إضاعة للمال وإسراف، لفرض سقوطه بتلفه عن المالية المعتد بها.

والكبرى: أن تضييع المال منهي عنه شرعا بلا ريب. ونتيجة هاتين المقدمتين جواز البيع لئلا يتحقق التضييع المحرّم.

(2) أي: ولعلّ الفاضل المقداد قدّس سرّه أراد... الخ. ومحصله: أنه لَمّا كان مقتضى حرمة التضييع وجوب البيع لا إباحته- كما هو ظاهر عبارة التّنقيح: كان جائزا- أراد المصنف قدّس سرّه توجيه الجواز بما لا يرد عليه ما في المقابس، وبيانه: أن المحقق الشوشتري قدّس سرّه ناقش في الدليل المزبور بوجوه ثلاثة، وقال قبلها: «و لا يخفى أن هذا الدليل يقتضي وجوب البيع فضلا عن جوازه» (2) لوضوح أن الدافع للتضييع المحرّم ليس مجرد جواز بيع الوقف الآنل إلى الخراب، لإمكان ترك الفعل المباح و تحقق إضاعة المال خارجا.

وعليه فكان المناسب أن يقول الفاضل السيوري: «فيكون البيع واجبا».

ولو أراد إثبات مجرد الجواز كان عليه الاستدلال بوجه آخر لا بحرمة التضييع.

هذا توضيح ما في المقابس. والمصنف قدّس سرّه- مع اعترافه بأن مقتضى عبارة

---

(1) التّنقيح الرائع، ج 2، ص 330

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 59

فلا يرد (1) عليه (2) [1] «أنه يدلّ على وجوب البيع».

وفيه: أن المحرّم (3) هو إضاعة المال

---

التنقيح هو الوجوب لا- الجواز- حمل قوله: «جائزا» على الجواز بالمعنى الأعم الشامل للوجوب أيضا. فلو أراد الفاضل من الجواز الوجوب- لا معناه الخاص و هو الإباحة- لم يرد عليه ما في المقابس، لا ابتناء إيراد صاحب المقابس على الجمود على ظاهر الجواز، وعدم إرادة الأعم منه و من الوجوب.

(1) هذا نتيجة إرادة الجواز بالمعنى الأعم الشامل للوجوب، وقد عرفته آنفا.

(2) أي: على ما في التنقيح من قوله: «فيكون البيع جائزا».

(3) ناقش المصنف قدّس سرّه فيما نقله عن التنقيح بوجهين، هذا أوّلهما، وعبارة المتن لا تخلو من إجمال- كما اعترف به المحقق الإيرواني قدّس سرّه «1»- إذ لم يتضح منها أن مراده منع صغرى القياس أو كبراه، وإن كان صدر الكلام ظاهرا في منع الكبرى و على كلّ فينبغي توضيحها على كلا الاحتمالين.

فإن كان الغرض منع الصغرى- أي عدم صدق «الإضاعة» على ترك بيع الوقف المؤدّي بقاؤه إلى الخراب- فبيانه: أنّ صدق مفهوم «الإضاعة» منوط بأمرين:

أحدهما: صدور فعل و تصرف في المال يكون سببا لتلفه، فلا تصدق على ترك المال بحاله إلى أن يتلف بنفسه من جهة انتهاء استعداد بقائه، أو من جهة اخرى عارضة عليه موجبة لخرابه، كالخلف بين أرباب الوقف لو استلزم تلفه.

---

[1] الإنصاف وروده عليه، ضرورة أن النتيجة لحرمة التضييع هي وجوب البيع لا جوازه، و حمل الجواز على معناه الأعم خلاف ظاهر الاستدلال المزبور.

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 181

ص: 140

ثانيهما: كون المتصرّف مسلّطاً شرعاً على ما يتصرّف فيه، فلو لم يكن الشخص سلطاناً على المال عقلاً و شرعاً لم يكن ترك التصرف فيه إضاعة وإتلافاً له.

فإن قلت: تقدّم في الصورة الأولى الاستدلال بحرمة التضييع على تعيّن البيع، حيث قال: «و الأول- أي الإبقاء حتى يتلف- تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه» «1» و المفروض أنّ الإضاعة و التضييع بمعنى واحد كما صرّح به غير واحد من أهل اللغة «2»، فإن صدق «التضييع» على ترك البيع هناك فلتصدق «الإضاعة» عليه هنا، و إن لم تصدق «الإضاعة» هنا فليمنع من صدق «التضييع» هناك.

قلت: و إن كان اللفظان بمعنى لغة، إلا أن الفارق بينهما أمران:

الأول: عموم «التضييع» لكلّ من الأمر الوجودي و العدمي، بخلاف «الإضاعة» فإنّ إضافتها إلى المال توجب الاختصاص بالفعل، و لا تشمل الترك.

و لعلّ المصنّف استفاد هذه الخصوصية مما قيل في تفسير الخبر الناهي عن إضاعة المال، قال العلامة الطريحي قدّس سرّه: «أراد به الحيوان، أي: يحسن إليه و لا يهمل. و قيل إنفاقه في الحرام و المعاصي و ما لا يحبّه الله تعالى. و قيل: أراد به التبذير و الإسراف و إن كان في مباح» «3».

و نحوه- عدا الجملة الأولى- ما في اللسان. فالإحسان و الإنفاق و نحوهما أمور وجودية، غير صادقة على الترك و الإهمال.

ثانيهما: عموم مفهوم «التضييع» عرفاً لما إذا كان المال المضيع داخلاً تحت سلطان الشخص المتصرف، و خارجاً عنه كالوقف الذي يكون الموقوف عليه

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 621

(2) مجمع البحرين، ج 4، ص 367. لسان العرب، ج 8، ص 231

(3) مجمع البحرين، ج 4، ص 367. لسان العرب، ج 8، ص 231

مسلوب السلطنة على البيع و سائر التصرفات الناقله فيه.

و الوجه في عموم «التضييع» هو أن المفهوم منه عرفا مطلق إتلاف المال سواء أ كان بفعل أم بتركه، و سواء أ كان مسلطاً عليه شرعا أم غير مسلط عليه. و لأجل هذا العموم قَدّم المصنف في الصورة الاولى دليل حرمة التضييع على دليل منع بيع الوقف. و هذا بخلاف «الإضاعة» لأن كون المتصرف سلطانا على المال دخيل في صدقها.

و المفروض في المقام انتفاء الأ-مرين معا. فلم يصدر عمل من المتولي ليكون سببا لخراب الوقف، و إنما ترك البيع. و كذا لم يكن المتروك- و هو البيع- مقدورا له شرعا، لوضوح أن عموم النهي عن بيع الوقف سالب للسلطنة على التصرفات الناقله، و حينئذ فالمقام خارج موضوعا عمّا دلّ على حرمة إضاعة الأموال.

و إن كان الغرض منع الكبرى فمقصود المصنف: أن حرمة الإضاعة و إن كانت ثابتة في الجملة، إلا أن عمومها للمال الذي لا سلطان للشخص عليه، و كان ممنوعا من التصرف فيه شرعا و من حفظه عن التلف غير ثابت. فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو إتلاف المال الذي لا منع شرعا من التصرف فيه.

ثم أورد المصنف قدّس سرّه نقضا على المستدلّ- و هو الفاضل المقداد قدّس سرّه- لا يمكن التزامه به، و هو أنّه لو قيل بصدق «الإضاعة المحرّمة» على ترك بيع الوقف، لزم الحكم بوجوب عمارة الأوقاف المشرفة على الخراب في موردين:

أحدهما: إمكان كلّ من العمارة و البيع، فيلزم تقديم العمارة على البيع، و لا يجوز تركها ثم بيع تلك الأوقاف.

ثانيهما: تعذر البيع، فيتعين إصلاح تلك الأوقاف.

و وجه لزوم العمارة في الموردين هو اقتضاء حرمة الإضاعة- الصادقة على تركها على حالها- و جوب حفظ المال المحترم عن التلف، مع أنه لا سبيل للحكم

المسلّط عليه (1)، لا ترك (2) المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلا (3) [1] لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفة على الخراب بغير (4) البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

---

بالجوب. وهو كاشف عن عدم صدق «الإضاعة» على ترك المال على حاله حتى يتلف. هذا توضيح الوجه الأوّل، وسيأتي بيان الوجه الثاني إن شاء الله تعالى.

(1) هذه الجملة تكون أقرب إلى منع الكبرى، فالمحرّم ليس مطلق الترك، ولو لما لا سلطنة عليه، بل خصوص إضاعة المال المسلّط عليه.  
(2) معطوف على «إضاعة». وهذه الجملة تلتئم مع منع الكبرى بناء على صدق «الإضاعة» على الترك، ولكنه غير محرّم من جهة سلب السلطنة على المتروك.

وكذا مع منع الصغرى، فليس الترك إضاعة بناء على دخل الفعل الوجودي فيها، فجاوز الترك خارج موضوعاً عن دليل حرمة الإضاعة. ولا يبعد ظهور قول المصنف: «إلى أن يخرب بنفسه» في منع صدق الإضاعة صغرياً.

(3) أي: وإن كان المحرّم إضاعة المال غير المسلّط عليه، لزم... الخ. هذا بناء على الاستشهاد بالفرع المزبور لمنع عموم الكبرى. وإن كان لمنع ثبوت الصغرى فالمعنى: وإن كان ترك المال الذي لا سلطان له عليه - حتى يتلف - إضاعة لزم وجوب تعمیر... الخ.

(4) متعلق بـ «تعمير» والمراد به بذل الموقوف عليهم مالا لعمارتها، وإن امتنع ذلك وصلت النوبة إلى بيعها وتبديلها. هذا إذا كان كل من العمارة والبيع ممكناً، فيقدم العمارة عليه.

---

[1] يمكن منعه بأن يقال: إنّ هذا الوجوب مع عدم انتفاع المعمّر بما يعمّره من الموقوفة ضروري، فينفى بقاعدة الضرر.

و الحاصل (1): أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح.

و يتضح فساد (2) على

و إن لم يمكن البيع تعين عمارة الوقف من أموال الموقوف عليهم، لا- ترك الموقوفة بحالها حتى تخرب. مع أنه لا- قائل بوجود تعميم الأوقاف المشرفة على الخلاف، سواء أمكن بيعها أم لم يمكن، وهذا شاهد على عدم كون ترك العمارة إضاعة، أو عدم كونه إضاعة محرّمة.

(1) هذا حاصل أوّل وجهي المناقشة، الراجع إلى منع عموم كبرى حرمة الإضاعة، أو إلى منع كون ترك البيع صغرى لها.

(2) أي: فساد الدليل المذكور، وهذا ثاني وجهي المناقشة في دليل الفاضل المقداد قدّس سرّه، وهو مبني على القول باختصاص الثمن بالبطن الموجود، وعدم كونه- كالمبيع- مشتركا بين الجميع بأن يكون ملكا فعليا للموجودين، و شأنيا للمعدومين.

فلو قيل بالاشتراك لم يرد هذا على الاستدلال بحرمة الإضاعة على جواز البيع.

و توضيح الوجه الثاني: أنّ الإضاعة المحرّمة متحقّقة في المقام سواء بيع الوقف أم لم يبيع. و ذلك لأنّ البيع وإن كان رعاية لحق البطن الموجود بحفظ ماله عن الضياع و التلف. إلّا أنه إضاعة بالنسبة إلى البطن اللاحقة، لحرمانهم من الوقف و بدله. و مقتضى حرمة إضاعة ماله عدم جواز البيع ليختص الثمن بالموجودين.

و عليه فيلزم اجتماع حكّمين في بيع الوقف المؤدّي بقاؤه إلى الخراب:

أحدهما: الجواز لكون إبقائه على حاله إضاعة لمال الموجودين من الموقوف عليهم، و هي محرّمة.

و ثانيهما: الحرمة، لمنافاة البيع- و صيرورة الثمن ملكا لتمام الموجودين- لرعاية حق البطن المعدومة. و بهذا يسقط الاستدلال بحرمة الإضاعة على جواز البيع هنا.

و لا يخفى أن هذا الجواب يستفاد من تضاعيف كلمات صاحب المقابس قدّس سرّه



القول (1) بكون الثمن للبطن الموجود، لا غير.

و يتلوه (2) في الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام:

---

قبل نقل كلام الفاضل السيوري و بعده، فراجع «1».

(1) فلو قيل باشتراك الثمن بين الجميع لم يلزم تعارض حرمة الإضاعة بالنسبة إلى الموجودين و المعدومين.

(2) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: «بما عن التنقيح» و هذا ثالث الوجوه على جواز البيع. يعني: كما كان استدلال صاحب التنقيح ضعيفا، فكذا ما نقله صاحب المقابس عن العلامة و ابن فهد و الصيمري قدس سره. و استدل به في التذكرة و المختلف على جواز البيع مع خرابه و تعذر عمارته، أو خوف فتنة بين أربابه يوجب فسادا لا يستدرك، و ليس استدلالا على خصوص ما نحن فيه من خشية الخراب.

و لا يخفى أنه تقدم في (ص 131) الفرق بين الغرض الذي أبطل المصنف مانعيته عن اقتضاء العمومات صحة البيع، و بين الغرض المستدل به على الجواز في كلام العلامة قدس سره و من تبعه، فإنه مبني على وجوب مراعاة ما هو أقرب إلى غرض الواقف أو على تعدد غرضه و مطلوبه حتى يكون البيع حافظا لمطلوبه أو لما هو أقرب من غرضه. و من المعلوم أن البيع حينئذ يكون مما يقتضيه نفس إنشاء الوقف، و لا حاجة معه إلى التمسك بعمومات صحة البيع كما استدل بها المصنف على جواز البيع.

و عليه فمحصل هذا الوجه: أن مقصود الواقف من حبس شخص ماله هو تسبيل ثمرته، فإن أمكن استيفاء المنفعة من نفس الوقف تعين، و إن تعذر جاز للمتولي إخراج العين عن كونها وقفا و بيعها و تبديلها، تحقيقا لغرض الواقف.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 59

ص: 145

من أن الغرض (1) من الوقف استيفاء منافعه، وقد تعذرت، فيجوز إخراجه عن حدّه (2)، تحصيلًا للغرض

فإن قلت: للواقف غرضان، أحدهما: حبس شخص المال، و ثانيهما: إطلاق منفعته و تسهيلها للموقوف عليهم. و حيث إن بقاء العين يؤدي إلى التلف، دار الأمر بين رفع اليد عن خصوصية العين، و حفظ المنفعة الخاصة، و بين رفع اليد عن النفع الخاص و إبقاء العين الخاصة على وقيتها، و لا مرجح للأول على الثاني، فلا مجوز للبيع.

قلت: يتعين رفع اليد عن شخص الوقف، لوجود المرجح، و هو عدم اقتصار غرض الواقف على الانتفاع بالشخص على نحو وحدة المطلوب، بل مقصوده من الوقف الانتفاع بالشخص مهما أمكن، و إلا فبما هو أقرب من مماثل أو غير مماثل.

و الحاصل: أن الغرض الأصلي استيفاء المنافع، و تعذره لا يوجب إبقاء العين على حالها، لأن تركها كذلك تقويت للغرض الأصلي من الوقف.

و نظيره ما ورد به النص في ما لو ساق الحاج القارن هديا لينحره بمنى، فعطب في الطريق و تعذر وصوله إليه، فينحر في مكانه، لينتفع به. و هذا من موارد الدوران بين إبقاء العين على حالها ليكون تضييعا للمال على مستحقه، و بين إسقاط الشرط و هو خصوصية المكان، فينحر في محل العطب، و لا ريب في رجحان الثاني على الأول.

(1) يعني: أن الغرض الأصلي من وقف عين هو استيفاء منافعها، فوقف شخص العين و إن كان متعلقا للغرض أيضا، إلا أنه تبعي، فيرفع اليد عنه حفظا للغرض الأصلي.

(2) حدّ الوقف هو المنع من التصرفات الناقلة ما دام عامرا، فإذا تعذرت المنافع جاز إبطال وقيتها و أن يعامل معها معاملة الملك الطلق.

منه (1). و الجمود (2) على العين مع تعطيلها تضييع للغرض. كما أنه لو تعطل (3) الهدى ذبح في الحال وإن اختصّ بموضع (4)، فلمّا تعذّر مراعاة المحلّ ترك مراعاة الخاص المتعذّر «1».

وفيه (5): أنّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف،

---

(1) أي: من الوقف، وقوله: «تحصيلاً» مفعول لأجله علّل به قوله: «فيجوز إخراجه».

(2) هذا دفع دخل مقدر، تقدم توضيحها بقولنا: «فإن قلت ... قلت».

(3) كذا في نسختنا، وفي المقابس «عطلت» والصحيح كما في المختلف والتذكرة «عطب».

وغرض العلامة من ذكر هذا الفرع الاستشهاد به على لزوم حفظ الغرض الأصلي ولو بإسقاط ما هو شرط فيه. قال في التذكرة: «ولو عطب الهدى في مكان لا يجد من يتصدّق عليه فيه، فلينحره، وليكتب كتاباً، ويضعه عليه، فيعلم المارّ به أنّه صدقة ...» (2).

(4) وهو مكة زادها الله شرفاً للمعتمر، و منى للحاج (3).

(5) الأولى أن يقال: «إذ فيه» ليكون تعليلاً لقوله: «و يتلوه في الضعف».

وكيف كان فحاصل المناقشة: منع تعدد غرض الواقف و مطلوبه بحيث يكون هناك مطلوبان، يقوم أحدهما بنفس العين الموقوفة ما دام الانتفاع بها ممكناً، والآخر ببدلها إن لم يمكن الانتفاع بشخصها، فإذا تعذر المطلوب الأول تعيّن الثاني.

---

(1) مختلف الشيعة، ج 6، ص 288؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 444 (الحجرية)؛ المهذب البارع، ج 3، ص 66؛ غاية المرام (مخطوط)

(2) تذكرة الفقهاء، ج 8، ص 289، و لاحظ- للتوسعة في البحث- جواهر الكلام، ج 19، ص 199-203

(3) شرائع الإسلام، ج 1، ص 263

ص: 147

لأنه الذي دلّ عليه صيغة الوقف، و المفروض تعدّره (1)، فيسقط (2). و قيام (3)

و وجه المنع قصور مقام الإثبات، لأن اللازم مراعاة ما أنشأه الواقف حين الوقف، لا الغرض الداعي إليه وإن لم يحوه الإنشاء، و من المعلوم أن المنشأ و قفية شخص العين، لأن قوله: «وقفت هذا البستان» لا يدل إلا على و قفية شخص البستان المشار إليه، و لا يدل على و قفية بدله على تقدير تعذر الانتفاع بالمبدل، و لو فرض كون هذا المعنى غرضاً للواقف، إلا أنه لا دليل على لزوم مراعاته ما لم يقع في حيّز الإنشاء. و منه يظهر عدم الوجه في وجوب مراعاة ما هو أقرب إلى غرض الواقف.

و تقدم نحو هذا الكلام من المصنف قدّس سرّه في الصورة الأولى، مضافاً إلى منع الصغرى، لتعدد أغراض الواقفين، و عدم انضباطها، فراجع «1».

و ليعلم أن منع الاستدلال بحفظ غرض الواقف لا يخلو من تعريض بصاحب المقابض قدّس سرّه، فإنّه بعد نقل كلام العلامة استجود استدلاله بالجملة الثانية- و هي قوله: «و الجمود على العين...»- على جواز البيع فيما لو أدى بقاء الوقف إلى الخراب «2». و حينئذ فمنع المصنف قدّس سرّه لزوم رعاية الأغراض مطلقاً ردّ عليه.

(1) هذا الضمير و ضميراً «لأنه، عليه» راجعة إلى استيفاء المنافع من شخص الموقوف.

(2) أي: فيسقط غرض الواقف من الوقف.

(3) مبتدأ، خبره «فرع الدليل» و غرضه منع قول العلامة: «فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلاً للغرض منه». و وجه المنع: أن قيام غرض الواقف بالانتفاع بالنوع و المالية و إن كان محتملاً، لكن لا دليل على وجوب رعاية ما هو أقرب إلى غرضه، مع عدم أخذه في الإنشاء، إذ يكون الغرض المزبور داعياً، و لا يجب مراعاة الدواعي،

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 652-653

(2) مقابض الأنوار، كتاب البيع، ص 59

ص: 148

الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص - لكونه أقرب إلى مقصود الواقف - فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعدد أصل الغرض.

فالأولى (1) منع جريان أدلة المنع مع (2) خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، و جعل ذلك (3) مؤيداً.

وأما المنع (4)

---

لأن مدلول «الوقف و أوفوا» و نحوهما إمضاء الإنشاءات خاصة.

(1) هذا نتيجة بطلان ثالث الوجوه على جواز البيع، و ينحصر الدليل في العمومات المقتضية للصحة بعد دفع الموانع عنها من الإجماع و حق الواقف و الأدلة اللفظية.

نعم لا بأس بجعل رعاية غرض الواقف مؤيداً للجواز بعد نهوض حجة عليه.

و وجه صلاحيتها للتأييد موافقة جماعة ممن اعتبر شراء المماثل للوقف مستدلاً عليه «بكونه أقرب إلى غرض الواقف» كما تقدم مبسوطاً في الصورة الأولى، فراجع «1».

(2) متعلق ب «منع» و هو يفيد الظرفية هنا، أي: عند خوف الخراب.

(3) أي: جعل اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف مؤيداً.

(4) معطوف على: «أما الجواز...» المتقدم في (ص 130) و هذا شروع في إثبات الدعوى الثانية، و هي منع بيع الوقف في نقص المنفعة، و في الصورة الثامنة و التاسعة و العاشرة. و استدل المصنف قدس سره بوجهين:

أحدهما: اجتهادي، و هو ما دل على عدم جواز بيع الوقف، و المذكور منه في المتن نصوص ثلاثة.

و ثانيهما: فقا هي، و هو الاستصحاب، و سيأتي.

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 652-653

ص: 149

في غير هذا القسم (1) من الصورة السابعة وفيما عداها من الصور اللاحقة لها، فلعموم (2) قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلّة في ملكك» فإنّ (3) ترك الاستفصال فيه (4) عن علم (5) المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض

---

(1) المراد بهذا القسم هو خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وقد سبق الكلام فيه مفصّلاً، والمراد بالغير هو الخراب الموجب لقلّة المنفعة، لا سقوطها بالمرّة.

(2) جواب الشرط في «و أما المنع» وتقدم توضيح دلالة معتبرة ابن راشد على منع بيع الوقف في أوّل المسألة وفي الصورة الاولى، فراجع (1).

ومحصله: أن النهي عن شراء الوقف وقع جواباً عن سؤال ابن راشد عن حكم شراء أرض موقوفة أمكن الزرع فيها وإن لم تكن مزروعة بالفعل، ولم يستفصل عليه السلام من السائل عن كونه عالماً بأنّ البائع أقدم على بيعها مع عدم حصول مجوّز له - من أداء بقاء إلى ضرر مالي عظيم، أو اختلاف بين أرباب الوقف يخشى وقوع فتنة يستباح بها الأموال والأنفس، ونحوهما - أم كان السائل جاهلاً بحال البائع، ومقتضى عدم علمه به هو حمل فعل البائع على الصحة بوجود المسوّغ للبيع بنظره. ومقتضى ترك الاستفصال تامة الإطلاق في النهي عن شراء الوقف ما دام له غلّة ينتفع أهل الوقف بها، وإن نقصت عن سائر الحالات والأزمنة.

ولا فرق في منع البيع بين كون بقاء الوقف مؤدياً إلى الخراب أو الاختلاف أو ضرر آخر، وبين عدم الأداء إلى شيء منها.

(3) هذا بيان العموم المراد به الشمول سواء أكان وضعياً أم حكماً.

(4) أي: في قوله عليه السلام: «و لا يجوز» أي: ترك الاستفصال في الخبر.

(5) متعلق ب «الاستفصال» يعني: أن المشتري كان عالماً بعدم حصول مجوّز البيع للبائع.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 511 و 614

ص: 150

الوجه المجوّزة، و عدمه (1)- الموجب (2) لحمل فعل البائع على الصحة- يدلّ (3) على أنّ الوقف ما دام له غلّة (4) لا يجوز بيعه.  
و كذا (5) قوله عليه السّلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها». و ما دلّ (6) على «أنّه يترك حتى يرثها وارث السماوات و الأرض».

(1) معطوف على «علم المشتري» و عدل له، يعني: ترك الاستفصال عن علم المشتري بحال البائع، أو عن جهله به.

(2) صفة ل «عدمه» لأن عدم إحراز حال البائع موضوع لقاعدة حمل فعله على الصحة، و جواز بيع الوقف.

(3) خبر قوله: «فإنّ ترك».

(4) كما هو مفروض المقام من أداء بقاء الوقف إلى نقص المنفعة، لا سقوطها عنها رأسا.

(5) معطوف على «عموم» فكأنه قال: «و أما المنع فلقوله عليه السّلام: الوقف» و تقريب دلالته: أنه لا شك في كون مدلول إنشاء الواقف حسب العين عن التصرفات الناقلة، سواء اختلف الموقوف عليهم في الانتفاع بها أم لا، و سواء أدّى الخلف بينهم إلى تضرر الموقوفة أو تلف مال آخر أو تلف نفس محترمة، أم لا. و مقتضى كون حديث «الوقف» دليلا على إمضاء مجعولات الواقف- من الكيفيات المرسومة في صيغة الوقف- هو عدم جواز بيعها ما دامت ذات منفعة، و إن أدّى بقاؤها إلى نقصها أو إلى ضرر آخر، هذا.

(6) معطوف أيضا على «لعموم» و هذا هو النص الثالث الدال على منع البيع، و مضمون «صدقة حتى يرثها وارث السماوات و الأرض» ورد في صورة أوقاف أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلّين و غيره، إلّا أن غرض المصنف قدّس سرّه- بقريئة الإتيان بكلمة «يترك»- هو الخبر الحاكي لوقف مولانا الكاظم صلوات الله و سلامه عليه، المتكفل لحكم الموقوفة بعد انقراض الموقوف عليهم، و أنّها تبقى صدقة جارية

فلا يجوز بيعها، كقوله عليه السلام: «إذا انقضى ولد أبي ولم يبق منهم أحد فصدقتي على الأول فالأول حتى يرثها الله الذي رزقها...» (1). فالأمر بتركها صدقة ينفي جواز بيعها بطرء حالة عليها.

(1) هذا ثاني وجهي منع البيع في الصور المزبورة، وهو مبني على رفع اليد عن إطلاق النصوص المتكفلة للحكم، وتقريبه: أنه لا ريب في عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الطوارئ- من خوف الفتنة و تلف المال و الفساد- ويشك في ارتفاع الحرمة بحصول الاختلاف و شبهه، و مقتضى حجية الاستصحاب في الشك في الرفع و في رافعية الموجد البناء على المتيقن السابق، لكون المقام من صغريات تخصيص العموم في زمان، و الشك بعده في بقاء حكم المنخصص أو ارتفاعه، مع كون الزمان ظرفاً، لا مفرداً و أكثرًا لأفراد العام. و في مثله يدور الأمر بين الرجوع إلى العام لحجية إطلاقه الأزمانى و الأحوالى، و بين استصحاب حكم المنخصص.

وقد بنى المصنف قدس سره في الاصول على مرجعية الاستصحاب فيما عدا زمان تيقن التخصيص، دون العام، لامتناع دخول الفرد الخارج منه فيه مرة اخرى، و طبقه على استصحاب جواز العقد الغبني لو لم يأخذ المغبون بالخيار فوراً، فإنّ الخارج من عموم أصالة اللزوم فرد واحد و هو البيع الغبني، و يستصحب تنزيل العقد في ما عدا المتيقن من زمان التخصيص، و يحكم بكون خيار الغبن على التراخي.

و تطبيق هذه الكبرى على المقام هو: أنّ عموم حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقود قد خصّص بمثل مكاتبة ابن راشد بمجرد طرء عنوان «الوقف» على المال، و لا- ريب في فساد بيعه ما دام عامراً ينتفع به، و لم يكن هناك خلف و لا فتنة بين أربابه، و يشك في حكم الوقف بعروض ما يحتمل كونه مجوّزاً للبيع. و منشأ الشك

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 314، الباب 10 من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث: 5، و لاحظ أيضاً ص 304، الحديث: 3 و



---

إهمال الدليل المخصّص أو إجماله من حيث شموله للحالات الطارئة و عدمه. و حيث إنّه لا مجال للرجوع إلى الدليل الاجتهادي- سواء أ كان هو العام أو الخاص- فالمتعيّن التمسك باستصحاب منع بيع الوقف، هذا.

---

[1] أورد المحقق التقي الشيرازي قدّس سرّه عليه تارة بمنع المبنى، وأنّ المرجع في مثل المقام هو عموم وجوب الوفاء بالعقود بالنسبة إلى كلّ فرد من أفراد، و من جملته عقد البيع الواقع على العين الموقوفة، و الخارج من العموم هو الوقف الخالي عن العوارض التي يشك في مسوّغيتها للبيع. و أما البيع بعد عروض الطوارئ فيجب الوفاء بمقتضى العموم.

و اخرى بمنع البناء بعد تسليم المبنى، لكون المقام من موارد الشك في التخصيص الزائد الذي لا ريب في مرجعية أصالة العموم فيه حتى عند شيخنا الأعظم قدّس سرّه.

وبيانه: أن المخصص لعموم وجوب الوفاء- و هو النهي عن شراء الوقف- يثبت المنع لموضوعه المقدر وجوده كما هو شأن القضايا الحقيقية، و ذلك الموضوع هو الوقف الذي لم يطرأ عليه ما علم كونه مسوّغاً للبيع كالخراب الفعلي، و لا ما يشك في مسوّغيته له. فمفاد النهي حينئذ هو: أنه لو انشأء شراء الوقف لم يكن نافذاً. و لكن المفروض عدم تحقق البيع حال ثبوت الموضوع حتى يستصحب، وإثما يراد البيع بعد عروض ما يشك في كونه مسوّغاً له شرعاً، و من المعلوم أن عقد البيع الواقع بعد عروض تلك العوارض مغاير و مباين لما اخذ في دليل المخصص من البيع الواقع قبل عروضها، و الخارج من عموم الأمر بالوفاء هو البيع المقدر وجوده قبل طروء الحالات، و أما البيع بعده فموضوع آخر مقدر الوجود أيضاً، و هو مشكوك الخروج عن العام، فيرجع إليه، لأنه شك في تخصيص زائد على ما علم مخصصيته للعام.

وعدم الدليل الوارد (1) عليه عدا المكاتبه (2) المشهورة- التي انحصر تمسك كلّ

(1) المراد بالورود هنا التقدم الصادق على الحكومة المصطلحة التي بنى المصنف عليها في تقدم الأمارات على الاصول العملية. نعم يتجه التعبير بالورود عند من يرى اليقين والشك في أخبار الاستصحاب بمعنى الحجّة واللاحجة، والأمر سهل.

(2) هذا رابع الوجوه المستدلّ بها على جواز البيع في الصورة السابعة- بقسميها- و التالفة لها. و المستدل بها في مجموع الصور جماعة، إلّا أن كلاً منهم بحسب استظهاره منها استدل بها على ما ذهب إليه من جواز البيع في الجملة، وسيأتي تقريب دلالتها على كل واحدة من تلك الصور.

قال المحقق الشوشترى- بعد نقل المكاتبه و عدها دليلاً ثالثاً للجواز- ما لفظه:

«و هذا الخبر بنفسه- أو مع ضمّ غيره إليه صالح في الجملة للاستناد به لجميع الأقوال السابقة. فمن اعتبر وقوع الاختلاف نظر إلى قوله: إن كان قد علم ... الخ» فراجع «1».

و لا يقاس المقام بالبيع الغنبي، فإنّه فرد واحد خارج من عموم أصالة اللزوم، ولما كان المخصّص مجملاً كان مورداً للبحث عن الرجوع- في ما عدا المتيقن- إلى العام أو استصحاب حكم المخصّص. هذا.

ويظهر من المحقق الأصفهاني قدّس سرّه تقرير هذا الإيراد على المتن «2».

و ثالثة بأنّه أخصّص من المدعى، إذ قد يختل ركن اليقين السابق، فلا موقع للاستصحاب حينئذ، كما إذا كان بعض تلك العوارض موجوداً من أوّل الأمر، وهو غير مانع عن تحقق الوقف قطعاً، فلا يقين بمنع شراء الوقف حتى يستصحب. هذا «3».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 59

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 274

(3) حاشية المكاسب، القسم الثاني، ص 41

من جَوِّزه في هذه الصور فيها (1) - وهي مكاتبة ابن مهزيار، قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها، و جعل لك في الوقف الخمس، ويسأل [ويسألك] (2) عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها (3) [به]

---

وعدّ صاحب الجواهر قدّس سرّه هذه المكاتبة هي العمدة من الأخبار المجوّزة للبيع، و منها اختلفت أفهامهم و اضطربت أقوالهم «(1)». وكيف كان ففي هذه الرواية جهتان: إحداهما: السند، و الأخرى الدلالة.

و لا ريب في صحة السند بطريق ثقة الإسلام و الصدوق و شيخ الطائفة. فرواها في الكافي عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد، و عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد، جميعا عن علي بن مهزيار. و لو صعب أمر سهل لم يكن غمز في الطريق الآخر.

كما لا ريب في طريق الصدوق، لأنه رواها باسناده عن العباس بن معروف عن عليّ بن مهزيار.

و كونها مكاتبة غير قادح في حجيتها كما قرر في محله، فلا وجه لتقديم أدلة منع البيع عليها من هذه الجهة. خصوصا مع شهرتها رواية بل و عملا، كما سيظهر، فلا مجال لرميها بالإعراض عنها. نعم للبحث الدلالي مجال واسع كما سيأتي في المتن.

ثم إن هذه المكاتبة تتضمن سؤالين، و المقصود الاستدلال بالسؤال الثاني على الجواز في الصور الأربع.

(1) متعلق ب «انحصر» و الضمير راجع إلى المكاتبة.

(2) كذا في نسختنا، و في بعض النسخ كما في الوسائل و غيره: «و يسأل».

(3) كذا في نسختنا، كما في الوسائل، و لكن في بعض النسخ كالكافي زيادة كلمة «به».

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 367

ص: 155

أو يدعها موقوفة (1)؟ فكتب إليّ: أعلم فلانا أنّي أمره ببيع حصّتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إليّ، إنّ (2) [وإنّ ذلك (3) رأبي إن شاء تعالى، أو يقومها (4) على نفسه إن كان ذلك (5) أوفق له].

قال (6): «وكتب (7) [وكتبت] إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم بقيّة (8) هذه الضيعة اختلافا شديدا، و [أنّه] (9) ليس يأمن

(1) ظاهر هذه الجملة- بعد الإخبار بشراء ضيعة فأوقفها و جعل خمسا منها للإمام عليه السّلام- السؤال عن أنه هل يجوز نقل حصّة الإمام عليه السّلام إلى نفسه أو إلى غيره وإيصال الثمن إليه عليه السّلام، أم لا يجوز ذلك، فيجب إيقاؤها موقوفة؟

ويحتمل في جعل الخمس له عليه السّلام الوصية به، لإطلاق الوقف عليها، كما يحتمل فيه الوقف المصطلح.

(2) كذا في نسختنا، وفي بعض النسخ والوسائل: «وإنّ».

وحاصل الجواب: الأمر ببيع حصّة الإمام عليه السّلام إمّا من أجنبي أو من نفس الشخص الذي خصّ خمس الضيعة به عليه السّلام وإيصال الثمن إليه عليه السّلام.

(3) أي: بيع الحصّة وإيصال الثمن إليه رأيه عليه السّلام.

(4) أي: يقوم الحصّة على نفسه، بأن يشتريها لنفسه من الإمام عليه السّلام وكالة عنه.

(5) أي: إن كان التقويم على النفس أوفق له.

(6) يعني: قال عليّ بن مهزيار: «وكتبت إلى أبي جعفر عليه السّلام مسألة أخرى، وهي وقوع خلف بين أرباب الوقف.

(7) كذا في نسختنا، ولكن في بعض النسخ كما في الوسائل: «وكتبت».

(8) هذه الكلمة موجودة في الكافي والتهذيب والإستبصار، ولم ترد في الفقيه والوسائل، والمراد وقوع الخلف بين أرباب الضيعة الموقوفة، وهي أربع أخماسها لاختصاص خمسها بالإمام الجواد عليه السّلام.

(9) لم ترد «أنّه» في نسختنا، وأثبتناها عن بعض النسخ، كما في المصادر

أن يتفاهم (1) ذلك بينهم بعده. فإن كان (2) ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من (3) ذلك، أمرته.

فكتب (4) بخطه: وأعلمه أن رأيي: إن كان قد علم الاختلاف بين (5) أرباب الوقف أن (6) يبيع الوقف

---

الحديثية. و الظاهر أن الجملة عطف تفسير للاختلاف الشديد، يعني: يخاف من بلوغ منازعة أهل الوقف- إلى مرتبة عظيمة- أن يتوتر فيها الأمر.

(1) قال في اللسان: «و تفاهم الأمر، أي: عظم» «1» يعني: يشتد النزاع بعد إختلاف أرباب الوقف.

(2) هذا سؤال ابن مهزيار منه عليه السلام عن أنه لو جاز للواقف- في حالة وقوع الخلف بين الموقوف عليهم- البيع، فليأمر عليه السلام ذلك الرجل بالبيع، وجعل الثمن حصصا بعدد الموقوف عليهم، ودفعها إليهم.

(3) متعلق ب «يدفع» والمشار إليه هو الثمن، فلو كان الموقوف عليهم عشرة أشخاص قسّم الثمن عشرة أجزاء، ودفع إلى كل منهم حصّته.

(4) معطوف على «و كتبت إليه» والضمير المستتر راجع إلى الإمام عليه السلام، والمكتوب إليه هو علي بن مهزيار. وتقدير الكلام: أن الراوي عن ابن مهزيار- وهو العباس بن معروف أو أحمد بن محمد بن عيسى- قال: إن الإمام كتب إلى ابن مهزيار: وأعلمه ... الخ. و الجواب منقول عن ابن مهزيار بالمعنى، إذ لو كان منقولاً باللفظ كان المناسب تعبير ابن مهزيار ب «كتب إليّ» لا «فكتب إليه».

(5) كذا في نسخ الكتاب، ولكن الموجود في الوسائل والكافي والتهذيب والفقهاء «ما بين أصحاب الوقف».

(6) كذا في نسخ الكتاب، وهو موافق لما في الفقيه بزيادة «الواو» ولكن في

---

(1) لسان العرب، ج 12، ص 457

ص: 157

أمثل (1) [فليبع] (2)، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس» الخبر (3) «1».

حيث (4) إنه يمكن الاستدلال للجواز بها

---

الكافي و التهذيب و الوسائل بصيغة المضارع لا المصدر، و الجملة خبر قوله: «أن رأبي».

فعلى الأول يكون البيع اسم «إن» و خبره «أمثل». و على الثاني يتأول الفعل المضارع مع «أن» بالمصدر، فيكون مبتدء، و المعنى: «أن رأبي بيع الوقف أمثل».

(1) و هو الأفضل «2»، و المراد به كون البيع خيرا للموقوف عليهم من إبقاء الوقف على حاله، و لا يبعد انسلاخه عن التفضيل هنا، إذ لا خير في الإبقاء بملاحظة التعليل بخوف تلف الأموال و النفوس.

(2) لم ترد هذه الكلمة في نسختنا و الوسائل و التهذيب و الكافي، و وردت في بعض النسخ كما في الفقيه. فإن ثبت فهي جواب الشرط في «فإن كان» و إن لم تثبت فالجواب محذوف اقيم علته مقامه.

(3) كذا في نسختنا، و هي مستغنى عنها، لكون المنقول تمام المكاتبة لا بعضها.

(4) هذا بيان لما أجمله بقوله: «تمسك كل من جوزه» من تقريب الاستدلال بالمكاتبة لكل واحدة من الصور المتقدمة. و ليس مقصوده قدس سره عدم وفاء المكاتبة بإثبات جواز البيع في القسم الأول من الصورة السابعة، و ذلك لأن التمسك بها للجواز في أداء البقاء إلى قلة المنفعة و نقصها يقتضي الاستناد إليها في أدائها إلى

---

(1) الكافي، ج 7، ص 36، الحديث 30؛ التهذيب، ج 9، ص 130، الحديث: 4 من أبواب الوقوف و الصدقات؛ الاستبصار، ج 4، ص 98؛ الوسائل، ج 23، ص 304-305، الباب 6 من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث: 5 و 6

(2) لسان العرب، ج 11، ص 613

ص: 158

سقوطها بالمرّة. ويشهد لاستدلالهم بها في القسم الأوّل كلام صاحب المقابس المتقدم في (ص 154)، و من الأقوال التي نقلها عن جماعة هو قوله: «ثالثها: أنه يصحّ إذا وقع بينهم خلف بحيث يخشى خرابه مع بقاءه على حاله» (1).

(1) و هو خراب الوقف الموجب لقلة المنفعة.

(2) توضيحه: أنّ الاستدلال بهذه المكاتبة على المقصود- و هو بيع الوقف المؤدّي بقاءه إلى الخراب الذي تقلّ معه المنفعة- منوط بتسليم مقدمات:

الاولى: أن يكون قوله عليه السّلام: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس علّة لقوله عليه السّلام: «فليبع» حتى يكون المدار في جواز البيع على صيرورة الوقف معرضا للخراب، ليتعدّى من المورد- و هو الاختلاف- إلى غيره مما يوجب تلف الوقف. فلو كان قوله عليه السّلام: «فإنّه» حكمة للبيع اختصّ بالمورد، إذ التعميم و التخصيص من شئون العلة لا الحكمة.

الثانية: أن تكون: «ربما» في قوله عليه السّلام: «فإنّه ربما» دالة على الخوف الناشئ عن العلم أو الظن بالخراب لتتنطبق على كلمات القوم، حيث عبّروا عما نحن فيه بالخوف و الخشية و نحوهما.

الثالثة: أن يكون المراد ب «تلف الأموال» تلف الأعيان الموقوفة، لا كلّ مال و إن لم يكن مرتبطا بالوقف.

الرابعة: أن يكون تلف المال- بمقتضى إطلاقه- أعم من تلف تمام الوقف و سقوطه عن المنفعة رأسا- كما في القسم الأوّل من الصورة السابعة- و من تلف بعضه و قلة المنافع، كما في القسم الثاني منها.

الخامسة: أن يكون تمام المناط في جواز البيع خصوص تلف الوقف، لا هو

تعليل (1) لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن (2) المراد بالمال هو الوقف، فإن (3) ضمّ النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ (4) المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى. فيكون حاصل التعليل

---

منضمًا إلى تلف النفوس، بحيث يكون المجموع مجوّزا واحدا للبيع، إذ- بناء على اعتبار الانضمام- لا تنطبق المكاتبة على المدعى، و هو خشية أداء بقاء الوقف إلى خصوص قلة المنفعة، لا تلف النفوس.

فإن قلت: مقتضى عطف «النفوس» على «الأموال» ترتب جواز البيع على خوف تلفهما معا، وعدم كفاية تلف المال خاصة، فالرواية أجنبية عن المقام.

قلت: لا ظهور للعطف في اعتبار اجتماع الأمرين في جواز البيع، بل المراد ترتب الحكم على كلّ منهما بالاستقلال، فهو نظير قول القائل: «هذا الطريق غير مأمون فلا تسلكها لما فيها من خوف تلف المال و النفس» فلا يستفاد عرفا منه ضمّ خوف هلاك النفس إلى تلف المال.

فالمتحصل: دلالة المكاتبة على هذه المقدمة أيضا.

(1) إشارة إلى المقدمة الاولى.

(2) إشارة إلى المقدمة الثالثة. و تقدّم في نقل الأقوال أنّ المحقق الثاني استظهره من المكاتبة، فراجع «1».

(3) كذا في النسخ، و لا يبعد أن يكون «و أنّ» بالواو ليكون عطفًا على «و أنّ المراد» لوضوح كونه مطلبًا مستقلا عن كون المال المتلف هو الوقف.

أو يقال: «و أنّ المراد تلف المال خاصة، و هو الوقف» حتى يلتئم مع تعليله ب «فإنّ ضمّ...».

(4) إشارة إلى المقدمة الخامسة.

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 569، و لاحظ: جامع المقاصد، ج 4، ص 97

ص: 160



بالمكاتبه: أنه كلما (1) كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه (2): أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علما

(1) هذه الكلية مستفادة من العلية المنصوصة، لأنها كبرى للمورد بحسب الشكل الأول، و من المعلوم اعتبار كلية الكبرى فيه، فكأنه قيل: الاختلاف موجب لخراب الوقف، و كل موجب له يجوز بيعه، فالاختلاف يجوز بيعه.

(2) ناقش المصنف قدس سره في الاستدلال بالمكاتبه على جواز البيع في القسم الثاني من الصورة السابعة بوجوه ثلاثة:

الأول: عدم انطباق الدليل على المدعى، و بيانه: أن المقصود إثبات جواز البيع في صورة العلم أو الظن بتأدية بقاء الوقف إلى الخراب و قلة منافعه، كما تقدم في عنوان هذه الصورة، و هو المعبر عنه بالخشية تارة و بالخوف أخرى، و من المعلوم إناطة صدقهما بوجود أمانة مورثة للظن أو الاطمئنان بكون البقاء عرضة لتلف المال و النفس، و لا يكفي مجرد الاحتمال الموهوم.

و الشاهد على اعتبار الأمانة الظنية- و عدم كفاية الوهم- ملاحظة بعض موارد إطلاق هذه الكلمة، كقولهم بوجوب الإفطار مع خوف الضرر، و بحرمة السفر مع خوف الهلاك.

و لكن الدليل- أعني به التعليل الوارد في المكاتبه- يفيد شيئا آخر، و هو جواز البيع عند الاحتمال الموهوم بالتلف، و ذلك لظهور كلمة «ربما» في الأعم من الوهم و الشك و الظن، و لا يختص بما إذا كان مدخولها مطنونا. و لازم الأعمية هو الحكم بجواز البيع حتى لو كان احتمال أداء بقاء الوقف إلى التلف مرجوحا، و احتمال عدم أدائه إليه راجحا. مع أنه لا سبيل للالتزام بالجواز في الاحتمال الضعيف كما لم يلتزم المجوزون به، بل خصصوه بالعلم و الظن، هذا.

و الحاصل: أن المدعى جواز البيع عند خوف أداء بقاء الوقف إلى الخراب و قلة المنفعة، و عدم جوازه في الاحتمال الموهوم و الشك. و التعليل ب «فإنه ربما»

أو ظنًا (1)، لا مجرد كونه (2) ربما يؤدي إليه- المجمع (3) للاحتمال المساوي أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظة «ربما» (4) [1] كما لا يخفى على المستمع

---

يدل على الجواز في الجميع، ولا يمكن الالتزام به، فلا بد من رفع اليد عن المكاتبة و التماس دليل آخر على الحكم.

هذا توضيح الوجه الأول، و سيأتي الوجهان الآخران.

(1) إذ الخوف حالة نفسانية تحصل بالعلم أو الظن بالمخوف، لا بالأعم منهما و من الشك و الوهم.

(2) أي: كون البقاء ربما يؤدي إلى الخراب و لو احتمالاً موهوماً.

(3) صفة ل «مجرد كونه». و المراد بمجرد الأداء مطلقه، سواء أ كان معلوماً أو مظنوناً أو مشكوكاً فيه أو موهوماً.

(4) يعني: أن إرادة الاحتمال المساوي و المرجوح نشأت من ظهور «ربما» في الأعم. و لعل منشأ ما نسب إلى بعض النحاة من: «أن ربّ للتقليل و كم للتكثير، فلا يقال: ربما رأيت كثيراً» «1».

---

[1] هذا في غاية الغرابة، فإن كلمة «ربما» عند أهل العربية تدل على قلة مدخولها وجوداً، كما في قولك: «ربّ رجل كريم لقيته» يعني أن الكرام الذين لقيتهم قليلون بالنسبة إلى الرجال الكرام الذين لم ألقهم. في مقابل «كم» الخبرية التي تدل على الكثرة. و قد تستعمل «ربّ» بالتشديد مع «ما» أو بدونها في الكثرة.

قال في شرح الجامي: «وربّ للتقليل أي لإنشاء التقليل، و لهذا وجب لها صدر الكلام، كما أن- كم- وجب لها صدر الكلام، لكونها لإنشاء التكثير...» «2».

---

(1) لسان العرب، ج 1، ص 408

(2) شرح الجامي، ص 338، طبعة بمبئي 1319

ص: 162

لموارد استعمالته- و لا أظنّ (1) أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقائه إلى الخراب، لأنّ (2) كلمات من عبّر بهذا العنوان- كما عرفت- بين (3)

(1) هذا هو الإشكال على الاستدلال، يعني: أن ظهور المكاتبه معرض عنه، لعدم التزامهم بجواز بيع الوقف عند الشك في أن بقاءه يفضي إلى الخراب، فضلا عن الوهم. و من المعلوم سقوط الرواية الصحيحة سندا عن الحجية بترك العمل بظاهرها.

(2) تعليل لعدم الظن بالالتزام، و حاصله: الاستشهاد بكلام المجوّزين على اختصاص جواز البيع بالعلم بالأداء أو خوفه، و عدم شموله للاحتمال.

(3) خبر «لأنّ» يعني: أنّ تعبير المجوّزين يكون إمّا «الأداء» الظاهر في

هذا مضافا إلى التأمل في أصل الدعوى. قال ابن هشام: «و ليس معناها التقليل دائما، خلافا للأكثرين. و لا التكثير دائما، خلافا لابن درستويه و جماعة، بل ترد للتكثير كثيرا و للتقليل قليلا...» فراجع «1».

و على كل تقدير لا- تدل «ربما» على الاحتمال المتساوي أو المرجوح، بل تدل على وجود مدخولها قليلا أو كثيرا. فعليه يمكن دعوى العلم بتحقيق مدخولها.

و لعلّ من عبّر بالخوف- كما تقدم في كثير من العبارات المتعلقة بالمقام- غرضه العلم بالخراب.

و كيف كان، فمناقشة المصنف في معنى «ربّ» ضعيفة جدًا.

فالإنصاف أن كلمة «ربما» تدل على وقوع محذور تلف المال و النفس عند إختلاف أرباب الوقف.

و يمكن تأييد دلالتها على الوقوع بمجيء الماضي و هو- جاء- بعدها، حيث إن الماضي يدل على تحقق النسبة، فكأنّ الفعل المحقق الوقوع نزل منزلة الماضي، فأخبر عن وقوعه كما هو كثير في المحاورات العرفية.

(1) مغني اللبيب، ج 1، ص 180، طبعة 1964 دمشق

قولهم: «أذى بقاءه إلى خرابه» (1) وبين قولهم: «يخشى (2) أو يخاف (3) خرابه».

و الخوف (4) عند المشهور كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم - مثل قولهم: «يجب الإفطار (5) و التيمم مع خوف الضرر» و «يحرم السفر مع خوف الهلاك» (6) -

---

العلم به، وإما «الخوف».

(1) كما ورد في عبارة بيع الشرائع «1».

(2) كما في وقف الشرائع و التحرير «2».

(3) كما في الوسيلة وفقه القرآن و جامع الشرائع «3».

(4) أراد قدس سره بيان معنى «الخوف» بعد أن كان المدار عليه، لا على مطلق الاحتمال.

(5) قال المحقق قدس سره: «المرض الذي يجب معه الإفطار: ما يخاف به الزيادة بالصوم، و يبني في ذلك على ما يعلمه من نفسه أو يظنه، لأمانة كقول عارف» «4».

وقال في التيمم: «و لا فرق في جواز التيمم بين أن يخاف لصاً أو سبعا، أو يخاف ضياع مال. و كذا لو خشي المرض الشديد أو الشين باستعماله الماء جاز له التيمم. و كذا لو كان معه ماء للشرب، و خاف العطش أن استعمله» «5».

(6) قال الشهيد قدس سره: «و لو سلك طريقا مخوفا على النفس يغلب معه ظن التلف فالأقرب أنه عاص بسفره فلا يترخص» «6»، و نحوه كلام العلامة قدس سره، فراجع «7».

وقال المصنف قدس سره: «و كذا لا خلاف بينهم ظاهرا في أن سلوك الطريق المظنون

---

(1) لاحظ المصادر في هدى الطالب، ج 6، ص 564-565

(2) لاحظ المصادر في هدى الطالب، ج 6، ص 564-565

(3) لاحظ المصادر في هدى الطالب، ج 6، ص 564-565

(4) شرائع الإسلام، ج 1، ص 210

(5) المصدر، ص 47

(6) ذكرى الشيعة، ج 4، ص 314

(7) تذكرة الفقهاء، ج 4، ص 400؛ قواعد الأحكام، ج 1، ص 325

ص: 164

لا يتحقق (1) إلا بعد قيام أمانة الخوف.

هذا، مع أنّ (2) مناط الجواز- على ما ذكر (3)- تلف الوقف رأساً، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل (4) الخراب الذي لا يصدق معه التلف [1].

---

الخطر أو مقطوعه معصية يجب إتمام الصلاة فيه ولو بعد انكشاف عدم الضرر فيه» (1).

(1) خبر قوله: «و الخوف عند المشهور».

(2) هذا ثاني وجوه المناقشة، وهو ناظر إلى منع المقدمة الرابعة. توضيحه: أنّه بناء على إرادة العين الموقوفة من المال- في قوله عليه السّلام: «ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال» كما استظهره الشهيد الثاني قدّس سرّه- تكون المكاتبه أجنبية عن المدّعى، وهو جواز البيع في القسم الثاني، ومنطبقة على القسم الأول، الذي قلنا بجوازه فيه، وذلك لظهور «تلف المال» في سقوطه عن الانتفاع رأساً، ولا يصدق تلفه- بقول مطلق- على الخراب الموجب لقلّة نفعه. مع أنّ المقصود بالاستدلال تجويز البيع في صورة نقص المنفعة.

(3) يعني: في تقريب ما اختاره قدّس سرّه، حيث قال: «و الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتدّ به عرفاً...».

(4) يعني: أنّ مناط الجواز لا يشمل نقص المنفعة، للفرق بين التلف والنقص.

---

[1] لا- يخفى ما فيه، فإن تلف بعض الوقف يصدق عليه أيضاً تلف المال، فإطلاقه يشمل تلف الكل والبعض. وعليه فيمكن التمسك بإطلاقه على المفروض وهو قلة المنفعة الناشئة عن التلف، كصحة التمسك به على الصورة الأولى، وهي تلف العين بحيث لا يبقى لها منفعة أصلاً.

---

(1) فرائد الأصول، ج 1، ص 38، طبعة مجمع الفكر الإسلامي

ص: 165

مع أنه (1) لا وجه- بناء (2) على عموم التعليل - للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف (3).

وأما تقريب (4) الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة

(1) هذا ثالث وجوه المناقشة، و غرضه إسقاط المكاتبة عن الحجية بالإعراض من جهة أخرى.

و توضيحه: أن مقتضى عطف «النفوس» على «الأموال» و المقابلة بينهما أن يراد ب «تلف المال» ضياع مطلق المال، لا خصوص الموقوفة. فلو أدى النزاع إلى تلف مال آخر من الموقوف عليهم أو من غيرهم - مع الأمن من هلاك الموقوفة - لزم الحكم بجواز بيع الوقف تحفظاً على الأموال الأخرى. و من المعلوم عدم التزام المجوز للبيع - استناداً إلى المكاتبة - بهذا الإطلاق، كما لا يمكن الالتزام به لمخالفته للإجماع كما قيل. و هذا شاهد على إعراضهم عن الرواية، و معه لا مجال للتمسك بها في تجويز البيع في القسم الثاني.

(2) الوجه في هذا البناء واضح، إذ مع اختصاص «المال» - الوارد في التعليل - بالوقف لا وجه لجعل تلف مال آخر مسوغاً لبيع الوقف، فيختص قوله عليه السلام:

«ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال» بتلف الوقف، دون تلف سائر الأموال.

(3) و لا يمكن الالتزام به، لمخالفته للإجماع، و مقتضاه رفع اليد عن ظهور المكاتبة.

وقد تحصل: عدم جواز بيع الوقف فيما عدا القسم الأول من الصورة السابعة.

(4) معطوف على قوله: «حيث إنه يمكن» و الأولى إسقاط «أما» هنا و فيما

نعم، إذا اسند التلف إلى الموقوف - كأن يقال: إذا تلف الموقوف جاز بيعه مثلاً - كان ظاهراً في التلف المطلق الموجب لانتفاء المنفعة رأساً، دون مطلق التلف كما لا يخفى.

- وهي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما أوجب تلف الأموال و النفوس - فهو: أن الحكم بالجواز معلق (1) على الاختلاف، إلا أن قوله: «فإنه ربما» مقيد بالاختلاف الخاص، وهو الذي لا يؤمن معه (2) من التلف (3)، لأن (4) العلة تقيّد المعلول، كما في قولك: لا تأكل الرّمان لأنه حامض (5).

وفيه (6): أن اللازم

---

سيأتي في (ص 172) من تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة، أو تصدير كلامه السابق ب «أما» بأن يقال: «أما تقريب الاستدلال في القسم الثاني من الصور السابعة...».

وكيف كان فتقريب دلالة المكاتبة على حكم الصورة الثامنة هو: أن جوابه عليه السلام متضمن لجملتين: إحداهما: تجويز البيع عند ظهور الخلف و المنازعة بين الموقوف عليهم، و كونه خيرا من إبقاء الوقف على حاله. و مقتضى الإطلاق جواز البيع بمجرد العلم بالاختلاف، سواء خيف من بقائه تلف المال وإراقة الدماء أم لا.

ثانيتها: تعليل الحكم بقوله عليه السلام: «فإنه ربما» و ظاهره موضوعية إختلاف خاصّ لجواز البيع، و هو النزاع الذي لا يؤمن معه من ضياع الأموال و هلاك النفوس.

و مقتضى تقديم ظهور العلة على المعلول تقييد الاختلاف المجوّز للبيع بما إذا خيف من بقاء الوقف تلف المال و النفس، و بهذا يتم الحكم في الصورة الثامنة.

(1) يستفاد التعليق من إناطة «فليبع» بقوله: «إن كان قد علم الاختلاف».

(2) أي: مع الاختلاف.

(3) فيتعين التوفيق بين المعلول و العلة بتقييد إطلاق جواز البيع في «فليبع».

(4) تعليل لمحذوف، و هو لزوم الأخذ بخصوص العلة لا بعموم المعلول.

(5) فيختص النهي حينئذ بأكل الرمان الحامض.

(6) محصل المناقشة في التقريب المتقدم هو: عدم وفاء المكاتبة بإثبات الجواز في



الصورة الثامنة، وذلك لأن تقديم العلة على المعلول كما يوجب تقييد الاختلاف بما خيف منه تلف المال والنفس، كذلك يقتضي رفع اليد عن خصوصية الاختلاف، وتعميم جواز البيع لما إذا لم يكن خلف بين أرباب الوقف، ولكن علم إفضاء بقائه إلى تلفها من جهة اخرى، وتوقف سدّ الفتنة على بيع الوقف، فإنّ العلة كما تخصّص تعمّم. ومن المعلوم عدم التزام أحد بجواز بيع الوقف مقدّمة لعلاج مفسدة اخرى أجنبية عنه. وهذا المحذور يوهن العمل بظاهر المكاتبة، وتسقط حينئذ عن الدلالة على حكم الصورة الثامنة.

فإن قلت: يمكن الأخذ بموضوعية مطلق الاختلاف لجواز البيع، وعدم تقييده بقوله عليه السلام: «فإنه ربما» وذلك لورود مثله في الأخبار مما يكون علة للحكم تارة، وحكمة اخرى، ومن المعلوم أن ما يصلح للتقييد هو العلة لا الحكمة.

قال المحقق الشوشتری قدّس سرّه: «و أما التعليل فبناؤه على الكشف عن الحكمة في جواز البيع، والغرض منه كون الاختلاف عرضة لذلك المحذور، لا أن أداءه إليه شرط لجواز البيع. وبذلك نصّ الشهيدان، وهو ظاهر الكفاية والمفاتيح، ويشهد له التعليل بربما» (1).

و عليه فلا مانع من الأخذ بموضوعية الاختلاف، وعدم تعميم الحكم لما إذا لم يكن منشأ التلف منازعة أرباب الوقف.

قلت: إن حمل «ربما» على الحكمة وإسقاطه عن العلية- ليبقى عموم الاختلاف على حاله- يوجب عدم صلاحيته لتقييد الجواز بخوف تلف المال أو النفس، فإنّ الحكمة كما لا تعمّم لا تخصّص، مع أن مفروض الصورة الثامنة هو الجواز لو أدى بقاء الوقف إلى التلف لا مطلقاً.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 59

على هذا (1) تعميم الجواز في كلِّ مورد لا- يؤمن معه من تلف الأ-موال و النفوس (2) وإن لم يكن من جهة إختلاف الموقوف عليهم، فيجوز (3) بيع الوقف لإصلاح كلِّ فتنه وإن لم يكن لها دخل في الوقف.

اللهم إلا أن يدعى سوق العلة مساق التقريب (4)، لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى (5) إلى جميع موارد.

لكن (6) تقييد الاختلاف حينئذ (7) بكونه ممّا لا يؤمن ممنوع،

---

و الحاصل: إن كانت جملة «فإنه ربما» علة لزم تعميم الجواز لغير موارد الاختلاف، و لا سبيل للقول به.

و إن كانت حكمة لزم تعميم الجواز لما إذا لم يؤدّ البقاء إلى التلف، و هو غير الصورة الثامنة.

(1) أي: على كون «فإنه ربّما» علة لجواز البيع عند الاختلاف.

(2) أخذنا بعموم العلة لا بخصوصية المورد.

(3) هذا نتيجة تعميم الجواز لكلِّ مورد يخشى فيه تلف الأموال و النفوس.

(4) لا التعليل، يعني: فلا تكون العلة مبيّنة لمطلب جديد، بل بمنزلة عبارة اخرى لما قبلها، فلا تزيد عما قبلها. فقوله عليه السّلام: «ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس» لا يكون مناطا و موضوعا للحكم حتى يدور جواز البيع مداره، بل بيانا لأمر خارجي قد يترتب على الاختلاف. فالموضوع نفس الاختلاف سواء ترتب عليه مفسدة تلف المال و النفس أم لا.

(5) لأن التعدي من شأن العلة المنصوصة التي يكون الحكم للمورد بسبب انطباقها عليه، لا لخصوصية نفس المورد.

(6) هذا ردّ قوله: «اللهم إلا أن يدعى» و تقدم بقولنا: «قلت» كما تقدمت الدعوى في «إن قلت».

(7) أي: حين عدم عليته بل كونه تقريبا لما قبله، و وجه عدم التقييد به حينئذ

و هو (1) الذي فهمه الشهيد رحمه الله في الروضة كما تقدّم كلامه.

لكن الحكم على هذا الوجه (2) مخالف للمشهور. فلا يبقى حينئذ (3) وثوق بالرواية (4) بحيث يرفع اليد بها

---

هو كونه توضيحا لما قبله.

(1) يعني: منع تقييد الاختلاف بما يوجب تلف المال أو النفس هو الذي فهمه الشهيد قدّس سرّه، حيث قال: «و الظاهر أن خوف أدائه إليهما و إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك» (1). و حاصله: عدم اعتبار الاختلاف الخاص في جواز بيع الوقف، فيجوز بيعه مطلقا باعتبار أن الاختلاف بحسب نوعه يؤدّي إلى تلف المال و النفس، و لا ينظر إلى أشخاص الاختلاف في كل مورد مورد.

(2) أي: بدون تقييد الاختلاف بعدم الأمن، و الحكم بجواز البيع بمجرد الاختلاف، فإن جواز البيع حينئذ مخالف للمشهور، حيث إنهم قيّدوا جواز البيع بالاختلاف الخاص، و هو ما لا يؤمن معه من تلف المال و النفس.

(3) أي: حين كون عدم تقييد الاختلاف خلاف المشهور.

(4) لكون فتوى المشهور مخالفة لظاهر الرواية، حيث إن ظاهرها- بعد البناء على عدم تقييد الاختلاف بما لا يؤمن معه من المفسدة- هو كون الاختلاف بنفسه موضوعا لجواز البيع من دون تقييده بترتب محذور تلف المال أو النفس عليه.

و فتوى المشهور هي كون الاختلاف المقيد بعدم الأمن من ترتب المحذور المزبور عليه موضوعا للبيع.

فمضمون الرواية حينئذ لا ينطبق على فتوى المشهور، فيصير موردا لإعراضهم المشهور عنه، و هذا موهن لاعتبار الرواية على الأقوى.

---

(1) الروضة البهية، ج 3، ص 255 و تقدم في الأقوال أيضا، راجع هدى الطالب، ج 6، ص 570

ص: 170

عن العمومات (1) والقواعد (2)، مع ما فيها من ضعف الدلالة (3)، كما سيجيء إليه الإشارة.

و مما ذكرنا (4) يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة وردّه (5).

إلا أن يقال: إن الإعراض إن كان عن سند الرواية بحيث لم يعمل المشهور بها أصلا، فهو يسقط الرواية عن الاعتبار. و أمّا إذا عملوا بها غاية أنهم استظفروا منها غير ما استظفروا منها فهو لا يسقطها عن الاعتبار، لأن مخالفتنا لهم ترجع إلى الاستظهار، و من المعلوم عدم حجية فهمهم علينا.

(1) الناهية عن بيع الوقف، و التعبير بالعموم لشمولها لحالة خوف تلف المال و النفس و عدمه.

(2) المراد به استصحاب منع البيع الثابت قبل طروء خوف التلف.

(3) من جهة عدم ظهور المكاتبة في ما نحن فيه و هو الموقف المؤبد، و كذا عدم ظهورها في لزوم الوقف و تماميته بإقباض العين للموقوف عليه، و غيرهما مما سيأتي في (ص 192).

(4) أي: من جعل قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف» علة منصوطة يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة، و هي أداء الاختلاف إلى ضرر عظيم من دون تقييده بتلف المال.

و حاصل تقريبه: أن مقتضى العلة كون موضوع جواز البيع هو الضرر من تلف المال أو النفس أو غيرهما بعد حمل النفس أو المال على المثال.

فالمحصّل: أن مجوّز بيع الوقف هو الضرر العظيم من تلف المال أو غيره، فينطبق على الصورة التاسعة.

(5) و هو: أنّ لازم جعل قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف ... الخ» علة هو جواز البيع لكل فتنة و إن لم ترتبط بالوقف، و هو مما لا يلتزم به أحد.

مضافا إلى: أن حمل تلف المال أو النفس على المثال لمطلق الضرر العظيم ممنوع

وأما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة فهو: أن (1) ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال - مع (2) أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالبا (3) - يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدّة إلى حيث يخاف منه تلف النفس، و لا يكفي بلوغه إلى مادون ذلك (4)، بحيث يخاف منه تلف المال فقط.

وفيه (5):

---

جدّا، لتوقفه على القطع بعدم خصوصيتهما، و دون إثباته خرط القتاد.

(1) توضيحه: أن الرواية وإن اشتملت على تلف المال و النفس معا، و هو لا ينطبق على الصورة العاشرة التي هي «لزوم فساد يستباح منه الأنفس فقط». لكن مع ذلك يمكن الاستدلال بها على الصورة العاشرة بأن يقال: إن ذكر «تلف المال» في الرواية ليس لأجل دخله في الحكم بجواز البيع حتى يكون هو مع تلف النفس - جمعا - دخيلا في جواز البيع، فلا ينطبق على الصورة العاشرة.

بل لأجل ملازمة تلف النفس لتلف المال غالبا. فذكر «تلف المال» مبني على الغالب، لا لكونه دخيلا في جواز البيع. فالمجوّز للبيع هو خصوص تلف النفس و استباحتها، و هذا المعنى ينطبق على الصورة العاشرة، و يصح أن يكون دليلا عليها.

(2) غرض المستدل من هذه الجملة المعترضة إسقاط موضوعية تلف المال، و أن جواز البيع يدور مدار تلف الأنفس خاصة، فذكر «الأموال» مبني على الملازمة الغالبية بين تلفهما، لا -للاحتراز حتى ينتهي جواز البيع لو أدى بقاء تلف الوقف إلى خصوص استباحة الأنفس.

(3) إذ لا مفهوم للقب الوارد مورد الغالب كالوصف الغالبي، كما قيل في آية حرمة الربائب.

(4) أي: ما دون بلوغه إلى تلف النفس، و المراد ب «مادون» تلف المال.

(5) منع المصنف قدّس سرّه التقريب المذكور بإشكالين:

ص: 172

أنّ اللازم على هذا (1) عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ (2) بيع الوقف لرفع كلّ فتنة (3).

مع أنّ (4) ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس.

أحدهما: أنّ مقتضى عموم العدة التعدي عن المورد- وهو إختلاف الموقوف عليهم المؤدي إلى التلف- إلى كل ما يوجب تلف النفس، لما قرر في محله من أن العلة كما تضيّق دائرة المعلول كذلك توسعها، كما في المثال المعروف وهو «لا تأكل الرمان لأنّه حامض» كما لا يخفى.

وعليه فلا يدور جواز البيع مدار الاختلاف الخاص، بل المناطق مطلق الفتنة المفضية إلى استباحة النفس.

(1) أي: بناء على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حدّ يخشى منه تلف النفس.

(2) أي: حين عدم كون المناطق خصوص الفتنة بين أرباب الوقف.

(3) مع أنه لا يمكن الالتزام بهذا الإطلاق، كما تقدم في منع الصورة الثامنة.

(4) هذا هو الإشكال الثاني على الاستدلال بالمكاتبة على الصورة العاشرة.

توضيحه: أنّ ظاهر الرواية لا ينطبق على فتوى المشهور في الصورة العاشرة، إذ ظاهرهم اعتبار العلم أو الظن بتحقق الفتنة، وعدم كفاية الشك في ذلك، و ظاهر الرواية- بملاحظة لفظة «ربما»- كفاية مجرد الاحتمال فيه. فالدليل أعم من المدعى.

بل تمكن دعوى المباينة بينهما، إذ ظاهر المشهور كون الاستباحة الواقعية سببا لجواز البيع، حيث إنهم أخذوا العلم أو الظن في ذلك، و من المعلوم كونهما طريقين إلى الواقع، و ظاهر كلمة «ربما» في المكاتبة هو كون الاستباحة المحتملة مجوزة للبيع، فتدبر.

والمقصود (1)- كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة- هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

والحاصل (2): أنّ جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف- الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علما أو ظنًا أو احتمالًا (3)

(1) يعني: و الحال أن المقصود كما يظهر من عبارة ابن سعيد قدّس سرّه هو اعتبار الفتنة الواقعية التي يستباح بها الأنفس، لقوله: «أو خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس» بناء على طريقة العلم والظن.

و عبارة المحقق الكركي قدّس سرّه في تعليق الإرشاد أوفق بإرادة الفتنة الواقعية، لقوله:

«يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس» (1) لعدم أخذ الخوف في الفساد المجوّز للبيع، و ظاهره الفساد الواقعي.

هذا بناء على ما حكاه السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه (2) عن تعليق الإرشاد، و نقله المصنف في أوّل المسألة. و لكن الموجود في المطبوع أخيرا موافق لما في جامع المقاصد من أخذ «الخوف» في جواز البيع، كما حكاه صاحب المقابس عنه، و نصّ عبارة تعليق الإرشاد هو: «و ثانيها: ما إذا حصل خلف بين أربابه بحيث يخاف منه الإفضاء إلى تلف الأموال و الأنفس» (3) و هذا متحد مع عبارة ابن سعيد قدّس سرّه.

هذا ما أفاده المصنف قدّس سرّه في منع دلالة المكاتبة على الصورة العاشرة.

(2) هذا حاصل ما أفاده في (ص 155) من انحصار مستند جواز البيع- في الصور الأربع الأخيرة- في مكاتبة ابن مهزيار. و هذه الصور و إن تعددت موضوعا، و لكن إختلاف الفقهاء في الاستظهار من المكاتبة أوجب استناد الجميع إليها.

(3) تقدم في (ص 164) نقل تعبيرهم بالخشية و الخوف و العلم و الظنّ. و أمّا

---

(1) لاحظ مصادر الأقوال في ج 6، ص 562 و 568

(2) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 86

(3) حاشية الإرشاد، ص 339

إلى مطلق الفساد (1)، أو فساد خاص (2)، أو اعتبار الاختلاف مطلقا (3)، أو إختلاف خاص (4) - مستندة (5) إلى ما فهم أربابها من المكاتبة المذكورة.

و الأظهر (6) في مدلولها هو: إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه

---

الاحتمال فأضافه المصنف قدس سره هنا وفي الصورة الثامنة، لتأثر النفس بالاحتمال الموهوم أيضا.

(1) و هو ما يعمّ نقص المنفعة و انتفاءها رأسا.

(2) و هو انتفاء المنفعة رأسا.

(3) يعني: سواء أدى إلى تلف المال و النفس أم لا.

(4) و هو المؤدي إلى تلف المال أو النفس.

(5) خبر قوله: «ان جميع».

(6) بعد أن منع قدس سره دلالة المكاتبة على القسم الثاني من الصورة السابعة و على ما بعدها، استظهر منها أمرا مغايرا لما ذهب إليه المشهور، و محصله: دلالة الرواية على إناطة جواز البيع بالاختلاف الخاص، و هو ما لو حظ فيه جهات ثلاث:

الاولى: أن يكون موجبا لتلف الأموال و النفوس، فلا- عبء بمطلق الخلف و النزاع و إن لم يؤدّ إلى تلفها. و ليس منشأ هذا التقييد حمل جملة «فإنه ربما» على التعليل ليكون مقيدا لدائرة الاختلاف الوارد في السؤال، لفرض عدم كون «فإنه» علة حقيقة لتعمّم أو تقيّد. بل منشؤه قرينية الذيل بحسب المتفاهم العرفي على ما يراد من السؤال.

الثانية: أن يحصل الخوف من أداء بقاء الوقف إلى هلاك النفس أو المال، سواء نشأ من العلم بالأداء أو من الظن به، أو من الاحتمال الموهوم.

و الوجه في ضمّ الأخير إلى العلم و الظن و ورود كلمة «ربما» في الجواب، و قد مرّ صدقه على الاحتمال.

الثالثة: أن يكون محذور تلف النفس و المال مترتبا على نزاع أرباب الوقف



تلف الأموال و النفوس (1)، لا مطلق الاختلاف (2)، لأنّ الذيل (3) مقيد.

و لا- خصوص (4) المؤدّي علما أو ظنًا، لأنّ (5) موارد استعمال لفظة «ربما» أعمّ من ذلك. و لا مطلق (6) ما يؤدّي إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدّى عن مورد النصّ، وإن كان فيه (7) إشارة إلى التعليل.

---

فيما يتعلق بحفظه و بالانتفاع به، و توقف حسم مادة الفساد على البيع.

فلو كان المحذور ناشئًا من غير إختلاف الموقوف عليهم لم يحجز البيع.

فإن قلت: مقتضى ظهور التعليل التعدي من الاختلاف إلى موجب آخر يؤدّي إلى هلاك المال و النفس، إذ العلة كما تضيّق توسّع أيضا.

قلت: نعم لو استقرّ ظهور «فإنّه ربما» في التعليل حتى يتعدى عن مورد السؤال إلى غيره، و لكن المفروض منع الظهور المزبور.

هذا ما استفاده المصنف من المكاتبة، و سيأتي بيان النسبة بينه و بين مختار المشهور.

(1) و إن كانت الأموال غير الأعيان الموقوفة و كانت النفوس غير الموقوف عليهم. و إرادة التعميم من هذه العبارة تظهر من عبارة الآتية، و هي قوله في (ص 195): «لكن في النفس شي ء ... الخ».

(2) هذا إشارة إلى الجهة الاولى.

(3) بناء على ما تقدم في الاستدلال للصورة الثامنة، و لكنه منع التقييد سابقا بقوله: «لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن ممنوع» فلاحظ (ص 169).

(4) معطوف على «لا مطلق» و هذا إشارة إلى الجهة الثانية.

(5) تعليل لقوله: «و لا خصوص».

(6) معطوف أيضا على «لا مطلق» و هذا إشارة إلى الجهة الثالثة.

(7) أي: في الذيل إشارة إلى التعليل، لمكان «فإنّه»، إلّا أنه لا عبرة بالإشارة، لكون موضوع دليل الحجية هو الظهور المنتفي حسب الفرض.

و على ما ذكرنا (1)، فالمكاتبة غير مفتى بها عند المشهور، لأن (2) الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب غير (3) الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال و الأنفس (4)، فيكون (5) النسبة بين فتوى المشهور و بين مضمون الرواية عموماً من وجه.

(1) يعني: يظهر من إناطة جواز بيع الموقوفة بالجهات الثلاث المتقدمة عدم عمل المشهور بالمكاتبة، لمخالفتهم لها في جهتين منها:

إحداهما: اعتبار العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب، و عدم كفاية الاحتمال عندهم.

ثانيتها: أنّ المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لاستباحة الأموال و الأنفس. و مع هذه المخالفة لا مجال لدعوى استنادهم إليها في تجويز البيع في الصور المتقدمة. و لا يخفى أنّ ما ذكره قدس سرّه إشكال عام على الاستدلال بالمكاتبة في الصور الأربع، و لا يختص بتوهين التمسك بها في خصوص الصورة العاشرة.

(2) مقصوده بيان مورد مخالفة المشهور للمكاتبة، و هما موردان تقدّما آنفا.

(3) صفة ل «أداء» أي: لا يعتبر في إختلاف أهل الوقف أن يؤدّى إلى تلف المال و النفس.

(4) هذا ثاني مورد المخالفة.

(5) هذا نتيجة مخالفة فتوى المشهور للمكاتبة في الجهتين المزبورتين.

و وجه كون النسبة عموماً من وجه هو كون فتوى المشهور أعم من المكاتبة من جهتين، و أخص منها من جهة. كما أن المكاتبة أعم من فتاواهم من جهة و أخص منها من جهة أخرى.

أمّا أعمية الفتاوى من جهتين:

فالأولى منهما: شمول «تلف المال» لكل من الخراب و قلة المنفعة، بشهادة تجويز البيع في قسمي الصورة السابعة.

و الثانية: أنّ المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجبة لاستباحة الأموال و الأنفس، بشهادة تجوز البيع للضرر العظيم كما في الصورة التاسعة.

و أما أخصية الفتاوى من المكاتبة، فلاعتبارهم حصول العلم أو الظن بأداء البقاء إلى الخراب، بشهادة تعبيرهم بالخوف و الخشية، مع أنّ المكاتبة تعمّ الاحتمال الموهوم، بشهادة كلمة «ربما».

و أما أعمية المكاتبة من فتوى المشهور، فلعدم اعتبار العلم و الظن، و الاكتفاء بمجرد الاحتمال. و أما أخصيتها منها فلاختصاص الجواز بالفتنة المبيحة للأموال و الأنفس.

و مادة الاجتماع- بمعنى جواز البيع بمقتضى المكاتبة و فتوى المشهور- هي العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب مع الفتنة المبيحة للمال و النفس. و مادة الافتراق من طرف الرواية هو احتمال وقوع الفتنة المبيحة لهما، فيجوز البيع فيها، خلافاً للمشهور.

و من طرف فتوى المشهور موردان:

أحدهما: العلم بأدائه إلى الخراب بدون الفتنة الموجبة لاستباحة المال و النفس.

و ثانيهما: خوف الخراب بمعنى قلة المنفعة. ففي هذين الموردين لا دلالة للرواية على الجواز.

و بالجملة: فمع هذه النسبة بين المكاتبة و الفتاوى كيف يصحّ الاستدلال بها؟

فما دلّت عليه لم يعمل به، و ما عمل به لم تدل المكاتبة عليه.

(1) غرضه إصلاح التشبث بالمكاتبة و إثبات عدم إعراض المشهور عنها، و محصله: أنّهم تسالموا على جواز البيع في الجملة، و اختلفوا في خصوصيته و مناطه.

و هذا المقدار كاف في إحراز عملهم بالرواية و جبر ضعف الدلالة بالنسبة إلى المتفق عليه.

أنّ هذا (1) [1] لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية (2)، و قصور (3) مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة (4)، لأنّ (5) [2] إختلاف فتاوى المشهور؟؟؟ إنّما هو من

---

(1) أي: كون النسبة عموما من وجه.

(2) أي: ضعف دلالتها على الجواز فيما عدا القسم الأوّل من الصورة السابعة و ما بعدها من الصور.

(3) معطوف على «ضعف» أي: جبر قصور مقاومتها لمثل قوله عليه السّلام:

«لا يجوز شراء الوقف».

و لا يخفى أن دعوى القصور مما أجاب به المانعون عن المكاتبه، قال المحقق الشوشترى قدّس سرّه: «و أما المانعون فلهم في الجواب عن الرواية وجوه: الأوّل: أنّها كانت كتابة مشتبهة المعنى، و قد اضطربت فتاوى العاملين بها، و اختلفوا اختلافا فاحشا، فلا يترك لها تلك الأدلة الجلية البيّنة...» (1). فيكون مقصود المصنف قدّس سرّه من جبر القصور بالعمل إثبات صلاحية المكاتبه لتخصيص عموم النهي عن بيع الوقف.

(4) متعلق ب «جبر».

(5) تعليل لقوله: «لا يمنع» و حاصله: إحراز استناد المشهور إلى المكاتبه و إن تعدّدت أنظارهم في مدلولها، و هذا المقدار كاف في نفي دعوى الإعراض عنها.

---

[1] هذا لا يخلو من غرابة. أما أوّلا فلعدم جبر ضعف الدلالة بالشهرة كما حققه قدّس سرّه في الأصول.

و أمّا ثانيا: فلاّنه بعد تسليم الجبر بها لا بدّ من الأخذ بما فهمه المشهور من الرواية و إن كان ما فهموه غير ظاهر الرواية، إذ المفروض جبران ضعف هذا الظهور بفهمهم.

[2] لا مورد لهذا التعليل، فإنّ مورده اتفاق المشهور على معنى تكون دلالة

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 60

ص: 179

حيث الاختلاف في فهم المناط الذي انيط به الجواز، من (1) قوله عليه السّلام: «إن كان قد علم الاختلاف» المنضمّ إلى قوله: «فإنه ربما جاء في الاختلاف».

وأما (2) دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبّد التام،

(1) يعني: أن مشار إختلاف الاستظهار و منشأه هو جملتنا «إن كان قد علم ... فليبع» و «فإنه ربما جاء» من حيث كون مطلق الاختلاف موضوعا للجواز أو الاختلاف الخاص، و من كون «ربما» مفيدا لمعنى الخوف المختص بالعلم و الظن، أو لما يعم الاحتمال، و هكذا.

(2) بعد أن فرغ المصنف قدّس سرّه من حجية المكاتبة دلالة بالجبر - كحجيتها سندا - على حكم الصور الأربع، أراد التعرض لبعض وجوه الخلل في دلالتها على ما نحن فيه، و هو جواز بيع الوقف المؤبّد.

و توضيحه: أن المكاتبة ورد فيها سؤالان عن حكم الوقف، و الظاهر كون مورد السؤال في الصدر و الذيل واحدا، فكأنّ عليّ بن مهزيار سأل أولا من الإمام عليه السّلام عن حكم ما صنعه الواقف من جعل خمس الضيعة له عليه السّلام، ثم سأل عمّا إذا وقع الخلف بين الموقوف عليهم بالنسبة إلى بقية الوقف، و هي أربع أخماس الضيعة. و قد قيل في قصور دلالتها أمور:

منها: أن الوقف منقطع لا - مؤبّد، بقرينة اقتصار الواقف على ذكر البطن الموجود. و هو شخص الإمام الجواد عليه السّلام بالنسبة إلى الخمس، و سائر الموقوف عليهم بالنسبة إلى بقية الأخماس. و لم يتعرض لمن بعدهم، و صرّح الصدوق قدّس سرّه بهذا على

دلالة الرواية عليه ضعيفة حتى يكون فهمهم جابرا لهذا الضعف. و المفروض أنّه ليس كذلك، لاختلاف فتاواهم في مناط الجواز، و إختلاف أنظارهم في استفادة مناط الجواز من الرواية. فلم يتفق المشهور على مناط الجواز مع فرض ضعف دلالة الرواية عليه حتى نقول بجبران ضعفها به.

فهي - على تقدير (1) قصورها - منجبرة بالشهرة، فيندفع (2) ما يدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد (3)، لعدم ذكر البطن اللاحق، و ظهورها (4) في عدم إقباض الموقوف عليهم،

---

ما تقدم كلامه في الأقوال، فراجع «1».

ومنها: أن البائع لما كان هو الواقف جاز البيع له من جهة عدم تمامية الوقف، إذ لا قرينة في المكاتبه على تحقق القبول من الموقوف عليهم، مع اعتباره في الوقف.

قال الشهيد قدس سرّه: «لو سلمت المكاتبه فلا دلالة في الصدر، إذ الوقف مشروط بالقبول إذا كان على غير الجهات العامة، ولم ينقل أنّ الإمام عليه السلام قبل الوقف، وإنما قبل الجعل وأمر ببيعه. وحمله على هذا أولى، لموافقته الظاهر» «2».

ومنها: عدم تمامية الوقف من جهة عدم تحقق القبض، وهو شرط فيه، فجاز بيعه لبقائه على ملك الواقف. وهذا مختار جماعة كالعلامة المجلسي وأصحاب الوسائل والحدائق والجواهر.

وهذه الجهات إن أمكن رفعها لم يكن قصور في دلالة المكاتبه على بيع الوقف المؤبد في الصور الأربع. وإن أشكل حلّها لم تقدح في الاستدلال، لأن غاية ما يلزم ضعف الدلالة، وهو منجبر بعمل المشهور.

(1) هذه الكلمة تشهد بعدم تسلّم جهات الخلل، وإمكان حلّها.

(2) متفرع على وفاء المكاتبه بجواز بيع المؤبد إمّا مع الجبر وإمّا بدونه.

(3) هذه هي الجهة الاولى، والقائل بعدم ظهورها في المؤبد هو الصدوق قدس سرّه.

(4) معطوف على «عدم» وهذه جهة ثانية، أي: ومثل ظهورها في عدم تحقق الإقباض.

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 552؛ من لا يحضره الفقيه، ج 4، ص 241، ذيل الحديث: 5575

(2) غاية المراد، ج 2، ص 28

ص: 181

و عدم (1) تمام الوقف، كما عن الإيضاح، وأوضحه (2) الفاضل المحدث المجلسي، و جزم به (3) المحدث البحراني، و مال إليه (4) في الرياض.

قال الأول (5)- في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار-: «إِنَّه يخطر

(1) معطوف على «عدم إقباض» و هذه هي الجهة الثالثة، يعني: و مثل ظهور المكاتبه في عدم تمامية الوقف بعدم لحوق القبول بالإيجاب، كما لعله مراد فخر المحققين قدس سره. حيث قال: «و الجواب عن الرواية حملها على عدم تمام الوقف.

و ظاهرها يدل عليه» (1).

(2) أي: و أوضح العلامة المجلسي إشكال عدم إقباض الوقف من الموقوف عليهم.

(3) أي: بظهورها في عدم الإقباض، قال صاحب الحدائق قدس سره: «و المعتمد عندي في معنى هذه الرواية ما وقفت عليه في كلام شيخنا المجلسي...» و قال بعد نقل تمام كلامه: «و إلا فإنه لا معنى للخبر غير ما ذكره، فإنه هو الذي ينطبق عليه سياقه. و يؤيده- زيادة على ما ذكره- أن البيع في الخبر إنما وقع من الواقف، و هو ظاهر في بقاء الوقف في يده» (2).

(4) لقوله بعد كلام العلامة المجلسي قدس سره: «و لنعم ما قاله» لكنه قدس سره تنظر في دلالة المكاتبه- على عدم الإقباض- بما سيأتي من مناقشة المصنف قدس سره، و عوّل في آخر كلامه على العمل بالمكاتبه من جهة اعتضادها بفهم الطائفة و الشهرة و الاجتماعات المحكية، فراجع (3).

(5) و هو العلامة المولى المجلسي قدس سره، أفاده في شرحه على تهذيب الأحكام

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 392

(2) الحدائق الناظرة، ج 18، ص 442 و 443

(3) رياض المسائل، ج 10، ص 175-176

ص: 182

بالبال أنه يمكن حمل الخبر (1) على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم، ولم يدفعها إليهم. و حاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد، لحصول (2) الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في (3) تلك الضيعة أو في (4) أمر آخر. فهل يدعها موقوفة و يدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد (5)،

لشيخ الطائفة، و كذا في شرحه على الكافي. قال قدس سره: «و الذي يخطر بالبال أنه ... الخ».

(1) التعبير بالحمل من جهة عدم ذكر لفظ «القبض» في شيء من السؤالين، وإن أمكن استفادته من القرائن.

(2) هذا منشأ علم الواقف- قبل الوقف- بحصول الاختلاف بين الموقوف عليهم، و المختلف فيه إما التصدي لشئون الضيعة، كما إذا أطلعوا على أن مالك الضيعة وقفها عليهم و إن لم يدفعها إليهم بعد، فرأى نزاعهم في ذلك، بأن أراد كل منهم أن يكون أمرها بيده، أو أراد أحدهم زراعتها، و توزيع غلتها على الموقوف عليهم، و أراد الآخر إجارتها. و هكذا.

وإما أمر آخر غير القيام بشأن الضيعة، كما إذا كانت بينهم عداوة قديمة، و خاف الواقف- من أمارات الحال- أن تشتد تدريجا، فلم يأمن من إقباضهم إيها، لأداء تلك الخصومة إلى نزاع في الوقف أيضا. فسأل مالك الضيعة عن أفضل الفردين، هل هو البقاء على الوقف و تسليم الضيعة؟ أم بيعها و توزيع الثمن عليهم.

(3) متعلق ب «الاختلاف» و هذا أحد موردي إختلاف أهل الوقف.

(4) هذا إشارة إلى ثاني موردي الاختلاف، و تقدم بقولنا: «و إما أمر آخر غير القيام بشأن الضيعة».

(5) من جهة عدم تسليم الموقوفة للموقوف عليهم.



و يدفع إليهم ثمنها؟ (1) [1] أيهما أفضل؟» انتهى موضع الحاجة «1».

و الإنصاف: أنه توجيه حسن (2) [2]

---

(1) إحسانا لمن أراد المالك وقف ضيعته عليهم، إذ السؤال عن الفضل لا عمّا يجب على مالك الضيعة.

(2) فإنّ المكاتبه وإن صارت أجنبية عن الصور الأربع المذكورة، لفرض عدم تمامية الوقف في مورد السؤال، ولكن تسلّم بهذا التوجيه من السؤال عن أنه كيف جاز بيع الحصص غير المقبوضة، مع أن المتسالم عليه اعتبار القبض في الوقف؟

و قد يؤيد هذا الحمل بما في الحقائق من: أن البائع هو الواقف، و لو تمّ الوقف كان أجنبيا عنه و لم يجز له البيع.

و قال صاحب المقابس: «و من أعظم ما يدلّ عليه- أي على عدم تحقق القبض- وإن غفل عنه و لم يستند إليه: أنّ خمس الموقوف جعل للإمام عليه السلام بطريق

---

[1] لا وجه لدفع الثمن حينئذ إليهم بل الثمن ملك الواقف، إذ القبض إمّا شرط الصحة و إمّا شرط اللزوم. و على التقديرين يكون الرجوع مبطلا للوقف و موجبا لرجوعه إلى ملك الواقف، فيكون الثمن حينئذ ملكا لنفس الواقف لا للموقوف عليهم حتى يدفعه إليهم. فالحمل على ما قبل القبض بعيد غايته.

إلا أن يراد السؤال عن الأفضل، لا عن الواجب المتعيّن، هذا.

[2] لكن الإنصاف أنه لا داعي- مع فرض نقصان الوقف و عدم تماميته بعدم تحقق القبض- إلى تعليق جواز البيع بالاختلاف و أمثليته، بل لا وجه لهذا التعليق، ضرورة عدم إناطة جواز البيع به في صورة عدم تمامية الوقف كما لا يخفى.

---

(1) ملاذ الأختيار، ج 14، ص 400؛ و نحوه في مرآة العقول، ج 23، ص 61

ص: 184

الإشاعة، و كان الواقف ينتظر أمره عليه السّلام في حصته حتى يبيعها أو يقوّمها على نفسه أو يدعها موقوفة. و من هذا حاله كيف يسلم الضيعة إلى الموقوف عليهم قبل أن يأتيه أمره؟ فعدم حصوله - أي حصول القبض - كالمقطوع به. و هو ظاهر لا مربة فيه، و لا شبهة تعتريه «...» (1).

(1) غرضه المناقشة في حمل المكاتبه على عدم حصول القبض، و هي مبتنية على مقدمتين:

الأولى: أن أمره عليه السّلام في صدر المكاتبه ببيع حصته من الوقف، و بيع سائر الحصص في الذيل - عند إختلاف أربابه - مبني على سؤال ابن مهزيار و ناظر إليه.

و المفروض أن السؤال صالح في نفسه لأن يراد منه استعلام حكم الضيعة مطلقا سواء أ كان قبل دفعها إلى الموقوف عليهم أو إلى وكيلهم، أم بعده. و ليس فيه قرينة على عدم تحقق القبض ليختص الجواب بحكم هذه الحالة.

الثانية: أن الإمام الجواد عليه السّلام لم يستفصل من السائل أن الموقوف عليهم تسلموا الضيعة أم لا؟ و إنما أمر بالبيع بلا قيد.

و نتيجة المقدمتين انعقاد الإطلاق في جوابه عليه السّلام، و هو حجة. و رفع اليد عنها بحمل السؤال على مورد لم يتحقق فيه القبض طرح لأصالة الإطلاق بلا قرينة على التقييد.

و هذا الإشكال أورده سيّد الرياض على العلامة المجلسي قدّس سرّهما، بقوله: «لعدم صراحتة في عدم القبض، بل و لا ظهوره فيه. و ترك الاستفصال في الجواب عن حصول القبض و عدمه يقتضي عدم الفرق بينهما في الحكم» (2).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 60

(2) رياض المسائل، ج 10، ص 175؛ و حكاها عنه صاحب المقابس بعنوان بعض مشايخنا، مقابس الأنوار، ص 60

في ذلك (1)، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى (2) ترك الاستفصال في الجواب.

كما أنّ (3) عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيرا ما يقتصر - في مقام حكاية وقف مؤبد - على ذكر بعض البطون، فترك الاستفصال عن ذلك (4) يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

والمحصل (5):

(1) أي: في عدم تحقق القبض، وهو كذلك. ثم أنّ هذا إشارة إلى عدم قصور المكاتبه من حيث الدلالة، حيث إنه على تقدير ظهورها في عدم تحقق القبض لا تصلح لإثبات جواز بيع الوقف المؤبد التام باختلاف أربابه.

(2) وهو جواز البيع في الوقف المؤبد.

(3) هذا إشارة إلى ما تقدم بقوله في (ص 181): «مثل عدم ظهورها في المؤبد» من قصور آخر في دلالة المكاتبه.

ملخص القصور: أن عدم ذكر البطن اللاحق يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، فلا تكون المكاتبه دليلا على جواز بيع الوقف المؤبد الذي هو محل البحث.

والمحصل دفعه: أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب الظهور المذكور، إذ الحكاية تكون بالنسبة إلى الجهة المبتلى بها، وهي في المقام إختلاف البطن الموجود.

فعدم ذكر سائر البطون حينئذ لا يدل على كون الوقف منقطعا حتى لا تنطبق الرواية على الوقف المؤبد. وحيث كان ذكر بعض البطون متعارفا في قسمي الوقف، ولم يستفصل عليه السلام عن أن مورد السؤال دائم أو منقطع، انعقد الإطلاق في أمره بالبيع لكلا القسمين، كما انعقد بترك الاستفصال عن حصول القبض وعدمه.

(4) أي: عن كون الوقف منقطعا أو مؤبدا.

(5) هذا حاصل ما تقدم بقوله في (ص 178): «لكن الإنصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية...» ومحصله: أنّ هنا أمرين:

أحدهما: إحراز عمل المشهور بالمكاتبه لجبر ضعف دلالتها على جواز بيع

أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة (1) ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لا تعيين (2) ما انيط به الجواز [1] من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدى الفتنة

---

الوقف المؤبد الذي تمت وقفيته بالقبض والقبول. وهذا ثابت بشهادة مثل الشهيد الثاني قدس سره: «والقول بجواز البيع في الجملة للأكثر، ومستنده صحيحة علي بن مهزيار» [1]. فلا مجال لشبهة إعراض المشهور عن العمل بالمكاتبة.

ثانيهما: إحراز مناط جواز البيع، وهو أمر اختلف المشهور فيه، كما تقدم في الصورة السابعة إلى العاشرة، فلم تتفق فتاواهم على استظهار مسوغ واحد منها، بل اختلفت أفهامهم فيها.

ومقصود المصنف قدس سره: أن المقدار اللازم في مقام التمسك بالمكاتبة هو إحراز استنادهم إليها في جواز بيع الوقف المؤبد التام، وهو حاصل كما مر. وأما استظهار مجوز خاص فغير ثابت، ولكن لا يقدح عدم ثبوته في تحقق الجبر بالعمل.

(1) ووجه الحاجة إلى الجبر هو ضعف دلالتها على جواز بيع المؤبد التام، إما لشبهة انقطاع الوقف، كما ذهب إليه الصدوق و من تبعه. وإما لشبهة عدم تمامية الوقف كما استظهره فخر المحققين وغيره، فلذا احتاج إلى الانجبار بالشهرة كما مر بقولنا: «أحدهما إحراز عمل المشهور...».

(2) معطوف على «المحتاج» يعني: أن تعيين مجوز البيع غير محتاج إلى جبر ضعفه بالعمل، بل يكفي فيه فهم الفقيه واستظهاره من الرواية.

---

[1] لا- يخلو من غموض، إذ ملاك الاحتياج إلى الجبر- وهو ضعف الدلالة بالنسبة إلى مناط الجواز كنفس الجواز- موجود أيضا. فبناء على جبر ضعف الدلالة بالشهرة لا فرق بين كون ضعفها بالنسبة إلى أصل الجواز، وبين كون ضعفها بالنسبة إلى مناطه.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 398

ص: 187

إليه (1)، أو غير ذلك (2) ممّا تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين (3).

نعم (4)، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى، وهي:

(1) من تلف خصوص الوقف، أو مطلق المال، أو المال والنفس.

(2) من إحراز الأداء بالعلم أو الظن، أو كفاية الاحتمال الموهوم.

(3) وهما قوله عليه السّلام في جواب المكاتبه: «وأعلمه أن رأبي إن كان قد علم الاختلاف ... الخ» وقوله عليه السّلام: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف ... الخ».

ففي الفقرة الأولى يحتمل موضوعية مطلق الاختلاف، كما يحتمل موضوعية الاختلاف الخاص.

وفي الفقرة الثانية يحتمل كونه تعليلاً حقيقياً أو مجرد تقريب للحكم، كما تقدم تفصيل ذلك كله.

(4) استدراك على قوله: «لا تعيين» من عدم الاحتياج إلى الاعتضاد بالشهرة في تعيين مناط الجواز. ومحصّله: وجود الحاجة إلى عمل المشهور بالرواية لأجل جبر ضعف دلالتها من جهة أخرى، وهي ظهور تجويز البيع وتوزيع ثمنها على الموقوف عليهم في اختصاصه بالطن الموجود. وهذا مخالف لما تقرّر في الصورة الأولى من اقتضاء بدلية الثمن عن المبيع كونه مشتركاً بين جميع البطون لو كان الوقف مؤبداً. والعمل بهذا الظاهر يتوقف على أحد أمور:

الأوّل: التصرف في مفهوم «المعاوضة» كليتة، بأن يقال بعدم اعتبار قيام العوض مقام المعوّض في جميع ما للمعوّض من خصوصية و إضافة، فينتقل الوقف بالبيع إلى المشتري، ولا ينتقل الثمن إلى المالك، بل إلى خصوص المالك الفعلي، لا الشأني. هذا بناء على اشتراك الجميع في الثمن.

ولكن يمكن إبقاء المعاوضة على معناها المعهود، والالتزام بتكّلف في خصوص بيع الوقف- إن كان لسدّ الفتنة- وهو سقوط حقّ الطبقات المعدومة عن الوقف أنا ما قبل البيع، وصيرورته ملكاً لخصوص الموجودين، فيقع البيع في ملكهم، ومن

أن مقتضى القاعدة (1) - كما عرفت (2) - لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون، و ظاهر (3) الرواية تقريره عليه السلام للسائل في تقسيم ثمن الوقف

المعلوم اقتضاء المعاوضة اختصاص الثمن بالموجودين، لخروج المعوض عن ملكهم خاصة.

الثاني: حمل السؤال على الحبس الذي لا يخرج المحبوس عن ملك الحابس، ونتيجته أجنبية الرواية عما نحن فيه من الوقف المؤبد.

الثالث: حمله على الوقف المؤبد الذي لم يتحقق شرط صحته أو لزومه، وهو إما القبض، وإما صيغة الوقف، وإن وطّن نفسه على إنشاء وقفية الضيعة بعد تلقي جواب الإمام عليه السلام، هذا.

ثم استشهد المصنف قدس سره ببعض ما يؤيد انقطاع الوقف أو عدم تماميته.

و على كلّ فلا بدّ من جبر ضعف الدلالة - من هذه الجهة - بفهم المشهور الوقف المؤبد وإن لم تكن المكاتبة ظاهرة فيه.

(1) يعني: أنّ ضعف الدلالة مبني على القول باشتراك الجميع في الثمن، فلوقيل باختصاصه بالبطن الموجود في جميع المسوّغات لم يكن في المكاتبة ضعف من هذه الجهة.

(2) يعني: في الصورة الاولى، حيث قال: «ومما ذكرنا يظهر أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود...» فراجع «1».

(3) يعني: و الحال أن ظاهر الرواية تقرير الإمام عليه السلام للسائل في اختصاص الثمن بالموجودين، لقول السائل: «فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته» وقرره عليه السلام بقوله: «إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف... فليبع».

و هذا التقرير أحد الوجوه الموجبة لظهور الرواية في الوقف غير التام.

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 627

ص: 189

على الموجودين، فلا بدّ (1): إمّا من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا (2) بتكّلف سقوط حقّ سائر البطون عن الوقف أنا ما قبل البيع، لتقع المعاوضة في مالهم.

و إمّا (3) من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعني الحبس (4) الذي لا إشكال في بقائه على ملك الواقف (5)، أو (6) على الوقف غير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغة الوقف وإن تحقّق التوطين عليه، و تسميته (7) وفقا بهذا الاعتبار.

---

(1) مقصوده علاج ضعف الدلالة، وقوله: «إمّا» إشارة إلى ما تقدم بقولنا:

«الأوّل: التصرف في مفهوم المعاوضة كليتة...».

(2) متعلق ب «رفع اليد» فبناء على هذا التكلف تبقى المعاوضة على معناها الحقيقي. وإن كان من الممكن تبديل «إلا» ب «أو» أو «إمّا» ليكون المعنى: «إمّا برفع اليد... و إمّا بالالتزام بسقوط حق سائر البطون عن الوقف، حفظا لمفهوم المعاوضة الحقيقية».

(3) معطوف على «إمّا» و تقدم توضيحه بقولنا: «الثاني حمل السؤال على الحبس».

(4) يعني: أن المراد ليس هو الوقف المنقطع الذي اختلفوا في خروج الملك فيه عن ملك الواقف و عدمه، بل المقصود من المنقطع هو الحبس.

(5) فيكون تقسيم الثمن على الجماعة تفضلا عليهم و إحسانا لهم، لا لكونه ملكا لهم.

(6) معطوف على «على الوقف المنقطع» و تقدم أنّنا بقولنا: «الثالث».

(7) كأنّه أراد دفع توهم، و هو: أنه لو لم يتم الوقف لم يكف مجرد توطين النفس في صيرورة الضيعة وقفا، لصحة سلب العنوان حقيقة، مع أن الوارد في كلام الإمام و السائل هو «الوقف» فلا بدّ أن يكون قد تمّ الوقف حينئذ، و لا يتجه الحمل الأخير.

و يؤيده (1): تصدّي الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل (2) على كونه ناظرا، أو يقال (3): إنّه أجنبي استأذن الإمام عليه السّلام في بيعه حسبة.

بل يمكن (4) أن يكون قد فهم الإمام عليه السّلام من جعل السائل قسمة الثمن بين

---

فدفعه المصنف قدّس سرّه بأنّه لا مانع من تسميته وقفا باعتبار ما يؤول إليه، فإنّ التوطن يستتبع التلفظ بالصيغة.

(1) هذا ثاني الوجوه الموجبة لظهور الرواية في الوقف غير التام، يعني: ويؤيد حمل السؤال على الوقف غير التام تصدّي الواقف للبيع، إذ لو تمّ الوقف و جاز بيعه لبعض المسوّغات جاز للموقوف عليه، لا للواقف المفروض كونه أجنبيا عن الموقوفة.

و تقدم في (ص 182) أن صاحب الحدائق قدّس سرّه أيد بهذا المطلب كلام العلامة المجلسي قدّس سرّه.

و التعبير بالتأييد- دون الدلالة- لأعمية هذا التصدي من بقاء الضيعة على ملكه، و لذا أورد عليه صاحب المقابس قدّس سرّه بما في المتن من احتمال اشتراط النظارة و التولية لنفسه، فجاز له البيع و إن لم يكن مالكا.

أو كون الواقف أجنبيا لكن استأذن من الإمام عليه السّلام بيع الوقف قربة إليه تعالى لئلا يؤدي بقاؤه إلى الفتنة، فأمره عليه السّلام به. و لو باع بدون الاستيذان كان فضوليا غير نافذ كما هو واضح.

(2) قال في المقابس: «فيمكن دفعه- أي دفع التأييد- باحتمال كون متولّي الوقف هو الواقف في حياته كما يتفق كثيرا» «1».

(3) معطوف على «يحمل» و الاستيذان منه منوط بعدم متولّ خاص له، و إلا فهو المتصدّي لذلك، و لا يصير من الامور الحسبية.

(4) الظاهر أن الداعي إلى بيانه هو سدّ باب ما يقتضيه ترك الاستفصال من

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 61

ص: 191



الموجودين مفروغا عنها- مع أنّ المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف وبدله- أنّ (1) مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف (2)، لانتقاعه (3)، أو لعدم تمامه.

و يؤيدّه (4): أنّ ظاهر صدره المتضمّن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السّلام

جواز بيع الوقف المؤبّد، إذ المراد بقوله: «بل يمكن ... الخ» أن قاعدة البدلية وإن اقتضت كون الثمن مشتركاً بين جميع البطون، ولكن الإمام عليه السّلام لمّا فهم من مفروغية قسمة الثمن بين البطن الموجود- عند السائل- أن مورد السؤال باق على ملك الواقف، لم يحتج إلى الاستفصال. فترك الاستفصال حينئذ لفهم الإمام عليه السّلام جهة السؤال، فلا يحتاج إلى الاستفصال حتى يقال: إن تركه أمانة على عموم الجواب للوقف المؤبّد، والاحتياج إلى الاستفصال إنما يكون فيما لم يعلم جهة السؤال.

(1) الجملة منصوبة محلاً، لكونها مفعولاً ل «فهم».

(2) لا خصوص المؤبّد، ولا الأعم منه و من المنقطع. و الوجه في عدم احتمال شيء منهما علمه عليه السّلام بجهة السؤال و كون الوقف منقطعاً، أو غير تام.

(3) علة لبقاء الضيعة على ملك الواقف.

(4) هذا ثالث الوجوه الموجبة لظهور الرواية في غير الوقف المؤبّد التام.

وجه التأييد أنّ الواقف جعل خمس الضيعة لشخص الإمام عليه السّلام، و لم يذكر أنّه وقفه عليه عليه السّلام و على أعقابه، و من المعلوم أنّ الوقف على الشخص ليس وقفاً مؤبّداً.

و تقدم في (ص 185) أن صاحب المقابس جعل عدم حصول القبض مقطوعاً به، هذا.

ولكن التعبير بالتأييد دون الدلالة و الظهور لأجل إمكان ردّه، بأن يقال: إن الخمس جعل وقفاً على عنوان الإمام الذي هو كلي، غاية الأمر أنّ مصداقه في كل عصر منحصر في واحد. و بلحاظ انطباق هذا العنوان على الإمام الجواد صلوات الله عليه قال السائل: «و جعل لك في الوقف الخمس».

هو هذا النحو (1) أيضا (2).

إلا أن يصلح (3) هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام،

---

أو غير ذلك ممّا فصلّ الكلام فيه صاحب المقابس قدّس سرّه، فراجعه «1».

(1) أي: كون الوقف منقطعاً أو غير تام من جهة عدم القبض أو القبول.

(2) يعني: كما أن ذيل المكاتبه ظاهر في انقطاع الوقف أو عدم تمامه.

قال المحقق الشوشتری قدّس سرّه في عداد ما يوجّه به المكاتبه: «رابعها: ما ذكره من عدم حصول القبول أو القبض، فلم يكن - أي الوقف - لازماً من طرف الإمام عليه السّلام قطعاً، ولا من طرفه. لكن الرجوع في الوقف بعد التقرب به أمر مرغوب عنه شرعاً مطلقاً. وإذا كان - أي الوقف - على الإمام فالأمر فيه أشدّ، بحيث إنّه يتلو اللازم - أي الوقف اللازم - في الحكم...» «2».

وقد تحصّل إلى الآن وجود الخلل في دلالة المكاتبه، من جهة شبهة انقطاع الوقف أو عدم تماميته. ومع عدم ظهورها في المؤبد يشكل الاستناد إليها في تخصيص عموم النهي عن شراء الوقف.

(3) غرضه إصلاح الخلل و جبر ضعف الدلالة بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، لانحصار مستندهم - في تجويز البيع في الصور الأربع المتقدمة - في المكاتبه، و يقال: إنّ و هن ظهورها يرتفع بعمل المشهور بها في جواز بيع الوقف المؤبد بعروض الفتنة و الاختلاف.

و بالنسبة إلى ظهورها في اختصاص الثمن بالموجودين: إمّا أن نلتزم بسقوط حق المعدومين آناً ما قبل البيع، وإمّا أن نمنع تقرير الإمام عليه السّلام لجواز توزيع الثمن على الموجودين خاصة.

و تقريب المنع هو: أن دفع الثمن إلى الموقوف عليهم ورد في السؤال، لا في

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 52 و 53

(2) المصدر، ص 54

و يقال (1): إنّه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصّصاً لقاعدة المنع عن بيع الوقف، و موجبا لتكلف (2) الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو (3) نمنع تقرير الإمام عليه السّلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات (4) في مناط جواز البيع، وقد عرفت (5) الأظهر منها.

الجواب، و من المعلوم أنّ العبرة بكلام المعصوم عليه السّلام و تقريره، و هو صلوات الله عليه و إن جوّز البيع، لكنه لم يتعرض لحكم الثمن، فيحتمل أنّه قرّر السائل في التوزيع على الموجودين. و يحتمل أنّه بيّن حكم البيع من دون نظر إلى ما يفعل بالثمن. و مع هذا الاحتمال يرتفع المحذور المتقدم أعني به ظهور الخبر في اختصاص الثمن بالموجودين.

(1) معطوف على «يصلح» و مفسّر له.

(2) التعبير بالتكلف لأجل أن الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين مخالف لمفهوم المبادلة.

(3) معطوف على قوله: «و يقال»، يعني: يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، و نمنع تقرير الإمام عليه السّلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين حتى يكون مخالفاً لمفهوم المبادلة. و عليه فيتعين استفادة حكم الثمن من دليل آخر، و لو كان ما يقتضيه حقيقة المعاوضة من اشتراك الكلّ فيه.

و المتحصّل إلى هنا: انجبار ضعف ظهور المكاتبة- في الوقف المؤبد- بعمل المشهور بها، و يبقى تعيين مفادها في بعض الصور المتقدمة.

(4) أي: محتملات المكاتبة، حيث قال في (ص 174): «و الحاصل: أن جميع الفتاوى في جواز بيع الوقف ... مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتبة المذكورة».

(5) حيث قال في (ص 175): «و الأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز باختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس ...».

لكن في النفس شيء (1) من الجزم بظهوره (2). فلو اقتصر (3) على المتيقن من بين المحتملات- وهو الاختلاف المؤدي علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف، ونفوس الموقوف عليهم- كان (4) أولى.

و الفرق (5) بين هذا القسم والقسم الأول من الصورة السابعة الذي جؤزنا

---

(1) وهو أن كلمة «ربما» تستعمل في الاحتمال والعلم والظن، واستعمالها في الجميع شائع، ولم تثبت أظهرته في الاحتمال حتى يكون الكلام ظاهرا فيه، فيصير الكلام مجملا. ولا بد حينئذ من الأخذ بالمتيقن، وهو العلم والظن، بل العلم فقط، إلا أن يثبت إجماع عليه.

(2) أي: بظهور الخبر في ما جعلناه سابقا أظهر محتملاته، فهذا تأمل في حسابان أظهرية الخبر في شموله للاحتمال الموهوم بأداء بقاء الوقف إلى الخراب، حيث قال هناك: «ولا خصوص المؤدي علما أو ظنا».

(3) هذا نتيجة الدغدغة في ما استظهره سابقا من المكاتبة. ومقصوده الاقتصار على المتيقن المستفاد منها وهو العلم أو الظن بأداء الاختلاف إلى تلف خصوص الوقف و خصوص أهله، فلا- عبء بالاحتمال، ولا بغير الاختلاف من موجبات الخراب والتلف، ولا بتلف غير الوقف وغير الموقوف عليهم.

(4) جواب قوله: «فلو اقتصر».

(5) غرضه بيان الفرق بين ما ركن إليه أخيرا بقوله: «وهو الاختلاف المؤدي...» وبين تجويزه البيع في أول قسمي الصورة السابعة.

ومحصل الفرق: أن المناط في القسم الأول هو الخراب المسقط لمنفعة الوقف رأسا. ولكن المناط المستفاد من المكاتبة- بقريئة مورد السؤال وهو الضيعة- تلف المال، سواء صدق عليه تلف الوقف أم لا، لوضوح عدم استلزام تلف الضيعة انعدام تمام منافعها، فلو لم تصلح للزراعة- بسبب غور مائها مثلا- أمكن الانتفاع بها بإيجارها لأمر آخر.

فيه البيع: أن المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأساً (1).

و المناط (2) هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإن (3) الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف.

وليس المراد من التلف في الرواية [1] تلف الوقف رأساً حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا (4) ما هو الغالب في تلف الضيعة (5) التي

---

فلو كانت عوائد الضيعة العامرة ألف دينار سنة، وأدى إختلاف أربابها إلى نقص العوائد بمقدار خمسمائة دينار، صدق «أداء الإختلاف إلى تلف المال» لكون ما يعود منها مالا كنفس الضيعة، وإن لم يصدق عنوان تلف الوقف بقول مطلق. والعبرة في المكاتبه بتلف المال، لا بتلف الوقف حتى يختص مدلولها بالقسم الأول من الصورة السابعة.

(1) لأنه جعل عنوان القسم الأول: تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفاً.

(2) معطوف على «المناط» والمشار إليه بقوله هنا: «ما استقرّ عليه رأيه أخيراً، حيث قال: «فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات ... كان أولى».

(3) تعليل لوجه العدول عن تجويز البيع في خصوص أول قسمي الصورة السابعة، وتقدم توضيحه آنفاً.

(4) المشار إليه هو تلف الوقف رأساً.

(5) نعم، قد يكون تلف غير الضيعة- كالدار والحمام والدكان الموقوفة-

---

[1] هذا صحيح إن لم يكن المراد بتلف المال تلف العين الموقوفة، وإلا فظاهر التلف المطلق هو تلف الوقف رأساً، فيتحد مع القسم الأول من الصورة السابعة، وإن لم يكن المراد بتلف المال تلف العين الموقوفة بل أعم منها ومن منافعها، كان أعمّ مطلقاً من القسم الأول.

هي مورد الرواية (1)، فإنّ تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها (2).

ثمّ إنّ (3) الظاهر من بعض (4) العبار المتقدمة- بل المحكي عن الأكثر (5)- أنّ الثمن في هذا البيع (6) للبطن الموجود. إلا أنّ ظاهر كلام جماعة (7)

---

بمعنى سقوطها عن الفائدة رأسا، كما تقدم في الصورة الثانية و الثالثة.

(1) ولا بد من أن يراد بتلف الضيعة قلة عوائدها لا الخراب بالمرّة، لأنّ موردية الضيعة للسؤال توجب نصوصية جواز البيع فيها.

(2) يعني: وليس تلفها بسقوطها عن المنفعة رأسا.

(3) غرضه من هذه العبارة إلى آخر البحث تحقيق جهة اخرى مما يتعلق بالمكاتبة، وهي تعيين حكم الثمن من حيث اختصاصه بالموجودين حال البيع، أو شركة الجميع فيه، وتوجيه كلام المحقق الثاني قدّس سرّه و من تبعه بوجهين كما سيأتي.

(4) كقول الشيخ المفيد قدّس سرّه: «فلهم حينئذ يبيعه و الانتفاع بثمنه».

(5) لم أقف على من حكاها عن الأ-كثر- بقول مطلق بعد ملاحظة مفتاح الكرامة و المقابس «1» و الجواهر و بعض آخر. و لعلّ مراد الحاكي أن الاختصاص رأي أكثر القدماء، و هو لا يخلو من وجه، فإنّ السيدين ادّعىا الإجماع على ذلك، و نقله السيد العاملي عن المفيد و أبي يعلى، و الشيخ في النهاية و المبسوط، و القاضي في المهذب «2».

(6) أي: بيع الوقف لدفع الخلف بين الموقوف عليهم، في قبال بيعه لأجل الخراب الفعلي كما تقدم في الصورة الاولى، فلقتال أن يقول بوجوب التبديل هناك دون ما نحن فيه.

(7) و هم العلامة- في التذكرة و المختلف- و أكثر من تأخّر عنه كالفاضل

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 66

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 254، و ج 9، ص 88

- بل صريح بعضهم كجامع المقاصد (1) - هو: أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف، تحصيلا (2) لمطلوب الواقف بحسب الإمكان.

و هذا (3) منه قدس سرّه مبني على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة

---

السيوري و ابن فهد و الشهيد الثاني و الفيض الكاشاني و غيرهم، كما حكاه عنهم السيد العاملي قدس سرّه (2).

(2) تعليل لوجوب شراء البديل.

(3) أي: وجوب شراء بده إن أمكن، و غرضه توجيه فتوى المحقق الثاني بعدم اختصاص الثمن بالبطن الموجود. و توضيحه: أنه قدس سرّه استدلل بمكاتبة ابن مهزيار على جواز البيع إذا حصل خلف بين أربابه، كما أنه استدلل برواية جعفر بن حيّان على جوازه إن لحقت حاجة شديدة بالموقوف عليهم. و حكمه بوجوب شراء البديل في الأوّل يمكن توجيهه بوجهين:

إمّا منع ظهور جواب الإمام عليه السّلام - في المكاتبة - في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين خاصة، بأن يكون الجواب ناظرا إلى أصل جواز البيع في مورد الاختلاف.

و إمّا منع العمل بهذا الظهور بعد تسليمه، و وجه المنع معارضته بما هو أقوى منه من اقتضاء المعاوضة و المبادلة قيام الثمن مقام المثل في ما كان له من اختصاص و إضافة، و حيث إنّ المثل ملك فعلي للموجودين، و شأني لللاحقين، كان الثمن مثله، و لا يختص بالطبقة الحاضرة حال البيع. هذا مبني نظر المحقق الثاني قدس سرّه.

لكن لا يتم شيء منهما. أمّا الثاني فلمنافاته لقوله باختصاص الثمن بالموجودين لوبيح الوقف للحاجة الشديدة. و وجه المنافاة: أن الدليل على اختصاص

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 97، و تقدم كلامه في الأقوال، فراجع ج 6، ص 569

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 254 و ج 9، ص 88

الثلث على الموجودين، أو على (1) منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البذل كالمبدل.

لكن الوجه الثاني (2) ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة، تسمى كما برواية جعفر [1]، فيتعين الأول، وهو منع التقرير،

---

الثلث بالبطن الموجود- فيما إذا كان مسوّغ البيع حاجة أرباب الوقف- هو تقرير رواية جعفر بن حيّان المتقدمة، وهذا التقرير بعينه موجود في المقام وهو إختلاف الموقوف عليهم. فالبناء على حجية التقرير هناك بحيث تخصص به عمومات المنع عن بيع الوقف ينافي البناء على عدم حجية التقرير في المكاتبه في صورة خلف أرباب الوقف. فلا وجه للتفكيك في الحجية بين التقريرين، بل لا بدّ من الالتزام بحجتيه في المقامين أو الالتزام بعدمها فيهما، ولا معنى للتفصيل بينهما.

وبالجملة: أن المعاوضة لو اقتضت اشتراك الجميع في البذل كالمبدل، امتنع الحكم بصرف الثلث في حاجة الموجودين، بل اللازم كونه مشتركاً بين الكلّ، فتصريح المحقق الثاني بعدم وجوب شراء البذل في هذا البيع مناف لمفهوم المبادلة.

وأمّا الأول- وهو منع التقرير- فيرده كونه خلاف مقتضى التأمل في المكاتبه، لأنّ الظاهر مطابقة الجواب للسؤال بتمامه، لا لجهة دون اخرى.

وعليه فينبغي جعل البيع للحاجة ولدفع الخلف من باب واحد، وعدم وجوب التبديل في المقامين.

(1) معطوف على «على منع» وإشارة إلى الوجه الثاني المتقدم بقولنا: «وإمّا منع العمل...».

(2) غرضه إبطال الوجه الثاني بالمنافاة، وتقدم توضيحه آنفاً.

---

[1] هذا بناء على تصريحه في كتاب البيع، ولكنه في باب الوقف أوجب شراء البذل في مورد الحاجة أيضاً، لقوله: «وإذا كان المجوّز للبيع حاجة الموقوف عليهم،



لكنه (1) خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

---

(1) أي: لكنّ منع التقرير مخالف لظهور المكاتبة بعد التأمل فيها.

هذا تمام الكلام في الوقف المؤبّد، ويقع الكلام في المنقطع إن شاء الله تعالى.

---

وأمکن شراء ما تكفيهم غلته و يكون وقفا و جب» «1».

---

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 71

ص: 200

وَأَمَّا (1) الْوَقْفُ الْمُنْقَطِعُ، وَهُوَ: مَا إِذَا وَقَفَ عَلَيَّ مِنْ يَنْقَرُضُ - بِنَاءِ عَلَيَّ

(1) مَعْطُوفٌ عَلَيَّ قَوْلُهُ: «أَمَّا الْأَوَّلُ» وَكَانَ الْمُنَاسِبُ التَّعْبِيرَ هُنَا بِ«وَأَمَّا الثَّانِي» ثُمَّ إِنَّ «الْوَقْفَ الْمُنْقَطِعَ» يُطْلَقُ تَارَةً عَلَيَّ مَا إِذَا جَعَلَ الْمَالُ عَلَيَّ مِنْ يَنْقَرُضُ - سِوَاءَ أَنْ كَانَ شَخْصًا مَعَيَّنًا كَزَيْدٍ. أَمْ جَمْعًا مَعَيَّنِينَ كَأَوْلَادِهِ - وَالسَّكُوتُ عَمَّا يَصْنَعُ بِهِ بَعْدَ الْإِنْقِرَاضِ.

وَأُخْرَى عَلَيَّ الْوَقْفِ الْمَقْتَرَنَ بِمُدَّةٍ كَعَشْرِينَ سَنَةً مِثْلًا - إِنْ لَمْ يَرِدْ بِهِ الْحَبْسُ - وَهُوَ مُورَدٌ تَسَالَمَهُمْ عَلَيَّ الْبَطْلَانُ.

قَالَ السَّيِّدُ الْعَامِلِيُّ فِي شَرْحِ قَوْلِ الْعَلَّامَةِ قَدَّسَ سِرَّهُمَا: «أَوْ قَرْنَهُ بِمُدَّةٍ لَمْ يَقَعْ» مَا لَفْظُهُ:

«كَمَا فِي الْغَنِيَّةِ وَالسَّرَائِرِ وَالشَّرَائِعِ، وَكَذَا الْإِسْتَبْصَارِ، وَهُوَ مَعْنَى إِجْمَاعِ الْخِلَافِ وَالْغَنِيَّةِ وَالسَّرَائِرِ وَغَيْرِهَا، إِذْ هُوَ تَفْرِيعٌ عَلَيَّ اشْتِرَاطِ الدَّوَامِ» (1). وَفِي الْجَوَاهِرِ:

«فَلَوْ وَقَفَهُ وَقَرْنَهُ بِمُدَّةٍ بَطَلَ قِطْعًا مَعَ فَرَضِ إِرَادَتِهِ وَقَفَا» (2).

وَبِالْجُمْلَةِ: فَالْمَقْصُودُ بِالْمُنْقَطِعِ الْآخِرُ هُوَ الْمَعْنَى الْأَوَّلُ أَيَّ الْوَقْفِ عَلَيَّ مِنْ يَنْقَرُضُ غَالِبًا. وَالمَعْرُوفُ فِي حِكْمَةِ الصَّحَّةِ، عَلَيَّ خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي مَالِ الْوَقْفِ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، كَمَا سَنَشِيرُ إِلَيْهِ. وَلَمْ يَعْرِفِ الْقَوْلُ بِالْبَطْلَانِ إِلَّا مِنْ بَعْضِ

(1) مَفْتَا حِ الْكِرَامَةِ، ج 9، ص 16

(2) جَوَاهِرُ الْكَلَامِ، ج 28، ص 51

الأصحاب على ما حكاه شيخ الطائفة عنه، حيث قال قدّس سرّه: «فإذا علّقه بما ينقرض، مثل أن يقول: وقفت هذا على أولادي وأولاد أولادي، وسكت على ذلك.

أو وقف على رجل بعينه، أو على جماعة بأعيانهم، وسكت على ذلك، فهل يصحّ ذلك أم لا؟ من أصحابنا من قال: يصحّ. و منهم من قال: لا يصحّ...» (1).

(1) التعبير بالمعروف- دون المجمع عليه- في قبال القول بالبطلان رأسا كما حكي في المبسوط. قال في الجواهر في شرح عبارة المحقق: (وقيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون، وهو أشبه) ما لفظه: «بمعنى أنه يصحّ وقفا، كما هو صريح جماعة، بل في جامع المقاصد نسبتة إلى الشيخين والمختلف والتذكرة وأكثر الأصحاب. بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناء على احتمال إرادة المساواة في الحكم من التصريح بكونه حسبا» (2)، [1].

[1] غرضه قدّس سرّه أن جمعا كثيرا من القائلين بصحة الوقف على من ينقرض عبّروا بكونه حسبا كما نقله السيد العاملي عن صريح جماعة و ظاهر آخرين كابني حمزة وسعيد والمحقق والعلامة وفخر المحققين والشهيد بن فهد والفاضل المقداد والمحقق الثاني وغيرهم. و من يظهر منه كونه وقفا هو الشيخ المفيد وابن إدريس ومحتمل كلام بعض آخر. و عليه لا يكون القول بصحة الوقف المنقطع- بعنوانه لا بعنوان الحبس- معروفا، بل ولا مشهورا.

ولعلّه لهذا اقتصر صاحب الرياض قدّس سرّه على نقل قولين في الوقف على من ينقرض غالبا، أحدهما البطلان، والآخر صحته حسبا لا وقفا، وأن القول بصحته وقفا نادر جدّا غير معروف أصلا (3).

(1) المبسوط، ج 3، ص 292

(2) جواهر الكلام، ج 28، ص 54

(3) رياض المسائل، ج 10، ص 106

---

إلا أن صاحب الجواهر قدّس سرّه ذهب إلى إرادتهم الوقف المنقطع من الحبس، عند من يرى رجوع المال بعد انقراض المسمّين إلى الواقف أو ورثته، بقرينة ما يفهم من أدلتهم، وأن الحبس عقد آخر غير الوقف المنقطع آخره، إذ المقصود منه التسليط على العين لاستيفاء منفعتها لا تملك الرقبة، فلا معنى لإنشاء الوقف ووقوع الحبس.

و استشهد ببعض كلماتهم لذلك، كقول المحقق الثاني قدّس سرّه بعد نقل عبارة التذكرة:

«فعلى هذا تكون بعض أقسام الوقف حبسا، و حينئذ فالنزاع يرجع إلى التسمية فقط»، فراجع «1».

و لا بأس بالإشارة إلى ما استدل به على صحة الوقف المنقطع. و هو وجوه:

فمنها: الأصل، المراد به إما أصالة عدم اشتراط الوقف بالتأييد، إذ مفهومه «تحبب الأصل و تسبيل الثمرة» الصادق عليه كصدقه على المؤبد، فلو اعتبر فيه كان منشؤه اشتراطه شرعا، و هو مشكوك فيه، فينفي بالأصل.

وإما أصالة عدم مانعية الانقطاع بناء على جريان الأصل في شرائط المركبات و أجزائها و موانعها، و كذا في الامور الاعتبارية الإنشائية. و معه لا مجال لأصالة الفساد المقتضية لعدم ترتب الأثر على فاقد الشرط المشكوك الدخل، أو واجد المانع كذلك. و تقدم بعض الكلام فيه في مقدمة ألفاظ العقود «2».

لكن لا تصل النوبة إلى الأصل العملي إلا مع عدم الإطلاق اللفظي و المقامي، في أدلة العقود، و في خصوص الوقف كما سيظهر.

و منها: الأمر بالوفاء بالعقود، و إنما لكون الوقف من العقود لاعتبار القبول فيه مطلقا، و إنما لكون المراد بالعقد في الآية مطلق العهد كما في صحيحة ابن سنان، و الوقف عهد و إن أنشئ بالإيجاب خاصة، فيكون نافذا.

---

(1) جواهر الكلام، ج 28، ص 55؛ جامع المقاصد، ج 9، ص 20

(2) راجع هدى الطالب، ج 2، ص 318-325

---

ومنها: عموم قوله عليه السلام في مكاتبة الصفار: «الوقوف على حسب ما يفقها أهلها» لظهوره في إمضاء الوقف الموقت بكلا تفسيريه الواردين في سؤال المكاتب، وهو قوله: «قال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وقال آخرون:

هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين والذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحدا» (1).

لدلالته على أن المعهود من عنوان «الوقف الموقت» في عرف المكاتب- وهو الصفار- ما يذكر فيه الموقوف عليه، إما مع قرينة التأييد كالوقف على أشخاص أو جهة، ثم تعقيبه بكونه للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، كما هو رأي قوم. وإما بالاختصار على شخص وعقبه ما بقوا، وعدم تعيين مآل الوقف بعد انقراضهم. والأول مؤبد، والثاني منقطع الآخر بحسب مصطلح الفقهاء. ويقابلهما غير الموقت أي ما لم يذكر الموقوف عليه أصلا، وهو باطل.

وبالجملة: فالقرينة الداخلية- وهي قول الصفار: «قال قوم... وقال آخرون»- تشهد بأن المراد بالموقت ليس هو المقتن بمدة وأجل، وإن كان المتبادر منه هو المحدود بزمان، بل المراد التصريح بالموقوف عليهم.

ومنه يظهر متانة ما أفاده شيخ الطائفة قدس سره من تفسير إجمال صحيحة ابن مهزيار بصحيحة الصفار، حيث قال: «و معنى هذا الذي رواه علي بن مهزيار من قوله: كل وقف إلى وقت معلوم واجب، معناه: أنه إذا كان الموقوف عليه مذكورا، لأنه إن لم يذكر في الوقف موقوف عليه بطل الوقف. ولم يرد بالوقت الأجل، وكان هذا تعارفا بينهم. والذي يدل على ذلك ما رواه محمد بن الحسن الصفار...» (2).

---

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 307-308، الباب 7 من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث: 2

(2) تهذيب الأحكام، ج 9، ص 132؛ الإستبصار، ج 4، ص 100

---

لكن قد يشكل هذا التفسير بذكر «الورثة» في كلتا الكليتين في صحيحة ابن مهزيار من قوله: «واجب على الورثة... باطل مردود علي الورثة» مع عدم الدخول في الصحة والبطالان.

ولعله قد يوجّه تارة بما ذهب إليه جمع من المحدثين والفقهاء من إبقاء «الوقت» على ظاهره وهو المدة، وإرادة الحبس من الوقف.

قال العلامة المجلسي الأول قدس سرّه: «اعلم أن ظاهر الجواب: أن الوقف بحسب ما يوقف. فإن كان مؤبداً بأي وجه كان سواء ضمّ الفقراء والمساكين... أو لم يضمّ فهو وقف مؤبد. وإن كان مؤقتاً بأن يكون إلى مدة معلومة أو على شخص معين- والغالب انقراضه- فليس بوقف بالمعنى الأخص، ولكنه حبس صحيح، لا يجوز بيعه ما دام المحبوس عليه حيّاً، وبعده يرجع إلى ورثة الواقف. وهذا معنى قوله عليه السلام:

باطل مردود على الورثة، أي يبطل بعد المدة، لا أنّه باطل عند الصيغة...» (1).

لكن الحمل على الحبس مع تصريحهم بكون الوقف مجازاً فيه منوط بقريضة مفقودة. و مجرد إنشاء الوقف لمن ينقرض لا يصلح قريضة على إرادة الحبس، لتوقفها على المنافاة عرفاً بين مفهوم الوقف و التقييد المزبور حتى يكون التقييد قريضة على إرادة خلاف الظاهر، و المفروض عدم دخل التأيد- بهذا المعنى- في مفهوم الوقف.

و منافاة ظهور صدر مكاتبة ابن مهزيار للإجماع على بطلان الوقف المؤقت بمدة، لا توجب الحمل على الحبس ما لم تنهض قريضة عليه.

و اخرى بما اختاره صاحب الجواهر قدس سرّه بعد إبقاء «الوقف» على معناه المقابل للحبس، من أن الصحة تكون باعتبار بقاء الموقوف عليه الموقت، و الفساد بلحاظ

---

(1) روضة المتقين، ج 11 ص 150، وأفاد نحوه نجله العلامة في ملاذ الأختيار، ج 14، ص 403، وغيرهما، فلاحظ الوسائل، ج 13، ص 308؛ الحدائق الناظرة، ج 22، ص 135؛ رياض المسائل، ج 10، ص 106؛ مفتاح الكرامة، ج 9، ص 16 و 17

---

انقراضه. قال قدس سره: «فني مثل المفروض هو موقت ما دام الموقوف عليه موجودا، وغير موقت إذا انقرضوا، فيثبت له حكم كل منهما من الصحة و الفساد، ضرورة أن قوله عليه السلام في الصحيح الأول: - هو كذلك عندي- تقرير للكليتين المفسرين بالصحيح الآخر- أي صحيح الصفار- الذي هو كالصريح في صحة الوقف بالتفسير الثاني منهما، وهو مفروض مسألتنا» (1) و استشهد على ذلك بما ورد في الذيل من كونه مردودا على الورثة، إذ لو كان باطلا- من أول الأمر لكان مردودا على الواقف الذي لم ينتقل المال عنه حتى يرد عليه مرة اخرى.

و لكن يمكن التأمل فيه بأن ظاهر المكاتبه التفصيل بين الموقت وغير الموقت، بالصحة في الأول و البطلان في الثاني، لا أن الموقت يصح في مدة بقاء الموقوف عليه، و يبطل بعده، حتى يكون إنشاء وقف متصفا بالصحة في زمان حياة الموقوف عليه و بالفساد بانقضائه.

و بعبارة اخرى: أن توصيف «الوقف» بالصحة و الفساد تارة يكون بلحاظ حالات الوقف، بمعنى أنه يحكم على فرد واحد من طبيعي الوقف بالصحة في مدة، و بالبطلان في مدة اخرى.

و اخرى يكون المتصف بهما هو الطبيعي بلحاظ حصصه، فبعضها محكوم بالصحة من أول الأمر، و ما دام عنوان «الوقف» و بعضها محكوم بالبطلان كذلك، لفقد شرط أو اقتران مانع، فلا ينقلب الصحيح باطلا. و الظاهر من الصحيحة هو الثاني، فالموقت صحيح، سواء أ كان الموقوف عليه دائما أم منقرضا، و غير الموقت باطل.

و انتهاء الوقف في المنقطع بانقراض الموقوف عليه لا- يوجب توصيفه بالبطل، إذا البطلان بانتفاء الموقوف عليه نظير انتفاء الوقف بانتفاء الموقوفة في كونه من انتفاء

---

(1) جواهر الكلام، ج 28، ص 56 و 57

(1) اعلم: أن محتملات مآل العين- بعد انقراض الموقوف عليه- ثلاثة، كما في كتب الأصحاب:

أولها: العود إلى الواقف أو ورثته، وهو قول الأكثر كما في المسالك.

ثانيها: الانتقال إلى ورثة الموقوف عليهم، نسب إلى الشيخ المفيد و ابن إدريس قدّس سرّهما.

ثالثها: الصرف في وجه البرّ، نسب إلى السيد أبي المكارم قدّس سرّه.

قال المحقق الثاني قدّس سرّه: «ثم على القول بصحته وقفا، فهل يرجع إلى ورثة

العارض بانتفاء موضوعه، وهو ضروري.

وقوله عليه السلام: «مردود على الورثة» لا- يكون قرينة على إرادة الوقف المنقطع، كما لا- يكون قرينة على إرادة الحبس، فلعلّ ذكره بالخصوص لأمر ما يقتضيه، وإلا فالوقف إن كان صحيحا فقد وجب على الواقف، وإن كان باطلا فقد ردّ إليه.

إلا أنّ إبهام جملة «النفوذ على الورثة والرّد عليهم» لا يقدح في الاستدلال بالمكاتبة على مشروعية الوقف المنقطع و مضية على الواقف، و عدم دلالتها على صحة الحبس كما ورد في كلمات من اشير إليهم، مع تصريح مثل الشهيد الثاني قدّس سرّه بكون الوقف مجازا فيه، و عدم ما يصلح للقرينية عليه.

فلو كان تبادر المدة من «الوقت» مانعا عن إرادة الموقوف عليهم، كان تبادر «الوقف» المصطلح مانعا عن الحمل على الحبس، و ليست قرينية التعارف المستفادة من مكاتبة الصفار أضعف من قرينية انقراض الموقوف عليهم حتى نلتجئ إلى إرادة الحبس.

و المتحصل: وفاء المكاتبة بإثبات صحة الوقف المنقطع، و يقع الكلام في ما أفاده المصنف قدّس سرّه من تعيين المالك له، و جواز بيعه و عدمه.



على ملك الواقف (1)، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم (2).

الواقف أم إلى ورثة الموقوف عليه، أم يصرف في وجوه البرّ؟ أقوال أيضا» (1).

وأمّا الاحتمال الرابع- وهو المذكور أولا- في المتن من بقائه على ملك الواقف- فمبنيّ على كون الوقف المنقطع حسبا حقيقة كما في المسالك وغيره، لبقائه على ملك الحابس.

وأمّا بناء على مفروض الكلام من كون المنقطع كالمؤبد وقفا حقيقة، فيظهر من بعض القول به.

ففي الجواهر: «والمصرّح ببقاء العين هنا- مع ندرته- مدّع أنّ هذا الوقف له حكم الحبس، وإنّما الذي يخالفه- أي يخالف بقاء الموقوفة على ملك الواقف- الوقف المؤبد، دونه أي دون المنقطع» (2).

وقال في المقابس: «كل وقف منقطع يجري عليه حكم الحبس على الأصحّ، فيكون باقيا على ملك الواقف» (3).

وعليه فلا بدّ أن يقال في توجيه بقاء مالكية الواقف: إنّ الوقف إما يوجب زوال ملك الواقف وهو الدائم، وإما يوجب سلب سلطنته الفعلية على التصرف، وإن كان مالكا.

وبالجملة: فالغرض توجيه ما صنعه المصنف قدّس سرّه من تريبع الاحتمالات، وعدم اقتصاره على الثلاثة المعروفة في كلمات الأصحاب.

(1) كما نقله صاحب الجواهر عن بعض، و يظهر من صاحب المقابس أيضا.

(2) كما هو المعروف، لأنّ وزان الوقف المنقطع وزان المؤبد في كونه تمليكا، و صيرورة الواقف أجنبيا عن المال بالمرّة.

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 16، وكذا في مسالك الأفهام، ج 5، ص 356

(2) جواهر الكلام، ج 28، ص 56

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64

ص: 208

و على الثاني (1)، فإنما أن يملكوه ملكا مستقرا (2) بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإما (3) أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإما (4) أن يقال بصيرورته في سبيل الله.

فعلى الأول (5): لا يجوز للموقوف عليهم البيع، لعدم الملك.

و الفارق بينهما أن خروج المال عن الملك في المؤبد دائم، وفي المؤقت ما دامى أي ما دامت حياة الموقوف عليه، و هو منوط بقابلية الملك للتحديد، وعدم اعتبار إرساله.

(1) و هو انتقال المال إلى ملك الموقوف عليه إلى أن ينقضى، وفيه أقوال ثلاثة، تقدّمت آنفا.

(2) لا مؤقتا، فالمراد بالاستقرار هنا عدم عوده إلى الواقف، و عدم صرفه في وجوه البرّ. فصيرورته ملكا مستقرا هو كونه كسائر أموال الموقوف عليه التي تنتقل إلى ورثته بعد انقراضه، كما إذا وقف دارا على ثلاثة بطون من أولاده، فينتقل - بعد انقراض البطن الثالث - إلى ورثتهم، لا إلى خصوص البطن الرابع.

(3) هذا هو الاحتمال الثاني بناء على تملك الموقوف له مدة الوقف، فيكون تملكه مؤقتا لا دائما، فيعود إلى الواقف أو ورثته.

(4) هذا ثالث الاحتمالات، و قد نسب إلى السيد أبي المكارم و العلامة في المختلف.

(5) لا يخفى أن الغرض الأصلي من التعرض للوقف المنقطع هنا - أي في موانع كون الملك طلقا من الوقف و الرهن و نحوهما - هو بيان حكم بيعه جوازا و منعا بالنظر إلى الاحتمالات الأربع المتقدمة.

فبناء على الاحتمال الأول - أعني به بقاء المال على ملك الواقف، و كون ثمرة هذا الوقف تملك الموقوف عليه للمنفعة، كما أن فائدة السكنى مجرد تسليطه عليها - إما أن يكون البائع هو الموقوف عليه، و إما الواقف.

وفي جوازه (1) للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال،

---

فإن كان هو الموقوف عليه لم يصحّ، لانتفاء المقتضي، وهو الملك.

فلو باع، فإن قلنا بصحته من الواقف- كما سيأتي في بعض الصور الأربع- كان بيع الموقوف عليه فضولياً منوطاً بإجازة الواقف، وإن قلنا بعدم جوازه من الواقف بطل رأساً.

وإن كان البائع هو الواقف فقد فصل المصنف قدس سرّه بين صور أربع، فتارة يكون المشتري أجنبياً، والمراد به أن لا يكون له مساس بمنفعة الموقوفة، فليس هو الموقوف عليه، ولا من انتقل حق الموقوف عليه إليه بصلح.

وهذا على نحوين، إذ قد يبيع الواقف، وهو غير مالك للمنفعة أصلاً. وهذا محل البحث في الصورة الأولى. وقد يبيع بعد أن تملك المنفعة مرة أخرى، كأن تصالح عليها مع أرباب الموقوفة، وهذه هي الصورة الرابعة في كلام المصنف.

وأخرى يكون المشتري مستحقاً لمنفعة الموقوفة، وهو على نحوين أيضاً، فقد يكون هو الموقوف عليه، فتتضمّن العين إلى المنفعة، وكونهما معاً ملكاً له. وهذه هي الصورة الثانية.

وقد يكون غير الموقوف عليه، كما إذا تصالح أجنبي مع الموقوف عليه على منفعة الوقف، فانتقلت إليه، فأراد شراء العين من الواقف. وهذه هي الصورة الثالثة.

(1) أي: في جواز البيع. وهذا شروع في حكم الصورة الأولى، والأصحاب بين مستشكل في جواز البيع، ومآله إلى المنع، وبين مصرّح بصحته، وبين متوقف ومتردّد.

وإستشكل المصنف وفاقاً لصاحب المقابس قدس سرّههما «1» في جواز البيع. ومنشأ الإشكال هو الغرر اللازم من الجهل بقدر الانتفاع المستثنى، ويتضح وجهه بالنظر إلى أمرين:

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 65

ص: 210

الأول: أنّ العين الموقوفة على من ينقرض وإن كانت ملكا للواقف حسب الفرض، ولكنها مسلوبة المنفعة، لكونها مستحقة للموقوف عليه مدة حياته. ولما لم يكن أمد استحقاق المنفعة مضبوطا بالأعوام لم يعلم المشتري أن عوض الثمن هل هو المبيع المسلوب منفعته سنة أو مسلوبها عشر سنين؟ فيصدق «البيع الغرري» عليه، لدخول قصر المدة و طولها في مالية المبيع زيادة و نقصا.

و الشاهد على أن الجهل بزمان تسليم المنفعة يوجب غررية البيع ما ذكره في بطلان بيع مسكن المطلقة بالأقراء، لجهالة وقت انتفاع المشتري بذلك المسكن، لدوران زمان عدتها بين ستة وعشرين يوما ولحظتين، و تسعة أشهر، و سنة، و خمسة عشر شهرا «1». فلو باع المالك هذا المسكن فلا بد أن يبيعه مسلوب المنفعة، فإن علم أمد العدة- كما إذا كانت بالأشهر- صحّ البيع، فهو نظير بيع دار مؤجرة سنة. وإن لم يعلم لزم الجهل بوقت تسليم المنفعة- وهي السكنى- للمشتري، فيبطل البيع.

قال المحقق قدّس سرّه: «لو طلقها ثم باع المنزل، فإن كانت معتدة بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومة، فيتحقق الجهالة ... و لو كانت معتدة بالشهور صحّ، لارتفاع الجهالة» «2».

و المقام أولى بالبطلان، لإمكان استثناء البائع- لمسكن المعتدة- أطول مدة يقطع بعدم زيادة العدة عليها، وهي خمسة عشر شهرا، بخلاف ما نحن فيه، إذ لا سبيل للعلم بمدة حياة الموقوف عليه حتى يستثنى الواقف.

الثاني: أنه لا فرق في مانعية الغرر في البيع بين الجهل بذات العوضين و بين الجهل بشأتهما من وصف أو خصوصية كما في المقام، لكون وقت القدرة على تسليم

(1) كما في مفتاح الكرامة، ج 9، ص 141 و جواهر الكلام، ج 28، ص 128، و لاحظ شرائع الإسلام، ج 3، ص 36

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 43

من (1) حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، ولذا (2) منع الأصحاب- كما في الإيضاح- (1) بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء، لجهالة مدّة العدة مع عدم كثرة التفاوت (3).

نعم (4)، المحكي عن جماعة

---

المنفعة للمشتري مجهولا.

والمتحصل من هذين الأمرين: فساد بيع الوقف لو كان المشتري أجنبيا عن الموقوف عليه، ولم يستحق المنفعة.

هذا تقريب المنع. ولعلّ التعبير عنه بالإشكال- دون المنع- للشبهة في إطلاق الغرر المنهي عنه في البيع لمثل الجهل بوقت التسليم مع معلومية ذات المبيع ومنفعتها كما سيأتي تفصيله في (ص 587). وكذا منع قياس المقام ببيع مسكن المطلقة، فراجع المقابس والجواهر وغيرهما.

(1) هذا وجه منع البيع، ولم يذكر المصنف قدس سرّه وجها للجواز، فيظهر منه ترجيح المنع.

(2) أي: ولأجل لزوم الغرر من الجهل بزمان التسليم التام منع الأصحاب من بيع المكان الذي تسكنه المطلقة المعتدة بالأقراء. وأمّا المعتدة بالأشهر فلا مانع من البيع، للعلم بأمد عدتها واستثناء تلك المدة، كصحته لو كان المبيع مستأجرا مدّة مضبوطة كسنة مثلا.

(3) إذ التفاوت بين أقصر العدد- وهو ستة وعشرون يوما ولحظتين- وبين أطولها- وهو خمسة عشر شهرا- يكون معلوما ومضبوطا بالأيام والأشهر. بخلاف وقت انقضاء المنفعة بانقراض الموقوف عليه في المقام، فيفسد البيع للغرر.

(4) استدراك على قوله: «إشكال» ورضه الإشارة إلى القول الثاني، وهو

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 409، وحكاها عن الأصحاب في مفتاح الكرامة عن إيضاح النافع، فراجع ج 9، ص 140

ص: 212

ما ذهب إليه جمع في الحبس الذي هو نظير الوقف المنقطع، من: أنّ المالك لو حبس داره لسكنى شخص فيها أي سلّطه على الانتفاع بها مع بقائها على ملكه - سواء قدر السكنى بعمر نفسه، فيقول: «أسكنتك داري مدة حياتي» أو بعمر الساكن، فيقول: «أسكنتكها مدة حياتك» - جاز له بيع الدار، وذلك لوجوه تدل على الجواز من القاعدة و النص الخاص والإجماع.

أمّا الأوّل فهو إطلاق حلّ البيع المقتضي صحته، وانتفاء المانع منه سوى الغرر الناشئ من الجهل بوقت تسليم المنفعة للمشتري، إذ لا سبيل لإحراز مدة استحقاقها للساكن.

ووجه انتفاء الغرر هو أنّ هذه الجمالة غير قاذحة في صحة البيع، إذ الغرر المانع عنها هو ما ينشأ من جهالة العوضين اللّذين هما ركنا المعاملة، أو جهالة أحدهما. وأمّا إذا كان الغرر ناشئاً من جهالة غير العوضين لم يكن مانعاً عن صحة المعاملة كالمقام، فإنّ الغرر ناش عن الجهالة بمدة حياة الموقوف عليهم، و من المعلوم أنّ هذه الجهالة لا تمنع عن صحة البيع، إذ المبيع معلوم لكلّ من المتعاملين، و الغرر إنّما يكون في منفعتها، للجهل بزمان حياة الساكن. و من الواضح أنّ المنفعة ليست طرفاً في المعاوضة.

و هذا نظير شراء البستان المشاهد المعلوم الذي لا يعلم بمقدار عوائده السنوية كما لا يخفى.

وأمّا الثاني فهو معتبرة الحسين بن نعيم عن الإمام الكاظم عليه السّلام حيث سأله أولاً عن حكم حبس الدار على رجل و على عقبه من بعده، فأجابته عليه السّلام بنفوذ و لزومه، و يستحق المحبوس له و ذريته السكنى فيها. ثم سأله ثانياً عن جواز بيعها، فأجابته بجوازه و عدم مانعية الحبس عن صحة البيع، و لا ينتقض عقد السكنى بالبيع،

و لكن لا تدخل منفعة الدار في ملك المشتري حتى ينقضي السكنى بانقراض الساكن وعقبه.

و المستفاد من تجويزه عليه السلام للبيع أنّ جهالة وقت تسليم الدار للمشتري لا تمنع عن الصحة إمّا مطلقاً، أو في خصوص المورد و نظائره كالوقف المنقطع بعد اتحاده حكماً مع الحبس [1]، فلا مانع من بيع الواقف و إن كانت مدة استحقاق الموقوف عليهم مجهولة. و لم يستفصل الإمام عليه السلام عن أن الحابس يريد بيعها من خصوص الساكن، أو من أجنبي، و مقتضى ترك الاستفصال جوازه مطلقاً.

و أمّا الثالث، فهو الإجماع المدعى في كلام الفاضل المقداد.

و النتيجة: أنه يجوز للواقف البيع، و لا يستحق المشتري استيفاء المنفعة إلا بعد انقراض الموقوف عليهم.

(1) قال قدس سرّه: «و لا تبطل - أي السكنى - بالبيع، بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له» (3).

[1] هذا بناء على اتحاد حكم الحبس و المنقطع بإلقاء خصوصية مورد السؤال، و إلا فيقتصر في العمل بالصحيحة على الحبس، و بها يقيد إطلاق النهي عن بيع الغرر في خصوص دار السكنى. و تبقى شبهة سفهية البيع لو فرض سلب منفعة الدار عشرات السنين كما وردت في كلام السيد العاملي وغيره، فراجع «4».

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 427-429، و الحاكي عنهم السيد العاملي و صاحب المقابس، لاحظ:

مفتاح الكرامة، ج 9، ص 140، مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 65

(2) الدروس الشرعية، ج 2، ص 282

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 225 و نحوه في المختصر النافع، ص 159

(4) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 140، آخر الصفحة

وغيرهم (1)- صحة البيع في السكنى الموقته بعمر أحدهما (2)، بل (3) ربما يظهر من محكي التنقيح «1»: الإجماع عليه (4).  
و لعلّه (5) إمّا لمنع الغرر، وإمّا للنّص، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة- في الصحيح (6) أو الحسن (7)- عن الحسين بن نعيم، قال:  
«سألت أبا لحسن عليه السّلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته، ولعقبه من بعده. قال: هي له ولعقبه من بعده، كما شرط.

---

(1) كأصحاب الكفاية و المفاتيح و الرياض على ما حكاها السيد العاملي عنهم قدّس سرّه (2).

(2) أي: الساكن أو المسكن.

(3) إشارة إلى دليل آخر على الصحة، و الوجه في الإضراب ب «بل» واضح، لأنّ المصرّح بأسمائهم لا يتحقق بهم شهرة فضلا عن الاتفاق، فدعوى الفاضل السيوري قدّس سرّه ترقى من فتوى تلك العدة إلى إطباق الكلّ عليه.

(4) أي: على الصحة، فالأولى تأنيث الضمير. وإرجاعه إلى «المحكي» لا يخلو عن سماجة.

(5) أي: ولعلّ الصحة لوجود المقتضي و عدم مانعية الغرر. و جملة «إما ...

و إما» خبر «ولعلّه».

(6) بطريق الصدوق قدّس سرّه، لأنه رواه بسنده عن محمد بن أبي عمير عن الحسين بن نعيم، و الإسناد صحيح، و ابن نعيم الصّحّاف ثقة.

(7) بسند الكليني و شيخ الطائفة عنه، لأنه رواها عن علي بن إبراهيم عن أبيه

---

(1) التنقيح الرائع، ج 2، ص 336، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 9، ص 139

(2) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 140، و لاحظ: كفاية الأحكام، ص 143؛ مفاتيح الشرائع، ج 3، ص 220؛ رياض المسائل، ج 10، ص

191-192

ص: 215



قلت: فإن احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم. قلت: فينقض البيع السكنى؟

قال: لا ينقض البيع السكنى. كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكنى على ما شرط...» الخبر (1).

ومع ذلك (2) فقد توقّف في المسألة العلامة (3)

---

عن ابن أبي عمير. وعده حسنا لمكان إبراهيم بن هاشم. وإن تقرّر- في محلّه- وثاقته.

(1) تتمة الخبر هو: «و كذلك الإجارة. قلت: فإن ردّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النفقة و العمارة فيما استأجر؟ قال: على طيبة النفس، ويرضى المستأجر بذلك لا بأس» (1).

(2) أي: ومع عدم مانعية الغرر- ووجود النص على جواز البيع ودعوى الإجماع عليه- فقد توقّف العلامة وغيره، ومن المعلوم أنّ هذا التوقف يقدر في الإجماع، فليست صحة البيع في السكنى الموقّعة بعمر الساكن أو المالك مسلمة حتى تكون نقضا بما هو مسلم عند الأصحاب، وتكون وجهها لصحة بيع الواقف للوقف المنقطع.

(3) يعني: في بعض كتبه كالقواعد والمختلف وموضع من التذكرة (2)، وإلا فنسبة التوقف إلى العلامة بقول مطلق لا تخلو من شيء، لدلالة قوله في الإرشاد:

«ولا يبطل بالبيع» على الجواز وكذا في موضع من التذكرة، ورجّح في التحرير

---

(1) الكافي، ج 7، ص 38، الحديث: 38؛ من لا يحضره الفقيه، ج 4، ص 251، الحديث: 5595؛ التهذيب، ج 9، ص 141؛ الإستبصار، ج 4، ص 104، الباب 65 (باب السكنى والعمري) الحديث: 4 عنها؛ وسائل الشيعة، ج 13، ص 267، الباب 24 من أبواب أحكام الإجارة، الحديث: 3

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 403؛ مختلف الشيعة، ج 6، ص 336؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 451، السطر 20 و 21 (الحجرية)

وولده (1) و المحقق الثاني (2).

و لو باعه (3) من الموقوف عليه

---

المنع، لقوله: «الأقرب أنه لا يجوز البيع» (1).

و لعلّ المصنف قدّس سرّه اعتمد على حكاية فخر المحققين قدّس سرّه من قوله: «قال والدي دام ظلّه: لا افتي فيها بشي ء» فإنّه موهم لتوقفه في المسألة في جميع كتبه.

(1) قال: «و عندي في هذه المسألة إشكال» (2).

(2) قال بعد نقل وجهي الإشكال: «و للنظر في كلّ من الطرفين مجال» (3).

هذا تمام الكلام في الصورة الاولى، و هي أن يبيع الواقف الوقف المنقطع من أجنبي. و ظاهر المصنف ترجيح المنع.

(3) أي: لو باع الواقف الوقف المنقطع من الموقوف عليه، و هذا إشارة إلى الصورة الثانية المتقدمة في (ص 210). و فيها و جهان بل قولان، أحدهما الجواز، و الآخر المنع.

و استظهر المصنف قدّس سرّه الجواز أولاً، لوجود المقتضى و هو الملك، و فقد المانع، إذ ما يتصور كونه مانعاً هو الغرر، بتقريب: أن منفعة العين تنقسم - باعتبار اختصاصها بالموقوف عليه - إلى قسمين، فقسم منها مملوكة له، و هي مدة حياته، و قسم منها مملوكة للواقف، و هي ما بعد انقراض الموقوف عليه، من جهة تبعيتها لملك العين، و حيث إن مدّة حياة الموقوف عليه مجهولة فلم يعلم مقدار المنفعة التي يملكها المشتري بالبيع، فيبطل.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 140؛ إرشاد الأذهان، ج 1، ص 456. لكن نفى صاحب المقابس ظهور عبارة الإرشاد في جواز البيع فضلاً عن صراحته فيه، و إن نسبه إليه جمع منهم العلامة المجلسي في ملاذ الأخيار، ج 14، ص 424

(2) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 409

(3) جامع المقاصد، ج 9، ص 125

ص: 217

المختصّ بالمنفعة (1) الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الغرر.

ويحتمل العدم (2)، لأنّ معرفة المجموع المرّكب من ملك البائع وحقّ

---

ونفى المصنف قدّس سرّه شبهة الغرر هنا، وجهه: أنّ ما يعتبر العلم به في صحة البيع - وهو العلم بالمبيع ذاتا وصفة- حاصل، والجهل بخصوصية المنفعة وإن كان محقّقا، لكنه غير قادح في صحته، ولذا جوّزوا بيع الشاة ذات اللبن مع الجهل بقدر ما يحلب منها.

وفي المقام لما كانت المنفعة مملوكة للموقوف عليه قبل شراء الرقبة وبعده، لم يقدح الجهل بمدّة حياته - المستتبع للجهل بزمان تملك المنفعة بتبعيتها لملك الرقبة - في صحة البيع. نعم لو كان المشتري أجنبيا غير مستحق للمنفعة كان تملك العين مسلوبة الفائدة مدّة غير مضبوطة موجبا لثبوت الخيار له بين الإمضاء والفسخ - في صورة الجهل - دفعا للضرر.

وهذا القول نقله صاحب المقابس قدّس سرّه عن الفاضل الصيمري حاكيا له عن مشايخه في بيع العين المحبوسة على المحبوس عليه والمعتمّر، واستحسنه. فراجع «1».

(1) هذه الكلمة ظاهرة في أن الموقوف عليه مختص بالمنفعة لا بالانتفاع، ولذا يجوز له تفويضها إلى الغير، كما سيأتي.

(2) أي: عدم الجواز، وهذا ثاني الوجهين، وتقدم تقريب الغرر آنفا، والمقصود سراية الجهالة من المنفعة المملوكة للواقف إلى المبيع، بدعوى كونها موزّعة على الواقف والموقوف عليه، ولم يعلم حصة كل منهما منها، فالعين وإن كانت معلومة، إلا أن مقدارها من المنافع تابعة لها ومنظمة إليها، وحيث إن هذه الضميمة مجهولة المقدار سرى الجهل إلى المبيع من حيث المجموع، فيبطل بيعه.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 65

ص: 218

المشتري لا يوجب معرفة المبيع (1).

وكذا (2) لو باعه مَمَّن (3) انتقل إليه حقّ الموقوف عليه.

نعم (4)، لو انتقل إلى الواقف ثم باع صحَّ جزماً.

وأما (5) مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأجنبي، لأنَّ

---

(1) فيصر مجهولاً فيبطل البيع.

لكن فيه ما تقدم في تقريب عدم الغرر في بيع السكنى الموقته بعمر أحدهما، فإن مقتضاه صحة البيع من الموقوف عليهم وغيرهم، إذ الغرر الناشئ في المنفعة من الجهل بمدة الحياة ليس مانعاً عن البيع، لعدم كونه في شيء من العوضين.

(2) يعني: أن الظاهر جواز البيع كما يحتمل عدمه.

وهذا إشارة إلى الصورة الثالثة، وهي ما إذا انتقل حق الموقوف عليه - بالصلح - إلى أجنبي، فصار هو المستحق للمنفعة، ثم اشترى الموقوفة. والوجه في جواز البيع وجود المقتضي وفقد المانع، كما تقدم في الصورة الثانية.

(3) ليس المراد بمن انتقل إليه الحق البطن اللاحق للموقوف عليه، إذ لو كان كذلك لم يصح التعبير بالانتقال، لأنَّه يتلقى ملك المنفعة من الواقف بمجرد انقضاء من قبله.

(4) ظاهره الاستدراك على قوله: «فالظاهر جوازه» يعني: أن احتمال منع البيع المتطرق في الصورة الثانية والثالثة لا مجال لها في الصورة الرابعة، وهي التي ينتقل حق الموقوف عليه إلى الواقف. و منشأ الجزم بالصحة كون المنفعة بتمامها ملكاً له حال البيع، فلا يبقى منشأ لشبهة الغرر من جهة تبعض المنفعة - بين الواقف والموقوف عليه - في فترة من الزمان.

(5) هذا كالأستدراك على قوله: «صحَّ جزماً» و تمهيد للنظر في ما حكاه صاحب المقابس عن الفاضل المقداد قدس سرهما. و توضيحه: أنَّه لَمَّا جزم المصنف قدس سره بصحة بيع الواقف بعد انتقال حق الموقوف عليهم إليه، أتجه السؤال بأنَّ المعترف في صحة بيع

الواقف هل هو الصلح على المنفعة التي هي حق للموقوف عليهم كي ينتقل إليه، فيكون المبيع - عينا و منفعة - مملوكا له، أم أنه يكفي إذن الموقوف عليهم في صحة تصرفات الواقف وإن لم تدخل المنفعة في ملكه؟

اختر شيخنا الأ-عظم الأول، مستدلاً عليه بما حاصله: أن المقصود من بيع الواقف انتقال العين بجميع منافعها إلى المشتري لئلا يلزم الغرر.

لكن إذن الموقوف عليه لهذا البيع مشكل، سواء أكان المأذون فيه بيع العين أو المنفعة. أما الإذن في بيع العين، فلا معنى له، لكونها ملكا للواقف. و أما الرضا بنقل المنافع إلى المشتري فلا- معنى له أيضا، وذلك لأن انتقالها إليه لا بد أن يكون بعقد ناقل لها و هو الإجارة و الصلح المفيد فائدتها، و المفروض عدم تحقق شيء منها.

و معه لا موجب لتملك المشتري بالمنفعة المختصة بالموقوف عليهم، و يكون المنتقل إليه هو العين المسلوقة منفعتها.

نعم، يمكن تصحيح انتقال المنفعة إلى المشتري بأحد وجهين سيأتي بيانهما.

(1) مراده قدس سره من كون المنفعة مالا- للموقوف عليهم هو عدم قبولها للانتقال إلى المشتري بلا عوض، فيتوقف تملكها على نواقل المنفعة. و ليس المراد أن هذه المنفعة الخاصة مال غير قابل للدخول في ملك الغير. و ذلك لأن شأن المال- بما هو مال- ليس عدم الانتقال إلى الغير بلا عوض، فالهبة و الصلح المفيد فائدتها ناقلان للمال، و المفروض عدم تحقق ناقل المنفعة بعد.

(2) يعني: أن المنفعة لا- تنتقل إلى المشتري، لأن البيع تملك العين لا- تملك المنفعة، بل المنفعة تملك في البيع بتبعية العين، و المفروض فقدان قاعدة التبعية هنا، إذ المنفعة ملك لغير مالك العين، فلا تجري فيها قاعدة التبعية. فرضا الموقوف عليهم- لو أثر- يصحح البيع بالنسبة إلى نفس العين، فتنتقل العين مسلوقة بالمنفعة إلى المشتري، و انتقال المنفعة إليه منوط بناقل آخر، و لم يتحقق بعد.

اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط (1) لو (2) صححناه منهم.

(1) هذا أحد الوجهين المصححين لبيع الواقف مع عدم انتقال حق الموقوف عليهم إليه قبله، و محصّله: أن يكون إذن الموقوف عليهم إسقاطا لحق الانتفاع بالموقوفة، لأن لكل ذي حق إسقاط حقه، و مع هذا الإسقاط يخلص المال للموقوف عليه عينا و منفعة، فلا جهل و لا غرر في البين، و يصح بيعه حينئذ، و يكون تمام الثمن له.

و يستفاد قابلية المنفعة المملوكة للإسقاط من صاحب المقابس قدّس سرّه، لقوله:

«فإنّ المنفعة مملوكة للمحبوس عليه قطعا، و يجوز المعاوضة عليها بشرائها. و حينئذ فيجوز إسقاطها قطعا» (1).

و لكن يرده امتناع إسقاط المنفعة، إذ القابل للإسقاط - مع العوض أو بدونه - هو مقولة الحق المقابل للملك، كحق الخيار و الشفعة و التحجير. و أمّا الملك - عينا كان أو منفعة - فنقله إلى الغير يكون بالنواقل الشرعية المعهودة.

فإن كان موجودا خارجا صحّ نقله إلى الغير بالهبة المختصة بتمليك الأعيان.

و إن كان كليّا ذميّا كالديون كان قابلا للإبراء الذي لم يستبعد المصنف قدّس سرّه في أوّل البيع كونه تمليكا.

و إن كان منفعة - كالمقام - انتقلت إلى الغير بالإجارة و الصلح المفيد فائدتها.

و على هذا فلا يكون إذن الموقوف عليهم في البيع إسقاطا للمنفعة المملوكة كما لا يكون تمليكا لها للمشتري، لعدم السبب المملّك من إجارة أو صلح. و نتيجته كون بيع الواقف تمليكا للعين مجرّدا عن المنفعة، و يعود محذور الغرر حينئذ.

(2) يعني: لو صححنا الإسقاط منهم، و غرضه التأمل في المصحح الأوّل.

و تقدم أنفا عدم قابلية المنفعة للإسقاط، و أنّ انتقالها يكون بالناقل المملّك.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 66، و كذا عبّر بالإسقاط في ص 65، فراجع.

أو يكون (1) المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف، ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزعا عليهما (2).

ولعل وجه التأمل: أنّ المنفعة إذا كانت ملكا للموقوف عليهم فإسقاطها إعراض عن ملكيتها، و خروج المال عن الملكية يسبب الإعراض محل الإشكال.

نعم، إذا كان للموقوف عليهم حق الانتفاع بالعين الموقوفة من دون أن يكونوا مالكين للمنفعة فلاسقاط حقهم مجال.

(1) معطوف على «يكون» وهذا ثاني وجهي التصحيح، و حاصله: أن يكون بيع الواقف للموقوفة- مع رضا الموقوف عليهم- معاملة مركبة من تملك العين من قبل نفسه، و تملك المنفعة من طرف الموقوف عليهم، بحيث يكون كلاهما مصب العقد، و تصير المنفعة كالعين معوضا، و يكون الثمن مبدولا بازائهما معا.

و بعبارة اخرى: تكون المنفعة حينئذ في عرض العين في مقام إنشاء المعاملة، و تعلق القصد بتمليك كل منهما.

لكن لما لم يكن في العقود المعاوضية المعهودة ما ينقل به العين و المنفعة معا، كان الإنشاء القابل لنقلهما منحصر في الصلح، فالواقف يصلح على العين- أصالة- ببعض العوض، و على مقدار من المنفعة- وكالة عن الموقوف عليه- ببعضه الآخر.

و هذا الوجه نقله صاحب المقابس و غيره عن الشهيد الثاني قدس سرّه، لقوله:

«و ليس ببعيد جواز الصلح عليها- أي على المنفعة- لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع، و صحته على العين و المنفعة. فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره- أي غير الموقوف عليه- و جؤزناه، جاز له أن يصلح المشتري على تلك المنفعة المستحقة له مدة عمره بمال معلوم، و يصير المشتري حينئذ مالكا للجميع، كما لو كان هو المعمر» «1».

(2) أي: على الواقف و الموقوف عليهم، و تثنية الضمير باعتبار الطرفين،

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 430؛ المقابس، ص 65-66

ولا بدّ أن يكون ذلك على وجه الصلح، لأنّ غيره (1) لا يتضمّن نقل العين والمنفعة كليهما، خصوصا (2) مع جهالة المنفعة [1].

ومما ذكرنا (3) يظهر وجه التأمل فيما حكي عن التنقيح: من «أنّه لو اتّفق

---

لا أشخاص الموقوف عليهم.

(1) أي: غير الصلح لا يتضمّن نقلهما معا، لوضوح كون البيع ناقلا للأعيان، والإجارة للمنافع، وهكذا غيرهما.

(2) يعني: أنّ جهالة المنفعة مانع آخر، فإنّ الإنشاء المتضمن لنقل العين والمنفعة معا بنحو العرضية لا يكون بيعا، لما عرفت من أنّه تمليك للعين.

مضافا إلى: أنّ جهالة المنفعة مانعة عن صحة الإنشاء البيعي. فينحصر التخلص - من جهتي المنع - في الإنشاء بعنوان الصلح.

(3) يعني: و من عدم جواز نقل العين والمنفعة بإنشاء واحد غير الصلح - وعدم كفاية مجرد رضا الموقوف عليهم ببيع العين - يظهر وجه التأمل فيما حكاه صاحب المقابس عن الفاضل المقداد قدّس سرّهما من تجويز بيع الوقف المنقطع عند توافق الواقف والموقوف عليه.

---

[1] قد يورد على هذه الخصوصية بأنّ المحذور أمر واحد، وهو جهالة المنفعة، فلو كانت معلومة أمكن نقل العين ومنافعها بإنشاء واحد، بأن يبيع العين بمنافعها، فيفيد فائدة البيع بالنسبة إلى العين، وفائدة الإجارة بالنسبة إلى المنفعة.

والمانع عن هذا البيع هو الجهل بقدر المنفعة.

والحاصل: أن التعبير ب «خصوصا» ظاهر في تعدد جهة الإشكال، أوّلهما:

فقد العقد الناقل للعين والمنفعة، و ثانيهما: الجهالة، مع أن المحذور هو الجهالة فحسب «1».

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني قدّس سرّه، ج 1، ص 276

ص: 223



قال المحقق الشوشتري: «و أمّا السيوري فجوّز بيع الموقوف عليه إذا اتفق على ذلك مع الواقف أو وارثه، معللاً بأنّه باق على ملك الواقف و وارثه. و الظاهر اعتبر الاتفاق لجواز بيع الموقوف عليه. و أمّا الواقف فلا يتوقف بيعه على إذن الموقوف عليه، إلّا إذا جعل المنافع داخلة- أي منضمة إلى العين- فيتوقّف من هذه الجهة. و قد صرّح هو في السكنى بأنّه إن أسكنه مطلقاً كان بيع المالك رجوعاً. و إن كان موقّناً لم يجز رجوع المالك في المنفعة الموقّنة... بل إن كان المشتري عالماً لزم البيع... و إلّا تخيّر بين الصبر و الفسخ» (1).

و محصل كلام التنقيح في بيع الوقف المنقطع جواز بيع كلّ من الواقف و الموقوف عليه برضا الآخر، لكون الأول مالكا للعين، و الآخر للمنفعة. و استظهر المحقق الشوشتري منه أن مقصوده إناطة جواز بيع الموقوف عليه برضا الواقف. و أما بيع الواقف فلا- يعتبر فيه إذن الموقوف عليه. و استشهد بكلامه في باب السكنى من جواز تصدّي المسكن للبيع و صحته، و إن كان خيارياً في فرض جهل المشتري.

و لا- فرق في منع البيع بين الاحتمالين، و هما: أن يكون مقصوده إناطة بيع الموقوف عليه برضا الواقف، و أن يكون مراده توقف بيع الواقف على إذن الموقوف عليه. و الوجه في عدم الفرق ما تقدم في (ص 211) من أن بيع الموقوفة لا يتكفل نقل المنفعة المملوكة إلى المشتري، و حيث إنه لا ناقل آخر للمنفعة فتبقى في ملك الموقوف عليهم، و يعود محذور الغرر.

نعم، يتجه ما أفاده الفاضل المقداد قدّس سرّه- من جواز البيع- بتسليم أمرين:

أحدهما: أن يكون عقد السكنى مفيداً لإباحة الانتفاع و السلطنة عليه، لا تملك المنفعة. و لعلّه لهذا ذهب الأكثر إلى أنه لا يجوز للسكان إجارة الدار التي

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 65؛ التنقيح الرائع، ج 2، ص 329-330، و لاحظ باب السكنى، ص 336

سواء (1) أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه (2) كلامه المحكيّ عنه في مسألة السّكنى،

جعل له سكنها، إذ لو كان مدلول الإنشاء جعل منفعة الدار- وهي طبيعي السكنى فيها- للسّاكن من دون لحاظ قيامها بشخصه لزم صحة إيجارها.

ثانيهما: أن يكون ثمرة الوقف المنقطع مجرد حق الانتفاع بالعين، فلم ينتقل إليه العين ولا المنفعة.

فإن تمّ الأمران اتجه جواز بيع الموقوفة، لأن رضا الموقوف عليه إسقاط لحقّ انتفاعه، و من المعلوم أن لكل ذي حق إسقاط حقه، فيزول تعلق الموقوف عليه بالوقف، ويجوز للواقف بيعه حينئذ، لصيرورته ملكا خالصا له.

لكنّ في قابلية حق الانتفاع للإسقاط تأملا سيأتي.

(1) يعني: يعني: أن للتأمل في كلام التنقيح مجالا، سواء أكان مقصوده بيع الواقف مع رضا الموقوف عليه، أم بيع الموقوف عليه مع رضا الواقف.

(2) يحتمل في مرجع هذا الضمير و جهان:

الأول: ما أفاده العلامة الشهيدي قدّس سرّه «1» من أنه «تجوز البيع عند اتفاق الواقف و الموقوف عليه. ولعلّ نظره في موضع الدلالة إلى قوله- أي: قول الفاضل المقداد قدّس سرّه: و لو من دون نظر مالك الانتفاع أو المنفعة، حيث إنّه يدل على جواز البيع مع رضا الواقف و الموقوف عليه بطريق أولى».

وجه الأولوية: أنّ جواز البيع مع استقلال مالك العين- و عدم رضا الموقوف عليهم- يدلّ على جوازه مع رضا مالك المنفعة أو الانتفاع بطريق أولى.

وبناء على هذا يكون مقصود المصنف قدّس سرّه من الاستشهاد بعبارة التنقيح تثبيت ما نسبه إليه من جواز البيع، بلا نظر إلى خصوصية كون البائع هو الواقف أو الموقوف عليه.

(1) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 358

ص: 225

حيث (1) أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو (2) من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة.

نعم (3) لو كان للموقوف عليه

---

الثاني: ما يخطر بالبال من أنّ مرجع الضمير «كون البائع هو الموقوف عليه» فكأنّ المصنف ساق كلامه هكذا: «سواء أراد التنقيح بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، وإن كان الظاهر أنه أراد بيع الموقوف عليه. ويدل على هذا الظهور كلامه في باب السكنى». وبناء على هذا الاحتمال يكون المصنف موافقا لصاحب المقابس قدّس سرّه في ما استظهره من عبارة التنقيح.

ولعلّ هذا الاحتمال أنسب بما أفاده الفاضل المقداد قدّس سرّه في شرح قول المحقق:

«ولو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى» من أنّ مفروض الكلام هو بيع المالك لا الساكن، حيث قال: «بخلاف الأوّل- أي كون السكنى مؤقتة بأمد- فإن الساكن ملك منفعة العين بالعقد، ثم المشتري إن كان عالما فلا خيار له، ووجب عليه الصبر، وإلا تخيّر بين الفسخ و الصبر، وهو إجماع...» (1) فإنّ المفهوم من هذا الكلام أنّ من يتوقف بيعه على الرضا هو الساكن لا المسكن. فليكن الأمر كذلك في الوقف المنقطع.

(1) هذا موضع الاستظهار من كلام التنقيح.

(2) يستفاد هذا الإطلاق من عدم تقييد جواز بيع المالك بكونه عن رضا الساكن.

(3) استدراك على قوله: «يظهر وجه التأمل» و غرضه توجيه كلام الفاضل السيوري، و تقدم توضيحه بقولنا: «نعم يتجه ما أفاده الفاضل المقداد...» فلاحظ (ص 224).

---

(1) التنقيح الرائع، ج 2، ص 336

ص: 226

حق الانتفاع (1) من دون تملك للمنفعة- كما في السكنى على قول (2)- صح (3) ما ذكره، لإمكان سقوط الحق بالإسقاط، بخلاف المال (4)، فتأمل (5).

(1) هذا إشارة إلى الأمر الثاني المتقدم بقولنا: «ثانيهما: أن يكون ثمرة الوقف المنقطع ... الخ».

(2) لعل نظره قدس سره إلى ما عزاه صاحب المقابس إلى ظاهر الشيخ والقاضي، بل الأكثر، من أن فائدة عقد السكنى هو ملك الانتفاع بالسكنى ونحوها- لا ملك المنفعة كما اختاره الحلّي، ولذا جوّز للسكان إيجار دار السكنى «1»- فقال في الإيراد على جواز الصلح عليه- كما تقدّم في (ص 222) عن المسالك- ما لفظه: «ولا يخفى أنّه إن كان مالكا للانتفاع بالسكنى ونحوها- لا المنفعة- ففي جواز المعاوضة عليه نظر، لأنّها تختص بالعين والمنافع. نعم يجوز إسقاط الحق ولو بعد أن يبذل له شيء لذلك، كما يجوز إسقاط الخيار والشفعة .... وإن كان مالكا للمنفعة كما هو اختيار الحلّي صح ما ذكره» «2».

(3) جواب الشرط في «لو كان» أي: صح ما ذكره صاحب التنقيح من جواز بيع الوقف المنقطع بالرضا.

(4) المراد به المنفعة، فإنّها كالعين مملوكة، ونقلها إلى الغير بالإجارة والصلح، لا بالإسقاط. فالأولى- كما أفيد- تبديل المال بالملك، إذ لا ريب في صدق «المال» على بعض الحقوق كحق التحجير، ولذا يجوز المصالحة عليه بعوض.

لكن لا يبعد أن يكون المال هو الملك، بناء على ما تقدم في أول البيع من التأمل في صدق المال على الحقوق مطلقا حتى ما يقبل النقل والانتقال «3».

(5) لعله إشارة إلى: إمكان دعوى عدم سقوط حق انتفاع الموقوف عليهم

(1) السرائر، ج 3، ص 169

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 66

(3) راجع هدى الطالب، ج 1، ص 109

ص: 227

وتمام الكلام في هذا المسائل (1) في باب السكنى وحبس إن شاء الله تعالى.

وعلى الثاني (2): فلا يجوز البيع للواقف، لعدم الملك، ولا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم (3).

بالإسقاط، لعدم كون سقوطه بالإسقاط لازماً مساوياً للحق، فيمكن أن يكون حقاً غير قابل للإسقاط كحق الولاية والحضانة. وإن أبيت إلا عن ملازمة الحق للسقوط بالإسقاط فلا مانع من تسميته بالحكم.

وعلى كل حال فلم يثبت سقوطه بالإسقاط لو لم يثبت عدم سقوطه به.

و الشك فيه مجرى استصحاب بقاءه، فلاحظ و تأمل.

(1) مثل: كون أثر السكنى ملك المنفعة، أو ملك الانتفاع، أو التسليط على الانتفاع كما في العارية. و: أن المجعول لو كان حق الانتفاع فهل هو من الحقوق القابلة للإسقاط أم لا؟

و: هل يجوز للمالك المسكن الاستقلال بالبيع، أم يلزم الاستيذان من الساكن؟

هذا تمام الكلام في حكم بيع الوقف المنقطع بناء على القول ببقاءه على ملك الواقف.

(2) معطوف على قوله في (ص 209): «فعلى الأول» والمراد بالثاني هو انتقال المال - بالملك المستقر - إلى الموقوف عليهم.

و حاصل ما أفاده: عدم جواز بيعه، لا للواقف، لانتهاء المقتضي، وهو الملك، و من المعلوم أنه لا بيع إلا في ملك. و لا للموقوف عليه، فإن الوقف وإن كان ملكاً له لكنه ليس طلقاً، وذلك للزوم مراعاة ما أنشأه الواقف كون العين مملوكة للموقوف عليهم إلى زمان الانقراض، ثم انتقالها إلى ورثتهم بالإرث، و صيرورتها ملكاً طلقاً لهم. و لا ريب في منافاة البيع لهذا المنشأ.

(3) يعني: فلا يكون ملكاً طلقاً للموقوف عليهم حتى يجوز بيعه.

هذا بناء على بعض كلمات المصنف في الوقف المؤبد من كون منع البيع من

اعتبارات الواقف الممضأة شرعا.

و أمّا بناء على ما تكرر منه من عدم دخل منع البيع في حقيقة الوقف، بل هو أمر اعتبره الشارع تعبداً، فقد يشكل ما أفاده هنا من لزوم رعاية مجعول الواقف.

(1) معطوف أيضا على قوله: «فعلى الأول» والمراد بالثالث تملك الموقوف عليه مؤقتا ببقائه، وانتقال الوقف بعد الانقراض إلى الواقف.

و محصّل ما أفاده قدّس سرّه: أنه لا يجوز البيع أصلا. أما عدم جوازه للموقوف عليه فلأنه وإن كان مالكا فعلا، إلا أن الواقف اشترط بقاء العين في يده لانتفاعه بها ورجوعها إليه بعد الانقراض.

و لا فرق في منع البيع بين إجازة الواقف له، و عدمه. أما مع عدم الإجازة فواضح. و أمّا معها فلعدم العبرة بها من جهة منافاة الإجازة لما اعتبره في إنشاء الوقف و أمضاه الشارع من كونه أجنبيا عن الموقوفة مدّة حياة الموقوف عليه.

و أما عدم جوازه للواقف فلعدم الملك فعلا، سواء أجاز المالك الفعلي و هو الموقوف عليه أم لا. أما مع عدم الإجازة فواضح، و أمّا مع الإجازة فلعدم سلطنته على بيع المال، فلا يكون أهلا للإجازة، وإن كان مالكا بالفعل، ضرورة كون الملكية الحاصلة بالوقف غير قابلة للانتقال إلى غير الموقوف عليه حتى يتمشى منه إنقاد بيع الواقف.

نعم، بناء على الالتزام بصحة البيع في مسألة «من باع شيئا ثم ملكه»- المتقدمة في بيع الفضول- يمكن القول بصحة بيع الواقف هنا، فإنّه و إن لم يكن مالكا للموقوفة حال حياة الموقوف عليه، فيكون فضوليا، إلا أنه يوصف بالصحة و اللزوم بعد انقراض الموقوف عليه، و انتقال المال إليه، لفرض عدم اشتراط البيع الفضولي بوجود مجيز حال العقد على مال الغير، و كفاية وجوده حال الإجازة.

لمنافاته (1) لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين. كما لا يجوز (2) للواقف غير المالك فعلا وإن أجاز الموقوف عليه، إلا (3) إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال، بناء على أنّ الموقوف عليه الذي هو المالك فعلا ليس له الإجازة، لعدم تسلّطه على النقل (4)، فإذا انقضى الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع (5) [1].

ثمّ إنّه (6)

---

(1) يعني: أن بيع الموقوف عليه ينافي ما اعتبره الواقف من بقاء العين.

(2) أي: لا يجوز البيع، و تقدم وجهه بقولنا: «و أما عدم جوازه للواقف فلعدم ... الخ».

(3) هذا استثناء من عدم جواز البيع للواقف، و تقدم بقولنا: «نعم بناء على الالتزام بصحة البيع في مسألة ... الخ».

(4) أي: لعدم تسلط الموقوف عليه على إجازة البيع و التصرفات الناقلة، بمقتضى إنشاء الواقف.

(5) كما يلزم البيع في سائر موارد «من باع ثم ملك» بناء على القول بالصحة كما إذا باع زيد مال عمرو ثم تملكه منه بالشراء أو بالإرث، فراجع «1».

(6) توضيحه: أنه نسب إلى القاضي ابن البراج قدّس سرّه فتويان:

---

[1] قد يقال: بعدم الجواز هنا و إن جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم مجيز له حال العقد، لعدم أدلة المنع عن بيع الوقف. هذا.

لكنه غير ظاهر، لأنّ أدلة المنع لا تخرج الوقف عن صلاحيته للبيع كالخمر و الخنزير، بل تدل على مانعية الوقف، و لذا يصح البيع بارتقاع هذا المانع.

---

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 242 و ما بعدها

ص: 230

إحداهما: بقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، ورجوعه بعد الانقراض إلى الواقف أو ورثته.

والاخرى: جواز البيع للموقوف عليه في مورد وجود المسوّغ.

وأورد المحقق الشوشتری قدّس سرّه عليه بالتنافي بين الفتويين، لتوقف جواز بيع الموقوف عليه على كونه مالكا للموقوفة، ومع فرض بقائها على ملك الواقف لا سلطنة لغيره على البيع، فكيف جاز للموقوف عليه؟

قال في المقابس: «وقد وافق القاضي على رجوعه بعد انقراض الموقوف عليهم إلى الواقف وورثته، وحكم مع ذلك بصحة بيع الوقف في جملة من الصور المذكورة، وصرّف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم... وهذا عجيب منه، لأنّ الوقف المؤبّد مملوك للموقوف عليه الموجود، وما عداه معدوم، فلجواز البيع حينئذ وجه، لانحصار المالك الموجود في البائع. وأمّا المنقطع فليس ملكا له، والمالك الموجود غيره، فلا وجه لصحة البيع حينئذ. والذي يظهر منهم في مسائل السكنى وتوابعها عدم جواز بيع المحبوس عليه أصلا...» (1).

ومحصل استعجاب صاحب المقابس منه هو: أن الوقف المنقطع يكون كالحبس باقيا على ملك الواقف، كبقاء المحبوس على ملك الحبس. ومع عدم دخوله في ملك الموقوف عليهم لا مقتضي للبيع، فلا معنى لتجويزه.

وذبّ المصنف عن مقالة القاضي قدّس سرّهما باحتمال أن يكون مسلكه في المسألة الأولى - وهي من يملك الوقف المنقطع - مالكية الموقوف عليهم للموقوفة ماداميا ومحدودا بالانقراض، لا مجرد ملكية المنفعة أو الانتفاع كما التزموا به في الحبس.

فالفرق - بنظر ابن البرّاج - بين الوقف المنقطع والحبس هو صيرورة الوقف ملكا لأهله، دون المحبوس الباقي على ملك الحبس.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 64؛ المهذب، ج 2، ص 92



قد اورد (1) على القاضي قدس سره حيث جَوَز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف.

ويمكن دفع التنافي بكونه (2) [1] قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة،

و على هذا فلا يترتب على تجويز البيع للموقوف عليهم محذور، وذلك لوجود المقتضي وهو الملك المؤقت، وفقد المانع، إذ المانع هو الوقفية، والمفروض عدم مانعيتها، لفرض طروء المسوّغ.

نعم قد يشكل هذا الذّب بتوقفه على التزام القاضي قدس سره بأن مالك الوقف المنقطع هو الموقوف عليه لا الواقف، فإن احرز تمّ التوجيه، و إلا لم يتم، ويتجه إيراد صاحب المقابس عليه حينئذ.

(1) الوارد هو التنافي و التهافت بين الفتويين، فلو قيل «اورد بالتنافي» كان أولى، وإن كان حذف ما يعلم بقريئة «دفع التنافي» جائزاً.

و كيف كان فقد تقدم توضيح التنافي بقولنا: «و أورد المحقق الشوشتري قدس سره عليه بالتنافي...».

(2) أي: بكون ابن البراج قدس سره قائلاً بالوجه الثالث الذي هو مورد الكلام فعلاً،

[1] هذا عين الالتزام بالتنافي لا دفع له إن كان القاضي قائلاً بجواز البيع للموقوف عليهم مع بقاء الوقف على ملك الواقف. ولا يندفع هذا التنافي برفع اليد عن المبنى.

نعم يندفع لأجل عدم الموضوع للتنافي. ولعل المراد بيع الموقوف عليهم برضا الواقف. نظير ما ذكره في التنقيح على ما عرفت. وهذا وإن كان خلاف الظاهر، لكنه أولى من توجيه المصنف.

وعليه فإيراد صاحب المقابس مبني على مالكية الواقف، و تنظر المصنف قدس سره فيه مبني على مالكية الموقوف عليه، فلم يردا على مورد واحد، و إلا فكلاهما يمنعان البيع على الأول، و يجوزانه على الثاني، و مثله أشبه بالنزاع اللفظي.

و هو ملك الموقوف عليهم، ثم عوده (1) إلى الواقف. إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول (2) بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك (3) بمراجعة المسألة في كتاب الوقف (4).

و على الرابع (5):

---

و لأجل هذا الاحتمال ناسب التعرض لكلامه و للإيراد عليه في هذا القسم الثالث.

(1) التعبير بالعود إلى الواقف هو منشأ الإيراد و دفعه. أما كونه منشأ الإيراد فلأنّ صاحب المقابس استفاد منه عود منافعها إلى ورثة الواقف، ومعناه عدم انتقال نفس العين، و إنّما خرجت منافعها بالوقف عن ملكه، فيكون كالحبس. و هذا قول الأكثر كما في المسالك. و التعبير بالعود و الرجوع حينئذ مسامحة كما تبه عليها المحقق الثاني قدس سرّه «1» و استحسناها السيد العاملي قدس سرّه «2».

و أما كونه منشأ للدفع فلأنّ المصنف احتمل إرادة رجوع العين و منافعها معاً إلى الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم لينطبق على القسم الثالث، كما تقدم الإشارة إلى الأقوال في (ص 205-206).

(2) أي: القول بتملك الموقوف عليه للعين في الوقف المنقطع، و الظاهر ثبوت هذا القول، و إن لم تكن المسألة صافية من الإشكال.

(3) أي: ثبوت القول بمالكية الموقوف عليه يتضح بالمراجعة إلى كتاب الوقف.

(4) مثل ما في المسالك و الجواهر في شرح «فإذا انقضوا رجع إلى ورثة الواقف» فراجع «3».

(5) معطوف أيضاً على «فعلى الأول» و المراد بالوجه الرابع هو تملك الموقوف عليه، و صرفه في سبيل الخير بعد الانقراض. لا عوده إلى الواقف و لا دخوله في ملك

---

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 20

(2) مفتاح الكرامة، ج 9، ص 21

(3) مسالك الأفهام، ج 5، ص 356؛ جواهر الكلام، ج 28، ص 54-59

ص: 233

ورثة الموقوف عليهم.

وحكم الوقف المنقطع- على هذا- حكم الوقف المؤبد، و الفارق بينهما التصريح في الإنشاء و عدمه، لكون المعهود من صيغة الوقف المؤبد هو «وقفته على كذا، ثم يوضع في سبيل الخير إلى أن يرث ... الأرض و من عليها» و لم يؤخذ هذا القيد في الوقف المنقطع، لكونه حسبا على من ينقرض غالبا. فلو عقبه بذلك كان مؤبدا، كما لوقال: «هذه الدار وقف على فقهاء البلد، ثم هي في وجوه البرّ إلى أن يرث الله الأرض و من عليها».

و حيث كان الوقف المنقطع بناء على الاحتمال الرابع- و هو المنسوب إلى السيد ابن زهرة وغيره- مؤبدا حكما لم يجز بيعه إلا في موارد بيع المؤبد.

هذا ما يتعلق بالقول الرابع. و به تم الكلام في ما يختص بكل واحد من الأقوال و الاحتمالات، و سيأتي بيان الحكم المشترك بينها.

(1) أي: حكم الوقف المنقطع- بناء على الاحتمال الرابع- حكم المؤبد.

[1] يمكن أن يقال: بجواز بيعه بعد انقراض الموقوف عليهم، إذ المفروض أنّ الوقف منقطع الآ-خر، و بانقراض الموقوف عليهم ينتهي أمد الوقف، فيبطل.

و صيرورته بحكم الوقف المؤبد في عدم جواز البيع بدون أحد مسوغاته أول الكلام، لأنّ هذا التأيد لم ينشأ بإنشاء الواقف، بل المنشأ خلافه، فالتأيد محتاج إلى دليل مفقود، و مجرد صيرورته مال الله ليصرف في سبيل الله لا يصلح لإثبات التأيد له، بل غايته عدم جواز تملكه، لا عدم جواز بيعه و صرف ثمنه في الامور البرية. فالعمومات المقتضية لصحة البيع محكمة هنا.

لا يقال: إنّ مقتضى الاستصحاب عدم جواز بيعه.

فإنّه يقال: إنّ الموضوع- و هو الوقفية- قد ارتفع بانقراض الموقوف عليهم، و معه لا وجه للاستصحاب.

ما حكى عنه «1» - لأنه (1) حقيقة وقف مؤبد [1] كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص.

ثم إن ما ذكرنا (2) في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي

---

(1) أي: لأن الوقف المنقطع - المحكوم بصرفه في وجوه البر - وقف مؤبد حقيقة، غايته أنه لم يصرح فيها بالتأيد، ولا بمصرفه بعد انقراض المسمين.

(2) أي: من بيان محتملات من يكون مالكا للوقف المنقطع، و حكم كل واحد منها.

---

فإن قلت: إن هذا في استصحاب الشخص، وأما استصحاب الكلّي فلا بأس به.

قلت: أنه من القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي، وهو التقارني، لأنه يشك في طرؤ المنع عن البيع مقارنة لارتقاعه، فيستصحب المنع، وقد قرر في محله عدم حجية الاستصحاب فيه.

[1] هذا وجه إذا قام دليل على عموم التنزيل، وأن آثار الوقف المؤبد ترتب على الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليهم. وأين هذا الدليل؟ فليس هذا وقفا مؤبدا بإنشاء الواقف، ولا - تعبدا. فمقتضى عمومات صحة البيع جواز بيعه، لأن الشك يرجع إلى ضيق دائرة المخصّص وسعتها، وفي مثله يرجع إلى عموم العام ما لم يتردد مفهوم الخاص بين المتباينين كما حقق في محله.

لا يقال: إن مقتضى عمومات منع بيع الوقف هو عدم جواز البيع هنا.

فإنه يقال: إن الحكم تابع لموضوعه، فإن عدم جواز بيع الوقف منوط ببقاء موضوعه أعني الوقف، وأما إذا خرج عن الوقفية - كما هو المفروض في الوقف المنقطع، حيث إن الوقفية محدودة ببقاء الموقوف عليهم - لم يصح التمسك بالعمومات المانعة عن بيع الوقف.

---

(1) جامع المقاصد، ج 9، ص 70

ص: 235

و غرضه من هذا الكلام التنبيه على بعض ما يفترق فيه الوقف المنقطع عن الدائم، مثل من يجوز له البيع إن كان الموقوف عليه بطونا، كما إذا وقف داره على زيد و أولاده و أحفاده خاصة.

و توضيحه: أنه لو قيل بجواز البيع في بعض الوجوه الأربعة- كما حكى عن القاضي في الوجه الثالث من جوازه للموقوف عليه- فهل يعم الجواز جميع البطون، كصحته في الوقف المؤبد للكُل عند طروء المسوّغ، أم يختص الحكم بالبطن الأخير كأولاد الأولاد في المثال المزبور؟ اختار شيخنا الأعظم قدس سرّه الثاني، و فصل في جواز بيع ما عدا البطن الأخير. فهنا دعويان:

الاولى: اختصاص الجواز في المحتملات المتقدمة بالأخير، و لعل وجهه: أن المانع عن بيع الوقف اجتماع حقه تعالى و حق الواقف و حق الموقوف عليهم، و هذا مختص بالوقف المؤبد، و كذا بما عدا البطن الأخير في المنقطع. و أمّا البطن الأخير فينحصر المانع فيه في الحقيين الأولين، و لا- حق من ناحية الموقوف عليهم، لفرض كونه آخر السلسلة، و عدم وجود مالك شأني حتى يجب مراعاة حقه بإبقاء الوقف مقدّمة للانتفاع. و عليه فلا مانع من بيعه من هذه الجهة.

نعم لو بقي انتقل إلى الوارث، لأدلة الإرث، و لكن لا يلزم حفظ الموضوع، كوضوح عدم كون الانتقال إلى الورثة غرضاً عقدياً للواقف كي يلزم رعايته.

الثانية: أنه إن قلنا بعدم كون الوقف المنقطع ملكاً للموقوف عليه- كما هو الحال في الاحتمال الأول من بقائه على ملك الواقف- لم يجز لشيء من البطون البيع، لعدم مقتضي و هو الملك.

و إن قلنا بتملكهم له، لم يجز للبطون المتقدمة على البطن الأخير البيع من جهة تعلق الحقوق الثلاثة بالعين. فيشترك الوقف المنقطع مع المؤبد في هذا الحكم جوازا و منعاً، فإطلاق النهي في معتبرة ابن راشد شامل للمنقطع، كما أنّ مسوّغات بيع

لا بطن بعده (1) يتلقى (2) الملك من الواقف.

و أما حكم بيع بعض البطون (3) مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع (4) فهو (5) كما تقدم. و أما (6) على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك (7) معه في المنع في الصور التي منعنا، و في الجواز في الصور التي جوّزنا، لاشترك (8) دليل المنع،

---

الوقف كالخراب و خوف الفتنة تجوّز البيع في كلا القسمين.

و يترتب على جواز البيع كون الثمن مشتركاً بين البطن البائع و ما بعده إلى البطن الأخير، كاشترك ثمن الوقف المؤبد إن كان البيع للخراب، فيجب شراء شيء يكون وقفاً، كما تقدم تفصيله في أولى صور بيع الوقف. و إن كان للصرف في الحاجة اختص بالموجودين، على الخلاف في المسألة.

(1) يعني: حتى يلاحظ حق البطن اللاحق الذي له حق في الموقوفة، بل مورد البحث هو الوقف الذي يختص بالبطن الموجود.

(2) صفة ل «بطن بعده» و البطن الذي لا بطن بعده هو البطن الأخير.

(3) يعني: غير البطن الأخير.

(4) بأن يختلف حكم المنقطع و المؤبد، فالمؤبد ملك فعلي لكل طبقة وجدت، و شأني لمن لم يوجد. و المنقطع ملك للواقف و ورثته، و لم ينتقل عنه إلى الموقوف عليهم.

(5) جواب «و أما» و المراد بالموصول عدم جواز البيع، المتقدم في حكم بيع ما عدا البطن الأخير.

(6) معطوف على «فإن قلنا» و عدل له، و الأولى تبديله ب «و إن قلنا».

(7) يعني: فيشترك بيع غير الأخير- في المنقطع- مع المؤبد.

(8) تعليل لقوله: «فيشترك» و حقّ العبارة أن تكون هكذا: «لاشترك دليلي المنع و الجواز» لعدم كون المشترك فيه خصوص المنع عن البيع.

و يتشاركان أيضا (1) في حكم الثمن بعد البيع (2).

---

(1) يعني: كاشتراكهما في البيع منعا و جوازا، و عليه فجهة الاشتراك أمران.

(2) في اختصاص الثمن بالبطن الموجود، أو لزوم شراء عين به لتكون وقفا كالمثمن. هذا بناء على عدم انصراف أدلة منع بيع الوقف و جوازه إلى المؤبد، و إلا فالمتجه جواز البيع بناء على مالكية الموقوف عليهم للموقوفة في المنقطع، و صرف ثمنه في حوائجهم.

هذا تمام الكلام في بيع الوقف، الذي هو من موانع طلقية الملك، و سيأتي الكلام في سائر الموانع إن شاء الله تعالى.

ص: 238

## إشارة

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها (1)،

### بيع أم الولد

(1) يعني: أن الجارية التي صارت أم ولد لسيدها لا تكون ملكاً طلقاً له حتى يصح نقلها إلى الغير، لكونها متشبثة بالحريية، إذا تحقق الاستيلاء بشرائطه المعتبرة، قال المحقق قدس سره: «أم الولد مملوكة، لا تتحرر بموت المولى، بل من نصيب ولدها. لكن لا يجوز للمولى بيعها، ما دام ولدها حياً، إلا في ثمن رقبتها إذا كان ديناً على المولى، ولا وجه لأدائه إلا منها» (1).

ثم إن المصنف قدس سره - بعد ما أشار إلى كون منع بيع أم الولد من المسلمات في الجملة - تعرض في هذه المسألة لمباحث:

الأول: اختصاص المنع بالبيع، أو عمومها لسائر العقود، سواء أكانت ناقلة للملك مع عدم تعقبها بالتحرر، أم معرضة للنقل إلى الغير كالرهن.

الثاني: اشتراط منع بيعها بحياة الولد بعد وفاة السيد. ولو مات الولد و كان له ولد فهل يمنع من بيعها، أم يختص المنع ببقاء نفس الولد الصلبي؟

الثالث: هل تصير الأمة أم ولد ولو بعلوقها بالنطفة؟ أو بمطلق الحمل؟ و



فإنّ ذلك (1) يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكيّ عن مجمع الفائدة (2).

وفي بعض الأخبار دلالة على كونه (3) من المنكرات في صدر الإسلام،

---

يعتبر انفصال الولد بالوضع؟

الرابع: إناطة صدق «أمّ الولد» بكون الحمل في زمان تملك المولى لها، فلا عبرة بالحمل منه قبل ذلك.

الخامس: أن منع بيعها قاعدة كلية مستفادة من النصوص و الإجماع، فالعمومات المقتضية لصحة نقلها مخصّصة. و جواز بيعها في كل موضع منوط بدليل عليه.

السادس: مواضع الاستثناء من عموم منع البيع.

وسياتي التعرض للجميع بتبع المتن.

(1) أي: فإنّ صيرورة الأمة أمّ ولد لسيدّها يوجب منع سيدها عن بيعها، فلا تكون ملكا طلقا.

(2) قال المحقق الأردبيلي قدّس سرّه فيه: «و عدم جواز بيعها ما دام ولدها حيّا- مع إيفاء ثمنها أو القدرة عليه- مما لا خلاف فيه بين المسلمين» «1» فدعوى عدم الخلاف قطعية بنظر المحقق الأردبيلي لا مظنونة، إذ لم يقل «لا خلاف فيه بين المسلمين ظاهرا» كما لا ريب في حكاية عدم الخلاف عنه في مفتاح الكرامة.

وعليه فتبيد المصنف بقوله: «على الظاهر» مبني على اعتقاده. ولعلّه لأجل ما حكى عن الصدوق وابن ميثم شارح النهج من أنّ أمّ الولد كسائر التركة تنتقل إلى الورثة.

(3) أي: كون بيع أمّ الولد من المنكرات.

---

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 169؛ و الحاكي عنه و عن الغنية و الحدائق هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 262

ص: 240

مثل ما روي (1) من قول أمير المؤمنين عليه السّلام لمن سأله عن بيع أمة أرضعت ولده، قال له: «خذ بيدها، وقل: من يشتري أمّ ولدي؟» (1).

وفي حكم البيع (2)

(1) هذا خبر السكوني عن الإمام الصادق عن أبيه عليهما السّلام: «أنّ عليّا عليه السّلام أتاه رجل، فقال: انّ أمّتي أرضعت ولدي، وقد أردت بيعها؟ فقال: خذ بيدها، فقل ...

الخ».

و تقريب الدلالة: أنّ مورد السؤال وإن كان بيع الأمة المرضعة، لا بيع الأمة التي ولدت من سيّدها، إلّا أنّه لا مجال لتوهم تعدّد الموضوع، وذلك لأنّ إطلاق «أمّ الولد» فيه على الأمة المرضعة إمّا لكونها أمّ الولد حقيقة، وإن كان خلاف الظاهر.

و إمّا لثبوت الحكم في الأمّ الرضاعية أيضا. و حينئذ يكون الاستدلال به على الأمّ النسبية بالأولوية. هذا.

و المناقشة في دلالتها على كون بيعها من المنكرات الإسلامية- كما في بعض الحواشي- ضعيفة جدّا، فلاحظ و تأمل.

و كذا يدلّ على إنكار بيعها ما ورد في صحيح عمر بن يزيد الآتي في (ص 299) من قوله: «لم باع أمير المؤمنين عليه السّلام أمّهات الأولاد؟».

المبحث الأوّل: عموم المنع لكل ناقل عن ملك المولى

(2) هذا شروع في المبحث الأوّل، و هو: اختصاص المنع بالبيع، أو عمومته للعقود الأخرى، إمّا لكونها ناقلة كالهبة و الصلح، و إمّا لاستلزامها للنقل كالرهن لو توقّف استيفاء الدين على بيع أمّ الولد. ذهب السيد المجاهد قدّس سرّه إلى الاختصاص، و المصنف قدّس سرّه إلى العموم، مستشهدا بكلمات الفقهاء في مواضع أربعة، كما سيظهر.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 309، الباب 19 من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث: 1

ص: 241

كلّ تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق (1) أو مستلزم (2) للنقل كالرهن، كما يظهر (3) من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد:

منها (4): جعل أمّ الولد ملكا غير طلق،

(1) يعني: أنّ الممنوع منه هو العقد الناقل للأمة إلى ملك الغير مع عدم ترتب عتقها عليه، كما إذا باعها من أجنبي، أو صالحه عليها، أو أقرضها منه، أو وقفها عليه، إذ لو صحّ هذا النقل بقيت على رقيتها ولم تتحرّر.

وأمّا إذا كان النقل إلى الغير مستلزما لتحرّرها فلا مانع منه، كما إذا وهبها لولدها، أو صالحه عليها، فإنّ امتناع تملك العمودين يوجب عتقها بمجرد القبول.

وكذا لو نقلها إلى أجنبي بشرط العتق، إمّا بنحو شرط الفعل، وإمّا بنحو شرط النتيجة على القول بصحته في مثل التحرير. فالعقد الناقل في هذه الموارد صحيح، ولا يندرج في الدليل المانع عن بيع أمّ الولد، بناء على عمومته لجميع نواقل الأعيان.

(2) معطوف على «ناقل» فإنّ الرهن قد ينتهي إلى نقل الوثيقة، كما إذا لم يؤدّ المديون دينه، وقد لا يفضي إلى النقل، بل ينفك الرهن و يبقى على ملك الراهن، كما إذا وفي دينه. ونظير الرهن ما إذا ضمن مولاها ديناً، واشترط كون الأمة مال الضمان.

(3) يعني: يظهر أنّ حكم كل تصرف ناقل أو مستلزم للنقل يكون حكم البيع في المنع.

(4) يعني: من جملة الموارد التي يظهر منها عدم جواز التصرف الناقل أو المستلزم للنقل - في أمّ الولد - وإن لم يكن بيعاً هو عدّ الفقهاء «أمّ الولد» ملكاً غير طلق كالوقف والرهن، اللذين لا يستقلّ المالك بالتصرف فيهما.

و توضيحه: أنّ ملاحظة معنى «الطلق» و مانعية الاستيلاد عنه توجب الجزم بإرادة المنع عن جميع التصرفات الناقلة، وذلك لأنّ «الطلق» عبارة عن تمامية الملك

كالوقف والرهن (1). وقد عرفت (2) أنّ المراد من «الطلاق» تمامية الملك، والاستقلال في التصرف. فلو جاز (3) الصلح عنها وهبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها (4). كما أنّ المجهول (5) الذي يجوز

---

والسلطنة في التصرف، فإذا جاز الصلح عن شيء وهبته مثلاً خرج عن الطلقة بمجرد عدم جواز بعض التصرفات الأخر كالبيع للجهالة أو غيرها.

وبالجملة: فلا يخرج الملك عن الطلق إلا بالمنع عن جميع التصرفات الناقلة، والمفروض أنّ الاستيلاد عدّ من موجبات خروج الملك عن الطلق، فلا بدّ أن يكون مانعاً من جميع التصرفات، لا خصوص البيع.

(1) قال المحقق قدس سرّه: «الثاني - يعني من شرائط البيع - أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف ... ولا بيع أم الولد ... ولا بيع الرهن إلا مع الإذن» (1).

(2) يعني: قبيل بحث بيع الوقف، حيث قال: «و المراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك ...» فراجع (2).

(3) متفرع على كون «الطلاق» بمعنى السلطنة على التصرف، ويقابله «عدم الطلق» وهو - بقول مطلق - لا يصدق إلا بسلب أنحاء التصرفات.

(4) بل يكون عدم طلقيته بلحاظ البيع مثلاً، ولازمه بقاء طلقيته بالنسبة إلى الهبة ونحوها، مع أنّهم عدّوا «أم الولد» غير طلق بقول مطلق من دون تقييد بعقد دون آخر. وعليه فلا بدّ من منع مطلق التصرف الناقل لها.

(5) غرضه إقامة الشاهد على أنّ المناط في عدم الطلقة ليس مجرد منع البيع، بل لا بدّ من المنع عن كل عقد ناقل الملك. فلو كان البيع ممنوعاً شرعاً و جاز نقله بالصلح مثلاً، كان المال طلقاً.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17

(2) هدى الطالب، ج 6، ص 484

الصلح عنه وهبته والإبراء (1) عنه- ولا يجوز (2) بيعه- لا يخرج (3) عن كونه طلقاً.

و توضيحه: أنهم حكموا باعتبار العلم بالعوضين في البيع، فلا يصح بيع المجهول، للغرر المنهي عنه، سواء أكان المال عيناً خارجية، كصبرة من طعام مجهولة الكيل والوزن، فلا يصح بيعها وإن صح هبتها أو الصلح عليها. أم دينا غير منضبط المقدار، فإنه يجوز للدائن الصلح عليه، وإبراء المديون، ولم يجز بيعه من المديون أو من شخص آخر. و مجرد منع بيع المجهول لا يقتضي جعل «المال المجهول» في عداد ما ليس بطلق [1].

وعليه فلا تدور الطلقة مدار خصوص جواز البيع، كما لا يدور عدم الطلقة مدار منع خصوص البيع، بل يتوقف صدق «عدم الطلق» على منع كافة النواقل، فالوقف والرهن وأم الولد لا يقع عليها شيء من التصرفات، لكونها غير طلق.

(1) هذه الكلمة قرينة على أن مراد المصنف بالمال المجهول هو الأعم من العين الشخصية والكلية.

(2) معطوف على «يجوز» و الضمائر البارزة راجعة إلى المجهول.

(3) خبر «أن المجهول» و ضميره راجع إليه، و المراد به المال المجهول.

[1] اورد عليه بعدم تمامية الاستشهاد بمنع بيع المجهول، و ذلك لأنّ الكلام فعلاً في موانع الطلق، الذي هو صفة في المبيع يمنع من استقلال المالك في التصرف فيه، مثل كونه وقفاً أو رهناً، فلو كان المنع لخصوصية في البيع مثل كونه غريباً، أو في المتعاملين كعدم البلوغ، أو في الأسباب، كان أجنبيّاً عما نحن فيه، إلا أن تكون الجهالة قائمة بالعوضين لا بالمتعاملين «1».

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 276

ص: 244

ومنها (1): كلماتهم في رهن أم الولد، فلاحظها.

ومنها (2): كلماتهم في استيلاء المشتري في زمان خيار البائع،

(1) هذا هو المورد الثاني، ولا يخفى أنّ مسألة جواز رهن أم الولد خلافية، كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة والجواهر، وهي غير معنونة بالاستقلال في بعض الكتب كالشرائع، إلا أن ظاهر المتن الإشارة إلى الإجماع المحكي على المنع.

قال العلامة قدّس سرّه: «وفي رهن أم الولد في ثمن رقبتها مع إيسار المولى إشكال، ومع يساره أشكل. و [في] غير الثمن أشد إشكالا» (1).

وقال السيد العاملي - في شرح الفقرة الأولى منه - ما لفظه: «نسب في الإيضاح و حواشي الكتاب للشهيد إلى الأصحاب: المنع من رهن أمّهات الأولاد.

و ظاهرهما الإجماع على ذلك. و لعلّهما فهما ذلك من اشتراطهم في الرهن أن يكون ممّا يجوز بيعه. و هو محلّ تأمل...» فراجع (2).

(2) أي: و من جملة الموارد التي تشهد بمنع مطلق التصرف الناقل للملك هو كلمات الفقهاء في موضعين: أحدهما في خيار الغبن، و الآخر في أحكام مطلق الخيار.

فقالوا في الأوّل: لو باع جارية دون قيمتها السوقية و أولدها المشتري، ثم تبين للبائع غبنه، فرجع إلى المشتري للفسخ، لم ينفذ ذلك بالنسبة إلى العين و انتقل حقّه إلى قيمتها، بمعنى أنّه يرد الثمن المسمّى إلى المشتري، و يأخذ منه قيمة الأمة.

و هذا الحكم شاهد على مانعية الاستيلاء عن تأثير الفسخ في عود كلّ من العوضين إلى صاحبه.

قال المحقق قدّس سرّه: «و لا يسقط ذلك الخيار - أي: خيار الغبن - بالتصرف، إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من ردّه كالاستيلاء في الأمة» (3).

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 110

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 84، و لاحظ: جواهر الكلام، ج 25، ص 139

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 22

ص: 245

و نحوه عبارة القواعد «1».

وقال السيد العاملي في شرحها: «كما صرَّح بجميع ذلك في الشرائع والتحرير والتذكرة وغاية المراد والمهذب البارع والتنقيح وغاية المرام وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والروضة والمسالك. ونقله الشهيد في حواشيه عن شمس الدين.

وفي الروضة والمفاتيح: أنه المشهور...» «2».

وقالوا في الموضوع الثاني- أعني به أحكام مطلق الخيار-: إنَّ المشتري لو باع أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع لم ينفذ إلا بإجازته. و استثنوا الاستخدام، وعدم مانعيته عن الفسخ إلا إذا استولد الأمة.

قال العلامة قدس سرّه: «نعم، له الاستخدام والمنافع والوطء، فإن حبلت فالأقرب الانتقال إلى القيمة مع فسخ البائع» «3» وعقبه السيد العاملي قدس سرّه بقوله: «كما هو خيرة التحرير والإيضاح وجامع المقاصد. وهو قضية كلام السرائر والمختلف، وظاهر كنز الفوائد» «4».

والمتحصل من كلماتهم في الموضوعين: مانعية الاستيلاء عن استرداد العين، وانتقال حق سيدها إلى القيمة. فيعلم منه أنه لا خصوصية في البيع، بل نقل العين غير نافذ وإن كان بفسخ البيع الخياري.

(1) هذا هو الموضوع الأول، وهو خيار الغبن.

(2) في اللمعة وشرحها. قال في اللمعة: «وكذا- أي لا يسقط الخيار- لو تلف العين أو استولد الأمة» ويرجع إلى القيمة كما صرَّح به الشهيد الثاني في الشرح «5».

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 67

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 572

(3) قواعد الأحكام، ج 2، ص 70

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 604

(5) الروضة البهية، ج 3، ص 466 و 470

إلى القيمة، لا امتناع انتقال أم الولد. وكذا في كلام العلامة وولده وجامع المقاصد ذلك (1) أيضا (2) في زمان مطلق الخيار (3).

ومنها (4): كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردًا وقبولًا (5)، فإنها كالصريحة في أن الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

---

ويستفاد من اللمعة أيضا، ولم يتعرض الشهيد لهذا الفرع في خيار الغبن في الدروس «1» ولا صرح بالرجوع إلى القيمة في غاية المراد «2»، نعم صرح به الشهيد الثاني في تعليق الإرشاد والروضة والمسالك «3»، فراجع.

(1) هذا هو الموضوع الثاني. يعني: وكذا المصرح به في كلام العلامة وغيره:

أنّ البائع لو فسخ العقد يرجع إلى القيمة دون العين، لصيرورتها أم ولد، وقد امتنع نقلها عمّن استولدها. ومن المعلوم أنّ التعليل ب«امتناع انتقال أم الولد» يشمل كل ناقل، سواء أكان يبيعا أم غيره.

(2) يعني: كحكمهم بالرجوع إلى القيمة لو كان البائع مغبونا وفسخ.

(3) كما إذا باعها وشرط الخيار لنفسه شهرا، فحملت من المشتري، وفسخ البائع، فلا رجوع إلى العين بل إلى القيمة.

(4) أي: ومن جملة الموارد، وهذا رابعها وأخيرها، مثل ما يأتي في المتن في ما لو جنت على مولاها بما يوجب صحة استرقاقها: «فيجوز له التصرف الناقل فيها، كما هو المحكي في الروضة عن بعض» حيث عبّروا بالتصرف الناقل لا خصوص البيع، فراجع (ص 408).

(5) أي: سواء بنينا على ردّ المستثنيات أم على قبولها، لكونها محلّ النزاع،

---

(1) الدروس الشرعية، ص 275؛ وكذا اقتصر على نقل الأقوال في حكم خيار الشرط من دون ترجيح، فلاحظ، ص 271

(2) غاية المراد، وكذا حاشية الإرشاد، ج 2، ص 99

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 206

ص: 247



و بالجمله (1): فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل. و مع ذلك كله (2)، فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من

---

و المهم عدم الاقتصار على «البيع» لاقتضاء مناسبة الحكم و الموضوع تعميم المنع و الجواز لمطلق الناقل.

(1) هذا ملخص ما أفاده من قوله: «و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك...» إلى هنا، و توطئه للرد على صاحب المناهل.

(2) أي: و مع عدم بقاء شك للمتأمل فقد جزم السيد المجاهد بجواز نقل أم الولد بغير البيع، قال قدس سره: «هل يلحق بالبيع الصلح، فلا يصح للمولى نقل أم الولد- مع وجود ولدها- منه إلى غيره بطريق الصلح، أو لا يلحق، بل لا يجوز النقل بطريق الصلح في جميع الصور؟ ظاهر الدروس الأول. و التحقيق أن يقال: إن كان الصلح فرعا على البيع فلا إشكال في الإلحاق. و إن كان عقدا مستقلا غير فرع- كما هو المختار- فلا يلحق. و أن المعتمد جواز نقلها بكل ناقل عدا البيع، للعمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود، و بالشروط، و على تسلط المالك على ملكه، خرج منها خصوص البيع بالدليل. و لا دليل على خروج غيره، فيبقى مندرجا تحتها. و يؤيد ذلك عدم التنبيه على المنع من غير البيع في الروايات و معظم الفتاوى» (1).

و محصله: جواز تمليك أم الولد للغير بما عدا البيع، لوجود المقتضي، و فقد المانع. أما المقتضي فامور:

أحدها: عموم الأدلة الإيضائية كالأمر بالوفاء بكل عقد إلا ما خرج، و يشك في خروج الصلح على أم الولد و هبتها عنه، و أصالة العموم تنفي التقييد بغيرها.

ثانيها: عموم أدلة الشروط، و ظاهره صدق الشرط- بنظر السيد المجاهد قدس سره- على الالتزام الابتدائي كالهبة و الصلح.

---

(1) المناهل، ص 320، التنبيه السادس

ص: 248

النواقل، للأصول (1)، و خلوّ (2) كلام المعظم عن حكم غير البيع.

وقد عرفت (3) ظهوره (4) من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفة.

ثالثها: إطلاق حديث السلطنة، فإنّ منع الصلح والهبة تحديد لها، مع أنّ إطلاق السلطنة المجعولة شرعا يقتضي جواز كل تصرف خارجي واعتباري في المال، الصادق على أمّ الولد قطعا.

وأما عدم المنع من الشمول، فلاختصاص الدليل المانع عن التصرف بالبيع، فهو الخارج عن العموم المقتضي للصحة، ويبقى غيره من النواقل مندرجا فيه.

(1) يحتمل إرادة الأصل العملي، مثل عدم اشتراط عقدي الصلح والهبة بعدم كون المتصلح عليه والموهوب أمّ ولد. لكن لا مجال لإرادة هذا الأصل هنا، لتصريح السيد المجاهد بالأصل اللفظي، وهو العموم المراد به الشمول، لا خصوص المستند إلى الوضع في قبال ما يستند إلى مقدمات الحكمة.

(2) ظاهر عطفه على «الأصول» كون خلوّ كلمات القوم دليلا آخر، لكن السيد قدّس سرّه جعل اختصاص الفتاوى بمنع البيع مؤيدا لجواز النقل بالصلح والهبة.

(3) هذا إيراد المصنف قدّس سرّه على كلام المناهل، وغرضه منع ما أفاده ثانيا من خلوّ الفتاوى عن حكم غير البيع، وجه المنع ما تقدم من تعبيرهم بالنقل - دون خصوص البيع - في الموارد الأربعة. وهذه الكلمات إن بلغت حدّ الإجماع القطعي صلحت لتخصيص العمومات المقتضية للصحة كما لا يخفى.

واستشهد المصنف - مضافا إلى الموارد الأربعة المتقدمة - بكلام شيخ الطائفة والحلي وياجماع فخر المحققين، ويارسالة إرسال المسلمات في الرياض، وبظهور عبارة المقابس، ثم استظهر كونه ممّا اتفق عليه المسلمون. ومع هذا كيف تتجه دعوى خلوّ كلام المعظم عن حكم غير البيع؟

(4) أي: ظهور ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

و مع ذلك (1) فهو الظاهر من المبسوط و السرائر، حيث قالوا: «إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف (2)»  
(1).

و قد ادّعى (3) في الإيضاح الإجماع صريحا على المنع عن كل ناقل، و أرسله (4) بعضهم- كصاحب الرياض و جماعة- إرسال  
المسلّمات، بل عبارة

---

(1) أي: مضافا إلى ظهور كلمات الفقهاء في عموم الحكم- لغير البيع- يكون ثبوت الحكم لغير البيع ظاهر المبسوط و السرائر، لدلالة  
منطوق الجملة الشرطية على جواز غير البيع لو مات ولدها حال حياة السيّد، فيكون مفهومها ظاهرا في منع البيع و الهبة و سائر التصرفات  
لو لم يمت الولد.

(2) كالصلح عليها و وقفها، و إقراضها بناء على صحة إقراض الجوّاري كما ادّعي عدم الخلاف فيه «(2)».

(3) هذا هو الشاهد الثاني، و حاصله: أنّ اتحاد البيع و الهبة في المنع ليس ممّا انفرد به شيخ الطائفة و الحلّي قدّس سرّهما، بل ادّعى فخر  
المحقّقين الإجماع على المنع عن جميع نواقل الملك من هبة و صلح و غيرهما.

قال قدّس سرّه: «للاستيلاد أحكام: أحدها: إبطال كل تصرف ناقل للملك عنه إلى غيره- غير مستلزم للعتق بذاته- بلا شرط يرتقب،  
إجماعا» «(3)».

(4) هذا هو الشاهد الثالث على تعرض الفقهاء لحكم غير البيع، و منعهم عن مطلق التصرف الناقل للملك. و عبارة الرياض قريبة من كلام  
الإيضاح، لكنها خالية عن دعوى الإجماع «(4)»، كخلوّ كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه عنه «(5)». و عدم الإشارة إلى

---

(1) المبسوط، ج 6، ص 185؛ السرائر، ج 3، ص 21

(2) جواهر الكلام، ج 25، ص 21

(3) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 631

(4) رياض المسائل، ج 13، ص 109

(5) الروضة البهية، ج 6، ص 369

بعضهم (1) ظاهرة في دعوى الاتّفاق (2)، حيث قال: «إنّ الاستيلاء مانع من صحة

خلاف في المسألة ظاهر في كون المنع عن كل تصرف ناقل من مسلّمات الفقه.

و تعبير صاحب الحدائق قدّس سرّه ظاهر في تسالمهم على عدم الفرق في النقل بين المعاوضي وغيره، لقوله: «و الحق بالبيع هنا سائر ما يخرجها عن الملك أيضا كالهبة و الصلح و غيرهما للاشتراك في العلة» (1).

و ادّعى في الجواهر الإجماع بقسميه على منع كل تصرف، فلاحظ (2).

(1) و هو صاحب المقابس قدّس سرّه، و العبارة هكذا: «و إذا تحقق الاستيلاء بشرائطه المعتبرة- سواء وقع في حال الصحة أو المرض- فهو مانع ... الخ».

ثم إن الظهور الذي ادّعه المصنف قدّس سرّه مبني على رجوع قول المقابس: «على خلاف في ذلك» إلى خصوص التصرفات المعرّضة لأتمّ الولد للدخول في ملك الغير كما هو الظاهر، خصوصا بقريظة تصريحه بالإجماع في الجملة على الحكم بعده. و إلا فلورجع قوله: «على خلاف في ذلك» إلى قوله: «فهو مانع من صحة التصرفات الناقلة للأمة» كان صريحا في عدم الاتّفاق.

(2) الظاهر أنّ المراد من الاتّفاق هو إطباق المسلمين- لا خصوص الفرقة المحقة- كما يظهر من المقابس، لقوله بعد العبارة المتقولة في المتن: «و هذا من الموانع التي لا تقبل التدارك، و لا ترتفع برضا الجارية، و لا بموت ولدها بعد التصرف. بل يطرد الحكم في جميع الصور إلا في المواضع المستثناة. و كلّ من الحكمين إجماعي في الجملة بين الأصحاب، و إن خالف العامة في الثاني، فلم يستثنوا شيئا، كما هو المنقول عن المذاهب الأربعة» (3).

و بهذا يتجه الإتيان بكلمة «بل» إذ لو كان غرض المصنف استظهار اتّفاق

(1) الحدائق الناظرة، ج 18، ص 448

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 374

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 69

التصرفات الناقلة (1) من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرّضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك (2)». «.

ثم إن (3) عموم المنع لكل ناقل،

خصوص الإمامية عليه لم يزد كلام المقابس على الإيضاح- المدّعي للإجماع صريحا- ولم يحتج إلى الاضراب ب «بل».

(1) سواء أكانت معاوضية كالبيع و الصلح المعاوضي، أم غير معاوضية كالهبة و الوقف، و القرض إن لم يعدّ من العقود المعاوضية المصطلحة.

(2) أي: في الرهن مما لا يوجب النقل، ولكنه يجعل أمّ الولد عرضة للخروج عن ملك الراهن.

(3) غرضه استظهار إطباق المسلمين على عموم منع نقل أمّ الولد، و عدم اختصاصه بالبيع، فيكون موافقا لما ادعاه صاحب المقابس قدّس سرّه بناء على ظهور «الاتفاق» في الإجماع عند الكلّ. و استند المصنف قدّس سرّه في هذه الدعوى إلى وجوه ثلاثة، اثنان منها طائفتان من النصوص، و ثالثها تعليل الحكم في كلمات الأصحاب.

فالطائفة الاولى هي رواية السكوني المتقدمة في (ص 241) الظاهرة في كون بيع «أمّ الولد» من المنكرات، بناء على إرادة مطلق المملّك، بشهادة فهم الفقهاء عدم خصوصية للمنع عن البيع، فيكون النهي عن الشراء من باب التنبيه على العام بذكر الخاص.

و الطائفة الثانية: ما سيأتي في (ص 299) من النصوص الدالة على جواز بيعها لو لم يؤدّ مولاها ثمنها إلى البائع، و عدم جواز بيعها فيما عدا ذلك، كصحيحة عمر بن يزيد عن أبي إبراهيم عليه السلام، إذ التأمّل فيها يورث الاطمئنان بأنّ المنع عن البيع من جهة كونه مملّكا للعين، لا لخصوصية في عنوان البيع و الشراء.

و الوجه الثالث هو التعليل الوارد في كلام جماعة من أنّ ملاك المنع عن البيع هو تشبثها بالحرية، و رجاء انعقادها من نصيب ولدها بعد موت سيدها، فلو جاز

ص: 252

وعدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين (1) [1].

و الوجه فيه (2): ظهور أدلة المنع [2] المعنونة بالبيع في (3) إرادة مطلق النقل، فإنّ (4) مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الرواية السابقة: «خذ بيدها، وقل:

---

نقلها إلى الغير بهبة أو صلح أو قرض كان منافيا للحكمة المزبورة. قال المحدث البحراني قدس سرّه في تعليل عموم المنع: «ولأنّه لو جوّز غيره- أي غير البيع- لانتفى فائدة منعه و تحريمه، و هي بقاؤها على الملك لتعتق على ولدها» (1).

(1) يعني: فضلا عن المؤمنين، و إلا كان تكرارا لما ذكره من استظهار الإجماع من الكلمات.

(2) أي: في كون المنع قول جميع المسلمين.

(3) متعلق ب «ظهور».

(4) تعليل لظهور أدلة منع البيع في إرادة كل تصرف ناقل للملك، و هذا هو

---

[1] لكن كون ذلك قول المؤمنين- فضلا عن المسلمين- لا يخلو من تأمل، لما في مفتاح الكرامة من قوله: «وقد ألحق جماعة بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الاشتراك في العلة، و لأنّه لو جوّز غيره لانتفى فائدة منعه، و هي بقائها على الملك لتعتق» (2) و لا بد من مزيد التتبع.

ثم إنّ ذلك إجماع منقول و موهون بجزم السيد المجاهد بجواز غير البيع من سائر النواقل، و ليس إجماعا تعبديا، للاستدلال ببعض الوجوه المذكورة في المتن وغيره، و الإجماع التقيدي ليس بحجة.

[2] أي: بحسب المناط، و إلا فلا ظهور في الكلام أصلا، و كذا في الظهور الآتي.

---

(1) الحدائق الناضرة، ج 18، ص 448 و 456

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 262

ص: 253

من يشتري أمّ ولدي؟» يدلّ (1) على أنّ مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات. وهو (2) مقتضى التأمل فيما سيبيجي ء من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها، وعدم جوازه فيما سوى ذلك (3).

هذا، مضافاً إلى ما اشتهر (4)- وإن لم نجد نصّاً عليه- من أنّ الوجه في المنع هو بقاؤها رجاء لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها [1].

---

الوجه الأوّل.

(1) خبر قوله: «فإنّ مثل».

(2) يعني: وعموم المنع لكلّ ناقل مقتضى التأمل في أخبار بيع أمّ الولد، وهذا هو الوجه الثاني المتقدم آنفاً.

(3) أي: سوى ثمن رقبتها.

(4) هذا هو الوجه الثالث، وتقدم في كلام صاحب الحدائق، وقال في المقابس:

«وإنّما منع من التصرف الناقل لتشبهها بالحرية، من حيث إنّها لو بقيت و بقي ولدها بعد المولى، و كان ممّن يستحق إرثاً اعتقت- كلاً أو بعضاً- من نصيب الولد، لعدم استقرار ملكه على امّه» «1» و ظاهر العبارة كون التعليل مسلماً عندهم، لا مجرد اشتهاره. لكن ليس دليلاً، لكونه- مع عدم النص عليه- من العلة المستنبطة التي ليست بحجة.

---

[1] تكرر التعليل بتشبهها بالحرية في كلماتهم، كالمحقق و الشهيد الثانيين و أصحاب المدارك و الرياض و المقابس و الجواهر قدّس سرّه (2)، و استدللّ في موضع من

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 69

(2) جامع المقاصد، ج 13، ص 134؛ مسالك الأفهام، ج 8، ص 45؛ الروضة البهية، ج 6، ص 371؛ نهاية المرام، ج 1، ص 292؛ رياض المسائل، ج 13، ص 111؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 69؛ جواهر الكلام، ج 22، ص 381، و ج 32، ص 319

ص: 254

و الحاصل (1): أنّه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل.

ثمّ إنّ المنع (2) مختصّ بعدم هلاك الولد،

---

(1) هذا نتيجة ما أفاده في ردّ كلام السيد المجاهد قدّس سرّه من اختصاص المنع بالبيع، و به تمّ المبحث الأوّل.

المبحث الثاني: اختصاص المنع بحياة الولد

(2) هذا إشارة إلى اشتراط منع بيع أمّ الولد بعدم هلاك الولد في حياة سيّدها، فلو مات الولد و لم يخلف ولدا كما إذا مات صغيرا، أو كبيرا و لكنه لم يجنب كانت

---

المسالك على اشتراط كون الولد حرّاً بالنبوي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «أعتقها ولدها» «1».

و استدل السيد العاملي على ذلك بمفهوم قوله عليه السّلام في خبر زرارة الآتي في (ص 294): «حدّها حدّ الأمة إذا لم يكن لها ولد». فإنّ مفهومها «أنّها إذا كانت لها ولد» ليست على حدّ الأمة التي يباح التصرف فيها بتلك الأنواع «2»، هذا.

و لعلّ المصنف قدّس سرّه تبع في منع هذا المفهوم السيد المجاهد قدّس سرّه من حمل الحدّ على حدّ الجنابة. و لعلّه بقريضة نقل الصدوق خبر زرارة في باب الحدود.

قال في المناهل: «و أما ثانيا فلاحتمال أن يكون المراد ما يترتب على المعصية، و يكون المقصود بيان اشتراك أمّ الولد و الأمة في الحدود الشرعية تارة و اختلافيهما اخرى» «3».

و لكن الظاهر بعد حمل الحد على حدّ الجنابة، و المراد منه عدم مساواتها للأمة في التصرفات الناقلة، و حينئذ فلا قصور في مفهوم خبر زرارة عن إثبات العلة المتكررة في الكلمات من كونها متشبهة بالحرية بالولد، و لا بد من مزيد التأمل.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 10، ص 525

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 263

(3) المناهل، ص 319

ص: 255



فلو هلك جاز (1) اتفاقاً نصّاً وفتوى.

ولو مات (2) الولد و خلف ولدا:

أمّ الولد ملكاً طلقاً. قال في الجواهر- في اشتراط منع البيع بعدم موت الولد- ما لفظه: «بلا خلاف أجده فيه، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلى النصوص ...

وإلى عموم تسليط الناس على أموالهم، المقتصر في الخروج عنه على أمّ الولد، التي لا- تشمل الفرض- أي فرض موت الولد في حياة السيد- حقيقة كما هو واضح» (1).

ويدل عليه من النصوص ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل اشترى جارية يطأها، فولدت له ولداً، فمات ولدها. قال: إن شاءوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها. وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه» (2) بناء على كون قوله عليه السلام: «باعوها في الدين» خارجاً مخرج التمثيل (3)، فيجوز بيعها مطلقاً، بل نقلها بغيره كالهبة. فالحكم- كما أفاده المصنف قدس سرّه- مسلم فتوى و نصّاً.

إنّما الكلام لو ترك ولداً، بمعنى أنّه خلف ولد الأمة ولداً، فمات الولد في حياة أبيه، وبقي ولده- وهو حفيد السيد- بعد وفاة جدّه، فهل يمنع من بيعها حينئذ أم لا؟ فيه وجوه، بل أقوال، سيأتي التعرض لها.

(1) أي: جاز بيعها ونقلها كما دلّ عليه النصّ و الفتوى. و مقصوده من الفتوى إجماعهم على الحكم. قال في المقابس: «ولما ذكرنا أجمعوا أيضاً على أنّ الحكم بالمنع مطلقاً مشروط ببقاء ولدها» (4).

(2) يعني: لو مات ولد الأمة في حياة أبيه، و خلف ولداً، ففي إجراء حكم ولد

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 375، وقريب منه في ج 34، ص 378

(2) وسائل الشيعة، ج 16، ص 105، الباب 5 من أبواب الاستيلاء، الحديث: 2

(3) الحدائق الناظرة، ج 18، ص 450

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 69

الأمة على ولد الولد- من منع بيعها ونقلها إلى الغير- أقوال ثلاثة:

الأول: اللحق مطلقا، لوجوه ثلاثة:

أحدها الاستصحاب، بتقريب: أنّ منع بيعها كان ثابتا حال حياة ولدها البطني، ويشك في بقاءه وارتفاعه بموته، فيستصحب المنع، لكونه من الشك في الرفع.

ثانيها: صدق الاسم، فإنّ «الولد» كما يصدق على الصلبي المتكوّن من السيد و المملوكة، كذلك يصدق على الحفيد، لكونه ولدهما بالواسطة، فيندرج في إطلاق الأدلة المانعة من التصرفات الناقلة لأمّ الولد.

ثالثها: تغليب جانب الحرية على الرّقية، إذ لو لم يكن ولد الوالد بحكم أبيه لزم بقاء أمّ الولد على الرّقية إلى أن يحصل موجب آخر لانعتاقها. ولو كان بحكم أبيه أمكن تحريرها بعد وفاة السيد. ومقتضى تغليب جانب الحرية إلحاق ولد الولد بالولد الصلبي.

القول الثاني: عدم اللحق مطلقا، لوجهين:

أحدهما: أن المتبادر من «الولد» عند الإطلاق هو الصلبي، فيكون إطلاق «الولد» على «ولد الولد» مجازا لا يصار إليه بلا قرينة.

ثانيهما: أنه لو سلّم كون «الولد» مشتركا معنويا بين المولود بلا- واسطة و معها، قلنا بظهور «الولد» في نصوص المسألة و معاهد الإجماعات- من أنّه يجوز بيعها بعد موت ولدها- في خصوص الصلبي، هذا.

و اختار هذا القول جماعة منهم أصحاب الرياض و المناهل و الجواهر، و مال إليه في المقابس «1».

القول الثالث: التفصيل بين كون ولد الولد وارثا لجده- و هو السيّد- لفقد

(1) رياض المسائل، ج 13، ص 113؛ المناهل، ص 320؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68؛ جواهر الكلام، ج 34، ص 378

ففي (1) إجراء حكم الولد عليه (2)، لأصالة (3) بقاء المنع [1]، ولصدق (4) الاسم [2]، فيندرج في إطلاق الأدلة، و تغليبا (5) للحرية [للحرمة].

الولد الصّ لبي من غير هذه الأمة، فيكون ولد الولد بحكم الولد في اعتناق جدّته عليه من نصيبه من الإرث. و بين عدم كونه وارثا- لوجود الولد الصلبي - فلا تكون الأمة محكومة بحكم أمّ الولد.

و حكى صاحب المقابس هذا القول عن ابن فهد و صاحب المدارك قدّس سرّهم «1».

و تردّد بعضهم في حكم المسألة و لم يختصر شيئا، كالعلامة في القواعد، و الشهيد في الدروس «2».

(1) خبر مقدم لقوله: «وجوه» و الجملة جواب الشرط في: «و لو مات».

(2) أي: على ولد الولد، و هذا إشارة إلى القول الأول.

(3) إشارة إلى الوجه الأول و هو الاستصحاب.

(4) معطوف على «لأصالة» و هذا إشارة إلى الوجه الثاني. قال فخر المحققين قدّس سرّه: «إن حكمه حكم الولد مطلقا، و هذا هو الأقوى عندي، لأنّه ولد» «3».

(5) معطوف على «لأصالة» أي: و لتغليب الحرية كما تكرر في المقابس «4»

[1] لا يخفى أنّه على تقدير صدق «أمّ الولد» عليها يشملها إطلاق أدلة المنع، و لا مجال معه للاستصحاب. و كذا على فرض عدم الصدق أو الشك فيه، لعدم إحراز بقاء الموضوع.

[2] نعم، لكن ليس مطلق الصدق كافيا و موضوعا، إذ مورد كثير من الأدلة هو الولد البطني للأمة، و يشهد له أخبار الحمل، لقيامه بنفس الأمة لا بولدها.

(1) نهاية المرام، ج 2، ص 318؛ المهذب البارع، ج 4، ص 106

(2) قواعد الأحكام، ج 3، ص 259؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 223

(3) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 636

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 69 و 75 و 76



أو العدم (1)، لكونه (2) حقيقة في ولد الصّلب، و ظهور (3) إرادته من جملة من الأخبار (4)

---

و غيره [1]، و الموجود في بعض نسخ الكتاب «تغليبا للحرمة».

و كيف كان فالمراد واحد. فعلى تقدير كون النسخة «للحرمة» فالمقصود تغليب منع نقل أمّ الولد على جوازه.

(1) معطوف على «إجراء» أي: ففي عدم إجراء حكم الولد على ولد الولد.

و هذا إشارة إلى القول الثاني.

(2) أي: لكون «الولد» حقيقة في خصوص الصلبي، و مجازا في الولد مع الواسطة.

(3) معطوف على «كونه» أي: لظهور إرادة الولد الصلبي، و هذا هو الوجه الثاني، و هو إشارة إلى طائفتين من الأخبار:

إحدهما: ما دلّ على منع بيع أمّ الولد كخبر السكوني المتقدم في (ص 241) و فيها: «من يشتري أمّ ولدي؟» إذ المراد بالولد هو المرتضع الذي يكون بحكم الولد الصلبي، و لا يصدق على ولد الولد.

ثانيتها: الأخبار المجوّزة لبيع أمّ الولد بعد موت ولدها في حياة السيد، كرواية أبي بصير المتقدمة في (ص 256) و غيرها من أخبار الباب، فإنّ إطلاق جواز بيعها بعد موت الولد الصلبي ينفي صدق «أمّ الولد» عليها لو خلف الولد ولدا، و إلّا لم يجز بيعها، لأنّها لا زالت أمّ ولد.

هذا مضافا إلى الإجماع على الجواز بعد موت الولد.

(4) أي: الأخبار المتكفلة لأحكام أمّ الولد، في قبال الطائفة الثانية المجوّزة لبيعها.

---

[1] لا دليل عليه إن اريد بذلك غير أدلة الاحتياط التي تمسك بها المحدثون في الشبهة التحريمية الحكمية. و إن اريد به أخبار الاحتياط فقد ثبت في محله ضعفها.

ص: 259

وإطلاق (1) ما دلّ من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها.

أو التفصيل (2) بين كونه وارثاً، لعدم (3) ولد الصلب للمولى، وعدمه (4)، لمساواة (5) الأُول مع ولد الصلب في الجهة المقتضية للمنع [1]، وجوه [2].

---

(1) معطوف أيضاً على «كونه» قال في الرياض: «لومات الولد جاز بيعها، مضافاً إلى الاتفاق، والنصوص المستفيضة، منها الصحيح: وإن مات ولدها قبل أن يعتقها فهي أمة إن شاءوا أعتقوا، وإن شاءوا استرقوا».

(2) معطوف أيضاً على «إجراء» وإشارة إلى القول الثالث المنسوب إلى ابن فهد الحلبي وصاحب المدارك قدس سرهما.

(3) يعني: أنّ منشأ كون ولد الولد وارثاً للسيد هو انتفاء الولد الصلبي.

(4) معطوف على «كونه» أي: بين عدم كون ولد الولد وارثاً من جهة وجود الولد الصلبي.

(5) هذا وجه التفصيل بين كونه وارثاً وعدمه، فوجه كونه بحكم الولد هو مساواته للولد الصلبي في الجهة المقتضية لمنع بيعها، وهي انعقادها من نصيب ولدها من الإرث.

هذا إذا كان ولد الولد وارثاً، وأمّا لو لم يكن وارثاً- بأن كان للميت ولد صلبي آخر يرثه- فالجهة المقتضية لمنع البيع مفقودة في ولد الولد، فتبقى الأمة مملوكة.

---

[1] لكن لم تثبت عليتها بحيث يدور الحكم مدارها، فالمتبع ظواهر الأدلة، وعدم العبرة بالعلل المستنبطة.

[2] أوسطها أوسطها، لما عرفت. ولأنّ المرجع في المخصص المجمل المفهومي- لتردده بين الأقل والأكثر- هو عموم العام أعني به في المقام عمومات البيع وغيره من النواقل.

حكى أولها عن الإيضاح، وثالثها عن المهذب البارع ونهاية المرام.

وعن القواعد (1) و الدروس وغيرهما: التردد «1».

بقي الكلام (2)

---

(1) قال فيه: «و لو كان ولد ولدها حيّا احتمل إلحاقه بالولد إن كان وارثا، و مطلقا، و العدم».

هذا تمام الكلام في المبحث الثاني، و لم يختر المصنف قدّس سرّه شيئا من الأقوال، فهو من المتوقّفين.

المبحث الثالث: اعتبار انفصال الولد، و عدمه

(2) غرضه قدّس سرّه تعيين موضوع الأحكام المختصة بعنوان «أمّ الولد».

و توضيحه: أنّ المفهوم من «أمّ الولد» لغة و عرفا كل ذات ولد حرّة كانت أمّ أمة، كما أنّ المراد بالولد هو المنفصل عن امّه. إلا أنّ المقصود ب «أمّ الولد» في هذه المسألة هي المملوكة التي حملت من سيّدها، سواء وضعت جنينها أم لم تضعه.

و الشاهد على هذا التعميم صحيحة ابن مارد الآتية في (ص 265) حيث انيط جواز بيع المملوكة و عتقها بعدم كونها ذات حمل من السيّد. و كذلك ما ورد في بعض النصوص من إطلاق «أمّ الولد» على الجارية التي أسقطت بعد ثلاثة أشهر «2» من الحمل، مع عدم صدق «الولد» على مثله، لعدم تمام خلقته.

و لا ريب في مغايرة هذا المعنى لما يفهم من لفظ «أمّ الولد» عرفا، و ذلك لأنّ صدق «الولد» منوط بخروج الجنين، فإنّ تولّده- الموجب لصدق الولد عليه- هو خروجه عن بطن امّه، فما لم يخرج لا يصدق عليه الولد، بل يصدق عليه الحمل.

---

(1) تقدمت المصادر آنفا في ص 258

(2) وسائل الشيعة، ج 16، ص 104، الباب 3 من أبواب الاستيلاء، حديث: 1

ص: 261

في معنى (1) «أم الولد» فإنّ (2) ظاهر [1] اللفظ اعتبار انفصال الحمل، إذ لا يصدق «الولد» إلا بالولادة. لكن المراد هنا (3) ولدها مجازاً (4) [ولو حملاً]

وعليه فإطلاق «أم الولد» على الأمة الحامل إمّا أن يكون مجازاً بعلاقة المشاركة، لكون الحمل مشرفاً على الولادة، فهو ولد مجازاً، وأمّه أمّ ولد كذلك.

وإمّا أن يكون حقيقة، بدعوى: أنّ الولد وإن كان ظاهراً في المنفصل، إلا أنّه لا يعتبر انفصاله عن الأمّ، بل يكفي الولادة من الوالد، فيكون إطلاق الولد على الحمل حينئذ على وجه الحقيقة، لأنّ الحمل ولد للوالد، حيث إنّ ولد منه في رحم أمّه، و حمل لأُمّه، وليس ولدا لها ما لم يولد منها أي لم يخرج من بطنها، هذا.

(1) معناها في مصطلح الشارع معلوم، فالمراد كونه حقيقة أو مجازاً.

(2) هذا وجه مغايرة المعنى العرفي والشرعي، وحاصله: كفاية الحمل في منع بيع أمّ الولد، مع أنّه لا ريب في إناطة صدق «أمّ الولد» بالولادة التي هي مبدأ الاشتقاق للمتضايفين وهما الولد والوالدة.

(3) أي: في مسألة عدم بيع أمّ الولد، لخروجها بالاستيلاء عن كونها ملكاً طلقاً لسيدّها.

(4) كذا في نسختنا المعتمد عليها. وفي بعض النسخ «ولدها و لو حملاً» و المفاد واحد، إذ المقصود أنّ صدق «الولد» على الحمل يكون مجازاً بعلاقة المشاركة المصحّحة لاستعمال «الولد» في غير ما وضع له.

[1] لمّا كان موضوع الحكم بعدم جواز بيع أمّ الولد أمّ من ذلك- كما يستفاد من النصوص- فلا ثمرة حينئذ للبحث عن صدق الولد على الحمل وعدمه، إذ له ثمرة فيما إذا كان الموضوع عرفياً. وأمّا مع تصريح النص بالموضوع، و كونه أعمّ من العرفي فلا جدوى في البحث عن المفهوم العرفي.



للمشاركة. و يحتمل (1) أن يراد الولادة من الوالد دون الوالدة [1].

و كيف كان (2)،

---

و المراد بقوله: «مجازاً» كما أفاده الفقيه المامقاني قدس سره «1» هو عموم المجاز، الصادق على كل من الحقيقي وهو الولد المنفصل عن أمه، والمجازي وهو الحمل، من دون اختصاص «الولد» بأحدهما، حتى يصدق على الأمة «أمّ الولد» بمجرد تحقق مسمى الحمل.

(1) هذا وجه كون إطلاق «أمّ الولد» على الحامل حقيقياً، بالتصرف في المولود، بأن يراد انفصاله عن الأب، لا الأمّ، فيتحد المعنى الشرعي والعرفي.

(2) يعني: سواء أكان إطلاق «أمّ الولد» على الحامل حقيقة أو مجازاً، فلا إشكال في صدق الموضوع شرعاً بمجرد الحمل، إنّما الكلام في المراد بالحمل هل

---

[1] لكن الولادة من الوالد فقط لا يوجب كون الإطلاق حقيقياً، ضرورة أنّ موضوع البحث هو «أمّ الولد» بحيث يضاف الولد إليها، ويقال: إنّه ولدها، والمفروض أنّ صحة هذا الإطلاق منوطه بخروجها عن بطنها. فالحمل وإن كان ولداً حقيقة للوالد، لكنه يكون ولداً للوالدة مجازاً، فهي أمّ ولد الوالد، لا أنّها أمّ لولد نفسها.

ويمكن التفكيك بينهما، وكون الموضوع مع الغض عن الروايات هو أمّ ولد نفسها الملازم لكونه ولداً للوالد أيضاً.

وقد ظهر من إمكان التفكيك في صدق الولد على الحمل بين ولديته للوالد وبين ولديتها للوالدة- بكونه ولداً للوالد وحملاً لأمّه، وعدم اتصافه بالولدية لها إلا بعد خروجه عن بطنها- أنه ليس المقام من التضايغ حتى يلازم صدق أحدهما صدق الآخر. فما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره «2» لا يخلو من التأمل، فلاحظ وتأمل.

---

(1) غاية الآمال، ص 456

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 183

ص: 263

فلا إشكال- بل (1) لا خلاف- في تحقق الموضوع بمجرد الحمل. ويدلّ عليه (2):

الصحيح عن محمّد بن مارد، عن أبي عبد الله عليه السّلام «في الرجل

يعتبر فيه ولوج الروح أم يكفي كونه مضغة أو علقة أو نطفة؟ سيأتي.

(1) التعبير ب «بل» لأجل إمكان وجود الخلاف في تحقق «أم الولد» بالحمل وإن لم يكن فيه إشكال بنظر المصنف قدّس سرّه.

(2) أي: ويدل على تحقق الموضوع- وهو أم الولد- بمجرد الحمل: الصحيح عن محمد بن مارد. والتعبير ب «عن محمد»- كما في المقابس أيضا «1»- يحتمل أن يكون لغرض تصحيح الطريق، وهو إسناد الشيخ قدّس سرّه إلى الحسن بن محبوب، لا للجهل بحال ابن مارد أو القدح فيه. ويشهد لهذا الاحتمال تعبير صاحب المقابس في غير موضع بصحيح محمد بن مارد. وعليه فلا إشكال في السند. و يندفع ما أفاده الشهيد قدّس سرّه في غاية المراد من التعبير ب «بما رفعه الشيخ إلى ابن مارد» (2).

ويحتمل أن يكون للشبهة في وثاقة ابن مارد، بشهادة تعبير المصنف عنها- فيما سيأتي- بالرواية المؤذن بضعفها سندا، فيكون منشأ الضعف جهالة ابن مارد.

وعلى أحد الاحتمالين يبتني تضعيف جمع لها، ودعوى بعض - كصاحبي الرياض «3» و الجواهر - جبرها بعمل الأصحاب.

لكن الظاهر صحة الرواية، لأن إسناد الشيخ إلى ابن محبوب معتبر، و محمد بن مارد التميمي وثقه النجاشي قدّس سرّه «4»، ولذا وصفه العلامة المجلسي قدّس سرّه بالصحيح «5».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

(2) غاية المراد، ج 3، ص 398

(3) رياض المسائل، ج 13، ص 109؛ جواهر الكلام، ج 34، ص 373

(4) كما في معجم رجال الحديث، ج 17، ص 181

(5) ملاذ الأخيار، ج 12، ص 501

ص: 264

يتزوج أمة، فتلد منه [يتزوج الجارية تلد منه] (1) أولاداً، ثم يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها. قال: هي أمة إن شاء باع ما لم (2) يحدث عنده حمل [بعد ذلك] (3) وإن شاء أعتق «1».

وفي رواية السكوني عن جعفر بن محمد، قال (4): «قال علي بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين في مكاتبة يطؤها مولاهما فتجبل، فقال: يردّ عليها

---

و كيف كان، فموضع الاستشهاد بهذه الرواية- على كون المانع من البيع مطلق العلوق في زمان مملوكيتها للسيد، و صيرورتها أم ولد شرعاً- هو قوله عليه السلام:

«ما لم يحدث عنده حمل» لعدم تقييد الحمل بولوج الروح فيه، أو بكمال الخلقة، فيصدق على مطلق العلوق بما هو مبدأ نشوء آدمي حتى النطفة التي تنعقد ولداً لو بقيت في الرحم، فلو ألقته صدق عليها عنوان «أم الولد».

(1) كذا في نسختنا، ولكن في بعض نسخ الكتاب و المقابس و الوسائل:

«يتزوج أمة فتلد منه».

(2) يدل مفهوم هذه الجملة على مانعية إحداث الحمل عن البيع.

(3) لم تذكر هاتان الكلمتان في نسختنا، فإثباتهما موافقة لبعض النسخ و الوسائل.

(4) هذا موافق لما في المقابس تبعاً لما في الفقيه، و لكن رواها في الوسائل عن الكافي و التهذيب بنحو آخر، فرواها الكليني قدس سرّه عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام، قال في مكاتبة يطؤها مولاهما، فتحمل، قال عليه السلام: يردّ عليها مهر مثلها، و تسعى في قيمتها...».

و التعبير عنها بالرواية لمكان النوفلي و السكوني، لعدم التنصيص على وثاقتهما. نعم بناء على الاكتفاء بعموم توثيق تفسير القمي و كامل الزيارة اتجه

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 589، الباب 85 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1، و ج 16، ص 105، الباب 4 من أبواب الاستيلاء، الحديث: 1

ص: 265

مهر مثلها، و تسعى في رقبته، فإن عجزت فهي من امهات الأولاد» (1).

لكن (1) في دلالتها

---

الاعتماد عليهما، أو إحراز صدورهما بقرينة أخرى كعمل الأصحاب.

و كيف كان فالشاهد في حكمه عليه السلام بصيرورة المكاتبه أم ولد بالحمل لو عجزت عن أداء مال الكتابة. ولم يقيد «الحمل» في الرواية بمرتبة خاصة، فيكفي صدقه عرفاً، المانع من بيع الأم شرعاً.

و عدّ صاحب المقابس هذه الرواية من جملة ما دلّ على كفاية المضغّة، فراجع (2).

(1) غرضه قدّس سرّه المناقشة في دلالة رواية السكوني على كفاية مطلق الحمل في صيرورة الأمة أم ولد، وإنّما تدل على ذلك ببعض مراتب الحمل، و هو بعد ولوج الروح في الجنين.

و بيانه: أنّ مورد السؤال هي المكاتبه التي لا يجوز لمولاها المباشرة، لا بالملك و لا بالعقد، فلو فعل - و لم تطاوعه - استحققت مهر المثل، و مفروض السؤال تحقق الحمل. و حكم عليه السلام بأن المباشرة و الحمل لا يمنعان عن سعيها لأداء مال الكتابة.

و لو فرض عجزها عن فكّ رقبته فهي ذات ولد، يحرم بيعها، و تعتق بعد موت سيدها من نصيب ولدها إن بقي حيّاً بعد وفاة أبيه.

و حيث إنّ حكمه عليه السلام بكونها ذات ولد متأخر عن الحمل و وجوب السعي عليها و عجزها عن أداء القيمة - و توقّف ذلك على مضيّ زمان يكمل فيه خلقه الجنين و يلج فيه الروح - لم تدل الرواية على كفاية مطلق الحمل في صدق «أمّ الولد» على الأمة، بل تختص بما إذا تمّت خلقته.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 97، الباب 14 من أبواب المكاتبه، الحديث: 2؛ الكافي، ج 6، ص 188، الحديث 16؛ الفقيه، ج 3، ص 154، الحديث: 3563؛ التهذيب، ج 8، ص 269، الحديث: 981

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

ص: 266

على ثبوت الحكم (1) بمجرّد الحمل (2) نظر، لأنّ (3) زمان الحكم بعد (4) تحقق السعي و العجز عقيب الحمل، و الغالب (5) ولوج الروح حينئذ [1].

ثم الحمل (6) يصدق بالمضغعة اتّفاقاً، على ما صرّح به (7) في الرياض «1»،

---

و الحاصل: أنّ قرينة وجوب السعي - ثم العجز - تمنع عن كون الحمل في مورد السؤال نطفة أو مضغعة أو علقمة، و بهذه القرينة تفترق رواية السكوني عن رواية ابن مارد المجردة عن القرينة المعيّنة للحمل.

(1) أي: حكم أمّ الولد، و هو منع بيعها.

(2) أي: سواء تمّ أم لم يتمّ.

(3) هذا وجه النظر، و قد تقدم أنّها. و المراد بالحكم هو عدّ هذه المكاتبة من أمهات الأولاد.

(4) خبر قوله: «لأنّ زمان» أي: يكون زمان حكمه عليه السّلام بكونها أمّ ولد متأخراً عن السعي و العجز المتأخريين عن الحمل.

(5) يعني: و الحال أنّ الغالب بحسب العادة ولوج الروح حين تأخر زمان الحكم بكونها أمّ ولد عن زمان السعي و العجز.

(6) غرضه التعرض لمراتب الحمل، و أنّه يصدق على جميعها أو على بعضها.

و بدأ ببيان حكم المضغعة، فلو أسقطتها كانت أمّ ولد، و ذلك للإجماع المتضافر نقله، و لصحيحة ابن الحجّاج.

(7) أي: بالاتفاق، قال قدّس سرّه في ما به يتحقق الاستيلاد: «بعلوق أمته منه ... بما

---

[1] لا- تكفي الغلبة في اعتبار ولوج الروح، لإمكان تحقق العجز قبل ولوج الروح فيه، كما إذا عجزت عن تأخير النجم في وقته، فإنّ العجز يتحقق حينئذ في وقت لم تلجه الروح.

---

(1) رياض المسائل، ج 13، ص 109

ص: 267

و استظهره (1) بعض آخر، و حكاه عن جماعة هنا وفي باب انقضاء عدّة الحامل.

وفي صحيحة ابن الحجّاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الحبلى يطلقها زوجها ثم تضع سقطا- تمّ أو لم يتمّ- أو وضعته مضغة، أتتقضي عدّتها [عنها]؟ فقال عليه السّلام: كلّ شيء وضعته (2) يستين أنّه حمل- تمّ أو لم يتمّ- فقد انقضت عدّتها وإن كان مضغة (3)» (1).

ثم الظاهر (4) صدق «الحمل» على العلقّة،

يكون مبدأ نشوء آدميّ ولو مضغة... على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّة من تأخر، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه... وهو الحجّة في الجملة.

(1) هو صاحب المقابس قدّس سرّه، حيث استظهر الاتفاق بقوله: «ويكفي العلق بالمضغة إجماعا كما هو الظاهر، و المحكي في كلام جماعة منهم، هنا وفي حكم عدّة الحامل، و منهم الشيخ و القاضي و فخر الإسلام و أبو العباس و غيرهم» (2).

و حاصله: أنّ المحقق الشوشتری قدّس سرّه ادّعى الإجماع على صدق الحمل على المضغة، كما حكاه عن آخرين.

(2) لا- يخفى مخالفة ما في المتن لما في الوسائل وغيره من كتب الأخبار، مثل «سألته عن الحبلى إذا طلقها زوجها، فوضعت سقطا» و عدم ذكر «أتقضي عدّتها عنها» في الوسائل، و إن ذكر في الفقيه «أتقضي بذلك عدّتها» و عدم ذكر «وضعته».

(3) هذه الجملة هي الغرض من ذكر الصحيحة، لصراحتها في صدق الحمل على المضغة.

(4) هذا فرع ثان، و هو صدق «الحمل» على العلقّة و عدمه، وفيه خلاف.

(1) وسائل الشيعة، ج 15، ص 421، الباب 11 من أبواب العدد، الحديث: 1

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

ص: 268

وقوله (1) عليه السّلام: «وإن كانت مضغة» تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقلّ مراتب الحمل - كما (2) عن الإسكافي -

فذهب فخر المحققين قدّس سرّه - مدعياً عليه الإجماع - إلى ذلك، قال: «يظهر ثبوت الاستيلاد وأحكامه بالوطني بوضعها علقمة و ما بعدها إجماعاً، وفي ما قبله قولان، أقواهما المنع» (1). وقوّاه المصنّف قدّس سرّه، لصدق الحمل. وتظهر ثمرة كونها ذات ولد في ما لو باعها مولاهما قبل الإلقاء، فيبطل كما سيأتي التنبيه عليه في المتن.

فإن قلت: إنّ قوله عليه السّلام في صحيحة ابن الحجاج: «وإن كانت مضغة» ظاهر في أنّ أقل ما يصدق به الحمل هو المضغة، فلا عبرة بإسقاط النطفة والعلقمة، ولا تصوير أمّ ولد، كما لا تخرج المطلّقة عن العدة بذلك، لعدم إحراز الحمل.

قلت: ليس كلامه عليه السّلام بيانا لأقلّ مراتب الحمل، وإنّما أتى بكلمة «المضغة» لتقرير ما ورد في سؤال ابن الحجاج من قوله: «أو وضعته مضغة» فقرّره عليه السّلام بكفاية إسقاط المضغة، و من المعلوم عدم كونه تحديداً للحمل كي يدلّ بمفهومه على عدم العبرة بإلقاء النطفة أو العلقمة.

(1) هذا دفع دخل مقدر، تقدما بقولنا: «إن قلت ... قلت».

(2) هذا راجع إلى المنفي، يعني: أنّ الإسكافي قائل بأن أقل مراتب الحمل هو المضغة. قال العلامة قدّس سرّه: «قال ابن الجنيد: فإن أسقطت مضغة فما زاد عليها من الخلق فقد انقضت عدّتها. وهو يدل بمفهومه على عدم الانتضاء بدونها» (2).

وليس هذا قول الإسكافي خاصة، إذ حكى صاحب المقابس قدّس سرّه (3) عن الشيخ والقاضي والشهيد في الدروس والمسالك الخلاف في صدق الحمل على العلقمة، أو التردد فيه.

(1) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 631، وكذا في المهذب البارع، ج 4، ص 100

(2) مختلف الشيعة، ج 7، ص 528

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

و حينئذ (1) فيتجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقة كما عن بعض، بل عن الإيضاح و المهذب البارع: الإجماع عليه.

وفي المبسوط (2)- في ما إذا ألت جسدا ليس فيه تخطيط لا ظاهر

---

فدعوى الإجماع من الإيضاح و المهذب البارع على صدق الحمل على العلقه في غاية الغموض، وإن كان الحق الصدق. لكن دعوى الإجماع مع تردد جماعة بل مخالفتهم مشكلة.

(1) أي: و حين كون قوله عليه السلام تقريرا لا- تحديدا، فيتجه الحكم بصدق «أم الولد» بإسقاط العلقه، كما ذهب إليه جمع في باب الاستيلاد، و كذا في عدة طلاق الحامل، كالمحقق و العلامة في القواعد و صاحب الجواهر «1»، ففيه: «و يكفي في إجراء حكم أم الولد علوقها بما هو مبدأ إنسان و لو علقه، بلا خلاف أجده بل في الإيضاح الإجماع عليه». و يظهر منه في الطلاق أيضا، فراجع «2».

(2) توضيحه: أن شيخ الطائفة عقد مسائل أربع لما إذا وضعت أم الولد ما في بطنها بنفسها أو باعتداء عليها.

إحداها: أن تضع ولدا كاملا، حيا أو ميتا.

ثانيها: أن تضع بعض جسد الآدمي من يد أو رجل، أو جسدا قد بان فيه شيء من خلقه الآدمي.

ثالثها: أن تضع جسدا ليس فيه تخطيط ظاهر، لكن ادعت القوالب وجود تخطيط خفي فيه، و لو بقي في الرحم تظهر الخطوط فيه.

رابعها: ما نقله المصنف في المتن، و هو أن تلقي جسدا خاليا من تخطيط ظاهرا و باطنا، لكن قالت القوالب إنه مبتدأ خلق آدمي، و أنه لو بقي في الرحم لتخلق و تصور بصورة الآدمي.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 37؛ قواعد الأحكام، ج 3، ص 141؛ جواهر الكلام، ج 34، ص 375

(2) جواهر الكلام، ج 32، ص 254-256

ص: 270



و لا- خفي، لكن قالت القوابل: إنه مبدأ خلق آدمي، وإنه لو بقي لخلق (1) و تصوّر- «قال قوم: إنها لا تصير أم ولد بذلك، وقال بعضهم: تصير أم ولد».

و هو مذهبنا» انتهى «1». و لا يخلو (2) عن قوة، لصدق الحمل.

و أمّا (3) النطفة: فهي بمجرد لا عبارة بها ما لم تستقرّ في الرحم، لعدم

---

و رجّح الشيخ قدّس سرّه صدق «أمّ الولد» في المسائل الأربع، بناء على أن يكون الجسد الخالي من التخطيط هو الدم الجامد المتكوّن من النطفة، و هو العلقة المبحوث عنها.

(1) كذا في نسخ الكتاب، و الأولى ما في المبسوط «لتخلّق».

(2) أي: ما قاله البعض من صيرورتها أمّ ولد لا يخلو من قوة، لصدق «الحمل» على ما يكون منشأ خلق آدمي.

(3) هذا فرع ثالث من فروع المبحث الثالث، و هو صدق الحمل بالنطفة قبل تبدل صورتها بالعلقّة، و عدمه، فصلّ المصنّف قدّس سرّه بين صورتين: إحداهما عدم استقرارها في الرحم، و الثانية: استقرارها فيه.

و الظاهر أنّ المراد بالاستقرار حصول اللقاح، إذ لو استقرّت في الرحم و لم يطء عليها عارض صلحت لأن تكون مبدأ نشوء آدمي، و هي أولى مراحل تكوّن الجنين، و انقلبت تدريجاً إلى العلقّة و ما بعدها من المراحل.

و المراد بغير المستقرة خلافها أي ما لم يحصل اللقاح و العلق، أو حصل، و لكن النطفة- لعدم سلامة الجهاز الجنسي و شبهه- لا تصلح لتكوّن الجنين منها.

أمّا الصّورة الأولى فذهب المصنّف قدّس سرّه إلى عدم صدق الحمل عليها، فلو ألقته الأمة لم تكن ذات ولد. و ما ادعاه الفاضل المقداد- من الإجماع على عدم العبارة بإسقاط النطفة في عدة المطلقة- محمول على عدم كونها مستقرة في الرحم، و أنّها لو بقيت لم تتخلق و لم تتصور بصورة آدمي.

---

(1) المبسوط، ج 6، ص 186

ص: 271

صدق كونها حاملا (1). وعلى هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد (2) على عدم العبرة بها (3) في العدة.

ومع (4) استقرارها في الرحم، فالمحكي (5) عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد

---

وأما الصورة الثانية ففيها خلاف كما سيأتي.

(1) والمفروض أنّ موضوع انقضاء العدة بالوضع هو الحامل. ولا أقلّ من الشك في صدقها على مجرد كون النطفة في جوفها، ثم ألفتها.

(2) قال قدّس سرّه- في ردّ من اكنفى بوضع العلقه لكونه مبدء خلق آدمي- ما لفظه:

«والمبدئية غير كافية إجماعا، وإلا لكفت النطفة، لأنّها مبدء أيضا، لكنها غير كافية إجماعا، وإنما الاعتبار بصدق الحمل، وإنما يصدق حقيقة بعد التخلق، فلذلك قال المصنف: مع تحقّقه حملا» (1).

ولا يخفى بعد الحمل المزبور، لعدم التخلق بمجرد الاستقرار في الرحم، وتوقف التخلق على تبدل صورة النطفة بغيرها، فلا يصدق الحمل بمجرد استقرار النطفة في الرحم.

(3) أي: عدم العبرة بالنطفة- أي بإسقاطها- في انتهاء عدّة المطلّقة. ومقتضى وحدة المناط بين المطلقة الحامل وأمّ الولد- في هذه الجهة- هو عدم العبرة بالنطفة غير المستقرة في صيرورة الأمة أمّ ولد، ولا يبطل بيعها لو بيعت قبل الإسقاط.

(4) كذا في نسختنا، وفي بعضها «وأما مع» ولا حاجة إليها، لعدم سبق «أما» لتكون عدلا لها.

(5) الحاكي صاحب المقابس، قال قدّس سرّه: «وأما النطفة فذهب الشيخ في النهاية إلى إجراء الحكم عليه هنا» وظاهره الإطلاق وعدم التفصيل بين الاستقرار وعدمه، قال في النهاية في عدة طلاق الحامل: «فعدّتها أن تضع حملها- سواء كان

---

(1) التنقيح الرائع، ج 3، ص 342؛ وحكاه عنه صاحب المقابس، ص 68

ص: 272

بها، و هو (1) الذي قوّاه في المبسوط في باب العدة- بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة به- مستدلاً بعموم الآية (2) والأخبار (3)، و مرجعه (4) إلى صدق الحمل.

و دعوى (5): أن إطلاق «الحامل» حينئذ مجاز بالمشاركة،

---

ما وضعته سقطاً أو غير سقط، تاماً أو غير تام» (1). و من المعلوم شمول «غير السقط» للنطفة بقسميها. و لعله لذا نسب الشهيد الثاني قدس سرّه إلى الشيخ الحكم بانقضاء العدة بوضع النطفة مطلقاً و إن لم تستقر في الرحم (2). و لكن حمل كلامه على صورة الاستقرار في الرحم كما في الرياض و الجواهر (3).

(1) أي: تحقق الاستيلاد بالنطفة المستقرة في الرحم قوّاه شيخ الطائفة في المبسوط بقوله: «الثالثة: أن تلقى نطفة أو علقة، فلا يتعلّق بذلك شيء من الأحكام عندهم، لأنّه بمنزلة خروج الدم من الرحم، و يقوى في نفسي أنّه يتعلّق به ذلك، لعموم الآية و عموم الأخبار» (4). و لعلّ التعليل ب «لأنّه بمنزلة» قرينة على إرادة النطفة المستقرة في الرحم، فلا يعمّ ما لا يكون منشأ خلقه آدمي.

(2) و هو قوله تعالى: وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (5).

(3) كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمة في (ص 268) وفيها:

«فقال عليه السلام: كل شيء وضعته يستبين أنّه حمل - تمّ أو لم يتمّ - فقد انقضت عدّتها».

(4) يعني: و مرجع استدلال الشيخ- بالآية و الأخبار- إلى صدق الحمل على النطفة المستقرة في الرحم.

(5) غرض المدعي منع صدق «اولات الأحمال» حقيقة على من استقرت

---

(1) النهاية، ص 546؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

(2) مسالك الأفهام، ج 9، ص 255

(3) رياض المسائل، ج 13، ص 110؛ جواهر الكلام، ج 32، ص 254

(4) المبسوط، ج 5، ص 240

(5) الطلاق، الآية: 4

ص: 273

يكذبها (1) التأمل في الاستعمالات.

وربما يحكى (2) عن التحرير موافقة الشيخ،

النطفة في رحمها، فيكون إطلاق «الحامل» عليها مجازا بعلاقة الأول، لتبدلها بالجنين في المستقبل، فيكون نظير ما تقدم في (ص 262) من كون «الولد» مجازا بالمشاركة في مطلق الحمل وإن كان بعد ولوج الروح، مع أنه لا ريب في كون موضوع الحكم هو «أم الولد» بمعناه الحقيقي، لا المجازي.

وهذا نظير ما ذكره في عدة الحامل من عدم انتهائها بإلقاء النطفة، لعدم صدق «اولات الأحمال» عليها.

ورّد المصنف هذه الدعوى بمنع المجازية، وأن «الحمل» صادق عرفا على ما يكون منشأ تكوّن آدمي، سواء أكان في مرحلة النطفة أم ما بعدها من العلقه والمضغة.

(1) خبر «ودعوى» ووجه التكذيب عدم لحاظ علاقة و عناية فيها.

ولو كانت تلك الاستعمالات مجازية لكانت متقومة بلحاظ العلقه المصححة لها.

(2) غرضه قدس سرّه التأمل فيما نسبه جمع إلى العلامة في التحرير من انتهاء عدة الحامل بإلقاء النطفة، ليكون موافقا للشيخ في المبسوط.

ففي المقابس: «قال العلامة: وعندى في إلقاء النطفة نظر. واختار في التحرير قول الشيخ، وهو المحكي عن الجامع، ونقل السيوري إجماعهم على أنه لا عبرة بها في العدة، وهو المشهور بينهم في الموضوعين على ما يظهر، والمسألة موضع إشكال» «1».

ونسبه الفاضل الأصفهاني إلى العلامة جازما به، لقوله: «خلافًا للشيخ فاعتبرها- أي النطفة- وهي خيرة التحرير» «2». وكذا صاحب الجواهر قدس سرّه «3».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

(2) كشف اللثام، ج 2، القسم الثاني، ص 133 (الحجرية)

(3) جواهر الكلام، ج 32، ص 256

مع (1) أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ.

نعم، في بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك (2).

(1) هذا وجه التأمل فيما نسب إلى التحرير، يعني: مع أنّ العلامة لم يزد في التحرير شيئا على ما حكاها عن الشيخ، و من المعلوم أن الحكاية أعم من الاختيار.

قال العلامة في طلاق التحرير ما لفظه: «لا فرق بين أن يكون الحمل تامًا أو غير تام بعد أن يعلم أنّه حمل وإن كان علقته، سواء ظهر فيه خلق آدمي من عين أو ظفر أو يد أو رجل أو لم يظهر، لكن يقول القوابل بأنّ فيه تخطيطا باطنا لا يعرفه إلا أهل الصنعة. أو يلقي دما منجمدا [متجسدا] ليس فيه تخطيط ظاهر ولا باطن، لكن شهد القوابل أنّه مبدء خلق آدمي، لو بقي لتخلّق و تصوّر. أمّا لو أُلقت دما لا يعلم، هل هو ما يخلق آدمي فيه أو لا، فإنّ العدة لا تنقضي به. وقال الشيخ:

لو أُلقت نطفة أو علقه انقضت به العدة» (1). انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه.

(2) استدراك على قوله: «مع أنه لم يزد» و غرضه توجيه ما حكاها صاحبها كشف اللثام و المقابس عن تحرير العلامة، و حاصل الاستدراك: أنّ في بعض نسخ التحرير لفظا يوهم موافقة العلامة للشيخ من كفاية إلقاء النطفة في انتهاء عدة الحامل.

و لم أظفر بالنسخة المشتملة على ذلك اللفظ الموهم. و لعلها النسخة التي نقل عنها صاحب الجواهر قدّس سرّه في عدة الحامل مدعيا في موضع آخر كونها نسخة مصحّحة.

وهي خالية من جملة: «قال الشيخ» فالعبارة فيها هكذا: «لو بقي لتخلّق و تصوّر، أمّا لو أُلقت نطفة أو علقه انقضت بها العدة» (2).

وهي - كما ترى - صريحة في كفاية إلقاء النطفة، لا موهمة لها. و لعلّ غرض المصنف قدّس سرّه نسخة اخرى. و الله العالم.

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 71 (ج 4، ص 159، الطبعة الحديثة)

(2) جواهر الكلام، ج 32، ص 255

ص: 275

نعم (1) قوّى التحرير موافقته فيما تقدّم عن الشيخ في مسألة الجسد الذي ليس فيه تخطيط. و نسب القول المذكور (2) إلى الجامع «1» أيضا.

واعلم (3) أنّ ثمرة تحقق الموضوع- فيما إذا أُلقت المملوكة ما في بطنها-

---

(1) هذا أيضا استدراك على عدم موافقة العلامة للشيخ قدّس سرّهما، و غرضه توافقهما في صدق وضع الحمل لو أُلقت جسدا خاليا من التخطيط، و هو الذي تعرض له المصنف قدّس سرّه في إلقاء المضغة، فراجع (ص 267). و منشأ الموافقة هو قول العلامة:

«أو يلقي دما منجمدا [متجمدا] ليس فيه تخطيط ظاهر و لا باطن».

(2) أي: القول بتحقيق الاستيلاد بمجرد استقرار النطفة في الرحم، و قد عرفت أنّ المناسب صاحبها كشف اللثام و المقابس.

(3) غرضه التنبيه على ما يترتب على إسقاط الحمل من الثمرة شرعا، مع أنّهم اعتبروا في كون الأمة أمّ ولد بقاء الولد حيّا بعد وفات سيدها، فلو مات الولد في حياته لم تتحرر أمّه، و كذا لا عبرة بإسقاط الجنين سواء ولجّه الروح أم لا، فلا جدوى حينئذ في ما تقدم من البحث عن صدق الحمل على المضغة و ما قبلها.

وجه عدم الإجداء كون الموضوع «أمّ الولد» و هو غير صادق حسب الفرض لو أسقطته تامّ الخلقه، فكيف بها لو كانت نطفة أو علقه.

فأفاد المصنف قدّس سرّه: أنّ الأمة التي أُلقت ما في بطنها و إن بقيت مملوكة يجوز بيعها، و لكن تظهر ثمرة كونها «أمّ ولد» في ما لو باعها المولى- قبل إلقاء النطفة أو العلقه أو المضغة- بزعم عدم كونها حاملا و عدم صيرورتها أمّ ولد بعد، فأسقطت و تبين وقوع البيع مدة الحمل، إذ يحكم ببطلانه، لكون المبيع حال العقد ملكا غير طلق لا يجوز التصرف الناقل فيه.

---

(1) الجامع الشرائع، ص 471

ص: 276

إنّما (1) تظهر في بيعها الواقع قبل الإلقاء، فيحكم ببطلانه (2) إذا كان الملقى حملا.

و أمّا بيعها بعد الإلقاء، فيصحّ بلا إشكال (3). و حينئذ (4) فلو وطأها المولى ثمّ جاءت بولد تامّ، فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أوّل زمان العلوق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك (5).

نعم، لو لم يبيعها المولى لم يكن البحث عن تحقّق الحمل بالمضغة أو بما قبلها ذا ثمره عملا، لعدم كونها فعلا من امهات الأولاد.

(1) الجملة خبر قوله: «أن ثمره» و ضميرا «بطنها، بيعها» راجعان إلى المملوكة.

(2) أي: ببطلان البيع، إذ المفروض وقوع العقد على أمّ الولد.

(3) لخروجها عن عنوان «أمّ الولد» قبل البيع، وإن قلنا بصدق المشتق حقيقة على ما انتضى عنه المبدأ، لما دلّ من النص و الفتوى على جواز بيعها بعد موت ولدها.

(4) أي: و حين ظهور الثمرة في بيعها قبل إلقاء الحمل، فالمدار في بطلان البيع على وقوعه حال تحقّق الحمل، سواء أ كان البيع بعد الوطاء الموجب للحمل بلا تخلل زمان معتدّ به، أم بعده مع تخلل الزمان المعتدّ به، لصديق كون البيع في كلتا صورتين واقعا على «أمّ الولد» المتحققة بالحمل الناشئ عن الوطاء.

(5) أي: على بطلان البيع، قال في المسالك: «أن المولى لو وطئ أمته جاز له بيعها مع عدم تبين الحمل، ثم إن ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع، لكونها أمّ ولد، و هذه المقدمات كلها إجماعية» (1).

و قال المحقق الشوشتري بعد حكاية مضمون كلامه: «و لم يفرق بين أزمنة وقوع البيع. و قد وردت روايات كثيرة فيمن اشترى جارية فوطئها فوجدها حبلى:

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 288

ص: 277

فذكر (1) صور إلقاء المضغعة و العلقة و النطفة في باب العدة إتما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء (2)، و في (3) باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أنّ المملوكة بعد الوطاء صارت أم ولد (4).

---

أنه يردّها إلى البائع» (1).

(1) غرضه أنّ الفقهاء قدّس سرّهم تعرّضوا لإلقاء النطفة و ما بعدها- من مراحل تكوّن الجنين- في موضعين، أحدهما باب عدة طلاق الحامل، و ثانيهما باب الاستيلاء.

و المناطق في الأوّل هو الموضوعية، و في الثاني الطريقية.

يعني: لوحظ إلقاء الحمل بمراتبه- من النطفة و العلقة و غيرهما- موضوعا في باب العدة، لأنّه موضوع لحكم الشارع بانقضاء العدة. و لوحظ طريقا في باب الاستيلاء، لأنّ الموضوع عنوان «أمّ الولد» و الإلقاء المزبور كاشف عن تحقّقه حين البيع. فلو علم بالحمل بأمانة اخرى غير الإلقاء ترتب عليه الحكم و هو فساد البيع أيضا.

(2) كقول العلامة في عدة الحامل: «تنقضي العدة من الطلاق و الفسخ بوضع الحمل في الحامل و إن كان بعد الطلاق بلحظة، و له شرطان: الأوّل: أن يكون الحمل ممّن له العدة... الثاني: وضع ما يحكم بأنّه حمل علما أو ظنا، فلا عبرة بما يشك فيه. و سواء كان الحمل تاما أو غير تام، حتى العلقة إذا علم أنها حمل، و لا عبرة بالنطفة» (2).

(3) معطوف على «في باب» و المعطوف و المعطوف عليه متعلقان ب «ذكر».

(4) قال في القواعد في شرائط الاستيلاء: «الثالث: أن تضع ما يظهر أنه حمل و لو علقه. أما النطفة فالأقرب عدم الاعتداد بها» (3).

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68

(2) قواعد الأحكام، ج 3، ص 140

(3) المصدر، ص 259

ص: 278



لا (1) أنّ البيع الواقع قبل تحقق العلقة صحيح إلى أن تصير النطفة علقة، ولذا (2) عبّر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلوق (3) الذي هو اللقاح.

نعم (4) لو فرض عدم علوقها بعد الوطاء إلى زمان،

---

(1) يعني: أنّ ذكر صور إلقاء المضغة وغيرها- من مراتب الحمل- في باب الاستيلاء لبيان كشفها عن صيرورة المملوكة بعد الوطاء أمّ ولد، لا لبيان أنّ البيع صحيح إذا وقع قبل صيرورة النطفة علقة، وباطل إذا وقع بعد صيرورتها علقة.

وبيان أوضح: إنّ ذكر صور إلقاء المضغة وغيرها في باب الاستيلاء إنّما هو من باب الطريقية، لكون إلقائها كاشفا عن صيرورة المملوكة أمّ ولد. لا من باب الموضوعية، بأن يكون ذكر المضغة وغيرها لأجل تحديد الموضوع، وأنّ عنوان أمّ الولد يتحقق بمرتبة خاصّة من الحمل، حتى يقال بصحة البيع بعد الوطاء إلى زمان تبدل النطفة بالعلقة.

(2) أي: ولأجل طريقية إلقاء المضغة وغيرها إلى إحراز كون المملوكة أمّ الولد- لا موضوعيته- عبّر الأصحاب عن السبب و الموضوع بالعلوق، وهو اللقاح أعني به ماء الفحل، ومنه تلقيح النخل، وهو وضع طلع الذكر في طلع الانثى أول ما ينشئ.

(3) قال المحقق قدّس سرّه: «وهو- أي الاستيلاء- يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه» «1» و ظاهره كونه مجمعا عليه، لعدم الإشارة إلى الخلاف فيه في المسالك و الجواهر «2»، بل نفى الريب فيه صاحب المدارك «3».

(4) استدراك على بطلان البيع لو وقع بعد العلق، و حاصله: أنه لو وطأها

---

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 138

(2) مسالك الأفهام، ج 10، ص 525؛ جواهر الكلام، ج 34، ص 372

(3) نهاية المرام، ج 2، ص 315

صحّ البيع [1] قبل العلوق.

ثمّ (1) إن المصرّح به

السيد ولم تحمل منه مدّة، ثم باعها، وحملت بعده صحّ البيع، لعدم صيرورة المملوكة بعد أمّ ولد، ولازمه صحة البيع وإن ألقته بعد ذلك، سواء أكان الملقى ولدا تامّا أم ناقصا.

(1) هذا إشارة إلى فرع آخر من فروع المبحث الثالث، وهو أنّه هل يشترط في ترتب أحكام الاستيلاء كون منشأ الحمل هو الوطاء، أم يكفي لحوق الولد بالمولى شرعا وإن كان العلوق بالمساحقة، إما بأن يساحق الزوج أمته، فينزل على ذلك العضو من دون تحقق الدخول، أو باستدخال قطنه من منيته، ونحوهما، فحملت منه، فإنّه يوجب لحوق الولد به، وإن لم يصدق عليها كونها مدخولا بها. نظير ما ذكره في عدة غير المدخول بها، كما لو حملت بمساحقة زوجها الم محبوب. قال المحقق قدّس سرّه:

«أمّا لو كان مقطوع الذكر سليم الأثنيين، قيل: يجب العدة، لإمكان الحمل بالمساحقة. وفيه تردد، لأنّ العدة تترتب على الوطاء. نعم لو ظهر حمل اعتدّت منه بوضعه، لإمكان الإنزال» (1).

وإما بأن تساحق زوجة السيد أو مملوكته - المدخول بهما - أمة المولى، فحملت، فإنّ الفعل وإن كان محرّما، لكن لا يمنع من كون الأمة فراشا، فيلحق الولد بالمولى.

[1] هذا ينافي ما أفاده بقوله: «لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقة صحيح إلى أن تصير النطفة علقة».

والظاهر أنّ ما ذكره المصنّف قدّس سرّه في هذه الأسطر لا يخلو من النظر والتهافت، فتأمّل فيها.

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 34

ص: 280

في كلام بعض (1) - حاكيا له عن غيره-: أنه لا يعتبر في العلق أن يكون بالوطء (2)، فيتحقق بالمساحقة، لأن (3) المناط هو الحمل، و كون ما يولد منها ولدا للمولى شرعا، فلا عبرة بعد ذلك (4) بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء (5).

---

وبالجملة: المراد من العلق كل ما يوجب لحوق الولد شرعا بالأب وإن لم يكن بالوطء.

(1) كصاحب الرياض قدس سره، قال: «ثم إن إطلاق العبارة... وبه صرح من الأصحاب جملة: أنه لا يشترط الوطاء، بل يكفي مطلق العلق منه، ولا حلّ الوطاء» (1). و ممن صرح به من الأصحاب الشهيد الثاني قدس سره كما سيأتي.

(2) قال المحقق: «وهو- أي الاستيلاد- يتحقق بعلق أمته منه في ملكه» (2) ونحوه ما في اللمعة (3). وفي الروضة: «و لا يشترط الوطاء، بل يكفي مطلق العلق منه، و لا حلّ الوطاء إذا كان التحريم عارضا كالصوم و الإحرام و الحيض و الرهن أمّا الأصلي بتزويج الأمة مع العلم بالتحريم فلا، لعدم لحوق النسب» (4).

(3) تعليل لعدم إناطة العلق بالوطء، و المفروض أنّ المساحقة تلحق الولد بالمساحق أو بمن منه الماء، و هو المولى.

(4) أي: بعد كون المناط هو الحمل و لحوق الولد بالمولى.

(5) لما قرّر في محلّه من عدم صلاحية الانصراف الناشئ من غلبة الوجود لتقييد الإطلاق، إذ المدار في التقييد بالانصراف على ظهور اللفظ في المعنى المنصرف إليه، و مجرد كون الحمل غالبا بالوطء لا يوجب الظهور.

---

(1) رياض المسائل، ج 13، ص 110

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 138

(3) اللمعة، ص 203

(4) الروضة البهية، ج 6، ص 370

ص: 281

نعم (1)، يشترط في العلوق بالوطء (2) أن يكون على وجه يلحق الولد بالواطئ وإن كان محرّماً (3)، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعة الوطاء لعارض آخر (4). أمّا الأمة المزوّجة فوطؤها زنا (5) لا يوجب لحوق الولد.

ثم إن المشهور (6) اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل

---

(1) بعد أن نفى اشتراط اللحوق بخصوص المباشرة، وكفاية الحمل بسبب آخر، تبه على اعتبار شرط فيه، وهو كونه على وجه يلحق الولد- شرعا- بالمولى، بأن تكون الأمة فراشا له، ولا يمنع حرمة المباشرة- لعارض- عن لحوق الولد بالمولى، كما إذا باشرها حائضا أو في نهار شهر رمضان أو في حالتي الإحرام والاعتكاف.

نعم لو زوّج أمته حرم ووطؤها، لعدم ملك البضع، فلو باشرها وحملت لم يلحق به الولد- وإن كان مالكا لرقبتها- لنفي الولد عنه شرعا، و ثبوت الحدّ عليه.

(2) ذكر «الوطء» من باب المثال، لما تقدم من أنّ المناط هو لحوق الولد بالمولى سواء أكان بالوطء أم بالمساحقة أم بغيرهما.

(3) أي: عارضا، وإلا فملك اليمين يقتضي حلية المباشرة أصالة.

(4) كالزّهن المانع من تصرف المالك في العين.

(5) لعدم كونه مالكا لوطنها مع كون البضع ملكا بالعقد للزوج.

المبحث الرابع: اعتبار كون الحمل في زمان الملك

(6) غرضه تحقيق موضوع حكم الشارع بمنع البيع- أي: أمّ الولد- من جهة اخرى، وهي اعتبار حدوث الحمل في ملك السيد، فلا عبرة بتملكها بعده، أم كفاية حملها منه لو تزوّجها ثم اشتراها.

و توضيحه: أنّ الأمة قد تلد مملوكا، كما إذا زوّجها مولاه من حرّ مع اشتراط رقية الولد- بناء على صحة هذا الشرط- ثم اشتراها. وقد تلد من حرّ، كما إذا زوّجها مولاه منه، فحملت، ثم اشتراها الزوج من السيد. وقد تلد من

لم تصر أم ولد، خلافا للمحكي عن الشيخ وابن حمزة، فإكتفيا بكونها أم ولد قبل الملك. ولعله (1) لإطلاق العنوان [1]،

سيدها.

ولا ريب في موضوعية هذا القسم الثالث لأحكام أم الولد. كما أن المشهور خروج القسم الأول. إنَّما الكلام في القسم الثاني، فحكي عن الطوسيين قدس سرهما صيرورتها أم ولد، ففي المبسوط: «أن تعلق الأمة بحرّ في غير ملكه، بأن يظا أمة غيره بشبهة، فتعلق منه بولد حرّ، فلا تصير أم ولد في الحال. فإن ملكها قال قوم:

لا تصير أم ولده. وقال بعضهم تصير أم ولده. وهو الأقوى عندي» (1).

والوجه فيه أمران، الأول: إطلاق «أم الولد» عليها حقيقة عرفا ولغة، وهي الموضوع لأحكامها في النصوص، لعدم تقييدها بكون العلق في زمان الملك.

الثاني: وجود عدّة منع بيع «أم الولد» فيها، وهي تشبثها بالحرية، وانعتاقها مما يرثه ولدها، ومن المعلوم عدم الفرق في هذا المناط بين كونها حال حدوث الحمل أمة للمولى، وبين كونها زوجة له، ثم دخلت في ملكه، هذا.

لكن ناقش المصنف في كلا الوجهين كما سيأتي.

(1) أي: ولعلّ اكتفاءهما بكونها أم ولد- قبل الملك- لأجل صدق عنوان «أم الولد» عليها حقيقة بلا عناية، لكونها ذات ولد.

[1] لا- شبهة في إطلاق العنوان عليها، لكنه ليس بهذا الإطلاق موضوعا لأحكام خاصة، فالتشكيك في صدق عنوان أم الولد عرفا على المملوكة التي لم يكن حملها بالملك- بل بالتزويج- ضعيف.

(1) المبسوط، ج 6، ص 186؛ الخلاف، ج 6، ص 426؛ الوسيلة، ص 342-343. والحاكي عنهما جماعة، فلاحظ: رياض المسائل، ج 11، ص 109؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 68؛ جواهر الكلام، ج 34، ص 373

ص: 283

ووجود (1) العلة، وهي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها.

ويردّ الأوّل (2): منع إطلاق يقتضي ذلك (3)، فإنّ (4) المتبادر من «أمّ الولد» صنف من أصناف الجوّاري باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية، كالمديّر (5) والمكاتب [1].

---

(1) معطوف على «إطلاق» وهو إشارة إلى العلة المستنبطة التي يحتمل اعتماد الطوسيين عليها. وهي التشبث بالحرية.

(2) هذا ردّ الوجه الأوّل، ومحصّله: منع إطلاق «أمّ الولد» على الأمة التي كان حملها سابقا على الملك، فإنّ المتبادر من هذا العنوان هو الأمة التي حملت بالولد من مولاها في حال مملوكيتها له، لا مطلقا، وإن كانت زوجة له. فكما أنّ «المكاتب» و«المديّر» وصفان لبعض المماليك باعتبار عروض حالة التدبير والكتابة عليهما، واتصافهما بالعناوين المزبورين، فكذا عنوان «أمّ الولد».

وعليه فلا يراد هنا معناها لغة و عرفا الصادق على مطلق الجارية ذات الولد- سواء أكان من مولاها أم من زوجها أم من غيرهما لشبهته- حتى يندرج المقام فيه، ويقال بكفاية كون ولدها ابنا للسيد وإن حملت به قبل تملكها.

(3) أي: يقتضي شمول العنوان للأمة التي سبق حملها على الملك.

(4) هذا تعليل لمنع الإطلاق، قال في الرياض: «لانصرافه- أي إطلاق أمّ الولد- بحكم التبادر إلى التي علقت به في الملك، لا في الأمرين» [1].

(5) وهو الذي أنشأ المولى حرّيته معلّقا على وفاته، فقال له: «أنت حرّ بعد

---

[1] هذا لا يخلو من خفاء. و فرق واضح بين عنوان «أمّ الولد» وبين غيره من العناوين التي لا تنطبق على غير المملوك كالمكاتب و المديّر، لأنّ هذين الوصفين من

---

(1) رياض المسائل، ج 13، ص 109-110؛ و لاحظ المسالك، ج 10، ص 526؛ الجواهر، ج 32، ص 323-374

ص: 284

و العلة المذكورة (1) غير مطردة و لا منعكسة، كما لا يخفى.

مضافا (2) إلى

وفاتي» فلا يقال للمملوك «انه مدبر» لو أوصى المولى بعقده بعده.

و كذا لا يقال: «إنه مكاتب» إلا إذا عقد المولى معه الكتابة مشروطة أو مطلقة.

(1) هذا ردّ الوجه الثاني، و حاصله: أن تشبّثها بالحرية ليست علة منصوبة، لتكون مناط الحكم، بل هي مستتبطة، و لذا لا تكون مطردة بأن يقال: «كلّ أمة هي في معرض الانعتاق من نصيب ولدها أم ولد» و لا منعكسة بأن يقال: «كل أم ولد تكون في معرض الانعتاق من نصيب ولدها».

أما عدم أطراد العلة، فلأنّ المستولدة التي مات قريبها و خلف تركة، و لم يكن له وارث سواها، تشتري حينئذ من التركة و تعتق، لترث قريبها، على ما ذهب إليه جماعة، بل ادّعى بعض الإجماع عليه، فإنّ العلة- و هي معرضيتها للانعتاق من نصيب ولدها- موجودة فيها، و مع ذلك يجوز بيعها، و لا تمنع العلة المزبورة عن بيعها، فليست العلة المذكورة مطردة و مقتضية للحكم بعدم جواز البيع في جميع مواردنا.

و أمّا عدم انعكاس العلة فكما لو ارتدّ الولد، فإنّ أمّ الولد حينئذ لا تباع، مع أنّ الولد لارتداده لا يرث من أبيه حتى تعتق أمّه من نصيبه. فالعلة- و هي معرضية الأمة لانعتاقها من نصيب ولدها- مفقودة، و مع ذلك لا يجوز بيعها. و شأن العلة دوران الحكم مدارها وجودا و عدما.

(2) هذا وجه آخر لمنع كلام الشيخ و ابن حمزة قدس سرهما، و حاصله: أن رواية

الأوصاف المختصة بالمملوك. بخلاف «أمّ الولد» فإنّه غير مختصّ بالمملوك، و لذا لا يلاحظ فيه عنوان المملوكية، دون غيره من الصفات المختصة بالمملوك، فلا يكون أمّ الولد كغيره.

ص: 285

صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة «1».

ثم (1) إن المنع عن البيع [عن بيع أم الولد]

ابن مارد تحدّد الموضوع، لقوله عليه السلام- في الأمة التي تزوجها الرجل وولدت له، ثم تملكها ولم تحمل منه بعده-: «هي أمته» فلا يعبا بصدق «أم الولد» عليها عرفا ولغة بعد صراحة الرواية في التقييد.

هذا تمام الكلام في المبحث الرابع.

المبحث الخامس: عموم منع نقل «أم الولد»

(1) هذا شروع في بيان حكم بيع أم الولد بعد الفراغ عما يتحقق به الموضوع.

وهل أن الأصل فيه المنع إلا ما ثبت جوازه؟ أم أن الأصل هو المنع عن البيع عدا ما خرج، ليكون هو المرجع في موارد الشك في جواز البيع ومنعه.

فأفاد قدس سرّه: أن المستفاد من النصوص والإجماع- مؤيدا بفهم الأصحاب- هو عموم منع التصرف الناقل لها عن ملك سيدها إلى غيره، ولا يخرج منه إلا بدليل، كالاضطرار إلى بيعها لوفاء ثمنها لو اشتراها السيد نسيئة، ولم يكن له ما يؤدّيه به، ونحوه من مواضع الاستثناء الآتية بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

وبناء على استفادة القاعدة الكلية يتعيّن الحكم بمنع البيع فيما لم يحرز جوازه، خلافا لمن أنكر هذا العموم، وتمسك بآية حلّ البيع وقاعدة السلطنة على صحة بيع أم الولد في غير ما نهض الدليل على المنع، كما سيأتي عن المحقق الأردبيلي والسيد المجاهد وصاحب المقابس قدس سرّهم.

أمّا النصوص التي يستفاد منها عموم المنع، فمنها: رواية السكوني المتقدمة في (ص 241) الدالة على كون بيع أم الولد الرضاعية من المنكرات، فتدل بالأولوية على المنع في أم الولد الصلبي. ولو كان المنع عن بيعها ثابتا في بعض الموارد لم يتجه إنكاره

(1) تقدمت في ص 265

ص: 286



مطلقا.

ومنها: روايته الاخرى المتقدمة في (ص 265) التي حكم عليه السلام بكون المكاتبه- العاجزة عن أداء مال الكتابة- أم ولد، لإمكان تكاليفه عليه السلام على وضوح الحكم عند السائل، وعلمه بافتراق «أم الولد» عن المكاتبه حكما، ومنع بيعها، ومقتضى الارتكاز عدم جواز نقلها مطلقا.

ومنها: رواية محمد بن مارد المتقدمة في (ص 265) وفيها: «إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك» لظهور المفهوم- وهو: إن حدث عنده حمل بعد التملك لم يجز بيعها- في منع البيع بمجرد حدوث الحمل في ملك السيد، ومقتضى إطلاق المفهوم عدم الجواز مطلقا.

ومنها: رواية عمر بن يزيد الآتية في (ص 299) المتضمنة للسؤال عن وجه بيع مولانا أمير المؤمنين عليه السلام لأمهات الأولاد، ثم سأل الراوي عن جواز بيعهن فيما سوى الدين، فقال أبو ابراهيم عليه السلام: «لا» فإنها صدرا وذيلا تدل على المنع.

أما الصدر فلظهوره في كون المنع مسلما، ولذا استفسر عمر بن يزيد من الإمام الكاظم عليه السلام لرفع استبعاده عما أوجب إقدامه عليه السلام على البيع.

وأما الذيل فلصراحته في عدم جواز البيع في غير الدين، وهذا هو العموم المدعى.

وأما الإجماع، فقد ادعى على المنع أيضا، ففي جامع المقاصد: «فإنه لا يجوز بيع أم الولد ما دام حيًا، اتفاقا، إلا في المواضع المستثناة من كلام الفقهاء» (1).

وفي الرياض: دعوى نفي الخلاف في منع البيع (2).

وقال في الكفاية: «و ظاهر كلام الأصحاب عدم جواز بيع أم الولد» (3).

(1) جامع المقاصد، ج 13، ص 132

(2) رياض المسائل، ج 13، ص 111

(3) كفاية الأحكام، ص 225

ونقل فخر المحققين عن والده قدس سرهما الإجماع على منع البيع. لكن لم أجده في الطبعة الحديثة من المختلف، فراجع «1».

والمتمحصل: أنّ الأصل في بيع أمّ الولد هو المنع إلا ما خرج بالدليل.

فإن قلت: يشكل دعوى الإجماع على عموم المنع مع ما سيأتي من اختلافهم في كثير من المواضع المستثناة، والتزام جمع بجواز البيع في جملة منها. نعم لا بأس بدعوى الإجماع على المنع في الجملة، لكنه لا يجدي للمرجعية في موارد الشك.

قلت: الظاهر عدم التنافي بين الإجماع عن المنع عن نقلها، وبين كون جملة من المواضع خلافية، وذلك لأن الاتفاق على المنع ناظر إلى حكم أمّ الولد بالعنوان الأولي، وموارد الاختلاف من قبيل طرود عنوان ثانوي عليها، ومن المعلوم أنّه لا تمانع بين كون حكم الشيء بالعنوان الأولي متفقا عليه، وبين كونه حين طرود العنوان الثانوي عليه مختلفا فيه.

وعليه فالمقام نظير حكمهم بحلية اكل لحم الغنم بما هو هو، وبحرمته بعنوان المغصوب والمنذور التصدق ونحوهما. فأمّ الولد يحرم بيعها بما هي أمّ ولد، ويجوز عند بعض الطوائف، كأداء ثمن رقبتها.

(1) كما في الجواهر أيضا، لقوله: «و بذلك ونحوه ظهر لك أنّ المهم حينئذ تحقيق كون مقتضى الأدلة عدم جواز نقلها إلا ما خرج بالدليل، أو جوازه إلا ما خرج؟ والظاهر الأوّل» «2».

[1] هذا هو التحقيق. ومنعه ضعيف، إذ لا قصور في إطلاق مفهوم قوله عليه السلام في صحيح ابن مارد: «إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل».

(1) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 634؛ مختلف الشيعة، ج 8، ص 132

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 382

ص: 288

و [محمد] ابن مارد المتقدمين، و صحيحة عمر بن يزيد الآتية وغيرها (1) - و من (2) الإجماع على أنّها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظة الحقّ

---

(1) كرواية السكوني المتقدمة أوّل المسألة، فلاحظ (ص 241).

(2) معطوف على «من الأخبار».

---

و التفكيك في الإطلاق - كما في حاشية المحقق الإيرواني قدّس سرّه تبعا للمحقق الخراساني قدّس سرّه «1»: «بأنّ قوله عليه السّلام - ما لم يحدث عنده حمل - لا - إطلاق فيه، لكونه مسوقا لبيان حكم المغيبي، وفي موضوع عدم حدوث الحمل - لا لبيان حكم الغاية وفي موضوع حدوث الحمل، فلا - استفاد منها في موضوع الحمل إلا المنع في الجملة و مهملا. و الاختلاف بين الغاية و ذي الغاية يتحقق بذلك» «2». غير ظاهر، إذ فيه:

أوّلا: أنّ الأصل العقلائي يقتضي كون المتكلم في مقام البيان من جهة شكّ في كونه في مقام بيانها، و غاية ما ذكره هو الشكّ في كونه في مقام البيان.

و ثانيا: أنّ مثل هذه التشكيكات يوجب سقوط الإطلاقات طرّا عن الاعتبار، و حملها على التشريع فقط، و هذا بمكان من الضعف.

و ثالثا: أنّ التعرض في كلام الإمام عليه السّلام لما ذكره السائل من عدم الحمل قرينة على كونه عليه السّلام في مقام البيان من جهة حكم الغاية لا حكم المغيبي فقط، لكفاية ذكر عدم الحمل في كلام الراوي في الجواب عنه بجواز البيع و العتق. فتكرير الإمام عليه السّلام له دليل على كونه عليه السّلام في مقام بيان حكم الحمل، و هو الغاية. فالإطلاق ثابت بالنسبة إلى كلّ من حكم الغاية و المغيبي.

نعم لا بأس بالمناقشة في رواية السكوني، إذ هي لا تدلّ على أزيد من أنّ لأّمهات الاولاد حكما خاصا بهنّ.

---

(1) حاشية المكاسب، ص 115

(2) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج 1، ص 183

ص: 289

الحاصل منها بالاستيلاء- أعني تشبّثها بالحرية (1)- ولذا (2) كلّ من جوّز البيع في مقام، لم يجوّزه إلا بعد إقامة الدليل الخاص.

---

لكن لا يخفى عدم ثبوت الإجماع التعبدي هنا، لقوة احتمال استنادهم في ذلك إلى النصوص المتقدمة، فلاحظ.

(1) تقدم في (ص 254) تكرر هذه الكلمة في كتب الأصحاب، وإن رماها المصنف قدّس سرّه بكونها علة مستتبطة لا منصوبة، فلا تصلح للاستناد.

(2) هذا تشبث بفهم الأصحاب لإثبات عموم المنع، وهو مؤيد، لا دليل. يعني:

و لأجل كون منع بيع أمّ الولد قاعدة كلية- خارجة من عموم الوفاء بالعقود و حلّ البيع- فكّل من جوّز بيعها في موضع اعتمد على دليل يخصّص عموم المنع، لا إلى العمومات المقتضية للصحة، لفرض العلم بتخصيصها بالنصوص المانعة عن بيع أمّ الولد. و من الواضح أنّ المرجح في مورد الشك في بيعها هو العام الثاني المانع، لا العام الفوق المعلوم تخصيصه.

---

وبعبارة اخرى: لا تدلّ إلا على صغروية هذه المكاتبه العاجزة عن أداء مال الكتابة لأمّ الولد. و أمّا حكم أمّ الولد من عدم جواز بيعها وغيره فلا يظهر من هذه الرواية.

إلا أن يقال: بوضوح الحكم عند السائل، إذ لو لم يكن منع بيع أمّ الولد معلوما له لم يجد مجرد عدّه هذه المكاتبه من أمّهات الأولاد، و لم يتلقّ السائل وظيفته الفعلية بالنسبة إلى هذه المكاتبه. مع أن ظاهر سكوتة عليه علمه بالحكم بنفس جعلها أمّ ولد.

و كيف كان فالمناقشة مختصة برواية السكوني، و لا تتأتى في صحيحة ابن مارد، لما مرّ، و لا في صحيح عمر بن يزيد، لقوة ظهور قول السائل فيه: «لم باع أمير المؤمنين صلوات الله عليه أمّهات الأولاد» في كون عدم جواز بيعهن مركزا عند أذهان المتشرعة، و اقتضاء هذا العنوان لعدم جواز البيع، و السؤال إنما يكون من وجود المانع الذي جوّز البيع، كما يظهر من كلام الإمام عليه الصلاة و السلام.

فلا بد (1) من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ما هو أولى بالملاحظة (2) في نظر الشارع من الحقّ المذكور. فلا يصغى (3)

---

(1) هذه نتيجة استفادة القاعدة الكلية- في بيع أمّ الولد- من النصوص والإجماع.

(2) كتعلق حق الغير بها، أو تعلق حقها بتعجيل العتق، وغيرهما ممّا سيأتي في مواضع الاستثناء، فلاحظ (ص 295) و ما بعدها.

(3) هذا إشارة إلى القول المخالف في المسألة، وهو إنكار عموم منع بيع أمّ الولد، فيقتصر في تخصيص عمومات الصحة على ما نهض الدليل على منع البيع، ويقال بجواز البيع في الموارد المشكوكة، وقال به المحقق الأردبيلي والسيد المجاهد ونسب إلى فخر المحققين و صاحب المدارك أيضا.

ففي مجمع الفائدة: «و لكن لا يبعد أن يقال: إنّ الاستصحاب وأدلة العقل والنقل تدلّ على جواز التصرف في الأملاك مطلقا، فيجوز مطلق التصرف في أمّ الولد ببيعها مطلقا وغيره إلا ما خرج بدليل. و ما ثبت الدليل- وهو الإجماع هنا- إلا في منع البيع مع بقاء الولد و عدم إفسار المولى بثمانها...» (1).

وقال السيد المجاهد- بعد الاستناد إلى عمومات صحة العقود والشروط:-

«لا يقال: يعارض العمومات المذكورة عموم ما دلّ على النهي عن بيع أمّ الولد، وهو أخصّ من تلك العمومات، فينبغي تخصيصها به. لأنّنا نقول: لم نجد عموما يدلّ على ذلك بحيث يكون أصلا يرجع إليه في موارد الشك، وإن كان الشهيد الثاني ادّعى وجوده. فإذا: الأصل فيها العمومات المذكورة» (2).

---

(1) مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 171

(2) المناهل، ص 319 و 320، ونسب إلى الإيضاح أصالة الجواز، وهو كذلك في كتاب البيع، ج 1، ص 428، ولكن الموجود في باب الاستيلاء هو قوله: «و الأقوى عندي: أنّه لا تباع أمّ الولد» و ظاهره أصالة المنع، فراجع، ج 3، ص 636، و لا بد من مزيد التتبع.

ص: 291

إذا إلى منع الدليل على المنع كئيّة، و التمسك (1) بأصالة صحّة البيع من حيث قاعدة تسلّط الناس على أموالهم (2) حتى يثبت المخرج (3).

ثمّ (4) إنّ المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكئيّة المذكورة

---

(1) معطوف على «منع».

(2) التمسك بقاعدة السلطنة مبني على كونها مشرّعة للأسباب كما يقتضيه استدلال المحقق الأردبيلي بها على مملّكية المعاطاة. وأما بناء على كون مدلولها نفي حجر المالك عن التصرفات المشروعة فيشكل الاستناد إليها في المقام، لعدم إحراز قابلية أمّ الولد للنقل حتى يتجه صحة بيعها بها.

(3) أي: ما يخصّص أصالة صحة بيع أمّ الولد.

(4) غرضه قدّس سرّه أن منع بيع أمّ الولد من العمومات الشرعية المخصّصة بمواضع سيأتي ذكرها. ولكن حكي عن السيد المرتضى قدّس سرّه إنكار الاستثناء، ولو تمّت الحكاية كان هذا القول مقابلاً- بتمام المقابلة- لمن أنكر أصالة المنع، وذهب إلى أصالة صحة البيع. وفي صحة ما نسبه ابن إدريس إلى السيّد تأمل.

و الأولى نقل كلامه المنقول في المقابس- في حكم بيع أمّ الولد إن كان ثمنها ديناً على مولاها المعسر- وقوفاً على حقيقة الأمر، ففيه: «حيث قال- أي السيد-:

ومما انفردت به الإمامية القول بجواز بيع أمهات الأولاد بعد وفات أولادهن، ولا يجوز بيع أمّ الولد وولدها حيّ. وهذا موضع الانفراد، فإنّ من يوافق الإمامية في جواز بيع أمهات الأولاد يخالفها في التفصيل الذي ذكرناه. ثم استدلّ- أي السيد- بإجماع الإمامية، وأطال الكلام في الأدلة الدالة على جواز البيع ردّاً على المخالفين» (1).

وقال في السرائر: «وقال السيد المرتضى: لا يجوز بيعها ما دام الولد باقياً،

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 70؛ الانتصار، ص 175، المسألة التاسعة من كتاب التدبير

لا في الثمن، ولا في غيره» (1).

والظاهر أن منشأ نسبة منع البيع إلى السيد مطلقاً هو قوله: «ولا يجوز بيع أمّ الولد وولدها حيّاً» إذ لم يفصل قدّس سرّه بين كون ثمنها ديناً على السيد وعدمه.

لكن وجه صاحب المقابس كلام السيد بما لا يكون مخالفاً لإجماع الأصحاب على جواز البيع في الفرض المزبور، قال قدّس سرّه: «و عبارته ليست نصّاً في المخالفة، وإتّما قصد بها الرد على المخالفين، حيث لم يوافقوا على التفصيل بين بقاء الولد وموته. ولّمّا كان التفصيل بذلك - أي بين حياة السيد وموته - مجمعا عليه بين الأصحاب، فلذلك نقل الإجماع عليه» (2).

ومحصّله: أنّ نظر السيد نفي مذهب المخالفين من منع البيع مطلقاً، سواء بقي الولد أم مات، وليس مقصوده دعوى الإجماع على الجواز بعد وفاة الولد حتى يقال بمخالفته للأصحاب المفصلين بين كون ثمنها ديناً على مولاها، وعدمه.

وارتضى المصنّف قدّس سرّه هذا الحمل. وعليه فالكلية المزبورة مخصّصة عند جميع الإمامية. ولو فرض تمامية نسبة عموم المنع إلى السيد، قلنا إنه لا عبرة به لمخالفته للنصوص المعتمدة، وهي على طائفتين:

الأولى: ما دلّت على جواز بيعها في موضع خاص، وهو ثمن رقبتها. وسيأتي التعرض لها قريباً، فلاحظ (ص 299).

الثانية: ما دلّت على أنّ أمّ الولد أمة، ويجري عليها حكم سائر الإماء، مع عدم سبق سؤال عن بيعها في خصوص الدين ولا في غيره، ومن المعلوم جواز التصرف الناقل في مطلق الأمة ببيع وهبة ونحوهما. نعم يقيد الإطلاق بمقدار قيام الحجة على المنع، مثل كون الولد حيّاً، ولم يكن ثمنها ديناً على مولاها.

(1) السرائر، ج 3، ص 21

(2) المقابس، ص 71

في الجملة (1). لكن المحكي في السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع و عدم الاستثناء.

وهو (2) غير ثابت. وعلى تقدير الثبوت فهو ضعيف، يردّه (3)- مضافا إلى ما ستعرف من الأخبار- قوله عليه السلام في صحيحة زرارة و قد سأله عن أمّ الولد، قال: «تباع و تورث، و حدّها حدّ الأمة» «1» بناء على حملها (4) على أنّها قد يعرض لها ما يجوز ذلك.

---

فإن قلت: هذه الرواية لا تدل على جواز بيعها في الجملة، لظهورها في اتحاد حكمها مع سائر الإماء، فكما يصحّ نقلها كذا يصحّ نقل أمّ الولد، و هذا ينافي تلك القاعدة التي استفادها المصنف من النصوص و الإجماع من أصالة منع بيعها.

قلت: نعم، و إن كان ظاهرها معارضا لتلك القاعدة، إلا أن الرواية محمولة على أنّ أمّ الولد قد يعرض عليها ما يجوز البيع. و ليس المراد مماثلة أمّ الولد لمطلق الأمة في جواز البيع متى شاء السيد.

(1) و هي القدر المتيقن من تخصيص عموم المنع، و إن لم نقل بجواز بيعها في جميع المواضع الواردة في كلمات الفقهاء.

(2) أي: و عموم المنع- عند السيد- غير ثابت، لما تقدم من توجيه كلامه في المقابس.

(3) هذه خدشة اخرى في عموم المنع- لو سلّم التزام السيد قدس سره به- و محصّلها دلالة الأخبار المعتمدة على جواز البيع إمّا في خصوص الدين، و إمّا من دون التقييد به.

(4) إذ لو لم تحمل عليه لكان مقتضاها جواز البيع مطلقا لا في خصوص طروء المسوّغات، فلا بد من هذا الحمل الذي هو جمع عرفي بين هذه الرواية و بين ما دلّ على عدم جواز بيعها.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 52، الباب 24 من أبواب بيع الحيوان، الحديث: 3



وَأَمَّا الْمَوَاضِعُ (1) الْقَابِلَةُ لِلِاسْتِثْنَاءِ - وَإِنْ [وَقَدْ] وَقَعَ التَّكَلُّمُ فِي اسْتِثْنَائِهَا

إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وَحَدَّهَا حَدَّ الْأُمَّةِ» يَأْتِي عَنْ هَذَا الْحَمَلِ، لِكَوْنِهِ كَالنَّصِّ فِي كَوْنِ أُمِّ الْوَلَدِ كغَيْرِهَا مِنَ الْإِمَاءِ مِنْ دُونَ تَفَاوُتِ بَيْنَهُمَا. فَلَا بَدَّ حِينَئِذٍ مِنْ مَعَامَلَةِ التَّعَارُضِ، وَتَقْدِيمِ مَا دَلَّ عَلَى الْمَنْعِ عَنْ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ لِأَرْجَحِيَّتِهِ، فَلَاحِظْ.

المبحث السادس: المواضع القابلة للاستثناء من عموم المنع

(1) هذا شروع في ذكر موارد يمكن تخصيص عموم منع البيع فيها، و اختلفوا في ضبطها وعدّها، فاقصر الشهيد قدّس سرّه في اللمعة على ثمانية مواضع، و تنظر في التاسع (1).

و في جامع المقاصد جواز بيعها في أربعة عشر موضعا (2)، و أضاف الشهيد الثاني قدّس سرّه إلى ما في متن اللمعة، فبلغ المجموع عشرين موضعا، ثم قال: «و في كثير من هذه المواضع نظر» (3). و أنهاها صاحب المقابس قدّس سرّه إلى ثمانية و ثلاثين موضعا على ما فيها من الوفاق و الخلاف (4).

و أفاد المصنف قدّس سرّه: أنّ الاستثناء ينشأ من وجود ما يصلح كونه أولى بالرعاية من حقّ الاستيلاء، و جواز بيعها لا بدّ أن يكون لانطباق أحد عناوين أربعة:

أولها: تعلق حق الغير بها، كما إذا مات مولاها مديونا بثمانها، و لم يخلف شيئا لأدائه، فحقّ البائع أولى بالرعاية من حقّ أمّ الولد.

ثانيها: تعلق حقّها بتعجيل العتق، كما إذا مات أحد أقارب أمّ الولد، و ليس له وارث سواها، فتشترى من مولاها لتعتق، و لو بقي شيء من التركة كان إرثا لها.

ثالثها: تعلق حقّ سابق على الاستيلاء، كما إذا رهنها المولى في دين، ثم

(1) اللمعة، ص 94

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 98-99

(3) الروضة البهية، ج 3، ص 260-261

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 70-94

ص: 295

لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحقّ - فهي (1) صور، يجمعها:

### [القسم الأول ما تعلق حقّ للغير بها]

#### إشارة

تعلق حقّ للغير بها، أو تعلق حقّها بتعجيل العتق، أو تعلق حقّ سابق على الاستيلاء، أو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل.

### [المورد الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن ما يؤدي هذا الدين]

فمن موارد القسم الأول: ما إذا كان على مولاها دين، و لم يكن ما يؤدي هذا الدين (2). و الكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، و قد يقع فيما إذا كان غير ثمنها.

و على الأول (3)، يقع الكلام تارة بعد موت المولى، و اخرى في حال حياته.

أمّا بعد الموت (4)، فالمشهور الجواز، بل عن الروضة:

---

استولدها، و تعذر الوفاء، فيجوز بيعها، لتقدم حق الارتهان على حق الاستيلاء.

رابعها: عدم تحقق الحكمة المانعة عن نقلها إلى الغير، كما إذا ارتدّ ولدها قبل وفاة السيد، فإنّ الحكمة من عدم بيعها - وهي الانعتاق من نصيب الولد - منتفية، فيجوز بيعها.

(1) جواب الشرط في «و أمّا».

القسم الأول: تعلق حق الغير بأمّ الولد 1- أن يكون على مولاها دين

(2) هذا هي المورد الأول، و هو يتضمن صورتين ممّا ذكره في المقابس، و الجهة الجامعة بين الصورتين هو بيعها في الدين، ففصل المصنف قدس سرّه بين كون الدين ثمن رقبته، و بين كونه مالا آخر في ذمة السيّد، فهنا مقامان. و على الأول فتارة يبحث عن جواز بيعها بعد وفاة السيد، و اخرى في حياته.

(3) هذا شروع في المقام الأول، و هو حكم بيع أمّ الولد مقدمة لأداء ثمنها إلى البائع.

(4) أي: جواز بيعها إن كان ثمنها دينا على السيد و لم يؤدّه في حياته.

أنّه موضع وفاق (1).

و عن جماعة (2) «أنّه لا-خلاف فيه». ولا ينافي ذلك (3) مخالفة السيد في أصل المسألة، لأنّهم (4) يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء في بيع أمّ الولد،

و استدللّ عليه- بعد الإجماع المتضافر نقله- بإطلاق قاعدة السلطنة، و بصحيح عمر بن يزيد، و إن ناقش في الاستناد إلى حديث السلطنة، كما سيأتي.

(1) قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «أما مع الموت فموضع وفاق» (1).

(2) الحاكي عن جماعة عدم الخلاف هو السيد العاملي (2)، و كذا في المسالك و مجمع الفائدة (3)، بل في جامع المقاصد: دعوى الإجماع عليه، فراجع (4).

(3) أي: و لا ينافي عدم الخلاف- الذي ادّعاه جماعة- مخالفة السيد المرتضى و منعه بيعها مطلقا، سواء في دين ثمنها أو في دين آخر ممّا في ذمة مولاهما.

وجه عدم التنافي: أنّ مقصود مدّعي الإجماع إمّا نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء، لا عدم الخلاف بين جميع الفقهاء حتى تقدح مخالفة السيد في تحقق صغرى الإجماع من جهة إنكاره بيع أمّ الولد مطلقا. و إمّا نفي الخلاف بين الفقهاء المجوّزين لبيعها في ثمن رقبتها، لإتفاقهم على الجواز بعد وفاة السيد، و إن اختلفوا فيه حال حياته.

و بكلّ من الوجهين تتجه دعوى الإجماع على الجواز مع عدم معارضته بمخالفة السيد قدّس سرّه له.

(4) تعليل لقوله: «لا ينافي» وجه عدم المنافاة الالتزام بأحد الأمرين كما مرّ آنفا.

(1) الروضة البهية، ج 3، ص 261

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 262، و لاحظ: نهاية المرام، ج 2، ص 315؛ كفاية الأحكام، ص 225؛ رياض المسائل، ج 13، ص 111

(3) مسالك الأفهام، ج 8، ص 46؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 170

(4) جامع المقاصد، ج 13، ص 140

ص: 297

أو القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبتها، في قبال صورة حياة المولى المختلف فيها.

وكيف كان (1)، فلا إشكال في الجواز في هذه الصورة (2)، لا لما قيل:

«من قاعدة تسلط الناس على أموالهم» لما (3) عرفت من انقلاب القاعدة إلى

---

(1) أي: سواء تم توجيه دعوى الإجماع أم لم يتم، فالحكم بالجواز مما لا شبهة فيه، لوفاء الدليل به. وهو إما عمومات صحة البيع و حليته، وقاعدة السلطنة بتقريب: أن «أم الولد» مال من أموال السيد، ومقتضى سلطنة المالك على أموالهم جواز التصرف الناقل، إلا ما خرج بدليل، ومن المعلوم أن إطلاق السلطنة يزيل الشك في جواز بيع أم الولد إن كان ثمنها ديناً.

ونسب صاحب المناهل «1» إلى فخر المحققين الاستدلال بقاعدة السلطنة، وارتضاه، وذكره صاحب الجواهر قدس سره «2» وجها لتردد المحقق لا للاعتماد عليه بوجه.

---

قال في الإيضاح في شرح قول والده: «و في اشتراط موت المولى نظر» ما لفظه: «و الأول- أي عدم الاشتراط- أولى، لأنها مملوكة، و الأصل جواز التصرف في الملك بالبيع وغيره، خرج المتفق على منعه، بقي الباقي على الأصل» «3».

لكن تقدم في (ص 291) ما ربما يستفاد عدوله في باب الاستيلاء عنه.

وناقش المصنف فيه بأن قاعدة السلطنة ونحوها مما يقتضي الصحة قد علم انقلابها- في أم الولد- إلى قاعدة المنع، فلا بد في موارد الشك من الرجوع- في هذا المال الخاص- إلى عموم المنع، لا إلى عمومات صحة العقود المفروض تخصيصها.

(2) وهي صورة بيعها- بعد وفاة المولى- في ثمن رقبتها.

(3) تعليل لقوله: «لا» وقد اتضح وجهه آنفاً.

---

(1) المناهل، ص 319

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 376

(3) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 428

ص: 298

المنع في خصوص هذا المال (1). بل (2) لما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام (3): أسألك عن مسألة، فقال: سل.

قلت: لم باع أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك

(1) أي: أم الولد، والمراد من الانقلاب هو تخصيص العموم وتقييد الإطلاق.

(2) معطوف على «لا لما قيل» فكأنه قال: «لا إشكال في الجواز، لما رواه المشايخ ... الخ».

(3) هذا موافق لما في التهذيب والفقهاء، وفي الكافي: «قلت لأبي عبد الله أو لأبي إبراهيم» من تردد الراوي في أن المسؤول هو الإمام الصادق أو الكاظم عليهما السلام.

ثم إن هذه الصحيحة تضمنت أسئلة ثلاثة، والمقصود من ذكرها الاستدلال بجوابه عليه السلام عن السؤال الثاني من جواز بيع أم الولد في ثمنها بعد وفاة السيد.

ولا بأس بتوضيح ما ورد فيها، إذ الظاهر حصول شبهة لعمر بن يزيد نشأت مما وصل إليه من أن أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين باع أمهات الأولاد، و ظاهره تكرّر بيعهن، ولعلّ منشأ الشبهة حكم المخالفين بأن أم الولد حرّة، وإنكارهم بيعها، فاستجاز عمر بن يزيد من الإمام عن أن يسأل ويستعلم، فأجازه عليه السلام. فسأل عن وجه فعل أمير المؤمنين عليه السلام، فأجابه الإمام عليه السلام بأنّ البيع كان في فكاك رقابهن.

و كأنّ السائل لم يقنع بهذا الجواب، لعدم كون البيع في فكاك رقابهن بيّناً، فسأل مرة أخرى «فكيف ذلك؟» فأجابه عليه السلام بما حاصله: أنه يجوز بيعها إذا اجتمعت أمور ثلاثة:

الأول: أن يكون ثمن الجارية ديناً في ذمة مولاها، ولم يؤدّه إلى بائعها. وهذا مفاد قوله عليه السلام: «و لم يؤدّ ثمنها».

الثاني: موت المولى حال كونه مديوناً لثمنها، وهذا مدلول قوله عليه السلام:

«و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه» لظهور «لم يدع» في موت المولى، وإلا لعبر بمثل «و لم يكن له من المال ...».

رقابهنّ. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ولم (1) يؤدّ ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدّي عنه (2)، اخذ منها ولدها وبيعت (3)، وادّي ثمنها.

قلت: فيبعن (4) فيما سوى ذلك من دين؟ قال (5): لا (6) «1».

وفي رواية (7) اخرى لعمر بن يزيد

---

الثالث: عدم ترك مال لأداء الدين، و تفرغ الذمة عن ثمن الجارية، وهذا أيضا مفاد الجملة المتقدمة.

ثم سأل عمر بن يزيد عن جواز بيع أمّ الولد فيما عدا ثمنها من ديون اخرى لو كانت على السيّد. فنفي عليه السّلام ذلك.

وبالجملة: فالصحيحة وافية بإثبات المدّعى، وهو جواز بيع أمّ الولد بعد وفاة السيد إن كان مديونا بثمانها.

(1) كذا في النسخ، وفي الوسائل والكافي والفقيه والتهذيب: «ثم لم يؤدّ».

(2) كذا في النسخ، وهو موافق لما في التهذيب والفقيه، ولكن في الكافي «عنها»، وفي الوسائل: «عند» وهذا الأخير غير ظاهر. فلعلّه من سهو النسخ.

(3) كذا في الكافي والفقيه والتهذيب، ولكن في الوسائل: «فبيعت».

(4) كذا في نسختنا، وهو موافق لما في الكافي والتهذيب والوسائل، وفي بعض نسخ الكتاب «فتباع» وهو موافق لما في الفقيه.

(5) الضمير المستتر في «قال» في المواضع الأربعة رجع إلى أبي إبراهيم عليه السّلام.

(6) أي: لا يجوز بيعهن في ما سوى أداء أثمانهن.

(7) التعبير بالرواية لاشتغال السند على معلّى بن محمد، وهو وإن كان من مشايخ الإجازة، إلّا أنّه لا توثيق له بالخصوص، ولكن ضعف السند منجبر بعمل

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 51، الباب 24 من أبواب بيع الحيوان، الحديث: 1؛ الكافي، ج 6، ص 193، الحديث: 5؛ الفقيه، ج 3، ص 139، الحديث: 3512؛ التهذيب، ج 8، ص 238، الحديث:

95 من كتاب العتق (المسلسل 862).

عن أبي الحسن (1) عليه السلام، قال: «سألته عن أمّ الولد، تباع (2) في الدين؟ قال:

نعم (3)، في ثمن رقبتها (4)» (1).

و مقتضى إطلاقها (5)،

---

الأصحاب، لاستنادهم إليها في الحكم بجواز بيعها في حياة المولى إن كان ثمنها دينا عليه، كما سيأتي.

(1) وهو الإمام الكاظم عليه السلام بقريظة كون الراوي من أصحابه.

(2) بتقدير همزة الاستفهام أي: أتباع في الدين؟

(3) كذا في نسخ الكتاب، وهو موافق لما في الكافي والوسائل، ولكن في التهذيب «نعم تباع...».

(4) ودالتها على المدعى - وهو جواز البيع في ثمن رقبتها بعد وفاة السيد - إمّا لأنّ قوله عليه السلام: «نعم» في جواب السؤال ب «تباع في الدين؟» بصيغة المجهول الظاهرة في كون البائع غير المولى. وفيه إشعار بكونه سؤالاً عمّا بعد الموت.

و إمّا لأنّ تجويز البيع مطلق شامل لحالي حياة السيد و موته.

و على كل الوجهين تصلح الرواية للاستدلال بها على الصورة المتقدمة.

(5) شرع قدس سره بتحقيق مدلول الروايتين من حيث وفائهما بإثبات جواز بيعها في ثمن رقبتها حال حياة السيد، وعدمه. و كلمات المصنف - كما تبه عليه المحقق الإيرواني قدس سره (2) مع اندماجها - تقع في مراحل:

الاولى: التمسك بروايتي عمر بن يزيد لجواز بيعها.

الثانية: التمسك بهما للمنع.

الثالثة: ترك الاستدلال بهما، إمّا للمعارضة، و إمّا لعدم الدلالة، ثم الانتقال

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 51، الباب 24 من أبواب بيع الحيوان، الحديث: 2؛ الكافي، ج 6، ص 192، الحديث: 2؛ التهذيب، ج 8، ص 238، الحديث: 92 من كتاب العتق (المسلسل 859).

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 184



إلى عموم المنع و القاعدة الكلية التي استفادها المصنف من النصوص و الإجماع.

و في هذه المرحلة عارض هذا العموم بعموم صحة العقود و حلّ البيع كما ذهب إليه جمع، ثم رجّح عموم المنع.

الرابعة: الرجوع ثانية إلى رواية ابن يزيد لإثبات جواز البيع حال الحياة، و تقديمها على معارضها و هي صحيحة ابن مارد.

أمّا المرحلة الأولى، فيمكن الاستدلال على جواز بيع أمّ الولد- في حياة مولاها- تارة بخصوص رواية عمر بن يزيد من جهة إطلاق الجواز، و عدم اختصاصه بحال الموت، بعد عدم كون قول السائل «تباع» قرينة على وفاة السيد.

و التقييد بالموت و إن استفيد من صحيحته، إلاّ أنّه لا موجب لحمل المطلق على المقيد هنا، لكونهما مثبتين، فلسان أحدهما تجويز البيع بعد وفاة السيد، و الآخر تجويزه لأداء الدين مطلقا، و لا منافاة بينهما، فيؤخذ بهما.

و اخرى بكلتا الروايتين، بدعوى: إطلاق الصحيحة كإطلاق الرواية، و ذلك بمنع ما فيها من قرينة على وقوع بيع الأمير عليه الصلاة و السلام بعد وفاة مواليهن.

أمّا قول السائل: «لم باع أمير المؤمنين عليه السّلام؟» فلا يقتضي تحقق البيع بعد موت السيد، لما في المقابس من قوله: «و ذلك لأنّه لا فرق في حياته و موته في أنّ المباشر هو المولى مع وجوده، و الوارث بعد موته. فلا وجه لمباشرة عليه السّلام إلاّ بطريق الوكالة أو الولاية حيث وجد سببها، كامتناع المولى أو الوارث، أو صغر أو نحو ذلك. فالوجه في إسناده- أي إسناد البيع- إليه: إمّا ذلك، فيعم الصورتين- أي حياة السيد و موته- أو حكمه عليه السّلام بالبيع عموما أو في الموارد الخاصة، لأنّ مثل ذلك مما يرجع فيه إليه عليه السّلام، لتعلق حق الله تعالى و حقّ أمّ الولد ببقائها لتحصيل انعقادها مع حصول شرائطه» (1).

وَأَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «بِيعْتَ» فَلَا يَشْهَدُ بِكَوْنِ الْمُتَصَدِّقِ لِلْبَيْعِ غَيْرِ الْمَوْلَى بَعْدَ وَفَاتِهِ، وَذَلِكَ «لَأَنَّ التَّعْبِيرَ بِالْمَجْهُولِ فِي مَقَامِ سَوْقِ الْقَضِيَّةِ بِنَحْوِ الْكَلِمَةِ- مِنْ دُونِ اخْتِصَاصِ الْحُكْمِ بِمَالِكَ دُونَ مَالِكٍ- شَائِعٌ جَدًّا» (1).

وَأَمَّا قَوْلُ السَّائِلِ: «فَبِيعْتَ» فَلَيْسَ قَرِينَةً أَيْضًا عَلَى مَوْتِ الْمَوْلَى، لِأَعْمِيَّتِهِ مِنْهُ وَ مِنْ حَالِ حَيَاتِهِ، خُصُوصًا إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ تَعْمِيمَ جَوَازِ الْبَيْعِ لَصُورَتِي الْمَوْتِ وَ الْحَيَاةِ.

مُضَافًا إِلَى أَنَّهُ كَلَامُ السَّائِلِ، فَلَوْ فَرضَ ظُهُورُهُ فِي إِرَادَةِ الْبَيْعِ بَعْدَ الْوَفَاةِ لَمْ يَكُنْ حُجَّةً، إِذِ الْعَبْرَةُ بِمَا وَرَدَ فِي جَوَابِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وَلَمْ يَدْعُ مِنَ الْمَالِ» فَهُوَ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا فِي الْبَيْعِ الْوَاقِعِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى، وَيُؤْمَى إِلَيْهِ أَيْضًا قَوْلُهُ: «بِيعْتَ» لَكِنَّهُ لَا يَقْتَضِي تَقْيِيدَ الْإِطْلَاقِ، لِاحْتِمَالِ كَوْنِ الْغَرَضِ بَيَانِ إِحْدَى الصُّورَتَيْنِ فِي مَقَامِ التَّمْثِيلِ. وَإِطْلَاقُ الْخَبَرِ الثَّانِي يَكْشِفُ عَنْ كَوْنِهِ تَمَثِيلًا، لِأَنَّ بَيْعَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ خَاصَّةً. وَقَدْ فَهَمَ الْأَصْحَابُ ذَلِكَ أَيْضًا كَمَا يَظْهَرُ مِنْهُمْ، حَيْثُ لَمْ يَخْصِّصُوا الْحُكْمَ بِذَلِكَ وَ لَمْ يَعْتَبِرُوا مَفْهُومَهُ (2).

وَ يَحْتَمَلُ أَنْ يَرَادَ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وَلَمْ يَدْعُ» أَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يَتْرِكْ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا، كَمَا إِذَا أَنْفَقَ مَالَهُ مِثْلًا، وَ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ مَا يُؤَدِّي بِهِ ثَمَنَ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَ عَلَيْهِ فَلَا تَخْتَصُّ الصَّحِيحَةَ حِينَئِذٍ بِوَفَاةِ الْمَوْلَى.

(1) الْمَصْرُوحُ بِإِطْلَاقِ صَحِيحَةِ عَمْرِ بْنِ يَزِيدَ لِحَالِ حَيَاةِ الْمَوْلَى جَمَاعَةً، مِنْهُمْ الشَّهِيدُ الثَّانِي وَ أَصْحَابُ الرِّيَاضِ وَ الْمَنَاهِلِ وَ الْمَقَابِسِ (3) قَدَّسَ سِرَّهُمْ. وَ هُوَ مُقْتَضَى اسْتِدْلَالِ

(1) حَاشِيَةُ الْمُحَقِّقِ الْأَصْفَهَانِيِّ، ج 1، ص 278

(2) مَقَابِسُ الْأَنْوَارِ، ص 71 وَ 72

(3) مَسَالِكُ الْأَفْهَامِ، ج 8، ص 46؛ رِيَاضُ الْمَسَائِلِ، ج 11، ص 405-406، وَ ج 13، ص 111؛ الْمَنَاهِلُ، ص 319؛ مَقَابِسُ الْأَنْوَارِ، ص 71

الأكثر (1)، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا (2). نعم تردّد فيه الفاضلان (3).

وعن نهاية المرام والكفاية (4) «أنّ المنع نادر، لكنّه لا يخلو عن قوّة».

---

آخرين بالصحيحة على جواز بيعها في ثمن رقبتها وإن كان في حياة السيد، كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني «1» و الفاضل الأصفهاني، وغيرهم قدس الله أسرارهم.

قال في المسالك بعد نقل الصحيحة: «و هذه الرواية كما دلّت على جواز بيعها في ثمن رقبتها في هذه الحالة مطلقا- الشاملة لموت المولى وعدمه- دلّت على عدم جواز بيعها في غيره من الديون، الشامل لما لو استغرقت التركة» «2».

(1) قال في موضع من الرياض: «بل مطلقا على الأظهر الأشهر» «3».

(2) ولدا ادّعى صاحبها الرياض والمقابس «4» الإجماع عليه.

(3) يعني: في بعض المواضع، كالمحقق في بيع الشرائع، والعلامة في بيع القواعد والتحرير «5». وإلا فلا تفصيل بين حياة المولى وموته في كلام المحقق في نكاح الشرائع وعتقه «6» والنافع- كما قيل- ولا في كلام العلامة في المختلف والإرشاد وعتق القواعد «7».

(4) هذا إشارة إلى المرحلة الثانية، وهي استظهار منع بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها حال حياة المولى، خلافا للأكثر، وهذا القول وإن كان نادرا كما ذكره صاحب المدارك قدّس سرّه، ولكنّه لا يخلو من قوة من جهة عدم الاعتماد على رواية ابن يزيد،

---

(1) مختلف الشيعة، ج 8، ص 130؛ الدروس الشرعية، ج 2، ص 223؛ جامع المقاصد، ج 13، ص 134

(2) مسالك الأفهام، ج 8، ص 46

(3) رياض المسائل، ج 13، ص 405

(4) رياض المسائل، ج 13، ص 111؛ مقابس الأنوار، ص 71

(5) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17؛ قواعد الأحكام، ج 2، ص 23؛ تحرير الأحكام، ج 1، ص 165 (ج 2، ص 280، الطبعة الحديثة)

(6) شرائع الإسلام، ج 2، ص 312، وج 3، ص 139

(7) قواعد الأحكام، ج 3، ص 60 و ص 259؛ إرشاد الأذهان، ج 2، ص 81

بناء على مبناه من اختصاص أدلة حجية الخبر الواحد بالصحيح. و ينحصر الدليل في صحيحة ابن يزيد، و هي بقرينة قوله عليه السلام: «و لم يدع من المال» مختصة بإفادة الجواز بعد موته، فيبقى البيع قبله مندرجا في ما دلّ على عموم المنع.

قال قدّس سرّه- بعد نسبة الجواز إلى الأكثر، و جزم جدّه قدّس سرّه به في المسالك، و ظهور «لم يدع» في الموت- ما لفظه: «و القول بالمنع نادر، لكنه لا يخلو عن قوّة» (1).

و قريب منه كلامه في باب الاستيلاء (2).

و تصدّى صاحب الجواهر قدّس سرّه لتوجيه دلالة الروايتين على منع البيع حال الحياة بقوله: «نعم قد يقال. إنّ الإطلاق المزبور يمكن تقييده بصحيح عمر بن يزيد الآخر... ضرورة ظهور قوله:- و لم يدع- في حال الموت كظهوره في اعتبار ذلك في الجواز، خصوصا بعد أن كان ذلك منها في بيان الكيفية المسؤول عنها، بل هو صريح ذيله الشامل للدين حال الحياة... الخ» (3).

و توضيحه: أنّ رواية عمر بن يزيد و إن كانت مجوّزة لبيعها مطلقا، إلّا أنها تقيّد بصحيحته المختصة بحال الموت. و الوجه في اختصاصها به أمران:

أحدهما: ظهور قوله عليه السلام: «و لم يدع» في كونه قيّدا للكيفية التي سأل الراوي عنها بقوله: «و كيف ذلك؟». و الكيفية التي جاز فيها البيع هي أداء ثمن رقبتها بعد الموت. و أمّا بيعها في حياة المولى فلم يذكره الإمام عليه السلام، و إنّما قرّر السائل فيما كان مرتكزا عنده من عموم المنع. و من المعلوم أنّ مفهوم تقييد الجواز بما بعد الموت هو انتفاء الجواز بانتفاء القيّد.

(1) نهاية المرام، ج 1، ص 294؛ كفاية الأحكام، ص 173، حكاه عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 262

(2) نهاية المرام، ج 2، ص 316

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 376-377

وربما يتوهم (1) القوة (2) من حيث توهم تقييدها (3) بالصحيحة السابقة، بناء على (4) اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى - كما يشهد به (5) قوله فيها:

وعليه فيكون عموم المنع - المستفاد من تقريره عليه السلام - بضميمة تقييد الجواز بالموت بمنزلة العام المخصّص، و العام المخصّص يفيد الحصر. ويتعين حينئذ تقييد إطلاق ما في رواية عمر بن يزيد «نعم تباع في ثمن رقبتها» بما إذا لم يؤدّ المولى الدين في حياته.

ثانيهما: أنّ قوله عليه السلام: «لا» في ذيل الصحيحة في جواب سؤال ابن يزيد:

«يبعن فيما سوى ذلك من دين؟» صريح في عدم جواز البيع إلا في مورد واحد، وهو المشار إليه ب «ذلك» وهو الدين في ثمن الرقبة بعد الموت. ومن المعلوم أنّ بيعها حال الحياة - وإن كان لوفاء الدين في ثمن أم الولد - داخل تحت عموم «ما سوى» كما يدخل فيه سائر ديون السيد. وبعد تقييد الصحيحة بالجواز المخصّص بما بعد الموت يقيّد إطلاق الجواز في الرواية الأخرى. ونتيجة هذا التقييد فقد الدليل المخصّص لعموم منع أم الولد ليقال بجواز بيعها في ثمن رقبتها في حياة مولاها.

(1) لعلّ الأنسب بمقام صاحب الجواهر قدّس سرّه عدم التعبير عما أفاده بالتوهم في الموضوعين.

(2) قد ظهر أنّ مناط منع البيع حال الحياة فقد الدليل عند صاحب المدارك قدّس سرّه لعدم استناده إلى رواية عمر بن يزيد، كما أنّ مناطه بنظر صاحب الجواهر قدّس سرّه تقييد إطلاق الرواية بالصحيحة، لصراحتها في الاختصاص بالبيع بعد الموت.

(3) أي: تقييد رواية أخرى - لعمر بن يزيد - بصحيحته.

(4) هذا البناء هو مبنى التقييد، إذ لو كان مفاد الصحيحة مجرد جواز البيع في صورة موت السيد - من دون دخل للموت فيه - لم تصلح الصحيحة للتقييد.

(5) أي: يشهد باختصاص الجواز قوله عليه السلام: «و لم يدع».

وجه الشهادة: ظهوره في أنّ المولى لم يخلف مالا يؤدّي به ثمنها، فهو ظاهر في

«و لم يدع من المال ... الخ» - فيدلّ (1) على نفي الجواز عمّا سوى هذا الفرد (2)، إمّا لورودها (3) في جواب السؤال عن موارد بيع أمّهات الأولاد، فيدلّ (4) على الحصر. و إمّا (5) لأنّ نفي الجواز في ذيلها فيما سوى هذه الصورة (6) يشمل بيعه (7) في الدين مع حياة المولى.

الموت، فيقيّد به إطلاق قوله عليه السّلام في خبر آخر لعمر بن يزيد: «نعم في ثمن رقبتها» إن لم يكن ظاهرًا في بيعها حال وفاة المولى، لظهور قول الراوي: «تباع في الدين» في كون البائع غير المولى، الظاهر في موته.

وبالجمله: فبعد تقيّد الروايتين أو تقييد المطلق منهما بمقيّدتها، يكون المتحصل جواز بيع أمّ الولد في خصوص ثمن رقبتها بعد موت سيّدتها.

(1) يعني: فيدلّ قوله عليه السّلام: «فيدع» على نفي الجواز في غير هذا الدين المنصوص.

(2) و هو دين ثمنها بعد وفاة السيد.

(3) أي: لورود الصحيحة، و هذا إشارة إلى أوّل الوجهين، و تقدم توضيحهما بقولنا: «أحدهما ... ثانيهما».

(4) أي: فيدلّ قوله عليه السّلام: «فيدع» على الحصر.

(5) معطوف على «إمّا» و هذا إشارة إلى ثاني الوجهين، و هو قوله في الجواهر:

«بل هو صريح ...».

و لعلّ الأولى تبديل «أمّا» بالواو، لأنّ صاحب الجواهر قدّس سرّه جمع بين الوجهين، و جعلهما قرينة على الحصر، و ليس المقصود وفاء أحد الوجهين به على سبيل منع الخلو كما يستشّم من كلمة «إمّا» و الأمر سهل.

(6) أي: سوى صورة موت المولى، و بقاء ثمنها في ذمته.

(7) كذا في النسخ، و الصحيح «بيعها».

(1) هذا منع قوّة عدم جواز البيع - حال حياة المولى - بالوجهين المتقدمين عن الجواهر.

أمّا منع الأوّل، فلعدم كون السؤال من تمام موارد جواز بيع أمّ الولد، حتى يكون جوابه مفيدا للحصر بما ذكره من المورد. بل الظاهر أنّ السؤال كان عن المسوّغ الذي باع الأمير صلوات الله وسلامه عليه لأجله أمّ الولد، وإن أجاب الإمام الكاظم عليه السّلام بنحو القضية الكلية المنطبقة على بيع الأمير عليه السّلام «في فكّك رقابهن». و حينئذ فاللازم ملاحظة هذه الكلية و ما اخذ فيها من قيود. و لا ريب في أنّ المتيقن من القيد هو عدم أداء الثمن و فقد المال الذي يؤدى به الدين، و أمّا قيودية الموت فغير معلومة، وإن كان جوابه عليه السّلام ناظرا إلى صورة الموت.

فالنتيجة: أنّه لا وجه لاستفادة الحصر من الجواب، فيمكن أن يكون هناك وجه آخر لجواز البيع.

و أمّا منع الثاني، فلظهور السؤال الثاني - كالأوّل - في بيعها في الدين بعد الموت، و الجواب أيضا ظاهر في عدم بيعها بعد الموت، فلا يشمل نفي الجواز في ذيلها بيعها في الدين مع حيوة المولى، لوضوح أنّ «بيعها في ثمن رقبته في حياة المولى» وإن كان بيعا لها في ما سوى حال الموت، و لكنه ليس بيعا لها في ما سوى ثمن رقبته، و المراد بقوله عليه السّلام: «في ما سوى ذلك» أي: سوى دين ثمنها من دون تقييد بالموت.

و عليه فالوجهان المزبوران لا - يصلحان لإثبات عدم جواز البيع في حال حياة المولى حتى يكونا دليلين على خلاف المشهور، كما لا يخفى.

و قد تحصّل مما أفاده المصنف قدّس سرّه في المرحلة الثانية: قصور صحيحة ابن يزيد و روايته عن إثبات منع البيع في حياة المولى.

(1) هذا شروع في المرحلة الثالثة، وهي ترك العمل بالخبرين- بالنسبة إلى حكم البيع في حياة السيد- إمّا لقصور الصحيحة والرواية، و إمّا للمعارضة. وعلى كلّ منهما يتعين الرجوع إلى قاعدة المنع العامة، أو قاعدة أخرى.

أمّا قصور الصحيحة فللجمود على ظاهرها من اختصاص الجواز بما بعد وفاة السيد. و أما قصور الرواية فلظهور قول السائل: «تباع في الدين؟»- بصيغة المجهول- في كون البائع لها شخصا آخر بعد موت السيد.

و عليه فلا إطلاق فيها لتجوز البيع حال الحياة، كما لم يكن إطلاق في الصحيحة. و حينئذ فالمرجع القاعدة الكلية في بيع أمّهات الأولاد، و هو المنع.

و أمّا بناء على عدم اختصاص رواية ابن يزيد بالبيع بعد وفاة المولى و شمولها لحال الحياة، فتقع المعارضة بينها و بين صحيحة ابن مارد المتقدمة في (ص 265) و فيها قوله عليه السلام: «هي أمته، إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل، و إن شاء أعتق» لظهور المفهوم في أنّ الأمة المستولدة بالتزويج لو اشتراها و تملكها- و حملت بعد الشراء- لا يجوز بيعها مطلقا، سواء أراد السيد بيعها في ثمنها أم في غيره من الدين، أم فيما ليس دينا أصلا.

و النسبة بينهما عموم من وجه، و ذلك لأخصية صحيح ابن مارد من رواية ابن يزيد من جهة، لاختصاص الصحيح بحياة المولى بقرينة قوله: «إن شاء باع» و أعميته منها من جهة أخرى، لعدم اختصاصه ببيعها في ثمن رقبتها.

و أخصية رواية ابن يزيد من الصحيح من جهة، لاختصاصها ببيعها في ثمن رقبتها، و أعميتها منه من جهة أخرى، لعدم اختصاصها بحياة المولى.

ففي مورد الاجتماع- و هو بيعها في ثمن رقبتها مع حياة المولى- يتعارضان و يتساقطان، فيرجع إلى أصالة المنع عن البيع التي استنبطها المصنف قدّس سرّه من روايات السكوني و محمد بن مارد و عمر بن يزيد المتقدمات، و غيرها.



- بعد الغصّ (1) عن دعوى ظهور قوله: «تباع في الدين» في كون (2) البائع غير المولى في ما بعد الموت- إنَّ النسبة بينها (3) وبين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه، فيرجع (4) إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدّم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها.

نعم (5)، ربما يمنع عموم القاعدة

(1) إذ مع عدم الغصّ عن هذه الدعوى لا تكون النسبة عموماً من وجه، لأنَّ رواية عمر بن يزيد تدل حينئذ على جواز بيعها في ثمن رقبتها بعد موت المولى، ولا تدلّ على جواز بيعها مع حياته حتى تكون أعمّ من وجه من صحيح ابن مارد المختص بعدم جواز بيعها مع حياة المولى، ليقع التعارض بينهما في المجمع، إذ على هذا لا مجمع بينهما، لتعدد الموضوع.

(2) متعلق ب «ظهور».

(3) أي: بين رواية ابن يزيد.

(4) هذا نتيجة تساقط المتعارضين- بالعموم من وجه- في المجمع، وهو بيعها في ثمنها في حياة المولى. فلا بدّ من الرجوع إلى العام الفوق، وهو إمّا القاعدة المستنبطة المانعة عن بيع أمّ الولد كما عليه المصنف قدّس سرّه. وإمّا العمومات المقتضية لصحة العقود إلا ما خرج منها بالدليل، كما يظهر من صاحب المقابس.

(5) استدراك على مرجعية أصالة المنع بعد تعارض الروايتين، وغرضه المناقشة في مرجعيتها- في مورد الاجتماع المزبور- بما حاصله: أنّ عموم القاعدة المانعة عن البيع على وجه يشمل صورة تعلق حق للمالك بأمّ الولد- ليحتاج جواز بيعها في ثمن رقبتها مع حياة المولى إلى تخصيص عموم تلك القاعدة- غير ثابت، فلا مانع حينئذ من التمسك بقاعدة السلطنة المقتضية لجواز البيع مع حياة المولى.

و الظاهر أنّ المنكر لأصالة المنع هنا هو صاحب المقابس قدّس سرّه، فإنه اختار مذهب المشهور من جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها مطلقاً في حياة المولى و مماته،

على هذا الوجه (1) بحيث (2) يحتاج إلى المخصّص، فيقال (3): بمنع الإجماع في محلّ الخلاف، سيّما مع كون المخالف جلّ المجمعين، بل كلّهم إلّا نادرا، وحينئذ (4) فالمرجع إلى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم».

لكن التحقيق خلافه (5)، وإن صدر هو

---

و استدل عليه بوجهه، قال في أولها: «انّ الأصل في كل ملك جواز نقله إلى الغير بالبيع وغيره. وأمّ الولد ملك المولى إجماعا، ولا دليل يعتمد عليه في المنع من بيعها مطلقا غير الإجماع، وهو مفقود هنا» «1». و سيأتي تقريب منع عموم القاعدة.

(1) أي: عموما شاملا لمورد الاجتماع بين الرويتين المتعارضتين، إذ لو ثبت عموم في الجملة لم يكن مرجعا في مورد الشك.

(2) هذا شأن العموم، إذ لو ثبت لكان القول بجواز البيع في ثمن رقبتها مع حياة المولى متوقفا على المخصّص.

(3) هذا تقريب لمنع عموم قاعدة عدم جواز البيع، وحاصله: أنّ الإجماع الذي كان مستند هذه القاعدة مفقود في محلّ الخلاف، وهو بيعها في ثمن رقبتها مع حياة المولى، لذهاب جلّ المجمعين - بل كلّهم إلّا نادر - إلى جواز البيع في هذه الصورة، فلا إجماع في هذا الفرض حتى يستند إليه عموم قاعدة «عدم جواز بيع أمّ الولد» على وجه يشمل صورة وجود المولى، ويحتاج خروج الفرض عنه إلى التخصيص.

فإذا لم يكن هنا عام يقتضي بطلان البيع، فالمرجع في مورد الاجتماع قاعدة السلطنة القاضية بجواز البيع.

(4) أي: و حين منع الإجماع في محلّ الخلاف.

(5) هذا الضمير و ضمير «هو» راجعان إلى منع عموم القاعدة المدلول عليه ب «يمنع».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 71

ص: 311

عن بعض المحققين (1)، لأنّ المستفاد من النصوص (2) و الفتاوى: أنّ استيلاء الأمة يحدث لها حقًا مانعًا عن نقلها، إلا إذا كان هناك حقّ أولى (3) منه بالمراعاة.

وربما توهم (4) معارضة هذه القاعدة بوجوب أداء الدين، فيبقى قاعدة

---

(1) وهو صاحب المقابس قدّس سرّه. فعموم المنع ثابت، وهو يقتضي عدم جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها مع حياة المولى وإن كان خلاف المشهور، إذ المنسوب إليهم جوازه.

(2) تقدّم في (ص 255) نقل النص الذي استفيد منه تشبث أمّ الولد بالحرية، وكذلك جملة من الكلمات. كما تقدم في (ص 251) دعوى صاحب الحدائق قدّس سرّه إلحاق الأصحاب النقل بغير البيع بالبيع، لاشتراك علّة المنع في جميع النواقل، وهو التشبث بالحرية.

ولعلّ كلام المصنف هنا لا يخلو من منافاة لقوله هناك وفي (ص 254) من عدم وجدان نصّ عليه. فلاحظ.

(3) مثل كون ثمنها دينًا في ذمة مولاها المعسر، فإنّه أولى بالمراعاة من حقها بالاستيلاء.

(4) هذا انتصار للمشهور القائلين بجواز بيعها في ثمن رقبتها مع حياة المولى، و حاصله: وقوع التعارض بين قاعدة المنع عن البيع وبين وجوب أداء الدين فيتساقطان، ويرجع إلى قاعدة السلطنة المقتضية لجواز البيع، وإلى استصحاب جواز بيعها في ثمن رقبتها قبل الاستيلاء.

وهذه المعارضة أوردها صاحب المقابس في منع ما حكى عن ابن حمزة قدّس سرّه من اختصاص جواز بيعها في ثمنها بموت السيّد، فردّه المحقق الشوشتری قدّس سرّه بالتمسك بالاستصحاب، و بوجوب أداء الدين، قال قدّس سرّه: «يمكن الردّ عليه باستصحاب الحكم الثابت في حياة المولى ... وبما دلّ على تقديم الدّين على الإرث ...» (1).

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 71

ص: 312

«السلطنة» و أصالة (1) بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء.

و لا يعارضها (2) أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأنّ (3) بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى.

و يندفع (4) أصل المعارضة بأنّ أدلة وجوب أداء الدين مقيدة بالقدرة

---

(1) معطوف على «قاعدة» أي: فتبقى أصالة الجواز ... الخ.

(2) أي: لا يعارض أصالة بقاء الجواز أصالة بقاء المنع. توضيحه: أن استصحاب جواز البيع قبل الاستيلاء معارض باستصحاب المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها وإعسار المولى عنه. فلا يصلح الاستصحاب لإثبات الجواز، فلا يثبت مذهب المشهور وهو جواز البيع.

و هذه المعارضة تظهر من السيد المجاهد قدّس سرّه القائل بجواز بيعها في حياة السيد، حيث قال في جملة كلامه: «لا يقال: يعارضها- أي عمومات الصحة- أصالة بقاء عدم جواز بيعها. لأنّ نقول ... بل أصالة بقاء جواز البيع يقتضي الحكم به حينئذ، فيتحقق التعارض بين الاستصحابين» فراجع «1».

(3) هذا تعليل لعدم معارضة الأصلين، توضيحه: أنّ الاستصحاب منوط ببقاء موضوعه، وهو مفقود في استصحاب المنع، لأنّ موضوعه عدم كون البيع في ثمن رقبته.

و إن شئت فقل: إنّ الموضوع في جواز البيع هو إعسار المولى، وفي المنع عن البيع هو إيساره، فهما نظير السفر والحضر. وليس اليسر والعسر في المقام نظير تبدل حالات الموضوع، بل نظير السفر والخصر والفقر والغنى بالنسبة إلى الأحكام.

(4) هذا دفع ما تقدم من المعارضة بين منع بيع أمّ الولد في حياة السيد وبين وجوب أداء الدين. والتعبير ب «أصل المعارضة» لأجل عدم الموضوع للمعارضة

---

(1) المناهل، ص 319

ص: 313

بين أصالتي المنع و الجواز، إذ بعد وجود عموم «المنع عن بيع أمّ الولد» لا يبقى مجال للأصل العملي.

و تقريب الدفع: أنّ دليل وجوب أداء الدين لا يصلح لمعارضة قاعدة المنع، و ذلك لارتفاع موضوعه، ضرورة تقيّد وجوب أداء الدين عقلا و شرعا بالقدرة على أدائه. أمّا عقلا فلاقتضاء الخطاب القدرة على متعلقه.

و أمّا شرعا فللدلالة الآية الشريفة على اعتبار اليسار. و أنّه لا يجب شيء على المعسر، و يجب إنظاره و إمهاله حتى يتيسّر له الأداء. و من المعلوم أنّ قاعدة منع بيع أمّ الولد تسلب سلطنة السيّد على بيعها، فينتقي اليسار المأخوذ في موضوع دليل وجوب أداء الدين.

و أما حرمة بيع أمّ الولد فلم يؤخذ في موضوعه إلا عنوان «أمّ الولد» و هو محفوظ سواء وجب بيعها لأداء الدين أم لا.

و بعبارة أخرى: أنّ موضوع وجوب البيع - لأداء الدين - ما يكون صالحا للبيع، و هو قاصر عن إثبات الصلاحية، لعدم كونه مشرعا لجواز بيع ما لم يحرز جواز بيعه.

مثلا لو كان للمديون مال بمقدار الدين أو أزيد منه، لكن حجر شرعا عن التصرف فيه - بأن كان مرهونا - لم يصلح الأمر بأداء الدين لتجوز بيعه مقدّمة لأداء دين آخر منه. فكذا الحال في أمّ الولد، فإنّ حق الاستيلاء مانع من بيعها و إن كان في ثمن رقبته مع حياة المولى.

و عليه فلا يصحّ توجيه فتوى المشهور - بجواز بيعها في هذه الصورة - بما أفيد من تعارض قاعدة المنع و وجوب أداء الدين، و الرجوع إلى قاعدة السلطنة.

(1) فتكون حاکمة على دليل وجوب أداء الدين، لارتفاع موضوعه - و هو اليسار - بسلب سلطنة المولى على نقل أمّ الولد.

(1) لوجود المانع، و هو تعلق حق الغير به، فلا يستقل الراهن ببيعه. و كذا الحال في الموقوف، فإنه و إن كان ملكا للموقوف عليه، لكن تعلق الحق به يخرج عنه قابلية البيع.

هذا تمام ما أفاده المصنف في المرحلة الثالثة، و يأتي الكلام في المرحلة الرابعة، و هي الانتصار لمذهب المشهور برفع التعارض بين خبري ابن يزيد و ابن مارد، و ترجيح الأول على الثاني.

[1] هذا بناء على تسليم عموم القاعدة. و أمّا بناء على عدمه فالظاهر جواز بيعها في حياة السيد، «لأن مجرد عدم جواز بيعها في بعض المواضع لا يوجب سلب السلطنة على البيع في أداء الدين، لعدم إحراز مزاحم لوجوب الوفاء بالدين في خصوص هذا المورد. نعم حيث إن اليسار مأخوذ في موضوعه، أو أنّ الإعسار خارج عنه، فلا بد من التمسك بقاعدة السلطنة تحقيقا لليسار أو دفعا للإعسار. و لا يكفي الأمر بأداء الدين مع الشك في جواز البيع الموجب للشك في صدق اليسار.

و عليه فمع إحراز موضوع الوفاء بقاعدة السلطنة، أو نفي عنوان المخصّص لا بأس بالتمسك بدليل وجوب أداء الدين» هذا ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه «1».

و الظاهر عدم توارد المعارضة و الدفع على أمر واحد، فإنّ المصنف قدّس سرّه سلّم عموم منع بيع أمّ الولد، فنفي المعارضة بالحكومة. و صاحب المقابس قدّس سرّه أنكر أولا عموم المنع، ثم عارض منع البيع حال الحياة بوجوب أداء الدين، و قدّمه عليه، فأوجب بيعها في حياته لأداء الدين. و من المعلوم أنّه لا يرد على هذه المقالة تقييد وجوب أداء الدين باليسار، لوضوح أنّ المحقق الشوشتری يعترف به، و لكن يدعي تحقق اليسار، لعدم الدليل على منع بيع أمّ الولد في هذه الحالة حتى يقاس بالمرهون و الموقوف.

(1) توضيحه: أن منشأ تعارض خبري ابني يزيد ومارد بالعموم من وجه- و تساقطهما في الجمع- هو ظهور الثاني في منع البيع مطلقا سواء أكان في ثمن رقبته أم في غيره، بأن يكون مفهوم قوله عليه السلام: «ما لم يحدث عنده حمل» عدم جواز بيعها مطلقا إن حملت عنده بعد ما تملكها، فكان هذا المفهوم معارضا لرواية ابن يزيد الظاهرة في جواز البيع في ثمن رقبته مطلقا سواء في حياة المولى و بعد وفاته.

و المقصود فعلا إثبات إطلاق رواية ابن يزيد لحال حياة المولى، لعدم قرينية قوله: «تباع» في كون البيع مختصا بما بعد الموت. ثم ترجيح هذا الإطلاق على إطلاق صحيح ابن مارد لثمن رقبة أم الولد، و مرجوحية إطلاقه من وجه:

أحدها: أن قوله: «تمكث عنه ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها» كناية عن مضي مدة مديدة من زمان شراء الأمة، و من البعيد جدًا عدم أداء دين ثمنها في تلك المدة.

ثانيها: ظهور قول السائل: «ثم يبدوله في بيعها» في إرادة بيعه اختيارا، و أن الداعي إلى البيع هو عدم الرغبة في إبقاء أم الولد في ملكه، لا اضطرارا لأجل أداء ثمنها.

ثالثها: أن فتوى المشهور- و هي الجواز- تعاضد دلالة رواية ابن يزيد على الجواز في صورة حياة المولى.

و الحاصل: أن أرجحية إطلاق رواية ابن يزيد لحال حياة المولى- لهذه الوجوه المزبورة- من إطلاق صحيح ابن مارد لعدم جواز بيعها في ثمن رقبته في حال حياة المولى، تكون دليلا على قول المشهور، و هو جواز بيعها في ثمنها مع حياة المولى.

(2) إن كان مقصوده قدس سره منع إطلاق رواية ابن مارد و سلامة رواية ابن يزيد عن المعارض، كان التعبير بالرجحان مسامحة، لانتفاء التعارض الموضوع للترجيح.

و إن كان غرضه إبقاء إطلاق رواية ابن مارد و تضعيفه من جهة كون غالب أفراد و مصاديقه مما لا يبقى ثمن الأمة مدة طويلة في عهدة سيدها- بحيث يصلح

عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد، الظاهر (1) في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به (2) قوله: «فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدوله في بيعها». مع أنّ (3) ظاهر البدء في البيع ينافي الاضطرار إليه (4) لأجل ثمنها. وبالجملة (5): فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت، لا إشكال في رجحان دلالتها (6) على دلالة رواية ابن مارد على (7) المنع، كما يظهر بالتأمل (8).

قول السائل «ثم يبدوله في بيعها» للبيع في ثمن رقبته و للبيع بداع آخر - فالتعبير بالرجحان في محلّه، لبقاء الإطّلاقين على حالهما، و يتجه ترجيح أحدهما على الآخر.

و لا يبعد أن يكون هذا مراد المصنف قدّس سرّه، لا منع إطلاق صحيحة ابن مارد بالمرّة.

(1) صفة ل «إطلاق رواية ابن مارد» و هذا الظهور الانصرافي - لكونه ناشئاً من غلبة الأفراد - لا يوجب و هنا في حجية أصالة الإطلاق.

(2) أي: كما يشهد بعدم كون بيع أمّ الولد - في صحيح ابن مارد - في ثمن رقبته قول السائل: «فتمكث» و هذا إشارة إلى الوجه الأوّل.

(3) هذا هو الوجه الثاني المتقدم آنفاً.

(4) أي: إلى البيع، و ضمير «ثمنها» راجع إلى الأمة المذكورة في صحيح ابن مارد.

(5) هذا خلاصة ما أفاده بقوله: «أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد...» و كان المناسب التنبيه أولاً على إطلاق نفس رواية ابن يزيد لحالتي الموت و الحياة، ثم ترجيح إطلاقها على إطلاق الصحيحة.

(6) أي: دلالة رواية ابن يزيد على الجواز.

(7) متعلق ب «دلالة» و «على دلالة» متعلق ب «رجحان».

(8) الظاهر أنّ وجه الرجحان هو قوّة الإطلاق في الرواية، و ضعفه في الصحيحة،



مضافا إلى: اعتضادها (1) بالشهرة المحققة. و المسألة محل إشكال.

ثم على المشهور من الجواز (2)، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين ولو من

ونتيجة ذلك كون حمل الأمة مقتضيا لعدم جواز البيع. فهذا الحكم اقتضائي، و جواز بيعها في رواية ابن يزيد فعلي. وهذا جمع عرفي مطرد في كل حكم ثبت بالعنوان الأولي، و حكم ثبت بالعنوان الثانوي، فإنهم يحملون الأولي على الاقتضائي، والثاني على الفعلي.

(1) أي: اعتضاد رواية ابن يزيد بالشهرة الفتوائية، وهذا هو الوجه الثالث، وهي قرينة خارجية للترجيح، كما أن الوجهين السابقين مرجحان داخليان.

وقد تحصّل من كلمات المصنف في المراحل الأربع أنّ قول المشهور- من جواز بيعها في ثمن رقبتها حال حياة المولى - هو مقتضى القاعدة. ولكنه قدس سرّه استشكل في حكم المسألة، ولعلّه لما تقدم من اختصاص رواية ابن يزيد بحال موت السيد، بقرينة «تباع» فيكون المرجع عموم المنع.

(2) تعرّض المصنف- بناء على القول بالجواز- لفروع المسألة كما في المقابس وغيره أيضا.

الأول: أنّه لا ريب في عدم جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها إن كان للمولى مال بقدره ممّا عدا مستثنيات الدين، لصدق اليسار عليه، فتبقى أمّ الولد على حالها حتى تتحرّر بعد موت السيد من نصيب ولدها.

كما لا ريب في جواز بيعها- إن كان ثمنها دينا على السيد- ولم يكن له مال أصلا حتى من المستثنيات ليوفي دينه.

إنّما الكلام فيما لو انحصر ماله- الوافي بأداء الدين- في المستثنيات من الدار و المركوب و الخادم و نحوها، فهل يجوز بيعها في ثمن رقبتها و بقاء مستثنيات الدين في ملكه، فينتفي تحرّرها بعد موت السيد، أم لا يجوز بيعها، فيصرف شيء من المستثنيات في تفرغ ذمة المولى من ثمنها؟ فيه قولان، المنسوب إلى الأكثر الثاني،

المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير (1)، أو ممّا عداها (2) كما عن جماعة (3)؟

وإلى جماعة كالمحقق والعلامة والشهيد قدس سرّه الأول، وقوّاه المصنف قدس سرّه، وسيأتي.

(1) كما في المقابس أيضا «وهذا هو الظاهر من فتاوى معظم الأصحاب هنا، حيث اعتبروا عدم تملكه لشيء آخر غيرها ممّا يوفي ثمنها، ولم يستثنوا شيئا» (1).

(2) أي: ممّا عدا مستثنيات الدين، فيتحقق الإعسار بفقد ما عداها، وملكه للمستثنيات لا يوجب كونه موسرا حتى لا تباع أم ولده.

(3) كالمحقق والعلامة والشهيد قدس سرّهم، ممّن اعتبر في جواز بيعها إعسار المولى، وهو - شرعا - عدم تملك ما يفضل على مستثنيات الدين. قال في بيع الشرائع: «أو- أي يجوز بيعها - في ثمن رقبتها مع إعسار مولاها» (2). وقال في نكاحه: «ويجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها غيرها» (3).

و مثله في الموضوعين عبارة القواعد (4).

ولعل مراده من «غيرها» ما يفضل عن مستثنيات الدين. وصرّح أصحاب مجمع الفائدة والحدائق والمناهل (5) باعتبار ذلك، خلافا لصاحب الجواهر، ففيه:

«و حينئذ لا وجه لاعتبار الإعسار المفسّر بما سمعت، ضرورة عدم الفرق بين المستثنيات وغيرها في الدين، فيكون المعبر حينئذ عدم شيء غيرها يؤدي عنه كما في الصحيح» (6).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 76

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17

(3) المصدر، ص 312

(4) قواعد الأحكام، ج 2، ص 23 و ج 3، ص 259؛ الدرر الشرعية، ج 2، ص 222؛ الروضة البهية، ج 3، ص 257؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 170

(5) مجمع الفائدة والبرهان، ج 8، ص 170؛ الحدائق الناضرة، ج 18، ص 448؛ المناهل، ص 319

(6) جواهر الكلام، ج 22، ص 377

ص: 319

الأقوى هو الثاني (1) [1]، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق (2)، لأن (3) الحكم بالجواز

---

(1) و هو جواز بيعها في ثمن رقبتها وإن كان السيد مالكا لمستثنيات الدين.

(2) يعني: لم يقيد جواز البيع بالإعسار، بل قال: «لم يكن للمولى غيرها» إذ «الغير» شامل لمستثنيات الدين وغيرها. قال شيخ الطائفة: «لا يجوز بيعها إلا في ثمنها إذا كان ديناً على مولاها ولم يكن له غيرها» (1).

(3) تعليل لقوله: «الأقوى» و محصّ له: أنّ رواية عمر بن يزيد- الدالة على جواز بيعها في ثمن رقبتها في حياة المولى - ناظرة إلى أنّ مانعية الاستيلاء عن البيع ترتفع لو كان ثمنها ديناً، و تصير ملكاً طلقاً، و يتعين بيعها في هذا الدين، كما يؤخذ المديون في سائر الموارد ببيع أمواله- عدا المستثنيات- لأداء دينه.

و عليه فلا إطلاق في قوله: «و لم يدع من المال ما يؤدي عنه» ليشمل ما لو خلف السيد دار السكنى و نحوها من المستثنيات، ليقال بإنابة جواز بيع أمّ الولد بعدم ترك شيء من الأموال و إن كانت ممّا استثناه الشارع للمديون، و لم يلزمه ببيعها، هذا.

---

[1] بل الأقوى هو الأول، لشمول قوله: «و لم يدع من المال ما يؤدي عنه» للمستثنيات، فإن تركها صدق أنّه ترك من المال ما يؤدي عنه، إذ المراد ب «ما يؤدي عنه» الواقع في كلام السائل هو المال الذي يمكن أداء الدين به و إن كان من المستثنيات، إذ ليس الحكم فيها عدم جواز بيعها حتى يكون وجود هذا المال كعدمه نظير الوقف، و الإمام عليه الصلاة و السلام قرّره على ذلك، و حكم صلوات الله عليه بجواز بيعها في ثمن رقبتها، فتكون طليقة أمّ الولد بعد عدم مال للمولى حتى المستثنيات.

---

(1) المبسوط، ج 6، ص 185

ص: 320

في هذه الصورة (1) في النصّ و الفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاء (2)، فتكون ملكا طلقا كسائر الأملاك التي يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات (3).

فحاصل السؤال في رواية عمر بن يزيد: أنه هل تباع أمّ الولد في الدين على حدّ سائر الأموال التي تباع فيه (4)؟

وحاصل الجواب: تقرير ذلك (5) في خصوص ثمن الرقبة، فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أمّ الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال.

ومما ذكر (6) يظهر: أنه لو كان نفس أمّ الولد ممّا يحتاج إليها المولى للخدمة،

---

(1) أي: صورة كون الثمن ديناً في ذمة السيّد، فيجوز بيعها حال حياته.

(2) أي: أن الاستيلاء لا يمنع من البيع في هذه الصورة.

(3) فكما أنّ بيع سائر الأموال في الدين مشروط بعدم كونها من مستثنيات الدين، وإلا لا يلزم المديون ببيعها، فكذا يكفي في بيع أمّ الولد عدم وجود غير مستثنيات الدين فلا تباع المستثنيات لا في ثمن رقبة أمّ الولد ولا في سائر الديون.

(4) أي: في الدين.

(5) أي: تقرير جواز البيع في خصوص ثمن الرقبة، لا في سائر ديون سيّدها.

هذا كلّ في أصل جواز بيع أمّ الولد مع وجود مستثنيات الدين، وسيأتي ما فرّعه على الجواز من أمرين.

(6) من جواز بيعها إن لم يكن عند المولى شيء غير مستثنيات الدين، وهذا

---

ومما ذكرنا يظهر ضعف دعوى «حكومة ما دلّ على استثنائها، وعدم وجوب صرفها في الدين على قوله: ولم يدع من المال ما يؤدى عنه» فلاحظ وتأمل.

وعلى ما ذكرنا من عدم استثناء المستثنيات هنا يسقط ما فرّعه على خروج المستثنيات من عدم بيع نفس أمّ الولد إذا احتاج إليها للخدمة، و من عدم بيع الكفن.

فلا تباع (1) في ثمن رقبتها، لأن (2) غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها.

و مما ذكرنا (3) يظهر الوجه في استثناء الكفن و مؤونة التجهيز، فإذا كان للميت (4) كفن و أم ولد، بيعت في الدين، دون الكفن، إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها (5)،

---

متفرع على تقديم جواز بيع أم الوالد على استثناء بعض الأموال عن بيعها وفاء للدين.

و حاصل هذا الفرع: أن من مستثنيات الدين الخادم اللائق بحال المديون، فلو كانت أم الولد مما يحتاج إليها السيد للخدمة كانت هي من جملة المستثنيات، و لا يجوز بيعها حينئذ. فكما لا تباع جارية المديون- المحتاج إلى خدمتها- لوفاء الدين، لكونها كدار السكنى و النفقة، فكذا لا تباع أم الولد و إن كان في ثمن رقبتها.

(1) جواب الشرط في «لو كان».

(2) تعليل لعدم بيعها، و تقدم توضيحه آنفا.

(3) أي: من جواز بيعها مع وجود مستثنيات الدين- إن لم يكن للمولى مال يفي به الدين- يظهر... و هذا فرع آخر مما يتفرع على جواز بيع أم الولد.

و حاصله: أن ما يستثنى من تركة الميت الكفن، و مؤونة التجهيز لخروجها من الأصل قبل أداء الدين. فلو ترك الكفن و أم الولد- مع كون ثمنها ديناً على الميت قدام المستثنى، و هو الكفن، و بيعت في ثمن رقبتها، و ذلك لصدق الضابطة الواردة في رواية عمر بن يزيد: من أن السيد لم يدع من المال شيئاً ليؤدى به الدين سوى نفس أم الولد، لفرض عدم كون الكفن و مؤونة التجهيز مالا يؤدى به الدين.

(4) أي: للميت المعسر، حيث لم يكن له في حياته- سوى المستثنيات- مال لأداء ثمن أم ولده، فإعساره بعد الموت بعدم مالكية مؤونة التجهيز.

(5) أي: عدا أم الولد، فتباع في ثمنها.

لأنّ (1) الكفن لا يؤدّي عنه الدين.

ثم (2) إنّه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه دينا للبائع (3)، أو استدان الثمن (4)

(1) تعليل لصدق: أن الميّت لم يخلف مالا يؤدّي به عنه دينه.

هذا تمام الكلام في أوّل ما فرّعه المصنّف قدّس سرّه على جواز بيع أمّ الولد في حياة السيد مقدّمة لأداء الدّين، و ما ترتّب عليه من فرعين. و سيأتي الكلام في الفرع الثاني.

(2) هذا فرع ثان من فروع جواز بيعها في حياة السيد، و توضيحه: أنّ كون ثمن أمّ الولد على عهدة السيد يتصور على أنحاء:

الأوّل: أن يشتري الأمة بثمن كلّّي في ذمته - كمائة دينار - و لم يؤدّ منه شيئا إلى البائع، و لم يكن له مال غيرها ليوفي به الدين، ثم صارت عنده أم ولد. و هذا المورد هو القدر المتيقن من جواز بيعها في ثمنها.

الثاني: أن يقترض السيد بقدر ما عيّن من ثمن الجارية، فيشتريها، و لم يكن له مال يفي بدينه.

الثالث: أن يشتري الجارية بثمن في ذمته - كالنحو الأوّل - إلا أنه استدان من شخص آخر مقدار الثمن، و دفعه إلى البائع، مع فرض عدم تملك مال يؤدّي به الدين.

و هل يختصّ جواز بيعها في ثمن رقبتها بالنحو الأوّل؟ لكون الثمن للبائع في ذمة السيّد، بخلاف الأخيرين، فإنّ الدين ليس في ثمنها و إن كان لأجل ثمنها.

أو يفصل بين النحو الثاني و الثالث، بجواز بيعها في الثاني دون الثالث؟ جزم المصنّف قدّس سرّه بعدم جواز بيعها في الأخير، و نقل تأمل صاحب المقابس قدّس سرّه في الثاني.

(3) هذا هو النحو الأوّل، المعهود من إطلاق «كون الثمن في الذمة».

(4) هذا هو النحو الثاني، و لعلّ وجه إلحاقه بالأوّل كون الدين بشخصه ثمنا للجارية، فلو بيعت في أداء هذا الدين فقد بيعت في ثمنها.

و اشترى به. أمّا (1) لو اشترى في الذمة، ثم استدان ما أوفى به البائع، فليس بيعها في ثمن رقبته، بل ربما تؤمّل (2) فيما قبله، فتأمّل (3).

و لا فرق (4) بين بقاء جميع الثمن في الذمة أو بعضه،

---

(1) هذا هو النحو الثالث، و حكمه عدم جواز البيع، لأنّ ما استقرّ في ذمة السيد ليس ثمنا، بل ما أوفى به الثمن دين عليه.

(2) المتأمل - بل المانع - هو المحقق الشوشري، قال قدّس سرّه: «و لو استدان لأداء الثمن و أدّاه منه، أو اشتراها بذلك الثمن الذي استدانه بعينه، و سلّمه إلى البائع، فقد سقط حق البائع عنه و عن الأمة، و بقي حق الدين، و حكمه كسائر الديون» (1)، ثم نقل كلام ابني زهرة و إدريس قدّس سرّه هما القائلين بجواز بيعها لو استدان لثمنها مع عجزه عن وفاء الدين، ثم قال: «و الأصح ما ذكرناه».

و لا يبعد ما ذكره، لعدم صدق «ثمن أمّ الولد» على ما في ذمته، لأنّه ليس عوضا عن الأمة، و أنّ ما في ذمته مال الغير الذي استدانه منه. و ليس عنوان الثمنية للأمة منطبقا عليه. و الجمود على ظاهر عنوان «ثمن رقبته» يقتضي المصير إلى ما ذهب إليه في المقابس، فتدبّر.

(3) إشارة إلى: أنّ معنى قوله: «تباع في ثمن رقبته» هل هو نفس الثمن الكلّي الواقع في ذمته بدلا عن الأمة؟ فكأنّه قيل: «تباع في دين هو نفس ثمن الأمة» فيصدق على نفس الثمن الكلّي في الذمة، و على المال الذي استدانه و اشترى بعينه الجارية، و لا يصدق على غير هاتين الصورتين من الصور. بل يمنع صدقه على المال الذي اقترضه و اشترى بعينه الجارية، لعدم اشتغال ذمته به بعنوان كونه ثمنا للجارية، كما لا يخفى.

أم معناه «الدين الذي نشأ لأجل ثمن الجارية» فيصدق على جميع الصور.

(4) هذا فرع ثالث من فروع جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبته حال حياة المولى،

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 76

و لا بين (1) نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها (2) عليه.

و محصله: أنه لا فرق في الجواز بين عدم أداء شيء من ثمنها إلى البائع، و بين أداء بعضه و بقاء بعضه الآخر في ذمة السيد.

و الوجه في عدم الفرق صدق «أنها بيعت في ثمنها» فإن «الثمن» وإن كان مجموع ما يقع عوضا في المعاملة، فيقول البائع: «بعتها بمائة» مثلا، و ليس «الثمن» كليا ليصدق على كل جزء منه، فالجزء بعض الثمن لا هو الثمن، إلا أنه يصدق «ما لم يؤد ثمنها» ما دام بقي شيء من ثمنها في ذمة المولى، لأن عدم أداء كل الثمن يتحقق بعدم أداء بعضه.

قال في المقابس: «أنه لا فرق بين بقاء جميع الثمن في ذمة المولى أو بعضه، لاشتراك السبب، و لإطلاق الأخبار حتى صحيحة عمر بن يزيد، فإن قوله: - لم يؤد ثمنها- شامل لما إذا لم يؤد جميعه، سواء لم يؤد منه شيئا أصلا، أو أدى بعضه دون بعض. مضافا إلى إطلاق أوله و آخره. و كلام معظم الأصحاب أيضا مطلق...» ثم نقل خلاف الشيخ في كتاب التهذيب، و إن أطلق الحكم في الإستبصار، فراجع «1».

(1) هذا رابع الفروع، و حاصله: أنه يجوز بيعها في ثمن رقبته، سواء زادت عليه، بأن اشتراها بمائة دينار، فارتفعت إلى مائة و خمسين، أم ساوته، أم نقصت عنه، بأن صارت ثمانين دينارا.

و الوجه في عدم الفرق بين هذه الحالات إطلاق النصّ المجوّز لبيعها لأداء دينها، قال في المقابس: «و لا فرق أيضا بين مساواة القيمة للثمن الباقي في الذمة أو نقصانها عنه، و بين زيادتها عليه... لإطلاق النصّ و الفتوى، مع ندرة المساواة و غلبة الاختلاف في مثل ذلك» «2».

(2) أي: زيادة القيمة الفعلية على ثمنها.

(1) مقابس الأنوار كتاب البيع، ص 75

(2) مقابس الأنوار كتاب البيع، ص 75

ص: 325



نعم (1) لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غاية المراد التصريح به (2).

ولو كان (3) الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل وإن كان

---

(1) هذا فرع خامس، وهو كالأستدراك على الفرعين السابقين، ومحصله: أنّ جواز بيعها في ثمنها يدور مدار أداء الدين، فلو بقي نصف ثمنها في عهدة السيد، وارتفعت قيمتها إلى ضعف ثمنها لم يجز بيع أزيد من ربعها. ولو بقي تمام الثمن في ذمته اقتصر على بيع نصفها، وهكذا. والوجه في الاقتصار عدم صدق «بيعها في ثمن رقبته» على بيع بعضها الآخر، فلا يجوز، لكون الاضطرار إلى بيع البعض لا الكل، فهو نظير الإكراه على البعض الذي لا يدعو إلى فعل الجميع.

قال في المقابس: «ولو بيع بعضها وادّي بقيمتها جميع الثمن لم يجز بيع الباقي، لعدم كون هذا البيع في أداء الثمن، فيكون باطلاً» (1).

(2) أي: بالافتقار على بيع بعض أم الولد. قال قدّس سرّه فيه: «واعلم أنّه- أي أن العلامة قدّس سرّه- شرط في منع البيع القدرة على الثمن أو إيفائه، وهو لا يصدق إلا بالقدرة على المجموع، أو إيفائه المجموع. وحينئذ مفهومه: صحة بيعها إذا قدر على البعض أو أوفى البعض. وهو جيّد إن اريد به بيع ما يقوم بما يفي، لا بيع الجميع لو فضل عن الباقي في الذمة» (2). وحاكاه عنه في المقابس (3).

واقصر صاحب الجواهر قدّس سرّه على بيان الوجهين من دون ترجيح (4).

(3) هذا سادس فروع جواز بيع أم الولد في ثمن رقبته، وهو في الواقع تقييد الجواز بكون الدين حالاً، يطالب المولى به. فلو كان مؤجلاً، كما لو اشتراها بمائة دينار إلى سنة مثلاً، وحملت منه أو ولدت له قبل مضيتها، لم يجز بيعها قبل حلول

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75

(2) غاية المراد، ج 2، ص 55

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 378

الأجل، وذلك «لأنّ قوله: ولم يؤدّ ثمنها وإن كان مطلقاً من حيث كونه حالاً و مؤجّلاً، إلا أنّ المتعارف من هذا التعبير أن يكون - أي عدم الأداء - من باب العدم المقابل للملكة، لا السلب المقابل للإيجاب. فلا يقال: - لم يؤدّ الثمن - إلا إذا كان الثمن أدائياً، و المؤجّل ليس كذلك، إذ ليس للدائن استحقاق الأداء، ولا المديون مستحقاً عليه الأداء» [1].

وبيانه: أنّ جواز بيعها في ثمن رقبتهما إمّا أن يكون لأجل تراحم حق الاستيلاء مع حق الدائن و البائع، كما يستفاد من تعليل صاحب المقابس بقوله:

«لأنّ ذلك - أي الأجل - زمان الاستحقاق، و لإمكان الإبراء أو تبرع آخر بالأداء» [2] [1]. و إمّا لأجل تعارض دليل حرمة بيعها مع دليل وجوب أداء الدين، و تقديم الثاني على الأوّل.

و المفروض عدم تحقق شيء منهما في المقام. أمّا التزاحم فلغرض عدم حقّ فعليّ للدائن، و لا سلطنة فعلية له على المولى. فلا مزاحم فعليّ لحق الاستيلاء.

[1] لا يخفى ما في هذا التعليل من العدّة، لأنّ الاستحقاق قد حصل بنفس العقد، لأنّه المملّك للعوضين فيما لم يكن للقبض دخل في التمليك. نعم حلول الأجل يوجب السلطنة على الطالبة. فالتعليل بدعوى انصراف إطلاق «البيع في ثمن رقبتهما» عن المؤجل لعلّه أولى.

بل تمكن دعوى ظهور نفس الكلام في المعجّل، حيث إنّ قوله: «و لم يدع من المال ... الخ» ظاهر في كون الدّين حالاً، و عدم مال يفني به فعلاً. و هذا لا يلائم المؤجل، لأنّ الإخبار عن عدم المال الوافي بالدّين في المستقبل - مع إمكان حصول ما يفني به فيما بعد - في غاية البعد، فتدبّر.

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 280

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75

مأبوسا من الأداء عند الأجل (1).

وفي اشتراط (2) مطالبة البائع، أو (3) الاكتفاء باستحقاقه ولو (4) امتنع عن

و أمّا التعارض، فلعدم خطاب فعلي بوجود أداء الدين حتى يقدّم على دليل بيع أمّ الولد.

(1) لعدم موضوعية اليأس فعلا مع كون الاستحقاق استقباليا.

(2) هذا سابع الفروع، وهو أيضا- كما صرّح به- ناظر إلى ما يحتمل كونه شرطا لجواز بيعها في الدين. و توضيحه: أنّه لو اشتراها بثمن في ذمته و استولدها، فيحتمل في جواز بيعها وفاء للدين وجوه:

الأوّل: اشتراطه بمطالبة البائع، وجعله في المقابس مقتضى الاحتياط، و الاقتصار على موضع اليقين في مخالفة الأصل. و الظاهر إرادة أصالة منع بيع أمّ الولد.

الثاني: عدم اشتراط جواز بيعها بمطالبة الثمن، بل يكفي استحقاق البائع للدين ببلوغ الأجل، حتى مع امتناعه عن تسلّم الثمن. و وجهه اقتضاء إطلاق «جواز بيعها في ثمنها» سواء أ كانت هناك مطالبة من البائع أم لم تكن. و حيث إنّ الدين مستحق هنا ببلوغ الأجل، فلا يقاس هذا الفرع بالفرع المتقدم الذي موضوعه عدم فعالية الاستحقاق.

الثالث: التفصيل بين رضا البائع بتأخير أداء الدين وإسقاط ماله من حقّ الحلول- وإن لم يكن هذا الحق من الحقوق القابلة للإسقاط- فلا يجوز بيعها حينئذ.

و بين عدم مطالبته بالثمن وإن لم يرض بالتأخير، فيجوز بيعها حينئذ، لاستحقاقه للثمن بالحلول.

(3) هذا هو الوجه الثاني، و هو مقتضى إطلاق رواية ابن يزيد المجوّزة لبيعها في ثمنها.

(4) وصلية، فالمناط في الجواز هو استحقاق البائع للثمن، سواء رضي بتسلّمه من المولى أم أبي، فيوضع عند الحاكم أو أمين.

التسليم، أو الفرق (1) بين رضاه بالتأخير وإسقاطه لحقّ الحلول وإن لم يسقط بذلك (2)، وبين عدم المطالبة، فيجوز في الثاني دون الأول (3) [في الأول دون الثاني] وجوه (4)، أحوطها الأول، ومقتضى الإطلاق الثاني (5).

ولو تبرّع (6) متبرع بالأداء، فإن سلّم إلى البائع برئت ذمّة المشتري،

---

(1) هذا هو الوجه الثالث، أي: التفصيل بين الرضا بالتأخير وعدم المطالبة.

(2) أي: بالإسقاط، كعدم سقوط الأجل لو أسقطه المديون ليصير الدين حالاً.

(3) كذا في بعض النسخ المصححة، وهو موافق لنصّ عبارة المقابس، فما في نسختنا من قوله: «فيجوز في الأول دون الثاني» لعلّه سهو من النساخ.

(4) مبتدء مؤخر لقوله: «ففي اشتراط».

(5) قال في المقابس: «و الأول مقتضى الاحتياط، و الاقتصار على موضع اليقين في مخالفة الأصل، مع كون الغالب مطالبة صاحب الحق بحقه. و الثاني مقتضى الإطلاق. و الثالث طريق الجمع» (1).

و الحقّ دوران الجواز مطلقاً مدار إطلاق دليل جواز البيع، فمع إطلاقه يجوز مطلقاً، وبدونه لا بدّ من الاقتصار على المتيقن، وهو اعتبار مطالبة البائع.

(6) هذا فرع ثامن من فروع كون ثمن الأمة ديناً على المولى، ومحصّ له: أنّه هل يشترط في جواز البيع عدم وجود من يتبرّع بأداء الدين، أم لا؟ فصل المصنف قدس سرّه - كما في المقابس أيضاً (2) - بين تسليم الثمن للبائع، فيسقط الدين حينئذٍ ويصح بيعها، لانتفاء الموضوع وهو الدين. وبين تسليمه للمولى إن كان حياً، أو للورثة إن كان ميتاً.

وفي وجوب القبول وجهان، وجه الوجوب: احتمال اختصاص جواز البيع بصورة الاضطرار والعجز عن أداء الدين ولو بالتكسب، وأنّ مجرد عدم ملكية ما يقابل الدين غير كاف في جواز البيع، فيجب حينئذٍ عليهم القبول لئلاّ تباع أمّ الولد.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75

ولا يجوز بيعها (1). وإن سلّم (2) إلى المولى أو الورثة [1]، ففي وجوب القبول نظر (3).

ووجه عدم الوجوب كون قبول الهبة- مقدمة لأداء الدين- منة لا يجب على المولى ولا على ورثته قبولها. وعليه فلا مانع حينئذ من تقدم حق الدائن وجواز بيع أمّ الولد.

(1) لسقوط الدين عن ذمة السيّد، ولا مجوّز لبيعها.

(2) تسليم ما يقابل الثمن إلى السيّد أو وارثه يمكن أن يكون بعنوان الإباحة و البذل، وأن يكون بعنوان التملك و الهبة. و الظاهر إرادة الهبة بقرينة توفقه على القبول، و تنظّره في وجوبه.

فلو كان التبرّع للسيّد بعنوان البذل أمكن القول بعدم جواز بيع أمّ الولد، لأنّ إباحة المال محقّقة لسلطنة المولى على أداء دينه، و المفروض كفاية هذا المقدار في أداء الدين، و عدم توفقه على الملك- بقبول الهبة مثلا- كتوقف جملة من الامور عليه كالبيع و الوقف و العتق. فلا حاجة إلى القبول حينئذ حتى يتكلم في وجوبه و عدمه.

(3) كما في المقابس أيضا، و لعلّ وجه الوجوب احتمال اختصاص جواز البيع

[1] اورد عليه بعدم الوجه في الجمع بين المالك و الوارث في العنوان، سواء أكان التبرع بذلا أم هبة. لأن المكلف بوجوب التكسب مقدمة لأداء الدين هو المديون دون ورثته، و لا يجب عليهم تفرغ ذمة المورث من أموالهم و لا مما أبيع لهم التصرف فيه، بل من أموال الميت، فلا يجب على الورثة قبول الهبة. و على تقدير القبول فهو- كما لو كان التبرع بذلا- كسائر الأموال التي يملكون التصرف فيها.

و الحاصل: أن التنظر في وجوب القبول يتّجه بناء على كون التبرع هبة، و المتنبه هو السيّد لا الوارث «1».

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 281؛ حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج 1، ص 185

و كذا (1) لو ارضى البائع باستساعاتها في الأداء.

و لو (2) دار الأمر بين بيعها

بصورة الاضطرار و العجز عن أداء الدين و لو بالتكسب، و عدم كفاية مجرد عدم تملك ما يقابل الدين في جواز البيع، فيجب حينئذ القبول  
لئلا تباع أم الولد.

و لكن يمكن أن يقال: إن الإطلاق يدفع هذا الاحتمال، فلا يجب عليهم القبول. كما يمكن الالتزام بعدم وجوب القبول، لكونه منة لا يلزم  
تحملها، لما في قبول الهبة لكل أحد و من كل أحد مهانة و نقص يوجب الحرج المنفي شرعا.

(1) يعني: ففي جواز البيع نظر، و هذا فرع تاسع، و هو ملحق حكما بالفرع الثامن. و محصله: أنه لو أرضى السيد أو الورثة- أو ثالث- البائع  
بأن تسعى أم الولد و تكتسب لتوفي ثمنها، فهل يجوز للسيد أو الورثة بيعها، من جهة صدق عدم وجود مال فعلا يؤدي به الدين؟ أم يجب  
الاستسعاء ما دام البائع راضيا بتأخر تسلم الثمن. و لعل وجه انصراف دليل جواز البيع عن هذه الصورة التي لا مطالبة لذي الحق فعلا و  
إن جازت له.

(2) هذا فرع عاشر، و محصله: أنه لو دار الأمر في بيعها في ثمن رقبتها بين أن يشتريها أبوها أو أخوها أو ابن أخيها أو غيرهم ممن تنعتق أم  
الولد عليه قهرا، و بين أجنبي، فتبقى رقبا إلى أن تتحرر من نصيب ولدها من الإرث، ففي تقديم الأول، أو التخيير بينه و بين الأجنبي، و  
جهان.

وجه الوجوب- كما في المقابس - أمران: أحدهما: تغليب جانب الحرية، و حصول الانعتاق الذي هو الغرض الموجب لمنع بيعها.

ثانيهما: الجمع بين الحقين أي حق البائع المستحق للثمن. و حق أم الولد للتحرر.

و وجه عدم الوجوب إطلاق الرواية المجوز لبيعها إن لم يجد ما يؤدي به الثمن.

و يجري الوجهان لو كان المشتري أجنبيا، و دار الأمر بين بيعها منه بشرط أن يعتقها، و بين بيعها منه مجردا عن الشرط.

ممنّ ينعق (1) عليه، أو (2) بشرط العتق، وبيعها (3) من غيره (4)، ففي وجوب تقديم الأول و جهان (5).

ولو (6) أدى الولد ثمن نصيبه

---

(1) كذا، و الصواب «تعتق».

(2) أي: من لا تعتق أمّ الولد عليه قهرا من الأصناف الأحد عشر، فالمراد كون المشتري أجنبياّ دائرا بين شخصين، أحدهما يشتريها بشرط أن يعتقها، والثاني يأبي الشرط المزبور.

(3) معطوف على «بيعها» أي: و بين بيعها.

(4) أي: غير من ينعق عليه و غير من يرضى شرط العتق، فتبقى أمّ الولد عنده رقًا.

(5) لكن احتمال في المقابس تفاصيل في المسألة، قال قدّس سرّه: «ففي وجوب البيع عليه- أي على من ينعق أو من يقبل شرط الإعتاق- دون غيره به، و ممّن لم يكن كذلك، أو التخيير بينهما، أو التفصيل بين ما إذا اشتراه بما يشتريه به غيره، و ما إذا كان بأقلّ منه، فيتعيّن في الأول دون الثاني. أو- أي يفصل- بين ما إذا كان البائع المولى أو الورثة، أو بينهم أيضا بين ما انحصر الوارث في الولد، و ما إذا شاركه غيره ممّن لا- ينعق عليه. أو بين حصصهم في هذه الصورة، فيجب على الولد أن يبيع على من ينعق عليه إن أمكن، و لا- يجب على غيره، إشكال» (1).

(6) هذا فرع حادي عشر، و هو مفروض في موت السيّد و بقاء ثمن أمّ الولد في ذمته، و انتقال أمواله إلى ورثته، و لكن لم يف نصيب ولدها بالدين، كما إذا كان ثمنها مائة دينار، و نصيب الولد من التركة خمسين دينارا، فأذاها إلى البائع أو من يقوم مقامه، و بقي نصف ثمنها دينا، فينعق منها نصفها، و يتوقف تحرّر جميعها على ما ذكره في باب العتق بالسراية، و هو: أن الولد إن كان موسرا- أي له مال غير

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75

ص: 332

انعتق (1) عليه، و حكم الباقي يعلم من مسائل السراية (2).

ما ورثه من أبيه- انعتق تمامها، و يقوم عليه نصيب الباقي. و إن كان معسرا سعت في باقي ثمنها، فإن أدته انعتق نصيب سائر الورثة منها.

ثم إن وجه ربط هذا الفرع بفروع بيع أم الولد في ثمن رقبته هو حصول التعارض بين دليلين.

أحدهما: ما دلّ على انتقال التركة بمجرد الموت إلى الورثة.

و ثانيهما: ما دلّ على انعتقا هذه الأمة على الولد بالملك لإرث كان أو غيره.

و حيث إن صحیحة عمر بن یزید- من جواز بیعها فی الدین- ناظرة إلى صورة موت المولى، و انتقالها بالإرث، فلا بدّ من تخصيص إحدى القاعدتين بالأخرى، إمّا بالالتزام بأنّ ما ينتقل إلى الوارث غير الجارية المستولدة التي بقي ثمنها، فتنتعق. و إمّا بالالتزام باختصاص انعتاق أمّ الولد بصورة استقرار الملك بالإرث، و هو بعد أداء الدين، غاية الأمر أنّ سائر الديون لا تمنع من استقرار الإرث، بخلاف ثمن رقبته.

و الظاهر تخصيص قاعدة الانعتاق، لما دلّ على جواز بيعها في الثمن.

و بهذا يتّجه ما في المتن من أنّه لو أدى الولد نصيبه انعتقت عليه بمجرد الأداء، إذ المخصّص لقاعدة الانعتاق هو جواز بيعها لوفاء الثمن، فإذا أدى ثمن نصيبه ارتفع الموضوع- و هو الدين بمقدار نصيبه- فلا يجوز البيع. فتبقى قاعدة الانعتاق بلا مانع، و ينعتق باقيها بما ذكره في باب السراية.

(1) كذا في النسخ، و الأولى «انعتقت» و في المقابس «انعتق نصيبه» فيتّجه بناء الفعل للمذكّر.

(2) قال المحقق قدّس سرّه: «و إذا ملك شقّصا ممّن ينعتق عليه، لم يقوم عليه إن كان معسرا. و كذا لو ملكه بغير اختياره» (1). و قال في عتق شقّص العبد المشترك: «قوم عليه إن كان موسرا، و سعى العبد في فكّ ما بقي منه إن كان المعتق معسرا» (2).

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 113

(2) المصدر، ص 111

ص: 333



و لو أدّى (1) ثمن جميعها، فإن أقبضه البائع فكالمتبرع (2). وإن كان (3) بطريق الشراء، ففي وجوب قبول ذلك (4) على الورثة نظر (5)، من الإطلاق (6)،

(1) أي: الولد، وهذا هو الفرع الثاني عشر، و مفروضه موت المولى و بقاء الثمن في ذمته، و انتقال التركة إلى الورثة. و المذكور في المتن- كالمقابس «1»- صورتان، فتارة يؤدّي ولد الجارية ثمنها إلى البائع تفریغاً لما في ذمة أبيه، فيكون متبرعاً بأداء دين أبيه، و لا ريب في منع بيع أمه حينئذ.

و اخرى يمضى إلى سائر الورثة، و يشتري منهم حصصهم من الأم، كما لو كان الورثة عشرة، فاشترى الولد أنصبة التسعة منهم.

و هل يجب على الورثة بيعها من الولد لتتعلق عليه، أم يجوز الامتناع، فتكون كسائر التركة ملكاً لهم، و يجوز لهم بيعها- من غير ولدها- في ثمن رقبته؟ فيه و جهان، مقتضى إطلاق «بيعها في ثمنها» جواز الامتناع، فتباع من أجنبي مقدمة لوفاء الدين. و مقتضى الجمع بين حق الاستيلاء و الدين و جوب بيعها للولد، فيؤدّي الورثة ثمنها بالعرض المأخوذ من ولدها.

(2) حيث تقدم في الفرع التاسع سقوط الدين بالتبرع، و عدم توقفه على القبول.

(3) معطوف على «فإن أقبضه» أي: و إن كان أداء الولد ثمن جميع أمه بطريق شرائها من إخوته و سائر الورثة- ليوفوا دين المورث بما يأخذه من الولد- ففي وجوب القبول نظر.

(4) أي: الشراء من الورثة.

(5) مبتدأ مؤخر لقوله: «ففي وجوب» و الجملة بتمامها جواب الشرط ل «و إن كان».

(6) هذا وجه عدم وجوب القبول على الورثة، و المراد به عدم تقييد «بيع الأمة في ثمنها» ببيعها من ولدها، فلا مانع من كون المشتري لها أجنبياً.

(1) مقابس الأنوار، ص 75

ص: 334

و من الجمع (1) بين حَقِّي الاستيلاء و الدين.

و لو امتنع (2) المولى من أداء الثمن من غير عذر، فلجواز بيع البائع لها

(1) هذا وجه وجوب القبول، و تقدم بيانه آنفا.

(2) هذا هو الفرع الثالث عشر، و هو مبني على إلحاق الامتناع عن أداء الدين بعدم الأداء حتى يجوز بيعها لوفاء ثمنها. و حاصله: أنه لو امتنع مولى الجارية من أداء ثمنها إلى البائع مع كونه موسرا، و انحصر طريق استيفاء حَقِّه في المقاصة، بأن يأخذ الجارية من مولاها و يبيعها من آخر مقاصة، فهل يجوز له ذلك إمّا مستقلا و إمّا بالاستئذان من الحاكم، أو لا يجوز ذلك؟ استدل صاحب المقابس لكلّ من الجواز و المنع، ثم رجّح المنع.

أمّا وجه الجواز فامور:

الأول: تنزيل يسار المولى - مع الامتناع عن أداء الثمن - منزلة إعساره، فكما لا يمنع الغريم من استرداد عين ماله مع إعسار المديون، فكذا يجوز للبائع هنا.

الثاني: إطلاق بعض النصوص، كرواية عمر بن يزيد الثانية المجوّزة للبيع في ثمن الرقبة، بدعوى شمول إطلاقها لصورة وجود المال، إلا إذا كان المولى موسرا غير ممتنع عن أداء الثمن، فيجوز البيع فيما عداه. و منه المقام، و هو امتناع المديون من الأداء من مال آخر.

الثالث: أنّ حق البائع مقدّم عند التزام - مع حق الاستيلاء - من جهة سبقه زمانا، لأنّ بناء المعاوضة على التقابض من الطرفين، و المفروض عدم قبض الثمن.

و أمّا وجه المنع فامور ثلاثة أيضا، و هي المنقولة في المتن عن المقابس:

الأول: أنّ الشارع اعتبر لأمّ الولد حَقّا يمنع من بيعها، و من المعلوم عدم سقوط هذا الحق بامتناع المولى الموسر عن أداء ثمنها، و لا تَزُرُ وَاوَزَةَ وِرْزٍ أُخْرَى، فينبغي إلزام المولى بالوفاء، لا يبيع الجارية.

الثاني: ظهور الفتاوى في منع بيعها في هذه الحالة.

الثالث: أنّ أمّ الولد متشبّثة بالحرية و إن لم يتحرر منها شيء في حياة مولاها،

مقاصّة مطلقاً (1)، أو مع إذن الحاكم وجه (2).

وربما يستوجه (3) خلافه (4)، لأنّ المنع (5) لحقّ أمّ الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، و لظاهر (6) الفتاوى، و تغليب (7) جانب الحرّية. وفي الجميع نظر (8) [1].

فلو جاز بيعها بقيت على الرّقية. و حيث إن الشارع غلّب جانب الحرية لم يجز للبائع أخذها و بيعها من آخر للحصول على ثمنها.

هذا ما استدلّ به صاحب المقابس، و سيأتي مناقشة المصنف فيها.

(1) في قبال اشتراط جواز بيعها باستيذان الحاكم، فالمراد بالإطلاق استقلال بائع الجارية باستردادها و بيعها، سواء أذن الحاكم أم لم يأذن.

(2) و الدليل على هذا الوجه الامور الثلاثة، و قد تقدم بقولنا: «أما وجه الجواز فامور...».

(3) المستوجه صاحب المقابس قدّس سرّه، لقوله: «و الأوجه المنع، عملاً بظاهر الفتاوى ... الخ» (1).

(4) أي: خلاف الجواز الذي لا يخلو من وجه.

(5) هذا أول الامور الثلاثة، يعني: لأنّ منع بيعها يكون لأجل حق الاستيلاء، فلا يسقط هذا الحق بامتناع المولى عمّا يجب عليه من إيصال الثمن للبائع.

(6) معطوف على «لأنّ المنع» يعني: أن قولهم: «أم الولد مملوكة لا يجوز بيعها» مطلق، يشمل ما لو امتنع المولى الموسر عن تسليم الثمن للبائع.

(7) معطوف على «ظاهر» أي: و لتغليب جانب الحرية.

(8) أمّا في الأول، فلعدم قيام حجة على اعتبار حقّ لأمّ الولد حتى يؤخذ

[1] في النظر نظر، إذ موضوع جواز بيعها في ثمن رقبتها هو إعسار المولى،

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 75-76

بإطلاق مانعته عن نقلها إلى الغير بالبيع وشبهه، وإنما ينتزع حقها من النهي عن بيعها. و حينئذ فلو فرض إطلاق بعض النصوص - بحيث يقتضي جواز بيعها - لم يكن منشأ لانتزاع الحق حتى يقال بأن حقها لا يسقط بامتناع مولاهما عن أداء الثمن.

و أمّا في الثاني، فلأن الفتاوى إن بلغت حدّ الإجماع، فهو الحجة، وإلا فلا حجة فيها.

مضافا إلى: أنها غير مسوقة لبيان عدم ترخيص البائع في بيعها، بل ناظرة إلى حكم المولى و منعه من نقلها عن ملكه.

و أمّا الثالث: فلأنه اعتبار محض لا حجة عليه شرعا، مع أنّ مورد تغليب جانب الحرية هو ما لو تحرّر بعض المملوك، و المفروض في المقام عدم تحرر شيء منها بعد.

(1) هذا هو الفرع الرابع عشر، و الغرض منه بيان ما يراد ب «الثلث» الذي يجوز بيع أمّ الولد مقدّمة لوفائه، فأفاد قدّس سرّه: أنّ «الثلث» و إن كان ظاهرا في ما يقابل المثلث، فيختص بعقد البيع، و لا يشمل ما إذا كان انتقال الجارية إلى المولى بعقد آخر كالصلح المعاوضي، فلا يجوز بيعها حينئذ لأداء عوض الصلح إلى المصالح، إلا أنّ

فصورة إيساره مع الامتناع داخله في صور المنع عن بيعها.

مضافا إلى: أنّ أدلة المقاصة لا تشترع البيع فيما لا يجوز بيعه كأمّ الولد و الوقف، بل موضوعها ما يجوز فيه البيع.

نعم تعليل المقابيس بالوجوه الثلاثة لا يخلو من العلة، إلا قوله: «و لظاهر الفتاوى» و إن كان فيه أيضا: أنّه إن لم يكن إجماعا لا يجدي، لعدم كونه حجة.

كما أنّ قوله في أدلة الجواز: «تنزيلا للإيسار مع الامتناع منزلة الإعسار» غير ظاهر، لعدم دليل على هذا التنزيل. و عصيان المولى لا يوجب سقوط حق الاستيلاء الثابت لأمّ الولد.

في عقد مساومتها (1) وإن كان صلحا.

وفي إلحاق (2) الشرط المذكور في متن العقد

---

المراد بالثمن ما جعل عوضا في العقد المعاوضي، إمّا لظهوره عرفا في مطلق العوض، وإمّا لمناسبة الحكم والموضوع.

قال في المقابس: «والمعتبر في الثمن مقابلته بالأمة في عقد المعاوضة وإن كان صلحا ونحوه على الأثبه، لمساواة الجميع في المعنى المقتضي للبيع، ولقوله عليه السّلام: في فكاك رقابهن. فذكر البيع و الثمن في بعض النصوص وفي الفتاوى محمول على الغالب» (1).

(1) وهي «المجازبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها» (2). لكن المراد به هنا المجازبة بين المتعاضين سواء أكان العقد يباع أم غيره.

(2) هذا هو الفرع الخامس عشر، ومحصله: أنّه تقدّم جواز بيع أمّ الولد في ثمنها لو كان في ذمة المولى ولم يكن له مال يفي به. وهل يجوز البيع لو أدّى الثمن أو كان له مال يفي به، ولكن شرط بائع الجارية- في العقد- على المشتري شيئا يحتاج الوفاء به إلى المال، وهو معسر لا مال له إلا أمّ الولد، كما لو شرط الإنفاق على البائع سنة مثلا، فعجز عن الوفاء بما التزم به، بحيث توقف إنفاذه على بيعها، مقدمة للوفاء بالشرط، فيكون كجواز بيعها في ثمنها، أم لا؟

وبعبارة أخرى: هل يكون الشرط كالثمن في جواز بيعها أم لا؟

استشكل المصنف- وفاقا لصاحب المقابس قدّس سرّهما- في الإلحاق.

فوجه الإلحاق كون الشرط كالبيع في أنّ له قسطا من الثمن، ومعدودا جزءا منه، فالعجز عن الوفاء به كالعجز عن أداء الثمن، فيجوز بيعها، إن لم يكن «بيعها في ثمنها» منصرفا عنه.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 76

(2) لسان العرب، ج 12، ص 310؛ مجمع البحرين، ج 6، ص 94

ص: 338

بالثمن (1)- كما إذا اشترط الإنفاق على البائع (2) مدة معيّنة- إشكال (3).

وعلى العدم (4)، لو فسخ البائع، فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد

---

ووجه عدم الإلحاق: عدم كون الشرط جزءاً منه، لأنّ الثمن عبارة عمّا يقع تلو «باء» المقابلة، و الشرط وإن كان منشأ لتفاوت ما يبذل بإزاء العين، إلا أنّه خارج عن الثمن، فلا يجوز بيعها حينئذ فيه، لعدم صدق «بيعها في ثمنها» عليه [1].

(1) متعلق ب «الإلحاق الشرط» و المراد بالإلحاق جواز بيعها مقدّمة للوفاء بالشرط.

(2) متعلق ب «اشترط» يعني: اشترط البائع على المشتري للأمة: أن ينفق على البائع مدة.

(3) مبتدأ مؤخر لقوله: «و في إلحاق» و تقدّم وجه الإشكال جوازا و منعاً.

(4) يعني: و على عدم الإلحاق: لو فسخ البائع لأجل تخلف الشرط- بعد أن أولدها المشتري- فعلى القول بعدم منع الاستيلاء عن النقل، فلا مانع من الاسترداد بلا إشكال. و على القول بمنع الاستيلاء من الاسترداد و صيرورتها بالاستيلاء كالتالف انتقل إلى القيمة الفعلية سواء زادت عن ثمنها الذي اشتراها به أم نقصت عنه.

و الظاهر عدم جواز الاسترداد وإن قلنا بجواز بيعها في قيمتها، و ذلك لعدم صدق «بيعها في ثمنها» على بيعها للوفاء بالشرط، لما اشير إليه من عدم كون الشرط جزءاً للثمن حتى يصدق البيع في ثمنها عليه.

نعم، بناء على جواز بيعها في مطلق الدين أمكن أن يقال بكشف ذلك عن ارتفاع مانعية الاستيلاء النقل، فيجوز استردادها حينئذ. و المسألة تحتاج إلى التأمل.

---

[1] و هو الحق، فلا يجوز بيعها للوفاء بالشرط. و مع الشك في الصدق لا يجوز أيضاً، لعموم المنع.

نعم، بناء على الإشكال في أصالة المنع يتمسك بما دلّ على جواز البيع من العمومات.

بالفسخ استردت. وإن قلنا (1) بمنعه عنه فينتقل إلى القيمة.

و لو قلنا (2) بجواز بيعها حينئذ (3) في أداء القيمة، أمكن القول بجواز استردادها، لأنّ (4) المانع عنه (5) هو عدم انتقالها، فإذا لم يكن بدّ من نقلها لأجل القيمة، لم يمنع (6) عن ردّها إلى البائع، كما لو بيعت على البائع في ثمن رقبته (7).

(1) معطوف على «إن قلنا» يعني: وإن قلنا بمنع الاستيلاء عن استرداد نفس الجارية، انتقل حق البائع إلى القيمة.

(2) هذا تتمّة لقوله: «و على العدم» لا أنه مقابل له، و حاصله: أنه لو فسخ ذو الخيار و قلنا بانتقال حقه إلى القيمة، لا العين رعاية لحق الاستيلاء، و لم يتمكّن المولى من أداء القيمة إلا ببيعها، أمكن القول بجواز ردّ عينها إلى البائع و عدم تعيّن بيعها، و ذلك لوحدة المناط، إذ بعد جواز انتقالها عن المولى لا فرق بين نقلها إلى المشتري، ثم تسليم القيمة إلى البائع، و بين نقلها- ابتداء- إلى البائع ذي الخيار.

و امتناع استرداد عينها بالفسخ لا ينافي جواز استردادها وفاء للقيمة التي هي كالثمن. كما أنّ عدم جواز بيعها مقدّمة للوفاء بالشرط- على ما تقدم في الفرع السابق- لا ينافي جواز بيعها في أداء القيمة.

و عليه فالمقام نظير جواز بيعها في ثمن رقبته من البائع لا من أجنبي حتى يؤدّى ثمنها إلى البائع.

(3) أي: حين الالتزام بمنع الاستيلاء عن استرداد العين و الانتقال إلى القيمة.

(4) تعليل لإمكان القول بجواز استرداد العين، و تقدم بيانه آنفاً.

(5) أي: عن استرداد العين.

(6) أي: لم يمنع الاستيلاء عن ردّ أم الولد إلى البائع.

(7) إذ بعد جواز بيعها في أداء ثمنها لا فرق بين أن يكون مشتريها هو البائع أو أجنبياً.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل المنعقد لبيان حكم بيعها في ثمنها إن كان ديناً على المولى.

هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها.

وأما بيعها في دين آخر (1)، فإن كان مولاها حيًا، لم يجز إجماعًا، على

---

بيع أم الولد في دين آخر غير الثمن

(1) هذا هو المقام الثاني الذي أشرنا إليه في (ص 296) وهو حكم بيعها في ما إذا كان مولاها مديونا بمال آخر غير ثمنها، ذهب المصنف قدس سره إلى المنع مطلقًا، سواء اريد بيعها في حياة السيد أم بعد وفاته.

أما في حال الحياة فلإجماع عليه كما صرح به صاحب المقابس- في الصورة الثانية من صور جواز بيعها- بقوله: «و هو- أي المنع- مجمع عليه بين الأصحاب.

و يدلّ عليه الأخبار السالفة» (1).

وأما بعد موته فلوجهين، أحدهما: استصحاب المنع الثابت حال الحياة.

و ثانيهما: إطلاق روايتي عمر بن يزيد. ففي الرواية الاولى- وهي صحيحته المفصلة- سأل من الإمام عليه السلام عن جواز بيع أمهات الأولاد في دين آخر غير أثمان رقابهن، فنفي عليه السلام ذلك. قال في المقابس: «و هذا السؤال و جوابه كالنص في عدم جواز بيعها في أداء غير الثمن من الديون بعد موته و إن استغرقت قيمتها» (2).

وفي الرواية الثانية سأل منه عليه السلام عن جواز بيعهن في الدين، فنحصّ عليه السلام الجواز بما إذا كان الدين ثمن رقابهن، و من المعلوم دلالة مفهوم القيد- أو الحصر- على منع بيعهن في مطلق الدين، وأنّ المستثنى من حرمة البيع هو خصوص ما ورد في المنطوق، هذا.

و عليه فالدليل واف بإثبات منع البيع، لكن ذهب بعض الأصحاب إلى الجواز كما سيأتي.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 77

(2) المصدر، ص 78



الظاهر المصرح به في كلام بعض (1).

وإن كان بيعها بعد موته، فالمعروف (2) من مذهب الأصحاب المنع أيضا، لأصالة (3) بقاء المنع في حال الحياة، وإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين منطوقا ومفهوما (4). وبهما (5) يخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز

---

(1) وهو صاحب المقابس كما تقدم كلامه آنفا.

(2) كما في المقابس أيضا «1»، لكنه قدّس سرّه نقل خلاف جماعة، كما سيأتي في المتن أيضا.

(3) كما في المقابس أيضا، والمراد به الاستصحاب، لا القاعدة الكلية التي استفادها المصنف قدّس سرّه من الإجماع والنصوص - كما زعمه بعض - وذلك لمنافاة إرادة هذه القاعدة لتعبير المصنف بالبقاء، ولأنّ شمول القاعدة لحالتي الموت كشمولها لحال الحياة في عرض واحد.

(4) إطلاق المنطوق في صحيحته، وإطلاق المفهوم في روايته الثانية.

(5) أي: وإطلاق المنطوق والمفهوم في روايتي ابن يزيد يخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز، وتوضيحه: أنّ صاحب المقابس قدّس سرّه ذهب إلى تقديم الدّين على الإرث بالإجماع والآية الشريفة مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ والنصوص الكثيرة، وقال: «فإذا انتفى العتق الذي كان هو الغرض من منع المولى والورثة من التصرفات - وليس بعد موت المولى أمر يترقب للإعتاق - تعيّن جواز البيع، إذ الوساطة بينهما غير معقولة هنا، وهذا هو المدعى».

ثم أيّد مقالته بمقطوعة يونس، وقال: «فقله - وليس على الميت دين - يدلّ على أنّه إذا كان على الميت دين لم يثبت الحكم المذكور، فيحمل على صورة استغراقه لقيمتها» (2).

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 77

(2) المصدر، ص 78

ص: 342

و محصله- أنّ قوله عليه السّلام في المقطوعة: «وإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد» جملة شرطية، مفهومها جواز بيعها لو كان على المولى دين مطلقا و لو في غير ثمنها. بل مقتضى إطلاق الدّين عدم الفرق بين مساواته لقيمة أم الولد و بين كونه أقلّ منه. لكن هذا الإطلاق يقيّد بصورة استغراق الدّين لقيمتها. و أما إطلاق الدّين لما إذا كان في ثمنها أو في دين آخر فباق على حاله. هذا ما في المقاباس.

و ناقش المصنّف فيه بأنّ النسبة بين إطلاق روايتي ابن يزيد و مفهوم هذه المقطوعة عموم مطلق، لدلالة مفهوم رواية يونس على جواز بيعها في مطلق الدين بعد موت المولى، و أنّها ليست لولدها حتى تعتق عليه. و دلالة روايتي ابن يزيد على اختصاص جواز بيعها- بعد موت السيد- في ثمن رقبته، و منع بيعها في غير ذلك من الديون، و من المعلوم اقتضاء الصناعة تقييد إطلاق مفهوم المقطوعة بالروايتين.

(1) لعل المتخيّل صاحب المقاباس، و من يقول بجواز بيعها في كل دين، بناء على عدم انتقال تركة المديون إلى ورثته إلا بعد الأداء.

[1] التخصيص منوط بكون النسبة بينهما و بين مفهوم مقطوعة يونس- بعد فرض اعتبارها- أخص مطلقا. و ليس كذلك، لكون النسبة بينهما عموما من وجه، لأعميتهما من المقطوعة، لشمولهما للحياة و الموت، لأنّه مقتضى إطلاقهما كما رجّحه المصنّف قدّس سرّه من شمولهما لحال الحياة أيضا، حيث قال في (ص 316): «فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال...». و أخصّيتهما منها، لاختصاصهما بغير ثمن أم الولد. و أعمية المقطوعة منهما، لشمولها للثمن و غيره، و أخصّيتها منهما، لاختصاصها بالموت. ففي مادة الاجتماع- و هو غير الثمن بعد الموت- يقع التعارض بينهما. فوجه تخصيص مفهوم المقطوعة بروايتي ابن يزيد- كما في الجواهر أيضا (1)- غير ظاهر.

كمفهوم (1) مقطوعة يونس: «في أمّ ولد ليس لها ولد، مات ولدها، و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال (2): لا، لا يحلّ (3) لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة. وإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد. وإذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها. و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه، و تستسعي في بقية ثمنها» (1).

خلافا (4)

---

(1) يعني: مفهوم قوله عليه السّلام: «وإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد» لدلالته على أنّه لو كان للميت دين فليست للولد، بل لا بدّ من صرفها في أداء الدين.

(2) الظاهر أن القائل هو الإمام عليه السّلام، لعدم رواية يونس كلام غير المعصوم عليه السّلام.

(3) هذا تفصيل لجملة الجواب المحذوفة.

(4) حال لقوله: «فالمعروف» و عدل له، و هذا نقل القول المقابل للمشهور، و هو جواز بيعها بعد موت المولى في ديونه الأخرى غير ثمن رقبته. قال في المبسوط:

«إذا كانت له جارية، و لها ولد، فأقرّ في حال مرضه بأنّ ولدها منه، و ليس له مال غيرها، فإنّه يقبل إقراره ... و الجارية تكون أمّ ولده. فإن كان عليه دين يحيط بثمنها تباع فيه بعد موته. و إن كان له مال غيرها قضى به الدين و جعلت في نصيب ولدها و تنعتق عليه ...» (2).

---

فالمتعين نفي حجية المقطوعة، لعدم ثبوت كونها كلام المعصوم عليه السّلام. و الظن بكونه كلامه عليه السّلام لا يغني من جوع. فمقتضى روايتي ابن يزيد- مضافا إلى قاعدة المنع- عدم جواز بيعها في غير ثمنها في زمان موت المولى.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 106، الباب 5 من أبواب الاستيلاء، الحديث: 3

(2) المبسوط، ج 3، ص 14

ص: 344

للمحكي (1) عن المبسوط، فجوّز البيع حينئذ (2) مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر اللّمعّتين (3) و كنز العرفان و الصيمري (1)».

هذا ما أفاده في بيع المبسوط. ولكنه قدّس سرّه خصّ في كتاب أمّ الولد جواز بيعها بما إذا كان الدين ثمنها، لا سائر وجوهه (2). و صرّح ابن حمزة أيضا بجواز بيعها في مطلق الدين (3).

(1) قال في المقابس: «و حكى الشهيد في الدروس عن الشيخ في المبسوط: أنّه جوّز البيع حينئذ إذا كان الدين مستغرقا للتركة... الخ»، و لكن الموجود في الدروس المطبوع نسبه إلى ابن حمزة لا إلى الشيخ، فراجع (4).

(2) أي: حين كون المولى مديونا في غير ثمنها.

(3) ففي اللمعة و شرحها: «و سابعتها: إذا مات مولاها، و لم يخلف سواها، و عليه دين مستغرق، و إن لم يكن ثمنها لها، لأنّها إنّما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها، و لا نصيب له مع استغراق الدين، فلا تعتق، و تصرف في الدين» (5). خلافا لما في الدروس و المسالك من اختصاص جواز البيع بكون الدين ثمنها (6).

و عليه فمراد المصنف قدّس سرّه بقوله: «و الجواز» هو ما اختاره في المبسوط من جواز البيع في الدين المستوعب للتركة. و ليس المقصود حكاية تفصيل آخر عن الشهيدين و غيرهما قدّس سرّهم - بين استغراق الدين و عدمه - لتكون الأقوال في المسألة ثلاثة:

الأوّل: المنع مطلقا، و هو للمشهور.

(1) كنز العرفان، ج 2، ص 129؛ غاية المرام (مخطوط) ج 1، ص 280

(2) المبسوط، ج 6، ص 185

(3) الوسيلة، ص 343 و في الحجرية من الجوامع الفقهية، ص 764

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 77؛ الدروس الشرعية، ج 2، ص 223

(5) الروضة البهية، ج 3، ص 258

(6) الدروس، ج 2، ص 223؛ مسالك الأفهام، ج 8، ص 47، و ج 10، ص 528

ص: 345

ولعل وجه تفصيل الشيخ: أن (1) الورثة لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل (2) إلى اعتناق أم الولد الذي (3) هو الغرض من المنع عن بيعها.

وعن نكاح المسالك: أن الأقوى (4) انتقال التركة إلى الوارث

---

والثاني: الجواز في غير الدين مطلقا وإن لم يكن مستغرقا.

والثالث: الجواز في غير ثمنها من الديون إن كانت مستغرقة.

والحاصل: أن في المسألة قولين، ومصّب الجواز والمنع هو استغراق الدين في غير ثمنها. وذلك لما جعله المصنف قدّس سرّه مقسما في أوّل موارد الاستثناء، حيث قال:

«و من موارد القسم الأوّل: ما إذا كان على مولاها دين، ولم يكن له ما يؤدّي هذا الدين» لظهوره في كون محل البحث هو الدين المستوعب لقيمة أم الولد.

(1) خبر «لعلّ» وتقدم في (ص 342) نقل هذا الوجه عن المقابس، فالمنع والجواز في هذا المورد مبني على مسألة الإرث، من أن مقتضى تأخره عن الوصية والدين هل هو منع انتقال التركة إلى ورثة المديون، أم أنه لا يمنع من الانتقال، ويتخير الورثة- في الوفاء- بين الدفع من التركة أو من غيرها؟ هذا.

فما ذهب إليه شيخ الطائفة قدّس سرّه- من جواز بيعها في الدين المستغرق لقيمتها- مبني على عدم الانتقال، كما وجّهه به الشهيد الثاني قدّس سرّه «1».

(2) يعني: مع استغراق الدين للتركة لا تنتقل إلى الورثة حتى يقال بانعتاقها من نصيب ولدها، لفرض تقدم الدين على الإرث.

(3) صفة ل «اعتناق».

(4) كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه مؤلف من امور:

الأوّل: أن التركة تنتقل إلى الورثة مطلقا حتى لو كان على الميت دين مستوعب لها، وهذا موافق للمشهور ومخالف للشيخ قدّس سرّه.

---

(1) مسالك الأفهام، ج 8، ص 47

ص: 346

الثاني: حجر الوارث عن التصرف في التركة إمّا مطلقاً، وإمّا فيما يقابل الدين، وهذا حكم كليّ الدين، ولا ينطبق على المقام أعني به استغراق الدين قيمة أمّ الولد، وذلك لفرض الانعتاق بمجرد الإرث، فلا يبقى مجال للمنع عن التصرف رعاية لحقّ الدّيّان.

الثالث: أنّ أمّ الولد تنعتق من نصيب ولدها، لانتقالها إليه، وانعتاقها عليه بمجرد تملكه لها.

الرابع: أنّ الواجب على الولد تقويم نصيبه من أمّه، ودفعه للدّيّان، ولا- يجب دفع قيمة ما ينعتق منها بالسراية فيما زاد على نصيبه من مجموع التركة.

وقد أوضح قدّس سرّه مورد العتق بالسراية قبل العبارة المنقولة في المتن، وأنّه يكون تارة على عهدة الولد، كما إذا كان نصيبه من مجموع التركة يفى بقيمة ما زاد على نصيب الولد من أمّه، فيرد النقص على حصته من سائر الأموال. كما إذا خلف الميت أمّ الولد- وقيمتها مائة دينار- وخمسمائة دينار، وانحصر الوارث في ولدها وأخ له من أبيه، فحصة كل واحد ثلاثمائة دينار، فينعتق نصف الأمة من نصيب ولدها منها، ويسري العتق إلى الباقي، ويؤدّي الولد إلى أخيه خمسين ديناراً من حصته من الخمسمائة دينار، وهي قيمة نصيبه من أمّ الولد.

و اخرى على عهدة الأمّ، كما إذا لم يف نصيب ولدها من مجموع التركة بقيمة ما زاد على نصيبه من الأمّ، كما إذا خلف مولاها في المثال المتقدم خمسين ديناراً، فحصة الولد من الأم والخمسين هو خمس وسبعون ديناراً، وهو ينقص بخمس وعشرين عن قيمتها، فينعتق منها ثلاثة أرباعها، ويسري العتق إلى الربع الآخر، ويجب عليها السعي في قيمة الربع الأخير ليدفع إلى الوارث الآخر.

ولا بأس بنقل جملة مما في المسالك وقوفاً على حقيقة الأمر، قال قدّس سرّه: «لا ريب أنّ مجرد الاستيلاء ليس سبباً للعتق. نعم تشبّث به بالحرية، وإنّما تعتق بموت المولى، لأنّ ولدها ينتقل إليه منها شيء، أو ينتقل جميعها إذا كان هو الوارث خاصة، فتعتق

مطلقاً (1)، وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين (2)، فينعتق نصيب الولد منها (3) كما لو لم يكن دين، ويلزمه (4) أداء قيمة النصيب من ماله «1».

عليه ما يرثها منها... ولو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التركة يفي به. وإلا عتق بقدره. ولو عجز النصيب عن المتخلف منها سعت فيه هي، ولا يلزم ولدها السعي فيه. ولا يسري عليه لو كان له مال من غير التركة، لما سيأتي إن شاء الله تعالى أن السراية مشروطة بالملك الاختياري، وليس الإرث منه. وإنما سرى عليه في باقي نصيبه من التركة لإطلاق النصوص الكثيرة:

أنها تعتق من نصيبه من التركة، وإلا لكان الأصل يقتضي أن لا يعتق عليه سوى نصيبه منها «2».

ثم نقل عن نهاية الشيخ «وجوب السعي على الولد إن كان ثمنها ديناً على مولاها ولم يخلف غيرها» ثم نفاه بأصالة البراءة عن وجوب السعي عليه.

وقال فيما لو كانت الديون محيطة بتركة المولى: «ان الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً» إلى آخر ما حكاه في المتن.

(1) يعني: سواء أكان على الميت دين مستوعب للتركة أم لم يكن. وهذا إشارة إلى الأمر الأول.

(2) هذا إشارة إلى الأمر الثاني، فيكون استغراق الدين نظير سائر موارد الحجر، من حيث عدم منافاته للملك.

(3) يحتمل رجوع الضمير إلى أم الولد، نظير ما إذا لم يكن دين. ويحتمل رجوعه إلى التركة، وهو مبنى رابع الوجوه المذكورة في المقابس، وسيأتي بعض الكلام فيه في (ص 356).

(4) أي: ويلزم الولد أداء قيمة نصيبه إلى الدين، وهذا إشارة إلى الأمر الرابع.

(1) مسالك الأفهام، ج 8، ص 47

(2) المصدر، ص 44

ص: 348

وربما ينتصر (1) للمبسوط على المسالك:

أولا (2): بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق

---

(1) المنتصر للمبسوط هو المحقق صاحب المقابس قدّس سرّه، حيث أورد على ما في المسالك بوجه أربعة، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(2) هذا الإشكال ناظر إلى منع ما أفاده الشهيد الثاني قدّس سرّه من لزوم تقويم نصيب الولد منها، ودفع القيمة إلى الديان.

و ملخص الإشكال: أنّ المستفاد من دليل انعقادها من نصيب ولدها كون ذلك الانعقاد بدون تقويم عليه. والكلام إنّما هو في حصص سائر الورثة منها، إذا لم يف نصيب الولد من جميع التركة بقيمة أمّه، من أنّه تقوّم عليه أم تسعى هي في أداء قيمتها؟

وبعبارة أخرى: أنّ مورد استغراق الدين خارج عن مفاد أدلة الانعقاد على الولد، توضيحه: أنّ دليل «انعقادها ممّا يرثه ولدها من أبيه» ظاهر في أنّ الولد يستحقّها بالإرث مجّانا وبلا عوض، حيث إنّها تنتقل إلى الولد أنا و تعتق عليه قهرا، كما هو مفاد مثل قوله عليه السلام فيما رواه محمد بن قيس: «فإن كان لها ولد، و ترك مالا، جعلت في نصيب ولدها» (1). فلو توقف انعقادها من نصيبه على بذل غرامة للغير كانت النصوص قاصرة عن إثبات هذا النحو من الانعقاد.

وعلى هذا، فإن لم يكن دين الميت محيطا بالتركة، اعتقت الأم- كلا أو بعضا- بحسب نصيب ولدها من تركة أبيه.

وإن كان الدين مستغرقا كما هو المفروض، و بنينا على انتقال التركة إلى الورثة- كما يلتزم به المشهور و الشهيد الثاني- منعنا عن اقتضاء هذا الانتقال لانعقاد على الولد. لما اشير إليه من اختصاص انعقاد الأم على ولدها بالانتقال

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 107، الباب 6 من أبواب الاستيلاد، الحديث: 1، و نحوه سائر أحاديث للباب.

ص: 349



من نصيب ولدها (1): أن (2) ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً (3). وإنما الكلام في باقي الحصص (4) إذا لم يف نصيبه من جميع

إليه عن استحقاق، وعدم استتباعه للغرامة والعوض. فلا وجه لهذا النحو من الانعتاق، ولا مانع من بيعها حينئذ في الدين، ولا يبقى موضوع للتقويم على الولد.

فإن قلت: لا مانع من انتقالها إلى الولد، وانعتاق حصته منها، ولزوم دفع قيمة تلك الحصص إلى الدين، نظير ما ذكره من التقويم على الولد وبذل قيمة حصص سائر الورثة إليهم على تقدير وفاء التركة بها.

قلت: مورد تقويم أم الولد على ولدها هو حصص سائر الورثة، كما إذا انتقلت، ولم يف نصيب الولد بقيمتها، فينتق منها بمقدار نصيب الولد منها، ويسرى العتق إلى ما بقي منها رقاً، ويتعين بذل قيمة حصصهم إمّا على الولد وإمّا عليها بالسعي.

وعلى كل فليس مورد التقويم نصيب الولد منها ليجب دفع بدله إلى الغرماء.

والحاصل: أن الأمر دائر بين عدم انعتاقها على الولد، فيجوز بيعها في الدين، وبين أن تنتق عليه مجاناً. ولما كان الانعتاق المستلزم للتقويم ودفع البدل خارجاً عن دليل انعتاق أم الولد، تعين الالتزام بعدم الانعتاق هنا وبيعها في الدين.

وبهذا يتجه ما ذهب إليه شيخ الطائفة قدس سره من بيعها في الدين المستوعب، ويشكل ما أفاده الشهيد الثاني قدس سره.

(1) مثل ما تقدم آنفاً في معتبرة محمد بن قيس، وكذا في مقطوعة يونس المتقدمة في (ص 344) وغيرها.

(2) خبر قوله: «أن المستفاد» وضمير «استحقاقه» راجع إلى الولد.

(3) مع أن الشهيد الثاني قدس سره حكم بالتقويم، حيث قال: «ويلزمه أداء قيمة النصيب...».

(4) يعني: أن حصص سائر الورثة من أم الولد لمّا كانت في حد ذاتها مملوكة

التركة بقيمة أمه، هل تقوم عليه، أو تسعى هي في أداء قيمتها؟

و ثانيا (1): بأن النصيب

لهم- ولا- موجب لانعتاقها عليهم قهرا، لعدم كونها أحد العمودين بالنسبة إليهم، ولا للعتق بالسراية كما في العتق الاختياري- فيقع الكلام في تقويمها على الولد، أو وجوب السعي عليها. وعلى كلّ فلا موجب لتقويم حصة الولد و دفع البدل إلى الديان كما في المسالك.

(1) هذا الإشكال راجع إلى الانتقال و أثره و هو الانعتاق على الولد، و حاصله: قصور أدلة الانعتاق من نصيب الولد عن شمولها للمقام بعد تسليم المبنى، و هو انتقال التركة في الدين المستوعب إلى الورثة، فهنا مطلبان، أحدهما: تسليم المبنى، و ثانيهما: منع البناء.

أمّا الأول، فوجهه: التخلّص من محذور بقاء الملك بلا مالك، لعدم قابلية الميت للتملك، و لا ريب في عدم تلقّي الديان التركة من الميت، فإنّما أن تبقى بلا مالك، و هو ممتنع، و إما من انتقالها إلى الورثة مع حجرهم عن التصرف.

و أمّا الثاني- و هو المتعين- فوجهه: أنّ الظاهر من «عتقها» من نصيب الولد» هو النصيب الفعلي لا الشأني، و من المعلوم إناطة فعليته و استقراره بإخراج الدين و الحقوق المتعلقة بأصل المال كالحج الميقاتي و الخمس و الزكاة و نحوها.

فلو خُلف الميت أموالا، و لزم صرفها في أداء الدين المحيط بها، لم يبق للولد نصيب من أمه كي تعتق عليه، لا مجانا و لا بعوض من ماله، لفرض تأخر الإرث عن الدين، فلا موضوع لأداء قيمة نصيب الولد إلى الديان.

و عليه، فإن اريد من «انتقال أمّ الولد إلى الولد» الانتقال المستقرّ، كان منافيا لتأخر الإرث عن الدين. و إن اريد من انتقالها إليهم انتقالها على حدّ سائر الأموال- مع الدين- فمثل هذا الانتقال غير المانع عن تعلق حق الديان به لا يمنع عن أداء

إذا نسب إلى الوارث (1)، فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين، و سائر ما يخرج من الأصل (2). و المقصود منه (3) النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب (4) الذي يحكم بتملّك الوارث له، تفصيلاً (5) من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

و ثالثاً (6): أنّ ما ادّعاه من الانعتاق على الولد

---

الدين به. و يتجه ما أفاده شيخ الطائفة قدّس سرّه من بيعها مقدّمة لوفاء الدين.

و الفرق بين هذا الإشكال و سابقة: أنّ مقتضى الثاني عدم الدليل على أصل الانعتاق، و مقتضى الأوّل عدم الدليل على خصوصية كونه بعوض، لظهور الأدلة في كون الانعتاق لا مع بدل.

و بهذا الوجه أورد صاحب الجواهر أيضاً على ما نقله عن الدروس، فراجع (1).

(1) كما إذا قيل: «إنّ نصيب الوارث من مجموع ما تركه الميت مائة دينار مثلاً» فإنّ المقصود حصّته بالنسبة إلى ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل.

(2) فقبل الإخراج يكون النصيب شأنيًا، بمعنى أنه لو زاد شيء على ما يخرج من الأصل كان مائة دينار.

(3) أي: المقصود من النصيب المنسوب إلى الوارث هو المستقر، فالانعتاق يكون من هذا النصيب، لا من النصيب الفرضي غير المشمول لدليل الانعتاق.

(4) معطوف على «النصيب المستقر».

(5) هذا وجه التزامهم بانتقال التركة إلى الورثة مطلقاً و إن كان الدين مستوعباً لها، و تقدّم بيانه آنفاً.

(6) هذا الإشكال متوجه أيضاً إلى انتقال الأم إلى الولد في فرض استغراق

---

(1) جواهر الكلام، ج 34، ص 378

ص: 352

الدين للتركة، وجعله صاحب المقابس قدس سره رابع الوجوه.

و محصّله: المنع من دعوى الانعتاق التي أفادها في المسالك مع كون الملك هنا غير مستقرّ من جهة تعلق حقّ الديان بالتركة، وذلك لأنّ مستند هذه الدعوى:

إن كان ما دلّ على عدم ملك العمودين وانعتاقهما بمجرد الملك، لقوله عليه السّلام:

«و أما الأبوان فقد عتقا حين يملكهما» (1) ففيه: عدم شمول الدليل لهذا النحو من الملك غير المستقرّ، لظهوره في الملك المطلق الذي ليس متعلقا لحقّ الغير، لا كلّ ما يطلق عليه الملك و لو كان محجورا عن التصرف فيه كما في المقام، من جهة تعلق حقّ الديان به، ولذا لا يصح عتق غير أمّ الولد- كما لو ترك الميت عبدا أو أمة- لتعلق حقهم به. و لم ينهض دليل على كفاية مطلق الملك في الانعتاق، و لم ينصّ عليه الأصحاب.

بل يشهد لعدم كفايته أنّه لو وقف عبده على من يعتق العبد عليه- كأبيه و أمّه على تقدير تملكه له اختيارا أو قهرا- و قلنا بصحة هذا الوقف، لم يعتق العبد على الموقوف عليه و إن انتقل إليه، بناء على ترتب الملك على الوقف الخاص.

و الوجه في عدم انعتاقه على الموقوف عليه تعلق حق الغير من الواقف و الموقوف عليه و البطون به. و من المعلوم عدم الفرق- في عدم كفاية مطلق الملك للانعتاق- بين تعلق حق الوقف بالمملوك الموقوف و بين تعلق حقّ الديان بأمّ الولد.

و إن كان مستند هذه الدعوى دليل انعتاقها من نصيب ولدها، ففيه ما تقدم في الوجه الثاني من ظهور «النصيب» في ما زاد على الدين.

فالمتحصل: أنّه إمّا أن لا تنتقل أمّ الولد- مع فرض استيعاب الدين- إلى الولد انتقالا تامّا مستقرا، فلا انعتاق حينئذ، و لا مانع من بيعها في الدين. و إمّا أن يكون هناك انتقال تام مصحّح للانعتاق، و لكنّه مناف لكون الإرث المستقرّ متأخرا

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 10، الباب 7 من أبواب العتق، الحديث: 6

بمثل هذا الملك (1) ممّا (2) لم ينصّ عليه الأصحاب، ولا دلّ (3) عليه (4) دليل معتبر (5). وما يوهمه (6) الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر (7) أنّ المراد به غير (8) هذا القسم، ولذا (9) لا يحكم بالاعتاق العبد الموقوف على من ينعق عليه (10)، بناء (11) على صحة الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

ورابعا (12):

عن الدين.

(1) وهو الملك المقرون بالحجر عن التصرف.

(2) خبر «أن ما ادعاه».

(3) لانصراف الدليل إلى الاعتاق من نصيب الولد بما أنّه ملك تامّ و مستقرّ.

(4) هذا الضمير و ضمير «عليه» راجعان إلى الاعتاق على الولد.

(5) فكيف يدعى كفاية هذا الملك في الاعتاق؟

(6) يعني: أنّ كلمة «الملك» في «إذا ملكوا» أو «تعتق من نصيب الولد» وإن كانت موهمة لإرادة مطلق الملك و لو المحجور من التصرف فيه، ولكنها ظاهرة في الملك المستقر، و لا يراد به الأعم منه و من المحجور المشرف على الزوال لتعلق حق الديان به.

(7) خبر «و ما» و دخول الفاء عليه لتضمن الموصول معنى الشرط.

(8) أي: غير ما تعلق به حق الديان.

(9) أي: و لأجل إرادة الملك المطلق لا يحكم...، و تقدم توضيح هذا الشاهد بقولنا: «بل يشهد لعدم كفايته أنّه...».

(10) فلو انعتق على الموقوف عليه لزم من وجوده عدمه، و هو محال، فيلزم بطلان الوقف بالاعتاق.

(11) فلو قيل ببطلان هذا الوقف لم يتم الاستشهاد بهذا الفرع للمقام.

(12) جعله صاحب المقابيس قدّس سرّه ثالث الوجوه، و هو ناظر إلى تقويم نصيب

أنّه يلزم [1] على كلامه أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها

الولد، و حاصله: أنّ مقتضى كلام المسالك- من أداء قيمة النصيب من ماله إلى الدّيان- أن يخسر الولد تمام قيمة امّه أو بعضها لهم، و انعتاقها عليه في صور ثلاث.

و وجه اللزوم انعتاقها في ملك الولد مع استغراق الدّين، إذ المفروض انتقال التركة إلى الوارث، و بانتقالها إليه ينعتق نصيب الولد من امّه. فلو لم يكن الدين محيطا بالتركة كان انتقالها إليه و انعتاقها عليه أولى.

و الصور الثلاث التي أدرجها المقابس في هذا الوجه الرابع هي:

الأولى: أن يساوي نصيب الولد من مجموع التركة تمام قيمة امّه. و هذا يكون تارة مع استغراق الدين، كما إذا كانت التركة مأتي دينار و كذا الدين، و كان الوارث ولد هذه الأمة و ابنا من غيرها، و كانت قيمة أمّ الولد مائة دينار، فإنّ نصيب ولد الأمة- و هي المائة- يساوي قيمة امّه.

و اخرى بدون استغراق الدين للتركة، كما إذا فرض الدين في المثل مائة دينار.

و نصيب الولد في الفرضين يستوعب قيمة الأم، مع زيادة نصيبه على القيمة فيهما قبل الدين، و نقصان نصيبه عن قيمتها بعد أداء الدين في الفرض الأوّل.

فإن كان الدين مستغرقا انعتق الامّ من نصيب الولد، و يغرم قيمتها للدّيان، فترد عليه الخسارة، لأنّه يغرم القيمة من ماله الشخصي.

[1] التعبير باللازم مسامحة- لأنّ صاحب المسالك صرّح بالانعتاق و التقويم في الدين المستوعب، لا أنّه لازم كلامه. فلعلّ إشكال المقابس عليه هو: أنّ الانعتاق مع تغريم الولد قيمة نصيبه للدّيان ممّا لا قائل به، و لا ممّا قام عليه دليل، و إلّا فأصل الانعتاق مما ذهب إليه الشهيدان في اللمعتين و الصيمري و السيوري قدّس سرّهم.

و بعبارة أخرى: التعبير باللزوم منوط بكون الصور الثلاث المذكورة في الإشكال الرابع خارجة عن مورد كلام المسالك حتى يتجه جعل التقويم على الولد

وإن كان الدين غير مستوعب للتركة- ككون الدين في المثل المزبور مائة دينار- انعتقت الأم من نصيب الولد، وهو المائة التي هي نصف التركة، فتقوم عليه، ولا يرث من سائر التركة، فلا يغرم في هذه الصورة من ماله الشخصي شيئاً.

الثانية: أن يكون نصيب الولد في الدين غير المستغرق- بعد إخراج الديون والصايا- مساوياً لقيمة أم الولد، كما إذا كانت التركة ثلاث مائة دينار، وكان الدين مائة دينار، والوارث هذا الولد وولداً آخر من امرأة أخرى، فإن نصيب الولد بعد إخراج الدين عن مجموع التركة يكون مائة دينار، وهي تساوي قيمة الأم كما لا يخفى.

فيها من لوازمه. فلو كانت مندرجة فيه فلا لازم ولا ملزوم في البين.

وقد بينى ورود الإشكال وعدمه على ما يراد من مرجع الضمير في عبارة المسالك المنقولة في المتن، وهي «فينعتق نصيب الولد منها».

فإن اريد به التركة بأن يكون مقصود الشهيد الثاني قدس سره قياس صورة استغراق الدين على ما لم يكن دين، لأنه لو لم يكن دين انعتق على الولد نصيبه من جميع التركة على ما صرح به في عبارته المنقولة في (ص 335) فإذا انعتقت على الولد أتجه عليه الإشكال الذي حاصله:

أنه لو قلنا بانعتاق أم الولد في جميع الصور، فإنما هو من جهة عدم قابلية أم الولد لأن تكون مخرجا للدين. وأما سائر التركة فلا مانع من أن تكون مخرجا للدين.

مع أن مقتضى التزام المسالك «بأنه يقوم عليه مقدار قيمة النصيب من ماله» هو انعتاق أم الولد في جميع الصور- حتى في غير الدين المستغرق- من نصيب الولد من التركة، فلا يكون شيء مما يرثه من التركة مخرجا للدين، بل إنما يقوم عليه بمقدار سهمه من الدين الذي لو لا أم الولد لكان للوارث أن يؤديه من عين التركة، ولو امتنع لكان للديان أخذه منها. وهذا مما لا يقول به الأصحاب، ومما ينبغي

أو أقل من قيمة الأم، كما إذا كان الدين في المثل مائتي دينار، فإن نصيب الولد- بعد إخراج هذا الدين- خمسون ديناراً، وهي نصف قيمة أمه، فيغرم حينئذ من ماله الشخصي خمسين ديناراً لأخيه.

ثم إن هذه الصورة بقسميها من أقسام صورة عدم استغراق الدين للتركة، وليست مستقلة وفي قبال الصورة الأولى كما لا يخفى.

الثالثة: أن يكون نصيب الولد من أصل التركة مساوياً لنصف قيمتها أو ثلثها أو أزيد أو أقل، كما إذا كان التركة مائة وعشرين ديناراً، وقيمة الأم تسعين ديناراً، مع استغراق الدين، وكون الوارث كالمثل السابق، فإن نصيب الولد من مجموع التركة يساوي ستين ديناراً، وهي ثلثا قيمة أمه، فينعتق ثلثها، ويغرم ستين ديناراً للدين، فيبقى باقي الدين على الأم فإنها- لانعتاقها بالسراية- تسعى في ربع الدين، وهو ثلاثون ديناراً، وعلى الولد الآخر أيضاً ثلاثون ديناراً.

القطع ببطلانه، سواء قيل بالتقويم على الولد أم قيل بسعي الأم فيه.

وإن أريد به أم الولد لم يرد عليه الإشكال. والظاهر ذلك، لأن الشهيد الثاني قدس سره بصدد بيان عدم مانعية إحاطة الدين بالتركة عن انتقالها إلى الوارث، غاية الأمر يجب دفع ما قابل سهمه ممن ينعق عليه إلى الدين جمعاً بين الحقين. وهذا لا يلازم التقويم عليه في جميع الصور حتى مع عدم إحاطة الدين بالتركة، ولا يلازم القول بانعتاق الأم على الولد بمقدار تمام نصيبه من التركة.

ولو فرض رجوع ضمير «منها» إلى التركة حتى يكون مختاره انعتاق الأم على الولد بمقدار نصيبه من التركة لم يرد الإشكال على المسالك، لظهور كلامه فيما لم يكن دين على الميت، فلو كان عليه دين لم يظهر منه ذلك، فله أن يلتزم بانعتاقها عليه بمقدار نصيبه من تمام التركة، أو بمقدار نصيبه من الأم. فراجع (1).



يساوي قيمة أمه تقوّم (1) عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، وسواء كان (2) نصيبه الثابت في الباقي (3) بعد الديون ونحوها (4) يساوي قيمتها أم لا.

وكذلك (5) لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك (6)، فإنه يقوّم نصيبه عليه (7) كائنا ما كان، ويسقط من القيمة

---

(1) أي: تقوّم الأم على ولدها، وهذا إشارة إلى الصورة الأولى، وتقدم توضيحها، وأنها تفرض تارة مع استغراق الدين للتركة، وأخرى بدونها.

(2) هذا إشارة إلى الصورة الثانية، وضمير «نصيبه» راجع إلى الولد.

(3) المراد من الباقي باقي التركة، أي ما عدا أم الولد.

(4) مما يخرج من الأصل كمنونة التجهيز والكفن.

(5) يعني: وتقوم على الولد لو ساوى... وهذا إشارة إلى الصورة الثالثة، وهي تتصور تارة مع استغراق الدين، كما عرفت، وأخرى بدونها، كما إذا كان الدين ستين ديناراً مع كون التركة مائة وعشرين ديناراً، وقيمة أم الولد تسعين ديناراً، فإن نصيب الولد - وهو ما يساوي ستين ديناراً من التركة - ثلثا قيمة الأم، فينعتق ثلثاها، وعليه ثلاثون ديناراً للديان، وعلى الأم أن تسعى للديان في ثلثها، وهو ثلاثون ديناراً. وباقي التركة - وهو الثلاثون - للولد الآخر.

(6) كالربع والخمس، بحسب نصيب كل واحد من الوراث.

(7) أي: يقوم نصيب الولد على الولد ربعا كان النصيب أم ثلثا أم نصفاً.

---

لكن الظاهر رجوع الضمير إلى التركة، لكون عبارة المسالك مسوقة لبيان اعتناق الأم على الولد لو وفّت حصته من مجموع التركة بقيمة أمه، لا اعتناق خصوص نصيبه منها، كما يشهد به عبارته المفصلة المنقولة في (ص 335).

وأما ما أفاده الميرزا قدس سرّه أخيراً من ظهور عبارة المسالك في ما لم يكن دين على الميت، فلم يظهر وجهه بعد صريح قوله: «على تقدير استغراق الدين» وهو أعلم بما قال.

نصيبه (1) الباقي الثابت- إن كان له نصيب (2)- و يطلب (3) بالباقي (4). وهذا (5) مما

(1) يعني: فيما إذا لم تكن التركة منحصرة بأمّ الولد، فإنّ أمّه تقوّم عليه، و يسقط من القيمة نصيبه من سائر التركة. فإن ساوى نصيبه منها القيمة فلا يغرم شيئاً، كما إذا كانت التركة مأتين وأربعين ديناراً، والدّين ستين ديناراً، فإنّ الولد لا يغرم من ماله الشخصي شيئاً، لأنّ نصيبه من جميع التركة مائة وعشرون ديناراً، وقيمة الأم تسعون ديناراً، فتتعلق كلّها من نصيب ولدها، و يسقط من قيمتها حصّتها من سائر التركة، و يصرف ما زاد من سهمه من بقية التركة على قيمتها- وهو الثلاثون- في دين الميت، و الولد الآخر يوفي أيضاً باقي الدين أعني الثلاثين.

وبالجملة: فتتعلق الأمّ كلّها في هذا المثال، و يسقط نصيب ولدها الثابت في بقية التركة من قيمة الأمّ، و لا يطالب بشيء في وفاء الدين، إذ المفروض بقاء ما يساوي نصف الدين من التركة للولد. و إن لم يكن له نصيب، كما إذا انحصرت التركة في أمّ الولد، فإنّ نصيبه منها- وهو النصف- يقوّم عليه بخمسة وأربعين ديناراً، و يطالب بتمام هذه القيمة للدّيان، و ليس له نصيب من غير الأم حتى يسقط نصيبه الثابت فيه من الخمسة والأربعين.

(2) كما عرفت في هذا المثال.

(3) كذا في النسخ، و الاولى «يطالب» أو «يطالبه» كما في المقابس، و المطالب هم الديان.

(4) كما عرفت في مثال كون التركة مائة وعشرين ديناراً، و الدّين ستين ديناراً، فإنّ الولد يضمن حينئذ ثلاثين ديناراً للدّيان، لكون قيمة نصيبه من التركة- وهو النصف- ستون ديناراً، فيسقط من الستين خمسة عشر ديناراً، لأنّها نصيبه من غير الأم من سائر التركة، و يطالب للدّيان بخمسة وأربعين ديناراً كما لا يخفى.

(5) أي: الانعتاق القهري على الولد- مع الضمان و غرامة قيمة نصيبه- ممنوع، لمخالفته للإجماع.

لا يقوله أحد من الأصحاب، و ينبغي القطع ببطلانه «(1)».

ويمكن دفع الأول: بأنّ المستفاد (1)

فملنّخص هذا الإشكال على المسالك: أنّ الانعتاق القهري مع الضمان و غرامة الولد لقيمة ما ينعتق عليه من الام ممّا لم يقل به أحد إلاّ الشيخ في الخلاف، مع أنّه رجع عنه في المبسوط، بل نسب إليه أنّه لم يقل بذلك إلاّ في الدين غير المستغرق، فقال: إنّّه يجب على الولد فك الباقي من ماله بعد بذل ما قابل سهمه الذي ورثه من الميت، و وافقه على ذلك ابن حمزة. و المستند الخبر المذكور في باب الاستيلاء.

و الحاصل: أنّ ملنّخص الإشكالات الأربعة الراجعة إلى كلتا دعويي المسالك:

- من انعتاقها من نصيب الولد، و من تقويمها عليه و أخذ قيمتها منه- هو: أنّ المراد بالنصيب الذي تنعتق به الامّ هو النصيب الزائد على الدّين، لأنّه الظاهر من النصيب.

و هذا حاصل الإشكال الثاني.

كما أنّ المراد بالملك الذي انيط به العتق في ملك العمودين و غيره هو الملك الطّلق، لا مطلق الملك، و إن لم يكن طلقاً. و هذا محصّل الإشكال الثالث. فهذان الإشكالاتان يمتنعان الدعوى الاولى، فإنّ تمّما جاز بيع أمّ الولد كما عن الشيخ قدّس سرّه.

كما أنّ الإشكال الأوّل و الرابع يمتنعان الدعوى الثانية أعني بها التقويم على الولد، و ذلك لأنّ ظاهر أدلة الانعتاق من نصيب الولد هو انعتاقها مجّاناً، لا بتقويمها على الولد. و هذا مفاد الإشكال الأوّل، لقوله: «إنّ ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب». كما أنّ حاصل الإشكال الرابع عدم التزام أحد به.

هذا ما يستفاد من ظاهر عبارات المقابس في بيان الإشكالات الأربعة.

و المصنّف قدّس سرّه صار بصدد دفعها كما سيظهر.

(1) توضيحه: أنّ الشهيد قدّس سرّه لم يدّع دلالة أدلة «انعتاق أمّ الولد من نصيب

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 78

ص: 360

ولدها» على لزوم أداء قيمتها من مال الولد حتى يرد عليه: عدم دلالة تلك الأدلة إلا على نفس الانعتاق من نصيب ولدها، من دون دلالتها على ضمان الولد أو غيره للقيمة، فتغريم الولد لقيمتها أو وجوب السعي على نفس أم الولد في أداء قيمتها إنما يكون بسبب الجمع بين الأدلة.

وبالجملة: فدليل الانعتاق لا يدل على أزيد من نفس الانعتاق الشامل بإطلاقه لوجود الدين و عدمه، واستيعابه للتركة و عدمه.

فانعتاق أم الولد و عدم تعلق حق الديان بها- بمثابة يجوز لهم أخذها مع امتناع الولد عن أداء ما يقابلها، كجواز ذلك لهم في غير أم الولد من سائر التركة، مع امتناع الوارث عن دفع العين و القيمة- يوجب الالتزام بأحد الوجوه:

الأول: سقوط حق الديان عما يقابلها من الدين، كسقوطه عن مئونة التجهيز.

الثاني: تعلق حقهم بقيمتها على من تتلف في ملكه بالانعتاق، و هو الولد.

الثالث: تعلق حقهم بقيمتها على رقبته، فيجب عليها السعي في قيمتها للديان بإزاء حرّيتها.

الرابع: تعلق حقهم بمنافعها التي هي كعينها من التركة.

أمّا الوجه الأول فلا سبيل إليه، فيدور الأمر بين تغريم الولد، و تغريمها، و تعلق حقهم بمنافعها.

أمّا تعلقه بالمنافع من حيث كونها تركة، ففيه: أنّ كونها من التركة منوط ببقائها على الرقية و المملوكية.

أمّا بعد خروجها عن الرقية فهي مالكة لمنافعها، و لا مجال لاستصحاب مملوكية منافعها حين ملكية رقبته لمولاه، لارتفاعها قطعاً، لأنّ تلك الملكية كانت تتبع ملكية العين، و قد زالت. فيدور الأمر بين تغريم الولد و بين تغريم نفس الأم، بأن تسعى و تؤدي قيمتها إلى الديان. و لا يبعد ترجيح الثاني.

من ظاهر الأدلة (1) انعقادها من نصيب ولدها حتى (2) مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعقادها على الولد. لكن ذلك (3) لا ينافي اشتغال ذمة الولد فهدرا بقيمة نصيبه، أو وجوب (4)

---

هذا توضيح ما أفاده المصنف قدس سره في دفع أول إشكالات المقاباس.

وقد ظهر أن مقصوده دفع المجانية التي ادعاها المحقق الشوشتری قدس سره، لا تعيين ما في المسالك من خصوص التقويم على الولد، لعدم تعيينه من بين الاحتمالات الأربعة المذكورة في المتن كما سيظهر.

(1) لما كان الإشكال الأول متجها إلى الانعقاد بالبدل، أراد المصنف قدس سره دفعه بأن أدلة انعقاد الأم من نصيب ولدها وإن كانت ظاهرة في المجانية، وعدم اقتضاها للانعقاد عن غرامة وبدل. إلا أن لزوم البدل هنا مقتضى الجمع بين ما دل على كون نفس ربة أم الولد موردا لأحكام كعدم البيع والإرث، والانعقاد على الولد، وبين ما دل على عدم سقوط حق الدينان - بعد عدم تعلق حقهم بعين ربتها - لاقتضائه إما اشتغال ذمة الولد بماليتها، وإما اشتغال ذمتها ووجوب السعي عليها، وإما استحقاق الدينان لمنافعها.

(2) لإطلاق قوله عليه السلام: «جعلت في نصيب ولدها» (1).

(3) أي: انعقادها من نصيب ولدها مطلقا - حتى مع استيعاب الدين - لا ينافي اشتغال ذمة الولد، وهذا دفع لقول صاحب المقاباس: «من غير أن يقوم عليه أصلا» من الملازمة بين الانعقاد وبين المجانية وعدم تقويمها على الولد.

و حاصل دفعه: عدم التلازم بينهما، فيمكن الانعقاد مع تغريم الولد، أو وجوب السعي على الأم.

(4) معطوف على «اشتغال» أي: لكن انعقادها لا ينافي وجوب سعيها... إلخ.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 107، الباب 6 من أبواب الاستيلاد، الحديث: 1

ص: 362

سعيها (1) [بيعها] في القيمة، جمعا (2) بين ما دلّ على الانعتاق على الولد، الذي (3) يكشف عنه (4) إطلاق النهي عن بيعها، وبين (5) ما دلّ على أنّ الوارث لا يستقرّ له (6) ما قابل نصيبه من الدين على وجه (7) يسقط حق الدّيان. غاية الأمر (8)

---

(1) اختلفت نسخ الكتاب في ضبط هذه الكلمة، والأولى - بل المتعين - ما في النسخة المصححة المعتمد عليها من «سعيها» بقرينة ما سيأتي في ثالث احتمالات أداء الدين من قوله في (ص 365): «فتسعى فيها» أي في قيمتها، لا بيعها في ذلك، وكذا قوله هنا: «ما دل على الانعتاق على الولد... إطلاق النهي عن بيعها».

(2) مفعول لأجله، وهو قيد لاشتغال الذمة، أي: اشتغال ذمة الولد بقيمة نصيبه من أمه، أو اشتغال ذمتها بالقيمة. وتقدّم توضيحه.

(3) صفة ل «ما دل».

(4) أي: يكشف عن الانعتاق مطلقا- وإن كان الدين محيطا بالتركة- إطلاق النهي عن بيعها في غير ثمنها، كصحيحتي ابني مارد ويزيد المتقدمين في (ص 265 و 299) ورواية السكوني وغيرها ممّا يستفاد منه منع بيع أمّ الولد.

(5) معطوف على «بين» يعني: النصوص الدالة على عدم جواز التصرف في التركة، مع فرض إحاطة الدين بها، كقول أبي الحسن عليه السلام في معتبرة عبد الرحمن بن الحجاج: «إن كان يستيقن أنّ الذي ترك يحيط بجميع دينه فلا ينفق» (1).

(6) أي: لا يستقر للوارث نصيبه من الإرث إن كان في مقابله دين.

(7) متعلق ب «يستقرّ» فلو استقرّ نصيبه من الإرث- مع وجود الدين- لزم سقوط حق الدّيان.

(8) غرضه بيان الفارق بين أمّ الولد وبين سائر التركة، حيث إنّ حقّ الدّيان ينتقل من عينها إلى قيمتها، لتعيّن انعتاقها من نصيب ولدها منها.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 408، الباب 29 من أبواب الوصايا، الحديث: 2

ص: 363

سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص، وعدم (1) كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها، و دفع (2) عينها إلى الدّيان، ويكون لهم (3) أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

و الحاصل (4): أنّ مقتضى النهي عن بيع أمّ الولد في دين غير ثمنها بعد موت المولى (5) عدم (6) تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكّها (7) بالقيمة، و عدم (8) تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين أبيه. و لازم ذلك (9)

---

(1) معطوف على «سقوط» أي: عدم كون هذا المال الخاص محكوما بحكم سائر التركة.

(2) معطوف على «الامتناع» أي: للوارث دفع عين الأموال- غير أمّ الولد- إلى الدّيان لاستيفاء حقهم منها.

(3) أي: للديان أخذ أعيان التركة- تقاصا- إن امتنع الوارث من وفاء دين المورث بدلها.

(4) هذا حاصل ما أفاده من لزوم الجمع بين ما دلّ على انعقادها و ما دلّ على بقاء حق الديان، و غرضه بيان أنحاء الجمع ثبوتا، و ما يتعيّن القول به إثباتا، كما سيظهر.

(5) كما ورد في صحيحة عمر بن يزيد من «أنّها تباع في دين ثمنها» دون غيره من وجوه الدّين.

(6) خبر قوله: «إن مقتضى».

(7) المراد بفكّها فك ماليتها، لما تقدم من عدم تعلق حق الديان بالعين، فالمقصود امتناع الولد عن وفاء دين أبيه باداء قيمة نصيبه إلى الديان.

(8) معطوف على «عدم تسلط» فلا سلطنة للولد على تسليم امه للديان، كما لا سلطنة لهم على أخذها.

(9) المشار إليه: عدم تسلط الديان على أخذها، و عدم تسلط الولد على

انعتاقها على الولد.

فيتردد (1) الأمر حينئذ (2): بين سقوط حقّ الديان عمّا قابلها من الدين (3)، فتكون أمّ الولد نظير مئونة التجهيز التي لا يتعلق حقّ الديان بها.

وبين أن يتعلّق حقّ الديان بقيمتها على من تتلف في ملكه و تتعتق عليه، وهو الولد (4).

وبين أن يتعلّق حقّ الديان بقيمتها على رقبتها، فتسعى فيها (5).

وبين أن يتعلّق حقّ الديان بمنافعها، فلهم أن يؤجروها مدّة طويلة يفي أجرتها بدينهم (6)، كما قيل (7): بتعلق حق الغرماء بمنافع أمّ ولد المفلس.

---

دفعها إليهم.

(1) هذا متفرع على انعتاقها المترتب على عدم السلطنة على العين شرعا.

(2) أي: حين عدم تسلط الديان على العين، فيدور الأمر بين وجوه أربعة.

(3) هذا أوّل الوجوه، وحاصله: أنّه لو فرض كون قيمة أمّ الولد مائة دينار، وهي ربع الدين، سقط من حقّ الديان ربه. فكما لا يتعلق حق الغرماء بمئونة التجهيز والكفن، فكذا لا يتعلق بأمّ الولد.

(4) هذا ثاني الوجوه، وحاصله: ضمان الولد لقيمة أمّه، لكونها تالفة عليه بانعتاقها.

(5) هذا ثالث الوجوه، وهو يشارك سابقه في انتقال حقّ الديان إلى قيمتها، ويفترق عنه بكون الضمان عليها، فتسعى في قيمتها، كما في بعض موارد العتق بالسراية.

(6) هذا رابع الوجوه، وهو عدم تعلق حقّ الديان لا بالعين ولا بالقيمة، وإّما يتعلّق بمنفعتها و خدمتها، فتؤجر بما يفي بالدين.

(7) القائل صاحب الجواهر قدّس سرّه فيما لو اشترى جارية نسيئة فأولدها ثمّ فلس، وكانت عليه ديون اخرى، فجاز بيعها لو طالب البائع بثمنها، كما جاز له أخذها،

ص: 365



و لا إشكال (1) في عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة (2)، فيدور (3) الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنعتق على كلّ حال،

لكونه بمنزلة بيعه، ثم قال: «و ليس للغرماء المنع و إن قلنا بتعلق حقّهم بالمنفعة لو لم تبع، لأولوية حقه منهم...» (1).

هذا بحسب مقام الثبوت، و سيأتي الكلام فيما يقتضيه مقام الإثبات.

(1) هذا مقام الإثبات، و غرضه قدّس سرّه ترجيح الاستسعاء أو تملك منفعتها على الاحتمالين الأوّلين، و بيانه: أنّ ما دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة، كما يقتضي عدم سقوط التكليف بأداء الدين و وجوب الوفاء به، فيبطل الاحتمال الأول.

فكذا يقتضي عدم تعلق حقوقهم بذمة الولد حتى يجب عليه بذل قيمة أمّه إلى الغرماء. و يدور الأمر حينئذ بين الوجهين الأخيرين.

و وجه عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على تعلق الدين بالتركة هو: أنّ الضرورات تتقدّر بقدرها، و دليل منع بيع أمّ الولد في غير ثمنها يقتضي عدم تعلق حقّ الديان بعينها، و لا يمنع من تعلقه بقيمتها أو منفعتها الذي هو نحو من التعلق بالتركة، فتحمل أخباره على هذا النحو من التعلق، جمعا بين الدليلين.

و لعل وجه عدم جواز رفع اليد عن دليل وجوب أداء دين الميّت - مع رفع اليد عنه في موارد مستثنيات الدين - هو: أنه دليل ينبغي إعماله مهما أمكن، و من المعلوم أنّ دليل عدم جواز بيع أمّ الولد في مطلق الدين لا يقتضي سقوط وجوب الوفاء به، بل اللازم العمل بالدليلين جمعا بينهما، فيؤدّي الدين لا من رقبتها.

(2) ظهر أنّها أنّ وجوب أداء الدين مدلول عليه ببقاء حقّ الديان، فلذا يبطل الاحتمالان الأوّلان معا بعدم سقوط حقهم.

(3) هذا متفرع على سقوط الوجهين الأوّلين.

(1) جواهر الكلام، ج 25، ص 320

ص: 366

و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا إلى التأمل (1).

و مما ذكرنا (2) يظهر اندفاع الوجه الثاني، فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقا (3) أو (4) في دين غير ثمنها استقرار (5) ملك الوارث عليها.

و منه (6) يظهر الجواب عن الوجه الثالث،

---

(1) تقدّم أنفا إمكان ترجيح تعلق حقهم بدمتها- و استسعائها في قيمتها- على تعلق حق الديان بمنافعها، و هو مقتضى قوله في (ص 370): «كان ذلك في رقبته».

هذا ما أفاده المصنف قدّس سرّه في ردّ أول الوجوه الأربعة المذكورة في المقابس، و يأتي الكلام في ردّ الثلاثة الأخرى.

(2) من اقتضاء الجمع بين دليل انعاقها على الولد و بين دليل عدم استقرار نصيب الوارث من التركة بمقدار ما قابل نصيب الولد من الدين، يظهر اندفاع الوجه الثاني المبني على أنّ المراد بالنصيب هو المستقر الثابت لا الزائل.

وجه الاندفاع: أنّ مقتضى تعلق حق الديان بأمّ الولد استقرار ملك الولد لها، و انعاقها عليها، لما تقدّم من تعلق حقهم بقيمتها لا بربقتها. فلا مزاحم لنصيب الولد من الأمّ حتى يقال بخروجه عن دليل انعاق العمودين أو خصوص أمّ الولد.

و الحاصل: أنّ النهي عن بيعها- سواء أكان مطلقا أم في غير ثمنها- لا ينافي استقرار ملك الولد لها، الموجب لانعاقها.

(3) كما تقدم في (ص 292) عن السيد قدّس سرّه إن لم يتأمل في النسبة.

(4) معطوف على «مطلقا» و جواز البيع في ثمنها و منعه في دين آخر هو المشهور كما مرّ في (ص 296 و 341).

(5) خبر قوله: «فإنّ مقتضى» و ضمير «عليها» راجع إلى أمّ الولد.

(6) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: «و مما ذكرنا» و وجه ظهور الجواب هو: أنّ مقتضى عدم تعلق حقّ الديان بعين أمّ الولد- بحيث يجوز لهم أخذها مع

ص: 367

إذ (1) بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها- على (2) أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء- فلا مانع عن انعقادها. ولا جامع (3) بينها وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق.

وأما ما ذكره رابعاً، فهو إنّما ينافي (4) الجزم بكون قيمتها بعد الانعقاد متعلّقا بالولد. أمّا إذا قلنا باستسعائها فلا يلزم شيء.

---

امتناع الوارث عن أداء ما قابلها من الدّين- هو عدم مانع عن انعقادها، لاستقرار ملك الولد لها، وعدم كونها في معرض الزوال من ناحية تعلق حق الديان بها، حتى يرد عليه ما أورده صاحب المقابس من قوله: «إن ما ادّعه من الانعقاد على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب ... الخ».

(1) تعليلية، وهذا تقريب ظهور الجواب.

(2) هذا بيان للمنفي، وهو تعلق حق الديان بالعين، إذ لو كانت أمّ الولد كسائر الأموال التي تركها الميت، جاز للديان أخذها لو امتنع الوارث من الأداء. والمفروض عدم جواز أخذها، وليس إلّا لتعلق حقهم بقيمتها لا بعينها.

(3) هذا دفع المقايضة- المذكورة في المقابس- بين أمّ الولد وبين العبد الموقوف، والأولى أن يقال: «بخلاف الوقف».

وكيف كان، فحاصل دفعها: أنّ القياس مع الفارق، حيث إنّ العبد الموقوف على ولده مثلاً يكون متعلقاً لحق سائر البطون، فلا بد من إبقائه وعدم جواز بيعه لينتقل إلى البطون اللاحقة. بخلاف أمّ الولد، فإنّها ملك للولد دون غيره، إذ المفروض عدم تعلق حق الديان بها.

(4) الظاهر- كما استظهره الفقيه المامقاني قدّس سرّه «1»- أنّ مراد المصنف قدّس سرّه هو: أنّ الإشكال الرابع لا يدفع أصل الانعقاد الذي ادّعه المسالك، بل يدفع دعوى الضمان

---

(1) غاية الآمال، ص 459

ص: 368

على الولد، إذ للشهيد قدس سره دعويان: إحداهما: الانعتاق، و الأخرى ضمان الولد لقيمتها.

و الإشكال الرابع يدفع الثانية، لأنه يناهى الجزم بكون القيمة بعد الانعتاق على الولد، دون الأولى، فلا بأس حينئذ بالالتزام بكون القيمة على نفس الأم، ووجوب السعي عليها فيها، فلا يثبت بإشكال المقاس جواز البيع الذي نسب إلى شيخ الطائفة قدس سره.

(1) يعني: فالضباط في انعتاق أم الولد- حين إذ قلنا باستسعائها في ما يزيد على نصيب ولدها منها- هو التفصيل بين كون نصيب الولد من التركة وأيا بقيمتها و عدمه. فهنا صورتان:

الأولى: أن لا يكون انعتاقها مستلزما لورود خسارة على الولد، كما إذا كان نصيبه من التركة ما يساوي قيمة الأم، ولم يكن دين على المولى، فحينئذ تنعتق الأم من دون ضمان على أحد. مثلا إذا كان نصيبه من التركة مائة دينار، وقيمة الأم مائة دينار أيضا، فيملك الولد نصيبه من التركة بلا ضمان.

الثانية: أن يكون انعتاقها موجبا لضرر مالي و خسارة، فيكون على عهدة المنعتقة لا على الولد المنعتق عليه. و لا فرق في ضمانها بين كون مجموع نصيب الولد مقابلا بالدين أو بعضه.

فالأول: كما إذا كان في المثال المزبور دين مستغرق للتركة، فيصير حينئذ نصيب الولد- و هو المائة- مع الضمان، إذ المفروض وجود الدين، فإذا انعتقت الأم التي تكون قيمتها مائة دينار، فلا بد من دفع ما يقابل قيمتها إلى الدين، فنصيب الولد مملوك مع الضمان.

و الثاني: كما إذا كان نصيبه من التركة مائة دينار مع كون قيمة الأم مائة دينار أيضا، فيملك الولد نصيبه المزبور مع ضمان بعضه فيما إذا لم يكن الدين

أنّها تعتق [أنه يعتق] (1) على الولد ما لم يتعقبه (2) ضمان من نصيبه. فإن كان (3) مجموع نصيبه أو بعض (4) نصيبه يملكه (5) مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان (6) ذلك في رقبته.

مستغرقا، بأن كان ما قابل نصيبه منه خمسين ديناراً، فهو يملك نصيبه من التركة مع ضمانه لبعض نصيبه - وهو الخمسون - للدّيان.

(1) كذا في نسختنا، ولا بد من تأويل الأمة بالمملوك، ليصحّ تذكير الضمير، والأولى ما أثبتناه عن نسخة مصححة أخرى.

(2) أي: ما لم يتعقب الانعتاق ضمان و خسارة على الولد. وهذا إشارة إلى الصورة الأولى.

(3) هذا متفرع على كون الضابط الانعتاق على الولد من دون تعهده بشيء من قيمتها، كما لو لم يكن دين أصلاً.

(4) معطوف على «مجموع» و تقدم توضيحه بقولنا: «و الثاني كما إذا كان نصيبه من التركة...».

(5) أي: يملك الولد مجموع النصيب - أو بعضه - مع ضمان الدين المقابل للنصيب. والأولى أن يقال: «بحيث يملكه».

فإن قلت: إن ضمان الولد للدين المقابل للنصيب مناقض لما هو المطلوب من عدم تضمين الولد.

قلت: نعم، لكن لعل المراد ثبوت الضمان على الولد في الجملة وإن استحق مطالبة البدل من أمه، فهذا في قبال عدم الضمان أصلاً.

ويحتمل أن يكون غرضه الإشارة إلى وجود قولين في المسألة.

(6) جواب «فإن كان» وقوله: «ذلك» إشارة إلى الموصول في «ما قابله» المراد به الدين، وحاصله: أنه لو لم من الانعتاق على الولد ضمان

انعتقت عليه، لكن لا مجاناً، بل كانت هي الضامنة للدين.

و ممّا ذكرنا (1) يظهر أيضا (2): أنّه (3) لو كان غير ولدها أيضا (4) مستحقًا لشيء منها بالإرث لم يملك (5) نصيبه مجانًا، بل إنّما أن يدفع (6) إلى الدّيان ما قابل

(1) أي: من اعتاقها مع كونها ضامنة لقيمتها للدّيان، جمعًا بين النهي عن بيعها وبين عدم سقوط حقّ الدّيان رأسًا، يظهر أنّه لا فرق - في ضمانتها لقيمتها إن لم تكن تمامها من نصيب الولد - بين كون من يستحقّها الدائن وبين كونه وارثًا، فإنّ ما دلّ على اعتاقها يوجب حرمان الديان والوارث عن عينها، ويتعلق الحقّ بماليتها، ويجب عليها السعي لأداء ذلك الحقّ.

فإذا كانت التركة مائة وعشرين دينارًا والدّين كذلك، والوارث ولدين، وقيمة الأمة تسعين دينارًا، انعتق نصيب ولدها وهو الثلثان، ويملك الولد الآخر ثلثها الباقي مع الضمان لا مجانًا، فيدفع ثلاثين دينارًا قيمة نصيبه أعني الثلث من أمّ الولد إلى الدّيان، فتسعى أمّ الولد في أداء هذا الثلث إلى الدافع. كما لو فرض عدم الدين، فإنّه وجب عليها السعي في دفع قيمة نصيب الولد الآخر إلى ذلك الولد، أو وجب على ولدها دفعها إلى أخيه الدافع.

وعلى كلّ فقيمة الثلث الزائد على نصيب ولدها تكون عليها، فيجب الاستسعاء.

(2) يعني: كما ظهر ضمانها للدّيان لو لم يستحقها غيرهم، كما لو لم يكن وارث آخر غير ولدها.

(3) الضمير للشأن، و الجملة فاعل قوله: «يظهر».

(4) يعني: كما لو كان مستحقها الديان، فكذا استحقّها بالإرث غير ولدها.

(5) جواب «لو كان» يعني: لم يملك غير الولد نصيبه من أمّ الولد مجانًا بحيث تنعتق عليه بلا عوض، بل لا بد من وصول قيمة نصيبه إليه.

(6) غرضه بيان عدم مجانية ملك النصيب، يعني: أنّ غير الولد لو دفع إلى الديان مقابل نصيبه الموروث - وهو ثلاثون دينارًا في المثال المزبور - سعت الأمّ في

نصيبه (1)، فتسعى أم الولد، كما لو لم يكن دين (2)، فينتعق نصيب غير ولدها عليه (3) مع ضمانها أو ضمان ولدها (4) قيمة حصته (5) التي فكّها من الديان.

وإما (6) أن يخلّي بينها وبين الديان، فتنتعق أيضا (7) عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم.

أداء هذا المال المدفوع إلى الديان، كما وجب عليها السعي في أداء نصيب غير الولد لو لم يكن هناك دين أصلا. إذ لو لم تسع في نصيب غير الولد لزم كون انعقادها على ولدها موجبا للخسارة على غير ولدها ممّن يرثها، مع أنّه لا موجب لتحمل هذا الضرر.

(1) أي: نصيب غير الولد، وهو الثلاثون ديناراً في المثال.

(2) يعني: فالسعي واجب إمّا للوارث لو لم يكن دين، وإمّا للديان لو دفع الوارث قيمة حصته إلى الديان.

(3) أي: على غير الولد، فينتعق نصيبه منها بالسراية، وتضمن قيمة النصيب للوارث.

(4) يعني: لو تبرّع ولد الأمة بدفع نصيب أخيه- الذي دفعه هذا الأخ إلى الديان- لم يجب عليها السعي، أو قلنا بوجوبه من جهة انعقادها على الولد من مجموع ما يرثه.

(5) أي: حصة غير الولد.

(6) معطوف على «إمّا أن يدفع» يعني: أن يخلّي الولد الآخر بين أم الولد وبين الديان، فتنتعق عليهم أيضا كما انتعقت على ولدها مع ضمان الأم أو ولدها للديان ما قابل الدين.

(7) يعني: كما انتعقت على الوارث، كما تقدّم بقوله: «فينتعتق نصيب غير ولدها عليه» وحينئذّ فما قابل الدين يكون في ذمتها، فإمّا أن تسعى للديان، وإمّا أن يضمّنه الولد لهم.

وأما حرمان الدّيّان (1) عنها عينا وقيمة، وإرث الورثة لها (2)، وأخذ (3) غير ولدها قيمة حصّته (4) منها أو (5) من ولدها، وصرفها (6) في غير الدين، فهو (7) باطل، لمخالفته (8) لأدلة ثبوت حقّ الدّيّان من غير (9) أن يقتضي النهي عن

(1) مقصوده قدّس سرّه دفع توهم الفرق بين كون أمّ الولد- بالنسبة إلى الديان- كمؤونة التجهيز التي لا يتعلّق بها حقّ الديان عينا وقيمة، و بين كونها موروثه لما عدا ولدها من الوراث.

ومحصل وجه الدفع: أنّ الجمع بين ما دلّ على ثبوت حقّ الديان وتعلقه بالتركة، وبين النهي عن التصرف في أمّ الولد، يقتضي الالتزام بحرمان الديان عن العين، وانتقال حقهم إلى ماليتها وقيمتها. و حينئذ فإمّا أن تسعى - فيما زاد على نصيب ولدها منها- وإمّا أن يتعهد الولد بأداء الدين. وكذا الحال في حرمان سائر الورثة عن عين أمّ الولد، واستحقاقهم قيمة أنصبتهم منها.

(2) أخذًا بعموم «ما تركه الميت من مال أو حقّ فلوارثه» والخارج منه قطعاً هو نفس الولد، فإنه لا يملك أمّه.

(3) هذا و «إرث الورثة» معطوفان على «حرمان».

(4) أي: حصة غير الولد.

(5) لعلّ التردد للإشارة إلى الخلاف في كون حصة غير الولد على عهدة ولدها، أو على الامّ بالسعي.

(6) معطوف على «أخذ» أي: صرف غير الولد قيمة نصيبه- المأخوذة منها أو من ولدها- في غير الدين، لسقوط الدين بصيرورة أمّ الولد من المستثنيات التي لا يتعلّق بها حقّ الغرماء.

(7) جواب «و أما حرمان» وتقدم وجه البطلان آنفاً.

(8) أي: لمخالفة الحرمان لأدلة ثبوت حقّ الديان.

(9) يعني: أنّ المنافي لدليل ثبوت حقّ الديان- وهو النهي عن بيعها والتصرف



التصرف في أمّ الولد لذلك (1).

و ممّا (2) ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك

و التصرف الناقل لها- لا يزاحم تعلق الحق بقيمتها، وإنما يوجب الحرمان عن العين.

(1) أي: للحرمان، وهو متعلق ب «يقتضي».

هذا تمام ما أفاده المصنف في ردّ الوجوه الأربعة التي انتصر بها المحقق صاحب المقابس لشيخ الطائفة، واعترض بها على ما في المسالك.

(2) أي: و من سقوط حقّ الديان عن عين أمّ الولد، و تعلق حقّهم بقيمتها- على نفسها أو على ولدها على الخلاف- يظهر غموض ما في المقابس من الإشكال في الجمع بين كلمات الأصحاب.

و بيان الإشكال: أنّهم حكموا تارة بعدم جواز بيعها إلا في دين ثمنها. و هذا الكلام يدلّ على عدم جواز بيعها في دين غير ثمنها، و أنّ حقّ الديان ساقط عنها، فتكون أمّ الولد كمثونة التجهيز ممّا لا يتعلّق به حقّ الديان.

و حكموا اخرى بأنّها تسعى في ما فضل عن نصيب ولدها. و هذا الحكم ينافي كون أمّ الولد كمثونة التجهيز، لأنّه يكشف عن تعلق حقّ الديان بها، إذ لا وجه لأداء قيمتها إليهم إلا تعلق حقّهم بها.

و بالجملة: فالجمع بين حكم المشهور بعدم جواز بيعها في دين غير ثمنها، و بين وجوب سعيها في أداء قيمتها إلى الديان أو تغريم الولد لها، و بين أدلتهم مشكل، لأنّ الحكم الأوّل يقتضي سقوط حقّ الديان رأساً، و هو ينافي تغريم الام أو الولد لقيمتها للديان.

نعم، لو قصدوا دلالة مثل رواية عمر بن يزيد- المانعة عن بيعها في غير ثمنها- على أنّ أمّ الولد مطلقاً- أو خصوص نصيب الولد- تكون كالكفن من مستثنيات الدين، فلا تباع، كان له وجه. لكنه مجرد فرض، لعدم ذكرها في عداد المستثنيات حتى تكون كمثونة تجهيز الميت، كما لم تدل النصوص المزبورة على هذا الاستثناء.

بما (1) ذكرناه: «أنّ (2) الجمع بين فتاوى الأصحاب وأدلتهم مشكل جدّاً، حيث (3) إنّهم قيّدوا الدّين بكونه ثمناً، و حكموا (4) بأنّها تعتق على ولدها من نصيبه، وأنّ ما فضل عن نصيبه ينعق بالسّراية، و تسعى (5) في أداء قيمته.

ولو قصدوا: أنّ أمّ الولد أو سهم الولد مستثنى من الدّين - كالكفن - عملاً بالنصوص المزبورة (6)، فله وجه. إلا أنّهم (7) لا يعدّون ذلك (8) من المستثنيات، ولا ذكر في النصوص (9) صريحاً انتهى (1)».

و أنت خبير بأنّ النصوص المزبورة (10) لا تقتضي سقوط حقّ الدّيّان، كما لا يخفى.

---

هذا توضيح كلام صاحب المقابس قدّس سرّه.

(1) متعلق ب «أورد» أي: أورد بالوجوه الأربعة المنقولة عن المقابس.

(2) الجملة في محل نصب على المفعولية ل «قول» و هذا كلام المقابس.

(3) هذا بيان إعضال الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم.

(4) معطوف على «قيّدوا» و هذا أحد الحكمين.

(5) معطوف على «ينعق» و هذا ثاني الحكمين، و المفروض تمانعهما.

(6) الدالة على منع بيعها إلا في ثمنها.

(7) استدراك على توجيه كلامهم بجعلها من مستثنيات الدين.

(8) أي: أمّ الولد، أو خصوص نصيب الولد منها.

(9) أي: لم يذكر استثناء الأمّ - أو خصوص نصيب الولد - في النصوص.

(10) هذا ردّ ما في المقابس، و الأولى تبديله ب «و ذلك» ليكون تعليلاً لقوله:

«يظهر».

و كيف كان فمحصل الإيراد على المحقق الشوشتري هو: أن النصوص المانعة



ومنها (1): تعلق كفن مولاها بها- على ما حكاها

عن بيعها- يعني عن العين والقيمة معا- لا تدلّ على سقوط حق الديان رأسا لا مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما. فالجمع بين هذه النصوص و بين حق الاستيلاد و حق الديان يقتضي تعلق حق الديان بقيمتها، و وجوب السعي فيها، أو ضمان الولد لها.

فالحكم بالانعتاق عملا بما دلّ عليه، و وجوب السعي عليها في قيمتها أو غرامة الولد لها- عملا بما دلّ على ثبوت حقهم بالتركة- ليس مخالفا للأدلة حتى يشكل الجمع بين فتاواهم وأدلتهم.

هذا تمام الكلام في المقام الثاني من أوّل مواضع الاستثناء، و هو بيعها في دين غير ثمنها.

2- بيع أمّ الولد لتعلق حق الكفن بها

(1) معطوف على قوله في (ص 296): «فمن موارد القسم الأوّل» يعني:

و من موارد جواز بيع أمّ الولد- لتعلق حقّ الغير بها- هو ما إذا مات مولاها، و لم يخلف كفنا و لا ما يشتري به غير أمّ الولد. فقليل بأنّه إن أمكن بيع بعضها لتحصيل الكفن لم يجز بيع تمامها، و إن توقّف على بيعها بتمامها بيعت.

و عقد صاحب المقابس قدّس سرّه الصورة الثالثة لتحقيق جواز بيعها في الكفن، و سيأتي نقل بعض كلامه.

و يستدلّ للجواز بوجوه ثلاثة، يبتني ثانيها على جواز بيعها في مطلق الدين، و اثنان منها- و هما الأوّل و الثالث- على اختصاص جواز بيعها بأداء ثمن رقبتها.

و توضيح الوجه الأوّل: أنّ الغرض من منع بيع أمّ الولد كليّة هو انتقالها- بموت سيدها- إلى ولدها بالإرث، و انعتاقها عليه. فلو فرض عدم جواز بيعها في سائر وجوه الدين، قلنا هنا بجوازه، لانتفاء الحكمة المانعة عن التصرفات الناقلة.

و وجه انتفائها حاجة الميit إلى الكفن المانعة من انتقالها إلى الوارث، لوضوح تقدم

في الروضة (1)- بشرط عدم كفاية بعضها له، بناء (2) على ما تقدّم نظيره في الدين (3)، من أنّ المنع لغاية الإرث، و هو (4) مفقود مع الحاجة إلى الكفن.

وقد عرفت (5) أنّ هذه حكمة غير مطّردة و لا منعكسة.

---

الكفن على الإرث، لأنّه «أول ما يبدأ به من المال» كما في الخبر «1». و حيث إنّ التركة منحصرة في أمّ الولد جاز بيعها في كفنه، و لا يبقى موضوع للانتقال و الانعتاق، هذا.

و ناقش المصنف قدّس سرّه فيه بمنع كون الإرث علة لعدم بيعها، لما تقدم من كونه حكمة، و هي غير مطّردة و لا منعكسة، فلا يدور الحكم مدارها. و حينئذ يمكن منع بيعها، لعدم كونه يباع في ثمن رقبته، فتورث و تنعتق على ولدها.

(1) قال في عدّ موارد جواز بيعها: «عاشرها في كفن سيّدها إذا لم يخلف سواها، و لم يمكن بيع بعضها فيه، و إلا اقتصر عليه» «2».

(2) هذا قيد لمقدّر، و هو جواز بيعها لتعلق حق الغير- و هو الميت- بها.

(3) لعلّ مقصوده ممّا تقدّم في الدين- مع تبيينه بكلمة: من- هو قوله في جواب صاحب المقابس قدّس سرّه: «لأنّ المستفاد من النصوص و الفتاوى: أن استيلاء الأمة يحدث لها حقا مانعا عن نقلها، إلا إذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة» فراجع (ص 312).

(4) يعني: و الغاية مفقودة، لوضوح تقدم الكفن على الإرث، فيجوز بيعها.

(5) هذه مناقشة المصنف في الوجه الأوّل، و تقدم في (ص 285) بقوله:

«و العلة المذكورة غير مطّردة و لا منعكسة» كما تقدم توضيح وجه عدم الطرد و العكس هناك، فراجع.

---

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 406، الباب 28 من أبواب الوصايا، الحديث: 1

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 260

ص: 377

وأما (1) بناء على ما تقدّم (2) من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين - مع أنّ (3) الكفن يتقدّم على الدين - فبيعها له (4) أولى.

بل اللازم ذلك (5)

(1) معطوف على «بناء على ما تقدم نظيره في الدين» وهذا ثاني وجهي الجواز، والفارق بينه وبين الأول أنّ مقتضى هذا الوجه أولوية جواز بيعها في الكفن من جوازه في الدين.

توضيحه: أنّ الحقوق المتعلقة بمال الميت - وهي الكفن والدين وحقّ أمّ الولد والإرث - لا تكون في مرتبة واحدة، فالكفن مقدّم على الدين، لأنّه أول ما يبدأ به، والدين مقدّم على حق الاستيلاء عند المزاحمة، وهو مقدّم على الإرث.

و تقدّم حق الميت - من جهة الكفن - على حق الديان ينتج وجوب صرف أمّ الولد في الكفن.

وبعبارة أخرى: يقدّم الكفن على الدين مطلقاً ولو كان ثمن رقبتها، فلو مات المولى وخلف أمّ ولد لم يؤدّ ثمنها، ولم يكن له كفن، بيعت في كفنه بلا إشكال.

فلو بيعت و صرف الثمن في دين المولى من رقبتها، كان ذلك خلاف دليل تقديم الكفن على الدين، فتعيّن صرف الثمن في الكفن. و حيث إنّّه لا ريب في تقدّم دين ثمن الرقبة على حق الاستيلاء، فبالأولوية يكون الكفن مقدّمًا على حق الاستيلاء.

والحاصل: أن هذا الوجه الثاني يقتضي جواز بيعها في الكفن مطلقاً بالأولوية، سواء قيل باختصاص جواز البيع بثمن رقبتها أم بعمومه لوجوه الدين.

(2) يعني: في (ص 345) حيث قال: «خلافاً للمحكّي عن المبسوط، فجوّز البيع حينئذ مع استغراق الدين، ... الخ».

(3) هذا مناط الأولوية، كما عرفت توضيحه.

(4) أي: للكفن.

(5) أي: جواز بيعها، وهذا هو الوجه الثالث المبني على حصر جواز بيعها في

ص: 378

أيضاً (1) بناء (2) على حصر الجواز في بيعها في ثمنها، بناء على ما تقدّم (3) من أنّ وجود مقابل (4) الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع (5) عن بيعها،

ثمنها لا مطلق الدين، و محصله استكشاف الحكم هنا من جواز بيعها في ثمن رقبتهـا.

و توضيحه: أنّه إذا خلّف المولى أمّ ولد لم يؤد ثمنها، و دنائير تقي بمثونة التجهيز، يحكم بصرف المال في الكفن، لما دلّ على كونه أوّل ما يتعلق بالتركة، و جاز بيعها لأداء ثمنها. و وجوب صرف المال في تجهيز الميت يدلّ بالالتزام على تقدم حق الميت على حق الاستيلاء عند المزاحمة و عدم وفاء التركة بهما. فكما تقدّم حقّ الميت على حق الاستيلاء في فرض الدين الخاص - و هو ثمن رقبتهـا - فكذا تقدّم في فرض عدم هذا الدين، لاستفادة أقوائية حقّ الميت من حق الاستيلاء.

فإن قلت: مقتضى هذا الوجه تقدم حق الميت على حق الاستيلاء فيما لو كان هناك دين، ليقال بتقدم حقه على حقّ الديان، و تقدم حقهم على حق الاستيلاء، و من المعلوم أنّ هذا التقدم لا يجدي لو لم يكن هناك دين، و دار الأمر بين حق الميت و حق الاستيلاء.

قلت: المقصود تقديم حقّ الميت على الاستيلاء، و إنّما ذكر الدين الخاص - أعني ثمن رقبتهـا - لمجرّد طريقيته إلى استفادة كون حق الميت أعظم من حق الاستيلاء، هذا.

(1) أي: كما جاز بيعها في الكفن لو قيل بجواز بيعها في مطلق وجوه الدين.

(2) كما بنينا في الوجه الأوّل على اختصاص الجواز بدين ثمنها، و هذا الحصر هو مفاد قوله في (ص 341): «و أمّا بيعها في دين آخر، فإن كان مولاها حيّاً لم يجز إجماعاً... و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع».

(3) الظاهر أنّه إشارة إلى قوله في (ص 322): «و مما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مثونة التجهيز...».

(4) كما إذا ترك دنائير معدودة يمكن صرفها في كفته و تجهيزه.

(5) خبر قوله: «ان وجود»، و «الممكن» صفة للمقابل.

فيعلم (1) من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاء، وإلا (2) لصرف مقابله في ثمنها ولم تبع.

و من ذلك (3) يظهر النظر فيما قيل (4):

---

(1) غرضه استظهار جواز البيع في الكفن مما ذكر: من عدم مانعية دين الثمن من لزوم صرف ما يقابل الكفن فيه، و عدم جواز أداء ثمنها به، فالمشار إليه ب «ذلك» هو عدم مانعية وجود مقابل الدين عن بيعها في ثمنها.

(2) أي: وإن لم يكن حق الكفن مقدّما على حق الاستيلاء لجاز صرف تلك الدينار - المقابلة للكفن - في ثمن رقبته، و عدم بيعها في ثمنها، مع أن ذلك المقابل يصرف في الكفن، و تباع هي في ثمنها.

و قد تحصّل من كلمات المصنف في هذه الوجوه الثلاثة: أن الأوّل منها ممنوع، لابتناؤه على غاية غير مطردة و لا منعكسة. و الثاني منها - و هو الأولوية - منوط بالالتزام بجواز بيعها في مطلق الدين. و الثالث منها - كالأوّل - مبني أيضا على الاختصاص. و سيأتي المناقشة في ما بناه صاحب المقابس على جواز البيع في مطلق الدين.

(3) مراده بالمشار إليه هو قوله: «بل اللازم ذلك أيضا» و محصله: عدم توقف جواز بيعها في الكفن على القول بجواز بيعها في مطلق الدين، بل يتجه حتى على اختصاص جواز البيع بثمن رقبته.

(4) القائل صاحب المقابس قدّس سرّه، قال في الصورة الثالثة ما لفظه: «و القول بجوازه حينئذ مع استيعاب قيمته لقيمتها مأخوذ من القول به في الصورة السابقة مع الاستيعاب، فإنّ الكفن مقدّم على الدين، كما أنّه مقدّم على الإرث، فجوازه في الدين المستوعب يقتضي جوازه في قيمة الكفن المستوعبة بطريق أولى، و العلة مشتركة بينهما» «1».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 79

ص: 380



من أن هذا القول (1) مأخوذ من القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب.

و توضيحه (2): أنه إذا كان للميت المديون (3) أم ولد و مقدار (4) ما يجهز به، فقد اجتمع (5) هنا حق الميت، و حق بائع أم الولد، و حق أم الولد (6). فإذا ثبت (7)

(1) أي: القول بجواز بيعها في كفته مأخوذ... الخ.

(2) أي: توضيح ما ينشأ منه النظر في كلام المقابس أنه...، و ملخصه: أن تقدم حق الكفن على حق الاستيلاد ليس منوطاً بتقدم مطلق الدين الذي قد عرفت كونه محلاً للخلاف، و ذهاب المشهور إلى عدم الجواز، بل تقدمه على حق الاستيلاد منوطاً بتقدم خصوص دين ثمن الرقبة على حق أم الولد، فإن حق البائع المقتضي لجواز بيعها في ثمنها مقدم على حق أم الولد. فإذا كان حق الميت- و هو حق الكفن- مقدماً على دين الثمن الذي هو مقدم على حق الاستيلاد، فيقدم حق الميت على حق الاستيلاد.

وبالجملة: فيقدم حق الميت على حق أم الولد عند الدوران بينهما و إن لم يكن دين، فلا يتوقف تقدم الكفن على الاستيلاد على جواز بيعها في مطلق الدين الذي هو محل الخلاف و الإشكال، فلا وجه لما في المقابس من كون جواز بيعها في كفن مولها مأخوذاً من جواز بيعها في مطلق الدين.

(3) أي: المديون بثمان رقبتها، لا مطلق الدين، لما تقدم من أن غرض المصنف ترتيب جواز بيعها في الكفن على القدر المتيقن مما يجوز بيعها فيه، و هو ثمنها، لا مطلق الدين.

(4) كالدنانير المعدودة الوافية بمئونة التجهيز.

(5) جواب الشرط في قوله: «إذا كان».

(6) و المفروض تراحم هذه الحقوق الثلاثة، لعدم وفاء التركة بها.

(7) يعني: لا ريب في تقدم هذا الحق الخاص- و هو حق بائعها- على حق الاستيلاد بالاعتاق.

عدم سقوط حقّ بائع أمّ الولد، دار (1) الأمر بين إهمال حقّ الميت بترك الكفن، وإهمال حقّ أمّ الولد ببيعها (2)، فإذا حكم (3) بجواز بيع أمّ الولد حينئذ (4) - بناء على ما تقدّم في المسألة السابقة (5) - كان (6) معناه: تقديم حقّ الميت على حقّ أمّ الولد. ولازم ذلك (7) تقديمه عليها مع عدم الدين، وانحصار (8) الحق في الميت و أمّ الولد.

اللّهم إلّا أن يقال (9):

(1) جواب «فإذا ثبت» والمراد إهمال حقّي الميت و أمّ الولد، و صرفها في ثمنها.

(2) لأداء ثمنها إلى البائع.

(3) غرضه من هذه الجملة تقديم حق الميت على حقّ البائع، وهو مقدم على حق الأمة.

(4) أي: حين الدوران بين حقّي الميت و الاستيلاء.

(5) من قوله في (ص 322): «و مما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مئونة التجهيز...». فالمراد بالمسألة السابقة هو المورد الأوّل من موارد القسم الأوّل.

(6) جواب «فإذا حكم».

(7) أي: ولازم تقديم حق الميت على حق الاستيلاء مع الدين هو تقديم حق الميت على حق أمّ الولد إن لم يكن دين، إذ لا فرق في تقديم حق الميت بين وجود الدين و عدمه.

(8) معطوف على «عدم» أي مع انحصار الحق في الميت و الأمة.

(9) هذا استدراك على قوله: «ولازم ذلك تقديمه عليها» و حاصله: منع استفادة تقدم حق الكفن على حق الاستيلاء مطلقا و لو مع عدم الدين.

و ملخص وجه المنع: أنّ تقديم حق الكفن على حق الاستيلاء في صورة وجود الدين يكون لأجل تقديم الكفن على الدين، إذ لو لم يقدّم على الدين يلزم

لمّا ثبت بالدليل السابق (1) تقديم دين ثمن أمّ الولد على حقّها، و ثبت بعموم النصّ (2) تقديم الكفن على الدين، اقتضى (3) [1] الجمع بينهما تخصيص جواز

مخالفة النص الدال صريحا على تقديم الكفن على الدين. فالجمع بين دليلي تقديم الكفن على الدين، و تقديم الدين مطلقا- أو خصوص دين الثمن- على حق الاستيلاء، أو جب تقديم حقّ الكفن على حق الاستيلاء، المتأخر عن الدين. فحق الكفن يقدّم على حق الاستيلاء في صورة وجود الدين لا مطلقا.

و عليه فلا يستفاد من تقديم حق الكفن على الدين تقديمه على حق الاستيلاء مطلقا حتى بدون الدين- كما هو مفروض البحث- ليجوز بيعها في الكفن.

فمع الدوران بين الكفن و الاستيلاء يحتاج تقديم حقّ الكفن عليه إلى دليل، و بدون الدليل يرجع إلى عموم المنع عن البيع، على ما أسّسه المصنف قدّس سرّه في بيع أمّ الولد، أو إلى عمومات جواز البيع على ما اختاره غيره، هذا.

(1) و هو ما دلّ على جواز بيعها في ثمنها، كصحيحة ابن يزيد.

(2) المراد به النص الدال على أنّ أوّل ما يبدأ من مال الميت هو الكفن، لشموله لوجود الدين و عدمه.

(3) جواب الشرط في «لمّا ثبت» و تقدم وجه اقتضاء الجمع التخصيص.

[1] لم يظهر وجه لهذا الجمع بعد كون النسبة بين دليلي بيعها في الثمن و حق الكفن عموما من وجه، لافتراقهما في بيعها في الثمن مع عدم الحاجة إلى الكفن، إمّا لوجوده، و إمّا لبذل باذل له.

و في الحاجة إلى الكفن مع عدم الدين.

و اجتماعهما في بيعها في الثمن مع الحاجة إلى الكفن، فإنّ مقتضى دليل جواز البيع في الثمن جوازه فيه، و مقتضى دليل الكفن عدمه، و لا مرجّح لأحدهما على الآخر، فيتساقتان، و يرجع إلى قاعدة المنع كما اختارها المصنف، أو إلى عمومات

صرفها في ثمنها بما (1) إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه (2) أو لبذل باذل. أو بما (3) إذا كان للميت مقابل الكفن، لأنّ مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين (4)، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن (5).

أمّا (6) إذا لم يكن هناك دين، وتردّد الأمر بين حقّها وحقّ مولاها الميت،

---

(1) متعلق ب «تخصيص» يعني: اختصاص بيعها في ثمنها بعدم الحاجة إليها في الكفن.

(2) يعني: أنّ عدم الاحتياج إلى صرف أمّ الولد في الكفن يكون تارة لأجل أنّ المولى أعدّ لنفسه كفناً قبل وفاته، و أخرى لأجل بذل ذلك له.

(3) معطوف على «بما إذا» أي: اختصاص بيعها في ثمنها بما إذا كان للميت مال بمقدار الكفن، فيشتري به، ولا تباع أمّ الولد في ثمنها حينئذ.

(4) لكون أول ما يتعلق بالتركة هو حق الكفن - كما تقدم في (ص 375) - ثم الدين، ثم الاستيلاء.

(5) مع صراحة النص في تقديم الكفن على الدين.

(6) هذا عدل لمحذوف، فكأنه قال: «هذا إذا كان على الميت دين. وأما إذا لم يكن ... الخ» و غرضه - كما تقدم آنفاً - اختصاص تقديم حق الكفن على حق الاستيلاء بصورة وجود الدين، حتى يقال: إنّ المقدم على المقدم على الشيء مقدّم على الشيء. فلو لم يكن هناك دين لم يبق مجال لقياس المساواة، و حينئذ يتردد الأمر بين الحقّين المتزاحمين، و تقديم حق الميت منوط بدليل عليه، و هو ما دلّ على كون الكفن أول ما يبدأ به من المال.

---

صحة البيع كما اختارها غيره.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ بيعها في الكفن عنوان ثانوي، و عنوان «أمّ الولد» بالنسبة إليه عنوان أولي، فيحمل على الاقتضائي، و الأول على الفعلي، فيجوز بيعها في كفن مولاها من دون تعارض بين حق الاستيلاء و بين حق الكفن كما لا يخفى.

فلا دليل (1) على تقديم حقّ مولاها، ليخصّص به (2) قاعدة المنع عن بيع أمّ الولد، عدا (3) ما يدعى من قاعدة تعلق حقّ الكفن بمال الميت.

لكن الظاهر (4) اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلّق به حقّ سابق مانع من التصرف فيه، والاستيلاء (5) من ذلك الحق. ولو فرض تعارض الحقيّن (6)

---

لكن الظاهر اختصاص صرف المال في الكفن بما إذا لم يتعلّق حق سابق به يمنع من التصرف فيه، والمفروض أنّ أمّ الولد قد تشبّث بالحرية في حياة المولى، فلها حقّ الاعتاق على ولدها، ومن المعلوم أنّه لا إطلاق لدليل حق الكفن حتى يثبت به تقديمه على حق الاستيلاء. ولو فرض الإطلاق تعارض دليل حق الكفن و دليل حق الاستيلاء، وبعد تساقطهما يرجع إلى استصحاب منع التصرف الناقل لها، وسيأتي توضيحه.

(1) جواب الشرط في «أمّا إذا...».

(2) أي: ليخصّص - بما دلّ على تقديم حقّ مولاها - القاعدة الكلية على منع بيع أمّ الولد.

(3) استثناء من قوله: «فلا - دليل» والمدعي صاحب المقابس قدّس سرّه، لما تقدم في عبارته من إطلاق تقديم الكفن على الدين و الاستيلاء.

(4) غرضه المناقشة في إطلاق تقديم حق الكفن على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة من الدين و الاستيلاء و الوصية و الإرث.

(5) يعني: و الاستيلاء حقّ سابق على الكفن، فيمنع من بيع أمّ الولد في كفن مولاها.

(6) أي: تعارض دليل حق الكفن المقتضي لبيع أمّ الولد فيه، مع دليل حق الاستيلاء المانع عن البيع، فيتساقطان.

وليس المراد به تراحم الحقيّن، إذ لو كان كذلك تعيّن تقديم الأهم إن كان، وإلّا فالتخيير، فالتساقط و الرجوع إلى الاستصحاب من أحكام تعارض الدليلين لا تراحم المقتضيين.

فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة (1) إلى الكفن، فتأمل (2).

(1) الظاهر أنّ المراد بما قبل الحاجة هو زمان الحياة، إذ لو كان المراد به زمان الموت فلا إشكال في انعقادها، وبعدها الحاجة إلى الكفن لا تعود رقاً كما هو واضح. ولو كان قبل زمان الموت كما هو الظاهر فلا مجال للاستصحاب، لتبدل الموضوع وهو حياة المولى بموته، فلا يستصحب الحكم الثابت لأمّ الولد في حال حياة المولى.

(2) لعلّه إشارة إلى ما ذكرناه من تبدل الموضوع.

أو إلى: ما ذكرناه أيضاً من عدم المجال للاستصحاب مع العنوان الثانوي، لكونه دليلاً على ارتفاع فعلية الحكم بالعنوان الأولي.

أو إلى: أنّ المقام مورد للرجوع إلى عموم صحة البيع، لا إلى استصحاب حكم الخاص، كما تمسك بالعموم فيما سيأتي في (ص 435) عند البحث عن إسلام أمّ الولد عن مولى ذمي.

وتقريب الرجوع إلى العام كما في بيان المحقق الأصفهاني قدس سرّه هو: أنّ عموم حل البيع بمقتضى الانحلال يتكفل أحكاماً متعددة لأفراد مقدّرة الوجود، خرج منها بيع مقيّد ببيع أمّ الولد هنا، وحيث إنّ المحلّ غير قابل إلا لفرد واحد منه فلا جرم تكون جميع تروكه مطلوبة، إذ لا- ينعدم ما تقوم به المفسدة من الأفراد إلا بترك الكل، فالمطلوب بالمنع عن بيع أمّ الولد جميع تروكه. والخارج عن تحت عموم صحة البيع جميع الأفراد المفروضة في زمان حياة المولى، وعدم الحاجة إلى الكفن، فتروكها هي المطلوبة.

وأما سائر أفراد البيع المفروضة بعد الموت فهي على حالها مشمولة لعموم دليل الصحة، ولا دليل على مطلوية تركها، إلا أنّ الفرد المردد خارج، و الترك المردّد مطلوب «1».

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 287 و 288

ص: 386

نعم (1) يمكن أن يقال - نظير ما قيل (2) في الدين -:

(1) استدراك على ما أفاده من عدم الدليل على تقديم حق مولاهما، وغرضه الجمع العرفي بين دليلي حق الكفن وحق الاستيلاد، بأولوية المقام مما سبق في مطلق الدين.

و توضيحه: أنه لو كان على مولاهما دين غير ثمنها، ولم يخلف ما يفي بالدين، انعتقت أم الولد بمقدار نصيب ولدها، وتعلق حقّ الديان بقيمتها لا بعينها، فتحرّر بالسراية، وتسعى للديان في بقية قيمتها، جمعا بين ما دلّ على عدم سقوط حقّهم عن التركة، وما دلّ على ثبوت حقّ الاستيلاد. ولما كان حقّ الديان في قيمتها متأخرا عن حقّ الميت في كفنه، فبالأولوية لا بدّ من تعلق حقّ الميت في مئونة تجهيزه بقيمتها أيضا وإن لم يحرز تعلقه بعينها.

و الوجه في الأولوية عدم احتمال خصوصية موجبة لتعلق حقّ الغرماء بقيمتها حتى يقتصر في وجوب السعي عليها - أو على ولدها - على مورد الدين، ويقال بانتفاء تلك الخصوصية في حقّ الميت.

وبهذا الوجه يجمع بين حقّ الميت في ماله مقدّما على سائر الحقوق، وبين الحقّ السابق المانع من التصرف في عينها، ويقال بتعلق مئونة التجهيز بذمة الولد، في قبال نصيبه من الأم، أو بذمة نفسها، فتسعى ولو بإيجار نفسها، وأخذ الأجرة قبل العمل من جهة رعاية فوريّة التجهيز وعدم فوت الوقت.

قال في المقابس - بعد الفرق بين الدين و الكفن - : «و على هذا فلو أمكن باستسعائها تحصيل الكفن وقت الحاجة إليه تعيّن العتق، و لم يجز البيع. و كذلك لو قلنا بتقويمها على ولدها» (1).

(2) كقوله ردّا على المحقق الشوشترى قدّس سرّه: «بأنّ المستفاد من ظاهر الأدلة انعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق، لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 79

ص: 387

من أن الولد يرث (1) نصيبه، و ينعق عليه، و يتعلق بذمته (2) مئونة التجهيز، أو تستسعي (3) أمه و لو ياجار نفسها في مدة، و أخذ الاجرة قبل (4) العمل، و صرفها في التجهيز. و المسألة محلّ إشكال (5).

### [المورد الثالث إذا جنت على غير مولاها في حياته]

و منها (6): ما إذا جنت على غير مولاها

الولد قهرا بقيمة نصيبه، أو وجوب سعيها في القيمة جمعا...» فلاحظ (ص 362).

(1) أي: يرث الولد نصيبه من أمه، و ينعق ذلك النصيب.

(2) أي: بذمة الولد، كما احتمل تعلق حق الدين بقيمة الام في ذمة ولدها، لكونها تالفة عليه.

(3) معطوف على «يتعلق» و تقدّم هذا في الدين احتمالا ثالثا، فراجع (ص 365).

(4) التقييد بالقبل لكونه وقت الحاجة إلى شراء الكفن قبل القيام بالعمل.

(5) لعلّ منشأ الإشكال أن حمل «تعلق حق الميت بالتركة» على تعلقه بذمة التركة- التي هي أمّ الولد- لا يخلو من تكلف.

و على هذا فما يتحصّل من كلمات المصنف قدّس سرّه في هذا المورد قصور مقام الإثبات، و عدم وفاء الدليل بجواز بيعها في كفن سيّدها.

3- لو جنت على غير مولاها

(6) معطوف على قوله في (ص 296): «فمن موارد القسم الأول» و هذا مورد ثالث ممّا قيل باستثنائه من عموم المنع عن بيع أمّ الولد، و هو ما إذا جنت في حياة مولاها، فإن كان المجني عليه مولاها فسيأتي في المورد الرابع. و إن كان أجنبيا فحكمه التخيير.

و الوجه في عدّ جناية أمّ الولد من موارد تخصيص عموم منع بيعها هو دعوى عموم منع بيعها- سواء أ كان البائع سيّدها أو غيره- حتى يتجه الاستثناء بجواز بيعها بعد انتقالها قهرا إلى المجني عليه.

و كيف كان فالبحث في هذا المورد في مقامين، أحدهما: في حكم جنايتها عمدا،



في حياته (1)، أمّا بعد موته فلا إشكال في حكمها، لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية، إمّا إلى الحرية الخالصة (2)، أو الرّقية الخالصة (3).

و حكم جنايتها عمدا (4): أنّه إن كان في مورد ثبت القصاص (5)،

و ثانيهما، في حكمها خطأ.

(1) يعني: أنّ المقصود بعدّ مورد الجناية من القسم الأوّل- الذي تعلق حق الغير بها- هو وقوع الجناية في حياة المولى، لكونها بسبب الاستيلاء متشبثة بالحرية، و مولاها ممنوع شرعا عن بيعها، فلو جنت بعد موت المولى لم تكن متشبثة بالحرية، بل إمّا صارت حرة خالصة من نصيب ولدها، فيكون جنايتها جناية الحرة لا المملوك حتى يسترقّ. و إمّا عادت إلى الرقية المحضنة إن بيعت بعد موت سيدها في ثمن رقبته، فهي رق قنّ.

(2) لانعتاقها بالتقويم على نفسها أو ولدها إن كان دين الميت غير ثمن أمّ الولد.

(3) كما إذا كان دين المولى ثمن أمّ الولد، فإنّها تباع لأدائه، فتكون رقا خالصا.

و حكم جناية الحرّة الخالصة و الرق الخالص واضح.

(4) يعني: في حال حياة المولى، لأنه مورد البحث و هذا شروع في المقام الأوّل.

ثم إنّ الجناية إن كانت عمدا- في مورد ثبوت القصاص نفسا أو طرفا- فللمجني عليه الخيار بين القصاص نفسا أو طرفا- على ما تقتضيه الجناية- و بين استرقاقها كلاً أو بعضا على حسب الجناية، فالمقدار الذي يسترق منها يصير ملكا طلقا للمسترق، فيبطل حق الاستيلاء و يجوز بيعها.

و إن كانت خطأ فحكمها التخيير بين تسليم الجاني كلاً أو بعضا على حسب ما تقتضيه الجناية، و بين فكه- بأقلّ الأمرين من أرش الجناية و قيمة الجاني على المشهور، أو الأرش مطلقا على قول- للمولى، كما سيأتي في (ص 397).

(5) بأن تحققت شروط القصاص، و أمكن ذلك و لم تتعيّن الدية.

فمن الشروط التساوي في الدّين، فلو كانت الجانية مسلمة، و كان المجني عليه كافرا، لم يقتصّ منها و تعيّن الدية.

فللمجني عليه القصاص، نفسا (1) كان أو طرفا، وله (2) استرقاقها كلاً أو بعضا على حسب جنائتها (3)، فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا (4).

---

ومنها كون المجني عليه محقون الدم شرعا.

ومنها: العقل. وغيرها مما ذكر في كتاب القصاص (1).

ولو تحققت الشرائط وتعذر القصاص تعيّن الدية، كما إذا جنت بقطع يد ولم يكن لها يد أو رجل ليتقصد منها.

(1) المراد من ثبوت حق القصاص للمجني عليه - في الجناية على النفس - هو ثبوته لولي الدم. فحق القصاص للمجني عليه إنما هو في الجناية على الطرف والجرح.

(2) معطوف على «فللمجني عليه» وهذا هو تخييره بين القصاص والاسترقاق.

(3) فإن كان أرش الجناية مساويا لقيمة أم الولد استرقفها بتمامها، وإن كان الأرش أقل من قيمتها استرق منها بالنسبة، كما إذا قدر الجرح بخمسين دينارا، وقيمتها مائة دينار و امتنع مولاها من دفع المال، فللمجروح استرقاق نصفها.

قال المحقق في جناية العبد عمدا: «ولو قتل العبد حرًا، قتل به، ولا يضمن المولى جنائته، لكن ولي الدم بالخيار بين قتله واسترقاقه... و لو جرح حرًا، كان للمجروح الاقتصاص منه. فإن طلب الدية فكّ مولا به بأرش الجناية. و لو امتنع كان للمجروح استرقاقه إن أحاطت به الجناية. وإن قصر أرشها كان له أن يسترق منه بنسبة الجناية من قيمته» (2).

و لو زاد أرش الجناية على قيمتها لم يضمنها المولى، لأنّه لا يعقل مملوكه.

(4) فيجوز للمسترقّ معاملة الملك الطلق مع أمّ الولد بأن يبيعها أو يهبها، وهذا الحكم هو الموجب لعدّ جناية أمّ الولد من موارد جواز بيعها.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 4، ص 216-204

(2) شرائع الإسلام، ج 4، ص 205

وربما تخيل بعض (1) أنه يمكن أن يقال: إن رقيتها للمجني عليه لا تزيد (2) على رقيتها للمالك الأول، لأنها (3) تنتقل إليه (4) على حسب ما كانت عند الأول.

ثم ادعى (5) أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع - خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة - في عدم بيع أم الولد مطلقا.

---

و خالف صاحب الجواهر قدس سره في صيرورتها ملكا طلقا بعد الاسترقاق، كما سيأتي.

(1) وهو صاحب الجواهر، قال فيه ما نصه: «بل لو قيل إنه للمجني عليه استرقاقها، أمكن أن يقال: إنها لا تزيد على رقيتها للمالك الأول، لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول» (1).

وحاصل مراده قدس سره: أن ملكية المسترق لأم الولد لما كانت مترتبة على ملكية المولى المستولد لها و متلقاة منه، لم ينتقل إلى المجني عليه إلا الملكية على الوجه الثابت لمستولدها. و من المعلوم أن تلك الملكية لم تكن طلقا، و كذا بعد الاسترقاق، فلا يجوز بيعها للمولى الثاني أيضا.

و عليه فلا تكون الجناية موجبة لجواز بيعها بعد الاسترقاق، بل حال أم الولد بعد الاسترقاق كحالها قبله.

(2) خبر قوله: «إن رقيتها» و المراد بعدم الزيادة أن ملكية المسترق تكون على حد ملكية المولى المستولد، و لا يوجب الاسترقاق تغييرا في ملكية المسترق من حيث الطلقة و عدم الطلقة.

(3) أي: لأن أم الولد، و هذا تعليل لعدم حدوث تغيير في المملوك بالاسترقاق.

(4) أي: إلى المجني عليه.

(5) يعني: ادعى البعض و هو صاحب الجواهر قدس سره حيث قال فيه: «لا يقال:

إن أم الولد لا يبيعها مولاه أبو الولد، أمّا إذا فرض انتقالها إلى غيره لم يكن لعدم

جواز بيعه لها وجه، لعموم تسلط الناس على أموالهم مع عدم المانع بالنسبة إليه. لأننا نقول: يمكن دعوى ظهور الأدلة خصوصا صحيح ابن يزيد المتقدم في عدم بيع أم الولد مطلقا» [1].

و مراده بالإطلاق عدم جواز بيعها حتى لغير المولى المستولد لها.

و المتحصّل من كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه- في منع بيعها عند المجنّي عليه- أمران:

أحدهما: عدم المقتضي لصيرورة الأمة بالاسترقاق ملكا طلقا، و هو الذي أفاده أوّلا بقوله: «يمكن أن يقال».

و ثانيهما: وجود المانع عن الملك الطلق، و هو ما نقله المصنف عنه ثانيا بقوله:

«يمكن أن يدعى» و محصّله: إطلاق الدليل المانع عن بيع أم الولد [1].

و ناقش الماتن في كليهما كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

[1] لكنه عدل في كتاب القصاص عما أفاده هنا إلى جواز بيعها بعد الاسترقاق، سواء أكانت الجناية عمدا أو خطأ، مدّعا أنّه لا وجه لاستثناء هاتين الصورتين من عموم المنع عن بيعها، لعدم كون البائع سيّدها المنهي عن بيعها.

قال قدّس سرّه: «نعم إذا استرقها المجنّي عليه ملكها ملكا تامّا، له بيعها، لأنّه ليست أم ولد بالنسبة إليه. بل لا يبعد جواز شراء المولى إيّاها منه، و لا يلحقها حكم الاستيلاء، لأنّه ملك جديد بسبب جديد ... الخ» [2].

و الاعتبار يؤيّد جواز البيع أيضا، فإنّ التخيير بين الإتلاف- الذي هو السلطنة على إعدامها- و بين الاسترقاق يقتضي الرقية المطلقة، فلا مانع من بيعها، فراجع و تأمل.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 379

(2) المصدر، ج 42، ص 118

و الظاهر (1) أنّ مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا، وإلا (2) فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق (3)، الظاهر (4) في صيرورة الجاني رقّا خالصا.

و ما وجّه [1] به هذا الاحتمال

(1) هذا إشكال على الأمر الأوّل، و محصّله: أنّ مراد الجواهر بالإمكان إن كان الاحتمال المتطرق في مقام الثبوت- بمعنى عدم كون القول المزبور ممتنعا عقلا- فهو وإن كان صحيحا، لكن مجرد إمكان شيء ثبوتا لا يجدى ما لم يقيم عليه دليل في مقام الإثبات. وإن كان هو الاحتمال المساوق لمساعدة الدليل عليه في مقام الإثبات، فمنعه واضح، لمخالفته للنص و الإجماع المقتضيين لترتب آثار المملوك القرنّ على أمّ الولد بسبب جنائيتها.

(2) أي: وإن كان مراده بالإمكان وفاء الدليل بكون ملكية أمّ الولد للمسترق على حدّ ملكيتها للمستولد، فهو مخالف للإجماع.

(3) مثل ما في معتبرة زرارة عن أحدهما عليهما السلام: «في العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا استرقّوه» (1).

و ظاهر «الاسترقاق» ترتيب أحكام الرق المطلق عليه من جواز نقله إلى الغير ببيع و شبهه. و هذا حكم جناية المملوك مطلقا سواء أكان أمّ ولد أم غيرها.

(4) هذا الظهور ناش عن إطلاق الاسترقاق، و ليس انتقالا اختياريا حتى يقال: إنّ المجني عليه أو وليّه يتلقّى الملك من مولى الجاني، و لا تزيد ملكيته عن ملكيته، بل هو انتقال قهري بحكم الشارع.

[1] قد عرفت عدوله عنه في كتاب القصاص، و لم يذكره هنا اختيارا، بل احتمالا.

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 73، الباب 41 من أبواب القصاص في النفس، الحديث: 1

ص: 393

- من (1) أنّها تنتقل إلى المجنيّ عليه على حسب ما كانت عند الأوّل - فيه (2): أنّه ليس في النصّ إلاّ الاسترقاق، و هو جعلها رقًا له كسائر الرقيق، لا انتقالها (3) عن المولى الأوّل إليه حتى يقال: إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأوّل (4).

و الحاصل (5) [1]: أنّ المستفاد بالضرورة من النصّ و الفتوى: أنّ الاستيلاء

---

(1) بيان للموصول في «ما وجّه» و تقدم بيان التوجيه.

(2) خبر قوله: «و ما وجّه».

(3) معطوف على «الاسترقاق» يعني: ليس في النصّ انتقالها اختياريًا حتى يمكن القول بانتقالها إلى المجنيّ عليه أو وليّه على النحو الذي كان للمولى الأوّل.

(4) من عدم جواز انتقالها عنه.

(5) غرضه أنّ الاسترقاق خارج موضوعًا عن حيّز الأدلة المانعة عن بيع أمّ الولد، لأنّها تنهى عن بيعها في شأن من شئونها سيدها إمّا لأداء دين ثمنها أو غيره، و إمّا للصرف في كفنه. و أمّا الاسترقاق لأجل جنائيتها فليس راجعًا إلى شئونها مولاها، فلا بأس به.

---

[1] الأولى سوق العبارة هكذا: «و ما ادعاه من ظهور أدلة المنع ... فيه: أنّ المستفاد» و وجه الأولوية أنّ المذكور بعد كلمة «و الحاصل» إبطال للمانع الذي أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه. و لم يسبق من المصنّف ردّه حتى يكون هذا حاصله، إذ المذكور قبله ناظر إلى منع كلام الجواهر في مرحلة الاقتضاء.

لكن سبق من المصنّف مثل ذلك. فقد يذكر مطلبًا آخر بقوله: «و الحاصل» و هو غير متحصل من سابقه، كما مرّ في بيع الوقف (1)، و سيأتي في خيار الغبن.

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 619

ص: 394

يحدث للأمة حقًا على مستولدها (1) يمنع (2) من مباشرة بيعها، و من البيع لغرض عائد إليه، مثل قضاء ديونه و كفته، على خلاف في ذلك (3).

و حينئذ، فإن أراد المسترق بيعها فلا مانع منه، لأنها ليست أم ولد له، و المفروض أن حق الاستيلاء ثابت على مستولدها فقط.

نعم إن اريد بقوله عليه السلام: «لا تباع» عدم قابليتها للبيع مطلقا كما استظهره في الجواهر من أدلة عدم جواز بيعها- خصوصا صحيح ابن يزيد- لم يكن حق الاستيلاء مختصا بالمستولد، بل لا يجوز لمسترقها أيضا بيعها. لكن هذه الاستفادة في غاية الإشكال.

وقد ظهر مما ذكرنا: أن مقصود المصنف قدس سره من قوله: «و الحاصل» رفع المانع عن صيرورة أم الولد ملكا طلقا للمجني عليه بالاسترقاق، بتقريب: أن دليل حق الاستيلاء المانع عن البيع لا- يثبت هذا الحق إلا على مستولدها، دون من يكون أجنبيا عنها، كمن يسترقها بالجناية. و بعد قصور دليل حق الاستيلاء عن إثبات الحق على غير المولى المستولد لا مانع من إطلاق الاسترقاق المقتضي لكون أم الولد ملكا طلقا للمسترق، هذا.

(1) الأولى إضافة «فقط» إليه، إذ المقصود اختصاص الدليل المانع عن البيع بالسيد.

(2) نعت ل «حقًا» فالممنوع هو البيع، سواء أكان البائع سيدها، أم كان غيره و لكن عاد نفع البيع إلى السيد، كقضاء ديونه بثمانها، بناء على جواز بيعها في مطلق الدين كما اختاره بعض، و كبيعها في كفن السيد بناء على جوازه. فإن جاز البيع في هذين الموردين فللدليل المخصّص لعموم المانع.

(3) أي: في جواز البيع لغرض عائد إلى المستولد، كقضاء ديونه- غير ثمن رقبتها- و كفته.

هذا حكم جنايتها عمدا على غير مولاها.

وإن كانت (1) الجناية خطأ، فالمشهور أنها (2) كغيرها من المماليك،

(1) معطوف على «و حكم جنايتها عمدا» و الأنسب بالسياق أن يقال:

«و حكم جنايتها خطأ» و هذا شروع في المقام الثاني، و حاصله: أنه لا قصاص في جناية المملوك خطأ، أم ولد كان أم غيرها. و اختلفوا في حكمها على أقوال ثلاثة:

الأول: تخيير المولى بين أمرين:

أحدهما: دفعها إلى المجني عليه أو وليه. فإن استوعبت الجناية قيمة أم الولد استرقها تماما. و إن لم تستوعبها كان للمجني عليه منها مقدارا يعادل الجناية. فلو كان قيمتها مائة دينار، فإن بلغ أرش الجناية مائة أو زاد عليها دفعت إلى المجني عليه و استرقها. و إن كان الأرش أقل من قيمتها، استرق المجني عليه منها بقدر الجناية.

ثانيهما: فك رقبته ببذل الفداء إلى المجني عليه. و اختلفوا في مقدار الفدية.

فالمشهور- كما في المقابس «1»- أنه أقل الأمرين من قيمتها و أرش الجناية، فلو كان قيمتها مائة دينار، فإن كان قدر الجناية ثمانين دينارا اقتصر على الأرش. و إن كان قدرها مائة و عشرين دينارا دفع قيمتها- وهي المائة- إلى المجني عليه، و لا شيء عليه و لا على أم الولد.

القول الثاني: كون الفداء بأرش الجناية بلغ ما بلغ، نسب إلى جماعة كالشيخ في الخلاف، و غيره.

القول الثالث: أنه يلزم السيد أرش الجناية، و لا تخيير بين الفداء و دفعها إلى المجني عليه، كما عن المبسوط، و سيأتي.

(2) أي: أن أم الولد تكون كسائر المماليك في تخيير المولى بين دفعها إلى المجني عليه و بين الفداء. قال الشهيد الثاني- بعد حكاية التخيير بين الدفع و الفداء:-

«و ليس الحكم مختصا بأم الولد، بل بكل مملوك» (2).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 79

(2) مسالك الأفهام، ج 10، ص 531

ص: 396



يتخيّر (1) المولى بين دفعها أو دفع (2) ما قابل الجناية منها إلى المجنيّ عليه، وبين (3) أن يفديها بأقلّ الأمرين (4) على المشهور (5)، أو بالأرش، على ما عن الشيخ (6) وغيره.

(1) هذا وجه الشبه في لفظ «كغيرها».

(2) المراد من دفع مقابل الجناية هو استرقاقها بقدر ما جنت.

(3) معطوف على «بين دفعها» وهذا عدل الدفع والتسليم إلى المجني عليه، المفروض وجوبه على المولى تخييراً.

(4) من الأرض والقيمة. فإن كان الأقلّ هو الأرش، فلا إشكال فيه كما هو ظاهر. وإن كان هو القيمة، فلكونه بدلا عن العين، فيقوم مقامها، إذ الجاني لا يجني على أكثر من نفسه، والمولى لا يعقل مملوكه. فلا وجه للزائد عليه.

(5) يعني: أو يفديها بالأرش تعيينا وإن كان أكثر من القيمة، لأنّه الواجب أوّلا بالجناية.

(6) اعلم أنّ لشيخ الطائفة أنظارا ثلاثة في المسألة، فحكم تارة بالتخيير بين الفداء وتسليمها إلى المجني عليه، فإن اختار السيد الفداء كان بالأرش، لا بأقلّ الأمرين منه ومن قيمتها.

و اخرى بتعين الأرش في رقبته، وتخيير المولى بين الفداء والبيع.

و ثالثة بتعين الأرش على المولى، وعدم تخييره بين الفداء والتسليم للبيع.

وما أشار إليه المصنف قدّس سرّه من التخيير بين دفعها إلى المجني عليه وبين الفداء بخصوص الأرش المذكور في جراح المبسوط في حكم جناية العبد، قال قدّس سرّه: «إذا جنى العبد تعلقّ أرش الجناية برقبته، فإن أراد السيد أن يفديه، فبكم يفديه؟ عند قوم بأقلّ الأمرين ... وعند آخرين بالخيار بين أن يفديه بأرش الجناية بالغا ما بلغ، أو يسلمه للبيع، لأنه قد يرغب فيه راغب فيشتره بذلك القدر أو أكثر. وهذا أظهر في رواياتنا

على ما بيّناه» (1) ونحوه في جنایات الخلاف. و هو ظاهر المحقق قدّس سرّه (2).

(1) قال في استيلاء المبسوط: «أمّ الولد إذا جنت و جب بها أرش، فإنّ الأرش يتعلّق برقبته بلا خلاف، و هو بالخيار بين أن يفديها أو يبيعها عندنا. و عندهم على السيد أن يفديها و يخلّصها من الجناية» (3). و نحوه كلام ابن إدريس قدّس سرّه (4).

و قال في الخلاف- بعد ما نقل أنّ جناية أمّ الولد على سيدها عند الفقهاء إلاّ أبا ثور- ما لفظه: «و عندنا أنّ جنائيتها مثل جناية المملوك سواء، على ما مضى فيه من أنّ السيد بالخيار بين أن يؤدي أرش جنائيتها أو يسلمها».

و قال في جناية العبد: «تعلّق أرش الجناية برقبته. فإنّ أراد السيد أن يفديه كان بالخيار بين أن يسلمه برقبته أو يفديه بمقدار أرش جنائيتها» (5) أي بالغاً ما بلغ.

و الظاهر أنّ غرض المصنّف قدّس سرّه من بيان كلام الخلاف و السرائر و المبسوط إثبات التنافي بين دعويين:

الأولى: ما في استيلاء المبسوط و كذا السرائر من نفي الخلاف عمّا نسب إلى المشهور من كون الجناية على رقبة الجنانية، و تخيير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها إلى المجني عليه، و بين الفداء بأقلّ الأمرين من قيمة الأمة و دية الجنانية.

الثانية: ما ادّعه من نفي الخلاف- في ديات المبسوط- عن كون جنائيتها على السيد إلاّ من أبي ثور القائل بأنّ جنائيتها في ذمتها تتبع بها بعد العتق.

(1) المبسوط، ج 7، ص 7؛ و الحاكي الشهيد الثاني في المسالك، ج 10، ص 531 و حكاه صاحب المقابس عمّن نقله عن الشيخ. فلاحظ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 79. و كذا ما يأتي.

(2) شرائع الإسلام، ج 4، ص 208

(3) المبسوط، ج 6، ص 187

(4) السرائر، ج 3، ص 22

(5) الخلاف، ج 6، ص 419، كتاب الجنایات، المسألة: 5، و ص 271، المسألة: 88

أنّه (1) لا خلاف في أنّ جنائيتها تتعلّق برقيبتها (2).

لكن عن ديات المبسوط: أنّ جنائيتها على سيّدها بلا خلاف إلا من أبي ثور، فإنّه جعلها (3) في ذمّتها تتبع بها بعد العتق (4).

فإنّ المنافاة بين هاتين الدعويين ظاهرة، ولذا وجّهه في المقابس بأنّ المراد بنفي الخلاف في ديات المبسوط هو نفي الخلاف بين العامة. و  
لعلّه بقرينة استثناء أبي ثور.

(1) الضمير للشأن، و الجملة خبر مبتدء محذوف، و تقديره: «و المنقول عن الخلاف أنه ... الخ».

(2) الأولى زيادة «و يتخير المالك بين ... الخ» كما ورد في عبارته المنقولة، لئلا يتوهم كون التعلق برقيبتها قولاً في مقابل التخيير.

(3) أي: جعل أبو ثور جناية أمّ الولد في ذمّتها، فتنعتق بموت المولى، و تسعى في أرش الجناية.

و الفرق بين تعلق الجناية برقيبتها و بذمتها هو: أنّه على الأوّل تصير رقيبتها مستحقة للمجني عليه أو وليّه، فيستحق دفعها إليه، إلا أنّ للمولى  
فكّ رقيبتها بماله إمّا بأقلّ الأمرين من الأرش و قيمتها، و إمّا بخصوص الأرش.

و على الثاني لا- يتعلق حق الجناية برقيبتها، فهي كما كانت قبل الجناية ملك لمولاها و متشبّثة بالحريّة، و ليس للمجني عليه استرقاقها،  
فتتحرّر بموت المولى، و تكون الجناية ديناً في عهدتها، فيجب عليها أدائها.

(4) هذا مضمون كلام المبسوط، و له تنمية ذكرناها في التعليقة. و على كلّ فهذه العبارة تغاير العبارتين المتقدمتين من جهتين:

إحدهما: تعيّن الأرش و عدم تخيير السيد بين الفداء و تسليم أمّ الولد إلى المجني عليه. خلافاً لما تقدّم عن المشهور- بل ادعي عدم  
الخلاف فيه- من كون المولى بالخيار.

ثانيتها: أنّ الأرش هو أقلّ الأمرين من قدر الجناية و قيمة أمّ الولد، و هذا

و هو (1) مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط.

وربما يوجّه (2) بإرادة نفي الخلاف بين العامة، وربما نسب إليه الغفلة كما عن المختلف (3).

والأظهر (4): أنّ المراد بكونها على سيدها عود خسارة الجناية

---

و إن وافق المشهور، لكنه خلاف ما تقدم منه من كون العبرة بأرش الجناية و إن زاد على قيمة أمّ الولد.

(1) أي: كون جنائتها على سيدها مخالف لما في الاستيلاء، كما أنّه مخالف لما في الجراح.

(2) يعني: يوجّه ما في ديات المبسوط بأنّ المراد نفي الخلاف بين العامة، كما يفصح عنه عبارة الخلاف. و يوجّه ما في استيلاء المبسوط: بأنّ المراد نفي الخلاف بين الخاصة، فيرتفع المنافاة بين كلامي المبسوط في الاستيلاء و الديات.

ثم إن الموجه هو صاحب المقابس قدّس سرّه «1».

(3) كذا في الجواهر أيضا «2»، و المناسب إلى المختلف هو الشهيد قدّس سرّه في الدروس.

(4) يعني: أن الأظهر في رفع التنافي - بين ما في ديات المبسوط و بين ما في استيلاءه- أن يقال: إنّ المنافاة مبنية على إرادة وجوب الفدية على السيد تعيينا من «كون الجناية على السيد» كما هو ظاهر عبارة ديات المبسوط.

لكن يمكن منع ذلك، وإرادة خسارة المولى و نقصان ماله بسبب الجناية، لأنّه إمّا يدفع نفس الجانية أو غيرها من أمواله و هو الفداء. و على التقديرين يتضرّر المولى بسبب الجناية. و هذا المعنى لا ينافي ما في استيلاء المبسوط و غيره من تعلق

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 79

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 378؛ الدروس الشرعية، ج 2، ص 224، و لكن لم أظفر في المختلف - في الطبعة الحديثة و الحجرية - بما حكاه الشهيد عنه، و لا بد من مزيد التتبع.

ص: 400

على السيّد، في مقابل عدم خسارة المولى - لا من عين الجاني (1)، و لا من مال آخر (2) - و كونها (3) في ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق، و ليس المراد وجوب فدائها.

و على هذا (4) أيضا (5) يحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام:

---

الجناية برقبة الجاني، و تخيير المولى بين دفعها إلى المجني عليه و بين الفداء بمال آخر، هذا [1].

(1) بأن لا يسلمها للمجني عليه ليسترقها أو يبيعها.

(2) بأن لا يفديها لا بخصوص الأرش و لا بأقل الأمرين من الأرش و قيمتها.

(3) معطوف على «عدم الخسارة» و مفسر له، إذ معنى عدم تحمل المولى للخسارة كون الجناية في ذمة نفسها.

(4) أي: و على إرادة كون الخسارة على السيد - من ماله المرّد بين الجاني و بين سائر أمواله - يحمل ما ورد في رواية مسمع بن عبد الملك من أنّ جناية أم الولد في حقوق الناس على سيدها، يعني: أنّ الأمة لا تتحمّل شيئا ممّا جنته، و لا شيء في ذمتها أصلا.

(5) يعني: كما حمل كلام المبسوط على ذلك، و عدم إرادة وجوب فدائها على السيّد.

---

[1] و لكن الظاهر عدم مساعدة عبارة ديات المبسوط على توجيه المصنف، لأنه قال بعد العبارة التي نقلها المصنف بلا فصل ما لفظه: «فإذا ثبت أنّ عليه الضمان، فالذي عليه أقلّ الأمرين من أرش جنايتها أو قيمتها. فإن كان الأرش أقلّ فليس للمجني عليه أكثر من أرش جنايته. و إن كان الأرش أكثر، فليس عليه إلاّ القيمة، لأنّه هو القدر الذي هو قيمتها» «1» فتدبرّ.

---

(1) المبسوط، ج 7، ص 160 و اختاره القاضي في المهذب، ج 2، ص 488

ص: 401

«قال: أمّ الولد جنائيتها في حقوق الناس على سيّدها، و ما كان من حقوق الله (1) في الحدود (2) فإنّ ذلك (3) في بدنها (4)» «1».

فمعنى كونها (5) على سيّدها: أنّ الأمة بنفسها لا تتحمّل من الجناية شيئاً [1].

و مثلها (6) ما ارسل عن عليّ عليه السّلام: «في المعتق عن دير هو من الثلث،

---

(1) كذا في النسخ، و لكن في الوسائل: زيادة «عزّ و جلّ».

(2) كشرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرّمات المستوجبة لحدّ أو تعزير.

(3) يعني: أنّ ما كان من حقوقه تعالى فهو في بدنها، و لا يتحمّل السيد شيئاً عنها.

(4) كذا في النسخ، و المناسب زيادة «الخبر» إذ للرواية تنمة.

(5) أي: معنى كون جنائيتها- في حقوق الناس- على سيدها هو أنّ الأمة بنفسها... الخ.

(6) أي: و مثل رواية مسمع ما أرسله الصدوق قدّس سرّه عن أمير المؤمنين عليه السّلام، و رواه الشيخ مسندا عنه عليه السّلام. و الظاهر اعتماد المصنف على نقل المقابس «2»، و إلّا

---

[1] لعلّ تقييد إطلاق جناية المملوك بغير «أمّ الولد» أولى من التصرف في ظهور «على سيّدها» بالحمل على كون الخسارة على السيد، و ذلك لما أفاده المحققان التقي الشيرازي و الأصفهانى قدّس سرّهما، من مخالفة الحمل المزبور لظاهر المقابلة بين جنائيتها في حقوقه تعالى و بين جنائيتها في حقوق الناس، و أنّ الضرر في الأولى متمحض في بدنها، و في الثانية متمحض على السيد. و لا يصدق تحمل السيد للخسارة- بقول مطلق- إلّا بتعيّن الفداء في ذمته.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 76، الباب 43 من أبواب القصاص في النفس، الحديث: 1

(2) مقابس الأنوار، ص 79 من كتاب البيع

و ما جنى هو و أمّ الولد فالمولى ضامن لجنائتهم» (1).

و المراد من جميع ذلك (1): خروج دية الجناية من مال المولى المرّد بين ملكه الجاني (2) أو ملك آخر.

---

ففي الوسائل هكذا: «المعتق عن دبر فهو من الثلث، و ما جنى هو و المكاتب ...».

و طرح صاحب المقابس كلتا الروايتين لضعف السيد، و موافقة العامة (2).

و لم يحملهما على ما في المتن.

(1) أي: أن المراد- من كون «أرشها على سيدها» الوارد في الرويتين و كذا في ديات المبسوط- هو تحمل المولى لخسارة جناية أمّ ولده إما بتسليم الأمة إلى المجني عليه، و إما بدفع أرش الجناية.

(2) صفة ل «ملك» و تذكير الوصف بلحاظ الملك، و إن كانت الجناية من أمّ الولد.

---

و توجيه ذلك بأنّ دفع الأمة خارجا ضرر على السيد كالفداء ممنوع بأنّ تسليمها للمجني عليه كما أنّه ضرر على المولى من حيث خروج المال عن ملكه، كذلك ضرر على أمّ الولد من حيث صيرورتها رقًا خالصا و انقطاع تشبثها بالحرية.

و يؤيّده: أنّ الخسارة المالية من حيث نفس أمّ الولد غير ملحوظة، و إلاّ فجنائتها في حقوق الله المنصوص في كونها في بدنها أيضا خسارة في مال السيد.

فيعلم أنّ التقابل بين ضرر متوجه إلى السيد في ماله، و ضرر متوجه إلى عين الأمة في بدنها.

فالأولى ترك رواية مسمع بإعراض المشهور عن الفتوى بها (3).

---

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 78، الباب 8 من أبواب كتاب التدبير، الحديث: 2؛ الفقيه، ج 3، ص 124، الحديث: 3468

(2) مقابس الأنوار، ص 80 من كتاب البيع

(3) حاشية المحقق التقي على المكاسب، القسم الثاني، ص 54؛ حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 290

و كيف كان (1)، إطلاقات حكم جناية مطلق المملوك (2) سليمة عن المخصّص.

ولا يعارضها (3)

(1) يعني: سواء تمّ توجيه كلام الميسوط والروايتين بإرادة تحمّل الخسارة، أم لم يتم- لوجود القرينة في كلام الشيخ على إرادة تعيين الأرش، وكذا ظهور الروايتين في ذلك- فالمعول عليه هو إطلاق النصوص المتكفلة لحكم جناية المملوك، سواء أكان الجاني قنّا أم أمّ ولد، أم مكاتباً، مثل معتبرة زرارة المتقدمة في (ص 393) الواردة في عبد قتل حرّاً، ومعتبرة فضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في عبد جرح حرّاً، فقال: إن شاء الحرّ اقتص منه، وإن شاء أخذه إن كانت الجراحة تحيط برقبته، وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه. فإن أبي مولاه أن يفتديه كان للحرّ المجروح من العبد بقدر دية جراحه، والباقي للمولى، يباع العبد، فيأخذ المجروح حقّه، ويردّ الباقي على المولى» (1).

والحاصل: أنّ ما ذهب إليه المشهور- من التخيير بين دفع المملوك الجاني إلى المجني عليه، وبين التفتية- يستفاد من النصوص الواردة في جناية المملوك خطأ، بلا فرق بين أصنافه من المدبّر وأمّ الولد والقنّ.

(2) الشامل لأمّ الولد التي هي محل البحث، يعني: فلا مانع من شمول إطلاقات حكم جناية مطلق المملوك لأمّ الولد.

(3) الظاهر أنه تعريض بما في الجواهر من قوله- بعد نقل استثناء بيعها لو جنت على مولاه أو على أجنبي عن الروضة-: «وفيه: أنّ التعارض من وجه، ولا دليل على الترجيح، بل لعلّه للثاني، باعتبار اقتصار النصّ والفتوى على الجواز فيما عرفت. فيتجه حينئذ القول في الجناية الموجبة للمال التزام المولى به من غير ثمنها» (2).

(1) وسائل الشريعة، ج 19، ص 154، الباب 8 من أبواب ديات النفس، الحديث: 2

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 378

ص: 404



وحاصله: أنّ إطلاق ما دلّ على منع بيع أمّ الولد معارض بإطلاق ما ورد في جنابة المملوك من دفعه للمجني عليه و جواز بيعه. و مورد الاجتماع هو جنابة أمّ الولد، لأنّ دليل المنع يقتضي عدم بيعها سواء جنت في حياة المولى أم لا، و دليل التخيير بين الفداء و التسليم إلى المجني عليه يقتضي الاسترقاق و جواز البيع. و لعلّ الترجيح لدليل منع بيعها، لقوة الدلالة الناشئة من اقتصار النص و الفتوى على جواز بيعها في ثمن رقبتها و نحوه.

و عليه فينبغي تقييد إطلاق جنابة المملوك، بعدم كونه أمّ ولد.

و محصل الجواب: أنّ دفعها إلى المجني عليه خارج عن عموم الدليل المانع عن نقل أمّ الولد عن ملك السيّد إلى غيره، الظاهر في كون المنهي عنه هو النقل الاختياري.

وجه الخروج: أنّ الوارد في نصوص الجنابة هو التسليم و التخلية بينها و بين المجني عليه، و من المعلوم أنّ استرقاقها ليس نقلاً اختياريًا من السيد حتى تشمله الأدلة المانعة عن بيعها- بعد جعل البيع عنواناً لجميع النواقل الاختيارية- ضرورة أنّ الجنابة تتعلق برقبتها، فتملّك المجني عليه لها و استحقاقه لذلك نشأ عن فعل نفس أمّ الولد بلا وساطة فعل المولى. فحقّ الاستيلاء بطل بفعلها لا بفعل المولى حتى يكون من النقل الاختياري الممنوع.

غاية الأمر أنّ للمولى ولاية التبديل بالفداء، كولاية من عليه الخمس في دفع حق السادة من غير المال الذي تعلّق به حقّهم. فلو لم يقدّم المولى للمجني عليه استرقاق الجاني. فليس الاسترقاق من سنخ النقل الاختياري المشمول لأدلة المنع.

حتى يتحقق مورد يتصادق عليه الدليلان و يدعى تعارضهما.

(1) يعني: كما لا يعارضها نفي الخلاف الذي ادّعاه في ديات المبسوط على كون جنابتها على السيد، لما عرفت من توجيه الجنابة على السيد بما لا ينافي إطلاقاً تخيير المولى بين التسليم و الفداء.

عن بيع أم الولد «1»، لأن (1) ترك فدائها و التخلية بينها وبين المجني عليه ليس نقلا لها.

خلافاً (2) للمحكّي عن موضع من المبسوط والمهذب والمختلف (3) «2»: من تعيين الفداء على السيّد.

ولعله (4) للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذي أبطل

---

(1) تعليل لنفي المعارضة، و تقدم بيانه آنفاً.

(2) هذا ليس قولاً رابعاً من شيخ الطائفة قدّس سرّه زاندا على ما تقدم من الأقوال الثلاثة، بل هو ما سبق في (ص 399) من قوله: «لكن عن ديات المبسوط: أنّ جنايتها على سيدها بلا خلاف». و ما على السيد قد يعبر عنه بأرش الجناية كما في ديات المبسوط والخلاف، و قد يعبر عنه بالفداء كما في جراح المبسوط، و نقلنا كلماته قدّس سرّه فلاحظها.

(3) قال العلامة- بعد نقل عبارات الخلاف و المبسوط و المهذب-: «و الوجه ما قاله في الخلاف، لعموم الأدلة الدالة على أن السيد لا يعقل عبده. و قوله في المبسوط ليس بعيداً من الصواب، لأن المولى باستيلاءه منع من بيع رقبتها، فأشبهه ما لو أعتق الجاني عمداً».

(4) أي: و لعلّ تعيين الفداء على المولى- و عدم تعلق شيء برقبتها و لا بدمتها- يكون للروايتين. و استدللّ بهما في المقابض أيضاً لهذا القول.

أمّا تقريب دلالة خبر مسمع فهو: أنّ حرف الاستعلاء في «على سيدها» ظاهر في تحمّل المولى للخسارة و الضرر، فلا يراد منه التكليف المحض. كما يراد ذلك لو كان المتعلق عملاً من الأعمال، مثل آية الحج و سائر الأحكام التكليفية، كقوله

---

(1) تقدم في أوائل المسألة، فراجع ص 241، و كذا صحيحة ابن مارد في ص 265

(2) المبسوط، ج 7، ص 160؛ المهذب، ج 2، ص 488؛ مختلف الشيعة، ج 9، ص 455، و الحاكي عنهم صاحب المقابض، ص 79

ص: 406

تعالى: «كتب عليكم كذا» أو «عليك أن تفعل كذا» فالمراد ثبوت مقتضى الجناية على المولى وضعا، و اشتغال ذمته ببذل الجناية، و كون المجني عليه مالكا للفداء في عهدة السيد.

و عليه فلا شيء في رقبة أمّ الولد ليلزم دفعها إلى المجني عليه، و لا في ذمتها ليلزمها بعد العتق.

و أمّا تقريب دلالة مرسل الصدوق فهو: ظهور قوله عليه السلام: «فالمولى ضامن» في كون مقتضى الجناية- و أثرها- ثابتا في ذمة السيد و عهده، كما هو المتعارف من إطلاق الضمان في سائر الموارد، كالأمانات المفترط فيها، و العارية المضمونة و نحوها.

و من المعلوم أنّ المجني عليه لو كان مستحقا لنفس الرقبة و جاز له استرقاقها لم يصدق عليه ضمان المولى، كعدم صدقه على استحقاق دفعها إليه بالأولية.

و الحاصل: أنّ ظهور الروايتين في كون المتمتعّد بجبر الجناية من ماله هو المولى مما لا ينكر. و هذا يعارض النصوص الدالة على كون الجناية في رقبته، و يتخير المولى بين دفعها و بين فدائها.

و يؤيد الروايتين الوجه الاعتباري المذكور في المبسوط و المختلف، من تطبيق كبرى مسلمة على المقام، و هي: أنّ عدل الواجب التخييري يصير تعيينا بالعرض بتعذر سائر الأفراد، كما لو تعذر العتق و صوم شهرين متتابعين في الكفارة. و لا فرق في هذه الكلية بين كون تعذر بعض الأعدال قبل الموجب و بين كونه بعده.

و هذه القاعدة تنطبق على المقام، إذ الجناية توجب أحد الأمرين تخييرا:

الدفع و الفداء، و يتعذر الدفع هنا، لأنّ السيد بالاستيلاء منع شرعا عن نقل الأمة إلى غيره، سواء أكان بعقد أو بغيره، و المفروض أنّ تسليمها إلى المجني عليه إخراج اختياري، و هو ممنوع. فالاستيلاء كالعتق إتلاف للمحلّ شرعا، كما أنّ قتلها بعدها إتلاف لها حقيقة، هذا. و سيأتي الجواب عن الاستدلال و التأييد.

أحد (1) طرفي التخيير، فتعيّن الآخر (2)، بناء (3) على أنّه لا فرق بين إبطال أحد طرفي التخيير بعد الجناية، كما لو قتل أو باع عبده الجاني (4) وبين إبطاله قبلها (5)، كالاتيلاذ الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها (6).  
وقد عرفت (7) معنى الروايتين، و المؤيّد مصادرة (8) لا يبطل به (9) إطلاق النصوص.

---

(1) وهو الدفع إلى المجني عليه بناء على كونه من النقل الاختياري الممنوع.

(2) بمقتضى القاعدة المسلّمة من صيرورة الواجب التخييري بالذات تعيينيا بالعرض.

(3) قيد ل «للتأييد» يعني: أنّ التأييد بالكبرى الكلية مبني على عدم الفرق في تعيينية الفرد الباقي بين التعذر السابق على الموجب و اللاحق له.

(4) فلو قتل المولى عبده الجاني أو باعه لم يبق موضوع للدفع إلى المجني عليه، ويتعيّن الأرش.

(5) أي: إبطال أحد طرفي التخيير قبل الجناية.

(6) أي: في أمّ الولد.

(7) هذا جواب استدلال المبسوط و المهذّب و المختلف، و مقصوده من «معنى الروايتين» هو الحمل المتقدم بقوله: «و المراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من مال المولى...».

قال في المقابس: «ويمكن الحمل على أنّ للمولى الفداء كما في الدروس، أو:

على أنّ الحق متعلق بالمولى، سواء كان بالفداء أو بدفع أمّ الولد. لأنها ماله» «1».

(8) لأن مانعية الاتيلاذ من الاسترقاق الذي ليس من النقل الاختياري أول الكلام، بل عرفت أنّ أدلة المنع عن النقل لا تشملها أصلا.

(9) أي: بالمؤيّد.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

ص: 408

## [المورد الرابع إذا جنت على مولاها بما يوجب صحة استرقاقها]

ومنها (1): ما إذا جنت على مولاها بما (2) يوجب صحة استرقاقها لو كان

### 4- جنائتها على مولاها

(1) معطوف على قوله في (ص 296): «فمن موارد القسم الأول» أي: و من مواضع الاستثناء عن عموم منع بيع أم الولد، هو جنائتها على مولاها. و البحث كما في سابقه في مقامين، أحدهما جنائتها عليه عمدا، و الآخر خطأ.

ولعلّ أوّل من استثنى هذه الصورة هو الفاضل المقداد مقيدا بما إذا كانت الجناية محيطة بقيمتها، قال قدّس سرّه: «الرابع أن تجني جناية تستغرق قيمتها» (1) بناء على إطلاق المجني عليه لما إذا كان مولاها أو أجنبيا، كما فهمه المحقق و الشهيد الثانيان من قول بعض (2). و الظاهر أنّ مرادهما من البعض هو الفاضل السيوري، و إلا فالشهيد قدّس سرّه عدّ في اللمعة «جنائتها على غير مولاها» (3) من مواضع الاستثناء، و لم يتعرض لجنائتها على مولاها، فراجع.

و المقصود أنّ أصل استثناء هذا المورد عن عموم المنع أوّل الكلام، فإنّ تمّ إطلاق كلام السيوري قدّس سرّه فهو، و إلا فهذا مجرد فرض لا قائل به، و لا ريب في مخالفته للمشهور. و سيأتي توجيه الجواز في هذا المورد بوجه.

و كيف كان فحكم جنائتها على سيدها عمدا هو جواز الاقتصاص منها، لا التخيير بينه وبين الاسترقاق، لأنّ الرقية حاصلة قبل الجناية، و استرقاقها مرة أخرى بسبب الجناية تحصيل للحاصل، و هو محال.

(2) هذا القيد إمّا ناظر إلى وجود شرط الاسترقاق بأن كان مولاها مسلما لا كافرا، بحيث، لو كان المجني عليه غيره لاسترقاقها، و إمّا إلى كون الجناية محيطة

(1) كنز العرفان، ج 2، ص 129

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 98؛ الروضة البهية، ج 3، ص 260

(3) اللمعة، ص 94

المجنبي عليه غير المولى، فهل تعود ملكا طلقا (1) بجنايتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها- كما هو المحكي في الروضة (2) عن بعض، وعدّها (3) السيوري من صور الجواز- أم لا- (4)؟ كما هو المشهور، إذ (5) لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص (6) منها، وأما الاسترقاق (7) فهو تحصيل الحاصل.

---

بقيمتها كما تقدم عن كنز العرفان، وأخذ المحقق صاحب المقابس في عنوان الصورة الخامسة «1». والأقرب بسياق الكلام هو الاحتمال الأول.

(1) بأن يكون أثر الجناية زوال مانعية الاستيلاء عن النقل، وصيرورتها ملكا طلقا.

(2) قال الشهيد الثاني قدس سرّه فيها: «وزاد بعضهم مواضع اخر ... و ثالث عشرها:

إذا جنت على مولاها جناية تستغرق قيمتها ... و رابع عشرها إذا قتلته خطأ».

(3) أي: وعدّ الفاضل المقداد جناية أمّ الولد على مولاها- بمقتضى إطلاق كلامه- من صور الجواز.

(4) معطوف على قوله: «فهل تعود ملكا طلقا».

(5) تعليل لفتوى المشهور بعدم جواز التصرف الناقل في أمّ الولد، ومحصله: أنّ التخيير الثابت- في جنايتها العمدية على الأجنبي- بين الاقتصاص والاسترقاق، غير جار في الجناية على سيدها، لتعذر الاسترقاق من جهة حصوله قبل الجناية، فيتعين عدله لو أراد هو أو وليه الأخذ بحقه وعدم العفو عنها.

(6) يعني: دون جواز البيع المترتب على الاسترقاق لو كان المجنبي عليه أجنبيا.

(7) وهو أحد العدلين فيما لو كانت الجناية على الأجنبي، فالاسترقاق ممتنع هنا، لكونه تحصيلًا للحاصل.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

ص: 410

و ما يقال في توجيهه (1) من: «أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد، و هو استقلال جديد في التصرف فيها (2). مضافا (3) إلى: أن استرقاقها لترك القصاص

(1) أي: في توجيه الاسترقاق. و الموجّه للاسترقاق بوجه ثلاثة هو المحقق الشوشترى قدّس سرّه هذا أولها. قال في المقابس: «أو أنها- أي الجناية- لما كانت مقتضية لصيرورتها ملكا طلقا للمجني عليه أو وليّه، و كان الملكية موجودة قبلها، فلا يمكن حصولها، و إلا لزم تحصيل الحاصل، فأثرت حينئذ في حصول وصفها، و هو تماميتها و صيرورتها طلقا، فيصح البيع حينئذ» (1).

و محصله: ما أفاده في المتن من أن الاسترقاق الذي هو من موجبات الملكية و إن امتنع تأثيره هنا في نفس الملكية، لحصولها، لكن لا مانع من تأثيره في وصفها و هو الطلقة. فالاسترقاق يوجب ارتفاع المانع عن بيعها كما ذهب إليه الفاضل المقداد قدّس سرّه خلافا للمشهور.

(2) لئلا يلزم إلغاء تأثير الجناية رأسا.

(3) هذا هو الوجه الثاني من وجوه جواز البيع، قال في المقابس: «مضافا إلى تنزيل ذلك- أي استرقاقها- منزلة بيعها في ثمنها و فك رقبتها» (2).

توضيحه: أنه قيس الاسترقاق بالبيع في الثمن، فكما يجوز بيعها لفك رقبتها عن الثمن، فكذلك يجوز استرقاقها لفكها عن القصاص، فتدبر.

و بعبارة اخرى: أن الإمام عليه السلام باع أم الولد لأجل فك رقبتها من دين ثمنها.

و هذا فك لرقبتها صوريا لا حقيقيا، لصيرورتها بالبيع مملوكة لمولى ثالث غير البائع و غير المستولد المديون. فجواز فك رقبتها المرهونة بثمانها يبيعه ليس بأعظم من فك رقبتها- من القتل قصاصا- باسترقاقها، فلا بد من جوازه.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

كفكاك (1) رقابهنّ الذي انيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة. مضافا إلى (2): أنّ المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمدا» فمندفع (3) بما لا يخفى.

وعبارة المصنف لا تخلو عن سوء التأدية، وحقّها أن تكون هكذا: «مضافا إلى أنّ استرقاقها لفكها عن القصاص كبيعها لفكّ رقبتها عن الثمن» كما لا يخفى.

(1) يعني: يكون الاسترقاق نظير بيع أمّ الولد في فكّ رقبتها عن الثمن الذي يكون على المولى، كما سبق في أول موارد الاستثناء، فراجع (ص 296).

(2) هذا هو الوجه الثالث، قال في المقابس: «وإلى: أنّه إذا قتلت مولاها عمدا لا تستوجب التخفيف عليها بالإعتاق، بل ينبغي المعاملة معها على عكس مرادها. كما اتفق نظير ذلك في بعض الموارد، كطلاق المريض» (1).

ومحصله: أنّ منع السيد عن التصرفات الناقلة تخفيف بالنسبة إلى أمّ الولد، و الترخيف لا يناسب الجناية العمدية، بل المناسب لها التشديد عليها بجواز تلك التصرفات. فمعنى استرقاقها حينئذ إزالة تشبثها بالحرية، وجعلها رقّا طلقا كسائر المماليك.

(3) خبر قوله: «و ما يقال» و «الفاء» لتضمن الموصول معنى الشرط.

و غرضه عدم العبرة بالاستحسان و القياس و نحوهما من الوجوه الاعتبارية التي لا ترجع إلى محصل، و لذا لم يعتمد صاحب المقابس عليها، و قال: «و الحقّ ما ذهب إليه معظم الأصحاب من أنّها لا تباع لذلك، و إنّما يجوز القصاص منها في العمد، و قد نصّ الشيخ و غيره على ذلك في الرهن، لإطلاق الأخبار المانعة عن بيعها مطلقا أو فيما عدا ما استثني فيها، و ليس ما نحن فيه من ذلك» (2).

ثم ردّ الوجوه بقوله: «و ما ذكرناه للقول الآخر فمدفوع بمنع سببية الجناية

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80



للملك ... الخ» فراجع «1».

و توضيح اندفاع الوجوه هو:

أمّا الأول فلما فيه من: أن الاسترقاق يوجب حدوث الملك في محلّ قابل له، وبعد حدوثه يترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة عليه من جواز التصرفات الخارجية والاعتبارية إن لم يكن مانع يمنعها. وأمّا إذا لم يكن المحل قابلاً له - لوجوده قبل الجناية - فلا مورد ولا وجه للاسترقاق.

و حديث «تأثير الأسباب الشرعية بقدر الإمكان» أجنبى عن المقام، فإنّ مورده هو الآثار العرضية التي تكون من قبيل المعلولات لعدة واحدة، كإتلاف مال الغير الذي هو سبب لأثرين شرعيين عرضيين، أحدهما تكليفي، وهو وجوب أداء بدله، والآخر وضعي، وهو اشتغال ذمته ببده. فإذا كان هناك مانع عن الحكم التكليفي - كما لو كان المتلف صبيّاً مميّزاً - أثر في الضمان فقط.

و من المعلوم أنّ المقام ليس كذلك، لأنّ الاسترقاق سبب للملكية، وهي موضوع لآثار شرعية لا تترتب إلّا بعد حدوثها بموجبها أعني به الاسترقاق، فإن لم يكن المحل قابلاً لحدوث الملكية فيه - كما نحن فيه - لم يترتب شيء من الآثار المترتبة على الملكية المسببة عن الاسترقاق، فلا معنى للاسترقاق هنا.

و أمّا الوجه الثاني فقد دفعه صاحب المقابس بقوله: «و التنزيل منزلة الثمن لا دليل عليه» (2). و توضيحه: أنّ المولى - قبل الجناية - ممنوع من التصرفات الناقلة، و تبدل هذا المنع بالجواز لا دليل عليه إلّا ما دلّ على جواز استرقاق المملوك الجاني، و المفروض استحالته هنا، لعدم معقولية حصول ملك جديد بسبب الجناية حتى يتغير موضوع منع التصرف، و يتبدّل بموضوع آخر يستقل المالك بالتصرف في ماله، هذا.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 81

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 81

ويمكن أن يكون نظر المصنف في دفع الوجه الثاني إلى أمر آخر غير ما في المقابس، وهو: منع مقايسة فكاك الرقبة من القصاص بفكها من الثمن، وذلك لأنّ جواز بيعها في ثمنها مع فرض إفسار المولى منحصر في بيعها. بخلاف فكاك رقبتها من القصاص، لعدم تعيينه على المجني عليه، لإمكان العفو.

ولو سلّم، أمكن منع القياس بعدم جامع بينهما، إذ ليس في البيع فكّ، بل تبديل إضافة الملكية. بخلاف الاسترقاق، فإنّه فك لها عن الجناية. ولم يستكشف مناط قطعي في البيع ليتعدى منه إلى الاسترقاق.

وأما الوجه الثالث، فقد دفعه في المقابس أيضا بقوله: «و قتلها عمدا لمولاها يقتضي القصاص منها وإن عتقت لحق ولدها، فعفو أولياء المولى عنها باختيارهم لا يقتضي تسبب القتل للتخفيف، وهو ظاهر» (1).

وحاصله: أنّ جنائيتها العمدية غير مقتضية للتخفيف حتى يقال بعدم مناسبة العمد للتخفيف على الجنائي، بل تقتضي التشديد والتغليظ عليها بالاقتصاص منها، وهذا الحق باق للمولى، أو لولي الدم، واستيفاؤه جائز. فلو عفوا باختيارهم فهو وإن كان تخفيفا عليها، لكنه ليس ممّا يقتضيه القتل، فلمولاها الإمساك عليها وأن لا يعرضها لشيء من النواقل. هذا.

مضافا إلى: أنه من العلة المستتبطة التي لا يعلم دوران الحكم الشرعي مدارها، فهو مجرد استحسان لا يعتدّ به في الأحكام الشرعية، فإنّ العقول قاصرة عن إدراك ملاكاتها، ولا سبيل إلى معرفتها إلا بيان المعصوم صلوات الله عليه.

فتلخص: عدم الوجه في الاسترقاق أصلا، فلا موجب لجواز بيعها جزما. فما عن المشهور من عدم جواز بيعها هو الأقوى، والله العالم بأحكامه.

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 81

و أمّا الجناية (1) على مولاها خطأ، فلا إشكال في أنّها لا تجوّز التصرف فيها، كما لا يخفى. و روى الشيخ - في الموثّق (2) - عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام، قال: «أمّ الولد إذا قتلت سيّدها خطأ فهي حرّة لا سعاية عليها» (1).

و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر عن أبيه صلوات الله و سلامه عليهما: «أنّ أمّ الولد إذا قتلت سيّدها خطأ فهي حرّة لا سبيل عليها، وإن قتلت عمدا قتلت به» (2).

---

(1) هذا شروع في المقام الثاني، و هو حكم جنائتها خطأ على مولاها، فلا يجوز نقلها عن ملكه، لعدم استحقاق السيّد على ماله مالا، فتحرّر من نصيب ولدها، و لا يجب عليها أن تسعى في دية الجناية.

و يدل عليه موثّق غياث بن إبراهيم و خبر وهب بن وهب. نعم يعارضهما ما ورد في خبر حماد بن عيسى من وجوب السعي عليها لو قتلت مولاها خطأ، و سيأتي في المتن الإشارة إلى الجمع بينه و بين موثّق غياث ببعض الوجوه.

(2) و عبّر عنه صاحب المقابس قدّس سرّه بالقوي «(3)»، و رجال السنن ثقات، إلّا طلحة بن زيد، و لعلّ إختلاف التعبير لأجل ما يستفاد من كلام شيخ الطائفة في شأن الرجل: «و هو عامي المذهب، إلّا أن كتابه معتمد» (4)، و رواية كامل الزيارة

---

(1) تهذيب الأحكام، ج 10، ص 200، الحديث: 791، عنه في الوسائل، ج 19، ص 159، الباب 11 من أبواب ديات النفس، الحديث: 2، و لفظ الحديث - المذكور في المتن - يختلف عما في التهذيب و وسائل الشيعة ببعض الكلمات، و بتقديم و تأخير في بعضها الآخر

(2) المصدر، الحديث: 792 في التهذيب، و في الوسائل، الحديث: 3، و رواه الصدوق في الفقيه، ج 4، ص 162، الحديث: 5367

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

(4) الفهرست، ص 112 (طبعة النجف الأشرف)

ص: 415

و عن الشيخ عن حمّاد، عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام: «إذا قتلت أمّ الولد مولاها سعت في قيمتها» (1).

ويمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها (1).

و عن الشيخ (2) في التهذيب والإستبصار

---

و تفسير القمي عنه، فراجع (2).

(1) كما في المقابس أيضا (3)، يعني: أنّ مورد وجوب السعي عليها قصور نصيب ولدها منها- أو من مجموع التركة- عن قيمتها، مع فرض عدم انحصار الوارث في ولدها.

و المراد بنفي السعاية في موثق غياث هو عدم وجوبها عليها من حيث القتل.

و لا منافاة حينئذ بين عدم السعي عليها من حيث قتل المولى خطأ، و بين وجوبه عليها من حيث قصور نصيب ولدها.

قال في المقابس: «و الظاهر أنّ بناء الرواية- أي موثقة غياث- على وفاء نصيبه بقيمتها، و لذلك حكم بحرّيّتها مطلقا، فصحّ نفي السعاية مطلقا» (4).

(2) قال في محكيّ التهذيب بعد ذكر هذين الخبرين ما لفظه: «و لا ينافي هذين الخبرين ما رواه محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله عن الحسن بن علي عن حماد بن عيسى عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام، قال: إذا قتلت أمّ الولد سيّدها خطأ سعت في قيمتها، لأنّ هذا الخبر نحمله على أنّها إذا قتلته شبه العمدة، لأنّ من يقتل كذلك تلزمه الدية إن كان حرّا في ماله خاصّة، و إن كان معتقا لا مولى له استسعى في الدية

---

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 159، الباب 11 من أبواب ديات النفس، الحديث: 1؛ تهذيب الأحكام، ج 10، ص 200، الحديث: 793

(2) معجم رجال الحديث، ج 10، ص 169

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 80

الجمع بينهما بغير ذلك (1)، فراجع.

### [المورد الخامس إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها]

ومنها (2): ما إذا جنى

حسب ما تضمنه الخبر. وأمّا الخطأ المحض، فإنه يلزم المولى، فإن لم يكن له مولى كان على بيت المال حسب ما قدّمناه «(1)».

والفرق بين الحملين واضح، فإنّ المصنف قدّس سرّه حمل الخبر على السعي في بقية قيمتها التي لا بدّ من دفعها إلى الوارث، لانعتاقها. و الشيخ قدّس سرّه حمّله على السعي في الدية. والحمل الأوّل أقرب بل هو الظاهر، إذ المتبادر من القيمة هو المالية المساوية لقيمة أمّ الولد، لا الدية التي هي أرش الجناية، وبدل ما فات بالجناية. هذا.

وفي الإستبصار حمّله على صورة موت الولد، وكون السعي على وجه الجواز، وحمل خبري غياث ووهب على كون ولدها باقيا بعد المولى وانعتاقها من نصيب ولدها «(2)».

(1) المشار إليه هو: حمل رواية حماد على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها.

هذا ما يتعلق بالمورد الرابع، وقد تمّ الكلام في ما لو جنت أمّ الولد، وسيأتي البحث فيما لو جنى عليها.

5- جناية الحرّ على أمّ الولد بما فيه ديتها

(2) معطوف أيضا على قوله: «فمن موارد القسم الأوّل»، ولعلّ أوّل من احتمل كونه من موارد الاستثناء صاحب المقابس «(3)» من جهة احتمال عدم الفرق في

(1) تهذيب الأحكام، ج 10، ص 200

(2) الإستبصار، ج 4، ص 276، باب أمّ الولد تقتل سيدها خطأ

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 81

ص: 417

حرّ عليها (1) بما فيه ديتها، فإنّها (2) لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين

---

المملوك الذي جنى عليه حرّ بين أمّ الولد وغيرها. من تخيير المولى - في الجناية المحيطة بقيمة المملوك - بين الإمساك ولا شيء له، و بين دفعه إلى الجاني وأخذ قيمته، قال المحقق قدّس سرّه: «فإذا جنى الحرّ على العبد بما فيه ديته، فمولاه بالخيار بين إمساكه ولا شيء له، و بين دفعه وأخذ قيمته» (1).

واستدلّ له في المسالك بقوله: «لئلاّ يجمع بين العوض والمعوض، ولرواية أبي مريم عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته: أنه يؤدّي إلى مولاه قيمة العبد، و يأخذ العبد» (2).

و ادّعى في الجواهر الإجماع بقسميه على الحكم، و جعله الحجة بعد خبر أبي مريم المنجبر ضعفه بالعمل، و جعل قاعدة «عدم الجمع بين العوض والمعوض» مؤيّدا له (3).

واقصر في المقابس على بيان احتمالين في المسألة، و أضاف المصنف احتمالا ثالثا، وردّه.

وكيف كان، فعّدّ هذا المورد من موارد الاستثناء مبني على الاحتمال الأوّل، و هو نقلها إلى الجاني بعد دفع قيمتها إلى السيد.

(1) أي: على الأمة، ليصحّ جعلها مقسما لما إذا كانت مستولدة و غير مستولدة.

(2) أي: فإنّ الأمة - كسائر المماليك عدا أمّ الولد - يتخير مولاهما بين الإمساك و الدفع إلى الجاني.

---

(1) شرائع الإسلام، ج 4، ص 208

(2) مسالك الأفهام، ج 15، ص 130

(3) جواهر الكلام، ج 42، ص 127

دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها (1)، وبين إمسакها، ولا شيء له، لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض. ففي المستولدة يحتمل ذلك (2)، ويحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة (3)، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة. وأما احتمال (4) منع الجاني عن أخذها وعدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه.

(1) المراد بالقيمة هنا ديتها، والتعبير بالقيمة من جهة أن دية المملوك لا تزيد على قيمته شرعا.

(2) أي: يحتمل تخيير المولى بين الدفع والإمساك، ومنشأ هذا الاحتمال إطلاق أدلة الجناية. ولا ينافيه حق الاستيلاء، لأنه مانع عن النقل الاختياري، لا القهري الشرعي، فلا تعارض بين دليل المنع عن نقل أم الولد، وبين دليل هذه المعاوضة القهرية، بعد ضم قاعدة «عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض» إليه كما لا يخفى.

(3) لكون النقل حينئذ اختياريًا، والمفروض منع المولى عنه بسبب الاستيلاء.

فمرجع هذا الاحتمال إلى تعيين الإمساك الذي هو عدل دفعها وأخذ قيمتها في الاحتمال الأول.

(4) هذا احتمال ثالث، ومحصله: التفكيك بين أخذ الدية من الجاني وبين دفع الأمة إليه، بجواز الأول ومنع الثاني، نظرا إلى أن الممنوع شرعا هو انتقال أم الولد عن ملك المستولد لها، دون أخذ الدية.

ويمكن أن يكون وجه الجمع بين دليل الجناية وبين حق الاستيلاء المانع عن انتقالها عن ملك مستولدها. ولا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، لعدم كون الجنایات من باب المعاوضات، بل من باب الغرامات.

مضافا إلى: أن الدية ليست عوضا عن أم الولد، بل عمّافات عنها بالجناية كما لا يخفى.

فلا وجه (1) له، لأن الاستيلاء يمنع عن المعاوضة أو ما في حكمها (2)، لا (3) عن أخذ المعوض بعد إعطاء العوض (4) [لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض]

ثم إن هذا الاحتمال الثالث ليس ملازماً للاحتمال الثاني، وهو وجوب الإمساك تعييناً، وعدم جواز أخذ القيمة من الجاني كما في بعض الحواشي «1»، فلاحظ وتأمل.

(1) جواب الشرط في «و أما احتمال» ودفع له، وحاصله: أن الاستيلاء يوجب منع المولى عن نقلها. وعليه فإن كان الممنوع مطلقاً انتقلها عن ملك السيد إلى غيره، تم الاحتمال المزبور، لكون أخذ الدية من الجاني مستلزماً لانتقالها إليه، فيتجه التفكيك بين جواز أخذ القيمة منه، ومنع دفع المجني عليها إليه.

وإن كان الممنوع خصوص النقل الاختياري، لم يتجه التفكيك المزبور، وذلك لأن تملك الجاني لرقبتها بعوض قيمتها ليس من نقل المولى المستولد لها ليكون منهياً عنه. وحينئذ فإما أن يكون أخذ الدية من الجاني ممنوعاً مطلقاً، وإما أن لا يكون أخذ أم الولد كأخذ الدية ممنوعاً.

والحاصل: أن أخذ الدية من الجاني إن كان من باب تدارك ما فات بسبب الجناية فالمتعين هو الاحتمال الأول. وإن كان من باب المعاوضة على الرقبة فالمتعين هو الثاني، ولا يبقى مجال للاحتمال الثالث، هذا.

(2) مما يوجب خروجها عن ملك السيد كالهبة والصلح.

(3) عاطفة، يعني: فلا يمنع الاستيلاء عن المعاوضة القهرية- التي حكم بها الشارع- بأخذ أم الولد بإزاء عوضها وهو ديتها.

(4) كذا في نسختنا، وبناء على بعض النسخ المصححة تكون أم الولد عوضاً

---

(1) حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج 1، ص 189



بحكم (1) الشرع [1].

و المسألة من أصلها موضع إشكال (2)، لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوّض، لأنّ الدية عوض شرعيّ عمّا فات بالجناية، لا عن رقبة العبد. و تمام الكلام في محلّه.

---

و الدية معوّضا. و لا بأس، لاتصاف كلا المالين بالعوضية في مبادلتها.

(1) متعلق ب «أخذ» يعني: يكون الأخذ مستندا إلى حكم الشارع.

(2) كذا في المقابس أيضا. و غرضهما قدّس سرّهما التأمّل في كبرى المسألة المعنونة في باب القصاص، و لا اختصاص للإشكال بالجناية على أمّ الولد.

و وجه التأمّل: الخدشة في الاستدلال عليه بمحذور الجمع بين العوض و المعوّض، ضرورة كون الدية عوضا شرعيا عمّا فات بالجناية، لا عوضا عن رقبة المجني عليه، حتى يقال بلزوم تسليم المملوك إلى الجاني - لو دفع القيمة - حذرا من اجتماع العوض و المعوض عند أحد المالكين. فإن تمّ خبر أبي مريم و لو بانجباره بعمل المشهور فهو الحجة، و إلا فيشكل الأمر في مطلق المملوك، خصوصا في أمّ الولد من جهة تشبثها بالحرية، و استلزام دفعها إلى الجاني فوات حق الاستيلاء.

هذا تمام الكلام في المورد الخامس.

---

[1] لكن يمكن منعه بأن يقال: إنّ جواز الإعطاء شرعا أول الكلام، لإمكان الجمع بين دليلي الجناية و الاستيلاء بما عرفت آنفا من لزوم دية الجناية على الجاني، و عدم انتقالها إلى الجاني، حفظا لحق الاستيلاء. و دعوى لزوم الجمع حينئذ بين العوض و المعوض قد عرفت ما فيها. و قد أشار إليه المصنف قدّس سرّه بقوله: «لأنّ الدية عوض شرعيّ عمّا فات بالجناية ... الخ».

ص: 421

و منها (1): ما إذا لحقت بدار الحرب، ثم استرقت [1] حكاه في الروضة.

6- إذا لحقت بدار الحرب، ثم استرقت

(1) معطوف أيضا على قوله في (ص 296): «فمن موارد القسم الأول» وهذا المورد حكاه الشهيد الثاني قدس سره عن بعض. و أما الصورة الاخرى- وهي ما لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون- فأضافها صاحب المقابس قدس سره.

و المراد بلحوقها بدار الحرب أعم من كونه باختيارها أو باستيلاء المشركين عليها- كما صرح به في المقابس- كما أنه لا فرق في المسترق بين أن يكون مولاه و غيره.

و المراد بالأسر أن يغزو المشركون على بلاد المسلمين فيأسروها، ثم استعادها المسلمون منهم.

قال المحقق الشوشتري قدس سره: «و تحقيق المسألة: أنّ المسترق لها إن كان المولى فهي أمّ ولده كما كانت. وإن كان- أي المسترق- من جملة المقاتلين فهو أحقّ بها، بل هو أولى ممّن استولد جارية من المغنم. و الكلام في تقويمها عليه كما إن لم يكن مسترقا و لا غانما. و بيان ذلك: أنّ المشركين إذا غنموا من المسلمين فإنّهم لا يملكون ذلك مطلقا. فإذا غنمه المسلمون منهم، فإن أقام أربابها البيّنة قبل القسمة ردّ عليه بأعيانها، و لا يغرم الإمام للمقاتلة شيئا، كما هو المنقول في التذكرة و المنتهى عن عامة أهل العلم ... وإن جاءوا بالبيّنة بعد القسمة فلعلمائنا و للشيخ قولان في ذلك ...». ثم قال في آخر كلامه: «و للاستثناء وجه في الصورة الثانية لا الاولى» [1] فراجع.

[1] اورد عليه بأنّ اللحوق بدار الحرب إن كان مخرجا لها عن رقيتها لمولاه

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 88

---

(1) جواز البيع في هذه الصورة موقوف على أمور ثلاثة:

أحدها: أن يكون الأسر لها غير مولاها، فلو كان مولاها لا يجوز بيعها، لإطلاق أدلة المنع.

ثانيها: عدم العلم بكونها ملكا للمولى قبل القسمة، إذ معه كذلك لا يجري عليها القسمة، بل هي باقية على ملك مولاها، ولا تقسم بين المسلمين المقاتلين.

ثالثها: لزوم القسمة و عدم انتقاضها بثبوت كونها ملكا للمولى بعد القسمة، و غرامة الإمام عليه السلام قيمتها للمقاتلة، إذ بناء على انتقاضها بالعلم بسبق ملك

---

المستولد، و كان مسترقها غير مولاها، فجواز بيعها حينئذ ممّا لا إشكال فيه، لخروج هذه الصورة عن قاعدة المنع عن بيعها موضوعا. و إن كان مسترقها مولاها فجواز بيعها لا يخلو عن إشكال، لإطلاق أدلة المنع، فلا يجوز. و من دعوى انصرافها عن هذه الصورة فيجوز هذا ما أفاده صاحب الكفاية قدّس سرّه «1».

أقول: الظاهر جواز بيعها على كل حال. أمّا إذا كان المسترق غير المولى فظاهر. و أمّا إذا كان المولى فلأنّ المنع الذي هو حكم شرعي تابع لموضوعه، و هو بقاء سيادة المولى و مالكته عليها، إذ عدم جواز نقلها حكم لسيدها المستولد لها فقط. فمع ارتفاع سيادته عنها يرتفع خطاب عدم الجواز عنه، فلا موضوع حتى يكون موردا للإطلاق أو الاستصحاب. فجواز البيع للمستولد لها إذا كان هو المسترق لها لا يخلو من جودة كما ذهب إليه بعض، و إن تنظر فيه غير واحد كصاحب الجواهر قدّس سرّه.

نعم، بناء على عدم كون اللحق مزيلا للملكية فلا ينبغي الإشكال في عدم جواز البيع لمستولدها، إذ المفروض بقاؤها على ملكه، فلا موجب لجواز بيعها.

و تفصيل المسألة موكول إلى محلّه.

و كائنه (1) [فكائه] فيما إذا أسرها غير مولاها (2)، و لم [فلم] يثبت كونها أمة المولى إلا بعد القسمة (3)، و قلنا بأن القسمة لا تنقض، و يغرّم الإمام قيمتها لمالكها (4).

لكن المحكيّ (5) عن الأكثر

---

المولى لا تعطى لغيره من المسلمين، فلا يجوز له بيعها. و عدم انتقاض القسمة و غرامة الإمام عليه السلام هو المحكي عن الشيخ في النهاية، لكن عن الأكثر انتقاض القسمة، و ردّها على مولاها، و هو المنصوص أيضا، و التفصيل في محله في كتاب الجهاد.

(1) الضمير راجع إلى الاستثناء المفهوم من السياق، و غرضه توجيه عدّ الصورة الثانية- و هي ما لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون- من جملة مواضع الاستثناء. و تقدّم أنفا اشتراط جواز البيع فيها بأمر ثلاثة.

(2) هذا أوّل الشروط، إذ لو أسرها مولاها كانت أمّ ولده، فيمنع نقلها عن ملكه.

(3) هذا ثاني الشروط، فلو أسرها غير المولى و تبين قبل قسمة غنائم الحرب كونها وليدة مولاها ردّت إليه. ففي الجواهر: «و أما الأموال و العبيد فلأربابها قبل القسمة، عند عامة العلماء كما في المنتهى و محكيّ التذكرة، بدون غرامة شيء للمقاتلة» (1).

(4) هذا ثالث الشروط، فلو تبين كونها أمّ ولد بعد قسمة الغنائم- و قلنا بجواز نقض القسمة- ردّت إلى مولاها.

(5) نسبه صاحب المقابس إلى الأكثر خلافا لما في النهاية من كون الغنائم بعد القسمة لأربابها، و يغرّم الإمام قيمتها لمالكها، قال المحقق قدّس سرّه: «و لو عرفت بعد القسمة فلأربابها القيمة من بيت المال. و في رواية: تعاد على أربابها بالقيمة. و الوجه

---

(1) جواهر الكلام، ج 21، ص 223

ص: 424

إعادتها على المالك» (1).

و استدل عليه في الجواهر بقوله: «الذي هو أحق بماله أينما وجد، وفاقا للمحكي عن الشيخ في المبسوط و ابني زهرة و إدريس و الفاضل و الشهيدين و الكركي و المقداد و غيرهم، بل عن الغنية الإجماع عليه» (2).

ثم قال مازجا للشرح بالمتن: «و لكن يرجع الغانم بقيمتها على الإمام عليه السلام، كما صرّح به غير واحد، مطلقين ذلك، لخبر طربال المنجبر سنده بفتوى من عرفت» (3).

(1) ليست هذه الجملة منصوصة بنفسها، لكنها مضمون رواية طربال، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سئل عن رجل كان له جارية، فأغار عليه المشركون، فأخذوها منه. ثم إن المسلمين بعد غزوهم، فأخذوها فيما غنموا منهم. فقال: إن كانت في الغنائم و أقام البيّنة أنّ المشركين أغاروا عليهم، فأخذوها منه ردّت عليه. و إن كانت قد اشترت و خرجت من المغنم فأصابها، ردّت عليه برمتها. و اعطي الذي اشتراها الثمن من المغنم من جميعه. قيل له: فإن لم يصبها حتى تفرّق الناس و قسّموا جميع الغنائم فأصابها بعد؟ قال: يأخذها من الذي هي في يده إذا أقام البيّنة، و يرجع الذي هي في يده- إذا أقام البيّنة- على أمير الجيش بالثمن» (4).

و دلالتها على كون الجارية- بعد الأسر- لمولاهم مطلقا ظاهرة، سواء وجدها في الغنائم قبل تقسيمها، أم وجدها في يد من اشتراها من المقاتلين بعد تقسيم الغنائم بينهم، و على كلّ فرقبتها ملك مولاهم، و على أمير الجيش إعطاء الثمن لمن اشتراها من المقاتلين.

(1) شرائع الإسلام، ج 1، ص 326

(2) جواهر الكلام، ج 21، ص 225

(3) جواهر الكلام، ج 21، ص 225

(4) وسائل الشيعة، ج 11، ص 75، الباب 35 من أبواب جهاد العدو، الحديث: 5

## [المورد السابع إذا خرج مولاها الذمي عن الذمة]

ومنها (1): ما إذا خرج مولاها عن الذمة (2) وملك أمواله التي هي منها.

## [المورد الثامن إذا قتل مولاها الذمي مسلما]

ومنها (3): ما إذا كان مولاها ذميا وقتل مسلما،

---

قال في الوسائل: «قد عمل به الشيخ وجماعة، وحملوا ما خالفه على التقيّة» (1) هذا ما يتعلق بالمورد السادس.

### 7- خروج مولاها عن الذمة

(1) معطوف على قوله: «فمن موارد القسم الأوّل» وهذا مورد سابع، قال في المقابس: «الثامنة عشر: إذا خرج مولاها عن الذمة، وملك أمواله التي هي - أي أمّ ولده - منها، فيتصرّف فيها بالبيع وغيره. والقول باستثناء ذلك منقول في الروضة عن بعض الأصحاب، وإنّما فرض في الذمي، لأنّه هو الذي تجري عليه أحكام المسلمين، ويحكم باستيلاء أمته. وأمّا المستأمن فليس كذلك ... الخ» (2).

(2) إمّا بعدم أداء الجزية، وإمّا بمحاربهته للمسلمين، وإمّا بارتكابه للمنكرات جهرا، وإمّا بإعانة الكفار عليهم، وإمّا بغير ذلك، فإنّ الذمي إذا خرق الذمة صار حربيا، ويجري عليه حكم الحربي من إباحة أمواله ودمه، فلا مانع من استرقاق أمّ ولده وبيعها.

### 8- إذا قتل مولاها الذمي مسلما

(3) معطوف أيضا على قوله: «فمن موارد القسم الأوّل» وهذا مورد ثامن مما استثني من عموم منع نقل أمّ الولد، والمستثنى له صاحب المقابس. قال قدّس سرّه في الصورة الرابعة والثلاثين: «إذا كان مولاها ذميا، وقتل مسلما، فيدفع هو وأمواله إلى أولياء المقتول كما هو المشهور بين الأصحاب والمنقول عليه الإجماع في الانتصار والسرائر

---

(1) وسائل الشيعة، ج 11، ص 75، الباب 35 من أبواب جهاد العدو، الحديث: 5

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 88

فإنّه يدفع (1) هو و أمواله إلى أولياء المقتول.

هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول، وهو ما إذا عرض لأمّ الولد حقّ للغير أقوى من الاستيلاء.

وغيرهما، والمرويّ في الصحيح وغيره. فإذا استرقوا القاتل وملكوا أمواله فأمّ الولد منها، لكونها مملوكة، ولهم التصرف فيها بما شاءوا. وإن قتلوه وقتلوا بأنّ لهم حينئذ ماله بتمامه بمجرد الدفع بل القتل، فكذلك... الخ» (1).

وما نسبه إلى الأصحاب- من حكم جناية الذمي على مسلم- مذكور في باب القصاص، ومورده قتل المسلم عمدا كما في الجواهر (2). وقد دلّ على الحكم غير واحد من النصوص، ففي صحيح ضريس الكناسي عن أبي جعفر قدّس سرّه: «في نصراني قتل مسلما، فلمّا اخذ أسلم. قال: اقتله به. قيل: وإن لم يسلم؟ قال يدفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا عفوا، وإن شاءوا استرقوا. قيل:

وإن كان معه عين [مال]؟ قال: دفع إلى أولياء المقتول هو وماله» (3).

ثم قال في الجواهر: «والظاهر أن ذلك حكم قتله المسلم، لا لخروجه بذلك عن الذمة المبيح لنفسه- قتلا واسترقاقا- ولماله، كما في كشف اللثام... وإلا لجاز لغير أولياء المقتول، وهو خلاف النص والفتوى» (4).

والمقصود أنّ جواز استرقاق القاتل الذمي وأمّ ولده منصوص بخصوصه ومعقد الإجماع كذلك، ولذا لم يعدّ من صغريات المورد السابق، وهو تخلف الذمي عن شروط الذمة.

(1) أي: يدفع المولى الذمي وأمواله- التي منها أمّ ولده- إلى أولياء المقتول، كما هو المشهور نقلا وتحصيلا، على ما في الجواهر (5).

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 94

(2) جواهر الكلام، ج 42، ص 156

(3) الوسائل، ج 19، ص 81، الباب 49 من أبواب قصاص النفس، الحديث: 1

(4) جواهر الكلام، ج 42، ص 157

(5) جواهر الكلام، ج 42، ص 156

## إشارة

وَأَمَّا الْقِسْمَ الثَّانِي (1)- وَهُوَ مَا إِذَا عَرِضَ لَهَا حَقٌّ لِنَفْسِهَا أَوْلَى بِالْمُرَاعَاةِ مِنْ حَقِّ الْاِسْتِيْلَادِ- فَمِنْ مَوَارِدِهِ:

### **[الْمُورِدُ الْأَوَّلُ مَا إِذَا أُسْلِمَتْ وَهِيَ أُمَّةٌ ذَمِّيَّةٌ]**

مَا إِذَا أُسْلِمَتْ وَهِيَ أُمَّةٌ ذَمِّيَّةٌ (2)،

هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِجُمْلَةٍ مِنْ صُورِ الْاِسْتِثْنَاءِ الَّتِي جَعَلَهَا الْمُصَنِّفُ فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهَا تَعَلُّقُ حَقِّ الْغَيْرِ بِأَمِّ الْوَلَدِ. وَتَقَدَّمَ أَنَّ مَنَاطَ الْجَوَازِ فِي بَعْضِهَا قُصُورٌ دَلِيلُ الْمَنْعِ عَنِ شُمُولِهِ لِلتَّمَلُّكِ الْقَهْرِيِّ النَّاشِئِ عَنِ الْاِسْتِرْقَاقِ، وَبَعْدَ حُصُولِ الْمَلِكِيَّةِ لِلْمُسْتِرْقَاقِ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهَا، لِاِخْتِصَاصِ عَدَمِ الْجَوَازِ بِمَنْ اسْتَوْلَدَهَا.

وَاعْتَذَرَ صَاحِبُ الْمَقَابِسِ قَدَّسَ سِرَّهُ عَنِ إِهْمَالِ عِدَّةٍ مِنَ الصُّوَرِ فِي كُتُبِ الْفُقَهَاءِ- مَعَ التَّزَامِ كَثِيرٍ مِنْهُمْ بِجَوَازِ بَيْعِ أُمَّ الْوَلَدِ فِي جُمْلَةٍ مِنْهَا- بِأَنَّ مَقْصُودَهُمُ الْاِقْتِصَارَ عَلَى الْمَنْصُوصِ بِخُصُوصِهِ، وَالْغَالِبُ وَقُوعُهُ، وَأَنَّ مَرَادَهُمْ أَنَّهُ لَا- يَجُوزُ لِلْمَوْلَى وَ مِنْ بِحُكْمِهِ كَالْوَارِثِ أَنْ يَبِيعَهَا بِاخْتِيَارِهِ، وَلَا رَيْبَ فِي خُرُوجِ كَثِيرٍ مِنَ الصُّوَرِ عَنِ ذَلِكَ «1».

### موارد القسم الثاني

(1) أَي: الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ مَوَاضِعِ الْاِسْتِثْنَاءِ الْأَرْبَعَةِ، وَقَوْلُهُ: «وَأَمَّا» مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ: «فَمِنْ مَوَارِدِ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ» وَكَانَ الْأَنْسَبُ بِالسِّيَاقِ أَنْ يَقُولَ هُنَا: «وَمِنْ مَوَارِدِ الْقِسْمِ الثَّانِي» أَوْ تَصْدِيرُ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: «أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فَمَوَارِدُ مِنْهَا...».

وَكَيفَ كَانَ فَقَدْ جَمَعَ الْمُصَنِّفُ قَدَّسَ سِرَّهُ تَحْتَ هَذَا الْعَنْوَانِ مَوَارِدَ أَرْبَعَةِ سِيَائِي بَيَانِهَا.

### 1- إِذَا أُسْلِمَتْ وَهِيَ أُمَّةٌ ذَمِّيَّةٌ

(2) هَذَا هُوَ الْمُورِدُ الْأَوَّلُ، وَعَقْدَ لَهُ صَاحِبُ الْمَقَابِسِ الصُّورَةَ السَّابِعَةَ وَالْعِشْرِينَ، فَقَالَ: «إِذَا كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً ذَمِّيَّةً، ثُمَّ أُسْلِمَتْ دُونَهُ، فَتَبَاعَ عَلَيْهِ...»

وَأَشَارَ إِلَى فَتْوَى جَمَاعَةِ بَيْعِهَا عَلَى مَوْلَاهَا قَهْرًا، كَالشَّيْخِ وَالْحَلِيِّ وَالْفَاضِلِينَ وَالشَّهِيدِينَ وَالسِّيُورِيِّ وَالصِّيْمَرِيِّ وَغَيْرِهِمْ، فَرَاجِعَ «2».



(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 92

ص: 428

قال ابن إدريس قدس سره: «و لا خلاف بين أصحابنا: أن الذمي إذا كانت عنده جارية ذميّة، فأسلمت، فإنّها تباع عليه بغير اختياره، و يعطى ثمنها، لقوله تعالى:

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. وهذا مذهب شيخنا في مبسوطه» (1).

و ظاهر «عندنا» في المبسوط (2) هو الإجماع، لا كون بيعها على الذمي رأيه خاصة.

و لا يخفى أنّ الحكم بوجوب بيعها قهرا على مولاها مورد لتعارض دليلين بالعموم من وجه:

أحدهما: ما دلّ على وجوب بيع العبد المسلم على مولا الكافر، من النصّ و الإجماع المتقدمين في مسألة منع نقل العبد المسلم إلى كافر (3)، و من المعلوم أنّ المنهي عنه هو نقل مطلق المملوك سواء أكان عبدا أم أمة، و سواء أكانت الأمة ذات ولد أم لم تكن.

ثانيهما: ما دلّ على منع بيع أمّ الولد رعاية لحقّ الاستيلاء، و إطلاق المنع يعمّ ما لو كان مولاها مسلما أو كافرا.

و مادة اجتماع العاقين من وجه هي أمّ ولد أسلمت عن مولى ذميّ.

و حينئذ فإن كان لأحد المتعارضين حكومة على الآخر، أو مرجح يوجب تقديمه على الآخر، فهو. و إن لم يكن شيء منهما فمقتضى قاعدة التعارض تساقطهما في مورد الاجتماع، و الرجوع إلى دليل آخر، و هو إمّا عموم ما يقتضي صحة بيعها، و إمّا استصحاب منع البيع.

(1) السرائر، ج 3، ص 22

(2) المبسوط، ج 2، ص 188

(3) هدى الطالب، ج 6، ص 284

فإنّها تباع عليه (1)، بناء (2) على أنّ حقّ إسلامها المقتضي (3) لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حقّ الاستيلاء المعرّض للعتق. ولو فرض تكافؤ دليلهما (4)

و حكم المصنف قدّس سرّه بصحة بيعها، إما لترجيح أحد المتعارضين على الآخر بوجوه ثلاثة، وإما لمرجعية عمومات الصحة لو فرض تكافؤ العامين من وجه في مادة الاجتماع، وسيأتي بيان كلا الوجهين إن شاء الله تعالى.

(1) أي: فإنّ أمّ الولد- التي أسلمت- تباع على مولاها الذمي قهرا، وفي المسألة أقوال أخرى نقلها في المقابس والجواهر، والجهة المشتركة بين الكل نفي سلطنة الكافر عليها.

فمنها: أنّها لا تقرّ في يده، بل تكون عند امرأة مسلمة تتولّى القيام بحالها، ويؤمر بالإنفاق عليها ما دام ولدها باقيا، كما عن الخلاف و موضع من المبسوط.

وعن ابن سعيد: أنّ الحاكم يتركها عند من يرى تركها عنده مصلحة.

ومنها: ما عن التذكرة من أنه يحال بينها وبين مولاها، و تكسب في يد غيره له، و يؤخذ منه النفقة.

ومنها: ما عن المختلف من أنّها تستسعى في قيمتها، فإذا أدّتها عتقت.

ومنها: وجوب دفع قيمتها من الزكاة أو من بيت المال لتعتق. وإلا بيعت.

ومنها: غير ذلك، فراجع «1».

(2) لا ريب في ابتناء وجوب البيع على تقديم حق الإسلام على حق الاستيلاء، ووجه التقديم أمور ثلاثة سيأتي بيانها. فلو قيل بتكافؤ الحقيين و تساقطهما أو بالجمع بينهما مهما أمكن- كما يراه بعض القائلين بعدم تعيّن البيع- لم يتجه القول بوجوب البيع بهذا الطريق، فإنّ تمّ الطريق الثاني فهو، وإلا أشكل الأمر.

(3) صفة لحقّ إسلام أمّ الولد.

(4) و تساقطهما في المجمع، وهذا إشارة إلى إثبات صحة البيع بنحو آخر، أي

كان المرجع عمومات صحة البيع، دون قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» المقتضية (1) لعدم جواز بيعها عليه، لأن (2) المفروض: أن قاعدة «السلطنة»

العموم المقتضي للصحة. و تقريب التمسك به هو كون الشك في التخصيص الزائد، إذ لو كان دليل حق إسلامها مقدّمًا على دليل حق الاستيلاء لم يلزم تخصيص في عمومات صحة البيع. وإن كان حق الاستيلاء مقدّمًا على حق إسلامها لزم تخصيص فيها، هذا [1].

(1) وذلك لأن مقتضى سلطنة المالك على ماله عدم نفوذ تصرف اعتباري فيه من دون رضاه، و حرمة مزاحمته. فالحكم بوجود بيع الأمة- قهرا- على مولاها مع فرض بقائها بعد الإسلام على ملكه تقييد لإطلاق سلطانه، و بعد تكافؤ حقي الإسلام و الاستيلاء و تساقطهما يرجع إلى قاعدة السلطنة المانعة عن بيعها عليه قهرا. و لا تصل النوبة إلى عموم حلّ البيع و صحة العقود.

(2) تعليل لقوله: «كان المرجع عمومات صحة البيع دون قاعدة السلطنة» و توضيحه: أن مرجعية قاعدة السلطنة في المقام منوطة بعدم وجود دليل حاكم عليها، و المفروض حكومة قاعدة «نفي سلطنة الكافر على المسلم» على قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم».

و لعل وجه الحكومة: أن قاعدة نفي السبيل وإن لم تكن شارحة بمدلولها اللفظي لما يراد من قاعدة السلطنة، إلا أنه يكفي في الحكومة أن يتعرض الدليل الحاكم إلى عقد الوضع أو عقد الحمل في الدليل المحكوم. و هذه الضابطة تنطبق على قاعدة نفي السبيل، و ينتفي بها سلطنة الكافر على مملوكه المسلم. و بعد سقوط

[1] لكن الحق كون المرجع في المقام استصحاب حكم المخصص أعني به ما دلّ على عدم جواز بيع أمّ الولد، لا عموم العام، لعدم كون الشك في التخصيص الزائد، بل في استمرار حكم المخصص كما لا يخفى.

قد ارتفعت بحكومة أدلة نفي سلطنة الكافر على المسلم [1]. فالمالك ليس مسلطاً قطعاً (1)، ولا حقّ له في عين الملك جزماً (2).

---

قاعدة السلطنة لا يبقى مانع من الرجوع إلى عموم ما دلّ على حلّ البيع ووجوب الوفاء بالعقود.

(1) وإن كان مالكا لأّم ولده قطعاً، لعدم خروجها عن ملك الكافر بمجرد قبول الإسلام، وإلا لم يكن معنى للبيع عليه، فإنّ إلزامه بالبيع شرعاً دليل كونها ملكاً له.

(2) لانتقال حقّه إلى ثمنها لو بيعت.

وقد تحصّل إلى هنا: أنّ أمّ الولد المسلمة ليست مورداً لتعارض قاعدة نفي

---

[1] لا يخفى أنّ دليل نفي سلطنة الكافر على المسلم - المقتضي لجواز البيع على الكافر - معارض بدليل منع البيع المقتضي لفساد البيع. ومع التعارض لا حكومة لدليل نفي السلطنة على قاعدة السلطنة. فممنع الرجوع إلى قاعدة السلطنة لحكومة دليل نفي سلطنة الكافر على المسلم غير ظاهر، كما سبق التأمل في هذه الحكومة في مسألة بيع العبد المسلم من الكافر، حيث قال: «و حكومة الآية عليها غير معلومة» (1).

ولا بأس بتوجيه الحكومة بما في كلام المحقق الأصفهاني قدّس سرّه (2): بأنّها من باب نفي الحكم بلسان نفي الموضوع تنزيلاً حتى ينتفي الحكم المترتب عليه، ولا يكون حينئذ منافياً لما دلّ على ثبوت الحكم، إذ لا ملك للكافر تنزيلاً - وإن كان مالكا حقيقة - حتى يترتب عليه السلطنة التي هي سبيل على المسلم. لكن لم يعلم كفاية هذا المقدار - بنظر المصنف قدّس سرّه - من كون الحاكم ناظراً بمدلوله اللفظي إلى المحكوم. ولو سلّم فالتنافي بين التأمل في الحكومة هناك و الجزم بها هنا ظاهر، وهو أعلم بما قال في الموضوعين.

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 304

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 229 و 293

ص: 432

إنّما الكلام في تعارض حقّي أمّ الولد (1) من حيث كونها مسلمة (2)، فلا يجوز كونها مقهورة بيد الكافر، و من حيث (3) كونها في معرض العتق، فلا يجوز إخراجها عن هذه العرضة.

و الظاهر أنّ الأوّل (4) أولى، للاعتبار،

---

السييل مع قاعدة السلطنة، لحكومة الاولى على الثانية. نعم يتزاحم فيها حقان كما سبق التنبيه عليه، و سيأتي تقديم الأهم منهما.

(1) غرضه من هذا الكلام تثبيت الأولوية التي أفادها بقوله: «بناء على أنّ حقّ إسلامها المقتضي لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حق الاستيلاء». ووجه الأولوية أمور ثلاثة ستأتي في المتن.

(2) يعني: لا من حيث حقّ سلطنة المالك عليها.

(3) معطوف على «من حيث» وهذا حق آخر لام الولد.

(4) وهو حق الإسلام. لَمّا كان المقام من تزاحم الحقين، والحكم فيه تقديم الأهم منهما على المهم إن كان، وإلا فالتخير، أخذ في إثبات أهمية حق الإسلام من حق الاستيلاء المقتضي لقبانها إلى أن تعتق من نصيب ولدها. وقد أثبت المصنف قدّس سرّه أهميته بوجه:

الوجه الأوّل: الاعتبار، بتقريب: أنّ المولى الحكيم لا يرضى بأن يكون من أسلم و انقاد له مقهورا تحت استيلاء الكافر.

و الظاهر أن مراد المصنف قدّس سرّه ما جعلوه دليلا أو مؤيّد القاعدة نفي السيل، ففي العناوين: «و ثالثها: الاعتبار العقلي، فإنّ شرف الإسلام قاض بأن لا يكون صاحبه مقهورا تحت يد الكافر، ما لم ينشأ السبب من نفسه، فإنّه حينئذ أسقط احترام نفسه. وهذا وإن لم يكن في حدّ ذاته دليلا، لكنّه مؤيّد قوي مستند إلى فحوى ما ورد في الشرع» (1).

---

(1) العناوين، ج 2، ص 352

ص: 433

وعليه فيقال في تقديم قاعدة حق الإسلام على حق الاستيلاء: إن نفي السبيل وجوب البيع يكون باقتضاء شرافة الإسلام وحرمة الإيمان. وهذا من قبيل حق الله سبحانه وتعالى، كما حكى عن الشهيد قدس سره الميل إليه وعن الشهيد الثاني القطع به. ومن المعلوم أن ما كان كذلك لا- معنى لتخصيصه ببعض الأفراد، ولا لتقييده بحال دون حال. ومع الإبقاء عن التخصيص والتقييد يتقوى ظهور هذا العام أو المطلق، فيكون أظهر في العموم والشمول لمادة الاجتماع من العام الآخر أعني به منع بيع أمهات الأولاد [1].

الوجه الثاني: حكومة قاعدة نفي السبيل على جلّ الأحكام الأولية، وكونها من مبطلات العقود، «كعدم صحة وصايته على مال مسلم أو على مولى عليه محكوم بإسلامه حتى بالاشتراك مع وليّ مسلم، وفسخ النكاح لو أسلمت زوجته ولم يسلم هو في العدة» كما في العناوين (1).

وحيث كان منع بيع أم الولد- رعاية لحقها- موجبا لثبوت السبيل لمولاه الكافر عليها، لزم بيعها تقديمًا لقاعدة نفي السبيل.

الوجه الثالث: النبوي المنجبر بعمل المشهور الدال على عدم علو الكافر على المسلم، وهو يقتضي تقديم حق الإسلام على حق الاستيلاء عند التزاحم، فتباع أم الولد على الكافر قهرا.

[1] لكن فيه: أنه وإن كان يشهد بتقديم حق الإسلام، لكنه لا- اعتبار به، لعدم لكونه دليلا تعبديا، بل هو أمر اعتباري لا عبرة به كما لا يخفى.

وأما قاعدة نفي السبيل وكذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم- على ما روى-: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» فلا يقتضيان بيعها عليه، لعدم منافاتهما لإضافة الملكية، إذ لو كانا منافيين لها لكانا مقتضيين لخروجها عن ملكيتها له. نعم ينافيان سلطنة الكافر عليها.

و حكومة (1) قاعدة «نفي السبيل» على جلّ القواعد، ولقوله (2) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (1).

و ممّا ذكرنا (3) ظهر: أنّه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل إسلامها،

---

و المتحصل: أن الدليل الاجتهادي يقتضي بيع أم الولد في هذه الصورة، و لا تصل النوبة إلى التمسك بالأصل العملي.

(1) معطوف على «اعتبار» أي: و لحكومة ... و هذا هو الوجه الثاني.

(2) معطوف على «للاعتبار» و هذا هو الوجه الثالث.

(3) يعني: و من جواز البيع إمّا لتقديم حقّ الإسلام على حقّ الاستيلاء المقتضي لعدم جواز البيع، و إمّا لمرجعية عمومات صحة البيع عند تكافؤ دليلي الحقيين، ظهر: أنّه لا مجال للتمسك باستصحاب منع البيع، بأن يقال: إنّه لا ريب في موضوعية الاستيلاء لمنع البيع و التصرف الناقل فيها. و يشك في طروء الرافع، و هو الحقّ المقدم على الاستيلاء - كحق الإسلام - بحيث يزيل ذلك المنع، و مقتضى الاستصحاب عدم طروئه، فيحكم باستمرار ذلك المنع بعد إسلامها، و نتيجته عدم جواز بيعها مطلقاً، لا باختيار مولاها الكافر، و لا قهراً عليه، هذا.

و اعترض المصنف قدّس سرّه عليه بوجوه ثلاثة:

الأوّل: أن الدليل الاجتهادي على جواز البيع موجود، و هو إمّا عمومات الصحة، و إمّا حقّ الإسلام، و معه لا يبقى شك في المنع حتى تصل النوبة إلى الأصل

---

فالجمع بين دليل منع البيع و دليل نفي السبيل يقتضي عدم جواز البيع، و عدم تسلطه عليها، فترجيح حق الإسلام على حق الاستيلاء بقاعدة نفي السبيل و علوّ الإسلام مرجوح، فتأمل جيّداً.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 376، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث: 11

ص: 435



لأن (1) الشك إنما هو في طرء ما هو مقدّم على حق الاستيلاء، والأصل عدمه (2).

مع إمكان (3) معارضة الأصل بمثله لو فرض (4) - في بعض الصور - تقدّم الإسلام على المنع عن البيع.

---

العملي. للقطع بعدم سلطنة الكافر على الأمة المسلمة، هذا. وسيأتي الوجهان الآخرا.

(1) هذا تقريب جريان استصحاب المنع، و تقدم بيانه آنفا.

(2) أي: عدم طرء حقّ لأمّ الولد المسلمة مقدّم على حق الاستيلاء.

(3) هذا وجه ثان لعدم المجال للتمسك بالاستصحاب، و حاصله: أنّ استصحاب المنع قبل إسلامها لا يوافق المدعى، و هو عدم الجواز في جميع الصور، فيكون الدليل أخص من المدعى.

توضيحه: أنّه إذا كان إسلامها بعد الوطء و قبل استقرار النطفة في الرحم - بناء على صيرورتها أمّ ولد باستقرارها في الرحم - تعارض استصحاب المنع مع استصحاب الجواز، و يتساقطان.

و كذا لو أسلمت، ثم وطأها مولاهما شبهة، فحملت منه، فيتعارض استصحابا المنع و الجواز.

و كذا لو تقدم الإسلام على ما هو متمم لمانعية الاستيلاء عن البيع، كما لو استولدها، و لكن جاز بيعها في ثمن رقبتها لإعسار المولى، فأسلمت، و تجدد اليسار قبل أن يجبره الحاكم الشرعي على البيع، فيستصحب وجوب البيع عليه قبل يساره، كما يستصحب منع البيع الحادث بالاستيلاء مع تجدد اليسار، فيتعارض الاستصحابان، و يتساقطان.

(4) أي: لو فرض تقدم الإسلام على منع بيعها للاستيلاء.

(1) مقتضى السياق كون هذا إشكالا ثالثا على استصحاب المنع، و غاية تقريبه أن يقال: إن القضية المشكوكة غير المتيقنة، إذ عدم الجواز قبل الإسلام كان لأجل مصلحة المالك، فالبيع لمصلحة المالك و مراعاة مالكيته غير جائز. و هو غير البيع لأجل تقديم حق الإسلام على حقها الآخر. فالمنع المتيقن سابقا غير المنع المشكوك لاحقا، و مع إختلاف القضية المتيقنة و المشكوكة لا مجال للاستصحاب، هذا.

لكن فيه ما لا يخفى، حيث إن المتيقن و المشكوك - و هو المنع - واحد، و غايته أن علة بقائه غير علة حدوثه. و إختلاف علتي الحدوث و البقاء لا يقدح في الوحدة، و لا تنظم به. نظير ما إذا علم بجلوس زيد في المسجد إلى الزوال بداعي الصلاة فيه، و شك في بقاء جلوسه بعد الزوال للشك في حدوث داعٍ آخر يقتضي استمراره، فلا ينبغي الإشكال في جريان الاستصحاب حينئذ.

هذا ما يقتضيه سوق العبارة من جعل قوله: «و مع إمكان ... الخ» إشكالا ثالثا على استصحاب المنع.

لكن الأولى جعله راجعا إلى أصل المطلب - و هو تقديم حق الإسلام على حق الاستيلاء - بأن يقال: إنه لا تعارض بين دليلي الحقين حتى تصل النوبة إلى الاستصحاب، و ذلك لأن دليل منع البيع لا إطلاق له بحيث يشمل صورة وجود حق آخر مجوّز للبيع حتى يقع لهذا الإطلاق التعارض بين دليلي الحقين. بل دليل المنع لا يدلّ على مزيد من مانعية حق الاستيلاء عن البيع، فهو لا يقتضي نفي حق آخر كحق الإسلام المقتضي لجواز البيع بناء على مذهب المصنف و غيره، و من المعلوم عدم المعارضة بين المقتضي و اللامقتضي، فيقدم حق الإسلام على حق الاستيلاء [1].

[1] لكن الحق ثبوت الإطلاق و عدم الإهمال، و إلا فهذا الاحتمال يوجب

و تقديم (1) حق الاستيلاء على حق الملك، فلا ينافي (2) تقديم حق آخر (3) لها على هذا الحق (4).

---

(1) معطوف على «عدم» أي: ظهور قاعدة المنع في تقديم حق الاستيلاء.

(2) لأنّ المنافاة فرع الدلالة، كما إذا ورد دليل على وجوب صلاة الجمعة مثلا و آخر على حرمتها، فإنّهما متعارضان، لدلالة كل منهما التزاما على نفي مدلول الآخر. وفي المقام لما فرض عدم دلالة دليل المنع على نفي حق آخر، فإذا ثبت بدليل حق آخر لم يقع التنافي بينهما، لعدم المعارضة بين البيان واللابيان، هذا.

(3) كحق الإسلام فيما نحن فيه.

(4) وهو حق الاستيلاء.

والحاصل: أنّ هنا- أي أمّ الولد التي أسلمت عن مولى كافر - حقوقا ثلاثة، حق المالك، و حق الاستيلاء، و حق الإسلام. و ينتفي حق المالك بسبب الاستيلاء لتقدمه عليه، و حق الإسلام مقدّم على حق الاستيلاء، فلا منافاة بين تقديم حق الاستيلاء على حق المالك، و بين تقديم حق الإسلام على حق الاستيلاء.

هذا تمام الكلام في المورد الأوّل من القسم الثاني، و تحصّل من كلمات المصنف قدّس سرّه ووجوب بيعها على الكافر رعاية لشرف الإسلام و عظّمته. و هو موافق لما ذهب إليه صاحب الجواهر في مسألة بيع العبد المسلم، و لكنه قدّس سرّه قوّى خلافه في مستثنيات بيع أمّ الولد، فراجع «1».

---

وقوف جل الإطلاقات.

مضافا إلى عدم الحاجة إلى استثناء الموارد المذكورة في كتب الفقهاء من عدم جواز البيع. مع أنّ المصنف استفاد من أدلة منع بيع أمّ الولد قاعدة عامة لعدم جواز البيع، و هذه الاستفادة تمتنع مع إهمال دليل المنع و عدم إطلاقه، فتدبّر.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 342 و 382

ص: 438

و منها (1): ما إذا عجز مولاها عن نفقتها ولو بكسبها، فتباع على من

2- إذا عجز مولاها عن نفقتها

(1) معطوف على قوله: «فمن موارد» أي: و من موارد القسم الثاني عجز مولاها عن نفقتها، و يتحقق العجز بأن لا يكون للمولى مال من نفسه بمقدار نفقة أم الولد، و أن لا تقدر هي على الكسب لتكون نفقتها من كسبها.

و في هذا المورد قال جمع بجواز بيعها، بأن يكون المشتري موسراً قادراً على الإنفاق عليها. و قيد الشهيد الثاني قدس سره جواز بيع تمام رقبته بعدم تأدية بيع بعضها بنفقتها، و إلا وجب الاقتصار على بيع البعض «وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة» (1). و ربما يستفاد جواز بيعها في هذه الصورة - كما في المقابس - من المحقق (2) و العلامة قدس سره في التحرير، فلاحظ ما نقله عنهما في الصورة الخامسة و العشرين. و في المسألة وجوه آخر كما في المقابس و الجواهر (3)، فراجع.

و كيف كان فلعل وجه حكمهم ببيعها على من ينفق عليها هو قاعدة نفي الضرر الحاكمة على الأحكام الأولية، فإن منع البيع لحق الاستيلاء ضرري، فيرفع بقاعده، نظير حق بقاء العذق لسمرة في حائط الأنصاري، فكما ينفى حق بقاء العذق و سلطنة سمرة على بقائه في الحائط، فكذلك حق الاستيلاء، لكونه ضررياً. و ارتفاع المنع عن بيعها يلازم جوازه. و لا فرق في الحكم الضرري المرفوع بقاعدة الضرر بين التكليفي و الوضعي.

و مما ذكر يظهر عدم الوجه فيما قد يقال: من أن قاعدة الضرر نافية للحكم لا مثبتة له. و ذلك لأن المرفوع هو عدم جواز البيع، و ارتفاعه ليس إلا الجواز الثابت بعمومات صحة البيع، فتدبر.

(1) الروضة البهية، ج 3، ص 258

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 354

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 91؛ جواهر الكلام، ج 31، ص 392

ص: 439

ينفق عليها، على ما حكى عن اللمعة وكنز العرفان وأبي العباس والصيمري والمحقق الثاني «(1)».

وقال في القواعد: «لو عجز عن الإنفاق على أم الولد امرت بالتكسب، فإن عجزت انفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها. ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب. ولو تعدّر الجميع ففي البيع إشكال» (1) «(2)».

وظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى (2)، أو كسبها،

---

(1) حاصله: أنه بعد عجز المولى عن الإنفاق عليها وعجزها عن التكسب لا يجب عتقها على المولى، بل إما أن ينفق عليها من بيت المال، وإما أن تتزوج. فإن تزوّجت دواما وجب نفقتها على الزوج، وإن تزوّجت انقطاعا أنفقت على نفسها من عوض بضعها. وإن تعدّر كل من الإنفاق من بيت المال والتزويج، فهل يجب بيعها على مولاها أم لا؟ فيه وجهان، فوجه الجواز حفظ نفسها عن الهلاك، وهو أولى لها من إبقائها متمسكة بالحرية.

ووجه المنع عموم النهي عن بيع أم الولد. كذا أفاده في الإيضاح وكشف اللثام «(3)».

(2) تقدّم أنّ العلامة قدّس سرّه اقتصر على الإنفاق عليها من بيت المال والتزويج، ولكن المصنف وفاقا لصاحب المقابض قدّس سرّهما استظهر التعميم، رعاية لحق الاستيلاء المانع عن بيعها مهما أمكن.

قال في المقابض - بعد نقل عبارة القواعد -: «و حاصله: اعتبار عدم حصول الإنفاق، وانسداد أبوابه مطلقا من ماله و كسبه، و مالها - على القول بملكيتها -»

---

(1) اللمعة، ص 94؛ كنز العرفان، ج 2، ص 129؛ المهذب البار، ج 4، ص 106؛ غاية المرام (مخطوط)، ج 1، ص 280؛ جامع المقاصد، ج 4، ص 99، والحاكي عنهم المحقق الشوشتری في مقابض الأنوار، كتاب البيع، ص 90-91

(2) قواعد الأحكام، ج 3، ص 117

(3) إيضاح الفوائد، ج 3، ص 289؛ كشف اللثام، ج 1، كتاب النكاح، ص 113

ص: 440

[أو مالها] (1)، أو عوض بضعها، أو وجود من يؤخذ (2) بنفقتها، أو بيت المال.

و هو (3) حسن.

ومع عدم ذلك كله (4) فلا يبعد المنع عن البيع أيضا،

---

وكسبها، وعوض بضعها دواما ومتعة، بل وتحليلا إن كان المحلل له ينفق عليها، وكذلك المتمتع بها. وإن كان عوض البضع لا يفي بالنفقة، ومن بيت المال وجوه الخيرات، وتبرع المنفقين، وإنفاق من يجب عليهم للرحم، وقبول الهبة وغيرها من أنواع التمليكات الممكنة، فمع التمكن من ذلك بما يتحمل عادة وجب الصبر على ذلك...» (1).

---

(1) هذه الكلمة مشطوب عليها في نسختنا، ولكنها ثابتة في سائر النسخ، والأولى إثباتها، لكونها مذكورة في عبارة المقابس المتقدمة التي لا- يبعد كونها مأخذا لما في المتن. وعلى كل فالمراد بالمال ما حصل لها من غير جهة الكسب- بناء على القول بمالكيتها- سواء أكان سابقا على عجز مولاها عن الإنفاق أم لا حقا له.

(2) وهو الزوج الدائم، لأنه يؤخذ بنفقة الزوجة الدائمة دون المنقطة، فإنه لا نفقة لها عليه، وإنما تستحق عليه عوض البضع فقط. وعبارة القواعد- وهي التزويج- مشتملة على عوض البضع ومن يؤخذ بنفقتها، فإن المأخوذ بالنفقة ليس إلا الزوج في النكاح الدائم. فالمراد بعوض البضع هو المهر في النكاح المنقطع.

واحتمال أن يراد ب «من يؤخذ بنفقتها» الحاكم، ممنوع، لتقدم ذكره في القواعد بقوله: «انفق عليها من بيت المال» لوضوح أن ولاية التصرف فيه تكون للحاكم.

(3) يعني: وما ذكره في القواعد- من عدم جواز البيع مهما أمكن- حسن.

(4) أي: ومع عدم إمكان شيء مما ذكر- من الكسب والمال وعوض البضع والزوج وبيت المال- فلا يبعد منع بيع أم الولد، كما منع منه إن أمكن شيء من سبل

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 91

ص: 441

وفرضها (1) كالحَرِّ في وجوب سدِّ رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها.

ولو فرض (2) عدم ذلك

---

الإتفاق عليها.

(1) معطوف على المنع، أي: لا يبعد فرضها كالحَرِّ في كون سدِّ رمقها واجبا كفاية على المسلمين المَطَّلَعين على حالها.

وهذا موافق لما في الجواهر من قوله: «ضرورة أن ذلك لا يقتضي تقييد دليل المنع، إذ النفقة حينئذ تجب على المسلمين كفاية، أو في بيت المال، كالحَرِّ العاجز عنها» [1].

هذا إذا وجد من المسلمين من يسدِّ رمقها، وأمّا مع فقدته فسيأتي.

(2) هذا ثالث فروض المسألة وآخرها، وهو ما إذا لم يتم أحد من المسلمين بالإتفاق على أمّ الولد، أو قام به ولكن استلزم ذلك ضررا عظيما عليها لا يتحمّل عادة، لكونه نقصا في شأنها وشرفها. وحكم هذا الفرض جواز البيع، لوجوه ثلاثة:

الأول: قاعدة نفي الضرر الحاكمة على منع بيعها من جهة حق الاستيلاء، وتقدم تقريبه في (ص 439).

الثاني: قاعدة نفي الحرج، فإنّ بقاءها على هذه الحالة - رجاء أن تنتعق من نصيب ولدها - حرج عليها، وهو منفي بالآية الشريفة [1].

الثالث: تنظير المقام بالمورد السابق، من جواز بيع أمّ الولد إذا أسلمت عند

---

[1] إلا أن يقال: إنّ الضرر أو الحرج لم ينشأ عن بقاء أمّ الولد ممنوعة عن البيع، بل نشأ من مخالفة من يجب عليه حفظ نفس الأمة عن التلف بإعطاء النفقة، هي الموجبة للضرر أو الحرج، فتدبّر.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 380

ص: 442

أيضا (1)، أو كون ذلك ضررا عظيما عليها، فلا يبعد الجواز، لحكومة (2) أدلة نفي الضرر، ولأن (3) رفع هذا عنها أولى من تحمّلها ذلك (4) رجاء أن تتعتق من نصيب ولدها. مع جريان (5) ما ذكرنا أخيرا في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكةا (6)، لا على حقها [1] الآخر، فتدبر.

---

مولى ذمّي، وذلك لأن قاعدة منع بيعها إنّما هو لتقديم حق الاستيلاء على حق المالك، فلو حصل لها حق يوجب البيع - كالإسلام - لم يناف حق الاستيلاء.

وكذا يقال في المقام، وحق الثالث هنا هو حفظ النفس من الهلاك مهما أمكن، فإن حفظ حياتها مقدّم قطعاً على حق الاستيلاء، فعدم جواز بيعها - لكونها متشبّثة بالحرية - لا ينافي جوازه رعاية لحق الحياة وعدم تلفها.

وعليه فلا مورد للتمسك هنا بعموم منع البيع حتى ينحصر جواز بيعها في حكومة قاعدتي الضرر والحرص عليه.

(1) أي: كما عدم الفرض الأوّل، وهو كسبها أو تزويجها.

(2) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل.

(3) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، وهو نفي الحرج.

(4) المشار إليه هنا وفي «هذا» هو الضرر.

(5) هذا إشارة إلى الوجه الثالث.

(6) فلا إطلاق في أدلة المنع بالنسبة إلى حدوث حق للأمة - غير حق الاستيلاء - كي تتزاحم الحقوق أو تتعارض الأدلة.

---

[1] تنظير حق العتق بحق الإسلام و النفقة لا يخلو من شيء، لعدم إحراز هذا الحق لها في حياة المولى. و لو اريد استفادته مما دلّ على استحباب عتق المملوك كليلّة فمنعه واضح. مضافا إلى أن العمل بهذا المستحب لا يتوقف على بيعها ممن تتعتق عليه، لحصول الامتثال بعقدها ابتداء.



ومنها (1): بيعها على من تنعتق عليه- على ما حكى عن الجماعة المتقدم إليهم الإشارة «1»- لأن فيه (2) تعجيل حقها.

### 3- بيعها على من تنعتق عليه

(1) معطوف أيضا على قوله في (ص 428): «فمن وارده» وهذا مورد ثالث من القسم الثاني الذي يكون جواز بيع أمّ الولد لأجل عروض حق لها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاد. وهو بيعها من قريبها بحيث تنعتق على المشتري، ولا يستقرّ تملكه لها، كما لو اشتراها أبوها أو أخوها أو ابن أخيها أو ابن اختها، أو غيرهم ممن لا يملكها. وقال بجواز البيع هنا جماعة، واختاره صاحب المقابس أيضا.

قال قدّس سرّه في الصورة التاسعة والعشرين: «فإنه- أي البيع- صحيح، على ما اختاره الشهيد في اللمعة، والسيوري في كنز العرفان، وأبو العباس، والصيمري، والمحقق الكركي. ويظهر من الشهيد في الدروس: أنه مسبوق بهذا القول. وهذا هو الظاهر من الروضة والمسالك، واللازم من قول من جوّز بيع المسلم على الكافر إذا كان ممنّ ينعتق عليه».

ثم استدلّ على الجواز بوجود المقتضي ثبوتا، وفقد المانع عنه، وسيأتي توضيحه. واستدلّ في المتن بوجوه ثلاثة، كما سيظهر.

(2) أي: في البيع، وهذا أول الوجوه، وهو المذكور في شرح اللمعة بقوله:

«فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إن المنع عن البيع لأجل العتق» (2) وعبارة المقابس شرح له. ومحصّله: وجود المقتضي وفقد المانع.

أمّا الأول فلأنّ المعتبر في البيع كون البائع والمشتري أهلا للتمليك والتملك، والمبيع مملوكا، وهو متحقق حسب، الفرض.

(1) حكاه عنهم في مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 93؛ ولاحظ: اللمعة، ص 94؛ كنز العرفان، ج 2، ص 129؛ المهذب البار، ج 4، ص 106؛ غاية المرام (مخطوط)؛؟؛ جامع المقاصد، ج 4، ص 99

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 259

و هو (1) حسن لو علم أنّ العلة حصول العتق. فلعلّ الحكمة انعتاق خاص.

اللهم (2) إلا أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلة المنع «1».

أو يقال (3):

و أمّا الثاني فلأنّ المانع عن بيعها تمسكها بالحرية، و الغاية من منع بيعها هو الانعتاق من نصيب الولد بعد وفاة السيد. فإذا فرض حصول الانعتاق معجلاً في حياته فقد تحققت الغاية، و امتنع بقاء منع البيع بحاله، هذا.

و ناقش المصنف فيه بعدم إحراز كون الانعتاق المطلق علة لمنع بيعها حتى يقال بامتناع بقاء المعلوم - و هو منع البيع - بالتعجيل في عتقها. فلعلّ الحكمة في عدم جواز نقلها عن ملك السيد هي الانعتاق الخاص أي انتقالها إلى ولدها بالإرث، ثم الانعتاق عليه قهراً من نصيبه.

و عليه فعموم منع البيع محكّم، و لا يكون مجرد تعجيل حق الانعتاق مخرجا عنه.

(1) أي: و تعليل جواز البيع - بأنّ فيه تعجيل حقّها - حسن لو علم أنّ علة منع بيعها في حياة السيد هو الانعتاق، و لا سبيل لإحراز المناط القطعي حسب الفرض.

(2) هذا ثاني الوجهين لجواز بيعها على من تنعتق عليه، اختاره المصنف قدّس سرّه اعتماداً على ما تقدم في المورد الأوّل، من ظهور أدلة المنع في تقديم حق الاستيلاء على خصوص سلطنة المالك من حيث حقه المالكي، لا على حقها الآخر كحقّ الإسلام. فدلّيل المنع قاصر عن شموله لصورة وجود حقوق آخر لها مقتضية للبيع، و من تلك الحقوق حق التحرّر معجلاً، و عدم انتظار وفاة السيّد.

(3) هذا ثالث وجوه الجواز، و هو ناظر إلى خروج هذا المورد عن عموم دليل منع بيع أمّ الولد موضوعاً، و بيانه: أنّ نقلها إلى المشتري وإن كان بيعاً بصورة، لكنه

(1) تقدم في ص 437

ص: 445

إنّ هذا عتق في الحقيقة [1].

### [المورد الرابع بيعها بشرط العتق]

و يلحق بذلك (2) بيعها بشرط العتق.

عتق حقيقة، لامتناع دخولها في ملك المشتري حتى يتحقق المبادلة بين المالكين في الملكية. فالغرض إنقاذها من ذل الرقيّة، ولذا التزم بعضهم بصرف الشراء إلى الاستتفاذ وعدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى العين، وتقدم الإشارة إليه في مسألة بيع العبد المسلم من الكافر «1»، وسيأتي في مستثنيات خيار المجلس إن شاء الله تعالى أيضا.

#### 4- بيعها بشرط العتق

(2) أي: و يلحق بصحة بيع أمّ الولد على من تنعتق عليه: بيعها على أجنبي بشرط أن يعتقها. حكى عن غير واحد، قال المحقق الشوشتري في الصورة الحادية والثلاثين: «إذا بيعت بشرط العتق، فيجوز على ما نصّ عليه المحقق الكركي في الشرح، والسيوري في الكنز. واستقر به الشهيد في اللمعة، واحتمله في الدروس، ومنع منه أبو العباس في المهذب كما هو ظاهر المعظم. وربما يلزم الجواز على القول به في بيع العبد المسلم من الكافر. والأقرب المنع في الموضوعين عملا بعموم الدليل المانع السالم عن المعارض».

ثم وجه صحة البيع من جهة اقتضاء دليل الشرط وجوب الوفاء به، وعدم

[1] في كونه عتقا منع، إذ لو كان كذلك لم يكن وجه لحكمهم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة إذا ظهر كون العبد معيبا فيما إذا بيع على من ينعتق عليه، إذ المفروض كونه عتقا لا يبيعا. بل قيل بجواز الرجوع إلى نفس العين، وتنقيح البحث فيه موكول إلى مباحث الخيارات.

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 335

ص: 446

فلو لم يف المشتري (1) احتمال وجوب استردادها [1] كما عن الشهيد الثاني (2) «1».

ويحتمل (3) إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتاق،

---

إسقاط شرط العتق لكونه حقاً له تعالى، ثم رجح المنع مرة أخرى، فراجع «2».

(1) يعني: بناء على صحة البيع بشرط العتق - إما لكونه تعجيل خير وإما لكونه عتقا حقيقة كما تقدم في المورد السابق - فإن وفي المشتري بالشرط وأعتقها فهو، وإن تخلف عن الإعتاق احتمال وجوه ثلاثة:

الأول: أنه يجب على البائع فسخ البيع وإعادة أم الولد إلى ملكه، لتنتعق بعد وفاته.

ثانيها: أن المشتري يلزم بالإعتاق، فإن وجد الحاكم الشرعي أجبره عليه، وإن لم يوجد أجبره عدول المؤمنين.

الثالث: أنه لا حاجة إلى الإجبار، بل مجرد امتناع المشتري عن العمل بالشرط يحقق ولاية الحاكم على إعتاقها عليه قهراً، من دون إنابته بإجباره عليه وإبائه عنه.

(2) كما احتمال قدس سره وجوب الفسخ على الحاكم. ولعل وجه وجوب استردادها من المشتري هو: أن بيع أم الولد كما يكون ممنوعاً تكليفاً مطلقاً أي بدون شرط العتق، فكذا مع شرطه إن لم يتعقبه العتق خارجاً، فإذا تحقق البيع المشروط بالعتق ولم يتعقبه لزم حل ذلك البيع باسترداد الأمة.

(3) معطوف على «احتمل» وهذا هو الاحتمال الثاني، ووجه ولاية الحاكم

---

[1] بناء على كون العتق الخارجي شرطاً لصحة بيعها، وأما بناء على كون المجوز للبيع نفس شرط العتق، فوجوب الاسترداد غير ظاهر، بل يجبر المشتري على الوفاء بالشرط، أو تنتعق عليه قهراً.

---

(1) الروضة البهية، ج 3، ص 260؛ والحاكي عنه صاحب المقابس، ص 93

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 93

ص: 447

أو إعتاقها (1) عليه قهرا.

### [المورد الخامس بيعها على من أقرّ بحرّيتها]

و كذلك (2) بيعها ممّن أقرّ بحرّيتها.

على الممتنع.

(1) معطوف على «وجوب» وهذا هو الاحتمال الثالث، احتمله في المقابس بناء على صحة البيع.

5- بيعها على من أقرّ بحرّيتها

(2) يعني: و يلحق ببيعها على من تتعتق عليه: بيعها على من أقرّ بأنّها حرّة فعلا و ليست أمة، فيكون شراؤها مقدمة لتعجيل انعقادها.

قال في المقابس: «الثلاثون: إذا بيعت ممّن أقرّ بحرّيتها، وهذه أولى بالجواز وإن لم ينصّوا عليها هنا، لأنّ هذا البيع لا يقتضي تملكا في حقّ المشتري بحسب ظاهر إقراره. و يحتمل المنع هنا، لاحتمال كذب المقرّ، فيؤدّي إلى رقيتها واقعا. و الحرية الواقعية وإن تأخّرت أولى من ذلك» «1».

و الوجه في إلحاق هذا المورد بالبيع على من تتعتق عليه هو كون المعاملة طريقا إلى حرّيتها من دون استقرار الملكية للمشتري «2».

و أمّا تصوير البيع هنا- مع علم المشتري بعدم دخول المبيع في ملكه، و تقوّم البيع بالتملك و التملك- فيمكن بالالتزام بكفاية القصد إلى النقل في نظر المشتري و إن لم يمضه الشارع، كما تعقلوه في مسألة الفضولي إذا كان غاصبا و قصد البيع لنفسه، من كفاية الملكية الادعائية. و كذا في المقام، فالمشتري من حيث كونه مقرّا بحرّية المبيع فهو مسلّط للبائع على الثمن مجانا، و لا مانع منه «3».

هذا تقريب صحة بيعها ممّن أقرّ بحرّيتها. و لكن اعترض المصنف على جواز

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 93

(2) راجع هدى الطالب، ج 6، ص 335 و 338

(3) المصدر، ج 4، ص 551

ص: 448

و يشكل (1) بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع وأخذ الثمن في مقابل الحرّ (2). وإن علم (3) بكذبه لم يجز أيضا (4)، لعدم جواز بيع أمّ الولد.

و مجرّد (5) صيرورتها حرّة على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكا له في

البيع بما سيأتي بيانه.

(1) توضيح الإشكال: أنّ المولى إمّا أن يعلم بصدق المقرّ من كون هذه المرأة حرّة واقعا، وإمّا أن يعلم بكذبه وكونها أمة وقد استولدها. و إمّا أن يشك في صدقه و كذبه. ولم يتعرض المصنف لحكم الشك.

و على الأولين يعلم البائع بفساد البيع، إمّا لكونها حرّة، و من المعلوم أنّ الحرّ لا يملك ولا يباع، وإمّا لكونها أمّ ولده.

و دعوى جواز بيعها- لما فيه من تعجيل الخير، و هو عتقها من جهة إقرار المشتري بحرّيتها- ممنوعة، لعدم حصول الغرض و هو العتق، و ذلك لأنّ المشتري وإن كان مأخوذا بإقراره في ظاهر الشرع، فيحكم بانعتاقها عليه ظاهرا، لكنها صارت بالشراء ملكا له واقعا، فيلزم بقاؤها على الرقبة- في نفس الأمر- إلى أن يحصل موجب لحرّيتها. و لو دار الأمر بين بقائها على ملك المولى المستولد لتحرّر- واقعا- بعد وفاته من نصيب ولدها، و بين بيعها و انعتاقها ظاهرا- وإن كانت رقا في الواقع- كان المتعين هو الأوّل.

و عليه فالغاية المقصودة من بيعها على من تنعتق عليه- و هي تعجيل العتق- لا تترتب على بيعها ممّن أقر بحرّيتها.

(2) لأنّ تملك الثمن بعنوان العوضية منوط بتمليك المثلث، و المفروض عدم دخول الحرّ في الملك.

(3) هذا هو الفرض الثاني، و هو علم المولى بكذب المقرّ.

(4) أي: كما لم يجز للمولى البيع في فرض علمه بصدق المقرّ.

(5) يعني: و مع تعقل قصد البيع جدّا صارت رقا للمشتري واقعا، بمقتضى كون البيع نقلا و تمليكا.

الواقع وبقائها (1) في الواقع على صفة الرقية للمشتري لا يجوز (2) البيع، بل الحرية الواقعية وإن تأخرت أولى من الظاهرية (3) و إن تعجّلت.

### [المورد السادس ما إذا مات قريبها و خلف تركة و لم يكن له وارث سواها]

و منها (4): ما إذا مات قريبها و خلف تركة، و لم يكن له وارث سواها،

---

(1) معطوف على «كونها» و ضمير «له» راجع إلى المشتري.

(2) خبر قوله: «و مجرد صيرورتها» و وجه عدم الجواز ما تقدم آنفا من أنّ المقصود بالبيع - في مثل البيع على من تعتق عليه - هو الانعتاق واقعا، و زوال الرقية عنها بالمرّة، لا مجرد حرّيتها في ظاهر الشرع بحسب الإقرار.

مضافا إلى: أن تشبث أمّ الولد بالحرية حكمة، و ليست علة ليدور جواز نقلها عن ملك المولى مدارها.

(3) لكون الحرية الظاهرية في معرض الزوال برجوع المقرّ عن إقراره، بخلاف الواقعية المترتبة على موت المولى و نصيب الولد منها.

ثم إن المصنف قدّس سرّه تعرض لنظير هذا المورد في مستثنيات بيع العبد المسلم من الكافر المقرّ بحرّيته «1»، و علّل فساد البيع بخلل إما في المبيع لو كان حرّا واقعا، أو في المشتري إن كان كاذبا، فيلزم دخوله في ملكه، و المفروض انتفاء السبيل على المسلم.

و هذا التعليل لتكفّله لحكم جهل البائع بصدق المقرّ لعله أولى مما أفاده هنا، فتدبّر.

6- إذا مات قريبها و له مال، و هي وارثته

(4) معطوف على قوله: «فمن موارد» أي: و من موارد القسم الثاني: ما إذا مات قريبها من أب أو أخ أو اخت، و خلف تركة، و لم يكن للميت وارث سوى أمّ الولد.

و الحكم في كلّ المملوك هو وجوب شرائه من التركة و إعتاقه، و لو فضل شيء من الإرث كان له. و نقل الإجماع عليه مستفيض، ففي المستند: «و ادعى

---

(1) هدى الطالب، ج 6، ص 339

ص: 450

الإجماع عليه في الانتصار و السرائر و الشرائع و القواعد و التنقيح و الروضة و المسالك و المفاتيح» (1)». «1».

و في الجواهر- بعد قول المحقق: «و إذا لم يكن للميت وارث سوى المملوك، اشترى المملوك من التركة، و اعتق، و اعطي بقية المال» (2) - ما لفظه: «بلا خلاف أجده فيه في الجملة، بل الإجماع بقسميه عليه» (3)».

و أمّا أمّ الولد فقد صرّح جماعة بأنّها كسائر المماليك تشتري بالقيمة السوقية، و تعتق و ترث ما بقي من التركة. و ادّعى ابن فهد قدّس سرّه عليه الإجماع كما نقله عنه في المقابس.

قال المحقق الشوشترى في الصورة السادسة و العشرين: «و القول باستثنائها خيرة الشهيدين في الروضة و اللمعة و المسالك، و السيوري في كتابيه، و أبي العباس، و المحقق الكركي، و اختاره ابن سعيد في النزهة أيضا، و نقله من العماني. و حكى أبو العباس في المهذب إجماع الأصحاب. و ليس ببعيد، فإنّه الظاهر من إطلاق فتاوى الأصحاب في كتاب المواريث». ثم استدل عليه بالنصوص و بوجوه اعتبارية، فراجع (4)».

و ذهب المصنف قدّس سرّه أيضا إلى وجوب شرائها من مولها لتعتق، و استدل عليه بما سيأتي في المتن.

(1) كذا في بعض النسخ، و هو موافق لما في المقابس الذي يكون كالأصل لكلمات المصنف في هذه المسألة. و في نسختنا «للتعتق» و المعنى واحد.

(1) مستند الشيعة، ج 19، ص 67

(2) شرائع الإسلام، ج 4، ص 15

(3) جواهر الكلام، ج 39، ص 50

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 91



وهو (1) مختار الجماعة السابقة «1» وابن سعيد في النزهة «2»، و حكي عن العماني. وعن المهذب «3»: إجماع الأصحاب عليه.

وبذلك (2) يمكن ترجيح أخبار «الإرث» على قاعدة «المنع».

---

(1) أي: جواز البيع، والمراد به الجواز بالمعنى الأعم الشامل للوجوب، لأنه مختار الجماعة، لا الإباحة.

(2) أي: و ياجماع الأصحاب على وجوب الشراء يمكن ترجيح ... الخ. وهذا هو الوجه الأول. والمراد بأخبار الإرث: ما دلّ على «أنّ الحر إذا مات ولم يكن له وارث حرّ، وله قرابة رقّ، اجبر مولاه على بيعه بقيمة عدل، فيشتري ويعتق».

وليس المراد بها ما دلّ على مانعية الرق من الإرث، وأنه يجب التنزل إلى الطبقة المتأخرة. إن لم يكن له وارث حرّ في طبقة ذلك الرق.

فمن تلك الأخبار ما ورد في شراء «المملوك» من دون خصوصية كونه أبا للميت أو ابنا له أو أمّا أو غيرها، وهو خبر واحد رواه في دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام: «أنّه قال: إذا مات الميت ولم يدع وارثا وله وارث مملوك، قال:

يشترى من تركته، فيعتق، ويعطى باقي التركة [بالميراث]» «4».

ومنها: ما ورد في خصوص الأب أو الأمّ أو البنت. وأكثر النصوص المعتبرة متكفل لشراء الأمّ، كصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «كان أمير المؤمنين عليه السّلام يقول: في الرجل الحرّ يموت وله أمّ مملوكة، قال: تشتري من مال

---

(1) كالعلامة في المختلف، ج 9، ص 61؛ والشهيد في اللمعة، ص 94؛ والدروس، ج 2، ص 344؛ والفاضل المقداد في كنز العرفان، ج 2، ص 129؛ والمحقق الثاني في جامع المقاصد، ج 4، ص 98؛ والشهيد الثاني في الروضة، ج 8، ص 44 و 45؛ والمسالك، ج 13، ص 47.

(2) نزهة الناظر، ص 82، وهو الحاكي عن ابن عقيل.

(3) المهذب البارع، ج 4، ص 106، حكاه عنه في المقابس.

(4) مستدرک الوسائل، ج 17، ص 149، الباب 11 من أبواب موانع الإرث، الحديث: 1

ص: 452

ابنها، ثم تعتق، ثم يورثها» (1). بإلقاء خصوصية الأمّ والبنت ونحوهما، وإرادة «المملوك» من الجميع.

والنسبة بين هذه النصوص وبين ما دلّ على منع بيع أمّ الولد - كما في المقابس و حاشية المحقق صاحب الكفاية قدّس سرّه (2) - عموم من وجه، لأنّ دليل المنع يقتضي منع بيع أمّ الولد مطلقاً، سواء أكانت وارثة أم لم تكن. و دليل «شراء المملوك من تركة قريبه» مطلق أيضاً يشمل كون الوارث أمّ ولد وغيرها من الأب و الابن و البنت و الاخت، فيجتمعان فيما إذا كان قريب الميت أمّ ولد.

فإنّما إن يخصّص عموم منع نقل أمّ الولد، و يقال بجوازه لو كانت وارثة لقريبها. و إنّما أن يخصّص عموم وجوب شراء المملوك، و يقال بعدم جواز شراء أمّ الولد لو كانت وارثة. و إنّما أن يتساقط الدليلان، و يرجع إلى دليل آخر من عموم صحة البيع، أو استصحاب المنع. و رجح المصنف قدّس سرّه الاحتمال الأوّل بالإجماع.

[1] لكن النسبة بين النصوص المستفيضة الواردة في شراء الام لتعتق و ترث، و بين عموم المنع هو العموم المطلق، فيتعيّن التخصيص، و إلّا لزم طرحها رأساً، لعدم تكفلها لحكم غير الأمّ. و لم يظهر وجه جعل النسبة في المقابس عموماً من وجه مع تصريحه بأنّ جملة منها وردت في الأمّ و الاخت و البنت.

ثم لو سلّم ذلك فالترجيح بالإجماع المحتمل مدركيته لا يخلو من شيء.

و كذا بدعوى كون الشراء للإرث عنواناً ثانوياً طرأ على أمّ الولد، فيندرج المورد في العناوين الثانوية المتقدمة على أحكام العناوين الأولى. و لو انفتح هذا الباب لم يختص بالمقام، بل يعم جميع الحقوق الثابتة لأمّ الولد الموجبة لجواز بيعها.

و هو كما ترى.

(1) الوسائل، ج 17، ص 404، الباب 20 من أبواب موانع الإرث، الحديث: 1

(2) حاشية المكاسب، ص 120

مضافا إلى ظهورها (1) في رفع سلطنة المالك، و المفروض هنا (2) عدم كون البيع باختياره، بل تباع عليه لو امتنع.

و من [موارد] القسم الثالث (3)- وهو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء- ما إذا كان علوقها بعد الرهن (4)، فإن المحكي عن الشيخ والحلي وابن زهرة والمختلف والتذكرة واللمعة والمسالك والمحقق الثاني والسيوري

(1) هذا ثاني وجهي ترجيح أخبار الإرث على عموم منع بيع أم الولد، و محصله: أن قاعدة منع بيعها ظاهرة في كون المولى ممنوعا عن النقل الاختياري دون القهري، فلا إطلاق في أدلة المنع يشمل النقل القهري حتى يقع التعارض بينها وبين دليل شراء المملوك ليرث قريبه.

(2) أي: في ما لو مات قريبها ولم يخلف غير أم الولد، حيث إنها تشتري منه إما برضى مولاها وإما قهرا عليه.

هذا ما يتعلق بموارد الاستثناء في القسم الثاني.

القسم الثالث: بيعها لحق سابق على الاستيلاء

(3) معطوف على قوله: «فمن موارد القسم الأول» المتقدم في (ص 296) و تعرض في هذا القسم لموارد سبعة يجمعها: تعلق حق بها سابق على الاستيلاء، فتزاحم الحقوق.

1- إذا كان الحمل بعد الرهن

(4) هذا هو المورد الأول، وهو ما إذا صارت الأمة مرهونة على دين، ثم حملت من مولاها. و جواز بيعها منوط بتمامية أمرين:

أحدهما: عدم بطلان الرهن بنفسه بمجرد الاستيلاء الموجب لخروج الأمة عن الطلق.

و ثانيهما: عدم وجوب إبدالها بعد الحمل بمال آخر ليكون وثيقة للدين.

و الأمر الأول متفق عليه، و الثاني مشهور كما ذكره في المقابس.

ص: 454

و أبي العباس و الصيمري «1»: جواز بيعها حينئذ (1).

و لعلّه (2) لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق

---

فبناء عليهما يقع الكلام في جواز بيعها لو لم يؤدّ الدين، و عدمه.

قال المحقق الشوشتري في الصورة الثامنة: «أنّه إذا بقيت مرهونة مطلقا على المشهور، و مع الإعسار عن غيره- أي على غير المشهور- ففي جواز بيعها للرهن حيث يجوز البيع له، أقوال: الأوّل جوازه مطلقا، و هو اختيار الشيخ في المبسوط و الخلاف» إلى آخر من سّمّاهم في المتن.

(1) أي: حين كون الحمل بعد الرهن، و المقصود تجويز بيعها في الجملة، إمّا مطلقا كما عليه ابن إدريس و غيره، و إمّا مع التفصيل بين كون الراهن موسرا و معسرا كما اختاره شيخ الطائفة في الخلاف و العلامة في التذكرة.

(2) أي: و لعلّ جواز البيع، استدللّ له في الكلمات بلزوم الأخذ بأسبق الحقيين «2»، و هو في المقام حق المرتهن في العين المرهونة ببيعها لاستيفاء حقّه. كما أشار إليه المحقق في عبارته الآتية، فالمقصود ترجيح حق الرهن على حق الاستيلاء.

و حيث إنّ مجرّد سبق الزّمني ليس من مرجحات التّزاحم، فلو كان الحق المتأخر أهمّ من المتقدم قدّم على المتقدم.

نعم في صورة عدم إحراز أهمية أحدهما يكون الحكم على طبق السابق للاستصحاب، فلذا عدل المصنف إلى التمسك به.

---

(1) الحاكي عنهم السيد العاملي و صاحب المقابس، مفتاح الكرامة، ج 5، ص 124؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 82؛ و لاحظ: المبسوط، ج 2، ص 217؛ الخلاف، ج 3، ص 230، المسألة: 19 كتاب الرهن؛ السرائر، ج 2، ص 28؛ الغنية، ص 244؛ مختلف الشيعة، ج 5، ص 440؛ تذكرة الفقهاء، ج 13، ص 220 (ج 2، ص 28 الحجرية)؛ اللمعة، ص 94؛ المسالك، ج 3، ص 170 و ج 4، ص 50 و ج 10، ص 527؛ جامع المقاصد، ج 4، ص 98 و ج 5، ص 80-81؛ كنز العرفان، ج 2، ص 129؛ المهذب البارع، ج 4، ص 105؛ غاية المرام (مخطوط) و تلخيص الخلاف، ج 2، ص 96، و فيه التقييد بالإعسار.

(2) كما في جامع المقاصد، ج 5، ص 80-81

ص: 455

بالاستيلاء (1) اللاحق، بعد تعارض أدلة حكم الرهن وأدلة المنع عن بيع أمّ الولد في دين غير ثمنها (2).

خلافاً (3) للمحكي عن الشرائع والتحرير، فالمنع مطلقاً (4).

وعن الشهيد (5) في بعض تحقیقاته: الفرق بين وقوع الوطء بإذن المرتهن،

توضیحه: أنّ إطلاق دليل الرهن يقتضي جواز بيع العين المرهونة سواء أكانت أمّ ولد أم لا، و دليل الاستيلاء يقتضي عدم جواز بيعها- إلاّ في ثمن رقبته- سواء أكانت مرهونة أم لا. ففي المجمع- وهو أمّ الولد المرهونة- يتعارض الدليلان، وبعد التساقت يرجع إلى استصحاب حكم الرهن أعني به جواز البيع، هذا.

(1) متعلق بالبطلان.

(2) استثناء خصوص «بيعها في ثمنها» إنّما هو لوروده في بعض أدلة منع بيع امهات الأولاد كصحيحة عمر بن يزيد وروايته المتقدمتين في (ص 299-301) وأما سائر مواضع جواز بيعها فتستفاد من المخصص أو المقيد المنفصلين.

(3) عدل لقوله: «فإنّ المحكي عن الشيخ... جواز بيعها». وهذا إشارة إلى القول الثاني، اختاره المحقق والعلامة في التحرير، ففي الشرائع: «ولو وطأ الراهن فأجلها، صارت أمّ ولده، ولا يبطل رهنها. وهل تباع؟ قيل: لا مام دام الولد حيّاً.

وقيل: نعم، لأنّ حق المرتهن أسبق. والأوّل أشبه» (1). ووجه المنع تقديم حق الاستيلاء تغليباً لجانب الحرية.

(4) المقصود بالإطلاق ما يقابل تفصيل الشهيد قدّس سرّه بين كون الوطء بإذن المرتهن فيمنع من بيعها، وبين كونه بدون إذنه، فيجوز بيعها.

(5) معطوف على «عن الشرائع» أي: وخلافاً للمحكي عن الشهيد. وهذا إشارة إلى القول الثالث في المسألة، ووجه الفرق: أنه مع إذن المرتهن يسقط حقه

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 82 وقريب منه في الاستيلاء، ج 3، ص 138

ص: 456

وعن الإرشاد (1) و القواعد: التردد. و تمام الكلام في باب الرهن (2).

و منها (3): ما إذا كان علوقها

على تقدير وجود الولد، بخلافه بدون الإذن. و قال السيد العاملي بعد حكايته:

«و هو قوي موافق للأصول و الاعتبار إن لم يكن خارقاً للإجماع على الخلاف» «1».

(1) هذا أيضاً معطوف على «عن الشرائع» و هذا إشارة إلى قول رابع، و هو التردد في حكم المسألة، و عدم ترجيح منع البيع أو جوازه، قال به جمع كالعلامة في الإرشاد و القواعد. بل استظهر السيد العاملي قدس سره كون التوقف مقتضى اقتصار آخرين على نقل الخلاف من دون ترجيح كالعلامة في التلخيص، و فخر المحققين، و ابن السيد العميد في تخلص التلخيص، و الشهيد في الدروس و غاية المراد، و الفاضل السبزواري في الكفاية «2».

(2) إذ المسألة محررة هناك «3»، و إن تعرض صاحب المقابس لتفصيل الكلام هنا. فراجع «4».

2- إذا كان الحمل بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

(3) معطوف على قوله: «و من القسم الثالث» و تأنيث الضمير باعتبار موارد القسم الثالث. فالمقصود بيان حكم بيع أم الولد- لو حجر الحاكم أموال سيدها- بشرطين:

أحدهما: أن يكون العلوق و الحمل بعد الحجر، فلو تأخر الحجر عن الاستيلاء لم يصح بيعها لأداء حق الغرماء.

ثانيهما: أن تكون أم الولد فاضلة عن مستثنيات الدين، فلو كانت خادمة

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 123 و 124

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 123 و 124

(3) لاحظ جواهر الكلام، ج 25، ص 208-211

(4) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 81-84

بعد (1) إفلاس المولى و الحجر عليه، و كانت (2) فاضلة عن المستثنيات في أداء الدين، فتباع حينئذ (3)، كما في القواعد (4) و اللّمة و جامع المقاصد «1»، و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام «2»، لما ذكر (5) من سبق حقّ الدّيان بها،

---

لمولاها- مع كونه أهلا للإخدام- كانت من جملة المستثنيات، كما تقدم في الصورة الاولى بقوله: «و مما ذكر يظهر أنه لو كان نفس أمّ الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع في ثمن رقبته» فراجع (ص 321).

فإن تحقق الشرطان فهل تكون كسائر أموال المفلس تباع في حقّ الغرماء أم لا؟ ذهب العلامة في القواعد و جماعة ممّن تأخر عنه إلى الجواز، و مقتضى عدم عدّ غيرهم هذه الصورة من المستثنيات عدم جواز بيعها.

(1) هذا إشارة إلى الشرط الأوّل.

(2) هذا إشارة إلى الشرط الثاني.

(3) أي: حين كون العلوق بعد الإفلاس و الحجر، و كونها زائدة على مستثنيات الدين.

(4) الموجود في القواعد- كما تبه عليه المحقق صاحب المقابس قدّس سرّه أيضا في الصورة التاسعة- هو اشتراط جواز بيعها بأن تكون آخر ما يباع من أموال المفلس، رعاية لحق الاستيلاء مهما أمكن، قال العلامة قدّس سرّه فيه: «و لا يمنع من وطء مستولدته. و في وطء غيرها من إمانه نظر، فإن أحبل فهي أمّ ولد. و لا يبطل حق الغرماء منها مع القصور، دونها».

(5) يعني: في المورد السابق من تدافع حق الرهن و حق الاستيلاء إذا تأخّر عن الرهن زمانا.

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 145؛ اللّمة الدمشقية، ص 94؛ جامع المقاصد، ج 4، ص 99، و ج 5، ص 241

(2) الحاكي عنهم صاحب المقابس في ص 84، و لاحظ: المهذب البارع، ج 4، ص 106؛ كنز العرفان، ج 2، ص 129؛ غاية المرام (مخطوط)، ج 1، ص 280

ص: 458

و لا دليل على بطلانه (1) بالاستيلاء.

و هو (2) حسن مع وجود الدليل على تعلق حقّ الغرماء بالأعيان. أمّا لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس في التصرف ووجوب (3) بيع الحاكم أمواله في الدين، فلا يؤثر (4) في دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع في نفسه، فتأمل (5).

و تمام الكلام في باب الحجر إن شاء الله.

(1) أي: على بطلان حق الديان بصيرورة الأمة أمّ ولد، لعدم إحراز أهمية حق الاستيلاء من حقّ الديان، فلا مانع من استصحاب حقهم الثابت قبل الاستيلاء.

(2) أي: و جواز البيع لحقّ الديان حسن مع وجود الدليل ... الخ.

ناقش المصنف قدس سره - وفاقا لما في المقابس في جواز البيع هنا- بما حاصله: أنّ صغروية المورد لتعلق حقّين بأمّ الولد مبنية على تعلق حق الغرماء بأعيان الأموال التي منها أمّ الولد، إذ تكون حينئذ موردا لحقّين: حقّ الغرماء و حقّ الاستيلاء، و يرجح الأول للسبق مع فرض عدم إحراز أهمية حق الاستيلاء منه.

و أمّا بناء على عدم تعلق حقّ الديان بالأعيان بل بذمة المفلس، و بيع الحاكم أمواله للتصرف في ديونه، لم يكن المورد من تعلق الحقّين، بل تعلق حقّ واحد و هو الاستيلاء المقتضي لعدم جواز بيعها. و تعلق حقّ الديان بذمة المفلس لا يشترع قابلية أمّ الولد للبيع، ضرورة أنّ الحجر يوجب بيع الأموال القابلة للبيع مع الغض عن حقّ الديان، و المفروض عدم قابلية أمّ الولد في نفسها للبيع، فلا يجوز بيعها.

و بالجملة: فلا يؤثر الحجر في جواز بيع ما ليس قابلا في نفسه للبيع.

(3) معطوف على «الحجر» أي: لم يثبت إلا وجوب بيع الحاكم ... الخ.

(4) جواب الشرط في «أما لو لم يثبت» يعني: فلا يؤثر الحجر في دعوى اختصاص الأموال التي يبيعها الحاكم بالأموال القابلة للبيع في نفسها. و المراد بالتأثير تشريع القابلية للبيع فيما لا يقبل البيع بنفسه.

(5) لعلّه إشارة إلى عدم الفرق في جواز البيع قهرا على مولى أمّ الولد بين تعلق حقّ الديان بالأعيان، و بين تعلقه بالذمة، إذ جواز البيع القهري الثابت قبل الاستيلاء



و منها (1): ما إذا كان علوقها بعد جنائتها. وهذا في (2) الجناية التي لا تجوز البيع لو كانت لا حقة، بل يلزم المولى الفداء. وأما لو قلنا (3) بأن الجناية اللاحقة أيضا ترفع المنع لم يكن فائدة في فرض تقديمها.

---

يستصحب، فلا ثمرة حينئذ بين القولين.

أو إشارة إلى: أن القابلية للبيع حين الحجر كافية في جواز البيع، وهي حاصلة، إذ المفروض تأخر الاستيلاء عن الحجر.

3- إذا حملت بعد الجناية على غير مولاهما خطأ

(1) معطوف أيضا على قوله: «و من القسم الثالث» وهو ما إذا حملت من مولاهما بعد ما جنت على أجنبي خطأ، و جواز البيع هنا مبني على ما حكاه صاحب المقابس عن موضع من المبسوط والتهذيب والمختلف- فيما لو جنت بعد الاستيلاء- من تعيين الفداء على المولى، خلافا لما نسب إلى المشهور من التخيير بينه وبين تسليمها إلى المجني عليه.

و أما بناء على المشهور من أن الجناية اللاحقة للاستيلاء- كالسابقة عليه- ترفع منع بيعها، فلا ثمرة في فرض سبق الجناية على الاستيلاء، لجواز بيعها على كل منهما.

و تعرض صاحب المقابس لهذا المورد في الصورة العاشرة، وأحال التفصيل إلى الصورة الرابعة «1».

(2) أي: جواز البيع في الجناية السابقة على الاستيلاء إنما هو لو قلنا بالتفصيل بين سبق الجناية ولحوقها، وأنه يتعين في اللاحقة الفداء على المولى، فيقال بجواز البيع في السابقة على الاستيلاء، فيحصل الفرق بين الجناية السابقة واللاحقة.

(3) كما هو المشهور، فلا جدوى في فرض تقديم الجناية، لأن جنائتها مطلقا توجب التخيير بين الفداء وبين دفعها إلى المجني عليه.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 85

ص: 460

ومنها (1): ما إذا كان علوقها في زمان خيار بائعها، فإن المحكي عن الحلّي جواز استردادها (2)

#### 4- إذا بيعت الأمة فحملت من المشتري في مدة الخيار

(1) أي: ومن القسم الثالث، وهو ما إذا كان العلوق في زمان خيار البائع، بأن كان مغبونا في بيعها، واستولدها المشتري، ثم علم البائع بالغبن، ففسخ العقد، فهل يجوز استردادها أخذاً بأسبق الحقيين وهو حق الخيار، أم يتعيّن استرداد قيمتها، لمانعية الاستيلاء عن انتقالها من ملك سيدها إلى ملك غيره؟

ذهب بعض إلى ثبوت حق الفسخ للبائع، ومقتضى إطلاقه - وعدم تقييده بأخذ القيمة من المشتري بدلا من العين - هو جواز استرداد الرقبة. وحكى صاحب المقابس قدس سرّه هذا القول عن شيخ الطائفة وأبي المكارم والقاضي والحلي قدس سرّهم.

ولكن المصنف قدس سرّه لم ينسبه إلا الحلّي. ووجهه - كما تبيّن عليه في السرائر والمقابس - ذهب الشيخ ومن تبعه إلى توقف الملك في العقود الخيارية على انقضاء مدة الخيار، ولا يحصل الملك بنفس العقد، ومن المعلوم أنّ استيلاء المشتري تصرف في ملك البائع الذي له الخيار، فاسترداد العين لا يتوقف على فسخ العقد ليعود المبيع إلى ملك البائع.

نعم، بناء على مسلك الحلّي من حصول الملك بنفس العقد - وكون المبيع في زمان خيار البائع ملكا للمشتري - يتجه البحث عن جواز استرداد العين.

وعلى القول بجواز الاسترداد فمقتضاه خروج أم الولد عن ملك سيدها قهرا عليه.

(2) لم يرد في عبارة السرائر تصريح باسترداد العين، وإتّما نسب ذلك إلى ابن إدريس من جهة التزامه بالفسخ ونفي ما نقله عن الشيخ - من لزوم رد قيمة الولد وعشر قيمة الجارية إن كانت بكرا، ونصف العشر إن كانت ثيبا - لوضوح أنّ إثبات حق الفسخ للبائع مع السكوت عن استرداد الجارية أو قيمتها، ظاهر في اقتضاء

مع كونها (1) ملكا للمشتري، ولعله (2) لاقتضاء الخيار ذلك، فلا يبطله الاستيلاء.

خلافاً للعلامة (3) وولده «1»، والمحقق والشهيد الثانيين «2»، وغيرهم «3»، فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أمّ الولد. ولعله (4) لصيرورتها بمنزلة التالف.

---

الفسخ عود الأمة إلى ملكه وإن صارت أمّ ولد للمشتري.

قال في السرائر: «والذي يقتضيه اصول مذهبنا: أن المشتري لا يلزمه قيمة الولد، ولا عشر قيمة الجارية بحال، سواء فسخ البائع البيع أم لم يفسخ...» «4».

(1) أي: كانت ملكاً له قبل الاسترداد، وإلا فالفسخ يحصل بكلّ من القول والفعل كما هو واضح.

(2) أي: ولعلّ جواز إعادتها في ملك البائع لاقتضاء حق الخيار السابق على حق الاستيلاء، فلا يبطل السابق باللاحق.

(3) قال قدّس سرّه في القواعد: «ليس للمشتري الوطاء في مدة الخيار المشترك أو المختص بالبائع على إشكال. فإن فعل لم يحدّ، والولد حرّ ولا قيمة عليه. فإن فسخ البائع رجع بقيمة الأمّ خاصة، وتصير أمّ ولد» «5».

(4) أي: ولعلّ حكمهم بالرجوع إلى القيمة - لو فسخ البائع - لأجل أنّ الاستيلاء يجعل الجارية بمنزلة التالف، فكما أن تلف المبيع الخياري مانع عقلي عن ردّه إلى البائع لو فسخ البيع، ويتعيّن ردّ البديل إلى ذي الخيار، فكذا الاستيلاء الموجب لتشبهها بالحرية مانع شرعي عن ردها إلى البائع. ومقتضى الجمع بين حقّ الخيار وحقّ الجارية هو الانتقال إلى البديل، وهو هنا القيمة.

فإن قلت: الرجوع إلى القيمة مناف لما يقتضيه الفسخ، من جعل العقد السابق

---

(1) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 489

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 313؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 206؛ الروضة البهية، ج 3، ص 465

(3) كابن فهد والصيمري على ما في المقابس، ص 85

(4) السرائر، ج 2، ص 247 و 248

(5) قواعد الأحكام، ج 2، ص 71

ص: 462

و الفسخ (1) بنفسه لا يقتضي إلا جعل العقد من زمان الفسخ (2) كأن لم يكن.

و أما وجوب ردّ العين فهو من أحكامه (3) لو لم يمتنع عقلا أو شرعا، و المانع الشرعي كالعقلي.

نعم (4)، لو قيل: إنّ الممنوع إنّما هو نقل المالك

كالعدم، فكأنّه لم يحصل سبب لخروج المبيع عن ملك البائع، و لا لخروج الثمن عن ملك المشتري. و من المعلوم أنّ قيمة أمّ الولد لم يتعلق بها البيع كي يجب ردّها إلى البائع بدلا عن العين، بل اللازم ردّ ما يقتضيه الفسخ إليه، و هو نفس المبيع.

قلت: معنى الفسخ جعل العقد السابق بمنزلة العدم. و أما وجوب ردّ العين أو بدلها فهو من أحكام الفسخ، فإن لم يكن مانع عقلي أو شرعي عن ردّ العين وجب، و إلا انتقل إلى البدل، و المفروض وجود المانع الشرعي و هو الاستيلاء.

(1) هذا دفع دخل مقدر، تقدم بقولنا: «فإن قلت ... قلت».

(2) بمعنى أنّ الفسخ- في أيّ زمان- يجعل العقد من حينه كالعدم.

(3) أي: من أحكام الفسخ و آثاره، لا من مقتضياته غير المنفكّة عنه حتى يتجه الإشكال.

(4) استدراك على قوله: «رجع بقيمة الولد» و غرضه قدّس سرّه توجيه رجوع أمّ الولد إلى ذي الخيار لو فسخ العقد، و ذلك لانتفاء المانع الشرعي، إذ الممنوع هو النقل الاختياري، و هو مفقود في المقام، إذ لا ينقلها المشتري إلى البائع اختيارا، بل هو يستردّها بحكم الشارع قهرا على المشتري. و من المعلوم اختصاص أدلة منع نقل أمّ الولد بموردين:

أحدهما: نقل المالك لها باختياره.

ثانيهما: نقلها عن ملك سيّدها في ديونه عدا دين رقبتها.

و المفروض في فسخ ذي الخيار انتفاء كلا الموردين، و عليه فلا منافي لحقّ البائع في استرداد العين.

أو النقل من قبله لديونه (1)، أمّا (2) الانتقال عنه بسبب- يقتضيه الدليل- خارج (3) عن اختياره، فلم يثبت (4)، فلا مانع (5) شرعا من استرداد عينها.

و الحاصل (6): أنّ منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى دليل مفقود.

اللّهم إلا أن يدعى (7): أنّ الاستيلاء حقّ لأمّ الولد مانع عن انتقالها عن

(1) أي: غير ثمن رقبته، وإلا فيجوز بيعها فيه كما ورد في صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة في (ص 299).

(2) يعني: أمّا منع الانتقال عن المالك بسبب خارج عن اختيار السيد فغير ثابت، كما لو جنت على غير مولاها عمدا، حيث يجوز للمجني عليه أو وليه الاسترقاق، كما سبق في مورد القسم الأول، فراجع (ص 389).

(3) هذا و «يقتضيه» و صفان ل «سبب».

(4) جواب «أما الانتقال» و الضمير المستتر راجع إلى الانتقال باعتبار مضافه المحذوف و هو المنع.

(5) جواب «لوقيل».

(6) هذا حاصل قوله: «نعم، لوقيل... فلا مانع شرعا من استرداد عينها» يعني: أنّ حقّ ذي الخيار بفسخ العقد و استرداد أمّ الولد معلوم، و مانعية الاستيلاء عن استرداد العين- حتى يرجع إلى البدل- منوطة بدليل مفقود، إذ المفروض اختصاص دليل المنع بالنقل الاختياري، و عدم إطلاق له يشمل النقل القهري، كانتقال المبيع إلى البائع بسبب الفسخ.

(7) الغرض من هذه الدعوى ترجيح الانتقال إلى القيمة على حقّ الفسخ المقتضي لجواز استرداد العين، و محصلها: أنّ الاستيلاء يحدث حقّا للأمة، موجبا لسلب سلطنة المولى على التصرفات الناقلة لها عن ملكه، سواء أ كان الإخراج عن الملك لرعاية حق مالكيته، أم لرعاية حقّ غيره كالراهن إذا جعلت رهنا على دين

ملك المولى لحقه أو لحق (1) غيره، إلا أن يكون (2) للغير حق أقوى أو سابق يقتضي انتقالها مع الإمكان شرعا، و المفروض (3) أن تعلق حق أم الولد مانع شرعا كالعق و البيع على القول بصحتهما (4) في زمان الخيار، فتأمل (5).

سوى ثمن رقبته. ولا يرفع اليد عن هذه الكليّة إلا في موردين:

أحدهما: ثبوت حق أقوى من حق الاستيلاء، فيقدم على الاستيلاء بمناط الأهمية.

وثانيهما: ثبوت حق سابق زمانا على حق الاستيلاء كحق الديان.

ففي هذين الموردين يقال بجواز نقلها عن ملك سيدها.

ولكن لم يثبت شيء منهما في المقام، بشهادة التزامهم بالانتقال إلى البدل فيما لو تصرف من عليه الخيار بعق المملوك الذي اشتراه، أو بنقله إلى الغير بالعقد اللازم كالبيع - بناء على نفوذ التصرف المخرج عن الملك في مدة الخيار - فلو فسخ من له الخيار انتقل حقه إلى البدل، واسترد المثل أو القيمة.

(1) هذا و «لحقه» متعلقان ب «انتقالها» و المقصود أنّ الممنوع هو انتقالها عن ملك المولى، أو لمصلحة غيره.

(2) استثناء من «مانع عن انتقالها» وإشارة إلى جواز نقلها في مورد أهمية الحق أو سبقه، لو أمكن النقل في نفسه.

(3) و مع وجود المانع الشرعي عن استرداد العين يتعين استرداد القيمة. كما إذا أعتق ذو الخيار المبيع أو نقله إلى غيره بالبيع أو الصلح.

(4) و أمّا على القول بعدم نفوذ هذه التصرفات ممن عليه الخيار لم يكن العتق و البيع مثلا لوجود المانع الشرعي عن استرداد العين.

(5) لعله إشارة إلى: منع كون الاستيلاء مانعا عن انتقالها عن ملك سيدها مطلقا و إن لم يكن باختياره، فإنه أول الكلام، بل الظاهر من دليل المنع هو النقل الاختياري الراجع إلى مصلحة المولى، دون الانتقال القهري، كخروج المبيع عن ملك

ومنها (1): ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها،

المشتري بفسخ البائع. وعليه فلا مانع من استرداد أمّ الولد بالفسخ.

5- إذا اشترط أداء مال الضمان منها، ثم حملت

(1) معطوف أيضا على قوله: «و من القسم الثالث» و توضيحه: أنّ الضمان عندنا عقد يفيد نقل ذمة إلى ذمة أخرى، أي: نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، كما إذا كان زيد مديونا لعمر و بكذا، فضمنه بكر. و يجوز في عقد الضمان اشتراط أداء الدين من مال معين، كما إذا شرط المضمون له على الضامن - أو شرط الضامن عليه - كون هذه الجارية المملوكة للضامن مال الضمان، ثم استولدها الضامن، فهل يجب بيعها لأداء الدين المضمون. و تقديم حق الضمان على حق الاستيلاء، أم لا يجوز بيعها رعاية لجانب الحرية؟

و مبنى المسألة هو: أنّ في شرط الأداء من مال خاص احتمالات ثلاثة:

الأول: أن الشرط يقتضي تعلق حق شرعي به، زيادة على اشتغال ذمة الضامن للمضمون له.

الثاني: أنه يقتضي مجرد التكليف بالوفاء بتفريح الذمة بالمال المعين، من دون المنع عن نفوذ التصرف فيه، فيكون التصرف حراما تكليفا و إن كان صحيحا وضعيا.

الثالث: أنّ الشرط لا يقتضي حدوث وضع و لا تكليف، فلو تصرف الضامن في المال الخاص صحّ وضعه و جاز تكليفا، و لكنه أوجب انقلاب لزوم عقد الضمان إلى الجواز، فله الفسخ، و يلزم حينئذ رجوع المضمون له إلى المضمون عنه.

و القول بجواز بيع أمّ الولد التي اشترط كونها مال الضمان - رعاية لأسبق الحقيين - منوط بالالتزام بالاحتمال الأول، لتحقق حقيين حينئذ.

و أما على الثاني فالاستيلاء محرّم تكليفا، و من المعلوم أن ترتب حكم الاستيلاء - من منع نقلها عن ملك مولاها - غير مشروط بحلية المباشرة من هذه الجهة.

بناء (1) على ما استظهر (2) الاتفاق عليه من جواز اشتراط الأداء من مال معين، فيتعلق به (3) حق المضمون له. و حيث فرض (4) سابقا على الاستيلاء فلا يزاحم به [1] على قول محكي في الروضة (5).

---

و أما على الثالث، فمانعية الاستيلاء أوضح وجهها.

(1) وجه التقييد: أنه لو قيل بعدم صحة هذا الشرط في نفسه لم يتعلق حق بالجارية حتى يتزاحم الحقان.

(2) المستظهر صاحب المقابس، قال قدس سره: «وقد اتفقوا على جواز اشتراط كون الضمان من مال معين من أموال الضامن، كما هو الظاهر، ويتعلق به حق المضمون له. و وقع الإشكال في أن تعلقه كتعلق الدين بالرهن، فلا يسقط الحق عن ذمة الضامن بتعلقه، أو كتعلق الأرش بالعبد الجاني حيث يسقط الحق بموته؟» انتهى موضع الحاجة (1).

(3) أي: بالمال المعين.

(4) أي: و حيث فرض كون الحق الناشئ من الشرط سابقا على حق الاستيلاء، لم يزاحم ذلك الحق السابق بحق الاستيلاء.

(5) قال في الروضة: «و تاسع عشرها: إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء، ثم أولدها، فإن حق المضمون له أسبق من حق الاستيلاء كالرهن والفلس السابقين» (2).

---

[1] قد مرّ عدم العبرة بالسبق الزمني في باب التزاحم. نعم يحكم ببقاء حق المضمون له بامّ الولد للاستصحاب بعد عدم إحراز أهمية أحدهما، و الشك في ارتفاع حق المضمون له بالاستيلاء المتأخر عنه.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 86

(2) الروضة البهية، ج 3، ص 261

ص: 467



---

6- لو نذر المولى جعل أمته صدقة، ثم حملت

(1) معطوف أيضا على قوله: «و من القسم الثالث» وهذا المورد، مما أضافه صاحب المقابس على موارد الاستثناء كما صرح به في الصورة الرابعة عشر بقوله:

«و لم أجد من تعرّض لهذه الصورة، و كان ينبغي ذكرها كمنظائرها» (1).

توضيحه: أنّ نذر الصدقة تارة يكون بنحو شرط النتيجة، و أخرى بنحو شرط الفعل، و هو إيجاد التصدق و الإتيان به. و كل منهما إمّا مطلق و إمّا مشروط.

فمثال شرط النتيجة أن يقول: «لله عليّ أن تكون جاريتي صدقة على فلان أو على الفقراء»، و كذا لو علّقه على شرط بأن يقول بعده: «إن شفى الله المريض أو إن قدم زيد من الحج» و نحوهما.

و مثال شرط الفعل أن يقول: «أن أتصدق بها» بدل «صدقة» فينشئ النذر هكذا: «لله عليّ أن أتصدق بجاريتي» إمّا مطلقا، و إمّا معلقا على شرط.

و عدّ هذا المورد من تراحم الحقيين مبني على خروج المال المنذور عن ملك الناذر، إمّا بمجرد النذر إن كان مطلقا، و إمّا بحصول الشرط إن كان مشروطا، كما استظهره صاحب المقابس قدّس سرّه من كلماتهم، فلو باشر السيد جاريتته و استولدها بعد النذر- في المطلق- و بعد تحقق الشرط في المشروط، لم يكن من تراحم الحقيين، لعدم كونها ملكا له حسب الفرض في وقت العلق و الحمل.

إمّا الكلام فيما لو باشرها- في النذر المعلق- قبل حصول المعلق عليه، لبقائها على ملكه، فحقّ النذر يقتضي خروجها عن ملكه بعد تحقق الشرط، و حق الاستيلاء يقتضي بقاءها على ملك السيد لتنتعق بعد وفاته من نصيب ولدها. فهل يؤخذ بأسبق الحقيين- أعني به النذر- و تنتقل إلى ملك المنذور له، أم بحق الاستيلاء، أم يحكم بأنّ

ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها (1) صدقة، إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل (2) الوطاء، ثم حصل بعده، بناءً (3) على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر في المطلق، و بعد حصول الشرط في المعلق، كما حكاها (4) صاحب المدارك عنهم في باب الزكاة.

---

الاستيلاء بمنزلة إتلاف العين، فيتصدق بقيمتها؟ وجوه.

(1) مقصود المصنف بيان حكم نذر النتيجة، بقرينة قوله بعد أسطر: «و لو نذر التصدق بها» و لذا فالأولى - كما في المقابس - أن يقال: «بعد نذر كونها صدقة» لأن «جعلها صدقة» شرط الفعل لا النتيجة، مع أنه فعلاً بصدد بيان نذر النتيجة.

(2) إذ لو حصل الشرط قبل النذر خرج المنذور عن ملكه، كما ذكره، فلا حكم للعلوق حينئذ.

(3) قيد لمحذوف علم من السياق، وهو تقديم حق النذر على حق الاستيلاء، يعني: أن كون هذا المورد من موارد تقديم حق على حق الاستيلاء منوط بحصول الملكية للمنذور له بعد تحقق الشرط. قال في المقابس: «و القول بذلك قوي عندي، وإن قلنا ببقائها في الملك - كما يظهر من جماعة من الأصحاب - فإذا أحبلها قبل التصدق، فالحكم كما سبق» (1) يعني تصير أم ولد.

(4) يعني: كما حكى صاحب المدارك قدس سره عن الأصحاب خروج المنذور - كونها صدقة - عن ملك الناذر، حيث قال - بعد تعيين النصاب للصدقة لو نذر الصدقة أثناء الحول - ما لفظه: «و أولى منه ما لو جعله - أي النصاب - صدقة بالنذر، لخروجه عن ملكه بمجرد النذر فيما قطع به الأصحاب» (2).

و مقصوده نذر النتيجة، كما أن المراد بنذر الصدقة نذر الفعل.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 86

(2) مدارك الأحكام، ج 5، ص 31

ويحتمل (1) [1] كون استيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث (2)، ويستقرّ القيمة جمعا بين حقّي أمّ الولد و المنذور له.

---

(1) هذا الاحتمال في قبال ما تقدم من تقديم حق النذر على حق الاستيلاء، وحاصله: أنّه تقرّر في باب النذر حرمة تعجيز الناذر نفسه عن فعل المنذور، وإيجابه لحنث النذر، واستقرار الكفارة عليه. ومّا يتحقق به العجز هو إتلاف المال المنذور صرفه في موضع، أو الصدقة به على شخص أو جهة. ويمكن إلحاق استيلاء الأمة بالإتلاف، لكونه مانعا عن إخراجها عن ملك المستولد، وعن التصديق بها.

وحينئذ يمكن الجمع بين حق المنذور له وبين حقّ أمّ الولد، بأن يقال: بقاء أمّ الولد على ملك المولى، ووجوب دفع قيمتها إلى المنذور له. وحصول الحنث بامتناع ردّ العين لا يوجب عدم دفع القيمة إلى المنذور له.

(2) المقصود بالحنث ليس مخالفة النذر بالمرّة، بل مخالفته بالنسبة إلى التصديق برقبة الجارية، مع إمكان ردّ البدل.

---

[1] لا وجه لهذا الاحتمال. أمّا في صورة إطلاق نذر النتيجة فلاّ أنّ المفروض خروج الأمة المنذورة بمجرد النذر عن ملك الناذر، فلا حكم لاستيلادها بعد النذر، لعدم تحقق العلوق في ملكه مع كون مالكية المستولد للأمة التي يستولدها معتبرة في صيرورتها أمّ ولد. وأمّا في صورة اشتراط النذر فلسبق النذر زمانا على الاستيلاء، والمفروض اعتبار التقدم الزمني عندهم في ترجيح أحد المتزاحمين على الآخر.

وكون الاستيلاء كالإتلاف موجبا لحصول الحنث واستقرار القيمة جمعا بين حقّي أمّ الولد و المنذور له، منوط بتقديم حق الاستيلاء في العين على حق المنذور له، وهو خلف، لتقدم حق النذر عليه زمانا الموجب لترجيحه على حق أمّ الولد. فكون الاستيلاء كالإتلاف من الحنث المحرّم ممنوع.

ولو نذر التصديق بها (1)، فإن كان مطلقاً، وقلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك (2) - كما حكى عن بعض (3) - فلا حكم (4) للعلوق.

---

(1) هذا شروع في حكم نذر الفعل، وهو أن يتصدق بالجارية، وقد فصل - كما في المقابس أيضاً - بين صور ثلاث:

الأولى: كون النذر مطلقاً، مع القول بخروج المنذور التصديق به عن ملك الناذر بمجرد النذر.

الثانية: كون النذر مطلقاً، مع بقاء المال على ملكه، وإنما يجب الوفاء بالنذر تكليفاً بتمليك المال للمنذور له.

الثالثة: كون النذر معلقاً على فعل اختياري أو غير اختياري، والمباشرة مع الأمة قبل حصول المعلق عليه. وسيأتي حكم كل منها.

(2) أي: بمجرد النذر، وهذه هي الصورة الأولى، و حكمها عدم صيرورة الأمة أمّ ولد حينئذ، لعدم وقوع الوطء في ملكه، مع اعتبار ذلك فيها. ومنه يظهر عدم جواز شيء من التصرفات - التي منها الاستيلاد - فيها.

(3) لعل مراده بالبعض هو ابن إدريس والعلامة على ما حكاه عنهما صاحب المقابس في نذر الإهداء والتصديق، بناء على كون المقصود نذر الفعل لا النتيجة، قال قدس سرّه: «وفي الأخيرين - وهما نذر الإهداء والتصديق - وجهان. وقد تقدّم عن العلامة في نذر الإهداء أنه يخرج عن الملك بمجرد النذر، مدّعياً أنه لا يعلم خلافاً فيه، فراجع «1».

وقوى في مسألتنا هذا، حيث قال: «و القول بذلك - أي بالخروج عن الملك بمجرد النذر - قوي عندي» (2).

(4) جواب الشرط في «ولو نذر».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 112

(2) المصدر، ص 87

ص: 471

و إن قلنا (1) بعدم خروجها عن ملكه، احتمال: تقديم (2) حقّ المنذور له في العين، و تقديم (3) حقّ الاستيلاء، و الجمع (4) بينهما بالقيمة.

و لو كان معلّقا (5)، فوطأها قبل حصول الشرط، صارت أمّ ولد، فإذا حصل الشرط وجب التصدّق بها، لتقدم سببه (6).

---

(1) معطوف على «و قلنا» يعني: و إن كان نذر التصدق مطلقا، و قلنا ببقاء المنذور على الملك قبل إنشاء الصدقة به فأجلها المالك، ففيه احتمالات ثلاث.

(2) هذا هو الاحتمال الأوّل، و محصله: تقديم حق المنذور له، بناء على مرجحية السبق الزمني في باب التزاحم. و قد مرّ ضعفه.

(3) هذا هو الاحتمال الثاني: و محصله: تقديم حق الاستيلاء، إذ المفروض كون الوطاء في ملكه. و وجوب الوفاء بالنذر لا يوجب إلّا الحرمة التكليفية، فالوطء حرام، لكن لا يشترط حلية الوطاء تكليفا في صيرورتها أمّ ولد، بل المعتبر فيها هي الملكية للمستولد، و المفروض حصولها في المقام.

(4) هذا هو الاحتمال الثالث، و محصله: الجمع بين الحقين، بإبقاء رقبتهما في ملكه رعاية لحق الاستيلاء، و التصدق بقيمتها رعاية للنذر.

(5) معطوف على قوله: «فإن كان مطلقا» يعني: إن كان العلوق بعد حصول الشرط، فحكمه حكم النذر المطلق. و إن كان قبل حصول الشرط صارت أمّ ولد.

فلو حصل الشرط احتمال فيه وجوه ثلاثة:

الأوّل: كونه مندرجا في تقديم أسبق الحقين المتزاحمين، و حيث إن سبب وجوب التصدق- و هو النذر- مقدّم على سبب الاستيلاء- و هو العلوق في الملك- تعيّن التصدق بها.

(6) أي: سبب وجوب التصدق، و هذا مبني على مرجحية التقدم الزمني في باب التزاحم. لكنه غير ثابت.

و يحتمل (1) انحلال النذر، لصيرورة التصدق مرجوحا بالاستيلاء، مع

(1) معطوف على «وجوب التصدق» وهذا الاحتمال متضمن لنحوين:

الأول: انحلال النذر بالنسبة إلى أمّ الولد، ووجهه اعتبار رجحان المتعلق - أعني به التصدق - حين الوفاء بالنذر، و المفروض مرجوحته بالاستيلاء، فينحلّ النذر، ويتعيّن ترتيب آثار الاستيلاء عليها. ولكن يجب دفع القيمة إلى المنذور له جمعا بين الحقيين.

الثاني: انحلال النذر مطلقا سواء بالنسبة إلى العين وإلى القيمة، فلا يلزم دفع قيمتها إلى المنذور له. نظير تلف المال المنذور الصدقة أو التصدق، الموجب للانحلال.

وبالجملة: فملخص بحث النذر: أنه إما نذر نتيجة، وإما نذر فعل، وكلاهما إما مطلق وإما مشروط بشرط.

فالأول: إن كان مطلقا، خرج المنذور بمجرد النذر عن ملك الناذر، فلا يجوز له شيء من التصرفات لا تكليفا ولا وضعا. فلو استولدها الناذر لم تصر بذلك أمّ ولد.

وإن كان معلقا، فإن استولدها بعد حصول الشرط فكالمطلق. وإن استولدها قبل حصوله، فيحتمل انحلال النذر، ويحتمل تقدم حق النذر، وكون الاستيلاء كالتلاف موجبا للانتقال إلى القيمة. ولتحقيق المسألة مقام آخر.

و الثاني - وهو نذر الفعل - فإن كان مطلقا، وقلنا بخروج المنذور عن ملك الناذر بمجرد النذر، فكندر النتيجة المطلق في عدم جواز تصرف الناذر فيه تكليفا ووضعا. فلو استولدها لم يترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على أمّ الولد.

وإن لم نقل بخروجه عن ملك الناذر بمجرد النذر، بل قلنا بخروجه عنه بتسليم المنذور إلى المنذور له كما هو الحق - لعدم تعلق النذر بالنتيجة بل بالفعل أعني به التصدق - ففي تقديم حق الاستيلاء وانحلال النذر وصيرورته كأن لم يكن، أو الانتقال إلى القيمة، لكون الاستيلاء كالتلاف، وعدم كونه موجبا للانحلال، أو تقديم حق النذر ووجوب تسليم العين لا بدلها إلى المنذور له، أو الجمع بينهما بدفع

الرجوع إلى القيمة (1) أو بدونه (2). و تمام الكلام يحتاج إلى بسط (3) لا يسعه الوقت.

### [المورد السابع إذا كان حملها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته]

ومنها (4): ما إذا كان علوقها

القيمة إلى المنذور له، وجوه، بل أقوال. و تنقيح المسألة منوط ببسط في البحث، و لا مجال له فعلا، لضيق الوقت، هذا.

(1) هذا إشارة إلى أول وجهي الاحتمال، فهو الوجه الثاني في المسألة.

(2) أي: بدون الرجوع، و هذا إشارة إلى ثاني وجهي الاحتمال، و هو ثالث الوجوه في المسألة.

(3) و قد بسط المحقق الشوشتری قدس سره الكلام في الصورة الرابعة عشر كما تعرض لجملة من أحكام نذر التصديق في سادس أسباب خروج المال عن الملك الطلق، و هو تعلق حق النذر به، فراجع.

7- إذا حملت من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته

(4) معطوف على قوله: «و من القسم الثالث» و هذا آخر موارد، و هو: ما إذا كانت الأمة ملكا لعبد، كاتب مولاه كتابة مشروطة- أي يتوقف تحرره على أداء تمام مال الكتابة، و لا ينعقد منه شيء بنسبة النجوم- ثم عجز عن أداء مال الكتابة، ففسخت، و قد حملت أمته منه قبل حل عقد الكتابة. فحكى الشهيد الثاني قدس سره عن بعض الأصحاب أنه يجوز لمولى العبد بيع هذه الأمة المستولدة. و تعرض صاحب المقابس لتفصيل الكلام في الصورة الخامسة عشر، فراجع «1».

ولما كان الكلام في موارد القسم الثالث أعني به جواز بيع أم الولد لسبق حق على الاستيلاء، و كان الاستثناء مخرجا عن الحكم مع بقاء الموضوع و هو صدق أم الولد، و كان صغرية علوقها من المكاتب للقسم الثالث غير خالية عن الخفاء، فلا بأس بتوضيح صغرويته له، فنقول و به نستعين، و بوليّه الإمام المهدي المنتظر صلى الله عليه و على آباءه الطاهرين- ما طلعت الشمس و أضاء القمر- نستجير:

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 87

ص: 474

إنه يشترط في صدق أمّ الولد في هذا المثال امور:

الأول: أن يكون المكاتب مالكا للأمة بناء على مالكية العبد مطلقا أو خصوص المكاتب، إذ لو لم يكن مالكا لها لم تصر الأمة بوطيه لها أمّ ولد، لما تقدم في أول المسألة من اعتبار مالكية المستولد للأمة في تحقق عنوان «أمّ الولد».

الثاني: اعتبار حرية ولد الأمة تبعا لحرية أبيه، إذ من أحكام أمّ الولد حرية ولدها وعدم جواز بيعها، و من المعلوم نشو حرية الولد عن حرية أبيه، و المفروض أنّ المكاتب ليس حرّا فعليا حتى يتبعه الولد في الحرية، بل اقتضائيا، فلا بد في إجراء حكم أمّ الولد من الالتزام بكون الحرية الاقتضائية كالفعلية في إيجابها حرية الولد، فالكتابة توجد حالة في المكاتب متوسطة بين الحرية والرقية.

فلو توقف صدق عنوان «أمّ الولد» بالنسبة إلى المكاتب على حرّيته المنوطة بأداء مال الكتابة لم تصر أمّ ولد له، إذ المفروض عوده إلى الرقية المحضنة بسبب فسخ المكاتب، فلا وجه لجعله من موارد جواز بيع أمّ الولد، لخروجها عن «أمّ ولد» موضوعا.

وقد أشار المصنف قدس سرّه إلى هذا الشرط بقوله: «بناء على ان مستولده أمّ ولد بالفعل الخ».

الثالث: أن لا يختص المنع عن البيع بالمستولد، إذ على الاختصاص لا يكون جواز بيع المولى خارجا و مستثنى عن المنع، لعدم شمول دليل المنع له حتى يخرج عنه، فلا بدّ من تعميم دليل المنع للمستولد وغيره حتى يصح استثناء المولى عنه.

الرابع: اعتبار كون المستولدة ملكا للمولى، إذ على فرض خروجها عن ملكه لا يكون عدم جواز بيعها لحق الاستيلاء، بل لعدم الملك. فالاستثناء موقوف على كون المولى مالكا للأمة المستولدة.

وإلى هذا الشرط أشار المصنف بقوله: «ثم فسخت كتابته» إذ الفسخ يوجب



من مكاتب مشروط (1)، ثم فسخت كتابته، فللمولى أن يبيعها- على ما حكاه في الروضة عن بعض الأصحاب- بناء (2) على أن مستولده أمّ ولد بالفعل غير معلق على عتقه (3)، فلا يجوز له (4) بيع ولدها.

عود كل من المستولد والمستولدة إلى الرقية المحضة للمولى، فيجوز بيعها حينئذ، لسبق حقه المتعلق بالأمة، لكونه مالكا لها قبل الاستيلاء. فهذا الحق لتقدمه على حق الاستيلاء يجوز بيعها. هذا توضيح صغروية هذا المثال للقسم الثالث. إلا أن صيرورة المستولدة قبل عتق المستولد أمّ ولد محل إشكال كما لا يخفى على من راجع الكتب المبسوطه.

(1) التقييد بالمشروط لأجل تحرر المكاتب المطلق بنسبة ما يؤديه إلى المولى.

نعم لو لم يؤد شيئا من المال كان كالمشروط، كما في المقابس.

(2) هذا التقييد لإفادة موضوع جواز البيع- أعني كون الأمة أمّ ولد- إذ فيه قولان للعلامة، على ما حكاه عنه في المقابس.

أحدهما: ما في القواعد، وهو كون الأمة أمّ ولد بالفعل بالنسبة إلى المكاتب، فلا يصح له بيعها ما دام ولدها موجودا، لكون المكاتب مالكا ظاهرا للأمة، ويجري على ولده حكم الحرّية في عدم جواز البيع، ولذا لو أدى مال الكتابة حكم بكونها أمّ ولد من أول الأمر. مع أن الملك لو كان حاصلًا بأداء تمام مال الكتابة لم يجد في صيرورة الأمة المستولدة أمّ ولد، لوضوح اعتبار الملكية حين العلق.

ثانيهما: ما في التحرير، وهو عدم ثبوت حكم الاستيلاء للأمة إلا بعد انعتاق المكاتب بأداء جميع المال، ووجهه- كما في المقابس أيضا- أن حرّية الولد متوقفة على حرّية المكاتب، وأمّ ولدية الأمّ متوقفة على حرّيتها جميعا، فما دام الأب رقا- لعدم أداء تمام المال- لا تصير أمّته أمّ ولد، ولا يصير ولده حرّا، فلا موضوع للاستيلاء أصلا.

(3) أي: على عتق المكاتب المشروط بأداء مال الكتابة.

(4) أي: لا يجوز للمولى بيع الولد، للحكم بحرّيته من جهة كون علوقه في حال

## [القسم الرابع و هو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرّض لها]

و القسم الرابع (1) و هو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرّض لها

كتابة أبيه.

القسم الرابع: عدم كون إبقائها في ملك المولى معرّضا لاعتقها

(1) معطوف على قوله في (ص 296): «فمن موارد القسم الأوّل» و كان مقتضى السياق أن يقال: «و من القسم الرابع ...» أو «و أمّا القسم الرابع» ليكون قرينا لقوله: «و أمّا القسم الثاني».

كما أن الأولى حذف الواو، ليكون قوله: «هو ما كان ...» خبرا للقسم الرابع.

و كيف كان فالمقصود بالقسم الرابع هو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل، لكون المناطق في منع بيعها انعقادها على ولدها، و من المعلوم توقف الانعقاد على أن يرث الولد أباه، فإذا حرم من الإرث لم يؤثر بقاءها- في ملكه- في حرّيتها، فجاز بيعها.

و الحرمان من الإرث إمّا لعدم ثبوت المقتضي للإرث، و هو النسب الشرعي.

و إمّا لوجود المانع منه.

و الأوّل- أي: عدم ثبوت النسب- إمّا أن يكون من طرف الأب، و إمّا من طرف الأم، و في كلّ منهما فقد يكون واقعا كالفجور طوعا أو إكراها عليه، و قد يكون ظاهريا بمقتضى الإقرار، كما سيأتي توضيح الكلّ.

و الثاني- و هو وجود المانع عن الإرث- لا فرق فيه بين كونه القتل، بأن قتل الولد أباه، أو الارتداد، أو الرّقبة.

و أجمل المصنف قدّس سرّه الكلام في هذا القسم، و فصّله صاحب المقابس قدّس سرّه في صور ست، و هي الصورة التاسعة عشر، إلى الرابعة والعشرين، و أشار إلى من استثنى جميعها أو بعضها من عموم منع بيع أمّ الولد. فراجع «(1)».

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 89-90

ص: 477

للعق، لعدم توريث الولد من أبيه لأحد موانع الإرث، أو لعدم ثبوت النسب (1) من طرف الأم واقعا، لفجور (2)، أو ظاهرا (3) باعتراف.

(1) هذا ناظر إلى انتفاء المقتضي للإرث، في قبال ما تقدم من وجود المانع عنه.

(2) أمّا الفجور من طرف الأم، فكما إذا تشبّعت أمته المزوّجة أو المحلّلة للغير بأمته التي لم يزوّجها ولم يحلّلها للغير، ولم يعلم المولى به، فوطأها، فإنّ الولد لا يلحق شرعا بأمّه وإن لحق بأبيه، لكونه من وطء شبيهة.

وأمّا الفجور من طرف الأب، فكما إذا تشبّه مولاهما بزوجه أو بمن جاز له وطؤها بالتحليل، ولم يعلم بها الأمة، فوطأها. فإنّه بناء على اعتبار ملكية البضع في صيرورة الأمة أمّ ولد لا يجري على الأمة التي استولدها المولى فجورا - منه أو من نفس الأمة - حكم أمّ الولد، فإنّ الولد لا يلحق بالزاني أو الزانية.

وكيف كان ففي جعل هذا المورد من المستثنيات بناء على اعتبار ملكية البضع - مضافة إلى اعتبار ملكية الرقبة - منع، إذ المفروض عدم صيرورتها أمّ ولد حتى تخرج عن حكمها.

(3) معطوف على «واقعا» إي: عدم ثبوت النسب في مرحلة الظاهر، بأن اعترف المولى بأنّ أمته المزوّجة تشبّعت بأمته غير المزوّجة، أو اعترف بأنّه تشبّه بزوجه أمته.

ويمكن فرض المورد فيما إذا لم يكن الواطئ مالكا للأمة حين الوطء، كما إذا أكرهته على الزنا ثم ملكها، فإنّه يصدق بعد تملكه لها «أنّها أمّ ولد حرّ» وإن لم يكن الولد ملحقا بالأمّ. هذا في فجور الأمّ.

وأمّا فجور الأب، فكما إذا أكرهها على الزنا ثم اشتراها، فإنّ أمّ الولد تصدق عليها بناء على ما عن الشيخ قدّس سرّه من كفاية علوقها بولد حرّ لمولاهما في صدق أمّ الولد.

وكيف كان، فإن كان الفجور من طرف الأب لم يلحق به الولد ليرث منه أمّه

ثم إننا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلا من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه (1).

لتنتعق عليه. وإن كان الفجور من طرف الأم، فالولد وإن كان ملحقا بالأب ويرث أمواله التي منها الأم، لكنّها لا تنتعق عليه، لعدم كونها أمّه شرعا.

فإبقاء أمّ الولد وعدم بيعها خال عن الحكمة- وهي انعقادها من نصيب ولدها- مطلقا، إذ مع فجور الأب لا يلحق الولد به حتى يرث منه أمّه لتنتعق عليه.

ومع فجور الأم يلحق الولد بالأب ويرث منه، لكن لا تنتعق عليه، لعدم الامومة شرعا.

لكن المنع عن الإرث الذي يترتب عليه الانعقاد مختص بصورة فجور الأب الموجب لانتفاء الولد عنه.

و من هنا يظهر أنّ فجور الأمة لا دخل له في المقام، لأنّ المناط في عدم لحوق الولد بالأب- حتى يرثه وينعتق من نصيبه أمّه- هو فجور الأب، لأنّه النافي للإرث وأما فجور الأم فلا يوجب انتفاء الإرث عن الأب، فتدبّر في عبارة المتن.

(1) كالمقابس فقد استقصى جهات البحث في كثير من مواضع الاستثناء، جزاه الله عن الإسلام وأهله خير الجزاء.

هذا ما أفاده المصنف قدّس سرّه في القسم الرابع من مواضع الاستثناء من عموم بيع أم الولد، وبه تم الكلام في ثاني موانع كون المملك طلقا، وسيأتي الكلام في المانع الثالث وهو كون المال مرهونا إن شاء الله تعالى.

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا: كونه مرهونا (1) [1]

بيع الرهن

(1) هذا ثالث موجبات منع المالك عن التصرف في ملكه، و هو كونه رهنا لازما من قبل الراهن، بأن أقبضه من المرتهن، و تعلّق به حق الرهانة، فينتزع منه «عدم الطلق» على ما تقدّم قبيل بيع الوقف من معنى «طلقية الملك» و أن المانع تعلق حقّ الغير بالمال. و عليه فالرهن يوجب عدم استقلال المالك في بيعه، فإن أذن له المرتهن في البيع صحّ، و إلا لم ينفذ فعلا.

و المصنف قدّس سرّه بعد الإشارة إلى تسلّم عدم استقلال الراهن في التصرف، تعرّض لجهات:

الاولى: في ما يراد بمنع الراهن عن البيع، هل هو فساد من أصله، و عدم صحته التأهيلية حتى يجديه إجازة المرتهن المتأخرة؟ أو أنه يكون كالبيع الفضولي موقوفا على الإجازة، بناء على صحته كما عليه المشهور.

الثانية: في أن إجازة المرتهن هل تكون كإجازة البيع الفضولي دائرة بين الكشف و النقل؟ أم أنها في المقام متمحضة في النقل.

[1] إن اريد به قصور سلطنة الراهن المالك للمرهونة عن بيعها بأن يبطل تصرفه راسا، أو يكون موقوفا على إجازة المرتهن، ففيه: أن مقتضى العمومات صحة

الثالثة: في أن إسقاط حق الرهانة أو فك الرهن بأداء الدين هل يقوم مقام الإجازة، أم أن صحة بيع الراهن موقوفة على خصوص الإجازة؟ و سيأتي الكلام في كلٍّ منها إن شاء الله تعالى.

البيع و لزمه من ناحية البائع، و عدم صلاحية الرهن للمنع عن ذلك، إذ صلاحيته له منوطة بمنافاته للبيع، و من الواضح عدمها، ضرورة قيام حق المرتهن بالعين أينما كانت، فيمكن بقاء الحق مع عدم كون الراهن مالكا لها.

و يشهد له جواز رهن ملك الغير بإذنه، و عدم اعتبار كون المرهونة ملكا للراهن في صحة الرهن، فحال الاستدانة كالاتداء.

نعم، إن كان المشتري جاهلا بتعلق حق الرهن بالمبيع جاز له الفسخ. فالبيع لازم من ناحية البائع، و جائز من طرف المشتري. كما أنه يجوز للمرتهن استيفاء دينه من المرهونة على الوجه المقرّر أين ما وجدها. و ليس للمشتري منعه عن ذلك.

هذا ما تقتضيه القواعد.

و أمّا بحسب الأدلة الخاصة، فقد ادّعي الإجماع على عدم استقلال المالك في التصرف في العين المرهونة ببيعها.

و يمكن المناقشة فيه: بأنّه إجماع مدركي، لقوة احتمال استناد المجمعين إلى ما ادّعي من دلالة الأخبار على ذلك. فالعبرة حينئذ بالمدرّك، لا الإجماع. فنقول:

إنّ النبوي المشهور - كما عن بعض - و المعتمد عليه - كما عن آخر - «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» يدلّ بإطلاقه على المنع عن التصرف في المرهونة سواء أ كان خارجيا أم اعتباريا. و منع دلالته على التصرف الاعتباري ممنوع.

لكن الكلام حينئذ فيما يقتضيه هذا المنع، و أنّه التصرف مطلقا أو خصوص الاستقلالي منه؟ مقتضى القاعدة الثاني، لأنّ بطلان التصرف صحّة و لزوما تخصيص زائد في العمومات، فيقتصر على القدر المتيقن، و هو نفي الاستقلال، و وقوف لزمه

---

(1) تعليل لكون الرهن سببا لخروج الملك عن الطّلقية، و حاصله: اتّفاق الكلّ

---

على إمضاء المرتهن.

وإن شئت فقل: إنّه يشكّ في أصل الانتقال، لاحتمال بطلان بيع الراهن رأسا، أو في لزوم الانتقال مع تحقق أصل.

أو يقال: إنّه يشكّ في خروج فرد، أو خروج استمرار حكمه أعني اللزوم، فيقدم الثاني.

ويؤيّدّه- بل يدلّ عليه- عطف «المرتهن» على «الراهن» في النبوي المزبور، إذ لا إشكال في كون تصرف المرتهن موقوفا على إذن الراهن.

وعليه فلا مجال للترديد في تصرف الراهن بين بطلانه رأسا، وبين وقوفه على إجازة المرتهن، إذ يكون المنع في هذا النبوي المعتمد عليه- كما عن جماعة- قرينة على النهي الوارد في غيره، فلا يدلّ على الفساد، بل على وقوفه على الإجازة.

ومن هنا يظهر ضعف ما في المقابس من الميل إلى بطلان بيع الراهن رأسا «للإجماع على المنع من التصرف، ولما حكاه الشيخ من ورود الأخبار في ذلك.

وللنبوي المتقدم، فإنّ إطلاق النهي يدلّ على الفساد، كدلالته عليه في أمّ الولد، والوقف وغيرهما مما يكون النهي فيه لجهة راجعة إلى الغير. وبهذا يمتاز المقام عن الفضولي» (1).

وذلك لما في الأوّل: من عدم الإجماع التعبدى كما عرفت، مع وجود المخالف.

وفي الثاني: من عدم ظهور النهي في الفساد. وعلى تقديره فالنبوي قرينة على صرفه إلى نفي الاستقلال. وقياسه على الوقف ونحوه موقوف على دلالة النهي على الفساد، وهو ممنوع كما عرفت آنفا.

- بل (1) المقطوع به- الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

و حكي (2) عن الخلاف: إجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك «1»، وقد حكي الإجماع عن غيره (3) أيضا.

---

على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون، سواء قيل بالبطلان رأسا أم بالوقوف على الإجازة.

(1) الوجه في الإتيان ب «بل» هو: أن نسبة عدم الاستقلال إلى كافة الفقهاء إن كان لأجل الاعتماد على الإجماع المدعى في الخلاف، جاء احتمال عدم تحقق اتفاق الكلّ. وإن كان لأجل تضافر نقل الإجماع، وإمكان تحصيله بملاحظة كلماتهم، كان ذلك مقطوعا به، فإنها كما في الجواهر «بين صريحة في الإجماع، وبين ظاهرة فيه، وبين مشعرة به، ومعها لا بأس بدعوى تحصيل الإجماع» «2».

(2) غرضه الاستشهاد على ما ادّعه- من الاتفاق- بكلام شيخ الطائفة قدّس سرّه، المتضمن لأمرين، أحدهما: إجماع الفرقة، و ثانيهما: الأخبار الدالة على عدم استقلال المالك في بيع ماله المرهون.

ولكنه قدّس سرّه لم يشر في الخلاف إليها، كما لم يذكرها في كتابي الأخبار، ولعلّ مراده قدّس سرّه- كما قيل- الأخبار الواردة في منع التصرف في المال المتعلّق لبعض الحقوق.

(3) أي: عن غير الخلاف. والظاهر إرادة تكرّر دعوى الإجماع على منع مطلق التصرف، لا خصوص عدم جواز بيع المرهونة، فالشيخ قدّس سرّه في المبسوط ادّعى الإجماع على منع أنحاء التصرف، فقال: «وأما استخدام العبد المرهون، وركوب الدابة المرهونة، وزراعة الأرض المرهونة، وسكنى الدار المرهونة، فإنّ ذلك كله غير جائز عندنا، ويجوز عند المخالفين» «3».

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 253، كتاب الرهن، ذيل المسألة: 59، حكي مضمونه في المقابس، كتاب البيع، ص 105

(2) جواهر الكلام، ج 25، ص 195

(3) المبسوط، ج 2، ص 206

ص: 483



و عن المختلف (1)- في باب تزويج الأمة المرهونة- أنه أرسل عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «أَنَّ الرَّاهِنَ وَالْمُرْتَهِنَ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصَرُّفِ».

وفي السرائر: «لأنَّنا قد أجمعنا بغير خلاف على أن الرَّاهِنَ وَالْمُرْتَهِنَ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ» (1).

و حكى السيد الفقيه العاملي قدس سره الإجماع على عموم المنع عن السيد أبي المكارم والعلامة في المختلف والتذكرة، وعن المفاتيح والرياض، فراجع (2).

(1) هذا إشارة إلى وجه آخر استدل به على عدم استقلال المالك في التصرف في العين المرهونة، وحاصله: أَنَّ الْعَلَامَةَ قَدَّسَ سِرَّهُ تَمَسَّكَ بِالنَّبَوِيِّ الْمُرْسَلِ - الظاهر في حجر الرهن و المرتهن عن التصرف في الرهن - على عدم جواز بعض التصرفات، كتزويج الأمة المرهونة. فإنه - بعد نقل فتوى الشيخ في الخلاف و المبسوط - قال: «وهو - أي عدم جواز التزويج - المعتمد، لنا: قوله عليه السلام: الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ. وَ التَّزْوِيجُ نَوْعٌ تَصَرُّفٌ» ثم قال: «و لو قيل: له العقد دون التسليم و التمكين من الوطاء، كان وجهها» (3)، فراجع.

ثم إنَّ التصرف الممنوع - كما صرَّح به في بعض العباثر - أعم من المزيل للملك كالبيع و الهبة، و من المنافي لحق المرتهن، كما إذا رهنها المالك عند شخص آخر، و من المعرَّض للنقص، كوطء الجارية أو تزويجها، أو إيجار العين الموجب لقلَّة الرغبة في شرائها مسلوبة المنفعة، إن كان الدين حالاً، أو مؤجلاً و لكنه يحلَّ قبل انقضاء مدة الإجارة.

و أما التصرف بما يعود به النفع إلى المرتهن - كمداواة المريض - و رعي

(1) السرائر، ج 2، ص 425

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 265، و ج 5، ص 115

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 421، و روى النبوي في المستدرک، ج 13، ص 426، الباب 17 من أبواب الرهن، الحديث: 6، عن درر اللثالي لابن أبي جمهور

ص: 484

وإنّما الكلام (1) في أنّ بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟ أو يقع موقوفا على الإجازة (2)،

---

الحيوان وتأبير النخل، وسقي الأشجار، وتجفيف الثمار ونحوها- فلا يمنع الراهن منه «1».

(1) يعني: لا كلام في عدم الاستقلال، وإنّما الكلام في أنّ أثر عدم الاستقلال هل هو البطلان رأسا أم التوقف على الإجازة؟

و هذا شروع في الجهة الاولى، و أشار إلى إختلاف كلماتهم، كما سيأتي التنبيه عليه.

(2) الظاهر أنه إشارة إلى إختلاف القائلين بعدم بطلان بيع الراهن من أصله- و كونه موقوفا- في كون الموقوف عليه هو إجازة المرتهن خاصة، أو هو افتكاك الرهن خاصة، أو أحدهما على التخيير، كما ذكر ذلك كلّ في المقابس، فقال: «و ذهب آخرون إلى أنها لا تبطل من الأصل، و هؤلاء بين قائل بأنّها تقف على إجازة المرتهن، فإن أجاز صحّت و لزمت، و إلا بطلت، و قائل بأنّها تلزم من طرف الراهن من حين وقوعها، فمتى ارتفع المانع بأن يجيز المرتهن أو ينفك الرهن نفذت. و قائل بأنّها تلزم بالإجازة أو الانفكاك، و لم يتعرض لغير ذلك. و متردّد في لزومها بالانفكاك» ثمّ نقل عبارة أرباب الأقوال المزبورة، فراجع «2».

و لم يتعرّض في عبارته لما إذا أسقط المرتهن حقّ الرهانة، و إنّما أضافه المصنف قدّس سرّه استقصاء للاحتمالات، من جهة كونه من الحقوق القابلة للإسقاط. و ربّما يستفاد من بعض توقف عقد الراهن على إسقاط المرتهن حقّه، و عدم العبرة بإجازته، لعدم كونه مالكا، كما نقله صاحب الجواهر قدّس سرّه و ناقش فيه، فراجع «3».

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 125؛ مفتاح الكرامة، ج 5، ص 116 و 197

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 106

(3) جواهر الكلام، ج 25، ص 200

ص: 485

أو سقوط (1) حقه بإسقاطه أو بالفكّ.

فظاهر عبارة جماعة من القدماء (2) وغيرهم (3) الأوّل، إلّا أنّ صريح الشيخ في النهاية (4) وابن حمزة في الوسيلة (5)

---

(1) فالسقوط عدل للإجازة، ويتحقق تارة بإسقاط المرتهن حقه، واخرى بفكّ الرهن.

(2) كالشيخ المفيد، وشيخ الطائفة في الخلاف والمبسوط، وسلار، والقاضي في المهذب، وابن إدريس قدّس سرّهم، وقد نقل صاحب المقابس عبائرهم، فراجع «1».

ففي المقنعة: «إذا رهن الإنسان شيئاً وقبضه المرتهن منه، لم يكن للراهن والمرتهن أن يتصرّفا فيه ... ثم قال: فإن باع الراهن العقار كان بيعه مفسوخاً، وإن أستاذف إجارته كانت باطلة» «2».

(3) يعني: جماعة من المتأخرين، ولم أظفر بمن حكم بفساد بيع الراهن بدون إذن المرتهن، إلّا ما يظهر من الدروس، ولم أجد نسبة القول إليهم في مفتاح الكرامة والمقابس «3».

نعم، حكم المحقق قدّس سرّهم في البيع بمنع بيع الرهن بدون الإذن «4»، وإطلاقه ينفي صحته لو لحقه الإجازة. ولكنه صرّح في كتاب الرهن بوقوف بيع الراهن على الإجازة «5»، وهو أعلم بما قال.

(4) لكون الشيخ قدّس سرّهم قائلًا- في كتاب النهاية- بجواز العقد الفضولي، ويتفرع عليه صحة بيع الراهن موقوفًا على الإجازة.

(5) نسب كلا القولين إلى ابن حمزة، فقال السيد العاملي قدّس سرّهم: «و ممّا وافق

---

(1) مقابس الأنوار، ص 105 و 106

(2) المقنعة، ص 622

(3) لاحظ: مفتاح الكرامة، ج 4، ص 264 و ج 5، ص 116

(4) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17

(5) المصدر، ص 82

ص: 486

النهاية- في توقفه على إذن المرتهن وإجازته- الوسيلة وغيرها ممّا تأخر عنها، وهو كثير» (1).

و عدّ صاحب المقابس ابن حمزة من أصحاب القول الأوّل مستظهاً ذلك من قوله: «فإن أذن المرتهن له في التصرف صح» (2).

و على كلّ فدعوى المصنّف قدّس سرّه صراحة عبارة الوسيلة في وقوع البيع موقفاً على الإجازة، متوقفة على ظهور «الإذن» في الرضا أعمّ من أن يكون سابقاً على البيع أو لا- حقاً له، وإلاّ فمع مقابلة الإذن والإجازة واختصاص الأوّل بالسابق يشكل دعوى الظهور فضلاً عن الصراحة.

(1) ففي مفتاح الكرامة: «إذا تصرف الراهن بما يمنع منه، فإن كان بعقد أو بعقود كان موقفاً على إجازة المرتهن، كما في النهاية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد، و شرحه لولده، و اللعة، و المقتصر، و غاية المرام، و الميسية، و إيضاح النافع، و المسالك، و الروضة، و الكفاية، و الرياض» (3).

(2) لعلّ مراده بالشاذ هو الشهيد قدّس سرّه على ما حكاه صاحب المقابس «4» عن الدروس، فإنّه جوّز بيع المرتهن إن كان يأذن الراهن أو بإجازته، و اقتصر في بيع الراهن على إذن المرتهن. و ظاهره عدم كفاية لحوق الإجازة في الصحة، فيكون الشهيد قدّس سرّه موافقاً للقدماء القائلين بالبطلان.

قال في الدروس - بعد حكمه بمنع الراهن عن إجازة العين المرهونة، و عتق المملوك -: «ولو أذن المرتهن في ذلك كله جاز. و كذا لا يتصرّف فيه المرتهن إلاّ

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 264

(2) مقابس الأنوار، ص 106؛ الوسيلة، ص 266

(3) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 116

(4) مقابس الأنوار، ص 106

هو كونه (1) موقوفاً.

و هو الأقوى (2)، للعمومات [1] السليمة عن المخصّص،

---

ياذن الراهن، أو إجازته، إلا العتق، فإنه باطل إن لم يأذن» (1).

و يؤيّده أن السيد العاملي قدّس سرّه لم يعدّ - في عبارته المتقدمة - الدروس من القائلين بالوقوف على الإجازة.

(1) أي: كون بيع الراهن - بدون إذن المرتهن - موقوفاً على إجازته.

(2) اختار المصنف قدّس سرّه القول الثاني، وهو صحة بيع الراهن تأهلاً، و توقف نفوذه على إجازة المرتهن، و استدل عليه بوجه ثلاثة:

---

الأوّل: عموم وجوب الوفاء بالعقود، و إطلاق حلّ البيع، و التجارة عن تراض. و المانع من شمولها لبيع الراهن هو تعلق حق المرتهن بالمبيع، و يسقط بإجازته المتعقبة، فيلزم البيع.

فإن قلت: التمسك بعمومات إمضاء العقود و البيع موقوف على انتفاء المخصّص، و المفروض دلالة الإجماع و الأخبار على منع الراهن و المرتهن عن التصرف، و مع قيام المخصّص لا مجال للتمسك بالعموم، بل يتعين الحكم ببطلان بيع

---

[1] الأولى التمسك بغير العمومات من الوجوه الآخر، إذ مقتضى العمومات كون العقد سبباً تاماً لترتب الأثر عليه.

و لعلّ مراده أن العمومات كما يرجع إليها في أصل التخصيص، كذلك يرجع إليها في التخصيص الزائد. و في المقام لمّا علم أصل التخصيص، و لكن تردد الخاص بين كونه نفس الفرد بأن لا يتحقق النقل أصلاً في بيع الراهن، و بين كونه الاستقلال و الوقوف على الإجازة، فالثاني لقلة التخصيص متعين.

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 398

ص: 488

لأنّ (1) معقد الإجماع والأخبار (2) الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال، كما يشهد به (3) عطف «المرتهن» على «الراهن» مع (4) ما ثبت في محلّه من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً، لا باطلاً. وعلى تسليم (5) الظهور في بطلان

الراهن رأساً كما ذهب إليه جمع.

قلت: لا يصلح الإجماع والنص لتخصيص العمومات، وذلك لوجهين:

أحدهما: أنّ المراد بمنع الراهن عن التصرف هو الاستقلال، وعدم الاستجازه من المرتهن. والشاهد على إرادة عدم الاستقلال عطف «المرتهن» على «الراهن» مع تسالمهم على صحة تصرفه في الرهن تأهلاً، وتوقف نفوذه على إجازة الراهن.

ومن المعلوم أن مفاد «المنع» في المعطوف والمعطوف عليه واحد، وهو نفي الاستقلال، لا الفساد.

ثانيهما: أنه لو سلّم ظهور الإجماع في بطلان التصرف رأساً، لم يصلح لتخصيص العمومات، من جهة القطع بعدم تحقق الاتفاق على البطلان، لكثرة القائلين بالصحة وبالوقوف على الإجازة.

وكذا الحال في الأخبار، فإن ظهورها في البطلان موهون بإعراض جمهور المتأخرين، والتزامهم بكون بيع المرتهن كالفضولي موقوفاً على الإجازة.

هذا تقريب الوجه الأوّل، وسيأتي الوجهان الآخريان.

(1) تعليل لسلامة العمومات عن خروج فرد منها، وإشارة إلى دفع دخل مقدّر، تقدم بيانهما بقولنا: «فإن قلت... قلت».

(2) المراد بها إما الأخبار التي ادّعاها شيخ الطائفة في الخلاف، فهي كرواية مرسلّة بالنسبة إلينا، وإما النبوي المرسل في المختلف.

(3) أي: يشهد بأنّ ظاهر «المنع» هو الاستقلال: عطف المرتهن على الراهن.

(4) يعني: مع ملاحظة ما ثبت، فهو تفسير لكيفية الدلالة على نفي الاستقلال.

(5) كذا في النسخ، والأولى: «ولو فرض تسليم...».

التصرف رأساً، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه (1).

هذا كله، مضافاً إلى ما استفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة (2)، معللاً بـ «أنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده» (1) إذ استفاد منه (3): أن كل عقد كان النهي عنه لحقّ آدمي (4) فيرتفع [يرتفع] المنع (5)، ويحصل التأثير بارتفاع المنع

---

(1) أي: خلاف بطلان التصرف رأساً.

(2) هذا ثاني الوجوه، ومحصله: استفادة عدم بطلان بيع الراهن رأساً من التعليل الوارد في صحيحة زرارة الواردة في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه، حيث علّل الإمام أبو جعفر الباقر عليه السلام صحة النكاح بالإجازة بـ «أنه لم يعص الله، وإنما عصى سيّده، فإذا أجازته فهو له جائز» فإنّه يتضمن كبريين: وهما: أن سبب اختلال العقد إن كان أمراً محرّماً بالأصالة، فهو يمنع عن الصحة، إذ لا يتصور الرضا منه سبحانه و تعالى بمعصيته.

وإن كان عصيان المخلوق بعدم رعاية حقّه لم يوجب الفساد، لإمكان زوال كراهته و حصول الرضا. هذا مفاد التعليل.

ولا ريب في اقتضاء عموم العلة صحة بيع الراهن، لأنّه لم يرتكب محرّماً شرعياً، وإنما أهمل حق الرهانة، ولم يستأذن من المرتهن، فإن أجاز نقد بيع الراهن.

(3) أي: من التعليل، ومقصوده من الاستفادة الاستظهار. وهو ربما ينافي عدّه هذا التعليل مؤيداً لصحة البيع الفضولي، لا دليلاً عليه، فراجع «2».

(4) فإنّ حقّ السيد أن يتولّى نكاح عبده، فمبادرته وعدم الاستيذان من المولى معصية له، ولكنها تزول بلحوق الرضا والإجازة.

(5) أي: المنع عن هذا العقد، وهو نكاح العبد بغير إذن مولاه.

---

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث: 1 و 2

(2) هدى الطالب، ج 4، ص 323-331 و ص 465

و حصول الرضا، وليس ذلك (1) كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد، التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى.

هذا كله، مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولي (2).

لكن الظاهر من التذكرة «1»: أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا (3).

---

(1) أي: وليس معصية السيد نظيرا لعصيان الخالق بإيقاع العقد المنهي عنه - كبيع الخمر - حتى يتمتع نفوذه بالرضا المتأخر.

(2) هذا ثالث الوجوه، و تقريب الفحوى: أن المبيع في الفضولي ليس ملكا للبائع، فصحته تستلزم صحة البيع الأولوية فيما كان المبيع ملكا للبائع، غاية الأمر أنه ليس طلقا له، لتعلق حق المرتهن به، و من المعلوم أن إضافة الحق أضعف من الملك.

و يمكن تقريب الفحوى بأن يقال: ان الإجازة في البيع الفضولي تقيد أمرين، أحدهما: استناد العقد إلى المالك، ليتحقق موضوع وجوب الوفاء بالعقد، لوضوح اختصاص الخطاب به بالمالك.

ثانيهما: الرضا المعتبر في العقد.

ولما كان العقد صادرا من الراهن المالك، كانت الإجازة دالة على الرضا خاصة، و من المعلوم اقتضاء ما دلّ على صحة البيع الفضولي صحة بيع الراهن بالأولوية [1].

(3) غرضه المناقشة في الفحوى بما أفاده العلامة قدّس سرّه من إنكار الأولوية، لأنّه

---

[1] لكن يمكن منع الأولوية بدعوى احتمال كون حق الرهن كحق الاستيلاء مانعا عن أصل الانتقال، دون عدم الملكية، فإنّه لا يمنع عن الانتقال في بيع الفضولي، فلا أولوية في البين.

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 42

ص: 491



وفيه (1) نظر، لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«لا- بيع إلا في ملك» لا يلزمه (2) البطلان هنا، بل الأظهر ما سيجيء (3) عن إيضاح النافع: من أن الظاهر وقوف هذا العقد وإن قلنا ببطلان الفضولي.

---

ادّعى أن كل من قال ببطلان عقد الفضولي قال ببطلان العقد هنا، وهذا ينافي الأولوية. لاقتضائها صحة عقد الرهن ولو مع القول بفساد عقد الفضولي.

(1) أي: وفي ما يظهر من التذكرة نظر، وهذا إشكال على دعوى المساواة بين عقد الفضولي وعقد الرهن. ومحصل الإشكال: أن مستند بطلان بيع الفضولي هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا بيع إلا في ملك» ومن المعلوم أنه لا يصلح لإثبات بطلان عقد الرهن، لكونه مالكا للمبيع. ومنشأ البطلان في عقد الفضولي - على ما هو ظاهر الرواية - فقدان الملكية، والمفروض وجودها في عقد الرهن، فيمكن تصحيح عقده دون عقد الفضولي.

نعم، إن كان مستند بطلان بيع الفضولي غير هذا النبوي - من النصوص والإجماع وحكم العقل بقبح التصرف في ملك الغير (1) - أمكن استظهار المساواة.

ولكن الظاهر أن عمدة دليل القائل ببطلان البيع الفضولي هو النبوي المذكور في المتن، ولذا منع المصنف قدس سره دعوى المساواة بوجود الفارق، وهو كون الرهن مالكا، فلا يخاطب بالنهي عن البيع.

والمتحصل من الوجوه الثلاثة: صحة بيع الرهن اقتضاء، وتوقفه على الإجازة.

(2) خبر قوله: «من استند» والضمير البارز راجع إلى الموصول.

(3) يعني: أن الفحوى التي ادعاها المصنف قدس سره حكيمة عن الفاضل القطيفي أيضا كما في مفتاح الكرامة (2). لكن لم أجد في المباحث القادمة نقل هذا المطلب عن

---

(1) لاحظ أدلة المانعين في مسألة الفضولي، هدى الطالب، ج 4، ص 471-512

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 264

وقد ظهر من ذلك (1) ضعف ما قوّاه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكا بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهي، قال:

«و هو موجب للبطلان و إن كان لحقّ الغير، إذ العبرة بتعلق النهي بالعقد (2)

---

إيضاح النافع، و لا بد من مزيد التتبع.

(1) أي: وقد ظهر من الوجوه المتقدمة- الدالة على صحة عقد الرهن- ضعف القول الآخر الذي اختاره صاحب المقابس قدّس سرّه، فإنّه ذكر أوّلا اقتضاء الأصل و العمومات و الأولوية الصحة، ثم قال: «و لا يخفى أنّ هذه الأدلة بأسرها مدخولة، لما تقدم من نقل جماعة منهم الإجماع على كونه- أي الرهن- ممنوعا من التصرف، و اتفاق كلمة الأصحاب عليه، كما سبق، و حكاية الشيخ ورود الأخبار بذلك، و نقل العلامة رواية نبوية فيه. و ظهر أنّه- أي المنع- المناسب للغرض الباعث على وضع عقد الرهن، فإذن لا محيص من القول بالمنع، و هو موجب للبطلان و إن كان لحقّ الغير...» (1) إلى آخر ما نقله المصنف عنه.

و كلامه يقع في مقامين، أحدهما: استدلاله على فساد بيع الرهن، و ثانيهما:

ردّ الوجوه المستدلّ بها على الصحة.

(2) هذا شروع في المقام الأوّل، و توضيحه: أنّ النهي المتعلق بالمعاملة لأمر داخل فيها- كالنهي عنها لصيرورة أحد العوضين متعلق حق غير المتعاقدين، كتعلق حق المرتهن بالمبيع الموجب للنهي عن بيعه- يوجب فسادها.

نعم، إذا تعلقّ بأمر خارج عنها كالنهي عن المعاملة وقت النداء- إذ النهي عنها يكون لأجل الصلاة، لا لتعلق حق شخص بأحد العوضين- لم يقتض فسادها.

فكأنّه قال: النهي تعلق بالمعاملة لأمر داخل فيها، و كلّما كان كذلك يفسدها، فبيع الرهن باطل لا موقوف، كالنهي عن بيع الوقف و أمّ الولد، لتعلق حق الموقوف عليه بالموقوفة، و تعلق حق الاستيلاء بأمّ الولد.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 108

ص: 493

- لا- لأمر خارج عنه- و هو (1) كاف في اقتضاء الفساد، كما اقتضاه في بيع الوقف (2) و أمّ الولد (3) و غيرهما (4)، مع استواء الجميع (5) في كون سبب النهي حقّ الغير».

ثمّ أورد على نفسه بقوله: «فإن قلت (6): فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي و عقد المرتهن، مع أنّ كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن (7) في المنع

---

(1) أي: تعلق النهي بالأمر الداخِل في العقد كاف في اقتضاء الفساد.

(2) كقوله عليه السّلام: «لا يجوز شراء الوقف» المقتضي للفساد.

(3) مثل النهي المستفاد من إنكار بيعها في رواية السكوني التي ورد فيها: «من يشتري منّي أمّ ولدي؟».

(4) كالنهي عن بيع الخمر و الخنزير و بيع الربا.

(5) أي: أنّ سبب البطلان في الوقف و أمّ الولد تعلق حق الغير، و هو متحقق في بيع الراهن أيضا، فلا بد من فساد بيعه.

(6) هذا إشكال على اقتضاء النهي عن العقد للفساد، و حاصله: أنّه على تقدير اقتضاء النهي المتعلق بالمعاملة- لأمر خارج عنها- للفساد يلزم الحكم ببطلان عقد الفضولي و عقد المرتهن، لكون النهي فيهما أيضا لا لأمر خارج، بل لمراعاة حق المالك، مع أنّهما موقوفان على إجازة المالك، لا- أنّهما باطلان. فلا بد من الحكم بالصحة في الجميع أو البطلان كذلك. و لا وجه للتفكيك بين بيع الراهن و بين بيع المرتهن و الفضولي، بالفساد في الأوّل، و الصحة- بإجازة المالك- في الأخيرين. كما لم يفكك أكثر الأصحاب بين بيع الراهن و بين بيع المرتهن، و جعلوهما بوزان واحد في تعلق النهي بهما.

(7) حيث عبّر بعضهم بعدم جواز التصرف، و آخر بعدم الصحة، و ثالث بالمنع.

- كما دلّت عليه الرواية (1) - فيلزم (2) بطلان عقد الجميع أو صحته، فالفرق تحكّم.

قلنا (3): إن التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرّم، ولا تحلله

---

(1) وهي المرسلة المروية في المختلف.

(2) هذا نتيجة مساواة عقد الراهن والمرتهن في المنع.

(3) هذا جواب الإشكال، و توضيحه: أنّ التصرف المتعلق به النهي تارة يكون تصرفا خارجيا، كالانتفاع بالأكل أو الشرب أو غيرهما من الأفعال الخارجية المتعلقة بالأعيان. و اخرى يكون تصرفا اعتباريا كالعقد أو الإيقاع.

أمّا الأول فيكون حراما، ولا تؤثر الإجازة في حليته.

و أمّا الثاني، فإن وقع بنحو الاستقلال من دون إضافته إلى المالك، فالظاهر أنّه حرام أيضا، ولا يجدي في صحته الإجازة، لأنّ الفعل لا يتغيّر عمّا وقع عليه. و إن وقع على وجه النيابة عن المالك لم يعدّ تصرفا منهيا عنه، ولا يكون حراما.

فالعقد الصادر من الفضولي أو المرتهن حرام إن كان على وجه الاستقلال، ولا يجديه الإجازة. و جائز إن كان على وجه النيابة عن المالك، و تجديه الإجازة، فعقد الفضولي والمرتهن يتصوّر على نحوين حرام و جائز.

و أمّا المالك فلا يتصور في عقده النيابة و الاستقلال حتى يكون حراما تارة و جائزا اخرى، بل المتصور فيه هو الاستقلال فقط، لانحصار الملكية فيه، فهو إمّا جائز تكليفا و نافذ وضعا كما إذا لم يكن محجورا عن التصرف في ماله بأحد موجبات الحجر. و إمّا حرام و غير نافذ إن كان محجورا فيه، كما إذا تعلق به حق المرتهن، فتخصّص العمومات المقتضية للصحة بالإجماعات و الأخبار الناهية عن التصرف في العين المرهونة، إذ ليس مطلق الملك مسوّغا للبيع، بل المسوّغ هو الملك غير المحجور عن التصرف فيه، ولذا لا يجوز بيع أمّ الولد و نحوها مما يكون متعلق حق غير المالك، الموجب لنقص سلطنة المالك.

وإن كان (2) عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع (3) بطريق الاستقلال - لا - على وجه النيابة عن المالك - فالظاهر أنه (4) كذلك، كما سبق في الفضولي، وإلا (5) فلا يعدّ

---

فمحصل مرام المقابس هو الالتزام ببطلان بيع الراهن، إذ لا يتصور تصرفه على وجه النيابة عن المالك حتى يكون موقفاً على الإجازة. ففرق بين عقد الراهن وعقد المرتهن، وصحة الثاني لا تستلزم صحة الأول.

(1) يعني: أن التصرف الخارجي في مال الغير محرّم لكونه بغير إذنه، ولا توجب الإجازة اللاحقة انقلاب الحرمة التكليفية إلى الحلية، لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه. ولذا يبطل الوضوء بماء الغير مع كراهته، وإن رضي بعده.

(2) أي: وإن كان التصرف المنهي عنه - في مال الغير - بالعقد عليه من بيع أو تزويج أو هبة، فله صورتان.

(3) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، وموردها الغالب بيع الغاصب، وحكم هذا التصرف الاعتباري حكم التصرف الخارجي في عدم انقلاب المنع إلى الجواز بالإجازة المتأخرة.

(4) أي: أن هذا التصرف بالعقد والإيقاع محرّم، وباطل كما سبق تفصيله في الموضوع الثاني - من بيع الفضولي - الذي عقده صاحب المقابس لحكم بيع الغاصب، حيث قال: «فإذا بطلت هذه الوجوه بأسرها تعيّن بطلان العقد من أصله» (1). وعقد المصنف قدّس سرّه ثلاثة مسائل البيع الفضولي لحكم بيع الغاصب، فراجع (2).

(5) هذا إشارة إلى الصورة الثانية أي: وإن لم يقع بطريق الاستقلال - بل على وجه النيابة عن المالك - كان خارجاً موضوعاً عن التصرف المنهي عنه في مال

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 33

(2) هدى الطالب، ج 4، ص 539-614

تصرفاً يتعلّق به النهي. فالعقد (1) الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً، وقد لا يكون كذلك (2).

و كذا (3) الصادر عن المرتهن إن وقع (4) بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان، كان (5) منهياً عنه. وإن كان (6) بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة (7)، فلا يزيد (8) عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به (9) نهياً أصلاً.

الغير، بل هو جائز، فإن أجازته المالك نفذ، وإن ردّه بطل.

(1) هذا إجمال صورتي التصرف في مال الغير.

(2) أي: محرّماً.

(3) معطوف على العقد الصادر من الفضولي. و غرضه أن عقد المرتهن له صورتان، فقد يقصد الاستقلال و وقوع البيع لنفسه، فيكون ممنوعاً للنهي عنه. وقد يقصد النيابة عن الراهن، ليقع البيع له، فيكون فضولياً قابلاً للنفوذ بإجازة الراهن.

(4) يعني: أن قصد الاستقلال المفسد للبيع يستند تارة إلى البناء على العدوان و الغصب، وقد يستند إلى الجهل - بالحكم أو الموضوع - فيزعم المرتهن ثبوت السلطنة له على بيع العين المرهونة بدون مراجعة الراهن. و لا فرق في البطلان بين الفرضين.

(5) جواب الشرط في «إن وقع».

(6) معطوف على «إن وقع» يعني: أن العقد الصادر من المرتهن إن كان بقصد النيابة كان فضولياً قابلاً للصحة بلحوق إجازة الراهن به.

(7) إذ المعهود من «الفضولي» هو إنشاء الإيجاب و القبول، و يكون أمر الوفاء بمقتضى العقد - كالتقبض و الإقباض - بيد من له الولاية عليه بعد الإجازة.

(8) جواب الشرط في «وإن كان».

(9) أي: بالصادر عن المرتهن، أي العقد الصادر منه.

و أمّا المالك (1)، فلمّا حجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلاّ مستندا إلى ملكه، لانحصار المالكية فيه، و لا معنى لقصده النياية (2)، فهو (3) منهي عنه، لكونه (4) تصرفا مطلقا، و منافيا للحجر (5) الثابت عليه. فيخصّص (6) العمومات بما ذكر. و مجرد الملك لا يقضي بالصحة (7)، إذ الظاهر (8) بمقتضى التأمل:

(1) غرض صاحب المقابس قدّس سرّه إثبات بطلان بيع الراهن، و عدم كونه قابلا للصحة، لا من جهة كونه مندرجا في عنوان «الفضولي» ليصح بالإجازة اللاحقة، و لا من جهة كونه بيع المالك المستقل في التصرف.

أمّا الأول فلان صحة الفضولي متوقفة على قصد النياية عن المالك، و المفروض امتناع تمثّي هذا القصد من الراهن، لكونه مالكا، فلا ينوي إلاّ وقوعه لنفسه، لا للمرتهن و لا لغيره.

و أمّا الثاني فلعدم استقلاله في التصرف بعد اقتضاء أدلة الرهن حجر الراهن عنه، مع أنّه لا يكفي في البيع ملك العين، بل لا بد من السلطنة على التصرف أيضا، و هي مفقودة حسب الفرض. فيبطل حينئذ.

و عليه فلا سبيل لتصحيح بيع الراهن لا بعنوان كونه فضوليا و لا بعنوان كونه أصيلا. و يتعين تخصيص عموم الأمر بالوفاء و حلّ البيع بما دلّ على حجر الراهن، هذا.

(2) كما تقدم آنفا بقولنا: «أمّا الأول فلأنّ صحة الفضولي ...».

(3) جواب الشرط في «فلمّا حجر» و الضمير راجع إلى العقد.

(4) أي: لكون عقد الراهن تصرفا غير مسبوق بإذن المرتهن.

(5) كذا في النسخ، و في المقابس «و منافاته للحجر» و المعنى واحد.

(6) هذا نتيجة عدم ولاية الراهن على التصرف في العين المرهونة.

(7) تقدم آنفا عدم كفاية ملك العين في البيع.

(8) هذه الجملة منقولة بالمعنى، و العبارة في المقابس هكذا: «إذ الظاهر بمقتضى

أنّ الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه، ولذا (1) لم يصحّ البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا، للمنع عن التصرف».

ثم قال: «وبالجملة (2): فالذي يظهر من تتبّع الأدلة [بالتتبع في الأدلة]:

أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك، فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته (3). وأمّا إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته، أو صدرت منه، و كان تصرفه (4) على وجه الأصالة، فلا تقع على وجهين (5)، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان

---

التأمل الصادق: أن المراد بالملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه، ولذلك لم يصحّ البيع ... الخ».

(1) أي: ولأجل أن الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل و ملك التصرف، لم يصحّ بيع ما كان الملك ناقصا فيه، للحجر عن التصرف لسفه أو فلس مثلا.

(2) هذا ملخص ما أفاده صاحب المقابس من اقتضاء القاعدة فساد بيع الراهن بدون إذن المرتهن.

(3) يعني: إن كانت العقود على وجه النيابة، لا على وجه الاستقلال، وإلا فتبطل.

وبالجملة: التصرفات الصادرة من المالك أو بإذنه إمّا صحيحة لازمة، وإمّا باطلة غير قابلة للإجازة، فلا تقع موقوفة.

وعليه فيبيع الراهن للمرهونة باطل، بخلاف بيع المرتهن و الفضولي إذا أوقعاه على وجه النيابة، فإنّه قابل للإجازة، وإمّا إذا أوقعاه على وجه الاستقلال، فيكون حراما و باطلا.

(4) هذا الضمير و ضمير «منه» راجعان إلى المالك.

(5) وهما: وقوع القعود بنحو الاستقلال حتى تحرم و تقسد كما إذا أوقعها الفضولي لنفسه. و وقوعها بقصد النيابة عن المالك، فتكون موقوفة على الإجازة.



وضع ذلك العقد على اللزوم (1).

وأما التعليل (2) المستفاد من الرواية المروية في النكاح- من قوله: لم يعص الله وإنما عصى (3) سيده... إلى آخره- فهو جار في من لم يكن مالكا، كما أن العبد لا يملك أمر نفسه. وأما المالك المحجور عليه، فهو عاص لله بتصرفه (4).

(1) وأما إذا كان عقد المالك جائزا كما إذا وهب المرهون بإذن المرتهن، كانت هبته جائزة لا لازمة.

(2) هذا شروع في المقام الثاني، وهو المناقشة في دليل القائلين بالصحة، وحاصله: أن الاستدلال على الصحة بالتعليل المستفاد من رواية النكاح مخدوش، لأن مورد التعليل هو غير المالك كالعبد، فلا يجري في المالك المحجور عن التصرف العاصي لله تعالى- دون المرتهن- بتصرفه، فلا يقال: «إنه عاص للمرتهن» لأنه ليس مالكا. نعم منع الله تعالى عن تفويت حقه. وكذا كل مالك محجور لعارض. فالتعدي عن مورد التعليل إلى غيره كالمالك المحجور عن التصرف في ماله قياس باطل.

هذا ما يتعلق بمنع التعليل. وأما فحوى صحة بيع الراهن من عقد الفضولي، فقد منعها صاحب المقابس قدس سره قبل قوله: «و بالجمله» بما لفظه: «و تمنع دعوى الأولوية أيضا، فإن الحجر هو الفارق بين المقامين». و أما عمومات الصحة فقد تقدم في كلامه أيضا كونها مخصصة بما دل على حجر الراهن عن التصرف.

(3) المراد بمعصية العبد لسيدته هو التخطي عن وظيفة العبودية بعدم الاستيذان، فيكون أمر الصحة و البطلان بيد السيد، فإن أجاز نفذ، و إن ردّ لغا.

(4) مع كونه ممنوعا من التصرف، يعني: أن المرتهن إن كان مالكا للعين المرهونة- كالسيد المالك لرقبة العبد- صدق على بيع الراهن «أنه معصية للمرتهن» فيصح بإجازته. و إن لم يكن مالكا- كما هو الفرض- كان بيع الراهن عصيانا له تعالى، فيقع فاسدا، و لا تنفعه الإجازة. كما أن العبد لو تزوج بذات عدة كان باطلا و لم يجده إجازة السيد. و بهذا ظهر أجنبية التعليل- الوارد في نكاح العبد- عن بيع الراهن.

ص: 500

و لا يقال: إنه عصى المرتهن، لعدم (1) كونه مالكا. وإنما منع الله من تقويت حقه بالتصرف.

و ما ذكرناه (2) جار في كل مالك متولٍّ لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفسل وغيره (3)، فيحكم بفساد الجميع.

وربما يتجه الصحة (4) فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة [1].

---

(1) تعليل ل «لا يقال» و تقدم بيانه آنفا.

(2) غرض صاحب المقابس قدس سره من هذه الجملة عدم اختصاص فساد البيع ببيع الراهن، و عمومته لتصرف سائر المالك المحجورين، لكونه عصيانا للنهي الشرعي، فيقع باطلا و لا- سبيل لتصحيحه بالإجازة اللاحقة له، كالمفلس الممنوع من التصرف في أمواله بحكم الحاكم، فلو باع أو اشترى و أجازته الغرماء لم يصح.

و كذا السيد المستولد لجاريتته، فإن منع إخراجها عن ملكه يقتضي فساد النقل و إن ارتفع المانع كما إذا مات ولدها- بعد البيع- في حياة السيد.

(3) كالتفه.

(4) حاصله: أنه إذا كان منشأ منع المالك عن البيع على وجه الاستقلال- بحيث لا يزاحمه أحد- هو مصلحة الغير كعدم تضرر الشريك الآخذ بالشفعة، لم يكن مانع من صحة بيع المالك مع ثبوت حق الشفعة للشريك. كما إذا كانت دار ملكا مشاعا لاثنين، فباع أحدهما حصته من أجنبي، فلا يجوز للمشتري بيع حصته،

---

[1] فيه: ان هذه المصلحة موجودة في المقام أيضا، فمصلحة المرتهن أيضا تقتضي وقوف بيع الراهن على إجازته. و لم يظهر فرق من هذه الجهة بين بيع الشريك الموجب لثبوت حق الشفعة للشريك الآخر، و بين بيع الراهن للمرهونة، فلا بد من القول بالصحة فيهما معا، أو البطلان كذلك.

فالقول (1) بالبطلان هنا- كما اختاره أساطين الفقهاء- هو الأقوى» انتهى كلامه، رفع مقامه.

ويرد عليه- بعد منع (2) الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه

وهذا النهي لأجل مصلحة الشريك ليتمكن من الأخذ بالشفعة وضمّ المبيع إلى حصة نفسه. فلو باعها المشتري من شخص، وأجازه ذو الحق- وهو الشفيع- صحّ. وهذا بخلاف الراهن، الذي يقع بيعه باطلا رأساً.

(1) هذا نتيجة البحث في بيع الراهن. وعليه فهذه الجملة مرتبطة بما قبل قوله:

«وربما يتجه الصحة» فلا تغفل.

هذا تمام كلام صاحب المقابس، وأورد المصنف قدّس سرّه عليه بوجوه، سيأتي بيانها.

(2) هذا أول الوجوه، وتوضيحه: أنّ حقيقة البيع هي المبادلة بين المالين اللذين هما ركنا البيع، ولا دخل لقصد خصوصية البائع أو المشتري في إنشاء المبادلة أصلاً كما تقدم في بحث الفضولي، فقصد البيع لنفسه أو لغيره خارج عن حيّز المعاملة.

فما أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه في قوله: «قلنا: ان التصرف...» من الكبرى، وهي: أن صحة عقد الفضولي بالإجازة المتعقبة منوطة بقصد النيابة عن المالك، فلو وقع بقصد الاستقلال- كما في الغاصب- كان باطلا رأساً ممنوع، لعدم دخل قصد الاستقلال والنيابة عن المالك في حقيقة البيع، فالمهمّ لحقوق إجازة المالك ووقوع البيع له، سواء قصد المنشئ النيابة أو الاستقلال.

فإن قلت: النزاع هنا بين المصنف وصاحب المقابس مبني، لأنه قدّس سرّه بنى بطلان بيع الراهن على ما أسّسه في بيع الغاصب من فساد البيع الفضولي لو لم يقصد وقوعه للمالك ولا توقّعا لإجازته. والمصنف قدّس سرّه بنى الصحة على عدم دخل قصد النيابة والاستقلال. ومن المعلوم أنّ الإشكال المبني لا يجدي إلا بتحقيق المبني.

قلت: نعم، وإن كان صريح عبارة المقابس: «كما سبق في الفضولي» تسلّم بطلان بيع الغاصب لأجل استقلاله في التصرف وعدم الاستحالة من المغصوب منه،

فيطلب بيع الراهن هنا من جهة امتناع قصد النيابة، و كونه مالكا، إلا أن غرض المصنف قدس سره منع المبنى بما فصّله في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، و لعلّه قدس سره ترك الإشارة إلى ما حقّقه هناك لقرب العهد، و لا بأس بنقل جملة منه، و هي: «فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى... فعلم من ذلك أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردّد الأمر في هذا المقام بين المحذورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلث بعوض، من دون تعرض لمن يرجع إليه العوض» فراجع «1».

(1) معطوف على «بيع» و الضمير راجع إلى ملك الغير.

(2) معطوف على «منع» و هذا ثاني الوجوه، و حاصله: أنّ كل نهي لا لأمر خارج عن المعاملة لا يقتضي الفساد، بل الدال على الفساد خصوص الإرشادي لا المولوي الذي هو ظاهر المنع في ما دلّ على أنّ «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف».

فهذا الجواب راجع إلى منع الكبرى، و هي «اقتضاء النهي الراجع إلى أحد العوضين للفساد» و الصغرى هي: تعلق النهي بما يرجع إلى أحد العوضين، حيث إنّ المبيع صار متعلق حق المرتهن، و لذا نهى الراهن عن التصرف فيه، و يبيعه تصرف فيه، فهو منهى عنه.

و المصنف قدس سره منع كلیة الكبرى، و أنّ كلّ نهي لا يقتضي الفساد، بل إذا كان إرشادا إلى المانع. و ليس كذلك إذا تعلق النهي بمتعلق حق الغير، فإنّ المراد به نفي الاستقلال، لا البطلان، ضرورة أنّه صحيح و لازم بلا إشكال مع إذن المرتهن قبل البيع، و لا دليل على اعتبار مقارنة الرضا من ذي الحق في صحة المعاملة، كما تقدم في بحث الفضولي. فالإجازة اللاحقة أيضا تنفّذ المعاملة، هذا.

(1) تقدم في (ص 493) مثال النهي عن نفس العقد، و النهي عن خارجه.

(2) هذا ثالث الوجوه، و هو ناظر إلى منع ما في المقابس من عدم قصد النيابة في بيع الراهن حتى يمكن تنفيذه بإجازة المرتهن، حيث قال: «و كان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه، لانحصار المالكية فيه، و لا معنى لقصده النيابة، فهو منهي عنه».

و توضيح إيراد المصنف قدس سره عليه: أنّ معاملة الراهن تتصور أيضا بنحوين، و هما: قصد الأصالة و عدمها، كما يتصوران في الفضولي و المرتهن.

أمّا قصد الاستقلال فكما إذا باع ماله المرهون بانيا على عدم الاستجازة من المرتهن، و هذا ما تصوّره صاحب المقابس و جعله تصرفا منهيّا عنه.

و أمّا قصد عدم الاستقلال، فكما لو باع برجاء إجازة المرتهن، من دون نية الاستقلال حال العقد.

و قد يقصد الاستقلال مع عدم النهي عنه، لأن الغصب هو التصرف العدواني في مال الغير، و من المعلوم توقف عنوان الاعتداء على تنجز حرمة التصرف في الرهن لتعلق حق المرتهن به. فمع عدم تنجزه ينبغي صحة بيع الراهن أصالة، كما يتصور في موارد:

منها: ما لو باع ماله المرهون جاهلا بكونه رهنا، كما إذا استدان الولي للصبي، و جعل ماله رهنا على الدين، و لم يعلم به الصبي حتى بلغ و باع المال زاعما كونه طلقا، فتبيّن كونه رهنا.

و منها: ما لو علم بالرهن، و جهل حكمه من كونه ممنوعا من التصرف فيه.

و منها: ما لو علم بالحكم و موضوعه، و لكنه نسي كونه رهنا، فباع قاصدا للأصالة.

أنّ (1) نظير (2) ذلك (2) يتصوّر في بيع الرّاهن، فإنّه (4) قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن، ولا ينوي الاستقلال. وقد يبيع [استقلالاً] (5) جاهلاً بالرّهن، أو بحكمه (6)، أو ناسياً. ولا حرمة في شيء من ذلك (7)، فتأمل (8).

---

(1) الجملة في محلّ رفع على أنّها فاعل لقوله: «و يرد عليه».

(2) التعبير «بالنظير» لأجل أنّ بيع الرهن بتوقّع الإجازة ليس من النيابة الجارية في بيع الفضولي والمرتهن كما هو واضح، بل هذا المثال نظيرهما في مجرد عدم الاستقلال، كما لا يخفى.

(3) أي: وقوع البيع تارة بقصد الأصالة، و أخرى بقصد النيابة.

(4) أي: فإنّ الرهن العالم بالرهن وبحكمه يمكن أن يبيع لنفسه متوقفاً لإجازة ذي الحق، وهو المرتهن.

(5) هذه الكلمة غير مذكورة في نسختنا، وأثبتناها عن بعض النسخ المصححة.

وهو الأولى، للفرق بين الراجي للإجازة وبين الجاهل بالرهن، فالأول يبيع متوقفاً للإجازة، بخلاف الجاهل والناسي، فهما يبيعان أصالة، ولكن ليس بيعهما عدواناً على المرتهن، لعدم تنجز النهي عليهما.

(6) يعني: إذا كان الجهل بالحكم قصورياً، لا تقصيرياً.

(7) أي: في بيع الجاهل - بالرهن أو بالحكم - أو في بيع الناسي.

(8) هذه الكلمة مذكورة في نسختنا دون سائر النسخ، والأولى إثباتها، وكتب السيد الاستاد قدّس سرّه في الهامش: «وجه التأمل على ما نقل عنه رحمه الله في الدرس:

أنّه يمكن المناقشة في غير المثال الأوّل بأنّ الموجب للفساد النهي الواقعي، وعدم تأثيره في الصور المذكورة في الحرمة لا ينفع في الحكم بالصحة، مع عدم العذر عنه الجهل بالحكم أو لسيانته» (1).

---

(1) المكاسب، الطبعة الحجرية المطبوعة عام 1286، ص 183

ص: 505

وهو كذلك، ضرورة أنّ دلالة النهي على الفساد غير مترتبة على تنجزه.

ووجه كون النهي واقعيا هو تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة.

(1) هذا رابع الوجوه، وغرضه قدّس سرّه منع كبرى «دلالة النهي عن المعاملة لأمر داخل فيها على الفساد».

وحاصله: أنّ النهي في معاهد الإجماعات والأخبار لا يدل على الفساد، لقيام قرينة على ذلك، وهي عطف «المرتهن» على «الراهن» وقد تقدم أنّ المنع عن بيع المرتهن إنّما يكون على وجه الاستقلال، دون ما إذا كان على وجه النيابة، فإنّه يصح وينفذ بالإجازة. فالراهن أيضا كذلك.

وتوضيحه: أنّ المقتضي لصحة بيع الراهن تأهلا موجود، والمنع مفقود.

أما وجود المقتضي في مقام الإثبات فهو عموم الأمر بالوفاء بالعقود، وإطلاق حلّ البيع والتجارة عن تراض، إذ لا قصور في شمولها لبيع الراهن المفروض كونه مالكا للمبيع.

وأما فقد المنع فلأنّ المنع هو النبوي المرسل من «منع الراهن والمرتهن عن التصرف في الرهن» والإجماع على هذا المضمون.

ولكن لا يصلح شيء منهما للمنع عن الصحة. أمّا المرسل فلتعلّق «المنع» بتصرف كلّ من الراهن والمرتهن، والمفروض قيام القرينة على أن المقصود بمنع المرتهن هو عدم الاستقلال، لا الفساد رأسا، فلو باع موقوفا على إجازة الراهن صحّ بلا إشكال. ومقتضى وحدة السياق إرادة هذا المعنى بالنسبة إلى الراهن، فلو باع برجاء إجازة المرتهن، وأجازته، لم يكن مشمولاً للمنع الوارد في المرسلة.

ولو شكّ في عموم «المنع» لما إذا باع متوقعا للإجازة، تعيّن الرجوع إلى عمومات الصحة، لكونه من موارد إجمال المقيد، لدورانه بين الأقلّ والأكثر، فيقتصر في التقييد على ما إذا باع ولم يجزه المرتهن.

و الأخبار (1) على منع الراهن كونه (2) على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الإجماع و الأخبار، أعني قولهم: «الراهن و المرتهن ممنوعان»، و من المعلوم (3) أنّ المنع في المرتهن إنّما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً، و حاصله (4) يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء (5) بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه في ذلك (6). و إثبات المنع (7) أزيد من ذلك

---

و أما الإجماع على منع التصرف فكذلك، لذهاب المجمعين إلى صحة تصرف المرتهن بإجازة الراهن، و عدم بطلانه رأساً، فيكون قرينة على المراد من منع الراهن.

و لو شكّ لزم الأخذ بالمتيقن من الدليل اللّبي، و هو الحكم بالفساد على تقدير عدم تعقب الإجازة.

(1) الظاهر أن المراد بالأخبار هو ما ادّعه شيخ الطائفة قدّس سرّه في الخلاف، لا خصوص ما أرسله العلامة في المختلف، فإنّه خبر واحد بهذا المضمون.

(2) يعني: لم ينهض دليل بالخصوص على منع الراهن عن التصرف، و إنّما ورد المنع عن تصرفهما معا في دليل واحد.

(3) غرض المصنف قدّس سرّه إقامة القرينة على أنّ المنع في الراهن ليس بمعنى البطلان، و هي: أنّ المنع في المرتهن متعلق بالاستقلال، كما تقدم آنفاً.

(4) أي: و حاصل منع الراهن و المرتهن - بقرينة السياق و بضميمة تسلّم الحكم في تصرف المرتهن - هو منعهما عن التصرف على وجه الاستقلال، و عدم لحوق الإجازة من الآخر.

(5) معطوف على «العقد» أي: منع الوفاء على وجه الاستقلال.

(6) أي: في العقد على العين المرهونة، و الوفاء به.

(7) أي: و إثبات منع تصرفهما في الرهن أزيد من العقد - على وجه الاستقلال - يحتاج إلى دليل، و هو مفقود.



يحتاج إلى دليل، و مع عدمه يرجع إلى العمومات (1) [1].

وأما ما ذكره- من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما (2) نحن فيه مستندا (3) إلى الفرق بينهما- فلم أتحمق (4) الفرق بينهما،

---

(1) لحجية أصالتي العموم والإطلاق في الشك في التخصيص الزائد، و التقييد كذلك.

(2) متعلق ب «جريان» و المراد ب «ما نحن فيه» بيع الراهن العين المرهونة.

(3) حال ل «منع».

(4) جواب الشرط في قوله: «و أما ما ذكره». و هذا خامس وجوه الاعتراض على ما في المقابس، و هو ناظر إلى ما أفاده قدس سرّه من منع

دلالة التعليل - الوارد في نكاح العبد بغير إذنه- على نفوذ بيع الراهن بإجازة المرتهن، حيث قال: «و أما

---

[1] الإنصاف عدم ورود هذا الإشكال على المقابس، لأنه لا ينكر كون بيع المرتهن موقوفا على إجازة الراهن، و إنما يدعي الفرق بين بيعه و بيع الراهن في أنّ النيابة عن المالك لا تتصور في بيع الراهن، بخلاف بيع المرتهن، فإنه يتصور فيه كل من الاستقلال و النيابة، فإن وقع على الوجه الثاني صح و نفذ بإجازة الراهن، و إن وقع على وجه الاستقلال لم يصح. فإذا فرض وقوع البيع من الراهن على وجه النيابة فيلتزم بمقتضى لازم كلامه بالصحة.

بل قد يتأمل في قرينية صحة تصرف المرتهن بالإجازة على ما يراد من منع الراهن، وجه التأمل: أن «المنع» ظاهر في مطلق التصرف حتى الموقوف على الإجازة، و دلالة المقيّد المنفصل على ما يراد بالمنع في المرتهن، لا توجب ظهور «المنع» في طرف الراهن في ذلك. نعم، لا بأس بذلك في القرينة المتصلة، فتأمل.

فالاولى ردّ المقابس بأنه كما يمكن بيع المرتهن لا على وجه الاستقلال، كذا يمكن بيع الراهن كذلك، و هو الجواب الثالث الذي ذكرناه.

بل الظاهر (1) كون النهي في كلّ منهما (2) لحقّ الغير، فإنّ منع الله جلّ ذكره من تقويت حقّ الغير ثابت في كلّ ما كان النهي عنه لحقّ الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي، و نكاح العبد، و بيع الراهن.

وأما ما ذكره- من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أمّ الولد- ففيه (3): أنّ الحكم فيهما تعبد،

---

التعليل المستفاد من الرواية المرويّة في النكاح ... فهو جار في من لم يكن مالكا ...».

و ملخص إشكال المصنف قدّس سرّه عليه هو: أنّه لم يظهر فرق بين مورد التعليل أعني النكاح، و بين المقام و الفضولي و غير ذلك مما يكون النهي لتعلق حقّ الغير بأحد العوضين، إذ منشأ النهي هو تعلق حقّ الغير، و من المعلوم أنّه موجود في الكل و لا- فرق بين مورد التعليل من عدم كون العبد مالكا، و بين بيع الراهن من كونه مالكا محجورا عن التصرف، رعاية لحقّ المرتهن و مصلحته.

و عليه فالحقّ صحة التمسك- على صحة بيع الراهن- بالعلة المزبورة.

(1) إذ لا خصوصية- بنظر العرف- للمورد، بل العبرة بعموم التعليل الوارد، كما في مثل «لا تأكل الرمان لأنه حامض».

(2) أي: من نكاح العبد و بيع الراهن.

(3) هذا سادس الوجوه، و هو ناظر إلى ما أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه من مساواة بيع الراهن لبيع الوقف و أمّ الولد في دلالة النهي في الجميع على الفساد، حيث قال: «و هو كاف في اقتضاء الفساد، كما اقتضاه في بيع الوقف و أمّ الولد و غيرهما، مع استوائهما في كون سبب النهي حقّ الغير».

و حاصل إشكال المصنف قدّس سرّه عليه: عدم كون مناط المنع- في الجميع- واحدا، و ذلك لأنّ فساد البيع في الوقف و أمّ الولد تعبد محض، و لذا لا يجدي الإذن السابق أيضا في صحتهما. فلو كان النهي عن بيعهما لمراعاة حقّ الغير لكان الإذن

ولذا (1) لا يؤثر الإذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه (2) في غير محلّه.

وبالجملة (3): فالمستفاد من طريقة الأصحاب

---

السابق من ذي الحق كافيًا في صحتها. وهذا بخلاف بيع الراهن، لصحته بإذن المرتهن.

(1) أي: ولأجل كون المنع تعديداً في الوقف وأم الولد- لا لرعاية الحقّ القابل للإسقاط- لا يؤثر ... الخ.

(2) أي: على كل واحد من بيع الوقف وأم الولد.

(3) هذا ملخّص ما أفاده في الجهة الأولى من قوله: «وإنّما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله، أو يقع موقوفاً على الإجازة» ثم قوّى الثاني واستدل عليه بوجوه ثلاثة، وناقش في كلام صاحب المقابس بوجوه ستة تقدمت.

وهذه الخلاصة تبيّن عليها صاحب المقابس في آخر عبارته المتقدمة واحتمل فيها الصحة، حيث قال: «وما ذكرناه جارٍ في كل مالك متولٍ لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض ...» فكلام المصنف هنا لا يخلو من تعريض بهذه الكبرى.

ومحصّله: أنّ النهي عن معاملة تارة يكون تعديداً محضاً وإن تضمّن مصلحة الغير أحياناً، فيبطل كبيع أم الولد والوقف، فلا أثر لرضا الأمة والواقف والموقوف عليه بالبيع.

وإخرى يكون رعاية لمصلحة الغير بنحو يصح إسقاط حقّه، ففي هذا القسم لا يبطل العقد رأساً، بل يقع موقوفاً على إجازة ذي الحق. وله نظائر:

الأول: عقد الفضولي ببيع مال الغير أو إجارته أو هبته أو الصلح عليه، وكذا في غير العقود المعاوضية كالنكاح الفضولي.

الثاني: عقد الراهن بناء على ما حققه المصنف من صحته التأهيلية، ودخل إجازة المرتهن في تأثير السبب.

- بل الأخبار (1)- أن المنع من المعاملة إن كان لحق الغير (2) الذي يكفي إذنه السابق (3)، لا يقتضي (4) الإبطال رأساً، بل إنما يقتضي (5) الفساد،

الثالث: تصرف المفلس في أمواله، بعد حجر الحاكم الشرعي، فلا يفسد، بل أمره بيد الغرماء، إجازة ورداً.

الرابع: تصرف المريض - في مرض الموت - في الزائد على الثلث، فإنه وإن كان مالكا لأمواله، لكن نفوذ تصرفه موقوف على إجازة الوارث.

الخامس: إذا عقد الزوج على بنت أخ زوجته أو على بنت اختها، فنفوذه موقوف على إمضاء ذات الحق وهي العممة أو الخالة.

السادس: إذا عقد - من له زوجة حرة - على أمة، فلا يقع فاسداً، بل موقوفاً على إجازة الحرة، فإن نفذته صح، وإن رددته بطل.

والحاصل: أن المنع في هذه الموارد يراد به عدم الاستقلال في تأثير العقد، وسببته لترتب الأثر عليه من دون المراجعة إلى من له الحق، والاستحالة منه.

(1) يعني: الأخبار الواردة في الأبواب المتفرقة، وتقدم جملة منها في بيع الفضولي دلالة وتأييداً «1»، وكذا ما ورد في نكاح الفضولي، وتصرفات المريض والمفلس، والعقد على بنت أخ الزوجة وعلى بنت اختها، وغير ذلك.

(2) يعني: الحق القابل للإسقاط، وإلا فالنهي عن بيع أم الولد يكون إكراماً لها، ولكنه ليس قابلاً للإسقاط، فهو بحسب الاصطلاح حكم لا حق، على ما تقدم في أول البيع من الفرق بينهما.

(3) فإن كفى إذنه السابق، فقد كفت إجازته اللاحقة.

(4) خبر قوله: «ان المنع» والجملة خبر قوله: «فالمستفاد».

(5) أي: يقتضي المنع الفساد، والمراد بالفساد عدم الاستقلال في التأثير، لا البطلان رأساً.

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 388 و 427-468

ص: 511

بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق. ويندرج في ذلك (1): الفضوليّ وعقد الراهن، والمفلس، والمريض، و عقد الزوج لبنت اخت زوجته أو أخيها، وللأمة على الحرّة، وغير ذلك (2)، فإنّ النهي في جميع ذلك (3) إنّما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلة رضا غير المتعاقدين.

وقد يتخيّل (4) وجه آخر لبطلان البيع هنا،

---

(1) أي: يندرج في ما إذا كان المنع عن المعاملة رعاية لحقّ الغير.

(2) كما إذا اشترى سلعة حالاً، وباعها قبل تسليم الثمن، فهو من مصاديق الفضولي، فإنّ أجاز البائع صحّ، وإلا بطل. وكذا لو باع المرتهن الرهن، فإنه موقوف على إجازة الراهن.

(3) أي: في عقد الفضوليّ والراهن والمفلس... الخ.

هذا تمام الكلام في الوجه الأوّل على بطلان بيع الراهن، والمناقشة فيه، ويأتي تقريب الوجه الثاني.

(4) المتخيّل صاحب المقابس قدّس سرّه، وهذا وجه ثانٍ للقول ببطلان بيع الراهن رأساً، أفاده في ما لو باع الراهن وافتكّ الرهن قبل إجازة المرتهن، فهل يلزم العقد لزوال المانع، أو يبطل، لتعذر شرطه، حيث قال في جملة كلامه: «ولو قلنا بأنّ من باع شيئاً فضولاً، ثم انتقل إليه، لزم العقد من حين النقل، فيكون لازماً هنا بطريق أولى. ومن هنا تبيّن وجه قوة القول بالبطلان، لا امتناع صحة صدور عقدين منه متنافيين مع كونهما لازمين، فتجوز أحدهما دليل المنع من الآخر» (1).

ومبنى الإشكال الالتزام بكون إجازة بيع الفضوليّ كاشفة عن ترتب النقل على العقد، وهو الكشف الحقيقي على ما تقدّم تفصيله في مسألة «من باع ثم ملك»، فراجع.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 109

ص: 512

بناء على ما سيجيء (1)، من أنّ ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة، حيث إنّه يلزم منه (2) كون مال غير الرّاهن- وهو المشتري- رهنا للبايع.

وبعبارة اخرى (3): الرّهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان

و كيف كان فتوضيح ما قرره المصنف قدس سرّه من الإشكال هو: أنّ إجازة المرتهن كاشفة عن تأثير بيع الراهن- من حين العقد- كما سيأتي تحقيقه في المتن. و يترتب عليه صيرورة العين- قبل تحقق إجازة المرتهن مع كونها ملكا للمشتري- رهنا للبايع، حيث إنّ المفروض بناء على الكشف هو انتقال العين إلى المشتري بمجرد العقد. و أمّا حق الرهن فلا يسقط إلا بإجازة المرتهن، فيلزم كون المبيع في الزمان المتخلّل بين العقد و الإجازة رهنا للبايع مع صيرورته ملكا للمشتري بنفس البيع.

مثلا- لو باع الراهن الرهن يوم السبت بدون إذن المرتهن، و أجازه يوم الأحد، فمن جهة كون الإجازة كاشفة يلزم دخول الرهن في ملك المشتري في يوم السبت، و سقوط حق الرهانة عن المال الخارج عن ملك الراهن. و من جهة اخرى تتوقف صحة الإجازة على بقاء حق الرهن إلى يوم الأحد ليتمشّي إجازة المرتهن، و هو يتوقف على كون مال المشتري رهنا عند المرتهن، و هو ممنوع كما سيأتي في قوله: «و بعبارة اخرى».

(1) سيأتي في (ص 519) تصريح المصنف بأن «القول بالكشف هناك- أي في البيع الفضولي- يستلزمه هنا بالفحوى» و صرّح صاحب المقابس به أيضا بقوله:

«لاحتمال كون الإجازة ناقلة في الفضولي، لكونها جزء المقتضي للنقل... بخلافها هنا، فإنّها كاشفة قطعاً» و عليه فمبنى الإشكال كأنّه مسلّم عند الكلّ.

(2) أي: من كون إجازة المرتهن كاشفة عن تأثير البيع من زمان وقوعه.

(3) هذه العبارة أظهر- من سابقتها- في إثبات التنافي بين الرهن و البيع، و أنّ لازم القول بالكشف اجتماع مالكين على مال واحد في المدة المتوسطة بين بيع الراهن و إجازة المرتهن. و المنافاة- التي ادعاها المتخلّل- مبنية على اعتبار بقاء العين

واحد، أعني: ما قبل الإجازة (1). و هذا (2) نظير ما تقدّم في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» من (3) أنّه على تقدير صحّة البيع يلزم كون الملك

المرهونة على ملك مالكةا في بقاء حق الرهن، فإذا خرجت عن ملك مالكةا خرجت عن الرهنية، و من المعلوم امتناع الجمع حينئذ بين بقائها على الرهنية و بين صيرورتها ملكا للمشتري بنفس العقد كما هو قضية كاشفية الإجازة، فإنّ الجمع بينهما جمع بين المتنافيين كما لا يخفى، فلا محالة يقع البيع فاسدا [1].

(1) يعني: في الزمان المتخلل بين بيع الراهن و إجازة المرتهن.

(2) يعني: أنّ اجتماع المالكين - و هما البائع بناء على اعتبار الملكية في المرهونة، و المشتري بناء على كشف الإجازة عن ملكية المشتري للمبيع بنفس العقد - نظير الإشكال المتقدم في «من باع شيئاً ثم ملكه» من أنّ المبيع يكون ملكا لشخصين: أحدهما المجيز، لتوقف صحة الإجازة على كونه مالكا، و الآخر: المشتري الذي اشتراه من الفضولي، على ما تقتضيه كاشفية الإجازة، فقبل تحقق الإجازة يكون المبيع ملكا لشخصين، كما هو الحال في كل عقد فضولي كما ذكره في محله من بحث الفضولي.

(3) بيان للموصول في «ما تقدم» و غرضه الإشارة إلى ما أفاده صاحب المقابس في رابع الوجوه التي وجهها على القول بالصحة في ما لو باع الفضولي مال غيره ثم ملكه، حيث قال: «ان العقد الأول إنّما صحح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، و هي متوقفة على صحة العقد الثاني، المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فتكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك، و ملكا

[1] لكن الحق عدم التنافي بين البيع و الرهن، بعد وضوح عدم اعتبار ملكية الراهن للمرهونة استدامة كالاتداء، فيمكن الحكم بصحة البيع من هذه الجهة.

نعم إن لم يكن التسليم مقدورا للبائع و المشتري فيشكل صحته من هذه الحيثية، فتدبر.

لشخصين (1) في الواقع.

و يدفعه (2): أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع (3)، وإلا (4) لجرى

---

للمشتري معا في زمان واحد، وهو محال» «1».

(1) الأوّل: المشتري من الرهن، لصيرورته مالكا من يوم السبت بعد الإجازة الكاشفة عن صحة البيع. و الثاني: الرهن، لتوقف صحة إجازة المرتهن على مالكيته حتى يتعلق حق الرهانة بالرهن.

هذا تقريب الوجه الثاني لفساد البيع.

(2) أي: و يدفع تخيّل بطلان البيع، و هذا ردّ الوجه الثاني، و حاصله: أن إجازة المرتهن تكشف عن زوال الرهن آنا ما قبل البيع، بحيث وقع البيع على غير المرهون، فلا يلزم محذور اجتماع المالكين- و هما البائع و المشتري- في الزمان المتخلل بين العقد و بين إجازة المرتهن، إذ المفروض انكشاف بطلان الرهن بسبب الإجازة قبل البيع آنا ما، فيكون المالك بعد العقد واحدا و هو المشتري.

و أمّا احتمال انكشاف بطلان الرهن من أصله بالإجازة فلا موجب له، بل مقتضى الاستصحاب خلافه كما لا يخفى.

(3) بأن تكون الإجازة كاشفة عن إسقاط حقه.

(4) يعني: و إن لم تكن الإجازة كاشفة يلزم هذا المحذور فيما إذا كان العاقد فضوليا غير الرهن، لاجتماع المالكين أيضا، كما لو باع الفضولي مال زيد يوم السبت و أجازه يوم الأحد، فلازم الكشف كون المشتري هو المالك من يوم السبت، و لازم إناطة الإجازة بالملك كون المجيز هو المالك إلى زمان الإجازة، فيلزم محذور اجتماع المالكين في كل عقد فضولي بناء على الكشف.

---

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 268-270

ص: 515



ذلك (1) في عقد الفضولي أيضا (2)، لأن (3) فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ (4) الإجازة يوجب (5) تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة.

وأما ما يلزم (6) في مسألة «من باع شيئا ثم ملكه» فلا يلزم في مسألة

---

(1) أي: التنافي بين البيع والرهن.

(2) يعني: كما جرى في إجازة المرتهن بيع الراهن.

(3) تعليل لجريان محذور اجتماع المالكين في كل عقد فضولي، و تقدم بيانه آنفا.

(4) خبر ثان ل «كون المجيز» أو حال عن المجيز.

(5) خبر قوله: «لأن فرض».

(6) غرضه قدس سره أن ملكية العين المرهونة- في الزمان المتوسط بين العقد والإجازة- للبايع والمشتري، تكون نظير الإشكال الساري في كل عقد فضولي، و هو اجتماع مالكين على ملك واحد.

وأما الإشكال المختص بمسألة «من باع شيئا فضوليا ثم ملكه» فلا يجري في المقام. فافترق مورد النفي والإثبات، إذ الإشكال الجاري في المقام هو الإشكال العام الوارد في مطلق الفضولي. و هذا مورد الإثبات.

وأما مورد النفي فهو الإشكال المختص بمسألة «من باع شيئا ثم ملكه» و ذلك الإشكال المختص هو ما أفاده صاحب المقابس- في تلك المسألة- ذيل الإشكال الرابع بقوله:

«فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي، لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة، المتوقفة على بقاء ملك المالك بعده، والمستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا في آن واحد، فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقا، أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص للإيراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا، و هو الحاصل من استصحاب

تملكه السابق، لأنها في الحقيقة رفع لليد وإسقاط للحق، ولا يكفي المالك السوري في صحة العقد الثاني، فتدبر» (1). انتهى كلامه رفع مقامه.

فملخص الإشكال المختص بمسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» هو اجتماع المالكين حقيقة على ملك واحد في آن واحد، لاعتبار الملكية حقيقة في البيع، بخلاف الملكية في الإجازة، فإن السوري منها كاف في نفوذ الإجازة. فاجتماع المالكين في سائر العقود الفضولية ليس حقيقياً، وفي مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» يكون حقيقياً. هذا في صورة إجازة البائع الذي باع فضولياً ثم ملك وأجاز.

وأما إذا لم يجز ذلك، فالمانع عن صحته هو أن نفس انتقال المبيع إلى الفضولي ليس إمضاء لمضمون العقد الذي أوقعه فضولاً حتى يقال: بترتب الأثر على عقد الفضولي من حين وقوعه، بل على القول بصحته لا بدّ من الالتزام بترتب أثره من زمان انتقال المبيع إلى العاقد الفضولي، ومع عدم طيب نفسه كيف يحكم بصحة العقد ولو من حين انتقال المبيع إليه؟ فمقتضى القاعدة البطلان.

وهذا الإشكال المختص بمسألة «من باع شيئاً، ثم ملك ولم يجز» لا يجري في المقام، إذ المفروض تحقق الإجازة من المرتهن، وهي تكشف عن أمرين:

أحدهما: انتقال المبيع إلى المشتري حين بيع الراهن.

وثانيهما: انتهاء زمان الرهن، وخروج العين عن كونها وثيقة.

نعم، يجري فيما إذا سقط حق المرتهن بالافتك، إذ لا إجازة حينئذ، مثل من «باع شيئاً ثم ملك ولم يجز» وسيأتي ذلك.

(1) استدراك على قوله: «فلا يلزم» يعني: أن محذور مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه فأجاز» يجري في ما لو باع الراهن ولم تلحقه إجازة المرتهن، ولكن افتك

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 36 و تقدّم كلامه في ج 5، ص 268-272

يلزم (1) في مسألة افتكك الرهن، و سيجي ء (2) التنبه عليه إن شاء الله تعالى.

ثم إن الكلام (3) في كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في

---

الرهن، فإن حق الرهانة وإن كان يسقط بإجازة المرتهن وبإسقاط حقه وبإبراء الدين وافتكك الرهن، إلا أن مبدء سقوط الحق - في الإجازة لكونها كاشفة - هو زمان بيع الراهن. ولكن مبدء انتهاء الرهن في الفك والإبراء هو زمان حصول أحدهما، فيكون الفك نظير إجازة الفضولي على النقل.

وعليه فلو باع الراهن وافتك الرهن بعده لزم كون ملك المشتري رهنا في الواقع على دين البائع إلى زمان الافتكك، وهذا هو إشكال لزوم كون مال غير الراهن رهنا للبائع. وسيأتي بيان ذلك عند التعرض لشرح كلام المصنف إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: بناء على عدم كون الفك بعد البيع بمنزلة الإجازة.

(2) يعني: في (ص 528) بقوله: «ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك...» فانتظر.

هذا ما يتعلق برد الوجه الثاني على بطلان بيع الراهن، وبه تم الكلام في الجهة الأولى.

(3) هذا شروع في الجهة الثانية، وهي تحقيق كون إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة، ومحصله: أنه تقدم في إجازة بيع الفضولي اقتضاء قاعدة امتناع تقدم المسبب على سببه للقول بالنقل، وعدم ترتب الأثر على مجرد العقد من زمان وقوعه، لكن استفيد الكشف من بعض الأدلة الخاصة كصحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين، قال المصنف قدس سره: «نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث - من الزوج المدرك الذي أجاز فمات - للزوجة غير المدركة حتى تدرك وتحلف، ظاهرة في قول الكشف» (1) أي الكشف الحقيقي بمناط الشرط المتأخر، في قبال الحكمي والتعقيبي.

---

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 69-71

ص: 518

مسألة الفضولي (1)، و محصّله (2): أن مقتضى القاعدة النقل، إلا أن الظاهر من بعض الأخبار (3) هو الكشف. و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ (4) إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي، وهي هنا من قبيل رفع المانع [1].

---

و بناء على هذا فالالتزام بكون إجازة المرتهن كاشفة عن دخول العين المرهونة في ملك المشتري من زمان تحقق بيع الراهن، أولى، ضرورة أنّ إجازة المالك - في البيع الفضولي - تكون بمنزلة الإيجاب الذي هو جزء المقتضي أعني به العقد. وإجازة المرتهن تكون في رتبة عدم المانع، لأنّ حق الرهانة من موانع تأثير تصرف المالك، وإجازة المرتهن رفع للمانع. فإذا جاز تقدم المسبب على المقتضي جاز تقدمه على عدم المانع بالأولوية القطعية، لتأخر رتبة عدم المانع عن رتبة المقتضي والشرط.

(1) فمن قال في البيع الفضولي بالنقل قال به هنا، و من قال ثمة بالكشف فكذا هنا، لوحدة المناط.

(2) أي: و محصّل الكلام: أن مقتضى تقدم أجزاء السبب على المسبب هو النقل.

(3) كصحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة بغير إذن السيد «1»، و صحيحة أبي عبيدة المشار إليها أنفا «2»، وغيرهما، فراجع.

(4) هذا تقريب الفحوى، و حاصله: أنّ رتبة عدم المانع متأخرة عن رتبة المقتضي.

---

[1] وفيه: أنّ العقد ليس علة حقيقية لترتب الحكم الشرعي، بل يكون موضوعاً للحكم، و ليس من باب التأثير و التأثير أصلاً.

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 349

(2) المصدر، ج 5، ص 69

ص: 519

و من أجل ذلك (1) جَوَّزوا (2) عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن (3)، مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة (4).

(1) أي: و من أجل كون إجازة المرتهن من قبيل رفع المانع عن تأثير بيع الراهن - ولا دخل لها في المقتضي - جَوَّزوا للراهن عتق مملوكه المرهون إذا تعقبه إجازة المرتهن. مع أن العتق إيقاع، و ادعي الإجماع على عدم جريان الفضولية في الإيقاعات. فلو كانت إجازة المرتهن ناقلة لزم وقوع العتق مراعى بمعنى تأخره و انفصاله عن صيغته.

و عليه فصحة العتق مراعى بإجازة المرتهن تشهد بأن مرادهم من منع الإيقاع الفضولي هو ما إذا كان القصور في المقتضي، كما إذا لم يكن المعتق مالكا أو من يقوم مقامه.

(2) ظاهره كون الجواز مذهب الكل أو الجمل، و هو كذلك، فإن السيد العاملي قدس سره لم يحك الخلاف إلا عن شيخ الطائفة و أتباعه كابني زهرة و حمزة و سلار «1»، و هو جار على مبناهم من عدم جواز الفضولي مطلقا.

نعم قد يشكل مخالفة الشهيد قدس سره في محكي الدروس. و قد يوجه - كما في الجواهر «2» - بأن يكون مراد الجميع مع عدم تعقب الإجازة، فتأمل.

(3) قال المحقق قدس سره: «و في صحة العتق مع الإجازة تردد، و الوجه الجواز» «3».

(4) مقصوده بالمراعى هو الموقوف، أي: لا تقع موقوفة على الإجازة، و إلا فاصطلاحهم في المراعى هو وقوع الشيء صحيحا في نفس الأمر، و يكون وجود الموقوف عليه كاشفا محضا عن صحته من حين وقوعه. و اصطلاحهم في الموقوف هو ما بقي من علته التامة جزء لم يتحقق بعد «4».

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 117

(2) جواهر الكلام، ج 25، ص 206

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 82

(4) جامع المقاصد، ج 5، ص 145، مفتاح الكرامة، ج 5، ص 199

وبعبارة اخرى: الفرق بينهما أن الرعاية ناظرة إلى مقام الإثبات، و الوقف إلى مقام الثبوت.

(1) توضيحه: أنه لو جني على عبد مرهون، فعفا المولى - و هو الراهن - عن الجناية في الخطاء، أو عفا عن الجناية و عن المال - في العمد - الذي هو بدل عنها و عن الإتلاف، فهل يصح عفو، أي إسقاط حقّه، أم لا يصح رعاية لحق المرتهن، مع أن العفو مسقط لحقه؟ ذهب العلامة في القواعد إلى وجوب أخذ بدل الجناية، ثم العفو، فإن افتكّ الرهن بعد ذلك كشف عن صحة العفو، وإن استمرّ الرهن - لبقاء الدين في ذمة الراهن - لم يصحّ العفو، قال قدّس سرّه: «فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحقّ المرتهن، فإن انفكّ ظهر صحة العفو، وإلا فلا» (1) و بين وجهين في التذكرة (2).

و أضاف المحقق الثاني قدّس سرّه إلى عفو الراهن عن الجناية: ما لو أعتق الراهن عبده المرهون، فقال: «و مثل هذا - أي ما تقدم في العفو - يأتي في ما لو أعتق الراهن. إلا أن يفرّق بأنّ عناية الشارع بالفكّ من الرّق - فكان مبنياً على التغليب - أخرجته عن ذلك، فبقي الحكم هنا الذي يدل عليه الدليل هو البطلان، لوجود حقّ المرتهن المنافي لوقوع العفو» (3).

و غرض المصنف قدّس سرّه منع توجيه جامع المقاصد لصحة عتق الراهن - دون عفو - بابتناؤه على تغليب الشارع لجانب الحرية على الرقية.

و وجه المنع: أن القائلين بصحة عتق الراهن استندوا إلى إطلاق النصوص

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 126

(2) تذكرة الفقهاء، ج 13، ص 300

(3) جامع المقاصد، ج 5، ص 146

عن ذلك (1) ببناء (2) العتق على التغليب- كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن، في مسألة عفو الرهن عن جناية الجاني على العبد المرهون- مناف (3) لتمسكهم في العتق بعمومات العتق، مع أنّ العلامة (4) قدّس سرّه في تلك المسألة قد جوّز العفو

---

المرغبة في التحرير- كما في الجواهر «1» أيضا- كمعتبرة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو منه عضوا من النار» «2». فلو لا هذا الإطلاق لم يجد مجرد بناء العتق على التغليب في الخروج عن إجماعهم على عدم وقوع الإيقاعات مراعاة.

(1) أي: عن وقوع عتق الرهن موقوفا على إجازة المرتهن.

(2) متعلق بالاعتذار، وهذا مضمون كلام المحقق الثاني قدّس سرّه، وتقدّم أنفا.

(3) خبر قوله: «و الاعتذار» ووجه المنافاة: أنه لو كان العتق لأجل بنائه على التغليب لكان اللازم التمسك به لا بعمومات العتق، هذا [1].

(4) ظاهر العبارة بحسب السياق أنّه إشكال آخر على الاعتذار المزبور، وحاصله: أنّ العلامة قدّس سرّه ألحق العفو عن الجناية- الذي هو من الإيقاعات- بالعتق

---

[1] لكن فيه ما قيل: من عدم المنافاة، لأنّ مرجع التمسك بعمومات العتق إلى ترجيحها لأجل بنائه على التغليب، كتقديم دليل الحرمة على دليل الإباحة في صورة الدوران بينهما لوجه مذكورة في محلّها، فتدبر.

مضافا إلى: أن دعوى عدم استنادهم إلى التغليب عهدتها على مدّعيتها، وإلا ففي مفتاح الكرامة: «وقد طفحت عباراتهم في المقام بالاستدلال بأن العتق مبني على التغليب» «3» ولا بد من مزيد التتبع.

---

(1) جواهر الكلام، ج 25، ص 206

(2) وسائل الشيعة، ج 16، ص 2، الباب 1 من أبواب العتق، الحديث: 1، ونحوه سائر أحاديث الباب

(3) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 117

ص: 522

مراعى بفك الرهن.

هذا (1) إذا رضي المرتهن بالبيع وأجازه. أمّا إذا أسقط حقّ الرهن، ففي كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلام يأتي في افتكك الرهن أو إبراء الدين.

ثمّ (2) إنّه لا إشكال في أنّه لا يقع الرد بعد الإجازة، وهو واضح.

و هل ينفع الإجازة بعد الرد؟ وجهان:

في النفوذ بالإجازة. فلو كان نفوذ العتق بالإجازة لخصوصية في العتق وبنائه على التغليب، لم يكن وجه للتعدي عن العتق إلى العفو، فالتعدي كاشف عن خصوصية في الإجازة وكونها من رفع المانع لا جزء المقتضي، فوزان إجازة المرتهن وزان إجازة المالك. كما أنّ فكّ الرهن كالإجازة رفع للمانع، ولذا اتجه التعدي المزبور كما لا يخفى.

والحاصل: أن صحة العفو عن الجاني مراعى بالفك في المستقبل توجب الخدشة في ما تقدم، من أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعى.

(1) أي: نفوذ بيع الراهن- وانتقال الرهن إلى المشتري بنفس العقد- إذا رضي المرتهن بالبيع وأجازه. وأمّا إذا لم يجز البيع وإنّما أسقط حقّ الرهانة ليصير مال الراهن بعد الإسقاط طلقاً، فهل يكون الإسقاط كالإجازة كاشفاً عن تأثير البيع في زمان وقوعه، أو يكون ناقلاً؟ سيأتي البحث فيه في الجهة الثالثة، كما سيأتي فيها الفرق بين الإجازة والإسقاط.

(2) تعرض المصنف قدّس سرّه هنا لفرعين:

أحدهما: أنّه لو أجاز المرتهن بيع الراهن، ثم ردّه، لغا الثاني، لأنّ الإجازة تمّت تأثير العقد، ولم يبق بعدها شيء في وعاء الاعتبار ليتعلّق به الرد والرضا، وهو واضح.

ثانيهما: أنّه لو ردّ المرتهن فأجاز، فهل تنفع الإجازة المسبوقه بالرد في صحة بيع الراهن، أم تلغو؟ وجهان يأتي بينهما.



من أنّ الرّد (1) في معنى عدم رفع اليد [1] عن حقّه.

(1) هذا وجه تأثير الإجازة بعد الرد، و حاصله: أنّ للمرتهن حقّاً في العين المرهونة، و معنى ردّ بيع الراهن إبقاء حقّه، و عدم الإعراض عنه، و له إسقاط حقّه فيما بعد، كما هو شأن كل ذي حق.

فإن قلت: بيع الراهن نظير بيع الفضولي في التوقف على الإجازة، و من المعلوم أنّ إجازة المالك المسبوق بالردّ لا تجدي في تأثير عقد الفضولي، لسقوطه عن الصحة التأهيلية بالرد. و لمّا كان مقتضى حقّ الرهانة سلطنة المرتهن على الإمضاء و الردّ، كان ردّه موجبا لجعل عقد الراهن بمنزلة العدم، فلم يبق شيء في وعاء الاعتبار حتى تلحقه الإجازة.

قلت: الفرق بين إجازة بيع الفضول و الراهن هو: أنّ المجيز لعقد الفضول مالك، و إجازته تجعله أحد طرفي العقد، و تصحّح انتسابه إليه حتى يخاطب بوجوب الوفاء بعهدده. و قد تقرّر أنّ البائع الأصيل لو رفع يده عن الإيجاب- قبل انضمام القبول إليه- لم يبق موضوع للقبول. و عليه فردّ المالك مبطل لإنشاء الطرف الآخر، لكونه بمنزلة ردّ الموجب قبل لحوق القبول به.

و هذا بخلاف المقام، ضرورة أنّ طرفي العقد هما الراهن و المشتري، و إجازة المرتهن و إن كانت دخيلة في التأثير، و لكنها لا تجعل عقد الراهن عقدا للمرتهن، لكونه أجنبيا عن المبيع كأجنبيته عن الثمن، فردّه لا يوجب سقوط الإنشاء عن

[1] هذا لازم معنى الرد لا معناه، فان حقيقة الرد هو المنع عن نفوذ المعاملة و إسقاط العقد عن قابلية التأثير و جعله كالعدم، في مقابل الإجازة التي هي تنفيذ مضمون العقد. و لازم الإجازة سقوط حق المجيز المرتهن، فالرد يكون مانعا عن لحوق الإجازة.

فله إسقاطه (1) بعد ذلك (2). و ليس ذلك (3) كردّ بيع الفضولي [1]، لأنّ (4) المجيز هناك (5) في معنى أحد المتعاقدين (6)، و قد تقرّر (7) أنّ ردّ أحد المتعاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر، بخلافه (8) هنا، فإنّ المرتهن أجنبي له حقّ في العين.

---

الصحة التأهيلية، ولذا لا مانع من الرضا به، و ترتب الأثر عليه.

(1) أي: إسقاط الحق، و ضميرا «حقّه، له» راجعان إلى المرتهن.

(2) أي: بعد الرّد.

(3) أي: و ليس ردّ المرتهن نظيرا لردّ المالك البيع الفضولي. و هذا إشارة إلى دخل، تقدّم بيانه بقولنا: «إن قلت...».

(4) تعليل لقوله: «و ليس» و هو دفع الدخل، و تقدم بقولنا: «قلت...».

(5) أي: في بيع الفضولي، حيث قال في تنبيهات الإجازة: «إنّ الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد، و إلّا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد» «1».

(6) يعني: أن المجيز و إن لم يكن صورة أحد المتعاقدين، لقيام الإنشاء بالفضول و الأصيل، و لكن حيث إنّ المخاطب بوجوب الوفاء هو المجيز، فإجازته تصحّح انتساب العقد إليه، و تجعله أحد المتعاقدين لثا.

(7) يعني: في أحكام الصيغة، حيث قال: «و الأصل في جميع ذلك: أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغا الإيجاب السابق...» «2» و علّله بعدم تحقق معنى المعاقدة.

(8) أي: بخلاف الرد هنا يعني: في مسألة بيع الراهن بدون إذن المرتهن، فإنّ هذا الرد غير مبطل لإنشاء الراهن، لكون المرتهن أجنبيا عن المبيع أي غير مالك له و إن كان حقه متعلقا به.

---

[1] بل على ما ذكرنا من معنى الرد يكون مثل رد بيع الفضولي.

---

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 182

(2) هدى الطالب، ج 2، ص 605

ص: 525

و من (1) أنّ الإيجاب المؤثر إنّما يتحقق برضا المالك و المرتهن، فرضا كلّ منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر (2). فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم، كذلك ردّ المرتهن. و هذا (3) هو الأظهر من قواعدهم.

ثم إنّ (4) الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة، لسقوط حقّ

---

(1) هذا وجه عدم نفع الإجازة المسبوقّة بالرد، و حاصله: أنّ العين المرهونة ليست ملكا طلقا للراهن لتعلق حقّ المرتهن بها، فمن له السلطنة على نقلها إلى المشتري هو الراهن و المرتهن معا، و لا يكفي فيه رضا خصوص المالك قطعا. و حينئذ يندرج المقام في الضابطة المقررة في بيع الفضولي من قدح تخلّل رد المالك بين العقد و الإجازة، بناء على أنّ المراد بالمالك من يكون رضاه دخيلا في ترتب الأثر، إذ لا ريب في دخل رضا المرتهن في تصرفات الراهن. فكذا يكون ردّه مسقطا لعقد الراهن عن قابلية التأثير.

(2) فليس إيجاب الراهن - بمجرّده - إيجابا مؤثرا على تقدير انضمام القبول به، بل تأثيره مشروط برضا المرتهن المستكشف بإذنه أو إجازته.

(3) أي: عدم نفع الإجازة بعد الرد هو الأظهر... الخ، لأنّه مقتضى دخل الإجازة جزءا أو شرطا في موضوع الحكم الشرعي أعني به الملكية، أو غيرها مما يترتب على العقد، و من المعلوم أنّ انعدام جزء أو شرط من الموضوع يسقط سائر أجزائه و قيوده عن قابلية التأثير، لكونه كالمركب الارتباطي، هذا.

(4) هذه ثلاثة جهات البحث في المسألة، و هي: أنّ الراهن لو باع الرهن بلا إذن من المرتهن، ثم فكّ الرهن بأداء الدين أو بإبراء الدائن، فهل يكفي سقوط حقّ المرتهن في نفوذ البيع، أم ينحصر تصحيح العقد بإجازة المرتهن حتى بعد سقوط حقّ الرهانة؟ فيه قولان: أحدهما كون الفك بمنزلة الإجازة، و الآخر التردد في كونه بمنزلتها.

المرتتهن بذلك (1)، كما صرّح به (2) في التذكرة (3)، و حكى (4) عن فخر الإسلام

(1) أي: بالفكّ، هذا وجه السقوط، و توضيحه: أنّ المانع عن نفوذ العقد الصادر من المالك الراهن منحصر في حق المرتتهن، فإذا سقط ارتفع المانع عن نفوذه، و قد تقدّم اعتراف المصنّف قدّس سرّه بكون إجازة المرتتهن من قبيل رفع المانع. و لا فرق في ارتفاعه بين روافعه من الإجازة و الافتكّك أو الإسقاط، فلا ينبغي التأمل في لزوم المعاملة بسقوط حق المرتتهن كما هو جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد، و المحقق و الشهيد الثانيين.

و بعبارة اخرى: إضافة العين إلى المرتتهن إضافة- يعبر عنها بحق الرهانة- أحدثت سلطنة مزاحمة لسلطنة الراهن على العين، فإذا ارتفعت هذه السلطنة بأيّ رافع أثرت سلطنة المالك، لصيرورتها تامة حينئذ. فإنشاء الراهن تمليك العين و تبديلها يصير بلا مزاحم، فيؤثر أثره.

و من هنا يتضح الفرق بين المقام و بين «من باع شيئاً ثم ملك» حيث إنّ إنشاء التبديل هناك حدث قبل إضافة الملكية المتقدمة رتبة على إنشاء المبادلة، بخلافه هنا، فإنّ إنشاء التبديل وقع بعد إضافة الملكية الملحوظة قبل الإنشاء، غاية الأمر أنّ هذا الإنشاء زوحم بمانع، و هو سلطنة الراهن، فإذا زال المزاحم لا يبقى مانع عن التأثير.

(2) أي: بكون الفكّ كالإجازة، و سقوط حق المرتتهن.

(3) قال فيها: «و لو باع- أي الراهن- و لم يعلم المرتتهن، فكّ، لزم البيع، لانتفاء المعارض» «1» و احتمل الصحة في كتاب الرهن «2».

(4) الحاكي عن الفخر و الشهيد و المحقق الكركي هو السيد العاملي قدّس سرّه بقوله:

«و قد قوى اللزوم في العقود الفخر في الإيضاح و الشهيد في حواشيه و المحقق الثاني،

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 42

(2) تذكرة الفقهاء، ج 13، ص 386

و الشهيد في الحواشي، وهو (1) الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين.

و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك - كما احتمله في القواعد (2) - بل

---

لأنها لازمة في أصلها ...» (1).

(1) أي: كون الفك بمنزلة الإجازة ملزما لبيع الراهن ظاهر ... الخ، قال المحقق الثاني - في شرح قوله العلامة قدس سرهما: «فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر» بعد بيان الوجهين - ما لفظه: «إذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه، فكيف يحكم ببطلانه بعده؟ و بهذا يظهر أن الحكم باللزوم هو الأقوى» (2).

وقال الشهيد الثاني قدس سره في شرح عبارة الشرائع: «وفي عتقه مع إجازة الراهن تردد» ما لفظه: «و على هذا، لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتك الرهن لزوم» (3) ونحوه في الروضة. و الظاهر عدم خصوصية للعتق جوازا و منعا.

(2) لقوله في الجملة المنقولة عنه أنفا: «نظر» و كذلك احتمل الوجهين في رهن التذكرة، كما أشرنا إليه أيضا. أمّا لزوم العقود بالفك فقد تقدم.

و أما عدم لزومها به فلوجوه ثلاثة ذكرها المصنف ثم ناقش فيها:

الأول: أن بيع الراهن - حال حصوله - لم يكن مشمولا لدليل الإمضاء كوجوب الوفاء بالعقود، و حلّ البيع، لكونه تصرفا في متعلق حق المرتهن، و المفروض عدم لحوق إجازته به حتى تنفذه، و يصير سببا تاما للنقل. فالمانع من التأثير مقترن بالبيع، و الذي حصل بعده هو سقوط حقّ الرهانة بسبب الفك أو بموجب آخر، و لكن لا دليل على كفاية السقوط، ضرورة اختصاص التعليل المذكور في صحيحة زرارة - الواردة في نكاح العبد بلا إذن السيد - بالإجازة، و لا وجه للتعدي عنها إلى سقوط الحق.

---

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 118 و لاحظ: إيضاح الفوائد، ج 2، ص 19

(2) جامع المقاصد، ج 5، ص 75

(3) مسالك الأفهام، ج 4، ص 48؛ الروضة البهية، ج 4، ص 84

ص: 528

بمطلق (1) السقوط الحاصل بالإسقاط (2) أو الإبراء (3) أو بغيرهما (4)، نظرا (5) إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن (6)، و سقوطه (7) بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه.

و الفرق (8) بين الإجازة و الفك: أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة

و نتيجة ذلك: أن بيع الراهن حين صدوره كان مقترنا بالمانع، و خارجا عن أدلة الإمضاء، و في زمان انتفاء المانع - بسقوط حق الرهانة - لا عقد حتى يعمه خطاب «أوفوا». و سيأتي بيان الوجهين الآخرين.

(1) لما كان مورد تنظر العلامة قدس سره خصوص فك الرهن بعد بيع الراهن، نبه المصنف قدس سره على جريان الاحتمالين في مطلق موجبات سقوط حق الرهانة، و لا خصوصية للفك. و عليه فليس المراد ب «بل» الترقى، بل المقصود مجرد التعميم.

(2) أي: إسقاط المرتهن حق الرهانة مع بقاء الدين في ذمة الراهن.

(3) أي: إبراء المرتهن عهدة الراهن من الدين، و يتبعه خروج العين عن كونها رهنا.

(4) كما لو ضمن شخص دين الراهن، فانتقل إلى ذمة الضامن، فتخرج العين عن حق الرهانة أيضا.

(5) هذا وجه احتمال عدم لزوم العقد، و تقدم توضيحه آنفا.

(6) نظير تصرف العاقد الفضولي ببيع مال الغير فضولا، فانتقاله إليه باشرائه من المالك لا يصحح العقد الذي أوقعه فضولا قبل الاشتراء.

(7) يعني: سقوط حق المرتهن بعد تصرف الراهن لا يؤثر في تصحيح تصرفه.

(8) إشارة إلى توهم و دفعه.

أما التوهم فهو: أن المالك في عدم تأثير العقد إن كان وقوعه على ما فيه حق المرتهن، و عدم تغير العقد عمّا وقع عليه، فهذا المالك بعينه موجود فيما إذا أجاز المرتهن أيضا، إذ الإجازة كالفك لا تؤثر في العقد الذي وقع على متعلق حق المرتهن.

و أمّا دفع التوهم فقد أشار إليه بقوله: «ان مقتضى ثبوت الحق» و توضيحه:

إمضائه للبيع الواقع في زمان حقّه. وإن لزم (1) من الإجازة سقوط حقّه.

و بالجملة (2): فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقّه - أعني حال العقد - بما يوجب سقوط حقّه، نظير إجازة المالك (3). بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء (4)، فإنّه (5) ليس فيه دلالة على مضيّ العقد حال وقوعه.

---

أنّ من لوازم الحق سلطنة ذيه على إسقاطه بإمضاء العقد الواقع على متعلق حقّه، فبإمضائه يلزم العقد ويسقط حقّه. وهذا بخلاف سقوط الحق بالافتكاك أو غيره، فإنّه ليس فيه دلالة على إمضاء العقد وتنفيذه، فمجرد سقوط الحق لا يقتضي لزوم العقد.

(1) يعني: أن الإجازة تصرف من المرتهن، ويترتب عليه سقوط الحق، لانتهاه بيع الراهن إلى اللزوم بسبب هذه الإجازة.

(2) هذه الجملة بيان للفرق بين الإجازة وسقوط حقّ الرهانة، ومحصلها ما تقدم من: أن للإجازة متعلّقا وهو عقد الراهن، فهو المجاز، فإن المرتهن الملتفت إلى بيع الراهن له السلطنة على إمضائه وفسخه. ولكن إسقاط الحق لا دلالة فيه على إمضاء العقد وإعمال الحق أصلا، بل قد لا يعلم المرتهن به حتى يجيزه أو يرده.

فمن هذه الجهة يكون إسقاط الحق نظير ما إذا باع الغاصب مالا - بقصد دخول الثمن في ملكه، ثم تملّك المال يارث أو اتّهاب، فإنّ المغصوب منه - لجهله بتصرف الغاصب - لا يتمشى منه الإجازة والرد.

(3) لكون كل منهما سلطانا على عقد الفضولي والراهن، فله الإجازة والرد.

(4) يعني: أداء الدين، الموجب لفكّ الرهن، كما يوجه الإبراء والإسقاط وغيرهما.

(5) أي: فإنّ كل واحد - من الإسقاط والسقوط - لا تعلق له بعقد الراهن حتى يمضي به.

فهو (1) أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما، وقد تقدم الإشكال فيه عن جماعة (2).

مضافا إلى: استصحاب (3) عدم اللزوم الحاكم على عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

(1) هذا نتيجة الفرق بين إجازة المرتهن وبين سقوط حق الرهانة، يعني: فبيع الراهن ثم سقوط حقه يكون شبيها بمسألة «من باع ثم ملك» فكما استشكل جماعة في تلك فكذا في هذه.

(2) والمصنف قدس سره أيضا رجح هناك القول بالبطان، حيث قال: «فالأقوى:

العمل بالروايات، والفتوى بالمنع عن البيع المذكور»، وهي ما لو باع الفضولي لنفسه ثم اشتراه من المالك، وأجاز. وكذا لو لم يجر، فراجع «1».

(3) هذا ثاني الوجه على ما احتمله العلامة قدس سره من عدم لزوم بيع الراهن بمجرد الفك، وهو استصحاب ما كان قبل فك الرهن من عدم لزوم العقد، لعدم تعاقبه بالإجازة قبل الفك، ولا سلطنة للمرتهن بعد الفك حتى تنفعه الإجازة، فيبطل.

فإن قلت: إن المقتضي لصحة بيع الراهن - وهو صدوره من المالك - موجود، والمانع من اللزوم هو حق المرتهن، فمع سقوطه يندرج العقد في عموم الأمر بالوفاء، ويلزم.

قلت: لا مجال للرجوع إلى العموم في المقام، لحكومة الاستصحاب عليه.

وجه الحكومة: أن الاستصحاب منقح للموضوع، ويحرز الخاص، كما إذا شك في فاسقية زيد بعد سبقها، فتستصحب، ويحرز بالاستصحاب موضوع الخاص، فلا يكون محكوما بحكم العام كـ «أكرم العدول أو صلّ خلفهم». فعدم جريان العموم في مثل المقام إنما هو لأجل إحراز عنوان الخاص، فلا شك في التخصيص حتى يتمسك بالعام.

وعليه، فلا وجه للإشكال على حكومة الاستصحاب على العام كما في بعض

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 328

ص: 531



بناء (1) على أن هذا العقد غير لازم (2)، فيستصحب حكم الخاصّ.

و ليس (3) ذلك محلّ التمسك بالعام، إذ (4) ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال: إنّ المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العامّ.

---

الحواشي. نعم هذه الحكومة ظاهرية لا واقعية كما هو واضح.

(1) إذ بناء على بطلان بيع الراهن بدون إذن المرتهن - كما يراه صاحب المقابس قدّس سرّه - لا مجال لهذا الاستصحاب، ضرورة عدم إجداء الإجازة فضلا عن الفكّ والإسقاط.

(2) هذا تقريب الاستصحاب، والغرض منه إثبات فساد بيع الراهن، لا صحته وتزلزه كما في البيوع الخيارية. فالمقصود استصحاب عدم الملكية.

ولعلّ الأولى في تقريبه ما حكاه صاحب الجواهر قدّس سرّه عن المستدلّ به، حيث قال: «مضافا إلى استصحاب حال العقد قبل الفكّ من عدم التأثير» (1).

(3) أي: وليس بيع الراهن - بعد الفكّ وسقوط حقّ المرتهن - محلّا للتمسك بالعام. وهذا إشارة إلى توهم منع التمسك بالاستصحاب، و تقدم بقولنا: «فإن قلت...».

(4) تعليل لقوله: «ليس» و دفع للتوهم المزبور، و توضيحه: أنّ الزمان لم يؤخذ مفردا و مكثرا للموضوع ليكون العقد في كل زمان موضوعا مستقلا لحكم العام حتى يقال: إنّ العقد المقيّد بزمان معيّن قد خرج عن حيّز العام، ويشكّ في خروجه في غير ذلك الزمان، فيتمسك بالعام، لكونه من الشكّ في التخصيص الزائد.

بل الزمان اخذ ظرفا للحكم، فإذا خرج فرد كان ذلك فردا واحدا، ولا يكون خروجه في زمان آخر تخصيصا زائدا ليمسك بالعام.

فتلخص: أنّ سقوط حق المرتهن ليس كإجازة ملزما للعقد، بل العقد باق

---

(1) جواهر الكلام، ج 25، ص 202

ص: 532

و يؤيد ما ذكرناه (1) - بل يدل عليه (2) -: ما يظهر من بعض الروايات من

على ما كان عليه من عدم اللزوم.

(1) أي: و يؤيد عدم صيرورة بيع الرهن لازماً بالفك ما يظهر، وهذا ثالث الوجوه، و توضيحه: أن النصوص الخاصة دلت على عدم نفوذ نكاح العبد لو تزوج بغير إذن السيد، و علم به و لم يلحقه إجازته.

و قد أشار إليها في مبحث إجازة الفضولي «1».

فمنها: صحيحة ابن وهب: «جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام، فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، و إني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مولاي، ثم اعتقوني بعد ذلك.

فاجدد نكاحها حين اعتقت؟ فقال عليه السلام: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عني، و لم يغيروا عليّ، فقال عليه السلام: سكتوهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأول» «2».

و جعله المصنف قدس سره في بادئ الأمر مؤيداً لا دليلاً، لاحتتمال دخل الإجازة بالخصوص فيما لم يكن اللزوم لعدم المقتضي، و كون القصور لأجله، لا لأجل وجود المانع، فإنّ العبد لا مقتضي لنفوذ تصرفاته، لكونه مسلوب السلطنة و لا يقدر على شيء. بخلاف الرهن السلطان على التصرف في ماله، غاية الأمر أنّ حق المرتهن صار مانعاً عن نفوذ تصرفاته، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضي في المقتضى.

و هذا الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال بالصحيحة على نفوذ بيع الرهن بسقوط حق المرتهن، فتكون الصحيحة مؤيدة.

(2) وجه الدلالة: ظهور الرواية في أن عقد النكاح لمّا لم يجب الوفاء به حال حدوثه - لكونه تصرفاً في ملك السيد بغير إذنه - كان كذلك بقاءً، و لا يقتضي العتق دخول هذا العقد في عموم وجوب الوفاء بالعقود. و الظاهر عدم الفرق في هذه الجهة

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 175

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 525، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1

ص: 533

عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد (1) عتقه ما لم يتحقق الإجازة (2) ولو بالرضا (3) المستكشف من سكوت السيد مع علمه (4) بالنكاح، هذا.

ولكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور (5)، من جهة أنّ (6) عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك

---

بين نكاح العبد وبين بيع الراهن، فتكون هذه النصوص دليلاً على عدم تأثير فك الرهن في ترتب الأثر على البيع السابق.

(1) متعلق ب «صحة».

(2) أي: إجازة السيد قبل العتق، فيكون من أنحاء العقد الفضولي.

(3) متعلق بالإجازة وإشارة إلى الفرد الخفي منها، إذ قد تحصل بقول السيد:

«أجزت» وقد تحصل بالفعل الدال على الرضا بنكاح العبد كإهداء شيء لزوجته، وقد تحصل بمجرد السكوت وعدم إظهار الكراهة.

(4) إذ لو لم يعلم السيد بالنكاح لم يكن سكوته إجازة قطعاً، لعدم دلالة على الرضا.

(5) وهو احتمال عدم لزوم بيع الراهن بالفك المتقدم في (ص 528)، ومنشأ ضعفه عدم تمامية الوجوه الثلاثة المتقدمة، كما سيظهر.

(6) هذا منع الوجه الأول، وحاصله: أنّ عدم نفوذ بيع الراهن إنّما هو لأجل المانع لا لعدم المقتضي، فإذا ارتفع المانع أثار المقتضي. مثلاً: إذا القي الثوب الذي فيه رطوبة مانعة عن الاحتراق في النار، فما دامت الرطوبة باقية لا يحترق الثوب، وأما بعد زوال الرطوبة فيحترق بها.

وفي المقام تكون أدلة الإمضاء مقتضية لتأثير بيع الراهن في النقل، وعدم فعالية التأثير إنّما هو لوجود المزاحم وهو حق المرتهن المفروض سبقه على البيع، ولكن لا ريب في أن مزاحمة المانع ما دامية لا مطلقة، فمع سقوط حقه بقي وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فيؤثر.

ص: 534

بتسليط (1) المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضي (2)، وإنما هو (3) من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضي.

و مرجع ما ذكرنا (4) إلى: أن أدلة سببية البيع- المستفاد من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «1» و «الناس مسلطون على أموالهم» «2» و نحوه ذلك (5) عامة (6)، و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق، فإذا زال المزاحم وحب تأثير السبب (7).

و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع (8)،

---

(1) متعلق ب «حق المرتهن» أي: حقه الحاصل في الرهن بسبب تسليط الراهن.

(2) المقتضي في مقام الثبوت هو الملك، و المقتضي في مقام الإثبات هو عمومات الصحة، من آية الوفاء و حديث السلطنة.

(3) أي: عدم الأثر، و هو النقل و الانتقال.

(4) أي: كون عدم تأثير بيع الراهن لمزاحمة حق المرتهن، لا لقصور المقتضي.

(5) كآية التجارة عن تراص، و حلّ البيع.

(6) فبيع المال المملوك صحيح، سواء أ كان مرهونا أم لم يكن.

(7) فلو لم يؤثر لزم عدم كون البيع سببا للتملك، و هو خلف.

(8) هذا منع الوجه الثاني، و حاصله: عدم جريان استصحاب عدم التأثير هنا، لأن البناء على تأثير البيع السابق- بعد سقوط حق المرتهن- يكون من نقض اليقين باليقين، لا من نقض اليقين بالشك، و ذلك لأنّ مناط المستصحب- أعني به جواز العقد- هو حقّ المرتهن المزاحم للزوم، و المفروض سقوط حقه و العلم بارتقاعه، و من المعلوم تبعية الحكم بالجواز لمناطه، فيرتفع بانتفاء المناط.

---

(1) المائدة، الآية: 1

(2) عوالى اللثالي، ج 1، ص 222، الحديث: 99 و ج 3، ص 208، الحديث: 49

ص: 535

للعلم (1) بمناط المستصحب و ارتفاعه. فالمقام (2) من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم (3).

وأما قياس ما نحن فيه (4) على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياس

---

وبعبارة أخرى: يعتبر في صدق «نقض اليقين بالشك» وحدة موضوع القضية المتيقنة و المشكوك، كاليقين بعدالة زيد يوم الجمعة، و الشك في بقائها يوم السبت. و هذا الأمر غير متحقق في المقام من جهة تبدل الموضوع، لأن المتيقن السابق عدم تأثير بيع الرهن، لكونه متعلق حق الرهانة، و المشكوك اللاحق هو بيع المال الطلق، لسقوط حق المرتهن عنه، و يعمه الأمر بالوفاء حينئذ.

و بهذا ردّ صاحب الجواهر الاستصحاب، فراجع «1».

(1) تعليل ل «لا مجال» و المناط حق المرتهن، و المستصحب هو عدم التأثير.

(2) هذا نتيجة عدم كون المورد موضوعا لدليل الاستصحاب، و أنّه بعد ارتفاع المانع يرجع إلى العموم.

(3) لعلّ إشارة إلى: أنّ مجرد العلم بارتفاع مناط الحدوث لا يكفي في العلم بارتفاع الحكم الناشئ عنه، لاحتمال كون المناط حكمة غير مطردة، لا علة يدور الحكم معها وجودا و عدما. فالشك في بقاء الحكم موجود مع وحدة القضية المتيقنة و المشكوك.

فالأولى أن يقال: إنّ التخصيص لمّا كان من الأوّل، فبعد زمان التخصيص يرجع إلى العام و إن لم يكن له عموم زمني كما ثبت في الاصول، بعد كون العقد عقد المالك، بخلاف عقد الفضولي و إجازته بعد التملك «2».

(4) غرضه قدّس سرّه منع الوجه الثالث، و هو استفادة الحكم من بطلان نكاح العبد

---

(1) جواهر الكلام، ج 25، ص 203

(2) راجع هدى الطالب، ج 5، ص 342

ص: 536

مع الفارق، لأنّ المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمة حق السيّد لمقتضى النكاح (1)، إذ (2) لا منافاة بين كونه عبداً و كونه زوجاً.

و لأجل ما ذكرنا (3) لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع أو غيره، ثمّ انعتق العبد، لم ينفذ في تصحيح ذلك التصرف. هذا [1].

---

بمجرد العتق، و توضيحه: أنّ القياس مع الفارق، حيث إنّ عقد العبد ليس فيه مقتضى الصحة. فعدم نفوذ عقده لأجل عدم المقتضي، لا لأجل المزاحمة مع حق السيّد ليكون من قبيل المانع، كحق الرهن الذي هو مانع عن نفوذ عقد الرهن.

و لأجل عدم المقتضي لا يصح سائر تصرفاته و لو لغير المولى بعد انعتاقه. فلو كان عدم النفوذ لأجل المزاحمة مع حق السيّد لكان اللازم نفوذه بمجرد ارتفاع المزاحم أعني الرقية و صيرورته حرّاً.

(1) حتى يصح نكاح العبد بارتفاع المزاحم و إجازة السيّد أو عتقه، كما يصح بيع الرهن بسقوط حق المرتهن أو إجازته.

(2) تعليل لعدم المزاحمة، و أنّ منشأ بطلان نكاح العبد هو قصور المقتضي، و من المعلوم أن سقوط المانع - و هو حق السيّد - لا يجبر قصور المقتضي، و لا يوجب تماميته في التأثير.

---

(3) يعني: و لأجل عدم المقتضي لنفوذ تصرفات العبد، لا ينفذ انعتاقه في نفوذ تصرفه لغير المولى أيضاً، كما لو اشترى أو باع لزيد بلا إذن مولاه و لا إجازته، فمجرد سقوط حق العبودية بالانعتاق لا يصحّ ذلك التصرف.

هذا ما يتعلّق برد الوجه الثلاثة المستدل بها على بطلان عقد الرهن بدون إذن المرتهن و إجازته، و عدم الجدوى في سقوط حق الرهانة.

---

[1] لكن الإنصاف عدم شهادة هذا الشاهد بعدم المقتضي، و ذلك لأنّ عدم

ولكن مقتضى ما ذكرنا (1) كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك (2) ناقلا

---

(1) أي: مقتضى كون عدم تأثير بيع المالك لأجل مزاحمة حق المرتهن - وإناطة تأثيره بسقوط حقه - هو ناقلية سقوط حق الرهانة لا كاشفيته، لأن المزاحم وهو حق المرتهن مانع عن التأثير، فما دام موجودا يمتنع تأثير المقتضي، فلا محالة يكون ترتب الأثر من حين سقوط الحق لا من زمان وقوع العقد.

و غرضه قدس سره من هذا الكلام التنبيه على إشكال كون فك الرهن ناقلا، وهو منافاته لما ذهب إليه القائلون بلزوم العقد بالفك من جعله كاشفا عن صحة عقد الراهن. فحال الفك عندهم حال الإجازة في البيع الفضولي، مع أن مقتضى الصناعة الالتزام بالنقل، لئلا يلزم تعلق حق الرهانة بمال انتقل إلى المشتري، كما تقدم تقريره في (ص 513) بقوله: «حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن وهو المشتري رهنا للبائع».

و المصنف قدس سره قرب كون الفك ناقلا، ونظره بالإجازة الكاشفة في مسألة «من باع ثم ملك» ثم قال بتعين القول بالكشف للإجماع.

(2) من موجبات سقوط حق الرهانة، كوفاء الدين، وكضمان الغير له،

---

نفوذ تصرفه يمكن أن يكون لمنافاته لحق المولى، حيث إنه ليس للمملوك أن يحدث عقدا من نكاح أو غيره بلا إذن مولاه و مالكه.

إلا أن يقال: إن مجرد منافاة الحق للتصرف تمنع عن نفوذه ما دام الحق موجودا، وأما إذا ارتفع فلا وجه لعدم نفوذ العقد بعد ارتفاعه، إذ شأن المانع المنع عن التأثير ما دام موجودا، لا مطلقا، فلا بد أن يكون عدم النفوذ حتى بعد صيرورته حرا لأجل عدم المقتضي لصحة العقد، فلاحظ حاشية المحقق الإيرواني قدس سره «1».

---

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 191

ص: 538

و مؤثراً (1) من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه- خصوصاً (2) بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة (3) ممّن قارب عصرنا: من أنّ مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه- فإنّ (4) هذا غير متحقق في افتكاك الرهن، فهو (5) نظير بيع الفضولي، ثم تملكه للمبيع، حيث إنّ لا يسع

---

و كالحوالة، و الإقالة المسقطّة للثمن إن كان الرهن على ثمن في ذمة المشتري.

(1) هذا معنى النقل، لأنّ الإسقاط و السقوط كالإيجاد و الوجود، فلا يؤثّر السقوط المتأخر عن العقد إلّا حال تحققه، لا سابقاً عليه.

(2) مقصوده بهذه الكلمة أن الكشف في الإجازة على نحوين، فتارة يقال باقتضاء نفس مفهومها إمضاء العقد من حينه، كما هو مختار جماعة. و اخرى بأنّ مقتضى القاعدة في الإجازة هو النقل، و إنّما قيل بالكشف في خصوص البيع الفضولي لأجل التعبد، كما هو مختار المصنف قدّس سرّه.

و على كلا القولين في الإجازة لا- بدّ من القول بالنقل في الفك و السقوط، و لكن بناء على القول الأوّل تتأكد مخالفة الفك للإجازة الكاشفة، لحصول المباينة بين مفهوم الفك الذي هو رفع المانع، و بين مفهوم الإجازة الذي هو إمضاء العقد.

(3) كالسيد الطباطبائي و المحقق القمي قدّس سرّهما، و تقدم كلامهما في أوّل بحث الإجازة، فراجع «1».

(4) تعليل لقوله: «لا- كاشفاً عن تأثير العقد» يعني: فإنّ اقتضاء الإجازة- مفهومها أو تعبداً لإمضاء العقد من حينه- غير جارٍ في الفك و الإسقاط.

(5) أي: فيبيع الراهن ثم فكّه يكون نظيراً لمسألة «من باع ثم ملك».

و وجه المماثلة بينهما: أنه- بناء على كاشفية الإجازة في مطلق العقود الفضولية- لا بد من التصرف في مدلولها بجعل إجازة الفضولي- الذي تملك المبيع-

---

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 16

ص: 539



القائل بصحته (1) إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول (2)، لا من حين العقد (3)، وإلا (4) لزم في المقام كون ملك الغير رهنا لغير ماله، كما كان يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد، هذا.

ولكن (1)

كاشفة عن انتقال المال إلى المشتري من زمان دخوله في ملك الفضولي، كما لو باع زيد يوم الخميس مال عمرو من بكر، ثم اشتراه يوم الجمعة من عمرو، وأجاز يوم السبت بيع يوم الخميس، فانتقال المبيع إلى بكر يكون من يوم الجمعة لا من يوم الخميس، إذ لو كشفت إجازته عن دخول المال في ملك بكر من يوم الخميس لزم اجتماع مالكين على مال واحد، وهو ممتنع.

(1) أي: بصحة بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع. وأما القائل ببطلانه كالمحقق صاحب المقابس ففي سعة من محذور اجتماع المالكين.

(2) وهو عمرو في المثال المتقدم، الذي انتقل المال عنه يوم الجمعة إلى الفضولي.

(3) وهو عقد الفضولي يوم الخميس.

(4) أي: وإن كان فكّ الرهن كاشفاً عن تأثير بيع الراهن حال حدوثه لزم كون ملك المشتري رهنا للبائع.

(5) أي: لو قلنا بكاشفية الإجازة في «مسألة من باع ثم ملك وأجاز» عن تأثير بيع الفضول حال حدوثه- أي يوم الخميس- لزم اجتماع مالكين على المبيع، أحدهما المشتري بمقتضى كاشفية الإجازة، والآخر المالك- وهو عمرو- ليصحّ منه البيع يوم الجمعة.

(1) استدراك على قوله: «و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حقّ الرهانة بالفك ناقلاً...» يعني: أن القاعدة تقتضي ناقلية فكّ الرهن و سقوطه، ولكن مصير

ص: 540

ظاهر كلّ من قال بلزوم (1) العقد هو القول بالكشف.

وقد تقدّم عن القواعد- في مسألة عفو الرّاهن عن الجاني على المرهون-: أنّ الفكّ يكشف عن صحّته (2).

ويدلّ على الكشف أيضا (3): ما استدّلوا به على الكشف في الفضولي:

من أنّ العقد سبب تامّ... إلى آخر ما ذكره في الروضة و جامع المقاصد (4).

---

القائلين بصحة بيع الرّاهن- المتعقب بالفك- إلى الكشف يمنعنا من جعل الفكّ ناقلا.

وعليه يكون حاله حال إجازة المرتهن وإجازة العقود الفضولية.

(1) أي: لزومه بالفك. والحاصل: أنّ الفقهاء على قولين، أحدهما: لزوم عقد الرهن، واستكشافه بالفك. و ثانيهما: بطلان عقده وعدم تصحيحه بالفك.

فالقول الثالث- وهو الصحة و كون الفكّ ناقلا- ممّا لا قائل به. وإن شئت التفصيل فراجع رهن الجواهر «1».

(2) أي: عن صحة العفو، و تقدم كلامه في (ص 521) والغرض منه ظهور قوله: «فإن انفك ظهر صحة العفو» في كون الفكّ كاشفا.

(3) يعني: كما دلّ عليه ظاهر كلّ من قال بلزوم العقد بالفك، و صرّح به العلامة قدّس سرّه، و غرضه أن بعض أدلة كاشفية الإجازة في البيع الفضولي يقتضي- بالأولوية- أن يكون فكّ الرهن كاشفا، لأنّهم استدّلوا هناك «بأنّ العقد سبب تام في التأثير...» و من المعلوم أنّ عقد الرّاهن- لكونه مالكا- أولى بالسببية، إذ لا مزاحم إلّا حق المرتهن.

(4) نقله المصنف عنهما في أوّل بحث الإجازة بقوله: «ان العقد سبب تام في الملك، لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه، و إلّا لزم أن لا يكون الوفاء

---

(1) جواهر الكلام، ج 25، ص 201-203

ص: 541

ثم (1) إنَّ لازم الكشف- كما عرفت (2) في مسألة الفضولي- لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن (3)،

---

بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر. وبأنَّ الإجازة متعلقة بالعقد فهو رضوي بمضمونه وليس إلّا نقل العوضين من حينه» (1).

(1) بعد ترجيح كون الفك كاشفا عن تأثير بيع الراهن، تعرّض المصنف قدّس سرّه لفرع يترتب عليه، وهو: أنه هل يجب على الراهن فك الرهن إمّا بأداء الدين، وإما بتبديله برهن آخر ليتمكن من الوفاء بعقد البيع و تسليم المبيع للمشتري، أم لا يجب ذلك؟

و تقدم نظيره في ثمرات الكشف و النقل بالنسبة إلى وظيفة الأصيل المتعامل مع الفضولي، فلو كان البائع فضوليا كان المشتري هو الأصيل، فليل بوجوب الانتظار و التبرص عليه حتى يجيز المالك أو يرد، بناء على الكشف، و بجواز نقض العقد بناء على النقل.

ففي المقام لا يجوز للراهن- قبل فك الرهن- الإقدام على ما يناقض البيع، إمّا بفسخه قولاً أو فعلاً و ردّ الثمن إلى المشتري، و إمّا بإبطاله بأن يأذن للمرتهن في بيع المرهونة ليستوفي دينه أو لجهة أخرى. و الوجه في عدم جواز فعل المنافي هو كون البيع عقداً للمالك، و لازماً من قبله، فيجب الوفاء به حتى ينكشف تماميته بالفك أو سقوط حقّ المرتهن بمسقط آخر.

(2) حيث قال في الثمرات: «و منها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل و إن قلنا بأنّ فسخه غير مبطل لإنشائه... و أمّا على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة» (2).

(3) و هو أحد الأقوال في المسألة، قال العلامة قدّس سرّه: «و الأقرب للزوم- أي

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 74؛ الروضة البهية، ج 3، ص 229؛ هدى الطالب، ج 5، ص 14-17

(2) هدى الطالب، ج 5، ص 107 و 112

كالمشتري (1) الأصيل، فلا يجوز له (2) فسخه، بل ولا إبطاله بالإذن (3) للمرتهن في البيع.

نعم، يمكن أن يقال (4): بوجوب فكّه من مال آخر، إذ لا يتمّ الوفاء بالعقد

---

لزوم العقود- من جهة الراهن قبل الفك» (1).

وقال السيد العاملي قدّس سرّه في شرحه: «كما هو خيرة الإيضاح وجامع المقاصد، لأنه صدر منه العقد في حال كونه مالكا، فحقّه أن يكون لازما، ولا مقتضى للجواز إلاّ حق المرتهن، وهو منحصر في جانبه، فيختص به، لأنّ العقد فضولي بالنسبة إليه خاصة، دون العاقد الآخر مع الفضولي، فالعقد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البائع، والمشتري، وجائز من جهة المرتهن خاصة» (2). واختاره صاحباً المقابيس والجواهر، فراجع (3).

(1) يعني: كلزوم البيع على المشتري من الراهن، ولعلّ المقصود لزوم العقد على المشتري من البائع الفضولي.

(2) أي: للراهن. والفرق بين الفسخ والإبطال أن الفسخ إيقاع منوط بالإنشاء ولو فعلا، بخلاف الإبطال فقد يتحقق بالإذن للمرتهن غفلة عمّا أنشأ بنفسه من البيع.

(3) سواء أذن للمرتهن بيع الرهن مرة أخرى من نفس المشتري من الراهن، أو من غيره، وسواء أكان بقصد استيفاء الدين أم لغاية أخرى.

(4) هذا في مقام الترتيبي، يعني: لا يجوز للراهن فسخ البيع ولا إبطاله، بل يمكن أن يقال بوجوب فك المرهونة على الراهن من مال آخر، لتوقف وجوب الوفاء ببيعه على ذلك، فوجوب الفك يكون من باب المقدمة.

و من هنا يظهر أن حقّ التعبير أن يكون هكذا: «بل يمكن أن يقال بوجوب

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 113

(2) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 118

(3) مقابيس الأنوار، كتاب البيع، ص 109؛ جواهر الكلام، ج 25، ص 202

ص: 543

الثاني (1) إلا بذلك (2)، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع.

ويمكن أن يقال (3): إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه.

وأما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب (4)، ولذا (5) لا يجب على من باع مال

---

فكه ... الخ» لا «نعم» لظهوره في الاستدراك على ما سبق من وجوب الوفاء، مع أن مقصوده تبيته و حرمة نقض البيع.

(1) و هو بيع الراهن، لكونه عقداً ثانياً بالنسبة إلى عقد الرهن.

(2) أي: إلا بفك هذا الرهن - المبيع حسب الفرض - لتسليمه للمشتري.

(3) غرضه التأمل في وجوب الفك، المتقدم بقوله: «نعم يمكن أن يقال».

و حاصله: أن وجوب الوفاء لا يقتضي رفع سلطنة الغير، بل مقتضاه عدم نقض البيع. فإن كان المحل خالياً عن حق الغير و سلطنته ترتب اللزوم على العقد، وإلا فوجوب الوفاء ليس إلا حرمة نقضه، لا إفراغ المحل عن سلطنة الغير.

وعليه، فلا يقتضي وجوب الوفاء بالعقد فك الرهن.

(4) لعدم كونه من مقتضيات وجوب الوفاء بالعقد، لا مطابقة و لا تضمناً و لا التزاماً.

(5) أي: ولأجل أن معنى لزوم الوفاء عدم جواز النقض - لا إتمام العقد بتحصيل السلطنة أو طلب الإسقاط من ذي الحق - لا يجب ... الخ.

و توضيح هذا الفرع الذي جعله شاهداً على المقام هو: أن الفضول لو باع مال الغير بقصد وقوعه لنفسه، ففيه احتمالان:

أحدهما: كون هذا البيع كسائر العقود الفضولية من أن من بيده أمر العقد إن أجاز، وقع العقد له، و وجب عليه الوفاء به، و لا شأن للفضولي أصلاً. و إن ردّه كان إنشاء الفضولي عقداً صورياً، لا عبرة به.

و ثانيهما: كون هذا البيع لازماً على الفضولي، و يجب الوفاء به، و لكن لا يجب عليه شراء المال من مالكة مقدمة لإيجاد الشرط - و هو الملك - و تسليم المبيع للمشتري، بل إن اتفق دخوله في ملك الفضولي و جب الوفاء بعقده، و إن

الغير لنفسه أن يشتريه (1) من مالكة، ويدفعه إليه (2) [1]، بناء على (3) لزوم العقد بذلك (4).

وكيف كان (5)، فلو امتنع،

لم يتفق ذلك لم يجب.

و ما أفاده المصنف قدس سره- من جعل هذا الفرع شاهدا للمقام- مبني على الاحتمال الثاني، فيقال: كما لا يجب على الأجنبي إيجاد شرط الوفاء بالعقد، فكذا لا يجب على الراهن إعدام المانع عن نفوذ بيعه، بتخليص المبيع من حق الرهانة، هذا.

(1) الجملة في محل رفع على الفاعلية ل «يجب» و ضمائر «يشتريه، مالكة، يدفعه» راجعة إلى مال الغير.

(2) أي: إلى المشتري، المستفاد من السياق.

(3) و أما بناء على بطلان هذا البيع رأسا، أو كونه موقوفا على إجازة المالك- كما ربما يظهر من فروع «من باع ثم ملك» «1»- فلا مجال للاستشهاد به، فكونه شاهدا مبني على الاحتمال الثاني المتقدم بقولنا: «ثانيهما...».

(4) أي: بمجرد بيع مال الغير لنفسه.

(5) يعني: سواء قلنا بوجود الفك على الراهن أو عدم وجوبه، فلو امتنع الراهن البائع من فك الرهن بعد بيعه و كان له مال آخر- سوى الرهن- يمكن فك الرهن به، ففيه و جهان:

[1] لا- يخفى ما فيه، فإنّ العقد هناك ما لم ينتقل المبيع إلى الفضولي لا يصير عقدا له، و من المعلوم أنّ موضوع وجوب الوفاء هو عقد العاقد، و هذا الموضوع كسائر موضوعات الأحكام لا يجب تحصيله، لعدم اقتضاء الحكم وجوب إيجاد موضوعه، بخلاف عقد الراهن، فإنّ العقد عقده، فيجب عليه الوفاء به.

(1) هدى الطالب، ج 5، ص 330-334

ص: 545

أحدهما: اقتضاء حق المرتهن جواز بيع العين المرهونة مقدّمة لاستيفاء الدين، و من المعلوم أنّ لازم جواز البيع قهرا على الراهن هو إبطال العقد الصادر من الراهن والمشتري.

ثانيهما: عدم جواز البيع، و لكن بجبر الراهن على فك الرهن بأداء الدين من سائر أمواله.

أمّا جريان الوجهين - بناء على احتمال وجوب فك الرهن - فلما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه «1» بما توضيحه: أمّا بيع الرهن - قهرا على الراهن - فلجوازه عند الامتناع من فكّ الرهن و أداء الدين، و الامتناع المجوّز للبيع عليه أعمّ من الاختياري و القهري الناشئ من مبادرته بنقل الرهن إلى غيره بالبيع، فجاز بيع خصوص العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها سابقا على نقل الراهن. و لا يلزم حينئذ بفكّ الرهن من مال آخر.

و أمّا الوجه الثاني - وهو الإيجاب على الفكّ بمال آخر - فلأنّ الواجب على الراهن الذي باع الرهن أن يفكّها منه حتى يسلم العين للمشتري، و حيث إنّه يمتنع عن الفكّ، جاز للحاكم أن يجبره عليه، لكونه وليّا على الممتنع.

و أمّا جريان الوجهين - بناء على احتمال عدم وجوب الفكّ - فلما أفاده الفقيه المامقاني قدّس سرّه بقوله: «و أمّا على تقدير عدم وجوبه، فالبيع عليه أيضا لا إشكال فيه، و إنّما الإشكال في إجباره. و وجه دفعه ما أشار إليه المصنف قدّس سرّه بقوله:

جمعا بين حق المشتري و المرتهن اللّازمين على الراهن البائع» «2».

و الظاهر أنه قدّس سرّه استظهر من التعليل «بالجمع بين الحقّين» جواز الإيجاب على البيع، و هو كذلك. و يبقى الإيجاب على الفكّ خاليا عن الدليل، بعد فرض كون مبنى

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 299

(2) غاية الآمال، ص 461

فهل يباع عليه (1)، لحقّ المرتهن، لاقتضاء الرهن ذلك (2)، وإن لزم من ذلك (3) إبطال بيع (4) الرّاهن، لتقدم (5) حق المرتهن، أو يجبر (6) الحاكم الرهن على فكّه من مال آخر، جمعا (7) بين حقّ المشتري و المرتهن (8) اللّازمين (9) على الرهن البائع؟  
وجهان (10) [1].

الإجبار على البيع و الفك هو الاحتمال الثاني أعني به عدم وجوب الفك. فكيف يعلّل وجوب الفك بالجمع بين الحقين؟

(1) أي: يباع على الرهن رعاية لحق المرتهن السابق على بيع الرهن.

(2) أي: بيع الرهن قهرا على الرهن الممتنع من أداء دينه و فكّ ماله المرهون.

(3) أي: من بيع الرهن - قهرا على الرهن - لغاية حق المرتهن.

(4) أي: بيع الرهن من المشتري من دون رضا المرتهن.

(5) تعليل لقوله: «يباع عليه».

(6) هذا هو الوجه الثاني المتقدم بقولنا: «ثانيهما».

(7) تعليل لجواز الإجبار.

(8) أما حق المرتهن، فلكون العين وثيقة على ما يستحقه من الدين. و هو لازم على الرهن. و أما حقّ المشتري فلاستحقاقه المبيع الذي اشتراه من الرهن ببيع لازم.

فالجمع بين هذين الحقين يقتضي إلزام الرهن بفك الرهن من مال آخر ليخلص المبيع للمشتري.

(9) صفة ل «حقّي» يعين: أنّ الحقين ثابتان - للمشتري و المرتهن - على عهدة الرهن.

(10) مبتدأ مؤخر لقوله: «يباع عليه، أو يجبر» و مجموع الجملة جواب للشرط في قوله: «فلو امتنع».

[1] الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ظاهر كلام المصنف قدّس سرّه، و ذلك لأنّ



و مع انحصار (1) المال في المبيع فلا إشكال في تقدم حق المرتهن (2).

---

(1) يعني: أن مصبّ الوجهين المتقدمين هو تملك الراهن مالا آخر- غير الرهن- ليقال بوجود فكّ الرهن بذلك المال. و أما مع انحصار ماله في العين المرهونة فلا إشكال في تقديم حق المرتهن، وبطلان بيع الراهن.

(2) لتعين حقه في المبيع، إذ ليس للراهن مال آخر حتى يكون مخيرا في وفاء الدين من المرهونة وغيرها.

---

مقتضى وجوب الفكّ هو إجبار الحاكم أو عدول المؤمنين، بل كل أحد- من باب وجوب النهي عن المنكر- على الفك، لا التخيير بين الفك و بين بيع الرهن عليه، إذ المفروض أنّ بيع الراهن يقتضي وجوب الوفاء الذي هو منوط برفع سلطنة المرتهن بالفك، فيجب عليه الفك. و مع امتناعه عن الفك يجبره الحاكم أو العدول عليه، لكونه ممتنعا عن أداء حقّ الغير.

و مقتضى عدم وجوب الفك- لعدم اقتضاء وجوب الوفاء ذلك بالتقريب المتقدم- هو عدم إجباره على الفك و جواز بيع المرهونة، لاقتضاء الرهن جواز استيفاء الدين من العين المرهونة، و مع الامتناع يجبر على بيعها، و لا وجه لإجبار الراهن على خصوص فكها.

فالمتحصل: أنّه بناء على وجوب الفك يجبر الراهن عليه، و بناء على عدمه يجبر على بيع الرهن.

## [مسألة إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كُله أو بعضه]

مسألة (1) إذا جنى العبد عمدا بما (2) يوجب قتله أو استرقاق كُله (3) أو بعضه (4)،

بيع العبد الجاني عمدا

(1) عدّ بعض الفقهاء تعلق حق المجني عليه برقبة العبد الجاني رابع الامور المخرجة للمال عن الطلق، و تقدّم في (ص 389 و 396)-  
فيما لو جنت أم الولد على غير مولاها- بيان حكم جنائتها عمدا و خطأ، كما تقدم حكم جناية مطلق المملوك، فراجع.

و المقصود بالبحث هنا مجرد كون حق الجناية مانعا عن صحة البيع أو عن لزومه، و عدمه. و الأقوال مبنية على بقاء الجاني على ملك  
مولاها، و عدم اقتضاء الجناية العمدية دخوله قهرا في ملك المجني عليه أو في ملك وليّه، نعم يجوز له الاسترقاق كُلا أو بعضا بقدر الجناية،  
كما يجوز قتله قصاصا.

(2) أي: باجتماع شرائط القصاص، بأن يكون المجني عليه حرّا مسلما، و تقدم في (ص 389) الإشارة إلى بعض شرائط القصاص.

(3) كما إذا قتل العبد- عمدا- حرّا أو حرّة، أو عبدا أو أمة، أو جنى على طرف من الأطراف، و كانت ديته مستوجبة لقيمة الجاني، فإنّ  
المجني عليه أو وليّه مخيّر بين قتل الجاني و بين استرقاقه.

(4) كما إذا جنى العبد على طرف من الأطراف، و كانت ديته أقلّ من قيمة العبد، فيسترقّ المجني عليه أو وليّه من الجاني بالنسبة، و  
التفصيل في محلّه.

ص: 549

فالأقوى صحة بيعه (1)، وفاقاً للمحكي عن العلامة (2) والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم (3)، بل في شرح الصيمري: أنه المشهور (4)،

(1) قال السيد العاملي قدس سرّه: «و اختيرت صحته- أي: صحة البيع- في نهاية الاحكام و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة. و قد سمعت ما في التذكرة. و هو ظاهر جماعة من المحشين و الشارحين، و في الحدائق: أنه المشهور. قالوا: و البيع حينئذ يكون موقوفاً على رضا المجني عليه أو وليه...» (1).

(2) قال في القواعد: «و يجوز بيع الجاني وإن كان عمداً و عتقه، و لا يسقط حق المجني عليه عن رقبته في العمد» (2).

و قال في التذكرة: «الأقوى بين علمائنا صحة بيع الجاني، سواء كانت جنايته عمداً أو خطأً أوجب القصاص أو لا، على النفس أو ما دونها» (3).

و المستفاد من كلمات الأصحاب: أن الأقوال في بيعه ثلاثة:

أحدها: الصحة على وجه الجواز.

ثانيها: هي مع اللزوم.

ثالثها: البطلان.

(3) كفخر المحققين قدس سرّه لعدم التعليق على ما في القواعد، و كصحابي الحدائق و الجواهر (4).

(4) قال في المقابس: «لكنه- أي الصيمري- نسب الجواز- أي جواز البيع-

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 266 و لاحظ الدروس الشرعية، ج 3، ص 200؛ جامع المقاصد، ج 4، ص 99؛ الروضة البهية، ج 3، ص

263؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 171

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 23

(3) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 42

(4) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 428؛ الحدائق الناظرة، ج 18، ص 458؛ جواهر الكلام، ج 22، ص 383

ص: 550

لأنه (1) لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق عن ملك مولاه،

---

إلى المشهور، و استدلّ عليه بما يكشف عن اختياره أو الميل إليه «(1)».

(1) أي: لأن العبد الجاني لم يخرج عن ملك مولاه، وهذا دليل ما قوّاه من صحة بيع الجاني على وجه الجواز، أي موقوفا على افتكاكه من القتل والاسترقاق، وذلك لبقاء الملكية والمالية، إذ مجرد تعلق الجناية بالعبد لا يخرج عنهما، فسلطنة المالك على بيعه بلا مزاحم.

والحاصل: أنه لا منافاة بين البيع وبين حق الجناية، لتعلقه بالجاني بما أنه جان، لا بما أنه مملوك لسيدته المعين. وليس كحق الرهانة، فإنه - على ما قيل - يتعلق بالمرهونة بما أنها مملوكة للراهن، فالبيع مناف له. وبهذا يتضح الفرق بين حق الرهانة وبين حق الجناية.

فإن قلت: إن القول ببقاء العبد الجاني على ملك سيّده لا يكفي في الحكم بصحة بيعه معلقاً على الافتكاك، وذلك لأن من شروط البيع قابلية الانتفاع بالمبيع، فلو خرج عن قابليته بطل بيعه رأساً، لا وقوعه موقوفاً على إمكان الانتفاع، كالالتزامهم ببطان بيع العبد الأبق من جهة كونه بمنزلة التالف، و كبيع الحيوان المريض المشرف على الموت كما قيل. ولما كانت جناية العبد عمداً معرضة له للقتل أو الاسترقاق - لاستحقاق المجني عليه أو وليّه ذلك، و جواز المطالبة بأحد الأمرين - كان الجاني ملكاً لا ينتفع به، بل ساقطاً عن التمؤل، هذا.

قلت: أولاً: إن جواز القصاص أو الاسترقاق لا يوجب نقصاً في جهة من الجهات الدخيلة في النقل والانتقال - من خروج المبيع عن ملك السيد، أو سقوطه عن المالية، أو كونه مما لا يبذل بإزائه المال، لكون ملكيته في معرض الزوال بالقصاص، أو لكونه متعلقاً بحق الاسترقاق المنافي للنقل عن ملك السيد - وذلك:

أمّا عدم خروجه عن ملك السيد بمجرد تحويز استرقاقه، فلأنّ معناه جواز أن

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 96

ص: 551

على ما هو المعروف عمّن عدا الشيخ في الخلاف كما سيجيء (1).

وتعلّق (2) حقّ المجنيّ عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع

يتملكه المجني عليه، وليس معناه دخول العبد الجاني في ملك المجني عليه قهرا. كما أن تجويز القصاص ليس بمعنى إسقاط ملكيته، و خروجه عن طرف إضافته إلى السيّد، بل معناه تجويز إعدام الملك. و تقدم نظير هذا في بيع الوقف من أن تجويز بيعه بطرء المسوّغ لا يترتب عليه بطلان الوقفية، بل المبطل هو بيعه خارجا.

و أمّا عدم سقوطه عن المالية- مع كونه مالا في حد ذاته- فلأنّ تجويز القصاص ترخيص في إعدام المال، لا إسقاطه عن المالية فعلا.

و أمّا عدم قبول العبد الجاني لبذل المال بإزائه، فممنوع أيضا، ضرورة عدم تعيّن القتل أو الاسترقاق ليكون بذل المال بإزائه سفهيا و أكلا للمال بالباطل، و ذلك لإمكان العفو، بل ربما يكون العفو موثوقا به (1).

و أمّا منافاة حقّ المجنيّ عليه للبيع فقد تقدم أنفا في الفرق بين حقّي الجناية و الرهانة.

و ثانيا: أن تعلق حق المجني عليه لا يقتضي فساد بيع الجاني من أصله، بل يوجب عدم نفوذه فعلا، و توقّفه على افتكالك العبد عمّا يستحقه المجني عليه من القتل أو الاسترقاق، فإن افتكك لزم، و إن لم يفتكك- بل قتل أو استرق- كشف عن بطلان بيع السيد عبده الجاني.

(1) سيأتي في (ص 562) نقل إجماع الخلاف- على خروجه عن ملك السيد- بما لفظه: «فإنّه لا خلاف بينهم أنّه إذا كانت جنايته عمدا ينتقل ملكه إلى المجني عليه».

(2) هذا دفع دخل مقدّر، تقدّما بقولنا: «فإن قلت ... قلت» و مقصود المصنف قدّس سرّه ردّ ما أفاده صاحب المقابس قدّس سرّه بقوله: «و التحقيق: أنّه و إن قلنا بكونه مملوكا للمولى صورة، إلّا أنه ليس له أثر معلوم، و لا نفع متبيّن مقداره، لإمكان

(1) حاشية المحقق الأصفهاني، ج 1، ص 299

به (1)، و مجرد (2) إمكان مطالبة أولياء المجني عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط (3) اعتبار ماليته.

و على تقدير تسليمه (4)،

---

مطالبة أولياء المقتول بأحدهما- أي القصاص أو الاسترقاق- في كل وقت. و مثل هذا يسقط اعتبار ماليته، و ترفع صلاحيته لما ذكر، إذ مقتضاها الدوام والاستمرار، كما أشرنا إليه في حكم البيع سابقا» (1).

(1) حتى يكون بذل المال بإزاء هذا الملك- الخارج عن قابلية الانتفاع به- سفهيا.

(2) غرض المستشكل من هذه الجملة إسقاط العبد الجاني عن المالية المقومة للبيع.

(3) خبر قوله: «و مجرد» و دفع لتوهم سقوطه عن المالية، كما لا مجال لتوهم خروجه عن ملك السيد.

(4) هذا ثاني الوجهين المتقدم بقولنا: «و ثانيا» و الظاهر رجوع الضمير إلى «خروج الملك عن قابلية الانتفاع به» فالمعنى: أن تسليم خروج الملك عن قابلية الانتفاع، كما تقدم في كلام المقابس آنفا- مع الالتزام بتعلق حق الغير بقربته- لا يوجب سقوط إضافة الملكية. فالمقصود نقص الملك فعلا، و كون السيد مسلوب السلطنة على عبده الجاني من جهة كون الأمر- في قتله أو استرقاقه أو قبول الفداء أو العفو مجانا- راجعا إلى المجني عليه أو وليه.

و عليه فالعبد الجاني باق على ملك مولاه متعلقا به حق الغير، كبقاء الرهن على ملك الراهن متعلقا به حق المرتهن. فلو باعه السيد صح، لكن لا منجزا، بل موقوفا على افتكاكه عن حق المجني عليه، فإن افتك- بالفداء أو العفو- كشف عن لزوم البيع، و إلا كشف عن بطلانه.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 98

ص: 553

فلا ينقص ذلك (1) عن بيع مال الغير، فيكون (2) موقوفا على افتكاكه [1] عن القتل و الاسترقاق، فإن افتكك لزم، وإلا (3) بطل البيع من أصله.

---

و يشهد لبقاء صفة الملكية- وعدم زوالها بالجناية- قوله بعد أسطر: «ان المبيع إذا كان متعلقا بحق الغير فلا يقبل» إذ لو كان مراده من ضمير «تسليمه» خروج العبد عن ملك السيد لم يتجه ذلك.

(1) أي: بيع العبد الجاني مع فرض خروج الملك عن قابلية الانتفاع به فعلا.

و وجه عدم كونه أسوأ حالا- من البيوع الفضولية المعهودة هو كون الفضولي أجنيا عن العوضين، و لا ولاية لا عليهما، بخلاف المقام، لفرض بقاء الجاني على ملك السيد، وإن كانت رقبته متعلق بحق المجني عليه.

(2) أي: فيكون بيع العبد الجاني موقوفا على افتكاك العبد عن القتل أو الاسترقاق.

(3) أي: وإن لم يفتك- بأن قتله المجني عليه أو استرقه- كشف عن بطلان البيع من أصله.

---

[1] لا يخفى أن الوقوف على الافتكاك غير الصحة التي قواها في صدر المسألة، فإن صحة عقد الفضولي موقوفة على الإجازة. و ظاهر عبارته هنا الصحة الفعلية. كما أن قوله قدس سره بعد ذلك: «فإن افتكك لزم» لا يخلو من مسامحة، إذ الصواب أن يقال: «فإن افتكك صح و لزم».

وقوله: «وإلا بطل البيع من أصله» يدل على أن المراد بقوله: «فإن افتكك لزم» هو الصحة المستتبعة للزوم، إذ مقابل البطلان هو الصحة، لا اللزوم. و أما الصحة على وجه اللزوم فقد أشار إليها بقوله: «و يحتمل».

وقد يورد على العبارة أيضا بما في حاشية المحقق الإيرواني قدس سره بعدم الاستقامة، لأن ضمير «تسليمه» إما أن يعود إلى كلا المنعين- وهما خروج العبد

و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل (1)،

---

(1) هذا إشارة إلى القول الثاني في المسألة، وهو صحة بيعه منجزاً، لا موقوفاً

---

الجاني عن قابلية الانتفاع والسقوط عن التمول- وإما إلى خصوص الخروج عن قابلية الانتفاع.

فعلى الأول لا وجه لقوله: «فلا ينقص» إذ بعد تسليم الأمرين يتعين البطلان، لا أنه أحسن حالا من البيع الفضولي، ضرورة عدم خروج المبيع الفضولي عن التملك و التمول، وأما بيع ما لا نفع فيه أو ما ليس بمتمول فباطل، سواء أكان أصالة أم فضولا.

وعلى الثاني لم يتجه قوله: «فإن افتكك لزم» إذ بعد تسليم الخروج عن الملك كان بيع السيد فضولياً موقوفاً على إجازة المالك الفعلي، وهو المجني عليه كسائر البيوع الفضولية، الواقعة للمالك بإجازاتهم، ولا دخل للافتكك في نفوذ البيع السابق أصلاً، هذا «1».

لكن يمكن اختيار الشق الثاني كما ذكرناه في التوضيح، وجعل التسليم راجعاً إلى الخروج عن قابلية التملك، بأن يكون مراد الشيخ الأعظم منع السيد فعلاً- عن التصرف في العبد حتى يختار المجني عليه أحد الأمور، وليس في عبارة المتن الخروج عن الملك و الانتقال إلى المجني عليه حتى يكون بيع السيد فضولياً موقوفاً على الإجازة، لا الفك.

وعلى هذا فلا حازة في العبارة من جهة التعبير ب «فلا ينقص» باعتبار كون البيع تصرفاً في متعلق حق الغير مع بقائه على ملك السيد. و ما أفاده المحقق الإيرواني «من وقوع البيع للمجني عليه و توفقه على إجازته» موافق لما في المقابس من وقوعه له على تقدير الإجازة، لا للسيد الذي لا خيار له في العبد الجاني «2».

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 98

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 192



على الفك أو الإجازة، و المحتمل صاحب المقابس قدس سرّه، و يظهر من قصاص الجواهر (1) وجود القائل به كما نقله فيه عن الفاضل الأصفهاني قدس سرّه (2).

قال المحقق الشوشتری فيما لو باع المولى عبده الجاني أو رهنه: «و إن كان- أي التصرف- يباع أو رهننا فلا ريب في أنه لا يرفع الخيار الثابت للولي ... و هل يبطل البيع من أصله؟ أو يفسخ من حينه، أو يكون كالتلف الطارئ على المبيع، فيثبت الخيار للمشتري مع جهله، للعيب السابق على البيع، لا مع علمه، فيكون كبيع المريض الذي يخاف عليه من الموت إذا مات بعد البيع و القبض، و يبيع الأرمم الذي يخاف عليه من العمى، فعمي بعدها و اعتق بذلك، أو يفرّق ... الخ» ثم اختار البطلان، و ردّ الاحتمالات الاخرى، فراجع (3).

و كيف كان فتوضيح ما في المتن من الصحة المنجزة هو: أنّ شرط صحة البيع و لزومه- أعني به كون المبيع ملكا للبائع- موجود، و مقتضاه انتقال الرقبة إلى ملك المشتري، فإن رضي وليّ المجني عليه بالفداء أو عفا فلا كلام. و إن اقتصر من العبد أو استرقّه جاز. فإن كان المشتري عالما بجنایته الموجبة للقتل أو الاسترقاق كان التلف عليه، و لا يستحق الرجوع إلى البائع بالثمن. و إن كان جاهلا ثبت له الخيار، لأنّ كون العبد معرضا للقتل أو الاسترقاق عيب يوجب الخيار. نظير شراء عبد أرمم مشرف على العمى، لكونه عيبا فيه يستحق المشتري الجاهل به الفسخ.

و حينئذ فإن كان القتل أو الاسترقاق في زمن الخيار- أي قبل علم المشتري بالحال- كان على البائع. و إن كان بعده فهو على المشتري.

(1) جواهر الكلام، ج 42، ص 138، و يظهر من بيع الجواهر اختيار كونه مراعى، فلاحظ ج 22، ص 384

(2) كشف اللثام، ج 2، ص 272 (الحجرية)

(3) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 101 و 102

فيكون تلفه (1) من المشتري في غير زمن الخيار (2)، لوقوعه (3) في ملكه، غاية الأمر أنّ كون البيع عرضة لذلك (4) عيب يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع (5) الأرمد (6).

إذا عمي، و المريض إذا مات بمرضه.

ويردّه (7): أنّ المبيع إذا كان متعلّقاً لحقّ الغير فلا يقبل أن يقع لازماً (8).

---

(1) المراد من تلفه قتله أو استرقاقه، فلا يسلم المبيع للمشتري حينئذ.

(2) إذ لو كان التلف في زمن الخيار كان على البائع، لقاعدة «التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له».

(3) تعليل لكون التلف من المشتري لا البائع، وذلك في صورتين:

إحدهما: علم المشتري حال البيع بحال المبيع.

وثانيتها: جهله به حاله، ولكن علم به بعده ولم يفسخ البيع، لسقوط خيار العيب حينئذ.

(4) أي: كون المبيع عرضة للتلف عيب موجب لخيار المشتري الجاهل بالعيب المشرف عليه.

(5) كذا في نسخ الكتاب، والأنسب - كما تقدم عن المقابس - «كبيع الأرمد».

(6) الذي هو في معرض العمى الموجب للانعتاق، وقد عمي بعد البيع، وانعتق بذلك. وكذا المريض الذي يخاف عليه من الموت، وقد مات بعده، فإنّ جهل المشتري بالعيب يوجب الخيار.

(7) أي: ويردّ احتمال صحة البيع على وجه اللزوم: أنّ المبيع - وهو العبد الجاني - قد تعلق به حق الغير، ففوق بيعه لازماً يوجب سقوط الحق، وهو باطل.

فلا محيص عن الالتزام بأحد الأمرين، إما بطلان البيع رأساً، أو وقوفه على الإجازة.

و المتعين هو الثاني. أمّا الصحة فلكون السيد مالكا، وأما إجازة المجني عليه فلتعلق حقه بالعبد.

وعلى كلّ فلا وجه للالتزام بكون بيع السيد لازماً كما زعمه المحتمل.

(8) كما تقدم في حقّ الرهانة أيضاً.

لأدائه (1) إلى سقوط حق الغير. فلا بدّ إمّا أن يبطل، وإمّا أن يقع مراعى.

وقد عرفت (2) أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله، و مدخلية الغير فيه وقوع بيعه مراعى، لا باطلا.

و بذلك (3) يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المريض الذي يخاف عليه من الموت، والأرمد الذي يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد، فإنّ (4) الخوف في المثالين لا يوجب نقصانا في سلطنة المالك مانعا عن نفوذ تملكه منجزا، بخلاف تعلق حق الغير (5).

اللهم إلا أن يقال (6): إن تعلق حق المجني عليه

---

(1) أي: لأداء لزوم البيع إلى سقوط حق الغير من المجني عليه والمرتهن.

(2) حيث قال في (ص 554): «فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفا على افتكاكه ... الخ» و غرضه قدّس سرّه تعيين الشق الأخير، وهو الصحة الموقوفة على الافتكاك.

(3) يعني: و بتعلق حق الغير بالعبد الجاني يظهر الفرق بينه وبين المثالين المتقدمين في كلام المحتمل، وهما: بيع المريض المشرف على الموت، والأرمد المشرف على العمى، حيث إنّ خوف الموت والعمى لا يوجب قصورا في سلطنة المالك، بخلاف حق الغير، فإنّه يزاحم سلطنة المالك، فيمنع من لزوم العقد.

(4) تعليل لظهور الفرق و بيان له. فالحيوان المريض بمرض يخشى منه الموت يصحّ بيعه لتمام سلطنة المالك عليه، و المشتري الجاهل بالحال يثبت له الخيار.

(5) و هو المجني عليه، فإنّ حقه مانع عن نفوذ تملك السيّد و بيعه منجزا.

(6) غرضه تأييد ما تقدم في قوله: «و يحتمل» من صحة بيع السيد منجزا و عدم توقفه على فك العبد من حقّ المجني عليه، و كون بيع العبد الجاني و المريض و الأرمد من باب واحد. و حاصله: أن حق الجناية قائم برقبة الجاني أينما كانت، سواء بقي العبد رقّا لسيّده أم انتقل إلى غيره ببيع أو هبة. و للمجني عليه الأخذ بحقه

لا يمنع من نفوذ تملكه (1) منجزاً، لأنّ للبايع سلطنة مطلقة (2) عليه، و كذا للمشتري، و لذا (3) يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذي الحق، غاية الأمر أنّ له (4) التسلّط على إزالة ملكهما، و رفعه (5) بالإتلاف أو التملك (6) [التمليك]. و هذا (7) لا يقتضي وقوع العقد مراعى، و عدم استقرار الملك.

و بما ذكرنا (8) ظهر الفرق بين حقّ المرتهن المانع من تصرف الغير،

---

- من القصاص أو الاسترقاق- أينما وجد العبد.

و عليه فمقتضى سلطنة المالك على ماله نفوذ بيع العبد الجاني، من دون مراعاته بإجازة المجني عليه، أو بافتكاكه. كما أنّ للمشتري سلطنة التصرف فيه بذلك ما لم يكن مفوّتاً.

(1) أي: تملك المولى العبد الجاني منجزاً، لا مرعيّاً بالافتكاك.

(2) بمقتضى حذف المتعلق في حديث «الناس مسطون على أموالهم» مع عدم نهوض حجة على التقييد.

(3) أي: و لأجل ثبوت السلطنة المطلقة- للبايع و المشتري- على العبد الجاني، ينفذ تصرفهما فيه منجزاً.

(4) أي: أنّ لذي الحق سلطنة على إزالة ملك البائع و المشتري، لثبوت الولاية للمجني عليه شرعاً.

(5) معطوف على «التسلط» أي: له رفع ملك البائع أو المشتري بالإتلاف، و هو قتل العبد الجاني.

(6) أي: الاسترقاق. و ما في نسختنا أولى ممّا في أكثر النسخ من «التمليك».

(7) أي: ثبوت التسلّط للمجني عليه- على إزالة الملك- لا يقتضي تزلزل ملك المشتري، و كون لزومه مراعى بالافتكاك. و عليه فلا يبقى فرق بين ما نحن فيه و بين الخوف في المثاليين- و هما بيع الأرمذ و المريض- في كون البيع منجزاً.

(8) أي: بعدم مانعية حق الجناية عن نفوذ التملك المنجز- لكون البائع سلطاناً مستقلاً في التصرف في ماله- ظهر الفرق بين حق الجناية و بين حق الرهانة،

و حقّ (1) المجنّي عليه غير المانع فعلا، غاية الأمر أنّه (2) رافع [مانع] شأنًا.

و كيف كان (3)، فقد حكى عن الشيخ في الخلاف البطلان، فإنّه قال فيما حكى عنه: «إذا كان لرجل عبد، [جان] (4) فجنى، فباعه مولاه بغير إذن المجنّي عليه، فإن كانت جنائته (5) [جناية] توجب القصاص فلا يصح البيع،

---

حيث إنّ المالك الراهن محجور عن التصرف في المرهونة بدون إجازة المرتهن أو إذنه، هذا.

لكن الإنصاف أنّ هذا الفرق بحسب القواعد غير فارق، لعدم منافاة بين حق الرهانة وبين بيع المرهون، لإمكان تعلق الحق بالعين أينما كانت كحق الجناية.

فالأولى الاستناد في الفرق بينهما إلى ما ثبت بالتعبّد من ممنوعية الراهن و المرتهن عن التصرف.

(1) معطوف على «حق المرتهن» فحق المجنّي عليه لا يمنع صحة تصرف البائع و المشتري فعلا بحيث يكون مراعى بإجازة ذي الحق أو الافتكاك.

(2) أي: أنّ حق المجنّي عليه رافع شأنى، وله اقتضاء رفع تصرف السيد- بالبيع- أو المشتري. و من المعلوم أنّ المانع الشأني- أي قبل الأخذ بحقّ الجناية بالقتل أو الاسترقاق- لا يزاحم تأثير بيع السيد في النقل إلى الغير.

و قد تحصّل إلى هنا اقتضاء القاعدة للقول بلزوم بيع العبد الجاني، هذا.

(3) أي: سواء قلنا بالصحة الفعلية أو المرعية، فقول شيخ الطائفة قدّس سرّه مخالف لكليهما، لأنّه ذهب إلى عدم صحة بيع العبد الجاني عمدا.

و غرض المصنّف قدّس سرّه التعرّض للقول الثالث في المسألة، وهو الفساد، المبني على انتقال العبد عن ملك السيد إلى المجنّي عليه أو وليّه.

(4) كذا في نسختنا، وفي بعض النسخ كالمصدر «فجنى».

(5) كذا في النسخ، ولكن في الخلاف- في الموضوعين- «جناية» يعني: كانت

وإن كانت (1) جنايته [جناية] توجب الأرش صحّ (2) إذا التزم مولاه الأرش».

ثم استدللّ (3) «بأنّه إذا وجب (4) عليه القود فلا يصحّ بيعه، لأنّه قد باع منه (5) ما لا يملكه (6)، فإنّه حقّ للمجنيّ عليه. وأمّا إذا وجب عليه الأرش صحّ (7)، لأنّ رقبته سليمة، و الجناية أرشها، فقد التزمه (8) السيد، فلا وجه يفسد البيع» انتهى (1)».

---

جناية العبد عمدية، فيكون أثرها ثبوت حق القصاص لولي المجني عليه.

(1) معطوف على «فإن كانت» وهذا حكم الجناية الخطائية، لأن الخيار للمولى بين الأرش و تسليم الجاني للمجني عليه.

(2) كذا في المقابس، وفي الخلاف: «فإنّه يصح بيعه إذا...».

(3) يعني: قال الشيخ: «دليلنا: أنه إذا وجب».

(4) يعني: أن العبد الجاني إذا ثبت عليه القصاص لم يصح للمولى بيعه، لأنّه باع ما لا يملكه، ويشمله النهي في: «لا تبع ما ليس عندك» فيبطل.

(5) أي: من قبل نفسه- لا من طرف المجني عليه- والمراد: أن السيد باع من ما لا يملكه.

(6) كذا في النسخ، وفي الخلاف: «ما لا يملك، لأن ذلك حق المجني عليه» وعلى تقدير ثبوت الضمير في «يملكه» فالمرجع والمشار إليه ل «ذلك» هو الموصول المراد به العبد الجاني.

(7) في الخلاف: «فإنّه يصح بيعه، لأنّ رقبته سليمة من العيب».

(8) كذا في النسخ، وفي الخلاف: «فقد التزمها».

---

(1) الخلاف، ج 3، ص 118-117، كتاب البيوع، المسألة: 198، و حكاها المصنف عن مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 95

ص: 561

وقد حكى (1) عن المختلف: «أنه حكى (2) عنه في كتاب الظهار: التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمدا، حيث قال: «إذا كان عبد قد جنى جناية (3)، فإنه لا-يجزئ عتقه عن الكفارة، وإن كان خطأ جاز ذلك (4). واستدلّ بإجماع الفرقة، فإنه (5) لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمدا ينتقل (6) ملكه إلى المجني عليه، وإن كان خطأ فدية ما جناه على مولاه» (7) انتهى.

وربما يستظهر ذلك (8) من عبارة الإسكافي المحكية عنه في باب الرهن،

---

(1) الحاكي صاحب المقابس «1»، نقله في القول الأول، وهو بطلان بيع العبد الجاني عمدا وعتقه ورهنه.

(2) أي: حكى العلامة في المختلف عن شيخ الطائفة في ظهار الخلاف.

(3) كذا في النسخ، ولكن في الخلاف و المختلف و المقابس «جناية عمدا، فإنه لا يجزئ إعتاقه».

(4) أي: جاز عتق العبد الجاني عمدا في كفارة الظهار.

(5) كذا في نسخ الكتاب، ولكن في الخلاف و المختلف و المقابس «لأنه».

(6) كذا في النسخ و المقابس، وفي الخلاف و المختلف «أنه ينتقل» وهذه الجملة هي مبنى حكم شيخ الطائفة بفساد عتق العبد الجاني عمدا، لانتقاله قهرا إلى ملك المجني عليه، و حيث إنه «لا عتق إلا في ملك» فيبطل عتق السيد.

(7) تنمة عبارة الخلاف هي: «لأنه عاقلته، وعلى هذا لا شك فيما قلناه».

(8) أي البطلان، والمستظهر هو المحقق الشوشتری قدّس سرّه، فإنه بعد نسبة البطلان إلى شيخ الطائفة و العلامة قدّس سرّهما، قال: «و أيضا هو الظاهر من ابن الجنيد، حيث قال ...» (2).

---

(1) الخلاف، ج 4، ص 546، كتاب الظهار، المسألة: 33؛ مختلف الشيعة، ج 7، ص 443؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 95

(2) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 95

ص: 562

وهي: أن من شرط الرهن أن يكون الراهن مثبتا لمملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنايته على ملكه» انتهى.

وربما يستظهر (1) البطلان من عبارة الشرائع أيضا في كتاب القصاص، حيث قال: «إنه إذا قتل العبد حرًا عمدا، فأعتقه مولاه، صح، ولم يسقط القود.

ولو قيل: لا يصح لئلا يبطل حق الولي من الاسترقاق، كان حسنا. وكذا (2) بيعه وهبته» انتهى.

لكن يحتمل قويا (3) أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازما غير متزلزل

---

(1) المستظهر صاحب المقابس أيضا، حيث قال: «وربما يظهر - يعني البطلان - من باب القصاص من الشرائع أيضا كما سيأتي، وكذا من الغنية والمهذب».

و الوجه في التعبير «ربما» ما نقله في المقابس عن المحقق قدس سره من أنه في كتاب البيع تردّد في جواز بيع العبد الجاني مطلقا، وفي كتاب الرهن تردّد في جواز رهنه، ثم قال: «و الأشبه الجواز» و يظهر من القصاص ترجيح المنع، ثم نقل عبارة الشرائع المذكورة في المتن، ثم قال: «و يمكن أن يكون هذا رجوعا عمّا ذكره في الرهن - يعني من ترجيح الجواز - كما أنه رجوع عن تردّده في جواز البيع في كتاب البيع.

و كان هذا أولى» (1).

(2) كذا في النسخ و المقابس، وفي الشرائع: «و كذا البحث في بيعه وهبته» يعني: أن حكم بيع العبد الجاني عمدا وهبته حكم عتقه، فلو قيل بعدم الصحة في الجميع كان حسنا.

(3) غرضه الخدشة فيما استظهره صاحب المقابس من كلام المحقق في القصاص، من بطلان بيع العبد الجاني عمدا، وأن المحتمل قويا أن يريد بقوله: «ولو قيل لا يصح» أنه لا يقع لازما، لظهور تعليل بطلان العتق - بكونه مفوّتا لحق وليّ

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 95-96؛ شرائع الإسلام، ج 4، ص 209



كوقوع (1) العتق، لأنه (2) الذي يبطل به حق الاسترقاق، دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق.

و كيف كان (3)، فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد في عدم الصحة إلى عدم الملك، و هو (4) ممنوع، لأصالة بقاء ملكه،

المجني عليه- في أن المبطل للحق هو اللزوم، و حيث إن العتق لا يقع موقوفا و مراعى فيلغو من أصله. و هذا بخلاف البيع، لإمكان وقوعه مراعى بالافتكاك عن حق المجني عليه، فلا مانع من صحته متزلزلا.

و عليه فنسبة فساد البيع إلى المحقق قدس سره لا تخلو من خفاء.

(1) أي: كوقوع العتق لازما أو باطلا، و ليس بينهما متوسط، و هو العتق المراعى بالافتكاك أو الإجازة.

(2) أي: لأن وقوع البيع لازما يبطل حق الاسترقاق و إن لم يبطل حق القصاص.

(3) يعني: سواء أ كان مقصود المحقق من عدم صحة بيع العبد الجاني بطلانه رأسا كما استظهره صاحب المقابس، أو صحته مراعى بالافتكاك كما احتمله المصنف، فالظاهر أن منشأ البطلان عند شيخ الطائفة هو عدم كون السيد مالكا للعبد الجاني متعمدا، لقوله تارة: «لأنه قد باع منه ما لا يملكه» و اخرى: «ينتقل ملكه إلى المجني عليه»، و من المعلوم اشتراط البيع بالملك.

(4) أي: و عدم الملك ممنوع، و مقصود المصنف الخدشة في دعوى الشيخ بوجهين:

أحدهما: استصحاب ملكية العبد، للشك في ارتقاعها بالجناية العمدية، فتستصحب الملكية.

و ثانيهما: ظهور لفظ «الاسترقاق» في النصوص في بقاءه على ملك سيده بعد الجناية ليسترقه المجني عليه أو وليه، إذ لو انتقل العبد إليه بمجرد الجناية لم يبق

و لظهور [و ظهور] (1) لفظ «الاسترقاق» في بعض الأخبار (2) في بقاء الملك.

نعم في بعض الأخبار (3) ما يدل على الخلاف.

---

موضوع للاسترقاق المملّك.

(1) معطوف على «أصالة» وهذا إشارة إلى الوجه الثاني، وفي بعض النسخ «و لظهور» و هما بمعنى.

(2) كصحيح زرارة عن أحد هما عليهما الصلاة والسلام: «في العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا استرقوه» (1).

و نحوه غيره (2).

(3) كخبر علي بن عقبة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن عبد قتل أربعة أحرار، واحدا بعد واحد؟ قال: فقال: هو لأهل الأخير من القتلى، إن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا استرقوه، لأنّه إذا قتل الأول استحق أولياؤه، فإذا قتل الثاني استحق من أولياء الأول، فصار لأولياء الثاني. فإذا قتل الثالث، استحق من أولياء الثاني، فصار لأولياء الثالث. فإذا قتل الرابع استحق من أولياء الثالث، فصار لأولياء الرابع، إن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا استرقوه» (3).

---

[1] هذا لو دار أمر عتق العبد الجاني عمدا بين الصحة فعلا و بين البطلان ليكون مقتضى السياق ذلك في بيعه. إلا أن القائل بصحة العتق مراعى موجود.

و التعليق على الافتكالك تعليق على واقع لا على متوقع، و هو غير مبطل للإنشاء.

مضافا إلى ما احتمله صاحب الجواهر قدّس سرّه من اختصاص التعليق الممنوع بما يذكر في صيغة العتق، فراجع «4».

---

(1) وسائل الشيعة، ج 19، ص 73، الباب 41 من أبواب القصاص في النفس، الحديث: 1

(2) المصدر، ص 74، الحديث: 4

(3) المصدر، ص 77، الباب 45 من أبواب القصاص في النفس، الحديث: 3

(4) جواهر الكلام، ج 42، ص 137

ص: 565

و يمكن أن يكون (1) مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه،

---

و استدل به صاحب المقابس قدس سره على مدعاه من اقتضاء الجناية دخول المملوك في ملك أولياء المجني عليه، و أن المراد بالاسترقاق- الذي جعل مقابلا للقصاص - الرضا ببقائه رقًا.

و قال في ذيل هذا الخبر: «و فيه دلالة على المطلوب من وجوه عديدة» (1).

فمنها: قوله عليه السلام: «هو لأهل الأخير» لظهور اللام في الملك، بناء على أن يكون «استرقوه» بمعنى إبقائه في الرق لا التملك.

و منها: قوله عليه السلام: «استحق أوليائه» و «استحق من أولياء الأول» و «استحق من أولياء الثاني...».

و منها: «فصار لأولياء الثاني...» لظهور الاستحقاق و الصيرورة في التملك القهري.

لكن هذا الخبر معارض بغيره، و التفصيل في القصاص.

(1) غرضه قدس سره توجيه فتوى شيخ الطائفة قدس سره - لمخالفته للمشهور - باحتمال أن يكون مراده من انتقال ملك العبد الجاني إلى المجني عليه هو انتقال السلطنة إليه مع بقاء الرقبة على ملك السيد، فيكون نظير ملك حق الفسخ في بابي الخيار و الشفعة، بمعنى كون ذي الخيار و الشفيع مالكا لأمر البيع، و له الفسخ و الإمضاء، فكذا المجني عليه، لتسلطه شرعا على القصاص أو الاسترقاق أو الرضا بالفداء أو العفو مجانا.

و ربما يكون تعبيره في الخلاف بعد قوله: «قد باع منه ما لا يملكه» ب «فإنه حق للمجني عليه» ظاهرا في هذا الحمل، بأن أراد من عدم الملك عدم الملك التام المستتبع للسلطنة عليه فعلا [1].

---

[1] لكن يشكل بصراحة قوله في باب الظهار بانتقال ملكه إلى المجني عليه،

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 97

ص: 566

فإنه (1) ينتقل إلى المجني عليه، ويكون (2) عدم جواز بيعه من (3) المولى مبنياً على المنع عن بيع الفضولي، المستلزم (4) للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق الغير ينافيه (5) السلطنة المطلقة من المشتري عليه، كما في الرهن (6).

---

و حينئذ فيكون بطلان بيعه- كما ذهب إليه بعض آخر- إما لرعاية حق المجني عليه، كما استدلل به على فساد عتقه، وإما لبطلان الفضولي مطلقاً.

(1) أي: فإنّ التسلط على العبد الجاني ينتقل إلى المجني عليه، ويكون السيد كالمحجور عن ماله.

(2) هذا نتيجة الحمل المزبور، يعني: وإن كانت الرقبة ملكاً للسيد، إلا أنّ تعلق الحقّ به يوجب كون بيعه فضولياً، والمعروف عن الشيخ في الخلاف بطلان الفضولي رأساً.

(3) أي: البيع الناشئ من المولى، فحرف الجر نشويّة.

(4) صفة ل «المنع» يعني: أنّ بطلان بيع الفضولي مال الغير يستلزم بطلان بيع متعلق حق الغير، إذ لو صحّ نقله إلى الغير لزم عدم سلطنة المشتري على المبيع سلطنة مطلقة- لتعلق حق المجني عليه به- مع أنّ مقتضى المبادلة تسلطه عليه مطلقاً كتسلط البائع على الثمن.

(5) يعني: أن سلطنة المشتري المطلقة تنافي حقّ الغير المتعلق بالمبيع.

(6) حيث إنّ سلطنة المشتري التامة تنافي حق المرتهن، ولذا قيل ببطلان بيع الرهن، كما تقدم.

---

مع عدم اقترانه بما يوهن دلالتة على نقل الرقبة، لا مجرد السلطنة، مع وضوح مقابلة الحق للملك وإن كان كلاهما من سنخ الإضافة الخاصة.

مسألة (1) إذا جنى العبد خطأ صحَّ بيعه على المشهور (2)، بل (3) في شرح الصيمري:

«أنه لا خلاف في جواز بيع الجاني إذا كانت الجناية خطأ أو شبه عمد (4)، و يضمّن المولى أقلّ الأمرين من قيمته و دية الجناية (5).

---

بيع العبد الجاني خطأ

(1) تقدم في حكم جناية أمّ الولد على غير مولاها خطأ حكم جناية مطلق المملوك كذلك، وأنّ الخيار للسيد بين الفداء و تسليم الجاني إلى المجني عليه للاسترقاق أو البيع، فراجع (ص 396).

(2) كما في الحدائق «1»، و يقابله القول بالبطلان إلا إذا فداه السيد كما عن ابن إدريس، أو أجازة المجني عليه أو وليه كما عن ابن الجنيد.

(3) غرضه الترقي من شهرة صحة البيع إلى كونها إجماعية، في دعوى الفاضل الصيمري قدّس سرّه.

(4) نقل السيد العاملي قدّس سرّه عنهم - في وجه إلحاق غير العمد بالخطأ - ما لفظه:

«لأنه حق غير مستقر في الجاني، لأنّ للمالك أدأؤه من غيره. و لأنّه تعلق به من غير اختيار المالك هنا، فلم يمنع البيع، كالزكاة» «2».

(5) فلو كانت دية جناية العبد أكثر من قيمته لم يضمّن المولى، لأن العبد

---

(1) الحدائق الناظرة، ج 18، ص 458

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 265

ص: 568

و لو امتنع (1) كان للمجني عليه أو لوليّه انتزاعه، فيبطل البيع. وكذا (2) لو كان المولى معسراً، فللمشتري (3) الفسخ مع الجهالة، لتزلزل ملكه ما لم يفده المولى» انتهى «1».

وظاهره (4) أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد.

إلا أن المحكي عن السرائر والخلاف: أنه لا يجوز (5) إلا إذا فداه المولى أو

---

لا يجني بأكثر من قيمة نفسه، وليس المولى عاقلته حتى يضمن الزيادة.

(1) يعني: لو امتنع المولى من أن يفدي عبده بأقل الأمرين، جاز للمجني عليه انتزاع العبد، فإن كان المشتري جاهلاً بجناية العبد ثبت له الخيار، وإلا فلا.

(2) معطوف على «امتنع» يعني: ويجوز للمجني عليه انتزاع العبد من يد المشتري لو لم يمتنع السيد من الفداء بل التزم به، ولكن عجز عن البذل من جهة الإعسار.

(3) هذا نتيجة بطلان البيع بانتزاع العبد من يد المشتري، وله خيار العيب، فيستحق الفسخ واسترداد الثمن من السيد، سواء أكان جهله بامتناع المولى عن أداء أقل الأمرين، أو بإعسار المولى، وعدم قدرته على الفداء.

(4) غرضه قدس سرّه أنّ مقتضى إطلاق معقد الإجماع هو صحة بيعه سواء أكان قبل التزام السيد بالفداء أم بعد التزامه به، وإلا فجواز البيع بعد ضمان أقل الأمرين - من الأرش ودية الجناية - هو المتيقن من الجواز. فالمهم إحراز الجواز قبل التزام السيد بالفداء.

ولكن قد يتأمل في الإجماع بما حكى عن ابن إدريس قدس سرّه من منع بيع العبد الجاني خطأ قبل أن يفديه السيد أو يلتزم به. وليس نفس البيع التزاماً قهرياً بالفداء لينفذ.

(5) أي: لا يجوز البيع، ولكن الضمير يعود إلى كلّ تصرف فيه، ولا خصوصية

---

(1) غاية المرام (مخطوط) ج 1، ص 280

ص: 569

التزام (1) بالفداء «1»، لا أنه (2) إذا باع ضمن (3).

و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع (4)، لكونه ملكا لمولاه، و تعلق حق

للبيع، و العبارة منقولة عن ابن إدريس بالمعنى، لأنه قال في حكم الجاني خطأ:

«و لا يجب على السيد سوى تسليمه إلى أولياء المقتول... إلا أن يتبرع المولى و يفديه الدية. فإذا فداه و ضمن عنه ما جناه جاز له حينئذ عتقه و التصرف فيه.

و قبل ذلك لا يجوز له شيء من ذلك... و شيخنا أبو جعفر قائل بذلك، موافق عليه» ثم نقل كلام شيخ الطائفة في رهن الخلاف، فراجع.

(1) لم يظهر من عبارة السرائر كفاية الالتزام بالفداء، لظهور قوله: «يفديه بالدية» في دفع الدية قبل إنشاء البيع، إلا أن يستفاد كفايته من عطف «ضمن عنه» على «فداه».

(2) أي: لا أن السيد إذا باع ضمن الفداء- قهرا- ليصح البيع.

(3) خلافا لجماعة ذهبوا إلى عدم اشتراط صحة بيع السيد بأحد الأمرين قبله من الفداء و الالتزام، لكون نفس التصرف بالبيع و العتق و شبههما التزاما و ضمانا بالفداء، ففي بيع القواعد: «و يكون- أي البيع- في الخطأ التزاما للفداء» (2).

و قال السيد العاملي قدس سرّه: «أما كون بيعه في الخطأ التزاما للفداء، فقد صرح به في التذكرة و نهاية الاحكام و اللمعة و الروضة و المسالك. و في المبسوط: انه الذي ينبغي، لأن الخيار للسيد، فإذا باعه فقد اختار الفداء، فتعين عليه... و احتمال في نهاية الاحكام عدم التزام السيد بالفداء، و قواه في موضع من التحرير، لأن أكثر ما فيه أنه التزام بالفداء، فلا يلزمه الفداء، كما لو قال الراهن: أنا أقضي الدين» (3).

(4) محصله- كما تقدم في بيع العبد الجاني عمدا أيضا- هو صحة بيع السيد

(1) الحاكي صاحب المقابس، كتاب البيع، ص 95، و أشار إليه في ص 99 و لاحظ: السرائر، ج 3، ص 358؛ الخلاف، ج 3، ص 235،

كتاب الرهن، المسألة: 28

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 23

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 266

ص: 570

الغير لا يمنع عن ذلك (1)، لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً، فضلاً (2) عن تعلق حقّ الغير.

ولعلّ ما (3) عن الخلاف و السرائر مبنيّ على أصلهما من بطلان الفضولي و ما أشبهه من كلّ بيع يلزم من لزومه بطلان حقّ الغير، كما يؤمّي إليه (4) استدلال الحلّي على بطلان البيع قبل التزامه و ضمانه: بأنّه (5) قد تعلق برقبة العبد الجاني، فلا يجوز إبطاله (6). و مرجع هذا المذهب (7) إلى أنّه لا واسطة بين

قبل الفداء، موقوفاً على فك رقبتة من حق الجناية. وجه الصحة: أن تعلق حق الغير بالعبد مع كونه ملكاً له لا يوجب بطلان البيع، بل يجعله فضولياً منوطاً برضا المجني عليه أو وليّه.

نعم من يقول ببطلان العقد الفضولي رأساً - حتى لو كان المبيع ملكاً للبائع، وإنما تعلق به حق الغير - قال به هنا أيضاً. ولعلّ منشأ حكم ابن إدريس بعدم جواز البيع قبل تخليص الرقبة من حق الجناية هو منع العقد الفضولي مطلقاً.

و هو غير قادح بناء على صحته و وقوفه على الإجازة كما يراه المعظم.

(1) أي: عن جواز البيع.

(2) تقدم أنفاً وجه الأولوية المعبر عنها ب «فضلاً».

(3) و هو عدم جواز بيع العبد الجاني خطأً قبل بذل الفداء.

(4) أي: إلى بطلان كل بيع يلزم من نفوذه ذهاب حق الغير.

(5) متعلق ب «استدلال» و الضمير راجع إلى حقّ المجني عليه.

(6) أي: إبطال حق المجني عليه.

(7) أي: مذهب شيخ الطائفة و الحلّي من بطلان بيع ملك الغير أو متعلّق حقه.

فإنّ مآله إلى إنكار الوسطة بين اللزوم و البطلان، فإن صحّ البيع كان لازماً، وإن فسد لم يترتب عليه أثر. و أما الصحة المراعاة بالإجازة أو إسقاط الحق فلا يلتزم بها.



لزوم البيع و بطلانه، فإذا صحَّ البيع أبطل حقَّ الغير (1).

وقد تقدّم غير مرّة (2): أنه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجازة ذي الحقّ أو سقوط (3) حقّه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدية أو أقلّ الأمرين - على الخلاف (4) - وقع مراعى، فإن فداه المولى أو رضى المجنّي عليه بضمانه فذاك (5)، وإلا (6) انتزعه المجنّي عليه من المشتري.

وعلى هذا (7) فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حقّ المجنّي عليه.

(1) وحيث إنه لا يصحّ إبطال حق الغير لم يصح البيع، كما تقدم في دعوى القائل ببطلان بيع الراهن قبل الاستيدان.

(2) كقوله في (ص 510): «و بالجملّة: فالمستفاد من طريقة الأصحاب - بل الأخبار - أن المنع عن المعاملة إذا كان لحقّ الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الإبطال رأسا، بل إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق».

وقوله في (ص 557): «ان المبيع إذا كان متعلقا لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازما ... وقد عرفت أنّ مقتضى عدم استقلال البائع في ماله ... وقوع بيعه مراعى، لا باطلا».

(3) معطوف على «إجازة» أي: مراعى بسقوط حق ذي الحق.

(4) تقدم في (ص 397) التعرض لاختلاف كلمات شيخ الطائفة قدّس سرّه في أنّ السيد لو اختار الفداء، فهل الواجب عليه دية الجنائية مهما بلغت؟ أو أقلّ الأمرين من قيمة العبد والدية.

(5) أي: فصار البيع لازما.

(6) أي: وإن لم يبذل السيد الفداء ولم يرض المجنّي عليه بضمان السيد لأقلّ الأمرين و التزمه به، جاز للمجنّي عليه انتزاع العبد الجاني من المشتري.

(7) يعني: فعلى فرض جواز انتزاعه من المشتري - لعدم مانع من وقوع البيع

قال في كتاب الرهن من القواعد (1): «و لا يجبر السيّد على فداء الجاني وإن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجنيّ عليه (3)،

مراعى - لا يوجب البيع ضمان البائع لحق المجني عليه، إذ الضمان موقوف على بطلان حق المجنيّ عليه عن العين بسبب البيع و نفوذه، و المفروض عدم لزوم البيع بمثابة يوجب سقوط حق المجني عليه عن العين، فلا- ضمان على البائع بمجرد البيع، من جهة إتلاف حق المجني عليه.

(1) الظاهر أن الغرض من نقل عبارة القواعد الاستشهاد بها على قوله:

«فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجني عليه» لصراحة قول العلامة قدّس سرّه:

«و لا يجبر السيد» في عدم استلزام صحة بيعه و رهنه استقرار حق المجني عليه على عهدة السيّد، حتى لا يجوز لذي الحق انتزاع العبد من المرتهن أو من المشتري.

(2) حاصله: أنه لو رهن السيد عبده الجاني - بعد جنائته الموجبة لصيرورته متعلق حق الغير - فإن فكّه المولى بأداء قيمة العبد إلى المجني عليه، أو أداء الدية إليه، فلا كلام في صحة الرهن. وإن لم يفكّه - ولم يكن نفس الرهن ضمانا للفداء - تسلّط المجنيّ عليه على انتزاع العبد الجاني من يد المرتهن لاستيفاء حقّه. فإن استوعبت الجنائية قيمة العبد بطل الرهن، إذ لم يبق منه شيء للسيّد ليرهنه. وإن لم تستوعبها بطل الرهن في ما يقابل الجنائية، كما لو كان قيمة العبد مائة دينار، و دية الجنائية خمسين، فيبطل الرهن بالنسبة إلى نصف العبد و يصح في النصف الآخر.

و وجه بطلان الرهن - كلاً أو بعضاً - تقدم حق الجنائية على حق الرهانة.

(3) حذف هنا لفظ «عليه» أو «على العبد» المتعلق ب «يتسلط» فكأنّ العبارة هكذا «يتسلط المجنيّ عليه عليه» أي: على العبد الجاني، لكن حذف حذرا من تكرار كلمة «عليه». كذا وجهه في جامع المقاصد و مفتاح الكرامة «1».

(1) جامع المقاصد، ج 5، ص 59؛ مفتاح الكرامة، ج 5، ص 92

ص: 573

فإن استوعب الجناية (1) القيمة بطل الرهن، وإلا (2) ففي المقابل « انتهى (1) ».

لكن (3) ظاهر العلامة في غير هذا المقام وغيره (4) هو: أن البيع بنفسه التزام بالفداء. ولعل وجهه (5): أنه يجب على المولى حيث تعلق بالعبد- وهو

---

(1) كذا في النسخ الكتاب، والموجود في نسخ القواعد «استوعب الأرش القيمة».

(2) يعني: وإن لم يستوعب الأرش قيمة العبد بطل الرهن فيما يقابل الأرش، وصح في ما لا يقابله.

(3) غرض المصنف قدس سره بيان تضارب آراء العلامة قدس سره في أن بيع العبد الجاني أو رهنه التزام بالفداء أم لا، ففي رهن القواعد لم يجعلهما التزاما به، ولكن في بيع القواعد تصريحه بالالتزام «(2)»، وتقدم في (ص 568) نقل عبارة السيد العاملي قدس سره.

(4) يعني: وغير العلامة، كشيخ الطائفة والشهيد، على ما نسب إليهم «(3)».

(5) أي: وجه كون نفس البيع التزاما بالفداء أنه يجب... الخ. وتوضيحه: أن التخيير بين تسليم الجاني إلى المجني عليه، وبين دفع أقل الأمرين من القيمة أو خصوص الدية- على الخلاف- ثابت للمولى مع إمكان العدلين له، كما هو الحال في الواجبات التخيرية، وأما مع عدمه وتعدّر أحد العدلين يتعيّن الآخر لا محالة.

وفي المقام لما تعدّر تسليم العين إلى المجني عليه- لأنّ وجوب الوفاء بالبيع أوجب تعدّر التسليم، فإنّ المانع الشرعي كالعقلي- فيتعيّن الفداء.

فعلى هذا يتجه كلام العلامة من أنّ البيع التزام بالفداء، هذا.

ولا يخفى أن صاحب المقابس قدس سره وجهه- بمثل ما في المتن- عتق السيد قبل

---

(1) قواعد الأحكام، ج 2، ص 110 و 111

(2) المصدر، ص 23

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 266، وهو ظاهر سكوت فخر المحققين والمحقق الثاني، فلاحظ إيضاح الفوائد، ج 1، ص 428، وجامع المقاصد، ج 4، ص 97

ص: 574

مال من أمواله، وفي يده- حق (1) يتخير (2) المولى في نقله عنه إلى ذمته، أن (3) يوفي حق المجني عليه، إما من العين (4) أو من ذمته. فيجب عليه إما تخليص العبد من المشتري بفسخ أو غيره (5)، وإما أن يفديه من ماله. فإذا امتنع المشتري من ردّه- والمفروض عدم سلطنة البائع على أخذه قهرا، للزوم (6) الوفاء بالعقد- وجب (7) عليه دفع الفداء.

ويرد عليه (8):

---

الفداء وإلزامه به، فقال: «ووجه آخر: أنه لما كان مكلفا بأحد الأمرين- الدفع و الفداء- ولما اعتق لم يجز له إبطاله، لوجوب الوفاء بكل عهد وعقد مطلقا، فيتعدّر الدّفع، كما لو أتلفه، فتعيّن الآخر، وهو المطلوب» (1).

(1) فاعل قوله: «تعلّق».

(2) أي: يتخير المولى في نقل الحقّ عن رقبة العبد إلى ذمة نفسه ليبدل الفداء.

(3) مؤوّل بالمصدر، وهو فاعل قوله: «يجب» أي: على المولى أداء حق المجني عليه.

(4) وهو العبد الجاني، والمراد بما في ذمة المولى هو كلّ الفداء الذي التزم به.

(5) من إقالة، أو ابتياعه من المشتري، أو اتهابه منه، أو الصلح عليه.

(6) تعليل لانتفاء سلطنة البائع على استرداد العبد- قهرا- من المشتري.

(7) جواب الشرط في «فإذا امتنع» والمراد بهذا الوجوب هو التعييني، من جهة تعذر عدله- وهو دفع العين إلى المجني عليه- كما عرفته آنفا.

(8) أي: على الوجه المتقدم بقوله: «و لعلّ وجهه» و حاصل الرد: أنه لا يجب على المولى أن يضمن فداء العبد الجاني قبل بيعه، لأنّ اشتغال ذمة السيد بالفداء إمّا لاقتضاء جناية العبد وجوب الفداء عليه تعيينا، وإما لكون بيعه إتلافا.

ولم يثبت شيء منهما. أما الفداء فلم يجب على المولى تعيينا، لكونه مخيرا بينه

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 101

ص: 575

أنّ فداء العبد غير لازم [1] قبل البيع، وبيعه ليس إتلافا له [2] حتى يتعيّن عليه الفداء (1). ووجوب الوفاء (2) بالبيع لا يقتضي إلا (3) رفع يده، لا رفع يد الغير (4).

بل هذا (5) أولى بعدم وجوب الفكّ من الرهن الذي تقدم في آخر مسألته

---

وبين تسليم العبد للمجني عليه. و أما الإتلاف فلا موضوع له في المقام، لعدم كون إخراج العبد عن ملك السيد تضييعا لحقّ المجني عليه، حتى تشتغل العهدة بقيمة العبد.

فإن قلت: إنّه يجب على المولى الوفاء بالبيع شرعا و يحرم عليه نقضه، و من المعلوم أن الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، فيكون نفس بيع العبد الجاني إتلافا له على المجني عليه. فإمّا أن يبطل البيع ليتمكن ذو الحق من استيفاء حقّه، وإمّا أن يصحّ، و يلزم تعهد السيد بالفداء. ولّمّا كان بيعه صحيحا إجماعا تعيّن كونه التزاما بالفداء.

قلت: إن وجوب الوفاء لا- يوجب تعذر استرقاق المجني عليه أو وليّه للجاني حتى يتعين لأجله وجوب الفداء على المولى، و ذلك لأنّ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو حرمة رفع يده، لا رفع يد الغير، فللمجني عليه رفع اليد عن بيع المولى و استرقاق الجاني.

(1) كما تقدم توضيحه بقولنا: «و أما الإتلاف فلا موضوع له ... الخ».

(2) هذا دفع دخل تقدّمنا بقولنا: «فإن قلت ... قلت».

(3) كذا في النسخ، و الظاهر سقوط لفظ «الحرمة» قبل «رفع يده».

(4) المراد به المجني عليه، فإنّه غير مخاطب بوجوب الوفاء ببيع مولى الجاني حتى يحرم عليه رفع اليد.

(5) أي: العبد الجاني، و غرضه الترقّي من عدم لزوم فداء العبد قبل البيع، إلى

---

[1] لكن الوجوب التخيري كاف في المقصود.

[2] هذا ينافي حكمهم بكون البيع بمنزلة التلف الحقيقي في كثير من الموارد كالمعاطاة.

الخدشة في وجوب الفك على الراهن بعد بيعه (1)، لتعلق (2) الدين هناك بالذمة، وتعلق الحق هنا بالعين، فتأمل (3).

ثم (4) إن المصرح به في التذكرة،

---

أنّ عدم وجوب فك رقبته أولى من عدم لزوم فك الرهن. وجه الأولوية كون متعلق الدين هو ذمة الراهن، وكون متعلق حق الجناية رقبة الجاني، ينتقل معه حيثما انتقل.

(1) حيث قال في (ص 544): «ويمكن أن يقال: إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع... وأما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب».

(2) فيجب الوفاء الذي يتحقق به افتكاك الرهن، بخلاف المقام، فإنّ الحقّ تعلق بنفس العين لا بذمة المولى حتى يجب عليه الوفاء ليتحقق به الافتكاك.

(3) لعلّ إشارة إلى منع الأولوية، حيث إنّ الدين وإن كان متعلقا بالذمة، لكنّ حق الاستيفاء للدائن تعلّق بالعين، فتكون العين المرهونة كالعبد الجاني أيضا متعلقة للحق.

أو إشارة إلى: كون البيع بمنزلة التلف موجبا لتعين الفداء على المولى.

أو إشارة إلى: سائر الوجوه المحتملة.

(4) هذا من فروع المسألة، وهو أنه لو أقدم المشتري على بذل الفداء إلى المجني عليه تخليصا للعبد من الاسترقاق و البيع، فإن كان بإذن البائع استحق الرجوع عليه، وإن لم يكن بإذن السيد فلا.

هذا لو لم يقصد التبرع، فلو قصده فأولى بعدم الرجوع على البائع.

قال العلامة قدّس سرّه: «ولو اختار المشتري الفداء، فله، و البيع بحاله، لقيامه مقام البائع في التخيير. و حكمه في الرجوع فيما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه» (1).

---

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 44

ص: 577

والمحكّي عن غيرها (1): أنّ للمشتري فكّ العبد. و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه (2).

---

(1) قال المحقق الشوشتری قدّس سرّه: «وقال في التحرير: يرجع به عليه مع الإذن خاصة، وبه نصّ في المسالك» (1).

(2) من التفصيل بين كون الأداء بإذن من عليه الحق، فيرجع، وبين عدم كونه بإذنه - سوا قصد التبرع - أم لا. قال العلامة قدّس سرّه: «و من أدّى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أدّاه بإذنه بشرط الرجوع، رجع» (2).

هذا تمام الكلام في بيع العبد الجاني، وبه تمّ الكلام في اشتراط العوضين بكونهما طلقا.

---

(1) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص 102 و لاحظ: تحرير الأحكام، ج 1، ص 165 (ج 2، ص 281، الطبعة الحديثة)؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 172

(2) قواعد الأحكام، ج 2، ص 159-160

ص: 578

مسألة الثالث (1) من شروط العوضين: القدرة على التسليم (2).

القدرة على التسليم

(1) والشيطان الأولان هما المالية والملكية. وأما الطلقة فمما يعتبر في الملك، فهي شرط الشرط.

(2) أي: كون تسليم العوضين مقدورا للمتبايعين حال العقد- عند الإطلاق و عدم تقييد القبض و تأخيره إلى مدة- كما يعتبر كونهما معلومين لهما كذلك، فلو كان البائع قادرا على التسليم حين تحقق العقد و طرأ العجز عنه بعده ثبت الخيار للمشتري.

و عليه فتعذر التسليم المانع عن الصحة هو المتحقق حين حدوث العقد، و الموجب للخيار هو المتجدد بعده.

ثم إنَّ عدَّ القدرة على التسليم و التسلم من شرائط العوضين- مع أن القدرة عليهما كالعلم بهما من صفات المتعاقدين- لعلَّه من جهة غلبة كون العجز لقصور في العين كالحمام الطائر من قفصه و لا يرجى عوده إليه، و السمكة الواقعة في النهر بعد صيدها، و العبد الآبق، و الجمل الشارد، و نحوها.

فلو كان العجز لقصور في المتعاقدين- كما لو تعاوضا على عين معيّنة و هما في سجن لا يرجى إطلاقهما منه- لم يكن مانعا عن صحة البيع من هذه الحيثية.



فإنّ الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة (1)، كما في جامع المقاصد (2)، وفي التذكرة: «أثّه إجماع» (3). وفي المبسوط: «الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء، ولا الطير في الهواء» (4).

وعن الغنية «أنّه إنّما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظًا ممّا لا يمكن فيه (5) ذلك (6)، كالسمك في الماء، و الطّير في الهواء، فإنّ ما هذه

---

(1) أي: على وجه الإيجاب الجزئي، فلا يرد عليه بخروج بيع العبد الأبق مع الضميمة الذي ادعي الاتفاق على جوازه مع عدم القدرة على تسليمه.

ثمّ إنّ دعوى الإجماع مبنية على عدم قرح خلاف الفاضل القطيفي المنكر لشرطية القدرة على التسليم و التسلم مع علم المشتري بالحال و رضاه بذلك.

(2) يعني: أن المحقق الثاني قدس سرّه ادعى الإجماع في الجملة على اشتراط القدرة على التسليم، حيث قال: «فيمكن أن يقال: اشتراط القدرة على التسليم في الجملة ... للإجماع على اشتراط هذا الشرط» (1).

(3) قال فيها: «و هو إجماع في صحة البيع» (2).

(4) كذا في المبسوط، ولكن الظاهر أنّ البطلان لانتفاء الملك قبل الحيابة.

و الأولى للاستشهاد - على اشتراط التمكن من التسليم - هو قوله قدس سرّه: «إذا باع طيرا في الهواء قبل اصطياده لم يجز، لأنّه بيع ما لا يملكه و لا يقدر على تسليمه. و إن كان اصطاده و ملكه ثمّ طار من يده لم يجز بيعه، لأنّه لا يقدر على تسليمه» (3).

(5) الضمير راجع إلى الموصول المراد به المعقود عليه.

(6) أي: أن يكون مقدورا عليه، و المقصود القدرة على تسليمه للمشتري.

---

(1) جامع المقاصد، ج 4، ص 101

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 48

(3) المبسوط، ج 2، ص 157؛

ص: 580

حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف (1) «(1)».

واستدل (2) في التذكرة على ذلك، بأنه: «نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر» وهذا غرر (2).

---

(1) هذه الكلمة هي مقصود المصنف قدس سره من نقل عبارة الغنية.

والمتحصل من هذه الكلمات تظافر دعوى الإجماع على اعتبار القدرة على التسليم، وسيأتي التعرض لسائر ما استدل به على الحكم.

(2) الاستدلال بهذا النبوي على بطلان بيع ما لا قدرة على تسليمه منوط بمقدمات ثلاث:

الأولى: إحراز صدور الخبر منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وظاهر تعبير العلامة في التذكرة بـ «لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع الغرر» ذلك، بل في المصباح- ونقله في الجواهر بلفظ قيل-: «وقد أجمع عليه المؤلف والمخالف، القائل بحجية خبر الواحد وغيره، كالسيد المرتضى و ابن زهرة وإدريس» (3).

الثانية: اقتضاء النهي عن بيع الغرر للفساد، لا مجرد الحرمة تكليفا غير المنافية للصحة. وقد ادعى فخر المحققين قدس سره الإجماع عليه، لقوله في بيع المجهول: «فدخل تحت النهي عن بيع الغرر، الذي يدل على الفساد إجماعا» (4).

الثالثة: صغورية العجز عن التسليم للغرر. وهي ثابتة بوجهين:

أحدهما: استدلال كثير من الفقهاء بالنبوي على حكم بيع مثل السمك في الماء، لظهوره في إحراز غررية بيع ما لا قدرة على تسليمه، وكونه خطريا.

ثانيهما: أنّ معنى الغرر «عمل ما لا يؤمن معه من الضرر» كما في المرسل

---

(1) الغنية، ص 211، والحاكي عنه العلامة الطباطبائي في المصباح (مخطوط)

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 48

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 386

(4) إيضاح الفوائد، ج 1، ص 430

و النهي (1) هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر (2) المصرّح به في موضع من الإيضاح، و اشتهاً (3) الخبر بين الخاصة و العامة يجبر إرساله.

أمّا كون ما نحن فيه غرراً (4) فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و أهل اللغة، حيث مثّلوا للغرر ببيع (5) السمك في الماء و الطّير في الهواء،

---

عن أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين. و ما ذكره أهل اللغة في معنى هذه الكلمة صادق على بيع غير المقدور تسليمه، و سيأتي في المتن نقل كلمات جماعة من اللغويين.

و بناء على هذه المقدمات يتجه الاستدلال بالخبر على اعتبار القدرة على تسليم العوضين.

(1) هذا إشارة إلى كبرى استلزام النهي عن المعاملة للفساد، كما تقدم في المقدمة الثانية.

(2) يعني: أنّ الظاهر انعقاد الإجماع على الاستلزام، و إن كان هذا الإجماع مصرّحاً به في الإيضاح كما تقدم آنفاً.

(3) هذا إشارة إلى المقدمة الأولى، و هي أصالة الصدور، و مقصوده أنّ الخبر المرسل ينجر ضعفه بشهرته عندنا، و المفروض أنّ هذا النبوي مما رواه الفريقان، كما في المستند «1»، فلا يقصر عن الخبر الواحد الموثوق صدوره عن المعصوم عليه السلام. و وصفه في الجواهر بأنّه مشهور معتبر متلقّى بالقبول «2».

(4) هذا في مقام إثبات الصغرى، و هي كون غير مقدور التسليم من موارد الغرر، و تقدم آنفاً في المقدمة الثالثة.

(5) التمثيل بهما ناظر إلى جهة عدم القدرة، فإنّ الخطر نشأ منه، فلا يرد عليه «بأنّ بيعهما إن كان قبل حيازتهما فلا يصح لعدم الملكية».

---

(1) مستند الشيعة، ج 14، ص 322

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 386

مع أنّ (1) معنى الغرر (2)- على ما ذكره أكثر أهل اللغة- صادق عليه، و المروي (3) عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه عمل ما لا يؤمن معه من الغرور (4) [الضرر]» (1).

و (5) في الصحاح: «العرة: الغفلة، و الغار: الغافل، و أغره، أي أتاه على

---

و يمكن أن يقال: إنّ بيعهما يكون بعد الحيازة و فرارهما، فلا يرد عليه ما ذكر من عدم الصحة لعدم الملكية.

(1) غرضه قدّس سرّه أن تمثيل الفقهاء و أهل اللغة ببيع السمك في الماء إنّما هو لصدق معنى «الغرر» اللغوي عليه، لا لخصوصية في المثالين.

(2) المراد بهذا المعنى هو الخطر، فإنّ بيع السمك في الماء و الطير في الهواء خطري.

(3) يعني: و مع أنّ المروي ... الخ. أما صدق المروي عنه عليه الصلاة و السلام على بيعهما فهو في غاية الوضوح.

(4) كذا صحّحت في نسختنا، و هو موافق لما في الطبعة الحجرية من الجواهر (ص 85) و لكن الموجود في الطبعة الأخيرة في النجف الأشرف- وفقا لما في المصاييح- كلمة «الغرر» و لم نقف على ما في المتن من كلمة «الضرر».

---

(5) هذا مكان الفاء لا الواو كما لا يخفى.

و كيف كان فما يستفاد من كلام أهل اللغة في معنى الغرر- مع الإدغام و بدونه- ثلاثة معان: الغفلة، و الخدعة، و الخطر. و المناسب من هذه المعاني للنبوي المذكور هو الخديعة، لأنّ النهي يقتضي مقدورية متعلقه، و الغفلة و الخطر بمعنى الهلاك- اللذان هما معنيان لغرّ لازما لا متعديا- لا يتعلّق بهما النهي.

فالمتمعن كون الغرر في النبوي بمعنى الخديعة. و لا ينافي ذلك في ما كلام

---

(1) لم نجد هذه الرواية في جوامع الأخبار و لا فيما بأيدينا من كتب القدماء الفقهية، و نسبها صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى ابن أبي المكارم الفقيه، فلاحظ ج 22، ص 387 و نحوه في المصاييح للسيد الطباطبائي (مخطوط)

غرة منه، واغتر بالشيء، أي: خدع به، والغرة: الخطر، ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، وهو (1) مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء... إلى أن قال (2): «والتغريز: حمل النفس على الغرر» انتهى «(1)».

وعن القاموس ما ملخصه: «غرة غرًا وغرورًا وغرّة بالكسر - فهو مغرور وغرير - كأمر - خدعه وأطعمه في الباطل (3) [بالباطل]... إلى أن قال (4): غرّ بنفسه تغريرا وتغرة: أي عرضها للهلكة، والاسم: الغرر محرّكة... إلى أن قال: والغاز الغافل، واغترّ: غفل، والاسم: الغرة بالكسر» انتهى «(2)».

وعن النهاية - بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة - «أنه نهى عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري، وباطن مجهول. وقال الأزهري:

بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة (5)، ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط

---

اللغويين من التمثيل لبيع الغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، لصدق الخديعة عليهما، فإنّ الخدعة تناسب ما ذكره في كلماتهم من أنّ الغرر هو «ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه» أو «توهم حسن ما هو قبيح واقعا».

(1) أي: وبيع الغرر يكون مثل بيع السمك في الماء.

(2) أي: قال صاحب الصحاح.

(3) كذا في نسختنا، وفي المصدر وبعض نسخ الكتاب «بالباطل».

(4) الضمير الفاعل المستتر هنا وفي «قال» الآتي راجع إلى صاحب القاموس.

(5) يعني: أنّ العنوان الجامع للبيوع الغريبة المنهي عنها شرعا هو عدم تعهد البائع بحصول المبيع في يد المشتري، وعدم وثوقه بالحصول، وأظهر الأمثلة ببيع

---

(1) الصحاح، ج 2، ص 768-769، مادة «غرر»

(2) القاموس المحيط، ج 2، ص 100-101، مادة «غرر»

بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول. وقد تكرر (1) في الحديث. ومنه حديث مطرف: إنّ لي نفسا واحدة، وإني لأكره أن اغرّر بها، أي: أحملها على غير ثقة، وبه (2) سمّي الشيطان غرورا، لأنّه يحمل الإنسان على محابته، ووراء ذلك (3) ما يسوؤه» انتهى «(1).

وقد حكى أيضا (4) عن الأساس والمصباح والمغرب والمجمل والمجمع:

---

السمك في الماء. ويشمل عنوان «بيع الغرر» بيع المجهول، وهو ما لا إحاطة للمتبايعين بكنهه وحقيقته.

(1) غرض الأزهري إقامة الشاهد على أن بيع الغرر «ما كان على غير عهدة ولا ثقة»، ويكون معنى جملة «لأكره أن اغرّر بها» كراهة حمل النفس على ما تحب وتشتهي، مع عدم الأمن من وقوعها في ما يسوؤها ويضرّ بها.

(2) أي: بسبب أنّ الغرر هو حمل الإنسان على محابته- في هذه النشأة الفانية- سمّي الشيطان غرورا.

(3) أي: وراء المحاب والمشتهيات- التي تغرّر الإنسان بها- ما يسوؤه.

(4) يعني: كما حكى عن الصحاح والنهاية. والحاكي عن الجميع صاحب المصباح والجواهر، ففي الجواهر: «والغرر فيه- أي في الحديث- الخطر، قاله في الصحاح والمصباح والأساس والمغرب والمجمل، يقال: هو على غرر، أي:

على خطر» إلى أن قال: «والظاهر أنّ المراد بالمجهول ما يعمّ مجهول الأصل، ومجهول الحصول، فيوافق ما تقدّم في الصحاح والمجمل والمغرب ومجمع البحرين من تمثيل بيع الغرر ببيع السمك في الماء، والطير في الهواء، وهو نصّ في المدعى» (2).

والمقصود من نقل عبارة الجواهر الإشارة إلى أن تفسير الغرر بالخطر غير

---

(1) النهاية (لابن أثير) ج 3، ص 355-356، مادة «غرر»

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 386-387

تفسير الغرر بالخطر «1»، ممثلاً (1) له في الثلاثة الأخيرة (2) ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

وفي التذكرة (3): «أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين». و مراده من التفسير التوضيح بالمثل (4). و ليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير (5)، كما يظهر بالتأمل.

---

مصرّح به في مجمع البحرين، و لكن يستفاد منه ذلك كما استفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه، و حكاها المصنف عنه، و لو نوقش في الاستظهار فالعهدة على الحاكي لا على الماتن. و الأمر سهل.

(1) حال من «تفسير» أي: أن تفسير الغرر بالخطر مقترن بمثل بيع السمك في الماء.

(2) و هي المغرب للمطرزي، و المجمل لابن فارس، و المجمع للعلامة الطريحي قدّس سرّه.

(3) عبارة التذكرة: «و فسّر بأنّه بيع السمك في الماء و الطير في الهواء» (2).

(4) كما في المصاييح و الجواهر أيضا، لقوله: «و هو محمول على التمثيل».

و غرض المصنف قدّس سرّه: أن اللغويين لم يحدّدوا مفهوم الغرر بذكر المثالين، بل مقصودهم توضيح المفهوم ببيان المثل و ذكر المصداق، فيمكن أن يصدق مفهوم الغرر على غير المثالين لسعته.

(5) مراده بهذا التفسير هو الخطر. و وجه التنافي بين ما نقله العلامة قدّس سرّه من تفسير الغرر في اللغة بالمثالين بأن يكون معناه الخطر، و بين ما في النهاية من كون

---

(1) لاحظ: أساس البلاغة للزمخشري، ص 322؛ المصباح المنير للفيومي، ص 445؛ المغرب للمطرزي، ص 338؛ مجمل اللغة لابن فارس، ص 532؛ مجمع البحرين، ج 3، ص 423

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 51

ص: 586

و بالجمله: فالكلّ متفقون (1) على أخذ «الجهالة» في معنى الغرر، سواء تعلّق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كمّا وكيفا (2).

وربما يقال (3): إنّ المنساق من الغرر المنهي عنه: الخطر، من حيث الجهل

---

الغرر «ما فيه ظاهر غار و باطن مجهول» هو: عدم صدق الغرر على بيع الطير في الهواء، إذ ليس فيه ظاهر يغتر المشتري و باطن مجهول مغترّ به، بل باطنه غير خفي على المشتري كظاهره. مع صدق المعنى المعروف- و هو الخطر- لعدم العلم بحصول الطير في يد المشتري. و عليه فلا جامع بين المعنيين.

ووجه دفع التنافي: أن التمثيل ببيع الطير و السمك لأجل توضيح معنى الغرر، و لا إختلاف بين التفسيرين، و ذلك لظهور بيع الطير في الهواء في قدرة البائع على التسليم، فإذا ظهر عدمها صدق عليه: أن ظاهره غازّ و باطنه مجهول، فيغتر المشتري بإقدامه على الشراء مع عدم حصول المبيع في يده. و بهذا يظهر وحدة المراد من التفسيرين.

قال في الجواهر بعد نقل عبارة النهاية: «و الظاهر أن المراد بالمجهول ما يعم مجهول الأصل و مجهول الحصول».

(1) يعني: أن «الجهالة» تستفاد من تعبيرهم تارة ب «ما له ظاهر غازّ، و باطن مجهول» كما عن النهاية، و اخرى ب «عدم الثقة» كتعريف الأزهرى، و ثالثة ب «الخطر الذي لا يوثق بالأمن منه» فلاحظ.

(2) فيدل النبوي على اشتراط العلم بالعوضين كمّا و كيفا فيما كان للعلم بالصفات دخلا في المالية.

(3) القائل صاحب الجواهر، و غرضه الخدشة في دلالة النبوي صلّى الله عليه و آله و سلّم على فساد بيع ما لا قدرة على تسليمه، و محصل ما أفاده قدّس سرّه: أن «الغرر» المنهي عنه و إن كان مطلقا شاملا لكلّ من الجهل بأصل حصول العين و الجهل بصفاتها، إلا أنّه



بصفات المبيع (1) و مقداره (2)، لا مطلق (3) الخطر الشامل لتسليمه و عدمه، ضرورة (4) حصوله في بيع كل (5) غائب، خصوصا (6) إذا كان في بحر و نحوه (7)، بل هو (8)

لا بدّ من تقييد كلام اللغويين بخصوص الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الشامل للتسليم و عدمه، لانتقاضه بموارد يكون أصل الحصول مشكوكا فيه فيها و مع ذلك يجوز البيع، كالمال الغائب، خصوصا إذا كان في البحر أو الطريق المخوف مثلا، و كالثمار و الزرع مع جواز بيعهما. فلو كان الجهل عامّا لأصل الحصول لم يكن البيع في هذه الموارد جائزا أصلا، مع جوازه الكاشف عن عدم الخطر في بيع المجهول حاله من جهة التسليم و التسلم. خصوصا مع جبر الخطر المحتمل بخيار المشتري لو تعذّر التسليم.

و عليه فالغرر المنهي عنه لا يشمل الجهل بأصل الحصول كبيع الطير في الهواء أو السمك في الماء.

(1) نظير شراء مقدار معلوم من حنطة غير مرئية، مع الجهل ببعض الصفات الدخيلة في المالية.

(2) كسواء صبرة من حنطة مجهولة الوزن و الكمّ.

(3) معطوف على «الخطر من حيث...» و ضمير «تسليمه» راجع إلى المبيع.

(4) تعليل لكون المنساق من الغرر المنهي عنه هو الجهل بالمبيع كما أو كيفا، لا ما يعم الجهل بالتسليم.

(5) أي: حصول الخطر في بيع كل مبيع غائب عن مجلس البيع أو عن بلد العقد.

(6) وجه الخصوصية: أنّ الخطر في تسليم المتاع المجهول في السفينة الجارية في اللّجة أعظم من الخطر في تسليم المبيع الموجود في مكان قريب من مجلس المعاملة، كما إذا دنت القافلة من البلد، أو اقتربت السفينة من الساحل.

(7) من الطرق التي يشتد خوف التلف و السرقة فيها كالجبال و الفلوات.

(8) أي: بل الجهل بالتسليم يكون أوضح شيء في بيع الثمار بعد بدوّ

أوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و الحاصل (1): أنّ من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة (2) إلى التسلم و عدمه، خصوصا بعد جبره (3) بالخيار لو تعدّر «1».

وفيه (4): أنّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل

---

صلاحها، و بيع الزرع قبل الحصاد و بعده، لاحتمال إصابة آفة بهما، فيعجز البائع عن التسليم. وكذا الحال في غيرهما من المنتجات المبيعة حالا أو سلفا.

فلو كان بيع مجهول الحال - من جهة التسليم - ممنوعا لأجل الغرر، لزم الحكم بالبطلان، مع جواز بيعها قطعا الكاشف عن عدم صدق الغرر.

(1) هذا من كلام الجواهر أيضا، أفاده بعد نقل النبوي المروي في الدعائم.

(2) يعني: يكون متعلق الجهل هو إمكان التسلم و عدمه، فلا جهل في خصوصيات المبيع و صفاته كمّا و كيفا.

(3) أي: جبر الخطر الموجود في بيع مجهول الحال. و وجه خصوصية جواز بيعه عدم تضرر المشتري أصلا، لتمكنه من الفسخ بتعدّر التسليم.

(4) ناقش المصنف قدس سرّه في كلام الجواهر بوجهين:

الأول: أنّه لا - وجه لكون الغرر المنهي عنه مختصا بالخطر الناشي من الجهل بصفات المبيع كمّا أو كيفا، مع وضوح أنّ الخطر المترتب على جهالة الحصول أعظم مما يترتب على الجهل بالأوصاف. فالنهي عن الغرر من ناحية الوصف يستلزم - بالأولية - النهي عن بيع ما لا قدرة على تسليمه، فيثبت إطلاق «الغرر» لكل من الجهل بأصل الحصول و بالصفة.

فإن قلت: يمكن منع الإطلاق، لاختصاص الغرر - لغة - بالجهل بالصفات، فهو المنهي عنه، دون الجهل بأصل الحصول، فيبقى بيع ما لا قدرة على تسليمه

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 388

ص: 589

بصفاته (1) مع العلم بحصوله (2). فلا وجه (3) لتقييد كلام أهل اللغة، خصوصا (4) بعد

مندرجا في عمومات الصحة كحلية البيع و التجارة عن تراض، و وجوب الوفاء بالعقود.

قلت: لا وجه لرفع اليد عن إطلاق «الخطر» الذي فسّر به الغرر، لتوقف رفع اليد عن أصالة الإطلاق - المعول عليها عرفا - على قرينة، وهي مفقودة. بل القرينة على شمول «الخطر» لكل من الجهل بالحصول وبالصفة موجودة في كلمات اللغويين، وهي التمثيل لما لا قدرة على تسليمه ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

و احتمال أن يكون التمثيل بهما لاعتبار العلم بالمبيع صفة، مندفع باشتهار ذكرهما في كلمات الفقهاء مثلا للعجز عن التسليم.

و الحاصل: أنه لا موجب لجعل الغرر المنهي عنه مختصا بالجهل بالصفات كما أفاده صاحب الجواهر قدس سرّه.

الثاني: أنّ الفريقين استدلّوا بالنبوي المتقدم على اعتبار القدرة على التسليم، كما يظهر من عبارة الانتصار، و من المعلوم منافاة استدلالهم لدعوى اختصاص الغرر فيه بالجهل بمقدار المبيع. فلو سلّم ظهور النبوي في النهي عن خصوص الجهل بالصفات - كما ادعاه في الجواهر - كان ساقطا من جهة إعراض الجميع عنه، إذ لا فرق في كونه موهنا بين السند و الدلالة.

(1) هذا الضمير و ضمير «بحصوله» راجعان إلى المبيع.

(2) الذي ادعاه صاحب الجواهر قدس سرّه بقوله: «ان المنساق من الغرر المنهي عنه ... الخ».

(3) هذا متفرع على إطلاق الغرر لكلا القسمين من الجهل بالحصول، و الجهل بالمقدار، و ليس متفرعا على كون الغرر من ناحية الحصول أعظم منه من ناحية الجهل بالصفات.

(4) وجه الخصوصية: أنّ التمثيل يوجب صيرورة اللفظ كالنص في المثال أعني

تمثيلهم بالمثالين المذكورين.

و احتمال (1) إرادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده، يدفعه (2) ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما [1] في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم، لا للجهالة بالصفات، هذا.

مضافا إلى (3): استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوي المذكور على (4) اعتبار القدرة على التسليم، كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: «و ممّا انفردت به الإمامية: القول بجواز شراء العبد الأبق مع

---

به الجهل بالحصول. فكان المفهوم من لفظ «الغرر» هو مورد المثال، أو القدر المتيقن منه، على تقدير الإطلاق.

(1) الغرض من الاحتمال منع قول المصنف: «خصوصا» وجه المنع: أنّ المثالين أجنيان عن كون منشأ الغرر و الخطر الجهل بالحصول، وإّما ذكر هما اللغويون مثلا للجهل بالمقدار، فيتجه مختار صاحب الجواهر قدس سرّه.

(2) خبر قوله: «و احتمال» و تقدم توضيح المطلب بقولنا: «و احتمال أن يكون التمثيل بهما ... مندفع باشتهاار...».

(3) هذا وجه آخر للمناقشة في كلام الجواهر، و تقدم بقولنا: «الثاني: أن فقهاء الفريقين استدّلوا...».

(4) متعلق ب «استدلال».

---

[1] هذا الاشتهاار بين الفقهاء لا يدفع الاحتمال المذكور، إلا أن يكون تمثيلهم بهما لقرينة ظفروا بها في كلام اللغويين.

لكن هذا مجرد احتمال، و لا يكفي في دفع الاحتمال.

نعم يمكن أن يدعى انسباق الجهل بأصل الحصول من التمثيل بهما في كلام كلّ من مثّل بهما سواء أ كان لغويّا أم فقيها، هذا.

الضميمة [و لا يشتري (1) وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري (2)] و خالف باقي الفقهاء في ذلك (3)، و ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كل حال ... إلى أن قال: و يعول مخالفاً في منع بيعه على أنه بيع غرر، و أن نبينا صلى الله عليه وآله و سلم نهى عن بيع الغرر (4) ... إلى أن قال: و هذا (5) ليس بصحيح، لأن البيع يخرج عن أن يكون غرراً: انضمام [لانضمام] (6) غيره إليه « انتهى » (1).

و هو (7) صريح في استدلال جميع العامة بالنبوي على اشتراط القدرة على التسليم. و الظاهر اتفاق أصحابنا- أيضا (8)- على الاستدلال به له، كما يظهر

---

(1) هذه الجملة إلى قوله: «المشتري» لم تكن في نسختنا، وإنما أثبتناها عن نسخة أخرى، كما في الانتصار.

(2) يعني: يكفي في صحة البيع قدرة المشتري على التسلم وإن كان البائع عاجزاً عن التسليم.

(3) أي: في جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة.

(4) هذه الجملة تشهد بأمرين، أحدهما: عمل المخالفين بالنبوي، و ثانيهما:

دلالة على فساد بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه، و هو المقصود من نقل عبارة الانتصار.

(5) أي: مذهب المخالفين- من منع بيع الآبق مع الضميمة- ليس بصحيح.

(6) كذا في نسختنا و المصدر، و الأولى ما في بعض النسخ من «انضمام» ليكون فاعلاً « يخرج ».

(7) أي: ما حكى عن السيد في الانتصار صريح، لقوله: «و يعول مخالفاً».

(8) أي: كالمخالفين، و غرضه من هذه الجملة إثبات ما ادعاه بقوله: «مضافاً إلى استدلال الفريقين ...» و تقدم في (ص 581) ما نقله صاحب الجواهر عن

---

(1) الانتصار، ص 209، و لم أظفر بمن أراده المصنف من الحاكي لعبارة الانتصار

للمتبع، و سيحيء في عبارة الشهيد التصريح به (1).

وكيف كان (2)، فالدعوى المذكورة ممًا لا يساعدها اللغة ولا العرف، ولا كلمات أهل الشرع.

وما أبعد ما بينه (3) وبين ما عن قواعد الشهيد قدس سره، حيث قال: «الغرر لغة: ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه. قاله بعضهم (4).

---

المصاييح من إجماع المؤلف و المخالف على هذا النبوي، و استدلالهم به لاعتبار القدرة على التسليم.

(1) أي: يكون الغرر شرعا عدم القدرة على التسليم، لقوله بعد أسطر:

«و شرعا هو جهل الحصول» و قوله أيضا: «و يتعلق الغرر و الجهل ... و تارة بالحصول ...».

(2) يعني: سواء ثبت استدلال الجميع بالنبوي على شرطية القدرة على التسليم، أم لم يثبت، فدعوى الاختصاص بالجهل بالمقدار ممنوعة.

(3) أي: ما بين تقييد الغرر بالجهل بالمقدار- كما تقدم عن الجواهر- و بين ما عن الشهيد قدس سره. و وجه كمال البعد بينهما كون كلام الشهيد مقابلا- لكلام الجواهر، حيث إنَّ الشهيد خصَّ الغرر شرعا بالجهل بأصل الحصول دون الجهل بغيره من الصفات، و صاحب الجواهر خصَّ الغرر بالجهل بالصفات دون الجهل بأصل الحصول.

ثمَّ إنَّ الشهيد قدس سره تَبَّه في كلامه على امور ثلاثة:

أحدها: معنى الغرر في مصطلح الشرع.

ثانيها: النسبة بينه و بين معناه اللغوي.

ثالثها: عدَّ موارد من الجهل بالعوضين، سواء قيل ببطان العقد فيها أم لا.

(4) أي: بعض اللغويين، و تقدم هذا التفسير عن ابن الأثير، فراجع (ص 584).

وقيل: إن المراد بالبعض هو القاضي عياض.

و منه (1) قوله تعالى: متاع الغرور، و شرعا (2) هو جهل الحصول. و أمّا المجهول المعلوم الحصول و مجهول الصفة (3) فليس غرورا. و بينهما (4) عموم و خصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل (5) في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل، أو وصف الآن (6). و وجود (7) الجهل بدون الغرر في المكيل

(1) أي: و من الغرر- بمعناه اللغوي- قوله تعالى ... الخ.

(2) ظاهره كون جهل الحصول مصطلحا شرعيا للغرر، و هذا ينافي ما تقدم عن الجواهر من عدم صدق الغرر على ما لا قدرة على تسليمه.

(3) خلافا لما في الجواهر من تعيّن الغرر في مجهول المقدار.

(4) أي: بين الغرر الشرعي و بين الجهل بالصفة عموم من وجه، لتصادقهما على العبد الآبق المجهول الصفة، و تفارقهما في موردين:

أحدهما: العبد الآبق المعلوم الصفة، لصدق الغرر الشرعي عليه دون الجهل بالصفة.

و ثانيهما: المتاع المقدر بالكيل أو الوزن أو العدّ، مع عدم اعتباره بشيء منها بعد، لصدق «الجهل» عليه دون الغرر، لحصوله و القدرة على تسليمه حسب الفرض.

و بالجملة: فعلى ما أفاده الشهيد قدّس سرّه من اختصاص الغرر بالجهل بأصل الحصول لا يستقيم الاستدلال بالنبوي لاعتبار معرفة العوضين كمّا و كيفا، بل يختص بالقدرة على التسليم.

(5) هذا مورد الافتراق من جهة صدق الجهل بالحصول، مع العلم بالوصف، لكونه مشاهدا سابقا، أو موصوفا في زمان إباقه بما يخرج عن كونه مجهولا كمّا أو كيفا.

(6) كذا في النسخ، و في القواعد: «أو بالوصف الآن» في قبال العلم بوصفه سابقا على العقد.

(7) معطوف على «وجود الغرر» و هذا مورد الافتراق من ناحية عدم صدق

والموزون و المعدود إذا لم يعتبر. وقد يتوغل في الجهالة، كحجر لا يدري أذهب، أم فضة، أم نحاس، أم صخر (1). و يوجدان معا في العبد الأبق المجهول الصفة (2).

و يتعلّق (3) الغرر و الجهل

---

الغرر الشرعي - للعلم بالحصول - مع كونه مجهول المقدار و الوصف. و المذكور في العبارة للجهل بالوصف مثالان:

أحدهما: عدم العلم بكييل المتاع الحاضر مع تيسر الكيل و الوزن، و إزاحة الجهل بالمقدار.

ثانيهما: التوغل في الجهالة، كما إذا كان أحد العوضين حجرا لم يعلم - قبل التصفية و التخليص من الزوائد - أنه ذهب حتى يكون ثميناً، أم فضة أم نحاس أم صخر أم غير ذلك مما تختلف أسعارها بما لا يتسامح عرفاً، فيصدق الغرر بمعنى الجهل بالوصف، دون الغرر الشرعي.

(1) في بعض نسخ القواعد: «أم صفر» و يكون الفرق بينه و بين مطلق النحاس أنه النحاس الجيد، أو نوع منه، كما في اللسان «1».

(2) هذا مادة اجتماع الغرر الشرعي و اللغوي، للجهل بكلا الأمرين: الحصول و الوصف.

(3) هذا شروع في الأمر الثالث، و هو عدّ موارد من الجهل، و قسّم الشهيد قدّس سرّه الغرر بلحاظ الموضوع، و عدّ له موارد سبعة، ثمّ بيّن أحكامها.

و على كلّ فالظاهر أنّ مراده بالغرر الذي جعله مقسماً لأقسام عديدة هو مطلق الجهل، فيكون عطف «الجهل» على «الغرر» تفسيرياً.

و ليس المراد به خصوص معناه الشرعي، و هو «الجهل بالحصول» إذ عليه يشكل التقسيم، لأنّ جملة من الموارد مما يعلم بحصولها، فيلزم منه تقسيم الشيء إلى

---

(1) لسان العرب، ج 4، ص 461

ص: 595



تارة بالوجود (1) كالعبد الآبق، و تارة بالحصول (2) كالعبد الآبق المعلوم الوجود [وجوده] وبالجنس (3) كحبّ لا يدري ما هو، و سلعة (4) من سلع مختلفة و بالنوع (5) كعبد من عبيد. و بالقدر (6) ككيل لا يعرف قدره،

نفسه و إلى غيره. و هو كما ترى. و لا يلزم هذا المحذور لو كان المقسم هو الغرر بمعنى مطلق الجهل، إذ المقصود حينئذ استيفاء صور الجهل.

(1) هذا المورد الأول، و هو الجهل بأصل الوجود، بمعنى عدم العلم بحياة العبد الآبق.

(2) هذا المورد الثاني، و هو الغرر الشرعي بنظر الشهيد قدس سرّه، للعلم بأصل الوجود، و الشك في حصوله بيد المشتري.

(3) معطوف على «بالوجود». و لعلّ الأولى بالسياق أن يقال: «و ثالثة بالجنس» و كذا ما بعدها.

و كيف كان فهذا هو المورد الثالث، و الظاهر أنّ مراده بالجنس - بقرينة التمثيل بالحبّة - هو الحقيقة و الطبيعة النوعية، لا الجنس المنطقي المندرج فيه حقائق مختلفة، لوضوح أنّ حبّ الحنطة نوع من جنس الحب، و حبّ الشعير نوع آخر منه، و هكذا سائر الحبوب.

كما أنّ المراد بالنوع في المورد الرابع هو الصنف، لا النوع المقول في المنطق على مثل الإنسان، لأنّ مغايرة العبد الزنجي للرومي بما هو خارج عن الحقيقة الإنسانية، فلكلّ نوع أصناف بلحاظ العوارض.

(4) معطوف على «حبّ» كما إذا وضع متاع في صندوق لم يعلم أنّه ذهب أو فضة أو كتاب أو قماش أو شيء آخر. فالجهل بحقيقته غرر مفسد للبيع.

(5) معطوف على «بالوجود» أي: و يتعلق الغرر و الجهل رابعة بالنوع أي بالصنف.

(6) معطوف أيضا على «بالوجود» أي: و يتعلق الجهل خامسة بالمقدار، كما

و البيع (1) إلى مبلغ السهم. و بالعين (2) كثوب من ثوبين مختلفين (3). و بالبقاء (4)

إذا علم وجود الشيء و حصوله و جنسه و نوعه، و لكن جهل مقداره، إمّا لكونه مكيلا بكييل يعرف قدره في بلد، دون بلد آخر، لإمكان إختلاف المكييل كإختلاف الأوزان، كالرطل العراقي و المدني و المكّي، فربما يكال الطعام بما لا يكون معلوما للمتبايعين أو لأحدهما.

هذا بناء على ما في نسخ الكتاب من قوله: «ككييل». و لكن في القواعد:

«كمكييل لا يعرف قدره» و هو أولى، كما إذا بيع الطعام- من الحنطة و الشعير- في بلد بالكيل، و لم يكل بعد، فلا يصح بيعه إلا بعد ضبط مقداره بالكيل.

(1) معطوف على «كييل» أي: و قد يكون الجهل بقدر مساحة الأرض المبيعة، إذ لا بد من ضبطها بالأذرع أو بالأمتار أو بالجربان، فلا يصح لو بيعت أرض مقدّرة مساحتها بمبلغ رمي سهم مجهول، لعدم انضباط حدّه في قدر معيّن، لإختلافه زيادة و نقصا بإختلاف السهام و القسي و الرّماة، فيبقى المبيع مجهول المقدار.

ولمّا كانت مساحة الأرض دخيلة في ماليتها كان بيعها قبل تعيين مسحتها بالمقياس- كالأذرع و الأمتار- غريبا. نعم لو كان مبلغ السهم معلوما نوعا جاز بيعها، لخروج المبيع عن المجهولية.

(2) معطوف أيضا على «بالوجود» يعني: و يتعلق الجهل و الغرر سادسة بالعين، كما إذا كان لدى البائع ثوبان مختلفان قيمة، بأن كان قيمة أحدهما دينارا، و الآخر دينارين، فاشترى أحدهما من دون تعيين شخصه، فيبطل، للغرر.

(3) التقييد بإختلافهما قيمة واضح الوجه، إذ لو لم يكن إختلاف في القيمة الناشئة من إختلاف الخصوصيات الدخيلة في المالية، صحّ البيع، إذ لا غرر في البين.

(4) معطوف أيضا على «بالحصول» أي: و قد يكون الغرر سابعة في الجهل ببقاء المبيع، مع اعتبار بقائه لتسليمه إلى المشتري، كبيع الثمرة قبل بدوّ الصلاح.

فإن بيعت بشرط أن يبدو صلاحها- مستقبلا- لم يصحّ عند الجميع، لكونه

كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض (1) الأصحاب. ولو شرط في العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا (2) عند الكل، كما (3) لو شرط صيرورة الزرع سنبلًا.

و الغرر (4) قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين (5)، وهو ممتنع إجماعًا.

وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كاسس الجدار (6) وقطن الجبّة، وهو معفو

---

غرريا، من جهة أنه فعل البارئ عزّ وجلّ، وهو غير مقدور للبائع، فيصير مجهول الحصول. وإن بيعت من دون اشتراط بدو الصلاح، لم يصح عند جماعة، لكونه غرريًا عندهم.

قال ابن حمزة قدّس سرّه: «و الغرر الداخل في بيع السلف، وهو بيع المجر، وهو بيع ما في الأرحام، و ثمرة شجرة بعينها قبل بدو صلاحها سنة» (1).

(1) كشيخ الطائفة في النهاية و ابن الجنيد و الشيخ الصدوق قدّس سرّهم، على ما حكاه مصحّح كتاب القواعد عنهم.

(2) لأنّه فعل غيره، المعلوم خروجه عن حيّز قدرته، فيصير مجهول الحصول.

(3) في كونه غررا عند الكل، لجهالة الحصول.

هذا كله في تقسيم الغرر بلحاظ المتعلق.

(4) غرض الشهيد قدّس سرّه بيان حكم الغرر، أي: ما يكون منه قادحا في صحة المعاملة إجماعًا، و ما لا يكون كذلك، و ما هو محل الخلاف بينهم، فالأقسام ثلاثة.

(5) أي: له دخل ظاهر في مالية العوضين بحيث لا يتسامح بها، كالجهل بأنّ هذا الحجر حجر ذهب أم فضة أم نحاس، مع فرض اختلافها مالية بما لا يتسامح فيه عرفًا، فيبطل بيعه قبل العلم بحقيقته.

(6) أي: أساس الجدار و أسفله الداخل في الأرض، فلا يعلم استحكام الجدار

عنه إجماعاً. وكذا (1) اشتراط الحمل. وقد يكون [مرددا] (2) بينهما (3)، وهو محل الخلاف (4)، كالجزاف في مال الإجارة (5) و المضاربة (6)،

و مقدار استعداده للبقاء، للجهل بكون الأساس من الطين أو الآجر أو غيرهما ممّا يختلف به أمد بقاء الجدار في عمود الزمان. ولا غرر فيه عرفاً.

وكذا لو اشترى جبة ولم يعلم مقدار القطن المحشو فيها، ولا كونه جيّداً أو رديئاً. فهذا المقدار من الغرر مغتفر فيه، ولا يقدر في المعاملة.

(1) أي: ونحوه في العفو اشتراط الحمل، حيث إنّه تابع للحامل كتبعية الأساس للجدار، كأن يشترط المشتري على البائع كون ما في بطن الحيوان - من نتاج - له، مع عدم العلم بخصوصيته، فهذا غرر متسامح فيه.

(2) لم ترد هذه الكلمة في القواعد، وإنما وردت في بعض نسخ الكتاب.

(3) أي: بين ما له دخل ظاهر في مالية العوضين وعدم التسامح فيه، وبين ما ليس له هذا الدخل، ولذا يتسامح فيه، فإنّ ما هذا شأنه يكون مورداً للخلاف.

وهذا ثالث أقسام الغرر بحسب الحكم، وذكر له موارد أربعة.

(4) كذا في النسخ، وفي القواعد زيادة «في مواضع الخلاف».

(5) يعني: لو كانت الاجرة من المكيل أو الموزون كفت مشاهدتها، ولم يشترط صحة الإجارة بالعلم بمقدارها بضبط كيلها أو وزنها.

قال المحقق قدّس سرّه في شرائط الإجارة: «الثاني: أن تكون الاجرة معلومة بالوزن أو الكيل - فيما يكال أو يوزن - ليتحقق انتفاء الغرر. و قيل: تكفي المشاهدة، وهو حسن» «1». وغرض الشهيد الاستشهاد بما استحسنته المحقق من كفاية المشاهدة عنده، خلافاً لمن اعتبر العلم بالمقدار.

(6) يعني: اختلفوا في كفاية المشاهدة في مال المضاربة، وعدمها، قال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «و حكي في المختلف عن الشيخ - يعني في مبسوطه - القول بجواز المضاربة

و الثمرة قبل بدو الصلاح (1)، و الأبق (2) بغير ضميمه (3) انتهى «1».

و في بعض كلامه تأمل (4).

بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. و قوّاه في المختلف، محتجاً بالأصل، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

المؤمنون عند شروطهم «2».

(1) هذا مورد ثالث ممّا اختلفوا في كون جهالة المبيع قاذحة في الصحة، قال العلامة قدّس سرّه: «مسألة: إذا باع الثمرة بعد ظهورها قبل بدو الصلاح سنة واحدة منفردة- بشرط التبقية أو مطلقاً- اختلف علماؤنا في ذلك، فذهب الشيخ في التهذيب و الإستبصار إلى جوازه على كراهية، و به قال المفيد و سلار و ابن إدريس، و قال الشيخ في النهاية: يبطل البيع...» (3).

(2) هذا مورد رابع اختلفوا في غرريته، ففي المختلف: «قال الشيخان: لا يجوز بيع الأبق منفرداً، فإن بيع كان باطلا... و قال ابن الجنيد: لا يشتري وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، أو يضمن له البائع. و هو الأقرب» (4).

(3) كذا في القواعد، و في نسختنا «مع الضميمة» و هو سهو من الناسخ، و تبه السيد الاستاذ قدّس سرّه على أنّ في القواعد: «بغير الضميمة».

(4) إذ في تفسير الغرر شرعاً ب «جهل الحصول» ما عرفت من عدم اختصاص الغرر بذلك، و شموله له و للجهل بالصفات.

و كذا في جعل ذلك معنى شرعياً للغرر، إذ لم يعهد كون الغرر حقيقة شرعية في ذلك.

(1) القواعد و الفوائد، ج 2، ص 137-138، القاعدة: 199

(2) مسالك الأفهام، ج 4، ص 357 و لاحظ: المبسوط، ج 3، ص 199؛ شرائع الإسلام، ج 2، ص 139؛ مختلف الشيعة، ج 6، ص

253

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 195

(4) المصدر، ص 215-216

ص: 600

وكذا في جعل الجراف في مال الإجارة و المضاربة من موارد الخلاف، إذ الظاهر عدم التسامح في ذلك، و الالتزام بالبطلان فيها عند المشهور.

(1) الغرض من نقل كلام الشهيد قدس سره التنبيه على المسامحة في تعريف الغرر «بالاحتمال المجتنب عنه عند العرف بحيث يوبّخ على مخالفته».

و توضيح ما أفاده في شرح الإرشاد هو: أنهم ذكروا في فروع بيع الصرف أنّ الثمن يتعين بالتعيين، و لا يجوز للمشتري الإبدال، بل عليه تسليم ما عيّنه ثمنا، خلافا لجماعة من أهل الخلاف، حيث قالوا بعدم تشخصه، و بقاءه كليًا، بدعوى صيرورة البيع - مع كون الثمن شخصيًا - غررًا، فيفسد.

و وجه كونه غررًا احتمال تلفه قبل إقباضه للبائع، أو ظهور كونه مستحقًا للغير، فيبطل البيع. بخلاف ما لو كان الثمن كليًا، فإنه لا بقدر في الصحة، و يجب الوفاء بالعقد بتسليم فرد آخر من الجنس.

قال العلامة قدس سره: «الدراهم و الدنانير تتعيّن بالتعيين، فلو باعه بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير لم يجز للمشتري الإبدال بمثلها، بل يجب عليه دفع تلك العين، كالمبيع.

و لو تلفت قبل القبض انفسخ البيع، و لم يكن له دفع عوضها - وإن ساواه - مطلقًا، و لا للبائع طلبه ... و به قال الشافعي و أحمد، لاختلاف الأغراض باختلاف الأشخاص ... و قال أبو حنيفة: لا يتعين بالعقد، بل تتعين بالقبض، و يجوز إبدالها بمثلها، و إذا تلفت قبل القبض لا ينفسخ العقد ...» (1).

و نقل الشهيد قدس سره استدلال القائل بعدم تعين الثمن - بتعيين المتبايعين - بحديث النهي عن الغرر، و المفروض انطباق الغرر عليه، لاحتمال تلف هذا الشخص المعين أو ظهور كونه ملكًا لغير المشتري.

عندنا (1): «قالوا- يعني المخالفين من العامة-: تعيينها غرر، فيكون منهيًا عنه.

أمّا الصغرى (2)، فلجواز عدمها (3) أو ظهورها مستحقة، فينسخ البيع. و أمّا الكبرى (4)، فظاهرة... إلى أن قال: قلنا (5): نمنع الصغرى، لأنّ الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف (6)، بحيث لو تركه و بَخَّ عليه. و ما ذكروه (7) لا يخطر ببال

ثم اعترض قدس سرّه عليه بمنع الصغرى: أي عدم صدق الغرر، إذ ليس «الغرر» مطلق الجهالة، بل هو الاحتمال الخاص، أعني به ما يستحق فاعله اللوم والتوبيخ، و من المعلوم عدم استحقاقهما على بيع شيء بضمن جزئي معيّن حتى يشمل إطلاق النهي عن بيع الغرر، هذا.

(1) قال في شرح قول العلامة: «و الأثمان تتعين بالتعيين» ما لفظه: «أقول:

هذا تنبيه على خلاف بعض العامة، فإنّ مذهبه أنّها لا تتعين بالتعيين، بل يجوز أن يسلم غير ما وقع عليه العقد. و الحقّ أنّها تتعيّن، و إلّا لزم عدم الإيفاء بالعقود... الخ».

(2) أي: صدق الغرر على تعيين الأثمان.

(3) أي: لجواز عدم الأثمان و فقدانها بسرقة، أو سقوطها من كيسه، فلا تكون موجودة عنده حين إنشاء المعاملة.

(4) و هي عموم النهي عن بيع الغرر.

(5) هذا اعتراض شيخنا الشهيد قدس سرّه على بعض المخالفين- في هذه المسألة- من العامة.

(6) حاصله: أنّ الغرر ليس مطلق احتمال عدم الحصول و إن لم يعتد به العقلاء حتى يكون احتمال عدم الثمن في المثال غررا، بل خصوص الاحتمال العقلائي. فاحتمال عدم الثمن لا يعدّ غررا، فيصحّ معه البيع.

(7) كذا في نسختنا و أكثر نسخ الكتاب، و لكن في غاية المراد: «و ما ذكر».

فضلا عن اللوم عليه (1) « انتهى » (1).

فإن مقتضاه (2): أنه لو اشترى الآبق

(1) هذا ما يتعلق بمنع صغرى الغرر، ثم منع الشهيد قدّس سرّه كبرى النهي عنه، فراجع.

(2) أي: فإن مقتضى قوله قدّس سرّه: «لأن الغرر احتمال...» وهذا تعليل للتأمل في ما نقله عن شرح الإرشاد من تحديد الغرر المنهي عنه بالاحتمال المجتنب عنه عرفا.

وجه التأمل: أنّ مقتضى كون الغرر احتمال عدم الحصول احتمالا عقلايا موجبا للوم والتوبيخ- لا مطلقا- هو عدم صدق الغرر على موارد ثلاثة، مع وضوح صدقه عليها، مما يكشف عن موضوعية مطلق جهالة الحصول وإن لم يستتبع توبيخا.

فمنها: شراء العبد الآبق أو الحيوان الضالّ- المرجوّ الحصول- بثمن قليل، كما إذا قوّم العبد بألف دينار فأبق، مع كونه مرجوّ الحصول، فبيع بعشرة دنانير.

فمقتضى اختصاص الغرر بما يستحق اللوم على مخالفته عدم صدق الغرر عليه، لعدم توبيخ العقلاء من أقدم على ذلك، لإقدامهم على الضرر اليسير رجاء للنفع الكثير، مع أنّ المعروف عدم جواز بيع الآبق بلا ضميمة.

ومنها: شراء حجر من جواهر الأرض- مردّد بين ذهب ونحاس- بثمن بنخس، مع كون قيمة الذهب أضعاف قيمة النحاس.

فإن اختصّ الغرر بجهل الحصول ولم يصدق على الجهل بالصفة- كما تقدّم من الشهيد في قواعده من كون الغرر شرعا جهل الحصول- فلا مانع من بيعه.

وإن عمّمنا الغرر للجهل بالصفة- كما هو المعروف- لزم صحة بيع الفلزّ (2) المزبور

(1) غاية المراد، ج 2، ص 74-75

(2) قال في اللسان في معاني «الفلز» ما لفظه: «و الفلز: الحجارة. وقيل: هو جميع جواهر الأرض من الذهب والفضة والنحاس و أشباهها، وما يرمى من خبثها» ج 5، ص 392

ص: 603



أو الضّال (1) المرجوّ الحصول بثمان (2) قليل لم يكن (3) غررا، لأنّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير.

وكذا (4) لو اشترى المجهول المرّد بين ذهب ونحاس بقيمة (5) النحاس، بناء (6) على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة.

---

بالثمان البخس، لعدم اللوم عليه، مع أنّه لا ريب في صدق الغرر عليه.

و منها: شراء المكييل أو الموزون أو المعدود- قبل العلم بالمقدار- بثمان المقدار المتيقن منه، كما إذا اشترى صبرة من طعام- مرّد بين كونه طئًا أو طئتين- بعشرة دنانير، وهي قيمة الطن الواحد، فيلزم صحته لعدم استتباعه اللوم، مع أنّ الغرر صادق عليه.

و بالجملة: فلو اختص الغرر بموارد استحقات التويخ لزم عدم كون البيع في الموارد المتقدمة غرريا، مع فساد بيعها عند المشهور، وليس إلا للغرر.

(1) قال العلامة الطريحي قدّس سرّه: «وفي المجمع: الضالّة: اسم للبقرة والإبل والخيل ونحوها. ولا يقع على اللقطة من غيرها. وفي النهاية: هي الضائعة من كل ما يقتنى من الحيوان وغيره» (1).

و المراد بالضّال هنا العبد الضائع المتوقع حصوله، كما أنّ «الضالّة» هي ما عدا الأناسي من الحيوان، أو مطلقا.

(2) متعلق ب «اشترى».

(3) جواب «لو اشترى» واسم «يكن» ضمير راجع إلى الاشتراء.

(4) معطوف على «لو اشترى» وهذا هو المورد الثاني.

(5) متعلق ب «اشترى».

(6) و أما بناء على اختصاص الغرر بالجهل بالحصول- كما فسّره الشهيد قدّس سرّه به- فالمثال خارج موضوعا عن الغرر.

---

(1) مجمع البحرين، ج 5، ص 410، ولاحظ: لسان العرب، ج 11، ص 392

و كذا (1) شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فإنّ (2) ذلك (3) كلّه مرغوب فيه عند العقلاء، بل (4) يوبّخون من عدل عنه (5) اعتذارا بكونه (6) خطرا.

فالأولى (7): أنّ هذا النهي من الشارع لسدّ باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات (8)، و ليس (9) منوطا بالنهي من العقلاء ليخصّ مورده بالسفهاء أو المتسفّهة.

---

(1) معطوف أيضا على «لو اشترى» و هذا هو المورد الثالث.

(2) تعليل لقوله: «لم يكن غررا».

(3) أي: الاثراء في الموارد الثلاثة يكون مرغوبا فيه.

(4) غرضه الترفي من مجرد رغبة العقلاء في الشراء إلى توبيخ عدم الإقدام على شراء العبد الأبق بثمن قليل، و لو اعتذر عن ترك الشراء بكونه خطرا لم يقبل منه، إذ لو ظفر به فقد انتفع كثيرا، و لو لم يظفر به فات منه شيء قليل، و المفروض أن العقلاء يقدمون على مثله.

(5) أي: عن اشتراء الأبق و الضالّ، و الحجر المردد، و المبيع المجهول المقدار.

(6) أي: بكون الاثراء- في الموارد الثلاثة- خطرا، و الغرر مجتنب عنه عرفا.

(7) غرض المصنف قدّس سرّه- بعد منع ما أفاده الشهيد من اختصاص الغرر المنهي عنه بالاحتمال المجتنب عنه عند العقلاء- إثبات عموم النهي لكل ما يحتمل ترتب المخاطرة عليه، سواء أ كان منشؤه الجهل بالحصول أو بالصفة أو بغيرهما.

و عليه فالغرر الممنوع شرعا لا يدور مدار كون المعاملة سفهية عرفا، بل يعمّ مثل الموارد الثلاثة التي يقدم العقلاء عليها.

(8) و إن كان مورد إقدامهم عليه رجاء لتحصيل النفع الكثير.

(9) أي: و ليس مناط النهي عن الغرر شرعا هو احتراز العقلاء عنه ليختصّ مورده بمعاملة السفهاء أو المتسفّهة.

ثم إنه قد حكي عن الصدوق في معاني الأخبار (1): تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية- كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصة- بكونها (2) غررا «1». مع أنه (3) لا جهالة في بعضها (4) كبيع المنابذة،

(1) غرض الشيخ الصدوق قدس سره تطبيق النهي عن بيع المنابذة و الملامسة و الحصة على القاعدة، بأن يكون فسادها من باب الغرر و الجهالة، لا التعبد المحض، و فقد الصيغة المعهودة في البيع. و وجه صدق الغرر عدم العلم بأن المنبوذ أو ما أصابه الحصة ذو قيمة مرتفعة أو منخفضة، فيبقى الجهل بالمبيع و الثمن بحاله، فيبطل.

(2) متعلق ب «تعليل» و الضمير راجع إلى بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية.

(3) ناقش المصنف قدس سره في تعليل البطلان- بالغرر- بمنع الصغرى، و توضيحه:

أن الشيخ الصدوق قدس سره فسّر بيع المنابذة بأنه تعيين المبيع بالنبذ، بأن يقول المشتري لبائع الثوب «انبذه إليّ، فإذا رميته فقد وجب البيع» أو يقول البائع للمشتري:

«أنبذه إليك فإذا رميته فقد لزم البيع». و الظاهر كون الثوب المنبوذ معلوما عندهما، فلا جهالة فيه حتى يكون غرريا.

و كذا الحال في بيع الحصة، لكون المبيع معيّنا عند المتبايعين، و يكون إنشاء البيع برمي الحصة و إصابتها به.

ولما لم يكن جهالة في المبيع- بناء على تفسير الغرر في كلام الشيخ الصدوق قدس سره بالنسبة إلى هذه البيوع الثلاثة- فلا بدّ من أن يكون مقصوده جهالة خاصة مبطلّة للبيع، بأن لا يسبق تعيين المبيع قبل النبذ، و إنّما اريد تعيينه بنفس النبذ و إلقاء الحصة عليه، و لمسه، و حينئذ يكون المبيع مجهولا، إذ التعيين إنّما يتحقق بأحد هذه الأمور، لا أنّه يتعين قبل ذلك، ثم يقع النبذ أو غيره.

(4) المراد بالبعض هو بيع المنابذة و الحصة، و الاقتصار عليهما و عدم ضمّ بيع

(1) معاني الأخبار، ص 278

ص: 606

بناء (1) على ما فسّره به (2) من أنّه (3) قول أحدهما لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو أنبذه إليك، فقد وجب البيع، وبيع (4) الحصاة، بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع. ولعلّه (5) كان على وجه خاصّ يكون فيه خطر، والله العالم.

و كيف كان (6)، فلا إشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم

---

الملامسة إليهما، إمّا رعاية لما في كلام الشيخ الصدوق قدّس سرّه من تفسير الغرر فيهما، و سكوته عن استلزام الملامسة للغرر، فلم يعلم أنّ النهي عن بيع الملامسة هل يكون من ناحية الغرر كما في المنابذة و الحصاة، أم من جهة التعبد؟

و إمّا لأنّ حكم الجميع واحد، و هو عدم الغرر في المبيع، و الاقتصار على الأولين من باب المثال لا لخصوصية فيهما.

(1) و أمّا بناء على كون منشأ النهي عن هذه البيوع الثلاثة فقد الإيجاب و القبول اللفظيين، كان أجنبياً عمّا نحن فيه، حتى لو كان المبيع معلوماً و معيّناً، كما تقدم في بحث المعاطاة «1».

(2) الضمير راجع إلى الموصول، المبيّن بقوله: «من أنّه...».

(3) أي: أنّ بيع المنابذة هو قول أحدهما ... الخ.

(4) معطوف على «بيع المنابذة» أي: لا جهالة في بعضها كبيع الحصاة.

(5) أي: ولعلّ الغرر - الذي علّل الشيخ الصدوق قدّس سرّه فساد البيوع الثلاثة به - كان على وجه خاص، و هو ما تقدم بقولنا: «تعيين المبيع بالنبذ و إلقاء الحصاة عليه».

(6) أي: سواء تمّ صدق الغرر على هذه البيوع الثلاثة أم لا، فلا إشكال في دلالة النبوي على اشتراط البيع بالقدرة على التسليم.

---

(1) هدى الطالب، ج 1، ص 341

ص: 607

بالنبويّ المذكور، إلاّ أنّه (1) أخصّص من المدّعي، لأنّ ما يمتنع تسليمه عادة- كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه- ليس في بيعه خطر، لأنّ الخطر إنّما يطلق في مقام يحتمل السلامة و لو ضعيفا (2).

لكن هذا الفرد (3) يكفي في الاستدلال على بطلانه لزوم (4) [بلزوم] السفاهة، و كون (5) أكل الثمن في مقابله أكلا للمال بالباطل. بل (6) لا يعدّ مالا

---

(1) أي: أنّ النبوي أخصّص من المدّعي، لكونه أعمّ من امتناع الحصول عادة و من رجائه، كالعبد الأبق في بعض الأوقات، و النبوي أخصّ، إذ الغرر هو الخطر الذي يطلق غالبا في مقام احتمال السلامة و لو احتمالا ضعيفا، فلا يشمل الممتنع الحصول عادة، مع وضوح بطلان بيعه أيضا كالمتاع الملقى في البحر، مما يمتنع الظفر به عادة.

(2) فمع امتناع الحصول عادة لا يصدق الخطر.

(3) و هو ممتنع الحصول عادة، يعني: أنّ النبوي و إن لم يكن شاملا له، لكن يكفي في بطلان بيعه و جهان:

أحدهما: كون المعاملة سفهية و مستلزمة لأكل المال بالباطل [1].

ثانيهما: أن مثله ساقط عن التمول، مع أن قوام البيع بمالية العوضين، نعم لا ريب في بقائه على ملك مالكه.

(4) كذا في نسختنا، و هو فاعل «يكفي» و بناء على كون النسخة «بلزوم» فهو متعلق بالاستدلال.

(5) معطوف على السفاهة، و تقريب لصدقها على بيع ممتنع التسليم عادة.

(6) معطوف على «لزوم السفاهة» و غرضه الترقّي من كون البيع سفهيا إلى

---

[1] لا يخفى عدم الحاجة إلى هذا الاستدلال بعد شمول النبوي له بالأولية كما لا يخفى.

عرفا وإن كان (1) ملكا، فيصحّ عتقه، ويكون (2) لمالكة لو فرض التمكن منه، إلا أنّه (3) لا ينافي سلب صفة التمؤل عنه عرفا، ولذا (4) يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته إلى المالك، فيملكه (5) مع بقاء العين على ملكه

---

فقد قوام البيع أعني به التمؤل، فليس بذل الثمن بإزائه يبيعا فضلا عن كونه يبيعا سفهيا.

(1) أي: وإن كان ممتنع التسليم - عادة - باقيا على ملك مالكة، بشهادة أمرين:

أحدهما: صحة عتق العبد الأبق في كفارة أو غيرها، مع أنّه لا عتق إلا في ملك.

ثانيهما: أنّه لو فرض التمكن من هذا العبد الأبق أو المال الملقى في البحر لم يكن من المباحات الأصلية التي تملك بالحيازة، بل يجب ردّه إلى مالكة.

و عليه فلا تنافي بين سقوط الممتنع التسليم عن المالية، وبين بقاء صفة الملك.

(2) معطوف على «فيصح» وهذا إشارة إلى الشاهد الثاني على عدم زوال الملك.

(3) أي: أن كون ما يمتنع تسليمه ملكا لا ينافي عدم ماليته.

(4) يعني: ولأجل سلب صفة التمؤل عنه مع بقاء ملكيته يجب على من غصبه قبل ذلك ردّ تمام قيمته من باب بدل الحيلولة، حيث إنّه بالغصب ضمن المالية والشخصية معا، وتعدّر الثانية لا يسقط الاولى، هذا [1].

(5) يعني: فيملك المالك - من الغاصب - تمام قيمة المال الممتنع التسليم، مع

---

[1] لكن فيه: أنّ بدل الحيلولة إنّما يجب بالحيلولة بين المالك وبين تمام المالية بسبب الحيلولة بين المالك وبين العين، لا من جهة انتفاء المالية، وإلا يحكم بعدم ضمان من غصبها بعد التعذر كما لا يخفى.

على ما هو ظاهر المشهور (1).

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجه آخر (2):

منها (3): ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»

---

بقاء العين على ملكه. لأن بدل الحيلولة غرامة، لا عوض حتى يتوهم لزوم اجتماع العوض والمعوّض في ملك العين.

(1) كما تبه عليه في بحث بدل الحيلولة، كقوله: «أما لو خرج عن التقويم - مع بقائها على صفة الملكية - فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك...» فراجع «1».

الاستدلال على شرطية القدرة على التسليم بوجه آخر

(2) وهي أربعة، كما سيأتي، وكلها مذكورة في المصابيح والجواهر.

(3) هذا أول الوجوه، قال الفاضل النراقي قدس سرّه: «و الاستدلال بما دلّ على النهي عن بيع ما ليس عندك كان حسنا، لو لا معارضته مع ما دلّ على جوازه» «2».

وظاهره تمامية المقتضي سندا ودلالة، لكنه معارض.

وهذا النبوي مروى بطرقنا أيضا، ففي صحيح سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لا يضمن» «3».

ونقل صاحب الجواهر قدس سرّه الاستدلال به على اشتراط القدرة بقوله: «فإنه قد وجه الاستدلال به بأن ليس المنع عن بيع ما ليس عند البائع إلا لاشتراط القدرة، لا لعدم حضور المبيع» «4». والموجه هو السيد الطباطبائي في المصابيح.

---

(1) هدى الطالب، ج 3، ص 578

(2) مستند الشيعة، ج 14، ص 323

(3) وسائل الشيعة، ج 12، ص 368، الباب 2 من أبواب أحكام العقود، الحديث: 4

(4) جواهر الكلام، ج 22، ص 388

و توضيح الحال منوط ببيان المعاني المشار إليها في المتن لكلمة «عند» وهي أربعة:

الأول: الحضور في مقابل الغيبة. وقد أبطله بالإجماع على جواز بيع الغائب و السلف.

الثاني: مجرد الملكية، وقد أبطلها بأن المناسب حينئذ ذكر اللام بأن يقال: «ما ليس لك» بدل «عندك».

الثالث: مجرد السلطنة و القدرة على التسليم سواء أ كانت حاصلة حين العقد أم بعده، كما إذا باعه ثم اشتراه من مالكة. فالمراد مطلق السلطنة.

وقد أبطله المصنف بوجهين:

أحدهما: تمسك العامة و الخاصة بهذا النبوي على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكة، فإنه لو كان المراد مطلق السلطنة على التسليم لكان تمسكهم المزبور منافيا لذلك، لحصول السلطنة حينئذ، خصوصا إذا كان وكيلًا عن المالك في بيعه و لو من نفسه. فتمسكهم المزبور يكشف عن عدم إرادة مطلق السلطنة من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «ما ليس عندك».

ثانيهما: أن بيع العين المملوكة للغير مورد الرواية، فلو كان المراد مجرد السلطنة على التسليم لزم منه صحة بيعه، لقدرة على التسليم بالقدرة على مقدمته أعني بيعه من نفسه، إذ المفروض كونه وكيلًا في بيعه و لو من نفسه.

الرابع: السلطنة التامة الفعلية المتوقعة على أمرين: أحدهما: الملكية، و الآخر كونه تحت يده و قدرته و إن كان غائبا عنه.

ولما بطلت المعاني الثلاثة المتقدمة تعين هذا المعنى الرابع، فيدل النبوي على اعتبار أمرين: الملكية، و القدرة على التسليم، فلا بأس بالاستدلال به على اعتبار القدرة على التسليم.



بناء (1) على أنّ «كونه عنده» لا يراد به الحضور (2)، لجواز (3) بيع الغائب و السلف إجماعاً، فهي (4) كناية، لا (5) عن مجرد الملك، لأنّ (6) المناسب حينئذ (7) ذكر لفظة «اللام»، و لا (8) عن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه، لمنافاته (9) لتمسك العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالكةا (10).

---

(1) هذا تقريب الاستدلال.

(2) هذا هو المعنى الأوّل.

(3) تعليل لقوله: «لا يراد» و تقدم في بيع الفضولي البحث الدلالي، فراجع «1».

(4) يعني: فالرواية كناية، و الأنسب بقوله: «لا يراد به» أن يقال: «بل هي كناية».

(5) بعد نفي إرادة الحضور الحسي و تعيّن كون «عندك» كناية، عدّد المعاني الكنائية الثلاثة، و هي الملك، و مجرد السلطنة بدون الملك، و السلطنة التامة.

(6) تعليل لنفي المعنى الكنائي الأوّل، و هو الملك.

(7) أي: حين كون الرواية كناية عن مجرد الملك.

(8) معطوف على «لا» و غرضه نفي المعنى الكنائي الثاني، بأن يكون مدلول الرواية «لا تبع ما لا سلطنة لك عليه أصلاً- لا حالا و لا مستقبلاً- و لا قدرة لك على تسليمه».

(9) أي: لمنافاة كون «عندك» كناية- عن مطلق السلطنة عليه- لتمسك العلماء ... الخ، فهذا تعليل لنفي المعنى الكنائي الثاني.

(10) مع تحقق السلطنة على العين الشخصية و القدرة على تسليمها للمشتري، إمّا يبيعه عن مالكةا فضولاً، و إمّا وكالة عنه.

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 487 و 491، و ج 5، ص 302-304

ص: 612

خصوصا (1) إذا كان وكيلًا عنه في بيعه ولو (2) من نفسه، فإنَّ السلطنة والقُدرة على التسليم حاصلة هنا (3)، مع أنَّه (4) مورد الرواية عند الفقهاء.

فتعيّن (5) أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد، حتّى كأنّه عنده وإن كان (6) غائبًا.

وعلى أيّ حال (7) [1] فلا بدّ من إخراج بيع الفضولي عنه

---

(1) وجه الخصوصية واضح، لتسلّط الوكيل على المبيع، وكون تصرفه كالأصيل.

(2) وصلية، إذ تارة يتوكّل في بيع المال للغير، و أخرى في بيعه مطلقًا سواء اشتراه الوكيل لنفسه أم لأجنبي.

(3) أي: في بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم يمضي لشرائها من مالكةا و تسليمها إلى المشتري.

(4) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، يعني: مع الغضّ عن تمسك الفقهاء بالرواية على حكم بيع العين الشخصية غير المملوكة للبائع، يكون مورد الرواية هو النهي عن بيع العين الشخصية المملوكة للغير.

(5) أي: بعد نفي المعنيين الكنائيين يتعيّن كون قوله: «كونه عنده» كناية عن السلطنة التامة الفعلية.

(6) الضمير المستتر وضميرا «كونه، كأنّه» راجعة إلى الملك.

(7) يعني: سواء أكان مفاد «لا تبع ما ليس عندك» كناية عن اعتبار مطلق

---

[1] لا يخفى أنّه بناء على إرادة مطلق السلطنة من النبوي لا موجب لخروج الفضولي عنه، لأنّ المنهي عنه هو بيع ما لا سلطنة عليه أصلا حتى بالواسطة. فإذا كان الفضولي قادرا على شراء المبيع من مالكة و تسليمه إلى المشتري، كان مسلّطا على المبيع.

---

السلطنة على المبيع، أو السلطنة المطلقة أي التامة، فلا بدّ ... الخ.

و هذا دفع دخل مقدر، حاصله: أنّه بناء على اشتراط السلطنة يلزم فساد بيع الفضولي رأسا، و عدم اقتضائها للصحة، لانتفاء كلّ من الملك و القدرة على التسليم فيه، مع التزام الجلّ بكونه موقوفا على الإجازة، و هذا كاشف عن إرادة معنى آخر من الرواية، و لا يتجه استظهار شرطية القدرة على التسليم في البيع منها.

و دفع المصنف هذا الدخل بوجهين أجاب بهما عن الاستدلال بالنبوي على بطلان البيع الفضولي «1»:

أحدهما: تخصيص عموم «ما ليس عندك» بما دلّ على ترتب الصحة الاقتضائية على إنشاء الفضولي، و عدم كونه مسلوب الأثر، و حيث إن هذا النبوي عام بالنسبة إلى أدلة صحة الفضولي، خصّص بها.

ثانيهما: حمل النهي على الإرشاد، بأن يراد من الفساد المدلول عليه بالنهي عدم وقوعه لبائعه الفضولي، لا مطلقا حتى لمالكه إذا أجاز.

و لكن هذا تصرف مجازي، بخلاف التخصيص، فإنّه ليس مجازا على ما ثبت في محلّه.

---

نعم إذا لم يكن له سلطنة على المبيع حتى بالشراء من مالكه، فلا بدّ من إخراج الفضولي عنه.

و بالجملة: فعلى المعنى الثاني و الرابع لا محيص عن إخراج الفضولي. و أمّا بناء على المعنى الثالث فلا. و أمّا المعنى الأوّل فلا يراد من النبوي على ما أفاده المصنف قدّس سرّه.

---

(1) راجع هدى الطالب، ج 4، ص 496-498

ص: 614

بأدلتها (1)، أو بحمله (2) على النهي المقتضي لفساده، بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك (3).

و كيف كان (4)، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن (5).

و أمّا الإيراد عليه (6) بدعوى:

---

(1) متعلق ب «إخراج» و الضمير راجع إلى بيع الفضولي. و هذا إشارة إلى الوجه الأول.

(2) معطوف على «من إخراج» أي: فلا بدّ من حمل النهي في «لا تبع ما ليس عندك» على ... الخ. و هذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدم آنفا.

(3) أي: لو أراد البائع الفضولي وقوع البيع لنفسه لا لمالك المبيع.

(4) أي: سواء أخرجنا بيع الفضولي من هذا النبوي تخصيصاً أم تخصّصاً، فتوجيه دلالة قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم «لا تبع ما ليس عندك» على منع بيع ما لا قدرة على تسليمه ممكن، إذ المراد به اعتبار السلطنة المطلقة المنوطة بالملكية و القدرة على التسليم معاً.

(5) ليس المراد به مجرّد الاحتمال حتى لا يجدي في مقام الاستدلال، بل المقصود ظهور الكلام في المدعى.

(6) أي: على الاستدلال بالنبوي، و المورد صاحب الجواهر قدّس سرّه، قال بعد تقريب الاستدلال بالنبوي - كما في المتن - ما لفظه: «و لكن قد يقال: إنّ المراد به الإشارة إلى ما هو مستعمل الآن وفي السابق من بيع الشيء المخصوص، مظهرًا له أنّه ماله و عنده، ثم يمضي بعد ذلك إلى صاحبه، و يشتريه منه بأنقص مما باعه، ثم يدفعه إلى الذي باعه إيّاه أولاً» (1).

و حاصله: أنّ الخبر أجنبى عن المدعى، إذ مورده بيع مال الغير ثم تحصيله

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 389

ص: 615

«أن المراد به (1) الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة (2) من بيع الشيء الغير [1] المملوك،

بالشراء من مالكه ودفعه إلى المشتري، فيكون المنهي عنه بيع ما لا يملكه البائع، و من المعلوم أنه أجنبي عن بيع المالك لماله مع قدرته على التسليم، هذا.

وأجاب عنه المصنف قدس سره بما حاصله: أنه لا وجه لهذا الاختصاص، لأن المدار على عموم الوارد لا خصوصية المورد، لما ثبت في محله من عدم مخصصة المورد.

(1) أي: بصحيح سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام، الحاكي لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن عدة أمور، منها بيع ما ليس عندك.

(2) أي: أزمنة صدور الروايات، و مراد صاحب الجواهر عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم

[1] كذا في نسخ الكتاب، و هو نقل بالمعنى. و الأولى إسقاط حرف التعريف، لشدة إبهام الكلمة ونكرتها، ولذا منع بعضهم من اكتساب التعريف بالإضافة، وبعضهم من تعريفها باللام.

قال ابن هشام: «و لا تتعرف - غير - بالإضافة، لشدة إبهامها».

وقال الفيومي: «و- غير- تكون وصفا للنكرة، وقوله تعالى: غير المغضوب عليهم، إنما وصف بها المعرفة، لأنها أشبهت المعرفة بإضافتها إلى المعرفة، فعولت معاملته، و وصف بها المعرفة. و من هنا اجترأ بعضهم فأدخل عليها الألف و اللام، لأنها لما شابته المعرفة بإضافتها إلى المعرفة جاز أن يدخلها ما يعاقب الإضافة، وهو الألف و اللام. و لك أن تمنع الاستدلال، و تقول: الإضافة هنا ليست للتعريف بل للتخصيص، فلا تعاقب إضافة التخصيص، مثل: سوى و حسب، فإنه يضاف للتخصيص و لا تدخله الألف و اللام» فراجع المغني، ج 1، ص 210، و المصباح المنير، ص 458

ص: 616

ثم تحصيله بشرائه ونحوه (1)، و دفعه (2) إلى المشتري» فمدفوع (3) بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد (4)، و ليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد [1].

نعم (5)، يمكن أن يقال: إن غاية ما يدل عليه هذا النبوي - بل النبوي

---

باعتبار ورود جملة «لا تبع ما ليس عندك» في نهى حكيم بن حزام عن بيع شيء لا يملكه، ثم يمضي ويشتريه و يسلمه.

(1) أي: نحو الشراء، كالاتهاب من المالك، أو التصالح معه عليه.

(2) الضمائر في «تحصيله، بشرائه، دفعه» راجعة إلى الشيء غير المملوك.

(3) جواب الشرط في «و أما الإيراد» و هذا ردّ كلام الجواهر، و تقدم توضيحه آنفا.

(4) أي: بمورد بيع شيء لا يملكه البائع، ثم يمضي ويشتريه من مالكة. و الوجه في انتفاء الشاهد على الاختصاص هو ورود الجملة - في حديث سليمان بن صالح - في سياق النهي عن بيوع أخرى، و لا قرينة على كون قوله عليه السلام: «و نهى عن بيع ما ليس عندك» مختصا ببيع ما لا يملكه، ثم يشتريه من مالكة.

(5) استدراك على قوله: «فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن»

---

[1] قد ذكر المصنف قدس سره في ردّ دلالة النبوي المزبور على بطلان الفضولي كلاما عن التذكرة يدل على أنّ مورد النهي هو بيع مال الغير عن نفسه ثم شرائه من مالكة ليدفعه إلى المشتري، فلاحظ، فالجواب مختص بمورد السؤال، و ارتضاه المصنف حيث قال: «و هذا المعنى أظهر من الأول» و مراده بالأول مجرد الإنشاء، فراجع «1».

---

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 496

ص: 617

الأول (1) أيضا (2)- فساد البيع، بمعنى (3) عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود،

و غرضه قدس سرّه- بعد دفع إيراد صاحب الجواهر قدس سرّه عليه- الإشكال على دلالة الخبر على فساد بيع ما لا قدرة على تسليمه. و الإشكال من وجهين:

أحدهما: أنّ غاية ما يدلّ عليه النبوي هو فساد البيع بمعنى عدم كون العقد علة تامة لترتب الأثر المقصود عليه، لا عدم ترتب أثر عليه أصلا، بحيث يكون وجوده كعدمه، فيمكن أن يقع مراعى بانتفاء الغرر، و صيرورة المبيع مقدور التسليم.

وهذا نظير ما تقدم في بيع الفضولي من عدم دلالة النبوي على البطلان رأسا حتى لا يجدي إجازة المالك في ترتب الأثر على إنشاء الفضولي، بل مفاده إسقاط عقد غير المالك عن الاستقلال في التأثير، فلا مانع من صحته تأهلا.

قال: «و بعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا في حقه، فلا يدلّ على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له» «1».

و الحاصل: أنّ بيع ما لا قدرة على تسليمه غير فاسد رأسا، بل يقع مراعى، فإن حصلت القدرة صحّ، وإلا بطل.

هذا تقريب الوجه الأوّل، و يأتي بيان الوجه الثاني.

(1) و هو نهيه صلى الله عليه وآله و سلّم عن الغرر.

(2) يعني كهذا النبوي، و هو: «لا تبع ما ليس عندك» و مقصوده توجه المناقشة في الاستدلال بكلا الخبرين.

(3) غرضه تفسير الفساد لئلا يتوهم ظهور النبوي في الفساد مطلقا سواء حصلت القدرة على التسليم- بعد البيع- أم لم تحصل، و سواء تبين وجود القدرة حاله أم لم يتبين.

(1) هدى الطالب، ج 4، ص 496

ص: 618

فلا ينافي (1) وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر، و تحقّق (2) كونه عنده.

ولو أبيت (3) إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغويّة العقد رأسا

(1) يعني: أنّ الفساد- بمعنى عدم العلية التامة- لا ينافي صحة البيع مراعى بانتفاء الغرر، فإن حصلت القدرة على التسليم صحّ، وإلا لم يصحّ.

(2) هذا معنى انتفاء صفة الغرر، أي: تحقق كون المبيع مقدورا تسليمه.

(3) هذا ثاني الوجهين، والتعبير ب«ولو أبيت» صريح في ابتناء الوجه الأوّل على إنكار ظهور النبوي في فساد البيع من أصله.

وحاصل هذا الوجه الثاني: أنّه بعد تسليم ظهور الخبر في بطلان بيع ما لا قدرة على تسليمه- وعدم الجدوى في حصول القدرة عليه بعد العقد- يتعيّن رفع اليد عن الظهور المزبور، وحمل النهي «عن بيع ما ليس عندك» على عدم العلية التامة في التأثير، وذلك لأنّه- بناء على دلالة النهي في النبوي على الفساد واللغوية- يدور الأمر بين ارتكاب أحد أمرين:

إمّا رفع اليد عن الظهور في اللغوية، والالتزام بجعل الفساد عبارة عن عدم العلية التامة للتأثير، ولازمه صيرورة البيع مراعى بارتقاء الغرر.

وإمّا حفظ الظهور في اللغوية، والالتزام بتخصيص النبوي في موارد التزموا بوقوع البيع فيها مراعى- كبيع الرهن- مع كون البائع في تلك الموارد عاجزا شرعا عن التسليم.

فلا بدّ أن يقال: «بيع ما ليس عندك فاسد رأسا، إلا بيع الرهن، وبيع ما لا يملكه حين البيع، وبيع المحجور، وبيع العبد الجاني عمدا» فإنّها تقع مراعى بإجازة من له الأمر.

ولا ريب في عدم المجال لهذا التخصيص، وذلك لأن التخصيص وإن كان أولى من المجاز في سائر المقامات، إلا أنّه في المقام لكثرتة ليس أرجح من المجاز أعني



المنافية (1) لوقوعه مراعى، دار (2) الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر (3)، وبين إخراج بيع الرهن (4)، وبيع ما يملكه بعد البيع (5) وبيع العبد الجاني عمدا (6)، وبيع المحجور (7) لرق أو سفه أو فلس،

به ارتكاب خلاف الظاهر في النهي بحمله على الفساد، بمعنى عدم العلية المنحصرة.

ومع عدم أرجحية التخصيص من المجاز وبالعكس يتساوى الاحتمالان، فيصير الكلام مجملا، فلا يصح معه الاستدلال.

وعليه فالتمسك بالنبوي على اعتبار القدرة على التسليم ليس في محله، ولا مانع حينئذ من التمسك بالقواعد العامة المقتضية للصحة.

(1) صفة ل «لغوياً» و ضمير «لوقوعه» راجع إلى العقد.

(2) جواب الشرط في «ولو أبيت».

(3) وهو الفساد بمعنى اللغووية وعدم ترتب الأثر.

(4) كما لو باع الرهن، لتعدّر التسليم فعلا من جهة كونه وثيقة على الدين، مع صحة البيع مراعى بالافتكاك. فلو قيل بلغووية بيع غير المقذور تسليمه حال العقد لزم تخصيص عموم النهي، وإخراج بيع الرهن منه.

(5) هذا مورد آخر مما يصحّ البيع مع العجز عن التسليم حال العقد، لعدم كونه مالكا للمبيع، فباعه فضولا ثم تملكه، وأجاز، فيصحّ البيع، مع كونه موردا لعموم النهي عن بيع ما ليس عندك.

(6) هذا مورد ثالث مما يصحّ البيع فيه مراعى، ولا يبطل رأسا. كما تقدم تفصيله في محله، فلو باعه المولى لم ينفذ، لكون أمر القصاص و الاسترقاق بيد المجني عليه أو وليه، فإن افتكت رقبته من حق المجني عليه - بالعفو أو بقبول الفداء من المولى - وتمكن المولى من تسليمه صحّ البيع، وإلا فلا.

(7) هذا رابع الموارد مما لا يبطل فيه البيع رأسا، بل يقع بيع الرق موقوفا على

فإنّ (1) البائع في هذه الموارد عاجز شرعا عن التسليم (2). ولا رجحان (3) لهذه التخصيصات. فحينئذ (4) لا مانع عن التزام وقوع بيع كلّ ما يعجز عن تسليمه

---

إجازة المولى، وبيع السفينة موقوفا على إجازة وليّه، وبيع المفلس على إجازة الغرماء.

ولا يخفى أنّهم اصطَلَحُوا «المراعى» على الجهل بوجود الشيء حال القعد، في قبال «الموقوف» المراد به دخل أمر آخر في تأثير العقد كالإجازة في الفضولي.

ولكن المراد بالمراعى - بقرينة الأمثلة المذكورة - ما هو أعم من كون المتأخر العلم بوجود الشيء، كما إذا جهل بقدرته على التسليم فانكشف وجودها، ومن وجود شيء بعد العقد.

(1) تعليل للشق الثاني من المنفصلة، وهو التخصيص المدلول عليه بقوله:

«وبين إخراج».

(2) مع عدم بطلان البيع فيها رأسا، بل يقع مراعى.

(3) يعني: لا مرجح للشق الثاني - أعني به تخصيص عموم النهي - على الشق الأول، وهو إرادة عدم العلية التامة، وإن كان خلاف ظهور النبوي بدوا.

(4) أي: فحين عدم رجحان التخصيص على ارتكاب خلاف الظاهر، يلزم إجمال النهي في النبويين بالنسبة إلى بيع ما يعجز البائع عن تسليمه مع رجاء القدرة على تسليمه، ومن المعلوم عدم صلاحية المجمل لتقييد إطلاق حلّ البيع ونحوه من أدلة الإمضاء [1].

---

[1] إلا أن يناقش في هذه الصحة بعدم الدليل عليها، إذ العمومات لا تقتضي إلا الصحة الفعلية، وأمّا التعليقية فهي أجنبية عن مفادها.

إلا أن يدعى أنّ الصحة بمراتبها تستفاد من العمومات، والنبوي خصصها بمرتبة خاصة، وهي الفعلية، وأمّا المرتبة الأخرى فهي باقية تحت العمومات، فتأمل.

- مع رجاء التمكن منه - مراعى (1) بالتمكّن منه في زمان لا يفوت الانتفاع المعتدّ به (2).

وقد صرّح الشهيد (3) في اللّمة بجواز بيع الضالّ (4) والمجحد - من غير إباق (5) - مراعى بإمكان التسليم، واحتمله (6) في التذكرة.

لكن الإنصاف (7): أنّ الظاهر من حال الفقهاء اتّفاقهم على فساد بيع الغرر

---

(1) مفعول لقوله: «وقوع» وضمير «منه» في الموضوعين راجع إلى «تسليمه».

(2) فلوفات زمان الانتفاع المعتدّ به بالمبيع لم يصح، لكونه سفهياً.

(3) الغرض من الاستشهاد بكلام الشهيد تأييد ما أفاده بقوله: «فلا مانع» من أن المراد بالفساد عدم العلية التامة للعقد، لا عدم ترتب الأثر رأساً. قال في اللّمة:

«أما الضال والمجحد، فيصح البيع، ويراعى بإمكان التسليم، وإن تعدّر فسخ المشتري إن شاء» (1).

(4) وهو - بقرينة قوله: «من غير إباق» - العبد الضال الذي يرجى الظفر به.

(5) هذا التقييد لإخراج العبد الضال والمجحد عن عنوان الإباق الذي ادعى الإجماع على عدم جواز بيعه منفرداً.

(6) يعني: واحتمل العلامة جواز بيع الضال والمجحد من غير إباق.

لكن الموجود في عبارة التذكرة احتمال صحة بيع الضال فقط، ولم يعطف عليه المجحد، فقال قدّس سرّه: «الضال يمكن حمله على الأبق ... والعدم» (2).

وبالجملة: فصرّح الشهيد قدّس سرّه بجواز بيع الضال والمجحد مراعى بإمكان التسليم يؤيد إرادة عدم العلية التامة للعقد من الفساد، لا عدم ترتب الأثر رأساً.

(7) هذا استدراك على قوله: «فحينئذ لا مانع عن التزام ... الخ» وحاصله:

---

(1) اللّمة الدمشقية، ص 94

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 49

بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت (1) من الإيضاح «1».

ومنها (2): أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين (3)

---

أن ما استظهرناه من معنى الفساد- وهو عدم العلية التامة لا عدم ترتب الأثر رأساً- خلاف ظاهر حال الفقهاء، لأن ظاهرهم الاتفاق على كون فساد البيع عبارة عن عدم ترتب الأثر أصلاً. وهذا كاشف عن كون المراد بالنبويين هو الفساد محضاً، فلا يصح حملهما على ما ذكرناه من عدم العلية التامة.

(1) حيث قال في صدر المسألة: «و النهي هنا يوجب الفساد إجماعاً على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح» بأن يكون المراد بالفساد اللغوية رأساً.

(2) أي: و من الوجوه الأخر المستدل بها على اعتبار القدرة على التسليم هو:

أن لازم العقد ... الخ.

و توضيحه: أن مضمون العقد- وهو نقل كل من العوضين عن مالكة إلى صاحبه و صيرورته ملكاً للآخر الذي هو حكم وضعي- مستلزم لوجوب تسليم كل منهما ما انتقل عنه إلى مالكة، و حرمة حسبه، لأنه ظلم. و هذا الوجوب كسائر التكاليف يقتضي مقدورية متعلقه، فلا بد من كون التسليم الواجب مقدوراً، وإلا يلزم التكليف بالمتنع، وهو قبيح، فثبت اعتبار القدرة على التسليم.

وبعبارة أخرى: أن البيع الصحيح يستلزم وجوب التسليم تكليفاً، وهو متوقف على القدرة، و حيث إنه لا قدرة حسب الفرض على التسليم، فلا وجوب، و بطلان اللازم يكشف عن بطلان الملزوم وهو البيع. و هذا مقتضى القياس الاستثنائي.

(3) حق العبارة أن يقال: «كلاً من العوضين» أو «ما انتقل عنه إلى صاحبه» كما في الجواهر «2». و في المصابيح: «وجوب تسليم كل من المتبايعين ما انتقل عنه

---

(1) تقدم في ص 581، و لاحظ: إيضاح الفوائد، ج 1، ص 430

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 390

إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدورا، لاستحالة التكليف بالمتع.

و يَضَعُف (1) بأنّه: إن اريد أنّ لازم العقد وجوب التسليم

---

بالبيع إلى صاحبه».

(1) نسب الفقيه المامقاني «1» قدّس سرّه هذا التضعيف والاعتراض عليه و جوابه إلى العلامة الطباطبائي قدّس سرّه في المصابيح، وأثبتته صاحب الجواهر قدّس سرّه- في ردّ الوجه الثالث- بلفظه، وهو: «أنّه إن اريد إثبات اشتراط القدرة على التسليم بوجوب التسليم منجزاً، فذلك باطل، لأنّه مشروط بالبيع. وإن اريد إثبات اشتراطها بوجوب الإقدام على ما يتمكن معه من فعل الواجب إذا وجب، منعنا الوجوب على الإطلاق، فإنّ التكليف مشروط بالقدرة. والعجز السابق على البيع كالممتدد، فكما لا يجب التسليم في الثاني، فكذا في الأوّل» (2).

و توضيحه: أنّ صحة البيع وضعا- بمعنى تأثيره في نقل كل من العوضين إلى الآخر- وإن كانت مستلزما لوجوب الوفاء به تكليفا بمعنى ترتيب آثاره عليه من تسليم المبيع للمشتري، والتمن للبائع، إلا أنّ استفادة شرطية القدرة الفعلية على التسليم- حال العقد- من الأمر بالوفاء ممنوعة، وذلك لأنّ وجوب التسليم إما أن يراد به وجوبه الفعلي المنجز بحيث يكشف العجز عنه عن الحكم الوضعي في الملزوم أعني بطلان العقد. وإما أن يراد به مطلق وجوبه الشامل للوجوب المطلق وللشروط بالقدرة.

فإن اريد الأوّل اتجه منع الملازمة بين الحكم الوضعي- وهو نفوذ البيع- وبين التكليفي أعني وجوب التسليم، ضرورة عدم اقتضاء الحكم الوضعي للتكليفي إلا في الجملة، فيستفاد صحة البيع من إطلاق حلّه و من التجارة عن تراض،

---

(1) غاية الآمال، ص 462

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 390-391؛ المصابيح مجلد التجارة (مخطوط)

ص: 624

وجوبا مطلقا (1)، منعنا الملازمة (2). وإن اريد (3) مطلق وجوبه، فلا ينافي (4) كونه مشروطا بالتمكّن، كما لو تجدد العجز بعد العقد (5).

ونحوهما، ولا يستفاد إطلاق التكليف بالتسليم من وجوب الوفاء بالعقد بعد دخل القدرة على المتعلق في مطلق الخطابات الشرعية.

وإن اريد الثاني، وهو استلزام صحة البيع وجوب التسليم في الجملة- أي مشروطا بالقدرة عليه- فالملازمة بين الوضع و التكليف محققة، ومعناه ترتب وجوب التسليم على العقد منوطا بالتمكّن منه. ومن المعلوم أنّ الوجوب المشروط بالقدرة قاصر عن إثبات اشتراط صحة العقد بالقدرة على التسليم.

وعليه فحكم القدرة على التسليم حال العقد وبعده واحد. فلو كان متمكنا من تسليم المبيع حين البيع ثم طرأ عليه العجز، لم يجب عليه، ولا يستلزم بطلان العقد، بل يتخير المشتري بين الفسخ والتربص. فكذا لو كان عاجزا عن التسليم حال البيع، وتمكّن منه في المستقبل. فلا تكليف به فعلا.

هذا توضيح المناقشة، وسيأتي تقرير الاعتراض عليها و الدفع.

(1) أي: منجزا من جهة تحقق شرطه المعلق عليه، كما ورد التعبير به في كلام صاحب المصاييح، وليس المراد وجوب التسليم مطلقا بالنسبة إلى القدرة أي سواء تمكّن منه أم لم يتمكن، ضرورة اشتراط كل تكليف بها عقلا، ولا معنى للإطلاق من هذه الجهة.

(2) أي: بين صحة العقد وضعا وبين وجوب التسليم تكليفا، و تقدم وجه المنع.

(3) معطوف على «إن اريد» و ضمير «وجوبه» راجع إلى التسليم.

(4) أي: أنّ وجوب التسليم- بنحو مطلق الوجوب- لا ينافي وجوب التسليم مشروطا بالتمكّن.

(5) فإنّ عدم وجوب التسليم لو تجدد بعد العقد لا يستلزم بطلانه.

وقد يعترض (1) بأصالة عدم تقيّد الوجوب، ثم يدفع (2) بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط.

وفي الاعتراض و المعارضة نظر واضح (3).

(1) يعني: يعترض على التضعيف المزبور بمنع الشق الثاني منه، وهو جعل وجوب التسليم مشروطا بالقدرة عليه.

وجه المنع أنّ تقيّد الوجوب بالتمكن منه مخالف لأصالة عدم تقيّد الوجوب، ويتعيّن الشق الأوّل، وهو كون وجوب التسليم فعليا بنفس العقد، ويترتب عليه انكشاف انتفاء الملزوم من انتفاء اللازم. قال في المصاييح في تقرير الاعتراض: «لا يقال: الأصل في الوجوب عدم التقيّد، وقد ثبت بالقياس إلى العجز المتجدد، بخلاف السابق، لأنّ القدرة على التسليم إذا كانت شرطا كان الوجوب بالقياس إليها مطلقا، لكونها مفروضة الحصول على هذا التقدير».

(2) أي: يدفع الاعتراض. قال العلامة الطباطبائي قدّس سرّه في دفعه: «لأنّ هذا الأصل معارض بمثله في جانب البيع، فإنّ الأصل عدم اشتراطه بالقدرة على التسليم، فيجب تقيّد وجوب التسليم بحصول القدرة السابقة كاللاحقة» (1).

ومحصله: أن دليل الصحة- كآية حلّ البيع- لم يقيّد بالقدرة على التسليم، فلو شكّ في التقيّد جرى أصالة عدم اشتراطه بها، وهذا الأصل العملي معارض لأصالة إطلاق وجوب التسليم، وبعد التساقط يبقى إطلاق دليل حلّ البيع بحاله، ويقال بصحة البيع حتى مع العجز عن التسليم حال العقد، تمسكا بإطلاق دليل الإمضاء.

(3) أمّا وجه النظر في الاعتراض فهو: أنّ أصالة عدم التقيّد إن اريد بها الأصل العملي، ففيه: أنّه لا أصل لها. وإن اريد بها أصالة الإطلاق، ففيه: أنّها من

(1) المصاييح، كتاب التجارة (مخطوط) ونقل صاحب الجواهر نصّ كلامه، فراجع: جواهر الكلام، ج 22، ص 391

فافهم (1).

و منها (2): أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منهما بما يصير إليه،

شئون ظواهر الألفاظ كالعموم والحقيقة وغيرهما، كما إذا قال المولى: «أكرم عالماً» وشك في تقيده بالعدالة. بخلاف ما لو كان الدليل عليه ليّاً. والوجوب فيما نحن فيه - حسب الفرض - ليس مستفاداً من اللفظ حتى يتمسك في الشك في تقيده بأصالة الإطلاق، فإنّ الاستدلال المزبور ينادي بأن الوجوب من لوازم العقد، هذا.

وأما وجه النظر في المعارضة فهو: أنّ أصالة الإطلاق - بناء على جريانها في ناحية وجوب التسليم - حاکمة على أصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، لما ثبت في محله من حكومة أصالة الإطلاق في المقيد على أصالة الإطلاق في المطلق.

(1) لعله إشارة إلى: أنّه بناء على كون القدرة على التسليم من مقومات المالية لا من شرائط المتعاقدين - كما يؤمى إليه تعرضهم لها في شرائط العوضين، لا في شرائط المتعاقدين - ينهدم أساس الملازمة بين الحكم الوضعي وبين وجوب التسليم المستكشف منه اعتبار القدرة على التسليم، وذلك لأنّ مضمون العقد لا يتحقق حينئذ في الخارج، لتقوم المعاوضة بمالية العوضين، وبدونها لا يمكن تأثير إنشاء المعاملة حتى يدعى التلازم بين مضمون العقد وبين وجوب التسليم، فتدبر.

(2) أي: و من الوجوه الاخر المستدل بها على اعتبار التمكن من التسليم هو:

أن الغرض ... الخ.

وهذا الوجه الثالث مرگب من دعويين:

إحدهما: كون الغرض من البيع منحصرًا في انتفاع كل من المتعاقدين بما ينتقل إليه.

ثانيتها: توقف الانتفاع - المترقب - على التسليم. فالتسليم مقدمة للغرض الداعي إلى المعاملة.

والأولى في جوابه أن يقال: إنّ الأغراض الداعية إلى الإنشاءات لا تؤثر

ص: 627



و لا يتم (1) إلا بالتسليم.

و يضعفه (2): منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع (3) عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم، لا الانتفاع المطلق (4).

و منها (5): أن بذل الثمن على غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً،

---

في صحة المعاملات، بمعنى أن تخلفها لا يبطلها.

(1) أي: و لا يتم الانتفاع، فيجب التسليم مقدمة له، فلا بد من القدرة عليه، لئلا يلزم نقض الغرض.

(2) أي: و يضعف هذا الوجه: منع ... الخ، و قد ضعفه بأمرين، هذا أولهما، و توضيحه: أن الغرض من البيع و إن كان هو الانتفاع، إلا أن توقف مطلق الانتفاع على التسليم ممنوع، بشهادة جواز انتفاع المشتري بعقود العبد الآبق، مع عدم توقف هذا الانتفاع الخاص على التسليم، فالدليل أخص من المدعى.

و لو قيل: إن مطلق الانتفاع و إن لم يكن منوطاً بالتسليم، إلا أن الغرض من البيع هو الانتفاع الخاص أعني المتوقف على التسليم، لا مطلق الانتفاع.

يقال عليه: إن الانتفاع المطلق صالح لكونه غرضاً من البيع.

(3) معطوف على «منع» و هذا ثاني الأمرين، و محصله: أن الغرض من البيع و إن كان هو الانتفاع، لكنه لا يلزم نقض الغرض بالعجز عن التسليم، فإن الشرط هو الانتفاع الخاص الحاصل بعد التسليم، لا مطلق الانتفاع و لو قبل التسليم حتى يكون تعذره قادحاً.

(4) العبارة لا تخلو من تعقيد، و لا موجب له، و الأولى كما في المصاييح و الجواهر: «منع كون الغرض من البيع الانتفاع مطلقاً، بل بعد تسليمه» (1).

(5) أي: و من الوجوه الأخر المستدل بها على اعتبار القدرة على التسليم في

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 391؛ المصاييح، مجلد التجارة (مخطوط)

وأكله (1) أكلا بالباطل.

وفيه (2): أنّ بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها (3)، بل تركه (4) اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم (5).

---

البيع هو هذا الوجه الرابع، المؤلف من صغرى وكبرى.

فالصغرى هي: أنّ بذل الثمن بإزاء المبيع غير المقدر على تسليمه للمشتري يكون سفهياً وتضييعاً للمال.

والكبرى: أنّ البيع السفهية ممنوع شرعاً، لكونه من موارد أكل مال الغير بالسبب الباطل، لا بالتجارة عن تراض، هذا.

(1) يعني: وتملك الثمن و التصرف فيه- مع العجز عن تسليم المثلث- أكل له بالباطل المنهي عنه.

(2) هذا ردّ الوجه الأخير، قال في المصابيح والجواهر: «و على الثالث: المنع من لزوم السفه و التضييع على الإطلاق، فإنّ بذل القليل من المال في مقابلة الخطير المتوقع الحصول ممّا يقدم عليه العقلاء، ولا يعدّ مثله سفها و لا تضييعاً...» (1).

و تقدم نظيره من المصنف قدس سرّه في الإيراد على كلام الشهيد في شرح الإرشاد، فراجع (ص 604).

(3) وعلى تقدير كونه سفها يكون أخص من المدعى، إذ لا ريب في عدم السفاهة في بعض الموارد، فلا يكون الدليل عامّاً لجميع أفراد الدعوى.

(4) أي: ترك البذل- بزعم عدم اليقين بحصول عوض المال- سفه، والغرض أن الاستدلال بالسفاهة ينتج عكس المطلوب في بعض الموارد.

(5) لعلّه إشارة إلى عدم صحة التمسك بالسفاهة لإثبات وجوب التسليم، إذ النسبة بين السفاهة وبين التسليم عموم من وجه، لعدم السفاهة مع إمكان الانتفاع بدون تسلّم المبيع كالعقق.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 391؛ المصابيح، مجلد التجارة (مخطوط)

ص: 629

ثم إنَّ (1) ظاهر معاهد الإجماعات- كما عرفت (2)- كون القدرة شرطاً، كما هو (3) كذلك في التكاليف، وقد اكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدّمة (4)، حيث (5) حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفي المشروط (6) عند انتفاء الشرط. ومع ذلك (7) كلّه فقد استظهر بعض من تلك العبارة: أنّ العجز مانع،

---

هذا تمام الكلام في الوجوه المستدل بها على دخل القدرة على التسليم في البيع، وسيأتي التنبيه على أمور ترتبط بالمسألة.

(1) هذا هو التنبيه الأوّل، الباحث عن أنّ مقتضى أدلة دخل القدرة هل هو جعلها شرطاً في صحة البيع كشرطيتها في التكاليف؟ أم جعل العجز مانعاً، وما يترتب على الاحتمالين من ثمرة، وكلام المصنف قدس سرّه هنا توطئة لردّ من جعل العجز عن التسليم مانعاً، ولم يجعل القدرة شرطاً كما سيأتي.

(2) تقدم نقل بعض دعاوى الإجماع في (ص 580) مما صريحه أو ظاهره شرطية القدرة، فراجع.

(3) أي: كون القدرة شرطاً في التكاليف، فإنّه مما لا ريب فيه، وإن اختلفوا في كونه باقتضاء الخطاب أو بحكم العقل.

(4) هي قوله: «إنّما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه» فراجع (ص 580).

(5) هذا تقريب التأكيد، لأنّ صاحب الغنية حكم بالانتفاء عند الانتفاء، وهذا ما يعبر به عن الشرط. وأمّا المانع فيعبر عنه بالانتفاء عند الوجود، لأنّ المانع يمنع عن وجود المقتضي.

(6) وهو جواز البيع، فينتفي بانتفاء شرطه، أعني به القدرة على التسليم.

(7) أي: ومع ظهور معاهد الإجماعات في الشرطية، وتأكيداتها في عبارة الغنية، فقد استظهر بعض- وهو صاحب الجواهر قدس سرّه- من عبارة الغنية وغيرها مانعية العجز دون شرطية القدرة، حيث قال ما لفظه: «نعم قد يظهر من هذه العبارة- أي

لا أنّ القدرة شرط، قال (1): «ويظهر الثمرة في موضع الشك» ثم ذكر (2) إختلاف

عبارة الغنية- بل وغيرها عند التأمل: أنّ المراد من هذا الشرط عدم جواز بيع ما يعجز عن تسليمه كالأمثلة السابقة. وقد يطلق اشتراط القدرة على إرادة كون العجز مانعا، نحو ما ذكره في كون القدرة شرطا في التكليف «(1)».

(1) قال في الجواهر: «وتظهر الثمرة في المشكوك فيه» فإنه بناء على شرطية القدرة يمتنع بيعه، بخلافه بناء على مانعية العجز.

(2) يعني: ذكر المستظهر لمانعية العجز: إختلاف الأصحاب، حيث قال: «و مما يرشد إلى ذلك: أنّهم قد ذكروا الإجماع كما عرفت على اشتراط القدرة، مع أنّهم قد حكوا الخلاف في امور، منها: بيع الضال، فإنه قد قيل فيه وجوه...» إلى أن قال:

و منها: بيع الضالة، وفيها احتمالات، أولها الصحة... «(2)».

ولا يخفى أنّ المستفاد من عبارة الجواهر امور:

الأول: أنّ المراد بالقدرة في المقام هو عدم العجز، يعني: أنّ العجز مانع.

الثاني: قياس الوضع بالتكليف، حيث إنّ المراد بالقدرة المعتبرة في التكليف هو عدم العجز، لا شرطية القدرة، وإلا فلا مجال لقاعدة الاشتغال مع الشك في القدرة، بل لا بدّ من جريان البراءة فيه كما لا يخفى.

الثالث: أنّ الثمرة بين شرطية القدرة ومانعية العجز تظهر في موارد الشك، فإنه بناء على اعتبار القدرة لا يصح البيع إلا بعد إحرازها. وبناء على مانعية العجز يصح حتى يحرز العجز. فلو باع بزعم عدم القدرة على التسليم، فبان التمكن منه صحّ بناء على مانعية العجز، كما صرح به في موضع آخر «(3)».

الرابع: أنّ الوجه في حمل معاهد الإجماعات وغيرها على مانعية العجز هو

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 385

(2) المصدر، ص 385 و 386

(3) المصدر، ص 392

الأصحاب في مسألة الضالّ (1) و الضالّة، و جعله (2) دليلا على أنّ القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز.

وفيه (3)- مع (4)

اختلافهم في فروع، و لا يستقيم هذا الخلاف منهم- مع الإجماع المزبور- إلاّ بحمل معقد الإجماع على كون المراد بهذا الشرط مانعية العجز الثابت، فيكون مورد اتفاق الغنية وغيرها هو العجز المتحقق. و مورد الخلاف هو العجز المشكوك فيه.

وبعبارة اخرى: لو كانت القدرة على التسليم شرطا إجماعا، لم يتّجه اختلافهم في بيع الضال و الضالّة، لأنّ مقتضى لزوم إحراز وجود الشرط بطلان بيعهما، و لا- مجال للاختلاف فيه. و هذا بخلاف كون العجز مانعا، فإن احرز العجز لم يصح البيع، و إن شكّ فيه جاز، لأصالة عدم المانع، هذا.

(1) المراد به المملوك و هو العبد، إذا ضاع. و المراد بالضالّة ما عداه، كالبعير و الفرس و نحوهما.

(2) يعني: جعل صاحب الجواهر إختلاف الأصحاب- في مسألة بيع الضال و الضالّة- دليلا ... الخ.

(3) أورد المصنف قدّس سرّه على ما في الجواهر- من مانعية العجز- بوجوه أربعة:

الأول: أنّ استظهار مانعية العجز من كلمات الأصحاب ممنوع، لمنافاته لظهور بعضها و صريح الآخر، قال العلامة قدّس سرّه: «الشرط الرابع- من شرائط العوضين- القدرة على التسليم، و هو إجماع في صحة البيع، ليخرج البيع عن أن يكون بيع غرر» «1». و من المعلوم أنّ حمل شرطية القدرة على مانعية العجز نصرّف في الدلالة بلا موجب.

(4) كذا في نسختنا و بعض النسخ، و في بعضها «و فيه ما عرفت» و الظاهر سقوط كلمة «مع أو مضافا» ليكون قوله: «ان العجز» مبتداء مؤخرا كما لا يخفى.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 48

ص: 632

ما عرفت (1) من أنّ صريح معاهد الإجماع خصوصا (2) عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي (3) شرطية القدرة-: أنّ (4) العجز أمر عديمي، لأنّه (5) عدم القدرة عمّن من شأنه- صنفا (6)

(1) يعني: في أوّل المسألة، فراجع (ص 580).

(2) وجه الخصوصية صراحة عبارة الغنية في الشرطية، من جهة تفريع بطلان بيع غير مقدور التسليم على انتفاء الشرط. ولو كان العجز مانعا عن الصحة كان المناسب أن يقال: «فينتفي البيع عند وجود المانع» لوضوح استناد بطلان البيع إلى وجود المانع حينئذ، لا إلى عدمه.

(3) خبر قوله: «ان صريح».

(4) هذا ثاني الوجوه، و محصله: أنّ تعريف «المانع» لا ينطبق على العجز.

و توضيحه: أنّ المانع هو الأمر الوجودي المزاحم لتأثير المقتضي في مقتضاه، كالرطوبة المانعة عن تأثير النار في المحترق. و العجز أمر عديمي لا يصحّ اعتبار مانعيته عن البيع.

ثم إنّ تقابل العجز و القدرة يكون من تقابل العدم و الملكة كالعَمى و البصر، فالعجز هو عدم التمكن من فعل فيمن تتمشّى منه القدرة عليه، سواء أ كانت شأنية القدرة عليه باعتبار جنس العقد، كما إذا كان مقتضى العقد التسليم و الإقباض، و إن لم يشتمل على المعاوضة كالهبة. أم كانت باعتبار نوع العقد بأن كان معاوضيًا مقتضيا للتسليم كالبيع و الإجارة و الصلح المفيد فائدهما. أم كانت باعتبار صنف العقد بأن كان بيعا حالا، إذ من شأنه التمكن من التسليم. فيطلق العاجز في هذه الموارد الثلاثة لو لم يقدر العاقد على الوفاء و الإقباض.

(5) أي: لأن العجز هو العدم في المحلّ القابل للتمكن.

(6) كما في البائع الذي يباشر بيع ماله، فإنّ صنف البائعين المباشرين لبيع أموالهم ممّن يقدر على تسليم المبيع، فالقدرة تكون من حيث الصنف.

أو نوعاً (1) أو جنساً (2) - أن يقدر، فكيف يكون (3) مانعاً، مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟

ثم لو سلّم (4) صحة إطلاق «المانع»

(1) كمن يبادل ماله بمال، سواء أكان يبيع أم صلح أم غيرهما، فالقدرة ثابتة لهذا الشخص بحسب النوع.

(2) كقدرة هذا العاقد على التسليم من حيث كونه عاقداً وإن لم يكن مالكا، بل كان وكيلًا.

(3) أي: فكيف يطلق «المانع» على العجز مع أن «المانع» المصطلح وجودي لا عدمي؟

(4) هذا ثالث الوجوه، وحاصله: أنه لو سلّم إطلاق «المانع» على العجز - لعدم كونه من العدم المطلق، بل من المضاف الذي له حظ من الوجود - قلنا: إن الثمرة التي ذكرها الجواهر بين شرطية القدرة ومانعية العجز لا تترتب على النزاع المزبور، وذلك لأنّ الشك في القدرة و العجز إمّا مسبق بالعلم بأحدهما، وإمّا غير مسبق به.

فعلى الأوّل يستصحب ما كان سابقاً. فإن كانت الحالة السابقة هي القدرة، فيستصحب القدرة أو عدم العجز. وإن كانت هي العجز فيستصحب العجز أو عدم القدرة.

ولا فرق بين الاستصحابين نتيجة، إذ بناء على شرطية القدرة أو مانعية العجز إن كانت الحالة السابقة المعلومة هي القدرة، فيستصحب القدرة أو عدم العجز. وإن كانت هي العجز فيستصحب العجز أو عدم القدرة. وعلى كل حال لا تبقى ثمرة للقول بشرطية القدرة ومانعية العجز.

ولا فرق في انتفاء الثمرة - بين شرطية القدرة ومانعية العجز - بين أنحاء الشبهة من كونها موضوعية أو مفهومية أو حكمية.

وبيانه: أن الشك تارة في انطباق المفهوم المبيّن على ما في الخارج، كما إذا

عليه (1) لا ثمرة فيه (2)، لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي، ولا في غيرهما (3)، فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة والعجز (4) مع سبق القدرة فالأصل بقاءها، أو (5) لا معه فالأصل عدمها- أعني العجز- سواء جعل القدرة شرطا أو العجز مانعا [1].

---

علم بحدود مفهوم القدرة، وأنه «ما لا يصل إلى حد الاستحالة العادية» ولكن شك في خصوص المورد أنه هل يكون محالا عاديا بالنسبة إليه أم لا.

واخرى في حدود المفهوم وسعته وضيقة، وأن القدرة تختص بغير الخارج عن الأسباب العادية أو تعم الخارج عن المتعسر وإن لم يصل إلى حد المحال العادي.

وثالثة يشك فيما خرج عن حيز عمومات الصحة، من أنه العجز المستمر أو خصوص العجز حين العقد.

(1) أي: على العجز وعدم القدرة.

(2) أي: في النزاع بين شرطية القدرة ومانعية العجز.

(3) كالشك المفهومي، الملحق بالحكمي.

(4) هذا إشارة إلى الشبهة الموضوعية، يعني- بعد الإحاطة بمفهوم القدرة والعجز، وأنه تعذر التسليم مثلا لا تعسره- لو شك في تحققها، فتارة تكون الحالة السابقة محرزة، وهي إما القدرة فتستصحب، ويصح البيع، وإما العجز فيستصحب ويحكم بالفساد. واخرى لا تكون محرزة، ولم يتعرض المصنف قدس سره لحكمها، وقد ذكرناه في التعليقة.

(5) معطوف على «سبق» أي: لا مع سبق القدرة، بل مع سبق عدم القدرة، فيستصحب العجز.

---

[1] أقول: تترتب الثمرة على القولين فيما إذا لم تعلم الحالة السابقة. فعلى القول بالشرطية لا يصح البيع، لعدم إحراز الشرط بوجه. وعلى القول بالمانعية يصح



وإذا شككنا (1) في أنّ الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة، أو شككنا (2) في أنّ المراد بالعجز

---

(1) معطوف على «إذا شككنا» وإشارة إلى الشبهة الحكمية، بأن علمنا بتخصيص عمومات الصحة بمثل النهي عن بيع الغرر، وأنّ القدرة على التسليم شرط في الجملة أو أنّ العجز مانع كذلك، ولكن لم نعلم بأنّ المانع هو العجز المستمر في مدة طويلة، أم هو العجز في الجملة أي في مدة قصيرة بعد العقد.

والمراجع في غير القدر المتيقن من المخصّص عن عمومات الإمضاء، فيحكم بالصحة لو كان العجز في فترة قصيرة و أمكن التسليم بعدها.

(2) معطوف أيضا على قوله: «إذا شككنا» وإشارة إلى حكم الشبهة المفهومية، بأن علم دخل القدرة أو عدم العجز، ولكن شك في أنّ القدرة المعتبرة هي ما تقابل تعذر التسليم عرفا، أم تعم ما يقابل التعسّر كذلك، بحيث لو كان في التسليم مشقة صدق عليه العجز أو عدم القدرة.

و الشبهة المفهومية كالحكمية من مرجعية عمومات الصحة في غير القدر المتيقن.

---

البيع، لأنّ المقتضي لصحة البيع موجود و المانع غير محرز، و عدم إحرازه كاف في ترتب الأثر على المقتضي، لا أنّه يحرز عدم المانع بالأصل حتى يستشكل فيه بتساوي الأصل بالنسبة إلى القدرة و العجز.

وإن كان فيه ما لا يخفى، لعدم ترتب الأثر بالفرض على القدرة حتى يجري الأصل في عدمها.

لكن ما ذكرناه من كفاية عدم إحراز المانع مبني على حجية قاعدة المقتضي و المانع كما لا يخفى. ولّمّا لم تكن القاعدة معتبرة عند المصنف فلا بدّ من التمسك للفساد فيما لم تعلم الحالة السابقة بأصالة الفساد، للشك في كون الخارج هل هو هذا أم غيره؟ فلا يمكن التمسك بعمومات الصحة.

ما يعمّ التعسّر - كما حكى (1) - أم خصوص التعدّر، فاللازم (2) التمسك بعمومات الصحة، من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا.

و الحاصل (3): أنّ التردّد بين شرطية الشيء و مانعيّة مقابله

(1) الحاكي صاحب المصاييح و الجواهر، و المحكي عنه شيخ الطائفة قدّس سرّه، ففي الخلاف: «إذا كانت له أجمة، يحبس فيها السمك، فحبس فيها سمكا و باعه، لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون قليلا ... و الأمر الآخر: أن يكون الماء كثيرا صافيا، و السمك مشاهدا، إلاّ أنّه لا يمكن أخذه إلاّ بمثونة و تعب حتى يسطاده، فعندنا أنّه لا يصح بيعه، إلاّ أن يبيعه مع ما فيه من القصب ... الخ» (1).

و حكى العلامة عدم جواز بيع ما في تسليمه مشقة عن الشافعي في أحد قوليه، فراجع (2).

و عبّر صاحب الجواهر عمّا يقابل التعذر بالمشقة و التعسّر (3).

و عليه فالظاهر أن مقصودهم من «التعب و المشقة و العسر و ما فيه مثونة» أمر واحد، و هو ما قابل التعذر.

(2) جواب الشرط في قوله: «و إذا شككنا في أن الخارج» و هذا بيان حكم الشبهتين الحكمية و المفهومية، سواء أ كانت القدرة شرطا أم العجز مانعا.

(3) هذا حاصل ما تقدم في الوجهين الثاني و الثالث، من أنّه لا يصح تردد ما هو دخيل في البيع بين شرطية أمر وجودي و هو التمكن من التسليم، و بين مانعية أمر عدمي و هو العجز، مع أنّ المقابلة تكون بين الوجوديين المعبّر عنهما بالضدين.

و لو سلّم كون العجز مانعا لم يجد هنا، لاختصاص ثمرة البحث بما إذا كان

(1) الخلاف، ج 3، ص 155، كتاب البيوع، المسألة: 245؛ جواهر الكلام، ج 22، ص 403

(2) تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 50

(3) جواهر الكلام، ج 22، ص 404

إنّما يصحّ (1) ويثمر (2) في الضدين مثل الفسق (3) والعدالة، لا (4) فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل.

وأما إختلاف (5) الأصحاب في مسألة الضّالّ والضّالة فليس لشكّ المالك

---

محتمل الشرطية والمانعية وجوديًا كالضدين، كما إذا شك في كون العدالة شرطًا في إمامة الجماعة، أو كون الفسق مانعًا عنها. فعلى الاشتراط لا بدّ من إحرازها بحجة، وإلا جرى أصالة عدم كونه عادلاً، فلا يجوز الصلاة خلف مجهول الحال. وعلى المنع تصح الصلاة خلفه، لاستصحاب عدم كونه فاسقًا.

وهذا بخلاف المقام، إذ لو كانت الحالة السابقة هي القدرة على التسليم صحّ البيع استصحابًا لها، ولو كانت هي العجز لم يصحّ، سواء قلنا بشرطية القدرة أم بمانعية العجز.

(1) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، وهو عدم كون العجز مانعًا.

(2) هذا إشارة إلى الوجه الثالث، وهو انتفاء الثمرة.

(3) بناء على كون الفسق أمرًا وجوديًا لا عدميًا، بأن يكون عدم العدالة ومقابلًا لها تقابل العدم والملكية.

(4) معطوف على «في الضدين» يعني: لا يثمر في المقام، كما لا يثمر في الشك في شرطية العلم لوجوب إكرام زيد مثلاً، أو مانعية الجهل عنه، لكون الجهل عدميًا لا وجوديًا، مع أنّ «المانع» عنوان للأمر الموجود.

(5) هذا هو الوجه الرابع، والغرض منه نفي ما استشهد به صاحب الجواهر لإثبات مانعية العجز، لأنّه قدّس سرّه جعل هذا الإختلاف في مقابل اتفاقهم على عدم جواز بيع السمك في الماء والطير في الهواء دليلًا على مانعية العجز المعلوم، إذ لو كانت القدرة الفعلية معتبرة في صحة البيع لم يكن وجه للاختلاف في صحة البيع وبطلانه في الموارد التي أشار إليها الجواهر في كلامه، بل كان اللازم الحكم بالبطلان في الجميع،

في القدرة والعجز، ومبنيًا على كون القدرة شرطًا أو العجز مانعًا- كما (1) يظهر من أدلتهم على الصحة الفساد- بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها (2).

لاشراكها في عدم الشرط، وهو القدرة الفعلية على التسليم، إمّا وجدانا وإما تعبدًا لأصالة عدم تحقق الشرط.

فالاختلاف شاهد على مانعية العجز المعلوم في السمك و الطير في الماء والهواء دون العبد الضال و الدابة الضالة، إذ يتجه الاختلاف في بيعهما لو شك المالك في القدرة على تسليم المبيع، فإنّ القائل بالجواز يتمسك بأصالة عدم تحقق المانع عن صحة العقد، و القائل بالبطلان يعتمد على النبوي الناهي عن الغرر.

و محصّل إيراد المصنف قدّس سرّه عليه هو: أنّ اختلافهم في بيع الضال لا يشهد بكون العجز مانعًا، فالقائل بالبطلان تمسّك بالنهاي عن الغرر، و القائل بالصحة منع الغرر، مدّعيًا: أنّ المبيع قبل قبضه يكون في ضمان البائع لا المشتري، فلو تعدّرت تسليمه بطل البيع من زمان ظهور العجز، لا من حين العقد. و من المعلوم أن مقتضى مانعية العجز الواقعي بطلان البيع من أوّل الأمر.

(1) هذا قيد للنفي لا المنفي، و حاصله: أنّه يظهر من الأدلة التي أقاموها على صحة البيع وفساده عدم ابتناء الخلاف على ما زعمه صاحب الجواهر، بل على ما سيأتي في تلك المسألة إن شاء الله تعالى.

أمّا أدلتهم على الفساد فهي حديث الغرر و الإجماع على القدرة على التسليم.

و أما أدلتهم على الصحة فهي المناقشة في الإجماع بتردد مدّعيه- كالعلامة في التذكرة- في صحة بيع الضال منفردًا، فإنّ هذا التردد يوهن الإجماع.

وفي الحديث بأنّ الغرر لا يلزم مع فرض كون تلف المبيع قبل القبض من البائع كما سيأتي الكلام في ذلك.

(2) أي: لحكم المسألة، و سيأتي- في بيع العبد الآبق- بقوله: «و أمّا الضال و المجحود و المغصوب و نحوها... فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقا لجماعة، للغرر المنفي، المعتضد بالإجماع».

ثمّ (1) إنّ العبرة في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم (2)، فلا- ينفع (3) وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم، كما

(1) هذا هو التنبه الثاني، والمقصود من التعرض له تحقيق مورد اعتبار القدرة على التسليم في البيع، وأنه شرط في مطلق البيوع أم في بعضها.

و محصل ما أفاده: أنّ قدرة البائع - حال العقد - على تسليم المبيع منوط بامور:

الأول: أن لا تكون العين عند المشتري، فلو كانت عنده قبل البيع، لعارية أو إجارة أو غصب أو غير ذلك، لم يعتبر تمكن البائع من التسليم، ولم يكن عجزه عنه مانعا أصلا.

الثاني: أن يعتبر التسليم في البيع كما هو الغالب، فلو لم يشترط فيه صحّ وإن كان عاجزا عن الإقباض، كما لو اشترى من ينعق عليه كالمودين، ولم يكن المبيع حاضرا عند البائع، لتحرّره بالعقد المملّك، ولا دخل لتسلّم المشتري له فيه أصلا.

الثالث: أن يستحق المشتري تسلّم المبيع بنفس العقد، كما في بيع العين الشخصية التي يقتضي إطلاق العقد تسليمها للمشتري، وكذا العين الكلية الحالة كصاع من صبرة. فلا يشترط البيع بالقدرة على التسليم حال العقد لو لم يستحقه المشتري إمّا لاشتراط تأخيره مدة، وإمّا لتزلزل العقد من جهة كون البائع فضوليا، فلا يستحق التسليم قبل إجازة المالك بناء على النقل. وإمّا لكون المبيع عينا مرهونة إذا باعها الراهن بدون إذن، فلا يستحق المشتري قبضها قبل الفك أو إجازة المرتهن.

هذا إذا كان التسليم معتبرا من جهة كونه وفاء بالعقد. وأما إذا اعتبر من جهة دخله في السبب المملّك، فسيأتي.

(2) إذ لا وجوب قبل الاستحقاق، ولا يلزم كون البيع غرريا مع فرض حصول القدرة على التسليم في زمان متأخر عن العقد.

(3) لصدق «الغرر» المنهي عنه مع فرض العجز عن التسليم في زمان استحقاقه المتأخر عن البيع، ولا ينفع قدرته عليه حال العقد.

لا يقدح عدمها (1) قبل الاستحقاق ولو حين العقد.

و يتفرّع على ذلك (2): عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري (3)، وفيما (4) لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه، فإنّه ينعق بمجرد الشراء، ولا سبيل لأحد عليه. وفيما (5) إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد، إمّا لاشتراط تأخيره (6) مدّة، و إمّا لتزلزل العقد، كما إذا اشترى فضولاً، فإنّه (7) لا يستحقّ التسليم إلا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها (8).

(1) فلو كانت القدرة معدومة حال العقد، و موجودة في زمان استحقاق التسليم، صحّ البيع.

هذا ما أفاده المصنف قدّس سرّه من الضابطة في شرطية القدرة، وقد أدرجناها في الامور الثلاثة، و سيأتي ما يتفرّع على كلّ منها.

(2) أي: على كون العبرة- في الشرط المذكور- بالقدرة في زمان الاستحقاق.

(3) تقدم تفرّيعه على الأمر الأوّل.

(4) معطوف على «إذا كانت» و هذا هو الأمر الثاني، و يتفرّع عليه صحة بيع من ينعق على المشتري لو عجز البائع عن تسليمه إليه.

(5) معطوف أيضاً على «إذا كانت» و هذا ثالث الامور الدخيلة في شرطية القدرة على التسليم.

(6) أي: تأخير تسليم المبيع، كما إذا باع داره و اشترط تأخير تسليمها إلى المشتري ثلاثة أشهر، فيكفي في صحة البيع تمكن البائع من التسليم عند الأجل، و لا يجدي قدرته حال العقد.

(7) أي: فإنّ المشتري لا يستحقّ التسليم بنفس الإيجاب و القبول، لعدم تأثيره فعلاً في النقل و الانتقال.

(8) أي: قبل إجازة المالك، الموجبة لانتساب العقد إليه، و لذا يعتبر تمكنه من

لكن يشكل على الكشف (1)، من حيث (2) إنه لازم من طرف الأصيل، فيتحقق الغرر بالنسبة إليه (3) إذا انتقل إليه ما لا يقدر (4) على تحصيله. نعم هو (5) حسن في الفضولي من الطرفين.

التسليم حال الإجازة.

(1) غرضه الإشكال على عدّ بيع الفضولي من أمثلة ما لا يعتبر القدرة على التسليم فيه حال العقد، وكفايته حال الإجازة. و منشأ الإشكال ما ذكره في ثمرات الكشف و النقل من أنّ تمام الموضوع لوجوب الوفاء- و المؤثر في الملكية- هو العقد، و يكون الأصيل مأمورا بالوفاء في المدة المتخللة بين العقد و الإجازة، و ممنوعا من التصرف في ما انتقل عنه و ما انتقل إليه.

و بناء عليه يكون البيع غرريا بالنسبة إليه، لعدم وجوب التسليم على المالك قبل الإجازة، و عدم قدرة المشتري من الفضولي على تحصيله، فيلزم الغرر.

نعم لا يلزم الغرر في موردين:

أحدهما: ما لو كان كلا المتبايعين فضوليا، لوضوح أن التمكن من التسليم ملحوظ في من يخاطب بوجوب الوفاء، و هو الأصيل و المجيز، لا الفضولي.

ثانيهما: ما لو بنينا في الإجازة على النقل، لعدم تمامية السبب المملّك قبل لحوق الإجازة، فلأصيل الرجوع عن التزامه و حلّ العقد.

(2) هذا تقريب الإشكال بناء على كون الإجازة كاشفة حقيقة عن تأثير العقد من حينه.

(3) أي: بالنسبة إلى الأصيل المشتري من الفضولي.

(4) لكون المال عند مالكة الذي لم يجز بعد عقد الفضول.

(5) أي: عدم اعتبار القدرة على التسليم حسن في الفضولي من الطرفين، لتزلزل العقد بالنسبة إليهما معا.

ص: 642

و مثله (1) بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه.

بل (2) وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لأنّ (3) تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحقّقه (4)، فلا يلزم غرر.

ولو تعذّر التسليم بعد العقد (5) رجع إلى تعذّر الشرط،

---

(1) أي: ومثل العقد الفضولي بيع الراهن قبل إجازة المرتهن، والمراد مماثلته له في كلا الأمرين، وهما: عدم اعتبار القدرة على التسليم حال العقد، وإشكال لزوم الغرر بناء على كون إجازة المرتهن كاشفة.

نعم بناء على النقل أو كون المشتري من الراهن فضوليا لا يلزم الغرر.

هذا كله في عدم اعتبار التمكّن من التسليم فيما يكون وجوبه تكليفيا، للوفاء بالعقد. وسيأتي حكمه فيما لو كان التسليم معتبرا في تأثير العقد.

(2) الأولى أن يقال: «بل وكذا لا يعتبر القدرة على تسليم ثمن السلم حين العقد» يعني: بل يمكن الالتزام بعدم اعتبار القدرة على التسليم فيما يكون لها دخل في تأثير العقد، بحيث لا يترتب مضمونه إلا بالتسليم والإقباض، وذلك لعدم الغرر مع عدمها، إذ الغرر يلزم فيما إذا تحقق مضمون العقد، وترتّب النقل والانتقال على العقد، وأمّا إذا توقف تأثير العقد على القبض في المجلس - لا في حال العقد - فلا غرر.

(3) تعليل لعدم اعتبار التمكّن من القبض حال العقد.

(4) أي: تحقّق التسليم.

(5) حاصله: أنّه إذا تعذّر التسليم - المعتبر في تأثير العقد وصحته - بعد العقد كالقبض في بيعي الصرف والسلم، رجع إلى تعذّر شرط الصحة، فيبطل العقد، إذ المؤثّر هو العقد المتعقب بالقبض، فتعذّره يوجب بطلان العقد، إلّا إذا صار ممكّن الحصول بعد العقد بعد أن كان متعذرا حينه، فإنّه متى حصل الجزء الأخير للموضوع ترتب عليه الحكم الشرعي.



و من المعلوم (1) أنّ تعذّر الشرط المتأخّر حال العقد غير قاذح، بل (2) لا يقدح العلم بتعذّره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتّفق حصوله (3)، فإنّ الشروط المتأخّرة (4) لا يجب إحرازها حال العقد، و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل (5): أنّ تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه،

---

(1) يعني: أنّ تعذر الشرط المتأخّر عن العقد-المعتبر في صحته- غير قاذح، سواء أ كان تعذره حين العقد بعد أن كان مقدورا قبله، أم كان بعد القعد بعد أن كان مقدورا حال العقد. فإن حصل الشرط بعد العقد و لو بعد زمان كفى في صحته، لما عرفت من أنّ القبض جزء المؤثّر، فما لم يتحقق لا يؤثر العقد، و لذا لا يقدح ذلك مع العلم بعدم القدرة حال العقد، هذا.

ثم إنّ العبارة لا تخلو عن حزاة، لأنّ المصنّف قدّس سرّه في مقام بيان وجه عدم القاذحية فيما إذا تعذر التسليم بعد القعد، و قوله: «و من المعلوم أنّ تعذر الشرط المتأخّر ... الخ» بيان لوجه عدم قذح الشرط المتعذر حال العقد لا بعده، حيث إنّ قوله: «حال العقد» ظرف لتعذر الشرط، كما لا يخفى.

(2) هذا ترقّي من عدم قذح تعذر الشرط المتأخّر بعد العقد مع الجهل بتعذره، و حاصله: أنّه لو علم في بيع السلم بتعذر تسليم الثمن بعد العقد، و اتفق حصوله بعد البيع، لم يكن العلم المزبور مانعا عن تأثير العقد، إذ لا دخل لقبض الثمن في نفس الإيجاب و القبول حتى يقدح تعذره المعلوم حال الإنشاء و بعده، و المفروض كفاية حصول الشرط المتأخّر- اتفاقا- في الصحة قبل انقضاء المجلس.

(3) أي: حصول الشرط المتأخّر.

(4) كالإجازة في عقد الفضولي، إذ لا يجب العلم بتحققها بعد العقد، بل يكفي حصولها الاتفاقي.

(5) هذا حاصل ما أفاده من قوله: «ثم إنّ العبرة في الشرط المذكور ... الخ» من بيان حكم التمكّن من التسليم في القسمين- و هما كونه من أحكام العقد، و كونه

لا من شروط تأثيره. و السّرّ فيه (1): أنّ التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلّقه (2) بغير المقدور.

وبعبارة اخرى (3): الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل،

شرطاً للتأثير - و محصله: أنّ التسليم في غير بيع السلم و الصرف و الهبة يكون من أحكام العقد و آثاره، إذ المؤثر في المنشأ هو نفس العقد، و بعد التأثير يجب ترتيب الأثر عليه، و منه تسليم كل منهما ما انتقل عنه إلى صاحبه و عدم حبسه، لكونه ظلماً محرماً. فتعذر التسليم حينئذ يكون مانعاً عن لزوم العقد.

و أما إذا كان القبض جزء الناقل - بحيث لا يؤثر العقد إلا في ظرف وجوده - لم يكن تعذره مانعاً، بل موجبا لنقصان في المقتضي.

(1) أي: و السّرّ في عدم كون تعذر التسليم مانعاً عن صحة مثل بيع السلم هو:

أنّ القبض جزء السبب الناقل، فلا يلزم محذور الغرر لو تبين العجز عن التسليم، لانكشاف عدم وقوع العقد الناقل حينئذ.

(2) أي: تعلّق العقد.

(3) هذه العبارة تقرب آخر لاختصاص شرطية القدرة على التسليم بما يكون العقد تاماً في التأثير، و حاصله: أنّه لا موضوع للشرطية في ما يكون القبض جزء الناقل، بشهادة عدم قدح عجز البائع عن التسليم حين العقد لو علم بتجدد القدرة بعده.

ولمّا كان القبض في مثل بيع السلم دخيلاً في السبب الناقل، لم يعتبر التمكن منه حال الإنشاء، و حينئذ فإن لم يتحقق القبض في المجلس فلا عقد حتى يبيح عن غررته بعدم التسليم، و إن تحقق فيه لم يبق موضوع للشرطية، لحصول الثمن في يد البائع سلماً. و معه لا معنى للبحث عن اعتبار القدرة على التسليم.

و عليه يختص الاشتراط بما إذا كان القبض واجبا من جهة الوفاء بالعقد، بعد تماميته، و أمّا بيع الصرف و السلم فلا موضوع لشرطية القدرة فيهما، لكون القبض دخيلاً في الصحة، كدخل الإجازة في وجوب الوفاء بالعقد الفضولي.

ولهذا (1) لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده، و المفروض (2) أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل - وهو القبض - حاصل في يد المشتري (3)، فالقبض مثل الإجازة (4) بناء على النقل، وأولى منها بناء على الكشف (5).  
وكذلك (6) الكلام في عقد الرهن، فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه - بناء (7) على اشتراط القبض (8) -

---

(1) أي: ولأجل كون التمكّن من التسليم معتبرا بعد تمام السبب الناقل، لم يقدح عجز البائع قبل القبول، لعدم تمامية الناقل حسب الفرض.

(2) يعني: أن ما ذكرناه حكم عدم دخل القبض في تأثير العقد. وأما في بيع الصرف فلا جدوى في شرطية القدرة على التسليم، بعد حصول المبيع في يد المشتري.

(3) وكذا بيع السلم بعد حصول الثمن في يد البائع.

(4) يعني: في كونه جزء الناقل.

(5) وجه الأولوية عدم كون الإجازة - بناء على الكشف - جزء المؤثر، و المفروض كون القبض جزء الناقل، فيكون أولى من الإجازة الكاشفة.

(6) يعني: كما لا تعتبر القدرة على التسليم - حال العقد - في بيع الصرف، فكذا في عقد الرهن بناء على دخل القبض في صحته بمقتضى الآية الشريفة فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ حَصَلَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ وَتَحَقَّقَ الْقَبْضُ خَارِجًا صَحَّ الْعَقْدُ وَلَزِمَ مِنْ جَانِبِ الرَّاهِنِ، وإن لم تحصل بطل العقد، لا أنه يصحّ ويكون غررًا.

(7) وأما بناء على عدم اشتراط الرهن بالقبض، بأن كان من أحكامه، كان الرهن نظير ما عدا بيع الصرف و السلم، من عدم اعتبار القدرة عليه حال العقد.

(8) قال المحقق قدس سره: «وهل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل نعم، وهو الأصح» (1).

---

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 75

ص: 646

إنّما (1) هو من حيث اشتراط القبض، فلا- يجب إحرازه حين الرهن، و لا- العلم بتحقيقه (2) بعده، فلو رهن (3) ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، و سيجي ء الكلام في باب الرهن (4).

اللهم إلا أن يقال (5): إن المنفي في النبوي هو كلّ معاملة تكون بحسب العرف غررا، فالبيع (6) المشروط فيه القبض - كالصّرف و السّلم- إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض (7) أو غير مقدور،

---

(1) خير قوله: «فإن اشترط».

(2) أي: بتحقيق القبض بعد عقد الرهن.

(3) هذا متفرّع على كون القبض شرطا في عقد الرهن - صحة أو لزوما- كشرطية قبض الثمن في بيع السّلم.

(4) لم أظفر بكتاب الرهن للمصنف قدّس سرّه حتى يعلم رأيه في اشتراطه بالقبض و عدمه. كما لم يظهر ذلك مما أفاده في أحكام القبض، فراجع آخر الكتاب.

(5) هذا استدراك على قوله: «ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح» و حاصله: إثبات اشتراط التمكّن من التسليم في السّلم و الرهن و نحوهما، فيبطل العقد بالعجز عنه، توضيحه: أنّ الغرر المنهني عنه لا يختص بما إذا كان التسليم من أحكام العقد لا من شرائط تأثيره، إذ الغرر لا يراد به إلا مفهومه العرفي، و هو أعم من الغرر الشرعي، فيصدق الغرر العرفي على كل قبض غير مقدور و إن لم يكن بغرر شرعا، لتوقف الانتقال على القبض، فلا غرر شرعا ما لم يتحقق الانتقال. فالبيع المنوطة صحته بالقبض - كالصّرف و السّلم- غرري إن لم يكن المبيع مقدور التسليم، و المراد من متعلق النهي هو المفهوم العرفي.

(6) هذا متفرّع على كون النبوي مانعا عن كل معاملة غررية بنظر العرف، فالمرجع في صدق «الغرر» هو العرف، لا الشرع.

(7) يعني: و كان مقدار العوض معلوما بعد قبضه، فيبطل البيع من جهة جهالة

غرر (1) عرفاً، لأنّ (2) اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي، فيصدق (3) الغرر و الخطر عرفاً وإن لم يتحقّق شرعاً، إذ (4) قبل التسليم لا انتقال، وبعده (5) لا خطر، لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً.

و من هنا (6) يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه- لا عن

---

الثلث. و ذكر العوض المجهول للتنبية على اشتراك الغرر بين الجهل بالعوض و بين العجز عن التسليم، لاستناد كليهما إلى صدق الغرر.

(1) خبر قوله: «فالباع» فيصدق الغرر عرفاً و إن لم يصدق شرعاً، لعدم تمامية العقد الناقل من جهة توقفه على القبض.

(2) تعليل لصدق الغرر العرفي على عدم تحقق قبض العوضين.

(3) هذا نتيجة كون الغرر المنفي عرفياً لا شرعياً.

(4) تعليل لعدم صدق الغرر الشرعي في مثل بيع السلم، قبل قبض الثلث.

(5) يعني: و بعد تسليم الثلث لا خطر، و لازم انتفاء الغرر و الخطر هو الصحة، و لكن المنهي عنه هو عنوان الغرر المستتبع لفساد البيع، و من المعلوم صدق «الغرر» عرفاً في بيع الصرف و السلم إن لم يكن التسليم مقدوراً فيهما.

(6) أي: و من كون الغرر المنهي عنه عرفياً- لا شرعياً- يتجه فساد بيع الفضولي الباع لنفسه، فإنّه عاجز عن تسليم المبيع للمشتري، قبل إجازة المالك و رضاه بالبيع، و هي غير معلومة الحصول. و لو فرض حصول الإجازة و بتبعها التمكن من التسليم، لم ينفع الفضولي، لأنّ إمضاء المالك يوجب انتساب العقد إليه، لا إلى الفضولي.

هذا بناء على عدم دخل رضا المالك- عرفاً- في العقد الفضولي، و يكون اعتبار إجازته كاعتبار القبض في الصرف و السلم شرعياً.

و أمّا بناء على دخل رضاه عرفاً فيه يشكل تنظير الغرر الشرعي ببيع الفضولي لنفسه.

المالك (1) - ما لا يقدر على تسليمه.

اللهم (2) إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر، فإن (3) العرف إذا اطلعوا على انتعاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلا، وهكذا (4).

و لو قيل: إن المقصود من الفضولي البائع لنفسه هو الغاصب المستقل في التصرف، المتمكن من التسليم بلا حاجة إلى مراجعة المالك، قلنا: لا وجه حينئذ لاستناد بطلانه إلى النهي عن الغرر عرفا، بعد كون بيعه بيعا عندهم.

(1) إذ لو باع للمالك أمكن حصول القدرة على التسليم بإجازة العقد، فمحذور الغرر العرفي كأنه مختص بقصد وقوع البيع لنفس الفضولي.

(2) هذا استدراك على ما أفاده من اقتضاء النهي في النبوي فساد ما كان غررا عرفا، فيعم بيعي الصرف و السلم إن كان التسليم غير مقدور.

و حاصل الاستدراك: أن الغرر وإن كان عرفيا، إلا أنه لا يترتب عليه بطلان البيعين، وذلك لأن الشارع يخطئ العرف في زعم «الغرر» فيما لو عجز المشتري عن تسليم الثمن حال العقد في بيع السلم. نظير التخطئة في عدّ أكل المارة باطلا، فيكون جواز الأكل خارجا موضوعا عن النهي عن الأكل بالسبب الباطل، حتى مع بقاء الباطل على معناه العرفي، وعدم إرادة معنى آخر منه كالباطل الواقعي أو الشرعي.

و عليه فمع إحاطة العرف بما تبه به الشارع - من عدم تمامية السبب الناقل في بيعي الصرف و السلم قبل القبض - لا يرى غررَيْتَهُما لو باع غير قادر حال العقد.

(3) تعليل لمنع الغرر - بنظر العرف - بعد اطلاعهم على عدم توقف البيع على التسليم في جميع الموارد حتى يكون العجز عنه غررا عرفيا مفسدا للعقد، كما إذا علم بانعقاد القريب بمجرد شرائه، فاشتره من ينعق عليه، فانعق، فإنه لا غرر في عدم القدرة على التسليم أصلا.

(4) يعني: وهكذا سائر الأمثلة التي لا يعتبر فيها التمكن من التسليم مطلقا أو

فالمناط (1) صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، فتأمل (2).

ثم إن الخلاف (3) في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر

---

حال العقد، وقد تقدّمت في (ص 640) بقوله: «ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم ... الخ».

(1) يعني: أنّ مناط مانعية الغرر عن صحة البيع هو صدقة العرفي بعد الإحاطة بحكم الشارع من أنّه يعتبر القبض في البيع أم لا يعتبر.

(2) لعلّه إشارة إلى: أنّ المفهوم العرفي لا يناط بالآثار الشرعية، لأنّ العرف بما هو عرف لا نظر له إلى الحكم الشرعي الثابت للموضوع العرفي، فلا يلاحظ في مقام تحديد المفهوم - المتّبع عندهم - الحكم الشرعي المترتب على ذلك الموضوع.

هذا ما يتعلق بالتنبيه الثاني.

(3) السياق قاض بأنّ هذا تنبيه آخر مما يتعلق باعتبار القدرة، ولكنه ليس كذلك، إذ المبحوث عنه هو مخالفة الفاضل الشيخ إبراهيم بن الشيخ سليمان القطيفي - المعاصر للمحقق الثاني، والمناظر معه في جملة من المباحث كمسألة الخراج - في أصل الشرطية، وكان المناسب التعرض لكلامه قبل الخوض في التنبيهات، بعد إقامة الدليل على دخل التمكن من التسليم في صحة البيع.

و كيف كان فكلام صاحب إيضاح النافع يتضمن امورا:

الأول: نفي ما صنعه الفقهاء من جعل القدرة في عداد شروط العوضين، وقال بأن الغرض من اعتبارها رعاية مصلحة المشتري، وقرع على عدم دخلها في البيع صحة العقد في موردين:

أحدهما: تمكن المشتري من التسلم مع عجز البائع عن التسليم.

ثانيهما: إقدام المشتري - على المعاملة - عالما بعجز البائع عن التسليم.

الثاني: بطلان البيع إذا لم يكن من شأن المبيع أن يقبض عرفا كالطائر الذي فرّ من القفص، و السمك في النهر ونحوهما، لأنّ أكل المال في قبالة أكل له بالباطل، وهو منهي عنه. نعم يحتمل جواز المصالحة عليه إن كان فيه غرض عقلائي.

ص: 650

للمحقق الثاني، حيث حكي عنه أنه قال في إيضاح النافع: «إنَّ القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط (1)، لا أنَّها (2) شرط في أصل صحة البيع، فلو قدر (3) على التسلم صحَّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه (4)، بل (5) لو رضى

الثالث: أن إطلاق حكم المحقق قدس سره في المختصر النافع - ببطلان بيع الآبق من دون ضميمة - ممنوع، بل يختص الفساد بموارد:

أحدها: عدم رضا المشتري، فيستند البطلان إلى عدم كون التجارة عن تراض.

ثانيها: عدم علم المشتري بالإباق، فلو أقدم على الشراء عالماً بالإباق صحَّ البيع، ولو تعذّر الظفر به لم يكن له الرجوع على البائع واسترداد الثمن منه.

ثالثها: عدم علم المشتري بالعجز عن الظفر به، فلو علم بالإباق ولكنه تمكّن عرفاً من تحصيله صحَّ.

هذا محصّل كلام الفاضل القطيفي رحمه الله، ولعله لزم أن الغرر بمعنى «الخدعة» المنتفية مع علم المشتري بالحال، لا بمعنى الخطر، ولذا فصل بين علم المشتري وجهله.

و سيأتي ما أورده المصنف قدس سره عليه.

(1) فلو لم تقتض مصلحة المشتري تسلم المبيع لم يقدر عجز البائع عن التسليم في صحة البيع.

(2) أي: لا أن القدرة شرط صحة البيع، كما يظهر من عناوين الكتب الفقهية، فقالوا: «و من شرائط العوضين: القدرة على التسليم».

(3) هذا متفرع على كون القدرة مصلحة للمشتري خاصة.

(4) أي: على تسليم المبيع.

(5) الوجه في الإضراب هو أن ما قبله صورة عدم علم المشتري بعجز البائع عن التسليم، فمقصود الفاضل تصحيح البيع حتى في صورة إحراز العجز، فضلاً عما إذا كان مشكوكاً فيه.



بالاتباع مع علمه بعدم تمكّن البائع من التسليم جاز، وينتقل إليه (1). ولا يرجع على البائع - لعدم (2) القدرة - إذا كان البيع على ذلك (3) مع العلم، فيصحّ (4) بيع المغصوب ونحوه (5).

نعم (6)، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفاً، لم يصحّ المعاوضة عليه بالبيع، لأنّه (7) في معنى أكل مال بالباطل. وربما احتمال إمكان المصالحة عليه (8).

---

(1) أي: وينتقل المبيع - المتعذر تسليمه - إلى المشتري.

(2) علة للمنفى وهو الرجوع على البائع، يعني: لا يثبت خيار للمشتري لأجل عدم قدرة البائع على التسليم.

ولكن قيل بجواز رجوعه على البائع من باب تلف المبيع قبل القبض.

وفيه: أنّ مورده التلف، وصدقه على غير مقدور التسليم محل تأمل.

(3) يعني: إذا كان البيع مبنياً على رضا المشتري بالاتباع - مع علمه بعدم قدرة البائع على التسليم - صحّ.

(4) هذا متفرع على إلغاء شرطية القدرة على التسليم، وكفاية تمكن المشتري من التسلم، أو الإقدام على الشراء عالماً بعجز البائع عن استتقاذ المال من الغاصب.

(5) كالمجحود، فهو كالمغصوب من حيث عدم قدرة البائع على تسليمه للمشتري.

(6) هذا استدراك على قوله: «لا أنها شرط في أصل صحة البيع» وتقدم توضيحه بقولنا: «الثاني بطلان البيع ... الخ».

(7) تعليل لقوله: «لم يصح» والضمير راجع إلى البيع والتعاض، المستفاد من العبارة.

(8) أي: على المبيع الذي لا يتمشى قبضه عرفاً. ووجه جواز المصالحة عليه:

عدم كون الصلح مبادلة مال بمال، حتى لا تصدق في المقام، بل حقيقة الصلح التسالم، وهو متحقق هنا.

و من هنا (1) يعلم أنّ قوله- يعني المحقق في النافع-: «لوبياع الآبق منفردا لم يصح» إنّما (2) هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه (3) بحيث لا يتمكّن منه (4) عرفا. و لو أراد (5) غير ذلك فهو غير مسلمّ» انتهى «1».

وفيه (6): ما عرفت من الإجماع،

---

(1) أي: و من عدم كون القدرة شرطاً في صحة البيع- بل هي مصلحة للمشتري- يعلم منع إطلاق حكم المحقق قدّس سرّه ببطلان بيع الآبق منفردا.

(2) خبر قوله: «ان قوله» يعني: لا بد من حمل منع المحقق- عن البيع- على أحد الفروض الثلاثة.

(3) هذا الضمير و ضمير «علمه» راجعان إلى المشتري.

(4) أي: من الآبق.

(5) يعني: و لو أراد المحقق قدّس سرّه بمنع البيع غير هذه الفروض أشكل قبوله.

(6) منع المصنف كلام الفاضل بوجهين:

أحدهما: مخالفته للإجماع- سابقا عليه و لا حقاله- على اعتبار التمكّن من التسليم في البيع، و معه لا وجه لجعل القدرة عليه من مصالح المشتري.

ثانيهما: لزوم الغرر لو باع ما يعجز عن تسليمه للمشتري، و قد تقدم في (ص 581) استدلال الفريقين بالنبوي- الناهي عن بيع الغرر- على اعتبار القدرة على التسليم. بعد كون الغرر بمعنى الخطر، و لا ريب في عدم اندفاعه بمجرد علم المشتري بعجز البائع، لوضوح أنّ غرض الشارع من النهي عنه المنع عن الإقدام على الخطر مطلقا سواء علم به أم لم يعلم.

فإن قلت: يمكن منع دلالة النبوي على شرطية القدرة على التسليم مطلقا

---

(1) إيضاح النافع (مخطوط) و الحاكي عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 224، مع إختلاف يسير

ص: 653

و لزوم (1) الغرر غير (2) المندفع بعلم المشتري، لأن (3) الشارع نهى عن الإقدام عليه. إلا أن يجعل الغرر هنا (4) بمعنى الخديعة، فيبطل في موضع تحقّقه، وهو عند جهل المشتري (5). وفيه (6) ما فيه.

---

سواء أكان المشتري عالماً بعجز البائع عن التسليم أم جاهلاً به، لكونه أخص من المدعى، وذلك لابتناء الاستدلال على كون «الغرر» المنهي عنه بمعنى الخطر، وهو أول الكلام، لأن اللغويين عدّوا من معانيه «الخدعة» ويحتمل إرادتها هنا، ومن المعلوم عدم صدقها في صورة علم المشتري بعجز البائع.

وعليه يختص بطلان البيع - من جهة مانعية الغرر - بما إذا كان المشتري جاهلاً بعجزه حتى يصدق: أن البائع خدعه.

قلت: إن الخدعة وإن كانت من معاني الغرر كما تقدم في أول المسألة، إلا أن معناه الشائع المفهوم عند الفقهاء هو الخطر، الصادق على صورتى علم المشتري و جهله بعدم قدرة البائع على التسليم.

(1) معطوف على «الإجماع» وهذا إشارة إلى ثاني وجهي المنع.

(2) هذا إشارة إلى أن معنى الغرر هو الخطر، ومن المعلوم صدقه في حالتي علم المشتري بالعجز، و جهله به. ولو كان بمعنى الخدعة لاختص بصورة الجهل به.

(3) تعليل لعدم رضا المشتري في صورة علمه بعجز البائع، إذ مع نهى الشارع عن الإقدام على الخطر لا يكون الأمر بيد المشتري حتى ينفعه رضاه.

(4) أي: في الحديث الناهي عن الغرر. وتقدم توضيح هذا الإشكال بقولنا:

«فإن قلت ...».

(5) ولا موجب لبطلانه في موضع عدم تحقق الخدعة، بأن كان المشتري عالماً بالحال.

(6) أي: وفي جعل الغرر بمعنى الخدعة إشكال، كما تقدم تقريبه بقولنا:

«قلت: إن الخدعة ... الخ».

ثم إنَّ الظاهر (1) - كما اعترف به بعض الأساطين «(1)» - أنَّ القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع (2)، وإنَّما المقصد الأصلي هو التسلم، و من هنا (3) لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى في الصحة،

(1) هذا تنبيه ثالث ممَّا يتعلق بالمسألة، و محصله: أنَّ اشتراط القدرة على التسليم في البيع ليس مقصودا بالأصالة، بل يكون تبعا، لمقدميته لحصول المبيع عند المشتري، فالشرط - في الحقيقة - تمكّن المشتري من المبيع إمَّا بنفسه و إمَّا بواسطة البائع، سواء أ كانت قدرته بلا واسطة أحد أو بواسطة المشتري أو الأجنبي.

و يتفرع عليه صحة البيع في موردين كما أفتى بها جماعة:

الأول: عجز البائع عن التسليم، و تمكّن المشتري من تحصيل المبيع.

الثاني: عجز المتبايعين معا عن التسليم و التحصيل، و لكن يوثق حصوله عند المشتري في زمان الاستحقاق، كالحمام الطائر إذا اعتاد العود إلى العش أو البرج.

و يحتمل بطلان البيع في هذا المورد كما عن نهاية العلامة قدّس سرّه، لاعتبار تمكّن المشتري من التسلم أو التحصيل، و المفروض انتفاء القدرة فيه، و لا عبرة باعتياد العود ممَّا لا عقل له.

و لكن يردّ هذا الاحتمال: أنَّ العادة باعثة على العود، و هي كافية في حصول الوثوق به. هذا كله في حصول المبيع عند المشتري في زمان استحقاق التسلم.

و أمَّا لو لم يقدر عليه في مدة فسيأتي حكمه من الصحة أو الفساد.

(2) أي: بتبع كون المبيع عند المشتري، و تسلمه له.

(3) أي: و من كون المقصد الأصلي تسلم المشتري لا تسليم البائع، صحَّ البيع لو تمكّن المشتري - خاصة - من التسلم.

(1) و هو كاشف الغطاء، في شرح القواعد، مخطوط

كما عن (1) الإسكافي والعلامة وكاشف الرموز (2) والشهيد (1) والمحقق الثاني (2).

وعن ظاهر الانتصار «أن صحة بيع الأبق على من يقدر على تسلّمه ممّا انفردت به الإماميّة». وهو (3) المتّجه، لأنّ ظاهر معاهد الإجماع (4) - بضميمة (5) التّبع في كلماتهم وفي استدلالهم (6) بالغرر وغيره -

---

(1) الحاكي عنهم وعن غيرهم هو السيد العاملي (3)، وحاكي لكلام الإسكافي هو العلامة، ففي المختلف: «وقال ابن الجنيد: لا يشتري - أي العبد الأبق - وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، أو يضمن له البائع» واستقر به العلامة قدّس سرّه (4).

(2) قال الفاضل الآبي: «العبد الأبق إمّا أن يكون بحيث يقدر عليه صاحبه أم لا. فالثاني لا يجوز بيعه منفردا بلا خلاف. والأول قد أجازه المرتضى، نظرا إلى أنّه لا يسمّى أبقا عرفا. وهو حسن» (5).

(3) أي: كون قدرة المشتري كافية في صحة البيع متّجه.

(4) تقدّم حكاية الإجماع عن جماعة في أوّل المسألة، فراجع (ص 580).

(5) ولولا هذه الضميمة لكان ظاهر معاهد الإجماع هو اعتبار القدرة على التسليم فقط، وعدم كفاية قدرة المشتري على التسلم. لكن الضميمة المزبورة أوجبت ظهورا ثانويا في معاهد الإجماع، كسائر الظهورات الناشئة من القرائن لذويها.

(6) أي: بالتّبع في استدلالهم بالغرر وغيره، كالاستدلال: «بأنّ الغرض من

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 200؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 172؛ الروضة البهية، ج 3، ص 250

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 100 و 102

(3) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 223

(4) مختلف الشيعة، ج 5، ص 216؛ ولاحظ تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 49؛

(5) كشف الرموز، ج 1، ص 453

ص: 656

مختص (1) بغير ذلك (2).

و منه (3) يعلم أيضا (4): أنه (5) لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم- كما لو اعتاد الطائر العود- صحّ، وفاقا للفاضلين (6)، و الشهيدين «(1)»، و المحقق الثاني «(2)» و غيرهم «(7)».

---

البيع انتفاع كل من المتبايعين بما ينتقل إليه» و كالأستدلال «بأنّ بذل الثمن على غير المقدور سفه».

(1) خبر قوله: «لأن ظاهر» و حاصله: أن دليل اشتراط القدرة لا يثبت في مورد تمكن المشتري من التسلم.

(2) أي: بغير من يقدر على التسلم، وإن كان البائع عاجزا عن التسليم.

(3) أي: و من عدم كون القدرة على التسليم مقصودة بالأصالة يعلم جواز البيع في المورد الثاني، و هو عجزهما معا عن التسليم و التسلم، و الوثوق بالحصول.

(4) أي: كما علم جواز البيع لو كان المشتري قادرا على التسلم و التحصيل.

(5) الضمير للشأن.

(6) قال المحقق قدس سرّه: «و يصحّ بيع ما جرت العادة بعوده كالحمام الطائر، و السموك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة» «(3)».

(7) حكاه السيد العاملي عن المحقق الأردبيلي و المحدث الفيض، و الفاضل السبزواري، فراجع «(4)».

---

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 199-200؛ الروضة البهية، ج 3، ص 249؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 173

(2) جامع المقاصد، ج 4، ص 92

(3) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17، و نحوه في كتب العلامة، فلاحظ: تذكرة الفقهاء، ج 10، ص 51؛ قواعد الأحكام، ج 2، ص 22

(4) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 222

ص: 657

نعم (1) عن نهاية الاحكام: احتمال العدم (2)، بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم، وأنّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث (3) «1».

وفيه (4): أنّ العادة باعثة كالعقل، مع أنّ الكلام على تقدير الوثوق.

ولو لم يقدر على التحصيل (5)، وتعدّر عليهما إلا بعد مدّة مقدّرة

---

(1) استدراك على قوله: «صحّ» والوجه في الاستدراك توقف الجزم بالصحة على منع ما في نهاية العلامة قدّس سرّه من احتمال البطلان، و تقدم توضيحه في (ص 655).

(2) يعني: احتمال العلامة قدّس سرّه في النهاية كلّاً من الصحة والبطلان.

(3) أي: على العود.

(4) هذا ردّ الاحتمال، ومحصله و جهان:

أحدهما: كفاية العادة- وغريزة الحيوان- على العود في حصول الوثوق بحصول الطائر عند المشتري. بل العادة أقوى من العقل في محركته على العود. قال العلامة الطباطبائي قدّس سرّه في المصايح- في مناقشة احتمال النهاية-: «وفيه: وجود الباعث، وهو الالف ببرجه، و الانس بالفه و إن انتفى العقل» «2».

و ثانيهما: أنّ مورد فتوى المجوّزين هو حصول الوثوق بالعود، فلا وجه للمناقشة في موجبات الوثوق، بل لا بد من التكلم في حكمه بعد فرض وجوده.

(5) حاصل هذا الفرع- الراجع إلى تأخير التسليم عن العقد-: أن المبيع لو كان عينا شخصية، ولم يقدر البائع على تسليمه و لا المشتري على تسلّمه و تحصيله حال العقد و لا بعده- في مدة قليلة يتسامح في تعذر التسليم فيها- فتارة تكون مدة التعذر محصورة و مقدرة بحسب العادة كسنة، و اخرى لا تكون منضبطة، كما إذا أنفذ عبده في حاجة يطول زمانها، لكونها في بلد بعيد كالهند.

---

(1) نهاية الاحكام، ج 2، ص 481، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 222

(2) المصايح، مجلد التجارة (مخطوط)

ص: 658

عادة (1)، و كانت ممّا لا يتسامح فيه، كسنة أو أزيد، ففي (2) بطلان البيع، لظاهر (3)

ففي الصورة الاولى يحتمل كل من البطلان رأسا، و الصحة مع الخيار لو كان المشتري جاهلا بالحال. و وجه البطلان أمران:

أحدهما: الإجماع المحكي على كون القدرة على التسليم شرطا في صحة البيع، فيبطل بفقدها.

ثانيهما: كون تعذر الحصول في مدة مديدة غررا، و هو منهى عنه، فيبطل البيع.

و وجه الصحة: وجود المقتضي، و هو العقد الصادر من أهله في محله - كما في الجواهر «1» - و فقد المانع من الإجماع و الغرر.

أما الإجماع فلأن مورده ما إذا تعذر التسليم رأسا، و المفروض إمكانه، و تعذره الفعلي غير قاذح.

و أما الغرر فغير محقق، لأنّ المشتري إمّا أن يعلم بالحال و فوات منفعة المبيع مدة مديدة كسنة، فيجب عليه الصبر. و إمّا إن يجهل ذلك، فيجبر ضرره بخيار تعذر التسليم.

و عليه فالمتجه هو الصحة في الفرض.

و في الصورة الثانية يحتمل أيضا كل من الصحة و البطلان، و إن استشكل المصنف في الصحة، كما سيأتي بيانه.

(1) هذا إشارة إلى الصورة الاولى، و فرقها مع الثانية في ضبط المدة المديدة هنا، دونها في الثانية.

(2) خبر مقدّم لقوله: «و جهان» و الجملة بتمامها جواب الشرط في قوله:

«و لو لم يقدر».

(3) هذا وجه البطلان، و تقدم تقريب الإجماع و الغرر.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 403

ص: 659



الإجماعات المحكية، و لثبوت الغرر، أو صحته (1)، لأنّ (2) ظاهر معقد الإجماع التعذّر رأساً، و لذا (3) حكم مدّعيه بالصحة هنا، و الغرر (4) منفيّ مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدّة، كما (5) إذا اشترط تأخير التسليم مدّة، و جهان، بل قولان (6)، تردّد فيهما (7) في الشرائع،

---

(1) معطوف على «بطلان» أي: ففي صحة البيع.

(2) هذا وجه الصحة، و حاصله: منع وجهي البطلان، و المفروض وجود المقتضي للصحة ثبوتاً و إثباتاً للعمومات.

(3) أي: و لظهور معقد الإجماع في التعذر رأساً حكم ... الخ، و غرضه إقامة الشاهد على خروج هذه الصورة عن الإجماع موضوعاً، لأنّ مدّعي الإجماع على اعتبار القدرة على التسليم - كالعلامة قدّس سرّه - رجّح الصحة هنا، و هو كاشف عن اختصاص معقد الإجماع بالتعذر بقول مطلق، أي حالاً و مستقبلاً.

(4) معطوف على «ظاهر» أي: و لأنّ الغرر منفيّ ... الخ.

(5) فكما لا يقدر تأخير التسليم عن العقد، إذا شرطه البائع على المشتري، فكذا لا يقدر مع علمه به.

(6) أحدهما: المنع، و لعلّه المستفاد من مفهوم عبارة التحرير: «و لو باع ما يمكن تسليمه في ثاني الحال - لا فيه - فالوجه جوازه، و يتخير المشتري» لظهوره في المنع بتعذر التسليم بعد العقد، سواء أ كانت المدة قصيرة أم مديدة.

و ثانيهما: الصحة، و هو المشهور، بل في الجواهر - بعد توجيه عبارة التحرير - «فلا خلاف محقق في المسألة» (1).

(7) يعني: تردد المحقق في الوجهين، حيث قال: «و لو باع ما يتعذر تسليمه إلّا بعد مدّة، فيه تردد. و لو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قوياً» (2).

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 404

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 17

ص: 660

ثم قوّى الصحة (1)، و تبعه في محكّي التحرير و المسالك و الكفاية و غيرها (1)».

نعم (2)، للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدّة.

و لو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة (3) - كالعبد المنفذ إلى هند لحاجة لا يعلم زمان

---

(1) يعني: و تبع المحقق في تقوية الصحة العلامّة في محكي التحرير، و الشهيد الثاني و الفاضل السبزواري و المحدث الكاشاني و غيرهم قدّس سرّهم كصاحبي المصاييح و الجواهر (2)».

(2) لمّا رجّح المصنف قدّس سرّه الصحة أراد التنبيه على عدم لزوم البيع إن كان المشتري جاهلا بتأخر التسليم عن العقد مدة لا يتسامح فيها عرفا.

(3) هذا شروع في الصورة الثانية، و هي عدم ضبط مدة تأخير التسليم عن العقد- و لو كانت قصيرة- بما لا يتسامح العرف في فوات منفعة المبيع فيها، كبيع الغائب، مثل العبد الذي أرسله مولاه إلى بلد بعيد لقضاء حاجة تطول مدّته، و لم يكن زمان عوده و تسليمه إلى المشتري مضبوطا، بأن كان دائرا بين شهر أو شهرين.

و مثل الدابة التي أرسلها صاحبها إلى السوق، فباعها جاهلا بوقت عودها- كما إذا تردّد بين ساعتين و ثلاث ساعات، و لم يكن تفاوت ساعة مغتفرا عرفا في بيع الدواب.

و يحتمل في حكم هذه الصورة كل من الصحة و البطلان.

فوجه الصحة ما في الجواهر من قوله: «للعوم المؤيّد بإطلاق الفتوى، فإنّهم لم يشترطوا- في بيع ما يتعذر تسليمه في الحال- انضباط المدة التي يمكن التسليم بعدها بحسب العادة، كما لم يشترطوا تعيّنهما في أصل البيع. و كلامهم- أي العموم

---

(1) حكاها عنهم في مفتاح الكرامة، ج 4، ص 271، و لاحظ: تحرير الأحكام، ج 1، ص 165 (ج 2، ص 282، الطبعة الحديثة)؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 174؛ كفاية الأحكام، ص 90

(2) المصاييح (مخطوط) ص 105؛ جواهر الكلام، ج 22، ص 403-404

ص: 661

قضائها- ففي (1) الصحة إشكال: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء، لجهالة وقت تسليم العين. وقد تقدّم بعض الكلام فيه (2) في بيع

---

المؤيد بكلامهم- في جواز بيع الغائب والوديعة والعارية والمغصوب والآبق والسّمك، ضرورة عدم انضباط المدة في ذلك، واختلافها زيادة ونقصا اختلافًا فاحشًا. ولا غرر في ذلك بعد إمكان التسليم. وفوات المنفعة مدة التعذر ليس من الغرر في المبيع، وإنما هو غرر في غيره... الخ» (1).

ووجه البطلان ما أفاده المصنف قدّس سرّه، وسيأتي.

(1) خير مقدّم لقوله: «إشكال» و الجملة جواب الشرط في قوله: «ولو كان».

ووجه الإشكال: عدم انضباط المدة عادة، فيلزم الغرر المبطل للبيع.

و الشاهد على كون الجهل بوقت التسليم غررا ما ذكره في باب الطلاق من بطلان بيع المنزل الذي تسكنه المطلقة بالأقراء، من جهة دوران العدة بين المدة الطويلة والقصيرة، فلم يعلم مدة استحقاقها للسكنى، ويلزمه جهل المشتري بزمان استحقاق التسليم، وقد أوضحنا المسألة في الوقف المنقطع، فراجع (ص 211).

(2) أي: في الجهل بوقت تسليم العين.

---

[1] مقتضى ما أفاده المصنف سابقا من كون العبرة من شرطية القدرة على التسليم بزمان استحقاق التسليم هو بطلان البيع، لأنّ زمان استحقاقه هو ما بعد العقد، والمفروض عدم إمكانه فيه. وقياسه بشرط تأخير التسليم مدة باطل، لأنّ زمان الاستحقاق هناك بمقتضى الشرط منفصل عن البيع، فيعتبر القدرة على التسليم في ذلك الزمان. بخلاف المقام، فإنّ استحقاق التسليم يكون زمانه متصلا بزمان العقد، والمفروض تعذره، فيبطل البيع.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 405

ص: 662

الوقف المنقطع (1).

ثمّ (2) إنّ الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين،

(1) حيث قال: «و في جوازه- أي البيع- للواقف مع جهالة مدّة استحقاق الموقوف عليهم إشكال، من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به» ثم ذكر مسألة بيع مسكن المطلقة المعتدية بالأقراء.

هذا وجه البطلان، وكان المناسب التنبيه على وجه الصحة، وهو ما نقلناه عن الجواهر آنفا. ولكن قد ينافيه حكمه في كتاب الطلاق ببطلان بيع مسكن المعتدة بالأقراء، فراجع «1».

(2) هذا هو التنبيه الرابع، و محصله: أنّ احتمالات ما هو شرط صحة البيع ثلاثة:

الأول: أن الشرط هو القدرة على التسليم بوجودها الواقعي سواء احزرت أم كانت مشكوكة.

الثاني: أن الشرط هو العلم بالقدرة بمعنى كون الإحراز تمام الموضوع وإن تبين العجز. والمراد بالعلم هنا هو الوثوق، لا اليقين الوجداني غير المجتمع مع احتمال العجز، ولا مطلق الظنّ غير البالغ حدّ الاطمئنان.

الثالث: أنّ الشرط هو القدرة المعلومة، بمعنى كون العلم جزء الموضوع، و جزءه الآخر نفس القدرة بوجودها الواقعي، نظير شرطية الطهارة المحرزة.

و اختاره المصنف قدّس سرّه، لأنّ عمدة الدليل على اعتبار القدرة هو النهي عن بيع الغرر، و من المعلوم توقف الأمن من الوقوع في المخاطرة على القدرة المحرزة لا الواقعية.

و يتفرّع على شرطية القدرة المعلومة صحة البيع لو باع معتقدا التمكّن من

(1) جواهر الكلام، ج 32، ص 345

ص: 663

لأن (1) الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية [1].

ولو باع ما يعتقد التمكّن [منه] فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجدّدها بعد ذلك، صحّ [2]. ولو لم يتجدّد بطل (2).

والمعتبر هو الوثوق (3)، فلا يكفي مطلق الظن (4)، ولا يعتبر اليقين (5).

---

التسليم، فبان عجزه حال العقد، ولكن تجددت القدرة بعده. بخلاف ما لو كان الشرط القدرة الواقعية، لاقتضاء فقد الشرط البطلان.

(1) هذا تقريب دلالة الحديث النبوي على كون الشرط القدرة المعلومة، لا الواقعية.

(2) لانتفاء الموضوع- وهو القدرة المعلومة- بانتفاء كل من الموصوف والوصف. ولو كان الشرط العلم بالقدرة صحّ البيع في الفرض و ثبت الخيار للمشتري الجاهل بالحال، لوجود الشرط وهو إحراز القدرة.

(3) المعبر عنه بالعلم العادي النظامي، والوجه في كفايته هو ارتفاع الغرر به.

(4) لعدم ارتفاع الغرر به.

(5) لعدم الدليل على اعتباره بالخصوص.

---

[1] هذا الاستدلال يعطي كون الشرط العلم بالقدرة بنحو يكون العلم تمام الموضوع، ضرورة اندفاع الخطر بنفس العلم، نظير الخطر الناشئ عن احتمال وجود سبع في المكان الكذائي، فإنّ الخطر يرتفع بنفس العلم الموجب للأمان، ولا يرى العالم نفسه تحت الخطر أصلاً.

[2] الحكم بالصحة لا- يلائم تركيب الموضوع من العلم والقدرة الواقعية، إذ لازم تركبه انتفاء الحكم بانتفاء أحد جزأيه، كانتفاء كليهما، فتجدد القدرة لا يجدي في صحة البيع.

ص: 664

ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا (1)، لا ما إذا كان وكيلًا

(1) هذا خامس تنبيهات المسألة و آخرها، والغرض من التعرض له تحقيق من يعتبر قدرته على التسليم، توضيحه: أن العاقد قد يكون مالكا، فيشترط تمكنه من التسليم كما تقدم، وقد يكون وكيلًا عن المالك، وهل يعتبر قدرته على الإقباض أم تعتبر في موكله؟ فيه تفصيل بين نحوي التوكيل.

فإن كان وكيلًا في مجرد إجراء الصيغة- لا في مقدمات العقد و لوازمه- اعتبر تمكن الموكل، لأنه المخاطب بالوفاء بالعقد، دون الوكيل، لانتهاء مهمته بنفس الإنشاء.

فلو عجز الموكل عن التسليم و تمكن الوكيل منه بطل البيع.

وإن كان وكيلًا مفوضًا في التصرف في أموال الموكل، أو كان مأذونًا في إجراء العقد و لوازمه كالتسليم و الأخذ بالخيار و نحوهما، بحيث يصدق عليه عرفًا أنه أحد المتبايعين- و كان الموكل أجنبيًا عن هذه المعاملة- كفى قدرة هذا الوكيل، ضرورة أن الشرط- و هو التمكن- أعم من كونه بالمباشرة و بالاستنابة، فإقباض الوكيل إقباض موكله.

و لو كان الوكيل المأذون في لوازم العقد عاجزًا عن التسليم، و موكله متمكنًا منه، ففيه احتمالات:

الأول: كفاية قدرة المالك، و عدم قرح عجز العاقد، لأعمية التسليم المعتبر من المباشري و الاستنابي.

الثاني: عدم كفايتها، فيبطل البيع.

الثالث: التفصيل بين كون المشتري عالمًا بعجز العاقد و بقدرة المالك فيصح، و بين عدم علمه بذلك فيبطل. و هذا الوجه مختار المصنف، بلا- فرق بين رضا المالك برجوع المشتري عليه للتسليم، أو رضا المشتري برجوعه إلى المالك، و بين عدم رضا كل منهما بالرجوع إلى الآخر، خلافاً لمن قيد الصحة بالرضا كما سيأتي.

في مجرّد العقد، فإنّه (1) لا عبرة بقدرته، كما لا عبرة بعلمه.

وأما لو كان وكيلًا في البيع ولوازمه (2) - بحيث (3) يعدّ الموكل أجنبيًا عن هذه المعاملة - فلا إشكال (4) في كفاية قدرته (5).

وهل يكفي قدرة الموكل (6)؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك (7) إذا علم بعجز العاقد (8)،

(1) الضمير للشأن، أي: فلا عبرة بقدرة الوكيل، لأنّه أجنبي عن المتبايعين، فلا عبرة بقدرة غيرهما، كما لا عبرة بعلمه بالقدرة، لعدم توجه خطاب وجوب التسليم إلى الأجنبي.

(2) المراد باللوازم آثار العقد من القبض والإقباض، و حلّ النزاع في الثمن والمثمن، و الأخذ بالخيار، و المطالبة بالوفاء بالشرط إن كان، و نحوها.

(3) هذا بيان الوكالة المطلقة أي في البيع ولوازمه، فإنّها توجب صدق «البيع» على الوكيل.

(4) جواب الشرط في قوله: «وأما لو كان».

(5) أي: قدرة الوكيل، لكونه مخاطبًا بوجوب التسليم، فيكفي قدرته عليه.

(6) يعني - في صورة كون العاقد وكيلًا في البيع ولوازمه - هل يكفي قدرة الموكل على التسليم أم لا؟ بل لا بدّ من قدرة الوكيل على ذلك.

(7) التقييد بالعلم بقدرة الموكل لأجل كون الشرط القدرة المعلومة لا الواقعية.

(8) حاصله: أنّ اعتبار علم المشتري بقدرة الموكل في الاكتفاء بها إنّما يكون في صورة علم المشتري بعجز العاقد، إذ لا بدّ حينئذ من علم المشتري بقدرة الموكل ليصح البيع. فلو اعتقد بقدرة العاقد العاجز واقعا، لم يشترط حينئذ علم المشتري بقدرة الموكل في كفايتها، بل يكفي وجودها الواقعي، وذلك لأنّ الغرر يرتفع باعتقاد المشتري بقدرة العاقد، ولذا قال المصنف قدّس سرّه: «فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك» أي: بقدرة الموكل.

فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك.

وربما قيّد الحكم بالكفاية (1) بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل، ورضي المالك برجوع المشتري عليه. وفرّع (2) على ذلك رجحان الحكم بالبطان في الفضولي. لأنّ (3) التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة.

---

(1) أي: الحكم بكفاية قدرة الموكل في الصحة- مضافا إلى الشرط الذي ذكره من علم المشتري بقدرة الموكل- و المقيّد العلامة الطباطبائي قدّس سرّه، وصاحب الجواهر قدّس سرّه نقل عبارته بطولها، لكنّه لم يصرّح بالقائل.

قال في المصاييح: «و لو كان أحد المتعاقدين وكيلا على البيع و ما يتبعه من اللوازم، و علم الآخر بذلك و رضي بتسليم الموكل، كفى في صحة البيع قدرة أحدهما إن رضي الموكل برجوعه عليه، فلو عجزا معا بطل البيع» «1».

وكيف كان فملخص ما أفاده هذا القائل هو: أنّه يعتبر في كفاية قدرة الموكل في الصحة- في صورة كون العاقد وكيلا في البيع و لوازمه- أمران:

أحدهما: علم المشتري بقدرة الموكل، إذ المعتبر هو القدرة المعلومة.

والآخر: رضا المشتري بتسليم الموكل، ورضا المالك برجوع المشتري عليه.

(2) حاصله: أنّ المقيّد المزبور فرّع بطلان الفضولي على اعتبار رضا المشتري بتسليم الموكل، ورضا المالك برجوع المشتري عليه.

قال في المصاييح- بعد عبارته المتقدمة-: «و أما الفضولي فهذا الشرط غير متحقق فيه، و من ثمّ ترجّح بطلانه، و ذلك لأنّ إجازة المالك غير معلومة الحصول، إذ قد لا تحصل القدرة على التسليم مطلقا، و قد تحصل، لكن بالقياس إلى نفس العقد دون لوازمه، فلا تحصل من العاقد» إلى آخر ما حكاه عنه في المتن «2».

(3) حاصله: أنّ التسليم الصحيح- و هو التسليم برضا المالك- يمتنع من العاقد

---

(1) المصاييح، مجلد التجارة (مخطوط)، جواهر الكلام، ج 22، ص 392 و 393

(2) المصاييح، مجلد التجارة (مخطوط)، جواهر الكلام، ج 22، ص 392 و 393



وقدرة (1) المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع، لأنّ بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور (2)، وهو (3) غير متحقق في الفضولي. و البناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية ... إلى أن قال (4):

قبل الإجازة، وإلا يكون إجازة.

(1) هذا إلى آخر العبارة نصّ ما في الجواهر والمصايح. وهذه الجملة دفع دخل مقدّر.

حاصل الدخل: أنّ قدرة الفضولي على التسليم وإن لم تكن معلومة، لكن هذا المقدار لا يوجب بطلان عقده، لفرض قدرة المالك المجيز على التسليم، وهي كافية في الصحة.

وحاصل الدفع: أن المالك وإن كان قادراً على التسليم، إلا أنّ تمكنه الواقعي لا يؤثر في صحة عقد غير المالك، إلا إذا اعتقد المشتري تمكّن المالك منه، و وقع الشراء مبنياً عليه، والمفروض أنّ المشتري الجاهل بالحال لم يعتقد قدرة المالك على التسليم، ولم يرض بتسليم غير العاقد الفضولي.

ويشهد لعدم كفاية قدرة المالك واقعا: أنّه لو أذن المالك لغيره في البيع، اعتبر في صحة الشراء من المأذون رضا المالك بالتسليم، و رضا المشتري بالتسلّم منه، و المفروض فقدان هذا الرضا في بيع الفضولي.

(2) و هو رضا المشتري بتسليم المالك.

(3) يعني: أنّ الشرط المذكور- و هو رضا المشتري بتسليم الموكّل و رضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم- غير متحقق في الفضولي. أمّا مع الجهل بالفضولية فواضح. و أمّا مع العلم بها فلكون رضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم ملازماً للرضا بالبيع، و مخرجا له عن الفضولية، و هو خلف.

(4) يعني: قال هذا المقيّد، و هو صاحب المصايح.

«والحاصل: أنّ القدرة قبل الإجازة لم توجد (1)، وبعدها إن وجدت لم تنفع (2)».

ثم قال (3): «لا يقال (4): إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك، وأنه (5) لا يخرج عن رأيه، فيتحقق له (6) بذلك القدرة على التسليم حال العقد.

لأنّ (7) هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضولياً، لمصاحبة الإذن للبيع. غاية

---

(1) أمّا من العاقد فلعدم إذن المالك في التسليم. وأمّا من المالك فلانتفاء شرط كفايتها، وهو رضا المالك والمشتري بالتسليم.

(2) كما إذا استأذن العاقد من المالك- بعد العقد- تسليم المال، فإنّ هذا التسليم لا ينفع في صحة العقد، لاعتبار القدرة عليه حين القعد لا بعده.

فالمتحصل: أنه- بناء على اعتبار رضا المشتري بتسليم المالك ورضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم- يبطل عقد الفضولي، لعدم قدرة العاقد على التسليم الصحيح شرعاً قبل الإجازة. ومجرد قدرة المالك بدون علم المشتري بها غير مفيد، لما عرفت من اعتبار القدرة المعلومة، لا الواقعية المجردة عن العلم. وأما بعد الإجازة فلا تنفع القدرة، لكونها بعد البيع لا حينه.

(3) الضمير يرجع إلى «المقيّد» المستفاد من قوله: «وربما قيّد».

(4) توضيحه: أنه يمكن تصحيح الفضولي بأنّه قد يثق العاقد الفضولي برضا المالك، وأنه يرضى بتصرفات هذا الفضولي، فيحصل للعاقد القدرة على التسليم حين العقد.

(5) أي: وأنّ المالك لا يخالف الفضولي.

(6) أي: فيتحقق للفضولي- بسبب حصول الوثوق بأنّ المالك يمضي ويجيز العقد- القدرة على التسليم، فيصح البيع.

(7) تعليل لقوله: «لا يقال» وقد دفع الإشكال بوجهين، هذا أولهما، وحاصله: أنّ البيع وإن صار صحيحاً بما ذكر، لكنه يخرج عن موضوع البحث أعني

الأمر حصوله (1) بالفحوى وشاهد الحال (2)، و هما (3) من أنواع الإذن، فلا يكون فضولياً (4)، و لا يتوقف صحته (5) على الإجازة.

و لو سلّمنا (6) بقاءه (7) على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي

به الفضولي، لاندراجه في بيع المأذون عن المالك، غاية الأمر أنّ الإذن هنا يكون بالفحوى وشاهد الحال، دون الإذن الصريح اللفظي. و من المعلوم عدم الفرق في الخروج عن موضوع الفضولي بين حصول الإذن المالكى بالتصريح أو بالفحوى.

(1) أي: حصول الإذن، واستكشافه يكون تارة من تصريح الآذن، و اخرى من الفحوى.

(2) كذا في نسخ الكتاب و الجواهر، و لكن في نسخة مصوّرة من المصابيح «أو شاهد الحال» و هو أنسب بقوله: «و هما».

(3) يعني: و الفحوى وشاهد الحال يكونان من أنواع الإذن، كما أن التصريح بالإذن نوع آخر منه.

(4) بل يكون مأذوناً فيه، و لا ريب في نفوذ هذا البيع.

(5) أي: صحة بيع المأذون لا تتوقف على الإجازة، لاقتارانه بالإذن، فوقع صحيحاً لا موقوفاً على الإجازة.

(6) هذا ثاني الوجهين، و توضيحه: أنّه مع الغض عن الجواب الأوّل - و هو الخروج عن الفضولية و تسليم بقاءه على الفضولية - نقول: إنّ التصحيح المزبور أخص من المدعى، إذ القائلون بصحة عقد الفضولي لا يخصّصون الحكم بالصحة بخصوص هذه الصورة، و هي الوثوق بإرضاء المالك، بل يحكمون بالصحة مطلقاً و إن لم يثق الفضولي بإرضاء المالك. فالتصحيح المزبور لا يعمّ جميع العقود الفضولية حتى يصحّ جميعها، بل يختص ببعضها.

(7) أي: بقاء البيع على صفة الفضولية.

لا يقصرون الحكم على هذا الفرض (1) «1».

وفي ما ذكره (2) من مبنى (3) مسألة الفضولي، ثم في تفريع الفضولي، ثم في

---

(1) أي: على فرض وثوق الفضولي بإرضاء المالك، بل يقول الفقهاء بصحة عقد الفضولي مطلقا بلحوق الإجازة. هذا تمام ما في الجواهر.

(2) ناقش المصنف قدس سره في العبارة المنقولة عن المصاييح من بدئها إلى ختمها، كما سيظهر.

(3) المراد بالمبنى هو اعتبار رضا المشتري بالتسليم- في مسألة الوكالة- وعدم كفاية قدرة المالك الموكّل على التسليم، فإنّ هذا المبنى يستلزم بطلان عقد الفضولي، لعدم إحراز هذا الشرط.

أمّا وجه النظر في نفس المبنى فهو: أنّ التقييد بالرضا ممّا لا دليل عليه، ومقتضى العمومات عدم اعتباره، والغرر المانع عن الصحة يرتفع بقدرة المالك مطلقا، فلا غرر هنا حتى يمنع عن الرجوع إلى العمومات.

وبعبارة أخرى: رضا المالك و المشتري ليس دخيلا في مفهوم القدرة على التسليم، ولا شرطا لاعتبارها، لعدم الدليل، فرضاهما بدون القدرة لا يؤثّر أصلا، فالمؤثّر هو نفس القدرة.

وأمّا وجه النظر في تفريع الفضولي عليه، فهو: أجنبية الفضولي عن العاقد الوكيل في العقد ولوازمه، فاعتبار القدرة فيه لا يلازم اعتبارها في العاقد الفضولي، فلا ملازمة بينهما حتى يترتب عليها بطلان عقد الفضولي، لعدم قدرة العاقد الفضولي على التسليم المعتر شرعا.

نعم إن قلنا باعتبار رضا الموكّل و المشتري- حتى في الوكيل في مجرد إجراء العقد- يتوجه حينئذ بطلان عقد الفضولي.

---

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 393-392

ص: 671

الاعتراض الذي ذكره، ثم في الجواب عنه أولاً وثانياً، تأمل، بل نظر، فتدبر.

---

وأما وجه النظر في الاعتراض فهو: أن الوثوق بإرضاء المالك لا يوجد القدرة على التسليم حين العقد، بل بعده. والشرط هو القدرة حينه لا بعده أعني الزمان المتأخر عن زمان رضی المالك.

وأما وجه النظر في الجواب الأول، فهو: أن وثوق الفضولي بإرضاء المالك لا- يوجب مقارنة العقد للرضا حتى يخرج هذا العقد عن الفضولية، بل غايته تعقب العقد بالرضا، وأين هذا من المصاحبة؟ فالفضولية باقية على حالها.

وأما وجه النظر في الجواب الثاني الذي ذكره بقوله: «ولو سلمنا بقاءه على الصفة... الخ» فهو: أنه مبني على المبني المزبور، وهو رضا المشتري بالتسليم، وعدم كفاية قدرة المالك على التسليم في صحة البيع، وقد عرفت ضعف كل من المبني والابتناء، فتدبر.

هذا تمام الكلام في شرطية القدرة على التسليم، ويأتي الكلام في بعض فروع كبيع الأبق إن شاء الله تعالى.

ص: 672

صورة

ص: 673

صورة

ص: 674

صورة

ص: 675



صورة

ص: 676

صورة

ص: 677

صورة

ص: 678

صورة

ص: 679

صورة

ص: 680

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ  
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟  
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟  
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان

# الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

